

كِتَابُ بَدَائِعِ الصَّحَا فِي تَنْذِيرِ الشَّرَائِعِ

تأليف

الإمام علاء الدين بن بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء الأول

الطبعة الثانية

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

كِتَابُ بَدَائِعِ الصَّحَا فِي تَنْذِيرِ الشَّرَائِعِ

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

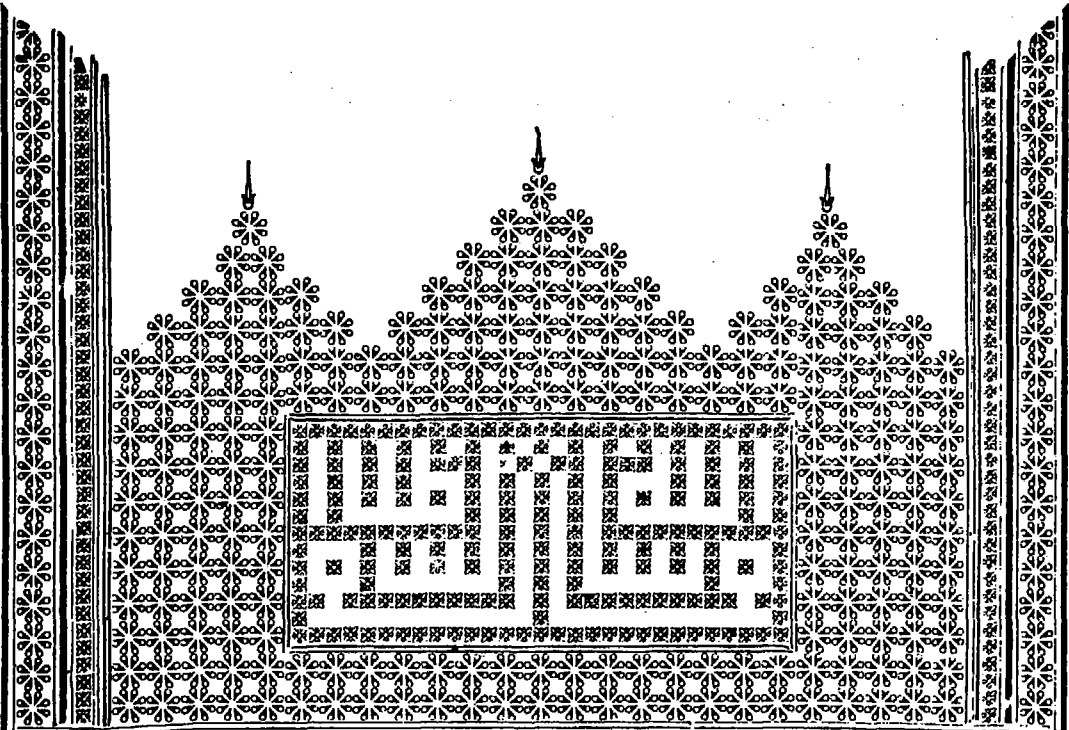
الجزء الأول

الطبعة الثانية

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله العلي القادر القوي القاهر الرحيم الغافر الكريم السائر ذي السلطان الظاهر والبرهان الباهر خالق كل شيء ومالك كل ميث وحى خلق فأحسن وصنع فأتمن وقد رفق وأبصر فستر وكرم فعنى وحكم فأحنى عم فضله وإحسانه وتمت حجته وبرهانه وظهر أمره وسلطانه فبجانه ما أعظم شأنه والصلوة والسلام على المبعوث بشيرا ونذيرا وداعيا إلى الله بأذنه وسراجا منيرا فأوضح الدلالة وأزاح الجهالة وقل السفة وثل الشبهة محمد سيد المرسلين وامام المتقين وعلى آله الأبرار وأصحابه المصطفين الأخيار وبعد ﴿ فانه لا علم بعد العلم بالله وصفاته أشرف من علم الفقه وهو المسمى بعلم الحلال والحرام وعلم الشرائع والأحكام له بعث الرسل وأنزل الكتب اذ لا سبيل إلى معرفته بالعقل المحض دون معونة السمع وقال الله تعالى يؤتى الحكمة من يشاء ومن يؤت الحكمة فقد أوتي خيرا كثيرا قبل في بعض وجوه التأويل هو علم الفقه وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ما عبد الله بشئ أفضل من فقه في دين وافقيه واحد أشد على الشيطان من ألف عابد وروى أن رجلا قدم من الشام إلى عمر رضي الله عنه فقال ما أقدمك قال قدمت لأتلمز الشهد فبكى عمر حتى ابتلت لحيتيه ثم قال والله اني لأرجو من الله أن لا يعذبك أبدا والأخبار والآثار في الحوض على هذا النوع من العلم أكثر من أن تحصى وقد كثرت تصنيفات مشايخنا في هذا الفن قديما وحديثا وكلهم أفادوا وأجادوا غير أنهم لم يصرفوا العناية إلى الترتيب في ذلك سوى أستاذي وارث السنة ومورث الشيخ الامام الزاهد علاء الدين رئيس أهل السنة محمد بن أحمد بن أبي أحمد السهرقندي رحمه الله تعالى فاقديت به فاهتديت اذ الغرض الأصلي والمقصود الكلي من التصنيف في كل فن من فنون العلم هو تيسير سبيل الوصول إلى المطلوب على الطالبين وتقريبه إلى افهام المقتربين ولا يلتزم هذا المراد الا بترتيب تقتضيه الصناعة وتوجيه الحكمة وهو التصفح عن أقسام المسائل وفصولها وتخريجها على قواعد وأصولها ليكون أسرع فهما وأسهل ضبطا وأيسر حفظا فتكثر الفائدة وتتوفر العائدة فصرفت العناية إلى ذلك وجعت في كتابي

هذا جلا من الفقه مرتبة بالترتيب الصناعي والتأليف الحكيم الذي ترتضيه أرباب الصنعة وتخضع له أهل
الحكمة مع إيراد الدلائل الجلية والنكت القوية بعبارات محكمة المباني مؤدية المعاني وسعيته **✽** بدائع
الصنائع في ترتيب الشرائع **✽** اذهى صنعة بدیعة وترتيب عجيب وترصيف غريب لتكون التسعة موافقة
للمسمى والصورة مطابقة للعنى وافق شن طبقه وافقه فاعتنقه فاستوفى الله تعالى لانعام هذا الكتاب الذي
هو غاية المراد والراد للرناد ومنتهى الطلب وعينه تشفى الجرب والمأمول من فضله وكرمه أن يجعله وارثا
في الغابرین ولسان صدق في الآخرين وذكر في الدنيا وذخرا في العقبى وهو خير مأمول وأكرم مسؤول

✽ كتاب الطهارة ✽

الكلام في هذا الكتاب في الأصل في موضعين أحدهما في تفسير الطهارة والثاني في بيان أنواعها (أما)
تفسيرها فالطهارة لغة وشرعا هي النظافة والتطهير والتنظيف وهما نبات النظافة في المحل وانها صفة تحدث ساعة
فساعة وانما يمنع حدوثها بوجود ضدها وهو القذر فإذا زال القذر وامتنع حدوثه بازالة العين القذرة تحدث
النظافة فكان زوال القذر من باب زوال المانع من حدوث الطهارة لأن يكون طهارة وانما يسمى طهارة
توسعا لحدوث الطهارة عند زواله

✽ فصل ✽ وأما بيان أنواعها فالطهارة في الأصل نوعان طهارة عن الحدث وتسمى طهارة حكيمية وطهارة عن
الخبث وتسمى طهارة حقيقية (أما) الطهارة عن الحدث فتلأ ثلاثة أنواع الوضوء والغسل والتيمم (أما) الوضوء
فالكلام في الوضوء في مواضع في تفسيره وفي بيان أركانه وفي بيان شرائط الأركان وفي بيان سننه وفي بيان آدابها
وفي بيان ما ينقضه (أما) الأول فالوضوء اسم للغسل والمسح لقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى
الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤسكم وأرجلكم إلى السكبين أمر بغسل الأعضاء الثلاثة
ومسح الرأس فلا بد من معرفة معنى الغسل والمسح فالغسل هو اسالة المائع على المحل والمسح هو الاصابة حتى
لو غسل أعضاء وضوءه ولم يسلم الماء بأن استعمله مثل الدهن لم يجز في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه يجوز
وعلى هذا قالوا ولو ضا بالثلج ولم يقطر منه شيء لا يجوز ولو قطر قطرتان أو ثلاث جاز لوجود الاسالة وسئل
الفقيه أبو جعفر الهندواني عن التوضي بالثلج فقال ذلك مسح وليس بغسل فان عاجله حتى يسيل يجوز وعن
خلف بن أيوب انه قال ينبغي للتوضي في الشتاء أن يسيل أعضاء شبه الدهن ثم يسيل الماء عليها لان الماء يتجافى عن
الأعضاء في الشتاء (وأما) أركان الوضوء فأربعة (أحدها) غسل الوجه مرة واحدة لقوله تعالى فاغسلوا
وجوهكم والأمر المطلق لا يقتضي التكرار ولم يذكر في ظاهر الرواية حد الوجه وذكر في غير رواية الأصول انه من
قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شصمى الاذنين وهذا تحديد صحيح لانه تحديد الشيء بما يني عنه اللفظ
لغة لان الوجه اسم لما يواجه الانسان أو ما يواجه اليه في العادة والمواجهة تقع بهذا المحدود فوجب غسله قبل
نبات الشعر فاذا نبت الشعر يسقط غسل ما تحته عند عامة العلماء وقال أبو عبد الله البلخي انه لا يسقط غسله
وقال الشافعي ان كان الشعر كثيفا يسقط وان كان خفيفا لا يسقط وجه قول أبي عبد الله ان ما تحت الشعر بقي داخل
تحت الحد بعد نبات الشعر فلا يسقط غسله وجه قول الشافعي ان السقوط لمكان المخرج والمخرج في الكثيف
لا في الخفيف (ولنا) ان الواجب غسل الوجه ولما نبت الشعر خرج ما تحته من أن يكون وجهها لانه لا يواجه
اليه فلا يجب غسله وخرج الجواب عما قاله أبو عبد الله وعما قاله الشافعي أيضا لان السقوط في الكثيف ليس
لمكان المخرج بل لخروجه من أن يكون وجهها لاستتاره بالشعر وقد وجد ذلك في الخفيف وعلى هذا الخلاف
غسل ما تحت الشارب والحاجبين وأما الشعر الذي يلاقى الخدين وظاهر الذقن فمعدروى ابن شجاع عن الحسن
عن أبي حنيفة وزفر انه اذا مسح من لحيته ثلثا أو ربعا جاز وان مسح أقل من ذلك لم يجز وقال أبو يوسف ان لم

يمسح شيئا منها جاز وهذه الروايات مرجوح عنها والصحيح انه يجب غسله لان البشارة خرجت من أن تكون
وجها لعدم معنى المواجهة لاستنارها بالشعر فصار ظاهر الشعر الملاقي لها هو الوجه لان المواجهة تقع اليه والى
هذا أشار أبو حنيفة فقال وانما مواضع الوضوء ما ظهر منها والظاهر هو الشعر لا البشرة فيجب غسله ولا يجب
غسل ما استرسل من اللحية عندنا وعند الشافعي يجب (له) ان المسترسل تابع لما اتصل والتبع حكمه حكم الأصل
(ولنا) انه انما يواجه الى المتصل عادة لا الى المسترسل فلم يكن المسترسل وجها فلا يجب غسله ويجب غسل
البياض الذي بين العذار والاذن في قول أبي حنيفة ومحمد وروى عن أبي يوسف انه لا يجب لأبي يوسف ان
ما تحت العذار لا يجب غسله مع انه اقرب الى الوجه فلان لا يجب غسل البياض أولى ولهما ان البياض داخل
في حد الوجه وليست بالشعر فتي واجب الغسل كما كان بخلاف العذار وادخال الماء في داخل العينين ليس بواجب
لان داخل العين ليس بوجه لانه لا يواجه اليه ولان فيه حرجا وقيل ان من تكلف ذلك من الصحابة كف بصره
كابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم (والثاني) غسل اليدين مرة واحدة لقوله تعالى وأيديكم ومطلق الأمر
لا يقتضي التكرار والمرفقان يدخلان في الغسل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يدخلان ولو قطعت يده من
المرفق يجب عليه غسل موضع القطع عندنا خلافا له وجه قوله ان الله تعالى جعل المرفق غاية فلا يدخل تحت
ما جعلت له الغاية كما لا يدخل الليل تحت الأمر بالصوم في قوله تعالى ثم اتوا الصيام الى الليل ولنا ان الأمر
تعلق بغسل اليد واليد اسم لهذه الجراحة من رؤس الأصابع الى الابط ولو لا ذكر المرفق لوجب غسل اليد كلها
فكان ذكر المرفق لاسقاط الحكم عما وراءه لا لدخوله اليه لدخوله تحت مطلق اسم اليد فيكون عملا باللفظ بالقدر
الممكن وبه تبين ان المرفق لا يصلح غاية لحكم ثبت في اليد لكونه بعض اليد بخلاف الليل في باب الصوم لا ترى
انه لو لا ذكر الليل لما اقتضى الأمر الا وجوب صوم ساعة فكان ذكر الليل لمدا الحكم اليه على أن الغايات منقصة
منها ما لا يدخل تحت ما ضربت له الغاية ومنها ما يدخل كمن قال رأيت فلانا من رأسه الى قدمه وأكلت السمكة
من رأسها الى ذنبها دخل القدم والذنب فان كانت هذه الغاية من القسم الاول لا يجب غسلها وان كانت
من القسم الثاني يجب فيحصل على الثاني احتياطاً على أنه اذا احتل دخول المرافق في الأمر بالغسل واحتل
خروجها عنه صار مجعلاً مقتراً الى البيان وقد روى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا بلغ المرفقين
في الوضوء أدار الماء عليهما فكان فعله بيانا للجمل الكتاب والمجمل اذا التحق به البيان بصير مفسراً من الأصل
(والثالث) مسح الرأس مرة واحدة لقوله تعالى وامسحوا برؤوسكم والأمر المطلق بالفعل لا يوجب التكرار
واختلف في المقدار المفروض مسحه ذكره في الأصل وقدره بثلاث أصابع اليد وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه
قدره بالربع وهو قول زفر وذكر الكرخي والطحاوي عن أصحابنا مقدار الناصية وقال مالك لا يجوز حتى يمسح
جميع الرأس أو أكثره وقال الشافعي اذا مسح ما يسهى مسحاً يجوز وان كان ثلاث شعرات وجه قول مالك
أن الله تعالى ذكر الرأس والرأس اسم للجمله فيقتضى وجوب مسح جميع الرأس وحرف الباء لا يقتضى التبعيض
لغة بل هو حرف الصاق فيقتضى الصاق الفعل بالمفعول وهو المسح بالرأس والرأس اسم لكلمة فيجب مسح كله الا
أنه اذا مسح الاكثر جاز لقيام الاكثر مقام الكل وجه قول الشافعي ان الأمر يتعلق بالمسح بالرأس والمسح بالشيء
لا يقتضى استيعابه في العرف يقال مسحت يدي بالمنديل وان لم يمسح بكلمة ويقال كتبت بالقلم وضربت بالسيف
وان لم يكتب بكل القلم ولم يضرب بكل السيف فيتناول أدنى ما ينطلق عليه الاسم ولنا ان الأمر بالمسح يقتضى آلة
اذا المسح لا يكون الا بالآلة والمسح هي أصابع اليد عادة وثلاث أصابع اليد أكثر الأصابع ولذا أكثر حكم الكل
فصار كأنه نص على الثلاث وقال وامسحوا برؤوسكم بثلاث أصابع أيديكم وأما وجه التقدير بالناصية فلأن
مسح جميع الرأس ليس عمداً من الآية بالاجماع ألا ترى انه عند مالك ان مسح جميع الرأس الا قليلا منه جائز
فلا يمكن حمل الآية على جميع الرأس ولا على بعض مطلق وهو أدنى ما ينطلق عليه الاسم كما قاله الشافعي لان ما مسح

شعرة أو ثلاث شعرات لا يسمى مسحاً في العرف فلا بد من الحمل على مقدار يسمى المسح عليه مسحاً في المتعارف وذلك غير معلوم وقد روى المغيرة بن شعبه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ونوضاً ومسحاً على ناصيته فصار فعله عليه الصلاة والسلام بياناً للمحمل الكتاب إذا البيان يكون بالقول تارة وبالفعل أخرى كفعله في هيئة الصلاة وعدد ركعاتها وفعله في مناسك الحج وغير ذلك فكان المراد من المسح بالرأس مقدار الناصية ببيان النبي صلى الله عليه وسلم ووجه التقدير بالربع أنه قد ظهر اعتبار الربع في كثير من الأحكام كما في خلق ربع الرأس أنه يحمل به المحرم ولا يحمل بدونه ويجب الدم إذا فعله في إحرامه ولا يجب بدونه وكذا في انكشاف الربع من العورة في باب الصلاة أنه يمنع جواز الصلاة وما دونه لا يمنع كذا ههنا ولو وضع ثلاث أصابع وضعا ولم يعدها جاز على قياس رواية الأصل وهي التقدير بثلاث أصابع لأنه أتى بالقدر المفروض وعلى قياس رواية الناصية والربع لا يجوز لأنه ما استوفى ذلك القدر ولو مسح بثلاث أصابع منصوبة غير موضوعة ولا ممدودة لم يجز لأنه لم يأت بالقدر المفروض ولو مدها حتى بلغ مقدار الفرض وجه قول زفر أن الماء لا يصير مستعملاً حاله المسح كما لا يصير مستعملاً حاله الغسل فإذا مدها مسحاً بماء غير مستعمل جاز والدليل عليه أن سنة الاستيعاب تحصل بالماء ولو كان مستعملاً بالماء حصلت لأنهم لا تحصل بالماء المستعمل (ولنا) أن الأصل أن يصير الماء مستعملاً بأول ملاقاته العضو لوجود زوال الحدث أو قصد القرية إلا أن في باب الغسل لم يظهر حكم الاستعمال في تلك الحالة للضرورة وهي أنه لو أعطى له حكم الاستعمال لاحتاج إلى أن يأخذ لكل جزء من العضو ماء جديداً وفيه من المخرج ما لا ينبغي فلم يظهر حكم الاستعمال لهذه الضرورة ولا ضرورة في المسح لأنه يمكنه أن يسح دفعة واحدة فلا ضرورة إلى المد لا قامة الفرض فظهر حكم الاستعمال فيه وبه حاجة إلى إقامة سنة الاستيعاب فلم يظهر حكم الاستعمال فيه كما في الغسل ولو مسح بأصبع واحدة ثلاث مرات وأعادها إلى الماء في كل مرة جاز هكذا روى ابن رستم عن محمد بن النوار لأن المفروض هو المسح قدر ثلاث أصابع وقد وجدوا أن يمكن بثلاث أصابع ألا ترى أنه لو أصاب رأسه هذا القدر من ماء المطر سقط عنه فرض المسح وإن لم يوجد منه فعل المسح رأساً ولو مسح بأصبع واحدة يبطنها وبظهورها وبجانبها لم يذكر في ظاهر الرواية واختلف المشايخ فقال بعضهم لا يجوز وقال بعضهم يجوز وهو الصحيح لأن ذلك في معنى المسح بثلاث أصابع وإيصال الماء إلى أصول الشعر ليس بفرض لأن فيه حرجاً فاقم المسح على الشعر مقام المسح على أصوله ولو مسح على شعره وكان شعره طويلاً فإن مسح على ما تحت أذنه لم يجز وإن مسح على ما فوقها جاز لأن المسح على الشعر كالمسح على ما تحتها وما تحت الأذن عنق وما فوقه رأس ولا يجوز للمسح على العمامة والقلنسوة لأنهما يمتنعان إصابة الماء الشعر ولا يجوز مسح المرأة على خمارها لما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها أدخلت يدها تحت الخمار ومسحت برأسها وقالت هذا أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا إذا كان الخمار رقيقاً ينفذ الماء إلى شعرها فيجوز لوجود الإصابة ولو أصاب رأسه المطر مقدار المفروض أجزأه مسحه بيده أو لم يمسه لأن الفعل ليس بمقصود في المسح وإنما المقصود هو وصول الماء إلى ظاهر الشعر وقد وجد والله الموفق (والرابع) غسل الرجلين مرة واحدة لقوله تعالى وأرجلكم إلى الكعبين بنصب اللام من الأرجل معطوفاً على قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وأرجلكم إلى الكعبين وامسحوا برؤوسكم والأمر المطلق لا يقتضي التكرار وقالت الرافضة الفرض هو المسح لا غير وقال الحسن البصري بالغير بين المسح والغسل وقال بعض المتأخرين بالجمع بينهما وأصل هذا الاختلاف أن الآية قرئت بقراءتين بالنصب والخفض من قال بالمسح أخذ بقراءة الخفض فأنها تقتضي كون الأرجل مسحاً لا مغسولة لأنها تكون معطوفة على الرأس والمعطوف يشارك المعطوف عليه في الحكم ثم وظيفة الرأس المسح فكذلك وظيفة

الرجل ومصدق هذه القراءة انه اجتمع في الكلام عاملان أحدهما قوله فاغسلوا والثاني حرف الجر وهو الباء في قوله برؤسكم والباء أقرب فكان الخفض أولى ومن قال بالتخير يقول ان القراءة تين قد ثبت كون كل واحدة منهما قرأنا وتعدرا لجمع بين موجبيهما وهو وجوب المسح والغسل اذ لا قائل به في السلف فيخير المكلف ان شاء عمل بقراءة النصب فغسل وان شاء بقراءة الخفض فمسح وأيم ما فعل يكون اتينا بالمفروض كما في الأمر بأحد الأشياء الثلاثة ومن قال بالجمع يقول القراءة ثان في آية واحدة بمنزلة آيتين فيجب العمل بهما جميعا ما أمكن وأمكن ههنا لعدم التنافي اذ لا تنافي بين الغسل والمسح في محل واحد فيجب الجمع بينهما (ولنا) قراءة النصب وانما تقتضي كون وظيفة الأرجل الغسل لانها تكون معطوفة على المغسولات وهي الوجه واليدان والمعطوف على المغسول يكون مغسولا تحقيقا لمقتضى العطف ووجه هذه القراءة وجوه أحدها ما قاله بعض مشايخنا ان قراءة النصب محكمة في الدلالة على كون الأرجل معطوفة على المغسولات وقراءة الخفض محتملة لانه يحتمل انها معطوفة على الرأس حقيقة ومحتملة لانهما من الاعراب الخفض ويحتمل انها معطوفة على الوجه واليدين حقيقة ومحتملة لانهما من الاعراب النصب الا ان خفضها المجاورة واعطاء الاعراب بالمجاورة طريقة شائعة في اللغة بغير حائل وبمحائل اما بغير الحائل فكقولهم بحر ضرب خرب وماء شن بارد والخرب نعت البحر لانعت الضرب والبرودة نعت الماء لانعت الشئ ثم خفض لمكان المجاورة وأما مع الحائل فكما قال تعالى يطوف عليهم ولدان مخلدون بأكواب وأباريق الى قوله وحور عين لانهن لا يطاق بهن وكما قال الفرزدق

فهل أنت ان مانت آتاك راكب * الى آل بسطام بن قيس غطاب

فثبت ان قراءة الخفض محتملة وقراءة النصب محكمة فكان العمل بقراءة النصب أولى الآن في هذا الاشكالا وهو ان هذا الكلام في حد التعارض لأن قراءة النصب محتملة أيضا في الدلالة على كون الأرجل معطوفة على اليدين والرجلين لا نه يحتمل انها معطوفة على الرأس والمراد بها المسح حقيقة لكنها نصبت على المعنى لا على اللفظ لان الممسوح به مفعول به فصار كأنه قال تعالى وامسحوا برؤسكم والاعراب قد يتبع اللفظ وقد يتبع المعنى كما قال الشاعر

معاوي اتنا بشر فاصبح * فلسنا بالخيال ولا الحديد

نصب الحديد عطف على الخيال بالمعنى لا باللفظ معناه فلسنا بالخيال ولا الحديد فكانت كل واحدة من القراءة تين محتملة في الدلالة من الوجه الذي ذكرنا فوقع التعارض فيطلب الترجيح من جانب آخر وذلك من وجوه أحدها ان الله تعالى مدالحكم في الأرجل الى السكعين ووجوب المسح لا يعتمد اليهما والثاني ان الغسل يتضمن المسح اذ الغسل اسالة والمسح اصابة وفي الاسالة اصابة وزيادة فكان ما قلناه عملا بالقراءة تين معا فكان أولى والثالث أنه قدر روى جابر وأبو هريرة وعائشة وعبد الله بن عمر وغيرهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى قوما تلوح أعقابهم لم يصبه الماء فقال ويل للأعقاب من النار اسبغوا الوضوء وروى أنه توضأ مرة مرة وغسل رجله وقال هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة الا به ومعلوم أن قوله ويل للأعقاب من النار وعيد لا يستحق الا بترك المفروض وكذا نفي قبول صلاة من لا يغسل رجله في وضوئه فدل ان غسل الرجلين من فرائض الوضوء وقد ثبت بالتواتر أن النبي صلى الله عليه وسلم غسل رجله في الوضوء لا يجحده مسلم فكان قوله وفعله بيان المراد بالآية فثبت بالدلائل المتصلة والمنفصلة أن الأرجل في الآية معطوفة على المغسول لا على الممسوح فكان وظيفة الغسل لا المسح على أنه ان وقع التعارض بين القراءة تين فالحكم في تعارض القراءة تين كالحكم في تعارض الآيتين وهو انه ان أمكن العمل بهما مطلقا يعمل وان لم يمكن للثنائي يعمل بهما بالقدر الممكن وههنا لا يمكن الجمع بين الغسل والمسح في عضو واحد في حالة واحدة لانه لم يقل به أحد من السلف ولانه يؤدي الى تكرار المسح لما ذكرنا أن الغسل يتضمن المسح والأمر المطلق لا يقتضي التكرار فيعمل بهما في الحالتين فتحمل قراءة النصب على ما اذا كانت الرجلان بادييتين وتحمل قراءة الخفض على ما اذا كانتا مستورتين بالخفين توفيقا بين القراءة تين وعملا بهما

بالقدر الممكن وبه تبين أن القول بالغير باطل عند إمكان العمل بهما في الجملة وعند عدم الامكان أصلاً
ورأساً لا يجبر أيضاً بل يتوقف على ما عرف في أصول الفقه ثم الكعبان يدخلان في الغسل عند أصحابنا الثلاثة
وعند زفر لا يدخلان والكلام في الكعبين على نحو الكلام في المرفقين وقد ذكرناه والكعبان هما العظمان
الناثان في أسفل الساق بخلاف بين الأصحاب كذا ذكره القدوري لأن الكعب في اللغة اسم لما علا وارتفع
ومنه سميت الكعبة كعبة وأصله من كعب القناة وهو أنبوبها سعى به لارتفاعه وتسمى الجارية الناهدة
التيدين كاعبالا ارتفاع نديها وكذا في العرف يفهم منه الثاني يقال ضرب كعب فلان وفي الخبر عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم أنه قال في تسوية الصفوف في الصلاة الصقوا الكعاب بالكعاب ولم يحقق معنى الالتصاق
إلا في الثاني وماروي هشام عن محمد أنه المفصل الذي عند مفصل الثراك على ظهر القدم تغير صحيح وإنما قال
محمد في مسئلة المحرم إذا لم يجد نعلين أنه يقطع الخف أسفل الكعب فقال إن الكعب ههنا الذي في مفصل
القدم فنقل هشام ذلك إلى الطهارة والله أعلم وهذا الذي ذكرنا من وجوب غسل الرجلين إذا كانتا بابتين
لا عذر بهما فاما إذا كانتا مستورتين بالخف أو كان معاذر من كسر أو جرح أو قرح فوظيفةهما للمسح فيقع
الكلام في الأصل في موضعين أحدهما في المسح على الخفين والثاني في المسح على الجبائر
فصل أما المسح على الخفين فالكلام فيه في مواضع في بيان جوازه وفي بيان مدته وفي بيان شرائط
جوازه وفي بيان مقداره وفي بيان ما ينقضه وفي بيان حكمه إذا انتقض (أما) الأول فالمسح على الخفين جائز
عند عامة الفقهاء وعامة الصحابة رضي الله عنهم إلا شياً قليلاً روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه لا يجوز
وهو قول الرافضة وقال مالك يجوز للمسافر ولا يجوز للقيم واحتج من أنكروا المسح بقوله تعالى يا أيها الذين
آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ فَقراءة
النصب تقتضي وجوب غسل الرجلين مطلقاً عن الأحوال لأنه جعل الأرجل معطوفة على الوجه واليدين
وهي مفسولة فكذا الأرجل وقراءة الخفض تقتضي وجوب المسح على الرجلين لا على الخفين وروى أنه سئل
ابن عباس هل مسح رسول الله صلى الله عليه وسلم على الخفين فقال والله ما مسح رسول الله صلى الله عليه وسلم
على الخفين بعد نزول المائدة ولأن مسح على ظهر عير في الفلاة أحب إلى من أن أمسح على الخفين وفي رواية
قال لأن أمسح على جلد حمار أحب إلى من أن أمسح على الخفين (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم أنه قال يمسح المقيم على الخفين يوماً وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها وهذا حديث مشهور رواه
جماعة من الصحابة مثل عمر وعلي وخرجة بن ثابت وأبي سعيد الخدري وصقوان بن عسال وعوف بن مالك
وأبي عمار وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم حتى قال أبو يوسف خبر مسح الخفين يجوز نسخ القرآن بمثله
وروى أنه قال إنما يجوز نسخ القرآن بالسنة إذا وردت كورود المسح على الخفين وكذا الصحابة رضي الله عنهم
أجمعوا على جواز المسح قولاً وفعلاً حتى روى عن الحسن البصري أنه قال أدركت سبعين بديراً من الصحابة
كلهم كانوا يرون المسح على الخفين ولهذا رأيت أبو حنيفة من شرائط السنة والجماعة فقال فيها إن تفضل الشيخين
وتحب الخنثين وإن ترى المسح على الخفين وأن لا تحرم نبيذ القرع يعني المثلث وروى عنه أنه قال ما قلت
بالمسح حتى جاءني فيه مثل ضوء النهار فكان الجودرد على كبار الصحابة ونسبة إياهم إلى الخطأ فكان بدعة
فلهذا قال الكرخي أحاف الكفر على من لا يرى المسح على الخفين وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال
لو أن المسح لا خلف فيه ما مسحنا ودل قوله هذا على أن خلاف ابن عباس لا يكاد يصح ولأن الأمة لم تختلف
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح وإنما اختلفوا أنه مسح قبل نزول المائدة أو بعدها ولنا في رسول الله صلى
الله عليه وسلم أسوة حسنة حتى قال الحسن البصري حدثني سبعون رجلاً من أصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم أنهم رأوه يمسح على الخفين وروى عن عائشة والبراء بن عازب رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه

وسلم مسح بعد المائدة وروى عن جرير بن عبد الله البجلي انه توضأ ومسح على الخفين فقبل له في ذلك فقال
 رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ ومسح على الخفين فقبل له أكان ذلك بعد نزول المائدة فقال وهل
 أسلمت الا بعد نزول المائدة وأما الآية فقد قرئت بقراءتين فنعمل بهما في حالين فنقول وظيفتهما الغسل اذا كانتا
 باديتين والمسح اذا كانتا مستورتين بالخف عملاً بالقراءتين بقدر الامكان ويجوز أن يقال لمن مسح على خفيه
 انه مسح على رجله كما يجوز أن يقال ضرب على رجله وان ضرب على خفه والرواية عن ابن عباس لم تصح لما
 روي عن أبي حنيفة ولا من مداره على عكرمة وروى انه لما بلغت روايته عطاء قال كذب عكرمة وروى عنه
 عطاء والضحاك انه مسح على خفيه فهذا يدل على ان خلاف ابن عباس لم يثبت وروى عن عطاء انه قال كان
 ابن عباس يخالف الناس في المسح على الخفين فلم يمت حتى تابعهم وأما الكلام مع مالك فوجه قوله ان المسح
 شرع ترفها ودفع المشقة فيختص شرعيته بمكان المشقة وهو السفر ولنا ما رويناه من الحديث المشهور وهو
 قوله صلى الله عليه وسلم بمسح المقيم على الخفين يوم اوليلة والمسافر ثلاثة أيام ولباليها وما ذكر من الاعتبار غير
 سديد لان المقيم يحتاج الى الترفه ودفع المشقة الا أن حاجة المسافر الى ذلك أشد فزيدت مدته لزيادة الترفه والله
 الموفق وأما بيان مدة المسح فقد اختلف العلماء في أن المسح على الخفين هل هو مقدر بمدة قال عامتهم انه مقدر
 بمدة في حق المقيم يوم اوليلة وفي حق المسافر ثلاثة أيام ولباليها وقال مالك انه غير مقدر وله أن يمسح كم شاء والمسئلة
 مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم روى عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعد بن أبي وقاص
 وجابر بن سحرة وأبي موسى الاشعري والمغيرة بن شعبة رضى الله عنهم انه مؤقت وعن أبي الدرداء وزيد بن ثابت
 وسعيد رضى الله عنهم انه غير مؤقت واحتج مالك بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه بلغ بالمسح سبعا
 وروى أن عمر رضى الله عنه سأل عقبة بن عامر وقد قدم من الشام متى عهدك بالمسح قال سبعا فقال عمر رضى
 الله عنه أصبت السنة ولنا الحديث المشهور وما روى انه مسح وبلغ بالمسح سبعا فهو غريب فلا يترك به
 المشهور ومع ان الرواية المتفق عليها انه بلغ بالمسح ثلاثا ثم تأويله انه احتاج الى المسح سبعا في مدة المسح وأما
 الحديث الآخر فقد روى جابر الجعفي عن عمر أنه قال للمسافر ثلاثة أيام وللمقيم يوم وليلة وهو موافق للخبر المشهور
 فكان الاخذ به أولى ثم يحتمل أن يكون المراد من قوله متى عهدك بلبس الخف ابتداء اللبس أى متى عهدك
 بابتداء اللبس وان كان تخالفاً بين ذلك زعم الخلف ثم اختلف في اعتبار مدة المسح انه من أى وقت يعتبر فقال عامة
 العلماء يعتبر من وقت الحدث بعد اللبس فيمسح من وقت الحدث الى وقت الحدث وقال بعضهم يعتبر من وقت
 اللبس فيمسح من وقت اللبس الى وقت اللبس وقال بعضهم يعتبر من وقت المسح فيمسح من وقت المسح الى
 وقت المسح حتى لو توضأ بعد ما انفجر الصبح ولبس خفيه وصلى الفجر ثم أحدث بعد طلوع الشمس ثم توضأ
 ومسح على خفيه بعد زوال الشمس فعلى قول العامة يمسح الى ما بعد طلوع الشمس من اليوم الثاني ان كان مقيماً
 وان كان مسافراً يمسح الى ما بعد طلوع الشمس من اليوم الرابع وعلى قول من اعتبر وقت اللبس يمسح الى ما بعد
 انفجار الصبح من اليوم الثاني ان كان مقيماً وان كان مسافراً الى ما بعد انفجار الصبح من اليوم الرابع وعلى
 قول من اعتبر وقت المسح يمسح الى ما بعد زوال الشمس من اليوم الثاني ان كان مقيماً وان كان مسافراً يمسح
 الى ما بعد زوال الشمس من اليوم الرابع والصحيح اعتبار وقت الحدث بعد اللبس لان الخف جعل ما لتعان
 سراية الحدث الى القدم ومعنى المنع انما يتحقق عند الحدث فيه اعتبار ابتداء المدة من هذا الوقت لان هذه المدة
 ضربت توسعة وتيسيراً لتزعم الخفين في كل زمان والحاجة الى التوسعة عند الحدث لان الحاجة الى التزعم
 عنده ولو توضأ ولبس خفيه وهو مقيم ثم سافر فان سافر بعد استكمال مدة الإقامة لا تتحول مدته الى مدة مسح
 السفر لان مدة الإقامة لما تمت سرى الحدث السابق الى التقديم فلو جازنا المسح صار الخف رافعاً للحدث
 لا مانعاً وليس هذا عمل الخلف في الشرع وان سافر قبل أن يستكمل مدة الإقامة فان سافر قبل الحدث أو بعد

عليه بيان مدة
 المسح

الحدث قبل المسح تحولت مدته الى مدة السفر من وقت الحدث بالاجماع وان سافر بعد المسح فكذلك عندنا
وعند الشافعي لا يتحول ولكنه يمسح تمام مدة الإقامة ويتزرع خفيه ويغسل رجله ثم يتدبى مدة السفر
واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم يمسح المقيم يوماً وليلة ولم يفصل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم والمسافر ثلاثة أيام
وليلاتها وهذا مسافر ولا حجة له في صدر الحديث لانه يتناول المقيم وقد بطلت الإقامة بالسفر هذا اذا كان مقبلاً
فسافر وأما اذا كان مسافراً فاقام فان اقام بعد استكمال مدة السفر نزع خفيه وغسل رجله لما ذكرنا وان اقام
قبل أن يستكمل مدة السفر فان اقام بعد تمام يوم وليلة أو أكثر فكذلك يتزرع خفيه ويغسل رجله لانه لو مسح
لمسح وهو مقيم أكثر من يوم وليلة وهذا لا يجوز وان اقام قبل تمام يوم وليلة اتم يوماً وليلة لان أكثر ما في
الباب انه مقيم فيتم مدة المقيم ثم ما ذكرنا من تقدير مدة المسح بيوم وليلة في حق المقيم وبثلاثة أيام ولياليها في حق
المسافر في حق الأصحاء فاما في حق أصحاب الاعذار كصاحب الجرح السائل والاستحاضة ومن عمل حالهما
فكذلك الجواب عند زفر وأما عند أصحابنا الثلاثة فيختلف الجواب الا في حالة واحدة وبيان ذلك أن صاحب
العدرا اذا توضأ ولبس خفيه فهذا على أربعة أوجه اما ان كان الدم منقطعاً وقت الوضوء واللبس واما ان كان سائلاً
في الحالين جميعاً واما ان كان منقطعاً وقت الوضوء سائلاً وقت اللبس واما ان كان سائلاً وقت الوضوء منقطعاً
وقت اللبس فان كان منقطعاً في الحالين فحكمه حكم الأصحاء لان السيلان وجد عقيب اللبس فكان اللبس على
طهارة كاملة فنسخ الخف سراية الحدث الى القدمين مادامت المدة باقية وأما في الفصول الثلاثة فانه يمسح مادام
الوقت باقياً فاذا خرج الوقت نزع خفيه وغسل رجله عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يستكمل مدة المسح
كالصحيح وجه قوله ان طهارة صاحب العذر طهارة معتبرة بشرط ان السيلان ملحق بالعدم الا ترى أنه يجوز أداء
الصلاة بمحصل اللبس على طهارة كاملة فالحقت بطهارة الأصحاء ولنا أن السيلان ملحق بالعدم في الوقت بدليل
أن طهارته تنقضي بالاجماع اذا خرج الوقت وان لم يوجد الحدث فاذا مضى الوقت صار محدثاً من وقت السيلان
والسيلان كان سابقاً على لبس الخف ومقارناً له فتبين ان اللبس حصل لا على الطهارة بخلاف الفصل الاول لان
السيلان نعمة وجد عقيب اللبس فكان اللبس حاصل عن طهارة كاملة وأما شرائط جواز المسح فانواع بعضها
يرجع الى الماسح وبعضها يرجع الى الممسوح أما الذي يرجع الى الماسح أنواع أحدها أن يكون لا لبس
الخفين على طهارة كاملة عند الحدث بعد اللبس ولا يشترط أن يكون على طهارة كاملة وقت اللبس ولأن يكون
على طهارة كاملة أصلاً ورأساً وهذا مذهب أصحابنا وعند الشافعي يشترط أن يكون على طهارة كاملة وقت
اللبس وبيان ذلك ان الحدث اذا غسل رجله أولاً ولبس خفيه ثم اتم الوضوء قبل أن يحدث ثم أحدث جازله أن
يمسح على الخفين عندنا لوجود الشرط وهو لبس الخفين على طهارة كاملة وقت الحدث بعد اللبس وعند الشافعي
لا يجوز لعدم الطهارة وقت اللبس لان الترتيب عنده شرط فكان غسل الرجلين مقدماً على الاعضاء الأخرى
ماحق بالعدم فلم توجد الطهارة وقت اللبس وكذلك لو توضأ فرتب لكتفه غسل إحدى رجله ولبس الخف ثم
غسل الأخرى ولبس الخف قبل لا يجوز عنده وان وجد الترتيب في هذه الصورة لكنه لم يوجد لبس الخفين
على طهارة كاملة وقت لبسهما حتى لو نزع الخف الاول ثم لبسه جاز المسح لحصول اللبس على طهارة كاملة ولنا
أن المسح شرع لمكان الحاجة والحاجة الى المسح انما تتحقق وقت الحدث بعد اللبس فاما عند الحدث قبل
اللبس فلا حاجة لانه يمكنه الغسل وكذلك لا حاجة بعد اللبس قبل الحدث لانه طاهر فكان الشرط كمال الطهارة
وقت الحدث بعد اللبس وقد وجد ولو لبس خفيه وهو محدث ثم توضأ وخاض الماء حتى أصاب الماء رجله في
داخل الخف ثم أحدث جازله المسح عندنا لوجود الشرط وهو كمال الطهارة عنده الحدث بعد اللبس ولا يجوز عنده
لعدم الشرط وهو كمال الطهارة عند اللبس ولو لبس خفيه وهو محدث ثم أحدث قبل أن يتم الوضوء ثم اتم لا يجوز
المسح بالاجماع اما عندنا فلا نعدم الطهارة وقت الحدث بعد اللبس واما عنده فلا نعدمها عند اللبس ولو اراد

الظاهر أن يقول فليس خفيه ثم بال جازله المسح لانه على طهارة كاملة وقت الحدث بعد اللبس وسئل أبو حنيفة عن هذا فقال لا يفعل الا فقيه ولوليس خفيه على طهارة التيمم ثم وجد الماء نزع خفيه لانه صار محدثا بالحدث السابق على التيمم اذ رؤية الماء لا تعقل حدثا لانه امتنع ظهور حركته الى وقت وجود الماء فعند وجوده ظهر حركته في القدمين فلو جوزنا المسح لجعلنا الخف رافعا للحدث وهذا لا يجوز ولوليس خفيه على طهارة نبيذ القر ثم أحدث فان لم يجد ماء مطلقا توضأ بنبيذ القر ومسح على خفيه لانه طهور مطلق حال عدم الماء عند أبي حنيفة وان وجد ماء مطلقا نزع خفيه وتوضأ وغسل قدميه لانه ليس بطهور وعند وجود الماء المطلق وكذلك لو توضأ بسور الحمار وتيمم ولبس خفيه ثم أحدث ولو توضأ بسور الحمار ولبس خفيه ولم يتيمم حتى أحدث جازله أن يتوضأ بسور الحمار ويمسح على خفيه ثم يتيمم ويصلي لان سور الحمار ان كان طهورا فالتيمم فضل وان كان الطهور هو التراب فالقدم لاحظ لها من التيمم ولو توضأ ومسح على جبائر قدميه ولبس خفيه ثم أحدث أو كانت إحدى رجليه صحيحة فغسلها ومسح على جبائر الأخرى ولبس خفيه ثم أحدث فان لم يكن رأ الجرح مسح على الخفين لان المسح على الجبائر كالغسل لما تحتمل الخصل لبس الخفين على طهارة كاملة كالأودخلها مغسولتين حقيقة في الخف وان كان رأ الجرح نزع خفيه لانه صار محدثا بالحدث السابق فظهر أن اللبس حصل لا على طهارة وعلى هذا الأصل مسائل في الزيادات ومنها أن يكون الحدث خفيفا فان كان غليظا وهو الجنابة فلا يجوز فيها المسح لما روي عن صفوان بن عسال المرادي انه قال كان يأمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كنا سفرنا ان لا نزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليها لا عن جنابة لكن من غائط أو بول أو نوم ولان الجواز في الحدث الخفيف لدفع الحرج لانه يتكرر ويغلب وجوده فيلحقه الحرج والمشقة في نزع الخف والجنابة لا يغلب وجودها فلا يلحقه الحرج في النزع وأما الذي يرجع الى الممسوح فانه أن يكون خفيا ستر الكعبين لان الشرع ورد بالمسح على الخفين وما يستر الكعبين بنطق عليه اسم الخف وكذا ما يستر الكعبين من الجلد مما سوى الخف كالسكب الكبير والميتم لانه في معنى الخف * وأما المسح على الجواربين فان كانا مجلدين أو منعلين يجزئ به بخلاف عند أصحابنا وان لم يكونا مجلدين ولا منعلين فان كانا رقيقين يشقان الماء لا يجوز المسح عليهما بالاجماع وانا كنا نخشع لا يجوز عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يجوز وروي عن أبي حنيفة انه رجع الى قوله ما في آخر عمره وذلك انه مسح على جوربيه في مرضه ثم قال لعوده فعلت ما كنت أمتنع الناس عنه فاستدلوا به على رجوعه وعند الشافعي لا يجوز المسح على الجوارب وان كانت منهلة الا اذا كانت مجلدة الى الكعبين احتج أبو يوسف ومحمد بصحبت المغيرة بن شعبه ان النبي صلى الله عليه وسلم توضأ ومسح على الجواربين ولان الجواز في الخف لدفع الحرج لما يلحقه من المشقة بالنزع وهذا المعنى موجود في الجوارب بخلاف اللقافة والسكب لانه لا مشقة في نزعهما ولا في خنيفة ان جواز المسح على الخفين ثبت نصابا بخلاف القياس فكل ما كان في معنى الخف في ادمان المشي عليه وامكان قطع السفر به يلحق به وبما لا فلا ومعلوم أن غير المجلد والمنعل من الجوارب لا يشارك الخف في هذا المعنى فتعذر الالحاق على ان شرع المسح ان ثبت للترفيه لكن الحاجة الى الترفيه فيما يغلب لبسه وليس الجوارب مما لا يغلب فلا حاجة فيها الى الترفيه فبقى أصل الواجب بالسكب وهو غسل الرجلين (وأما) الحديث فيعقل انهما كانا مجلدين أو منعلين وبه نقول ولا عموم له لانه حكاية حال الا يرى انه لم يتناول الرقيق من الجوارب وأما الخف المتخذ من البد فلم يذكره في ظاهر الرواية وقيل انه على التفصيل والاختلاف الذي ذكرنا وقيل ان كان يطبق السفر جاز المسح عليه والا فلا وهذا هو الأصح * (وأما) المسح على الجرموقين من الجلد فان لبسهما فوق الخفين جاز عندنا وعند الشافعي لا يجوز وان لبس الجرموق وحده قيل انه على هذا الخلاف والصحيح أنه يجوز المسح عليه بالاجماع وجه قوله ان المسح على الخف بدل عن الغسل فلو جوزنا المسح على الجرموقين لجعلنا البديل بدلا وهذا لا يجوز (ولنا) ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الجرموقين

مطلب المسح على الجوارب

مطلب المسح على الجرموقين

ولأن الجرموق يشارك الخف في إمكان قطع السفر به فيشاركه في جواز المسح عليه ولهذا شاركه في حالة الانفراد
ولأن الجرموق فوق الخف بمنزلة خف ذي طاقين وذابحجوز المسح عليه فكذا هذا وقوله المسح عليه بدل عن المسح
على الخف ممنوع بل كل واحد منهما بدل عن الغسل قائم مقامه إلا أنه إذا نزع الجرموق لا يجب غسل
الرجلين لوجود شيء آخر هو بدل عن الغسل قائم مقامه وهو الخف ثم انما يجوز المسح على الجرموقين عندنا إذا
لبسهما على الخفين قبل أن يحدث فإن أحدث ثم لبس الجرموقين لا يجوز المسح عليهما سواء مسح على الخفين
أولا أما إذا مسح فلان حكم المسح استقرار على الخف فلا يتحول إلى غيره وأما إذا مسح فلان ابتداء مدة المسح من وقت
الحدث وقد انعقد في الخف فلا يتحول إلى الجرموق بعد ذلك ولأن جواز المسح على الجرموق لمكان الحاجة لتعذر
النزع وهذا الحاجة لأنه لا يتعذر عليه المسح على الخفين ثم لبس الجرموق فلم يجز ولهذا يجوز المسح على الخفين
إذا لبسهما على الحدث كذا هذا ولو مسح على الجرموقين ثم نزع أحدهما مسح على الخف البادى وأعاد المسح
على الجرموق الباقي وروى عن أبي يوسف أنه ينزع الجرموق الباقي ويمسح على الخفين أبو يوسف اعتبر الجرموق
بالخف ولو نزع أحدا الخفين ينزع الآخر ويغسل القدمين كذا هذا وجه قول الحسن وزفر أنه يجوز الجمع بين المسح
على الجرموق وبين المسح على الخف ابتداء بأن كان على أحدا الخفين جرموق دون الآخر فكذا بقا. وإذا بقي المسح
على الجرموق الباقي فلا معنى للإعادة وجه ظاهر الرواية أن الرجلين في حكم الطهارة بمنزلة عضو واحد لا يحقل
التجزؤ فاذا انتقضت الطهارة في أحدهما ينزع الجرموق تنقضى في الأخرى ضرورة كما إذا نزع أحدا الخفين
ولا يجوز المسح على القفازين وهما لباسا الكفين لأنه شرع دفعا للخرج لتعذر النزع ولا خرج في نزع القفازين
(ومنها) أن لا يكون بالخف خرق كثير فاما اليد فلا يمنع المسح وهذا قول أصحابنا الثلاثة وهو استصحاب القياس
أن يمنع قليلا وكثيره وهو قول زفر والشافعي وقال مالك وسفيان الثوري الخرق لا يمنع جواز المسح قل أو أكثر بعد
أن كان ينطلق عليه اسم الخلف وجه قولهما أن الشرع ورد بالمسح على الخفين فإدام اسم الخف له باقيا يجوز المسح
عليه وجه القياس أنه لما ظهر شيء من القدم وإن قل وجب غسله لحلول الحدث به لعدم الاستتار بالخف والرجل
في حق الغسل غير منبرثة فاذا وجب غسل بعضها وجب غسل كلها وجه الاستحسان أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم أمر أصحابه رضي الله عنهم بالمسح مع عامه بأن خفافهم لا تخلو عن قليل الخروق فكان هذا مع بيان أن القليل
من الخروق لا يمنع المسح ولأن المسح أقيم مقام الغسل ترهفا فلومنع قليل الانكشاف لم يحصل الترفية لوجوده
في أغلب الخفاف والحد الفاصل بين القليل والكثير هو قدر ثلاث أصابع فإن كان الخرق قدر ثلاث أصابع منع
والأفلا ثم المعتبر أصابع اليد وأصابع الرجل ذكر محمد في الزيارات قدر ثلاث أصابع من أصغر أصابع الرجل
وروى الحسن عن أبي حنيفة ثلاث أصابع من أصابع اليد وإنما قدر بالثلاث لوجهين أحدهما أن هذا القدر إذا
انكشف منع من قطع الأسفار والثاني أن الثلاث أصابع أكثر الأصابع ولا أكثر حكم الكل ثم الخرق المانع أن يكون
منفتحا بحيث يظهر ما تحته من القدم مقدار ثلاث أصابع أو يكون منضما لكنه ينفرج عند المشي فاما إذا كان
منضما لا ينفرج عند المشي فإنه لا يمنع وإن كان أكثر من ثلاث أصابع كذا روى المعلى عن أبي يوسف عن أبي
حنيفة وإنما كان كذلك لأنه إذا كان منفتحا أو ينفتح عند المشي لا يمكن قطع السفر به وإذا لم يمكن يمنع وسواء كان
الخرق في ظاهر الخف أو في باطنه أو من ناحية العقب بعد أن كان أسفل من الكعبين لما قلنا ولو بدا ثلاث من
أنامله اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يمنع وقال بعضهم يمنع وهو الصحيح ولو انكشف الظهارة وفي داخله
بطانة من جلد ولم يظهر القدم يجوز المسح عليه هذا إذا كان الخرق في موضع واحد فإن كان في مواضع متفرقة
ينظر إن كان في خف واحد يجمع بعضها إلى بعض فإن بلغ قدر ثلاث أصابع يمنع والأفلا وإن كان في خفين لا يجمع
وقالوا في النجاسة إن كانت على الخفين أنه يجمع بعضها إلى بعض فاذا زادت على قدر الدرهم منعت جواز

الصلاة والفرق ان الخرق انما يمنع جواز المسح لظهور مقدار فرض المسح فاذا كان متفرقا فلم يظهر مقدار فرض المسح من كل واحد منهما والمانع من جواز الصلوة في التجاسة هو كونه حاملا للتجاسة ومعنى الحمل متحقق سواء كان في خف واحد أو في خفين (ومنها) أن يمسح على ظاهر الخف حتى لو مسح على باطنه لا يجوز وهو قول عمر وهلى وأنس رضى الله عنهم وهو ظاهر مذهب الشافعى وعنه انه لو اقتصر على الباطن لا يجوز والمستحب عندنا الجمع بين الظاهر والباطن في المسح الا اذا كان على باطنه تجاسة وحكى ابراهيم بن جابر في كتاب الاختلاف الاجماع على ان الاقتصار على أسفل الخف لا يجوز وكذا لو مسح على العقب أو على جانبي الخف أو على الساق لا يجوز والأصل فيه ما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بالمسح على ظاهر الخفين وعن علي رضى الله عنه أنه قال لو كان الدين بالرأى لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره ولكني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر خفيه دون باطنهما ولا باطن الخف لا يجزى عن لون عادة فالمسح عليه يكون تلويا لليد ولا فيه بعض الحرج وما شرع المسح الا لدفع الحرج ولا تشترط النية في المسح على الخفين كما لا تشترط في مسح الرأس والجامع ان كل واحد منهما ليس يبدل عن القسل بدليل أنه يجوز مع القدرة على القسل بخلاف التيمم وكذا فعل المسح ليس بشرط لجوازه بدونه أيضا بل الشرط اصابة الماء حتى لو خاض الماء أو أصابه المطر جاز عن المسح ولو مر بحشيش مبتل فأصاب الببل ظاهر خفيه ان كان بلل الماء والمطر جاز وان كان بلل الطل قبل لا يجوز لان الطل ليس بماء

فصل وأما مقدار المسح فالمقدار المفروض هو مقدار ثلاث أصابع طولا وعرضا ممدودا أو موضوعا وعند الشافعى المفروض هو أدنى ما ينطلق عليه اسم المسح كما قال في مسح الرأس ولو مسح بأصبع أو أصبعين ومدهما حتى يبلغ مقدار ثلاث أصابع لا يجوز عندنا خلافا لفرق في مسح الرأس ولو مسح بثلاث أصابع منصوبة غير موضوعة ولا ممدودة لا يجوز بخلاف بين أصحابنا ولو مسح بأصبع واحدة ثلاث مرات وأعادها في كل مرة الى الماء يجوز كفي مسح الرأس ثم الكرخى اعتبر التقدير فيه بأصابع الرجل فانه ذكر في مختصره اذا مسح مقدار ثلاث أصابع من أصابع الرجل اجزاء فاعتبر بالمسوح لأن المسح يقع عليه وذكر ابن رستم عن محمد أنه لو وضع ثلاثة أصابع وضعا اجزاء وهذا يدل على أن التقدير فيه بأصابع اليد وهو الصحيح لما روى في حديث علي رضى الله عنه أنه قال في آخره لكني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر خفيه خطوطا بالأصابع وهذا خرج من التفسير للمسح أنه الخطوط بالأصابع والأصابع اسم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة فكان هذا تقدير المسح بثلاث أصابع اليد ولأن الفرض يتأدى به بيقين لأنه ظاهر محسوس فاما أصابع الرجل فستزعة بالخلف فلا يعلم مقدارها الا بالخزر والظن فكان التقدير بأصابع اليد أولى

فصل وأما بيان ما ينقض المسح وبيان حكمه اذا انتقص فالمسح ينتقض بأشياء (منها) انقضاء مدة المسح وهي يوم وليلة في حق المقيم وفي حق المسافر ثلاثة أيام وليلاتها لأن الحكم الموقت الى غاية ينتهي عند وجود الغاية فاذا انقضت المدة يتوضأ ويصلى ان كان محدثا وان لم يكن محدثا يغسل قدميه لا غير ويغسل قدميه لا غير ويصلى (ومنها) نزع الخفين لأنه اذا نزعهما فقد سرى الحدث السابق الى القدمين ثم ان كان محدثا يتوضأ بكتله ويصلى وان لم يكن محدثا يغسل قدميه لا غير ولا يستقبل الوضوء وللشافعى قولان في قول مثل قولنا وفي قول يستقبل الوضوء وجهه ان الحدث قد حل ببعض أعضائه والحدث لا يتجزأ فينعدى الى الباقي (ولنا) ان الحدث السابق هو الذي حل بقدميه وقد غسل بعده سائر الأجزاء وبقيت القدمان فقط فلا يجب عليه الا غسلهما وهو مذهب عبد الله بن عمر وكذلك اذا نزع أحدهما أنه ينتقض مسحه في الخفين وعليه نزع الباقي وغسلهما لا غير ان لم يكن محدثا والوضوء بكتله ان كان محدثا وعن ابراهيم النخعي فيه ثلاثة أقوال في قول مثل قولنا وفي قول لا شيء عليه اذا يعقل حدثا وفي قول يستقبل الوضوء وجهه هذا القول ان الحدث لا يتجزأ فأخلوه بالبعض كحلوله

مطلب مقدار المسح

مطلب نوافض المسح

بالكل وجه القول الآخر ان الطهارة اذا تمت لا تنتقض الا بالحدث ونزع الخلف لا يعقل حدثا (ولنا) ان المسامع
من سرابة الحدث الى القدم استنارها بالخلف وقد زال بالتزعم فسمى الحدث السابق الى القدمين جميعا لانهما في حكم
الطهارة كعضو واحد فاذا وجب غسل احدهما وجب الاخرى ولو اخرج القدم الى الساق انتقض مسحه لأن
اخراج القدم الى الساق اخرج لها من الخلف ولو اخرج بعض قدمه أو خرج بغير صناعه روى الحسن عن أبي حنيفة أنه
ان اخرج أكثر العقب من الخلف انتقض مسحه والا فلا وروى عن أبي يوسف أنه ان اخرج أكثر القدم من الخلف
انتقض والا فلا وروى عن محمد بن عيسى ان بقي في الخلف مقدار ما يجوز عليه المسح بقي المسح والانتقض وقال بعض
مشايخنا انه يستثنى فان أمكنه المشي المعتاد بقي المسح والا فينتقض وهذا موافق لقول أبي يوسف وهو اعتبار
أكثر القدم لأن المشي يتعذر بخروج أكثر القدم ولا بأس بالاعتقاد عليه لأن المقصد من لبس الخلف هو المشي
فاذا تعذر المشي انعدم اللبس فيما قصده ولأن ذلك كحكم الكل * (وأما) المسح على الجبائر فالكلام فيه
في مواضع في بيان جوازه وفي بيان شرائط جوازه وفي بيان صفة هذا المسح انه واجب أم لا وفي بيان
ما ينقضه وفي بيان حكمه اذا انتقض وفي بيان ما يفارق فيه المسح على الخفين المسح على الجبائر (أما) الأول
فالمسح على الجبائر جائز والأصل في جوازه ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال كسر زندي يوم أحد فسقط
اللواء من يدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم اجعلوها في يساره فانه صاحب لوائي في الدنيا والآخرة فقلت
يا رسول الله ما صنعت بالجبائر فقال امسح عليهما ثم ع المسح على الجبائر عند كسر الزندي فيلحق به ما كان في معناه من
الجرح والقرح وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما شج في وجهه يوم أحد داواه بعظم بال وعصب عليه
وكان يمسح على العصا ولنا في رسول الله صلى الله عليه وسلم اسوة حسنة ولأن الحاجة تدعو الى المسح على الجبائر
لان في نزعها جرحا وضرا * (وأما) شرائط جوازه فهو أن يكون الغسل مما يضر بالعضو المنكسر والجرح
والقرح أو لا يضره الغسل لكنه يخاف الضرر من جهة أخرى يزع الجبائر فان كان لا يضره ولا يخاف لا يجوز
ولا يسقط الغسل لان المسح لمكان العذر ولا عذر ثم اذا مسح على الجبائر والخرق التي فوق الجراحة جاز لما
قلنا فاما اذا مسح على الخرق الزائدة عن رأس الجراحة ولم يغسل ما تحتها فهل يجوز لم يذكر هذا في ظاهر الرواية
وذكر الحسن بن زياد أنه ينظر ان كان حل الخرقه وغسل ما تحتها من حوالى الجراحة مما يضر بالجرح يجوز المسح
على الخرقه الزائدة ويقوم المسح عليها مقام غسل ما تحتها كالمسح على الخرقه التي تلاحق الجراحة وإن كان
ذلك لا يضر بالجرح عليه أن يحل ويغسل حوالى الجراحة ولا يجوز المسح عليها لأن الجواز لمكان الضرورة
فيقدر بقدر الضرورة ومن شرط جواز المسح على الجبيرة أيضا أن يكون المسح على عين الجراحة مما يضر بها
فإن كان لا يضر بها لا يجوز المسح الا على نفس الجراحة ولا يجوز على الجبيرة كذا ذكره الحسن بن زياد لأن الجواز
ملى الجبيرة للعذر ولا عذر ولو كانت الجراحة على رأسه وبعضه صحيح فان كان الصحيح قدر ما يجوز عليه المسح
وهو قدر ثلاث أصابع لا يجوز الا أن يمسح عليه لأن المفروض من مسح الرأس هو هذا القدر وهذا القدر من
الرأس صحيح فلا حاجة الى المسح على الجبائر وعبرة مشايخ العراق في مثل هذا ان ذهب عير فغير في الرباط
وإن كان أقل من ذلك لم يمسح عليه لأن وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ويمسح على الجبائر (وأما) بيان ان
المسح على الجبائر هل هو واجب أم لا فقد ذكر محمد في كتاب الصلاة عن أبي حنيفة أنه اذا ترك المسح على الجبائر
وذلك يضره اجزاء وقال أبو يوسف ومحمد اذا كان ذلك لا يضره لم يجز لخروج جواب أبي حنيفة في صورة وخرج
جوابهما في صورة أخرى فلم يتبين الخلاف ولا خلاف في انه اذا كان المسح على الجبائر يضره انه يسقط عنه
المسح لأن الغسل يسقط بالعذر فالمسح أولى وأما اذا كان لا يضره فقد حقق بعض مشايخنا الاختلاف فقال
على قول أبي حنيفة المسح على الجبائر مستحب وليس بواجب وهكذا ذكر قول أبي حنيفة في اختلاف زفر
ويعقوب وعندهما واجب ويحتمل ما روي عن علي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر عليا

الجبائر
مطلب المسح على

المسح
مطلب شرط جواز

رضي الله عنه بالمسح على الجبائر بقوله امسح عليها وطلق الامر للوجوب ولا في خفيفة ان الفرضية لا تثبت
 الا بدليل مقطوع به وحديث على رضي الله عنه من اخبار الآحاد فلا تثبت الفرضية به وقال بعض مشايخنا
 اذا كان المسح لا يضره يجب بالاخلاف ويمكن التوفيق بين حكاية القولين وهو ان من قال ان المسح على الجبائر
 ليس بواجب عند أبي حنيفة عني به انه ليس بفرض عنده لما ذكرنا ان المفروض اسم لما ثبت وجوبه بدليل
 مقطوع به ووجوب المسح على الجبائر ثبت بحديث على رضي الله عنه وانه من الآحاد فيوجب العمل دون
 العلم ومن قال ان المسح على الجبائر واجب عندهما فاعلم ان معنى وجوب العمل لا الفرضية وعلى هذا لا يتحقق
 الخلاف لانهم لا يقولون بفرضية المسح على الجبائر لانعدام دليل الفرضية بل بوجوبه من حيث العمل لأن
 مطلق الامر يحمل على الوجوب في حق العمل وانما الفرضية تثبت بدليل زائد وأبو حنيفة رضي الله عنه
 يقول بوجوبه في حق العمل والجواز وعدم الجواز يكون مبنيا على الوجوب وعدم الوجوب في حق العمل
 ولو ترك المسح على بعض الجبائر ومسح على البعض لم يذكره في ظاهر الرواية وعن الحسن بن زياد انه
 قال ان مسح على الأكتف جاز والافلا بخلاف مسح الرأس والمسح على الخفين أنه لا يشترط فيه ما الاكثر لان
 هناك ورد الشرع بالتقدير فلا تشترط الزيادة على المقدر وههنا لا تقدير من الشرع بل ورد بالمسح
 على الجبائر فظاهره يقتضي الاستيعاب الا ان ذلك لا يخلو عن ضرب سرح فاقم الاكثر مقام الجميع والله أعلم
 * (وأما) بيان ما ينقض المسح على الجبائر وبيان حكمه اذا انتقض فسقوط الجبائر عن بره ينقض المسح وجملة
 الكلام فيه ان الجبائر اذا سقطت فاما ان تسقط لا عن بره أو عن بره وكل ذلك لا يخلو عن أن يكون في الصلاة
 أو خارج الصلاة فان سقطت لا عن بره في الصلاة ضعي عليها ولا يستقبل وان كان خارج الصلاة بعيد الجبائر
 الى موضعها ولا يجب عليه إعادة المسح وكذلك اذا شددها بجبائر أخرى غير الأولى بخلاف المسح على الخفين
 اذا سقط الخلف في حال الصلاة انه يستقبل وان سقط خارج الصلاة يجب عليه الغسل والفرق ان هناك سقوط
 الغسل لمكان الخرج كافي التزع فذا سقط فقد زال الخرج وههنا السقوط بسبب العذر وانه قائم فكان الغسل
 ساقطا وانما وجب المسح والمسح قائم وانما زال الممسوح كما اذا مسح على رأسه ثم حلق الشعر انه لا يجب إعادة
 المسح وان زال الممسوح كذلك ههنا وان سقطت عن بره فان كان خارج الصلاة وهو محدث فاذا أراد أن يصلي
 توضأ وغسل موضع الجبائر ان كانت الجراحة على أعضاء الوضوء وان لم يكن محدثا غسل موضع الجبائر لا غير
 لانه قدر على الأصل فبطل حكم البدل فيه فوجب غسله لا غير لان حكم الغسل وهو الطهارة في سائر الأعضاء
 قائم لانعدام ما رفعها وهو الحدث فلا يجب غسلها وان كان في حال الصلاة يستقبل لقدرة على الأصل قبل
 حصول المقصود بالبدل ولو مسح على الجبائر وصلى أياما ثم رأت جراحته لا يجب عليه إعادة ما صلى بالمسح وهذا
 قول أصحابنا وقال الشافعي ان كان الجبر على الجرح والقرح بعيدا قولا واحدا وان كان على الكسر فله فيه قولان
 وجه قوله ان هذا عذر نادر فلا يمنع وجوب القضاء عند نزول الماء كالمحبوس في السجن اذا لم يجد الماء ووجه ما
 نطقه انه يصلي باتيمم ثم يعيد اذا خرج من السجن كذلك ههنا (ولنا) ما روينا من حديث على رضي الله عنه ان
 النبي صلى الله عليه وسلم أمره بالمسح على الجبائر ولم يأمره بإعادة الصلاة مع حاجته الى البيان (وأما) بيان
 ما يقارن فيه المسح على الجبائر للمسح على الخفين (فهما) ان المسح على الجبائر غير موقت بالأيام بل هو موقت بالبره
 والمسح على الخفين موقت بالأيام المقيم يوم وليلة والمسافر ثلاثة أيام وليلتها لان التوقيت بالشرع والشرع وقت
 هناك بقوله مسح المقيم يوم وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها ولم يوقت ههنا بل أطلق بقوله امسح عليها (ومنها)
 أنه لا تشترط الطهارة لوضع الجبائر حتى لو وضعها وهو محدث ثم توضأ جازله أن يمسح عليها وتشترط الطهارة
 للبره الخفين حتى لو لبسهما وهو محدث ثم توضأ لا يجوز له المسح على الخفين لان المسح على الجبائر كالغسل لما تحتها
 فاذا مسح عليها فكانه غسل ما تحتها لقيامه مقام الغسل والخلف جعل مانعا من نزول الحدث بالتقدمين لارفعاله

مسح على الجبائر
 مسح على الخفين

ولا يتحقق ذلك الا وان يكون لا بس الخلف على طهارة وقت الحدث بعد اللبس (ومنها) انه اذا سقطت الجبائر
 لاعن بره لا ينتقض المسح وسقوط الخفين أو سقوط أحدهما بوجوب انتفاض المسح لما بيننا
 (فصل) وأما شرائط أركان الوضوء (فمنها) أن يكون الوضوء بالماء حتى لا يجوز التوضؤ بماء سوى الماء
 من المائعات كالخل والعصير واللبن ونحو ذلك لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم
 وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم الى الكعبين والمراد منه الغسل بالماء لانه تعالى قال في آخر
 الآية وان كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا
 نقل الحكم الى التراب عند عدم الماء فدل على أن المنقول منه هو الغسل بالماء وكذا الغسل المطلق ينصرف الى
 الغسل المعتاد وهو الغسل بالماء (ومنها) أن يكون بالماء المطلق لان مطلق اسم الماء ينصرف الى الماء المطلق
 فلا يجوز التوضؤ بالماء المقيد والماء المطلق هو الذي تتسارع افهام الناس اليه عند اطلاق اسم الماء كماء الأنهار
 والعيون والآبار وماء السماء وماء الغدران والحياض والبحار فيجوز الوضوء بذلك كله سواء كان في معدنه أو في
 الأواني لان نقله من مكان الى مكان لا يسلب اطلاق اسم الماء عنه وسواء كان عذبا أو ملحاً لان الماء الملح
 يسمى ماء على الإطلاق وقال النبي صلى الله عليه وسلم خلق الماء طهوراً لا ينجسه شيء الا ما غبر لونه أو طعمه
 أو ريحه والطهور هو الطاهر في نفسه المطهر لغيره وقال الله تعالى وأزلفنا من السماء ماء مطهوراً وقال الله تعالى
 وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن البعر فقال هو الطهور
 ماؤه الحبل ميتته وروى أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن المياه التي تكون في الفلوات وما ينوبهم من الدواب
 والسباع فقال لها ما أخذت في بطونها وما أبتقت فهل لنا شرب وطهور وكان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ
 من آبار المدينة (وأما) المقيد فهو ما لا تتسارع اليه الأفهام عند اطلاق اسم الماء وهو الماء الذي يستخرج من
 الأشياء بالعلاج كماء الأشجار والثمار وماء الورد ونحو ذلك ولا يجوز التوضؤ بشيء من ذلك وكذلك الماء المطلق
 اذا خالطه شيء من المائعات الطاهرة كاللبن والخل وتقيع الزبيب ونحو ذلك على وجه زال عنه اسم الماء بان صار
 مغلوباً به فهو بمعنى الماء المقيد ثم ينظر ان كان الذي خالطه مما يخالف لونه لونه الماء كاللبن وماء العصفر والزعفران
 ونحو ذلك تعتبر الغلبة في اللون وان كان لا يخالف الماء في اللون ويخالفه في الطعم كعصير العنب الأبيض وخله
 تعتبر الغلبة في الطعم وان كان لا يخالفه فيهما تعتبر الغلبة في الأجزاء فان استويا في الأجزاء لم يذكر هذا في ظاهر
 الرواية وقالوا حكمه حكم الماء المغلوب احتياطاً هذا اذا لم يكن الذي خالطه مما يقصده منه زيادة نظافة فان كان مما
 يقصده منه ذلك ويطبخ به أو يخاط به كماء الصابون والأشنان يجوز التوضؤ به وان تغير لون الماء أو طعمه
 أو ريحه لان اسم الماء باق وازداد معناه وهو التطهير وكذلك جرت السنة في غسل الميت بالماء المغلي بالسدر
 والخرص فيجوز الوضوء به الا اذا صار غليظاً كالسويق المخلوط لانه حينئذ يزول عنه اسم الماء ومعناه أيضاً
 ولون تغير الماء المطلق بالطين أو بالتراب أو بالحص أو بالنورة أو بوقوع الأوراق أو الثمار فيه أو بطول المسك
 يجوز التوضؤ به لانه لم يزل عنه اسم الماء وبقي معناه أيضاً مع ما فيه من الضرورة الظاهرة لتعذر صون الماء عن
 ذلك وقياس ما ذكرنا أنه لا يجوز الوضوء بنبذ القمل لغير طعم الماء وصيرورته مغلوباً بطعم القمل فكان في معنى الماء
 المقيد وبالقياس أخذ أبو يوسف وقال لا يجوز التوضؤ به الا ان أباحه حنفية ترك القياس بالنص وهو حديث
 عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فجوز التوضؤ به وذكر في الجامع الصغير أن المسافر اذا لم يجد الماء ووجد نبذ
 القمل توضأ به ولم يتيمم وذكر في كتاب الصلاة يتوضأ به وان تيمم معه أحب الي وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه
 يجمع بينهما لا محالة وهو قول محمد وروى نوح في الجامع المروزي عن أبي حنيفة أنه رجع عن ذلك وقال لا يتوضأ
 به ولكنه يتيمم وهو الذي استقر عليه قوله كذا قال نوح وبه أخذ أبو يوسف ومالك والشافعي واحتج هؤلاء
 بقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا نقل الحكم من الماء المطلق الى التراب فنقله الى النبي صلى الله عليه وسلم ثم من

النبيذ إلى التراب فقد خالف الكتاب وهو لا طعنوا في حديث عبد الله بن مسعود من وجوه (أحدها) أنهم قالوا
 رواه أبو فزارة عن أبي زيد عن ابن مسعود وأبو فزارة هذا كان نبذا بالكوفة وأبو زيد مجهول (ومنها) أنه قيل
 لعبد الله بن مسعود هل كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فقال ليقتي كنت وسئل تلي هذه علقمة هل
 كان صاحبكم مع النبي صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فقال ودنا أنه كان (ومنها) أنه من أخبار الآحاد ورد على
 مخالفة الكتاب ومن شرط ثبوت خبر الواحد أن لا يخالف الكتاب فإذا خالف لم يثبت أو ثبت لكنه نسخ به لأن
 ليلة الجن كانت بمكة وهذه الآية نزلت بالمدينة ووجه رواية الحسن وهو قول محمد أنه قام ههنا دليلان أحدهما أنه
 يقتضي وجوب الوضوء بنبيذ القمر وهو حديث ابن مسعود رضي الله عنه والآخرة يقتضي وجوب التيمم
 وهو قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا والعمل بالدليلين واجب إذا لم يكن العمل بهما وههنا يمكن
 إذا تناهى بين وجوب الوضوء والتيمم فيجمع بينهما كما في سور الجمار ولا في حنيقة ما روى عن عبد الله بن مسعود
 رضي الله عنه أنه قال كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم جلوسا في بيت فدخل علينا رسول الله صلى الله
 عليه وسلم فقال ليقيم منكم من ليس في قلبه مثقال ذرة من كبر فقممت وفي رواية فلم يقم منا أحد فأشار إلى
 بالقيام فقممت ودخلت البيت فتزودت بأداة من نبيذ فخرجت معه خط لي خطا وقال إن خرجت من هذا لم ترني
 إلى يوم القيامة فقممت قائما حتى انفجر الصبح فإذا أنا برسول الله صلى الله عليه وسلم وقد عرق جبينه كأنه حارب
 جننا فقال لي يا ابن مسعود هل معك ماء أتوضأ به فقلت لا إلا نبيذ تمر في أداة فقال غرة طيبة وماء طهور فأخذ ذلك
 وتوضأ به وصلى الفجر وكذا جماعة من الصحابة منهم علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم كانوا يجوزون
 التوضؤ بنبيذ القمر وروى عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال نبيذ القمر وضوء من لم يجد
 الماء وروى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال توضؤا بنبيذ القمر ولا تتوضؤا بالبن وروى عن أبي
 العالية الرازي أنه قال كنت في جماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفينة في البحر فحضر الصلاة
 ففقي ماؤهم ومعهم نبيذ القمر فتوضأ بعضهم بنبيذ القمر وكره التوضؤ بماء البحر وتوضأ بعضهم بماء البحر وكره
 التوضؤ بنبيذ القمر وهذا حكاية الإجماع فإن من كان يتوضأ بماء البحر كان يعتقد جواز التوضؤ بماء البحر فلم
 يتوضأ بنبيذ القمر لكونه واجدا للماء المطلق ومن كان يتوضأ بالنبيذ كان لا يرى ماء البحر طهورا أو كان يقول هو ماء
 سخطه ونقمة كأنه لم يبلغه قوله صلى الله عليه وسلم في صفة البحر هو الطهور وماؤه الحل ميتته فتوضأ بنبيذ القمر
 لكونه عادما للماء الطاهر وبه تبيين أن الحديث ورد مورد الشهرة والاستغاضة حيث عمل به الصحابة رضي الله
 عنهم وتلقوه بالقبول فصار موجبا علما استدلاليا كخبر المعراج والقدر خير وشهره من الله وأخبار الرؤية
 والشفاعة وغير ذلك مما كان الراوي في الأصل واحدا ثم اشتهر وتلقته العلماء بالقبول ومثله مما ينسخ به الكتاب
 مع ما نه لا حجة لهم في الكتاب لأن عدم نبيذ القمر في الأسفار يسبق عدم الماء عادة لأنه أعسر وجودا وأغراضا
 من الماء فكان تعليق جواز التيمم بعدم الماء تعليقا بعدم النبيذ دلالة فكأنه قال فلم تجدوا ماء ولا نبيذ تمر فتيمموا
 إلا أنه لم ينص عليه لثبوته عادة يؤيد هذا ما ذكرنا من فتاوى نجباء الصحابة رضي الله عنهم في زمان انسديه باب
 الوحى مع أنهم كانوا أعرف الناس بالناسخ والمنسوخ فبطل دعوى النسخ وما ذكرنا من الطعن في الراوى أما أبو
 فزارة فقد ذكره مسلم في الصحيح فلا مطعن لأحديه وأما أبو زيد فقد قال صاعد وهو من زهاد التابعين وأما
 أبو زيد فهو مولى عمرو بن حريث فكان معروفا في نفسه وعياله فالجهل بعبد الله لا يقدح في روايته على أنه قد روى
 هذا الحديث من طرق أخر غير هذا الطريق لا يتطرق إليها طعن وقولهم إن ابن مسعود لم يكن مع رسول الله صلى
 الله عليه وسلم ليلة الجن دعوى باطلة لما روي أنه ترك في الخط وكذا روى كونه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
 في خبر آخر أجمع الفقهاء على العمل به وهو أنه طلب منه أبحار الاستبراء فأنابهم بجرين وروثة فالتى الروثة وقال أنها

رجس أو ركس والدليل عليه أنه روى أنه لما رأى أفا مامن الرط بالعراق قال ما أشبه هؤلاء بالجن ليلة الجن وفي رواية أنه مر بقوم يلعبون بالكوفة فقال ما رأيت أحدا أشبه بهم هؤلاء من الجن الذين رأيتهم مع النبي صلى الله عليه وسلم ليلة الجن وما روى أنه قال ليتني كنت معه وإن علقمة قال وددنا أن يكون معه فحمل على الحال التي خاطب فيها الجن أي ليتني كنت معه وقت خطابه بالجن وددنا أن يكون معه وقت ما خاطب الجن واختلاف المشايخ في جواز الاغتسال بنبيذ التمر على أصل أبي حنيفة فقال بعضهم لا يجوز لأن الجواز عرف بالنص وأنه ورد في الوضوء دون الاغتسال فيقتصر على مورد النص وقال بعضهم يجوز لاستوائهما في المعنى ثم لا بد من معرفة تفسير نبيذ التمر الذي فيه اختلاف وهو أن يلقى شيء من التمر في الماء فتخرج حلاوته إلى الماء وهكذا ذكر ابن مسعود رضي الله عنه في تفسير نبيذ التمر الذي توضع به رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فقال غيرات ألقينها في الماء لأن من عادة العرب أنها تطرح التمر في الماء الملح ليحلوا فإدام حلاوا رقيقا أو قارصا يتوضأ به عند أبي حنيفة وإن كان غليظ كالأرب لا يجوز التوضؤ به بـلا خلاف وكذا أن كان رقيقا الكنه غلاوا واشتد وقذف بالزبد لا نصار مسكرا أو المسكر حرام فلا يجوز التوضؤ به ولأن النبيذ الذي توضع به رسول الله صلى الله عليه وسلم كان رقيقا حلوا فلا يلحق به الغليظ والمره إذا كان نيا فان كان مطبوخا أدنى طبخة فإدام حلوا أو قارصا فهو على الاختلاف وإن غلاوا واشتد وقذف بالزبد كرك القدو روى في شرحه لمختصر الكرخي الاختلاف فيه بين الكرخي وأبي طاهر الدباس على قول الكرخي يجوز وعلى قول أبي طاهر لا يجوز وجه قول الكرخي أن اسم النبيذ كايقع على الشيء منه يقع على المطبوخ فيدخل تحت النص ولأن الماء المطلق إذا اختلط به المائعات الطاهرة يجوز التوضؤ به بـلا خلاف بين أصحابنا إذا كان الماء غالبا وههنا أجزاء الماء غالبية على أجزاء التمر فيجوز التوضؤ به وجه قول أبي طاهر أن الجواز عرف بالحديث والحديث ورد في الشيء فإنه روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن ذلك النبيذ فقال غيرات ألقينها في الماء وأما قوله أن المائعات الطاهرة إذا اختلطت بالماء لا يمنع التوضؤ به فنعم إذا لم يغلب على الماء أصلا فاما إذا غلب عليه بوجه من الوجوه فلا وههنا أغلب عليه من حيث الطعم واللون وإن لم يغلب من حيث الأجزاء فلا يجوز التوضؤ به وهذا أقرب القولين إلى الصواب وذكر القاضي الأسدي في شرحه مختصر الطحاوي وجعله على الاختلاف في شربه فقال على قول أبي حنيفة يجوز التوضؤ به كيجوز شربه وعند محمد لا يجوز كلاجوز شربه وأبو يوسف فرق بين الوضوء والشرب فقال يجوز شربه ولا يجوز الوضوء به لأنه لا يرى التوضؤ بالياء الحلو منه فبالمطبوخ المرأولى وأما نبيذ الزبيب وسائر الأنبة فلا يجوز التوضؤ بها عند عامة العلماء وقال الأوزاعي يجوز التوضؤ بالأنبة كلها نبيذ أو مطبوخا حلوا كان أو مرقا ساسا على نبيذ التمر (ولنا) أن الجواز في نبيذ التمر ثبت معدولا به عن القياس لأن القياس يأبى الجواز إلا بالماء المطلق وهذا ليس بما مطلق بدليل أنه لا يجوز التوضؤ به مع القدرة على الماء المطلق إلا أن أعرفنا الجواز بالنص والنص ورد في نبيذ التمر خاصة فيبقى ما عداه على أصل القياس (ومنها) أن يكون الماء طاهرا فلا يجوز التوضؤ بالماء النجس لأن النبي صلى الله عليه وسلم سمى الوضوء طهورا وطهارة بقوله لا صلاة إلا بطهور وقوله لا صلاة إلا بطهارة ويستحيل حصول الطهارة بالماء النجس والماء النجس ماخالطه النجاسة وسند كبر بيان القدر الذي يخالط الماء من النجاسة فينجسه في موضعه إن شاء الله (ومنها) أن يكون طهورا لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور وموضعه فيغسل وجهه ثم يديه ثم يمسح برأسه ثم يغسل رجليه والطهور اسم للطاهر في ذاته المطهر لغيره فلا يجوز التوضؤ بالماء المستعمل لأنه نجس عند بعض أصحابنا وعند بعضهم طاهر غير طهور على ما ذكر ويجوز بالماء المكره لأنه ليس بنجس إلا أن الأولى أن لا يتوضأ به إذا وجد غيره ولا يجوز بسؤر والحمار وحده لأنه مشكوك في طهوريته عند أكثرين وعند بعضهم في طهارته وسنة مسرورة ونستوفي الكلام فيه إذا انتهينا إلى بيان حكم الأسائر عند بيان أنواع الانجاس إن شاء الله تعالى (وأما) النية فليست من الشرائط وكذلك الترتيب فيجوز الوضوء

بدون النية ومراعاة الترتيب عندنا وعند الشافعي من الشروط لا يجوز بدونها وكذلك إيمان المتوضئ ليس بشرط لصحة وضوئه عندنا فيجوز وضوء الكافر عندنا وعند غيره شرط فلا يجوز وضوء الكافر وكذلك الموالاة ليست بشرط عند عامة المشايخ وعند مالك شرط وسند كره هذه المسائل عند بيان سنن الوضوء لأنهم من السنن عندنا لا من الفرائض فكان المأقفاً بفصل السنن الأولى

(فصل) وأما سنن الوضوء فكثيرة بعضها قبل الوضوء وبعضها في ابتدائه وبعضها في اثنائه (أما) الذي هو قبل الوضوء (فمنها) الاستنجاء بالأحجار أو ما يقوم مقامها وسمى الكرخي الاستنجاء استجماراً وهو طلب الجرة وهي الحجر الصغير والطحاوي سماه استطابة وهي طلب الطيب وهو الطهارة والاستنجاء هو طلب طهارة القبيل والدرج من النجس وهو ما يخرج من البطن أو ما يعلو ويرتفع من النجوة وهي المكان المرتفع (والكلام في الاستنجاء) في مواضع في بيان صفة الاستنجاء وفي بيان ما يستنجى به وفي بيان ما يستنجى منه أما الأول فالاستنجاء سنة عندنا وعند الشافعي فرض حتى لو ترك الاستنجاء أصلاً جازت صلاته عندنا ولكن مع الكراهة وعند غيره لا يجوز والكلام فيه راجع إلى أصل نذكره إن شاء الله تعالى وهو أن قليل النجاسة الحقيقية في الثوب والبدن عفو في حق جواز الصلاة عندنا وعند غيره ليس بعفو ثم ناقض في الاستنجاء فقال إذا استنجى بالأحجار لم يفسد موضع الاستنجاء جازت صلاته وإن تيقنا ببقاء شيء من النجاسة إذا لم يجز لا يستأصل النجاسة وإنما قلنا وهذا ناقض ظاهر ثم ابتدأ الدليل على أن الاستنجاء ليس بفرض ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من استجمر فليوتر من فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه في الحرج في تركه ولو كان فرضاً لكان في تركه حرج والثاني أنه قال من فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج ومثله هذا يقال في المفروض وإنما يقال في المنسحب اليه والمستحب إلا أنه إذا ترك الاستنجاء أصلاً وصلى بكره لأن قليل النجاسة جعل عفو في حق جواز الصلاة دون الكراهة وإذا استنجى زالت الكراهة لأن الاستنجاء بالأحجار أقيم مقام الغسل بالماء شرعاً للضرورة إذا لا انسان قد لا يجد ستره أو مكاناً خالياً للغسل وكشف العورة حرام فأقيم الاستنجاء مقام الغسل فتزول به الكراهة كما تزول بالنفل وقد روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يستنجى بالأحجار ولا يظن به أداء الصلاة مع الكراهة (وأما) بيان ما يستنجى به فالسنة هو الاستنجاء بالأشياء الطاهرة من الأحجار والأمدار والتراب والحرق البوالي ويكره بالروث وغيره من الأنجاس لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما سأل عبد الله بن مسعود عن أحجار الاستنجاء أتاهم بحجرين ورؤيته فأخذ الحجرين ورعى بالروثة وعلل بكونهم أنجساً فقال إنما رجس أو رجس أي نجس ويكره بالعظم لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستنجاء بالروث والرمة وقال من استنجى بروث أو رمة فهو بريء مما أنزل على محمد وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تستنجوا بالعظم ولا بالروث فإن العظم زاد أخوانكم الجن والروث علف دوابهم فإن فعل ذلك يعذب به عندنا فيكون مقياساً من تركها كراهة ويجوز أن يكون لفعل واحد جهتان مختلفتان فيكون بجهته كذا وبجهته كذا وعند الشافعي لا يعذب به حتى لا تجوز صلاته إذا لم يستنج بالأحجار بعد ذلك وجه قوله أن النص ورد بالأحجار فيراعى عين المنصوص عليه ولأن الروث نجس في نفسه والتجسس كيف يزيل النجاسة (ولنا) أن النص معلول بمعنى الطهارة وقد حصلت بهذه الأشياء كما تحصل بالأحجار إلا أنه كره بالروث لما فيه من استعمال التجسس وإفساد علف دواب الجن وكره بالعظم لما فيه من إفساد زادهم على ما نطق به الحديث فكان النهي عن الاستنجاء به بمعنى في غيره لا في عينه فلا يمنع الاعتدال به وقوله الروث نجس في نفسه مسلم لكنه يابس لا ينفصل منه شيء إلى البدن فيحصل باستعماله نوع طهارة بتقليل النجاسة ويكره الاستنجاء بخزقة الديباج ومطعوم الأدي من الخنطة والشعير لما فيه من إفساد المال من غير ضرورة وكذا بعلف البهائم وهو الخشيش لأنه يتجسس للطاهر من غير ضرورة

طلب الكلام في الاستنجاء وما يقع

والمعتبر في إقامة هذه السنة عند ناهي الاقامة دون العدد فان حصل بحجر واحد كفاه وان لم يحصل بالثلاث زاد عليه وعند الشافعي العدد مع الاقامة شرط حتى لو حصل الاقامة بمادون الثلاث كل الثلاث ولو ترك لم يجزه واحتج الشافعي بعمار وبناعن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من استنجم فليوتر أمره بالانبار ومطلق الأمر للوجوب (ولنا) ماروينام حديث ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم سأله أحجار الاستنجاء فأنا به بحجرين وروثة فرمى الروثة ولم يسأله حجرا ثالثا ولو كان العدد فيه شرط لسأله اذ لا يظن به ترك الواجب ولان الغرض منه هو التطهير وقد حصل بالواحد ولا يجوز تنجيس الطاهر من غير ضرورة (وأما) الحديث خفة عليه لأن أقل الايتار مرة واحدة على ان الأمر بالايثار ليس لعينه بل لحصول الطهارة فإذا حصلت بما دون الثلاث فقد حصل المقصود فينتهي حكم الأمر وكذا الاستنجى بحجر واحد له ثلاثة أحرف لانه غزلة ثلاثة أحجار في تحصيل معنى الطهارة ويستنجى بيساره لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل يمينه ويستنجم بيساره وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل يمينه ويستنجى بيساره ولان اليسار للأقدار وهذا اذا كانت النجاسة التي على المخرج قدر الدرهم أو أقل منه فان كانت أكثر من قدر الدرهم لم يترك في ظاهر الرواية واختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يزول الا بالغسل وقال بعضهم يزول بالاحجار وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهو الصحيح لان الشرع ورد بالاستنجاء بالاحجار مطلقا من غير فصل وهذا كله اذا لم يتعد النجس المخرج فان تعداه بنظر ان كان المتعدى أكثر من قدر الدرهم يجب غسله بالاجاع وان كان أقل من قدر الدرهم لا يجب غسله عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يجب ذكر القنودري في شرحه مختصرا لكرخي ان النجاسة اذا تجاوزت مخرجها وجب غسلها ولم يذكر خلاف أصحابنا محمدان الكثير من النجاسة ليس بعفو وهذا (كثير) ولهما ان القدر الذي على المخرج قليل وانما يصير كثير انضم المتعدى اليه وهما نجاستان مختلفتان في الحكم فلا يجتمعان الا يرى أن احدهما نزول بالاحجار والاخرى لا تزول الا بالماء واذا اختلفت في الحكم يعطى لكل واحدة منهما حكم نفسها وهي في نفسها قليلة فكانت عفوا (وأما) بيان ما يستنجى منه فلا يستنجاء مسنون من كل نجس يخرج من السبيلين له عين مرتبة كالغائط والبول والمني والودي والمذي والدم لان الاستنجاء للتطهير بتقليل النجاسة واذا كان النجس الخارج من السبيلين عينا مرتبة تقع الحاجة الى التطهير بالتقليل ولا يستنجاء في الرجح لانها ليست بعين مرتبة (ومنها) السواك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لولا ان أشق على أمتي لامرتهم بالسواك عند كل صلاة وفي رواية عند كل وضوء ولا نه مطهرة للغم على ما انقضى به الحديث السواك مطهرة للغم ومرضاة للرب عز وجل وروي عنه أنه قال ما زال جبريل يوصيني بالسواك حتى خشيت ان يردني وروي أنه قال طهر وامسالك القرآن بالسواك وله ان يستاك بأي سواك كان رطبا أو يابسامبلولا أو غير مبلول صائما كان أو غير صائم قبل الزوال أو بعده لان اصول السواك مطلقة وعند الشافعي يكره السواك بعد الزوال للصائم لما يند كفي كتاب الصوم (وأما) الذي هو في ابتداء الوضوء (فنه) النية عندنا وعند الشافعي هي فريضة والكلام في النية راجع الى أصل وهو أن معنى القرية والعبادة غير لازم في الوضوء عندنا وعندنا لازم ولهذا صح من الكافر عندنا خلافا له واحتج عماري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الوضوء شرط الايمان والايمان عبادة فكذا شرطه ولهذا كان التيمم عبادة حتى لا يصح بدون النية وأنه خلف عن الوضوء والخلف لا يخالف الاصل (ولنا) قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم الى الكعبين أمر بالغسل والمسح مطلقا عن شرط النية ولا يجوز تقييد المطلق الابدليل وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا الا عابري سبيل حتى تغتسلوا انهم من الجنب عن قربان الصلاة اذا لم يكن عابرا سبيل الى غاية الاغتسال مطلقا عن شرط النية فيقتضي انتهاء حكم التيمم عند الاغتسال المطلق وعنده لا ينتهي الا عند

مطلب في السوال

الوضوء
مطلب في التيمم في

اغتسال مقرون بالنية وهذا خلاف الكتاب ولان الامر بالوضوء لحصول الطهارة لقوله تعالى في آخر آية الوضوء
ولكن يريد بطهركم وحصول الطهارة لا يقف على النية بل على استعمال المطهر في محل قابل للطهارة والماء مطهر
لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال خلق الماء طهورا لا ينجسه شيء الا ما غير طعمه أو ريحه أو لونه
وقال الله تعالى وأنزلنا من السماء ماء طهورا والظهور اسم للطاهر في نفسه المطهر لغيره والمحل قابل على ما عرف
وبه تبين ان الطهارة محصل الماء خلقة وفعل اللسان فضل في الباب حتى لو سال عليه المطر أجزاء عن الوضوء
والغسل فلا يشترط لهما النية اذا شترطها الا اعتبار الفعل الاختياري وبه تبين أن اللزوم للوضوء معنى الطهارة
ومعنى العبادة فيه من الزوائد فان اتصلت به النية يقع عبادة وان لم تتصل به لا يقع عبادة لكنه يقع وسيلة الى
اقامة الصلاة لحصول الطهارة كالسعي الى الجمعة (وأما) الحديث فتأويله انه شرط الصلاة لاجتماعنا على انه
ليس بشرط الايمان لصحة الايمان بدونه ولا شرطه لان الايمان هو التصديق والوضوء ليس من التصديق
في شيء فكان المراد منه انه شرط الصلاة لان الايمان يذكرك على ارادة الصلاة لان قبوله من لوازم الايمان
قال الله تعالى وما كان الله ليضيع إيمانكم أي صلاتكم الى بيت المقدس وهكذا نقول في التيمم انه ليس بعبادة
ايضا الا انه اذا لم تتصل به النية لا يجوز أداء الصلاة به لانه عبادة بل لانعدام حصول الطهارة لانه طهارة
ضرورية جعلت طهارة عند مباشرة فعل لا صحة بدون الطهارة فاذا عرى عن النية لم يقع طهارة بخلاف
الوضوء لانه طهارة حقيقية فلا يقف على النية (ومنها) التسمية وقال مالك انها فرض الا اذا كان ناسيا فاقام
التسمية بالقلب مقام التسمية باللسان دفعا للعرج واحتج بباري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال
لا وضوء لمن لم يسلم (ولنا) ان آية الوضوء مطلقة عن شرط التسمية فلا تقيد الابدال صالح للتقييد ولان
المطلوب من التوضي هو الظاهر فموتل التسمية لا يقدح فيها لان الماء خلق طهورا في الاصل فلا تقف ظهور ريته
على صنع العبد والدليل عليه ما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من
نوضأ ذكر اسم الله عليه كان طهورا للجميع بدنه ومن نوضأ ولم يذكر اسم الله كان طهورا لمصاب الماء من بدنه
والحديث من جملة الآحاد ولا يجوز تقييد مطلق الكتاب بخبر الواحد ثم هو محمول على نفي الكمال وهو معنى
السنة كقول النبي صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وبه نقول انه سنة لمواظبة النبي
صلى الله عليه وسلم عليها عند افتتاح الوضوء وذلك دليل السنية وقال عليه الصلاة والسلام كل أمر ذي
بال لم يسدأ فيه بذكر الله فهو أوتر واختلف المشايخ في أن التسمية يؤتى بها قبل الاستنجاء أو بعده قال
بعضهم قبله لانها سنة افتتاح الوضوء وقال بعضهم بعده لان حال الاستنجاء حال كشف العورة فلا يكون ذكر
اسم الله تعالى في تلك الحالة من باب التعظيم (ومنها) غسل اليدين الى الرسغين قبل ادخالهما في الماء للتستيقظ من
منامه وقال قوم انه فرض ثم اختلفوا فيما بينهم منهم من قال انه فرض من نوم الليل والنهار ومنهم من قال
انه فرض من نوم الليل خاصة واحتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا استيقظ أحدكم من
منامه فلا يغسل يده في الاثنا حتى يغسلها ثلاثا فانه لا يدري أين باتت يده والنهي عن الغسل يدل على كون
الغسل فرضا (ولنا) ان الغسل لو وجب لا يجوز اوما أن يجب من الحدث أو من النجس لاسبيل الى الاول لانه
لا يجب الغسل من الحدث الا مرة واحدة فلو أوجبنا عليه غسل العضو عند استيقاظه من منامه مرة ومرة
عند الوضوء لأوجبنا عليه الغسل عند الحدث مرتين ولا سبيل الى الثاني لان النجس غير معلوم بل هو موهوم
واليه أشار في الحديث حيث قال فانه لا يدري أين باتت يده وهذا اشارة الى توهم النجاسة واحتجاجها في ناسبه
التدب الى الغسل واستحبابه لا الايجاب لأن الأصل هو الطهارة فلا تثبت النجاسة بالشك والاحتمال فكان
الحديث محمولا على نهى التزيه لا التعريم واختلف المشايخ في وقت غسل اليدين انه قبل الاستنجاء بالماء
أو بعده على ثلاثة أقوال قال بعضهم قبله وقال بعضهم بعده وقال بعضهم قبله وبعده تكبيل للتطهير (ومنها)

مطلب في التسمية
في الوضوء

مطلب في غسل
اليدين

الاستنجاء بالماء لما روى عن جماعة من الصحابة منهم علي ومعاوية وابن عمر وحذيفة بن اليمان رضي الله عنهم أنهم كانوا يستنجون بالماء بعد الاستنجاء بالأجار حتى قال ابن عمر فعلناه فوجدناه دواء وطهورا وعن الحسن البصري أنه كان يأمر الناس بالاستنجاء بالماء بعد الاستنجاء بالأجار ويقول إن من كان قبلكم كان يعبر بعرا وأتم ثلثون نطقا فأتبعوا الحجارة الماء وهو كان من الآداب في عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ وغسل معة بالماء ثلاثا ولم ينزل قوله تعالى فيه رجال يحبون أن يتطهروا والله يحب المتطهرين في أهل قبا سألهم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شأنهم فقالوا أنا نتبع الحجارة الماء ثم صار بعد عصره من السنن بإجماع الصحابة كالترابيح والسنة فيه أن يغسل ييسار لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اليمن للوجه واليسار للعقد ثم العدد في الاستنجاء بالماء ليس بلازم وإنما المعتبر هو الاتقاء فان لم يكفه الغسل ثلاثا يز يد عليه وإن كان الرجل موسوسا فلا ينبغي أن يز يد على السبع لأن قطع الوسوسة واجب والسبع هو نهاية العدد الذي ورد الشرع به في الغسل في الجملة كافي حديث ولوغ الكلب (وأما) كيفية الاستنجاء فينبغي أن يرخي نفسه أرخاء تكبيل للتطهير وينبغي أن يتسدى بأصبع ثم بأصبعين ثم بثلاث أصابع لأن الضرورة تندفع به ولا يجوز تجسس الطاهر من غير ضرورة وينبغي أن يستجى بيطون الأصابع لأبرؤسها كيلا يشبه ادخال الأصبع في العورة وهذا في حق الرجل وأما المرأة فمال بعضهم تفعل مثل ما يفعل الرجل وقال بعضهم ينبغي أن تستجى برؤس الأصابع لأن تطهير الفرج الخارج في باب الحيض والنفاس والجنابة واجب وفي باب الوضوء سنة ولا يحصل ذلك إلا برؤس الأصابع (وأما) الذي هو في أثناء الوضوء (فمنها) المضمضة والاستنشاق وقال أصحاب الحديث منهم أحمد بن حنبل هما فرضان في الوضوء والغسل جميعا وقال الشافعي سنتان فيهما جميعا فأصحاب الحديث احتجوا بظاهر ما عليه وسلم عليه ما في الوضوء والشافعي يقول الأمر بالغسل عن الجنابة يتعلق بالظاهر دون الباطن وداخل الأنف والغم من البواطن فلا يجب غسله (ولنا) إن الواجب في باب الوضوء غسل الأعضاء الثلاثة ومسح الرأس وداخل الأنف والغم لا يواجه اليه بكل حال فلا يجب غسله بخلاف باب الجنابة لأن الواجب هناك تطهير البدن بقوله تعالى وإن كنتم جنبا فاطهروا أي طهروا وأبدانكم فيجب غسل ما يمكن غسله من غير حرج ظاهرا كان أو باطنا ومواظبة النبي صلى الله عليه وسلم عليه ما في الوضوء دليل السنية دون القرية فانه كان يواظب على سنن العبادات (ومنها) الترتيب في المضمضة والاستنشاق وهو تقديم المضمضة على الاستنشاق لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يواظب على التقديم (ومنها) أفراد كل واحد منهما بما جاء على حدة عندنا وعند الشافعي السنة الجمع بينهما بما جاء واحد بأن يأخذ الماء بكفه فيتمضمض ببعضه ويستنشق ببعضه واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تمضمض واستنشق بكف واحد (ولنا) أن الذين حكوا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذوا الكل واحد منهما مأخذا ولأنهم ما عضوا منفردان في فرد كل واحد منهما بما جاء على حدة كسائر الأعضاء وما رواه محققا يحتمل أنه تمضمض واستنشق بكف واحد واحد ويحتمل أنه فعل ذلك بما جاء على حدة فلا يكون حجة منع الاحتمال أو يرد المحتمل إلى المحكم وهو ما ذكرنا توفيقا بين الدليلين (ومنها) المضمضة والاستنشاق باليمين وقال بعضهم المضمضة باليمين والاستنشاق باليسار لأن الفم مطهرة والأنف مقذرة واليمين للطهار واليسار للآقذار (ولنا) ما روى عن الحسن بن علي رضي الله عنه أنه استنثر بيمينه فقال له معاوية جهلت السنة فقال الحسن رضي الله عنه كيف أجهل والسنة خرجت من يدي وتنا ما علمت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اليمن للوجه واليسار للعقد (ومنها) المبالغة في المضمضة والاستنشاق إلا في حال الصوم فيرى لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للقيط بن صبرة بالغ في المضمضة والاستنشاق إلا أن تكون صائما فأرفق ولأن المبالغة فيهما من باب التكميل في التطهير فكانت مستنونة إلا في حال الصوم لما فيها من تعريض الصوم للفساد (ومنها) الترتيب

الاستنجاء
مطلب في كيفية

في الوضوء
مطلب في الترتيب

في الوضوء لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه ومواظبته عليه دليل السنة وهذا عندنا وعند الشافعي هو فرض وجه قوله ان الامر وان يتعلق بالغسل والمسح في آية الوطوء بحرف الواو وانما للجمع المطلق لكن الجمع المطابق يحفل الترتيب فيجعل على الترتيب بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث غسل مرتبا فكان فعله بيانا لأحد المحققين (ولنا) ان حرف الواو للجمع المطلق والجمع بصفة الترتيب جمع مقيد ولا يجوز تقييد المطلق الا بدليل وفعل النبي صلى الله عليه وسلم يمكن أن يجعل على موافقة الكتاب وهو انه انما فعل ذلك له دخوله تحت الجمع المطلق لكن من حيث انه جمع بل من حيث انه مرتب وعلى هذا الوجه يكون عملا بموافقة الكتاب كن اعتق رقة مؤمنة في كفارة اليمين أو الظهار انه يجوز بالاجماع وذلك لا ينفى أن تكون الرقة المطلقة مرادة من النص لان جواز المؤمنة من حيث هي رقة لا من حيث هي مؤمنة كذا ههنا ولأن الامر بالوضوء للتطهير لما ذكرنا في المسائل المتقدمة والتطهير لا يقف على الترتيب لما مر (ومنها) الموالاة وهي أن لا يشتغل المتوضئ بين أفعال الوضوء بعمل ليس منه لأن النبي صلى الله عليه وسلم هكذا كان يفعل وقيل في تفسير الموالاة أن لا يكتفى في أثناء الوضوء بمقدار ما يجف فيه العضو المغسول فان مكث تنقطع الموالاة وعند مالك هي فرض وقيل انه أحد قولي الشافعي والكلام في الطرفين على نحو ما ذكرنا في الترتيب فافهم (ومنها) التثليث في الغسل وهو أن يغسل أعضاء الوضوء ثلاثا ثلاثا لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نوضأ مرة مرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة الا به وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضأف الله له الأجر مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا وقال هذا وضوء وفي وضوء الأنبياء من قبلي فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم وفي رواية فمن زاد أو نقص فهو من المعتدين واختلف في تأويله قال بعضهم زاد على موضع الوضوء ونقص عن موضعه وقال بعضهم زاد على ثلاث مرات ولم ينو ابتداء الوضوء ونقص عن الواحدة والصحيح انه محمول على الاعتقاد دون نفس الفعل معناه فمن زاد على الثلاث أو نقص عن الثلاث بان لم ير الثلاث سنة لان من لم ير سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة فقد ابتدع فيلحقه الوعيد حتى لو زاد على الثلاث أو نقص ورأى الثلاث سنة لا يلحقه هذا الوعيد لان الزيادة على الثلاث من باب الوضوء على الوضوء اذ نوى به وانه نور على نور على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الوضوء مرتين سببا لتضعيف الثواب فكان المراد منه الاعتقاد لانفس الزيادة والنقصان (ومنها) البداءة باليمين في اليدين والرجلين لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يواظب على ذلك وهي سنة في الوضوء وفي غيره من الأعمال لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل (ومنها) البداءة فيه من رؤس الأصابع لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك (ومنها) تخليل الأصابع بعد اتصال الماء الى ما بين القول النبي صلى الله عليه وسلم خللوا أصابعكم قبل أن تخللها نار جهنم وفي رواية خللوا أصابعكم لتخللها نار جهنم ولان التخليل من باب اكمال القرينة فكان مسنون ولو كان في أصبعه خاتم فان كان واسعا فلا حاجة الى التحريك وان كان ضيقا فلا بد من التحريك ليصل الماء الى ما تحته (ومنها) الاستيعاب في مسح الرأس وهو أن يمسح كله لما روي عبد الله بن زيد ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح رأسه بيديه كاتيهما قبلهما وأدبر وعند مالك فرض وقد مر الكلام فيه (ومنها) البداءة بالمسح من مقدم الرأس وقال الحسن البصري السنة البداءة من الهامة فيضع يده عليها فيمدهما الى مقدم الرأس ثم يعيدهما الى القفا وهكذا روي هشام عن محمد والصحيح قول العامة لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يبتدىء بالمسح من مقدم رأسه ولأن السنة في المغسولات البداءة بالغسل من أول العضو فكذلك في المسوحات (ومنها) أن يمسح رأسه مرة واحدة والتثليث مكروه وهذا عندنا وقال الشافعي السنة هي التثليث وروي الحسن عن أبي حنيفة أنه يمسح ثلاث مرات بعباء واحد احتج الشافعي بما روي أن عثمان بن عفان وعلي بن رضى الله عنهما حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فغسل ثلاثا ومسح بالأس ثلاثا ولا ن هذا ركن أصلي في الوضوء فيسن فيه التثليث قياسا على الركن الآخر وهو الغسل بخلاف المسح على الخفين لانه ليس

مطلب الموالاة في الوضوء

مطلب التثليث في الغسل

مطلب البداءة باليمين

مطلب الاستيعاب في مسح الرأس

الله عليه وسلم ولكن لم يواظب عليه وهذا هو الفرق بين السنة والادب ان السنة ما واظب عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يتركه الا مرة أو مرتين لمعنى من المعاني والأدب ما فعله مرة أو مرتين ولم يواظب عليه

فصل وأما بيان ما ينقض الوضوء فالذي ينقضه الحدث والكلام في الحدث في الأصل في موضعين أحدهما في بيان ماهيته والثاني في بيان حكمه أما الأول فالحدث نوعان حقيقي وحكي أما الحقيقي فقد اختلف فيه قال أصحابنا الثلاثة هو خروج النجس من الآدمي الحى سواء كان من السبيلين الذكور والذكور أو من غير السبيلين الجرح والقرح والأنف من الدم والقبح والرفاف والتي وسواء كان الخارج من السبيلين معتادا كالبول والغائط والمني والمذي والودي ودم الحيض والنفاس أو غير معتاد كدم الاستحاضة وقال زفر ظهروا النجس من الآدمي الحى وقال مالك في قول هو خروج النجس المعتاد من السبيل المعتاد فلم يجعل دم الاستحاضة حدثا لكونه غير معتاد وقال الشافعي هو خروج شيء من السبيلين فليس يحدث وهو أحد قولى مالك أما قول مالك فيخالف السنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تتوضأ الوقت كل صلاة وقوله للاستحاضة توضئى وصلى وإن قطر الدم على الحصى قطرا وقوله توضئى فإنه دم عرق انفجر ولأن المعنى الذي يقتضى كون الخروج من السبيلين حدثا لا يوجب الفصل بين المعتاد وغير المعتاد لما يذكركم فالفصل يكون تحكما على الدليل وأما الكلام مع الشافعي فهو احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فغسل فيه فقبل له الا تتوضأ وضوءك للصلاة فقال هكذا الوضوء من التي وعن عمر رضي الله عنه أنه حين طعن كان يصلى والدم يسيل منه ولأن خروج النجس من البدن زوال النجس عن البدن وزوال النجس عن البدن كيف يوجب تنجيس البدن مع أنه لا نجس على أعضاء الوضوء حقيقة وهذا هو القياس في السبيلين الا ان الحكم هناك عرف بالنص غير معقول فيقتصر على مورد النص (ولنا) ما روى عن أبي امامة الباهلي رضى الله عنه أنه قال دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فغمرت له غرفة فأكلها فجاء المؤذن فقلت الوضوء يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم انما علينا الوضوء مما يخرج ليس مما يدخل على الحكم بكل ما يخرج أو يطلق الخارج من غير اعتبار الخارج الا ان خروج الطاهر ليس بمراد فبقى خروج النجس مرادا وروى عن عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من قاء أو عرق في صلاته فليصرف وليتوضأ وليبني على صلاته ما لم يتكلم والحديث حجة على الشافعي في فصلين في وجوب الوضوء بخروج النجس من غير السبيلين وفي جواز البناء عند سبق الحدث في الصلاة وروى أنه قال لفاطمة بنت حبيش توضئى فإنه دم عرق انفجر أمرها بالوضوء وعلى ما انفجار دم العرق لا بالمرور على المخرج وعن عيم الداري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الوضوء من كل دم سائل والأخبار في هذا الباب وردت ومورد الاستفاضة حتى روى عن عشرة من الصحابة أنهم قالوا مثل مذهبناهم عمرو وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وثوبان وأبو الدرداء وقيل في التاسع والعاشر أنهم ما زيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري وهؤلاء فقهاء الصحابة متبع لهم في فتواهم فيجب تقليدهم وقيل أنه مذهب العشرة المبشرين بالجنة ولأن الخروج من السبيلين انما كان حدثا لا يوجب تنجيس ظاهر البدن اضرورة تنجيس موضع الاصابة فتزول الطهارة ضرورة اذا نجاسة والطهارة ضدان فلا يجتمعان في محل واحد في زمان واحد ومتى زالت الطهارة عن ظاهر البدن خرج من أين يكون أهلا للصلاة التي هي مناجاة مع الله تعالى فيجب تطهيره بالماء ليصير أهلا لها وما رواه الشافعي محتمل بحتمل أنه قاء أقل من ملء القم وكذا اسم الوضوء يحتمل غسل القم فلا يكون حجة مع الاحتمال أو محتمل على ما قلنا نوفيقي الدلائل وأما حديث عمر فليس فيه أنه كان يصلى بعد الطعن من غير تجديد الوضوء بل يحتمل أنه توضأ بعد الطعن مع سيلان الدم وصلى وبه نقول كافي المستحاضة وقوله ان خروج النجس عن البدن زوال النجس عن البدن فكيف يوجب تنجيسه مسلم أنه يزول به شيء من نجاسة الباطن لكن يتنجس به الظاهر لان القدر الذي زال اليه أو جب زوال الطهارة عنه والبدن في حكم الطهارة والنجاسة لا يتجزأ والعزيمة هي غسل كل البدن الا أنه أقيم غسل أعضاء الوضوء مقام غسل كل

البدن رخصة وتيسيرا ودفع للحرج وبه تبين أن الحكم في الأصل معقول فيتعدي إلى القرع وقوله لا نجاسة على أعضاء الوضوء حقيقة ممنوعة بل عليها نجاسة حقيقية معنوية وإن كان الحس لا يذكرها وهي نجاسة الحدث على ما عرف في الخلافات وإذا عرفنا ماهية الحدث فخرج عليه المسائل (فنقول) إذا ظهر شيء من البول والغائط على رأس المخرج انتقضت الطهارة لوجود الحدث وهو خروج النجس وهو انتقاله من الباطن إلى الظاهر لأن رأس المخرج عضو ظاهر وإنما انتقلت النجاسة إليه من موضع آخر فإن موضع البول المثانة وموضع الغائط موضع في البطن يقال له قولون وسواء كان الخارج قريبا أو كثيرا سال عن رأس المخرج أولم يسلم لما قلنا وكذا المني والمذي والودي ودم الحيض والنفس ودم الاستحاضة لأنها كلها نجاسة لما يذكري في بيان أنواع النجاسة وقد انتقلت من الباطن إلى الظاهر فوجد خروج النجس من الآدمي الحي فيكون حدثا لأن بعضه يوجب الغسل وهو المني ودم الحيض والنفس وبعضه يوجب الوضوء وهو المذي والودي ودم الاستحاضة لما يذكري أن شاء الله تعالى وكذلك خروج الولد والدودة والحصى والجموع وورد الحقة بعد غيبوتها لأن هذه الأشياء وإن كانت طاهرة في أنفسها لكنها لا تخلو عن قليل نجس يخرج معها والقليل من السيلين خارج لما بينا وكذا الريح الخارجة من الدبر لأن الريح وإن كانت جسمها طاهرا في نفسه لكنه لا يخلو عن قليل نجس يقوم به لانبعاثه من محل النجاسة وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وضوء إلا من صوت أوريح وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الشيطان يأتي أحدكم فينفخ بين يتيه فيقول أحدثت أحدثت فلا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا (وأما) الريح الخارجة من قبل المرأة أو ذكر الرجل فلم يذكر حكمها في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنه قال فيها الوضوء وذكر الكرخي أنه لا وضوء فيها إلا أن تكون المرأة مفضضة فيخرج منها ريح منتنة فيستحب لها الوضوء وجه رواية محمد أن كل واحد منهما مسلك النجاسة كالدبر فكانت الريح الخارجة منهما كالخارجة من الدبر فيكون حدثا وجه ما ذكره الكرخي أن الريح ليست بحدث في نفسها لأنها طاهرة وخروج الطاهر لا يوجب انتقاض الطهارة وإنما انتقاض الطهارة بما يخرج بخروجها من أجزاء النجس وموضع الوطء من فرج المرأة ليس بمسلك البول فالخارج منه من الريح لا يجاوره النجس وإذا كانت مفضضة فقد صار مسلك البول ومسلك الوطء مسلكا واحدا فيحتمل أن الريح خرجت من مسلك البول فيستحب لها الوضوء ولا يجب لأن الطهارة الثابتة يقيان لا يحكم بزوالها بالشد وقيل إن خروج الريح من الذكر لا يتصور وإنما هو اختلاج بظنه الإنسان ريحا هذا حكم السيلين فأما حكم غير السيلين من الجرح والقرح فإن سال الدم والقبح والصديد عن رأس الجرح والقرح ينتقض الوضوء عندنا لوجود الحدث وهو خروج النجس وهو انتقال النجس من الباطن إلى الظاهر وعند الشافعي لا ينتقض لانعدام الخروج من السيلين وعند زفر ينتقض سواء سال أولم يسلم بناء ما ذكر فلو ظهر الدم على رأس الجرح ولم يسلم لم يكن حدثا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون حدثا سال أولم يسلم بناء على ما ذكرنا أن الحدث الحقيقي عنده هو ظهور النجس من الآدمي الحي وقد ظهر وجه قوله أن ظهور النجس اعتبر حدثا في السيلين سال عن رأس المخرج أولم يسلم فكذا في غير السيلين (ولنا) أن الظهور ما اعتبر حدثا في موضع ما وإنما انتقضت الطهارة في السيلين إذا ظهر النجس على رأس المخرج لا بالظهور بل بالخروج وهو الانتقال من الباطن إلى الظاهر على ما بينا كذا ههنا وهذا لأن الدم إذا لم يسلم كان في محله لأن البدن محل الدم والطوبى أن كان مستترا بالجلدة وانشقاقها يوجب زوال السترة لازوال الدم عن محله ولا حكم للنجس مادام في محله ألا ترى أنه تجوز الصلاة مع ما في البطن من الانحسار فإذا سال عن رأس الجرح فقد انتقل عن محله فيعطى له حكم النجاسة وفي السيلين وجد الانتقال لما ذكرنا وعلى هذا خروج النقي مل الفم أنه يكون حدثا وإن كان أقل من مل الفم لا يكون حدثا وعند زفر يكون حدثا قل أو كثر ووجه البناء على هذا الأصل أن الفم له حكم الظاهر عنده بدليل أن الصائم إذا تمضمض لا يفسد صومه فاذا وصل إلى فيه فقد

ظهر الجبس من الإدمى الحى فيكون حدثا وانا نقول له مع الظاهر حكم الظاهر كذا كره زفر وله مع الباطن حكم
 الباطن بدليل أن الصائم اذا ابتلع ريقه لا يفقد صومه فلا يكون الخروج الى الفم حدثا لأنه انتقال من بعض
 الباطن الى بعض وانما الحدث هو الخروج من الفم لأنه انتقال من الباطن الى الظاهر. والخروج لا يتحقق في
 القليل لأنه يمكن رده وامساكه فلا يخرج بقوة نفسه بل بالخراج فلا يوجد السيلان ويتحقق في الكثير لأنه لا يمكن
 رده وامساكه فكان خارجا بقوة نفسه لا بالخراج فيوجد السيلان ثم تتكلم في المسئلة ابتداء فحجة زفر ما روى
 عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال القلس حدث من غير فصل بين القليل والكثير ولأن الحدث اسم لخروج
 النجس وقد وجد لأن القليل خارج نجس كالكثير فيستوى فيه القليل والكثير كالخارج من السبيلين (ولنا)
 ما روى عن علي رضي الله عنه موقوف عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه عد الأحداث جملة
 وقال فيها أودسمة تملأ الفم ولو كان القليل حدثا لعد عند أحداث كلها (واما) الحديث فالمراد منه التي ملأ
 الفم لأن المطبق ينصرف الى المتعارف وهو التي ملأ الفم أو يحمّل على هذا توفيقا بين الحديتين صيانة لهما
 عن التناقض وقوله وجد خروج النجس في القليل قلنا ان سلمنا ذلك ففي قليل التي ضرورة لان الانسان لا يتخلو
 منه خصوصا حال الامتلاء ومن صاحب السعال ولو جعل حدثا لوقع الناس في الحرج والله تعالى ما جعل علمنا في
 الدين من حرج ولا ضرورة في القليل من السبيلين ولا فرق بين أن يكون التي مرة صفراء أو سوداء وبين أن يكون
 طعاما أو ماء صافيا لان الحدث اسم لخروج النجس والطعام أو الماء صارت نجسا لاختلاطه بنجاسات المعدة ولم يذكر
 في ظاهر الرواية تفسير ملأ الفم وقال أبو علي الدقاق هو أن يمنع من الكلام وعن الحسن بن زياد هو أن يجز
 عن امساكه ورده وعليه اعتقد الشيخ أبو منصور وهو الصحيح لان ما قدر على امساكه ورده
 فخروجه لا يكون بقوة نفسه بل بالخراج فلا يكون سائلا وما عجز عن امساكه ورده فخروجه يكون بقوة نفسه
 فيكون سائلا والحكم متعلق بالسيلان ولو فاء أقل من ملأ الفم مرارا هل يجمع ويعتبر حدثا لم يذكر في ظاهر الرواية
 وروى عن أبي يوسف انه ان كان في مجلس واحد يجمع والا فلا وروى عن محمد انه ان كان بسبب غشيان
 واحد يجمع والا فلا وقال أبو علي الدقاق يجمع كيهما كان وجهه قول أبي يوسف أن المجلس جعل في الشرع جامعا
 لاشياء متفرقة كفي باب البيع وسجدة التلاوة ونحو ذلك وقول محمد أظهر لان اعتبار المجلس اعتبار المكان واعتبار
 الغشيان اعتبار السبب والوجود يضاف الى السبب لا الى المكان ولو سال الدم الى ما لان من الانف أو الى صهاخ
 الاذن يكون حدثا لوجود خروج النجس وهو انتقال الدم من الباطن الى الظاهر وروى عن محمد في رجل أفلج خرج
 البول أو المذي من ذكره حتى صار في قلغته فعليه الوضوء وصار بمنزلة المرأة اذا خرج المذي أو البول من فرجها
 ولم يظهر ولو حشا الرجل احليله بقطنه فابتل الجانب الداخل منها لم ينتقض وضوؤه لعدم الخروج وان تعدت البلة
 الى الجانب الخارج نظران كانت القطنه عالية أو محاذية لرأس الاحليل ينتقض وضوؤه لتعق الخرج وان كانت
 متسفة لم ينتقض لان الخروج لم يتحقق ولو حشيت المرأة فرجها بقطنه فان وضعها في الفرج الخارج فابتل الجانب
 الداخل من القطنه كان حدثا وان لم ينفذ الى الجانب الخارج لا يكون حدثا لان الفرج الخارج منها بمنزلة الاليتين من
 الدبر فوجد الخروج وان وضعها في الفرج الداخل فابتل الجانب الداخل من القطنه لم يكن حدثا لعدم الخروج وان
 تعدت البلة الى الجانب الخارج فان كانت القطنه عالية أو محاذية للجانب الفرج كان حدثا لوجود الخروج وان كانت
 متسفة لم يكن حدثا لعدم الخروج وهذا كله اذا لم تسقط القطنه فان سقطت القطنه فهو حدث وحيض في المرأة
 سواء ابتل الجانب الخارج أو الداخل لوجود الخروج ولو كان في أنفه فرح فسال الدم عن رأس الفرج يكون
 حدثا وان لم يخرج من المنخر لوجود السيلان عن محله ولو بزق فخرج معه الدم ان كانت الغلبة للبراق لا يكون
 حدثا لأنه ما خرج بقوة نفسه وان كانت الغلبة لاسم يكون حدثا لان الغالب اذا كان هو البراق لم يكن خارجا
 بقوة نفسه فلم يكن سائلا وان كان الغالب هو الدم كان خروجه بقوة نفسه فمكان سائلا وان كانا سواء

فالقياص أن لا يكون حدثا وفي الاستحسان يكون حدثا وجه القياص انهما اذا استويا احق ان الدم خرج بقوة نفسه واحق ان يخرج بقوة الزناق فلا يجعل حدثا بالشد والاستحسان وجهان أحدهما انهما اذا استويا تعارضا فلا يمكن ان يجعل أحدهما تبع للآخر فيعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيعتبر خارجا بنفسه فيكون سائلا والثاني أن الأخذ بالاحتياط عند الاشتباه واجب وذلك فيما قلنا ولو ظهر الدم على رأس الجرح فمضه مرارا فان كان بحال لو تركه لسال بكون حدثا والافلالان الحكم متعلق بالسيلان ولو ألقى عليه الرماد والتراب فتشرب فيه أو ربط عليه رباطا فابتل الرباط ونفذ قالوا يكون حدثا لانه سائل وكذا لو كان الرباط ذائقا فينفذ الى أحدهما لما قلنا ولو سقطت الدودة أو اللحم من الفرج لم يكن حدثا ولو سقطت من السيلين يكون حدثا والفرق أن الدودة الخارجة من السيل نجسة في نفسها لتولدها من الانجاس وقد خرجت بنفسها وخروج النجس بنفسه حدث بخلاف الخارجة من الفرج لأنها طاهرة نفعها لأنها تولد من اللحم واللحم طاهر وانما النجس ما عليها من الرطوبات وتلك الرطوبات خرجت بالدابة لا بنفسها فلم يوجد خروج النجس فلا يكون حدثا ولو خلل أسنانه فظهر الدم على رأس الخلل لا يكون حدثا لأنه ما خرج بنفسه وكذا الوعض على شيء فظهر الدم على أسنانه لما قلنا ولو سعط في أنفه ووصل السعوط الى رأسه ثم رجع الى الأنف أو الى الأذن لا يكون حدثا لان الرأس ليس موضع الانجاس ولو عاد الى الفم ذكر الكرخي انه لا يكون حدثا لما قلنا وروي على بن الجعد عن أبي يوسف ان حكم الشيء لان ما وصل الى الرأس لا يخرج من الفم الا بعد نزوله في الجوف ولو قام بالغمام يكن حدثا في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يكون حدثا فن مشايخنا من قال لا خلاف في المسئلة لأن جواب أبي يوسف في الصاعد من المعدة وهو حدث عند الكل وجوابه ما في المنحدر من الرأس وهو ليس بحدث عند الكل ومنهم من قال في المنحدر من الرأس اتفاق انه ليس بحدث وفي الصاعد من المعدة اختلاف وجه قول أبي يوسف انه نجس لاختلاطه بالانجاس لان المعدة معدن الانجاس فيكون حدثا كالوقاء طعما أو ماء ولهما انه شيء صقيل لا يلتصق به شيء من الانجاس فكان طاهرا على أن الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتادوا أخذ البلغم باطراف أروئهم وأكمامهم من غير تكبير فكان اجماعهم على طهارته وذكر أبو منصور انه لا خلاف في المسئلة في الحقيقة لأن جواب أبي يوسف في الصاعد من المعدة وانه حدث بالاجماع لانه نجس وجوابه ما في الصاعد من حواشي الخلق واطراف الرئة وأنه ليس بحدث بالاجماع لانه ظاهر فينظر ان كان صافيا غير مخلوط بشيء من الطعام وغيره تبين انه لم يصعد من المعدة فلا يكون نجسا فلا يكون حدثا وان كان مخلوطا بشيء من ذلك تبين أنه صعد منها فكان نجسا فيكون حدثا وهذا هو الاصح وأما اذا قام ما فلم يذكري ظاهر الرواية نصا وذكر المعلي عن أبي حنيفة وأبي يوسف انه يكون حدثا قليلا كان أو كثيرا جامدا كان أو مائعا وروي عن الحسن بن زياد عنهما انه ان كان مانعا ينقض قل أو كثروا كان جامدا لا ينقض ما لم يعل الفم وروي ابن رستم عن محمد أنه لا يكون حدثا ما لم يعل الفم كيفما كان وبعض مشايخنا يحكيان رواية محمد بن حماد ورواية الحسن والمعلي في القليل من المائع على الرجوع وعليه اعتمد شيخنا لانه الموافق لاصول اصحابنا في اعتبار خروج النجس لان الحدث اسم له والقليل ليس بخارج لما مر واليه أشار في الجامع الصغير من غير خلاف فانه قال واذا قل من ملء الفم لم ينقض الوضوء من غير فصل بين الدم وغيره وعامة مشايخنا حققوا الاختلاف وصححوا قولهما لان القياص في القليل من سائر أنواع الشيء أن يكون حدثا لوجوده وخروج حقيقة وهو الانتقال من الباطن الى الظاهر لان الفم له حكم الظاهر على الاطلاق وانما سقط اعتبار القليل لاجل الجرح لانه يكثر وجوده ولا يخرج في اعتبار القليل من الدم لانه لا يغلب وجوده بل ينسدر فبقى على أصل القياص والله أعلم هذا الذي ذكرنا حكم الاصحاء (وأما أصحاب الاعذار كالاستحاضة وصاحب الجرح المسائل والمبطلون ومن به سلس البول ومن به رعان دائم أو ريج ونحو ذلك ممن لا يغضي عليه وقت

صلاة الاو بو جد ما بتلى به من الحديث فيه نخر وج النجس من هؤلاء لا يكون حدثنا في الحال مادام وقت الصلاة قائما حتى ان المستحاضة لو توضأت في أول الوقت فلها ان تصلي ما شاءت من الفرائض والتوافل مالم يخرج الوقت وان دام السيلان وهذا عندنا وقال الشافعي ان كان العذر من أحد السبيلين كالاستحاضة وسلس البول وحزج الریح يتوضأ لكل فرض ويصلي ما شاء من النوافل وقال مالك في أحد قوليه يتوضأ لكل صلاة واحضاجا عاروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال المستحاضة تتوضأ لكل صلاة فالك عمل بطلاق اسم الصلاة والشافعي قيده بالفرض لانه الصلاة المعهودة ولان طهارة المستحاضة طهارة ضرورية لانه قارئها ما ينافيها أو طرأ عليها والشئ لا يو جد ولا يبي في مع المنافي الا انه لم يظهر حكم المنافي لضرورة الحاجة الى الاداء والضرورة الى أداء فرض الوقت فاذا فرغ من الاداء ارتفعت الضرورة فظهر حكم المنافي والنوافل اتباع الفرائض لانها شرعت لتكمل الفرائض جبراً للتقصان الممكن فيها فكانت ملحقة بأجزائها والطهارة الواقعة للصلاة واقعة لها بجميع أجزائها بخلاف فرض آخر لانه ليس بقبيح بل هو أصل بنفسه (ولنا) ما روى ابو حنيفة باسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة وهذا نص في الباب ولان العزيمة شغل جميع الوقت بالاداء شكر النعمة بالقدر الممكن واحراز الثواب على الكمال الا انه جوز ترك شغل بعض الوقت بالاداء رخصة وتيسيراً فضلاً من الله ورحمةً تمكننا من استدراك الفائت بالقضاء والقيام بمصالح القوام وجعل ذلك شغلاً لجميع الوقت حكماً فصار وقت الاداء شرعاً بمنزلة وقت الاداء فعلا ثم قيام الاداء مبق للطهارة فكذلك الوقت القائم مقامه وما رواه الشافعي فهو حجة عليه لان مطلق الصلاة ينصرف الى الصلاة المعهودة والمطلق ينصرف الى المعهودة والمتعارف كما في قوله صلى الله عليه وسلم الصلاة عماد الدين وما روى انه صلى الله عليه وسلم صلى صلوات بوضوء واحد ونحو ذلك والصلاة المعهودة هي الصلوات الخمس في اليوم والليله فكانه قال المستحاضة تتوضأ في اليوم والليله خمس مرات فلو أوجبنا عليها الوضوء لكل صلاة أو لكل فرض تقضى لزاد على الخمس بكثير وهذا خلاف النص ولأن الصلاة تذكر على ارادتها قال النبي صلى الله عليه وسلم في حديث التيمم أينما أدركتني الصلاة تيممت وصليت والمدرك هو الوقت دون الصلاة التي هي فعله وقال صلى الله عليه وسلم ان للصلاة أولاً وآخرأى لوقت الصلاة ويقال آتيت الصلاة الظاهر أى لوقتها جازان تذكر الصلاة ويراد بها وقتها ولا يجوز أن يذكر الوقت ويراد به الصلاة فيعمل المحفل على المحكم توفيقاً بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض وانما تبقى طهارة صاحب العذر في الوقت اذا لم يحدث حدثاً آخر اما اذا أحدث حدثاً آخر فلا تبقى لان الضرورة في الدم السائل لا في غيره فكان هو في غيره كالصحيح قبل الوضوء وكذلك اذا توضأ للحديث أو لاثم سال الدم فعليه الوضوء لان ذلك الوضوء لم يقع لدم العذر فكان عدم ما في حقه وكذا اذا سال الدم من أحد منخره فتوضأ ثم سال من المنخر الآخر فعليه الوضوء لان هذا حدث جديد لم يكن موجوداً وقت الطهارة فلم تقع الطهارة له فكان هو والبول والغائط سواء فاما اذا سال منهما جميعاً فتوضأ ثم انقطع أحدهما فهو على وضوء ما بقي الوقت لان طهارته حصلت لهما جميعاً والطهارة متى وقعت لعذر لا يضرها السيلان ما بقي الوقت فبقي هو صاحب عذر بالمنخر الآخر وعلى هذا حكم صاحب القروح اذا كان البعض سائلاً ثم سال الآخر أو كان الكل سائلاً فانقطع السيلان عن البعض ثم اختلف أصحابنا في طهارة المستحاضة انما تنتقض عند خروج الوقت أم عند دخوله أم عند أيهما كان قال ابو حنيفة ومحمد تنتقض عند خروج الوقت لا غير وقال زفر عند دخول الوقت لا غير وقال ابو يوسف عند أيهما كان وغرة هذا الاختلاف لا تظهر الا في موضعين أحدهما ان يو جد الخروج بلا دخول كما اذا توضأت في وقت الفجر ثم طلعت الشمس فان طهارتها تنتقض عند أي حنيفة وأبي يوسف ومحمد لو جرد الخروج وعند زفر لا تنتقض اعدم الدخول والثاني أن يو جد الدخول بلا خروج كما اذا توضأت قبل الزوال ثم زالت الشمس فان

طهارتها لا تنتقض عند أبي حنيفة ومحمد لعدم الخروج وعند أبي يوسف وزفر تنتقض لوجود الدخول وجه قول زفر أن سقوط اعتبار المنافي لمكان الضرورة ولا ضرورة قبل دخول الوقت فلا يسقط وبه يمتنع أبو يوسف في جانب الدخول وفي جانب الخروج يقول كالأضرورة إلى إسقاط اعتبار المنافي قبل الدخول لا ضرورة إليه بعد الخروج فيظهر حكم المنافي ولا يحنيفة ومحمد ما ذكرنا أن وقت الاداء شرعاً أقيم مقام وقت الاداء فعلاً لما بينا من المعنى ثم لا بد من تقديم وقت الطهارة على وقت الاداء حقيقة فكذلك لا بد من تقديمها على وقت الاداء شرعاً حتى يمكنه شغل جميع الوقت بالاداء وهذه الحالة انعدمت بخروج الوقت فظهر حكم الحدث ومشايخنا أداروا الخلاف على الدخول والخروج فقالوا انتقض طهارتها بخروج الوقت أو بدخوله لتيسير الحفظ على المتعلمين لا لأن الخروج أو الدخول تأثيراً في انتقاض الطهارة وإنما المدار على ما ذكرنا ولو توضح صاحب العذر بعد طلوع الشمس أصلاً العبد أو لصلاة الضحى وصلى هل يجوز له أن يصلي الظهر بتلك الطهارة أم على قول أبي يوسف وزفر فلا يشكل أنه لا يجوز لوجود الدخول وأما على قول أبي حنيفة ومحمد فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لأن هذه طهارة وقعت لأصلاة مقصودة فتنتقض بخروج وقتها وقال بعضهم يجوز لأن هذه الطهارة إنما سجدت للظهر لحاجته إلى تقديم الطهارة على وقت الظهر على ما مر فيصح بها اداء صلاة العبد والضحى والنفل كما إذا توضأ للظهر قبل الوقت ثم دخل الوقت أنه يجوز له أن يؤدي بها الظهر وصلاة أخرى في الوقت كذا هذا ولو توضأ أصلاً الظهر وصلى ثم توضأ وضوءاً آخر في وقت الظهر للعصر ودخل وقت العصر هل يجوز له أن يصلي العصر بتلك الطهارة على قولهما اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لأن طهارته قد سجدت لجميع وقت الظهر فتبقى ما بقي الوقت فلا تصح الطهارة الثانية مع قيام الأولى بل كانت تكرار الأولى فالتحقق الثانية بعدم فتنتقض الأولى بخروج الوقت وقال بعضهم يجوز لأنه يحتاج إلى تقديم الطهارة على وقت العصر حتى يشغل جميع الوقت بالاداء والطهارة الواقعة أصلاً الظهر عدم في حق صلاة العصر وإنما تنتقض بخروج وقت الظهر طهارة الظهر لا طهارة العصر ولو توضأت مستحاضة ودمها سائل أرسل بعد الوضوء قبل خروج الوقت ثم خرج الوقت وهي في الصلاة فعلم أن تستقبل لأن طهارتها تنتقض بخروج الوقت لما بينا فإذا خرج الوقت قبل فراغها من الصلاة انتقضت طهارتها فتنتقض صلاتها ولا تبنى لأنها صارت محدثة عند خروج الوقت من حين درور الدم كالتيمم إذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة ولو توضأت والدم منقطع وخرج الوقت وهي في خلال الصلاة قبل سيلان الدم ثم سال الدم توضأت وبنت لأن هذا حدث لاحق وليس بسابق لأن الطهارة كانت صحيحة لانعدام ما ينافيها وقت حصولها وقد حصل الحدث للحال مقتضراً غير موجب ارتفاع الطهارة من الأصل ولو توضأت والدم سائل ثم انقطع ثم صلت وهو منقطع حتى خرج الوقت ودخل وقت صلاة أخرى ثم سال الدم أعادت الصلاة الأولى لأن الدم لم يقطع ولم يسأل حتى خرج الوقت لم تكن تلك الطهارة طهارة عذر في حقها لانعدام العذر فتبين أنها صلت بلا طهارة وأصل هذه المسائل في الجامع الكبير هذا الذي ذكرناه حكم صاحب العذر وأما حكم نجاسة ثوبه فنقول إذا أصاب ثوبه من ذلك أكثر من قدر الدرهم يجب غسله إذا كان القسل مفيداً بان كان لا يصيبه مرة بعد أخرى حتى لو لم يغسل وصلى لا يجوز وإن لم يكن مفيداً لا يجب مادام العذر قائماً وهو اختيار مشايخنا وكان محمد بن مقاتل الرازي يقول يجب غسله في وقت كل صلاة قياساً على الوضوء والصحيح قول مشايخنا لأن حكم الحدث عرفناه بالنص ونجاسة الثوب ليس في معناه إلا ترى أن القليل منها عفو فلا يلحق به (وأما) الحدث الحسكي فنوعان أيضاً أحدهما أن يوجد أمر يكون سبباً لخروج التمس الحقيق غالباً في مقام السبب المسبب احتياطاً والثاني أن لا يوجد شيء من ذلك لكنه جعل حدثاً شرعاً بعداً محضاً أما الأول فأنواع منها المباشرة الفاحشة وهو أن يباشر الرجل المرأة بشهوة وينتشر لها وليس بينهما ثوب ولم ير بلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون حدثاً استحساناً والقياس أن لا يكون حدثاً وهو قول محمد وهل

تشرط ملاقاته الفرجين وهي محاسنهما على قولهما لا يشترط ذلك في ظاهر الرواية عنهما وشروطه في التوارد وذكروا
 الكرخي ملاقاته الفرجين أيضا وجه القياس أن السبب انما يقام مقام المسبب في موضع لا يمكن الوقوف على
 المسبب من غير حرج والوقوف على المسبب ههنا يمكن بلا حرج لان الحال حال نقطة فيمكن الوقوف على الحقيقة
 فلا حاجة الى اقامة السبب مقامها وجه الاستحسان ما روي أن أبا اليسر بائع العسل سأل رسول الله صلى الله عليه
 وسلم فقال اني أصبت من امرأتى كل شئ الا الجماع فقال صلى الله عليه وسلم نوضا وصل ركعتين ولان المباشرة
 على الصفة التي ذكرنا لا تخلو عن خروج المذي عادة الا أنه يحتمل أنه جف الحرارة البدن فلم يقف عليه أو غفل عن
 نفسه لغلبة الشبق فكانت سببا مفضيا الى الخروج واقامة السبب مقام المسبب طريقة معهودة في الشريعة
 خصوصاً في امر يختلط فيه كإيقام المس مقام الوطء في حق ثبوت حرمة المصاهرة بل يقام بنفس النكاح مقامه
 ويقام نوم المضطجع مقام الحدث ونحو ذلك كذا ههنا ولو لمس امرأته بشهوة أو غير شهوة فرجها أو سائر أعضائها
 من غير حائل ولم ينشر لها لا ينتقض وضوؤه عند عامة العلماء وقال مالك ان كان المس بشهوة يكون حدثا وان كان
 بغير شهوة بان كانت صغيرة أو كانت ذارحم محرم منه لا يكون حدثا وهو أحد قولي الشافعي وفي قول يكون حدثا
 كيفما كان بشهوة أو بغير شهوة وهل تنتقض طهارة المموسة لا شأن أن لا تنتقض عندنا وللشافعي فيه قولان
 احتجنا بقوله تعالى وأولاستم النساء والملازمة مفاعلة من اللبس واللبس والمس واحد لفظ قال الله تعالى وانما استمنا
 النساء وحقيقة اللبس باليد وللجماع مجاز وهو حقيقة لهما جميعا لوجود المس فيهما جميعا وانما اختلفت آلة
 المس فكان الاسم حقيقة لهما لوجود معنى الاسم فيهما وقد جعل الله تعالى اللبس حدثا حيث أوجب به إحدى
 الطهارتين وهي التيمم (ولنا) ما روي عن عائشة رضي الله عنها انها سألت عن هذه الحادثة فقالت كان رسول
 الله صلى الله عليه وسلم يقبل بعض نسائه ثم يخرج الى الصلاة ولا يتوضأ ولأن المس ليس يحدث بنفسه ولا سبب
 لوجود الحدث غالباً فاشبهه مس الرجل الرجل والمرأة المرأة ولأن مس أحد الزوجين صاحبه مما يكثر وجوده فلو
 جعل حدثا لوقع الناس في الحرج وأما الآية فقد نقل عن ابن عباس رضي الله عنه أن المراد من اللبس الجماع
 وهو ترجان القرآن وذكر ابن السكيت في اصلاح المنطق أن اللبس اذا قرن بالنساء يراد به الوطء تقول العرب
 لمست المرأة أي جامعته على أن اللبس يحتمل الجماع اما حقيقة أو مجازا فيحمل عليه توفيقا بين الدلائل ولو لمس
 ذكره بباطن كفه من غير حائل لا ينتقض وضوؤه عندنا وعند الشافعي ينتقض احتج عاروت بسرة بنت صفوان عن
 النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من مس ذكره فليتوضأ (ولنا) ما روي عن عمرو بن علي وابن مسعود وابن عباس وزيد
 ابن ثابت وعمران بن حصين وحذيفة بن اليمان وأبي الدرداء وأبي هريرة رضي الله عنهم انهم لم يجعلوا لمس الذكر حدثا
 حتى قال علي رضي الله عنه لا أبالي بمسسته أو أربنة أني وقال بعضهم للراوي ان كان نجسا فاقطعه ولا نه ليس يحدث
 بنفسه ولا سبب لوجود الحدث غالباً فاشبهه مس الأنثى ولأن مس الانسان ذكره مما يكثر وجوده فلو جعل حدثا
 يؤدي الى الحرج ومارواه فقد قيل انه ليس بثابت لوجوه أحدها أنه مخالف لاجماع الصحابة رضي الله
 عنهم وهو ما ذكرنا والثاني أنه روي أن هذه الحادثة وقعت في زمن مروان بن الحكم فشاو رمن بقي من الصحابة
 فقالوا لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأته لا ندرى أصدق أم كذبت والثالث أنه خبر واحد فيما تعم به
 البلوى فلو ثبت لاشتهر ولو ثبت فهو محمول على غسل اليدين لأن الصحابة كانوا يستنجون بالاجار دون الماء
 فاذا مسوه بأيديهم كانت تتلوث خصوصاً في أيام الصيف فأمر بالغتسل لهذا والله أعلم (ومنها) الاغماء والجنون
 والسكر الذي يستر العقل أما الاغماء فلأنه في استرخاء المفاصل واستطلاق الوكاه فوق النوم مضطجعا وذلك
 حدث فهذا أولى وأما الجنون فلان المبتلى به يحدث حدثا ولا يشعر به فاقم السبب مقام المسبب والسكر الذي يستر
 العقل في معنى الجنون في عدم التمييز وقد انضاف اليه استرخاء المفاصل ولا فرق في حق هؤلاء بين الاضطجاع
 والقيام لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بين حال وحال (ومنها) النوم مضطجعا في الصلاة أو في غيرها بلا

خلاف بين الفقهاء وحكى عن النظام أنه ليس يحدث ولا عبرة بخلافه لمخالفته الاجماع وخروجه عن أهل
 الاجتهاد والدليل عليه ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نام في صلاته حتى غط
 ونفخ ثم قال لا وضوء على من نام قائماً أو قاعداً أو راكعاً أو ساجداً انما الوضوء على من نام مضطجعا فإنه اذا نام
 مضطجعا استرخت مفاصله نص على الحكم وعطل باسترخاء المفاصل وكذا النوم متوركا بان نام على أحد ركبتيه
 لان مقعده يكون متجاوفاً عن الارض فكان في معنى النوم مضطجعا في كونه سبباً لوجود الحدث بواسطة
 استرخاء المفاصل وزوال مسكة اليقظة فاما النوم في غير هاتين الحالتين فاما ان كان في الصلاة واما ان كان في غيرها
 فان كان في الصلاة لا يكون حدثاً سواء غلبه النوم أو تعمق في ظاهره أو باهتور وى عن أبي يوسف أنه قال سألت أبا
 حنيفة عن النوم في الصلاة فقال لا ينتقض الوضوء ولا أدري أسأله عن العمد والغلبة وعندى انه ان نام متعمداً
 ينتقض وضوؤه وعند الشافعى أن النوم حدث على كل حال الا اذا كان قاعداً مستقراً على الارض فله فيه قولان
 احتج بحار وى عن صفوان بن عسال المرادى انه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يأمرنا ان لا نتزع خفافنا ثلاثة
 أيام ولياليها اذا كنا سفر الا من جناية لكن من نوم أو بول أو غائط فقد جعل النوم حدثاً على الاطلاق وروى عنه صلى
 الله عليه وسلم انه قال العينان وكاء الأست فاذا نامت العينان استطلق الوكاء أشار الى كون النوم حدثاً حيث جعله
 عليه استطلاق الوكاء (ولنا) ما روينا عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم حيث نفي الوضوء في النوم في غير
 حال الاضطجاع واثبت فيه بعملة استرخاء المفاصل وزوال مسكة اليقظة ولم يوجد في هذه الأحوال لان الامساك فيها
 باق الا ترى انه لم يسقط وفي المشهور من الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا نام العبد في سجوده
 يباهى الله تعالى به ملائكته فيقول انظروا الى عبدى روحه عندى وجسده فى طاعنى ولو كان النوم في الصلاة
 حدثاً لما كان جسده فى طاعة الله تعالى ولا حجة له فيما روى لأن مطلق النوم ينصرف الى النوم المتعارف وهو
 نوم المضطجع وكذا استطلاق الوكاء يتحقق به لا بكل نوم وجهه رواية أبي يوسف ان القياس في النوم حالة القيام
 والركوع والسجود أن يكون حدثاً لكونه سبباً لوجود الحدث الا اننا تركنا القياس حالة الغلبة لضرورة التجدد
 نظر المحدثين وذلك عند الغلبة دون التعمد (ولنا) ما روينا من الحديثين من غير فصل ولان الاستسكان
 في هذه الأحوال باق لما بينا وان كان خارج الصلاة فان كان قاعداً مستقراً على الارض غير مستند الى شئ
 لا يكون حدثاً لانه ليس بسبب لوجود الحدث غالباً وان كان قائماً أو على هيئة الركوع والسجود غير مستند الى
 شئ اختلف المشايخ فيه والعمامة على انه لا يكون حدثاً لما روينا من الحديث من غير فصل بين حالة الصلاة وغيرها
 ولان الاستسكان فيها باق على ما مر والأقرب الى الصواب في النوم على هيئة السجود خارج الصلاة ما ذكره
 القمى انه لا نص فيه ولكن ينظر فيه ان سجد على الوجه المسنون بان كان رافعا بطنه عن تخذيته مجافياً لعضديه
 عن جنبه لا يكون حدثاً وان سجد لا على وجه السنة بان الصق بطنه بتخذيته واعتد على ذراعيه على الارض
 يكون حدثاً لان في الوجه الأول الاستسكان باق والاستطلاق منعدم وفي الوجه الثاني بخلافه الا اننا تركنا هذا
 القياس في حالة الصلاة بالنص ولو نام مستند الى جدار أو سارية أو رجل أو متكئاً على يديه ذكر الطحاوى انه
 ان كان بحال لوازيل السندلسقط يكون حدثاً والا فلا وبه أخذ كثير من مشايخنا وروى خلف بن أيوب عن
 أبي يوسف انه قال سألت أبا حنيفة عن استند الى سارية أو رجل فنام ولولا السارية والرجل لم يستسك قال اذا
 كانت اليه مستوية من الأرض فلا وضوء عليه وبه أخذ عامة مشايخنا وهو الأصح لما روينا من الحديث
 وذكرنا من المعنى ولو نام قاعداً مستقراً على الارض فسقط وانتبه فان انتبه بعد ما سقط على الارض وهو قائم
 انتقض وضوؤه بالاجماع لوجود النوم مضطجعا وان قل وان انتبه قبل أن يصل جنبه الى الارض روى عن أبي
 حنيفة انه لا ينتقض وضوؤه لانعدام النوم مضطجعا وعن أبي يوسف انه لا ينتقض وضوؤه لزوال الاستسكان
 بالنوم حيث سقط وعن محمد انه ان انتبه قبل ان يزال مقعده الارض لم ينتقض وضوؤه وان زایل مقعده قبل

ان يتنبه انتقض وضوءه (واما) الثاني فهو الفقهية في صلاة مطلقة وهي الصلاة التي لها ركوع وسجود فلا يكون حدثا خارج الصلاة ولا في صلاة الجنائز وسجدة التلاوة وهذا استحسان والقياس ان لا تكون حدثا وهو قول الشافعي ولا خلاف في التيسر انه لا يكون حدثا احتج الشافعي بما روى جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الضحك ينقض الصلاة ولا ينقض الوضوء ولا انه لم يوجد حدث حقيقة ولا ما هو سبب وجوده والوضوء لا ينتقض الا بأحد هذين ولهذا لم ينتقض بالفقهية خارج الصلاة وفي صلاة الجنائز ولا ينتقض بالتيسر (ولنا) ما روى في المشاهير عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يصلي فجاء اعرابي في عينيه سوء فوقع في أثره عليه اخصفة فضحك بعض من خلفه فلما قضى النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة قال من فقهه منكم فليعد الوضوء والصلاة ومن تبسم فلا شيء عليه طعن أصحاب الشافعي في الحديث من وجهين أحدهما انه ليس في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم بئر والثاني انه لا يظن بالصعابة الضحك خصوصا خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا الطعن فاسد لا نامارو ينان الصلاة كانت في المسجد على انه كانت في المسجد حفيرة يجمع فيها ماء المطر ومثلها يهيم بئرا وكذا نامارو ينان الخلفاء الراشدين أو العشرة المبشرين أو المهاجرين الأولين أو فقهاء الصحابة وكبار الانصار هم الذين ضحكوا بل كان الضاحك بعض الاحداث أو الاعراب أو بعض المنافقين لغلبة الجهل عليهم حتى روى ان اعرابيا بال في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم وحديث جابر محمول على ما دون الفقهية توفيقا بين الدلائل مع انه قيل ان الضحك ما يسمع الرجل نفسه ولا يسمع جيرانه والفقهية ما يسمع جيرانه والتبسم ما لا يسمع نفسه ولا جيرانه وقوله لم يوجد الحدث ولا سبب وجوده مسلم لكن هذا حكم عرف بخلاف القياس بالنص والنص ورد بانتقاض الوضوء بالفقهية في صلاة مستتمة الأركان فبقي ما وراء ذلك على أصل القياس وروى عن جرير بن عبد الله البجلي انه قال ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم الا تبسم ولو في الصلاة وروى انه صلى الله عليه وسلم تبسم في صلاته فلما فرغ سئل عن ذلك فقال أتاني جبريل عليه السلام وأخبرني ان الله تعالى يقول من صلى علي مرة صلى الله عليه عشرين أو مائة الف مرة ولو فقهه الامام والقوم جميعا فان فقهه الامام أولا انتقض وضوءه دون القوم لان فقههم لم تصادف تحريم الصلاة لفساد صلاتهم بفساد صلاة الامام فجعلت فقههم خارج الصلاة وان فقهه القوم أولا ثم الامام انتقض طهارة الكل لان فقههم حصلت في الصلاة اما القوم فلا اشكال واما الامام فلانه لا يصير خارجا من الصلاة بخروج القوم وكذلك ان فقهه وامامان فقهه الكل حصلت في تحريم الصلاة واما تقييض الميت وغسله وحمل الجنائز وأكل مامسته النار والكلام الفاحش فليس شيء من ذلك حدثا عند عامة العلماء وقال بعضهم كل ذلك حدث ورووا في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من غمض ميتا فليتوضأ ومن غسل ميتا فليغتسل ومن حمل جنازة فليتوضأ وعن عائشة رضي الله عنها انها قالت للتسعين ان بعض ما انتفايه لشر من الحدث فجدا الوضوء وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال توضؤا مما مسته النار ومنهم من أوجب من لحم الابل خاصة وروى توضؤا من لحوم الابل ولا تبوضؤا من لحوم الغنم (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال انما علينا الوضوء مما يخرج ليس مما يدخل وقال ابن عباس رضي الله عنه الوضوء مما يخرج يعني الخارج الجبس ولم يوجد والمعنى في المسئلة ان الحدث هو خروج الجبس حقيقة أو ما هو سبب الخروج ولم يوجد واليه أشار ابن عباس رضي الله عنهما حين بلغه حديث حمل الجنائز فقال انتوضأ من مس عيدين يابسة ولان هذه الاشياء مما يغلب وجودها فلو جعل شيء من ذلك حدثا لوقع الناس في الحرج وما روى والخبر آحاد وردت فيما تم به البلوى ويغلب وجوده ولا يقبل خبر الواحد في مثله لانه دليل عدم الثبوت اذ لو ثبت لا شتهر بخلاف خبر الفقهية فانه من المشاهير مع ما انه ورد فيما لا تم به البلوى لان الفقهية في الصلاة مما لا يغلب وجوده ولو ثبت ما روى فالمراد من الوضوء بتقييض الميت غسل البدن ذلك الموضع لا يتناول عن قذارة عادة وكذا باكل ما مسته النار ولهذا خص لحم الابل في رواية لانه

من الزوجة ما ليس لغيره وهكذا روى أنه قل طعما فغسل يديه وقال هكذا الوضوء مما مسته النار والمراد من حديث الغسل فليغتسل إذا أصابته الغسالات النجسة وقوله فليتبوضأ في غسل الجنابة للمحدث ليتمكن من الصلاة عليه وعائشة رضي الله عنها انما نذبت المتساين الى تجديد الوضوء تكفير الذنب سبهما ومن توضأ ثم جرح شعره أو قلم ظفره أو قص شاربه أو تيف ابطيه لم يجب عليه ايهال الماء الى ذلك الموضع عند عامة العلماء وعند ابراهيم النخعي يجب عليه في قلم الظفر وجرح الشعر وقص الشارب وجهه قوله ان ما حصل فيه التطهير قد زال وما ظهر لم يحصل فيه التطهير فاشبه نزع الخفين (ولنا) ان الوضوء قد تم فلا ينتقض الا بالحدث ولم يوجد وهذا لان الحدث يحل بظاهر البدن وقد زال الحدث عن الظاهر اما بالغسل أو بالمسح وما بدالم يحله الحدث السابق وبعد بدوه لم يوجد حدث بأخر فلا تعقل ازالته بخلاف المسح على الخفين لان الوضوء هناك لم يتم لان تعامه بغسل القدمين ولم يوجد الآن الشرع أقام المسح على الخفين مقام غسل القدمين لضرورة تعذر النزاع في كل زمان فاذا نزع زالت الضرورة فوجب غسل القدمين تقبلا للوضوء وانما أوردت في الابط وان لم يكن ما يظهر بالنتف محلا لحلول الحدث فيه بخلاف قلم الاظفار لانه روى عن عمر رضي الله عنه انه قال من مسح ابطيه فليتبوضأ وتأويله فليغسل يديه لتلوثم ما يعرقه ولو مسح ثوبا أو خنزيرا أو وطي نجاسة لا وضوء عليه لانعدام الحدث حقيقة وحكايا لانه اذا التزق بيده شيء من النجاسة يجب غسل ذلك الموضع والا فلا ومن أيقن بالطهارة وشك في الحدث فهو على الطهارة ومن أيقن بالحدث وشك في الطهارة فهو على الحدث لان اليقين لا يبطل بالشك وروى عن محمد انه قال المتوضئ اذا تذكر انه دخل الحلاء لقضاء الحاجة وشك انه خرج قبل ان يقضيها أو بعد ما قضاها فعليه أن يتوضأ لان الظاهر انه ما خرج الا بعد قضائها وكذلك المحدث اذا علم انه جلس للوضوء ومعه الماء وشك في انه توضأ أو قام قبل ان يتوضأ فلا وضوء عليه لان الظاهر انه لا يقوم ما لم يتوضأ ولو شك في بعض وضوئه وهو أول ما شك في غسل الموضع الذي شك فيه لانه على يقين من الحدث في ذلك الموضع وفي شك من غسله والمراد من قوله أول ما شك ان الشك في مثله لم يصير عادة لانه لا يتبل به قط وان كان يعرض له ذلك كثيرا لم يلتفت اليه لان ذلك وسوسة والسبيل في الوسوسة قطعها لانه لو اشتغل بذلك لادى الى أن لا يتفرغ لاداء الصلاة وهذا لا يجوز ولو توضأ ثم رأى البلل سائلا من ذكره أعاد الوضوء لوجود الحدث وهو سبيلان البول وانما قال رأه سائلا لان مجرد البلل يحتمل أن يكون من ماء الطهارة فان علم انه بول ظهر فعليه الوضوء وان لم يكن سائلا وان كان الشيطان يربه ذلك كثيرا ولم يعلم أنه بول أو ماء مضى على صلاته ولا يلتفت الى ذلك لانه من باب الوسوسة فيجب قطعها وقال النبي صلى الله عليه وسلم ان الشيطان يأتي أحدكم فينفخ بين يديه فيقول أحدث أحدث فلا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا وينبغي أن ينضح فرجه أو ازاره بالماء اذا توضأ قطعها هذه الوسوسة حتى اذا أحس شيئا من ذلك أحاله الى ذلك الماء وقدر روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان ينضح ازاره بالماء اذا توضأ وفي بعض الروايات قال زل على جبريل صلوات الله عليه وأمرني بذلك (وأما) الثاني وهو بيان حكم الحدث فله حدث أحكام وهي أن لا يجوز للمحدث أداء الصلاة لفقد شرط جوازها وهو الوضوء قال صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بوضوء ولا مس المصحف من غير غلاف عندنا وعند الشافعي يباح له مس المصحف من غير غلاف وقاس المس على القراءة فقال يجوز له القراءة فيجوز له المس (ولنا) قوله تعالى لا يمسه الا المطهرون وقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يمسه القرآن الا طاهر ولان تعظيم القرآن واجب وليس من التعظيم مس المصحف بيد ملحد واعتبار المس بالقراءة غير سديد لأن حكم الحدث لم يظهر في القلم وظهر في اليد بدليل انه افترض غسل اليد ولم يفترض غسل القلم في الحدث فبطل الاعتبار ولا مس الدراهم التي عليها القرآن لأن حرمة المصحف كحرمة ما كتب منه فيستوى فيه الكتابة في المصحف وعلى الدراهم ولا مس كتاب التفسير لانه يصير بحسه ماسا للقرآن وأما مس كتاب الفقه فلا بأس به

والمستحب له أن لا يفعل ولا يطوف بالبيت وان طاف جازم القصدان لان الطواف بالبيت شبيه بالصلاة
قال النبي صلى الله عليه وسلم الطواف بالبيت صلاة ومعلوم أنه ليس بصلاة حقيقة فلكونه طوافاً حقيقة يحكم
بالجواز ولكونه شبيهاً بالصلاة يحكم بالكراهة ثم ذكر الغلاف ولم يذكر تفسيره واختلف المشايخ في تفسيره فقال بعضهم
هو الجلد المتصل بالمصحف وقال بعضهم هو الكم والصحيح أنه الغلاف المنفصل عن المصحف وهو الذي يجعل
فيه المصحف وقد يكون من الجلد وقد يكون من الثوب وهو الخريطة لان المتصل به تبع له فكان مسه مس القرآن
ولهذا لو بيع المصحف دخل المتصل به في البيع والكم تبع للعامل فاما المنفصل فليس يتبع حتى لا يدخل في بيع
المصحف من غير شرط وقال بعض مشايخنا انما يكره له مس الموضع المكتوب دون الحواشي لانه لم يمس
القرآن حقيقة والصحيح انه يكره مس كله لان الحواشي تابعة للكتاب فكان مسها مس الكتاب ويباح له
قراءة القرآن لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يجزئه عن قراءة القرآن شئ الا الجنابة ويباح له
دخول المسجد لان وفود المشركين كانوا يأتون رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فيدخلون عليه
ولم يمنعهم من ذلك ويجب عليه الصوم والصلاة حتى يجب فضاؤه ما بالترك لأن الحدث لا ينافي أهلية أداء الصوم
فلا ينافي أهلية وجوبه ولا ينافي أهلية وجوب الصلاة أيضاً وان كان ينافي أهلية أدائها لانه يمكن رفعه بالطهارة
فصل واما الغسل فالكلام فيه يقع في مواضع في تفسير الغسل وفي بيان ركنه وفي بيان شرائط الركن وفي
بيان سنن الغسل وفي بيان آدابه وفي بيان مقدار الماء الذي يغتسل به وفي بيان صفة الغسل المشروع (اما) تفسيره
فالغسل في اللغة اسم للماء الذي يغتسل به لكن في عرف الفقهاء يراد به غسل البدن وقد مر تفسير الغسل فجا
تقدم انه الاسالة حتى لا يجوز بدونها (واما) ركنه فهو اسالة الماء على جميع ما يمكن اسالته عليه من البدن
من غير حرج مرة واحدة حتى لو بقيت لمعة لم يصبها الماء لم يجز الغسل وان كانت يسيرة لقوله تعالى وان كنتم
جنباً فاطهروا أي طهروا أبدانكم واسم البدن يقع على الظاهر والباطن فيجب تطهير ما يمكن تطهيره منه بلا
حرج ولهذا وجبت المضمضة والاستنشاق في الغسل لان اصال الماء الى داخل الفم والانف يمكن بلا حرج
وانما لا يجبان في الوضوء لالا انه لا يمكن اصال الماء اليه بل لان الواجب هناك غسل الوجه ولا تقع المواجهة
الى ذلك رأسا ويجب اصال الماء الى اثناء اللحية كالجبب الى أصولها وكذا يجب على المرأة اصال الماء الى
اثناء شعرها اذا كان منقوضا كذا ذكره الفقيه أبو جعفر الهندي وانى لأنه يمكن اصال الماء الى ذلك من غير حرج
وأما اذا كان شعرها ضفيرا فهل يجب عليها اصال الماء الى اثنائه اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجب لقول
النبي صلى الله عليه وسلم تحت كل شعرة جنابة الا فبالشعر وأنقوا البشرة وقال بعضهم لا يجب وهو اختيار
الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري وهو الأصح لما روي ان أم سلمة رضي الله عنها سألت رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقالت اني أشد ضرر رأسي أفانقضه اذا اغتسلت فقال صلى الله عليه وسلم أفيضى الماء على
رأسك وسائر جسدك ويكفيك اذا بلغ الماء أصول شعرك ولأن ضفرتها اذا كانت مشدودة فتكليفها تقضها يؤدى
الى الحرج ولا حرج حال كونها منقوضة والحديث محمول على هذه الحالة ويجب اصال الماء الى داخل السرة
لا مكان الا اصال اليها بلا حرج وينبغي أن يدخل أصبعه فيها للبالغة ويجب على المرأة غسل الفرج الخارج لأنه
يمكن غسله بلا حرج وكذا الأظفار يجب عليه اصال الماء الى القلفة وقال بعضهم لا يجب وليس بصحيح لا مكان
اصال الماء اليه من غير حرج (واما) شروطه فاذا كرنا في الوضوء (واما) سننه فهي ان يبدأ بأخذ
الاناء بشماله ويكفيه على يمينه فيغسل يديه الى الرسغين ثلاثاً ثم يفرغ الماء بيمينه على شماله فيغسل فرجه حتى
ينقعه ثم يتوضأ وضوءاً للصلاة ثلاثاً ثلاثاً الا انه لا يغسل رجليه حتى يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثاً ثم
ينقى فيغسل قدميه والا صل فيه ما روي عن معوية زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت وضعت غسلاً
لرسول الله صلى الله عليه وسلم ليغتسل من الجنابة فاخذ الاناء بشماله وكفاه على يمينه فغسل يديه ثلاثاً ثم انى

فرجه بالماء ثم مال بيده الى الخائط فدلكهما بالتراب ثم توضع وضوءه للصلاة غير غسل القدمين ثم أقاض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثاً ثم تيمم فغسل قدميه فالحديث مشغل على بيان السنة والغرض من جميعه هل يمسح رأسه عند تقديم الوضوء على الغسل ذكر في ظاهر الرواية أنه يمسح وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يمسح لأن تسبيل الماء عليه بعد ذلك يبطل معنى المسح فلم يكن فيه فائدة بخلاف سائر الأجزاء لأن التسبيل من بعد لا يبطل التسبيل من قبل والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن السنة وردت بتقديم الوضوء على الإفاضة على جميع البدن على ما روينا والوضوء اسم للمسح والغسل جميعاً إلا أنه يؤخر غسل القدمين لعدم الفائدة في تقديم غسلهما لأنهما يتناولان بالفصالات من بعد حتى لو اغتسل على موضع لا يجتمع الغسالة تحت قدميه كالخجر ونحوه لا يؤخر لعدم معنى التلوث ولهذا قالوا في غسل الميت أنه يغسل رجله عند التوضئة ولا يؤخر غسلهما لأن الغسالة لا تجتمع على التخت ومن مشايخنا من استدلل بتأخير النبي صلى الله عليه وسلم غسل الرجلين عند تقديم الوضوء على الإفاضة على أن الماء المستعمل نجس إذا لولم يكن نجس لم يكن للتخرج عن الطاهر معنى فجعلوه حجة أبي حنيفة وأبي يوسف على محمد وأيس فيه كبير حجة لأن الإنسان كما يخرج عن النجس يتخرج عن الطاهر معني فجعلوه حجة أبي حنيفة وأبي يوسف على محمد وأيس فيه كبير حجة لأن قداز بل إليه قدرا لحدث حتى تعافه الطباع السالبة والله أعلم (وأما آدابه فيذكرنا في الوضوء وأما بيان مقدار الماء الذي يغتسل به فقد ذكر في ظاهر الرواية وقال أدنى ما يكفي في الغسل من الماء صاع وفي الوضوء مدماروي عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتوضأ بالمد ويغسل بالصاع فقبل له أن لم يكفنا فغضب وقال لقد كفي من هو خير منكم وأكثر شعراً ثم إن محمد أرحمه الله ذكر الصاع في الغسل والمد في الوضوء مطلقاً عن الأحوال ولم يفسره قال بعض مشايخنا هذا التقدير في الغسل إذا لم يجتمع بين الوضوء والغسل فاما إذا جمع بينهما يحتاج إلى عشرة أرطال رطلان للوضوء وعمانية أرطال للغسل وقال عامة المشايخ أن الصاع كاف لهما وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال في الوضوء أن كان المتوضي متعففاً ولا يستنجي يكفيه رطل واحد لغسل الوجه واليدين ومسح الرأس ما كان متعففاً ويستنجي يكفيه رطلان رطل للاستنجاء ورطل للباقي ثم هذا التقدير الذي ذكره محمد من الصاع والمد في الغسل والوضوء ليس بتقدير لازم بحيث لا يجوز نقصان عنه أو الزيادة عليه بل هو بيان مقدار أدنى الكفاية عادة حتى أن من أسبغ الوضوء والغسل بدون ذلك أجزأه وإن لم يكفه زاد عليه لأن طباع الناس وأحوالهم تختلف والدليل عليه ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتوضأ بثلاثي مد لكن ينبغي أن يزيد عليه بقدر ما لا اسراف فيه لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم مر على سعد بن أبي وقاص وهو يتوضأ ويصب صبباً فاحشاً فقال يا بك والسرف فقال أو في الوضوء سرف قال نعم ولو كنت على صفة نهر جار وفي رواية ولو كنت على شط بحر (وأما صفة الغسل فالتسليم قد يكون فرضاً وقد يكون واجباً وقد يكون سنة وقد يكون مستحباً أما الغسل الواجب فهو غسل الموتي وأما السنة فهو غسل يوم الجمعة ويوم عرفة والعبيدين وعند الأحرار وسند ذلك في موضعه أن شاء الله تعالى وهنا نذكر المستحب والغرض (أما المستحب فهو غسل الكافر إذا أسلم لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمر بالغسل من جاءه يريد الإسلام وأدنى درجات الأمر التدب والاستحباب هذا إذا لم يعرف أنه جنب فأسلم فاما إذا علم كونه جنباً فأسلم قبل الاغتسال اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يلزمه الاغتسال أيضاً لأن الكفار غير مخاطبين بشرائع من القربات والغسل يصير قرينة بآنيته فلا يلزمه وقال بعضهم يلزمه لأن الإسلام لا ينافي بقاء الجنابة بدليل أنه لا ينافي بقاء الحدث حتى يلزمه الوضوء بعد الإسلام كذا الجنابة وعلى هذا غسل الصبي والمجنون عند البلوغ والافاقة (وأما الغسل المفروض فثلاثة الغسل من الجنابة والحيض والنفس اما الجنابة فلقوله تعالى وإن كنتم جنباً فاطهروا أي اغتسلوا وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا

ما تقولون ولا جنبا الا عارى سبيل حتى تغسلوا والسكلام في الجنابة في موضعين أحدهما في بيان ما ثبت به الجنابة ويصير التخصص به جنبا والثاني في بيان الاحكام المتعلقة بالجنابة (اما) الاول فالجنابة تثبت بأمور بعضها يجمع عليه وبعضها يختلف فيه (اما) المجمع عليه فنوعان أحدهما خروج المني عن شهوة دفقا من غير ايلاج بأي سبب حصل الخروج كاللمس والنظر والاختلام حتى يجيب الغسل بالا جماع لقوله صلى الله عليه وسلم الماء من الماء أي الاغتسال من المني ثم انما وجب غسل جميع البدن بخروج المني ولم يجز بخروج البول والغائط وانما وجب غسل الاعضاء المخصوصة لا غير لوجوه أحدها ان قضاء الشهوة بانزال المني استمتاع بنعمة يظهر أثرها في جميع البدن وهو اللذة فامر بغسل جميع البدن شكر لهذه النعمة وهذا لا يتقرر في البول والغائط والثاني ان الجنابة تأخذ بجميع البدن ظاهره وباطنه لان الوطء الذي هو سببه لا يكون الا باستعمال جميع ما في البدن من القوة حتى يضعف الانسان بالا كثار منه ويقوى بالامتناع فاذا أخذت الجنابة جميع البدن الظاهر والباطن وجب غسل جميع البدن الظاهر والباطن بقدر الامكان ولا كذلك الحدث فانه لا يأخذ الا الظاهر من الاطراف لان سببه يكون بظواهر الاطراف من الاكل والشرب ولا يكونان باستعمال جميع البدن فاوجب غسل ظواهر الاطراف لجميع البدن والثالث ان غسل السكك والبعض وجب وسببه الى الصلاة التي هي خدمة الرب سبحانه وتعالى والقيام بين يديه وتعظيمه فيجب ان يكون المصلي على اطهر الاحوال وانظفها ليكون اقرب الى التعظيم وأكل في الخدمة وكال النظافة يحصل بغسل جميع البدن وهذا هو العزيمة في الحدث ايضا لان ذلك مما يكثر وجوده فاكتفى فيه بإسرا النظافة وهي تنقية الاطراف التي تنكشف كثيرا وتقع عليها الابصار ابداء وقيم ذلك مقام غسل كل البدن دفعا للحرج وتيسيرا فضلا من الله ونعمة ولا حرج في الجنابة لانها لا تكثر في الامر فيها على العزيمة والمرأة كالرجل في الاختلام لما روى عن أم سليم انها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى في منامها مثل ما يرى الرجل فقال صلى الله عليه وسلم ان كان منها مثل ما يكون من الرجل فلتغتسل وروى ان أم سليم كانت مجاورة لام سلمة رضى الله عنها وكانت تدخل عليها فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم عندها فقالت يا رسول الله المرأة اذا رأت ان زوجها يجامعها في المنام اغتسل فقالت أم سلمة لا أم سليم تربت يدك يا أم سليم فضحت النساء عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت أم سليم ان الله لا يستحي من الحق واننا نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يشكل علينا خيرا من أن نكون فيه على عمي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل أنت يا أم سلمة تربت يدك يا أم سليم عليها الغسل اذا وجدت الماء وذرايين رستم في نوادره اذا احتلم الرجل ولم يخرج الماء من احليله لا يغسل عليه والمرأة اذا احتلمت ولم يخرج الماء الى ظاهر فرجها اغتسلت لان لها فرجين والخارج منهما له حكم الظاهر حتى يفترض اتصال الماء اليه في الجنابة والحيض فن الجائز ان الماء بلغ ذلك الموضع ولم يخرج حتى لو كان الرجل اقلف فبلغ الماء قلفته وجب عليه الغسل والثاني ايلاج الفرج في الفرج في السبيل المعتاد سواء انزل أو لم ينزل لما روى ان الصحابة رضى الله عنهم لما اختلفوا في وجوب الغسل بالقاء الختانين بعد النبي صلى الله عليه وسلم وكان المهاجرون يوجبون الغسل والانصار لا يبعثوا باموسى الاشعري الى عائشة رضى الله عنها فقالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل انزل أو لم ينزل فعلت انا ورسول الله صلى الله عليه وسلم واغتسلنا فقدرت قولنا وفعلنا وروى عن علي رضى الله عنه انه قال في الاكسال يوجب الحد أفلا يوجب صاعا من ماء ولان ادخال الفرج في الفرج المعتاد من الانسان سبب لتزول المني عادة فيقام مقامه احتياطا وكذا الايلاج في السبيل الا آخر حكمه حكم الايلاج في السبيل المعتاد في وجوب الغسل بدون الانزال اما على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر لانه يوجب الحد أفلا يوجب صاعا من ماء وأما على أصل أبي حنيفة فانه لم يوجب الحد احتياطا والاحتياط في وجوب الغسل ولان الايلاج فيه سبب لتزول المني عادة مثل الايلاج في السبيل المعتاد والسبب

يقوم مقام المسبب خصوصاً في موضع الاحتياط ولا غسل فبادون الفرج بدون الانزال وكذا الايلاج في البهائم
 لا يوجب الغسل ما لم ينزل وكذا الاحتلام لان الفعل فبادون الفرج وفي البهجة ليس نظير الفعل في فرج الانسان
 في السببية وكذا الاحتلام فيعتبر في ذلك كله حقيقة الانزال (وأما) المختلف فيه (فهي) ان يفصل المني عن
 شهوة ويخرج لا عن شهوة بان ضرب على ظهره ضرباً قوياً أو حمل حلاً ثقيلاً فلا غسل فيه عندنا وعند الشافعي
 فيه الغسل واحتج بما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الماء من الماء أي الاغتسال من المني من
 غير فصل (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن المرأة ترى في المنام يجامعها زوجها فقال
 صلى الله عليه وسلم أتجدلته فقل نعم فقال عليها الاغتسال اذا وجدت الماء ولو لم يختلف الحكم بالشهوة وعدمها
 لم يكن السؤال عن اللذة معني ولان وجوب الاغتسال معلق بنزول المني وأنه في اللغة اسم للنزل عن شهوة لما ذكر
 في تفسير المني وأما الحديث فالمراد من الماء الماء المتعارف وهو المنزل عن شهوة لا نصرف مطلق الكلام الى
 المتعارف (ومنها) ان يفصل المني عن شهوة ويخرج لا عن شهوة وأنه يوجب الغسل في قول أبي حنيفة ومحمد
 وعند أبي يوسف لا يوجب فالمتعارف عندهما الانفصال عن شهوة وعنده المتعارف هو الاتصال مع الخروج عن
 شهوة وقائمه تظهر في موضعين أحدهما اذا احتلم الرجل فانتبه وقبض على عورته حتى سكنت شهوته ثم خرج المني
 بلا شهوة والثاني اذا جامع فاعتسل قبل ان يبول ثم خرج منه بقية المني وجه قول أبي يوسف ان جانب الانفصال
 يوجب الغسل وجانب الخروج ينتبه فلا يجب مع الشك ولهما انه اذا احتلم الوجوب والعدم فالقول بالوجوب
 أولى احتياطاً (ومنها) انه اذا استيقظ فوجد على غزده أو على فراشه بللاً على صورة المذي ولم يتذكر الاحتلام
 فعليه الغسل في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجب واجمعوا انه لو كان منياً ان عليه الغسل لان الظاهر
 انه عن احتلام واجمعوا انه ان كان وديلاً لا غسل عليه لانه بول غليظ وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني انه اذا وجد
 على فراشه منياً فهو على الاختلاف وكان يقيسه على ما ذكرنا من المستثنين وجه قول أبي يوسف ان المذي
 يوجب الوضوء دون الاغتسال ولهما ما روى امام الهدي الشيخ أبو منصور الماتريدي السمرقندي باسناده
 عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا رأى الرجل بعد ما ينتبه من نومه بله ولم
 يذكر احتلاماً اغتسل وان رأى احتلاماً ولم يربطه فلا غسل عليه وهذا نص في الباب ولان المني قد يرق بمرور الزمان
 فيصير في صورة المذي وقد يخرج ذائباً لفرط حرارة الرجل أو ضعفه فكان الاحتياط في الاجتناب ثم المني خائر
 أبيض ينكسر منه الذكر وقال الشافعي في كتابه ان له رائحة الطلع والمذي رقيق يضرب الى البياض يخرج عند
 ملاعبة الرجل أهله والودي رقيق يخرج بعد البول وكذا روى عن عائشة رضي الله عنها انها فسرت هذه المياه
 بما ذكرنا ولا غسل في الودي والمذي اما الودي فلانه بقية البول وأما المذي فلما روى عن علي رضي الله عنه
 انه قال كنت غلاماً فاستحييت ان أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم لمكان ابنته تحق فامرته المقداد بن
 الاسود رضي الله عنه فسأله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل خل يمدى وفيه الوضوء نص على الوضوء
 وأشار الى نقي وجوب الاغتسال بعله كثرة الوقوع بقوله كل خل يمدى (وأما) الاحكام المتعلقة بالجنابة فالايحاح
 للحدث فعليه من مس المصحف بدون غلافه ومس الدراهم التي عليها القرآن ونحو ذلك لا يباح للجنب من
 طريق الاولى لان الجنابة اغلظ الحديث ولو كانت الصحيفة على الارض فاراد الجنب ان يكتب القرآن عليها
 روى عن أبي يوسف انه لا بأس لانه ليس بحامل للصحيفة والكتابة توجد سر فاحر وهذا ليس بقرآن وقال محمد
 احب الى أن لا يكتب لان كتابة الحروف تجري مجرى القراءة وروى عن أبي يوسف انه لا يترك الكافران بمس
 المصحف لان الكافر نجس فيجب تنزيه المصحف عن مسه وقال محمد لا بأس به اذا اغتسل لان المانع هو الحدث
 وقد زال بالغسل وانما بقي نجاسة اعتقاده وذلك في قلبه لا في يده ولا يباح للجنب قراءة القرآن عند عامة العلماء
 وقال مالك يباح له ذلك وجه قوله ان الجنابة احد الحديثين فيعتبر بالحدث الآخر وأنه لا يمنع من القراءة كذا

الجنب (ولنا) ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يحجزه شئ عن قراءة القرآن الا جنباً وعن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقر الحائض ولا جنب شيئاً من القرآن وما ذكر من الاعتبار فاسد لان أحد الحدين حل القم ولم يحل الآخر فلا يصح اعتباراً أحدهما بالآخر ويستوى في الكراهة الآية التامة وما دون الآية عند عامة المشايخ وقال الطحاوى لا بأس بقراءة ما دون الآية والصحيح قول العامة لما روي بنان من الحديثين من غير فصل بين القليل والكثير ولان المنع من القراءة لتعظيم القرآن ومحافظته حرمة وهذا لا يوجب الفصل بين القليل والكثير فيكره ذلك كله لكن اذا قصدا التلاوة فاما اذا لم قصداً بان قال باسم الله لا فتتاح الاعمال تبركا أو قال الحمد لله للشكر لا بأس به لانه من باب ذكر اسم الله تعالى والجنب غير ممنوع عن ذلك وتكره قراءة القرآن في المغتسل والمخرج لان ذلك موضع الانجاس فيجب تنزيه القرآن عن ذلك وأما في الحمام فتكره عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا تكره بناء على ان الماء المستعمل نجس عندهما فاشبه المخرج وعند محمد طاهر فلا تكره ولا يباح للجنب دخول المسجد وان احتاج الى ذلك يقيم ويدخل سواء كان الدخول لقصد المكث أو للاجتياز عندنا وقال الشافعي يباح له الدخول بدون التيمم اذا كان مجتازاً وأخرج بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تقر بوا الصلاة وأتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنباً الا عازى سبيل حتى تغتسلوا قبل المراد من الصلاة مكانها وهو المسجد كذا روى عن ابن مسعود وعابر سبيل هو المار يقال عبر أى مر به جنب عن دخول المسجد بدون الاغتسال واستثنى طبري السبيل وحكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه فيباح له الدخول بدون الاغتسال (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال سدوا الابواب فأتى لأجلها جنب ولا حائض والهاء كناية عن المساجد في الحل من غير فصل بين المجتاز وغيره وأما الآية فقد روى عن علي وابن عباس رضى الله عنهما ان المراد هو حقيقة الصلاة وان عابر السبيل هو المسافر الجنب الذي لا يجد الماء فيتميم فكان هذا اباحة الصلاة بالتيمم الجنب المسافر اذا لم يجد الماء وبه تقول وهذا التأويل أولى لان فيه بقاء اسم الصلاة على حالها فكان أولى أو يقع التعارض بين التأويلين فلا تبقى الآية حجة له ولا يطوف بالبيت وان طاف جاز مع النقصان لما ذكرنا في المحدث الا ان النقصان مع الجنابة أخف لانها أغلظ ويصح من الجنب اداء الصوم دون الصلاة لان الطهارة شرط جواز الصلاة دون الصوم ويجب عليه كلاهما حتى يجب عليه قضاءهما بالترك لان الجنابة لا تمنع من وجوب الصوم بلا شك ويصح اداؤه مع الجنابة ولا يمنع من وجوب الصلاة أيضاً وان كان لا يصح اداؤه مع قيام الجنابة لان في وسعه رفعها بالغسل قبل أن يتوضأ ولا بأس للجنب ان ينام ويعاود أهله لما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال يا رسول الله أبنام أحدنا وهو جنب قال نعم ويتوضأ وضوءه للصلاة وله ان ينام قبل ان يتوضأ وضوءه للصلاة لما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت كان النبي صلى الله عليه وسلم ينام وهو جنب من غير ان يمس ماء ولان الوضوء ليس بقرينة بنفسه وانما هو لاداء الصلاة وليس في النوم ذلك وان أراد أن يأكل أو يشرب فينبى أن يقضمه ويغسل يديه ثم يأكل ويشرب لان الجنابة حلت القم فلم يشرب قبل ان يقضمه من عار الماء مستعملاً فيه يشار بالماء المستعمل ويده لا تخلو عن نجاسة فينبى ان يغسلها ثم يأكل وهل يجب على الزوج ثمن ماء الاغتسال اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجب سواء كانت المرأة غنية أو فقيرة غير انها ان كانت فقيرة يقال للزوج اما ان تدعها حتى تنتقل الى الماء أو تنقل الماء اليها وقال بعضهم يجب وهو قول الفقيه ابي الليث رحمه الله لانه لا بد لها منه فنزل منزلة الماء الذي للشرب وذلك عليه كذا هذا (وأما) الحيض فلقوله تعالى ولا تقر بهن حتى يظهن أى يغتسلن ولقول النبي صلى الله عليه وسلم للاستحاضة أيام قرأتك أى أيام حيضك ثم اغتسلى وصلى ولا نص في وجوب الغسل من النفاس وانما عرف باجماع الامة ثم اجماع الامة يجوز ان يكون بناء على خبر في الباب لكنهم تركوا نقله كتفاء بالاجماع عن نقله لكون الاجماع أقوى ويجوز انهم فاسوا على دم الحيض لكون كل واحد منهما ماداً خارجاً من الرحم فبنوا الاجماع على القياس اذا اجماع

ينعقد عن الخبر وعن القياس على ما عرف في أصول الفقه

فصل في نفي الكلام يقع في نفي الحيض والنفاس والاستحاضة وأحكامها (أما) الحيض فهو في عرف الشرع اسم لدم خارج من الرحم لا يعقب الولادة مقدر بقدر معلوم في وقت معلوم فلا بد من معرفة لون الدم وحاله ومعرفة خروجه ومقداره ووقته (أما) لونه فالسواد حيض بلا خلاف وكذلك الحرة عندنا وقال الشافعي دم الحيض هو الاسود فقط واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لفاطمة بنت جبريل حين كانت مستحاضة إذا كان الحيض فانه دم أسود فأمسكى عن الصلاة وإذا كان الآخر فتوضئ وصلي (ولنا) قوله تعالى ويسألونك عن المحيض قل هو أذى جعل الحيض أذى واسم الأذى لا يقتصر على الاسود وروى ان النساء كن يبعثن بالكرسف الى عائشة رضي الله عنها فكانت تقول لاحتي زين القصة البيضاء أي البياض الخالص كالجص فقد أخبرت ان ما سوى البياض حيض والظاهر انها إنما قالت ذلك سمعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه حكم لا يدرك بالاجتهاد ولان لون الدم يختلف باختلاف الأغذية فلا معنى للقصر على لون واحد وما رواه غريب فلا يصلح معارضاً للمشهور مع ما انه مخالف للكتاب على انه يجعل ان النبي صلى الله عليه وسلم علم من طريق الوحى أيام حيضها بلون الدم فبنى الحكم في حقها على اللون لا في حق غيرها وغير النبي صلى الله عليه وسلم لا يعلم أيام الحيض بلون الدم وأما الكدرة ففي آخر أيام الحيض حيض بلا خلاف بين أصحابنا وكذا في أول الأيام عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يكون حيضاً وجه قوله ان الحيض هو الدم الخارج من الرحم لا من العرق ودم الرحم يجتمع فيه في زمان الطهر ثم يخرج الصافي منه ثم الكدرة ودم العرق يخرج الكدرة منه أولاً ثم الصافي فينظر ان خرج الصافي أولاً علم انه من الرحم فيكون حيضاً وان خرج الكدرة أولاً علم انه من العرق فلا يكون حيضاً (ولنا) ما ذكرنا من الكتاب والسنة من غير فصل وقوله ان كدرة دم الرحم تتبع صافيه ممنوع وهذا أمر غير معلوم بل قد يتبع الصافي الكدرة خصوصاً كما كان الثقب من الأسفل وأما التربة فهي كالكدرة وأما الصفرة فقد اختلف المشايخ فيها فقد كان الشيخ أبو منصور يقول اذا رأت في أول أيام الحيض ابتداء كان حيضاً ما اذا رأت في آخر أيام الطهر واتصل به أيام الحيض لا يكون حيضاً والعامة على انها حيض كيفما كانت وأما الخضرة فقد قال بعضهم هي مثل الكدرة فكانت على الخلاف وقال بعضهم الكدرة والتربة والصفرة والخضرة إنما تكون حيضاً على الإطلاق من غير العجائز فاما في العجائز فينظر ان وجدتها على الكرسف ومدة الوضع قريبة فهي حيض وان كانت مدة الوضع طويلة لم يكن حيضاً لان رحم العجوز يكون منتفخاً فيغير الماء اطول المكث وما عرفت من الجواب في هذه الأبواب في الحيض فهو الجواب فيها في النفاس لانها أخت الحيض (وأما) خروجه فهو ان ينتقل من باطن الفرج الى ظاهره اذا ثبت الحيض والنفاس والاستحاضة الا به في ظاهر الرواية وروى عن محمد في غير رواية الأصول ان في الاستحاضة كذلك فاما الحيض والنفاس فانهما يشبان اذا أحست ببر وزالدم وان لم يبرز وجه الفرق بين الحيض والنفاس والاستحاضة على هذه الرواية انهما أعني الحيض والنفاس وقتاً معلوماً فتحصل بهما المعرفة بالاحساس ولا كذلك الاستحاضة لانه لا وقت لها تعلم به فلا بد من الخروج والبروز ليعلم وجه ظاهر الرواية ما روى ان امرأته قالت لعائشة رضي الله عنها ان فلانة تدعو بالمصباح ليلا فتنظر اليها فقالت عائشة رضي الله عنها كنت في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تتكلم لذلك الا بالمس والمس لا يكون الا بعد الخروج والبروز (وأما) مقداره فالكلام فيه في موضعين أحدهما في أصل التقدير انه مقدر أم لا والثاني في بيان ما هو مقدر به أما الأول فقد قال عامة العلماء انه مقدر وقال مالك انه غير مقدر وليس لا قدر محدوداً لا كثره غاية واحتج بظاهر قوله تعالى ويسألونك عن المحيض قل هو أذى جعل الحيض أذى من غير تقدير ولأن الحيض اسم الدم الخارج من الرحم والقليل خارج من الرحم كالكثير ولهذا لم يقدر دم النفاس ولنا ما روى أبو أمامة الباهلي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أقل ما يكون الحيض للجارية الثيب والبكر جميعاً

ثلاثة أيام وأكثر ما يكون من الحيض عشرة أيام وما زاد على العشرة فهو استحاضة وهذا حديث مشهور وروى
عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عبد الله بن مسعود وأنس بن مالك وعمران بن حصين وعثمان بن
أبي العاص الثقفي رضي الله عنهم أنهم قالوا الحيض ثلاث أربع خمس ست سبع ثمان تسع عشر ولم يرو عن غيرهم
خلافه فيكون إجماعاً والتقدير الشرعي يمنع أن يكون غير المقدر حكم المقدر وبه تبين أن الخبر المشهور والإجماع
خرجاً بيانا للذكر في الكتاب والاعتبار بالنفاس غير سديد لأن القليل هناك عرف خارجاً من الرحم
بقربته الولد ولم يوجد ههنا (واما) الثاني فذكر في ظاهر الرواية أن أقل الحيض ثلاثة أيام بليتهما المختلفتين
عن أبي يوسف في النوادر يومان وأكثر اليوم الثالث وروى الحسن عن أبي حنيفة ثلاثة أيام بليتهما المختلفتين
وقال الشافعي يوم وليس له في قول وفي قول يوم بليلة واحتج بما احتج به مالك إلا أنه قال لا يمكن اعتبار القليل
حيضاً لأن إقبال النساء لا تخلو عن قليل لوث عادة فيقدر باليوم أو باليوم والليلة لأنه أقل مقدار يمكن اعتباره
وجئنا ما ذكرنا مع مالك وحجة ما روى عن أبي يوسف أن أكثر الشيء يقع مقام كله وهذا على الإطلاق غير
سديد فإنه لو جاز إقامة يوسين وأكثر اليوم الثالث مقام الثلاثة لجاز إقامة يومين مقام الثلاثة لوجود الأكثر
وجهر رواية الحسن أن دخول الليالي ضرورة دخول الأيام المذكورة في الحديث لا مقصوداً والضرورة
ترفع بالليتين المختلفتين والجواب أن دخول الليالي تحت اسم الأيام ليس من طريق الضرورة بل يدخل مقصوداً
لأن الأيام إذا ذكرت بلفظ الجمع تتناول ما بآزائها من الليالي لغة فكان دخول مقصوداً للضرورة (واما)
أكثر الحيض فشرة أيام بخلاف بين أصحابنا وقال الشافعي خمسة عشر واحتج بما روى عن النبي صلى الله
عليه وسلم أنه قال تقعدوا حداهن شطرها لا تصوم ولا تصلي ثم أحداً ليطهرن الذي تصلي فيه وهو الطهر خمسة
عشر كذا الشطر الآخر ولأن الشرع أقام الشهر مقام حيض وطهر في حق الآية والصغيرة فهذه الآية تضي
انقسام الشهر على الحيض والطهر وهو أن يكون نصفه طهراً ونصفه حيضاً ولنا ما رويناه من الحديث المشهور
واجماع الصحابة وليس المراد من الشطر المذكور النصف لأننا تعلم قطعاً أن التقاعد نصف عمرها لا ترى أنها لا
تقعد حال صغرها وإياسها وكذا زمان الطهر يزيد على زمان الحيض عادة فكان المراد ما يقرب من النصف وهو
عشرة وكذا ليس من ضرورة انقسام الشهر على الطهر والحيض أن تكون مناصفة إذ قد تكون القسمة مثالثة
فيكون ثلث الشهر للحيض وثلثه للطهر وإذا عرفت مقدار الحيض لا بد من معرفة مقدار الطهر الصحيح
الذي يقابل الحيض وأقله خمسة عشر يوماً ما عندنا إلا ما روى عن أبي حازم القاضي وأبي عبد الله البلخي أنه
تسعة عشر يوماً وقال الشافعي مثل قولنا وقال مالك عشرة أيام وجه قول أبي حازم وأبي عبد الله أن الشهر
يشتمل على الحيض والطهر عادة وقد قام الدليل على أن أكثر الحيض عشرة فيبقى من الشهر عشر وبنينا
تقصنا يوماً لأن الشهر قد ينقص يوماً (ولنا) إجماع الصحابة على ما قلنا ونوع من الاعتبار بأقل مدة الإقامة
لأن المدة الطهر شهاً بعد الإقامة لا ترى أن المرأة بالطهر تعود إلى ما سقط عنها بالحيض كما أن المسافر بالإقامة
يعود إلى ما سقط عنه بالسفر ثم أقل مدة الإقامة خمسة عشر يوماً كذا أقل الطهر وما قاله غير سديد لأن المرأة
لا تحيض في الشهر عشرة ولا محالة ولو حاضت عشرة لا تطهر عشرين لا محالة بل قد تحيض ثلاثة وتطهر عشرين
وقد تحيض عشرة وتطهر خمسة عشر واما أكثر الطهر فلا غاية له حتى أن المرأة إذا طهرت سنين كثيرة فأنها تعمل
ما تعمل الطاهرات بخلاف بين الأئمة لأن الطهارة في نبات آدم أصل والحيض عارض فإذا لم يظهر العارض
يجب بناء الحكم على الأصل وإن طال واختلف أصحابنا فيها ورواه ذلك وهو أن أكثر الطهر الذي يصلح لنصب
العادة عند الاستقرار كره هو قال أبو عصمة سعد بن معاذ المروزي وأبو حازم القاضي أن الطهر وإن طال يصلح
لنصب العادة حتى أن المرأة إذا حاضت خمسة وطهرت سنة ثم استقر بها الدم يبنى الاستقرار عليه فتقعد خمسة
وتصلي سنة وكذا لو رأت أكثر من سنة وقال محمد بن إبراهيم الميداني وجماعة من أهل بخارى أن أكثر الطهر

الذي يصلح لنصب العادة أقل من ستة أشهر وإذا كان ستة أشهر فصاعدا لا يصلح لنصب العادة وإذا لم يصلح له ترد أيامها إلى الشهر فتقعد ما كانت رأت فيه من خمسة أو ستة أو نحو ذلك وتصلى بقية الشهر هكذا إذا بها وقال محمد بن مقاتل الرازي وأبو علي الدقاق أكثر الطهر الذي يصلح لنصب العادة سبعة وخمسون يوما وإذا زاد عليه ترد أيامها إلى الشهر وقال بعضهم أكثر شهر وإذا زاد عليه ترد إلى الشهر وقال بعضهم سبعة وعشرون يوما ودلائل هذه الأقاويل تذكر في كتاب الحيض (واما) وقته فوقته حين تبلغ المرأة تسع سنين فصاعدا عليه أكثر المشايخ فلا يكون المرئي فيما دونه حيضا وإذا بلغت تسعا كان حيضا إلى أن تبلغ حشد الأياس على اختلاف المشايخ في حده ولو بلغت ذلك وقد انقطع عنها الدم ثم رأت بعد ذلك لا يكون حيضا وعند بعضهم يكون حيضا وموضع معرفة ذلك كله كتاب الحيض (واما) النفاس فهو في عرف الشرع اسم للدم الخارج من الرحم عقيب الولادة وسعى نفاسا اما لتنفس الرحم بالولد والخروج النفس وهو الولد والدم والكلام في لونه وخروجه كالقوام في دم الحيض وقد ذكرناه (واما) الكلام في مقداره فاقوله غير مقدر بالاخلاف حتى انها إذا ولدت ونفست وقت صلاة لا تجب عليها تلك الصلاة لان النفاس دم الرحم وقد قام الدليل على كون القليل منه خارجا من الرحم وهو شهادة الولادة ومثل هذه الدلالة لم يوجد في باب الحيض فلم يعرف القليل منه أنه من الرحم فلم يكن خيضا على ان قضية القياس ان لا يتقدر أقل الحيض أيضا كما قال مالك الا اننا عرفنا التقدير ثم بالتوقيف ولا توقيف ههنا فلا يتقدر فاذا طهرت قبل الاربعين اغتسلت وصليت بناء على الظاهر لان معاودة الدم موهوم فلا يترك المعلوم بالموهوم وما ذكر من الاختلاف بين أصحابنا في أقل النفاس فذلك في موضع آخر وهو ان المرأة إذا طلقت بعد ما ولدت ثم جاءت وقالت نفست ثم طهرت ثلاثة اطهار وثلاث حيض فيكم تصدق في النفاس فعند أبي حنيفة لا تصدق اذا ادعت في أقل من خمسة عشر يوما وعند أبي يوسف لا تصدق في أقل من أحد عشر يوما وعند محمد تصدق فيما ادعت وان كان قليلا على ما يذكر في كتاب الطلاق ان شاء الله تعالى (واما) أكثر النفاس فاربعون يوما عند أصحابنا وعند مالك والشافعي ستون يوما ولا دليل لهما سوى ما حكى عن الشعبي انه كان يقول ستون يوما ولا حاجة في قول الشعبي (ولنا) ما روى عن عائشة وأم سلمة وابن عباس وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أكثر النفاس أربعون يوما واما الاستحاضة فهي ما انتقص عن أقل الحيض وما زاد على أكثر الحيض والنفاس ثم المستحاضة نوعان مبتدأة وصاحبة عادة والمبتدأة نوعان مبتدأة بالحيض ومبتدأة بالجل وصاحبة العادة نوعان صاحبة العادة في الحيض وصاحبة العادة في النفاس (أما) المبتدأة بالحيض وهي التي ابتدأت بالدم واستقر بها العشرة من أول الشهر حيض لأن هذادم في أيام الحيض وأمكن جعله حيضا فيجعل حيضا وما زاد على العشرة يكون استحاضة لانه لا مزيد للحيض على العشرة وهكذا في كل شهر (وأما) صاحبة العادة في الحيض اذا كانت عادت عشرة فزاد الدم عليها فالزيادة استحاضة وان كانت عادت خمسة فالزيادة عليها حيض معها إلى تمام العشرة لماذا كررنا في المبتدأة بالحيض وان جاو العشرة فعادت حيض وما زاد عليها استحاضة لقول النبي صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرانها أي أيام حيضها ولا نمارأت في أيامها حيض ييقن وما زاد على العشرة استحاضة ييقن وما بين ذلك متردد بين أن يلحق بما قبله فيكون حيضا فلا تصلى وبين أن يلحق بما بعده فيكون استحاضة فتصلى فلا تترك الصلاة بالشك وان لم يكن لها عادة معروفة بان كانت ترى شهر اسنا وشهر اسبعا فاسقربها الدم فانها تأخذ في حق الصلاة والصوم والرجعة بالاقول وفي حق انقضاء العدة والغشيان بالاكثر فعليا ان رأت ستة أيام في الاسقربار أن تغسل في اليوم السابع لتقام السادس وتصلى فيه وتصوم ان كان دخل عليها شهر رمضان لانه يحتمل أن يكون السابع حيضا ويحتمل أن لا يكون فدار الصلاة والصوم بين الجواز منها والوجوب عليها في الوقت فيجب وتصوم رمضان احتياطا لانها ان فعلت ولبس عليها أولى ان تترك وعليها ذلك وكذلك تنقطع الرجعة لان ترك الرجعة مع

ثبوت حق الرجعة أولى من اثباتها من غير حق الرجعة وأما في انقضاء العدة والغشيان فتأخذ بالآثار كثر لانها ان تركت
التزوج مع جواز التزوج أولى من ان تتزوج بدون حق التزوج وكذا ترك الغشيان مع الحل أولى من الغشيان مع
الحرمة فاذا جاء اليوم الثامن فعليها أن تغتسل ثانيا وتقتضي اليوم الذي صامت في اليوم السابع لان الاداء كان واجبا
ووقع الشك في السقوط ان لم تكن حائضا فيه صح صومها ولا قضاء عليها وان كانت حائضا فعليها القضاء فلا يسقط
القضاء بالشك وليس عليها قضاء الصلوات لانها ان كانت طاهرة في هذا اليوم فقد صلت وان كانت حائضا فيه فلا
صلاة عليها لعدال ولا القضاء في الثاني ولو كانت عادت اتم خمسة فاضت ستة ثم حاضت حيضة أخرى سبعة ثم حاضت
حيضة أخرى ستة فعادتم استة بالاجماع حتى يبني الاستمرار عليها أما عند أبي يوسف فلان العادة تنتقل بالمرّة
الواحدة وانما يبني الاستمرار على المرة الأخيرة لان العادة انتقلت اليها وأما عند أبي حنيفة ومحمد أيضا فلان العادة
وان كانت لا تنتقل الا بالمرتين فقد رأت الستة مرتين فانتقلت عادتها اليها ذما معنى قول محمد كلاهما ودها الدم في يوم
مرتين فيضها ذلك وذكر في الأصل اذا حاضت المرأة في شهر مرتين فهي مستحاضة والمراد بذلك أنه لا يجتمع
في شهر واحد حيضتان وطهران لان أقل الحيض ثلاثة وأقل الطهر خمسة عشر يوما وقد ذكر في الأصل سؤال
وقال أرايت لو رأت في أول الشهر خمسة ثم طهرت خمسة عشر ثم رأت الدم خمسة أليس قد حاضت في شهر مرتين
ثم أجاب فقال اذا ضمت اليه طهرا آخر كان أربعين يوما والشهر لا يشقل على ذلك وحكي أن امرأة جاءت الى علي
رضي الله عنه وقالت اني حضت في شهر ثلاث مرات فقال علي رضي الله عنه اشرح ما ذا تقول في ذلك فقال ان
أقامت على ذلك بينة من بطاقتها من رضي بدينه وأمانته قبل منها فقال علي رضي الله عنه قالون وهي بالرومية
حسن وانما أراد شريح بذلك تحقيق النفي انه لا تجدد ذلك وان هذا لا يكون كما قال الله تعالى ولا يدخلون الجنة حتى
يلج الجبل في سم الخياط أي لا يدخلونها رأسا ودم الحامل ليس بحيض وان كان ممتدا عندنا وقال الشافعي هو
حيض في حق ترك الصوم والصلاة وحرمة القربان لا في حق اقراء العدة واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال افطامة بنت حبيش اذا قبل قرؤك فدعي الصلاة من غير فصل بين حال وحال ولان الحامل من ذوات
الاقراء لان المرأة امانان تكون صغيرة أو آيسة أو من ذوات الاقراء والحامل ليست بصغيرة ولا آيسة فكانت من
ذوات الاقراء الا ان حيضها لا يعتبر في حق اقراء العدة لان المقصود من اقراء العدة فراغ الرحم وحيضها لا يدل
على ذلك (ولنا) قول عائشة رضي الله عنها الحامل لا تحيض ومثل هذا لا يعرف بالراي فالظاهر انها قالت سمعنا من
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الحيض اسم للدم الخارج من الرحم ودم الحامل لا يخرج من الرحم لان الله
تعالى أبحر العادة أن المرأة اذا حبلى ينسد فم الرحم فلا يخرج منه شيء فلا يكون حيضا (وأما) الحديث فنقول
بموجبه لكن لم قلتم ان دم الحامل قرء والكلام فيه والدليل على انه ليس بقرء ما ذكرنا وبه تبين أن الحديث لا يتناول
حالة الحمل (وأما) المبتدأة بالحبل وهي التي حبلى من زوجها قبل أن تحيض اذا ولدت فرأت الدم زيادة على
أربعين يوما فهو استحاضة لان الأربعين للنفس كالعشرة للحيض ثم الزيادة على العشرة في الحيض استحاضة
فكذا الزيادة على الأربعين في النفس (وأما) صاحبة العادة في النفس اذا رأت زيادة على عادتها فان كانت عادتها
أربعين فالزيادة استحاضة لما مر وان كانت دون الأربعين فما زاد يكون نفاسا الى الأربعين فان زاد على الأربعين
ترد الى عادت افتتكون عادتها نفاسا وما زاد عليها يكون استحاضة ثم يستوى الجواب فيما اذا كان ختم عادتها بالدم
أو بالطهر عند أبي يوسف وعند محمدان كان ختم عادتها بالدم فكذلك وأما اذا كان بالطهر فلا لان أبا يوسف يرى ختم
الحيض والنفس بالطهر اذا كان بعده دم ومحمد لا يرى ذلك ويبيانه ما ذكر في الأصل اذا كانت عادتها في النفس
ثلاثين يوما فانقطع دمها على رأس عشرين يوما وطهرت عشرة أيام تمام عادت فاصلت وصامت ثم عاودها الدم
واسفر بها حتى جاوز الاربعين ذكر انها استحاضة فيما زاد على الثلاثين ولا يجوز لها الصوم في العشرة التي صامت
فيلزمها القضاء قال الحاكم الشهيد هذا على مذهب أبي يوسف يستقيم فاما على مذهب محمد ففيه نظر لان أبا يوسف

يرى ختم النفاس بالطهر اذا كان بعد دم فيمكن جعل الثلاثين نفاسا لها عنده وان كان خفها بالطهر ومحمد لا يرى
ختم النفاس والحيض بالطهر فنفاشها في هذا الفصل عنده عشرة ونوما قبل ايلزمها قضاء ما صامت في العشرة
الايام بعد العشر بن والله أعلم وماتراء النفاس من الدم بين الولادتين فهو دم صحيح في قول أبي حنيفة وأبي يوسف
وعند محمد وزفر فاسد بناء على أن المرأة اذا ولدت وفي بطنها ولد آخر فالنفاس من الولد الاول عند أبي حنيفة وأبي
يوسف وعند محمد وزفر من الولد الثاني وانتقضاء العدة بالولد الثاني بالاجماع وجه قول محمد وزفر أن النفاس يتعلق
بوضع ما في البطن كاتقضاء العدة فيمتلئ بالولد الاخير كاتقضاء العدة وهذا لا يتم بعد جلي وكالا يتصور انتقضاء عدة
الحمل بدون وضع الحمل لا يتصور وجود النفاس من الحبل لان النفاس بمنزلة الحيض ولان النفاس مأخوذ من
تنفيس الرحم ولا يتحقق ذلك على الكمال الا بوضع الولد الثاني فكان الموجود قبل وضع الولد الثاني نفاسا من وجهه
دون وجهه فلا تقط الصلاة عنها بالاشد كما اذا ولدت ولدا واحدا وخرج بعضه دون البعض ولا يحنيفة وأبي يوسف
أن النفاس ان كان دما يخرج عقيب النفس فقد وجد بولادة الاول وان كان دما يخرج بعد تنفيس الرحم فقد وجد
أيضا بخلاف انتقضاء العدة لان ذلك يتعلق بفراغ الرحم ولم يوجد والنفاس يتعلق بتنفيس الرحم أو بخروج النفس
وقد وجد أو بقول بقاء الولد في البطن لا ينافي النفاس لانفتاح فم الرحم فاما الحيض من الحبل فيمنع لانسداد فم
الرحم والحيض اسم لم يخرج من الرحم فكان الخارج دم عرق لادم رحم (وأما) قولهما وجد تنفيس الرحم من
وجهه دون وجهه فمتنع بل وجد على سبيل الكمال لوجود خروج الولد بكامله بخلاف ما اذا خرج بعض الولد لان
الخارج منه ان كان أقل لم يصير نفاسا حتى قالوا يجب عليهم ان تصلوا وتحفر لها حفيرة لان النفاس يتعلق بالولادة
ولم يوجد لان الأقل يلحق بالعدم بمقابله الاكثر فاما اذا كان الخارج أكثره فالمسألة ممنوعة أو هي على هذا الاختلاف
فأما ما نحن فيه فقد وجدت الولادة على طريق الكمال فالدم الذي يعقبه يكون نفاسا ضرورية والسقط اذا استبان
بعض خلقه فهو مثل الولد التام يتعلق به أحكام الولادة من انتقضاء العدة وصيرورة المرأة نفاسا لوصول العلم بكونه
ولدا متخولوقاعن الذكر والانتفى بخلاف ما اذا لم يكن استبان من خلقه شيء لانا لا ندري ذاك هو المخلوق من مائه أم ودم
جامد أو شيء من الاخلاط الردية استحال الى صورة لحم فلا يتعلق به شيء من أحكام الولادة (وأما) أحوال الدم
فقول الدم قد يدر درور متصل وقد يدر مرمره وينقطع أخرى ويسمى الاول استقرارا متصلا والثاني منفصلا (أما)
الاستقرار المتصل فحكمه ظاهر وهو أن ينظر ان كانت المرأة مبتدأة فالعشرة من أول مارات حيض والعشرون
بعد ذلك طهرها هكذا الى ان يفرج الله عنها وان كانت صاحبة عادة فعادتها في الحيض حيضها وعادتها في الطهر
طهرها وتكون مستحاضة في أيام طهرها (وأما) الاستقرار المنفصل فهو ان ترى المرأة مرة ذما ومرة طهرها هكذا
فنقول لا خلاف في أن الطهر المتصل بين الدمين اذا كان خمسة عشر يوما فصاعدا يكون فاصلا بين الدمين ثم
بعد ذلك ان أمكن أن يجعل أحد الدمين حيضا يجعل ذلك حيضا وان أمكن جعل كل واحد منهما حيضا يجعل حيضا
وان كان لا يمكن أن يجعل أحدهما حيضا لا يجعل شيء من ذلك حيضا وكذا لا خلاف بين أصحابنا في أن الطهر
المتصل بين الدمين اذا كان أقل من ثلاثة أيام لا يكون فاصلا بين الدمين وان كان أكثر من الدمين واختلفوا فيما بين
ذلك وعن أبي حنيفة فيه أربع روايات روى أبو يوسف عنه أنه قال الطهر المتصل بين الدمين اذا كان أقل من
خمس عشرة يوما يكون طهرا فاسدا ولا يكون فاصلا بين الدمين بل يكون كله كدم متوال ثم يقدر ما ينبغي أن يجعل
حيضا يجعل حيضا والباقي يكون استحاضة وروى محمد عن أبي حنيفة أن الدم اذا كان في طرفي العشرة فالطهر
المتصل بينهما لا يكون فاصلا ويجعل كله كدم متوال وان لم يكن الدم في طرفي العشرة كان الطهر فاصلا بين الدمين
ثم بعد ذلك ان أمكن أن يجعل أحد الدمين حيضا يجعل ذلك حيضا وان أمكن أن يجعل كل واحد منهما حيضا
يجعل أسرها حيضا وهو أولهما وان لم يمكن جعل أحدهما حيضا لا يجعل شيء من ذلك حيضا وروى
عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة ان الدم اذا كان في طرفي العشرة وكان بحال لو جمعت الدماء المنفرقة تبلغ

حيضا لا يصير الطهر فاصلا بين الدمين ويكون كله حيضا وان كان بحال لوجع لا يبلغ حيضا يصير فاصلا بين
الدمين ثم ينظر ان أمكن ان يجعل أحد الدمين حيضا يجعل ذلك حيضا وان أمكن ان يجعل كل واحد منهما حيضا
يجعل أسرها حيضا وان لم يمكن أن يجعل أحدهما حيضا لا يجعل شي من ذلك حيضا وروى الحسن عن أبي
حنيفة أن الطهر المتخل بين الدمين اذا كان أقل من ثلاثة أيام لا يكون فاصلا بين الدمين وكله بمنزلة المتوالي واذا كان
ثلاثة أيام كان فاصلا بينهما ثم ينظر ان أمكن ان يجعل أحد الدمين حيضا يجعل وان أمكن ان يجعل كل واحد منهما
حيضا يجعل أسرها وان لم يمكن ان يجعل شي من ذلك حيضا لا يجعل حيضا واختار محمد لنفسه في كتاب
الحيض مذهبا فقال الطهر المتخل بين الدمين اذا كان أقل من ثلاثة أيام لا يعتبر فاصلا وان كان أكثر من الدمين
ويكون بمنزلة الدم المتوالي واذا كان ثلاثة أيام فصاعدا فهو طهر كثير فيعتبر لكن ينظر بعد ذلك ان كان الطهر
مثل الدمين أو أقل من الدمين في العشرة لا يكون فاصلا وان كان أكثر من الدمين يكون فاصلا ثم ينظر ان أمكن
ان يجعل أحدهما حيضا يجعل وان أمكن ان يجعل كل واحد منهما حيضا يجعل أسرها حيضا وان لم يمكن
ان يجعل أحدهما حيضا لا يجعل شي من ذلك حيضا وتقر بهذه الاقوال وتفسرها بذلك في كتاب الحيض
ان شاء الله تعالى (وأما) حكم الحيض والنفاس فتخرج جواز الصلاة والصوم وقراءة القرآن ومس المصحف الا
بغلاف ودخول المسجد والطواف بالبيت لما ذكرنا في الجنب الا ان الجنب يجوز له اداء الصوم مع الجنابة ولا
يجوز له الحائض والنفاس لان الحيض والنفاس أغلظ من الحدث وأبان النص غير معقول المعنى وهو قوله صلى الله
عليه وسلم تعدوا حداهن شطرا عمرها لا تصوم ولا تصلي أو ثبت معلولا بدفع المخرج لان درود الدم يضعفهن
مع انهن خلقن ضعيفات في الجبلة فلو كلفن بالصوم لا يقدرن على القيام به الا يخرج وهذا لا يجوز جدي الجنابة
ولهذا الجنب يقضى الصلاة والصوم وهن لا يقضين الصلاة لان الحيض يتكرر في كل شهر ثلاثة أيام الى
العشرة فيجتمع عليها أصوات كثيرة فخرج في قضائها ولا حرج في قضاء صيام ثلاثة أيام وعشرة أيام في السنة
وكذا يحرم القربان في حالتي الحيض والنفاس ولا يحرم قربان المرأة التي أجنبت لقوله تعالى فاعتزلوا النساء في
الحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ومثل هذا لم يرد في الجنابة بل وردت الاباحة بقوله تعالى فلا تنباشروهن
وابتغوا ما كتب الله لكم أي الولد فقد أباح المباشرة وطلب الولد وذلك بالجماع مطلقا عن الاحوال (وأما) حكم
الاستحاضة فالاستحاضة حكمها حكم الطاهرات غير انها تنوضا لوقت كل صلاة على ما بينا

فصل في بيان التيمم في الكلام في التيمم يقع في مواضع في بيان جوازه وفي بيان معناه لغة شرطا وفي بيان ركنه
وفي بيان كيفيته وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يتيمم به وفي بيان وقت التيمم وفي بيان صفة التيمم وفي بيان
ما يتيمم منه وفي بيان ما ينقضه (أما) الاول فلا خلاف في أن التيمم من الحدث جائز عرف جوازه بالكتاب والسنة
والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى وان كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء
فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقبل ان الآية نزلت في غزوة ذات الرقاع نزل رسول الله صلى الله عليه
وسلم للنهر يس فسقط من عائشة رضى الله عنها اقلادة لاسماء رضى الله عنها فلهما ارتجعا واذا كرت ذلك لرسول
الله صلى الله عليه وسلم فبعث رجلين في طلبها فاقام ينتظرهما فعدم الناس الماء وحضرت صلاة الفجر فاغلتأ أبو
بكر رضى الله عنه على عائشة رضى الله عنها وقال لها حبست المسلمين فنزلت الآية فقال أسيد بن حضير يرحمك
الله يا عائشة ما نزل بك أمر تكرهينه الا جعل الله لاسلمين فيه فرجا واما السنة فخاروى عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال التيمم وضوء المسلم ولو الى عشر حجج مالم يجد الماء أو يحدث وقال صلى الله عليه وسلم جعلت لي
الارض مسجدا وطهورا أيضا أذكر كني الصلاة تيممت وصليت وروى عنه انه قال التراب طهورا للمسلم مالم
يجد الماء وعليه اجماع الأمة واختلاف الصحابة في جوازه من الجنابة فقال علي وعبد الله بن عباس رضى الله
عنهما جاز وقال عمر رضى الله عنه وعبد الله بن مسعود لا يجوز وقال الضحاك رجيع ابن مسعود عن هذا وحاصل

روى عن جابر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال التيمم ضربتان ضربته لوجه وضربة للذراعين الى المرفقين والحديث حجة على الكل وأما حديث عثمان ففيه تعارض لأنه روى في رواية أخرى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يكفيك ضربتان ضربته لوجه وضربة لليدين الى المرفقين والمتعارض لا يصلح حجة
فصل وأما كيفية التيمم فذكر أبو يوسف في الأموال قال سألت أبا حنيفة عن التيمم فقال التيمم ضربتان ضربته لوجه وضربة لليدين الى المرفقين فقلت له كيف هو فضرب بيديه على الأرض فاقبل بهما وادبر ثم نقضهما ثم مسح بهما وجهه ثم أعاد كفيه على الصعيد ثانيا فاقبل بهما وادبر ثم نقضهما ثم مسح بذلك ظاهر الذراعين وباطنهما الى المرفقين وقال بعض مشايخنا ينبغي أن يمسح بباطن أربع أصابع يده اليسرى ظاهر يده اليمنى من رؤس الأصابع الى المرفق ثم مسح بكفه اليسرى دون الأصابع بطن يده اليمنى من المرفق الى الرسغ ثم عبر بباطن إبهامه اليسرى على ظاهر إبهامه اليمنى ثم فعل باليد اليسرى كذلك وقال بعضهم مسح بالاضربة الثانية بباطن كفه اليسرى مع الأصابع ظاهر يده اليمنى الى المرفق ثم مسح به أيضا بباطن يده اليمنى الى أصل الإبهام ثم فعل بيده اليسرى كذلك ولا يشكف والاوّل أقرب الى الاحتياط لمسايقه من الاحتراز عن استعمال التراب المستعمل بالقدر الممكن لأن التراب الذي على اليد يصير مستعملا بالمسح حتى لا يتأدى فرض الوجه واليدين بمسحة واحدة بضربة واحدة ثم ذكر في ظاهره رواية أنه ينفذهما نقضة وروى عن أبي يوسف أنه ينفذهما نقضتين وقيل إن هذا لا يوجب اختلافًا لأن المقصود من النقض تائرا التراب صيانة عن التلوث الذي يشبه المثلة إذا تعبد ورد مسح كف مسحه التراب على العضوين لا تلوّثهما به فلذلك ينفذهما وهذا الغرض قد يحصل بالنقض مرة وقد لا يحصل إلا بالنقض مرتين على قدر ما يلتصق باليد من التراب فإن حصل المقصود بنقضة واحدة اكتفى بها وإن لم يحصل نقض نقضتين (وأما) استيعاب العضوين بالتيمم فهل هو من تمام الركن لم يذكره في الأصل نصابا لكنه ذكر ما يدل عليه فانه قال إذا ترك ظاهر كفيه لم يجزه ونص الكرخي أنه إذا ترك شيئا من مواضع التيمم قليلا أو كثيرا يجوز وذكر الحسن في المجرد عن أبي حنيفة أنه إذا عمى لا يجوز وجهه رواية الحسن إن هذا مسح فلا يجب فيه الاستيعاب ك مسح الرأس وجهه ما ذكر في الأصل أن الأمر بالمسح في باب التيمم تعلق بإتمام الوجه واليد وأنه يعم الكل ولأن التيمم بدل عن الوضوء والاستيعاب في الأصل من تمام الركن فكذلك في البدل وعلى ظاهره رواية يلزم تحليل الأصابع ونزع الخاتم ولو ترك لم يجز وعلى رواية الحسن لا يلزم ويجوز ويمسح المرفقين مع الذراعين عند أصحابنا الثلاثة خلافا لفرقته أنه لو كان مقطوع اليد من المرفق مسح موضع القطع عندنا خلافا له والكلام فيه كالقلام في الوضوء وقدمه والله أعلم

فصل وأما شرائط الركن فأنواع منها أن لا يكون واجدا للماء قدر ما يكفي الوضوء أو الغسل في الصلاة التي تقرب الى خلف وما هو من أجزاء الصلاة لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا فمسطحوا فامسحوا بالماء الجواز التيمم وقول النبي صلى الله عليه وسلم التيمم وضوء المسلم ولو الى عشرة حجج مالم يجد الماء أو يحدث بغيره وضوء المسلم الى غاية وجود الماء أو الحدث والممدود الى غاية ينتهي عنده وجود القاية ولا وجود للشيء مع وجود ما ينتهي وجوده عند وجوده وقال صلى الله عليه وسلم التراب طهور المسلم مالم يجد الماء أو يحدث ولأنه بدل وجود الأصل يمنع المصير الى البدل ثم عدم الماء نوعان عدم من حيث الصورة والمعنى وعدم من حيث المعنى لا من حيث الصورة (أما) عدم من حيث الصورة والمعنى فهو أن يكون الماء بعيدا عنه ولم يذكر حدا بعد في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنه قدره بالميل وهو أن يكون ميلا فصاعدا فإن كان أقل من ميل لم يجز التيمم والميل ثلث فرسخ وقال الحسن بن زياد من تلقاء نفسه أن كان الماء أمماه يعتبر بميلين وإن كان عنده أو يسره يعتبر بميلا واحدا وبعضهم فصل بين المقيم والمسافر فقالوا إن كان مقيما يعتبر بقدر ميل كبقيا كان وإن كان مسافرا والماء على عينه أو يساره فكذلك وإن كان أمماه يعتبر بميلين وروى عن

أبي يوسف انه ان كان الماء بحيث لو ذهب اليه لا تنقطع عنه جلبه العير ويحس أصواتهم أو أصوات الدواب
 فهو قريب وان كان يغيب عنه ذلك فهو بعيد وقال بعضهم ان كان بحيث يسمع أصوات أهل الماء فهو قريب
 وان كان لا يسمع فهو بعيد وكذا ذكر الكرخي وقال بعضهم قدر فرسخ وقال بعضهم مقدار ما لا يسمع الاذان
 وقال بعضهم اذا خرج من المصر مقدار ما لا يسمع او نودي من أقصى المصر فهو بعيد وأقرب الاقوال اعتبار
 الميل لأن الجواز لدفع الحرج واليه وقعت الإشارة في آية التيمم وهو قوله تعالى على أثر الآية ما يريد الله ليكمل
 عليكم في الدين من حرج ولكن يريد ليطهركم ولا يخرج فيمادون الميل فاما الميل فصاعدا فلا يتجاوز عن حرج وسواء
 خرج من المصر للسفر أو لا مراً آخر وقال بعض الناس لا يقيم إلا أن يكون قصد سفر أو انه ليس بسد ملان ماله
 ثبت الجواز وهو دفع الحرج لا يفصل بين المسافر وغيره هذا اذا كان علم بماء قريب من الماء بيقين أو بغلبة الرأى أو أكبر
 الظن أو أخبره بذلك رجل عدل وأما اذا علم أن الماء قريب منه اما قطعاً أو ظاهراً أو أخذ به عدل بذلك لا يجوز زلة
 التيمم لان شرط جواز التيمم لم يوجد وهو عدم الماء ولكن يجب عليه الطلب هكذا روى عن محمد أنه قال اذا كان
 الماء على ميل فصاعدا لم يلزمه طلبه وان كان أقل من ميل أثبت الماء وان طلعت الشمس هكذا روى الحسن
 عن أبي حنيفة ولا يبلغ بالطلب ميلاً وروى عن محمد أنه يبلغ به ميلاً فان طلب أقل من ذلك لم يجز التيمم وان خاف
 فوت الوقت وهو رواية عن أبي حنيفة والاصح أنه يطلب قدر ما لا يضر بنفسه ورقته بالانتظار وكذلك اذا
 كان يقرب من العمران يجب عليه الطلب حتى لو تيمم وصلى ثم ظهر الماء لم يجز صلاته لأن العمران لا يتجاوز عن
 الماء ظاهراً وغالباً والظاهر ما حقق بالمتيقن في الأحكام ولو كان يحضره رجل يسأله عن قرب الماء فلم
 يسأله حتى تيمم وصلى ثم سأله فان لم يخبره بقرب الماء فصلاته ماضية وان أخبره بقرب الماء توضأ واعد الصلاة لانه
 تبين أن الماء بقرب منه ولو سأله لا خبره فلم يوجد الشرط وهو عدم الماء وان سأله في الابتداء فلم يخبره حتى تيمم
 وصلى ثم أخبره بقرب الماء لا يجب عليه إعادة الصلاة لان المتعنت لا قول له فان لم يكن يحضره أحد لم يخبره بقرب
 الماء ولا غلب على ظنه أيضاً قرب الماء لا يجب عليه الطلب عندنا وقال الشافعي يجب عليه أن يطلب عن عين
 الطريق ويساره قدر غلوة حتى لو تيمم وصلى قبل الطلب ثم ظهر أن الماء قريب منه فصلاته ماضية عندنا
 وعنده لم تجز واحتج بقوله تعالى فلم تجدوا ماءً وهذا يقتضي سابقة الطلب فكان الطلب شرطاً وصار كالوكان
 في العمران (ولنا) ان الشرط عدم الماء وقد تحقق من حيث الظاهر اذ المفارقة مكان عدم الماء غالباً بخلاف
 العمران وقوله الوجود يقتضي سابقة الطلب من الواجد ممنوع الا ترى الى قول النبي صلى الله عليه وسلم من وجد
 لقطة فليعرفها ولا طلب من الملتقط ولان الطلب لا يفيد اذ لم يكن على طمع من وجود الماء والكلام فيه ورعاً
 ينقطع عن أصحابه فيباحقه الضرر فلا يجب عليه الطلب ولكن يستحب له ذلك اذا كان على طمع من وجود
 الماء فان أبا يوسف قال في الامالى سألت أبا حنيفة عن المسافر لا يجد الماء أي طلب عن عين الطريق ويساره قال
 ان طمع في ذلك فليعمل ولا يعد فيضر بأصحابه ان انتظروه أو بنفسه ان انقطع عنهم ثم ما ذكرنا من اعتبار
 البعد والقرب مذهب أصحابنا الثلاثة فاما على مذهب زفر فلا عبرة بالبعد والقرب في هذا الباب بل العبرة للوقت
 بقاء وخروجاً فان كان يصل الى الماء قبل خروج الوقت لا يجوز به التيمم وان كان الماء بعيداً وان كان لا يصل
 اليه قبل خروج الوقت يجوز به التيمم وان كان الماء قريباً والمسلمة تذكر ما بعد ان شاء الله تعالى (وأما) العدم
 من حيث المعنى لا من حيث الصورة فهو أن يعجز عن استعمال الماء لما منع مع قرب الماء منه نحو ما اذا كان
 على رأس البئر ولم يجد آلة الاستقاء فيباح له التيمم لانه اذا عجز عن استعمال الماء لم يكن واجداً له من حيث
 المعنى فيدخل تحت النص وكذا اذا كان بينه وبين الماء عدواً أو اوصواً أو سبغ أو حبة يخاف على نفسه لهلاك
 اذا اتاه لأن القاء النفس في التهلكة حرام فيحقق العجز عن استعمال الماء وكذا اذا كان معه ماء وهو يخاف
 على نفسه العطش لأنه مستحق الصبر الى العطش والمستحق كالمصر وفي ذلك حال الماء معنى وسئل نصر

ابن يحيى عن ماء موضوع في الفلاة في الحلب أو نحو ذلك أ يكون للسافر أن يتيمم أو يتوضأ به قال يتيمم ولا يتوضأ به لأنه لم يوضع للوضوء وإنما وضع للشرب الآن يكون كثيرا فيستدل بكثرته على أنه موضع للشرب والوضوء جميعا فيتوضأ به ولا يتيمم وكذا إذا كان به جراحة أو جدرى أو مرض يضر استعمال الماء فيضاف زيادة المرض باستعمال الماء يتيمم عندنا وقال الشافعي لا يجوز التيمم حتى يخاف التلف وجه قوله أن العجز عن استعمال الماء شرط جواز التيمم ولا يتحقق العجز إلا عند خوف الهلاك (ولنا) قوله تعالى «وان كنتم مرضى أو على سفر» إلى قوله «فتيمموا صعيدا طيبا» إباح التيمم لمرض مطلقا من غير فصل بين مرض ومرض إلا أن المرض الذي لا يضر معه استعمال الماء ليس بمراد في المرض الذي يضر معه استعمال الماء مرادا بالنص وروى أن واحدا من الصحابة رضي الله عنهم أجنب وبه جدرى فاستقى أصحابه فافتوه بالاغتسال فاغتسل فمات فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قتلوه قتلهم الله هلاسلوا إذ لم يلمحوا فأنشأ شفاء النبي السؤال كان يكفيه التيمم وهذا نص ولأن زيادة المرض سبب الموت وخوف الموت مبيح فكذلك خوف سبب الموت لأنه خوف الموت بواسطة والدليل عليه أنه أثر في إباحة الإفطار وترك القيام بخلاف فهنا أولى لأن القيام ركن في باب الصلاة والوضوء شرط بخوف زيادة المرض لما أثر في إسقاط الركن فلان يؤثر في إسقاط الشرط أولى ولو كان مريضا لا يضره استعمال الماء لكنه عاجز عن الاستعمال بنفسه وليس له خادم ولا مال يستأجر به أجيرا فيعينه على الوضوء اجزاء التيمم سواء كان في المغازة أو في المصر وهو ظاهر المذهب لأن العجز متحقق والقدرة موهومة فوجد شرط الجواز وروى عن محمد بن أن كان في المصر لا يجزيه إلا أن يكون مقطوع البدل أن الظاهر أنه يجزئ أحدا من قريب أو بعيد عينه وكذا العجز لعارض على شرف الزوال بخلاف مقطوع اليدين ولو أجنب في ليلة باردة يخاف على نفسه الهلاك لو اغتسل ولم يقدر على تسخين الماء ولا على اجرة الحمام في المصر اجزاء التيمم في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد بن كان في المصر لا يجزيه وجه قولهما أن الظاهر في المصر وجود الماء المسخن والدفء فكان العجز نادرا فكان ملحقا بالعدم ولا في حنيفة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه بعث سرية وأمر عليهم عمر وبن العاص رضي الله عنه وكان ذلك في غزوة ذات السلاسل فلم يرجعوا وشكوا منه أشياء من جعلها أنهم قالوا صلى بنا وهو جنب فذكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك له فقال يا رسول الله أجنب في ليلة باردة خفت على نفسي الهلاك لو اغتسلت فذكرت ما قال الله تعالى «لا تقتلوا أنفسكم» إن الله كان بكم رحيما فتيممت وصليت بهم فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا ترون صاحبكم كيف نظر لنفسه ولكم ولم يأمره إلا عادة ولم يستفسره أنه كان في مغازة أو مصر ولأنه علل فعله بعلل عامة وهي خوف الهلاك ورسول الله صلى الله عليه وسلم استصوب ذلك منه والحكم بتعمم بعموم العلة وقولهما أن العجز في المصر نادرا فالجواب عنه أنه في حق الفقراء القراء ليس بنادر على أن الكلام فيما إذا تحقق العجز من كل وجه حتى لو قدر على الاغتسال بوجه من الوجوه لا يباح له التيمم ولو كان مع رفيقه ماء فإن لم يعلم به لا يجب عليه الطلب عندنا وعند الشافعي يجب على ما ذكرنا وإن علم به ولكن لا نمن له فكذلك عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف عليه السؤال وجه قوله أن الماء مبذول في العادة لقلة خطره فلم يعجز عن الاستعمال ولا في حنيفة أن العجز متحقق والقدرة موهومة لأن الماء من أعز الأشياء في السفر فالظاهر عدم البذل فإن سأله فلم يعطه أصلا اجزاء التيمم لأن العجز قد قرر وكذا أن كان يعطيه باليمن ولا نمن له لما قلنا وإن كان له نمن ولكن لا يبيعه إلا بغير فاحش يتيمم ولا يلزمه الشراء عند عامة العلماء وقال الحسن البصري يلزمه الشراء ولو بجميع ماله لأن هذه تجارة رابحة (ولنا) أنه عجز عن استعمال الماء إلا بتلاف شيء من ماله لأن ما زاد على من المثل لا يقابله عوض وحرمة مال المسلم كحرمة دم المسلم كحرمة مال المسلم كحرمة دم المسلم كحرمة دم المسلم كحرمة دم المسلم لا يبيع له القتال دون ماله كما يبيع له دون نفسه ثم خوف فوات بعض النفس مبيح للتيمم فكذلك فوات بعض المال

بجلاف الغبن اليسير فان تلك الزيادة غير معتبرة لما يذكر ثم قدر الغبن الفاحش في هذا الباب مقدر بتضعيف الثمن
 وذكر في النوادر فقال ان كان الماء يشتري في ذلك الموضع بدرهم وهو لا يبيعه الا بدرهم ونصف يلزمه الشراء
 وان كان لا يبيع الا بدرهمين لا يلزمه وان كان يبيعه بثمن المثل في ذلك الموضع يلزمه الشراء لانه قدر على استعمال
 الماء بالقدرة على بدله من غير اتلاف فلا يجوز له التيمم كمن قدر على عن الرقبة لا يجوز له التكفير بالصوم وان
 كان لا يبيع الا بغن يسير فكذلك عند أصحابنا وقال الشافعي لا يلزمه الشراء اعتبارا بالغبن الفاحش وهذا الاعتبار
 غير سديد لان ما لا يتغابن الناس فيه فهو زيادة متيقن بها لانهم لا تدخل تحت اختلاف المقومين فكانت معتبرة
 وما يتغابن الناس فيه يدخل تحت اختلافهم فعند بعضهم هو زيادة وعند بعضهم ليس بزيادة فلم تكن زيادة
 متحققة فلا تعتبر وذكر الكرخي في جامعها ان المصلي اذا رأى مع رفيقه ماء كثيرا ولا يدرى يعطيه أم لا انه يعطى
 على صلته لان الشروع قد صح فلا ينقطع بالشك فاذا فرغ من صلاته سأله فان أعطاه توضأ واستقبل الصلاة لان
 البذل بعد الفراغ دليل البذل قبله وان أبي فصلاته ماضية لان الجزء قد تقرر فان أعطاه بعد ذلك لم ينقض ما مضى
 لان عدم الماء استحكم بالاباء ويلزمه الوضوء لصلاة أخرى لان حكم الاباء ارتفض بالبذل وقال محمد بن رجلين مع
 أحدهما انا يعترف به من البئر وعند صاحبه ان يعطيه انا قال ينتظر وان خرج الوقت لان الظاهر هو الوفاء
 بالعهد فكان قادر على استعمال الماء بالوعد وكان قادر على استعمال الماء ظاهرا فحينئذ المصير الى التيمم وكذا
 اذا وعد الكاسي العاري أن يعطيه الثوب اذا فرغ من صلاته لم تجزئه الصلاة فربا ما قلنا وعلى هذا الأصل يخرج
 مسافر تيمم وفي رحله ماء لم يعلم به حتى صلى ثم علم به اجزا في قول أبي حنيفة ومحمد ولا يلزمه الاعادة وقال أبو يوسف
 لم يجزئه ويلزمه الاعادة وهو قول الشافعي واجمعوا على انه لو صلى في ثوب نجس ناسيا وتوضأ بعاء نجس ناسيا
 ثم تذكر لا يجزئه ويلزمه الاعادة لابي يوسف وجهان أحدهما انه نسي ما لا ينسى عادة لان الماء من أعز الاشياء
 في السفر لكونه سببا لصيانة نفسه عن الهلاك فكان القلب متعلقا به فالتحق النسيان فيه بالعدم والثاني ان
 الرجل موضع الماء عادة غالب الحاجة المسافر اليه فكان الطلب واجبا فاذا تيمم قبل الطلب لا يجزئه كافي العمران
 ولهما ان الجزء عن استعمال الماء قد تحقق بسبب الجهالة والنسيان فيجوز التيمم كما حصل الجزء بسبب البعد
 أو المرض أو عدم الدلو والرشا وقوله نسي ما لا ينسى عادة ليس كذلك لان النسيان جبهلة في البشر خصوص اذا
 صر به أمر يشغله عما وراءه والسفر محل للشقات ومكان المخاوف فنسيان الاشياء فيه غير نادر وأما قوله الرجل
 معدن الماء ومكانه فليس كذلك فان الغالب في الماء الموضوع في الرجل هو النفاق لقلته فلا يكون بقاؤه غالبا
 فيتحقق الجزء ظاهرا بخلاف العمران لانه لا يخلو عن الماء غالبا ولو صلى عريانا أو مع ثوب نجس وفي رحله ثوب
 طاهر لم يعلم به ثم علم قال بعض مشايخنا يلزمه الاعادة بالاجماع وذكر الكرخي انه على الاختلاف وهو الاصح
 ولو كان عليه كفارة اليمين وله رقبة قد نسيها وصام قبله على الاختلاف والصحيح انه لا يجوز بالاجماع لان
 المعتبر ثمة ملك الرقبة ألا ترى انه لو عرض عليه رقبة كان له ان لا يقبل ويكفر بالصوم والنسيان لا ينعدم الملك
 وههنا المعتبر هو القدرة على الاستعمال والنسيان زالت القدرة ألا ترى لو عرض عليه الماء لا يجزئه التيمم ولان
 النسيان في هذا الباب في غاية الندرة فكان ملحقا بالعدم ولو وضع غيره في رحله ماء وهو لا يعلم به فتيمم وصلى ثم
 علم لار واية لهذا ايضا وقال بعض مشايخنا ان لفظ الرواية في الجامع الصغير يدل على انه يجوز بالاجماع فانه
 قال في الرجل يكون في رحله ماء فينسى والنسيان يستدعي تقدم العلم ثم مع ذلك جعل عذرا عندنا في موضع
 لا علم فيه أصلا ينبغي ان يجعل عذرا عند الكل ولفظ الرواية في كتاب الصلاة يدل على انه على الاختلاف فانه قال
 مسافر تيمم ومعه ماء في رحله وهو لا يعلم به وهذا يتناول حالة النسيان وغيرها ولو ظن ان ماء قد في تيمم وصلى
 ثم تبين له انه قد نسي لا يجزئه بالاجماع لان العلم لا يبطل بالظن فكان الطلب واجبا بخلاف النسيان لانه من
 أضداد العلم ولو كان على رأسه أو ظهره ماء أو كان معلقا في عنقه فنسيه فتيمم ثم تذكر لا يجزئه بالاجماع لان

النسيان في مثل هذه الحالة نادر ولو كان الماء معلقا على الاكاف فلا يتخلو اما ان كان راكباً أو سائقاً فان كان راكباً فان كان الماء في مؤخر الرجل فهو على الاختلاف وان كان في مقدم الرجل لا يجوز بالاجماع لان نسيانه نادر وان كان سائقاً فالجواب على العكس وهو انه ان كان في مؤخر الرجل لا يجوز بالاجماع لانه يراه ويبصره فكان النسيان نادراً وان كان في مقدم الرجل فهو على الاختلاف المحبوس في المصر في مكان طاهر يتيم ويصلي ثم يعيد اذا خرج وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يصلي وهو قول زفر وروى عن أبي يوسف انه لا يعيد الصلاة وجسه رواية أبي يوسف انه عجز عن استعمال الماء حقيقة بسبب الحبس فاشبهه العجز بسبب المرض ونحوه فصار الماء عندما معني في حقه فصار مخاطباً بالصلاة بالتيمم فالقدرة بعد ذلك لا تبطل الصلاة المؤداة كما في سائر المواضع وكافي المحبوس في السفر وجه رواية الحسن انه ليس بعدم للماء حقيقة وحكما اما الحقيقة فظاهرة واما الحكم فلان الحبس ان كان بحق فهو قادر على ازالته بإيصال الحق الى المستحق وان كان بغير حق فالظلم لا يدوم في دار الاسلام بل يرفع فلا يتحقق العجز فلا يكون التراب طهوراً في حقه وجه ظاهر الرواية ان العجز للحال قد يتحقق الا انه يحتمل الارتفاع فانه قادر على رفعه اذا كان بحق وان كان بغير حق فكذلك لأن الظلم يدفع وله ولاية الدفع بالرفع الى من له الولاية فامر بالصلاة احتياطاً لوجه الأمر بالصلاة بالتيمم لأن احتمال الجواز ثابت لاحتمال ان هذا القدر من العجز يكفي لتوجيه الأمر بالصلاة بالتيمم وأمر بالقضاء في الثاني لان احتمال عدم الجواز ثابت لاحتمال ان المعتبر حقيقة القدرة دون العجز الحالي فيؤمر بالقضاء عملاً بالشبهين وأخذاً بالثقة والاحتياط وصار كالمقيد انه يصلي قاعداً ثم يعيد اذا أطلق كذا هذا بخلاف المحبوس في السفر لان ثمة تحقق العجز من كل وجه لانه انضاف الى المنع الحقيقي السفر والغالب في السفر عدم الماء (واما المحبوس في مكان نجس لا يجد ماء ولا تراباً نظيفاً فانه لا يصلي عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يصلي بالأيماء ثم يعيد اذا خرج وهو قول الشافعي وقول محمد مضطرب وذكر في عامة الروايات مع أبي حنيفة وفي نوادر أبي سليمان مع أبي يوسف وجه قول أبي يوسف انه ان عجز عن حقيقة الاداء فلم يعجز عن التشبه فيؤمر بالتشبه كافي باب الصوم وقال بعض مشايخنا انما يصلي بالأيماء على مذهبه اذا كان المكان رطباً اما اذا كان يابساً فانه يصلي ركوع وسجود والصحيح عنده انه يومي كيفية ما كان لانه لم يجد لصار مستعملاً للنجاسة ولا يبي حنيفة أن الطهارة شرط أهلية أداء الصلاة فان الله تعالى جعل أهل مناجاته الطاهر لا المحدث والتشبه انما يصح من الأهل لا ترى ان الحائض لا يلزمها التشبه في باب الصوم والصلاة لانعدام الأهلية بخلاف المسئلة المتقدمة لأن هنالك حصلت الطهارة من وجه فكان أهلاً من وجه فيؤدي الصلاة ثم يقضيها احتياطاً مسافراً عن المسجد فيه عين ماء وهو جنب ولا يجد غيره جازله التيمم لدخول المسجد لأن الجنابة مانعة من دخول المسجد عندنا على كل حال سواء كان الدخول على قصد المكث أو الاجتياز على ما ذكرنا فيما تقدم فكان عاجزاً عن استعمال هذا الماء فكان هذا الماء ملحقاً بعدم في حق جواز التيمم فلا يمنع جواز التيمم ثم وجود الماء انما يمنع من جواز التيمم اذا كان القدر الموجود يكفي للوضوء ان كان محدثاً ولا غتسال ان كان جنباً فان كان لا يكفي لذلك فوجوده لا يمنع جواز التيمم عندنا وقال الشافعي يمنع قليله وكثيره حتى ان المحدث اذا وجد من الماء قدر ما يغسل به بعض اعضاء وضوئه جازله ان يتيمم عندنا مع قيام ذلك الماء وعنده لا يجوز مع قيامه وكذلك الجنب اذا وجد من الماء قدر ما يتوضأ به لا غير اجزاء التيمم عندنا وعنده لا يجوز له الا بعد تقديم الوضوء حتى يصير عادماً للماء واحتج بقوله تعالى في آية التيمم فلم تجدوا ماء ذكر الماء نكرة في محل التي فيقتضي الجواز عند عدم كل جزء من اجزاء الماء ولأن النجاسة الحكيمة وهي الحدث تعتبر بالنجاسة الحقيقية ثم لو كان معه من الماء ما يزيل به بعض النجاسة الحقيقية يؤمر بالازالة كذا هنا (ولنا) ان المأمورة الغسل المبيح للصلاة والغسل الذي لا يبيح الصلاة وجوده والعدم بمنزلة واحدة كالماء نجس ولو كان الماء نجساً ولو ان الغسل اذا لم يبق الجواز كان الاشتغال به سهواً مع ان فيه تضييع

الماء، وأنه حرام فصار كمن وجد ما يطعم به خمسة مساكين فنكفر بالصوم أنه يجوز ولا يؤمر باطعام خمسة لعدم الغائبة فكذا هذا بل أولى لأن هذا لا يؤدي إلى تضييع المال لحصول الثواب بالتصدق ومع ذلك لم يؤمر به لما قلناه فهذا أولى وبه تبين أن المراد من الماء المطلق في الآية هو المقيد وهو الماء المفيد لا بأية صلاة عند الغسل به كما يقيد بالماء الطاهر ولا أن مطلق الماء ينصرف إلى المتعارف والمتعارف من الماء في باب الوضوء والغسل هو الماء الذي يكفي للوضوء والغسل فينصرف المطلق إليه واعتباره بالنجاسة الحقيقية غير سديد لأنهم ما يختلفون في الأحكام فإن قليل الحدث ككثيره في المنع من الجواز بخلاف النجاسة الحقيقية فيبطل الاعتبار ولو تيمم الجنب ثم أحدث بعد ذلك ومعه من الماء قدر ما يتوضأ به فإنه يتوضأ به ولا يتيمم لأن التيمم الأول أخرجه من الجنبية إلى أن يجد من الماء ما يكفيه لا غتسال فهذا حدث وليس بجنب ومعه من الماء قدر ما يتوضأ به للوضوء فيتوضأ به فإن توضأ وبس خفيه ثم مر على الماء فلم يغتسل ثم حضرته الصلاة ومعه من الماء قدر ما يتوضأ به فإنه لا يتوضأ به ولكنه يتيمم لأنه يمر ورده على الماء عاذجنباً كما كان فمادت المسئلة الأولى ولا يترع الخفيين لأن القدم ليست بمحل للتيمم فإن تيمم ثم أحدث وقد حضرته صلاة أخرى وعنده من الماء قدر ما يتوضأ به توضأ به ولا يتيمم لما مر وزرع خفيه وغسل رجليه لأنه يمر ورده بالماء عاذجنباً فسرى الحدث السابق إلى القدمين فلا يجوز له أن يمسح بعد ذلك ولو كان ببعض أعضاء الجنب جراحة أو جديري فإن كان الغالب هو الصحيح غسل الصحيح وربط على السقيم الجبائر ومسح عليها وإن كان الغالب هو السقيم تيمم لأن العبرة للغالب ولا يغسل الصحيح عندنا خلافاً للشافعي لما مر ولا أن الجمع بين الغسل والتيمم ممنوع إلا في حال وقوع الشئ في ظهورية الماء ولم يوجد وعلى هذا لو كان محدثاً ببعض أعضاء وضوءه جراحة أو جديري لما قلنا وإن استوى الصحيح والسقيم لم يذكري في ظاهر الرواية وذكر في النوادر أنه يغسل الصحيح ويربط الجبائر على السقيم ويمسح عليها وليس في هذا جمع بين الغسل والمسح لأن المسح على الجبائر كالغسل لما تحتها وهذا الشرط الذي ذكرنا لجواز التيمم وهو عدم الماء فيها ورأى صلاة الجنائز وصلاة العيدين فأما في هاتين الصلواتين فليس بشرط بل الشرط فيها مخوف القوت لو اشتغل بالوضوء حتى لو حضرته الجنائز وخاف فوت الصلاة لو اشتغل بالوضوء تيمم وصلى وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي لا يتيمم استدلالاً بصلاة الجمعة وسائر الصلوات وسجدة التلاوة (ولنا) ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال إذا جئناك جنازة تغشى فوثها وأنت على غير وضوء فتيمم لها وعن ابن عباس رضي الله عنهما مثله ولأن شرع التيمم في الأصل لخوف فوت الأداء وقد وجد ههنا بل أولى لأن هناك قوت فضيلة الأداء فقط فأما الاستدراك بالقضاء فممكن وههنا قوت صلاة الجنائز أصلاً فكان أولى بالجواز حتى لو كان ولي الميت لا يباح له التيمم كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لأن له ولاية إعادة فلا يخاف القوت وحاصل الكلام فيه راجع إلى أن صلاة الجنائز لا تقضى عندنا وعندنا تقضى على ما نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى بخلاف الجمعة لأن فرض الوقت قائم وهو الظاهر وبخلاف سائر الصلوات لأنها تقوت إلى خلف وهو القضاء والفائت إلى خلف قائم معنى وسجدة التلاوة لا يخاف فوتها رأساً لأنه ليس لادائم وقت معين لأنها وجبت مطلقاً عن الوقت وكذا إذا خاف فوت صلاة العيدين تيمم عندنا لأنه لا يمكن استدراكها بالقضاء لا خصوصاً بمشراط يتعذر تحصيلها الكل فرد هذا إذا خاف فوت الكل فإن كان ير جوان يدرك البعض لا يتيمم لأنه لا يخاف القوت لأنه إذا أدرك البعض يمكنه أداء الباقي وحده ولو شرع في صلاة العيدين تيمم سببها لحدث جازله أن يني عليها بالتيمم بإجماع من أصحابنا لأنه لو ذهب وتوضأ بطلت صلاته من الأصل لبط لأن التيمم فلا يمكنه البناء وأما إذا شرع فيها متوضأ ثم سبقه الحدث فإن كان يخاف أنه لو اشتغل بالوضوء زالت الشمس تيمم وبني وإن كان لا يخاف زوال الشمس فإن كان ير جوانه لو توضأ يدرك شيئاً من الصلاة مع الإمام توضأ ولا يتيمم لأنها لا تقوت لأنه إذا أدرك البعض تيمم الباقي وحده وإن كان لا ير جوان ذلك الإمام بساح له التيمم عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا

يباح وجهه قولهما انه لو ذهب ونوضاً لا تنقوته الصلاة لانه يمكنه ان تمام البقية وحده لانه لا حق ولا عبرة
 بالتييم عند عدم خوف القوت أصلاً (ولابي) حنيفة انه ان كان لا يخاف القوت من هذا الوجه يخاف القوت
 بسبب الفساد لا زحام الناس فقلنا لم عن عارض يفسد عليه صلاته فكان في الانصراف للوضوء تعريض
 صلاته للفساد وهذا لا يجوز فيتييم والله أعلم (ومنها) النية والكلام في النية في موضعين أحدهما في بيان
 انما شرط جواز التيمم والثاني في بيان كيفيةها اما الاول فالنية شرط جواز التيمم في قول أصحابنا الثلاثة وقال
 زفر ليست بشرط وجهه قوله ان التيمم خلف والخلف لا يخالف الاصل في الشرط ثم الوضوء يصح بدون النية
 كذا التيمم (ولنا) ان التيمم ليس بطهارة حقيقية وانما جعل طهارة عند الحاجة والحاجة انما تعرف بالنية بخلاف
 الوضوء لانه طهارة حقيقية فلا يشترط له الحاجة ليصير طهارة فلا يشترط له النية ولان ما أخذنا اسم دليل كونه شرطاً
 لما ذكرنا انه ينبغي عن القصد والنية هي القصد فلا يتحقق بدونها ما الوضوء فانه مأخوذ من الوضوء وانما تحصل
 بدون النية وأما كيفية النية في التيمم فقد ذكر القدرory ان الصحيح من المذهب انه اذا نوى الطهارة أو نوى
 استباحة الصلاة اجزأه وذكر الحصص انه لا يجب في التيمم نية التطهير وانما يجب نية التيمم وهو ان نوى
 الحدث أو الجنابة لان التيمم لهما يقع على صفة واحدة فلا بد من التمييز بالنية كافي صلاة الفرض انه لا بد فيها
 من نية الفرض لان الفرض والنفل يتأديان على هيئة واحدة والصحيح ان ذلك ليس بشرط فان ابن سماعة
 روى عن محمد ان الجناب اذا تيمم يديه الوضوء اجزأه عن الجنابة وهذا لما ينشأ من افتقار التيمم الى النية ليصير
 طهارة اذ هو ليس بتطهير حقيقة وانما جعل تطهيراً شرعاً للحاجة والحاجة تعرف بالنية ونية الطهارة تكفي دلالة
 على الحاجة وكذا نية الصلاة لانه لا جواز للصلاة بدون الطهارة فكانت دليلاً على الحاجة فلا حاجة الى نية
 التمييز لانه الحدث أو الجنابة ولو تيمم ونوى مطلق الطهارة أو نوى استباحة الصلاة فله أن يفعل كل ما لا يجوز
 بدون الطهارة كصلاة الجنابة وسجدة التلاوة ومس المصحف ونحوها لانه لما أيسر له اداء الصلاة فلا نيباح
 له ما دونها أو ما هو جزء من اجزائها أولى. وكذا لو تيمم لصلاة الجنابة أو لسجدة التلاوة أو لقراءة القرآن بأن كان
 جنباً جاز له أن يصلي به سائر الصلوات لان كل واحد من ذلك عبادة مقصودة بنفسها وهو من جنس اجزاء الصلاة
 فكان نيتها عند التيمم كنية الصلاة فاما اذا تيمم لدخول المسجد أو لمس المصحف لا يجوز له أن يصلي به لان
 دخول المسجد ومس المصحف ليس بعبادة مقصودة بنفسه ولا هو من جنس اجزاء الصلاة فيقع طهوراً لما
 أوقفه له لا غير (ومنها) الاسلام فانه شرط وقوعه بجميعا عند عامة العلماء حتى لا يصح تيمم الكافر وان
 أراد به الاسلام وروى عن أبي يوسف اذا تيمم ينوي الاسلام جاز حتى أو أسلم لا يجوز له أن يصلي بذلك التيمم
 عند العامة وعلى رواية أبي يوسف يجوز وجه روايته أن الكافر من أهل نية الاسلام والاسلام رأس
 العبادة فيصح تيممه له بخلاف ما اذا تيمم للصلاة لانه ليس من أهل الصلاة فكان تيممه للصلاة سفهاً فلا يعتبر
 (ولنا) أن التيمم ليس بطهو حقيقية وانما جعل طهو والحاجة الى فعل لا صحة له بدون الطهارة والاسلام
 يصح بدون الطهارة فلا حاجة الى أن يجعل طهوراً في حقه بخلاف الوضوء لانه يصح من الكافر عندنا لانه طهور
 حقيقة فلا يشترط له الحاجة ليصير طهوراً ولهذا لو تيمم مسلم بنية الصوم لم يصح وان كان الصوم عبادة فكذا ههنا
 بل أولى لان هناك اشتغاله بالتيمم لم يرتكب نهياً وههنا ارتكب أعظم نهياً لانه بقدر ما اشتغل صار باقياً على
 الكفر مؤخر الاسلام وتأخير الاسلام من أعظم العصيان ثم لما لم يصح ذلك فلا نيباح هذا أولى مسلم تيمم ثم
 ارتد عن الاسلام والعباد بالله لم يبطل تيممه حتى لو رجع الى الاسلام له أن يصلي بذلك التيمم وعند زفر بطل تيممه
 حتى لا يجوز له أن يصلي بذلك التيمم بعد الاسلام فالاسلام عندنا شرط وقوع التيمم صحيحاً لا شرط بقائه
 على الصحة وعند زفر هو شرط بقائه على الصحة أيضاً فزفر يجمع بين حالة الابتداء والبقاء بعبادة جامعة بينهما
 وهي ما ذكرنا انه جعل طهوراً مع انه ليس بطهو حقيقة لكان الحاجة الى ما لا صحة له بدون الطهارة من الصلاة

وغيرها ولا يتصور من الكافر فلا يبقى طهارة في حقه ولهذا لم تنعقد طهارة مع الكفر فلا يبقى طهارة معه (ولنا)
 أن التيمم وقع طهارة صحيحة فلا يبطل بالردة لأن أثر الردة في إبطال العبادات والتيمم ليس بعبادة عندنا لكنه
 طهور والردة لا تبطل صفة الطهورية كما لا تبطل صفة الوضوء واحتمال الحاجة باق لا نه يجوز على الاسلام
 والثابت يبين بقي لوهم الفائدة في أصول الشرع إلا أنه لم ينقض طهارة مع الكفر لأن جعله طهارة للحاجة
 والحاجة زائلة للحال يبين وغير الثابت يبين لا يثبت لوهم الفائدة مع ما أن رجاء الاسلام منه على موجب
 ديانته واعتقاده منقطع والجبر على الاسلام منعدم وهو الفرق بين الابتداء والبقاء (ومنها) ان يكون التراب
 طاهرا فلا يجوز التيمم بالتراب النجس لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا ولا طيب مع النجاسة ولو تيمم بأرض
 قد أصابها نجاسة جفت وذهب أثرها لم يجز في ظاهر الرواية وروى ابن الكاس التضي عن أصحابنا انه يجوز
 وجه هذه الرواية ان النجاسة قد استحال أرضا بذهب أثرها ولهذا جازت الصلاة عليها فيجوز التيمم بها
 أيضا (ولنا) ان احراق الشمس ونسف الرياح ونسف الأرض وأثرها في تقليل النجاسة دون استئصالها
 والنجاسة وان قلت تنافي وصف الطهارة فلم يكن اثباتا بالأمور به فلم يجز فأما النجاسة القليلة فلا تمنع جواز الصلاة
 عند أصحابنا ولا يمنع أن يعتبر القليل من النجاسة في بعض الأشياء دون البعض الا ترى ان النجاسة القليلة
 لو وقعت في الأنا تمنع جواز الوضوء به ولو أصابت الثوب لا تمنع جواز الصلاة ولو تيمم جنب أو محدث من
 مكان ثم تيمم غيره من ذلك المكان أجزأه لأن التراب المستعمل ما لترك بيد التيمم الأول لا ما بقي على الأرض
 فنزل ذلك منزلة ماء فضل في الأنا بعد وضوء الأول أو اغتساله به وذلك طهور في حق الثاني كذا هذا

فصل وما يمان ما تيمم به فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد يجوز التيمم بكل ما هو من جنس الأرض وعن
 أبي يوسف روايتان في رواية بالتراب والرمل وفي رواية لا يجوز الا بالتراب خاصة وهو قوله لا تحذركم القدرى وبه
 أخذ الشافعي والكلام فيه يرجع الى ان الصعيد المذكور في الآية ما هو فقال أبو حنيفة ومحمد هو وجه الأرض وقال
 أبو يوسف هو التراب المنبت واحتج بقول ابن عباس رضي الله عنهما انه فسر الصعيد بالتراب الخالص وهو مقلد في
 هذا الباب ولا نه ذكر الصعيد الطيب والصعيد الطيب هو الذي يصلح للنبات وذلك هو التراب دون السبخة ونحوها
 (ولهما) ان الصعيد مشتق من الصعود وهو العلو قال الأصمعي قيل بمعنى فاعل وهو الصاعد وكذا قال
 ابن الاعراب انه اسم لما تصاعد حتى قيل للقبور صعيد لعلوه وارتفاعه وهذا لا يوجب الاختصاص بالتراب
 بل يعم جميع أنواع الأرض فكان التخصيص ببعض الأنواع تقييدا المطلق الكتاب وذلك لا يجوز بخبر الواحد
 فكيف يقول الصحابي والدليل على ان الصعيد لا يختص ببعض الأنواع ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
 انه قال عليكم بالأرض من غير فصل وقال جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا واسم الأرض يتناول جميع
 أنواعها ثم قال أيضا أدر كنتم الصلاة تيممت وصلبت ورعنا تدر ك الصلاة في الرمل وما لا يصلح للنبات فلا بد
 وأن يكون بسبيل من التيمم به والصلاة معه بظاهر الحديث (وأما) قوله سماء طيبا فنعم لكن الطيب
 يستعمل بمعنى الطاهر وهو الالئق ههنا لأنه شرع مطهرا والتطهير لا يقع الا بالطاهر مع ان معنى الطهارة صار
 مراد بالاجماع حتى لا يجوز التيمم بالصعيد النجس فخرج غيره من أن يكون مرادا المشترك لا عموم له ثم لا بد
 من معرفة جنس الأرض فكل ما يحترق بالنار فيصير مادا كالخشب والحشيش ونحوهما أو ما ينطبع ويلين
 كالخديد والصفرة والحاس والزجاج وعين الذهب والفضة ونحوها فليس من جنس الأرض وما كان بخلاف ذلك
 فهو من جنسهما اختلف أبو حنيفة ومحمد فيما بينهما فقال أبو حنيفة يجوز التيمم بكل ما هو من جنس الأرض الترق
 بيده شيء أولا وقال محمد لا يجوز الا اذا الترق بيده شيء من أجزائه فالأصل عنده انه لا بد من استعمال جزء من
 الصعيد ولا يكون ذلك الا بان يلتريق بيده شيء (وعند) أبي حنيفة هذا ليس بشرط وانما الشرط من وجه
 الأرض باليدين وأمرارهما على العضوين واذا عرف هذا فعلى قول أبي حنيفة يجوز التيمم بالحص والنورة

والزرنج والطين الأحمر والأسود والأبيض والكحل والحجر الأملس والحائط المطين والمجصص والملح الجلي دون المائي والمرداسنج المعدني والآجر والخزف المتخذ من طين خالص والياقوت والفيروز والزمرد والأرض السدية والطين الرطب (وعند) محمدان التزقي يبدى شئ منها بأن كان عليه غبار أو كان مسدوقا يجوز والأفلا وجه قول محمدان أن المأمور به استعمال الصعيد وذلك بأن يلتزق يبدى شئ منه فاما ضرب اليد على ماله صلابة وملاسة من غير استعمال جزء منه فضرب من السفه (ولأبي) حنيفة أن المأمور به هو التيمم بالصعيد مطلقا من غير شرط الاتزاق ولا يجوز تقييد المطلق بالإبدليل وقوله الاستعمال شرط ممنوع لأن ذلك يؤدي إلى التغيير الذي هو شبه المثلثة وعلامة أهل النار ولهذا أمر برفض اليدين بل الشرط أساس اليد المضروبة على وجه الأرض على الوجه واليدين تعبدان غير معقول المعنى لحكمة استأثر الله تعالى بعلمها ولا يجوز التيمم بالرمال بالاجماع لأنه من أجزاء الخشب وكذا بالآل في سواء كانت مدقوقة أولا لأنها ليست من أجزاء الأرض بل هي متولدة من الحيوان ويجوز التيمم بالغبار بأن ضرب يده على ثوب أو أبدأو صفة سرج فارقع غبارا وكان على الذهب أو الفضة أو على الخنطة أو الشعر أو نحوها غبار فتيمم به أجزاء في قول أبي حنيفة ومحمد وهند أبي يوسف لا يجوز به وبعض المشايخ قالوا إذا لم يقدر على الصعيد يجزى عنه والصحيح أنه لا يجوز في الحالين وروى عنه أنه قال وليس عندي من الصعيد وهذا وجه قوله أن المأمور به التيمم بالصعيد وهو اسم للتراب الخالص والغبار ليس بتراب خالص بل هو تراب من وجه دون وجه فلا يجوز به التيمم (ولهما) أنه جزء من أجزاء الأرض إلا أنه لطيف فيجوز التيمم به كالجوز بالكثيف بل أولى وقد روى أن عبد الله بن عمر رضي الله عنه كان بالجابية فطروا فلم يجدوا ماء فتوضؤوا به ولا صعيدا يتيممون به فقال ابن عمر لينفض كل واحد منكم ثوبه أو صفة سرجه وليتيمم وليصل ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعا ولو كان المسافر في طين وردغة لا يجد ماء ولا صعيدا وليس في ثوبه وسرجه غبار لمخ ثوبه أو بعض جسده بالطين فاذا جف تيمم به ولا ينبغي أن يتيمم بالطين ما لم يخف الذهاب الوقت لأن فيه تلطيخ الوجه من غير ضرر ورة فيصير بمعنى المثلثة وإن كان لو تيمم به أجزاء هند أبي حنيفة ومحمد لأن الطين من أجزاء الأرض وما فيه من الماء مستهلك وهو يلتزق باليد فان خاف الذهاب الوقت تيمم وصلى عندهما وعلى قياس قول أبي يوسف يصلي بغير تيمم بالإيماء ثم يعيد إذا قدر على الماء أو التراب كالمحبوس في الخرج إذا لم يجد ماء ولا ترابا نظيفا على ما ذكرنا

فصل وما يبين ما يتيمم منه فهو الحدث والجنابة والحيض والنفاس وقد ذكرنا دلائل جواز التيمم من الحدث في صدر فصل التيمم وذكرنا اختلاف الصحابة رضي الله عنهم في جواز التيمم من الجنابة وترجيح قول المجوزين لمعارضه الأحاديث إياه والحيض والنفاس ملحقان بالجنابة لأنهما في معناها مع ما أنه ثبت جواز التيمم منهما العموم بعض الأحاديث التي رويناها والله أعلم

فصل وما يبين وقت التيمم فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الوقت والثاني في بيان الوقت المستحب (أما) الأول فالأوقات كلها وقت للتيمم حتى يجوز التيمم بعد دخول وقت الصلاة وقبل دخوله وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي لا يجوز إلا بعد دخول وقت الصلاة والكلام فيه راجع إلى أصل وهو أن التيمم بدل مطلق أم بدل ضروري فعندنا بدل مطلق وعنده بدل ضروري وسند كرتفسير البدل المطلق والضروري ودليله في بيان صفة التيمم أن شاء الله تعالى (وأما) الثاني وهو بيان الوقت المستحب للتيمم فقد قال أصحابنا إن المسافر إن كان على طمع من وجود الماء في آخر الوقت يؤخر التيمم إلى آخر الوقت وإن لم يكن على طمع من وجود الماء في آخر الوقت لا يؤخر وهكذا روى المعلى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إن كان على طمع من وجود الماء في آخر الوقت أخر إلى آخر الوقت مقدرا لم يوجد الماء يمكنه أن يتيمم ويصلي في الوقت وإن لم يكن على طمع لا يؤخر ويتيمم ويصلي في الوقت المستحب وذكر في الأصل أحب إلى أن يؤخر التيمم إلى آخر الوقت ولم يفصل بين ما إذا

كان يرجو وجود الماء في آخره أو لا يرجو وهذا لا يوجب اختلاف الرواية بل يجعل رواية المعلى نفسها لما أطلقه في الأصل وهو قول جماعة من التابعين مثل الزهري والحسن وابن سيرين رضي الله عنهم فأنهم قالوا يؤخر التيمم إلى آخر الوقت إذا كان يرجو وجود الماء وقال جماعة لا يؤخر ما يستيقن بوجود الماء في آخر الوقت وبه أخذ الشافعي وقال مالك المستحب له أن يتيمم في وسط الوقت والصحيح قولنا لما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال في مسافر أجنب يتلوم إلى آخر الوقت ولم ير وعن غيره من الصحابة خلافة فيكون أجماعا والمعنى فيه أن أداء الصلاة بطهارة الماء أفضل لأنها أصل والتيمم بدل ولأنها طهارة حقيقة وحكما والتيمم طهارة حكما لا حقيقة فإذا كان يرجو وجود الماء في آخر الوقت كان في التأخير أداء الصلاة بأكمل الطهارتين فكان التأخير مستحبا فاما إذا لم يرجع لا يستحب إذا تقدم في التأخير ولو تيمم في أول الوقت وصلى فإن كان عالما أن الماء قريب بان كان بينه وبين الماء أقل من ميل لم تجز صلاته بخلاف لأنه واجد للماء وإن كان ميلا فصاعدا جازت صلاته وإن كان يمكنه أن يذهب ويتوضأ ويصلى في الوقت وعند زفر لا يجوز زلما يذ كر وإن لم يكن عالما بقرب الماء أو بعده فجوز صلاته سواء كان يرجو وجود الماء في آخر الوقت أو لا سواء كان بعد الطلب أو قبله عندنا خلافا للشافعي لما مر أن العدم ثابت ظاهرا واحتمال الوجود احتمال لا دليل عليه فلا يعارض الظاهر ولو أخبر في آخر الوقت أن الماء بقرب منه بان كان بينه وبين الماء أقل من ميل لكنه يخاف لو ذهب إليه وتوضأ تقوته الصلاة عن وقتها لا يجوز له التيمم بل يجب عليه أن يذهب ويتوضأ ويصلى خارج الوقت عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجزئه التيمم والأصل أن المعتبر عند أصحابنا الثلاثة القرب والبعد لا الوقت وعند زفر المعتبر هو الوقت لا قرب الماء وبعده وجه قوله أن التيمم شرع للحاجة إلى أداء الصلاة في الوقت إذا كان المنظر إليه هو الوقت فيتميم كيلا تقوته الصلاة عن الوقت كافي صلاة الجنائز والعيدين (ولنا) أن هذه الصلاة لا تقوته أصلا بل إلى خلف وهو القضاء والفائت إلى خلف قائم معنى بخلاف صلاة الجنائز والعيدين لأنها تقوت أصلا لما يذ كر في موضعه فجاز التيمم فيها لخوف القوات والله أعلم

فصل وأما صفة التيمم فهي أنه بدل بلا شئ لأن جوازه معلق بحال عدم الماء لكنهم اختلفوا في كيفية البدلية من وجهين أحدهما الخلاف فيه مع غير أصحابنا والثاني مع أصحابنا (أما) الأول فقد قال أصحابنا إن التيمم بدل مطلق وليس يبدل ضرر وري وعنوانه أن الحدث يرتفع بالتيمم إلى وقت وجود الماء في حق الصلاة المؤداة إلا أنه يباح له الصلاة مع قيام الحدث وقال الشافعي التيمم بدل ضرر وري وعنى به أنه يباح له الصلاة مع قيام الحدث حقيقة للضرورة كطهارة المستحاضة وجه قوله تصحيح هذا الأصل أن التيمم لا يزيل هذا الحدث بدليل أنه لو رأى الماء تعود الجنابة والحدث مع أن رؤية الماء ليست بحدث فعلم أن الحدث لم يرتفع لكن أبيع له أداء الصلاة مع قيام الحدث للضرورة كافي المستحاضة (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال التيمم وضوء المسلم ولو إلى عشر حجج مالم يجد الماء أو يحدث فقد سمي التيمم وضوءا والوضوء مزيل للحدث وقال صلى الله عليه وسلم جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا وأطهر راسم للمطهر فدل على أن الحدث يزول بالتيمم إلا أن زواله مؤقت إلى غاية وجود الماء فإذا وجد الماء يعود الحدث السابق لكن في المستقبل لا في الماضي فلم يظهر في حق الصلاة المؤداة وعلى هذا الأصل يبنى التيمم قبل دخول الوقت أنه جاز عندنا وعند الشافعي لا يجوز لأنه بدل مطلق عند عدم الماء فيجوز قبل دخول الوقت وبعده وعند زفر يبدل ضرر وري فتتقدر بدليته بقدر الضرورة ولا ضرورة قبل دخول الوقت وعلى هذا يبنى أيضا أنه إذا تيمم في الوقت يجوز له أن يؤدى ما شاء من الفرائض والنوافل مالم يجد الماء أو يحدث عندنا وعند زفر لا يجوز له أن يؤدى به فرضا آخر غير ما تيمم لأجله وله أن يصلى به النوافل لكونها تابعة للفرائض وثبوت الحكم في التيمم لا يقف على وجوده على حدة أو شرط على حدة فيه بل وجود ذلك في الأصل يكفي لثبوته في التسبغ كما هو مذهبه في طهارة المستحاضة وعلى هذا يبنى أنه إذا تيمم للنفل

يجوز له ان يؤدي به النفل والقرض عندنا وعند لا يجوز له اداء القرض لان التبع لا يستتبع الاصل وعلى هذا قال
 الزهري انه لا يجوز التيمم اصابة النافلة رأساً لانه طهارة ضرورية والضرورية في القرائن لا في النوافل
 وعندنا يجوز لانه طهارة مطلقة حال عدم الماء ولانه ان كان لا يحتاج الى اسقاط القرض عن نفسه به
 يحتاج الى احراز الثواب لنفسه والحاجة الى احراز الثواب حاجبة معتبرة فيجوز ان يعتبر الطهارة لاجله ولهذا
 اعتبرت طهارة المستحاضة في حق النوافل بخلاف كذا ههنا (وأما) الخلاف الذي مع أصحابنا في كيفية البدلية
 فهو انهم اختلفوا في أن التراب بدل عن الماء عند عدمه والبدلية بين التراب وبين الماء أو التيمم بدل عن
 الوضوء عند عدمه والبدلية بين التيمم وبين الوضوء فقال أبو حنيفة وأبو يوسف ان التراب بدل عن الماء عند
 عدمه والبدلية بين التراب والماء وقال محمد التيمم بدل عن الوضوء عند عدمه والبدلية بين التيمم وبين الوضوء
 واحتج محمد لصحيح أصله بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم التيمم وضوء المسلم الحديث معنى التيمم
 وضوء التراب وهما اختيارا بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيباً فامسكوا
 الصعيد مقام الماء عند عدمه وأما السنة فخاروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال التراب طهور
 المسلم وقال جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً ويتفرع عن هذا الاختلاف أن التيمم اذا أم المتوضئين
 جازت امامته اياهم وصلاتهم جائزة اذا لم يكن مع المتوضئين ماء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وان كان
 معهم ماء لا يجوز صلاتهم وعند محمد لا يجوز اقتداؤهم به سواء كان معهم ماء أولم يكن وعند زفر يجوز
 كان معهم ماء أولم يكن وجه البناء على هذا الاصل ان عند محمد لما كانت البدلية بين التيمم وبين الوضوء
 فالمقتدى اذا كان على وضوء لم يكن تيمم الا امام طهارة في حقه لو جود الاصل في حقه فكان مقتدياً بمن لا طهارة
 له في حقه فلا يجوز اقتداؤه به كالصحيح اذا اقتدى بصاحب الجرح السائل انه لا يجوز له لان طهارة الامام ليست
 بطهارة في حق المقتدى فلم تعتبر طهارته في حقه فكان مقتدياً بمن لا طهارة له في حقه فلم يجوز اقتداؤه به كذا هذا
 ولما كانت البدلية بين التراب وبين الماء عندهما فاذا لم يكن مع المقتدين ماء كان التراب طهارة مطلقة في حال عدم
 الماء فيجوز اقتداؤهم به فصار اقتداء الغاسل بالماسح بخلاف صاحب الجرح السائل لان طهارته ضرورية لان
 الحدث يقارنها أو يطرأ عليها فلا تعتبر في حق الصحيح واذا كان معهم ماء فقد فات الشرط في حق المقتدين فلا يبنى
 التراب طهوراً في حقه فلم يبق طهارة الا امام طهارة في حقه فلا يصح اقتداؤهم به وعلى هذا الاصل التيمم اذا أم
 المتوضئين ولم يكن معهم ماء ثم رأى واحداً منهم الماء ولم يعلم به الا امام والآخرون حتى فرغوا فصلاته فاسد وقال
 زفر لا تقصد وهو رواية عن أبي يوسف لانه متوضئ في نفسه فربوة الماء لا تكون مفسدة في حقه وانما تفسد
 صلاته بفساد صلاة الامام وهي صحيحة (ولنا) ان طهارة الامام جعلت عدمها في حقه لقدرته على الماء الذي
 هو أصل ادلاييني الخلف مع وجود الاصل فصار معتقداً فساد صلاة الامام والمقتدى اذا اعتقد فساد صلاة الامام
 تفسد صلاته كما لو اثنيت عليهم القبلة فحضر الامام الى جهة والمقتدى الى جهة أخرى وهو يعلم ان امامه يصلى الى
 جهة أخرى لا يصح اقتداؤه به كذا هذا ثم تنكلم في المسئلة ابتداءً فحجة محمد ما روى عن علي رضي الله عنه انه قال
 لا يؤم التيمم المتوضئين ولا المقيسد المطلقين وهذا نص في الباب وحجتهم ما روى بنان حديث عمر وبن العاص
 رضي الله عنه حين أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم على سرية وما روى عن علي فهو مذهبه وقد خالفه ابن
 عباس رضي الله عنه والمسئلة اذا كانت مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم لا يكون قول البعض حجة على البعض
 على ان فيه أنه لا يؤم وليس فيه أنه لو أم لا يجوز وهذا كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يؤم الرجل
 الرجل في سلطانه ثم لو أم جاز كذا هذا

فصل وما يباين ما ينقض التيمم فالذي ينقضه نومان عام وخاص اما العام فكل ما ينقض الوضوء من الحدث
 الحقيقي والحكمي ينقض التيمم وقد مر بيان ذلك كله في موضعه واما الخاص وهو ما ينقض التيمم على الخصوص

فوجود الماء ومجمله الكلام فيه ان المتيمم اذا وجد الماء لا يخلو اما ان وجده قبل الشروع في الصلاة واما ان وجده في الصلاة واما ان وجده بعد الفراغ منها فان وجده قبل الشروع في الصلاة انتقض تيممه عند عامة العلماء وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن انه لا ينتقض التيمم بوجود الماء أصلا وجه قوله أن الطهارة بعد مسحها لا تنتقض الا بالحدث ووجود الماء ليس بحدث (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال التيمم وضوء المسلم ولو الى عشر حجج مالم يجد الماء أو يحدث جعل التيمم وضوء المسلم الى غاية وجود الماء والممدود الى غاية ينتهي عند وجود الغاية ولان التيمم خلاف عن الوضوء ولا يجوز المصير الى الخلاف مع وجود الاصل كفى سائر الخلاف مع أصولها وقوله وجود الماء ليس بحدث مسلم وعندنا أن المتيمم لا يصير محدثا بوجود الماء بل الحدث السابق يظهر حكمه عند وجود الماء الا انه لم يظهر حكم ذلك الحدث في حق الصلاة المؤداة ثم وجود الماء نوعان وجوده من حيث الصورة والمعنى وهو أن يكون مقدورا للاستعمال له وأنه ينتقض التيمم ووجوده من حيث الصورة دون المعنى وهو ان لا يقدر على استعماله وهذا لا ينتقض التيمم حتى لو مر المتيمم على الماء الكثير وهو لا يعلم به أو كان غافلا أو نائما لا يبطل تيممه كذا روى عن أبي يوسف وكذا لو مر على ماء في موضع لا يستطيع النزول اليه لخوف عدو أو سبع لا ينتقض تيممه كذا ذكر محمد بن مقاتل الرازي وقال هذا قياس قول أصحابنا لانه غير واجد للماء فكان ملحقا بالعدم وكذا اذا أتى بئر أو ليس معه دل أو ورشا أو وجد ماء وهو يخاف على نفسه العطش لا ينتقض تيممه لما قلنا وكذا لو وجد ماء موضوعا في القلاة في حب أو نحوه على قياس ما حكى عن أبي نصر محمد ابن محمد بن سلام لانه معدل لسيقادون الوضوء الآن يكون كثيرا فيستدل بالكثرة على انه معدل للشرب والوضوء جميعا فينتقض تيممه والأصل فيه ان كل مامنع وجوده التيمم تقضى وجوده التيمم ومالا فلا يتم وجود الماء انما ينتقض التيمم اذا كان القدر الموجود يكفي للوضوء أو الاغتسال فان كان لا يكفي لا ينتقض عندنا وعند الشافعي قليله وكثيره ينتقض والخلاف في البقاء كالخلاف في الابتداء وقد مر ذكره في بيان الشرائط وعلى هذا يخرج ما ذكره محمد في الزيادات لو ان خمسة من المتيممين وجدوا من الماء مقدار ما يتوضأ به أحدهم انتقض تيممهم جميعا لأن كل واحد منهم قدر على استعماله على سبيل البدل فكان كل واحد منهم واجدا للماء صورة ومعنى فينتقض تيممهم جميعا ولو ان كل واحد منهم قدر على استعماله يتيقن وليس البعض أولى من البعض فينتقض تيممهم احتياطا ولو كان لرجل ماء فقال اجعل لكم هذا الماء يتوضأ به أيكم شاء وهو قدر ما يكفي لوضوء أحدهم انتقض تيممهم جميعا لما قلنا ولو قال هذا الماء لكم لا ينتقض تيممهم باجماع بين أصحابنا ما على أصل أبي حنيفة فلان هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تصح فلم يثبت الملك رأسا وما على أصلهما فالهبة وان صححت وأفادت الملك لكن لا يصيب كل واحد منهم ما يكفي لوضوءه فكان ملحقا بالعدم حتى انهم لو أذنوا الواحد منهم بالوضوء انتقض تيممه عندهما لانه قدر على ما يكفي للوضوء وعند هذه الهبة فاسدة فلا يصح الاذن وعلى هذا الأصل مسائل في الزيادات مسافر محدث على ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم ومعه ما يكفي لأحدهما غسل به الثوب وتيمم للحدث عند عامة العلماء وروى الحسن عن أبي يوسف انه يتوضأ به وهو قول حماد وجهه ان الحدث أغلظ النجاستين بدليل ان الصلاة مع الثوب النجس جائزة في الجملة للصعوبة ولا جواز لها مع الحدث بحال (ولنا) ان الصرف الى النجاسة يجعله مصليا بطهارتين حقيقية وحكيه فكان أولى من الصلاة بطهارة واحدة ويجب ان يغسل ثوبه من النجاسة ثم يتيمم ولو بدأ بالتيمم لا يجزيه وتلزمه الاعادة لانه قدر على ماء ولو توضأ به تجوز به صلاته وان وجد الماء في الصلاة فان وجده قبل أن يقعد بقدر الشاهد الأخير انتقض تيممه وتوضأ به واستقبل الصلاة عندنا وللشافعي ثلاثة أقوال في قول مثل قولنا وفي قول يقرب الماء منه حتى يتوضأ ويبنى وفي قول يغضى على صلاته وهو ظاهر أقواله ووجهه ان الشروع في الصلاة قد سح فلا يبطل برؤية الماء كما اذا رأى بعد الفراغ من الصلاة وهذا لأن رؤية الماء ليس بحدث والموجود ليس الا رؤية فلا يبطل

الصلاة وإذا لم تبطل الصلاة غرمة الصلاة تجزئه عن استعمال الماء فلا يكون واجدا للماء معني كما إذا كان على رأس
 البئر ولم يجد آله الاستقاء (ولنا) ان طهارة التيمم انعقدت بمدة الى غاية وجود الماء بالحديث الذي روينا
 فتنهى عن وجود الماء فلواتمها لانهم يغير طهارة وهذا لا يجوز به تبين انه لم يبق حرمة الصلاة وقوله ان رؤية
 الماء ليست بحدث فلا تبطل الطهارة قلنا بلى وعندنا لا تبطل بل تنتهي لكونها مؤقتة الى غاية الرؤية ولأن التيمم
 لا يصير محدثا برؤية الماء عندنا بل بالحدث السابق على الشروع في الصلاة الا أنه لم يظهر أثره في حق الصلاة المؤداة
 للضرورة ولا ضرورة في الصلاة التي لم تؤد فظهر أثر الحدث السابق وصار يكره في حق المستحاضة ولأنه
 قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وذلك يبطل حكم البدل كالمعتدة بالشهر إذا حاضت وان وجده
 بعد ما قدر التشهد الأخير أو بعد ما سلم وعليه سجدتنا السهو وعاد الى السجود فسدت صلاته عند أبي حنيفة
 ويلزمه الاستقبال وعند أبي يوسف ومحمد يبطل تيممه وصلاته تامة وهذه من المسائل المعروفة بالاثني عشرية
 والاصل فيها ان ما كان من افعال المصلي ما يفسد الصلاة لو وجد في اثنتي عشرة حالاً لا يفسدها ان وجد في هذه الحالة باجماع
 بين أصحابنا مثل الكلام والحدث العمد والقهقهة ونحو ذلك وعند الشافعي تفسد بناء على ان الخروج من الصلاة
 بالسلام ليس بفرض عندنا وعند فرض على ما ذكره امامنا ليس من فعل المصلي بل هو معنى سماوي لكنه لو
 اعترض في اثناء الصلاة يفسد الصلاة فاذا وجد في هذه الحالة هل يفسدها قال أبو حنيفة يفسدها وقال أبو يوسف
 ومحمد لا يفسدها وذلك كالتيمم سجداً والماسح على الخفين اذا انقضى وقت مسخه والعاري يجرد نوباً والاي
 يتعلم القرآن وصاحب الجرح السائل ينقطع عنه السيلان وصاحب الترتيب اذا تأذ كرافته ودخول وقت العصر
 يوم الجمعة وهو في صلاة الجمعة وسقوط الخف عن الماسح عليه اذا كان واسعاً بدون فعله وطلوع الشمس في هذه الحالة
 لمصلي الفجر والمومي اذا قدر على القيام والقاري اذا اختلف أمياً والمصلي بثوب فيه نجاسة أكثر من قدر الدرهم
 ولم يجد ماء ليغسله فوجد في هذه الحالة وقاضى الفجر اذا زالت الشمس والمصلي اذا سقط الجبار عنه عن برء وقضية
 الترتيب ذكر كل واحدة من هذه المسائل في موضعها وانما جمعناها لاتباع السلف وتيسير للحفظ على المتعلمين
 ومن مشايخنا من قال ان حاصل الاختلاف يرجع الى أن خروج المصلي من الصلاة بفعله فرض عند أبي حنيفة
 وعندهما ليس بفرض ومنهم من تكلم في المسئلة من وجه آخر وجه قولهما أن الصلاة قد انتهت بالقعود
 قدر التشهد لانتهاؤا ركعتيها قال النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن مسعود رضي الله عنه حين علمه التشهد اذا
 قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك والصلاة بعد تمامها لا تحتمل الفساد ولهذا لا تفسد بالسلام والكلام
 والحدث العمد والقهقهة ودل الحديث على أن الخروج بفعله ليس بفرض لانه وصف الصلاة بالقيام ولا تمام
 يتحقق مع بقاء ركن من أركانها ولهذا قلنا ان الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في الصلاة ليست بفرض وكذا
 اصابة لفظ السلام لأن تمام الشيء وانتهاء مع بقاء شيء منه محال الا أنه لو قهقهة في هذه الحالة تنتقض طهارته لان
 انتقاضها يبعد قيام التبرئة وانما قائمة فاما فساد الصلاة فيستدعي بقاء التعرئة مع بقاء الركن ولم يبق عليه ركن
 من أركان الصلاة لما بينا ولان الخروج من الصلاة ضد الصلاة لانه تركها وضد الشيء كيف يكون ركنه ولان
 عند أبي حنيفة يحصل الخرج بالحدث العمد والقهقهة والكلام وهذه الاشياء حرام ومعصية فكيف تكون
 فرضاً والوجه لتصحيح مذهب أبي حنيفة في عدة من هذه المسائل من غير البناء على الاصل الذي ذكرنا أن فساد
 الصلاة ليس لوجود هذه العوارض بل بوجودها بظهور انما كانت فاسدة (وبيان) ذلك ان التيمم اذا وجد الماء
 صار محدثاً بالحدث السابق في حق الصلاة التي لم تؤد لانه وجد منه الحدث ولم يوجد منه ما يزيله حقيقة لان التراب
 ليس بطهور حقيقة الا أنه لم يظهر حكم الحدث في حق الصلاة المؤداة للخرج كيلا يجتمع عليه الصلوات فيخرج في
 قضائها فاسقط اعتبار الحدث السابق دفعا للخرج ولا خرج في الصلاة التي لم تؤد وهذه الصلاة غير مؤداة فان
 تعرئة الصلاة باقية باختلاف وكذا الركن الاخير باق لانه وان طال فهو في حكم الركن كالأقراء اذا طالت فظهر

فيها حكم الحدث السابق فتبين أن الشرع فيها لم يصح كالوا عترض هذا المعنى في وسط الصلاة وعلى هذا يخرج
 انقضاء مدة المسح لانه اذا انقضى وقت المسح صار محدثا بالحدث السابق لان الحدث قد وجد ولم يوجد ما يزيله
 عن القدم حقيقة لكن الشرع أسقط اعتبار الحدث فيما أدى من الصلاة دفعا للهرج فالحق المانع بالعدم في
 حق الصلاة المؤداة ولا حرج فيما لم يؤد فظهر حكم الحدث السابق فيه وعلى هذا اذا سقط خفه من غير صنعه وكذا
 صاحب الجرح السائل ومن هو بطل حاله وكذا المصلي اذا كان على ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم ولم يجد
 الماء ليغسله فوجد في هذه الحالة لان هذه النجاسة انما سقط اعتبارها لما قلنا من الجرح ولا حرج في هذه الصلاة
 وكذا العاري اذا وجد ثوبا والمومي اذا قدر على القيام والاى اذا تعلم القراءة لان الستر والقيام والقراءة فرض على
 القادر عليها والسقوط عن هؤلاء العجز وقد زال فكان ينبغي أن يجب قضاء الكل كالمريض العاجز عن الصوم
 والمغنى عليه يجب عليهما القضاء عند حدوث القدرة لكن سقط لاجل الجرح ولا حرج في حق هذه الصلاة وكذا
 هي ليست نظير تلك الصلوات لانه لا قدرة ثمة أصلا وهما حصلت القدرة في جزء منها وعلى هذا صاحب الترتيب
 اذا لم كرفائنة لانه ظهر انه أدى الوقتية قبل وقتها فكان ينبغي أن يجب قضاء الكل الا أنه سقط للهرج لان
 النسيان مما يكثر وجوده ولا حرج في حق هذه الصلاة وعلى هذا المصلي اذا سقطت الجائز عن يده عن برء لان
 الغسل واجب على القادر وان سقط عنه للعجز فاذا زال العجز كان ينبغي أن يقضى ماضى بعد البرء الا أنه
 سقط للهرج وفي هذه الصلاة لا حرج وأما قاضي الفجر اذا زالت الشمس فهو في هذه الحالة يخرج على وجه آخر
 وهو أن الواجب في ذمته كامل والمؤدى في هذا الوقت ناقص لورود النبي عن الصلاة في هذه الاوقات والكامل
 لا يتأدى بالناقص فلا يقع قضاء ولكنه يقع تطوعا لان التطوع فيه جائز فينقلب تطوعا وعلى هذا مصلي
 الفجر اذا طلعت الشمس لانه وجب عليه الاداء كاملا لان الوقت الناقص قليل لا يتسع للاداء فلا يجب
 ناقصا بل كاملا في غير الوقت الناقص فاذا أتى به فيه صار ناقصا فلا يتأدى به الكامل بخلاف صلاة العصر
 لان ثمة الوقت الناقص مما يتسع لاداء الصلاة فيه فيجب ناقصا وقد اداه ناقصا فهو والفرق وأما دخول وقت العصر في
 صلاة الجمعة في هذه الحالة فيخرج على وجه آخر وهو أن الظهر هو الواجب الاصل في كل يوم عرف وجوبه بالدلائل
 المطلقة وانما تغيير الى الركعتين في يوم الجمعة بشرائط مخصوصة عرفناها بالنصوص الخاصة غير معقولة المعنى
 والوقت من شرائطه ففى لم يوجد في جميع الصلاة لم يكن هذا نظير المخصوص عن الاصل فلم يجز فظهر أن الواجب
 هو الظهر فعليه اداء الظهر بخلاف الكلام والفقهية والحدث العمد لان ثمة الفساد لوجود هذه العوارض لانها
 نواقض الصلاة وقد صادفت جزأ من أجزاء الصلاة فوجب فساد ذلك الجزء غير ان ذلك زيادة تستغني الصلاة عنها
 فكان وجودها والعدم بمنزلة فاقصر الفساد علم بخلاف ما اذا عترض في أثناء الصلاة لانها أوجب فساد ذلك
 الجزء الاصل ولا وجود للصلاة بدونه فلا يمكن البناء بعد ذلك واما الحديث فنقول النبي صلى الله عليه وسلم حكم تمام
 الصلاة بوجود هذه العوارض تبين انها ما كانت صلاة اذا لا وجود للصلاة مع الحديث ومع فقد شرط من شرائطها
 وقدم بيان ذلك وكذا الصلاة في الاوقات المكرهة مخصوصة عن هذا النص بالنهي عن الصلاة فانها لا تخلو عن
 النقصان وكذلك صلاة الجمعة مخصوصة عن هذا النص بالدلائل المطلقة المقتضية لوجوب الظهر في كل يوم على
 ما مر هذا اذا وجد في الصلاة ماء مطلقا فان وجد سور حمار مضى على صلاته فاذا فرغ منها فوضأ به وأعاد لانه ان كان مطهرا في نفسه ما جازت
 الصلاة قد صح فلا يقطع بالشك بل يعضى على صلاته فاذا فرغ منها فوضأ به وأعاد لانه ان كان مطهرا في نفسه ما جازت
 صلاته وان كان غير مطهر في نفسه جازت به صلاته فوقع الشك في الجواز فيؤمر بالاعادة احتياطاً وان وجد نبيذ
 القمر انتقض تيممه عند أبي حنيفة لانه بمنزلة الماء المطلق عند عدمه عنده وعند أبي يوسف لا ينتقض لانه
 لا يراه طهورا أصلا وعند محمد يعضى على صلاته ثم يعيدها كما في سور الحمار هذا كله اذا وجد الماء في الصلاة فاما اذا
 وجده بعد الفراغ من الصلاة فان كان بعد نحر وج الوقت فليس عليه إعادة ما صلى بالتيمم بخلاف وان كان في

الوقت فكذلك عند عامة العلماء وقال مالك يعيد وجه قوله أن الوقت أقيم مقام الاداء شرعا كإتيان المستحاضة فكان الوجود في الوقت كالوجود في أثناء الاداء حقيقة ولأن التيمم بدل فاذا قدر على الأصل بطل البدل كالشيخ الثاني إذا فسدى أو أخرج ثم قدر على الصوم والحج بنفسه (ولنا) أن الله تعالى علق جواز التيمم بعدم الماء فاذا صلى حالة العدم فقد أدى الصلاة بطهارة معتبرة شرعا فيحكم بصحتها فلا معنى لوجوب الاعادة وروى أن رجلين أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد تيمما من جنابة وصليا وأدركا الماء في الوقت فأعاد أحدهما الصلاة ولم يعد الآخر فقال صلى الله عليه وسلم للذي أعاد ما أنت فقد أوتيت أجرك مرتين وقال للآخر ما أنت فقد أجرأتك صلاتك عني أي كفتك جزى وأجرهما هو زاعمنا معنى الكفاية وهذا ينفي وجوب الاعادة وما ذكر من اعتبار الوجود بعد الفراغ من الصلاة بالوجود في الصلاة غير سديد لأنه يخالف للحقيقة من غير ضرورة لا ترى أن الحدث الحقيقي بعد الفراغ من الصلاة لا يجعل كالموجود في خلال الصلاة كذا هذا وما قوله أنه قدر على الأصل فنعم لكن بعد حصول المقصود بالبطل والقصدرة على الأصل بعد حصول المقصود بالبطل لا تبطل حكم البطل كالمعتدة بالاشهر إذا حاضت بعد انقضاء العدة بالاشهر بخلاف الشيخ الثاني إذا أخرج رجلا بعمله وفدى عن صومه ثم قدر بنفسه لأن جواز الاحجاج والغدية معلق باليأس عن الحج بنفسه والصوم بنفسه فاذا قدر بنفسه ظهر أنه لا يأس فاما جواز التيمم فمعلق بالعجز عن استعمال الماء والعجز كان متحققا عند الصلاة وبوجود الماء بعد ذلك لا يظهر أنه لا عجز فهو الفرق

فصل وأما الطهارة الحقيقية وهي الطهارة عن النجس فالكلام فيها في الأصل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان أنواع الانجاس والثاني في بيان المقدار الذي يصير المحل به نجسا شرعا والثالث في بيان ما يقع به تطهير النجس (أما) أنواع الانجاس فمنها ما ذكره الكرخي في مختصره أن كل ما يخرج من بدن الإنسان مما يجب بخروجه الوضوء أو الغسل فهو نجس من البول والغائط والودي والمذي والمني ودم الحيض والنفاس ولاستحاضة والدم السائل من الجرح والصديد والنفث مل القم لان الواجب بخروج ذلك مسمى بالتطهير قال الله تعالى في آخر آية الوضوء ولكن يرد يدايكم وقال في الغسل من الجنابة وان كنتم جنبا فاطهروا وقال في الغسل من الحيض ولا تقر بهن حتى يظهورن والطهارة لا تكون الا عن نجاسة وقال تعالى ويحرم عليهم الخبائث والطباع السامة تستحب هذه الاشياء والتحريم لا الاحترام دليل النجاسة ولأن معنى النجاسة موجود في ذلك كله اذا نجس اسم المستقدر وكل ذلك مما تستقدره الطباع السلبية لاستحالة الى خبث وتتنجس ولا خلاف في هذه الجملة الا في المني فان الشافعي زعم أنه طاهر (واحتج) بما روى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كنت أفرك المني من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم فركاه وهو يصلي فيه والواروا والاحمال أي في حال صلواته ولو كان نجسا لما صح شروعه في الصلاة معه فينبغي أن يعيد ولا ينقل البنا الاعادة وعن ابن عباس رضي الله عنه انه قال المني كالمخاط فاطمه عنده ولو بالاذخر شبهه بالمخاط والمخاط ليس بنجس كذا المني وبه تبين أن الأمر باماطته لا بالنجاسة بل لقذارته ولأنه أصل الا دعى المكرم فيستحيل أن يكون نجسا (ولنا) ما روى أن عمار بن ياسر رضي الله عنه كان يغسل ثوبه من الخامة فر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ما صنعت يا عمار فاخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم ما تخامتك ودموع عينيك والماء الذي في ركبتك الاسواء انما يغسل الثوب من خمس بول وغائط وفي ممني ودم اخبر ان الثوب يغسل من هذه الجملة لا محالة وما يغسل الثوب منه لا محالة يكون نجسا فدل أن المني نجس وروى عن عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها اذا رأيت المني في ثوبك فان كان رطبا فاغسله وان كان يابسا فتيه ومطلق الأمر محمول على الوجوب ولا يجب الا اذا كان نجسا ولأن الواجب بخروجه أغلظ الطهارتين وهي الاغتسال والطهارة لا تكون الا عن نجاسة وغلظ الطهارة يدل على غلظ النجاسة كدم الحيض والنفاس ولأنه يعم عذاب النجس فينجس

بمجاورته وان لم يكن نجسا بنفسه وكونه اصل الا دمي لا يبنى أن يكون نجسا كالعلقة والمضغة وما روى من الحديث بمحتمل انه كان قليلا ولا عموم له لأنه حكاية حال أو تحمله على ما قلنا توفيقا بين الدلائل وتنبية ابن عباس رضي الله عنهما اياه بالخاط بمحتمل انه كان في الصورة لا في الحكم لتصوره بصورة الخطأ والأمر بالمأطاة بالأذخر لا يبنى الأمر بالازالة بالماء فيصهل انه أمر بتقديم الأماطة كيلا تنتشر النجاسة في الثوب فينصهر غسله (وأما) الدم الذي يكون على رأس الجرح والتي اذا كان أقل من ملء القم فقد روى عن أبي يوسف انه ليس بنجس وهو قياس ما ذكره الكرخي لأنه لا يجب بخروجه الوضوء وعند محمد بن نجس هو يقول انه جزء من الدم المسفوح والدم المسفوح نجس بجميع أجزائه وأبو يوسف يقول انه ليس بمسفوح بنفسه والنجس هو الدم المسفوح لقوله تعالى قل لا أجد فيها أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس والرجس هو النجس فظاهر الآية يقتضى أن لا يحرم سواها فيقتضى أن لا نجس سواها اذ لو كان لكان محرما اذ النجس محرم وهذا خلاف ظاهر الآية ووجه آخر من الاستدلال بظاهر الآية انه نفي حرمة غير المذكور وأثبت حرمة المذكور وعلل التحريم بأنه رجس أى نجس ولو كان غير المذكور نجسا لكان محرما لو جودعلة التحريم وهذا خلاف النص لأنه يقتضى أن لا يحرم سوى المذكور فيه ودم البق والبراغيث ليس بنجس عندنا حتى لو وقع في الماء القليل لا ينجسه ولو أصاب الثوب أكثر من قدر الدرهم لا يمنع جواز الصلاة وقال الشافعي هو نجس لكنه معفو عنه في الثوب للضرورة (واحتج) بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم من غير فصل بين السائل وغيره والحرمة لا للاحترام دليل النجاسة (ولنا) قوله تعالى قل لا أجد فيها أوحى الى محرما الاية والاستدلال بهما من الوجهين اللذين ذكرناهما ولأن صيانة الثياب والاواني عنها امتنعذة فلأعطى لها حكم النجاسة لوقع الناس في الحرج وانه منى شرعا بالنص وبمذنب الدليلين بين ان المراد من المطلق المقيد وهو الدم المسفوح ودم الأوزاغ نجس لأنه سائل وكذا الدماء السائلة من سائر الحيوانات لما قلنا بل أولى لأنه لما كان نجسا من الأدمى المسكرم فمن غيره أولى (وأما) دم السمك فقد روى عن أبي يوسف انه نجس وبه أخذ الشافعي اعتبارا بسائر الدماء وعند أبي حنيفة ومحمد طاهر لا جماع الأمة على إباحة تناوله مع دمه ولو كان نجسا لما أبج ولأنه ليس بدم حقيقة بل هو ماء تلون بلون الدم لان الدموى لا يعيش في الماء والدم الذي يبقى في العروق واللحم بعد الذبح طاهر لأنه ليس بمسفوح ولهذا حل تناوله مع اللحم وروى عن أبي يوسف انه معفو في الأكل غير معفو في الثياب لتعذر الاحتراز عنه في الأكل وامكانه في الثوب (ومنها) ما يخرج من أبدان سائر الحيوانات من البهائم من الإبول والأرواث على الاتفاق والاختلاف (أما) الإبول فلا خلاف في أن بول كل ما يؤكل لحمه نجس واختلف في بول ما يؤكل لحمه قال أبو حنيفة وأبو يوسف نجس وقال محمد طاهر حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده ويتوضأ منه ما لم يغلب عليه (واحتج) بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أباح للعربيين شرب إبول ابل الصدقة وألبانها مع قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم وقوله ليس في الرجس شفاء فثبت انه طاهر (ولهما) حديث عمار انما يغسل الثوب من خمس وذكر من جعلها البول مطلقا من غير فصل وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه من غير فصل وقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ومعلوم ان الطباع السليمة نستخبثه وتحريم الشيء لا لاحترامه وكرامته تنجيس له شرعا ولأن معنى النجاسة فيه موجود وهو الاستنذار للطبيعي لاستنذاته الى فساد وهي الراحة المنتنة فصار كونه وكبول ما لا يؤكل لحمه وأما الحديث فقد ذكر قتادة ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بشرب ألبانها دون إبولها فلا يصح التعلق به على انه محتمل ان النبي صلى الله عليه وسلم عرف بطريق الوحي شفاءهم فيه والاستشفاء بالحرام جائز عند التيقن لحصول الشفاء فيه كتناول الميتة عند الخمصة والخمر عند العطش واساغة اللقمة واغلا إباحة لا يستيقن حصول الشفاء به ثم عند أبي يوسف إباحة شربه للتداوي لحديث

العرلين وعند أبي حنيفة لا يباح لأن الاستشفاء بالجرام الذي لا يتيقن حصول الشفاء به حرام وكذا بما لا يعقل فيه الشفاء ولا شفاء فيه عند الأطباء والحديث محمول على أنه صلى الله عليه وسلم عرف شفاء أولئك فيه على الخصوص والله أعلم (وأما) الأرواث فكلها نجسة عند عامة العلماء وقال زفر روث ما يؤكل لحمه طاهر وهو قول مالك (واحتج) بما روي أن الشبان من الصحابة في منازلهم وفي السفر كانوا يترامون بالجلية وهي البعرة اليابسة ولو كانت نجسة لما مسوها وعلل مالك بأنه وقود أهل المدينة يستعملونه استعمال الحطب (ولنا) ما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم طلب منه أجار الاستنجاء فأتى بججرين وروثه فأخذ الججرين ورمى الروث وقال إنها ركس أي نجس ولأن معنى النجاسة موجود فيها وهو الاستقذار في الطباع السليمة لاستحالتها إلى تن وخبث رائحة مع إمكان التعرض عنه فكانت نجسة (ومنها) نزع بعض الطيور من الدجاج والبط وجملة الكلام فيه أن الطيور نوعان نوع لا يذرق في الهواء ونوع يذرق في الهواء (أما) ما لا يذرق في الهواء كالديك والبط وخرؤهما نجس لوجود معنى النجاسة فيه وهو كونه مستقذرا للغير إلى تن وفساد رائحة فاشبه العذرة وفي الأوز عن أبي حنيفة وإيتان روي أبو يوسف عنه أنه ليس بنجس وروي الحسن عنه أنه نجس (وما) يذرق في الهواء نوعان أيضا ما يؤكل لحمه كالجمام والعصفور والعقرب ونحوهما وخرؤهما طاهر عندنا وعند الشافعي نجس وجه قوله أن الطبع قد أحاله إلى فساد فوجد معنى النجاسة فاشبه الروث والعذرة (ولنا) إجماع الأمة فأنهم اعتادوا اقتناء الحمامات في المسجد الحرام والمسجد الجامعة مع علمهم أنها تذرق فيها ولو كان نجسا لما فعلوا ذلك مع الأمر بتطهير المسجد وهو قوله تعالى إن طهرنا بيتي للطائفين وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن حمامة ذرقت عليه فضحه وصلى وعن ابن مسعود رضي الله عنه مثل ذلك في العصفور وبه تبين أن مجرد أحالة الطبع لا يكفي للنجاسة ما لم يكن لتسهيل تن وخبث رائحة تستغيبه الطباع السليمة وذلك من عدم ههنا على أنا إن سلمنا ذلك لكان التعرض عنه غير ممكن لأنها تذرق في الهواء فلا يمكن صيانة الثياب والأواني عنه فسقط اعتباره للضرورة كعدم البق والبراغيث وحكي مالك في هذه المسئلة الإجماع على الطهارة ومثله لا يكذب فلتن لم يثبت الإجماع من حيث القول يثبت من حيث الفعل وهو ما بينا وما لا يؤكل لحمه كالعقرب والباري والحدأة واشباه ذلك نحرؤها طاهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد بن نجس نجاسة غليظة وجه قوله أنه وجد معنى النجاسة فيه لأحالة الطبع إياه إلى خبث وتن رائحة فاشبه غير الماء كقول من البهائم ولا ضرورة إلى إسقاط اعتبار نجاسته لعدم المخالطة لأنها تسكن المروج والمفاوز بخلاف الحمام ونحوه (ولهما) أن الضرورة متعققة لأنها تذرق في الهواء فيتعذر صيانة الثياب والأواني عنها وكذا المخالطة ثابتة بخلاف الدجاج والبط لأنهم لا يذرقان في الهواء فكانت الصيانة ممكنة ونزع الفارة نجس لاستحالتها إلى خبث وتن رائحة واختلافوا في الثوب الذي أصابه بولها حكى عن بعض مشايخ نلخ أنه قال لو ابتليت به لغسلته فقبل له من لم يغسله وصلى فيه فقال لا أمره بالإعادة وبول الخفافيش وخرؤها ليس بنجس لتعذر صيانة الثياب والأواني عنه لأنها تبول في الهواء وهي فارة طيارة فلهاذا تبول (ومنها) الميتة التي لها دم سائل وجملة الكلام في الميتات أنها نوعان أحدهما ما ليس له دم سائل والثاني ما له دم سائل (أما) الذي ليس له دم سائل فالذبابة والعقرب والزنبور والسرطان ونحوها وأنه ليس بنجس عندنا وعند الشافعي نجس إلا الذباب والزنبور فلهما قولان (واحتج) بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والحرمة للا احترام دليل النجاسة (ولنا) ما روي عن سلمان الفارسي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال موت كل حيوان ليس له نفس سائلة في الماء لا يفسد وهذا نص في الباب وروي أبو سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فامقلوه ثم اتقلوه فان في أحد جناحيه داء وفي الآخر دواء وهو يقدم الداء على الدواء ولا شأن أن

الذي باب مع ضعف بنيته اذا مقل في الطعام الحار يموت فلو اوجب التجسس لكان الامر بالمقل أمرا بابا فساد المال واضاعته مع نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعه المال وانه متناقض وحاشا أن يتناقض كلامه ولا نألو حكما بنجاستهم الواقع للناس في الحرج لأنه يتهذر صون الاواني عنها فاشبه موت الدودة المتولدة عن الخلل فيه وبه تميز أن النص لم يتناول محل الضرورة والحرج مع ما أن السمل والجراذيم مخصوصان عن النص اذ هما مبيتان بنص النبي صلى الله عليه وسلم والمخصص انعدام الدم المسفوح والدم المسفوح ههنا منعدم (وأما) الذي له دم سائل فلا خلاف في الاجزاء التي فيها دم من اللحم والشحم والجلد ونحوها أنها نجسة لاحتباس الدم النجس فيها وهو الدم المسفوح (وأما) الاجزاء التي لادم فيها فان كانت صلبة كالقرن والعظم والسن والحافر والخف والظلف والشعر والصوف والعصب والانفحة الصلبة فليست بنجسة عند أصحابنا وقال الشافعي الميتات كلها نجسة لظاهر قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والحرمة لا الاحترام دليل النجاسة ولاصحابنا طريقان أحدهما أن هذه الاشياء ليست بعينة لان الميتة من الحيوان في عرف الشرع اسم لما زالت حياته لا يصنع أحد من العباد أو يصنع غير متمروع ولا خبيثة في هذه الاشياء فلا تكون ميتة والثاني أن نجاسة الميتات ليست لاعتنائها بل لما فيها من الدماء السائلة والرطوبات النجسة ولم توجد في هذه الاشياء وعلى هذا ما أبين من الحي من هذه الاجزاء وان كان المبان جزأ فيه دم كاليد والاذن والانف ونحوها فهو نجس بالاجماع وان لم يكن فيه دم كالشعر والصوف والظفر ونحوها فهو على الاختلاف وأما الانفحة المائعة واللبن فطاهران عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد نجسان (لهما) أن اللبن وان كان طاهرا في نفسه لكنه صار نجسا مجاورا لرجس ولا في حنيفة قوله تعالى وان لكم في الانعام لعبرة نسقيكم مما في بطونهم امن بين فرث ودم لبنا خالصا سائغا للشاربين وصف اللبن مطلقا بالخلوص والسبوغ مع خروجه من بين فرث ودم وذا آية الطهارة وكذا الآية خرجت مخرج الامتنان والمنة في موضع النعسة تدل على الطهارة وبه تبين أنه لم يختلطه النجس اذ لا خلوص مع النجاسة ثم ما ذكرنا من الحكم في اجزاء الميتة التي لادم فيها من غير الادى والخنزير فاما حكمها فيها فاما الادى فمن أصحابنا فيسهل وايشان في رواية نجسة لا يجوز بيعها والصلاة معها اذا كان أكثر من قدر الدرهم وزنا أو عرضا على حسب ما يلحق به ولو وقع في الماء القليل يفسده وفي رواية طاهر وهي الصحيحة لأنه لادم فيها والنجس هو الدم ولانه يستحيل أن تكون طاهرة من الكلب نجسة من الادى المكرم الا أنه لا يجوز بيعها ويحرم الاتقاء بها احتراماً للادى كما اذا طعن سن الادى مع الحنطة أو عظمه لا يساح تناول الخبز المتخذ من دقيقها لا يكون نجسا بل تعظيمه كماله لا يصير متناولا من اجزاء الادى كذا هذا (وأما) الخنزير فقدر روى عن أبي حنيفة أنه نجس العين لان الله تعالى وصفه بكونه رجسا فيحرم استعمال شعره وسائر اجزائه الا أنه رخص في شعرة الخرازين للضرورة وروى عن أبي يوسف في غير رواية الاصول أنه ذكره ذلك أيضا نصا ولا يجوز بيعها في الزوايات كلها ولو وقع شعره في الماء القليل روى عن أبي يوسف أنه نجس الماء وعن محمد أنه لا نجس ما لم يظلم على الماء كشعر غيره وروى عن أصحابنا في غير رواية الاصول أن هذه الاجزاء منه طاهرة لانعدام الدم فيها والصحيح أنها نجسة لان نجاسة الخنزير ليست لما فيه من الدم والرطوبة بل لعينه (وأما) الكلب فالكلام فيه بناء على أنه نجس العين أم لا وقد اختلف مشايخنا فيه فمن قال انه نجس العين فقد اختلف به بالخنازير فكان حكمه حكم الخنزير ومن قال انه ليس بنجس العين فقد جعله مثل سائر الحيوانات سوى الخنزير وهذا هو الصحيح لما ذكرنا (ومنها) سؤر الكلب والخنزير عند طامة العلماء وجملة الكلام في الاسا رأينا أربعة أنواع نوع طاهر متفق على طهارته من غير كراهة ونوع مختلف في طهارته ونجاسته ونوع مكره ونوع مشكوك فيه (أما) السؤر الطاهر المتفق على طهارته فسؤر الآدى بكل حال مسلما كان أو مشركا صغيرا أو كبيرا ذكرا أو أنثى طاهرا أو نجسا حائضا أو جنبا الا في حال شرب الخمر لمسا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أتى بعس من لبن فشرب بعضه ونال الباقي اهرابا كان على

عنه فشرب ثم ناوله أبا بكر فشرب وروى أن عائشة رضی الله عنها شربت من اناء في حال حيضها فوضع رسول الله صلى الله عليه وسلم يده على موضع فحاجبها فشرب ولان سور متعذب من لجه ولجه طاهر فكان سور طاهرا الا في حال شرب الخمر لنجاسة فيه وقيل هذا اذا شرب الماء من ساعته فاما اذا شرب الماء بعد ساعة معتبرة ابتلع رزاقه فيها ثلاث مرات يكون طاهرا عند أبي حنيفة خلافا لهما بناء على مسئلتين احدهما ازالة النجاسة الحقيقية عن الثوب والبدن بما سوى الماء من المائعات الطاهرة والثانية ازالة النجاسة الحقيقية بالغسل في الاواني ثلاث مرات وأبو يوسف مع أبي حنيفة في المسئلة الاولى ومع محمد في المسئلة الثانية لكن اتفق جوامعنا في هذه المسئلة لاصلين مختلفين أحدهما أن الصب شرط عند أبي يوسف ولم يوجد والثاني أن ما سوى الماء من المائعات ليس بطهور عند محمد وبعض أصحاب الظواهر كرهوا سور المشرك لظاهر قوله تعالى انما المشركون نجس وعندنا هو محمول على نجاسة خبيث الاعتقاد بدليل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أنزل وفد قتيق في المسجد وكانوا مشركين ولو كان عنهم نجسا لما فعل مع أمره بتهطير المسجد واخباره عن انزاه المسجد من النجاسة مع طهارتها وكذا سور ما يؤكل لجه من الانعام والطيور والابل الجلالة والبقرة الجلالة والدجاجة المخلاة لان سور متولد من لجه ولجه طاهر وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ بسور بعيرا وشاة الا انه يكره سور الابل الجلالة والبقرة الجلالة والدجاجة المخلاة لاحتمال نجاسة فيها ومنقارها لانها تأكل النجاسة حتى لو كانت محبوسة لا يكره (وصفة) الدجاجة المحبوسة أن لا يصل منقارها الى ماتحت قدميه فان كان يصل فهي مخلاة لأن احتمال بحث النجاسة قائم وأما سور الفرس فعلى قول أبي يوسف ومحمد طاهر لطهارة لجه وعن أبي حنيفة رويان كفي لجه في رواية الحسن نجس كاحمه وفي ظاهر الرواية طاهر كاحمه وهي رواية أبي يوسف عنه وهو الصحيح لأن كراهة لجه لالنجاسة بل لتقليل ارباب العدو وآلة السكر والفر وذلك منعدم في السور والله أعلم (وأما) السور المختلف في طهارته ونجاسته فهو سور الخنزير والكلب وسائر سباع الوحش فانه نجس عند عامة العلماء وقال مالك طاهر وقال الشافعي سور السباع كلها طاهر سوى الكلب والخنزير (وأما) الكلام مع مالك فهو يحتاج بظاهر قوله تعالى وهو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا لأباح الانتفاع بالاشياء كلها ولا يباح الانتفاع الا بالطاهر الا أنه حرم كل بعض الحيوانات وحرمة الاكل لا تدل على النجاسة كالأدعي وكذا الذباب والعقرب والزنبور ونحوها طاهرة ولا يباح أكلها الا أنه يجب غسل الاناء من ولوغ الكلب مع طهارته تعبدا ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا واغ الكلب في اناء أحدكم فاغسلوه ثلاثا وفي رواية خمسا وفي رواية سبعا والامر بالغسل لم يكن تعبدا اذ لا قربة تحصل بغسل الاواني الا ترى أنه لو لم يقصد صب الماء فيه في المستقبل لا يلزمه الغسل فعلم أنه لنجاسته ولان سور هذه الحيوانات متعذب من لحومها ولحومها نجسة ويمكن التحرز عن سورها وصيانة الاواني عنها فيكون نجسا ضرورة (وأما) الكلام مع الشافعي فهو يحتاج بما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل فقيل أنتوضأ بما أفضلت الخمر فقال نعم وبما أفضلت السباع كلها وعن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن المياه التي بين مكة والمدينة وما يرد لها من السباع فقال صلى الله عليه وسلم لها ما جلت في بطونها وما بقي فهو لنا شراب وطهور وهذا نص (ولنا) ما روى عن عمر وعمر بن العاص أنهم ما وردا حوضا فقال عمرو بن العاص لصاحب الحوض اترد السباع حوضكم فقال عمر رضي الله عنه يا صاحب الحوض لا تخبرنا ولو لم ينجس الماء القليل بشر به امنتم لم يكن للسؤال ولا للثبي معنى ولان هذا حيوان غير مأكول اللحم ويمكن صون الاواني عنها ويختلط بشر به العاه بالماء ولعابها نجس لتعذبه من لجهما وهو نجس فكان سورها نجسا كسور الكلب والخنزير بخلاف الهرة لأن صيانة الاواني منها غير ممكن وتأويل الحديثين انه كان قبل تحريم لحم السباع أو السؤال وقع عن المياه الكثيرة وبه نقول ان مثلها لا ينجس (وأما) السور المذكورة فهو سور سباع الطير كالبازي والصقر والحدأة ونحوها

استحسانا والقياس ان يكون نجسا اعتبارا باجمعها كسور سباع الوحش وجه الاستحسان انها تشرب
 بنقارها وهو عظم جاف فلم يختلط لعابها بسورها بخلاف سور سباع الوحش ولان صيانتها لا وافي عنها
 متعذرة لانها تنقض من الهواء فتشرب بخلاف سباع الوحش الا انه يكره لان الغالب انها تتناول الجيف
 والميتات فكان منقارها في معنى منقار الدجاجة المخلاة (وكذا) سور سواكن البيوت كالفأرة والحبة
 والوزغة والعقرب ونحوها (وكذا) سور الهرة في رواية الجامع الصغير ذكر في كتاب الصلاة أحب إلى
 ان يتوضأ بغيره ولم يذكر الكراهة وعن أبي يوسف والشافعي لا يكره (واحتجنا) بما روي ان النبي صلى الله
 عليه وسلم كان يصغى لها الا انه فتنشرب منه ثم يشرب ويتوضأ به (ولأبي) حنيفة ما روى أبو هريرة رضي
 الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الهرة سبع وهذا بيان حكمها وقال النبي
 صلى الله عليه وسلم يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلاثا ومن ولوغ الهرة مرة والمعنى في كراهته من وجهين
 أحدهما ما ذكره الطحاوي وهو ان الهرة نجسة لنجاسة لفظها لكن سقطت نجاسة سورها لضرورة الطواف
 بقيت الكراهة لا مكان التحريم في الجملة والثاني ما ذكره الكرخي وهو انهم ليست بنجسة لان النبي صلى الله عليه
 وسلم نفي عنها النجاسة بقوله الهرة ليست بنجسة ولكن الكراهة لتوهم أخذها الفأرة فصار معها كيد المستيقظ
 من نومه وما روي من الحديث يحتمل انه كان قبل تحريم السباع ثم نسخ على مذهب الطحاوي ويحتمل ان
 النبي صلى الله عليه وسلم علم من طريق الوحي ان تلك الهرة لم يكن على ذهاب نجاسة على مذهب الكرخي أو يحتمل
 فعله صلى الله عليه وسلم على بيان الجواز وعلى هذا تناول بقية طعاما كفته وتركها للوحش القدر ان ذلك محمول
 على تعليم الجواز ولولا قلت الفأرة ثم شرب الماء قال أبو حنيفة ان شربه على الفور نجس الماء وان مكثت ثم
 شربت لا ينجس وقال أبو يوسف ومحمد ينجس بناء على ما ذكرنا من الاصلين في سور شارب الخمر والله اعلم (وأما)
 السور المشكوك فيه فهو سور الجار والبغل في جواب ظاهر الرواية وروي الكرخي عن أصحابنا ان سورهما
 نجس وقال الشافعي ظاهر وجه قوله ان عرفه طاهر لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يركب الجار معرويا
 والحر حر الحجاز قلما يسلم الثوب من عرقه وكان يصلي فيه فاذا كان العرق طاهرا فالسور أولى وجه رواية
 الكرخي ان الاصل في سور النجاسة لان سور لا يتخلو عن لعابه ولعابه متعذب من لجه ولجه نجس فلو سقط
 اعتبار نجاسته انما يسقط لضرورة المخالطة والضرورة متعارضة لانه ليس في المخالطة كالهرة ولا في المجاورة
 كالكلب فوق الشئ في سقوط حكم الأصل فلا يسقط بالشئ وجه ظاهر الرواية ان الآثار تعارضت في طهارة
 سور ونجاسته عن ابن عباس رضي الله عنه انه كان يقول الجار يعتلف القث والتبن فسور طاهر وعن ابن عمر
 رضي الله عنهما انه كان يقول انه رجس وكذا تعارضت الأخبار في كل لجه ولبنه روي في بعضها النهي وفي بعضها
 الاطلاق وكذا اعتبار عرقه يوجب طهارة سور واعتبار لجه ولبنه يوجب نجاسته وكذا تحقق أصل الضرورة
 لدورانها في ضمن الدار وشربه في الاناء يوجب طهارته وتفاعدها عن ضرورة الهرة باعتبار انه لا يعلو العرف ولا
 يدخل المضائق يوجب نجاسته والتوقف في الحكم عند تعارض الأدلة واجب فلذلك كان مشكوكا فيه فوجبنا الجمع
 بين التيمم وبين التوضؤ به احتياط لان التوضؤ به لو جاز لا يضر التيمم ولو لم يجز التوضؤ به جازت صلاته بالتيمم
 فلا يحصل الجواز بيقين الا بالجمع بينهما وإيهما قدم جاز عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز حتى يقدم التوضؤ
 على التيمم ليصير عادما للماء والصحيح قول أصحابنا الثلاثة لما ذكرنا انه ان كان طاهرا فقد توضأ به قدم أو آخر
 وان كان نجسا ففرضه التيمم وقد أتى به فان قيل في هذا ترك الاحتياط من وجه آخر لان على تقدير كونه
 نجسا تمتنعس به أعضاؤه وثيابه فالجواب ان الحديث كان ثابتا بيقين فلا يحصل الطهارة بالشئ والعضو والثوب
 كل واحد منهما كان طاهرا بيقين فلا ينجس بالشئ وقال بعضهم الشئ في ظهوره ثم من مشايخنا من حصل
 هذا الجواب في سور الأثان وقال في سور الفحل انه نجس لانه يشم البول فتنجس شفتاه وهذا غير مستدل لانه

أمر موهوم لا يغلب وجوده فلا يؤثر في إزالة الثابت ومن مشايخنا من جعل الأسار خمسة أقسام أربعة منها ما ذكرنا وجعل الخامس منها السور نجس المنفق على نجاسته وهو سور الخنزير وليس كذلك لأن في الخنزير خلاف مالك كما في الكلب فانحصرت القسمة على أربعة (ومنها) الخمر والسكر أما الخمر فلأن الله تعالى سهاه رجسا في آية تحريم الخمر فقال رجس من عمل الشيطان والرجس هو النجس ولأن كل واحد منهما حرام والحرم لا الاحترام دلائل النجاسة (ومنها) غسالة النجاسة الحقيقية وجملة الكلام أن غسالة النجاسة نوعان غسالة النجاسة الحقيقية وغسالة النجاسة الحكيمة وهي الحدث أما غسالة النجاسة الحقيقية وهي ما إذا غسلت النجاسة الحقيقية ثلاث مرات فالمياه الثلاث نجسة لأن النجاسة انتقلت إليها إذ لا يتخلو كل ماء عن نجاسة فواجب تنجيسها وحكم المياه الثلاث في حق المنع من جواز التوضؤ بها والمنع من جواز الصلاة بالثوب الذي أصابته سواء لا يختلف وأما في حق تطهير المحل الذي أصابته فيختلف حكمها حتى قال مشايخنا أن الماء الأول إذا أصاب ثوبا لا يطهره إلا بالعصر والغسل مرتين بعد العصر والماء الثاني يطهر بالغسل مرة بعد العصر والماء الثالث يطهر بالعصر لا غير لأن حكم كل ماء حين كان في الثوب الأول كان هكذا فكذا في الثوب الذي أصابه واعتبروا بذلك بالدلو المزوج من البئر النجسة إذا صب في بئر طاهرة أن الثانية تطهر بما تطهر به الأولى كذا هذا وهل يجوز الانتفاع بالغسالة فيما سوى الشرب والتطهير من بل الطين وسقي الدواب ونحو ذلك فإن كان قد تغير طعمها أو لونها أو ريحها لا يجوز الانتفاع لأنه لما تغير دل أن النجس غالب فالتحق بالبول وإن لم يتغير شيء من ذلك يجوز لأنه لما لم يتغير دل أن النجس لم يغلب على الطاهر والانتفاع بما ليس بنجس العين مباح في الجملة وعلى هذا إذا وقعت الفارة في السمن فانت فيه أنه إن كان جامدا تاقى الفارة وما حولها ويؤكل الباقي وإن كان ذائبا لا يؤكل ولكن يستصح به ويدبغ به الجلد ويجوز بيعه وينبغي للبائع أن يبين عيبه فإن لم يبين وباعه ثم علم به المشتري فهو بالخيار إن شاء رده وإن شاء رضى به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به (واحتج) بما روى عن أبي موسى الأشعري رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن فأرة ماتت في سمن فقال إن كان جامدا فقلعه وما حولها وكلا الباقي وإن كان ذائبا فارقوه ولو جاز الانتفاع به لما أمر بارأقه ولا نهى بنجس فلا يجوز الانتفاع به ولا بيعه كالخنزير (ولنا) ما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن فأرة ماتت في سمن فقال تاقى الفارة وما حولها ويؤكل الباقي فقليل يارَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ لو كان السمن ذائبا فقال لانا كأولئك انتفعوا به وهذا نص في الباب ولا نهى في الجامد لا تجاوز إلا ما حولها وفي الذائب تجاوز الكل فصار الكل نجسا وأكل النجس لا يجوز فأما الانتفاع بما ليس بنجس العين فباح كالثوب النجس وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقاء ما حولها في الجامد وإراقة الذائب في حديث أبي موسى لبيان حرمة الأكل لأن معظم الانتفاع بالسمن هو الأكل والحد الفاصل بين الجامد والذائب أنه إن كان بحال لو قور ذلك الموضع لا يستوى من ساعته فهو جامد وإن كان يستوى من ساعته فهو ذائب وإذا دبغ به الجلد يؤمر بالغسل ثم إن كان يعصر بالعصر يغسل ويعصر ثلاث مرات وإن كان لا يعصر لا يطهر عند محمد أبدا وعند أبي يوسف يغسل ثلاث مرات ويجفف في كل مرة وعلى هذا مسائل نذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى (وأما) غسالة النجاسة الحكيمة وهي الماء المستعمل فالكلام في الماء المستعمل يقع في ثلاثة مواضع أحدها في صفته أنه طاهر أم نجس والثاني في أنه في أي حال يصير مستعملا والثالث في أنه بأي سبب يصير مستعملا (أما) الأول فقد ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يجوز التوضؤ به ولم يذكر أنه طاهر أم نجس وروى محمد عن أبي حنيفة أنه طاهر غير طهور وبه أخذ الشافعي وهو أظهر أقوال الشافعي وروى أبو يوسف والحسن بن زياد عنه أنه نجس غير أن الحسن روى عنه أنه نجس نجاسة غليظة يقدر فيه بالدرهم وبه أخذ أبو يوسف وروى عنه أنه نجس نجاسة خفيفة يقدر فيه بالكثير الفاحش وبه أخذ وقال زفران كان المستعمل متوضئا فالماء المستعمل طاهر وطهور وإن كان محمدا فهو طاهر غير طهور وهو أحد أقوال الشافعي وفي

قول له انه طاهر وطهور بكل حال وهو قول مالك ثم مشايخ بلخ حققوا الخلاف فقالوا الماء المستعمل نجس عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد طاهر غير طهور ومشايخ العراق لم يحققوا الخلاف فقالوا انه طاهر غير طهور وعند أصحابنا حتى روى عن القاضي أبي حازم العراقي انه كان يقول انا أرجو أن لا تثبت رواية نجاسة الماء المستعمل عن أبي حنيفة وهو اختيار المحققين من مشايخنا بما وراء النهر وجه قول من قال انه طهور وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الماء طهور لا ينجسه شيء الا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه ولم يوجد التغير بعد الاستعمال ولان هذا ماء طاهر لا في عضو طاهر فلا يصير نجسا كالماء الطاهر اذا غسل به ثوب طاهر والدليل على انه لا في محل طاهر ان اعضاء المحدث طاهرة حقيقة وحكما اما الحقيقة فلا نعدام النجاسة الحقيقية حسا ومشاهدة واما الحكم فلما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يمر في بعض سكك المدينة فاستقبله حذيفة بن اليمان فاراد النبي صلى الله عليه وسلم ان يصافحه فامتنع وقال اني جنب يا رسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان المؤمن لا ينجس وروى انه صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضي الله عنها انا وليني الخمر فقالت اني حائض فقال ليست حبضت في يدك ولهذا جاز صلاة حامل المحدث والجنب وحامل النجاسة لا تجوز صلاته وكذلك عرقه طاهر وسوره طاهر واذا كانت اعضاء المحدث طاهرة كان الماء الذي لا قاطا طاهر ضرورة لان الطاهر لا يتغير عما كان عليه الا بانتقال شيء من النجاسة اليه ولا نجاسة في المحل على ما مر فلا يتصور الانتقال فبقي طاهرا وهذا يحتاج محمد لا ثبات الطهارة الا انه لا يجوز التوضؤ به لا نأبعدنا باستعمال الماء عند القيام الى الصلاة شرعا غير معقول التطهير لان تطهير الطاهر محل والشرع ورد باستعمال الماء المطلق وهو الذي لا يقوم به خبث ولا معنى يمنع جواز الصلاة وقد قام بالماء المستعمل أحدهذين المعنيين اما على قول محمد فلا نه أقيم به قرينة اذا توضأ به لاداء الصلاة لان الماء انما يصير مستعملا بقصد التقرب عنده وقد ثبت بالا حاديت ان الوضوء سبب لازالة الاتام عن المتوضئ للصلاة فينتقل ذلك الى الماء فيتمكن فيه نوع خبث كالسائل الذي تصدق به ولهذا سميت الصدقة غسالة الناس واما على قول زفر فلا نه قام به معنى مانع من جواز الصلاة وهو الحدث لان الماء عنده انما يصير مستعملا بازالة الحدث وقد انتقل الحدث من البدن الى الماء ثم الخبث والحدث وان كانا من صفات المحل والصفات لا تحقل الانتقال لكن الحق ذلك بالعين النجسة القائمة بالمحل حكما والاعيان الحقيقية قابلة للانتقال فكذا ما هو ملحق بها شرعا واذا قام بهذا الماء أحد هذين المعنيين لا يكون في معنى الماء المطلق فيقتصر الحكم عليه على الاصل المعهود ان ما لا يعقل من الاحكام يقتصر على المنصوص عليه ولا يتعدى الى غيره الا اذا كان في معناه من كل وجه ولم يوجد وجه رواية النجاسة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من جنباته حرم الاغتسال في الماء القليل لاجتماعنا على ان الاغتسال في الماء الكثير ليس بحرام فلو لان القليل من الماء ينجس بالاغتسال بنجاسة الغسالة لم يكن لانتهى معنى لان القاء الطاهر في الطاهر ليس بحرام اما نجس الطاهر غرام فكان هذا نهيا عن نجس الماء الطاهر بالاغتسال وذا يقتضى التجسس به ولا يقال انه يحقل انه نهى لمافيه من اخراج الماء من ان يكون مطهرا من غير ضرورة وذلك حرام لاننا نقول الماء القليل انما يخرج عن كونه مطهرا باختلاط غير المطهر به اذا كان الغير غالبا عليه كما ورد واللين ونحو ذلك فاما اذا كان مغلوبا فلا وهما الماء المستعمل ما يلاقى البدن ولا شأن ذلك أقل من غير المستعمل فكيف يخرج به من ان يكون مطهرا فاما ملاقاته النجس الطاهر فتوجب نجس الطاهر وان لم يعلب على الطاهر لا خلاطه بالطاهر على وجه لا يمكن التمييز بينهما فيحكم بنجاسة الكل فثبت ان النهى لما قلنا ولا يقال انه يحقل انه نهى لأن اعضاء الجنب لا تخلو عن النجاسة الحقيقية وذا يوجب نجس الماء القليل لاننا نقول الحديث مطلق فيجب العمل باطلاقه ولأن النهى عن الاغتسال ينصرف الى الاغتسال المسنون لأنه هو المتعارف فيما بين المسلمين والمسنون منه هو ازالة النجاسة الحقيقية عن البدن قبل الاغتسال على ان النهى عن ازالة النجاسة الحقيقية التي على البدن استفيد بالتهى عن البول فيه

فوجب حل النهي عن الاغتسال فيه على ما ذكرنا صيانة لكلام صاحب الشرع عن الاعادة الخالية عن الافادة
ولأن هذا مما استخبه الطباع السليمة فكان محزما لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والحرمة لا للاحترام
دليل النجاسة ولأن الامة اجتمعت على ان من كان في السفر ومعه ماء يكفيه لوضوئه وهو بحال يخاف على نفسه
العطش يباح له التيمم ولو بقي الماء طاهرا بعد الاستعمال لما يباح لأنه يمكنه ان يتوضأ يأخذ الغسالة في اناء نظيف
ويمسكها للشرب والمعنى في المسئلة من وجهين أحدهما في المحدث خاصة والثاني بعم القاصدين اما الأول فلأن
المحدث هو خروج شئ نجس من البدن وبه يتنجس بعض البدن حقيقة فيتنجس الباقي تقديره وهذا أمر نأبى الغسل
والوضوء وسمى تطهيرا وتطهيرا طاهرا لا يعقل فدل تسميتها تطهيرا على النجاسة تقديره ولهذا لا يجوز له أداء الصلاة
التي هي من باب التعميم ولولا النجاسة المانعة من التعظيم لحازت ثبت ان على أعضاء المحدث نجاسة تقديرية
فاذا توضأ انتقلت تلك النجاسة الى الماء فيصير الماء نجسا تقديره وحكما والنجس قد يكون حقيقيا وقد يكون
حكما كالنحر والثاني ما ذكرنا انه يزيل نجاسة الآثام وخبيثها فنزل ذلك منزلة حيث انخر اذا أصاب الماء بجمسه كذا
هذان من أبي يوسف جعل نجاسته خفيفة اعموم البلوى فيه لتعذر صيانة الثياب عنه ولكونه محل الاجتهاد
فاوجب ذلك خفة في حكمه والحسن جعل نجاسته غليظة لأنها نجاسة حكيمية وانما أغلظ من الحقيقة لا ترى
انه عني عن القليل من الحقيقة دون الحكيمية بان بقي على جسده لمعة يسيرة وعلى هذا الاصل ينبغي ان التوضوء
في المسجد مكره عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا بأس به اذا لم يكن عليه قدر فحمد مر على أصله انه طاهر
وأبو يوسف مر على أصله انه نجس واما عند أبي حنيفة فعلى رواية النجاسة لا يشكل واما على رواية الطهارة
فلانه مستقدر طهرا فيجب تنزيه المسجد عنه كما يجب تنزيهه عن الخياط والبلغم ولو اختلط الماء المستعمل بالماء
القليل قال بعضهم لا يجوز التوضوء به وان قل وهذا فاسد ما عند محمد فلا نه طاهر لم يغلب على الماء المطلق فلا
يغيره من صفة الطهورة كاللبن واما عندهما فلان القليل مما لا يمكن التعرض عنه يجعل عفوا ولهذا قال ابن
عباس رضي الله عنه حين سئل عن القليل منه لا بأس به وسئل الحسن البصري عن القليل فقال ومن يملك نشر
الماء وهو ما تطاير منه عند الوضوء وانتشر أشار الى تعذر التعرض عن القليل فكان القليل عفوا ولا تعذر في الكثير
فلا يكون عفو انما الكثير عند محمد ما يغلب على الماء المطلق وعندهما ان يتبين مواقع القطرة في الاناء (واما)
بيان حال الاستعمال وتفسير الماء المستعمل فقال بعض مشايخنا الماء المستعمل ما زایل البدن واستقر في مكان
وذ كفي الفتاوى ان الماء اذا زال عن البدن لا ينجس ما لم يستقر على الارض أو في الاناء وهذا مذهب سفيان
الثوري فاما عندنا فادام على العضو الذي استعماله فيه لا يكون مستعملا واذا زایل صار مستعملا وان لم يستقر
على الارض أو في الاناء فانه ذ كفي الاصل اذا مسح رأسه بما أخذه من لحيته لم يجز ما وان لم يستقر على الارض أو
في الاناء وذ كفي باب المسح على الخفين ان من مسح على خفيه وبقي في كفه بلل فمسح به رأسه لا يجز به وعمل بان
هذا ما قد مسح به مرة أشار الى صيرورته مستعملا وان لم يستقر على الارض أو في الاناء وقالوا فيمن توضأ وبقي
على رجله لمعة فغسلها ببلل أخذه من عضو آخر لا يجوز وان لم يوجد الاستقرار على المكان فدل على أن المذهب
ما قلنا (اما) سفيان فقد استدلل بمسائل زعم انها تدل على صحة ما ذهب اليه (منها) اذا توضأ واغتسل وبقي
على يده لمعة فاخذ بالبلل منها في الوضوء أو من أي عضو كان في الغسل وغسل الامة يجوز (ومنها) اذا توضأ وبقي
في كفه بلل فمسح به رأسه يجوز وان زایل العضو الذي استعماله فيه لعدم الاستقرار في مكان (ومنها) اذا مسح
أعضاءه بالنديل وابتل حتى صار كثيرا فاحشأ وتقاطر الماء على ثوب مقدار الكثير الفاحش جازت الصلاة معه
ولو أعطى له حكم الاستعمال عند المزيلة لما جازت (ولنا) ان القياس ان يصير الماء مستعملا بنفس الملافة
لما ذكرنا بما اتهم أنه وجد سبب صيرورته مستعملا وهو ازالة المحدث أو استعماله على وجه القرية وقد حصل
ذلك بمجرد الملافة فيمكن ان يوجب ذلك كل جزء من العضو جزء من الماء الا ان في ذلك حرجا فالشرع أسقط

اعتبار حالة الاستعمال في عضو واحد حقيقة أو في عضو واحد حكماً كما في الجنابة ضرورة دفع الخرج فإذا زایل العضو زالت الضرورة فيظهر حكم الاستعمال بقضية القياس وقد خرج الجواب عن المسئلة الأولى (واما) المسئلة الثانية فقد ذكر الحالم الجليل انها على التفصيل ان لم يكن استعماله في شيء من أعضائه يجوز اما اذا كان استعماله لا يجوز والصحيح أنه يجوز وان استعماله في المغسولات لأن فرض الغسل انما نادى بما جرى على عضوه لا بالبلية الباقية فلم تكن هذه البلية مستعملة بخلاف ما اذا استعماله في المسح على الخف ثم مسح به رأسه حيث لا يجوز لأن فرض المسح يتأدى بالبلية وتفصيل الحالم محمول على هذا وما مسح بالتمديد أو تقاطر على الثوب فهو مستعمل الا انه لا يمنع جواز الصلاة لان الماء المستعمل طاهر عند محمد وهو المختار وعندهما وان كان نجس لكن سقوط اعتبار نجاسته ههنا لكان الضرورة (واما) بيان سبب ضرورة الماء مستعملاً فعند أبي حنيفة وأبي يوسف الماء انما يصير مستعملاً باحد أمرين اما بازالة الحدث أو باقامة القرية وعند محمد لا يصير مستعملاً الا باقامة القرية وعند زفر والشافعي لا يصير مستعملاً الا بازالة الحدث وهذا الاختلاف لم ينقل عنهم نصاً لكن مسائلهم تدل عليه والصحيح قول أبي حنيفة وأبي يوسف لما ذكرنا من زوال المانع من الصلاة الى الماء واستصحاب الطبيعة اياه في الفصلين جميعاً اذا عرفنا هذا فنقول ذاتوضاً بنية اقامة القرية نحو الصلاة المعهودة وصلاة الجنائزة ودخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن ونحوها فان كان محدثاً صار الماء مستعملاً بخلاف لو جرد السببين وهو ازالة الحدث واقامة القرية جميعاً وان لم يكن محدثاً يصير مستعملاً عند أصحابنا الثلاثة لو جرد اقامة القرية لكون الوضوء على الوضوء نو راعى نو روعند زفر والشافعي لا يصير مستعملاً لانعدام ازالة الحدث ولو توضأ واغتسل للتردد فان كان محدثاً صار الماء مستعملاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر والشافعي لو جرد ازالة الحدث وعن محمد لا يصير مستعملاً لعدم اقامة القرية وان لم يكن محدثاً لا يصير مستعملاً بالاتفاق على اختلاف الاصول ولو توضأ بالماء المقيد كماء الورد ونحوه لا يصير مستعملاً لاجتماع لان التوضؤ به غير جائز فلم يوجد ازالة الحدث ولا اقامة القرية وكذا اذا غسل الاشياء الطاهرة من النبات والثمار والواني والاحجار ونحوها وغسل يده من الطين والوسخ وغسلت المرأة يدها من الحجين أو الجناء ونحو ذلك لا يصير مستعملاً لما قلنا ولو غسل يده للطعام أو من الطعام لقصد اقامة السنة صار الماء مستعملاً لان اقامة السنة قرب بقول النبي صلى الله عليه وسلم الوضوء قبل الطعام ركة وبعده ينقض اللهم ولو توضأ ثلاثاً ثلاثاً ثم زاد على ذلك فان أراد بالزيادة ابتداء الوضوء صار الماء مستعملاً لما قلنا وان أراد الزيادة على الوضوء الاول اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يصير مستعملاً لان الزيادة على الثلاث من باب التعدي بالنص وقال بعضهم يصير مستعملاً لان الزيادة في معنى الوضوء على الوضوء فكانت قرينة ولو أدخل جنباً أو حائضاً أو محدثاً يده في الاناء قبل أن يغسلها وليس عليها قنطرة وشرب الماء منه بقياس أصل أبي حنيفة وأبي يوسف ان يفسد وفي الاستحسان لا يفسد وجه القياس أن الحدث زال عن يده باذخاها في الماء وكذا عن شفته فصار مستعملاً وجه الاستحسان ما روى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كنت أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم نغتسل من اناء واحد وربما كانت تتنازع فيه الأيدي وروينا أيضاً عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تشرب من اناء وهي حائض وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يشرب من ذلك الاناء وكان يتبع مواضعهما جبالها ولان التعرض عن اصابة الحدث والجنابة والحيض غير ممكن وبالناس حاجة الى الوضوء والاغتسال والشرب وكل واحد لا يملك الاناء ليغترف الماء من الاناء العظيم ولا كل واحد يملك أن يتخذ آنية على حدة للشرب فيحتاج الى الاغتراف باليد والشرب من كل آنية فلم يسقط اعتبار نجاسة اليد والشفة لوقع الناس في الخرج حتى لو أدخل رجله فيه يفسد الماء لانعدام الحاجة اليه في الاناء ولو أدخلها في البئر لم يفسد كذا ذكر أبو يوسف في الامالي لانه يحتاج الى ذلك في البئر لطلب الدلو فجعل عفواً ولو أدخل في الاناء أو البئر بعض جسده سوى اليد والرجل أفسده لانه لا حاجة اليه وعلى هذا اصل تخرج مسئلة البئر اذا انغمس الجنب فيها لطلب الدلو لانه لا يغتسل وليس على

بدنه نجاسة حقيقية والجلبة فيه أن الرجل المنغمس لا يتخلو ما إن يكون طاهراً أو لم يكن بأن كان على بدنه نجاسة حقيقية أو حكمية كالجلبة والحدث وكل وجه على وجهين إما أن ينغمس لطلب الدلو أو للتبرد أو للاغتسال وفي المسئلة حكمان حكم الماء الذي في البئر وحكم الداخل فيها فإن كان طاهراً أو انغمس لطلب الدلو أو للتبرد لا يصير مستعملاً بالاجتماع لعدم إزالة الحدث وإقامة القرية وإن انغمس فيها للاغتسال صار الماء مستعملاً عند أصحابنا الثلاثة لوجود إقامة القرية وعند زفر والشافعي لا يصير مستعملاً لعدم إزالة الحدث والرجل طاهر في الوجهين جميعاً وإن لم يكن طاهراً فإن كان على بدنه نجاسة حقيقية وهو جنب أو لا فإنغمس في ثلاثة أبار أو أكثر من ذلك لا يخرج من الأولى والثانية طاهراً بالاجتماع ويخرج من الثالثة طاهراً عند أبي حنيفة ومحمد والمياه الثلاثة نجسة لكن نجاستها على التفاوت على ما ذكرنا وعند أبي يوسف المياه كلها نجسة والرجل نجس سواء انغمس لطلب الدلو أو للتبرد أو للاغتسال وعندهما أن انغمس لطلب الدلو أو للتبرد فالمياه باقية على حالها وإن كان الانغماس للاغتسال فالماء الرابع فصاعداً مستعمل لوجود إقامة القرية وإن كان على بدنه نجاسة حكمية فقط فإن أدخلها لطلب الدلو أو للتبرد يخرج من الأولى طاهراً عند أبي حنيفة ومحمد والصحيح لزوال الجلبة بالأغتماس مرة واحدة وعند أبي يوسف ونجس ولا يخرج طاهراً أبداً أو ما حكم المياه فالماء الأول مستعمل عند أبي حنيفة لوجود إزالة الحدث والبواقي على حالها لعدم ما يوجب الاستعمال أصلاً وعند أبي يوسف ومحمد المياه كلها على حالها ما عند محمد فظاهر أنه لم يوجب إقامة القرية بشئ منها وأما أبو يوسف فقد ترك أصله عند الضرورة على ما يذكر وروى بشر عنه أن المياه كلها نجسة وهو قياس مذهبه والحاصل أن عند أبي حنيفة ومحمد يظهر النجس بوروده على الماء القليل كما يظهر بورود الماء عليه بالصب سواء كان حقيقياً أو حكمياً على البدن أو على غيره غير أن النجاسة الحقيقية لا تزول إلا بالملاقاة ثلاث مرات والحكمية تزول بالمرة الواحدة وعند أبي يوسف لا يظهر النجس عن البدن بوروده على الماء القليل إلا كدقولا واحداً وله في الثوب قولان أما الكلام في النجاسة الحقيقية في الطرفين فسيأتي في بيان ما يقع به التطهير وأما النجاسة الحكمية فالكلام فيها على نحو الكلام في الحقيقية فابو يوسف يقول الأصل أن ملاقات أول عضو المحدث الماء يوجب صيرورته مستعملاً فكذا ملاقات أول عضو الطاهر الماء على قصد إقامة القرية وإذا صار الماء مستعملاً بول الملاقات لا تنهك طهارة بقية الأعضاء بالماء المستعمل فيجب العمل بهذا الأصل إلا عند الضرورة كالجنب والمحدث إذا أدخل يده في الأنا لا اغتراف الماء لا يصير مستعملاً ولا يزول الحدث إلى الماء المكان الضرورة وههنا ضرورة لحاجة الناس إلى إخراج الدلاء من الأبار فترك أصله لهذه الضرورة ولأن هذا الماء لو صار مستعملاً لما يصير مستعملاً بازالة الحدث ولو أزال الحدث لنجس ولو تنجس لا يزول الحدث وإذا لم يزول الحدث بقي طاهراً وإذا بقي طاهراً بقي الحدث فيقع الدور فقلعنا الدور من الابتداء فقلعنا أنه لا يزول الحدث عنه فبقي هو بحاله والماء على حاله وأبو حنيفة ومحمد يقولان إن النجاسة تزول بورود الماء عليها فكذا بورودها على الماء لأن زوال النجاسة بواسطة الاتصال والملاقاة بين الطاهر والنجس موجودة في الحالين ولهذا نجس الماء بعد الاتصال في الحالين جميعاً في النجاسة الحقيقية إلا أن حالة الاتصال لا يعطى لها حكم النجاسة والاستعمال للضرورة أمكان التطهير والضرورة متحقق في الصب إذ كل واحد لا يقدر عليه على كل حال فامتنع ظهور حكمه في هذه الحالة ولا ضرورة بعد الاتصال فيظهر حكمه وعلى هذا إذا أدخل رأسه أو خفه أو جبرته في الأنا وهو محدث قال أبو يوسف يجزئه في المسح ولا يصير الماء مستعملاً سواء نوى أو لم ينو لوجود أحد سببي الاستعمال وإنما كان لأن فرض المسح يتأدى بإصابة البلة إذ هو اسم للإصابة دون الاسالة فلم يزل شئ من الحدث إلى الماء الباقي في الأنا وإنما زال إلى البلة وكذا إقامة القرية تحصل بها فاقصر حكم الاستعمال عليها وقال محمد إن لم ينو المسح يجزئه ولا يصير الماء مستعملاً لأنه لم توجد إقامة القرية فقد مسح بماء غير مستعمل فاجزأه وإن نوى المسح اختلف المشايخ على قوله قال بعضهم

لا يجوز فيه ويصير الماء مستعملاً لأنه لا يقي رأسه الماء على قصد إقامة القرية صيره مستعملاً ولا يجوز المسح بالماء المستعمل والصحيح أنه يجوز ولا يصير الماء مستعملاً بالملاقاة لأن الماء إنما يأخذ حكم الاستعمال بعد الاتصال فلم يكن مستعملاً قبله فيجزئه المسح به جنب على يده وقد فرغوا من الماء بقمه وصبه عليه وروى المصنف عن أبي يوسف أنه لا يظهر أنه صار مستعملاً بازالة الحدث عن القدم والماء المستعمل لا يزال النجاسة بالاجتماع وذكر محمد بن الآثر أنه يظهر أنه لم يقر به قرية فلم يصير مستعملاً والله أعلم

فصل وأما بيان المقدار الذي يصير به المحل نجساً شرعاً فالنجس لا يخلو إما أن يقع في المائعات كالماء والخل ونحوهما وإما أن يصيب الثوب والبدن ومكان الصلاة فإن وقع في الماء فإن كان جارياً فإن كان النجس غير مرفق كالبول والخر ونحوهما لا نجس ما لم يتغير لونه أو طعمه أو ريحه ويتوضأ منه من أي موضع كان من الجانب الذي وقع فيه النجس أو من جانب آخر كذا ذكره محمد بن كتاب الأشربة لو أن رجلاً صب خابية من الخمر في القرات ورجل آخر أسفل منه يتوضأ به أن تغير لونه أو طعمه أو ريحه لا يجوز وإن لم يتغير بجوز وعن أبي حنيفة في الجاهل بال في الماء الجاري ورجل أسفل منه يتوضأ به قال لا بأس به وهذا لأن الماء الجاري مما لا يخلص بعضه إلى بعض فالأذى الذي يتوضأ به محتمل أنه نجس ومحتمل أنه طاهر والماء طاهر في الأصل فلا نجس به نجاسته بالشك وإن كانت النجاسة مريبة كالخيفه ونحوها فإن كان جميع الماء يجري على الخيفه لا يجوز التوضؤ من أسفل الخيفه لأنه نجس بيقين والنجس لا يظهر بالجريان وإن كان أكثره يجري على الخيفه فكذلك لأن العبرة للغالب وإن كان أقله يجري على الخيفه والاكثر يجري على الطاهر يجوز التوضؤ به من أسفل الخيفه لأن الغلوب ملحق بالعدم في أحكام الشرع وإن كان يجري عليها النصف أو دون النصف قال الشافعي أن يجرى التوضؤ به لأن الماء كان طاهراً بيقين فلا ينجس بكونه نجساً بالشك وفي الاستحسان لا يجوز احتياطاً على هذا إذا كان النجس عند الميزاب والماء يجري عليه فهو على التفصيل الذي ذكرنا وإن كانت النجاسة متفرقة على السطح ولم تكن عند الميزاب ذكر عيسى ابن أبيان أنه لا يصير نجساً ما لم يتغير لونه أو طعمه أو ريحه وحكمه حكم الماء الجاري وقال محمد بن النجاسة في جانب من السطح أو جانبين منه لا ينجس الماء ويجوز التوضؤ به وإن كانت في ثلاثة جوانب نجس اعتباراً للغالب وعن محمد بن ماء المطر إذا مر بعد ذات ثم استنقع في موضع غفاض فيه إنسان ثم دخل المسجد فصلى لا بأس به وهو محمول على ما إذا مر أكثره على الطاهر واختلف المشايخ في جد الجريان قال بعضهم هو أن يجري بالتبين والورق وقال بعضهم إن كان بحيث لو وضع رجل يده في الماء عرضاً لم ينقطع جريانه فهو جارٍ ولا فلا يرى عن أبي يوسف إن كان بحال لو اغترف إنسان الماء بكفيه لم ينجس وجه الأرض بالاعتراق فهو جارٍ ولا وقيل ما بعده الناس جارٍ فهو جارٍ وما لا فلا وهو أصح الأقاويل وإن كان راكداً فقد اختلف فيه قال أصحاب الظواهر إن الماء لا ينجس بوقوع النجاسة فيه أصلاً سواء كان جارياً أو راكداً وسواء كان قليلاً أو كثيراً تغير لونه أو طعمه أو ريحه أو لم يتغير وقال عامة العلماء إن كان الماء قليلاً ينجس وإن كان كثيراً لا ينجس لكنهم اختلفوا في الحد الفاصل بين القليل والكثير قال مالك إن تغير لونه أو طعمه أو ريحه فهو قليل وإن لم يتغير فهو كثير وقال الشافعي إذا بلغ الماء قلتين فهو كثير والقلتان عنده خمس قرب كل قرية خمسون مناً فيكون جلته مائتين وخمسين مناً وقال أصحابنا إن كان بحال يخلص بعضه إلى بعض فهو قليل وإن كان لا يخلص فهو كثير فاما أصحاب الظواهر فاحتجوا بظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم الماء طهور لا ينجسه شيء (واحتج) مالك بقوله صلى الله عليه وسلم خلق الماء طهوراً لا ينجسه شيء إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه وهو تمام الحديث أو بنى العام على الخاص عملاً بالدليلين (واحتج) الشافعي بقول النبي صلى الله عليه وسلم إذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثاً أي يدفع الخبث عن نفسه قال الشافعي قال ابن سريج أراد بالقلتين قللاً هجر كل قلة يسع فيها قبر بنان وشئ قال الشافعي وهو شئ مجهول فقد رثه بالنصف احتياطاً (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يمسح

يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا فإنه لا يدري أين باتت يده ولو كان الماء لا يتنجس بالغمس لم يكن للنهي والاحتياط
 لوهم النجاسة معنى وكذا الاخبار مستفيضة بالا مرفعل الاناء من ولوغ الكلب مع أنه لا يغير لونه ولا طعمه
 ولا ريحه وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يبوان أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من جنابة
 من غير فصل بين دأثم ودأثم وهذا نهى عن تنجيس الماء لان البول والاعتسال فيها لا يتنجس لكثرة ليس غنهي
 فدل على كون الماء الدائم مطلقا محتملا للنجاسة اذ النهى عن تنجيس ما لا يحتمل النجاسة ضرب من السقه وكذا
 الماء الذي يمكن الاغتسال فيه يكون أكثر من قلتين والبول والاعتسال فيه لا يغير لونه ولا طعمه ولا ريحه وعن
 ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما أنهما أمراني في زنجي وقع في بئر زمزم بنزح ماء البئر كله ولم يظهر أثره في الماء
 وكان الماء ماء أكثر من قلتين وذلك بحضرة من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم ما أحد فانه قد لا جماع من
 الصحابة على ما قلنا وعرف بهذا الاجماع أن المراد بماء ما لك هو الماء الكثير الجاري وبه تبين أن ما رواه
 الشافعي غير ثابت لكونه مخالفا لأجماع الصحابة رضي الله عنهم وخبر الواحد اذا ورد مخالفا للاجماع يرد بدل
 عليه أن علي بن المديني قال لا يثبت هذا الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وذكر أبو داود البجستاني وقال
 لا يكاد يصح لواحد من الفريقين حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم في تقدير الماء ولهذا رجع أصحابنا في
 التقدير الى الدلائل الحسية دون الدلائل السمعية ثم اختلفوا في تفسير الخلوص فانفتحت الروايات عن أصحابنا أنه
 يعتبر الخلوص بالتحريك وهو أن كان بحال لو حرك طرف منه يتحرك الطرف الآخر فهو مما يخلص وان كان
 لا يتحرك فهو مما لا يخلص وانما اختلفوا في جهة التحريك فروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه يعتبر التحريك
 بالاغتسال من غير عنف وروى محمد عنه أنه يعتبر التحريك بالوضوء وفي رواية باليد من غير اغتسال ولا وضوء
 واختلف المشايخ فالشيخ أبو حفص الكبير البخاري اعتبر الخلوص بالصبيغ وأبو نصر محمد بن محمد بن سلام اعتبره
 بالتكدير وأبو سليمان الجوزجاني اعتبره بالمساحة فقال ان كان عشر في عشر فهو مما لا يخلص وان كان
 دونه فهو مما يخلص وعبد الله بن المبارك اعتبره بالعشرة أولا ثم بخمسة عشر واليه ذهب أبو مطيع البلخي
 فقال ان كان خمسة عشر في خمسة عشر أرجو أن يجوز وان كان عشرين في عشرين لا أجدي في قلبي شيأ وروى
 عن محمد أنه قدره بمسجده فكان مسجده ثمانيا في ثمان وبه أخذ محمد بن سلمة وقبل كان مسجده عشرين في
 عشر وقبل مسح مسجده فوجد داخله ثمانيا في ثمان وخارجة عشرين في عشر وذكر الكرخي وقال لا عبرة
 بالتقدير في الباب وانما الاعتبار هو التحريك فان كان أكبر رأيه أن النجاسة خلصت الى هذا الموضع الذي يتوضأ
 منه لا يجوز وان كان أكبر رأيه انها لم تصل اليه يجوز لأن العمل بغالب الرأي وأكبر الظن في الاحكام واجب
 الا يرى أن خبر الواحد العدل يقبل في نجاسة الماء وطهارته وان كان لا يقيد برديقين وكذلك قال أصحابنا في التقدير
 العظيم الذي لو حرك طرف منه لا يتحرك الطرف الآخر اذا وقعت فيه النجاسة انه ان كان في غالب الرأي انها وصلت
 الى الموضع الذي يتوضأ منه لا يجوز وان كان فيه انها لم تصل يجوز وذكر في كتاب الصلاة في الميزاب اذا سال
 على انسان انه ان كان غالب ظنه أنه تنجس يجب غسله والا فلا وان لم يستقر قلبه على شيء لا يجب غسله في الحكم
 ولكن المستحب أن يغسل وأما حوض الحمام الذي يخلص بعضه الى بعض اذا وقعت فيه النجاسة أو توضأ انسان
 روى عن أبي يوسف انه ان كان الماء يجري من الميزاب والناس يغتربون منه لا يصير نجسا وهكذا روى الحسن
 عن أبي حنيفة لانه بمنزلة الماء الجاري ولو تنجس الحوض الصغير بوقوع النجاسة فيه ثم بسط ماؤه حتى صار
 لا يخلص بعضه الى بعض فهو نجس لان المبسوط هو الماء النجس وقيل في الحوض الكبير وقعت فيه النجاسة ثم
 قل ماؤه حتى صار يخلص بعضه الى بعض انه طاهر لان المجمع هو الماء الطاهر هكذا ذكره أبو بكر الاسكاف
 واعتبر حالة الوقوع ولو وقع في هذا القليل نجاسة ثم طوده الماء حتى امتلأ الحوض ولم يخرج منه شيء قال أبو
 القاسم الصفار لا يجوز التوضؤ به لانه كلما دخل الماء فيه صار نجسا ولو أن حوضين صغيرين يخرج الماء من

أحدهما ويدخل في الآخر فتوضأ منه إنسان في خلال ذلك جازلانه ماء جار حوض حكم بنجاسته ثم نضب ماؤه وجف أسفله حتى حكم بطهارته ثم دخل فيه الماء ثانياً هل يعود بنجاسته ر وإيتان عن أبي حنيفة وكذا الأرض إذا أصابها النجاسة جفت وزهت أثرها ثم عاودها الماء وكذا المني إذا أصاب الثوب نجف وفرك ثم أصابه بلل وكذا جلد الميتة إذا دبغ دباعة حكيمة بالتشميس والترتيب ثم أصابه الماء في هذه المسائل كلها وإيتان عن أبي حنيفة وأما البئر إذا تنجست فغار ماؤها وجف أسفلهما ثم عاودها الماء فقال نصير بن يحيى هو طاهر وقال محمد بن سلمة هو نجس وكذا روى عن أبي يوسف وجه قول نصير أن تحت الأرض ماء جار فيختلط الغائره فلا يحكم بكون الماء نجساً بالشك وجه قول محمد بن سلمة أن مانع يحقل أنه ماء جديد ويحقل أنه الماء النجس فلا يحكم بطهارته بالشك وهذا القول أحوط والاول أوسع هذا إذا كان الماء الراكد له طول وعرض فإن كان له طول بلا عرض كالأنهار التي فيها مياه راكدة لم يذكر في ظاهر الرواية وعن أبي نصر محمد بن محمد بن سلام أنه إن كان طول الماء ما لا يخلص بعضه إلى بعض يجوز التوضؤ به وكان يتوضأ في نهر بلخ ويحرك الماء بيده ويقول لا فرق بين أجزائي إياه وبين جريانه بنفسه فعلى قوله لو وقعت فيه نجاسة لا ينس مالم يتغير لونه أو طعمه أو ريحه وعن أبي سليمان الجوز جاني أنه قال لا يجوز التوضؤ فيه وعلى قوله لو وقعت فيه نجاسة أو بال فيه إنسان أو توضأ إن كان في أحد الطرفين ينس مقدار عشرة أذرع وإن كان في وسطه ينس من كل جانب مقدار عشرة أذرع فإذا ذهب إليه أبو نصر أقرب إلى الحكم لأن اعتبار العرض يوجب التنجيس واعتبار الطول لا يوجب فلا ينس بالشك ومأله أبو سليمان أقرب إلى الاحتياط لأن اعتبار الطول أن كان لا يوجب التنجيس فاعتبار العرض يوجب فيحكم بالنجاسة احتياطاً وأما العمق فهل يشترط مع الطول والعرض عن أبي سليمان الجوز جاني أنه قلل أن أحبابنا اعتبروا البسط دون العمق وعن القتيبة أبي جعفر الهندي وإن كان بحال لورفع إنسان الماء بكفيه انجس أسفله ثم اتصل لا يتوضأ به وإن كان بحال لا ينس أسفله لأبأس بالوضوء منه وقيل مقدار العمق أن يكون زيادة على عرض الدرهم الكبير المتقال وقيل أن يكون قدر شبر وقيل قدر ذراع ثم النجاسة إذا وقعت في الحوض الكبير كيف يتوضأ منه فنقول النجاسة لا تخلو ما أن تكون مرتبة أو غير مرتبة فإن كانت مرتبة كالخليفة ونحوها ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يتوضأ من الجانب الذي وقعت فيه النجاسة ولكن يتوضأ من الجانب الآخر ومعناه أنه يترك من موضع النجاسة قدر الحوض الصغير ثم يتوضأ كما فسر في الاملاء عن أبي حنيفة لانا تيقنا بالنجاسة في ذلك الجانب وشككنا فيما وراءه وعلى هذا قالوا فجن استجبي في موضع من حوض الحمام لا يجز به أن يتوضأ من ذلك الموضع قبل تحريك الماء وروى عن أبي يوسف أنه يجوز التوضؤ من أي جانب كان إلا إذا تغير لونه أو طعمه أو ريحه لأن حكمه حكم الماء الجاري ولو وقعت الخليفة في وسط الحوض على قياس ظاهر الرواية أن كان بين الخليفة وبين كل جانب من الحوض مقدار ما لا يخلص بعضه إلى بعض يجوز التوضؤ فيه والافلا لما ذكرنا وإن كانت غير مرتبة بأن بال فيه إنسان أو غنسل جنب اختلف فيه المشايخ قال مشايخ العراق إن حكمه حكم المرتبة حتى لا يتوضأ من ذلك الجانب وإنما يتوضأ من الجانب الآخر لما ذكرنا في المرتبة بخلاف الماء الجاري لأنه ينقل النجاسة من موضع إلى موضع فلم يستيقض بالنجاسة في موضع الوضوء ومشايعنا بما وراء النهر فصلوا بينهما في غير المرتبة أنه يتوضأ من أي جانب كان كما قالوا جميعاً في الماء الجاري وهو الأصح لأن غير المرتبة لا يستقر في مكان واحد بل ينتقل لكونه مانعاً سيالاً بطبعه فلم نستيقض بالنجاسة في الجانب الذي يتوضأ منه فلا نحكم بنجاسته بالشك على الأصل المعهود أن اليقين لا يزول بالشك بخلاف المرتبة وهذا إذا كان الماء في الحوض غير جامد فإن كان جامداً وثقب في موضع منه فإن كان الماء غير متصل بالجد يجوز التوضؤ منه بلا خلاف وإن كان متصلاً به فإن كان الثقب واسعاً بحيث لا يخلص بعضه إلى بعض فكذلك لأنه بمنزلة الحوض الكبير وإن كان الثقب صغيراً اختلف المشايخ فيه قال نصير بن يحيى وأبو بكر

الاسكاف لاخير فيه وسئل ابن المبارك فقال لا بأس به وقال أليس الماء يضطرب فتحته وهو قول الشيخ أبي حفص الكبير وهذا أوسع والأول أحوط وقالوا إذا حرك موضع الثقب تحرك كما ينبغي يعلم عنده ان ما كان راكدا ذهب عن هذا المكان وهذا ماء جديد يجوز بلا خلاف ولو وقعت نجاسة في الماء القليل فالنماء القليل لا يخلو من أن يكون في الأواني أو في البئر أو في الحوض الصغير فان كان في الأواني فهو نجس كيفما كانت النجاسة متجسدة أو مانعة لانه لا ضرورة في الأواني لا مكان صونها عن النجاسات حتى لو وقعت بعرة أو بერთان في الحلب عند الحلب ثم رميت من ساعتها بنجس اللبن كذا روى عنه خلف بن أيوب ونصير بن يحيى ومحمد بن مقاتل الرازي لمكان الضرورة وان كان في البئر فالواقع فيه لا يخلو من أن يكون حيوانا أو غيره من النجاسات فان كان حيوانا فاما أن يخرج حيا واما أن يخرج ميتا فان أخرج حيا فان كان نجس العين كالخنزير نجس جميع الماء وفي الكلب اختلاف المشايخ في كونه نجس العين فمن جعله نجس العين استدله بما ذكر في العيون عن أبي يوسف ان الكلب اذا وقع في الماء ثم خرج منه فانتفض فاصاب انسانا منه أكثر من قدر الدرهم لا تجوز صلاته وذكر في العيون أيضا ان كلبا ألصقه بالمطر فانتفض فاصاب انسانا منه أكثر من قدر الدرهم ان كان المطر الذي أصابه وصل الى جلده فعليه أن يغسل الموضع الذي أصابه والافلا ونص محمد في الكتاب قال وليس الميت بأن نجس من الكلب والخنزير فدل انه نجس العين وجه قول من قال انه ليس نجس العين انه يجوز بيعه ويضمن مثله ونجس العين ليس محلا للبيع ولا مضمونا بالاتلاف كالخنزير دل عليه انه يطهر جلده بالديباغ ونجس العين لا يطهر جلده بالديباغ كالخنزير وكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة في الكلب والسنور وقعا في الماء القليل ثم خرجا انه ينجس بذلك ولذلك قال مشايخنا فيمن صلى وفي كعبه بر وكاب انه تجوز صلاته وقيد الفقيه أبو جعفر الهندواني الجواز بكونه مسدودا لعم فدل انه ليس بنجس العين وهذا أقرب القولين الى الصواب وان لم يكن نجس العين فان كان آدميا ليس على بدنه نجاسة حقيقية ولا حكمية وقد استنصب لا يترج شيء في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يترج عثرون دلو او هذه الرواية لا تصح لأن الماء انما يصير مستعملا بزوال الحدث أو بقصد القرينة ولم يوجد شيء من ذلك وان كان على بدنه نجاسة حقيقية أولم يكن مستنجبا يترج جميع الماء لا اختلاط النجس بالماء وان كان على بدنه نجاسة حكمية بان كان محدثا أو جنبا أو حائضا أو نفثا فعلى قول من لا يجمل هذا الماء مستعملا لا يترج شيء لانه طهور وكذا على قول من جعله مستعملا وجعل الماء المستعمل طاهرا لان غير المستعمل أكثر فلا يخرج عن كونه طهورا ما لم يكن المستعمل قابلا عليه كما لو صب اللبن في البئر بالاجماع او بالثبوت فيها عند محمد واما على قول من جعل هذا الماء مستعملا وجعل الماء المستعمل نجسا يترج ماء البئر كله كما لو وقعت فيها قطرة من دم أو خمر وروى الحسن عن أبي حنيفة انه ان كان محدثا يترج أربعون وان كان جنبا يترج كله وهذه الرواية مشككة لأنه لا يخلو اما ان صار هذا الماء مستعملا أولا فان لم يصير مستعملا لا يجب نزع شيء لانه بقي طهورا كما كان وان صار مستعملا فالنماء المستعمل عند الحسن نجس نجاسة غليظة فينبغي أن يجب نزع جميع الماء وروى عن أبي حنيفة انه قال في الكافر اذا وقع في البئر يترج ماء البئر كله لأن بدنه لا يخلو عن نجاسة حقيقية أو حكمية حتى لو تيقنا بطهارته بأن اغتسل ثم وقع في البئر من ساعتها لا يترج منها شيء وأما سائر الحيوانات فان علم بيقين ان على بدنها نجاسة أو هي لم يخرجها نجاسة نجس الماء لا اختلاط النجس به سواء وصل فيه الى الماء أولا وان لم يعلم ذلك اختلاف المشايخ فيه قال بعضهم العبرة لا بأكل وسومته ان كان ما كول اللحم لا نجس ولا يترج شيء سواء وصل اياه الى الماء أولا وان لم يكن ما كول اللحم نجس سواء كان على بدنه أو مخرجه نجاسة أولا وقال بعضهم المعتبر هو السور فان كان لم يصل فيه الى الماء لا يترج شيء وان وصل فان كان سوراه طاهرا فالنماء طاهر ولا يترج منه شيء وان كان نجسا فالنماء نجس ويترج كله وان كان مكرها يذهب أن يترج عشر دلاء وان كان مشكوكا فيه فالنماء

كذلك وينزح كله كذا ذكر في الفتاوى عن أبي يوسف وذكر ابن رستم في نوادره ان المستحب في الفأرة نزح
عشرين وفي الهرة نزح أربعين لأن ما كان أعظم جثمة كان أوسع فإوا أكثر ما با وذكر في فتاوى أهل بلخ
إذا وقعت وزغة في ثرقا خرجت حبة يستحب نزح أربع دلاء إلى خمس أو ست وروى عن أبي حنيفة وأبي
يوسف في البقر والأبل انه يتنجس الماء لأنها تبول بين أنفها فلا تخلو عن البول غير ان عند أبي حنيفة ينزح
عشرون دلوًا لان بول ما يוכל لحمه نجس نجاسة خفيفة وقد ازداد خفة بسبب البثر فينزح أدنى ما ينزح
من البثر وذلك عشرون وعند أبي يوسف ينزح ماء البثر كله لاستواء النجاسة الخفيفة والغليظة في حكم تنجيس
الماء هذا كله اذا خرج حيا فان خرج ميتا فان كان ميتا فخا أو متفصلا فنزح ماء البثر كله وان لم يكن متفصلا ولا متفصلا
ذكر في ظاهر الرواية وجعله ثلاث مراتب في الفأرة ونحوها ينزح عشرون دلوًا أو ثلاثون وفي الدجاج ونحوه
أربعون أو خمسون وفي الآدمي ونحوه ماء البثر كله وروى الحسن عن أبي حنيفة وجعله خمس مراتب في
الحلقة ونحوها ينزح عشر دلاء وفي الفأرة ونحوها عشرون وفي الحمام ونحوه ثلاثون وفي الدجاج ونحوه أربعون
وفي الآدمي ونحوه ماء البثر كله وقوله في الكتاب ينزح في الفأرة عشرون أو ثلاثون وفي الهرة أربعون
أو خمسون لم يرد به التغيير بل أراد به عشرون وجوب ثلاثين استحبابا وكذا في الأربعين والخمسين وقال بعضهم
انما قال ذلك لاختلاف الحيوانات في الصغر والكبر في الصغير منها ينزح الاقل وفي الكبير ينزح الاكثر
والاصل في البئر انه وجد فيها قياسي ان أحدهما قاله بشر بن غياث المريسي انه يظن ويحفر في موضع آخر لان غاية
ما يمكن ان ينزح جميع الماء لسكن يبقى الطين والحجارة نجسا ولا يمكن كنه ليغسل والثاني ما نقل عن محمد بن قال
اجتمع رأيي ورأي أبي يوسف ان ماء البثر في حكم الماء الجاري لانه ينبع من أسفله ويؤخذ من أعلاه فلا يتنجس
بوقوع النجاسة فيه كقوض الحمام اذا كان يصب الماء فيه من جانب ويعترف من جانب آخر انه لا يتنجس باذخال
اليد النجسة فيه ثم قلنا وما علمنا لو أمرنا بنزح بعض الدلاء ولا نخاف السلف الا اننا تركنا القياسين الظاهرين
بالخبر والاثار وضرب من الفقه الخفي اما الخبر فصاروى القاضي أبو جعفر الاستروشي باسناده عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال في الفأرة تموت في البئر ينزح منها عشرون وفي رواية ينزح ثلاثون دلوًا أو ما لا يثربا روى عن علي
رضي الله عنه انه قال ينزح عشرون وفي رواية ثلاثون وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال في دجاجة
ماتت في البئر ينزح منها أربعون دلوًا وعن ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما انهما أمرتا بنزح جميع ماء زمزم
حين مات فيها زحجي وكان معهما من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليهما أحد فانه قد اجماع عليه وأما
الفقه الخفي فهو ان في هذه الاشياء دماء نفوحا وقد تشرب في أجزائها عند الموت فتنجسها وقد جاورت هذه الاشياء
الماء والماء يتنجس أو يفسد بمجاورة النجس لان الأصل ان ما جاور النجس نجس بالشرع قال صلى الله عليه
وسلم في الفأرة تموت في السم النجس الجار يقرور ما حولها ويلقى ويؤكل الباقي فقد حكم النبي صلى الله عليه وسلم بنجاسة
جار النجس وفي الفأرة ونحوها ما يجاورها من الماء مقدار ما قدره أصحابنا وهو عشرون دلوًا أو ثلاثون لصغر
جثتها حكم بنجاسة هذا القدر من الماء لان ما وراء هذا القدر لم يجاور الفأرة بل جاور ما جاور الفأرة والشرع ورد
بتنجيس جار النجس لا بتنجيس جار جار النجس الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم حكم بطهارة ما جاور السم الذي
جاور الفأرة وحكم بنجاسة ما جاور الفأرة وهذا لان جار جار النجس لو حكم بنجاسته لحكم ايضا بنجاسة ما جاور
جار جار النجس ثم هكذا الى ما لا نهاية له فيؤدي الى ان قطرة من بول أو فأرة لو وقعت في بحر عظيم ان يتنجس جميع
مائه لا اتصال بين أجزائه وذلك فاسد وفي الدجاجة والنور واشباه ذلك المجاورة أكثر لزيادة ضخامة في جثتها
فقدر بنجاسة ذلك القدر والادى وما كانت جثته مثل جثته كالشاة ونحوها يجاور جميع الماء في العادة لعظم
جثته فيوجب تنجيس جميع الماء وكذا اذا تفسخ شيء من هذه الوقائع أو اتفخ لأن عند ذلك يخرج البلية منها
لرخاوة فيها فجاور جميع اجزاء الماء وفي ذلك لا يجاور الا قدر ما ذكرنا لصلابة فيها ولهذا قال محمد اذا وقع في

البثر ذنب فارة يتزح جميع الماء لان موضع القطع لا ينفل عن البثر فيجاءوا بجزء الماء فيه سدها هذا اذا كان الواقع واحدا فان كان أكثر روى عن أبي يوسف انه قال في الفارة ونحوها يتزح عشرون الى الاربع فاذا بلغت خمسا يتزح أربعون الى التسع فاذا بلغت عشرا يتزح ما البثر كله وروى عن محمد انه قال في الفارتين يتزح عشرون وفي الثلاث أربعون واذا كانت الفارتان كهينة الدجاج يتزح أربعون هذا اذا كان الواقع في البثر حيا فان كان غيره من الانجاس فلا يجتالوا ما ان يكون مستجسدا او غير مستجسد فان كان غير مستجسد كالبول والدم والخمر ح ماء البثر كله لان النجاسة خلصت الى جميع الماء وان كان مستجسدا فان كان رخوا متخلخل الاجزاء كالعذرة ونحو الدجاج ونحوهما يتزح ما البثر كله قليلا كان أو كثيرا رطبا كان أو يابسا لانه رخاوته تنفذ عند ملاقاته الماء فتغلط أجزاءه بجزء الماء فيفسده وان كان صلبا نحو بعر الابل والغنم ذكر في الاصل ان القياس ان ينجس الماء قل الواقع فيه أو أكثر وفي الاستحسان ان كان قليلا لا ينجس وان كان كثيرا ينجس ولم يفصل بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر واختلف المشايخ قال بعضهم ان كان رطبا ينجس قليلا كان أو كثيرا وان كان يابسا فان كان منكسرا ينجس قل أو أكثر وان لم يكن منكسرا لا ينجس مالم يكن كثيرا وتكلموا في الكثير قال بعضهم ان يغطي جميع وجه الماء وقال بعضهم ربع وجه الماء وقال بعضهم الثلث كثير لانه ذكر في الجامع الصغير في بعرة أو بعرتين وقعتا في الماء لا يفسد الماء ولم يذكر الثلث فدل على ان الثلث كثير وعن محمد بن سلمة ان كان لا يسلم كل دلو عن بعرة أو بعرتين فهو كثير وقال بعضهم الكثير ما استكثره الناظر وهو الصحيح وروى عن الحسن بن زياد انه قال ان كان يابسا لا ينجس صحيحا كان أو منكسرا قليلا كان أو كثيرا وان كان رطبا وهو قليل لا يمنع للضرورة وعن أبي يوسف في الروث اليابس اذا وقع في البثر ثم أخرج من ساعته لا ينجس والاصل في هذا ان المشايخ في القليل من البعر اليابس الصحيح طرقتين احدهما ان اليابس صلابته فلا يغلط شي من اجزائه بجزء الماء فهذا يقتضي ان الرطب ينجس باختمه لا طرطوبته بجزء الماء وكذلك ذكر في النوادر والحاكم في الاشارات وكذا اليابس المنكسر لما قلنا وكذا الروث لانه شئ رخوي يداخله الماء لتغلط اجزائه فتغلط اجزائه بجزء الماء ويقتضي أيضا ان الكثير من اليابس الصحيح لا ينجس وكذلك قال الحسن بن زياد والصحيح ان الكثير ينجس لانها اذا كثرت تقع المماساة بينهم فيصطب البعض ببعض فتنتفت اجزأؤها فتنجس والطريقة الثانية ان آبار الفلوات لا حاجز لها على رؤسها أو بانيها لانعام فتسقي فتبعر فاذا يست الابار عملت فيها الريح فالتفت في البثر فلو حكم بفساد المياه لضاق الامر على سكان البوادي وما ضاق أمره اتسع حكمه فعلى هذه الطريقة الكثير منه يفسد المياه لانعدام الضرورة في الكثير وكذا الرطب لان الريح تعمل في اليابس دون الرطب لتقلعه واليه أشار الشيخ أبو منصور الماتريدي وعن الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل ان الرطب واليابس سواء لتحقق الضرورة في الجلة فاما اليابس المنكسر فلا يفسد اذا كان قليلا لان الضرورة في المنكسر أشد والروث ان كان في موضع يتقدر به هذه الضرورة فالجواب فيه كالجواب في البعر هذا في آبار الفلوات (واما) الآبار التي في المصر فاختلف فيها المشايخ فمن اعتقد معنى الصلابة والرخاوة لا يفرق لان ذلك المعنى لا يختلف ومن اعتبر الضرورة فرق بينهم لان آبار الامصار لها رؤس حاجزة فيقع الامن عن الوقوع فيها ولو اتفصلت بيضة من دجاجة فوقعت في البئر من ساعتها اختلف المشايخ فيه قال نصير بن يحيى ينتفع بالماء مالم يعلم ان عليها قندرا وقال بعضهم ان كانت رطبة أفسدت وان كانت يابسة فوقعت في الماء أو في المرقعة لا تفسدها وهي حلال اشدد قشرها أو لم يشدد وعند الشافعي ان اشدد قشرها تحلل والا فلا ولو سقطت السخلة من أمها وهي مبتلة فهي نجسة حتى لو حملها الراعي فاصاب باله الثوب أكثر من قدر الدرهم منع جواز الصلاة ولو وقعت في الماء في ذلك الوقت أفسدت الماء واذا ليست فقد طهرت وذكر القمي أبو جعفر ان هذا الجواب موافق قولهما فاما في قياس قول أبي حنيفة فالبيضة طاهرة رطبة كانت أو يابسة وكذا السخلة لانها كانت في مكانها ومعدنها كما قال في

الانفحة اذا خرجت بعد الموت انها طاهرة جامدة كانت أو مائعة وعندهما ان كانت مائعة فنجسة وان كانت
 جامدة تطهر بالنقل ولو وقع عظم المبيسة في البئر فان كان عظم الخنزير افسده كبقيا كان واما عظم غيره فان
 كان عليه لحم أو دسم يفسد الماء لأن النجاسة تشبع في الماء وان لم يكن عليه شيء لم يفسد لان العظم طاهر بوجوب
 منها نزع عشرين دلو أو فترج الدلو الاول وصب في بئر طاهرة ينزع منها عشرون دلو أو الاصل في هذا ان البئر الثانية
 تطهر بما تطهر به الاولى حين كان الدلو المصبوب فيها ولو صب الدلو الثاني ينزع تسعة عشر دلو أو لو صب الدلو
 العاشر في رواية أبي سليمان ينزع عشرة دلاء وفي رواية أبي حفص أحد عشر دلو أو هو الاصح والتوفيق بين
 الروایتين ان المراد من الاولى سوى المصبوب ومن الثانية مع المصبوب ولو صب الدلو الاخير ينزع دلو أو احدا
 لان طهارة الاولى به ولو اخرجت القارة وألقيت في بئر طاهرة وصب فيها أيضا عشرون دلو من ماء الاولى تطرح
 القارة وترفع عشرون دلو لان طهارة الاولى به فكذلك الثانية بئرا وجب من كل واحدة منهما نزع عشرين فترج
 عشرون من أحدهما وصب في الاخرى ينزع عشرون ولو وجب من أحدهما نزع عشرين ومن الاخرى نزع
 أربعين فترج ما وجب من أحدهما وصب في الاخرى ينزع أربعين والاصل فيه ان ينظر الى ما وجب من الترخ منها
 والى ما صب فيها فان كانا سواء تداخلا وان كان أحدهما أكثر دخل القليل في الكثير وعلى هذا ثلاثة آبار وجب
 من كل واحدة نزع عشرين فترج الواجب من البئر وصب في الثالثة ينزع أربعين ولو وجب من أحدهما نزع
 عشرين ومن الاخرى نزع أربعين فصب الواجبان في بئر طاهرة ينزع أربعين لما قلنا من الاصل ولو نزع دلو
 من الاربعين وصب في العشرين ينزع أربعين لانه لو صب في بئر طاهرة نزع كذلك فكذلك هذا وهذا كله قول محمد
 وعن أبي يوسف روايتان في رواية ينزع جميع الماء وفي رواية ينزع الواجب والمصبوب جميعا فقيل له ان محمداروي
 عندنا لا كثر فذكر قارة وقعت في حب ماء وماتت فيها مائة راق كله ولو صب مائة في بئر طاهرة فعند أبي يوسف
 ينزع المصبوب وعشرون دلو وعند محمد ينظر الى ماء الحب فان كان عشرين دلو أو أكثر نزع ذلك القدر وان
 كان أقل من عشرين نزع عشرين لان الحاصل في البئر نجاسة القارة قارة ماتت في البئر وأخرجت جافا بدلو
 عظيم يسع عشرين دلو أو يدلوهم فاستقوا منها دلو أو احدا اجزا هم وطهرت البئر لان الماء النجس قد رما جاور القارة
 فلا فرق بين ان ينزع ذلك بدلو واحد وبين ان ينزع بعشرين دلو وكان الحسن بن زياد يقول لا يطهر الا ينزع
 عشرين دلو لان عند تكرار الترخ ينبع الماء من أسفله ويؤخذ من أعلاه فيكون في حكم الماء الجاري وهذا
 لا يحصل بدلو واحد وان كان عظيما ولو صب الماء المستعمل في البئر ينزع كله عند أبي يوسف لانه نجس عنده
 وعند محمد ينزع عشرين دلو كذا ذكره القدر في شرح مختصر السكرخي وفيه نظر لان الماء المستعمل طاهر
 عند محمد والطاهر اذا اختلط بالطهور لا يغيره عن صفة الطهورية الا اذا غلب عليه كسائر المائعات الطاهرة ويحصل
 ان يقال ان طهارته غير مقطوع بها لكونه محل الاجتهاد بخلاف المائعات فينزع أدنى ما ورد الشرع به وذلك
 عشرون احتياطا ولو نزع ماء البئر في الدلو الاخير فهذا على ثلاثة أوجه اما ان لم ينفصل عن وجه الماء أو انفصل
 ونحى عن رأس البئر أو انفصل ولم ينبع عن رأس البئر فان لم ينفصل عن وجه الماء لا يحكم بطهارة البئر حتى لا يجوز
 التوضؤ منه لان النجس لم يقبض من الطاهر وان انفصل عن وجه الماء ونحى عن رأس البئر تطهر لان النجس قد
 تميز من الطاهر واما اذا انفصل عن وجه الماء ولم ينبع عن رأس البئر والماء يتقاطر فيه لا يطهر عند أبي يوسف وعند
 محمد يطهر ولم يذكر في ظاهر الرواية قول أبي حنيفة وذكر الحاكم قوله مع قول أبي يوسف وجه قول محمدان النجس
 انفصل من الطاهر فان الدلو الاخير تعين للنجاسة شرعا بدليل انه اذا نحى عن رأس البئر يبقى الماء طاهرا واما يتقاطر
 فيها من الدلو سقط اعتبار نجاسته شرعا دفعا للحرج اذ لو أعطى للقطرات حكم النجاسة لم يطهر بئر ابدأ بالناس
 حاجة الى الحكم بطهارة الآبار بعد وقوع النجاسات فيها وجه قولهما انه لا يمكن الحكم بطهارة البئر الا بعد انفصال
 النجس عنها وهو ماء الدلو الاخير ولا يتحقق الانفصال الا بعد تنحية الدلو عن البئر لان ماءه متصل بماء البئر ولم

يوجد فلا يحكم بطهارة البئر ولا نه لجعل منه مصلا لا يمكن القول بطهارة البئر لان القطرات تقطر في البئر فاذا كان منفصلا كان له حكم النجاسة فنجس البئر ثانيا لان ماء البئر قليل والنجاسة وان قلت متى لاقت ماء قليلا نجسه فكان هذا تطهير للبئر اولاً ثم نجس به ثانياً وانه اشتغال بما لا يفيد وسقوط اعتبار نجاسة القطرات لا يجوز الا لضرورة والضرورة تندفع بان يعطى لهذا الحكم الاتصال بعد اعدام التقاطر بالنجاسة عن رأس البئر فلا ضرورة الى نجس البئر بعد الحكم بطهارتها ولو توضأ من بئر وصلى أياماً ثم وجد فيها فأرة فان علم وقت وقوعها أعاد الصلاة من ذلك الوقت لانه تبين أنه توضأ بغير نجس وان لم يعلم فالقياس أن لا يعيد شيئاً من الصلوات ما لم يستيقن بوقوع وقوعها وهو قول أبي يوسف ومحمد وفي الاستحسان ان كانت منسفة أو منسفة أعاد صلاة ثلاثة أيام وليا لها وان كانت غير منسفة ولا منسفة لم يند كفي ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعيد صلاة يوم وليلة ولو اطالع على نجاسة في ثوبه أكثر من قدر الدرهم ولم يتيقن وقت اصابتها لا يعيد شيئاً من الصلاة كذا ذكر الحاكم الشهيد وهو رواية بشر المريسي عن أبي حنيفة وروى عن أبي حنيفة أنها ان كانت طرية يعيد صلاة يوم وليلة وان كانت يابسة يعيد صلاة ثلاثة أيام وليا لها وروى ابن رستم في نوادره عن أبي حنيفة أنه ان كان دماً لا يعيد وان كان منياً يعيد من آخر ما احتلم لأن دم غيره قد يصيبه والظاهر أن الاصابة لم تتقدم زمان وجوده فاما منى غيره فلا يصيب ثوبه فالظاهر أنه منيه فيعتبر وجوده من وقت وجوده حتى ان الثوب لو كان مما يلبسه هو وغيره يستوى فيه حكم الدم والمني ومشايخنا قالوا في البول يعتبر من آخر ما بال وفي الدم من آخر ما عرف وفي المني من آخر ما احتلم أوجامع وجه القياس في المسئلة أنه تيقن طهارة الماء فيما مضى وشك في نجاسته لأنه يحتمل أنها وقعت في الماء وهي حية فماتت فيه ويحتمل أنها وقعت ميتة بان ماتت في مكان آخر ثم ألقاها بهض الطيور في البئر على ما حكى عن أبي يوسف أنه قال كان قولي مثل قول أبي حنيفة إلى ان كنت يوماً جالساً في سباني ف رأيت حداة في متقارها جيفة فطرحتها في بئر ف رجعت عن قول أبي حنيفة فوقع الشك في نجاسة الماء فيما مضى فلا يحكم بنجاسته بالشك وصار كما اذا رأى في ثوبه نجاسة ولا يعلم وقت اصابتها أنه لا يعيد شيئاً من الصلوات كذا هذا وجه الاستحسان أن وقوع الفأرة في البئر بسبب لموتها والموت متى ظهر عقيب سبب صالح يحال به عليه كوت الحجر وح فانه يحال به الى الجرح وان كان يتوهم موته بسبب آخر واذا حيل بالموت الى الوقوع في الماء فأدنى ما يفسخ فيه الميت ثلاثة أيام ولهذا يصل على قبر ميت لم يصل عليه الى ثلاثة أيام وتوهم الوقوع بعد الموت حالة بالموت الى سبب لم يظهر وتطيل للسبب الظاهر وهذا لا يجوز فبطل اعتبار الوهم والعق الموت في الماء بالمحقق الا اذا قام دليل المعاينة بالوقوع في الماء ميتاً خيفة يعرف بالمشاهدة أن الموت غير حاصل بهذا السبب ولا كلام فيه وأما اذا لم تكن منسفة فلا نأذا أحتلنا بالموت الى الوقوع في الماء ولا شك أن زمان الموت سابق على زمان الوجود خصوصاً في الآبار المظلمة العميقة التي لا يعين ما فيها ولذا يعلم يقيناً أن الواقع لا يخرج بولاً ولو قدر ذلك يوماً وليلة احتياطاً لانه أدنى المقادير المعبرة (والفرق) بين البئر والثوب على رواية الجاهل أن الثوب شئ ظاهر فلو كان مأصوبه سابقاً على زمان الوجود لعلم به في ذلك الزمان فكان عدم العلم قبل ذلك دليل عدم الاصابة بخلاف البئر على ما مر وعلى هذا الخلاف اذا عجن بذلك الماء أنه يؤكل خبزاً عندهما وعند أبي حنيفة لا يؤكل واذا لم يؤكل ماذا يصنع به قال مشايخنا يطعم للكلاب لأن ما تنجس باختلاط النجاسة به والنجاسة معلومة لا يباح أكله ويباح الانتفاع به فيما وراء الاكل كالدهن النجس أنه ينتفع به استصحاباً اذا كان الظاهر غالباً فكذا هذا وبئر الماء اذا كانت بقرب من الملوحة لا يفسد الماء ما لم يتغير لونه أو طعمه أو ريحه وقدر أبو حفص المسافة بين ما بسبعة أذرع وأبو سليمان بخمسة وهذا ليس بتقدير لازم لتفاوت الاراضي في الصلابة والرخاوة ولكنه خرج على الاغلب ولهذا قال محمد بعد هذا التقدير لو كان بين ما بسبعة أذرع ولكن يوجد طعمه أو ريحه لا يجوز التوضؤ به فدل على أن العبرة بالخلوص وعدم الخلوص وذلك يعرف بظهور ما ذكر من الآثار وعدمه ثم الحيوان اذا مات في المائع القليل فلا ينجس ما ان كان له

دم سائل أو لم يكن ولا يتخلو ما ان يكون بر يا أو ما ثيا ولا يتخلو ما ان مات في الماء أو في غير الماء فان لم يكن له دم سائل كالذباب والزنبور والعقرب والسمك والجراد ونحوها لا ينجس بالموت ولا ينجس ما يموت فيه من المائع سواء كان ماء أو غيره من المائعات كالخل واللبن والعصير وأشياء ذلك وسواء كان بر يا أو ما ثيا كالعقرب المائي ونحوه وسواء كان السمك طافيا أو غيره لاف وقال الشافعي ان كان شيئا يتولد من المائع كدود داخل أو ما يباح أكله بعد الموت كالسمك والجراد لا ينجس قولوا واحدا وله في الذباب والزنبور قولان (ويحتاج) بظاهر قوله تعالى حرمت عليكم الميتة ثم خص منه السمك والجراد بالحديث والذباب والزنبور بالضرورة (ولنا) ما ذكرنا ان نجاسة الميتة ليست لعين الموت فان الموت موجود في السمك والجراد ولا يوجب التنجيس ولكن لما فيها من الدم المسفوح ولاد في هذه الاشياء وان كان له دم سائل فان كان بر يا ينجس بالموت وينجس المائع الذي يموت فيه سواء كان ماء أو غيره وسواء مات في المائع أو في غيره ثم وقع فيه كسائر الحيوانات الدموية لأن الدم السائل نجس فينجس ما يجاوره الا الآدمي اذا كان مغسولا لانه طاهر الا يرى أنه تجاوز الصلاة عليه وان كان ما ثيا كالضفدع المائي والسرطان ونحو ذلك فان مات في الماء لا ينجسه في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه قال لو أن حبة من حبات الماء ماتت في الماء ان كانت بحال لو جرح لم يسئل منها الدم لا يوجب التنجيس وان كانت لو جرح لسئل منها الدم توجب التنجيس وجه ظاهر الرواية ما علل به محمد في كتاب الصلاة فقال لأن هذا مما يعيش في الماء ثم ان بعض المشايخ وهم مشايخ بلخ فهموا من تعليل محمد أنه لا يمكن صيانة المياه عن موت هذه الحيوانات فيها لأن معدن الماء فلو أوجب موتها فيها التنجيس لوقع الناس في الحرج وبعضهم وهم مشايخ العراق فهموا من تعليله انها اذا كانت تعيش في الماء لا يكون لها دم اذ الدموى لا يعيش في الماء لمخالفة بين طبيعة الماء وبين طبيعة الدم فلم تنجس في نفسها الدم المسفوح فلا توجب تنجيس ما جاورها ضرورة وما يرى في بعضهم من صورة الدم فليس بدم حقيقة الا ترى أن السمك يحصل بغير ذكاة مع أن الذكاة شرعت لاراقة الدم المسفوح ولذا اذا شمس دمه يبيض ومن طبع الدم انه اذا شمس اسود وان مات في غير الماء فعلى قياس العلة الاولى يوجب التنجيس لانه يمكن صيانة سائر المائعات عن موتها فيها وعلى قياس العلة الثانية لا يوجب التنجيس لانعدام الدم المسفوح فيها وروى عن نصير بن يحيى أنه قال سألت أبا مطيع البلخي وأبا معاذ عن الضفدع يموت في العصير فقال لا يصب وسألت أبا عبد الله الباخي ومحمد بن مقاتل الرازي فقال لا يصب وعن أبي نصر محمد بن محمد بن سلام أنه كان يقول يفسد ذكرا الكرخي عن أصحابنا أن كل ما لا يفسد الماء لا يفسد غير الماء وهكذا روى هشام عنهم وهذا أشبه بالحق والله أعلم ويستوي الجواب بين المنفسخ وغيره في طهارة الماء ونجاسته الا أنه يكره شرب المائع الذي تنفسخ فيه لانه لا يتخلو عن أجزاء ما يحرم أكله ثم الحد الفاصل بين المائي والبري أن المائي هو الذي لا يعيش الا في الماء والبري هو الذي لا يعيش الا في البر أو الماء الذي يعيش فيهما جميعا كالبط والأوز ونحو ذلك فلا خلاف أنه اذا مات في غير الماء يوجب التنجيس لأن له دما سائلا والشرع لم يسقط اعتباره حتى لا يباح أكله بدون الذكاة بخلاف السمك وان مات في الماء روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يفسد هذا الذي ذكرنا حكم وقوع النجاسة في المائع فاما اذا أصاب الثوب أو البدن أو مكان الصلاة أما حكم الثوب والبدن فنقول والله التوفيق النجاسة لا يتخلو ما ان كانت غليظة أو خفيفة قليلة أو كثيرة أم النجاسة القليلة فانها لا تمنع جواز الصلاة سواء كانت خفيفة أو غليظة استحسننا والقياس أن تمنع وهو قول زافر والشافعي الا اذا كانت لا تأخذها العين او لا يمكن الاحتراز عنه وجه القياس أن الطهارة عن النجاسة الحقيقية شرط جواز الصلاة كأن الطهارة عن النجاسة الحسكية وهي الحدث شرط ثم هذا الشرط يعدم بالقليل من الحدث بان بقي على جسده لمعة فكذا بالقليل من النجاسة الحقيقية (ولنا) ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه سئل عن القليل من النجاسة في الثوب فقال اذا كان مثل ظفري هذا لا يمنع جواز الصلاة ولان القليل من النجاسة لا يمكن الاحتراز عنه فان

الذي ياب يقعن على النجاسة ثم يقعن على ثياب المصلي ولا بد وان يكون على اجنحتهن وأرجلهن نجاسة قليلة فلو لم يحمل
عفو الوقع الناس في الحرج ومثل هذه البلوى في الحديث منعدمة ولا نأجمعنا على جواز الصلاة بدون الاستنجاء
بالماء ومعلوم أن الاستنجاء بالأحجار لا يستأصل النجاسة حتى لو جلس في الماء القليل أفسده فهو دليل ظاهر على أن
القليل من النجاسة عفو ولهذا قدرنا بالدرهم على سبيل الكناية عن موضع خروج الحدث كذا قاله إبراهيم النخعي
أنهم استقصوا ذكر المقاعد في مجالسهم فكانوا عنه بالدرهم تحسبنا للعبارة وأخذوا بالصالح الأدب وأما النجاسة
الكثيرة فتقنع جواز الصلاة واختلوا في الحد الفاصل بين القليل والكثير من النجاسة قال إبراهيم النخعي إذا بلغ
مقدار الدرهم فهو كثير وقال الشعبي لا يمنع حتى يكون أكثر من قدر الدرهم الكبير وهو قول عامة العلماء وهو
الصحيح لما روينا عن عمر رضي الله عنه أنه عدم مقدار ظفره من النجاسة قليلا حيث لم يجعله مانعا من جواز الصلاة
وظفره كان قريبا من كفنا فعلم أن قدر الدرهم عفو ولأن أثر النجاسة في موضع الاستنجاء عفو وذلك يبلغ قدر
الدرهم خصوصا في حق المبطلين ولأن في ديننا سعة ومأقلا وأوسع فكان اليتى بالخفيفة السهولة ثم لم يدرك في
ظاهر الرواية صريحا أن المراد من الدرهم الكبير من حيث العرض والمساحة أو من حيث الوزن وذكري
النوادر الدرهم الكبير ما يكون عرض الكف وهذا ما وافق لما روينا من حديث عمر رضي الله عنه لأن ظفره كان
كعرض كف أحدنا وذكر الكرخي مقداره مساحة الدرهم الكبير وذكر في كتاب الصلاة الدرهم الكبير المتقال فهذا
يشير إلى الوزن وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني لما اختلفت عبارات محمد في هذا فوفق ونقول أراد بذكري العرض
تقدير المانع كالبول والخمر ونحوهما وبذكر الوزن تقدير المستجسد كالمدرة ونحوها فإن كانت أكثر من مثقال
ذهب وزنا تمنع والأفلا هو المختار عنده ما يجنبنا عوارا والنهر وأما حد الكثير من النجاسة الخفيفة فهو الكثير
الفاحش في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه قال سألت أبا حنيفة عن الكثير الفاحش فذكر أنه يجعله حدا
وقال الكثير الفاحش ما يستغشحه الناس ويستكثرونه وروى الحسن عنه أنه قال شبر في شبر وهو المروي عن أبي
يوسف أيضا وروى عنه ذراع في ذراع وروى أكثر من نصف الثوب وروى نصف الثوب ثم في رواية نصف كل
الثوب وفي رواية نصف طرف منه أما التقدير بأكثر من النصف فلأن السكثرة والقلة من الأسماء الإضافية لا يكون
الشيء قليلا إلا أن يكون بمقابلته كثير وكذا لا يكون كثيرا إلا أن يكون بمقابلته قليل والنصف ليس بكثير لأنه
ليس في مقابلته قليل فكان الكثير أكثر من النصف لأن بمقابلته ما هو أقل منه وأما التقدير بالنصف فلأن العفو
هو القليل والنصف ليس بقليل إذ ليس بمقابلته ما هو أقل منه وأما التقدير بالشبر فلأن أكثر الضرورة تقع لباطن
الخفاف وباطن الخفين شبر في شبر وأما التقدير بالذراع فلأن الضرورة في ظاهر الخفين وباطنهم وذلك ذراع في ذراع
وذكري الحاشم في مختصره عن أبي حنيفة ومحمد الربع وهو الأصح لأن للربع حكم الكل في أحكام الشرع في
موضع الاحتياط ولا عبرة بالكثرة والقلة حقيقة لا ترى أن الدرهم جعل حدا فاصلا بين القليل والكثير شرعا مع
العدم ما ذكرنا أنه لا يمكن التقدير بالدرهم في بعض النجاسات لا تحط أطرافها عن المنصوص عليها فقد ربحما
هو كثير في الشرع في موضع الاحتياط وهو الربع واختلف المشايخ في تفسير الربع قيل ربع جميع الثوب لأنهما
قد رآه ربع الثوب والثوب اسم للكل وقيل ربع كل عضو وطرف أصابه النجاسة من اليد والرجل والذيل
والكم والذخيرين لأن كل قطعة منها قبل الخباطة كان ثوبا على حدة فكذا بعد الخباطة وهو الأصح ثم لم يدرك في
ظاهر الرواية تفسير النجاسة الغليظة والخفيفة وذكر الكرخي أن النجاسة الغليظة عند أبي حنيفة ما ورد نص على
نجاسته ولم يرد نص على طهارته معارضه وإن اختلف العلماء فيه والخفيفة ما عارض نصا في طهارته ونجاسته
وعند أبي يوسف ومحمد الغليظة ما وقع الاتفاق على نجاسته والخفيفة ما اختلف العلماء في نجاسته وطهارته
(إذا) عرف هذا الأصل فالأرواث كلها نجسة نجاسة غليظة عند أبي حنيفة لأنه ورد نص يدل على نجاستها
وهو ما روينا عن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم طلب منه ليلة الج أن أحجارا للاستنجاء

فأبى بصيرين وروثة فاخذ الحجرين ورمى بالروثة وقال انها رجس أو ركس أي نجس وليس له نص معارض وانما قال بعض العلماء بطهارتها بالرأي والاجتهاد والاجتهاد لا يعارض النص فكانت نجاستها غليظة وعلي قولهما نجاستها خفيفة لان العلماء اختلفوا فيها وول ما لا يؤكل لحمه نجس نجاسة غليظة بالاجماع على اختلاف الاصلين (أما) عنده فلا نعدام نص معارض لنص النجاسة (وأما) عندهما فلو وقع الاتفاق على نجاسته وبول ما يؤكل لحمه نجس نجاسة خفيفة بالاتفاق اما عنده فلتعارض النصين وهما حديث العرينيين مع حديث عمار وغيره في البول مطلقا وأما عندهما فلا اختلاف العلماء فيه (وأما) العذرات ونحو البجاج والبط فنجاستها غليظة بالاجماع على اختلاف الاصلين هذا على وجه البناء على الاصل الذي ذكره الكرخي (وأما) الكلام في الأوراث على طريقة الابتداء فوجه قولهما أن في الأوراث ضرورة وعموم البلية لكثرة ثبوتها في الطرقات فتعذر صيانة الخفاف والنعال عنها وما عمت بليته خفت قضيته بخلاف نحر الدجاج والعذرة لان ذلك قلما يكون في الطرق فلا تم البلوى باصابتها وبخلاف بول ما يؤكل لحمه لان ذلك تششفه الارض ويغضبها فلا تكثر اصابتها بالخفاف والنعال وروى عن محمد في الروث انه لا يمنع جواز الصلاة وان كان كثيرا فاحشا وقيل ان هذا آخر أقواله حين كان بالرأي وكان الخليفة بها فرأى الطرق والخانات مملوءة من الأوراث والناس فيها بلوى عظيمة فعلى هذا القياس قال بعض مشايخنا بما رواه النهر ان طين بخاري اذا اصاب الثوب لا يمنع جواز الصلاة وان كان كثيرا فاحشا بلوى الناس فيه لكثرة العذرات في الطرق وأبو حنيفة احتج بقوله تعالى من بين فرث ودم لبننا خالصا ناعنا للشاربين جمع بين الفرث والدم لكونهما نجسين ثم بين الاعجوبة للخلق في اخراج ما هو نهاية في الطهارة وهو اللبن من بين شيتين نجسين مع كون الكل مانعا في نفسه ليعرف به كمال قدرته والحكيم اعيايد كره ما هو النهاية في النجاسة ليكون اخراج ما هو النهاية في الطهارة من بين ما هو النهاية في النجاسة نهاية في الاعجوبة وآية لسكمال القدرة ولا نهامت خبثه طبعيا ولا ضرورة في اسقاط اعتبار نجاستها لأنها وان كثرت في الطرقات فالعيون تدركها فيمكن صيانة الخفاف والنعال كما في بول ما لا يؤكل لحمه والارض وان كانت تششف الأبول فالهوا يجفف الأرواث فلا تلتصق بالمكعب والخفاف على أنا اعتبرنا معنى الضرورة بالعفون القليل منها هو الدرهم فسادونه فلا ضرورة في الترقية بالتقدير بالكثير الفاحش والله أعلم ولو أن ثوبا اصابته النجاسة وهي كثيرة جفت وذهب أثرها وخفي مكانها غسل جميع الثوب وكذا لو اصاب أحد الكيين ولا يدري أيها هو غسلها جميعا وكذا اذا رأت البقرة أو البات في الكديس ولا يدري مكانه غسل السكك احتياطاً وقيل اذا غسل موضعاً من الثوب كالدخريص ونحوه واحد الكيين وبعضهم الكديس يحكم بطهارة الباقي وهذا غير سديد لان موضع النجاسة غير معلوم وليس البعض أولى من البعض ولو كان الثوب طاهراً فشد في نجاسته جازله أن يعل في فيه لان الشئ لا يرفع اليقين وكذا اذا كان عنده ماء طاهر فشد في وقوع النجاسة فيه ولا بأس بلبس ثياب أهل الذمة والصلاة فيها الا الازار والسر او يل فانه تكرر الصلاة فيهما وتجوز (أما) الجوار فلان الاصل في الثياب هو الطهارة فلا تثبت النجاسة بالشئ ولان التوارث جار فبما بين المسلمين بالصلاة في الثياب المغنومة من الكفرة قبل الفصل وأما الكراهة في الازار والسر او يل فلقر جسمان موضع الحدث وعمى لا يستزهنون من البول فصار شبهة بد المستيقظ ومنقار الدجاجة المختلة وذكر في بعض المواضع في الكراهة خلافاً على قول أبي حنيفة ومحمد بكراهة وعلى قول أبي يوسف لا يكره وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الشراب في أوواني المجوس فقال ان لم تبيدوا منها بدا فاعسلوها ثم اشربوا فيها وانما أمر بالفسل لان ذبايحهم ميتة وأوانيهم قسا فغسلوا عن دسومة منها قال بعض مشايخنا وكذلك الجواب في ثياب الفسقة من المسلمين لان الظاهر انهم لا يتوقون اصابتها بغير ثيابهم في حال الشرب وقالوا في الديباج الذي ينسجه أهل فارس انه لا تجوز الصلاة فيه لأنهم يستعملون فيه البول عند التسج يزعمون انه يزيد في برقه ثم لا يفسدونه لان الفسل يفسده فان صح انهم يفعلون ذلك فلا شئ انه لا تجوز

الصلاة معه (وأما) حكم مكان الصلاة فالصلي لا يتخلوا ما ان كان يصلي على الأرض أو على غيرهما من البساط ونحوه ولا يتخلوا ما ان كانت النجاسة في مكان الصلاة أو في غيره بقرب منه ولا يتخلوا ما ان كانت قليلة أو كثيرة فان كان يصلي على الأرض والنجاسة بقرب من مكان الصلاة جازت صلاته قليلة كانت أو كثيرة لان شرط الجواز طهارة مكان الصلاة وقد وجد لكن المستحب ان يبعد عن موضع النجاسة تعظيما لأمر الصلاة وان كانت النجاسة في مكان الصلاة فان كانت قليلة تجوز على أي موضع كانت لان قليل النجاسة عفو في حق جواز الصلاة عندنا على ما مر وان كانت كثيرة فان كانت في موضع اليدين والركبتين تجوز عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر والشافعي لا تجوز وجه قولهما انه أدى ركن من أركان الصلاة مع النجاسة فلا يجوز كما لو كانت النجاسة على الثوب أو البدن أو في موضع القيام (ولنا) ان وضع اليدين والركبتين ليس بركن ولهذا لم يكن السجود بدون الوضع يجزئه فيجعل كأنه لم يضع أصلا ولترك الوضع جازت صلاته فهنا أولى وهكذا نقول فيما اذا كانت النجاسة على موضع القيام ان ذلك ملحق بالعدم غير ان القيام ركن من أركان الصلاة فلا يثبت الجواز بدونه بخلاف الثوب لان لا بس الثوب صار حاملا للنجاسة مستعملا لها لأنها تتحرك وتتشبه بشيء لسكونها تبعاً للثوب اما ههنا بخلافه وان كانت النجاسة في موضع القدمين فان قام عليها وافتتح الصلاة لم تجز لان القيام ركن فلا يصح بدون الطهارة كما لو افتتحها مع الثوب النجس أو البدن النجس وان قام على مكان طاهر وافتتح الصلاة ثم تحول الى موضع النجاسة وقام عليها أو قعد فان مكث قليلا لا تفسد صلاته وان أطل القيام فسدت لأن القيام من أفعال الصلاة مقصودا لأنه ركن فلا يصح بدون الطهارة فيخرج من أن يكون فعل الصلاة لعدم الطهارة وما ليس من أفعال الصلاة اذا دخل في الصلاة ان كان قليلا يكون عفو والافلا بخلاف ما اذا كانت النجاسة على موضع اليدين والركبتين حيث لا تفسد صلاته وان أطل الوضع لأن الوضع ليس من أفعال الصلاة مقصودا بل من توابعها فلا يخرج من أن يكون فعل الصلاة تبعا لعدم الطهارة لوجود الطهارة في الأصل وان كانت النجاسة في موضع السجود لم تجز في قول أبي يوسف ومحمد وعن أبي حنيفة وإيتان روى عنه محمد انه لا يجوز وهو الظاهر من مذهبه وروى أبو يوسف عنه انه يجوز وجه قولهما ان الفرض هو السجود على الجهة وقد راجح الجبهة أكثر من قدر الدرهم فلا يكون عفو وجه رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ان فرض السجود يتأدى بمقدار أربعة أنف عنده وذلك أقل من قدر الدرهم فيجوز والصحيح رواية محمد لأن الفرض وان كان يتأدى بمقدار الأربعة عنده ولكن اذا وضع الجبهة مع الأربعة يقع الكل فرضا كما اذا طول القراءة زيادة على ما يتعلق به جواز الصلاة ومقدار الجبهة والانف يزيد على قدر الدرهم فلا يكون عفو ثم قوله اذا سجد على موضع نجس لم تجز أي صلاته لئلا ذكر في ظاهر الرواية وهو قول زفر وروى عن أبي يوسف انه لم يجز سجوده فأما الصلاة فلا تفسد حتى لو أعاد السجود على موضع طاهر جازت صلاته ووجهه ان السجود على موضع نجس ملحق بالعدم لانعدام شرط الجواز وهو الطهارة فصار كأنه لم يسجد عليه وسجد على مكان طاهر وجه ظاهر الرواية ان السجدة أو ركن آخر لم يجز على موضع نجس صار فعلا كثيرا ليس من أفعال الصلاة وذا يوجب فساد الصلاة ولو كانت النجاسة في موضع إحدى القدمين على قياس رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة يجوز لأن أدنى القيام هو القيام بإحدى القدمين واحداهما طاهرة فيتأدى به الفرض فكان وضع الأخرى فضلا بمنزلة وضع اليدين والركبتين وعلى قياس رواية محمد عنه لا يجوز وهو الصحيح لانه اذا وضعهما جميعا يتأدى الفرض بهما كما في القراءة على ما مر والله أعلم بهذا اذا كان يصلي على الأرض فأما اذا كان يصلي على بساط فان كانت النجاسة في مكان الصلاة وهي كثيرة فحكمه حكم الأرض على ما مر وان كانت على طرف من أطرافه اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ان كان البساط كبيرا بحيث لو رفع طرف منه لا يتحرك الطرف الآخر يجوز والا فلا كما اذا نعم ثوب واحد طرفه ماتي على الأرض وهو نجس انه ان كان بخال لا يتحرك يتحرك جاز

وان كان يتحرك بحركته لا يجوز والصحيح انه يجوز صغيرا كان وكبيرا بخلاف العمامة (والفرق) ان الطرف
 النجس من العمامة اذا كان يتحرك يتحرك صار حاملا للنجاسة مستعملها وهذا لا يتحقق في البساط الا ترى
 انه لو وضع يديه أو ركبتيه على الموضع النجس منه يجوز ولو صار حاملا للمجاز ولو صلى على ثوب مبطن ظهرته
 طاهرة وبطافته نجسة روى عن محمد انه يجوز وكذا ذكر في نوادر الصلاة وروى عن أبي يوسف انه لا يجوز
 ومن المشايخ من وفق بين الروايتين فقال جواب محمد فيها اذا كان مخبطا غير مضرب فيكون بمنزلة ثوبين
 والا على منهم طاهر وجواب أبي يوسف فيها اذا كان مخبطا مضربا فيكون بمنزلة ثوب واحد ظاهره طاهر
 وباطنه نجس ومنهم من حقق فيه الاختلاف فقال على قول محمد يجوز كيفما كان وعلى قول أبي يوسف
 لا يجوز كيفما كان وعلى هذا اذا صلى على حجر الرخا أو على باب أو بساط غليظ أو على مكعب ظاهره طاهر
 وباطنه نجس يجوز عند محمد وبه كان يفتي الشيخ أبو بكر الاسكاف وعند أبي يوسف لا يجوز وبه كان يفتي
 الشيخ أبو حفص الكبير فأبو يوسف نظر الى اتحاد المحل فقال المحل محل واحد فاستوى ظاهره وباطنه
 كالثوب الصفيق ومحمد اعتبر الوجه الذي يصلى عليه فقال انه صلى في موضع طاهر وليس هو حاملا للنجاسة
 فجوز كما اذا صلى على ثوب تحت ثوب نجس بخلاف الثوب الصفيق لان الثوب وان كان صفيقا فالظاهر نفاذ
 الرطوبات الى الوجه الآخر لا أنه ربما لا تدرك العين لتسارع الجفاف اليه ولو أن بساطا غليظا أو ثوبا
 مبطنا مضربا وعلى كل وجهه نجاسة أقل من قدر الدرهم في موضعين مختلفين لكنهما لو جمعنا يده على قدر
 الدرهم على قياس رواية أبي يوسف يجمع ولا تجوز صلاته لانه ثوب واحد ونجاسة واحدة وعلى قياس رواية
 محمد لا يجمع وتجاوز صلاته لان النجاسة في الوجه الذي يصلى فيه أقل من قدر الدرهم ولو كان ثوبا صفيقا
 والمسئلة بجعلها لا يجوز بالاجماع لما ذكرنا ان الظاهر هو النفاذ الى الجانب الآخر وان كان لا يدركه الحس
 فاجتمع في وجه واحد نجاستان لو جمعنا يده على قدر الدرهم فيمنع الجواز ولو أن ثوبا أو بساطا أصابه النجاسة
 ونفذت الى الوجه الآخر واذا جمعنا يده على قدر الدرهم لا يجمع بالاجماع اما على قياس رواية أبي يوسف فلانه
 ثوب واحد ونجاسة واحدة واما على قياس رواية محمد فلان النجاسة في الوجه الذي يصلى عليه أقل من قدر
 الدرهم وكذا اذا كان الثوب مبطنا مضربا والمسئلة بجعلها لا يجمع بالاجماع لما قلنا

فصل وما يمان ما يقع به التطهير قال الكلام في هذا الفصل يقع في ثلاثة مواضع أحدها في بيان ما يقع به
 التطهير والثاني في بيان طريق التطهير بالغسل والثالث في بيان شرائط التطهير (أما) الأول فما يحصل به
 التطهير أنواع منها الماء المطلق ولا خلاف في أنه يحصل به الطهارة الحقيقية والحكمة جميعا لان الله تعالى
 سمى الماء طهورا بقوله وأنزلنا من السماء ماء طهورا وكذا النبي صلى الله عليه وسلم بقوله الماء طهور
 لا ينجسه شيء الا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه والطهور هو الطاهر في نفسه المطهر لغيره وكذا جعل الله تعالى الوضوء
 والغتسال بالماء طهورا بقوله في آخر آية الوضوء واسكن يديك طهركم وقوله وان كنتم جنبا فاطهروا ويستوى
 العذب والملح لا طلاق النصوص واما ما سوى الماء من المائعات الطاهرة فلا خلاف في أنه لا تحصل بها الطهارة
 الحكيمة وهي زوال الحدث وهل تحصل بها الطهارة الحقيقية وهي زوال النجاسة الحقيقية عن الثوب والبدن
 اختلف فيه فقال أبو حنيفة وأبو يوسف تحصل وقال محمد وزفر والشافعي لا تحصل وروى عن أبي يوسف انه فرق
 بين الثوب والبدن فقال في الثوب تحصل وفي البدن لا تحصل الا بالماء وجه قولهم ان طهورية الماء عرفت
 شرعا بخلاف القياس لانه بأول ملاقته النجس صار نجسا والتطهير بالنجس لا يتحقق كما اذا غسل بئنا نجس
 أو بالخر إلا أن الشرع أسقط اعتبار نجاسة الماء حال الاستعمال وبقاؤه طهورا على خلاف القياس فلا يلحق به
 غيره ولهذا لم يلحق به في إزالة الحدث (ولهما) ان الواجب هو التطهير وهذه المائعات تشارك الماء في التطهير لان الماء
 انما كان مطهرا بسكونه ما تعارفا في داخل أثناء الثوب فجاءوا بأجزاء النجاسة فبرقته ان كانت كيفية فيستخرجها

بواسطة العصر وهذه المائعات في المداخلة والمجاورة والترقيق مثل الماء فكانت مثله في افادة الطهارة بل أولى فان
 اخل بعمل في ازالة بعض ألوان لا تزول بالماء فكان في معنى التطهير أبلغ (وأما) قولهم ان الماء بأول ملاقاته نجس
 صار نجسا ممنوع والماء قط لا يصير نجسا وانما يجاور النجس فكان طاهرا في ذاته فصلح مطهرا ولو تصور نجس
 الماء فذلك بعد مزايته المحل النجس لأن الشرع أمر بالتطهير ولو نجس بأول الملاقاة لما تصور التطهير فيقع
 التكليف بالتطهير عبثا تعالى الله عن ذلك فهكذا نقول في الحدث الآن الشرع ورد بالتطهير بالماء هنالك بعدا غير
 معقول المعنى فيقتصر على مورد التبعيد وهذا اذا كان مائعا يصير بالعصر فان كان لا يصير مثل العسل والسمن
 والدهن ونحوها لا يحصل به الطهارة أصلا لانعدام المعاني التي يقف عليها زوال النجاسة على ما بينا (ومنها) الفرق
 والحل بعد الجفاف في بعض الانجاس في بعض المحال (و بيان) هذه الجملة اذا أصاب المني الثوب وجف وفرق
 طهر استحسانا والقياس ان لا يطهر الا بالغسل وان كان رطبا لا يطهر الا بالغسل والاصل فيه ما روى عن النبي صلى
 الله عليه وسلم أنه قال ما تشبه رضى الله عنها اذا رايت المني في ثوب كان رطبا فاغسله وان كان يابس فامسحه
 ولا نهني غليظ لرج لا يتشرب في الثوب الا رطوبته ثم تجذب تلك الرطوبة بعد الجفاف فلا يبقى الا عينه وانها
 نزول بالفرق بخلاف الرطب لأن العين وان زالت بالحث فاجزأها المتشربة في الثوب قائمة بقيت النجاسة وان
 أصاب البدن فان كان رطبا لا يطهر الا بالغسل لما بينا وان جف فهل يطهر بالحث روى الحسن عن أبي حنيفة
 أنه لا يطهر وذكر الكرخي أنه يطهر وجهه رواية الحسن أن القياس أن لا يطهر في الثوب الا بالغسل وانما عرفناه
 بالحديث وأنه ورد في الثوب بالفرق فيقضي البدن مع أنه لا يحتمل الفرق على أصل القياس وجه قول الكرخي
 أن النص الوارد في الثوب يكون واردا في البدن من طريق الاولى لان البدن أقل تشربا من الثوب والحل في
 البدن يعمل عمل الفرق في الثوب في ازالة العين (وأما) سائر النجاسات اذا أصابت الثوب أو البدن ونحوهما
 فانها لا تزول الا بالغسل سواء كانت رطبة أو يابسة وسواء كانت سائلة أو لها جرم ولو أصاب ثوبه خرقاتي عليها
 الملح ومضى عليه من المدة مقدار ما يتخلل فيها لم يحكم بطهارته حتى يغسله ولو أصابه عصير قضى عليه من المدة
 مقدار ما يتغير العصير فيها لا يحكم بنجاسته وان أصاب الخف أو النعل ونحوهما فان كانت رطبة لا تزول الا
 بالغسل كبقية كانت وروى عن أبي يوسف أنه يطهر بالمسح على التراب كيفما كانت مستجسدة أو مائعة وان كانت
 يابسة فان لم يكن لها جرم كثيف كالبول والخر والماء النجس لا يطهر الا بالغسل وان كان لها جرم كثيف فان كان منيا
 فانه يطهر بالحث بالاجماع وان كان غيره كالعذرة والدم القليظ والروث يطهر بالحث عند أبي حنيفة وأبي يوسف
 وعند محمد لا يطهر الا بالغسل وهو أحد قول الشافعي ومأقلا استحسن ومأقلا قياسي وجه القياس ان غير
 الماء لا أثر له في الازالة وكذا القياس في الماء لما بينا فيما تقدم الا أنه يجعل طهورا للضرورة والضرورة ترتفع
 بالماء فلا ضرورة في غيره ولهذا لم يؤثر في ازالة الرطب واليابس والسائل وفي الثوب وهذا هو القياس في المني الا أنا
 عرفناه بالنص وجه الاستحسان ما روى عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم
 لما خلع نعليه في الصلاة خلع الناس نعالهم فلما فرغ من الصلاة قال ما بالكم خلعتم نعالكم فقالوا خلعت نعلينا
 فخلعنا نعالنا فقال أثنى جبريل وأخبرني أنهما أذى ثم قال اذا أتى أحدكم المسجد فليقلب نعليه فان كان بهما
 أذى فليمسح بهما بالارض فان الارض لهما طهور وهذا نص والفقهاء من وجهين أحدهما أن المحل اذا كان فيه
 صلابة نحو الخف والنعل لا تتخلل اجزاء النجاسة فيه لصلابته وانما تشرب منه بعض الرطوبات فاذا أخذ
 المستجسد في الجفاف جذبت تلك الرطوبات الى نفسه شيئا فشيئا فكما ازداد يابس ازاد جذب بالي أن يتم الجفاف
 فمن ذلك لا يبقى مناشي أو يبقى شيء يسير فاذا جف الخف أو مسحه على الارض زول العين بالكلية بخلاف حالة
 الرطوبة لان العين وان زالت فالرطوبات باقية لانه يخرجها بالجذب بسبب اليبس ولم يوجد وبخلاف السائل
 لانه لم يوجد الجاذب وهو العين المستجسدة بقيت الرطوبة المتشربة فيه فلا يطهر بدون الغسل وبخلاف

التوب فان اجزاء النجاسة تتخلل في التوب كما تتخلل رطوبتها لتخلل اجزاء التوب في الجفاف المجذبت
 الرطوبات الى نفسها فتبقى اجزائها فيه فلا تزول بازالة الجرم الظاهر على سبيل الكمال وصار كالشيء اذا اصاب
 التوب أنه يظهر بالفرق عند الجفاف لان المني شيء لزج لا يداخل اجزاء التوب وانما تتخلل رطوباته فقط ثم
 يجذبها المستجسد عند الجفاف فيطهر فكذلك هذا والثاني ان اصابة هذه الانجاس الخفاف والتعال مما يكثر
 فيصكم بطهارتها بالمسح دفعا للخرج بخلاف التوب والخرج في الارواث لا غير وانما سوى في رواية عن ابي
 يوسف بين الكل لا تطلق ما روي من الحديث وكذا معنى المخرج لا يفصل بين الرطب واليابس ولو اصابه الماء
 بعد الحلت والمسح يعود نجسا هو الصحيح من الرواية لان شيئا من النجاسة قائم لان المحل اذا تشرب فيه النجس
 وأنه لا يحتمل العصر لا يطهر عند محمد أبدا وعند أبي يوسف يتقع في الماء ثلاث مرات ويجفف في كل مرة الا أن
 معظم النجاسة قد زال فجعل القليل عفو في حق جواز الصلاة للضرورة لأن يطهر المحل حقيقة فاذا وصل اليه
 الماء فهذا ماء قليل جاوزه قليل نجاسة فينجسه وأطلق الكرخي أنه اذا حلت طهر وتأويله في حق جواز الصلاة
 ولو اصاب النجاسة شيئا صلبا قليلا كالليف والمرآة ونحوهما يطهر بالحلت وطبة كانت أو يابسبة لانه لا يتخلل
 في اجزائه شيء من النجاسة وظاهره يطهر بالمسح والحلت وقيل ان كانت رطبة لا تزول الا بالنسل ولو اصاب
 النجاسة الارض نجفت وذهب أثرها تجوز الصلاة عليها عندنا وعند زفر لا تجوز وبه أخذ الشافعي ولو تيمم
 بهذا التراب لا يجوز في ظاهر الرواية وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم (ولنا) طريقان أحدهما ان الارض لم تطهر
 حقيقة لكن زال معظم النجاسة عنها وبقي شيء قليل فيجعل عفو للضرورة فعلى هذا اذا اصابها الماء تعود نجسة
 لما بينا والثاني أن الارض طهرت حقيقة لان من طبع الارض أنها تحيل الاشياء وتغيرها الى طبيعتها فصارت ترابا
 بمرور الزمان ولم يبق نجس أصلا فعلى هذا ان اصابها لا تعود نجسة وقيل ان الطريق الاول لا يبي يوسف والثاني
 لمحمد بناء على أن النجاسة اذا تغيرت بعض الزمان وتبدلت أو صافها تصير شيئا آخر عند محمد فيكون طاهرا وعند
 أبي يوسف لا يصير شيئا آخر فيكون نجسا وعلى هذا الاصل مسائل بينهما (منها) الكلب اذا وقع في الملاحظة
 والجند والعذرة اذا أحرقت بالنار وصارت رمادا وطين البالوعة اذا جف وذهب أثره والنجاسة اذا دفنت في
 الارض وذهب أثرها بمرور الزمان وجه قول أبي يوسف أن اجزاء النجاسة قائمة فلا تثبت الطهارة مع بقاء
 العين النجسة والقياس في الخمر اذا تخلل أن لا يطهر لكن عرفناه نصا بخلاف القياس بخلاف جلد الميتة فان عين
 الجلد طاهرة وانما النجس ما عليه من الرطوبات وانما تزول بالدباغ وجه قول محمد أن النجاسة لما استحالت
 وتبدلت أو صافها ومعانها خرجت عن كونها نجاسة لانها اسم لذات موصوفة فتععدم بانعدام الوصف وصارت
 كالخمر اذا تخللت (ومنها) الدباغ للجلود النجسة فالدباغ تطهير للجلود كلها الا جلد الانسان والخنزير كذا ذكر الكرخي
 وقال مالك ان جلد الميتة لا يطهر بالدباغ لكن يجوز استعماله في الجأمة لافي المباح بأن يجعل جرابا للحبوب
 دون الزق للآل والسمن والديس وقال عامة أصحاب الحديث لا يطهر بالدباغ الا جلد ما يؤكل لحمه وقال الشافعي
 كما قلنا لافي جلد الكلب لانه نجس العين عنده كالخنزير وكذا روى عن الحسن بن زياد واحتجوا بما روى
 عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب واسم الاهاب يعم الكل الا فيما قام
 الدليل على تخصيصه (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اعياء اهاب دبغ فقد طهر كالخمر تخلل
 فتحل وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بفناء قوم فاستسقاهم فقال هل عندكم ماء فقالت امرأة لا يا رسول الله
 الا في قربة لي ميتة فقال صلى الله عليه وسلم ألت دبغتها فقالت نعم فقال دبغها طهر رها ولا ن نجاسة الميتات لما
 فيها من الرطوبات والدماء السائلة وانما تزول بالدباغ فتطهر كالثوب النجس اذا غسل ولان العادة جارية فيما بين
 المسلمين بلبس جلد الثعلب والفنك والسمور ونحوها في الصلاة وغيرها من غير تكبير فدل على الطهارة ولا حجة
 لهم في الحديث لان الاهاب في اللغة اسم للجلد لم يدبغ كذا قاله الاصمعي والله أعلم ثم قول الكرخي الا جلد الانسان

والخبر يرجو بظاهر قول أصحابنا وروى عن أبي يوسف أن الجلود كلها تطهر بالدباغ لعموم الحديث والصحيح أن جلد الخنزير لا يطهر بالدباغ لأن نجاسته ليست لما فيه من الدم والرطوبة بل هو نجس العين فكان وجود الدباغ في حقه والعدم عنزلة واحدة وقيل إن جلده لا يحتمل الدباغ لأن له جلوداً مترادفة بعضها فوق بعض كالأديم وأما جلد الإنسان فإن كان يحتمل الدباغ وتندفع رطوبته بالدباغ ينبغي أن يطهر لأنه ليس بنجس العين لكن لا يجوز الانتفاع به احتراماً له وأما جلد الفيل فذكر في العيون عن محمد أنه لا يطهر بالدباغ وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يطهر لأنه ليس بنجس العين ثم الدباغ على ضرر بين حقيق وحكي فالحقيق هو أن يدبغ بشئ له قسمة كالقسط والعفص والسبخة ونحوها والحكي أن يدبغ بالثش حيس والتتريب والألقاء في الريج والنوعان مستويان في سائر الأحكام إلا في حكم واحد وهو أنه لو أصابه الماء بعد الدباغ الحقيق لا يعود نجساً وبعد الدباغ الحكي فيه روايتان وقال الشافعي لا يطهر الجلد إلا بالدباغ الحقيق وإنه غير سديد لأن الحكي في إزالة الرطوبات والعصمة عن التثنية والسادس بعض الزمان مثل الحقيق فلا معنى للفصل بينهما والله أعلم (ومنها) الذكاة في تطهير الذبائح وجعل الذكاة فيها أن الحيوان إن كان مأكول اللحم فذبح طهر بجميع أجزائه إلا الدم المسفوح وإن لم يكن مأكول اللحم فساو طاهر من الميتة من الأجزاء التي لا دم فيها كاشعر وأمثاله يطهر منه بالذكاة عندنا وأما الأجزاء التي فيها الدم كاللحم والشحم والجلد فهل تطهر بالذكاة أم لا؟ قال الشافعي لا يطهر بالذكاة وقال الشافعي لا يطهر وجه قوله أن الذكاة لم تفد حلاً فلا تفيد طهراً وهذا لأن أثر الذكاة يظهر فيما وضع له أصلاً وهو حل تناول اللحم وفي غيره تبعاً فإذا لم يظهر أثرها في الأصل كيف يظهر في التبع فصار كما لو ذبحه مجوسى (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال دباغ الأديم ذكاة لأنه الحق الذكاة بالدباغ ثم الجلد يطهر بالدباغ كذا بالذكاة لأن الذكاة تشارك الدباغ في إزالة الدماء السائلة والرطوبات النجسة فتشاركه في إفادة الطهارة وما ذكر من معنى التبعية فغير سديد لأن طهارة الجلد حكم مقصود في الجلد كما أن تناول اللحم حكم مقصود في اللحم وفعل المجوسى ليس بذكاة لعدم أهلية الذكاة فلا يفيد الطهارة فتعين تطهيره بالدباغ واختاره في طهارة اللحم والشحم ذكر الكرخي فقال كل حيوان يطهر بالدباغ يطهر جلده بالذكاة فهذا يدل على أنه يطهر لحمه وشحمه وسائر أجزائه لأن الحيوان اسم للجملة الأجزاء وقال بعض مشايخنا ومشايخ بلخ إن كل حيوان يطهر جلده بالدباغ يطهر جلده بالذكاة فاما اللحم والشحم ونحوهما فلا يطهر والأول أقرب إلى الصواب لما مر أن النجاسة لم تكن الدم المسفوح وقد زال بالذكاة (ومنها) نزع ما وجب من الدلاء أو نزع جميع الماء بعد استخراج الواقع في البئر من الأذى وغيره من الحيوان في تطهير البئر عرفنا ذلك بالخبر واجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما ذكرنا فيما تقدم ثم إذا وجب نزع جميع الماء من البئر فينبغي أن تسد جميع منابع الماء إن أمكن ثم ينزع ما فيها من الماء النجس وإن لم يمكن سده منابعه لغلبة الماء روى عن أبي حنيفة في غير رواية لا صول أنه ينزع مائة دلو وروى ما تادل وروى محمد أنه ينزع ما تادل أو ثلثه دلو وعن أبي يوسف روايتان في رواية يجرى بجنبها حفيرة مقدار عرض الماء وطوله وعمقه ثم ينزع ماؤها ويصب في الحفيرة حتى تغطي فإذا التلأت حكم بطهارة البئر وفي رواية يرسل فيها قصبه ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزع منها عشر دلاء مثلاً ثم ينظر كم انتقص فينزع بقدر ذلك والافق في الباب ما روى عن أبي نصر محمد بن محمد بن سلام أنه ينفذ رجلين لهما بصارة في أمر الماء فينزع بهما لأن ما يعرف بالاجتهاد يرجع فيه إلى أهل الاجتهاد في ذلك الباب ثم اختلف في الدلو الذي ينزع به الماء النجس قال بعضهم المعتبر في كل بئر دلوها صغيراً كان أو كبيراً وروى عن أبي حنيفة أنه يعتبر دلو يسع قدر صاع وقيل المعتبر هو المتوسط بين الصغير والكبير وأما حكم طهارة الدلو والرشاء فقد روى عن أبي يوسف أنه سئل عن الدلو الذي ينزع به الماء النجس من البئر أيغسل أم لا قال لا بل يطهره ما طهر البئر وكذا روى عن الحسن بن زياد أنه قال إذا طهرت البئر يطهر الدلو والرشاء كما يطهر طين البئر وجأته لأن نجاستهما بنجاسة البئر وطهارتهما يكون بطهارة البئر

أيضا كأنه إذا تخلل في دن أنه يحكم بطهارة الدن (ومنها) تطهير الحوض الصغير إذا نجس واختلف المشايخ فيه فقال أبو بكر الأعمش لا يطهر حتى يدخل الماء فيه ويخرج منه مثل ما كان فيه ثلاث مرات فيصير ذلك بمنزلة غسله ثلاثا وقال القميه أبو جعفر الهندي وأني إذا دخل فيه الماء الطاهر وخرج بعضه يحكم بطهارته بعد أن لا تستين فيه النجاسة لأنه صار ماء جاريا ولم يستيقن ببقاء النجس فيه وبه أخذ القميه أبو الليث وقيل إذا خرج منه مقدار الماء النجس يطهر كالبراذنجست أنه يحكم بطهارته ما خرج ما فيه من الماء وعلى هذا حوض الحمام أو أواني إذا نجس **فصل** وأما طريق التطهير بالغسل فلا خلاف في أن النجس يطهر بالغسل في الماء الجاري وكذا يطهر بالغسل بصب الماء عليه واختلف في أنه هل يطهر بالغسل في الأواني بأن يغسل الثوب النجس أو بالبدن النجس في ثلاث اجانات قال أبو حنيفة ومحمد يطهر حتى يخرج من الاجانة الثالثة طاهرا وقال أبو يوسف لا يطهر البدن وإن غسل في اجانات كثيرة ما لم يصب عليه الماء وفي الثوب عنه روايتان وجه قول أبي يوسف أن القياس بأبي حنيفة الطهارة بالغسل بالماء أصلا لأن الماء متى لاقى النجاسة نجس سواء ورد الماء على النجاسة أو وردت النجاسة على الماء والتطهير بالنجس لا يتحقق إلا إذا حكنا بالطهارة لحاجة الناس إلى تطهير الثياب والأعضاء النجسة والحاجة تندفع بالحكم بالطهارة عند ورود الماء على النجاسة فبقي ما وراء ذلك على أصل القياس فلهذا لا يفرق بين البدن والثوب وجه الفرق له على الرواية الأخرى أن في الثوب ضرورة إذا كل من نجس ثوبه لا يجرد من يصب الماء عليه ولا يمكنه الصب عليه بنفسه وغسله فترك القياس فيه لهذه الضرورة دفعا للخرج ولهذا جرى العرف بغسل الثياب في الأواني ولا ضرورة في العضو لأنه يمكنه غسله بصب الماء عليه فبقي على ما يقتضيه القياس وجه قولهما أن القياس متروك في الفصلين لتحقيق الضرورة في الخليلين إذ ليس كل من أصاب النجاسة بعض بدنه يجرد ما جارا أو من يصب عليه الماء وقد لا يتمكن من الصب بنفسه وقد تصيب النجاسة موضعا تندر الصب عليه فإن من دعى أو أنفه لو صب عليه الماء لو وصل الماء النجس إلى جوفه أو يعلو إلى دماغه وفيه مخرج بين فقر كنا القياس لعموم الضرورة مع ما ذكره من القياس غير صحيح لما ذكرنا فيها تقدم أن الماء لا ينجس أصلا مادام على المحل النجس على ما مر بيانه وعلى هذا الخلاف إذا كان على يده نجاسة فادخلها في حبل من الماء ثم في الثاني والثالث هكذا ولو كان في الخواشي خل نجس والمسئلة بحالها عند أبي حنيفة يخرج من الثالثة طاهر خلافا لهما بناء على أصل آخر وهو أن المائعات الطاهرة تزيل النجاسة الحقيقية عن الثوب والبدن عند أبي حنيفة والصب ليس بشرط وعند محمد لا تزيل أصلا وعند أبي يوسف تزيل لكن بشرط الصب ولم يوجد فافق جوابا بناء على أصليين مختلفين

فصل وأما شرائط التطهير بالماء فمنها العدد في نجاسة غير مرتبة عندنا والجملة في ذلك أن النجاسة نوعان حقيقية وحكيمة ولا خلاف في أن النجاسة الحكيمة وهي الحدث والجنابة تزول بالغسل مرة واحدة ولا يشترط فيها العدد وأما النجاسة الحقيقية فإن كانت غير مرتبة كالبول ونحوه ذكر في ظاهر الرواية أنه لا تطهر إلا بالغسل ثلاثا وعند الشافعي تطهر بالغسل مرة واحدة اعتبارا بالحدث لا في ولوغ الكلب في الأنافة أنه لا يطهر إلا بالغسل سبعا أحدهن بالتراب بالحديث وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم إذا ولغ الكلب في آناء أحسكم فليغسله سبعا أحدهن بالتراب (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال يغسل الأنا من ولوغ الكلب ثلاثا فقد أمر بالغسل ثلاثا وإن كان ذلك غير مرتب وما رواه الشافعي فذلك عندما كان في ابتداء الإسلام لقلع عادة الناس في الألف بالكلاب كما أمر بكسر الدنان ونهى عن الشرب في ظروف الخمر حين حرمت الخمر فلما تركوا العادة أزال ذلك كما في الخمر دل عليه ما رده في بعض الروايات فليغسله سبعا أو لا هن بالتراب أو آخرهن بالتراب وفي بعضها وعفروا الثامنة بالتراب وذلك غير واجب بالإجماع وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا استيقظ أحسكم من منامه فلا يغسل يده في الأنا حتى يغسلها ثلاثا فإنه لا يدري أين باتت يده أمر بالغسل ثلاثا عند

توهم النجاسة فعند تحققها أولى ولأن الظاهر أن النجاسة لا تزول بالمرّة الواحدة إلا ترى أن النجاسة الممرّية قط لا تزول بالمرّة الواحدة فكذلك غير الممرّية ولا فرق سوى أن ذلك يرى بالحس وهذا يعلم بالعقل والاعتبار بالحدوث غير سديد لأن نعمة لا نجاسة رأسا وانما عرفنا وجوب الغسل نعم اغتبر معقول المعنى والنص ورد بالاكْتفاء بمرّة واحدة فإن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ مرّة مرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به ثم التقدير بالثلاث عندنا ليس بلازم بل هو مقفوض إلى غالب رأيهم وأكبر ظنه وانما ورد النص بالتقدير بالثلاث بناء على غالب العادات فإن الغالب انما تزول بالثلاث ولأن الثلاث هو الحد الفاصل لا لبلاء العذر كما في قصة العبد الصالح مع موسى حيث قال له موسى في المرّة الثالثة قد بلغت من لدني عذرا وإن كانت النجاسة ممرّية كالدم ومخوّه فطهارتهما زوال عينها ولا عبرة فيه بالعدد لأن النجاسة في العين فإن زالت العين زالت النجاسة وإن بقيت بقيت ولو زالت العين وبقي الأثر فإن كان مما يزول أثره لا يحكم بطهارته ما لم يزول الأثر لأن الأثر لون عينه لا لون الثوب فبقاؤه يدل على بقاء عينه وإن كانت النجاسة مما لا يزول أثره لا يضر بقاء أثره عندنا وعند الشافعي لا يحكم بطهارته مادام الأثر باقيا وينبغي أن يقطع بالمقراض لأن بقاء الأثر دليل بقاء العين (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للاستحاضة حثيه ثم اقرصه ثم اغسله بالماء ولا يضر كثر أثره وهذا نص ولأن الله تعالى لما لم يكلفنا غسل النجاسة إلا بالماء مع علمه أنه ليس في طبع الماء قلع إلا ناردل على أن بقاء الأثر فيها لا يزول أثره ليس بما نزع والنجاسة وقوله بقاء الأثر دليل بقاء العين مسلم لكن الشرع أسقط اعتبار ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام ولا يضر كثر بقاء أثره ولما ذكرنا أنه لم يأمرونا إلا بالغسل بالماء ولم يكلفنا تعلم الحيل في قلع الآثار ولأن ذلك في حد القلة والقليل من النجاسة محفوف عندنا ولأن أصابة النجاسة التي لها أثر باق كالدم الأسود العبيط مما يكثّر في الثياب خصوصاً في حق النساء فلو أمرنا بقطع الثياب لوقع الناس في الحرج وأنه مدفوع وكذا يؤدي إلى اتلاف الأموال والشرع نهانا عن ذلك فكيف يأمرونا به (ومنها) العصر فيما يحتمل العصر وما يقوم مقامه فيها لا يحتمله والجلة فيه أن المحل الذي نجس أمان كان شيئا لا يتشرب فيه أجزاء النجس أصلاً أو كان شيئاً يتشرب فيه شيء يسيراً وكان شيئاً يتشرب فيه شيء كثيراً كان مما لا يتشرب فيه شيء أصلاً كالإواني المتخذة من الحجر والصفرة والنحاس والخزف العتيق ونحو ذلك فطهارته بزوال عين النجاسة أو العدد على ما مر وإن كان مما يتشرب فيه شيء قليل كالبدن والخف والنعل فكذلك لأن الماء يستخرج ذلك القليل فيحكم بطهارته وإن كان مما يتشرب فيه كثير فإن كان مما يمكن عصره كالثياب فإن كانت النجاسة ممرّية فطهارته بالغسل والعصر إلى أن تزول العين وإن كانت غير ممرّية فطهارته بالغسل ثلاثاً والعصر في كل مرّة لأن الماء لا يستخرج الكثير إلا بواسطة العصر ولا يتم الغسل بدونه وروى عن محمد أنه يكتفي بالعصر في المرّة الأخيرة ويستوي الجواب عندنا بين بول العصي والصبية وقال الشافعي بول الصبي يطهر بالنضح من غير عصر (واحتج) بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ينضح بول الصبي ويغسل بول الجارية (ولنا) ما روي من حديث عمار من غير فصل بين بول وبول وما رواه غريب فلا يقبل خصوصاً إذا خالف المشهور وإن كان مما لا يمكن عصره كالخشب المتخذ من البوري ونحوه أي ما لا ينصرف بالعصر إن علم أنه لم يتشرب فيه بل أصاب ظاهره يطهر بإزالة العين أو بالغسل ثلاث مرات من غير عصر فاما إذا علم أنه تشرب فيه فقد قال أبو يوسف ينقع في الماء ثلاث مرات ويغفف في كل مرّة فيحكم بطهارته وقال محمد لا يطهر أبداً وعلى هذا الخلاف الخزف الجديد إذا تشرب فيه النجس والجلد إذا دبغ بالدهن النجس والخنطة إذا تشرب فيها النجس واتفخت أنها لا تطهر أبداً عند محمد وعند أبي يوسف تنقع في الماء ثلاث مرات ويغفف في كل مرّة وكذا السكين إذا موه بما نجس واللحم إذا طبخ بما نجس فعند أبي يوسف يمويه السكين ويطبخ اللحم بالطاهر ثلاث مرات ويغفف في كل مرّة وعند محمد لا يطهر أبداً وجه قول محمد أن النجاسة إذا دخلت في الباطن تعذر استخراجها إلا بالعصر والعصر متعذر وأبو يوسف يقول إن تعذر العصر فالتجفيف ممكن في مقام العصر

دفع الحجر وما قاله محمد اقبس وما قاله أبو يوسف أوسع ولو أن الأرض أصابها نجاسة رطبة فإن كانت الأرض رحوه يصب عليها الماء حتى يتسفل فيها فإذا لم يبق على وجهها شيء من النجاسة وتسفلت المياه يحكم بطهارتها ولا يعتبر فيها العبدد وإنما هو على اجتهداء وما في غالب ظنه أنها طهرت ويقوم التسفل في الأرض مقام العصر فيها يحتمل العصر وعلى قياس ظاهر الرأية يصب الماء عليها ثلاث مرات ويتسفل في كل مرة وإن كانت الأرض ملبة فإن كانت صعيدا يحفر في أسفلها حفيرة ويصب الماء عليها ثلاث مرات ويزال عنها إلى الحفيرة ثم تكبر الحفيرة وإن كانت مستوية بحيث لا يزال الماء عنها لا تتسفل إعدام الفائدة في التسفل وقال الشافعي إذا كثرت بالماء طهرت وهذا فاسد لأن الماء السجس باق حقيقة ولكن ينبغي أن تغلب فيجعل أعلاها أسفلها وأسفلها أعلاها بصبر التراب الطاهر وجه الأرض هكذا وي أن أعرايا بال في المسجد فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحفر موضع بوله فدل أن الطريق ما قلنا والله أعلم

﴿ كتاب الصلاة ﴾

يحتاج لمعرفة مسائل كتاب الصلاة إلى معرفة أنواع الصلاة وما يشتمل عليه كل نوع من الكيفيات والأركان والشرائط والواجبات والسنن وما يستحب فعله فيه وما يكره وما يفسده ومعرفة حكمه إذا فسدت أوقات عن وقته (فتقول) وبالله التوفيق الصلاة في الأصل أربعة أنواع فرض وواجب وسنة ونافلة والقرض نوعان فرض هين وفرض كفاية وفرض العين نوعان أحدهما الصلوات المعهودة في كل يوم وليلة والثاني صلاة الجمعة أما الصلوات المعهودة في كل يوم وليلة فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان أصل فرضيتها وفي بيان عددتها وفي بيان حدود ركعاتها وفي بيان أركانها وفي بيان شرائط الأركان وفي بيان واجباتها وفي بيان سننها وفي بيان ما يستحب فعله وما يكره فيها وفي بيان ما يفسدها وفي بيان حكمها إذا فسدت أوقاتها وأوقات نهي من صلاة من هذه الصلوات عن الجماعة أو عن محله الأصلي وتذكر في آخر الصلاة (أما) فرضيتها فتأبى بالكتاب والسنة والاجماع والمقول (أما) الكتاب فقوله تعالى في غير موضع من القرآن أقيموا الصلاة وقوله إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا أي فرضا موقتا وقوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ومطلق اسم الصلاة ينصرف إلى الصلوات المعهودة وهي التي تؤدي في كل يوم وليلة وقوله تعالى أقم الصلاة طرقي النهار وزلفا من الليل الآية يجمع الصلوات الخمس لأن صلاة الفجر تؤدي في أحد طرقي النهار وصلاة الظهر والعصر يؤديان في الطرف الآخر إذا نهى رقصان غداة وعشي والغداة اسم لاول النهار إلى وقت الزوال وما بعده العشي حتى أن من حلف لا يأكل العشي فأكل بعد الزوال يحنث فدخل في طرقي النهار ثلاث صلوات ودخل في قوله وزلفا من الليل المغرب والعشاء لأنهم ما يؤديان في زلف من الليل وهي ساعاته وقوله أقم الصلاة لدلوك الشمس إلى غسق الليل وقرآن الفجر قبل دلوك الشمس زوالها وغسق الليل أول طلوعه فيدخل فيه صلاة الظهر والعصر وقوله وقرآن الفجر أي وأقم قرآن الفجر وهو صلاة الفجر فتثبت فرضية ثلاث صلوات بهذه الآية وفرضية صلاتي المغرب والعشاء ثبتت بدليل آخر وقيل دلوك الشمس غروبها فيدخل فيه صلاة المغرب والعشاء وتدخل صلاة الفجر في قوله وقرآن الفجر وفرضية صلاة الظهر والعصر ثبتت بدليل آخر وقوله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون وله الحمد في السموات والأرض وعشيا وحسين تظهرون روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال حين تمسون والمغرب والعشاء وحين تصبحون الفجر وعشيا والعصر وحين تظهرون الظهر ذكر التيسيع وأراد به الصلاة أي صلوا لله أما لأن التيسيع من لوازم الصلاة أولا لأنه تقريه والصلاة من أولها إلى آخرها تقريه الرب عز وجل لما فيها من اظهار الحاجات إليه واظهار الجحز والضعف وفيه وصف له بالجلال والعظمة والرفعة والتعالى عن الحاجة قال الشيخ أبو منصور الماتريدي السهرقندي أنهم فهموا من هذه الآية فرضية الصلوات الخمس ولو كانت

افهامهم مثل افهام أهل زماننا لما فهموا منها سوى التسييح المذكور وقوله تعالى فسبح بحمده قبل طلوع الشمس وقبل غروبها ومن آناه الليل فسبحه واطراف النهار لعن رضى قيل في تأويل قوله فسبح أى فصل قبل طلوع الشمس هو صلاة الصبح وقبل غروبها هو صلاة الظهر والعصر ومن آناه الليل صلاة المغرب والعشاء وقوله واطراف النهار على التكرار والاعادة تأكيذا كفى قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى ان ذكر الصلاة الوسطى على التأكيدها دل على انها تحت اسم الصلوات كذا ههنا وقوله تعالى في بيوت اذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال قيل الذكر والتسييح ههنا هما الصلاة وقيل الذكر سائر الاذكار والتسييح الصلاة وقوله بالغدو والآصال صلاة الظهر والعصر والمغرب والعشاء وقيل الآصال هو صلاة العصر ويحتمل العصر والظهر لأنهما يؤديان في الأصيل وهو العشي وفرضية المغرب والعشاء عرفت بدليل آخر (وأما) السنة فاروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عام حجة الوداع اعبدوا ربكم وصلوا واتمسكوا بصوموا واشركم وجوايت ربكم وأدوا زكاة أموالكم طيبة بها أنفسكم تدخلوا الجنة ربكم وروى عن عبادة بن الصامت رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى فرض على عباده المؤمنين في كل يوم وليلة خمس صلوات وعن عبادة أيضا رضى الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول خمس صلوات كتبهن الله تعالى على العباد فمن أتى بهن ولم يضيع من حقهن شيئا استخفوا فأبجقهن فان له عند الله عهدا أن يدخله الجنة ومن لم يأت من فليس له عند الله عهد ان شاء عذبه وان شاء أدخله الجنة وعليه اجماع الأمة فان الأمة أجمعت على فرضية هذه الصلوات (وأما) المعقول فمن وجوه أحدها ان هذه الصلوات انما وجبت شكر النعم منها نعمة الخلقة حيث فضل الجواهر الانسية بالنصوير على أحسن صورة وأحسن تقويم كما قال تعالى وصوركم فأحسن صوركم وقال لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم حتى لا ترى أحدا يقنئ أن يكون على غير هذا التقويم والصوره التي أنشئ عليها (ومنها) نعمة سلامة الجوارح عن الآفات اذ بها يقدر على اقامة مصالحه أعطاء الله ذلك كله انعاما محضاً من غير أن يسبق منه ما يوجب استعقاق شيء من ذلك فأمر باستعمال هذه النعمة في خدمة المنعم شكر المانع انعم اذ شكر النعمة استعمالها في خدمة المنعم (ثم) الصلاة تجمع استعمال جميع الجوارح الظاهرة من القيام والركوع والسجود والقعود ووضع اليد مواضعها وحفظ العين وكذا الجوارح الباطنة من شغل القلب بالنية واشعاره بالخوف والرجاء واحضار الذهن والعقل بالتعظيم والتجليل ليعكون عمل كل عضو شكر المانع عليه في ذلك (ومنها) نعمة المفاصل اللينة والجوارح المتقادة التي بها يقدر على استعمالها في الأحوال المختلفة من القيام والقعود والركوع والسجود والصلوة تشتمل على هذه الأحوال فأمرنا باستعمال هذه النعم الخاصة في هذه الأحوال في خدمة المنعم شكر هذه النعمة وشكر النعمة فرض عقلا وشعرا (ومنها) أن الصلاة وكل عبادة خدمة الرب جل جلاله وخدمة المولى على العبد لا تكون الا فرضا اذ التبرع من العبد على مولا محال والعزيمة هي شغل جميع الأوقات بالعبادات بقدر الامكان وانتفاء الحرج الا أن الله تعالى بفضلله وكرمه جعل لعبده أن يترك الخدمة في بعض الاوقات رخصة حتى لو شرع لم يكن له التبرع لأنه اذا شرع فقد اختار العزيمة وترك الرخصة فيعود حكم العزيمة يحقق ما ذكرنا أن العبد لا بد له من اظهار سعة العبودية لخالق به من استعصى مولا وأظهر الترفع عن العبادات وفي الصلاة اظهار سعة العبودية لما فيه من القيام بين يدي المولى جل جلاله وتجنبة الظهور له وتعفير الوجه بالارض والجنوع على الركبتين والثناء عليه والمدح له (ومنها) أنها مانعة للصلى عن ارتكاب المعاصي لأنه اذا قام بين يدي ربه خاشعا متذللا مستسغرا هيبة الرب جل جلاله خائفا تقصيره في عبادته كل يوم خمس مرات عصمه ذلك عن اقتراف المعاصي والامتناع عن المعصية فرض وذلك قوله تعالى وأقم الصلاة طرقي النهار وزلفا من الليل ان الحسنات يذهبن السيئات وقوله تعالى وأقم الصلاة ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر (ومنها) انها جعلت مكفرة للذنوب والخطايا والزلات والتقصير اذ العبد في أوقات

اليه ونهاره لا يخلو عن ذنب أو خطأ أو زلة أو تقصير في العبادات والقيام بشكر النعمة وإن جل قدره وخطره عند الله تعالى إذ قد سبق اليه من الله تعالى من النعم والاحسان ما لو أخذ بشكر ذلك لم يقدر على أداء شكر واحدة منها فضلا عن أن يؤدي شكر الكل فيحتاج إلى تكفير ذلك إذ هو فرض ففرضت الصلوات الخمس تكفير لذلك

فصل وأما عدد ركعاتها فالتحسين ثبت ذلك بالكتاب والسنة واجماع الأمة (أما) الكتاب فالتلون من الآيات التي فيها فرضية خمس صلوات وقوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى إشارة إلى ذلك لأنه ذكر الصلوات بلافظ الجمع وعطف الصلاة الوسطى عليها والمعطوف غير المعطوف عليه في الأصل فهذا يقتضي جمعا يكون له وسطى والوسطى غير ذلك الجمع وأقل جمع يكون له وسطى والوسطى غير ذلك الجمع هو الخمس لأن الأربع والست لا وسطى لهما وكذا هو شفع إذا الوسط ماله حاشيتان متساويتان ولا يوجد ذلك في الشفع والثلاث له وسطى لكن الوسطى ليس غير الجمع إذا لاثان ليسا بجمع صحيح والسبعة وكل وتر بعده له وسطى لكنه ليس بأقل الجمع لأن الخمسة أقل من ذلك (وأما) السنة فاروي بنان من الأحاديث وزوي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما علم الأعرابي الصلوات الخمس فقال هل على شيء غير هذا فقال عليه الصلاة والسلام لا إلا أن تطوع والأمة أجمعت على هذا من غير خلاف بينهم ولهذا قال عامة الفقهاء إن الوتر سنة لما أن كتاب الله والسنن المتواترة والمشهورة ما أوجب زيادة على خمس صلوات فالقول بفرضية الزيادة عليها باخبار الأحاديث يكون قولاً بفرضية صلاة سادسة وأنه خلاف الكتاب والسنة واجماع الأمة ولا يلزم هذا بأخنيقة لأنه لا يقول بفرضية الوتر وإنما يقول بوجوبه (والفرق) بين الواجب والفرض كما بين السماء والأرض على ما عرف في موضعه والله أعلم

فصل وأما عدد ركعات هذه الصلوات فالمصلحة لا يخلو ما أن يكون مقبلاً وأما أن يكون مسافراً كان مقبلاً فعدد ركعاتها سبعة عشر ركعتان وأربع وأربع وثلاث وأربع عرفنا ذلك بفعل النبي صلى الله عليه وسلم وقوله صلوا كما رأيتموني أصلي وهذا لأنه ليس في كتاب الله عدد ركعات هذه الصلوات فكانت نصوص الكتاب العزيز مجملة في حق المقدار ثم زال الاجمال ببيان النبي صلى الله عليه وسلم قولاً وفعلًا كفي نصوص الزكاة والعشر والحج وغير ذلك وإن كان مسافراً فعدد ركعاتها في حقه إحدى عشرة عندنا ركعتان وركعتان وركعتان وثلاث وركعتان وعند الشافعي سبعة عشر كافي حق المقيم

فصل والكلام في صلاة المسافر يقع في ثلاث مواضع أحدها في بيان المقدار المفروض من الصلاة في حق المسافر والثاني في بيان ما يصير المقيم به مسافراً والثالث في بيان ما يصير به المسافر مقبلاً وبطل به السفر ويعود إلى حكم الإقامة (أما) الأول فقد قال أصحابنا إن فرض المسافر من ذوات الأربع ركعتان لا غير وقال الشافعي أربع كفرض المقيم إلا أن المسافر أن يقصر رخصة من مشايخنا من لقب المسئلة بأن القصر عندنا عزيمة والا كمال رخصة وهذا التلقيب على أصلنا خطأ لأن الركعتين من ذوات الأربع في حق المسافر ليستا قصرًا حقيقة عندنا بل هما عام فرض المسافر والا كمال ليس رخصة في حقه بل هو إساءة ومخالفة لسنة هكذا روي عن أبي حنيفة أنه قال من أتم الصلاة في السفر فقد أساء وخالف السنة وهذا لأن الرخصة اسم لما تغير عن الحكم الأصلي لعارض إلى تخفيف ويسر لما عرف في أصول الفقه ولم يوجد معنى التغير في حق المسافر رأساً إذا الصلاة في الأصل فرضت ركعتين في حق المقيم والمسافر جعلا لما يندكر ثم زيدت ركعتان في حق المقيم وأقرت الركعتان على حالهما في حق المسافر كما كانت في الأصل فأنعدم معنى التغير أصلاً في حقه وفي حق المقيم وجد التغير لكن إلى الغاظ والشدة لا إلى السهولة واليسر والرخصة تنفي عن ذلك فلم يكن ذلك رخصة في حقه حقيقة ولو سمي فأنعمى مجازاً لوجود بعض معاني الحقيقة وهو التغير (احتج) الشافعي بقوله تعالى وإذا حضرتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ولقد أوجنا أن تستعملوا

في المباحات والمرخصات دون الفرائض والعزائم وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى تصدق عليكم بشرط الصلاة الا فاقبلوا صدقته والمتصدق عليه يكون مختاراً في قبول الصدقة كما في التصديق من العباد ولان القصر ثبت نظر المسافر تخفيفاً عليه في السفر الذي هو محل المشقات المتضاعفة والتخفيف في التخيير فان شاء مال الى القصر وان شاء مال الى الاكمال كما في الاطراف في شهر رمضان (ولنا) ما روى عن عمر رضي الله عنه انه قال صلاة المسافر ركعتان وصلاة الجمعة ركعتان تام غير قصر على اسان نبيكم محمد صلى الله عليه وسلم وروى تمام غير قصر وروى الفقيه الجليل أبو أحمد العياشي السمرقندي وأبو الحسن الكرخي عن ابن عباس رضي الله عنه هكذا وروى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت فرضت الصلاة في الأصل ركعتين الا المغرب فانها وتراها ثم زيدت في الحضر وأقرت في السفر على ما كانت وروى عن عمران بن حصين رضي الله عنه انه قال ما سافر رسول الله صلى الله عليه وسلم الا وصلى ركعتين الا المغرب ولو كان القصر رخصة والاكمال هو العزيمة لما ترك العزيمة الا احبنا اذا العزيمة أفضل وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يختار من الأعمال الا أفضلها وكان لا يترك الا أفضل المرأة أو مرتين تعالما للرخصة في حق الأمة فامترك الا أفضل أبدأ وفيه تضييع الفضيلة عن النبي صلى الله عليه وسلم في جميع عمره فما لا يحتل والدليل عليه انه صلى الله عليه وسلم قصر بمكة وقال لأهل مكة أنتموا بأهل مكة فانا قوم سفر فلو جاز الأربعة لما اقتصر على الركعتين لوجهين أحدهما انه كان يقتنم زيادة العمل في الحرم لما للعبادة فيه من تضاعف الاجر والثاني انه صلى الله عليه وسلم لم كان اماماً وخلفه المقيمون من أهل مكة فكان ينبغي أن يتم أربعاً كيلا يحتاج أولئك القوم الى التفرد ولينا الوافضية الانتماء به في جميع الصلاة وحيث لم يفعل دل ذلك على صحة ما قلنا وروى أن عثمان رضي الله عنه أتم الصلاة يعني أنكرك عليه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى قال لهم اني تأهلت بمكة وقد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من تأهل بقوم فهو منهم فدل انكار الصحابة رضي الله عنهم واعتذار عثمان رضي الله عنه ان الغرض ما قلنا اذ لو كان الأربعة عزيمة لما أنكرت الصحابة عليه ولما اعتذروا اذ لا يلام على العزائم ولا يعتذر عنها فكان ذلك اجماعاً من الصحابة رضي الله عنهم على ما قلنا وروى عن ابن عمر رضي الله عنهما انه سئل عن الصلاة في السفر فقال ركعتان ركعتان من خالف السنة كفر أي خالف السنة اعتقاداً لا فعلاً وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلين سالا وكان أحدهما يتم الصلاة في السفر والآخر يقصر عن حالهما فقال للذي قصر أنت أكلت وقال للآخر أنت قصرت ولا حجة له في الآية لأن المذکور فيها أصل القصر لا صفته وكيفيته والقصر قد يكون عن الركعات وقد يكون عن القيام الى القعود وقد يكون عن الركوع والسجود الى اليمين خوفاً العدو ولا يترك شرط الصلاة وذلك مباح مرخص عندنا فلا يكون حجة مع الاحتمال مع ما في الآية ما يدل على ان المراد منه ليس هو القصر عن الركعات وهو ترك شرط الصلاة لأنه علق القصر بشرط الخوف وهو خوف فتنة الكفار بقوله ان خفتهم أن يفتنكم الذين كفروا والقصر عن الركعات لا يتعلق بشرط الخوف بل يجوز من غير خوف والحديث دليلنا لأنه أمر بالقبول فلا يبقى له خيار الرد شرعاً اذا الأمر للوجوب وقوله المتصدق عليه يكون مختاراً في القبول قلنا معنى قوله تصدق عليكم أي حكم عليكم على ان التصديق من الله تعالى فيما لا يحتل التقليد يكون عبارة عن الاسقاط كالغفو من الله تعالى وما ذكر من المعنى غير سديد لأن هذا ليس ترفيها بقصر شرط الصلاة بل لم يشرع في السفر الا هذا القدر لما ذكرنا من الدلائل ولقول ابن عباس رضي الله عنهما لا تقولوا قصر ان الذي فرضها في الحضر أربعاً وهو الذي فرضها في السفر ركعتين وليس الى العباد ابطال قدر العبادات الموظفة عليهم بالزيادة والنقصان الا ترى ان من أراد ان يتم المغرب أربعاً أو الفجر ثلاثاً أو أربعاً لا يقدر على ذلك كذا هذا ولا قصر في الفجر والمغرب لأن القصر بسقوط شرط الصلاة وبسقوط الشرط منها ما لا يبقى نصف مشروع بخلاف ذوات الأربعة وكذا لا قصر في السنن والتطوعات لأن القصر بالتوقيف ولا توقيف

نعم ومن الناس من قال بترك السنن في السفر وروى عن بعض الصحابة أنه قال لو أتيت بالسنن في السفر لا نمت
 القريضة وذلك عندنا محمول على حالة الخوف على وجه لا يمكنه المكث لاداء السنن وعلى هذا الاصل يبنى ان المسافر
 لو اختار الاربع ليقع الكل فرضا بل المفروض ركعتان لا غير والشرط الثاني يقع تطوعا عندنا وعند بعض الكل فرضا
 حتى لو لم يقع على رأس الركعتين قدر الشاهد فسدت صلاته عندنا لانهم القعدة الاخيرة في حقه وهي فرض وعنده
 لا تفسد لانها القعدة الاولى عنده وهي ليست بفرض في المسكن بات بلا خلاف وعلى هذا الاصل يبنى اقتداء
 المقيم بالمسافر انه يجوز في الوقت وفي خارج الوقت وفي ذوات الاربع واقتداء المسافر بالمقيم يجوز في الوقت
 ولا يجوز في خارج الوقت عندنا لان فرض المسافر قد تقرر ركعتين على وجه لا يحتمل التغيير بالاقتداء بالمقيم
 فكانت القعدة الاولى فرضا في حقه فيكون هذا اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة وهذا لا يجوز على
 أصل أصحابنا وهذا المعنى لا يوجد في الوقت ولا في اقتداء المقيم بالمسافر ولو ترك القراءة في الاولين أو في واحدة
 منهما تفسد صلاته لان القراءة في الركعتين في صلاة ذات ركعتين فرض وقد فات على وجه لا يحتمل التدارك
 بالقضاء فتفسد صلاته وعند الشافعي أيضا تفسد لان العزيمة وان كانت هي الاربع عنده لكن القراءة في
 الركعات كلها فرض عنده ولو اقتدى المسافر بالمقيم في الظهر ثم أفسدها على نفسه في الوقت أو بعد ما خرج
 الوقت فان عليه ان يصلي ركعتين عندنا وعند بعض يصلي أربعين ركعتين عندنا ولا يجوز له الفجر لان العزيمة في حق المسافر هي
 ركعتان عندنا وانما صار فرضه أربعين ركعتين بالتبعية للمقيم بالاقتداء به وقد بطلت التبعية بطلان الاقتداء فيعود
 حكم الاصل وعنده لما كانت العزيمة هي الاربع وانما أبيع القصر رخصة فاذا اقتدى بالمقيم فقد اختار
 العزيمة فتأكد عليه وجوب الاربع فلا تجوز له الرخصة بعد ذلك ويستوى في المقدار المفروض على المسافر
 من الصلاة سفر الطاعة من الحج والجهاد وطلب العلم وسفر المباح كسفر التجارة ونحوه وسفر المعصية كقطع
 الطريق والبنى وهذا عندنا وقال الشافعي لا تثبت رخصة القصر في سفر المعصية وجه قوله ان رخصة القصر
 تثبت تخفيفا أو نظرا على المسافر والجاني لا يستحق النظر والتخفيف (ولنا) ان ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب
 الفصل بين مسافر ومسافر فوجب العمل بعمومها واطلاقها ويستوى فيما ذكرنا من اعداد الركعات في حق
 المقيم والمسافر صلاة الامن والخوف فالخوف لا يؤثر في نقصان العدد مقبها كان الخائف أو مسافرا وهو قول
 عامة الصحابة رضي الله عنهم وانما يؤثر في سقوط اعتبار بعض ما ينافي الصلاة في الاصل من المشي ونحو ذلك
 على ما نذكره في صلاة الخوف ان شاء الله تعالى

فصل وما يبين ما يصير به المقيم مسافرا فالذي يصير المقيم به مسافرا ثمانية مدة السفر والخروج من عمران
 مصر فلا بد من اعتبار ثلاثة أشياء أحدها مدة السفر وأقلها غير مقدر عند أصحاب الظواهر وعند عامة العلماء
 مقدر واختلفوا في التقدير قال أصحابنا مسير ثلاثة أيام سير الابل ومشي الاقدام وهو المذكور في ظاهر الروايات
 وروى عن أبي يوسف يومان وأكثر الثالث وكذا روى الحسن عن أبي حنيفة وابن سماعة عن محمد ومن
 مشايخنا من قدره بخمسة عشر فرسخا وجعل لكل يوم خمس فراسخ ومنهم من قدره بثلاث مراحل وقال مالك
 أربعة برد كل بردين عشرة ميلا واختلفت أقوال الشافعي فيه قبل سنة وأربعون ميلا وهو قريب من قول
 بعض مشايخنا لان العادة ان القافلة لا تقطع في يوم أكثر من خمسة فراسخ وقبل يوم وليس له وهو قول الزهري
 والاوزاعي واثبت أقواله انه مقدر بيومين اما أصحاب الظواهر فاحتجوا بظاهر قوله تعالى واذا ضربت في الارض
 فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة على القصر بطلاق الضرب في الارض فالتقدير تقييد لطلاق الكتاب
 ولا يجوز الابدال (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر
 ثلاثة أيام ولياليها جعل لكل مسافر أن يمسح ثلاثة أيام ولياليها ولن يتصور أن يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليها
 ومدة السفر أقل من هذه المدة وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تسافر

ثلاثة أيام الامح محرم أو زوج فلولم تكن المدة مقدرة بالثلاث لم يكن لتخصيص الثلاث معنى والحديثان في حد الاستفاضة والاشتغال فيجوز نسخ الكتاب - ما ان كان تقييد المطلق نسخا مع ما انه لا حجة لهم في الآية لان الضرب في الارض في اللغة عبارة عن السير فيها مسافرا يقال ضرب في الارض أى سار فيها مسافرا فكان الضرب في الارض عبارة عن سير يصير الانسان به مسافرا لا مطلق السير والكلام في انه هل يصير مسافرا بغير مطلق من غير اعتبار المدة وكذا مطلق الضرب في الارض يقع على سير يسمى سفرا والتزاع في تقديره شرعا والآية ساكتة عن ذلك وقد ورد الحديث بالتقدير فوجب العمل به والله الموفق (واحتج) مالك بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال يا اهل مكة لا تقصروا الصلاة فيمادون مكة الى عسفان وذلك أربعة برد وهو غريب فلا يقبل خصوصاً في معارضة المشهور وجه قول الشافعي ان الرخصة انما ثبتت لضرب مشقة يختص بها المسافرون وهي مشقة الحمل والسير والتزول لان المسافر يحتاج الى حمل رحله من غير أهله وحطه في غير أهله والسير وهذه المشقات تجتمع في يومين لانه في اليوم الاول يحط الرحل في غير أهله وفي اليوم الثاني يحمله من غير أهله والسير موجود في اليومين بخلاف اليوم الواحد لانه لا يوجد فيه الا مشقة السير لانه يحمل الرحل من وطنه ويحطه في موضع الإقامة فيقدر بيومين لهذا (ولنا) ما رويانا من الحديثين ولان وجوب الاكمال كان ثابتا بدليل مقطوع به فلا يجوز رفعه الا بعلة ومادون الثلاث مختلف فيه والثلاث مجتمع عليه فلا يجوز رفعه بمادون الثلاث وما ذكر من المعنى يبطل عن سائر يوم ما على قصد الرجوع الى وطنه فانه يلحقه مشقة الحمل والحط والسير على ما ذكر ومع هذا لا يقصر عنده وبه تبين ان الاعتبار لا جتماع المشقات في يوم واحد وذلك بثلاثة أيام لانه يلحقه في اليوم الثاني مشقة حمل الرحل من غير أهله والسير وحطه في غير أهله وانما قدرنا بسير الابل ومشى الاقدام لانه الوسط لان ابطأ السير سيرا للجملة والاسرع سير القرس والبريد فكان أوسط أنواع السير سيرا لابل ومشى الاقدام وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم خير الأمور أوسطها ولان الأقل والاكثر يتجاوزان فيستقر الأمر على الوسط وعلى هذا يخرج ما روى عن أبي حنيفة فيمن سار في الماء يوما وذلك في البر ثلاثة أيام انه يقصر الصلاة لانه لا عبدة للاسراع وكذا الوسار في البر الى موضع في يوم أو يومين وانه يسير الابل والمشى المعتاد ثلاثة أيام يقصر اعتبار السير المعتاد وعلى هذا اذا سافر في الجبال والعقبان أنه يعتبر مسيرة ثلاثة أيام فيها لا في السهل فالخامس ان التقدير بمسيرة ثلاثة أيام أو بالمراحل في السهل والجبل والبر والبحر ثم يعتبر في كل ذلك السير المعتاد فيه وذلك معلوم عند الناس فيرجع اليهم عند الاشتباه والتقدير بالغراب سخ غير سديد لأن ذلك يختلف باختلاف الطريق وقال أبو حنيفة اذا خرج الى مصر في ثلاثة أيام وأمكنه أن يصل اليه من طريق آخر في يوم واحد قصر وقال الشافعي ان كان لغرض صحيح قصر وان كان من غير غرض صحيح لم يقصر ويكون كالعاصي في سفره والصحيح قولنا لان الحكم معلق بالسفر فكان الاعتبار بمسيرة ثلاثة أيام على قصد السفر وقد وجد والثاني نية مدة السفر السير قد يكون سفرا وقد لا يكون لان الانسان قد يخرج من مصر الى موضع لا صلاح الضبعة ثم تبدوله حاجة أخرى الى الجبارة عنه الى موضع آخر ليس بينهما مدة سفر ثم وثم الى أن يقطع مسافة بعيدة أكثر من مدة السفر لا قصد السفر فلا بد من النية للتمييز والمعتبر في النية هونية الاصل دون التابع حتى يصير العبد مسافرا بنية مولاه والزوجة بنية الزوج وكل من لزمه طاعة غيره كالسلطان وأمير الجيش لان حكم التبعية حكم الاصل وأما الغريم مع صاحب الدين فان كان مديا فالنية اليه لانه يمكنه قضاء الدين والخر وج من يده وان كان مفلسا فالنية الى الطالب لانه لا يمكنه الخروج من يده فكان تابعا له والثالث الخروج من عمران المصر فلا يصير مسافرا بمجرد نية السفر ما يخرج من عمران المصر وأصله ما روى عن علي رضي الله عنه أنه لما خرج من البصرة يريد الكوفة صلى الظهر أربعين ركعة ثم نظر الى خص امامه وقال لو جاوزنا لخص صلينا ركعتين ولان النية انما تعتبر اذا كانت مقارنة للفعل لان مجرد العزم عفو وفعل السفر لا يتحقق الا بعد الخروج من المصر فالحكم بالخروج لا يتحقق قران النية بالفعل فلا يصير

مسافر او هذا بخلاف المسافر اذا نوى الإقامة في موضع صالح للإقامة حيث يصير مقبلاً للحال لانية الإقامة هناك
قارنت الفعل وهو ترك السفر لان ترك الفعل فعل فكانت معتبرة وههنا بخلافه وسواء خرج في أول الوقت أو في
وسطه أو في آخره حتى لو بقي من الوقت مقدار ما يسع لاداء ركعتين فانه يقصر في ظاهر قول أصحابنا وقال محمد بن
شجاع الباخي و ابراهيم النخعي انما يقصر اذا خرج قبل الزوال فاما اذا خرج بعد الزوال فانه يكمل الظهر وانما يقصر
العصر وقال الشافعي اذا مضى من الوقت مقدار ما يمكنه اداء أربع ركعات فيه يجب عليه الاكمال ولا يجوز له القصر
وان مضى دون ذلك اختلف أصحابه فيه وان بقي من الوقت مقدار ما يسع ركعة واحدة لا غير أو للتصريح فقط
يصل ركعتين عندنا وعند زفر يصلي أربعاً (اما) الكلام في المسئلة الاولى فبناء على ان الصلاة تجب في أول
الوقت أو في آخره فعندهم تجب في أول الوقت فكلما دخل الوقت أو مضى منه مقدار ما يسع لاداء الاربع وجب
عليه اداء أربع ركعات فلا يسقط شرطها بسبب السفر بعد ذلك كما اذا صار تدنيا في الذمة بمضي الوقت ثم سافر فلا
يسقط الشرط كذا ههنا وعند المحققين من أصحابنا لا تجب في أول الوقت على التعيين وانما تجب في جزء من الوقت
غير معين وانما التعيين الى المصلي من حيث الفعل حتى انه اذا شرع في أول الوقت يجب في ذلك الوقت وكذا اذا شرع
في وسطه أو آخره ومتى لم يعين بالفعل حتى بقي من الوقت مقدار ما يصل في فيه أربع ركعات وهو مقيم يجب عليه تعيين ذلك
الوقت للاداء فعلا حتى يأثم بترك التعيين وان كان لا يتعين للاداء بنفسه شرعا حتى لو صلى فيه التطوع جاز واذا كان
كذلك لم يكن اداء الاربع واجبا قبل الشروع فاذا نوى السفر وخرج من العمران حتى صار مسافرا يجب عليه
صلاة المسافر ين ثم ان كان الوقت فاضلا على الاداء يجب عليه اداء ركعتين في جزء من الوقت غير معين وتعين ذلك
بفعله وان لم يتعين بالفعل الى آخر الوقت بتعين آخر الوقت لوجوب تعيينه للاداء فعلا وكذا اذا لم يكن الوقت فاضلا
على الاداء ولكنه يسع للركعتين يتعين للوجوب ويبني على هذا الاصل الطاهرة اذا حاضت في آخر الوقت أو نقصت
والعاقل اذا جن أو أغشى عليه والمسلم اذا ارتد والعباد بالله وقد بقي من الوقت ما يسع الفرض لا يلزمهم الفرض
عند أصحابنا لان الوجوب يتعين في آخر الوقت عندنا اذا لم يوجد الاداء قبله فيستدعي الأهلية فيه لاستحالة
الاجباب على غير الاهل ولم يوجد عندهم يلزمهم الفرض لان الوجوب عندهم بأول الوقت والا هلية ثابتة
في أوله ودلائل هذا الاصل تعرف في أصول الفقه ولو صلى الصبي الفرض في أول الوقت ثم بلغ نكته الاعادة
عندنا خلافا للشافعي وكذا اذا أحرم بالحج ثم بلغ قبل الوقوف بعرفة لا يجز به عن حجة الاسلام عندنا خلافا
له وجه قوله ان عدم الوجوب عليه كان نظرا له والنظر له هنا الوجوب كيلا تلزمه الاعادة فاشبه الوصية
حيث صحت منه نظرا له وهو الثواب ولا ضرر فيه لان ملكه يزول بالميراث ان لم يزل بالوصية (ولنا) ان في نفس
الوجوب ضررا فلا يثبت مع الصبي كما لو لم يبلغ فيه وانما انقلب نفعا بحالة اتفقت وهي البلوغ فيه وانه نادر
فبقي عدم الوجوب لانه تنفع في الاصل المسلم اذا صلى ثم ارتد عن الاسلام والعباد بالله ثم أسلم في الوقت فعليه
اعادة الصلاة عندنا وعند الشافعي لا اعادة عليه وعلى هذا الحج واحتج بقوله تعالى ومن يرتدد منكم عن دينه
فبعث وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة علق حبط العمل بالموت على الردة دون نفس الردة لان
الردة حصلت بعد الفراغ من القرية فلا يطلها كالتوابع ثم ارتد عن الاسلام ثم أسلم (ولنا) قوله تعالى
ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله وقوله تعالى ولو أشركوا لحبط عنهم ما كانوا يعملون علق حبط العمل بنفس
الاشراك بعد الايمان واما الآية فنقول من علق حكما بشرطين وعلقه بشرط فالحكم يتعلق بكل واحد من
التعليقين وينزل عندهم ما وجد كن قال له بعده أنت حر اذا جاء يوم الخميس ثم قال له أنت حر اذا جاء يوم الجمعة
لا يبطل واحد منهما بل اذا جاء يوم الخميس عتق ولو كان باعه فجاء يوم الخميس ولم يكن في ملكه ثم اشتراه فجاء يوم
الجمعة وهو في ملكه عتق بالتعلق الآخر واما التيمم فهو ليس بعبادة وانما هو طهارة وأثر الردة في ابطال العبادات
الا انه لا يتقدم مع الكفر لعدم الحاجة والحاجة ههنا متفقة والردة لا تبطلها لكونه مجبوراً على الاسلام فثبت

الحاجة على ما ذكرنا في فصل التيميم (واما) الكلام في المسئلة الثانية فبناء على أصل يختلف بين اصحابنا وهو مقدار ما يتعلق به الوجوب في آخر الوقت قال الكرخي وأكثر المحققين من اصحابنا ان الوجوب يتعلق بآخر الوقت بمقدار التعريرة وقال زفر لا يجب الا اذا بقي من الوقت مقدار ما يؤدي فيه الفرض وهو اختيار القدوري وبني على هذا الأصل الحائض اذا ظهرت في آخر الوقت وبلغ العصبى وأسلم الكافر وأفاق المجنون والمغمى عليه وأقام المسافر أو سافر المقيم وهي مسئلة الكتاب فعلى قول زفر ومن تابعه من اصحابنا لا يجب الفرض ولا يتغير الا اذا بقي من الوقت مقدار ما يمكن فيه الاداء وعلى القول المختار يجب الفرض ويتغير الاداء وان بقي مقدار ما يسع التعريرة فقط وجه قول زفر ان وجوب الاداء يقتضى تصور الاداء واداء كل الفرض في هذا القدر لا يتصور فاستحال وجوب الاداء (وانما) ان آخر الوقت يجب تعيينه على المكلف الاداء فعلا على ما مر فان بقي مقدار ما يسع لكل الصلاة يجب تعيينه لكل الصلاة فعلا بالاداء وان بقي مقدار ما يسع للبعض وجب تعيينه لذلك البعض لان تعيين كل الوقت لكل العبادة تعيين كل أجزائه لكل أجزائها ضرورة وفي تعيين جزء من الوقت لجزء من الصلاة فائدة وهي أن الصلاة لا تجزأ اذا وجب البعض فيه وجب الكل فيما يتعقبه من الوقت ان كان لا يتعقبه وقت مكرره وان تعقبه يجب الكل ليؤدي في وقت آخر واذا لم يبق من الوقت الا قدر ما يسع التعريرة وجب يحصل التعريرة ثم يجب بقية الصلاة ضرورة وجوب التعريرة فيؤديها في الوقت المتصل به فيما وراء الفجر وفي الفجر يؤديها في وقت آخر لان الوجوب على التدرج الذي ذكرنا وقد تقرر وقد عجز عن الاداء فيقتضى وهذا بخلاف الكافر اذا أسلم بعد طلوع الفجر من يوم رمضان حيث لا يلزمه صوم ذلك اليوم لان هناك الوقت معيار للصوم فكل جزء منه على الاطلاق لا يصلح للجزء الاول من العبادة بل الجزء الاول من الوقت متعين للجزء الاول من العبادة ثم الثاني منه والثالث منها والثالث وهكذا فلا يتصور وجوب الجزء الاول من العبادة في الجزء الثاني أو الخامس من الوقت ولا الجزء الخامس من العبادة من الجزء السادس من الوقت فاذا فات الجزء الاول من الوقت وهو ليس باهل فلم يجب الجزء الاول من العبادة لاستحالة الوجوب على غير الاهل فبعد ذلك وان أسلم في الجزء الثاني أو العاشر لا يتصور وجوب الجزء الاول من الصوم في ذلك الجزء من الوقت لانه ليس بمحل لوجوبه فيه ولان وجوب كل جزء من الصوم في جزء من الوقت وهو محل أدائه والجزء الثاني من اليوم لا يتصور ان يكون محلا للجزء الاول من العبادة فلا يتصور وجوب الجزء الاول فلا يتصور وجوب الجزء الآخر لان الصوم لا تجزأ وجوبا ولا اداء بخلاف الصلاة لان هناك كل جزء مطابق من الوقت يصلح ان يجب فيه الجزء الاول من الصلاة اذا التعريرة منها في ذلك الوقت لان الوقت ليس بمعيار للصلاة فهو الفرق والله الموفق ثم ما ذكرنا من تعلق الوجوب بمقدار التعريرة في حق الحائض اذا كانت أيامها عشرًا فاما اذا كانت أيامها دون العشرة فأنما تجب عليها الصلاة اذا ظهرت وعليها من الوقت مقدار ما تغتسل فيه فان كان عليها من الوقت ما لا تستطيع ان تغتسل فيه أو لا تستطيع أن تعمر للصلاة فليس عليها تلك الصلاة حتى لا يجب عليها القضاء والفرق ان أيامها اذا كانت أقل من عشرة لا يحكم بخروجها من الحيض بمجرد انقطاع الدم ما لم تغتسل أو يعرض عليها وقت صلاة تصير تلك الصلاة دينًا عليها واذا كانت أيامها عشرة بمجرد انقطاع الدم ما لم تغتسل أو يعرض عليها وقت صلاة تصير من الوقت يلزمها قضاء تلك الصلاة سواء تمكنت من الاغتسال أو لم تتمكن بمنزلة كافر أسلم وهو جنب أو صبي بلغ بالاحتلام في آخر الوقت فعليه قضاء تلك الصلاة سواء تمكنت من الاغتسال في الوقت أو لم تتمكن وهذا لان الحيض هو خروج الدم في وقت معتاد فاذا انقطع الدم كان ينبغي ان يحكم بزاله لان الأصل ان ما انعدم حقيقة انعدم حكمه الا ان لا يحكم بخروجها من الحيض ما لم تغتسل اذا كانت أيامها أقل من عشرة لاجتماع الصحابة رضي الله عنهم قال الشعبي حدثني بضعة عشر نفرًا من الصحابة ان الزوج أحق برجعتها ما لم تغتسل وكان المعنى في ذلك ان نفس الاغتسال ليس بدليل على الطهارة لان ذلك كثير ما يتصل في زمان الحيض فشرطت زيادة

شيء له أثر في التطهير وهو الاغتسال أو وجوب الصلاة عليها لانه من أحكام الطهر بخلاف ما إذا كانت أيامها عشر لان هناك الاجماع ومثل هذا الدليل المعقول منعدمان ولان الدليل قد قام لنا ان الحيض لا يزيد على العشرة وهذه المسئلة تستقصى في كتاب الحيض وهل يباح للزوج قربانها قبل الاغتسال اذا كانت أيامها عشر عند أصحابنا الثلاثة يباح وعند زفر لا يباح ما لم تغتسل واذا كانت أيامها دون العشرة لا يباح للزوج قربانها قبل الاغتسال بالاجماع واذا مضى عليها وقت صلاة فالزوج ان يقربها عندنا وان لم تغتسل خلافا لفرع على ما يعرف في كتاب الحيض ان شاء الله تعالى

فصل وما يبين ما يصير المسافر به مقيما فالمسافر يصير مقيما بوجود الاقامة والاقامة تثبت باربعة اشياء أحدها صريح نية الاقامة وهو ان ينوي الاقامة خمسة عشر يوما في مكان واحد صالح للاقامة فلا بد من أربعة اشياء نية الاقامة ونية مدة الاقامة واتحاد المكان وصلاحيته للاقامة (اما) نية الاقامة فاهم لا بد منه عندنا حتى لو دخل مصر او مكث فيه شهرا أو أكثر لا تتظار القافلة أو الحاجة أخرى يقول اخرج اليوم أو غدا ولم ينو الاقامة لا يصير مقيما وللشافعي فيه قولان في قول اذا أقام أكثر مما أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم بتبوك كان مقيما وان لم ينو الاقامة ورسول الله صلى الله عليه وسلم أقام بتبوك تسعة عشر يوما أو عشرين يوما وفي قول اذا أقام أربعة أيام كان مقيما ولا يباح له القصر (احتج) لقوله الاول ان الاقامة متى وجدت حقيقة ينبغي ان تكمل الصلاة قلت الاقامة أو كثرت لانها ضد السفر والشئ يبطل بما يضاهاه الا ان النبي صلى الله عليه وسلم أقام بتبوك تسعة عشر يوما وقصر الصلاة فتركنا هذا القدر بالنص فنأخذ بالقياس فيها واره. ووجه قوله الآخر على النحو الذي ذكرنا ان القياس ان يبطل السفر بقليل الاقامة لان الاقامة قرار والسفر انتقال والشئ ينعدم بما يضاهاه فينعدم حكمه بضرورة الا ان قليل الاقامة لا يمكن اعتباره لان المسافر لا يخضع عن ذلك عادة فسقط اعتبار القليل لمكان الضرورة ولا ضرورة في الكثير والاربعة في حد الكثرة لان أدنى درجات الكثير ان يكون جمعا والثلاثة وان كانت جمعا لكنها أقل الجمع فكانت في حد القلة من وجه فلم تثبت الكثرة المطلقة فاذا صارت أربعة صارت في حد الكثرة على الاطلاق لزوال معنى القلة من جميع الوجوه (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه انه أقام بتبوك ثمانية عشر يوما وكان يقصر الصلاة وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه أقام بأذربيجان شهرا وكان يصلي ركعتين وعن علقمة انه أقام بخوارزم ستين يوما وكان يقصر وروى عن عمران بن حصين رضي الله عنه انه قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام فتح مكة فقام بمكة ثمان عشرة ليلة لا يصلي الا الركعتين ثم قال لاهل مكة صلوا أربعة اقامات قوم سفروا لقياس بمقابلة النص والاجماع باطل (واما) مدة الاقامة فاقول خمسة عشر يوما عندنا وقال مالك والشافعي أقلها أربعة أيام وجمهورنا ذكرنا وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم رخص للمهاجرين المقام بمكة بعد قضاء التسعة ثلاثة أيام فهذه اشارة الى ان الزيادة على الثلاث توجب حكم الاقامة (ولنا) ما روى عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم انهما قالوا اذا دخلت بلده وأنت مسافر وفي عزملك أن تقيم بها خمسة عشر يوما فكل الصلاة وان كنت لا تدري متى تظعن فاقصر وهذا باب لا يوصل اليه بالاجتهاد لانه من جملة المقادير ولا يظن بهما التكلم خوفا فالظاهر انهما قالاهما معا من رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى عبد الله بن عباس وجابر وأنس رضي الله عنهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أصحابه دخلوا مكة صبيحة الرابع من ذي الحجة ومكثوا ذلك اليوم واليوم الخامس واليوم السادس واليوم السابع فلما كان صبيحة اليوم الثامن وهو يوم التروية خرجوا الى منى وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بأصحابه ركعتين وقد وطنوا أنفسهم على اقامة أربعة أيام دل ان التقدير بالاربعة غير صحيح وما روى من الحديث فليس فيه ما يشير الى تقدير أدنى مدة الاقامة بالاربعة لانه يحتمل انه علم ان حاجتهم ترتفع في تلك المدة فرخص بالمقام ثلاثة ايام لا التقدير

الاقامة (وأما) اتحاد المكان فالشرط نية مدة الإقامة في مكان واحد لان الإقامة قرار والانتقال يضاده ولا بد من الانتقال في مكانين وإذا عرف هذا فنقول إذا نوى المسافر الإقامة خمسة عشر يوماً في موضعين فإن كانا مصر أو قريّة واحدة صار مقبلاً لا نهما متحداً حكماً ألا يرى أنه لو خرج اليه مسافر لم يقصر فقد وجد الشرط وهو نية كمال مدة الإقامة في مكان واحد فصار مقبلاً وإن كانا مصرين نحو مكة ومنى أو الكوفة والحيرة أو قريتين أو أحدهما مصر والآخرة لا يصير مقبلاً لانهما مكانان متباينان حقيقة وحكماً ألا ترى أنه لو خرج اليه المسافر بقصر فلم يوجد الشرط وهو نية الإقامة في موضع واحد خمسة عشر يوماً فقلت نية نية فإن نوى المسافر أن يقيم بالليالي في أحد الموضعين ويخرج بالثاني إلى الموضع الآخر فإن دخل أولاً الموضع الذي نوى الإقامة فيه بالثاني لا يصير مقبلاً وإن دخل الموضع الذي نوى الإقامة فيه بالليالي يصير مقبلاً ثم بالآخر وجب إلى الموضع الآخر لا يصير مسافراً لان موضع إقامة الرجل حيث يبيت فيه ألا ترى أنه إذا قيل للسوقى إن تسكن يقول في محلة كذا وهو بالثاني يكون بالسوقى وذكر في كتاب المناسك أن الحاج إذا دخل مكة في أيام العشر ونوى الإقامة خمسة عشر يوماً أو دخل قبل أيام العشر لكن بقي إلى يوم التروية أقل من خمسة عشر يوماً ونوى الإقامة لا يصح لانه لا بد له من الخروج إلى عرفات فلا تتحقق نية إقامته خمسة عشر يوماً فلا يصح وقيل كان سبب تفقه عيسى بن أبان هذه المسئلة وذلك أنه كان مشغولاً بطلب الحديث قال فدخلت مكة في أول العشر من ذي الحجة مع صاحب لي وعزمت على الإقامة شهر فجعلت أتم الصلاة فلقيني بعض أصحاب أبي حنيفة فقال أخطأت فأنك تخرج إلى منى وعرفت فلما رجعت من منى بدا صاحبي أن يخرج وعزمت على أن أصاحبه وجعلت أقصر الصلاة فقال لي صاحب أبي حنيفة أخطأت فأنك مقيم بمكة فإلم تخرج منها لا تصير مسافراً فقلت أخطأت في مسئلة في موضعين فدخلت مجلس محمد واشتغلت بالفقه وأصحا وأوردنا هذه الحكاية ليعلم مبلغ علم الفقه فيصير مبعثاً للطلبة على طلبه (وأما) المكان الصالح للإقامة فهو موضع اللبث والقرار في العادة نحو الأمصار والقرى وأما المفازة والجزيرة والسفينة فليست موضع الإقامة حتى لو نوى الإقامة في هذه المواضع خمسة عشر يوماً لا يصير مقبلاً كذا روى عن أبي حنيفة وروى عن أبي يوسف في الأعراب والأكراد والترك أن إذا نزلوا بجناحهم في موضع ونوى الإقامة خمسة عشر يوماً صاروا مقبلاً فعلى هذا إذا نوى المسافر الإقامة فيه خمسة عشر يوماً يصير مقبلاً كفى بالقرية وروى عنه أيضاً أنهم لم يصيروا مقبلاً فعلى هذا إذا نوى المسافر الإقامة فيه لا يصح ذكر الروايتين عن أبي يوسف في العميون فصار الحاصل أن عند أبي حنيفة لا يصير مقبلاً في المفازة وإن كان بمكة قوم ووطن وذلك المكان بالخيام والفساطيط وعن أبي يوسف روايتان وعلى هذا الإمام إذا دخل دار الحرب مع الجند ومعهم أخبية وفساطيط فنوى الإقامة خمسة عشر يوماً في المفازة والصحيح قول أبي حنيفة لأن موضع الإقامة موضع القرار والمفازة ليست موضع القرار في الأصل فكانت النية لغوا ولو حاصر المسلمون مدينة من مدائن أهل الحرب ووطنوا أنفسهم على إقامة خمسة عشر يوماً لم تصح نية الإقامة ويقصرون وكذا إذا نزلوا المدينة وحاصروا أهلها في الحصن وقال أبو يوسف إن كانوا في الأخبية والفساطيط خارج البلدة فكذلك وإن كانوا في الابنية سمحت نيتهم وقال زفر في الفصليين جميعاً إن كانت الشوكة والغلبة للمسلمين سمحت نيتهم وإن كانت للعدو لم تصح وجه قول زفر إن الشوكة إذا كانت للمسلمين يقع الأمن لهم من أزعاج العدو وإياهم فيمكنهم القرار ظاهراً فنية الإقامة صادفت محلها فصحت وأبو يوسف يقول الابنية موضع الإقامة فتصح نية الإقامة فيها بخلاف الأمصار (ولنا) ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أن رجلاً سأله وقال أنا نطيل الثواء في أرض الحرب فقال صل ركعتين حتى ترجع إلى أهلك ولأن نية الإقامة نية القرار وانما تصح في محل صالح للقرار ودار الحرب ليست موضع قرار المسلمين المحاربين لجواز أن يزعمهم العدو ساعة فساعة لقوة تظهور لهم لأن القتال سجال أو تنفذ لهم في المسلمين جيلة لان الحرب خدعة فلم تصادف النية محلها فقلت ولأن غرضهم من المسكن هنالك فتح الحصن دون التوطن وتوهم انفتاح الحصن في كل ساعة قائم فلا

تحقق نيتهم اقامة خمسة عشر يوما فقد خرج الجواب عما قالوا وعلى هذا الخلاف اذا حارب أهل العدل البغاة في دار
 الاسلام في غير مصر أو حاصروهم ونووا اقامة خمسة عشر يوما واختلف المتأخرون في الاعراب والأكراد
 والتركمان الذين يسكنون في بيوت الشعر والصوف قال بعضهم لا يكونون مقبضين أبدا وان نووا اقامة مدة الاقامة
 لان المقارضة ليست موضع الاقامة والاصح انهم مقبضون لان عادتهم الاقامة في المغاور ودون الامصار والقرى فكانت
 المغاور لهم كالا مصار والقرى لاهلها ولان الاقامة للرجل أصل والسفر طارئ وهم لا ينوون السفر بل ينتقلون من
 ما الى ما ومن مري الى مري حتى لو ارتحلوا عن أماكنهم وقصدوا موضعا آخر ينتمى مائة سفر صاروا مسافرين في
 الطريق ثم المسافر كما يصير مقبضا بصريح نية الاقامة في مكان واحد صالح للاقامة خمسة عشر يوما خارج الصلاة يصير
 مقبضا في الصلاة حتى يتغير فرضه في الحالين جميعا سواء نوى الاقامة في أول الصلاة أو في وسطها أو في آخرها بعد ان
 كان شيء من الوقت باقيا وان قل وسواء كان المصلي منفردا أو مقتديا بمسبوقا ومدركا لا اذا حدث المدرك أو نام
 خلف الامام فتوضأ وانتبه بعد ما فرغ الامام من الصلاة ونوى الاقامة فانه لا يتغير فرضه عند أصحابنا الثلاثة خلافا
 لغيرهم بما كان كذلك لان نية الاقامة نية الاستقرار والصلاة لا تنافي نية الاستقرار فتصح نية الاقامة فيها فاذا كان
 الوقت باقيا والقرض لم يؤد بعد كان محتملا للتغير في تغير بوجود المغير وهو نية الاقامة واذا خرج الوقت أو أدى
 القرض لم يبق محتملا للتغير فلا يعمل المغير فيه والمدرك الذي نام خلف الامام أو أحدث وذهب الوضوء كانه خلف
 الامام ألا ترى انه لا يقرأ ولا يسجد للسهو فاذا فرغ الامام قد استحكم القرض ولم يبق محتملا للتغير في حقه فكذا
 في حق اللحق بخلاف المسبوق واذا عرف هذا فنقول اذا صلى المسافر ركعة ثم نوى الاقامة في الوقت تغير فرضه لما
 ذكرنا ان القرض في الوقت قابل للتغير وكذا لو نوى الاقامة بعد ما صلى ركعة ثم خرج الوقت لما قلنا ولو خرج الوقت
 وهو في الصلاة ثم نوى الاقامة لا يتغير فرضه لان فرض السفر قد تقرر عليه بخروج الوقت فلا يحتمل التغير بعد
 ذلك ولو صلى الظهر ركعتين وقعد قدر التشهد ولم يسلم ثم نوى الاقامة تغير فرضه لما ذكرنا وان نوى الاقامة
 بعد ما قعد قدر التشهد وقام الى الثالثة فان لم يقعد ركعة بالسجدة تغير فرضه لانه لم يخرج عن المكتوبة
 بعد الا انه يعيد القيام والركوع لان ذلك نقل فلا ينوب عن القرض وهو بالخيار في الشفع الاخير ان شاء قرأ وان
 شاء سبى وان شاء سكنت في ظاهرا واية على ما ذكرنا فاما تقدم وان قعد الثالثة بالسجدة ثم نوى الاقامة
 لا يتغير فرضه لان القرض قد استحكم بخروجه منه فلا يحتمل التغير ولكنه يضيف اليها ركعة أخرى لتكون
 الركعتان له تطوعا لان التقرب الى الله تعالى بالبراء غير جائز ولو أفسد تلك الركعة ففرضه تام وليس عليه قضاء
 الشفع الثاني عند علمائنا الثلاثة خلافا لغير بناء على مسئلة المظنون هذا اذا قعد على رأس الركعتين قدر التشهد
 فاما اذا لم يقعد ونوى الاقامة وقام الى الثالثة تغير فرضه لما قلنا ثم ينظر ان لم يقم صلبه عادالى القعدة وان أقام صلبه
 لا يعود كالقيم اذا قام من الثالثة الى الرابعة وهو في القراءة في الشفع الأخير بالخيار وكذا اذا قام الى الثالثة ولم
 يقمها بالسجدة حتى نوى الاقامة تغير فرضه وعليه اعادة القيام والركوع لما مر فان قعد الثالثة بالسجدة ثم
 نوى الاقامة لا تعمل نيته في حق هذه الصلاة لان فرضيتها قد فسدت بالاجماع لانه لما قعد الثالثة
 بالسجدة تم شروعه في النقل لان الشروع اما ان يكون بتكبيره الافتتاح أو بتمام فعل النقل وبتمام فعل
 الصلاة بتقيد الركعة بالسجدة ولهذا لا تسمى صلاة بدونه واذا صار شارعا في النقل صار خارجا عن القرض
 ضرورة لكن بقيت التعريفة عند أبي حنيفة وأبي يوسف فيضيف اليها ركعة أخرى ليكون الاربع له
 تطوعا لان التنفل بالثلاث غير مشروع وعند محمد ارتفعت التعريفة بفساد الفرضية فلا يتصور انقلابه تطوعا
 مسافرا صلى الظهر ركعتين وترك القراءة في الركعتين أو في واحدة منهما او قعد قدر التشهد ثم نوى الاقامة قبل
 أن يسلم أو قام الى الثالثة ثم نوى الاقامة قبل أن يقمها بالسجدة تحول فرضه اربعاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف
 ويقرأ في الأخيرين قضاء عن الاولين وتفسد صلاته عند محمد ولو قعد الثالثة بالسجدة ثم نوى الاقامة تفسد

صلاته بالاجماع لكن يضيف البها ركعة أخرى ليكون الركعتان له تطوعا على قولهما خلافا لمحمد على ما مر
 وجه قول محمدان ظهر المسافر كمن جرد المقيم ثم الفجر في حق المقيم يفسد ترك القراءة فيهما أو في أحدهما على وجه
 لا يمكنه اصلاحه الا بالاستقبال فكذا الظاهر في حق المسافر اذا تأثيرانية الإقامة في رفع صفة الفساد وجه قولهما
 ان المفسد لم يتقرر لأن المفسد خلوا الصلاة عن القراءة في ركعتين منها ولا يتحقق ذلك بترك القراءة في الاولين
 لأن صلاة المسافر يعرض أن يلحقها مدة نية الإقامة بخلاف الفجر في حق المقيم لأن نية تقرر المفسد اذا ليس لها
 هذه العرضية وكذا اذا قعد الثالثة بالسجدة ولو قرأ في الركعتين جميعا وقعد قدر التشهد وسلم وعليه سهو ونوى
 الإقامة لم ينقلب فرضه أو بما وسقط عنه السهو عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر تغير فرضه أو بما وسجد
 للسهو في آخر الصلاة ذرا الاختلاف في نواذر أبي سليمان ولو سجد سجدة واحدة للسهو أو سجد هاتم نوى الإقامة
 تغير فرضه أو بما بالاجماع وبعد السجدين في آخر الصلاة وكذا اذا نوى الإقامة قبل السلام الاول وهذا الاختلاف
 راجع الى أصل وهو ان عليه سجود السهو اذا سلم يخرج من الصلاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف خروجا موقوفاً ان
 عاد الى سجدة السهو وصح عوده اليهما تبين انه كان لم يخرج وان لم يعد تبين أنه كان خرج حتى لو ضحك بعدما سلم
 قبل أن يود الى سجدة السهو لا تنتقض طهارته عندهما وعند محمد وزفر سلامه لا يخرج عن حرمة الصلاة
 أصلا حتى لو ضحك فقهة بعد السلام قبل الاشتغال بسجدة السهو تنتقض طهارته وجه قول محمد وزفر ان
 الشرع أبطل عمل سلام من عليه سجدة السهو لان سجدة السهو يوقى بهما في تحريم الصلاة لانهما شرعا
 طبر النقصان وانما يجبران لو حصلتا في تحريم الصلاة ولهذا يسقطان اذا وجد بعد العقود قدر التشهد ما ينافي
 التصرية ولا يمكن تخصيصهما في تحريم الصلاة الا بعد بطلان عمل هذا السلام فصار وجوده وعدمه في هذه الحالة
 بمنزلة واحدة ولو ان عدم حقيقة كانت التصرية باقية فكذا اذا التزم بعدم ولا في حنيفة وأبي يوسف ان السلام جعل
 محللا في الشرع قال النبي صلى الله عليه وسلم وتحليلها التسليم والتحليل ما يحصل به التحلل ولانه خطاب للقوم
 فكان من كلام الناس وانه منافي للصلاة غير ان الشرع أبطل عمله في هذه الحالة لحاجة المصلي الى جبر النقصان
 ولا يجبر الا عند وجود الجابر في التصرية ليلحق الجابر بسبب بقاء التصرية بمحل النقصان فيجبر النقصان ببقية
 التصرية مع وجود المنافي لها هذه الضرورة فان اشتغل بسجدة السهو وصح اشتغاله بهما لتحقيق الضرورة
 الى ابقاء التصرية فبقيت وان لم يشتغل لم تحقق الضرورة فعمل السلام في الانحراج عن الصلاة وباطال التصرية
 واذا عرف هذا الاصل فنقول وجدت نية الإقامة ههنا والتصرية باقية عند محمد وزفر فتغير فرضه كما لو نوى
 الإقامة قبل السلام أو بعدما عاد الى سجدة السهو وعند أبي حنيفة وأبي يوسف وجدت نية الإقامة ههنا والتصرية
 منقطعة لان بقاء هاهما مع وجود المنافي لضرورة العود الى سجدة السهو والعود الى سجدة السهو ههنا لا يصح لانه
 لو صح لتبين ان التصرية كانت باقية فتبين ان فرضه صار أو بما وهذا وسط الصلاة والاشتغال بسجدة السهو في وسط
 الصلاة غير صحيح لان محلها آخر الصلاة فلا فائدة في التوقف ههنا فلا يتوقف بخلاف ما اذا قعدى به انسان في هذه
 الحالة لان الاقضاء موقوف ان اشتغل بالسجدين تبين انه كان محصيا وان لم يشتغل تبين انه وقع باطلا لان القول
 بالتوقف هناك مفيد لان العود الى سجدة السهو صحيح فسقط اعتبار المنافي للضرورة وههنا بخلافه
 بخلاف ما اذا سجد سجدة واحدة للسهو ثم نوى الإقامة أو سجد السجدين جميعا حيث يصح وان كان يؤدي
 الى ان سجدة السهو لا يعتد بها لمصنوعهما في وسط الصلاة لان هناك صح اشتغاله بسجدة السهو فتبين
 ان التصرية كانت باقية فوجدت نية الإقامة والتصرية باقية فتغير فرضه أو بما واذا تغير رأي بعضنا ان
 السجدة حصلت في وسط الصلاة فيبطل اعتبارها ولكن لا يظهر انهما كانت معتبرة معتد بها حين حصلت
 بل بطل اعتبارها بعد ذلك وقت حصول نية الإقامة مقتصر على الحال فاما فيما نحن فيه فبخلافه وفرق بين ما
 انعقد صحيحا ثم انفسح بمعنى يوجب انفساخه وبين ما لم ينعقد من الاصل لان في الاول ثبت الحكم عند انعقاده

واتقن بعد انفساخه وفي الثاني لم يثبت الحكم أصلاً نظيره من اشترى داراً فوجد بها عيباً فردها بقضاء القاضي حتى
انفسخ البيع لا تبطل شفعة الشفيع الذي كان ثبت بالبيع ولو ظهر ان بدل الدار كان حراً ظهر ان حق الشفيع
لم يكن ثابتاً لانه ظهر ان البيع ما كان منعقدًا وفي باب الفسخ لا يظهر فكذا ههنا وبعد السجدين في آخر الصلاة
عندنا خلافاً لغيره والصحيح قولنا لانه شرع لجبر النقصان وانه لا يصلح جابراً قبل السلام في وسط الصلاة
أولى فيعاد لتحقيق ما شرع له وبخلاف ما اذا نوى الإقامة قبل السلام الأول حيث تصح نية الإقامة لأن
التعريضة باقية بيقين ومن مشايخنا من قال لا توقف في الخروج عن التعريضة بسلام السهو وعندنا بل يخرج
جزءاً من غير توقف وانما التوقف في عود التعريضة ثانياً ان عاد إلى سجدة في السهو يعود ولا فلا وهذا أسهل
لتخرج المسائل وما ذكرنا ان التوقف في بقاء التعريضة وبطلانها أصح لان التعريضة واحدة واحدة فاذ بطلت
لا تعود الا بالاعادة ولم توجد والله أعلم (والثاني) وجود الإقامة بطريق التبعية وهو ان يصير الاصل مقبلاً يصير
التبعية أيضاً مقبلاً بإقامة الاصل كالعبدي يصير مقبلاً بإقامة مولاه والمرأة بإقامة زوجها والجنس بإقامة الامير ونحو
ذلك لان الحكم في التبعية ثبت بعلة الاصل ولا تراعى له علة على حدة لمقايمة من جعل التبعية أصلاً وانه قلب
الحقيقة (واما) الغريم مع صاحب الدين فهو على التفصيل الذي ذكرنا في السفر انه ان كان المدينون ملياً
فالمعتبر نيته ولا يصير تبعاً لصاحب الدين لانه يمكنه تخلص نفسه بقضاء الدين وان كان مفلساً فالمعتبر نية صاحب
الدين لان له حق ملازمته فلا يمكنه ان يفارق صاحب الدين فكانت نيته لغو العدم الفائدة ثم في هذه الفصول انما يصير
التبعية مقبلاً بإقامة الاصل وتنقلب صلاته أربعا اذا علم التبعية بنية إقامة الاصل فاما اذا لم يعلم فلا حتى لو صلى التبعية
صلاة المسافر ين قبل العلم بنية إقامة الاصل فان صلاته جائزة ولا يجب عليه اعادة ما وقال بعض أصحابنا ان عليه
الاعادة وانه غير سديد لان في لزوم بدون العلم به ضرر في حقه وحر جاره لهذا لم يصح عزل الوكيل بدون العلم به
كذا هذا وعلى هذا ينبغي أيضاً اقتداء المسافر بالمقيم في الوقت انه يصح وينقلب فرضه أربعا عند عامة العلماء
وقال بعض الناس لا يتقلب وقال مالك ان أدرك مع الامام ركعة فصاعداً يتقلب فرضه أربعا وان أدرك
مادون الركعة لا يتقلب بان اقتدى به في السجدة الأخيرة أو بعد ما رفع رأسه منها والصحيح قول العامة
لانه لما اقتدى به صار تبعاً له لان متابعتة واجبة عليه قال صلى الله عليه وسلم انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا
عليه والاداء أعنى الصلاة في الوقت مما يحتمل التغيير الى الكمال اذا وجد دلائل التغيير ألا ترى انه يتغير نية الإقامة
في الوقت وقد وجد ههنا دلائل التغيير وهو التبعية فيغير فرضه أربعا فصار صلاة المقتدى مثل صلاة الامام فصح
اقتداؤه به بخلاف ما اذا اقتدى به خارج الوقت حيث لا يصح لان الصلاة خارج الوقت من باب القضاء وانه خلف
عن الاداء والاداء لم يتغير لعدم دلائل التغيير فلا يتغير القضاء ألا ترى انه لا يتغير نية الإقامة بعد خروج الوقت
واذا لم يتغير فرضه بالاقتداء بقيت صلاته ركعتين والقعدة فرض في حقه تغفل في حق الامام فلو صح الاقتداء كان
هذا اقتداء المقتضى بالمتنفل في حق القعدة وكما لا يجوز اقتداء المقتضى بالمتنفل في جميع الصلاة لا يجوز في ركن
منها وما ذكره مالك غير سديد لان الصلاة مما لا يجزأ فوجود المغير في جزئها كوجوده في كلها ولو ان مقبلاً
صلى ركعتين بقراءة فلما قام الى الثالثة جاء مسافراً اقتدى به بعد خروج الوقت لا يصح لما بينا ان فرض
المسافر تقرر ركعتين بخروج الوقت والقراءة فرض عليه في الركعتين تغفل في حق المقيم في الأخيرتين فيكون
اقتداء المقتضى بالمتنفل في حق القراءة فان صلاههما بغير قراءة والمسئلة بجملها فقيه روايتان (واما) اقتداء
المقيم بالمسافر فيصح في الوقت وخارج الوقت لان صلاة المسافر في الحالتين واحدة والقعدة فرض
في حقه تغفل في حق المقتضى واقتداء المتنفل بالمقتضى جاز في كل الصلاة فكذا في بعضها فهو الفرق ثم اذا
سلم الامام على رأس الركعتين لا يسلم المقيم لانه قد بقي عليه شطر الصلاة فلو سلم ففسدت صلاته ولكنه يقوم
ويقها أربعا بقوله صلى الله عليه وسلم أعزوا يا أهل مكة فانا قوم سفر وينبغي للامام المسافر اذا سلم أن يقول للمقين

خلفه أتموا صلاتكم فأنافوا سفر اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم ولا قراءة على المقتدى في بقية صلاته إذا كان مدركا أي لا يجب عليه لأنه شفع أخير في حقه ومن مشايخنا من قال ذكر في الأصل ما يدل على وجوب القراءة فانه قال إذا سها يلزمه سجود السهو والاستدلال به إلى العكس أولى لأنه الحلق بالمنفرد في حق السهو فكذا في حق القراءة ولا قراءة على المنفرد في الشفع الأخير ثم المقيمون بعد تسليم الامام يصلون وحدها ولو اقتدى بعضهم ببعض فصلاة الامام منهم تامة وصلاة المقتدين فاسدة لأنهم اقتدوا في موضع يجب عليهم الانفراد ولو قام المقيم إلى تمام صلاته ثم نوى الامام الإقامة قبل التسليم ينظران لم يقيد هذا المقيم ركعته بالسجدة رفض ذلك وتابع امامه حتى لو لم يرفض وسجد فسدت صلاته لأن صلاته صارت أربعا تبعا لامامه لأنه لم يقيد الركعة بالسجدة لا يخرج عن صلاة الامام ولا يعتد بذلك القيام والركوع لأنه وجد على وجه النقل فلا ينوب عن الفرض ولو قيد ركعته بالسجدة ثم نوى الامام الإقامة أتم صلاته ولا يتابع الامام حتى لو رفض ذلك وتابع الامام فسدت صلاته لأنه اقتدى في موضع يجب عليه الانفراد والله أعلم وعلى هذا إذا اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت ثم خرج الوقت قبل الفراغ من الصلاة لا تفسد صلاته ولا يبطل اقتداؤه به وان كان لا يصح اقتداء المسافر بالمقيم في خارج الوقت ابتداء لأنه لم يصح اقتداؤه به وصار تبعا له صار حكمه حكم المقيمين وانما يتأكد وجوب الركعتين بخروج الوقت في حق المسافر وهذا قد صار مقبلا وصلاة المقيم لا تصير ركعتين بخروج الوقت كما إذا صار مقيما بصريح نية الإقامة ولو نام خلف الامام حتى خرج الوقت ثم انتبه أتمها أربعا لان المدرك يصلي ما نام عنه كانه خلف الامام وقد انقلب فرضه أربعا بحكم التبعية والتبعية باقية بعد خروج الوقت لأنه بقي مقيدا به على ما مر ولو تكلم بعد خروج الوقت أو قبل خروجه يصلي ركعتين عندنا خلافا للشافعي على ما مر ولو أن مسافرا أتم قوما مقيمين ومسافرين في الوقت فأحدث واستخف رجلا من المقيمين صح استخلافه لأنه قادر على اتمام صلاة الامام ولا تنقلب صلاة المسافر إن أربعا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ينقلب فرضهم أربعا وجه قوله أنهم صاروا مقتدين بالمقيم حتى تعلق صلاتهم بصلاته صحة وفسادها والمسافر إذا اقتدى بالمقيم ينقلب فرضه أربعا كما لو اقتدى به ابتداء ولأن فرضهم لو لم ينقلب أربعا لما جاز اقتداؤهم به لأن القعدة الاولى في حق الامام نقل وفي حق المسافر ين فرض فيصير اقتداء المفترض بالمتنقل في حق القعدة ولهذا لا يجوز اقتداء المسافر بالمقيم خارج الوقت (ولنا) أن المقيم انما صار اماما بطريق الخلاف ضرورة أن الامام عجز عن اتمام بنفسه فيصير قائما مقامه في مقدار صلاة الامام إذا خلف بعمل عمل الأصل كانه هو فكانوا مقتدين بالمسافر معنى ولذلك لا تنقلب صلاتهم أربعا وصارت القعدة الاولى عليه فرضا لأنه قائم مقام المسافر مؤد صلاته وعلى هذا الوجه قدم مسافر فنوى المقدم الإقامة لا ينقلب فرض المسافر إن لما قلنا وإذا صح استخلافه ينبغي أن يتم صلاة الامام وهي ركعتان ويقدر الشاهد ولا يسلم بنفسه لأنه مقيم بقي عليه شطر الصلاة فتفسد صلاته بالسلام ولكنه يستخلف رجلا من المسافرين حتى يسلم بهم ثم يقوم هو وبقية المقيمين ويصلون بقية صلاتهم وحدها لأنهم بمنزلة اللاحقين ولو اقتدى بعضهم ببعض فصلاة الامام منهم تامة لأنه منفرد على كل حال وصلاة المقتدين فاسدة لأنهم تركوا ما هو فرض عليهم وهو الانفراد في هذه الحالة ولو أن مسافرا صلى بمسافرين ركعة في الوقت ثم نوى الإقامة يصلي بهم أربعا لان الامام ههنا أصل وقد تغيرت صلاته بوجود المغير وهو نية الإقامة فتغيرت صلاة القوم بحكم التبعية بخلاف الفصل الأول فانه خلف عن الامام الاول مؤد صلاته لما بينا ولو أن مسافرا أتم قوما مسافرين ومقيمين فلما صلى ركعتين وتشهد فقبل أن يسلم تكلم واحد من المسافرين خلفه أو قام فذهب ثم نوى الامام الإقامة فانه يتحول فرضه وفرض المسافرين الذين لم يتكلموا أربعا لوجود المغير في محله وصلاة من تكلم تامة لأنه تكلم في وقت لو تكلم فيه امامه لا تفسد صلاته فكذا صلاة المقتدى إذا كان بمنزلة حاله ولو تكلم بعد ما نوى الامام الإقامة فسدت صلاته لأنه انقلب صلاته أربعا بالامام فحصل كلامه في وسط الصلاة فوجب فسادها

ولكن يجب عليه صلاة المسافر من ركعتان عندنا لانه صار مقيما تبعا وقد زالت التبعية بفساد الصلاة فعاد حكم
المسافر في حقه (وأما) الثالث فهو الدخول في الوطن فالمسافر اذا دخل مصره صار مقيما سواء دخلها للاقامة
أو للاجتماع أو لقضاء حاجة واخرج بعد ذلك لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخرج مسافرا الى
الغزوات ثم يعود الى المدينة ولا يجردنية الاقامة ولان مصره متعين للاقامة فلا حاجة الى التعيين بالنية واذا قرب
من مصره فحضر الصلاة فهو مسافر ما لم يدخل لما روى أن عليا رضي الله عنه حين قدم الكوفة من البصرة
صلى صلاة السفر وهو ينظر الى آيات الكوفة وروى عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال للمسافر صلى ركعتين
ما لم تدخل منزلك ولان هذا موضع لو خرج اليه على قصد السفر يصير مسافرا فلان يبقى مسافرا بعد وصوله اليه
أولى وذكري العيون ان الصبي والكافر اذا خرج الى السفر بقي الى مقصدهما أقل من مدة السفر فاسلم الكافر
وبلغ الصبي فان الصبي صلى أربعا والكافر الذي أسلم صلى ركعتين والفرق ان قصد السفر صحيح من الكافر الا
انه لا يصلي لسفره فاذا أسلم زال المانع فاما الصبي فقصد السفر لم يصح حين أدرك لم يبق الى مقصده مدة
السفر فلا يصير مسافرا ابتداء وذكري نواذر الصلاة أن من قدم من السفر فلما انتهى قريبا من مصره قبل أن
ينتهي الى بيوت مصره افتتح الصلاة ثم أحدث في صلاته فلم يجد الماء فدخل المصير ليتوضأ كان اماما أو منفردا
حين انتهى الى بيوت مصره صار مقيما وان كان مقتديا وهو مدرك فان لم يفرغ الامام من صلاته يصلي ركعتين
بعد ما صار مقيما لانه كان خلف الامام واللاحق اذا نوى الاقامة قبل فراغ الامام يصير مقيما فكذا اذا دخل
مصره وان كان فرغ الامام من صلاته حين انتهى الى بيوت مصره لا تصح نيته اقامته ويصلي ركعتين عند
أصحابنا الثلاثة وعند زفر تصير صلاته أربعا بالدخول الى مصره وكذا نيته الاقامة في هذه الحالة وجه قوله أن
المعبر موجود والوقت باق فكان المحلل قابلا للتغيير فيتغير أربعا ولان هذا ان اعتبر عن خلف الامام بتغير
فرضه وان اعتبر بالسبوق بتغير (ولنا) ان اللحق ليس بمنفرد لا ترى أنه لا قراءة عليه ولا سجود سهو ولكنه
قاض مثل ما نعتقله فخرية الامام لانه التزم اداء هذه الصلاة مع الامام وبفراغ الامام فالتزمه معه فيلزمه
القضاء والقضاء لا يحتمل التغيير لان القضاء خلف فيعتبر بحال الأصل وهو صلاة الامام وقد خرج الأصل عن
احتمال التغيير وصار مقبلا على وظيفة المسافر ولو تغير الخلف لا نقبل اصلا وهذا لا يجوز بخلاف من خلف
الامام لانه لم يفته الاداء مع الامام فلم يصير قضاء فيتمتع بفرضه وبخلاف المسبوق لانه مؤد ما سبق به لانه لم يلزم
اداء مع الامام والوقت باق فتغير ثم انما يتغير فرض المسافر بصير ورته مقيما بدخوله مصره اذا دخله في
الوقت فاما اذا دخله بعد خروج الوقت فلا يتغير لانه تقرر عليه فرض السفر بخروج الوقت فلا يتغير
بالدخول في المصير لا ترى أنه لا يتغير بصير بحج نيته الاقامة وبالاقامة بطريق التبعية والله أعلم (ثم) الاوطان
ثلاثة وطن أصلي وهو وطن الانسان في بلده أو بلدة أخرى اتخذها دارا وتوطن بها مع أهله ولده وليس من
قصد الارتحال عنها بل التبعث بها (ووطن) الاقامة وهو ان يقصد الانسان ان يمكث في موضع صالح للاقامة
خمس عشرة يوما أو أكثر (ووطن) السكنى وهو ان يقصد الانسان المقام في غير بلده أقل من خمسة عشر يوما
والفقيه الجليل أبو أحمد العياشي قسم الوطن الى قسمين وسمى أحدهما وطن قرار والاخر مستعرا فالوطن
الأصلي ينتقض عنه لا غير وهو ان يتوطن الانسان في بلدة أخرى وينقل الال اليها من بلده فيخرج الاول من
أن يكون وطننا أصليا حتى لو دخل فيه مسافر الا تصير صلاته أربعا وأصله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
والمهاجرين من أمهاته رضي الله عنهم كانوا من أهل مكة وكان لهم بها أوطان أصلية ثم لما جروا وتوطنوا بالمدينة
وجعلوها دارا لانفسهم انتقض وطنهم الأصلي بمكة حتى كانوا اذا أتوا مكة يصلون صلاة المسافر حتى قال النبي
صلى الله عليه وسلم حين صلى هم أعموا يا أهل مكة صلاتكم فانا قوم سفر ولان الشيء جاز أن ينسخ عمله ثم الوطن
الأصلي يجوز أن يكون واحدا أو أكثر من ذلك بان كان له أهل ودار في بلدين أو أكثر ولم يكن من نسبة

أهله الخرج منها وان كان هو ينتقل من أهل إلى أهل في السنة حتى أنه لو خرج مسافرا من بلدة فيها أهل ودخل في أي بلدة من البلاد التي فيها أهل فيصير مقبلا من غير نية الإقامة ولا ينتقض الوطن الأصلي بوطن الإقامة ولا بوطن السكنى لانهم ادونه والشئ لا ينسخ بما هو ادونه وكذا لا ينتقض بنية السفر والخرج من وطنه حتى يصير مقبلا بالعود اليه من غير نية الإقامة لما ذكرنا ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج من المدينة مسافرا وكان وطنه بها باقيا حتى يعود مقبلا فيها من غير تجديد النية (ووطن) الإقامة ينتقض بالوطن الأصلي لانه فوقه ووطن الإقامة أيضا لانه مثله والشئ يجوز أن ينسخ عنه وينتقض بالسفر أيضا لان توطنه في هذا المقام ليس للقرار ولكن لحاجة فاذا سافر منه يستدل به على قضاء حاجته فصار معرضا عن التوطن به فصار ناقضا له دالة ولا ينتقض وطن الإقامة بوطن السكنى لانه ادونه فلا ينسخه (ووطن) السكنى ينتقض بالوطن الأصلي ووطن الإقامة لانهم ادونه ووطن السكنى لانه مثله وبالسفر لما بينا ان ما ذكرنا من تفسير وطن الإقامة جواب ظاهر الولاية وذكر الكرخي في جامعه عن محمد روايتين في ولاية انما يصير الوطن وطن إقامة بشرطين أحدهما أن يتقدمه سفر والثاني أن يكون بين وطنه الأصلي وبين هذا الموضع الذي توطن فيه بنية الإقامة مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فاما بدون هذين الشرطين لا يصير وطن إقامة وان نوى الإقامة خمسة عشر يوما في مكان صالح للإقامة حتى ان الرجل المقيم اذا خرج من مصر إلى قرية من قرأها لا تقصد السفر ونوى أن يتوطن بها خمسة عشر يوما لا تصير تلك القرية وطن إقامة له وان كان بينهما مسيرة سفر لا نعدا تقدم السفر وكذا اذا قصد مسيرة سفر وخرج حتى وصل إلى قرية بينهما وبين وطنه الأصلي مسيرة ما دون السفر ونوى أن يقيم بها خمسة عشر يوما لا يصير مقبلا ولا تصير تلك القرية وطن إقامة له وفي رواية ابن سماعه عنه يصير مقبلا من غير هذين الشرطين كما هو ظاهر الولاية واذا عرف هذا الأصل يخرج بعض المسائل عليه حتى يسهل تخريج الباقي خراساني قدم الكوفة ونوى المقام بها شهرا ثم خرج منها إلى الحيرة ونوى المقام بها خمسة عشر يوما ثم خرج من الحيرة إلى العود إلى خراسان وممر بالكوفة فانه يصلي ركعتين لان وطنه بالكوفة كان وطن إقامة وقد انتقض بوطنه بالحيرة لانه وطن إقامة أيضا وقد بينا ان وطن الإقامة ينتقض بعثله وكذا وطنه بالحيرة انتقض بالسفر لانه وطن إقامة فكما خرج من الحيرة على قصد خراسان صار مسافرا ولا وطن له في موضع فيه يصلي ركعتين حتى يدخل بلدته بخراسان وان لم يكن نوى المقام بالحيرة خمسة عشر يوما ثم الصلاة بالكوفة لان وطنه بالكوفة لم يبطل بالخرج والى الحيرة لانه ليس بوطن مثله ولا سفر فيبقى وطنه بالكوفة كما كان ولو ان خراسانيا قدم الكوفة ونوى المقام بها خمسة عشر يوما ثم ارتحل منها يريد مكة فقبل أن يسير ثلاثة أيام ذكر حاجته بالكوفة فعاد فانه يقصر لان وطنه بالكوفة قد بطل بالسفر كما يبطل بطن مثله ولو ان كوفيا خرج إلى القادسية ثم خرج منها إلى الحيرة ثم هادن الحيرة يريد الشام فبق القادسية قصر لان وطنه بالقادسية والحيرة سواء فيبطل الاول بالثاني ولو بداله أن يرجع إلى القادسية قبل أن يصل إلى الحيرة ثم يرجع إلى الشام صلى بالقادسية أربعين مرة لان وطنه بالقادسية لا يبطل بالبعث له ولم يوجد على هذا الأصل مسائل في الزيادات (وأما) الرابع فهو العزم على العود للوطن وهو ان الرجل اذا خرج من مصر بنية السفر ثم عزم على الرجوع إلى وطنه وليس بين هذا الموضع الذي بلغ وبين مصر مسيرة سفر يصير مقبلا حين عزم عليه لان العزم على العود إلى مصر قصد ترك السفر بمنزلة نية الإقامة فصحيح وان كان بينه وبين مصر مدة سفر لا يصير مقبلا لانه بالعزم على العود قصد ترك السفر إلى جهة وقصد السفر إلى جهة فلم يكمل العزم على العود إلى السفر لوقوع التعارض فبقى مسافرا كما كان وذكر في نوادر الصلاة ان من خرج من مصر مسافرا حضرت الصلاة فافتتحها ثم أحدث فلم يجد الماء هناك فنوى أن يدخل مصر وهو قريب حين نوى ذلك صار مقبلا من ساعته دخل مصر أو لم يدخل لما ذكرنا انه قصد الدخول في مصر بنية ترك السفر فحصلت النية مقارنة للفعل فصحت فاذا دخله صلى أربعين مرة تلك الصلاة

المقيمين فان علم قبل أن يدخل المصمران الماء أمامه فخشى اليه فتوضأ صلى أر بعاً أيضاً لانه بالنية صار مقيماً بالمشي بعد ذلك في الصلاة امامه لا يصير مسافراً في حق تلك الصلاة وان حصلت النية مقارنته لعل السفر حقيقة لانه لو جعل مسافراً فسدت صلاته لان السفر عمل خرمه الصلاة منعه عن مباشرة العمل شرعاً بخلاف الإقامة لانها ترك السفر وحرمة الصلاة لا تمنعه عن ذلك فلو ترككم حين علم بالماء أمامه أو أحدث متعمداً حتى فسدت صلاته ثم وجد الماء في مكانه يتوضأ ويصلي أر بعاً لانه صار مقيماً ولو مشى أمامه ثم وجد الماء يصلي ركعتين لانه صار مسافراً ثانياً بالمشي الى الماء بنية السفر خارج الصلاة فيصلي صلاة المسافر بخلاف المشي في الصلاة لان حرمة الصلاة أخرجه من أن يكون سافراً والله أعلم

فصل وأما أركانها فستة منها القيام والاصل ان كل متركب من معان متغابرة ينطلق اسم المتركب عليها عند اجتماعها كان كل معنى منها ركناً للركب كاركان البيت في المحسوسات والايجاب والقبول في باب البيع في المشروعات وكل ما يتغير الشيء به ولا ينطلق عليه اسم ذلك الشيء كان شرطاً كالشهود في باب النكاح فهذا تعريف الركن والشرط بالتحديد وأما تعريفهما بالاعلام في هذا الباب فهو ان كل ما يدوم من ابتداء الصلاة الى انتهائها كان شرطاً وما ينقضى ثم يوجد غيره فهو ركن وقد وجد حد الركن وعلامته في القيام لانه اذا وجد مع المعاني الأخر من القراءة والركوع والسجود ينطلق عليها اسم الصلاة وكذا لا يدوم من أول الصلاة الى آخرها بل ينقضى ثم يوجد غيره فكان ركناً وقال الله تعالى وقوموا لله قانتين والمراد منه القيام في الصلاة (ومنها) الركوع (ومنها) السجود لوجود حد الركن وعلامته في كل واحد منهما وقال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا والقدرة المفروض من الركوع أصل الانحناء والميل ومن السجود أصل الوضع فاما الطمأنينة عليها فليست بفرض في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف فرض وبه أخذ الشافعي ولقب المسئلة ان تعديل الاركان ليس بفرض عندهما وعند فرض ونذكر المسئلة عند ذكر واجبات الصلاة وذكر سنن ان شاء الله تعالى واختلف في محل إقامة فرض السجود قال أصحابنا الثلاثة هو بعض الوجه وقال زفر والشافعي السجود فرض على الأعضاء السبعة الوجه واليدين والركبتين والقدمين واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أمرت أن أسجد على سبعة أعظم وفي رواية على سبعة آراب الوجه واليدين والركبتين والقدمين (ولنا) ان الأمر يتعلق بالسجود مطلقاً من غير تعيين عضو ثم انعقد الاجماع على تعيين بعض الوجه فلا يجوز تعيين غيره ولا يجوز تقييد مطلق الكتاب بخبر الواحد فحمله على بيان السنة عملاً بالدليلين ثم اختلف أصحابنا الثلاثة في ذلك البعض قال أبو حنيفة هو الجهة أو الاتف غير عين حتى لو وضع أحدهما في حالة الاختيار يجزى به غير أنه لو وضع الجهة وحدهما جاز من غير كراهة ولو وضع الأنف وحده يجوز مع الكراهة وعند أبي يوسف ومحمد هو الجهة على التعيين حتى لو ترك السجود عليها حال الاختيار لا يجزى به وأجمعوا على أنه لو وضع الاتف وحده في حال العذر يجزى به ولا خلاف في ان المستحب هو الجمع بينهما حال الاختيار احتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال يمكن جهتين وانقل من الأرض أمر بوضعهما جميعاً لانه اذا وضع الجهة وحدها وقع معتداً به لان الجهة هي الأصل في الباب والاتف تابع ولا عبرة لقوات التابع عند وجود الأصل ولانه أتى بالأكثر وللاكثر حكم الكل ولا يحنيفة ان المأمور به هو السجود مطلقاً عن التعيين ثم قام الدليل على تعيين بعض الوجه باجماع بيننا لاجتماعنا على ان ماسوى الوجه وماسوى هذين العضوين من الوجه غير مراد والاتف بعض الوجه كالجهة ولا اجماع على تعيين الجهة فلا يجوز تعيينها وتقييد مطلق الكتاب بخبر الواحد لانه لا يصلح ناسخاً للكتاب فحمله على بيان السنة احتراماً عن الرد والله أعلم هذا اذا كان قادراً على ذلك فاما اذا كان عاجزاً عنه فان كان عاجزاً عنه بسبب المرض بان كان مريضاً لا يقدر على القيام والركوع والسجود يسقط عنه لان العاجز عن الفعل لا يكلف به وكذا اذا خاف زيادة العلة من ذلك لانه يتضرر به وفيه أيضاً حرج فلذا عجز عن القيام يصلي قاعداً ركوع وسجوداً فان عجز

عن الركوع والسجود يصلي قاعدا بالأيام ويجعل السجود أخفض من الركوع فإن عجز عن القعود يستلحق ويؤمى إيماء لان السقوط لمكان العذر فيتعذر بقدر العذر والأصل فيه قوله تعالى واذكروا الله قياما وقعودا وعلى جنوبكم قيل المراد من الذكر المأمور به في الآية هو الصلاة أي صلوا ونزات الآية في رخصة صلاة المريض أنه يصلي قائما إن استطاع والافقاعدا والافضطجعاً كذا روى عن ابن مسعود وابن عمر وجابر رضي الله عنهم وروى عن عمران بن حصين رضي الله عنه أنه قال مرضت فعادني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صل قائما فإن لم تستطع فقاعدا فإن لم تستطع فعلى جنبك تؤمى إيماء وانما جعل السجود أخفض من الركوع في الأيام لأن الأيام أقيم مقام الركوع والسجود وأحدهما أخفض من الآخر كذا الأيام بهما وعن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في صلاة المريض إن لم يستطع أن يسجد أو ما وجعل سجوده أخفض من ركوعه وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من لم يقدر على السجود فليجعل سجوده ركوعا وركوعه إيماء والركوع أخفض من الأيام ثم ما ذكرنا من الصلاة مستلقيا جواب المشهور من الروايات وروى أنه ان عجز عن القعود يصلي على شقه الأيمن ووجهه إلى القبلة وهو مذهب إبراهيم النخعي وبه أخذ الشافعي وجه هذا القول قوله تعالى وعلى جنوبكم وقوله صلى الله عليه وسلم لعمران ابن حصين فعلى جنبك تؤمى إيماء ولان استقبال القبلة شرط جواز الصلاة وذلك يحصل بما قلنا ولهذا يوضع في اللحد هكذا ليكون مستقبلا للقبلة فاما المستلق يكون مستقبلا السماء وانما يستقبل القبلة ترجلا فقط (ولنا) ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في المريض إن لم يستطع قاعدا فعلى التقيان مؤمى إيماء فإن لم يستطع فالله أولى بقبول العذر ولان التوجه إلى القبلة بالقدر الممكن فرض وذلك في الاستلقاء لان الأيام هو تحريك الرأس فاذا صلى مستلقيا يقع إيماءه إلى القبلة وإذا صلى على الجانب يقع منحرفا عنها ولا يجوز الانحراف عن القبلة من غير ضرورة وبه تبين أن الأخذ بحديث ابن عمر أولى وقيل ان المرض الذي كان بعمران كان بأسورا فكان لا يستطيع أن يستلقي على قفاه والمراد من الآية الاضطجاع يقال فلان وضع جنبه إذا نام وان كان مستلقيا وهو الجواب عن التعلق بالحديث على أن الآية والحديث دليلنا لان كل مستلق فهو مستلق على الجانب لان الظهر متروك من الضلوع فكان له النصف من الجنين جميعا وعلى ما يقوله الشافعي يكون على جنب واحد فكان ما قلناه أقرب إلى معنى الآية والحديث فكان أولى وهذا بخلاف الوضع في اللحد لانه ليس على الميت في اللحد فعل يوجب توجيهه إلى القبلة ليوضع مستلقيا فكان استقبال القبلة في الوضع على الجانب فوضع كذلك ولو قدر على القعود لكن نزع الماء من عينيه فأمر أن يستلقي أياما على ظهره ونهى عن القعود والسجود أخبرنا أن يستلقي ويصلي بالأيام وقال مالك لا يجزئه (واحتج بحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن طيبيا قال له بعدما كف بصره لو صبرت أياما مستلقيا سمحت عينك فشاو رجلا شاة وجاعة من الصحابة رضي الله عنهم فلم يرضه فخصموا له في ذلك وقالوا له أرايت لو مت في هذه الأيام كيف تصنع بصلاتك (ولنا) أن حرمة الأعضاء كحرمة النفس ولو خاف على نفسه من عدو أو سبع لوقعه جازله أن يصلي بالاستلقاء فكذلك إذا خاف على عينيه وتأويل حديث ابن عباس رضي الله عنهما أنه لم يظهر لهم صدق ذلك الطبيب فيما يدعي ثم إذا صلى المريض قاعدا ركوع وسجودا وإيماء كيف يقعد أمان في حال التشهد فإنه يجلس كما يجلس للتشهد بالاجماع وأمان في حال القراءة وفي حال الركوع روى عن أبي حنيفة أنه يقعد كيف شاء من غير كراهة أن شاء محتجيا وإن شاء متربعا وإن شاء على ركبتيه كافي التشهد وروى عن أبي يوسف أنه إذا افتتح تربع فإذا أراد أن يركع فترش رجله اليسرى وجلس عليها وروى عنه أنه يتربع على حاله وانما ينقض ذلك إذا أراد السجدة وقال زفر يفرش رجله اليسرى في جميع صلاته والصحيح ما روى عن أبي حنيفة لان عذر المرض أسقط عنه الركعتين فلا ينقض عنه الهبات أولى وان كان قادرا على القيام دون الركوع والسجود يصلي قاعدا بالأيام وان صلى قائما

بالإيماء أجزاءه ولا يستحب له ذلك وقال زفر والشافعي لا يجزئ له إلا أن يصلي قائماً (واحتجوا) بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعمران بن حصين رضي الله عنه فإن لم تستطع فقاعد اعلق الجواز قاعد بشرط العجز عن القيام ولا يجزئ ولا أن القيام ركن فلا يجوز تركه مع القدرة عليه كالوكان قادراً على القيام والركوع والسجود والإيماء حالة القيام مشروع في الجملة بأن كان الرجل في طين وردغة راجلاً أو في حالة الخوف من العدو وهو راكع فإنه يصلي قائماً بالإيماء كذا ههنا (ولنا) أن الغالب أن من عجز عن الركوع والسجود كان عن القيام أعجز لأن الانتقال من القعود إلى القيام أشق من الانتقال من القيام إلى الركوع والغالب ملحق بالمتيقن في الأحكام فصارك أنه عجز عن الأمرين إلا أنه متى صلى قائماً جازلانه تكلف فلا يئس عليه فصارك كولو تكلف الركوع جاز وإن لم يكن عليه كذا ههنا ولأن السجود أصل وسائر الأركان كالتابع له ولهذا كان السجود معتبراً بذون القيام كما في سجدة التلاوة وليس القيام معتبراً بذون السجود بل لم يشرع بدونه فإذا سقط الأصل سقط التابع ضرورة ولهذا سقط الركوع عن سقط عنه السجود وإن كان قادراً على الركوع وكان الركوع بمنزلة التابع له فكذا القيام بل أولى لأن الركوع أشد تعظيماً وأظهر الأثر العبودية من القيام ثم لما جعل تابعاً له وسقط بسقوطه فالقيام أولى إلا أنه لو تكلف وصلى قائماً يجوز لما ذكرنا ولكن لا يستحب لأن القيام بدون السجود غير مشروع بخلاف ما إذا كان قادراً على القيام والركوع والسجود لأنه لم يسقط عنه الأصل فكذا التابع وأما الحديث فنحن نقول بعوجه أن العجز شرط ولكنه موجود ههنا نظراً إلى الغالب لما ذكرنا أن الغالب هو العجز في هذه الحالة والقدرة في غاية الندرة والنادر ملحق بالعدم ثم المريض أنما يفارق الصحيح فيها بعجز عنه فاما فيما يقدر عليه فهو كالصحيح لأن المفارقة للعذر فتقدر بقدر العذر حتى لو صلى قبل وقتها أو بغير وضوء أو بغير قراءة عمداً أو خطأ وهو يقدر عليها لم يجزه وإن عجز عنها أو ما بغير قراءة لأن القراءة ركن فنسقط بالعجز كالقيام لا ترى أنها سقطت في حق الأعمى وكذا إذا صلى لغير القبلة متعمداً لذلك لم يجزه وإن كان ذلك خطأ منه أجزاءً بأن اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرة من يسأله عنها فصرى وصلى ثم تبين أنه أخطأ كما في حق الصحيح وإن كان وجه المريض إلى غير القبلة وهو لا يجد من يحول وجهه إلى القبلة ولا يقدر على ذلك بنفسه يصلي كذلك لأنه ليس في وسعه إلا ذلك وهل يعيدها إذا برئ روى عن محمد بن مقاتل الرازي أنه يعيدها وأما في ظاهر الجواب فلا إعادة عليه لأن العجز عن تحصيل الشرائط لا يكون فوق العجز عن تحصيل الأركان ونعمة لا تجب الإعادة فهنا أولى ولو كان يجزئه بجرح لا يستطيع السجود على الجهة لم يجزه الإيماء وعليه السجود على الأنف لأن الأنف مسجد كالجهة خصوصاً عند الضرورة على ما مر وهو قادر على السجود عليه فلا يجزئ له الإيماء ولو عجز عن الإيماء وهو تحريك الرأس فلا شيء عليه عندنا وقال زفر يومئ بالحاجبين أولاً فإن عجز فبالعينين فإن عجز فبقبله وقال الحسن بن زياد يومئ بعينه وبجانبه ولا يومئ بقبله وجه قول زفر أن الصلاة فرض دائم لا يسقط إلا بالعجز فاعجز عنه يسقط وما قدر عليه يلزمه بقدره فإذا قدر بالحاجبين كان الإيماء بهما أولى لأنهما أقرب إلى الرأس فإن عجز الآن يومئ بعينه لأنهما من الأعضاء الظاهرة وجميع البدن ذو حظ من هذه العبادة فكذا العينان فإن عجز فبالقلب لأنه في الجملة ذو حظ من هذه العبادة وهو النية لا ترى أن النية شرط صحتها فعند العجز تنتقل إليه وجه قول الحسن أن أركان الصلاة تؤدي بالأعضاء الظاهرة فأما الباطنة فليس يندى حظ من أركانها بل هو ذو حظ من الشرط وهو النية وهي قائمة أيضاً عند الإيماء فلا يؤدي به الأركان والشرط جميعاً (ولنا) ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في المريض أن لم يستطع قاعد افعلى القفا يومئ إيماء فإن لم يستطع فأنه أولى بقبول العذر أخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه معذور عند الله تعالى في هذه الحالة فلو كان عليه الإيماء بما ذكرتم لما كان معذوراً ولأن الإيماء ليس بصلاة حقيقة ولهذا لا يجوز التفل به في حالة الاختيار ولو كان صلاة لجاز كولو تنقل قاعداً إلا أنه أقيم مقام الصلاة بالشرع والشرع ورد بالإيماء بالرأس فلا يقيم غيره مقامه ثم إذا سقطت عنه الصلاة بحكم

الجزء فان مات من ذلك المرض انى الله تعالى ولا شئ عليه لانه لم يدرك وقت القضاء وأما اذا برأ وصح فان كان المتروك صلاة يوم واحدة أو أقل فعليه القضاء بالاجماع وان كان أكثر من ذلك فقال بعض مشايخنا يلزمه القضاء أيضا لان ذلك لا يجوز عن فهم الخطاب فوجب عليه الصلاة فيؤاخذ بقضائهم بخلاف الاغما لا نه يجوز عن فهم الخطاب فيمنع الوجوب عليه والصحيح انه لا يلزمه القضاء لان الفوائت دخلت في حد التكرار وقد فاتت لا بتضييع القدرة بقصده فلو وجب عليه قضاؤها لوقع في الحرج وبه تبين ان الحال لا يختلف بين العلم والجهل لان معنى الحرج لا يختلف ولهذا سقطت عن الحائض وان لم يكن الحيض يجوزها عن فهم الخطاب وعلى هذا اذا اغشى عليه يوما واحدة أو أقل ثم أفاد قضي ما فاتته وان كان أكثر من يوم واحدة لا قضاء عليه عندنا استحسنانا وقال بشر الاغما ليس بمسقط حتى يلزمه القضاء وان طال مدة الاغما وقال الشافعي الاغما يسقط اذا استوعب وقت صلاة كامل وتذكر هذه المسائل في موضع آخر عند بيان ما يقضى من الصلاة التي فاتت عن وقتها وما لا يقضى منها ان شاء الله تعالى ولو شرع في الصلاة قاعدة وهو مريض ثم صح وقدر على القيام فان كان شروعه بركوع وسجود بنى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف استحسنانا وعند محمد يستقبل قياسا بناء على ان عند محمد القائم لا يقتدى بالقاعد فكذلك لا يبنى أول صلاته على آخرها في حق نفسه وعندهما يجوز الاقتداء بجوز البناء والمسئلة تأتي في موضعها وان كان شروعه بالايماء يستقبل عند علمائنا الثلاثة وعند زفر بنى لان من أصله أنه يجوز الاقتداء الراكع الساجد بالمومي فيجوز البناء وعندنا لا يجوز الاقتداء فلا يجوز البناء على ما يدكر (وأما) الصحيح اذا شرع في الصلاة ثم عرض له مرض بنى على صلاته على حسب امكانه قاعدة أو مستلقيا في ظاهر الرواية وروى عن أبي حنيفة أنه اذا صار الى الأيماء يستقبل لانهم افترضوا مختلفان فعلا فلا يجوز رادواهما بتعريفة واحدة كالظاهر مع العصر والصحيح ظاهر الرواية لان بناء آخر الصلاة على أول الصلاة بمنزلة بناء صلاة المقتدى على صلاة الامام ومعه يجوز الاقتداء المومي بالصحيح لما يدكر فيجوز البناء ههنا ولانه لو بنى لصار مؤديا بعض الصلاة كاملا وبعضها ناقصا ولو استقبل لأدى الكل ناقصا ولا شك أن الأول أولى ولورفع الى وجه المريض وسادة أو شئ فسجد عليه من غير أن يومئ لم يجز لان الفرض في حقه الأيماء ولم يوجد ويكره أن يفعل هذا لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل على مريض يعوده فوجدته يصلي كذلك فقال ان قدرت أن تسجد على الأرض فاسجد والا فاقوم برأسك وروى أن عبد الله بن مسعود دخل على أخيه يعوده فوجدته يصلي ويرفع اليه عودا فسجد عليه فزع ذلك من يدهم كان في يده وقال هذا شئ عرض لكم الشيطان أو لم يسجدوا وروى ابن عمر رأى ذلك من مريض فقال اتخذون مع الله آلهة أخرى فان فعل ذلك ينظر ان كان يخفض رأسه للركوع شيئا لم يسجد ثم يلزم بجبينه يجوز لو جرد الأيماء لا للسجود على ذلك الشئ فان كانت الوسادة موضوعة على الأرض وكان يسجد عليها جازت صلاته لما روى أن أم سلمة كانت تسجد على مرفة موضوعة بين يديها لم يدبها ولم ينعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الصحيح اذا كان على الرحلة وهو خارج المصرو به عذر مانع من النزول عن الدابة من خوف العدو والسبع أو كان في طين أو ردة يصلي الفرض على الدابة قاعدة بالايماء من غير ركوع وسجود لان عند اعتراض هذه الاعذار عجز عن تحصيل هذه الأركان من القيام والركوع والسجود فصار كالوعجز بسبب المرض ويومئ ايماء لما روى في حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يومئ على راحلته ويجعل السجود أخفض من الركوع لما ذكرنا ولا تجوز الصلاة على الدابة بجماعة سواء تقدمهم الامام أو توسطهم في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنه قال استحسن أن يجوز اقتداء بهم بالامام اذا كانت دوابهم بالقرب من دابة الامام على وجه لا يكون بينهم وبين الامام فرجة إلا بقدر الصنف بالقياس على الصلاة على الأرض والصحيح جواب ظاهر الرواية لان اتحاد المكان من شرائط صحة الاقتداء ليثبت اتحاد الصلاتين تقديره بواسطة اتحاد المكان وهذا يمكن على الأرض لان المسجد جعل كمكان واحد شرعا وكذا في الصحراء تجعل الفرج التي بين

الصفوف مكان الصلاة لأنها تشغل بالركوع والسجود أيضا فصار المكان متصدا ولا يمكن على الدابة لأهلهم يصلون عليها بالإيماء من غير ركوع وسجود فلم تكن الفرج التي بين الصفوف والدواب مكان الصلاة فلا يثبت اتحاد المكان تقدير أوقات شرط صحة الاقتداء فلم يصح ولكن تجوز صلاة الإمام لأنه منفرد حتى لو كانا على دابة واحدة في محمل واحد أو في شقي محمل واحد كل واحد منهما في شق على حدة فاقندى أحدهما بالآخر جاز لاتحاد المكان وتجوز الصلاة على أي دابة كانت سواء كانت مأكولة اللحم أو غير مأكولة اللحم لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حمارة وبعير ولو كان على سرجه فذبح جازت صلاته كذا ذكر في الأصل وعن أبي حفص البخاري ومحمد بن مقاتل الرازي أنه إذا كانت النجاسة في موضع الجلوس أو في موضع الركبتين أكثر من قدر الدرهم لا تجوز اعتبار الصلاة على الأرض وأولا العذر المذكور في الأصل بالعرف وعند عامة مشايخنا تجوز كذا ذكر في الأصل لتعاقب محمد وهو قوله والدابة أشد من ذلك وهو يحتمل معنيين أحدهما أن ما في بطنها من النجاسات أكثر من هذا ثم إذا لم يمنع الجواز فهذا أولى والثاني أنه لما سقط اعتبار الأركان الأصلية بالصلاة عليها من القيام والركوع والسجود مع أن الأركان أقوى من الشرائط فلا ينسقط شرط طهارة المكان أولى ولأن طهارة المكان إنما تشترط لأداء الأركان عليه وهو لا يؤدي على موضع سرجه وركابه ههنا ركنا ليشترط طهارتهما إنما انتهى بوجوده من الإيماء وهو إشارة في الهواء فلا يشترط له طهارة موضع السرج والركبتين وتجوز الصلاة على الدابة خوفاً وكيف ما كانت الدابة واقفة أو سائرة لأنه يحتاج إلى السير فاما العذر الطين والردغة فلا يجوز إذا كانت الدابة سائرة لأن السير مناف للصلاة في الأصل فلا يسقط اعتباره بالضرورة ولم توجد ولو استطاع النزول ولم يقدر على القعود للطين والردغة ينزل ويومئ قائماً على الأرض وإن قدر على القعود ولم يقدر على السجود ينزل ويصلي قاعداً بالإيماء لأن السقوط بقدر الضرورة والله الموفق وعلى هذا يخرج الصلاة في السفينة إذا صلى فيها قاعداً بركوع وسجود أنه يجوز إذا كان عاجزاً عن القيام والسفينة جارية ولو قام يدور رأسه وجملة الكلام في الصلاة في السفينة أن السفينة لا تخلو إما أن كانت واقفة أو سائرة فإن كانت واقفة في الماء أو كانت مستقرة على الأرض جازت الصلاة فيها وإن أمكنه الخروج منها لأنهم إذا استقرت كان حكمها حكم الأرض ولا تجوز إلا قائماً بركوع وسجود متوجهاً إلى القبلة لأنه قادر على تحصيل الأركان والشرائط وإن كانت موطئة غير مستقرة على الأرض فإن أمكنه الخروج منها لا تجوز الصلاة فيها قاعداً لأنهم إذا لم تكن مستقرة على الأرض فهي بمنزلة الدابة ولا يجوز أداء الفرض على الدابة مع إمكان النزول كذا هذا وإن كانت سائرة فإن أمكنه الخروج إلى الشط يستحب له الخروج إليه لأنه يخاف دوران الرأس في السفينة فيحتاج إلى القعود وهو آمن عن الدوران في الشط فإن لم يخرج وصلى فيها قائماً بركوع وسجود أجزأه لما روي عن ابن سيرين أنه قال صلى بنا أنس رضي الله عنه في السفينة فعودا ولو شئنا لخربنا إلى الحدولان السفينة بمنزلة الأرض لأن سيرها غير مضاف إليه فلا يكون منافياً للصلاة بخلاف الدابة فإن سيرها مضاف إليها وإذا دارت السفينة وهو يصلي يتوجه إلى القبلة حيث دارت لأنه قادر على تحصيل هذا الشرط من غير تعذر فيجب عليه تحصيله بخلاف الدابة فإن هناك لا إمكان وأما إذا صلى فيها قاعداً بركوع وسجود فإن كان عاجزاً عن القيام بان كان يعلم أنه يدور رأسه لو قام وعن الخروج إلى الشط أيضاً يجوز له بالاتفاق لأن أركان الصلاة تسقط بعذر المجز وإن كان قادراً على القعود بركوع وسجود فصل بالأيام لا يجوز له بالاتفاق لأنه لا عذر وأما إذا كان قادراً على القيام أو على الخروج إلى الشط فصل قاعداً بركوع وسجود أجزأه في قول أبي حنيفة وقد أساء وعند أبي يوسف ومحمد لا يجوز (واحتمل) بقول النبي صلى الله عليه وسلم فإن لم تستطع فقاعدوا وهذا مستطوع للقيام وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه إلى الحبشة أمره أن يصلي في السفينة قائماً إلا أن يخاف الغرق ولأن القيام ركن في الصلاة فلا يسقط إلا بعذر ولم يوجد (ولابي) حنيفة ما روي أن من حديث أنس رضي الله عنه وذكر الحسن بن زياد في كتابه بإسناده عن سويد بن غفلة أنه قال سألت أبا بكر وعمر رضي الله عنهما عن الصلاة في

السفينة فقال ان كانت جارية يصلي قاعدا وان كانت راسية يصلي قائما من غير فصل بين ما اذا قدر على القيام أولا ولان سبر السفينة سبب لدوران الرأس غالبا والسبب يقوم مقام المسبب اذا كان في الوقوف على المسبب مخرج أو كان المسبب بحال يكون عدمه مع وجود السبب في غاية الندرة فالحقوا النادر بالعدم ولهذا أقام أبو حنيفة المباشرة الفاحشة مقام خروج المذني لما ان عدم الخروج عند ذلك نادر ولا عبرة بالنادر وهما عدم دوران الرأس في غاية الندرة فسقط اعتباره وصار كالراكب على الدابة وهي تسير أنه يسقط القيام لتعذر القيام عليها غالبا كذا هذا والحديث محمول على التدب دون الوجوب فان صلواتي السفينة بجماعة جازت صلاتهم ولو اقتدى به رجل في سفينة أخرى فان كانت السفينتان مقرورتين جاز لانهما بالاقتران صارنا كشيء واحد ولو كانا في سفينة واحدة جاز كذا هذا وان كانتا منفصلتين لم يجز لان تداخل ما بينهما بمنزلة النهر وذلك يمنع صحة الاقتداء وان كان الامام في سفينة والمقتدون على الحدود السفينة واقفة فان كان بينهما وبينهم طريق أو مقدار نهر عظيم لم يصح اقتداؤهم به لان الطريق ومثل هذا النهر يمنع صحة الاقتداء لما ينفذ في موضعه ومن وقف على سطح السفينة يقتدى بالامام في السفينة صح اقتداؤه الا ان يكون امام الامام لان السفينة كالبيت واقف على السطح عن هوى البيت صحيح اذا لم يكن امام الامام ولا يخفى عليه حاله كذا ههنا (ومنها) القراءة عند حامة العلماء لوجود حد الركن وعلامته وهما ما بيننا وقال الله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والمراد منه في حال الصلاة والكلام في القراءة في الاصل يقع في ثلاث مواضع أحدها في بيان فرضية أصل القراءة والثاني في بيان محل القراءة المفروضة والثالث في بيان قدر القراءة (أما) الأول فالقراءة فرض في الصلاة عند حامة العلماء وعند أبي بكر الاصم وسفيان بن عيينة ليست بفرض بناء على أن الصلاة عند هما اسم للافعال لا للذكار حتى قال يصح الشروع في الصلاة من غير تكبير وجه قوله ما أن قوله تعالى أقيموا الصلاة يحمل بينه النبي صلى الله عليه وسلم بقله ثم قال صلوا كما رأيتموني أصلي والمرئي هو الأفعال دون الأقوال فكانت الصلاة اسما للأفعال ولهذا تسقط الصلاة عن العاجز عن الأفعال وان كان قادرا على الأذكار ولو كان على القلب لا يسقط وهو الآخر (ولنا) قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن ومطلق الأمر للوجوب وقول النبي صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بقراءة وأما قوله صلى الله عليه وسلم صلوا كما رأيتموني أصلي فالرؤية أضيفت الى ذاته لا الى الصلاة فلا يقتضي كون الصلاة مرتبة وفي كون الأعراض مرتبة باختلاف بين أهل الكلام مع اتفاقهم على انها جائزة الرؤية والمذهب عند أهل الحق أن كل موجود جائز الرؤية يعرف ذلك في مسائل الكلام على أن الجميع بين الدلائل فنثبت فرضية الاقوال بما ذكرنا وفرضية الأفعال بهذا الحديث وسقوط الصلاة عن العاجز عن الأفعال لكون الأفعال أكثر من الاقوال فنحذف عنها فقد عجز عن الأكثر ولا كثر حكم الكل وكذا القراءة فرض في الصلوات كلها عند حامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال لا قراءة في الظهر والعصر لظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجماء أي ليس فيها قراءة اذا لا عجم اسم لمن لا ينطق (ولنا) ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة وفي الباب نص خاص وهو ما روى عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه وأبي قتادة الانصاريين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في صلاة الظهر والعصر في الركعتين الأولىين بفاتحة الكتاب وسورة وفي الأخرى بفاتحة الكتاب لا غير وما روى عن ابن عباس رضي الله عنه فقد صح رجوعه عنه فانه روى ان رجلا سأله وقال اقرأ خلفي فقال اما في صلاة الظهر والعصر فنعيم وأما الحديث فقد قال الحسن البصري معناه لا تسمع فيها قراءة ونحن نقول به وهذا اذا كان اماما أو منفردا فاما المقتدى فلا قراءة عليه عندنا وعند الشافعي يقرأ بفاتحة الكتاب في كل صلاة يخاف فيها بالقراءة قولاً واحدا وله في الصلاة التي يجهر فيها بالقراءة قولان (واحتج) بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا صلاة الا بقراءة ولا شئ أن لكل واحد صلاة على حدة ولان القراءة ركن في الصلاة فلا تسقط بالاقتداء كسائر الأركان

(ولنا) قوله تعالى وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وانصتوا لعلكم ترحمون أمر بالاستماع والانصات والاستماع وان لم يكن يمكننا عند المخافتة بالقراءة فالانصات يمكن فيجب بظاهر النص وعن أبي بن كعب رضي الله عنه أنه لما نزلت هذه الآية تركوا القراءة خلف الإمام وأما مهم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم فالظاهر أنه كان بأمره وقال صلى الله عليه وسلم في حديث مشهور أنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه فإذا كبر فكبروا وإذا قرأ فأنصتوا الحديث أمر بالسكوت عند قراءة الإمام وأما الحديث فعندنا لا صلاة بدون قراءة أصلاً وصلاة المقتدى ليست صلاة بدون قراءة أصلاً بل هي صلاة بقراءة وهي قراءة الإمام على أن قراءة الإمام قراءة للمقتدى قال النبي صلى الله عليه وسلم من كان له إمام فقرأه لا إمام له قراءة ثم المقروض هو أصل القراءة عندنا من غير تعيين فأما قراءة فاتحة السورة عيناً في الأولين فليست بفريضة ولكنها واجبة على ما يذكر في بيان واجبات الصلاة (وأما) بيان محل القراءة المفروضة فحلها الركعتان الأولى عيناً في الصلاة الرباعية هو الصحيح من مذهب أصحابنا وقال بعضهم ركعتان منها غير عين واليه ذهب القدروري وأشار في الأصل إلى القول الأول فإنه قال إذا ترك القراءة في الأولين بقضيتها في الآخرين فقد جعل القراءة في الآخرين قضاء عن الأولين فدل أن محلها الأوليان عيناً وقال الحسن البصري المفروض هو القراءة في ركعة واحدة وقال مالك في ثلاث ركعات وقال الشافعي في كل ركعة احتج الحسن بقوله تعالى فاقروا ما تيسر من القرآن والأمر بالفعل لا يقتضي التكرار فإذا قرأ في ركعة واحدة فقد امتثل أمر الشرع وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا صلاة إلا بقراءة أثبت الصلاة بقراءة وقد وجدت القراءة في ركعة فثبتت الصلاة ضرورة وبهذا يحتج الشافعي إلا أنه يقول اسم الصلاة ينطلق على كل ركعة فلا يجوز كل ركعة إلا بقراءة لقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة إلا بقراءة ولأن القراءة في كل ركعة فرض في النفل في الفرض أولى لأنه أقوى ولأن القراءة ركن من أركان الصلاة ثم سائر الأركان من القيام والركوع والسجود فرض في كل ركعة فكذا القراءة وبهذا يحتج مالك إلا أنه يقول القراءة في الأكرام مقام القراءة في الكل تسيراً (ولنا) إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن عمر رضي الله عنه ترك القراءة في المغرب في إحدى الأولين فقضاها في الركعة الأخيرة وجهر وعثمان رضي الله عنه ترك القراءة في الأولين من صلاة العشاء فقضاها في الآخرين وجهر وعلى وابن مسعود رضي الله عنهما كانا يقولان المصلّي بالخيار في الآخرين أن شاء قرأ وأن شاء سكت وأن شاء سبّح وسأل رجل عائشة رضي الله عنها عن قراءة فاتحة في الآخرين فقالت ليكن على وجه التناء ولم يرو عن غيرهم خلاف ذلك فيكون ذلك إجماعاً ولأن القراءة في الآخرين ذكر بحافت بها على كل حال فلا تكون فرضاً كثرة الافتتاح وهذا لأن مبنى الأركان على الشهرة والظهور ولو كانت القراءة في الآخرين فرضاً لما خالف الآخر بأن الأولين في الصفة كسائر الأركان وأما الآية فنص ماعرفنا فرضية القراءة في الركعة الثانية بهذه الآية بل بإجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما ذكرناه والثاني أن ما عرفنا فرضيتها بنص الأمر بل بدلالة النص لأن الركعة الثانية تكرر للدولي والتكرار في الأفعال إعادة مثل الأول فيقتضي إعادة القراءة بخلاف الشفع الثاني لأنه ليس بتكرار الشفع الأول بل هو زيادة عليه قالت عائشة رضي الله عنها الصلاة في الأصل ركعتان زيدت في الحضر واقترت في السفر والزيادة على الشيء لا يقتضي أن يكون مثله ولهذا اختلف الشفعان في وصف القراءة من حيث الجهر والاختفاء وفي قدرها وهو قراءة السورة فلم يصح الاستدلال على أن في الكتاب والسنة بيان فرضية القراءة وليس فيها بيان قدر القراءة المفروضة وقد خرج فعل الصحابة رضي الله عنهم على مقدار فيجعل بيان الحمل الكتاب والسنة بخلاف التطوع لأن كل شفع من التطوع صلاة على حدة حتى إن فساد الشفع الثاني لا يوجب فساد الشفع الأول بخلاف الفرض والله أعلم وأما في الآخرين فالأفضل أن يقرأ فيها بفاتحة الكتاب ولو سبّح في كل ركعة ثلاث تسبيحات مكان فاتحة الكتاب أو سكت أجزائه صلواته ولا يكون مسيئاً إن كان عامداً ولا سهواً عليه إن كان ساهياً كذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه يخبر بين

قراءة الفاتحة والتسبيح والسكوت وهذا جواب ظاهر الرواية وهو قول أبي يوسف ومحمد وروى الحسن عن أبي حنيفة في غير رواية الاصول أنه ان ترك الفاتحة عامداً كان مسيئاً وان كان ساهياً فعليه سجدة تالسهو والصحيح جواب ظاهر الرواية لمبار وينا عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما انهما كانا يقولان ان المصلي بالخيار في الآخرين ان شاء قرأ وان شاء سكت وان شاء سبج وهذا باب لا يدرك بالقياس فالمرور عنهما كالمرور عن النبي صلى الله عليه وسلم (وأما) بيان قدر القراءة فالكلام فيه يقع في ثلاث مواضع أحدها في بيان القدر المفروض الذي يتعلق به أصل الجواز والثاني في بيان القدر الذي يخرج به عن حد الكراهة والثالث في بيان القدر المستحب (أما) الكلام فيما يستحب من القراءة وفيما يكره فذكره في موضعه وههنا نذكر القدر الذي يتعلق به أصل الجواز وعن أبي حنيفة فيه ثلاث روايات في ظاهر الرواية قدر أدنى المفروض بالآية التامة طويلة كانت أو قصيرة كقوله تعالى مداهمنا وقوله ثم نظروا قوله ثم عبس وبسر وفي رواية الفرض غير مقدر بل هو على أدنى ما يتناوله الاسم سواء كانت آية أو مادونها بعد أن قرأها على قصد القراءة وفي رواية قدر الفرض بالآية طويلة كآية الكرسي وآية الدين أو ثلاث آيات قصار وبه أخذ أبو يوسف ومحمد وأصله قوله تعالى فاقروا ما تيسر من القرآن فهم ما يعتبران العرف ويقولان مطلق الكلام ينصرف الى المتعارف وأدنى ما يسمى المر به فارثافي العرف أن يقرأ آية طويلة أو ثلاث آيات قصار أو بوحنيقة يحتاج بالآية من وجهين أحدهما أنه أمر بمطلق القراءة وقراءة آية قصيرة قراءة والثاني أنه أمر بقراءة ما تيسر من القرآن وعسى لا يتيسر الا هذا القدر ومقاله أبو حنيفة أقبس لان القراءة مأخوذة من القرآن أي الجمع سمى بذلك لانه يجمع السور فيضم بعضها الى بعض ويقال قرأت الشيء قرأتاً أي جمعتة فكل شيء جمعتة فقد قرأته وقد حصل معنى الجمع بهذا القدر لاجتماع حروف الكلمة عند التكلم وكذا العرف ثابت فان الآية التامة أدنى ما ينطلق عليه اسم القرآن في العرف فاما مادون الآية فقد يقرأ على سبيل القرآن فيقال بسم الله أو الحمد لله أو سبحان الله فلذلك قدرنا بالآية التامة على انه لا عبرة لتسميته فارثافي العرف لان هذا أمر بينه وبين الله تعالى فلا يعتبر فيه عرف الناس وقد قرر القدر في الرواية الأخرى وهي ان المفروض غير مقدر وقال المفروض مطلق القراءة من غير تقدير ولهذا يحرم مادون الآية على الجنب والحائض الا أنه قد يقرأ على قصد القرآن وذلك لان الجمع الجواز فان الآية التامة قد تقرأ على قصد القرآن في الجملة ألا ترى ان التسمية قد تترك لا فتتاح الأعمال لا لقصد القرآن وهي آية تامة وكلامنا فيما اذا قرأ على قصد القرآن فيجب أن يتعلق به الجواز ولا يعتبر فيه العرف لما بيننا من الجواز كما ثبت بالقراءة بالعربية ثبت بالقراءة بالفارسية عند أبي حنيفة سواء كان يحسن العربية أو لا يحسن وقال أبو يوسف ومحمد ان كان يحسن لا يجوز وان كان لا يحسن يجوز وقال الشافعي لا يجوز أحسن أو لم يحسن وإذا لم يحسن العربية يسبح ويهمل عنده ولا يقرأ بالفارسية وأصله قوله تعالى فاقروا ما تيسر من القرآن أمر بقراءة القرآن في الصلاة فهم قالوا ان القرآن هو المنزل بلغة العرب قال الله تعالى أنا أنزلناه قرآننا عربياً فلا يكون الفارسي قرآننا فلا يخرج به عن عهد الأمر ولان القرآن معجز والاعجاز من حيث اللفظ يزول بزوال النظم العربي فلا يكون الفارسي قرآننا لانعدام الاعجاز ولهذا لم يحرم قراءته على الجنب والحائض الا انه اذا لم يحسن العربية فقد عجز عن مراعاة لفظه فيجب عليه مراعاة معناه ليكون التكليف بحسب الامكان وعند الشافعي هذا ليس بقرآن فلا يؤثر بقراءته وأبو حنيفة يقول ان الواجب في الصلاة قراءة القرآن من حيث هو لفظ دال على كلام الله تعالى الذي هو صفة قائمة به لما يتضمن من العبر والمواعظ والترغيب والترهيب والثناء والتعظيم لا من حيث هو لفظ عربي ومعنى الدلالة عليه لا يختلف بين لفظ ولفظ قال الله وانه لني زبر الأولين وقال ان هذا في الصحف الأولى صحف ابراهيم وموسى ومعلوم انه ما كان في كتبهم بهذا اللفظ بل بهذا المعنى (وأما) قولهم ان القرآن هو المنزل بلغة العرب (فالجواب) عنه من وجهين أحدهما أن كون العربية قرآننا لا ينفي

أن يكون غيرها قرآنا وليس في الآية تنفيه وهذا لان العربية سميت قرآنا لتكون ادليلا على ما هو القرآن وهي
الصفة التي هي حقيقة الكلام ولهذا قلنا ان القرآن غير مخلوق على ارادة تلك الصفة دون العبارات العربية ومعنى
الدلالة يوجد في الفارسية جاز تسهيتهم قرآنا دل عليه قوله تعالى ولو جعلناه قرآنا انجيميا أخبرانه لو عبر عنه بلسان
الحجم كان قرآنا والثاني ان كان لا يسمى غير العربية قرآنا لكان قراءة العربية ما وجبت لانها تسمى قرآنا بل
لكونها ادليلا على ما هو القرآن الذي هو صفة قائمة بالله بدليل انه لو قرأ عربية لا يتأدى بها كلام الله تفسد صلته
فضلا من أن تكون قرآنا واجبا ومعنى الدلالة لا يختلف فلا يختلف الحكم المتعلق به والدليل على ان عندهما
تقتضى القراءة بالفارسية على غير القادر على العربية وعذرهما غير مستقيم لان الوجوب متعلق بالقرآن وانه
قرآن عندهما باعتبار اللفظ دون المعنى فاذا زال اللفظ لم يكن المعنى قرآنا فلا معنى للايجاب ومع ذلك وجب فدل ان
الصحيح مذهب اليه أبو حنيفة ولان غير العربية اذا لم يكن قرآنا لم يكن من كلام الله تعالى فصار من كلام
الناس وهو يفسد الصلاة والقول بتعلق الوجوب بما هو مفسد غير سديد (وأما) قولهم ان الاعجاز من حيث
اللفظ لا يحصل بالفارسية فتم لكن قراءة ما هو معجز النظم عنده ليس بشرط لان التكليف ورد بطلق القراءة
لا بقراءة ما هو معجز ولهذا يجوز قراءة آية قصيرة وان لم تكن هي معجزة عالم تباع ثلاث آيات وفصل الجنب
والخائض ممنوع ولو قرأ شيئا من التوراة أو الانجيل أو الزبور في الصلاة ان يثبت انه غير محرف يجوز عند أبي
حنيفة لما قلنا وان لم يثبت لا يجوز لان الله تعالى أخبر عن تحريفهم بقوله يحرفون الكلم عن مواضعه فيصقل
ان المقرء محرف فيكون من كلام الناس فلا يحكم بالجواز بالشك والاحتمال وعلى هذا الخلاف اذا تشهد أو
خطب يوم الجمعة بالفارسية ولو آمن بالفارسية أو سمي عند الذبح بالفارسية أو ولي عند الاحرام بالفارسية أو باى
لسان كان يجوز بالاجماع ولو أذن بالفارسية قيل انه على هذا الخلاف وقيل لا يجوز بالاتفاق لانه لا يقع به
الاعلام حتى لو وقع به الاعلام يجوز والله أعلم (ومنها) القعدة الأخيرة مقدار التشهد عند عامة العلماء وقال
مالك انها سنة وجه قوله ان اسم الصلاة لا يتوقف عليها ألا ترى ان من حلف لا يصلى فقام وقرأ أو ركع وسجد
يحنث وان لم يقعد (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال للاعرابي الذي علمه الصلاة اذا
رفعت رأسك من آخر السجدة وقعدت قدر التشهد فقد تمت صلاتك علق تمام الصلاة بالقعدة الأخيرة وأراد به
تمام الفرائض اذ لم يتم أصل العبادة بعد فدل انه لا تمام قبلها اذا المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وروى ان
النبي صلى الله عليه وسلم قام الى الخامسة فسبح به فرجع ولولم يكن فرض المارجع كافي القعدة الأولى ولان حد
الركن موجود فيه او هو ما ذكرنا وانما لم يتوقف عليها اسم الصلاة لانها ليست من الأركان الأصلية التي تتركب
منها الصلاة على ما ذكرنا في أول الكتاب لانها ليست من فرائض الصلاة ثم القدر المفرغ من القعدة الأخيرة
هو قدر التشهد حتى لو انصرف قبل أن يجلس هذا القدر فسدت صلاته لما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص
رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا رفع الامام رأسه من السجدة الأخيرة وقعد قدر التشهد ثم
أحدث فقد تمت صلاته علق تمام الصلاة بالقعدة قدر التشهد فدل انه مقدر به والله أعلم (ومنها) الانتقال من
ركن الى ركن لانه وسيلة الى الركن فكان في معنى الركن فهذه الستة أركان الصلاة الا ان الاربعة الاول من
الأركان الأصلية دون الباقيتين وقال بعضهم القعدة من الأركان الأصلية أيضا واليه مال عصام بن يوسف
وجهه انها فرض تنعدم الصلاة بانعدامها كسائر الأركان والصحيح انها ليست بركن أصلي لان اسم الصلاة
ينطلق على المتركب من الأركان الأربعة بدون القعود ولهذا يتوجه النهي عن الصلاة وقت طلوع الشمس ووقت
غروبها ووقت الزوال ولهذا لو حلف لا يصلى فقيدهم الركعة بالسجدة يحنث وان لم توجد القعدة ولو أتى بمادون
الركعة لا يحنث ولان القعدة بنفسها غير صالحة للخدمة لانها من باب الاستراحة بخلاف سائر الأركان فمكن
الخلل في كونها ركنا أصليا فلم تكن هي من الأركان الأصلية للصلاة وان كانت من فرضها حتى لا يجوز الصلاة

بدونها ويشترط لها ما يشترط لسائر الأركان فاما التعرّية فليست بركن عند المحققين من أصحابنا بل هي شرط وعند الشافعي ركن وهو قول بعض مشايخنا واليه مال عصام بن يوسف وعلى هذا الخلاف الإحرام في باب الحج أنه شرط عندنا وعند من ركن ونمرة الخلاف أن عندنا يجوز بناء النفل على الفرض بأن يحرم للفرض ويفرغ منه ويشرع في النفل قبل التسليم من غير تعرّية جديدة وعندنا لا يجوز ووجه البناء على هذا الأصل أن التعرّية لما كانت شرطا جاز أن يتأدى النفل بتعريّة الفرض كما يتأدى بطهارة وقعت للفرض وعندنا لما كانت ركنا وقد انقضى الفرض بركانه فنقض التعرّية أيضا وجه قول الشافعي أن حد الركن موجود فيها وهو ما ذكرنا وكذا وجدت علامة الأركان فيها لأنها لا تدوم بل تنقضي والدليل عليه أنه يشترط لصحتها ما يشترط لسائر الأركان بخلاف الشروط (ولنا) قوله تعالى وذ كرا سم ربه فصل على عطف الصلاة على الذكر الذي هو التعرّية بحرف التعقيب والاستدلال بالآية من وجهين أحدهما أن مقتضى العطف بحرف التعقيب أن توجد الصلاة عقيب ذكر اسم الله تعالى ولو كانت التعرّية ركنا لكانت الصلاة موجودة عند الذكر لاستحالة انعدام الشيء في حال وجود ركنه وهذا خلاف النص والثاني أن العطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ولو كانت التعرّية ركنا لالتحق المغايرة لأنها تكون بعض الصلاة وبعض الشيء ليس غيره أن لم يكن عينه وكذا الموجود فيها أحد الشرط لأحد الركن فإنه يعتبر الصلاة بها ولا ينطاق اسم الصلاة عليهما مع سائر الشرائط فكانت شرطا وكذا علامة الشرط فيها موجودة فإنها باقية بقاء حكمها وهو وجوب الانزجار عن محظورات الصلاة على أن العلامة إذا خالفت الحد لا يبطل به الحد بل يظهر أن العلامة كاذبة وأما قوله يشترط لها ما يشترط لسائر الأركان فممنوع أنه يشترط ذلك لها بل للقيام المتصل بها والقيام ركن حتى أن الإحرام بالحج لما لم يكن متصلا بالركن جوازنا تقديمه على الوقت فصل في شرائط الأركان الصلاة ونوع يخص المقتدى وهو شرائط جواز الاقتداء بالامام في صلاته (أما) شرائط أركان الصلاة (فهي) الطهارة بنوعها من الحقيقية والحكمية والطهارة الحقيقية هي طهارة الثوب والبدن ومكان الصلاة عن نجاسة الحقيقية والطهارة الحكمية هي طهارة أعضاء الوضوء عن الحدث وطهارة جميع الأعضاء الظاهرة عن الجنابة (أما) طهارة الثوب وطهارة البدن عن النجاسة الحقيقية فله تعالى وثيبا لم يطهر واذا وجب تطهير الثوب فتطهير البدن أولى (وأما) الطهارة عن الحدث والجنابة فلقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم إلى قوله ليطهركم وقول النبي صلى الله عليه وسلم لا صلاة إلا بطهور وقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة إلا بطهارة وقوله صلى الله عليه وسلم مفتاح الصلاة الطهور وقوله تعالى وإن كنتم جنبا فاطهروا وقوله صلى الله عليه وسلم تحت كل شعرة جنابة إلا قبلا الشعر وانقوا البشيرة والانقاء هو التطهير فدلّت النصوص على أن الطهارة الحقيقية عن الثوب والبدن والحكمية شرط جواز الصلاة والمعقول كذا يقتضي من وجوه أحدها أن الصلاة خدمة الرب وتعظيمه جل جلاله وعم نواله وخدمة الرب وتعظيمه بكل الممكن فرض ومعالم أن القيام بين يدي الله تعالى بيد طاهر وثوب طاهر على مكان طاهر يكون أبلغ في التعظيم وأكمل في الخدمة من القيام بيد نجس وثوب نجس وعلى مكان نجس كفي خدمة الملوك في الشاهد وكذلك الحدث والجنابة وإن لم تكن نجاسة مرئية فهي نجاسة معنوية توجب استنقار ما حل به لا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يصافح حذيفة بن اليمان رضى الله عنه امتنع وقال أتني جنب يا رسول الله فكان قيامه مخلا بالتعظيم على أنه لم يكن على أعضاء الوضوء نجاسة رأسا فانها لا تخلو عن الدرن والوسخ لأنها أعضاء بادية عادة فيتصل بها الدرن والوسخ فيجب غسلها تطهيرا لها من الوسخ والدرن فتحقق الزينة والنظافة فيكون أقرب إلى التعظيم وأكمل في الخدمة فمن أراد أن يقوم بين يدي الملوك للخدمة في الشاهد أنه يتكلف للتنظيف والتزيين ويلبس أحسن ثيابه تعظيما للملك ولهذا كان الأفضل للرجل أن يصلي في أحسن ثيابه وأظفها التي أعدها لزيارة العظماء

ولمخاف الناس وكانت الصلاة متعصما أفضل من الصلاة مكشوف الرأس لما ان ذلك أبلغ في الاحترام والثاني انه أمر بغسل هذه الاعضاء الظاهرة من الحدث والحزبة تذكيرا لتطهير الباطن من الغش والحسد والكبر وسوء الظن بالمسلمين ونحو ذلك من أسباب المآثم فأمرا لازالة الحدث تطهيرا لان قيام الحدث لا ينافي العبادة والخدمة في الجملة لا ترى انه يجوز أداء الصوم والزكاة مع قيام الحدث والحزبة وأقرب من ذلك الايمان بالله تعالى الذي هو رأس العبادات وهذا لان الحدث ليس بعصية ولا سبب مآثم وما ذكرنا من المعاني التي في باطنه أسباب المآثم فأمرا بغسل هذه الاعضاء الظاهرة دلالة وتنبها على تطهير الباطن من هذه الامور وتطهير النفس عنها واجب بالسمع والعقل والثالث انه وجب غسل هذه الاعضاء شكر النعمة وراء النعمة التي وجبت لها الصلاة وهي ان هذه الاعضاء وسائل الى استيقاظ نعم عظيمة بل بها تنال جل نعم الله تعالى فالبسببها يتناول ويقبض ما يحتاج اليه والرجل يعيش بها الى مقاصده والوجه والرأس محل الخواص ومجملها التي بها يعرف عظم نعم الله تعالى من العين والانف والغم والاذن التي بها البصر والشم والذوق والسمع التي بها يكون التلذذ والتشهي والوصول الى جميع النعم فأمرا بغسل هذه الاعضاء شكر المآثي ونسبها الى هذه النعم والرابع أمر بغسل هذه الاعضاء تكفيرا لما ارتكب به هذه الاعضاء من الاجرام اذ بها ارتكب جل المآثم من أخذ الحرام والمشى الى الحرام والنظر الى الحرام وأكل الحرام وشهاع الحرام من اللغو والكذب فأمرا بغسلها تكفيرا لهذه الذنوب وقد وردت الاخبار بكون الوضوء تكفيرا لما ثم فكانت مؤيدة لما قلنا (وأما) طهارة مكان الصلاة فلقوله تعالى أن طهرا بقى للطائفين والعاكفين والركع السجود وقال في موضع القائمين والركع السجود ولما ذكرنا ان الصلاة خدمة الرب تعالى وتعظيمه وخدمة المعبود المستحق للعبادة وتعظيمه بكل الممكن فرض وأداء الصلاة على مكان طاهر أقرب الى التعظيم فكان طهارة مكان الصلاة شروطا وقد روى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الصلاة في المزبلة والمجزرة ومعاطن الابل وقوارع الطرق والحمام والمقبرة وفوق ظهر بيت الله تعالى امامه معنى النهى عن الصلاة في المزبلة والمجزرة فليكون ماما موضع النجاسة وامام معاطن الابل فقد قيل ان معنى النهى فيها انها لا تخلو عن النجاسات عادة لكن هذا يشكل بما روى من الحديث صاوا في مراض الغنم ولا صاوا في معاطن الابل مع ان المعاطن والمرابض في معنى النجاسة سواء وقيل معنى النهى ان الابل ربما تناول على المصلى فينتل بماء يفسد صلاته وهذا لا يتوهم في الغنم واما قوارع الطرق فقيل انها لا تخلو عن الاروات والابوال عادة فعلى هذا لا فرق بين الطريق الواسع والضيق وقيل معنى النهى فيها انه يستضر به المارة وعلى هذا اذا كان الطريق واسعا لا يكره وحكي ابن سماعة ان محمدا كان يصلي على الطريق في البادية وأما الحمام فعنى النهى فيه انه مصب الغسالات والنجاسات عادة فعلى هذا الوصل في موضع الحمامي لا يكره وقيل معنى النهى فيه ان الحمام بيت الشيطان فعلى هذا تكره الصلاة في كل موضع منه سواء غسل ذلك الموضع أو لم يغسل وأما المقبرة فقيل انما نهى عن ذلك لما فيه من التشبيه باليهود كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعن الله اليهود اتخذوا قبور انبيائهم مساجد فلا تغزوا قبوري بعدى مسجدا وروى ان عمر رضي الله عنه رأى رجلا يصلي بالليل الى قبر فناداه القبر القبر فظن الرجل انه يقول القبر القبر فجعل ينظر الى السماء فزال به حتى تنبسه فعلى هذا تجوز الصلاة وتكره وقيل معنى النهى ان المقابر لا تخلو عن النجاسات لان الجاهل يستترون بها شرف من القبور فيبولون ويتغوطون خلفه فعلى هذا لا تجوز الصلاة لو كان في موضع يفعلون ذلك لان عدم طهارة المكان واما فوق بيت الله تعالى فعنى النهى عندنا ان الانسان منهي عن الصعود على سطح الكعبة لما فيه من ترك التعظيم ولا يمنع جواز الصلاة عليه وعند الشافعي هذا النهى للفساد حتى لو صلى على سطح الكعبة وليس بين يديه سترة لا تجوز صلاته عنده وسنذكر الكلام فيما بعد ولو صلى في بيت فيه تماثيل فهذا على وجهين امانا كانت التماثيل مطوعة الرأس أو لم تكن مقطوعة الرأس فان كانت مقطوعة الرأس فلا بأس بالصلاة فيه لانها بالقطع خرجت من أن تكون تماثيل

والحق بالتقوس والدليل عليه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدى إليه ترس فيه تمثال طير فأصبحوا
وقد مضى وجهه وروى أن جبريل عليه السلام استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فأذن له فقال كيف أدخل
وفي البيت قرام فيه تمثال خيول ورجال فأما أن تقطع رؤسها أو تتخذ وسائل فتطوطأ وإن لم تكن مة مطوعة الرؤس
فتكره الصلاة فيه سواء كانت في جهة القبلة أو في السقف أو عن يمين القبلة أو عن يسارها فأشد ذلك كراهة
أن تكون في جهة القبلة لأنه تشبه بعبد الأوثان ولو كانت في مؤخر القبلة أو تحت القدم لا يكره لعدم التشبه
في الصلاة بعبد الأوثان وكذا يكره الدخول إلى بيت فيه صور على سقفه أو حيطانه أو على الستور والأزر
والوسائل العظام لأن جبريل عليه السلام قال أنا لا ندخل بيتا فيه كلب أو صورة ولا خير في بيت لا تدخله الملازمة
وكذا نفس التعليق لتلك الستور والأزر على الجدار ووضع الوسائل العظام عليه مكره لما في هذا الصنيع من
التشبه بعباد الصور لما فيه من تعظيمها وروى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت دخل رسول الله صلى الله
عليه وسلم في بيتي وأنا مستتره بستر فيه تمثال فتغير لون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى عرفت الكراهة
في وجهه فأخذ مني وهك يده فجعلناه نرقه أو نرققنا وإن كانت الصور على البسط والوسائل الصغيرة وهي
تداس بالأرجل لا تكره لما فيه من إهانتها والدليل عليها حديث جبريل صلى الله عليه وسلم وطائفة رضي الله
عنها ولو صلى على هذا البساط فإن كانت الصورة في موضع سجوده يكره لما فيه من التشبه بعبادة الصور والأصنام
وكذا إذا كانت أمامه في موضع لأن معنى التعظيم يحصل بتقريب الوجه من الصورة فأما إذا كانت في موضع
قديم فلا بأس به لما فيه من الإهانة دون التعظيم هذا إذا كانت الصورة كبيرة فأما إذا كانت صغيرة لا تبدو
لناظر من بعيد فلا بأس به لأن من يعبد الصنم لا يعبد الصنم منها جدا وقد روى أنه كان على خاتم أبي موسى ذبابتان
وروى أنه لما وجد خاتم دانيال على عهد عمر رضي الله عنه كان على فصه أسدان بينهما رجل يلحسانه ويحقل
أن يكون ذلك في ابتداء حاله أولاً لأن القتال في شريعة من قبلنا كان حلالاً قال الله تعالى في قصة سليمان يعملون له
ما يشاء من محاريب وتمثال ثم ما ذكرنا من الكراهة في صورة الحيوان فأما صورة الملائكة كالشجر ونحو ذلك فلا
يوجب الكراهة لأن عبادة الصورة لا يعبدون تمثال ما ليس بذي روح فلا يحصل التشبه بهم وكذا النهي إنما جاء
عن تصوير ذي الروح لما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال من صور تمثال ذي الروح كاف يوم القيامة أن ينفخ
فيه الروح وليس بنافع فأما النهي عن تصوير الملائكة لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه نهى مصورا عن
التصوير فقال كيف أصنع وهو كسي فقال إن لم يكن بد فعلى بتمثال الأشجار ويكره أن تكون قبلة المسجد إلى
حام أو قبر أو مخرج لأن جهة القبلة يجب تعظيمها والمسجد كذلك قال الله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر
فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والاصال رجال ومعنى التعظيم لا يحصل إذا كانت قبلة المسجد إلى هذه المواضع
لأنهم لا تخلو عن الأقدار وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال هذا في مساجد الجماعات فأما مسجد الرجل في
بيته فلا بأس بأن يكون قبلته إلى هذه المواضع لأنه ليس له حرمة المسجد حتى يحجزه عنه وكذا للناس فيه بلوى
بخلاف مسجد الجماعة ولو صلى في مثل هذا المسجد جازت صلاته عند عامة العلماء وعلى قول بشر بن غياث
المرسي لا تجوز وعلى هذا المصلي في أرض مغمورة أو على وعليه ثوب مغمور لا تجوز عنده وجهه قوله أن
العبادة لا تؤدي عما هو منهى عنه (ولنا) إن النهي ليس بمعنى في الصلاة فلا يمنع جواز الصلاة وهذا إذا لم يكن بين
المسجد وبين هذه المواضع حائل من بيت أو جدار أو نحو ذلك فإن كان بينهم حائل لا يكره لأن معنى التعظيم حاصل
فالتحرز عنه غير ممكن (ومنها) ستر العورة لقوله تعالى يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد قيل في التأويل
الزينة ما يورى العورة والمسجد الصلاة فقد أمر عواراة العورة في الصلاة وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا
صلاة للحائض إلا بخمار كنى بالحائض عن البالغة لأن الحائض دليل البلوغ فذكر الحائض وأراد به البلوغ للملازمة
بينهما وعليه إجماع الأمة ولأن ستر العورة حال القيام بين يدي الله تعالى من باب التعميم وأنه فرض عقلا وشرعا

وإذا كان الستر فرضا كان الانكشاف مانعا جواز الصلاة ضرورة والكلام في بيان ما يكون عورة وما لا يكون
 موضعه كتاب الاستحسان وانما الحاجة ههنا الى بيان المقدار الذي يمنع جواز الصلاة فنقول قليل الانكشاف
 لا يمنع الجواز لما فيه من الضرورة لان الثياب لا تخلو عن قليل خرق عادة والكثير يمنع لعدم الضرورة واختلف
 في الحد الفاصل بين القليل والكثير فقد رأينا بوجوه كثيرة بالربع فقالوا الربع وما فوقه من العضو كثير
 ومادون الربع قليل وابو يوسف جعل الاكثر من النصف كثيرا ومادون النصف قريبا واختلفت الرواية
 عنه في النصف فجعله في حكم القليل في الجامع الصغير وفي حكم الكثير في الأصل وجه قول أبي يوسف ان القليل
 والكثير من المتقابلات فاعما تظهر بالمقابلة فما كان مقابله أقل منه فهو كثير وما كان مقابله أكثر منه فهو
 قليل (ولهما) ان الشارع أقام الربع مقام الكل في كثير من المواضع كما في حلق الرأس في حق المحرم ومسح ربع
 الرأس كذا ههناذا الموضع موضع الاحتياط واما قوله ان القليل والكثير من أسماء المقابلة فاعما يعرف ذلك
 بمقابله فنقول الشارع قد جعل الربع كثيرا في نفسه من غير مقابلة في بعض المواضع على ما بينا فلزم الانخذبه
 في موضع الاحتياط ثم كثيرا لانكشاف يستوى فيه العضو الواحد والاعضاء المتفرقة حتى لو انكشف من
 أعضاء متفرقة ما لوجع لكان كثيرا يمنع جواز الصلاة ويستوى فيه العورة الغليظة وهي القبل والدبر والخفيضة
 كالمنخذ ونحوه ومن الناس من قدر العورة الغليظة بالدرهم تغليظا لأمورها وهذا غير سديد لان العورة الغليظة
 كلها لا تزيد على الدرهم فنقدرها بالدرهم يكون تخفيفا لأمورها لا تغليظا لهن فتعكس القضية وذكر محمد في الزيادات
 ما يدل على ان حكم الغليظة والخفيضة واحد فانه قال في امرأة صلت فانكشف شيء من شعرها وشيء من ظهرها
 وشيء من فرجها وشيء من خدها انه ان كان بحال لوجع بلغ ربع منع اداء الصلاة وان لم يبلغ لا يمنع فقد جمع
 بين العورة الغليظة والخفيضة واعتبر فيها الربع فثبت ان حكمها لا يختلف وان الخلاف فيهما واحد وهذا في حالة
 القدرة فاما في حالة العجز فالانكشاف لا يمنع جواز الصلاة بان حضرته الصلاة وهو عريان لا يجد ثوبا للضرورة
 ولو كان معه ثوب نجس فلا يخلو امان كان الربع منه طاهرا واما ان كان كله نجسا فان كان ربه طاهرا لم يجزه
 أن يصلى عريانا بل يجب عليه أن يصلى في ذلك الثوب لان الربع فما فوقه في حكم السكال كما في مسح الرأس
 وحلق المحرم ربع الرأس وكما يقال رأيت فلانا وان عاينه من احدى جهاته الاربع فجعل كان الثوب كله طاهرا
 وان كان كله نجسا والطاهر منه أقل من الربع فهو بالخيار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ان شاء صلى عريانا
 وان شاء مع الثوب لكن الصلاة في الثوب أفضل وقال محمد لا تجزئه الا مع الثوب وجه قوله ان ترك استعمال
 النجاسة فرض وستر العورة فرض الا ان ستر العورة أهمهما وأكدهما لانه فرض في الاحوال أجمع وفرضية
 ترك استعمال النجاسة مقصورة على حالة الصلاة فيصير الى اهم فستر العورة ولا تجوز الصلاة بدونها ويتصل
 استعمال النجاسة ولانه لو صلى عريانا كان تاركاً فرائض منها ستر العورة والقيام والركوع والسجود ولو صلى في
 الثوب النجس كان تاركاً فرضا واحدا وهو ترك استعمال النجاسة فقط فكان هذا الجانب أهون وقد قالت عائشة
 رضي الله عنها ما خير رسول الله صلى الله عليه وسلم بين شيتين الاختاراهون هما ان تبلى بلبتين فعليه أن يختار
 أهونهما (ولهما) ان الجانبين في الفرضية في حق الصلاة على السواء الا ترى انه كما لا تجوز الصلاة حالة الاختيار عريانا
 لا تجوز مع الثوب الملوئ نجاسة ولا يمكن إقامة أحد الفرضين في هذه الحالة الا بترك الآخر فسطت فرضيهما في حق
 الصلاة فيخير فيجزئه كيف ما فعل الا ان الصلاة في الثوب أفضل لما ذكر محمد (ومنها) استقبال القبلة لقوله تعالى قول
 وجهك شطر المسجد الحرام وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره وقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة
 امرئ حتى يضع الطهور ومواضعه ويستقبل القبلة ويقول الله أكبر وعليه اجماع الأمة والا صل ان استقبال القبلة
 للصلاة شرط زائد لا يعقل معناه بدليل انه لا يجب الاستقبال فيها ورأس العبادات وهو الايمان وكذا في عامة
 العبادات من الزكاة والصوم والحج وانما عرف شرطنا في باب الصلاة شرعا فوجب اعتباره بقدر ما ورد الشرع به

وفيه اورد ما يرد الى أصل القياس ثم حلة الكلام في هذا الشرط ان المصلي لا يخلو اما ان كان قادرا على الاستقبال أو كان عاجزا عنه فان كان قادرا يجب عليه التوجه الى القبلة ان كان في حال مشاهدة الكعبة فالى عينها أى أى جهة كانت من جهات الكعبة حتى لو كان منحرفا عنها غير متوجه الى شئ منها لم يجوز لقوله تعالى فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره وفي وسعه تولية الوجه الى عينها فيجب ذلك وان كان نائبا عن الكعبة فائبا عنها يجب عليه التوجه الى جهتها وهي المحارب المنصوبة بالامارات الدالة عليها لا الى عينها وتعتبر الجهة دون العين كذا ذكر الكرخي والرازي وهو قول عامة مشايخنا عاروا النهر وقال بعضهم المفروض اصابة عين الكعبة بالاجتهاد والتصرى وهو قول أبى عبد الله البصري حتى قالوا ان نية الكعبة شرط وجه قول هؤلاء قوله تعالى فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره من غير فصل بين حال المشاهدة والغيبة ولان لزوم الاستقبال لحرمة البقعة وهذا المعنى في العين لا في الجهة ولان قبلته لو كانت الجهة لكان ينبغي له اذا اجتهد فخطأ الجهة يلزمه الاعادة لظهور خطئه في اجتهاده بيقين ومع ذلك لا تلزمه الاعادة باختلاف بين أصحابنا فدل ان قبلته في هذه الحالة عين الكعبة بالاجتهاد والتصرى وجه قول الاولين ان المفروض هو المقدور عليه واصابة العين غير مقدور عليها فلا تكون مفروضة ولان قبلته لو كانت عين الكعبة في هذه الحالة بالتصرى والاجتهاد لترددت صلته بين الجواز والفساد لانه ان اصاب عين الكعبة بتصرى به جازت صلته وان لم يصب عين الكعبة لا تجوز صلته لانه يظهر خطؤه بيقين الا ان يجعل كل مجتهد مصيبا وانه خلاف المذهب الحق وقد عرف بطلانه في أصول الفقه اما اذا جعلت قبلته الجهة وهي المحارب المنصوبة لا بتصور ظهور الخطأ فنزلت الجهة في هذه الحالة منزلة عين الكعبة في حال المشاهدة والله تعالى ان يجعل اى جهة شاء قبلته لعباده على اختلاف الاحوال واليه وقعت الاشارة في قوله تعالى سيقول السفهاء من الناس ما ولاهم عن قبلتهم التي كانوا عليها قل لله المشرق والمغرب يهدي من يشاء الى صراط مستقيم ولا نهم جعلوا عين الكعبة قبلته في هذه الحالة بالتصرى وانه مبنى على تجرد شهادة القلب من غير امارات والجهة صارت قبلته باجتهادهم المبني على الامارات الدالة عليها من النجوم والشمس والقمر وغير ذلك فكان فوق الاجتهاد بالتصرى ولهذا ان من دخل بلدة وعابن المحارب المنصوبة فيها يجب عليه التوجه اليها ولا يجوز له التصرى وكذا اذا دخل مسجد الاحزاب له وبحضرتة أهل المسجد لا يجوز له التصرى بل يجب عليه السؤال من أهل المسجد لان لهم علما بالجهة المبنية على الامارات فكان فوق الثابت بالتصرى وكذا لو كان في المقازة والسماء مصيبة وله علم بالاستدلال بالنجوم على القبلة لا يجوز له التصرى لان ذلك فوق التصرى وبه تبين ان نية الكعبة ليست بشرط بل الافضل ان لا ينوى الكعبة لاحتمال ان لا يتخاضى هذه الجهة الكعبة فلا تجوز صلته ولا حجة لهم في الآية لانها تناولت حالة القدرة والقدرة حال مشاهدة الكعبة لا حال البعد عنها وهو الجواب عن قولهم ان الاستقبال لحرمة البقعة ان ذلك حال القدرة على الاستقبال اليها دون حال المجز عنه وأما اذا كان عاجزا فلا يخلو اما ان كان عاجزا بسبب عذر من الاعذار مع العلم بالقبلة واما ان كان عاجزه بسبب الاشتباه فان كان عاجزا مع العلم بالقبلة فله ان يصلى الى أى جهة كانت ويسقط عنه الاستقبال نحو ان يخاف على نفسه من العدو في صلاة الخوف أو كان بحال لو استقبل القبلة يشب عليه العدو أو قطاع الطريق أو السبع أو كان على لوح من السفينة في البحر لو وجهه الى القبلة يغرق غالبا أو كان مريضا لا يمكنه ان يتحول بنفسه الى القبلة وليس بحضرتة من يحوله اليها ونحو ذلك لان هذا شرط زائد فيسقط عند المجز وان كان عاجزا بسبب الاشتباه وهو ان يكون في المقازة في ليلة مظلمة أو لا علم له بالامارات الدالة على القبلة فان كان بحضرتة من يسأله عنها لا يجوز له التصرى لما قلنا بل يجب عليه السؤال فان لم يسأل وتصرى وصلى فان اصاب جازوا فلا فان لم يكن بحضرتة أحد جاز له التصرى لان التكليف بحسب الوسع والامكان وليس في وسعه الا التصرى فتجوز له الصلاة بالتصرى لقوله تعالى فايما تولوا فثم وجه الله وروى ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تخرجوا عند الاشتباه

وصالحوا ولم ينكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم فدل على الجواز فاذا صلى إلى جهة من الجهات فلا يتخلوا ما أن صلى إلى جهة بالتحري أو بدون التحري فإن صلى بدون التحري فلا يتخلوا من أوجهه ما أن كان لم يتخطر به شيء ولم يشك في جهة القبلة أو خطر به شيء وشك في جهة القبلة وصلى من غير تحري أو تحري ووقع تحريه على جهة فصل إلى جهة أخرى لم يقع عليها التحري أما إذا لم يتخطر به شيء ولم يشك وصلى إلى جهة من الجهات فالأصل هو الجواز لأن مطلق الجهة قبلية بشرط عدم دليل يوصله إلى جهة السكبة من السؤال أو التحري ولم يوجد لأن التحري لا يجب عليه إذا لم يكن شاكاً فاذا مضى على هذه الحالة ولم يتخطر به شيء صارت الجهة التي صلى إليها قبلية له ظاهراً فإن ظهر أنها جهة السكبة تهر والجواز فاما إذا ظهر خطأه بيقين بان انجلى الظلام وتبين أنه صلى إلى غير جهة السكبة أو تحري ووقع تحريه على غير الجهة التي صلى إليها ان كان بعد الفراغ من الصلاة يعبدون كان في الصلاة يستقبل لأن ما جعل حجة بشرط عدم الأقوى يبطل عند وجوده كالاتحاد إذا ظهر نص بخلافه وأما إذا شك ولم يهر وصلى إلى جهة من الجهات فالأصل هو الفساد فاذا ظهر أن الصواب في غير الجهة التي صلى إليها ما يبين أو بالتحري تقرر الفساد وان ظهر أن الجهة التي صلى إليها قبلية ان كان بعد الفراغ من الصلاة أجزأ ولا يعيد لأنه إذا شك في جهة السكبة وبنى صلاته على الشك احتل أن تكون الجهة التي صلى إليها قبلية واحتل أن لا تكون فان ظهر أنها لم تكن قبلية يظهر أنه صلى إلى غير القبلة وان ظهر أنها كانت قبلية يظهر أنه صلى إلى القبلة فلا يحكم بالجواز في الابتداء بالشك والاحتمال بل يحكم بالفساد بناء على الأصل وهو العدم يحكم باستصحاب الحال فاذا تبين أنه صلى إلى القبلة بطل الحكم باستصحاب الحال وثبت الجواز من الأصل وأما إذا ظهر في وسط الصلاة روى عن أبي يوسف أنه يبنى على صلاته لما قلنا وفي ظاهر الرواية يستقبل لأن بشرطه في الصلاة بناء على الشك ومتى ظهرت القبلة أمام التحري أو بالسؤال من غيره صارت حالته هذه أقوى من الحالة الأولى ولو ظهرت في الابتداء لا تجوز صلاته إلا إلى هذه الجهة فكذا إذا ظهرت في وسط الصلاة وصار كالموحي إذا قدر على القيام في وسط الصلاة أنه يستقبل لما ذكرنا كذا هذا وأما إذا تحري ووقع تحريه إلى جهة فصل إلى جهة أخرى من غير تحري فان خطأ لا تجزیه بالاجماع وان أصاب فكذلك في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يجوز (ووجهه) أن المقصود من التحري هو الاصابة وقد حصل هذا المقصود فيحكم بالجواز كما إذا تحري في الاواني فتوضأ بغير ما وقع عليه التحري ثم تبين أنه أصاب يجوز به كذا هذا وجه ظاهر الرواية أن القبلة حالة الاشتباه هي الجهة التي مال إليها المتحري فاذا ترك الاقبال إليها فقد أعرض عما هو قبلته مع القدرة عليه فلا يجوز كمن ترك التوجه إلى المحارب المنصوبة مع القدرة عليه بخلاف الاواني لأن الشرط هو التوضؤ بالماء الطاهر حقيقة وقد وجد فاما إذا صلى إلى جهة من الجهات بالتحري ثم ظهر خطأه فان كان قبل الفراغ من الصلاة استدار إلى القبلة وأتم الصلاة لما روى أن أهل قبلتهم بلغهم نسخ القبلة إلى بيت المقدس استداروا كهيئتهم وأتموا صلاتهم ولم يأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاعادة ولأن الصلاة المؤداة إلى جهة التحري مؤداة إلى القبلة لأنها هي القبلة حال الاشتباه فلا معنى لوجوب الاستقبال ولأن تبدل الرأي في معنى انتساخ النص وذال لا يوجب بطلان العمل بالنسخ في زمان ما قبل النسخ كذا هذا وان كان بعد الفراغ من الصلاة فان ظهر أنه صلى عنده أو بسره يجوز به ولا يلزمه الاعادة بخلاف وان ظهر أنه صلى مستدبر السكبة يجوز به عندنا وعند الشافعي لا يجوز به وعلى هذا إذا اشتبهت القبلة على قوم قهروا وصلوا بجماعة جازت صلاة الكل عندنا إلا صلاة من تقدم على إمامه أو علم بمخالفته إياه وجه قول الشافعي أنه صلى إلى القبلة بالاجتهاد وقد ظهر خطأه بيقين فيبطل كما إذا تحري وصلى في ثوب على ظن أنه طاهر ثم تبين أنه نجس أنه لا يجوز به وتلزمه الاعادة كذا هذا (ولنا) أن قبلته حال الاشتباه هي الجهة التي تحري إليها وقد صلى إليها فجز به كما إذا صلى إلى المحارب المنصوبة والدليل على أن قبلته هي جهة التحري النص والمعقول أما النص فقول تعالى فإيما تولوا فثم وجه الله قيل في بعض وجوه التأويل ثمة قبلية

الله وقيل ثمة رضاء الله وقيل ثمة وجه الله الذي وجهكم اليه اذ لم يجزى منكم التقصير في طلب القبلة واضاف التوجه الى نفسه لانهم وقعوا في ذلك بفعل الله تعالى بغير تقصير كان منهم في الطلب ونظيره قول النبي صلى الله عليه وسلم لمن اكل ناسيا لصومه ثم صلى صوما فاعلم الله وسقاه وان وجد الا كل من الصائم حقيقة لكن لمالم يكن قاصدا فيه اضاف فعله الى الله تعالى وصيره معذورا كانه لم يأكل كذلك ههنا اذا كان توجهه الى هذه الجهة من غير قصد منه حيث أتى بجميع ما في وسعه وامكانه اضاف الرب سبحانه وتعالى ذلك الى ذاته وجعله معذورا كانه توجه الى القبلة (وأما) المعقول فاذا كرنا أنه لا سبيل له الى اصابة عين الكعبة ولا الى اصابة جهتها في هذه الحالة لعدم الدلائل الموصلة اليها والكلام فيه والتكليف بالصلاة متوجه وتكليف ما لا يحمله الواسع ممنوع وليس في وسعه الا الصلاة الى جهة التعرى فتعينت هذه قبلة له شرعا في هذه الحالة فنزلت هذه الجهة حالة العجز منزلة عين الكعبة والمحراب حالة القدرة وانما عرف التعرى شرطا ناصبا بخلاف القياس لا لاصابة القبلة وبه تبين أنه ما خطا قبلته لان قبلته جهة التعرى وقد صلى اليها بخلاف مسئلة الثوب لان الشرط هناك هو الصلاة بالثوب الطاهر حقيقة لكنه أمر باصابعه بالتعري فاذا لم يصب لعدم الشرط فلم يجز أما ههنا فالشرط استقبال القبلة وقبلته هذه في هذه الحالة وقد استقبلها فهو الفرق والله أعلم ويخرج على ما ذكرنا الصلاة بمكة خارج الكعبة أنه ان كان في حال مشاهدة الكعبة لا تجوز صلاته الا الى عين الكعبة لان قبلته حالة المشاهدة عين الكعبة بالنص ويجوز الى أي الجهات من الكعبة شاء بعد ان كان مستقبلا لجزء منها لوجود تولية الوجه شطر الكعبة فان صلى منحرفا عن الكعبة غير موجه لشيء منها لم يجز لأنه ترك التوجه الى قبلته مع القدرة عليه وشرائط الصلاة لا تسقط من غير عذر (ثم) ان صلوا بمجموعة لا يجزوا ما ان صلوا متعلقين حول الكعبة صفا بعد صف واما ان صلوا الى جهة واحدة منها مصطفين فان صلوا الى جهة واحدة جازت صلاتهم اذا كان كل واحد منهم مستقبلا جزءا من الكعبة ولا يجوز لهم أن يصطفوا زيادة على حائط الكعبة ولو فعلوا ذلك لا تجوز صلاته من جاوز الحائط لان الواجب حالة المشاهدة استقبال عينها وان صلوا حول الكعبة متعلقين جاز لان الصلاة بمكة تؤدي هكذا من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا والافضل للامام أن يقف في مقام ابراهيم صلوات الله عليه ثم صلاة الكل جائزة سواء كانوا أقرب الى الكعبة من الامام أو أبعد الصلاة من كان أقرب الى الكعبة من الامام في الجهة التي يصلي الامام اليها بأن كان متقدما على الامام بحيث أنه فيكون ظهره الى وجه الامام أو كان على يمين الامام أو يساره متقدما عليه من تلك الجهة ويكون ظهره الى الصنف الذي مع الامام ووجهه الى الكعبة لانه اذا كان متقدما على امامه لا يكون تابعه فلا يصح اقتداؤه به بخلاف ما اذا كان أقرب الى الكعبة من الامام من غير الجهة التي يصلي اليها الامام لانه في حكم المقابل للامام والمقابل لغيره يصلح أن يكون تابعه بخلاف المتقدم عليه وعلى هذا اذا قامت امرأة بجانب الامام في الجهة التي يصلي اليها الامام ونوى الامام امامتها فسدت صلاة الامام لوجود المخاذاة في صلاة مطلقة مشتركة وفسدت صلاة القوم بفساد صلاة الامام ولو قامت في الصف في غير جهة الامام لا تفسد صلاة الامام لانها في الحكم كأنهم اخلف الامام وفسدت صلاة من على يمينها أو يسارها ومن كان خلفها على ما يذكري في موضعه ولو كانت الكعبة منهمة فخلق الناس حول أرض الكعبة وصلوا هكذا أو صلى منفردا متوجها الى بئر منها جاز وقال الشافعي لا يجوز الا اذا كان بين يديه سترة وجه قوله أن الواجب استقبال البيت والبيت اسم للبقعة والبناء جميعا الا اذا كان بين يديه سترة لانها من توابيع البيت فيكون مستقبلا لجزء من البيت معنى (وانما) اجماع الامة فان الناس كانوا يصلون الى البقعة حين رفع البناء في عهد ابن الزبير حين بنى البيت على قواعد الخليل صلوات الله عليه وفي عهد الحجاج حين أعاده الى ما كان عليه في الجاهلية وكانت صلاتهم مقضية بالجواز وبه تبين أن الكعبة اسم للبقعة سواء كان ثمة بناء أو لم يكن وقد وجد التوجه اليها الا أنه يكره ترك اتخاذ السترة لما فيه من استقبال الصورة الصورة

وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك في الصلاة وروى أنه لما رفع البناء في عهد ابن الزبير أمر ابن عباس بتعليق الانطاع في تلك البقعة ليكون ذلك بمنزلة السترة لهم وعلى هذا إذا صلى على ظهر الكعبة جازت صلاته عندنا وإن لم يكن بين يديه سترة وعند الشافعي لا تجزئه بدون السترة والصحيح قولنا لما ذكرنا أن الكعبة اسم للعرصة ولأن البناء لا حرمة له لنفسه بدليل أنه لو نقل إلى عرصة أخرى صلى إليها لا يجوز بل كانت حرمة لا اتصاله بالعرصة المحترمة والدليل عليه أن من صلى على جبل أبي قبيس جازت صلاته بالاجماع ومعلوم أنه لا يصلي إلى البناء بل إلى الهواء دل أن العبرة للعرصة والهواء دون البناء هذا إذا صلا خارج الكعبة فاما إذا صلا في جوف الكعبة فالصلاة في جوف الكعبة جائزة عند عامة العلماء نافذة كانت أو مكتوبة وقال مالك لا يجوز أداء المكتوبة في جوف الكعبة وجه قوله أن المصلي في جوف الكعبة إن كان مستقبلاً لجهة كان مستدبراً لجهة أخرى والصلاة مع استدبار القبلة لا تجوز فأخذنا بالاحتياط في المكتوبات فاما في التطوعات فلا مرفها أوسع وصار كالطواف في جوف الكعبة (ولنا) أن الواجب استقبال جزء من الكعبة غير عين وانما يتعين الجزء قبلته بالشرع في الصلاة والتوجه إليه متى صارت قبله فاستدبارها في الصلاة من غير ضرورة يكون مفسداً فاما الأجزاء التي لم يتوجه إليها لم تصغر قبلته في حقه فاستدبارها لا يكون مفسداً وعلى هذا ينبغي أن من صلى في جوف الكعبة ركعة إلى جهة وركعة إلى جهة أخرى لا تجوز صلاته لأنه صار مستدبراً عن الجهة التي صارت قبلته في حقه بيقين من غير ضرورة والانحراف من غير ضرورة مفسد للصلاة بخلاف الثاني عن الكعبة إذا صلى بالتحري إلى الجهات الأربع بان صلى ركعة إلى جهة ثم تحول رأيه إلى جهة أخرى فصلى ركعة إليها هكذا جاز لأن هناك لم يوجد الانحراف عن القبلة بيقين لأن الجهة التي تحرى إليها ما صارت قبلته له بيقين بل طريق الاجتهاد حين تحول رأيه إلى جهة أخرى صارت قبلته هذه الجهة في المستقبل ولم يطل ما أدى بالاجتهاد الأول لأن ما مضى بالاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد مثله فصار مصلياً في الأحوال كلها إلى القبلة فلم يوجد الانحراف عن القبلة بيقين فهو الفرق ثم لا يخلو أمان صلاوات جوف الكعبة متعلقين أو مصطفين خلف الإمام فان صلاوا بجماعة متعلقين جازت صلاة الإمام وصلاته من وجهه إلى ظهر الإمام أو إلى عين الإمام أو إلى يساره أو ظهره " يظهر الإمام وكذا صلاة من وجهه إلى وجهه الإمام لأنه يكره لما فيه من استقبال الصورة الصورة فينبغي أن يجعل بينه وبين الإمام سترة وأما صلاة من كان متقدماً على الإمام وظهره إلى وجهه الإمام وصلاة من كان مستقبلاً لجهة الإمام وهو أقرب إلى الخائط من الإمام فلا تجوز لما بيننا وهذا بخلاف جماعة تعرفوا ليلة مظلمة واقتدوا بالإمام حيث لا تجوز صلاة من علم أنه مخالف للإمام في جهته لأن هناك اعتقدوا خطأ في صلاة إمامه لأن عنده أن إمامه غير مستقبل للقبلة فلم يصح اقتداؤه به أما ههنا فاعتقدوا خطأ في صلاة إمامه لأن كل جانب من جوانب الكعبة قبلته بيقين فصح اقتداؤه به فهو الفرق وإن صلاوا مصطفين خلف الإمام إلى جهة الإمام فلا شئ أن صلاتهم جائزة وكذا إذا كان وجه بعضهم إلى ظهر الإمام وظهر بعضهم إلى ظهره لوجود استقبال القبلة والمتابعة لانهم خلف الإمام لا أمامه ولهذا قلنا إن الإمام إذا نوى إمامة النساء فقامت امرأته بجذائه مقابلة له لا تقصد صلاة الإمام لانها في الحكم كأنها خلف الإمام وتفسد صلاة من كان عن يمينها أو يسارها وخلفها في الجهة التي هي فيها واختلفت الرواية في أن النبي صلى الله عليه وسلم هل صلى في الكعبة حين دخلها روى إسامة بن زيد أنه لم يصل فيها وروى ابن عمر أنه صلى فيها ركعتين بين السارين المتقدمين (ومنها) الوقت لأن الوقت كما هو سبب لوجوب الصلاة فهو شرط لادائها قال الله تعالى إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً أي فرضاً موقوتاً لا يجوز أداء الفرض قبل وقته إلا صلاة العصريوم عرفة على ما يذكر والكلام فيه يقع في ثلاث مواضع في بيان أصل أوقات الصلوات المفروضة وفي بيان حدودها بأوائها وأواخرها وفي بيان الأوقات المستحبة منها وفي بيان الوقت الميسر وبعض الصلوات المفروضة (أما) الأول فاصل أوقاتها عرف بالكتاب وهو قوله تعالى فبها نأمر الله حين نمسون وحين يصبحون وله الحمد في السموات والأرض وعشياً وحين تظهرون وقوله تعالى أقم الصلاة طرقي

النهار وزا غا من الليل وقوله تعالى أقم الصلاة لعلكم تتقون وقوله تعالى وقرا القرآن الفجران قرآن الفجر كان مشهودا وقوله تعالى فسبح بحمده ربك قبل طلوع الشمس وقبل غروبها ومن أناء الليل فسبح وأطراف النهار فهذه الآيات تشتمل على بيان فرضية هذه الصلوات وبيان أصل أوقاتها ما بيننا وبينها تقدم والله أعلم (وأما) بيان حدودها بآياتها وأخرها فاعلموا عرف بالاخبار أما الفجر فأول وقت صلاة الفجر حين يطلع الفجر الثاني وآخره حين تطلع الشمس لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الصلاة أولا وآخرها أول وقت الفجر حين يطلع الفجر وآخره حين تطلع الشمس والتقيد بالفجر الثاني لأن الفجر الأول هو البياض المستطيل بيد وفي ناحية من السماء وهو المسمى بذهب السرحان عند العرب ثم يتكتم ولهذا يسمى فجرا كاذبا لأنه يبدو ونوره ثم يختلف ويعقبه الظلام وهذا الفجر لا يحرم به الطعام والشراب على الصائمين ولا يخرج به وقت العشاء ولا يدخل به وقت صلاة الفجر والفجر الثاني وهو المستطير الممتد في الأفق لا يزال يزداد نوره حتى تطلع الشمس يسمى هذا فجرا صادقا لأنه إذا بدا نوره ينتشر في الأفق ولا يختلف وهذا الفجر يحرم به الطعام والشراب على الصائم ويخرج به وقت العشاء ويدخل به وقت صلاة الفجر وهكذا روى عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الفجر فجران فجر مستطيل يحل به الطعام وتحرم فيه الصلاة وفجر مستطير يحرم به الطعام وتحل فيه الصلاة وبه تبين أن المراد من الفجر المذكور في حديث أبي هريرة رضي الله عنه هو الفجر الثاني لا الأول وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغرنكم أذان بلال ولا الفجر المستطيل لكن الفجر المستطير في الأفق وروى لا يغرنكم الفجر المستطيل ولكن كما رواهنا نحن يوافقنا الفجر المستطير أي المنتشر في الأفق وقال الفجر هكذا ومديده عرض الا هكذا ومديده طول ولاولان المستطيل ليل في الحقيقة لتعقب الظلام إياه وروى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال وقت الفجر ما لم تطلع الشمس وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من أدرك ركعة من الفجر قبل أن تطلع الشمس فقد أدركها فضل الحديثان أيضا على أن آخر وقت الفجر حين تطلع الشمس (وأما) أول وقت الظهر فحين تزول الشمس بلا خلاف لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أول وقت الظهر حين تزول الشمس ولما آخره فلم يذكر في ظاهر الرواية نصا واختلفت الرواية عن أبي حنيفة روى محمد عنه إذا صار ظل كل شيء مثله سوى في الزوال والمذكور في الأصل ولا يدخل وقت العصر حتى يصير الظل قائمين ولم يتعرض لآخر وقت الظهر وروى الحسن عن أبي حنيفة أن آخر وقتها إذا صار ظل كل شيء مثله سوى في الزوال وهو قول أبي يوسف ومحمد وزفر والحسن والشافعي وروى أسد بن عمرو عنه إذا صار ظل كل شيء مثله سوى في الزوال يخرج وقت الظهر ولا يدخل وقت العصر ما لم يصير ظل كل شيء مثله ففي هذه الرواية يكون بين وقت الظهر والعصر وقت مهمل كما بين الفجر والظهر والصحيح رواية محمد عنه فإنه روى في خبر أبي هريرة وآخر وقت الظهر حين يدخل وقت العصر وهذا يعني الوقت المهمل ثم لا بد من معرفة زوال الشمس روى عن محمد أنه قال حد الزوال أن يقوم الرجل مستقبلا القبلة فإذا مالبت الشمس عن يساره فهو الزوال واضح ما قبل في معرفة الزوال قول محمد بن شعاع البجلي أنه يغزو عودا مستويا في أرض مستوية ويجعل على مبلغ الظل منه علامة فإذا ظل ينتقص من الخط فهو قبل الزوال فإذا وقف لا يزداد ولا ينتقص فهو ساعة الزوال وإذا أخذ الظل في الزيادة فالشمس قد زالت وإذا أردت معرفة في الزوال خط على رأس موضع الزيادة خطا فيكون من رأس الخط إلى العود في الزوال فإذا صار ظل العود مثله من رأس الخط لا من العود خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر عند أبي حنيفة وإذا صار ظل العود مثله من رأس الخط خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر عندهم وجه قولهم حديث أمامة جبريل عليه السلام فإنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أمني جبريل عند البيت مرتين فصلى في الظهر في اليوم الأول حين زالت الشمس وصلى في العصر حين صار ظل كل شيء مثله وصلى في المغرب حين غربت الشمس وصلى في العشاء حين غاب الشفق وصلى في الفجر حين طلع الفجر الثاني وصلى في الظهر

في اليوم الثاني حين صار ظل كل شيء مثله وصلى في العصر في اليوم الثاني حين صار ظل كل شيء مثله وصلى في المغرب في اليوم الثاني في الوقت الذي صلى في اليوم الأول وصلى في العشاء في اليوم الثاني حين مضى ثلث الليل وصلى في الفجر في اليوم الثاني حين أسهر النهار ثم قال الوقت ما بين الوقتين فالاستدلال بالحديث من وجهين أحدهما أنه صلى العصر في اليوم الأول حين صار ظل كل شيء مثله فدل أن أول وقت العصر هذا فكان هو آخر وقت الظهر ضرورة والثاني أن الامامة في اليوم الثاني كانت ليان آخر الوقت ولم يؤخر الظهر في اليوم الثاني إلى أن يصير ظل كل شيء مثله فدل أن آخر وقت الظهر ما ذكرنا (ولابي) حنفية مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إن مثلكم ومثل من قبلكم من الأمم مثل رجل استأجر أجيرا فقال من يعمل لي من الفجر إلى الظهر بغير أجر فعملت اليهود ثم قال من يعمل لي من الظهر إلى العصر بغير أجر فعملت النصارى ثم قال من يعمل لي من العصر إلى المغرب بغير أجر فعملت أتم فكنتم أقل عملا وأكثر أجرا فدل الحديث على أن مدة العصر أقصر من مدة الظهر وأما يكون أقصران لو كان الأمر على ما قاله أبو حنيفة وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فيح جهنم والبراد يحصل بصيرة وظل كل شيء مثله فان الحر لا يفتر خصوصا في بلادهم على أن عند تعارض الأدلة لا يمكن إثبات وقت العصر لأن موضع التعارض موضع الشك وغيره الثابت لا يثبت بالشك فان قيل لا يثبت وقت الظهر بالشك أيضا فالجواب أنه كذلك يقول أبو حنيفة في رواية أسد بن عمرو أخذ بالمتيقن فيهما والثاني أن ما ثبت لا يبطل بالشك وغيره الثابت لا يثبت بالشك وخبر امامة جبريل عليه السلام منسوخ في المتنازع فيه فان المروي أنه صلى الظهر في اليوم الثاني في الوقت الذي صلى فيه العصر في اليوم الأول والجماع منعقد على تعاريفي الظهر والعصر فكان الحديث منسوخا في الفرع ولا يقال معنى ما ورد أنه صلى العصر في اليوم الأول حين صار ظل كل شيء مثله أي بعدما صار ومعنى ما ورد أنه صلى الظهر في اليوم الثاني حين صار ظل كل شيء مثله أي قرب من ذلك فلا يكون منسوخا لا بالقول هذنا نسبة النبي صلى الله عليه وسلم إلى الغفلة وعدم التمييز بين الوقتين أو إلى التساهل في أمر تبليغ الشرائع والتسوية بين أمرين مختلفين وترك ذلك مبهما من غير بيان منه أو دليل يمكن الوصول به إلى الاقتراح بين الأمرين ومثله لا يظن بالنبي صلى الله عليه وسلم (وأما) أول وقت العصر فعلى الاختلاف الذي ذكرنا في آخر وقت الظهر حتى روى عن أبي يوسف أنه قال خالفتم أبا حنيفة في وقت العصر فقلت أوله إذا دار الظل على قامة اعتقاد على الآثار التي جاءت وآخره حين تغرب الشمس عندنا وعند الشافعي قولان في قول إذا صار ظل كل شيء مثله يخرج وقت العصر ولا يدخل وقت المغرب حتى تغرب الشمس فيكون بينهما وقت مهمل وفي قول إذا صار ظل كل شيء مثله يخرج وقته المستحب ويبقى أصل الوقت إلى غروب الشمس والصحيح قولنا للمارري في حديث أبي هريرة رضي الله عنه في وقت العصر وآخرها حين تغرب الشمس وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها وعن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من فاتته العصر حتى غربت الشمس فكانما تزاوله وماله (وأما) أول وقت المغرب حين تغرب الشمس بخلاف وفي خبر أبي هريرة رضي الله عنه وأول وقت المغرب حين تغرب الشمس وكذا حديث جبريل عليه السلام صلى المغرب بعد غروب الشمس في اليومين جميعا والصلاة في اليوم الأول كانت بيانا لأول الوقت وأما آخره فقد اختلفوا فيه قال أصحابنا حين يغيب الشفق وقال الشافعي وقتها ما يطهر الإنسان ويؤذن ويقيم ويصلي ثلاث ركعات حتى لو صلاها بعد ذلك كان قضاء لأداءه عند حديث امامة جبريل صلى الله عليه وسلم أنه صلى المغرب في المرتين في وقت واحد (ولنا) إن في حديث أبي هريرة رضي الله عنه وأول وقت المغرب حين تغرب الشمس وآخره حين يغيب الشفق وعن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال وقت المغرب ما يغيب الشفق وأما أخره جبريل عن أول الغروب لأن التأخير عن أول الغروب مكروه لا مذموم وأنه جاء ليعلمه المباح من الأوقات التي أنه لم يؤخر العصر إلى الغروب

مع بقاء الوقت اليه وكذا لم يؤخره الشاء الى ما بعد ثلث الليل وان كان بعده وقت العشاء بالاجماع (وأما) أول وقت العشاء فحين يغيب الشفق بلا خلاف بين أصحابنا لما روي في خبر أبي هريرة رضي الله عنه وأول وقت العشاء حين يغيب الشفق واختلفوا في تفرقة الشفق فعند أبي حنيفة هو البياض وهو مذهب أبي بكر وعمر ومعاذ وعائشة رضي الله عنهم وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي هو الحجرة وهو قول عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم وهو رواية أسد بن عمرو عن أبي حنيفة وجه قولهم ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تزال أمتي بخير ما عجلوا المغرب وآخره العشاء وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي العشاء بعد مضي ثلث الليل فلو كان الشفق هو البياض لما كان مؤخره لما بل كان مصليا في أول الوقت لأن البياض يبقى الى ثلث الليل خصوصا في الصيف (ولابي) حنيفة النص والاستدلال (أما) النص فقوله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس الى غسق الليل جعل الغسق غاية لوقت المغرب ولا غسق ما بقي النور المعترض وروي عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه قال آخر وقت المغرب ما لم يسقط نور الشفق وبياضه والمتعرض نوره وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه وان آخر وقت المغرب حين يسود الأفق وانما يسود باخفافها بالظلام (وأما) الاستدلال فمن وجهين لغوي وفقهي أما اللغوي فهو ان الشفق اسم لما رق يقال ثوب شفق أي رقيق اما من رقة النسيج واما الحدوث رقة فيه من طول اللبس ومنه الشفقة وهي رقة القلب من الخوف أو المحبة ورقة نور الشمس باقية ما بقي البياض وقيل الشفق اسم لردى الشيء وباقية والبياض باقى آثار الشمس وأما الفقهي فهو ان صلاتين يؤديان في أثر الشمس وهو المغرب مع الفجر وصلاتين تؤديان في رضح النهار وهما الظهر والعصر فيجب أن يؤدى صلاتين في غسق الليل بحيث لم يبق أثر من آثار الشمس وهما العشاء والوتر وبعد غيوبة البياض لا يبقى أثر للشمس ولا حجة لهم في الحديث لأن البياض يغيب قبل مضي ثلث الليل غالبا وأما آخر وقت العشاء حين يطلع الفجر الصادق عندنا وعند الشافعي قولان في قول حين يعرض ثلث الليل لأن جبريل عليه السلام صلى في المرة الثانية بعد مضي ثلث الليل وكان ذلك بيانا لا آخر الوقت وفي قول يؤخر الى آخر نصف الليل بعد السفر لأن النبي صلى الله عليه وسلم أخر ليلة الى النصف ثم قال هو ابعذر السفر (ولنا) ما روى أبو هريرة وأول وقت العشاء حين يغيب الشفق وآخره حين يطلع الفجر وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يدخل وقت صلاة حتى يخرج وقت أخرى وقت عدم دخول وقت الصلاة الى غاية خروج وقت صلاة أخرى فلم يثبت الدخول عند الخروج لم يتوقف ولان الوتر من توابيع العشاء يؤدى في وقتها وأفضل وقتها السهر دل أن السهر آخر وقت العشاء ولان أثره في قصر الصلاة لا في زيادة الوقت وامامة جبريل عليه السلام كان تعليما لا آخر الوقت المستحب ونحن نقول ان ذلك ثلث الليل (وأما) بيان الاوقات المستحبة فالسجاء لا تختلوا ما ان كانت مصحبة أو مغمية فان كانت مصحبة في الفجر المستحب آخر الوقت والاسفار بصلاة الفجر أفضل من التغليس بها في السفر والحضر والصيف والشتاء في حق جميع الناس الا في حق الحاج عز ذقة فان التغليس بها أفضل في حقه وقال الطحاوي ان كان من عزمه تطويل القراءة فلا فضل ان يبدأ بالتغليس بها ويختتم بالاسفار وان لم يكن من عزمه تطويل القراءة فلا سفار أفضل من التغليس وقال الشافعي التغليس بها أفضل في حق الكل وجهلة المذهب عنده ان أداء الفرض لا أول الوقت أفضل وحده مادام في النصف الاول من الوقت (واحتج) بقوله تعالى وسارعوا الى مغفرة من ربكم والتعجيل من باب المسارعة الى الخير وذم الله تعالى أتوا ما على الكسل فقالوا اذا قاموا الى الصلاة قاموا كسالى والتأخير من الكسل وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الاعمال فقال الصلاة لا ول وقتها وقال صلى الله عليه وسلم أول الوقت رضوان الله وآخر الوقت عفو الله أي ينال باداء الصلاة في أول الوقت رضوان الله وينال باداءه في آخره عفو الله تعالى واستيجاب الرضوان خير من استيجاب العفو لان الرضوان أكبر الثواب لقوله تعالى ورضوان من الله أكبر وينال بالطاعات والعفو ينال بشرط سابقة الجناية وروي في الفجر خاصة عن عائشة رضي الله عنها أن النساء كن

يصلين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ينصرفون وما يعرفون من شدة الغلس (ولنا) قول النبي صلى الله عليه
 وسلم أسفروا بالفجر فإنه أعظم للأجر رواه رافع بن خديج وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ما صلى رسول الله
 صلى الله عليه وسلم صلاة قبل ميعاتهم إلا صلاتين صلاة العصر بعرفة وصلاة الفجر بمكة فإنه قد غلس بها فمضى
 التغليس بالفجر صلاة قبل الميعات فعلم أن العادة كانت في الفجر إلا سفاراً وعن إبراهيم النخعي أنه قال ما اجتمع
 أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على شيء كاجتماعهم على تأخير العصر والتأخير بالفجر ولأن في التغليس
 تقليل الجماعة لكونه وقت نوم وغفلة وفي الأسفار تكثيرها فكان أفضل ولهذا يستحب الأبرار بالظهر في الصيف
 لا شغل الناس بالقبولة ولأن في حضور الجماعة في هذا الوقت ضرب مخرج خصوصاً في حق الضعفاء وقد قال
 النبي صلى الله عليه وسلم صل بالقوم صلاة أضعفهم ولأن المكث في مكان صلاة الفجر إلى طلوع الشمس مندوب
 إليه قال صلى الله عليه وسلم من صلى الفجر ومكث حتى تطلع الشمس فكأنما أعتق أربع رقاب من ولد اسمعيل
 وقلم ما يمكن من أحراره هذه الفضيلة عند التغليس لأنه كلما مكث في الطول المدة ويمكن من أحراره عند
 الأسفار فكان أولى وما ذكر من الدلائل الجلية فنقول بها في بعض الصلوات في بعض الأوقات على ما نذكر لكن
 قامت الدلائل في بعضها على أن التأخير أفضل لمصلحة وجدت في التأخير ولهذا قال الشافعي بتأخير العشاء إلى
 ثلث الليل لئلا يقع في السهر بعد العشاء ثم الأمر بالمسارعة ينصرف إلى مسارعة ورد الشريعة إلى الأثرى إن الأداء
 قبل الوقت لا يجوز وإن كان فيه مسارعة لما لم يرد الشريعة بها وقيل في الحديث إن العفو عبارة عن الفضل قال الله
 تعالى ويسألونك ماذا ينفعون قل العفو أي الفضل فكان معنى الحديث على هذا والله أعلم أن من أدى الصلاة
 في أول الأوقات فقد نال رضا الله وأمن من سخطه وعذابه لا مثاله أمره وأدائه ما أوجب عليه ومن أدى
 في آخر الوقت فقد نال فضل الله ونيل فضل الله لا يكون بدون الرضا فكانت هذه الدرجة أفضل من تلك
 وأما حديث عائشة رضي الله عنها فالصحيح من الروايات أسفار رسول الله صلى الله عليه وسلم بصلاة الفجر
 لما روي أن من حديث ابن مسعود رضي الله عنه فإن ثبت التغليس في وقت فلغز الخرج إلى سفر أو كان ذلك
 في الابتداء حين كن النساء يحضرن الجماعات ثم لما أمرن بالقرلو في البيوت انتسخ ذلك والله أعلم وأما في الظهر
 فالمستحب هو آخر الوقت في الصيف وأوله في الشتاء وقال الشافعي إن كان يصلي وحده يجهل في كل وقت وإن كان
 يصلي بالجماعة يؤخر بغير المأذ كروى عن خباب بن الارت أنه قال شكونا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم
 حر الرمضاء في جباهنا وكنا فلم يشكنا فدل أن السنة في التجهيل (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه
 قال أبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فحج جهنم ولأن التجهيل في الصيف لا يخلو عن أحد أمرين إما تقليل الجماعة
 لا شغل الناس بالقبولة وإما الإضرار بهم لتأخيرهم بالخروج وقد انعدم هذان المعنيان في الشتاء فيعتبر فيه معنى
 المسارعة إلى الخير وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لمعاذ رضي الله عنه حين وجهه إلى اليمن إذا كان
 الصيف فابردوا بالظهر فإن الناس يقولون فامهلهم حتى يدركوا وإذا كان الشتاء فصل الظهر حين تزول الشمس
 فإن الليالي طوال وتأويل حديث خباب أنهم طلبوا ترك الجماعة أصلاً فلم يشكهم لهذا على أن معنى قوله فلم
 يشكنا أي لم يدعنا في الشكابة بل أزال شكواً بأن أبردها والله أعلم (وأما) العصر فالمستحب فيها هو التأخير
 مادامت الشمس بيضاء نقية لم يدخلها تغير في الشتاء والصيف جميعاً وعند الشافعي التجهيل أفضل لما ذكرنا
 وروى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي العصر والشمس طالعة
 في حجرتي وعن أنس بن مالك رضي الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي العصر فيذهب الذاهب إلى
 العوالي وينصرف إلى الجوز ويطبخ القدور ويأكل قبل غروب الشمس (ولنا) ما روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال
 كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي العصر والشمس بيضاء نقية وهذا منه بيان تأخير العصر وقيل سميت
 العصر لأنها عصر أي تؤخر ولأن في التأخير تكثير النوافل لأن النافلة بعدها مكروهة فكان التأخير أفضل ولهذا

كان التحجيل في المغرب أفضل لان النافلة قبلها مكروهة ولان المسكت بعد العصر الى غروب الشمس مندوب اليه قال النبي صلى الله عليه وسلم من صلى العصر ثم مكث في المسجد الى غروب الشمس فكأنما أعانني عثمان بن ولدا سماعيل وانما يقين من اجاز هذه الفضيلة بالتأخير لا بالتحجيل لانه قاما بمكث وأما حديث عائشة رضي الله عنها فقد كانت حيطان حجرها قصيرة فتبقى الشمس طالعة فيها الى أن تتغير وأما حديث أنس فقد كان ذلك في وقت الصيف ومثله يتأق للتحجيل اذ كان ذلك في وقت مخصوص اعذر والله أعلم (وأما) المغرب فالمستحب فيها التحجيل في الشتاء والصيف جميعا وتأخيرها الى اشتباك النجوم مكروه لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تزال أمتي يتخير ما جعلوا المغرب وأخروا العشاء ولأن التحجيل سبب لتكثير الجماعة والتأخير سبب لتقليلها لان الناس يشتغلون بالتعشى والاستراحة فكان التحجيل أفضل وكذا هو من باب المساعة الى الخير فكان أولى (وأما) العشاء فالمستحب فيها التأخير الى ثلث الليل في الشتاء ويجوز التأخير الى نصف الليل ويكره التأخير عن النصف وأما في الصيف فالتحجيل أفضل وعند الشافعي المستحب تحجيلها بعد غيبوبة الشفق لما ذكره عن النعمان بن بشير ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي العشاء حين يسقط القمر في الليلة الثالثة وذلك عند غيبوبة الشفق يكون ولنا ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم أخر العشاء الى ثلث الليل ثم خرج فوجد أصحابه في المسجد ينتظرونه فقال اما انه لا ينتظر هذه الصلاة في هذا الوقت أحد غيركم ولولا سقم السقيم وضعف الضعيف لأخرت العشاء الى هذا الوقت وفي حديث آخر قال لولا ان أشق على أمتي لأخرت العشاء الى ثلث الليل وروى عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى أبي موسى الأشعري ان صل العشاء حين يذهب ثلث الليل فان أيت فالى نصف الليل فان نمت فلا نامت عينك وفي رواية فلا تنك من الغافلين ولأن التأخير عن النصف الاخير تعرض له الفوات فان لم يمت الى نصف الليل ثم نام فقلبه النوم فلا يستيقظ في المعتاد الى ما بعد انقجار الصبح وتعرض الصلاة لافوات مكروه ولأنه لو عمل في الشتاء بما يقع في المهر بعد العشاء لان الناس لا ينامون الى ثلث الليل لطول الليالي فيشتغلون بالسهر فاداه منهى عنه ولأن يكون اختتام محبة الطاعة أولى من أن يكون بالمعصية والتحجيل في الصيف لا يؤدي الى هذا القبح لانهم ينامون لقصر الليالي فتعثر فيه المسارعة الى الخير والحديث مجمل على زمان الصيف أو على حال العذر وكان عيسى بن أبان يقول الأولى تحجيلها لا تأروا لكن لا يكره التأخير مطلقا ألا ترى ان العذر لمصر وسفر يؤخر المغرب للجمع بينهما وبين العشاء فعلا ولو كان المذهب كراهة التأخير مطلقا لما أبيع ذلك بعذر المرض والسفر كما لا يباح تأخير العصر الى غير الشمس هذا اذا كانت السماء مصيبة فان كانت متفحة فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب هو التأخير وفي العصر والعشاء التحجيل وان شئت أن تحفظ هذا لكل صلاة في أول سمعها عين تحجل وما ليس في أول سمعها عين تؤخر أما التأخير في الفجر فلهذا كراهة ولا نه لو غلب بها فربما تقع قبل انقجار الصبح وكذا لو عمل الظهر فربما يقع قبل الزوال ولو عمل المغرب عسى يقع قبل الغروب ولا يقال لو أخر بما يقع في وقت مكروه لان الترجيح عند التعارض للتأخير يخرج عن عهدة الفرض بيقين وأما التحجيل العصر عن وقتها المعتاد فلا يقع في وقت مكروه وهو وقت تغير الشمس وليس فيه وهم الوقوع قبل الوقت لان الظهر قد أخر في هذا اليوم وتحجل العشاء كيلا تقع بعد انقضاء الليل وليس في التحجيل توهم الوقوع قبل الوقت لان المغرب قد أخر في هذا اليوم والله أعلم وروى الحسن عن أبي حنيفة أن التأخير في الصلوات كلها أفضل في جميع الاوقات والاحوال وهو اختيار الفقيه الجليل أبي أحمد العياشي وعمل وقال ان في التأخير زيدا بن وجهي الجواز اما القضاء واما الاداء وفي التحجيل تردد بين وجهي الجواز والفساد فكان التأخير أولى والله الموفق وعلى هذا الاصل اقال أصحابنا انه لا يجوز الجمع بين فرضين في وقت أحدهما الا بعرفة والمزدلفة فيجمع بين الظهر والعصر في وقت الظهر بعرفة وبين المغرب والعشاء في وقت العشاء بمزدلفة اتفق عليه رواية نسل رسول الله صلى الله عليه وسلم انه فعله ولا يجوز الجمع بعذر السفر والمطر وقال الشافعي بجمع بين الظهر والعصر في وقت العصر وبين المغرب والعشاء

في وقت العشاء بعذر السفر والمطر (واحتج) بما روى ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجمع برفة بين الظهر والعصر وعزدة بين المغرب والعشاء ولا يحتاج الى ذلك في السفر كيلا ينقطع به السير وفي المطر تكثر الجماعة اذ لو رجعوا الى منازلهم لا يمكنهم الرجوع فيجوز الجمع بهذا كما يجوز الجمع برفة بين الظهر والعصر وعزدة بين المغرب والعشاء (ولنا) ان تأخير الصلاة عن وقتها من الكبائر فلا يباح بعذر السفر والمطر كسائر الكبائر والدليل على انه من الكبائر ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من جمع بين صلاتين في وقت واحد فقد أتى بابا من الكبائر وعن عمر رضي الله عنه انه قال الجمع بين الصلاتين من الكبائر ولان هذه الصلوات عرفت بموقته بأوقاتها بالدلائل المقطوع بها من الكتاب والسنة المتواترة والاجماع فلا يجوز تغييرها عن أوقاتها بضرب من الاستدلال أو بخبر الواحد مع ان الاستدلال فاسد لان السفر والمطر لا أثر لهما في اباحة تقويت الصلاة عن وقتها الا ترى انه لا يجوز الجمع بين الفجر والظهر مع ما ذكرتم من العذر والجمع برفة ما كان لتعذر الجمع بين الوقوف والصلاة لان الصلاة لاتصلح للوقوف برفة بل ثبت غير معقول المعنى بدليل الاجماع والتواتر عن النبي صلى الله عليه وسلم فصلح معارض الدليل المقطوع به وكذا الجمع بعزدة غير معول بالسيرة الا ترى انه لا يبعد اباحة الجمع بين الفجر والظهر وما روى من الحديث في خبر الأحاد فلا يقبل في معارضة الدليل المقطوع به مع انه غريب ورد في حادثة تعم بها البلوى ومثله غير مقبول عندنا ثم هو مؤول وتأويله انه جمع بينهما فعلا لا وقتا بان آخر الاولى منه - ما الى آخر الوقت ثم أدى الاخرى في أول الوقت ولا واسطة بين الوقتين فوجهنا جمعيتين فلا كذا فعل ابن عمر رضي الله عنه في سفر وقال هكذا كان يفعل بنار رسول الله صلى الله عليه وسلم دل عليه ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم جمع من غيره مطر ولا سفر وذلك لا يجوز الا بدلالة عن علي رضي الله عنه انه جمع بينهما فعلا ثم قال هكذا فعل بنار رسول الله صلى الله عليه وسلم وهكذا روى عن أنس بن مالك انه جمع بينهما فعلا ثم قال هكذا فعل بنار رسول الله صلى الله عليه وسلم واما الوقت المكروه وبعض الصلوات المفروضة فهو وقت تغير الشمس للغياب لاداء صلاة العصر يكره أداؤها عنده للنهي عن عموم الصلوات في الاوقات الثلاثة منها اذا تضيفت الشمس للمغيب على ما يذكرون وقد ورد وعيد خاص في أداء صلاة العصر في هذا الوقت وهو ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يجلس أحدكم حتى اذا كانت الشمس بين قرني شيطان قام فنقرأر بما لا يذكر الله فيه الا فليأتك صلاة المنافقين قالها ثلاثا لكن يجوز أداؤها مع الكراهة حتى يسقط القرض عن ذمته ولا يتصور أداء القرض وقت الاستواء قبل الزوال لانه لا فرض قبله وكذلك لا يتصور أداء الفجر مع طلوع الشمس عندنا حتى لو طلعت الشمس وهو في خلال الصلاة تفسد صلاته عندنا ولا يفسد ويقول ان النبي عن النوافل لا هن الفرائض بدليل ان عصر يومه جائز بالاجماع (ونحن) نقول النهي عام بصيغته ومعناه أيضا لما يذكر في قضاء الفرائض في هذه الاوقات وروى عن أبي يوسف ان الفجر لا يفسد بطلوع الشمس لكنه يصبر حتى ترتفع الشمس فيتم صلاته لا نالوقلنا كذلك كان مؤديا بعض الصلاة في الوقت ولو أفسد الوقت الكمل خارج الوقت ولا شأن بالاول والاولى والله أعلم (والفرق) بين مؤدى العصر اذا غربت عليه الشمس وهو في خلال الصلاة قد ذكرناه فيما تقدم (ومنها) النية وانها شرط صحة الشروع في الصلاة لان الصلاة عبادة والعبادة اخلاص العمل بكليته لله تعالى قال الله تعالى وما أمر والى العبد والله مخلصين له الدين والاخلاص لا يحصل بدون النية وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا عمل لمن لا نية له وقال الاعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى والكلام في النية في ثلاث مواضع احدها في تفسير النية والثاني في كيفية نية الثالث في وقت النية (أما) الاول فالنية هي الارادة فنية الصلاة هي ارادة الصلاة لله تعالى على الخلوص والارادة عمل القلب (وأما) كيفية النية فالمصلي لا يخلو اما أن يكون منهرا دارا ما أن يكون اما ما أو ما أن يكون مقة دافان كان منهرا أن كان

يصلى التطوع تكفيه نية الصلاة لانه ليس لصلاة التطوع صفة زائدة على أصل الصلاة ليجتاز الى أن ينويها فكان شرط النية فيها لتصير لله تعالى وانما تصير لله تعالى بنية مطلق الصلاة ولهذا ينأى صوم النفل خارج رمضان عطلق النية وان كان يصلى الفرض لا يكفيه نية مطلق الصلاة لان الفرضية صفة زائدة على أصل الصلاة فلا بد وأن ينويها فينوي فرض الوقت أو ظهر الوقت أو نحو ذلك ولا تكفيه نية مطلق الفرض لان غيرها من الصلوات المفروضة مشروعة في الوقت فلا بد من التعيين وقال بعضهم تكفيه نية الظهر والعصر لان ظهر الوقت هو الم شروع الاصل فيه وغيره عارض فعند الاطلاق ينصرف الى ما هو الاصل كطلاق اسم الدرهم انه ينصرف الى نقد البلد والاوّل أحوط وحكى عن الشافعي انه يحتاج مع نية ظهر الوقت الى نية الفرض وهذا بعيد لانه اذا نوى الظهر فقد نوى الفرض اذا الظهر لا يكون الا فرضا وكذا ينبغي أن ينوي صلاة الجمعة وصلاة العيدين وصلاة الجنازة وصلاة الوتر لان التعيين يحصل بهذا وان كان اماما فكذلك الخواص لانه منفرد فينوي ما ينوي المنفرد وهل يحتاج الى نية الامامة امانية امامة الرجال فلا يحتاج اليها ويصح اقتداؤه به بدون نية امامتهم وامانية امامة النساء فشرط لصحة اقتدائهن به عندنا اثنا ثلاثة وعند زفر ليس بشرط حتى لو لم ينو لم يصح اقتداؤه به عندنا خلافا لفرقاس امامة النساء امامة الرجال وهناك النية ليست بشرط كذا هذا وهذا القياس غير سديد لان المعنى يوجب الفرق بينهما وهوانه لو صح اقتداء المرأة بالرجل فربما تحاذيه فتفسد صلاته فيلحقه الضرر من غير اختياره فشرط نية اقتدائه به حتى لا يلزمه الضرر من غير التزامه ورضاه وهذا المعنى منع عدم في جانب الرجال ولانه ما مورباده الصلاة فلا بد من أن يكون متمكنا من صيانتها عن النواقض ولو صح اقتداؤه بها من غير نية لم يتمكن من الصيانة لان المرأة تأتي فتقتدى به ثم تحاذيه فتفسد صلاته وأما في الجمعة والعيدين فأكثر مشايخنا قالوا ان نية امامتهم شرط فيها ومنهم من قال ليست بشرط لانها لو شرطت للحقها الضرر لانها لا تقدر على أداء الجمعة والعيدين وحدها ولا تجزئ اماما آخر فتقتدى به والظاهر انهما لا يتمكن من الوقوف بجنب الامام في هاتين الصلاتين لازدحام الناس فصيح اقتداؤه بالدفع الضرر عنها بخلاف سائر الصلوات وان كان مقتديا فانه يحتاج الى ما يحتاج اليه المنفرد ويحتاج لزيادة نية الاقتداء بالامام لانه ربما يلحقه الضرر بالاقتداء بفساد صلاته بالامام فشرط نية الاقتداء حتى يكون لزوم الضرر رمضا فالى التزامه ثم تفسير نية الاقتداء بالامام هو أن ينوي فرض الوقت والاقتداء بالامام فيه أو ينوي الشروع في صلاة الامام أو ينوي الاقتداء بالامام في صلاته ولو نوى الاقتداء بالامام ولم يبين صلاة الامام ولا نوى فرض الوقت هل يجزئ به عن الفرض اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجزئ به لان اقتدائه به يصح في الفرض والنفل جميعا فلا بد من التعيين مع ان النفل أدناهما فعند الاطلاق ينصرف الى الأدنى ما لم يبين الا على وقال بعضهم يجزئ به لان الاقتداء عبارة عن المتابعة والشركة فيقتضى المساواة ولا مساواة الا اذا كانت صلاته مثل صلاة الامام فعند الاطلاق ينصرف الى الفرض الا اذا نوى الاقتداء به في النفل ولو نوى صلاة الامام ولم ينو الاقتداء به لم يصح الاقتداء به لانه نوى أن يصلى مثل صلاة الامام وذلك قد يكون بطريق الانفراد وقد يكون بطريق التبعية للامام فلا تتعين جهة التبعية بدون النية من مشايخنا من قال اذا انتظر تكبير الامام ثم كبر بعده كفاه عن نية الاقتداء لان انتظاره تكبيرة الامام قصد منه الاقتداء به وهو تفسير النية وهذا غير سديد لان الانتظار متردد قد يكون لقصد الاقتداء وقد يكون بحكم العادة فلا يصير مقتديا بالشك والاحتمال ولو اقتدى بامام ينوي صلاته ولم يدركها الظهر أو الجمعة أجزاء أيهما كان لانه بنى صلاته على صلاة الامام وذلك معلوم عند الامام والعلم في حق الأصل يغني عن العلم في حق التبعية والأصل فيه ما روى ان عليا واباموسى الأشعري رضى الله عنهما قدما من الجن على رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة فقال صلى الله عليه وسلم هم أهلنا فقالوا باهلال كاهل الله صلى الله عليه وسلم وجوز ذلك لهما وان لم يكن معلوما وقت الاهلال فان لم ينو صلاة الامام ولكنه نوى الظهر والاقتداء فاذا هي جمعة فصلاته فاسدة لانه نوى غير صلاة الامام وتغاير الفرضين يمنع

حجة الاقتداء على ما ذكر ولو نوى صلاة الامام والجمعة فاذا هي الظهر جازت صلاته لانه ما نوى صلاة الامام فقد تحقق البناء فلا يعتبر ما زاد عليه به ذلك كمن نوى الاقتداء بهذا الامام وعنده انه يزبد فاذا هو عمر وكان اقتداءه صحيحا بخلاف ما اذا نوى الاقتداء بزبد والامام عمر ونم المقتدى اذا وجد الامام في حال القيام يكبر للافتتاح قائما ثم يتابعه في القيام وياتي بالثناء وان وجده في الركوع يكبر للافتتاح قائما ثم يكبر أخرى مع الانحطاط للركوع ويتابعه في الركوع وياتي بتسبيحات الركوع وان وجده في القومة التي بين الركوع والسجود أو في القعدة التي بين السجدين يتابعه في ذلك ويسكت ولا خلاف في أن المسبوق يتابع الامام في مقدار التشهد الى قوله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله وهل يتابعه في الزيادة عليه ذكر القدوري انه لا يتابعه عليه لان الدعاء مؤخر الى القعدة الأخيرة وهذه قعدة أولى في حقه وروى ابراهيم بن رستم عن محمد انه قال يدعو بالدعوات التي في القرآن وروى هشام عن محمد انه يدعو بالدعوات التي في القرآن ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم وقال بعضهم يسكت وعن هشام من ذات نفسه ومحمد بن شعجاع البخاري انه يكرر التشهد الى أن يسلم الامام لان هذه قعدة أولى في حقه والزيادة على التشهد في القعدة الأولى غير مسنونة ولا معنى للسكوت في الصلاة الا الاستماع فينبغي أن يكرر التشهد مرة بعد أخرى (وأما) بيان وقت النية فقد ذكر الطحاوي انه يكبر تكبيرة الافتتاح مخالفا للنية اياها أي مقارنا وأشار الى ان وقت النية وقت التكبير وهو عندنا محمول على الندب والاستحباب دون الحتم والایجاب فان تقديم النية على التحريم جائز عندنا اذ لم يوجد بينهما عمل يقطع أحدهما عن الآخر والقرآن ليس بشرط وعند الشافعي القرآن شرط (وجه) قوله ان الحاجة الى النية لتحقيق معنى الاخلاص وذلك عند الشروع لاقبله فكانت النية قبل التكبير هدرا وهذا هو القياس في باب الصوم الا انه سقط القرآن هناك لما كان الحرج لان وقت الشروع في الصوم وقت غفلة ونوم ولا حرج في باب الصلاة فوجب اعتباره (ولنا) قول الذي صلى الله عليه وسلم الأعمال بالنيات مطلقا عن شرط القرآن وقوله لكل امرئ ما نوى مطلقا أيضا وعنده لو تقدمت النية لا يكون له ما نوى وهذا خلاف النص ولأن شرط القرآن لا يخالف عن الحرج فلا يشترط كفاي باب الصوم فاذا قدم النية ولم يشتغل بعمل يقطع نيته يجزئه كذا روى عن أبي يوسف ومحمد فان محمد اذ كفي كتاب المناسك ان من خرج من بيته يريد الحج فحرم ولم تحضره نية الحج عند الاحرام يجزئه وذكر في كتاب التصريح ان من أخرج زكاة ماله يريد ان يتصدق به على الفقراء فدفع ولم تحضره نية عند الدفع أجزأه وذكر محمد بن شعجاع البخاري في نوادره عن محمد في رجل توضأ يريد الصلاة فلم يشتغل بعمل آخر وشرع في الصلاة جازت صلاته وان عثرته النية وقت الشروع وروى عن أبي يوسف فحين خرج من منزله يريد الفرض في الجماعة فلما انتهى الى الامام كبر ولم تحضره النية في تلك الساعة انه يجوز قال الكرخي ولا أعلم أحدا من أصحابنا خالف أبا يوسف في ذلك وذلك لانه لما عزم على تحقيق ما نوى فهو على عزمه ونيته الى أن يوجد القاطع ولم يوجد به تبين ان معنى الاخلاص يحصل بنية متقدمة لانها موجودة وقت الشروع تقدير اعلی ما روى عن محمد بن سلمة انه اذا كان بحال لو سئل عند الشروع أي صلاة تصلي يمكنه الجواب على البدنية من غير تأمل يجزئه والا فلا وان نوى بعد التكبير لا يجوز الا ما روى الكرخي انه اذا نوى وقت الثناء يجوز لان الثناء من توابع التكبير وهذا فاسد لان سقوط القرآن لما كان الحرج والحرج يندفع بتقديم النية فلا ضرورة الى التأخير ولو نوى بعد قوله الله قبل قوله اكبر لا يجوز لان الشروع يصح بقوله الله لما يذكر فكانه نوى بعد التكبير وامانة الكعبة فقدرى الحسن عن أبي حنيفة أنها شرط لان التوجه الى الكعبة هو الواجب في الاصل وقد عجز عنه بالبعد فنوى بما قبله والصحيح انه ليس بشرط لان قبلته حالة البعد جهة الكعبة وهي المحارب لا عين الكعبة لما بينا فيما تقدم فلا حاجة الى النية وقال بعضهم ان أتى به تحسن وان تركه لا يضره وان نوى مقام ابراهيم عليه الصلاة والسلام والمسجد الحرام ولم ينو الكعبة لا يجوز لانه ليس من الكعبة وعن الفقيه الجليل أبي أحمد العياشي انه سئل عن نوى مقام ابراهيم عليه السلام فقال ان

كان هذا الرجل لم يأت مكة أجزاء لان عنده أن البيت والمقام واحد وان كان قد أتى مكة لا يجوز لانه عرف ان المقام غير البيت (ومنها) الصريحة وهي تكبيرة الافتتاح وانما شرط صحة الشرع في الصلاة عند عامة العلماء وقال ابن علية وأبو بكر الاصم انها ليست بشرط ويصح الشرع في الصلاة بمجرد النية من غير تكبير فزعمان الصلاة أفعال وليست بأفعال حتى أنكروا افتراض القراءة في الصلاة على ما ذكرنا فيما تقدم (وانا) قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور ومواضعه ويستقبل القبلة ويقول الله أكبر فني قبول الصلاة بدون التكبير فدل على كونه شرطاً لكن انما يؤخذ بهذا الشرط على القادر دون العاجز فلذلك جازت صلاة الاخرس ولان الافعال أكثر من الاذكار فالقادر على الافعال يكون قادراً على الأكثر وللاكثر حكم الكل فكانه قدر على الاذكار فقد برأه لا بد من بيان صفة الذي كره الذي يصير به شارعاً في الصلاة وقد اختلف فيه فقال أبو حنيفة ومحمد يصح الشرع في الصلاة بكل ذكر هو ثناء خالص لله تعالى يراد به تعظيمه لا غير مثل أن يقول الله أكبر الله الا كبير الله الكبير الله أجل الله أعظم أو يقول الحمد لله أو سبحان الله أو لا اله الا الله وكذلك كل اسم ذكر مع الصفة نحو أن يقول الرحمن أعظم الرحيم أجل سواء كان يحسن التكبير أو لا يحسن وهو قول ابراهيم النخعي وقال أبو يوسف لا يصير شارعاً الا بالفاظ مشتقة من التكبير وهي ثلاثة الله أكبر الله الا كبير الله الكبير الا اذا كان لا يحسن التكبير أو لا يعلم ان الشرع بالتكبير وقال الشافعي لا يصير شارعاً الا بلفظين الله أكبر الله الا كبير وقال مالك لا يصير شارعاً الا بالفظ واحد وهو الله أكبر واحتج بعمار وبنام الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور ومواضعه ويستقبل القبلة ويقول الله أكبر فني قبول بدون هذه اللفظة فيجب مراعاة عين ما ورد به النص دون التعليل اذ التعليل للتعددية لا لابطال حكم النص كما في الاذان ولهذا لا يقام السجود على الخد والذقن مقام السجود على الجبهة وهذا يحتاج الشافعي الى ان يقول في الاكبر آتى بالمشروع وزيادة شيء فلم تكن الزيادة مانعة كما اذا قال الله أكبر كبيراً فاما العدول عما ورد الشرع به فغير جائز وأبو يوسف يحتاج بقول النبي صلى الله عليه وسلم وتحرعها التكبير والتكبير حاصل بهذه الالفاظ الثلاثة فان أكبر هو الكبير قال الله تعالى وهو أهون عليه أي هين عليه عند بعضهم اذ ليس شيء أهون على الله من شيء بل الاشياء كلها بالنسبة الى دخولها تحت قدرته كشيء واحد والتكبير مشتق من الكبرياء والكبرياء تنبئ عن العظمة والقدم يقال هذا أكبر القوم أي أعظمهم منزلة وأشرفهم قدراً ويقال هو أكبر من فلان أي أقدم منه فلا يمكن اقامة غيره من الالفاظ مقامه لانعدام المساواة في المعنى الا اننا حكنا بالجواز اذا لم يحسن أو لا يعلم ان الصلاة تفتتح بالتكبير للضرورة وأبو حنيفة ومحمد احتج بقوله تعالى وذ كراسم ربه فصلى والمراد منه ذ كراسم الرب لا افتتاح الصلاة لانه عقب الصلاة الذ كرحرف يوجب التعقيب بلا فصل والذي كره الذي تتبعه الصلاة بلا فصل هو تكبيرة الافتتاح فقد شرع الدخول في الصلاة بطلاق الذ كرحرف لا يجوز التقييد باللفظ المشتق من الكبرياء باخبار الاحاد وبه تبين ان الحكم تعلق بتلك الالفاظ من حيث هي مطلق الذ كرحرف لا من حيث هي ذ كرفظ خاص وان الحديث معلول به لانا اذا علمنا بما ذكر بقي معمولاً به من حيث اشتراط مطلق الذ كرحرف ولم نعلم احتجنا الى رده أصلاً لخالفته الكتاب فاذا ترك التعليل هو المؤدى الى ابطال حكم النص دون التعليل على ان التكبير يذ كرحرفه التعظيم قال تعالى وكبره تكبيرا أي عظمه تعظيماً وقال تعالى فلما رأى أنه أكبره أي عظمه وقال تعالى وربك أكبر أي فاعظم فكان الحديث وارداً بالتعظيم وبأي اسم ذ كرحرفه عظم الله تعالى وكذا من سجد لله تعالى فقد عظمه وزنه عمالاً يليق به من صفات النقص وسبب الحدث فصار واصفاه بالعظمة والقدم وكذا اذا هلك لانه اذا وصفه بالتفرد والالوهية فقد وصفه بالعظمة والقدم لا صلة بنبوت الالهية دونها وانما لم يسم السجود على الخد مقام السجود على الجبهة للثبوت في التعظيم كما في الشاهد بخلاف الاذان لان المقصود منه هو الاعلام وانه لا يحصل الا بهذه الكلمات المشهورة المتعارفة فهاين الناس حتى لو حصل الاعلام بغير هذه

الالفاظ بجوز كذاروى الحسن عن أبي خنيفة وكذاروى أبو يوسف فى الامالى والحاكم فى المنتقى والدليل على ان قوله الله اكبر والرحمن اكبر سواء قوله تعالى قل ادعوا الله أو ادعوا الرحمن أيا ما تدعوا فله الاسماء الحسنى ولهذا يجوز الذبح باسم الرحمن أو باسم الرحيم فكذا هذا الذى يحقق مذهب ماماروى عن عبد الرحمن السلمى ان الانبياء صلوات الله عليهم كانوا يفتنون الصلاة بلا اله الا الله ولناهم اسوة هذا اذا ذكر الاسم والصفة فاما اذا ذكر الاسم لا غير بان قال الله لا يصير شارعا عند محمد وروى الحسن عن أبي خنيفة انه يصير شارعا وكذاروى بشر عن أبي يوسف عن أبي خنيفة (محمد) أن النص ورد بالاسم والصفة فلا يجوز الاكتفاء بمجرد الاسم (ولأبي) خنيفة أن النص معول بمعنى التعظيم وأنه يحصل بالاسم المجرد والدليل عليه انه يصير شارعا بقوله لا اله الا الله والشرع انما يحصل بقوله لا اله الا الله لا بالنى ولو قال اللهم اغفر لى لا يصير شارعا بالاجماع لانه لم يخص تعظيما لله تعالى بل هو للسنة والدعاء دون خالص الثناء والتعظيم ولو قال اللهم اختلف المشايخ فيه لا اختلاف اهل اللغة فى معناه قال بعضهم يصير شارعا لان الميم فى قوله اللهم يدل عن النداء كأنه قال يا الله وقال بعضهم لا يصير شارعا لان الميم فى قوله اللهم بمعنى السؤال معناه اللهم آمنا بخير أى أردنا به فيكون دعاء لا ثناء خالصا كقوله اللهم اغفر لى ولو افتتح الصلاة بالفارسية بان قال خدائى بزركت أو خدائى بزرك يصير شارعا عند أبي خنيفة وعندهما لا يصير شارعا الا اذا كان لا يحسن العربية ولو ذبح وسمى بالفارسية بجوز بالا جاع فابو يوسف مرى على أصله فى مراعاة المنصوص عليه والمنصوص عليه لفظة التكبير بقوله صلى الله عليه وسلم وتحريمها التكبير وهى لا تحصل بالفارسية وفى باب الذبح المنصوص عليه هو مطلق الذكر بقوله فاذا ذكر والاسم الله عليها صواف وذاب يحصل بالفارسية ومحمد فرق بجوز النقل الى لفظ آخر من العربية ولم يجوز النقل الى الفارسية فقال العربية لبلاغتها ووجازتها تدل على معان لا تدل عليها الفارسية فتحمل الخلل فى المعنى عند النقل منها الى الفارسية وكذلك العربية من الفضيلة ما ليس لسائر اللسان ولهذا كان الدعاء بالعربية أقرب الى الاجابة ولذلك خص الله تعالى أهل كرامته فى الجنة بالكلام بهذه اللغة فلا يقع غيرهما من اللسان موقعا لكلام العرب الا انه اذا لم يحسن جاز لمكان العذر وأبو خنيفة اعتمد كتاب الله تعالى فى اعتبار مطلق الذكر واعتبر معنى التعظيم وكل ذلك حاصل بالفارسية ثم شرط صحة التكبير أن يوجد فى حالة القيام فى حق القادر على القيام سواء كان اماما ومنفردا أو مقتديا حتى لو كبر قاعدا ثم قام لا يصير شارعا ولو وجد الامام فى الركوع أو السجود أو القعود ينبغي أن يكبر قائما ثم يتبعه فى الركن الذى هو فيه ولو كبر للافتتاح فى الركن الذى هو فيه لا يصير شارعا لعدم التكبير قائما مع القدرة عليه (ومنها) تقدم قضاء الفائتة التى يتذكرها اذا كانت الفوائت قليلة وفى الوقت سعة هو شرط جواز اداء الوقتية فهذا عندنا وعند الشافعى ليس بشرط ولقب المسئلة أن الترتيب بين القضاء والاداء شرط جواز الاداء عندنا وانما يسقط بمسقط وعندنا ليس بشرط أصلا ويجوز اداء الوقتية قبل قضاء الفائتة فيقع الكلام فيه فى الاصل فى موضعين أحدهما فى اشتراط هذا النوع من الترتيب والثانى فى بيان ما يسقطه (أما) الاول فجملة الكلام فيه أن الترتيب فى الصلاة على أربعة أقسام أحدها الترتيب فى اداء هذه الصلوات الخمس والثانى الترتيب فى قضاء الفائتة واداء الوقتية والثالث الترتيب فى الفوائت والرابع الترتيب فى أفعال الصلاة (أما) الاول فلا خلاف فى أن الترتيب فى اداء الصلوات المكتوبات فى أوقاتها شرط جواز أدائها حتى لا يجوز اداء الظهر فى وقت الفجر ولا اداء العصر فى وقت الظهر لان كل واحدة من هذه الصلوات لا تجب قبل دخول وقتها واداء الواجب قبل وجوبه محال واختلف فيما سوى ذلك (أما) الترتيب بين قضاء الفائتة واداء الوقتية فقد قال أصحابنا انه شرط وقال الشافعى ليس بشرط وجه قوله أن هذا الوقت صار للوقتية بالكتاب والسنة المتواترة واجماع الامة فيجب ادائها فى وقتها كفى حال ضيق الوقت وكثرة الفوائت والتيسار (ولنا) قول النبى صلى الله عليه وسلم من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها فان ذلك وقتها وفى بعض الروايات لا وقت لها الا ذلك فقد جعل وقت التذكر وقت الفائتة فكان اداء الوقتية قبل قضاء الفائتة اداء قبل وقتها فلا يجوز

وروي عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من نسي صلاة فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل مع الامام وليجعلها تطوعا ثم ليقتض ما تله كثر لم يعد ما كان صلاحه مع الامام وهذا عين مذهبنا أنه تقصد القرصبة للصلاة اذا تذكر الفائتة فيها ويلزمه الاعادة بخلاف حال ضيق الوقت وكثرة الفوائت والنسيان لانا ناعرفنا كون هذا الوقت وقتا للوقفية بنص الكتاب والسنة المتواترة والاجماع وعرفنا كونه وقتا للفائتة بخبر الواحد والعمل بخبر الواحد انما يجب على وجهه لا يؤدي الى ابطال العمل بالدليل المقطوع به والاشتغال بالفائتة عند ضيق الوقت ابطال العمل به لانه تقويت للوقفية عن الوقت وكذا عند كثرة الفوائت لان الفوائت اذا كثرت تستغرق الوقت فتفوت الوقفية عن وقتها ولان الشرع انما جعل الوقت وقتا للفائتة لتدارك ما فات فلا يصير وقتها على وجهه يؤدي الى تقويت صلاة أخرى وهي الوقفية ولان جعل الشرع وقت التذكر وقتا للفائتة على الاطلاق ينصرف الى وقت ليس بمشغول لان المشغول لا يشغل كما انصرف الى وقت لا تذكره الصلاة فيه (وأما) النسيان فلان خبر الواحد جعل وقت التذكر وقتا للفائتة ولا تذكره هنا فلم يصرف الوقت وقتا للفائتة فبقى وقتا للوقفية فاما هنا فقد وجد التذكر فكان الوقت للفائتة بخبر الواحد وليس في هذا ابطال العمل بالدليل المقطوع به بل هو جمع بين الدلائل اذ لا يفوته شيء من الصلوات عن وقتها وليس فيه أيضا شغل ما هو مشغول وهذا لانه لو أخر الوقفية وقضى الفائتة ثبين أن وقت الوقفية ما اتصل به الا ذاء وأن ما قبل ذلك لم يكن وقتا لها بل كان وقتا للفائتة بخبر الواحد فلا يؤدي الى ابطال العمل بالدليل المقطوع به فاما عند ضيق الوقت وان لم يتصل به اداء الوقفية لا يثبت أن ما كان وقتا له حتى تصير الصلاة فائتة وتبقى دين عليه وعلى هذا الخلاف الترتيب في الفوائت أنه كما يجب مراعاة الترتيب بين الوقفية والفائتة عندنا يجب مراعاته بين الفوائت اذا كانت الفوائت في حادثة عندنا أيضا لأن قلة الفوائت لم تمنع وجوب الترتيب في الاداء فكذا في القضاء والاصل فيه ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما شغل عن أربع صلوات يوم الخندق قضاهن بعدهن من الليل على الترتيب ثم قال صلوا كما رأيتموني أصلي ويبنى على هذا اذا ترك الظهر والعصر من يومين مختلفين ولا يدري أيتهما أولى فانه يصحى لانه اشبه عليه أمر لا سبيل الى الوصول اليه بيقين وهو الترتيب فيصار الى التعرّي لانه عندنا عدم الادلة قام مقام الدليل الشرعي كما اذا اشبهت عليه القبلة فان مال قلبه الى شيء عمل به لانه جعل كالثابت بالدليل وان لم يستقر قلبه على شيء وأراد الاخذ بالثقة بصلته ما ثم يعيد ما صلى أولا أيتهما كانت الا أن البداية بالظهر أولى لانها أسبق وجوباً في الاصل فيصلّى الظهر ثم العصر ثم الظهر لأن الظهر لو كانت هي التي فاتت أولاً فقد وقعت موقعها وجازت وكانت الظهر التي أداها بعد العصر ثانية نافذة له ولو كانت العصر هي المتروكة أولاً كانت الظهر التي أداها قبل العصر نافذة له فاذا أدى العصر بعدها فقد وقعت موقعها وجازت ثم اذا أدى الظهر بعدها وقعت موقعها وجازت فيعمل كذلك ليخرج عما عليه ييقن وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لأنهم الا بالهوى كذا ذكره أبو الليث ولم يذكر أنه اذا استقر قلبه على شيء كيف يصنع عندهما وذكر الشيخ الامام صدر الدين أبو المعين انه يصلي كل صلاة مرة واحدة وقيل لا خلاف في هذه المسئلة على التحقيق لانه ذكر الاستحباب على قول أبي حنيفة وهما ما بيننا الاستحباب وذكر عدم وجوب الاعادة على قولهما وأبو حنيفة ما أوجب الاعادة وجه قولهما أن الواجب في موضع الشك والاشتباه هو التعرّي والعمل به لا الاخذ باليقين الا ترى أن من شك في جهة القبلة يعمل بالتعري ولا يأخذ باليقين بأن يصلي صلاة واحدة أربع مرات الى أربع جهات وكذا من شك في صلاة واحدة فلم يدرك الا ناصلي أم أربعاً يتعري ولا يبنى على اليقين وهو الاقل كذا هذا ولانه لو صلى إحدى الصلاتين مرتين فاعاد يصلي مراعاة للترتيب والترتيب في هذه الحالة ساقط لانه حين بدأ بأحدهما لم يعلم يقيناً أن عليه صلاة أخرى قبل هذه لتصير هذه مؤداة قبل وقتها فسقط عنه الترتيب (ولابي) حنيفة أنه مهما مكن الاخذ باليقين كان أولى الا اذا تضرع فسادا كفي مسئلة القبلة فان الاخذ بالثقة نعمة يؤدي الى الفساد

حيث يقع ثلاث من الصلوات الى غير القبلة يتيقن ولا يجوز الصلاة الى غير القبلة يتيقن من غير ضرورة فيتعذر العمل باليقين دفعا للفساد وههنا لافساد لان أكثر ما في الباب أنه يصلي إحدى الصلواتين مرتين فتكون احدهما تطوعا وكذا في المسئلة الثانية أعمالا يبنى على الأقل لاحتمال الفساد لجواز أنه قد صلى أربعا فيصير بالقيام الى الأخرى تاركا للعدة الأخيرة وهي فرض فتفسد صلاته ولو أمر بالعدة أو لا ثم بالركعة لحصلت في الثالثة وأنه غير مشروع وههنا يصير آتيا بالواجب وهو الترتيب من غير أن يتضمن فسادا فكان الأخذ بالاحتياط أولى وصار هذا كما اذا فاتته واحدة من الصلوات الخمس ولا يدري أيها هي أنه يؤمر بأعادة صلاة يوم وليلة احتياطاً كذا ههنا (أما) قوله ما حين بدأ باحداهما لا يعلم يقيناً أن عليه أخرى قبل هذه فكان الترتيب عنه ساقط فقول حين صلى هذه يعلم يقيناً أن عليه أخرى لكنه لا يعلم أنها سابقة على هذه أو متأخرة عنها فان كانت سابقة عليها لم تجز المؤداة لعدم مراعاة الترتيب وان كانت المؤداة سابقة جازت فوقع الشك في الجواز فصارت المؤداة أول مرة دائرة بين الجواز والفساد فلا يسقط عنه الواجب يتيقن عند وقوع الشك في الجواز فيؤمر بالأعادة والله أعلم ولو شك في ثلاث صلوات الظهر من يوم والعصر من يوم والمغرب من يوم ذكر القدوري أن المتأخرين اختلفوا في هذا منهم من قال انه يسقط الترتيب لان ما بين الفوائت يزيد على هذاست صلوات فصارت الفوائت في حد الكثرة فلا يجب اعتبار الترتيب في قضائها فيصلي أية صلاة شاء وهذا غير سديد لان موضع هذه المسائل في حالة النسيان على ما ذكره الترتيب عند النسيان ساقط فكانت المؤديات بعد الفائتة في أنفسها جائزة لسقوط الترتيب ببقية الفوائت في أنفسها في حد القلة فوجب اعتبار الترتيب فيها فينبغي أن يصلي في هذه الصورة سبع صلوات يصلي الظهر أولاً ثم العصر ثم الظهر ثم المغرب ثم الظهر ثم العصر ثم الظهر مراعاة للترتيب بقيتين والأصل في ذلك أن يعتبر الفائتين اذا انفردتا فيعيدهما على الوجه الذي بينهما يأتي بالثالثة ثم يأتي بعد الثالثة ما كان يفعله في الصلواتين وعلى هذا اذا كانت الفوائت أربعا بأن ترك الشاء من يوم آخر فانه يصلي سبع صلوات كذا كرنا في المغرب ثم يصلي العشاء ثم يصلي بعدها سبع صلوات مثل ما كان يصلي قبل الرابعة فان قيل في الاحتياط ههنا خرج عظيم فانه اذا فاتته خمس صلوات الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر من أيام مختلفة لا يدري أي ذلك أول يحتاج الى أن يؤدي إحدى وثلاثين صلاة وفيه من الحرج ما لا يخفى فالجواب أن بعض مشايخنا قالوا ان ما قالاه هو الحكم المراد لانه لا يمكن إيجاب القضاء مع الاحتمال الا أن ما قالاه أبو حنيفة احتياط لا حتم ومنهم من قال لا بل الاختلاف بينهم في الحكم المراد وأعادة الأولى واجبة عند أبي حنيفة لان الترتيب في القضاء واجب فاذا لم يعلم به حقيقة وله طريق في الجسلة يجب المصير اليه وهذا وان كان فيه نوع مشقة لكنه مما لا يغلب وجوده فلا يؤدي الى الحرج ثم ما ذكرنا من الجواب في حالة النسيان بأن صلى أياما ولم يخطر بباله أنه ترك شيئاً منها ثم تذكر الفوائت ولم يتذكر الترتيب فاما اذا كان ذا كرا للفوائت حتى صلى أياما مع تذكرها ثم نسي سقط الترتيب ههنا لان الفوائت صارت في حد الكثرة لان المؤديات بعد الفوائت عندهما فاصدة الى الست واذا فسدت كثرت الفوائت فسقط الترتيب فله أن يصلي أية صلاة شاء من غير الحاجة الى التعري وأما على قياس قول أبي حنيفة لا يسقط الترتيب لان المؤديات عنده تنقلب الى الجواز اذا بلغت مع الفائتة ستا واذا انقلبت الى الجواز بقيت الفوائت في حد القلة فوجب اعتبار الترتيب فيها فالخلاص أنه يجب النظر الى الفوائت فما دامت في حد القلة وجب مراعاة الترتيب فيها واذا كثرت سقط الترتيب فيها لان كثرة الفوائت تسقط الترتيب في الاداء فلأن يسقط في القضاء أولى وهذا اذا شك في صلاتين فأكثر فاما اذا شك في صلاة واحدة فاته ولا يدري أية صلاة هي يجب عليه التعري لما قلنا فان لم يستقر قلبه على شيء يصلي خمس صلوات ليخرج عما عليه يتيقن وقال محمد بن مقاتل الرازي انه يصلي ركعتين ينوي بهما الفجر ويصلي ثلاث ركعات أخر بقراءة على حدة ينوي بها المغرب ثم يصلي أربعا ينوي بها ما فاتته فان كانت الفائتة ظهراً أو عصر أو عشاء انصرفت هذه اليها وقال سفيان الثوري يصلي أربعا ينوي بهما

عليه لئلا يكتن ثلاث قسداً فيعقد على رأس الركعتين والثلاث والأربع وهو قول بشر حتى لو كانت المتروكة
لجوازها لم تجز لقعوده على رأس الركعتين والثاني يكون تطوعاً ولو كانت المغرب لجازت لقعوده على الثلاث ولو
كانت من ذوات الأربع كانت كلها فرضاً وخرج عن العهدة بيقين إلا أن ما قلناه أحوط لأن من الجائز أن يكون
عليه صلاة أخرى كان تركها في وقت آخر ولو نوى ما عليه ينصرف إلى تلك الصلاة أو يقع التعارض فلا
ينصرف إلى هذه التي يصلي فيعيد صلاة يوم وليلة يخرج عن عهدة ما عليه بيقين وعلى هذا لو ترك سجدة
من صلب صلاة مكتوبة ولم يدرك أية صلاة هي يؤمر بإعادة خمس صلوات لأنها من أركان الصلاة فصار الشك فيها
كالشك في الصلاة (وأما) بيان ما يسقط به الترتيب فالترتيب بين قضاء الفائتة وأداء الوقتية يسقط بأحد خصال
ثلاث أحدها ضيق الوقت بأن يدرك في آخر الوقت بحيث لو اشتغل بالفائتة يخرج الوقت قبل أداء الوقتية سقط
عنه الترتيب في هذه الحالة لما ذكرنا أن مراعاة الترتيب فيها إبطال العمل بالدليل المقطوع به بدليل فيه شبهة
وهذا لا يجوز ولو ترك صلاة الظهر في آخر وقت العصر بعدما تغيرت الشمس فإنه يصلي العصر ولا يجزئه قضاء
الظهر لما ذكرنا فيما تقدم أن قضاء الصلاة في هذا الوقت قضاء الكامل بالنقص بخلاف عصر يومه وأما إذا
تركها قبل تغير الشمس لكنه بحال لو اشتغل بقضائها لدخل عليه وقت مكروه لم يدرك في ظاهراً رواية واختلف
المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز له أن يؤدي العصر قبل أن يراعى الترتيب فيقضى الظهر ثم يصلي العصر لأنه
لا يخاف خروج الوقت فلم ينضيق الوقت فبقى وجوب الترتيب وقال بعضهم لا بل يسقط الترتيب فيصلي العصر
قبل الظهر ثم يصلي الظهر بعد غروب الشمس وذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني وقال هذا عندى على الاختلاف
الذي في صلاة الجمعة وهو أن من تذكر في صلاة الجمعة أنه لم يصل الفجر ولو اشتغل بالفجر يخاف فوت الجمعة ولا يخاف
فوت الوقت على قول أبي حنيفة وأبي يوسف يصلي الفجر ثم الظهر فلم يجعل فوت الجمعة عذراً في سقوط الترتيب
وعلى قول محمد يصلي الجمعة ثم الفجر فجعل فوت الجمعة عذراً في سقوط الترتيب فكذا في هذه المسئلة على قولهما
يجب أن لا يجوز العصر وعليه الظهر فيصلي الظهر ثم العصر وعلى قول محمد يعضى على صلاته ولو افتتح العصر
في أول الوقت وهوذا كرأن عليه الظهر وأطال القيام والقراءة حتى دخل عليه وقت مكروه لا تجوز صلاته لأن
شروعه في العصر مع ترك الظهر لم يصح فيقطع ثم يفتتحها ثانياً ثم يصلي الظهر بعد الغروب ولو افتتحها وهو لا يعلم
أن عليه الظهر فأطال القيام والقراءة حتى دخل وقت مكروه ثم تذكر يعضى على صلاته لأن المسقط للترتيب
قد وجد عند افتتاح الصلاة واختتامها وهو النسيان وضيق الوقت ولو افتتح العصر في حال ضيق الوقت وهوذا كر
للظهر فلما صلى مناركة أو ركعتين غربت الشمس القياس أن يفسد العصر لأن العذر قد زال وهو ضيق الوقت
فعاد الترتيب وفي الاستحسان يعضى فيها ثم يقضى الظهر ثم يصلي المغرب ذكره في نوادر الصلاة (والثاني) النسيان
لما ذكرنا أن خبر الواحد جعل وقت التذكروقتاً للفائتة ولا تذكرهنا فوجب العمل بالدليل المقطوع به وروى
أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى المغرب يوماً ثم قال رأيت أحداً منكم صليت العصر فقالوا لا فصلى العصر ولم يعد
المغرب ولو وجب الترتيب لأعاد وعلى هذا صلى الظهر على غير وضوء وصلى العصر بوضوء وهوذا كر
لما صنع فأعاد الظهر ولم يعد العصر وصلى المغرب وهو يظن أن العصر تجزئه أعاد العصر ولم يعد المغرب لأن أداء
الظهر على غير وضوء والامتناع عنه بمنزلة فوت شرط أهلية الصلاة حين صلى العصر صلى وهو يعلم أن الظهر
غير جائز ولو لم يعلم وكان يظن أنها جائزة لم يكن هذا الظن معتبراً لأنه نشأ عن جهل والظن انما يعتبر إذا نشأ عن
دليل أو شبهة دليل ولم يوجد فكان هذا جهلاً محضاً فقد صلى العصر وهو عالم أن عليه الظهر فيكون مصلحاً العصر
في وقت الظهر فلم يجز ولو صلى المغرب قبل أعادتها جميعاً لا يجوز لأنه صلى المغرب وهو يعلم أن عليه الظهر فصار
المغرب في وقت الظهر فلم يجز فاما لو كان أعاد الظهر ولم يعد العصر فظن جوازها ثم صلى المغرب فإنه يؤمر بإعادة العصر
ولا يؤمر بإعادة المغرب لأن ظن أنه عصره جائز ظن معتبر لأنه نشأ عن شبهة دليل ولهذا خفي على الشافعي حين

صلى المغرب صلاها وعنده أن لا عصر عليه لأنه أداها بجميع أركانها وشروطها المختصة بها انما خفي عليه ما يخفى
 بناء على شبهة دليل ومن صلى المغرب وعنده أن لا عصر عليه حكم بجواز المغرب كما لو كان ناسيا للعصر بل هذا
 فوق التسيان لأن ظن الناسي لم ينشأ عن شبهة دليل بل عن غفلة طبيعة وهذا الظن نشأ عن شبهة دليل فكان
 هذا فوق ذلك ثم هناك حكم بجواز المغرب فهنا أولى ثم العلم بالفائنة كما هو شرط لوجوب الترتيب فالعلم
 بوجوبها حال الفوات شرط لوجوب قضائها حتى ان الحرب اذا أسلم في دار الحرب ومكث فيها سنة ولم يعلم أن
 عليه الصلاة فلم يصل ثم علم لا يجب عليه قضاؤها في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر عليه قضاؤها ولو كان هذا
 ذميا أسلم في دار الاسلام فعليه قضاؤها استحسانا والقياس أن لا قضاء عليه وهو قول الحسن وجه قول
 زفر أنه بالاسلام التزم أحكامه ووجوب الصلاة من أحكام الاسلام فيلزمه ولا يسقط بالجهل كما لو كان هذا في دار
 الاسلام (ولنا) ان الذي أسلم في دار الحرب منع عنه العلم لانعدام سبب العلم في حقه ولا وجوب على من منع عنه
 العلم كالا وجوب على من منع عنه القدرة بمنع سببها بخلاف الذي أسلم في دار الاسلام لانه ضيع العلم حيث لم يسأل
 المسامح عن شرائع الدين مع تمكنه من السؤال والوجوب متحقق في حق من ضيع العلم كما يتحقق في حق من ضيع
 القدرة ولم يوجد التضييع ههنا اذ لا يوجد في الحرب من يسأله عن شرائع الاسلام حتى لو وجد ولم يسأله ليجب عليه
 ويؤاخذ بالقضاء اذا علم بعد ذلك لانه ضيع العلم وما منع منه كالذي أسلم في دار الاسلام وقد خرج الجواب عما
 قاله زفر أنه التزم أحكام الاسلام لانا نقول نعم لسكن حكمه سبيل الوصول اليه ولم يوجد فان بلغه في دار الحرب
 رجل واحد فعليه القضاء فيما يترك بعد ذلك في قول أبي يوسف ومحمد وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة وفي
 رواية الحسن عنه لا يلزمه ما لم يخبره رجلان أو رجل وأمر أنان وجه هذه الرواية ان هذا خبر ملزم ومن أصله
 اشتراط العدد في الخبر الملزم كما في الخبر على المأذون وعزل الوكيل والاخبار بجناية العبد وجه الرواية الأخرى
 وهي الأصح ان كل واحد ما مور من صاحب الشرع بالتبليغ قال النبي صلى الله عليه وسلم الا فليبلغ الشاهد
 الغائب وقال صلى الله عليه وسلم نضر الله امرأ سمع منا ما قاله فوعاها كما سمعها ثم أداها الى من ليسمعها فهذا
 المبلغ نظير الرسول من المولى والموكل وخبر الرسول هناك ملزم فهنا كذلك والله أعلم (والثالث) كثرة
 الفوائت وقال بشر المريسي الترتيب لا يسقط بكثرة الفوائت حتى ان من ترك صلاة واحدة فصلى في جميع
 عمره وهو ذا كرلغاثة فصلاة عمره على الفساد ما يقض الفائنة وجه قوله ان الدليل الموجب للترتيب لا يوجب
 الفصل بين قليل الفائت وكثيره ولأن كثرة الفوائت تكون عن كثرة تفریطه فلا يستحق به التخفيف (ولنا) ان
 الفوائت اذا كثرت لوجوب مراعاة الترتيب معها الفائت الوقتية عن الوقت وهذا لا يجوز لما ذكرنا ان فيه ابطال
 ما ثبت بالدليل المقطوع به بخبر الواحد ثم اختلف في حد أدنى الفوائت الكثيرة في ظاهر الرواية أن تصير الفوائت سنا
 فاذا خرج وقت السادسة سقط الترتيب حتى يجوز أداء السابعة قبلها وروى ابن سماعة عن محمد هو أن تصير
 الفوائت خمسا فاذا دخل وقت السادسة سقط الترتيب حتى يجوز أداء السادسة وعن زفر أنه يلزمه مراعاة الترتيب
 في صلاة شهر ولم يرو عنه أكثر من شهر فكأنه جعل حد الكثرة أن يزيد على شهر وجه ما روى عن محمد ان الكثرة في
 كل باب كل جنسه كالجنون اذا استغرق الشهر في باب الصوم والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الفوائت لا تدخل في
 حد التكرار بدخول وقت السادسة وانما تدخل بخروج وقت السادسة لان كل واحدة منها تصير مكررة فعلى هذا
 لو ترك صلاة ثم صلى بعدها خمس صلوات وهو ذا كرلغاثة فانه يقضيها لأن من في حد الفلة بعد ومراعاة الترتيب
 واجبة عند قلة الفوائت لأنه يمكن جعل الوقت وقتا لمن على وجه لا يؤدي الى اخراجه من أن يكون وقتا للوقتية
 فصار مؤديا كل صلاة منها في وقت المتروكة والمتروكة قبل المؤداة فصار مؤديا المؤداة قبل وقتها فلم يجوز
 وعلى قياس ما روى عن محمد يقضى المتروكة وأربعا بعدها لان السادسة جائزة ولو لم يقضها حتى صلى
 السابعة فالسابعة جائزة بالاجماع لأن وقت السابعة وهي المؤداة السادسة لم يجعل وقتا للفوائت

لانه لو جعل وقتا هن لخرج من أن يكون وقتا للوقتية لاستيعاب تلك الفوائت هذا الوقت وفيه ابطال العمل بالدليل المقطوع به بخبر الواحد على ما بينا فبقى وقتا للوقتية فإذا أداها حكم بجوازها لخصمها لفي وقتها بخلاف ما إذا كانت المؤديات بعد المتروكة خمسالا ن هناك أمكن ان يجعل الوقت وقتا للفائتة على وجه لا يخرج من أن يكون وقتا للوقتية فيجعل عملا بالدليلين ثم اذا صلى السابعة تعود المؤديات الخمس الى الجواز في قول أبي حنيفة وعليه قضاء الفائتة وحدها استحصانا وعلى قولهما عليه قضاء الفائتة وخمس صلوات بعدها وهو القياس وعلى هذا اذا ترك خمس صلوات ثم صلى السادسة وهوذا كالفوائت فالسابعة موقوفة عند أبي حنيفة حتى لو صلى السابعة تنقلب السادسة الى الجواز عنده وعليه قضاء الخمس وعندهما لا تنقلب وعليه قضاء الست وكذلك لو ترك صلاة ثم صلى شهرا وهوذا كالفائتة فعليه قضاءها لا غير عند أبي حنيفة وعندهما عليه قضاء الفائتة وخمس بعدها الا على قياس ما روى عن محمد بن علي قضاء الفائتة وأربع بعدها وعلى قول زفر بعد الفائتة وجميع ما صلى بعدها من صلاة الشهر وهذا المسئلة التي يقال لها واحدة تصحح خساو واحدة تفسد خمسالا ن ان صلى السادسة قبل القضاء صح الخمس عند أبي حنيفة وان قضى المتروكة قبل أن يصلى السادسة فسدت الخمس وجه قولهما أن كل مؤداة الى الخمس حصلت في وقت المتروكة لانه يمكن جعل ذلك الوقت وقتا للمتروكة لكون المتروكة في حد القلة ووقت المتروكة قبل وقت هذه المؤداة فحصلت المؤداة قبل وقتها ففسدت فلا معنى بعد ذلك للحكم بجوازها ولا للحكم بتوقفها للحال (وأما) وجه قول أبي حنيفة فقد اختلف فيه عبارات المشايخ قال مشايخ بلخ انا وجدنا صلاة بعد المتروكة جائزة وهي السادسة وقد أداها على نقص التركيب وترك التأليف فكذا يحكم بجواز ما قبلها وان أداها على ترك التأليف ونقص التركيب وهذه نكتة واحدة لانه جمع بين السادسة وبين ما قبلها في الجواز من غير جامع بينهما بل مع قيام المعنى المفرق لاذ كرنا أن وقت السادسة ليس بوقت للمتروكة على ما قررنا ووقت كل صلاة مؤداة قبل السادسة وقت للمتروكة فكان أداء السادسة أداء في وقتها فجازت وأداء كل مؤداة أداء قبل وقتها فلم تجز (وقال) مشايخ العراق ان الكثرة على سقوط الترتيب فاذا أدى السادسة فقد ثبتت الكثرة وهي صفة للكل لا محالة فاستندت الى أول المؤديات فنسندت لحكمها فيثبت الجواز للكل وهذه نكتة ضعيفة أيضا لان الكثرة وان صارت صفة للكل لكنها ثبتت للحال الا أن يتبين أن أول المؤديات كما ديت تثبت لها صفة الكثرة قبل وجود ما يتعقها الاستحالة كثرة الوجود بما هو في حيز العدم بعد ولو انصفت هي بالكثرة ولا تنصف الذات بها وحدها لاستحالة كون الواحد كثيرا بما يتعقها من المؤديات وتلك معدومة فيؤدي الى انصاف المعدوم بالكثرة وهو محال فدل أن صفة الكثرة تثبت للكل مقتصر على وجود الاخرية منها كما اذا خلق الله تعالى جوهر واحد لم ينصف بكونه مجمعا فلو خلق منضم اليه جوهر آخر لا يطلق اسم المجتمع على كل واحد منهما مقتصر على الحال لما بينا فكذا هذا على أنا ان سلمنا هذه الدعوى الممتنعة على طريق المساهلة فلا حجة لهم فيها أيضا لان المؤداة الاولى وان انصفت بالكثرة من وقت وجودها لكن لا ينبغي أن يحكم بجوازها وسقوط الترتيب لان سقوط الترتيب كان متعلقا للمعنى وهو استيعاب الفوائت وقت الصلاة وتقويت الوقتية عن وقتها عند وجوب مراعاة الترتيب فلم تجب المراعاة لتلايؤدي الى ابطال ما ثبت بالدليل المقطوع به بما ثبت بخبر الواحد وهذا المعنى منعدم في المؤديات الخمس وان انصفت بالكثرة ولان هذا يؤدي الى الدور فان الجواز وسقوط الترتيب بسبب صفة كثرة الفوائت ومتى حكم بالجواز لم يبق كثرة الفوائت فيجىء الترتيب ومعنى جاء الترتيب جاء الفساد فلا يمكن القول بالجواز فثبت أن الوجهين غير صحيحين والوجه الصحيح لتصحيح مذهب أبي حنيفة ما ذكره الشيخ الامام أبو المعين وهو أن أداء السادسة من المؤديات حصل في وقت هو وقتها بالدلائل أجمع وليس بوقت للفائتة بوجه من الوجوه لما ذكرنا ان في جعل هذا الوقت وقتا للفائتة ابطال العمل بالدليل المقطوع به فسقط العمل بخبر الواحد أصلا وانتهى ما هو وقت الفائتة فاذا قضيت الفائتة بعد

أداء السادسة من المؤديات التحقت بمحلها الأصلي وهو وقتها الأصلي لأنه لا بد لهما من محل فالتحقيق بمحلها أولى
لوجهين أحدهما أنه لا مراحم لها في ذلك الوقت لأنه وقت متعين له وله في هذا الوقت مراحم لأنه وقت خمس
صلوات وليس البعض في القضاء في هذا الوقت أولى من البعض فالتحقيق بوقت لا مراحم لها فيه أولى
(والثاني) أن ذلك وقته بالدليل المقطوع به وهذا وقت غيره بالدليل المقطوع به وانما يجعل وقتها بجواز الواحد
فيرجع ذلك على هذا فالتحقت بمحلها الأصلي حكما والثابت حكما كالثابت حقيقة وإذا التحقت بمحلها الأصلي تبين
أن الخمس المؤديات أدت في أوقاتها فيحكم بجوازها بخلاف ما إذا قضيت المتروكة قبل أداء السادسة لأنها قضيت
في وقت هو وقتهم من حيث الظاهر لأن خبر الواحد واجب كونه وقتها فإذا قضيت فيما هو وقتها ظاهرا تقرر
فيه ولا تلحق بمحلها الأصلي فلم تبين أن المؤديات الخمس أدت بعد الفاتنة بل تبين أنها أدت قبل الفاتنة
لا استقرار الفاتنة بمحل قضائها وعدم التحاقها بمحلها الأصلي لحكم بفساد المؤديات وبخلاف حال التسيان
وضيق الوقت إذا أدى الوقتية ثم قضى الفاتنة حيث لا تجب إعادة الوقتية ولو التحقت الفاتنة بمحلها الأصلي
لوجب إعادة الوقتية لأنه تبين أنها حصلت قبل وقت الفاتنة لأن هناك المؤدى حصل في وقت هو وقت لها
من جميع الوجوه على ما مر فإداء الفاتنة بعد ذلك لا يخرج هذا الوقت من أن يكون وقتا للمؤداة فتقررت
المؤداة في محلها من جميع الوجوه والتحقت الفاتنة في حق المؤداة بصلاوة وقتها بعد وقت المؤداة فلم يؤثر ذلك في
إفساد المؤداة وهذا بخلاف ما إذا قام المصلي وقرأ وسجد ثم ركع حيث لم يلحق الركوع بمحله وهو قبل السجود
حتى كان لا يجب إعادة السجود ومع ذلك لم يلحق حتى يجب إعادة السجود لأن الشيء انما يجعل حاصلا في محله
أن لو وجد شيء آخر في محله بعده ووقع ذلك الشيء معتبرا في نفسه فإذا حصل هذا التحق بمحله وهناك السجود
وقع قبل إوانه فوقع معتبرا فلما بعد ذلك كان الركوع حاصلا في محله فلا بد من تحصيل السجدة بعد ذلك في محلها
والله الموفق (وقالوا) فيمن ترك صلوات كثيرة مجانة ثم ندم على ما صنع واشتغل بأداء الصلوات في مواقيتها قبل أن
يقضى شيئا من الفوائت فترك صلاة ثم صلى أخرى وهوذا كره هذه الفاتنة الحديثة أنه لا يجوز ويجوز يحمل الفوائت
الكثيرة القديمة كأنها لم تكن ويجب عليه مراعاة الترتيب والقياس أن يجوز لأن الترتيب قد سقط عنه لكثرة
الفوائت وتضم هذه المتروكة إلى ما مضى إلا أن المشايخ استحسنوا فقالوا أنه لا يجوز احتياطاً بجر السلفاء عن
التهاون بأمر الصلاة ولئلا يصير المقضية وسيلة إلى التخفيف ثم كثرة الفوائت كما تسقط الترتيب في الأداء تسقطه في
القضاء لأنهم لم يعملوا في إسقاط الترتيب في غيرها فلا أن تعمل في نفسها أولى حتى لو قضى فوائت الفجر كلها ثم
الظهر كلها ثم العصر كلها هكذا جاز وروى ابن سماعه عن محمد بن ترك صلاة يوم وليلة وصلى من القدم مع كل صلاة
صلاة قال الفوائت كلها جائزة سواء قدمها أو أخرها وأما الوقتية فإن قدمها لم يجز شيئا منها لأنه متى صلى واحدة
منها أصارت الفوائت سنا لكانت متى قضى فاتنة بعدها عادت خمسات ثم فلا تعود إلى الجواز وإن أخرها لم يجز
شيئا منها إلا العشاء الأخيرة لأنه كلما قضى فاتنة عادت الفوائت أربعاً وفسدت الوقتية إلا العشاء لأنه صلاها وعنده
أن جميع ما عليه قد قضاء فاشبه الناسي (وأما) الترتيب في أفعال الصلاة فإنه ليس بشرط عند أصحابنا الثلاثة وعند
زفر شرط وبيان ذلك في مسائل إذا أدرك أول صلاة الإمام ثم نام خلفه أو سبقه الحدث فسبقة الإمام ببعض
الصلاة ثم انتبه من نومه أو عاد من وضوئه فعليه أن يقضى ما سبقه الإمام به ثم يتابع إمامه لما يذكروا يتابع إمامه
أولاً ثم قضى ما فاتته بعد تسليم الإمام جاز عندنا وعند زفر لا يجوز وكذلك إذا زحزحه الناس في صلاة الجمعة والعبدین فلم
يقدر على أداء الركعة الأولى مع الإمام بعد الاقتداء به وبقي قائماً أو أمكنه أداء الركعة الثانية مع الإمام قبل أن يؤدي
الأولى ثم قضى الأولى بعد تسليم الإمام أجزأه عندنا وعند زفر لا يجوز وكذلك لو تذكر سجدة في الركوع وقضاها
أو سجدة في السجدة وقضاها فلا يخل أن يعيد الركوع أو السجود الذي هو فيها ولو أعدهما ولم يعد أجزاء
عندنا وعند زفر لا يجوز له أن يعتد بهما وعليه أعادهما وجه قول زفر أن المالئ به في هذه المواضع وقع في غير محله

فلا يقع معتد به كما إذا قدم السجود على الركوع وجب عليه إعادة السجود لما قلنا كذا هذا (ولنا) قول النبي صلى الله عليه وسلم ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأقصوا الاستدلال به من وجهين أحدهما أنه أمر بعبادة الإمام فيما أدرك بحرف الفاء المقتضى للتعقيب بلا فصل ثم أمر بقضاء الغائبة والامر دليل الجواز ولهذا يبدأ المسبوق بما أدرك الإمام فيه لا بما سبقه وإن كان ذلك أول صلاته وقد أخره والثاني أنه جمع بينهما في الأمر بحرف الواو وأنه للجمع المطلق فإيهما فعل يقع ما موراه فكان معتد به إلا أن المسبوق صار مخصوصا بقول النبي صلى الله عليه وسلم سن لكم معاذنة حسنة فاستنوا بها والحديث حجة في المسئلتين الأولىين بظاهره وبضرورته في المسئلة الثالثة لأن الركوع والسجود من أجزاء الصلاة فإسقاط الترتيب في نفس الصلاة إسقاط فيما هو من أجزائها ضرورة إلا أنه لا يعتد بالسجود قبل الركوع لأن السجود لتقييد الركعة بالسجدة وذلك لا يتحقق قبل الركوع على ما يذكر في سجود السهو وإن شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا ببيان شرائط أركان الصلاة وهي الشرائط العامة التي تعم المنفرد والمقتدى جميعا (فأما) الذي يخص المقتدى وهو شرائط جواز الاقتداء بالإمام في صلاته فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ركن الاقتداء والثاني في بيان شرائط الركن (أما) ركنه فهو نية الاقتداء بالإمام وقد ذكر تفسيرها فيما تقدم (وأما) شرائط الركن فأنواع منها المشتركة في الصلاتين واتحادها سببا وفعلا ووصفان الاقتداء ببناء التصرية على التصرية فالمقتدى عقد تحريمه لما انعقدت له تحريمه بالإمام فكلمنا انعقدت له تحريمه بالإمام جاز البناء من المقتدى وما لا فلا وذلك لا يتحقق إلا بالاشركة في الصلاتين واتحادهما من الوجوه الذي وصفنا وعلى هذا الأصل يخرج مسائل المقتدى إذا سبق الإمام بالافتتاح لم يصح اقتداؤه لأن معنى الاقتداء وهو البناء لا يتصور ههنا لأن البناء على العدم محال وقال النبي صلى الله عليه وسلم أعما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه وما لم يكبر إلا ما لا يتحقق الانتماء به وكذا إذا كبر قبله فقد اختلف عليه ولو جدد التكبير بعد تكبير الإمام بنية الدخول في صلاته أجزأه لأنه صار قاطعا لما كان فيه شارعا في صلاة الإمام كمن كان في النفل فكبر ونوى الفرض يصير خارجا من النفل داخل في الفرض وكن باع بألف ثم بألفين كان فسحبا للدول وعقد آخر كذا هذا ولو لم يجد حتى لم يصح اقتداؤه هل يصير شارعا في صلاة نفسه أشار في كتاب الصلاة إلى أنه يصير شارعا لأنه علل فيما إذا جدد التكبير ونوى الدخول في صلاة الإمام فقال التكبير الثاني قطع لما كان فيه وأشار في نوادر أبي سليمان إلى أنه لا يصير شارعا في نفسه فإنه ذكر أنه لو قهقهه لا تنتقض طهارته ثم من مشايخنا من حمل اختلاف الجواب على اختلاف موضوع المسئلة فقال موضوع المسئلة في النوادر أنه إذا كبر ظنا منه أن الإمام كبر فيصير مقتديا بمن ليس في الصلاة كالمقتدى بالحدث والجنب وموضوع المسئلة في كتاب الصلاة أنه كبر على علم منه أن الإمام لم يكبر فيصير شارعا في صلاة نفسه ومنهم من حقق الاختلاف بين الروايتين وجه رواية النوادر أنه نوى الاقتداء بمن ليس في الصلاة فلا يصير شارعا في صلاة نفسه كالأقتدى بمشرك أو جنب أو محدث وهذا لأن صلاة المنفرد غير صلاة المقتدى بدليل أن المنفرد لو استأنف التكبير ناويا للشروع في صلاة الإمام صار شارعا مستأنفا واستقبال ما هو فيه لا يتصور دل أن هذه الصلاة غير تلك الصلاة فلا يصير شارعا في أحدهما بنية الأخرى وجه ما ذكر في كتاب الصلاة أنه نوى شئين الدخول في الصلاة والاقتداء بالإمام فبطلت إحدى نيتيه وهي نية الاقتداء لأنهم تصادف محلها فتصح الأخرى وهي نية الصلاة وصار كالشارع في الفرض على ظن أنه عليه وليس عليه بخلاف ما إذا اقتدى بالمشرك والمحدث والجنب لأنهم ليسوا من أهل الاقتداء بهم فصار بالاقتداء بهم ملغيا صلاته وأما هذا فمن أهل الاقتداء به والصلاة خلفه معتبرة فلم يصير بالاقتداء به ملغيا صلاته والله أعلم هذا إذا كبر المقتدى وعلم أنه كبر قبل الإمام فاما إذا كبر ولم يعلم أنه كبر قبل الإمام أو بعده ذكر هذه المسئلة في الحارونيات وجعلها على ثلاثة أوجه إن كان أكبر رأيه أنه كبر قبل الإمام لا يصير شارعا في صلاة الإمام وإن كان أكبر رأيه أنه كبر بعد الإمام لا يصير شارعا في صلاته لأن غالب الرأي حجة عند عدم اليقين بخلافه وإن لم يقع رأيه

على شئ فالاصل فيه هو الجواز ما لم يظهر أنه كبر قبل الامام بيقين ويحمل على الصواب احتياطاً ما لم يستيقن
 بانخطا كما قلنا في باب الصلاة عند الاشتباه في جهة القبلة ولم يخطر بباله شئ ولم يشك أن الجهة التي صلى اليها
 قبله لأنه لم يأت به حتى يجرى جوازها ما لم يظهر خطأه بيقين وكذا في باب الزكاة كذلك ههنا ولو كبر المقتدى مع الامام
 الا أن الامام طول قوله حتى فرغ المقتدى من قوله الله أكبر قبل أن يفرغ الامام من قوله الله يصير شارحاً
 في صلاة الامام كذا روى ابن سماعة في نوادره ويجب أن تكون هذه المسئلة بالاتفاق أما على قول
 أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا أنه يصح الشروع في الصلاة بقوله الله وحده فاذا فرغ المقتدى من ذلك قبل فراغ
 الامام صار شارحاً في صلاة نفسه فلا يصير شارحاً في صلاة الامام وأما على قول أبي يوسف ومحمد فلا أن
 الشروع لا يصح الا بذكر الاسم والنعت فلا بد من المشاركة في ذكرهما فاذا سبق الامام بالاسم حصلت المشاركة
 في ذكر النعت لا غير وهو غير كاف لصحة الشروع في الصلاة وعلى هذا لا يجوز اقتداء اللابس بالعارى لان
 تحريرة الامام ما انعقدت بها الصلاة مع الستر فلا يقبل البناء لاستحالة البناء على العدم ولان ستر العورة شرط لصحة
 الصلاة بدونه في الاعل الا أنه سقط اعتبار هذا الشرط في حق العارى لضرورة لعدم ولا ضرورة في حق المقتدى فلا
 يظهر سقوط الشرط في حقه فلم تكن صلاة في حقه فلم يتحقق معنى الاقتداء وهو البناء لان البناء على العدم مستحيل
 ولا يصح اقتداء الصحيح بصاحب العذر الدائم لان تحريرة الامام ما انعقدت للصلاة مع انقطاع الدم فلا يجوز
 البناء ولان الناقض للطهارة موجود لكن لم يظهر في حق صاحب العذر ولا عذر في حق المقتدى ولا يجوز
 اقتداء القارى بالامى والمتكلم بالآخرى لان تحريرة الامام ما انعقدت للصلاة بقراءة فلا يجوز البناء من المقتدى
 ولان القراءة ركن لكنه سقط عن الامى والآخرى للعذر ولا عذر في حق المقتدى وكذا لا يجوز اقتداء الامى
 بالآخرى لما ذكرنا أن الاقتداء ببناء التحريرة على تحريرة الامام ولا تحريرة من الامام أصلاً فاستحال البناء الا أن
 التمرع جواز صلاته بالتحريرة للضرورة ولان التحريرة من شرائط الصلاة لا تصح الصلاة بدونه في الاصل
 وانما سقطت عن الآخرى للعذر ولا عذر في حق الامى لانه قادر على التحريرة فزال الامى الذي يقدر على التحريرة
 من الآخرى منزلة القارى من الامى حتى انه لو لم يقدر على التحريرة جاز اقتداؤه بالآخرى لاستوائهما في الدرجة
 ولا يجوز اقتداء من ركع ويسجد بالمومنى عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز وجه قوله أن فرض الركوع
 والسجود سقط الى خلف وهو الاعمى واذا الفرض بالخلف كادائه بالاصل وصار كقراءة الغاسل بالمسح
 والمتوضى بالمتميم (ولنا) أن تحريرة الامام ما انعقدت للصلاة بالركوع والسجود والاعمى وان كان يحصل فيه
 بعض الركوع والسجود لما أنهما للانحناء والنطاط وطور وجود أصل الانحناء والنطاط في الاعمى فليس فيه
 كمال الركوع والسجود تنعقد تحريره عنه التخصيل وصف الكمال فلم يمكن بناء كمال الركوع والسجود على تلك
 التحريرة ولانه لا صحة للصلاة بدون الركوع والسجود في الاصل لانه فرض وانما سقط عن المومنى للضرورة
 ولا ضرورة في حق المقتدى فلم يكن ما أتى به المومنى صلاة شرعاً في حقه فلا يتصور البناء وقد خرج الجواب عن قوله
 انه خلف لا نأقول ليس كذلك بل هو تخصيص بعض الركوع والسجود الا أنه اكتفى بتخصيل بعض الفرض
 في حالة العذر لان يكون خلفاً بخلاف المسح مع الغسل والتيمم مع الوضوء لان ذلك خلف فامكن أن يقام مقام
 الاصل ولا يجوز اقتداء من يومئى قاعداً أو قائماً عن يومئى مضطجماً لان تحريرة الامام ما انعقدت للقيام
 أو القعود فلا يجوز البناء ثم صلاة الامام صحيحة في هذه الفصول كلها الا في فصل واحد وهو أن الامى اذا قام القارى
 أو القارى والاميين فصلاة الكل فاسدة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد صلاة الامام الامى ومن لا يقرأ
 تامة وجه قولهما أن الامام صاحب عذر اقتدى به من هو بمثل حاله ومن لا عذر له فيجوز صلاته وصلاة من هو
 بمثل حاله كالعارى اذا أم المرأة أو اللابس وصاحب الجرح السائل يوم الاحياء وأصحاب الجراح والمومنى اذا أم
 المومنين والراكعين والساجدين أنه تصح صلاة الامام ومن بمثل حاله كذا ههنا (ولابى) حنيفة طريقتان

في المسئلة احدها ما ذكره القمى وهو أنهم لما جازوا محبة من لاداء هذه الصلاة بالجماعة قالوا لا يمكن أن يجعل
صلاته بقراءة بان يقدم القارى فيقتدى به فتكون قراءته قراءة له قال صلى الله عليه وسلم من كان له امام وقراءة
الامام له قراءة فاذا لم يفعل فقد ترك اداء الصلاة بقراءة مع القدرة عليها ففسدت بخلاف سائر الاعذار لان لبس
الامام لا يكون لبس للمقتدى وكذا ركوع الامام وسجوده ولا ينوب عن المقتدى ووضوء الامام لا يكون
وضوء للمقتدى فلم يكن قادرا على ازالة العذر بتقديم من لا عذر له ولا يلزم على هذه الطريقة ما اذا كان الامام
يصلى وحده وهناك قارى يصلى تلك الصلاة حيث تجوز صلاة الامام وان كان قادرا على ان يجعل صلاته بقراءة
بان يقتدى بالقارى لان هذه المسئلة ممنوعة وذكر ابو حازم القاضى أن على قياس قول أبى حنيفة لا تجوز
صلاة الامام هو قول مالك ولئن ساءنا فلان هناك لم يقدر على أن يجعل صلاته بقراءة اذ لم يظهر من القارى رغبة في
اداء الصلاة بجماعة حيث اختار الا نفراد بخلاف ما نحن فيه (والطريقة) الثانية ما ذكره غسان وهو أن الحرمة
انعقدت موجبة للقراءة فاذا صلاوا بغير قراءة ففسدت صلاتهم كالقارئین وانما قلنا ان الحرمة انعقدت موجبة
للقراءة لانه وقت المشاركة في الحرمة لانها غير مفتقرة الى القراءة فانهقدت موجبة للقراءة لا اشتراكها بين القارئین
وغيرهم ثم عندا وان القراءة تفسد لانعدام القراءة بخلاف سائر الاعذار لان هناك الحرمة لم تنعقد مشتركة لان
تحرمة اللبس لم تنعقد اذا اقتدى بالعارى لا فتقارها الى ستر العورة والى ارتفاع سائر الاعذار فلم تنعقد مشتركة
بخلاف ما نحن فيه فانها غير مفتقرة الى القراءة فانهقدت تحرمة القارى مشتركة فانهقدت موجبة للقراءة
ولا يلزم على هذه الطريقة ما ذكرنا من المسئلة لان هناك تحرمة الامام لم تنعقد موجبة للقراءة لانعدام
الاشتراك بينه وبين القارى فيها اما هنا فبخلافه ولا يلزم ما اذا اقتدى القارى بالامام بنية التطوع
حيث لا يلزم القضاء ولو صح شروعه في الابتداء للزوم القضاء لانه صار شارعا في صلاة لا قراءة فيها والشروع
كالنذر ولو نذر صلاة بغير قراءة لا يلزمه شئ الا في رواية عن أبى يوسف فكذلك اذا شرع فيها ولا يجوز الاقتداء
بالكافر ولا اقتداء الرجل بالمرأة لان الكافر ليس من أهل الصلاة والمرأة ليست من أهل امامة الرجال فكانت
صلاتها عدا في حق الرجل فانهدم معنى الاقتداء وهو البناء ولا يجوز اقتداء الرجل بالخنثى المشكل لجواز أن
يكون امرأه ويجوز اقتداء المرأة بالمرأة لاستواء حالهما الا ان صلاتهن فرادى أفضل لان جماعتهن منسوخة
ويجوز اقتداء المرأة بالرجل اذا نوى الرجل امامتها وعند زفرية الامامة است بشرط على مامر وروى الحسن
عن أبى حنيفة انها اذا وقفت خلف الامام جازا اقتداؤها به وان لم ينو امامتها ثم اذا وقفت الى جنبه ففسدت صلاتها
خاصة لا صلاة الرجل وان كان نوى امامتها ففسدت صلاة الرجل وهذا قول أبى حنيفة الاول ووجهه انها اذا
وقفت خلفه كان قصدها اداء الصلاة لا افساد صلاة الرجل فلا تشتط نية الامامة واذا قامت الى جنبه فقد قصدت
افساد صلاته فبرد قصدها بافساد صلاتها الا ان يكون الرجل قد نوى امامتها حينئذ تفسد صلاته لانه ملزم لهذا
الضرر وكذا يجوز اقتداؤها بالخنثى المشكل لانه ان كان رجلا فاقتداء المرأة بالرجل صحيح وان كان امرأة فاقتداء
المرأة بالمرأة جائز ايضا لكن ينبغى للخنثى أن يتقدم ولا يقوم في وسط الصف لاحتمال أن يكون رجلا فتنفسد صلاته
بالمحاذاة وكذا تشتط نية امامة النساء لصحة اقتدائهن به لاحتمال انه رجل ولا يجوز اقتداء الخنثى المشكل بالخنثى
المشكل لاحتمال أن يكون الامام امرأة والمقتدى رجلا فيكون اقتداء الرجل بالمرأة على بعض الوجوه فلا يجوز
احتمالها (واما) الاقتداء بالمحدث أو الجنب فان كان عالما بذلك لا يصح بالا جماع وان لم يعلم به ثم علم فكذلك عندنا
وقال الشافعى القياس أن لا يصح كفى الكافر لكن ترك القياس بالانزاع وهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال ايمار رجل صلى يقوم ثم تذكركم جنة أعادوا ولم يعيدوا (واما) ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى باصحابه
ثم تذكركم جنة فأعادوا ثم تذكركم جنة فأعادوا وقال ايمار رجل صلى يقوم ثم تذكركم جنة أعادوا فأعادوا وقد روى
نحو هذا عن عمر وعلى رضي الله عنهم حتى ذكر أبو يوسف في الامالى ان عليا رضي الله عنه صلى باصحابه يوما ثم

علم انه كان جنباً فامر مؤذنه أن ينادي الا ان أمير المؤمنين كان جنباً فاعبده واصلاتكم ولا معنى الاقترناء وهو البناء ههنا لا يتحقق لانعدام تصور التعرّعه مع قيام الحشد والحنانة وما رواه مجمل على بدو الامر قبل تعلق صلاة النجوم بصلاة الامام على ما روى ان المسبوق كان اذا شرع في صلاة الامام قضى ما فاتة أولاً ثم يتابع الامام حتى تابع عبد الله بن مسعود أو معاذ رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قضى ما فاتة فصار شريفة بتقرير رسول الله صلى الله عليه وسلم ويجوز اقتداء العاري باللبس لان تحريرة الامام انعقدت لما بيني عليه المقتضى لان الامام يأتي بما يأتي به المقتضى وزيادة فيقبل البناء وكذا اقتداء العاري بالعاري لاستواء حالهما فيتحقق المشاركة في التعرّعه ثم العراة يصلون فعودا بآباء وقال بشر يصلون قياماً بركوع وسجود وهو قول الشافعي وجه قولهما انهم عجزوا عن تحصيل شرط الصلاة وهو ستر العورة وقد روي على تحصيل أركانها فعملهم الاتيان بما قدر واعليه وسقط عنهم ما عجزوا عنه ولا نهم لوصولوا قعوداً تركوا أركاناً كثيرة وهي القيام والركوع والسجود وان صلوا قياماً تركوا فرضاً واحداً وهو ستر العورة فكان أولى والدليل عليه حديث عمران بن حصين رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له صل قائماً فان لم تستطع فقاعد فان لم تستطع فعلى الجنب فهذا يستطيع أن يصلي قائماً فعليه الصلاة قائماً (وانا) ما روى عن أنس بن مالك رضي الله عنه انه قال ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ركبوا البحر فانكسرت بهم السفينة فخرجوا من البحر عراة فصلوا قعوداً بآباء وروى عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما انهما قالوا العاري يصلي قاعداً بالآباء والمعنى فيه ان الصلاة قاعدتان جثماناً وجهين أحدهما انه لو صلى قاعداً فقد ترك فرض ستر العورة الغليظة وما ترك فرضاً آخر أصلاً لأنه أدى فرض الركوع والسجود ببعضهما وهو الآباء وأدى فرض القيام بيده وهو القعود فكان فيه مراعاة الفرضين جميعاً وفيما قلتم اسقاط أحدهما أصلاً وهو ستر العورة فكان ما قلناه أولى والثاني ان ستر العورة أهم من أداء الأركان لوجهين أحدهما أن ستر العورة فرض في الصلاة وغيرها والأركان فرائض الصلاة لا غيرها والثاني ان سقوط هذه الأركان الى الآباء جائز في النوافل من غير ضرورة كالتنفل على الدابة وستر العورة لا تسقط فرضيته قط من غير ضرورة فكان أهم مراعاته أولى فلهذا جعلنا الصلاة قاعداً بالآباء أولى غير انه ان صلى قائماً بركوع وسجود أجزاء لانه وان ترك فرضاً آخر فقد كمل الأركان الثلاثة وهي القيام والركوع والسجود وبه حاجة الى تكميل هذه الأركان فصار ناركاً لفرض ستر العورة الغليظة أصلاً لفرض صحيح يجوز ناله ذلك لوجود أصل الحاجة وحصول الفرض وجعلنا القعود بالآباء أولى لكون ذلك الفرض أهم ولمراعاة الفرضين جميعاً من وجه وقد خرج الجواب عما ذكرنا من المعنى وتعلقهم بحديث عمران بن حصين غير مستقيم لانه غير مستطیع حكما حيث افترض عليه ستر العورة الغليظة ثم لو كانوا جماعة يبنون لهم أن يصلوا فرادى لانهم لو صلوا بجماعة فان قام الامام وسطهم احترازاً عن ملاحظة سوءة الغير فقد ترك سنة التقديم على الجماعة والجماعة أمر مسنون فاذا كان لا يتوصل اليه الا بارتكاب بدعة وترك سنة أخرى لا يندب الى تحصيلها بل يكره تحصيلها وان تقدمهم الامام وأمر القوم بغض أبصارهم كما ذهب اليه الحسن البصري لا يسهلون عن الوقوع في المنكر أيضاً فانه قلما يمكنهم غض البصر على وجه لا يقع على عورة الامام مع ان غض البصر في الصلاة مكروه أيضاً نص عليه القدوري لما يندرانه أموراً ينظر في كل حالة الى موضع مخصوص ليكون البصر ذا حظ من أداء هذه العبادات كساتر الأعضاء والأطراف وفي غض البصر فوات ذلك فدل انه لا يتوصل الى تحصيل الجماعة الا بارتكاب أمر مكروه فتسقط الجماعة عنهم فلو صلوا مع هذه الجماعة فالأولى لامامهم أن يقوم وسطهم لتلقيع بصرهم على عورته فان تقدمهم جاز أيضاً وحالهم في هذا الموضع كحال النساء في الصلاة الا ان الأولى أن يصلين وحدهن وان صلين بجماعة قامت امامتهن وسطهن وان تقدمتهن جاز كذلك حال العراة ويجوز اقتداء صاحب العذر بالاضمح وبعين هو مثل حاله وكذا اقتداء الامي بالقاري وبالايمى لما روي ويجوز اقتداء المومني بالراكع الساجد والمومني لما روي ويستوى الجواب

بينما اذا كان المقتدى قاعدا يومئ بالامام القاعد المومئ وبينما اذا كان قائما والامام قاعد ولان هذا القيام ليس
 بركن الاتري ان الاولى تركه فكان وجوده وعدمه بمنزلة ويجوز اقتداء الغاسل بالماسح على الخف لان الماسح على
 الخف بدل من الغسل وبدل الشيء يقوم مقامه عند الجز عنه او تعذر تحصيله فقام الماسح مقام الغسل في حق تطهير
 الرجلين لتعذر غسلهما عند كل حدث خصوصا في حق المسافر على ما مر فانعدت تحريرة الامام لاهل الصلاة مع غسل
 الرجلين لانهما هاهنا بدل من الغسل فصيح بناء تحريرة المقتدى على تلك التحريمة ولان طهارة القدم حصلت
 بالغسل السابق والخف مانع سراية الحدث الى القدم فكان هذا اقتداء الغاسل بالغاسل فصيح وكذا يجوز اقتداء
 الغاسل بالماسح على الجباير لما مر انه بدل عن الماسح قائم مقامه فيمكن تحقيق معنى الاقتداء فيه ويجوز اقتداء
 المتوضئ بالمتيم عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز وقد مر الكلام فيه في كتاب الطهارة ويجوز
 اقتداء القائم الذي يركع ويسجد بالقاعد الذي يركع ويسجد استحضانا وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والقياس أن
 لا يجوز وهو قول محمد وعلى هذا الاختلاف اقتداء القائم المومئ بالقاعد المومئ وجه القياس ما روى عن النبي
 صلى الله عليه وسلم انه قال لا يؤمن أحد بعدى جالسا أي قائما لا يجاعنا على انه لو أم لجالس جاز ولان المقتدى
 أعلى حالا من الامام فلا يجوز اقتدائه به كقائد الر كع الساجد بالمومئ واقتداء القاري بالامي (وبقهه)
 ما بينا ان المقتدى يبنى تحريرته على تحريرة الامام وتحريرة الامام ما انعدت للقيام بل انعدت للعود فلا يمكن
 بناء القيام عليها كالا يمكن بناء القراءة على تحريرة الامم وبناء الركوع والسجود على تحريرة المومئ وجه
 الاستحسان ما روى ان آخر صلاة صلاه رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثوب واحد متوشهاه قاعدا
 وأصحابه خلفه قيام يقتدون به فانه لما ضعف في مرضه قال مروا أبا بكر فليصل بالناس فقالت عائشة لحفصة
 رضي الله عنها قولي له ان أبا بكر رجل أسيء اذا وقف في مكانك لا يملك نفسه فلو أمرت غيره فقالت حفصة ذلك
 فقال صلى الله عليه وسلم أتنصون لي بغيري يوسف مروا أبا بكر يصلي بالناس فلما افتتح أبو بكر رضي الله عنه
 الصلاة وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في نفسه خفة فخرج وهو يهادى بين علي والعباس ورجلاه
 يخفان الأرض حتى دخل المسجد فلما سمع أبو بكر رضي الله عنه حسه تأخر فقدم رسول الله صلى الله عليه
 وسلم وجلس يصلي وأبو بكر يصلي بصلاته والناس يصلون بصلاة أبي بكر يعني ان أبا بكر رضي الله عنه كان
 يسمع تكبير رسول الله صلى الله عليه وسلم فيكبر والناس يكبرون بتكبير أبي بكر فقد ثبت الجواز على وجه لا يتوهم
 ورود النسخ عليه ولو توهم ورود النسخ ثبت الجواز ما لم يثبت النسخ فاذا لم يتوهم ورود النسخ أولى ولان
 القعود غير القيام واذا أقيم شيء مقام غيره جعل بدلا عنه كالمسح على الخف مع غسل الرجلين وانما قلنا انهما
 متغايران بدليل الحكم والحقيقة (أما) الحقيقة فلأن القيام اسم لمعنيين متفقين في محلين مختلفين وهما
 الانتصابان في النصف الأعلى والنصف الأسفل فلو تبدل الانتصاب في النصف الأعلى عما يضافه وهو الانحناء
 سمي ركوعا لوجود الانحناء لانه في اللغة عبارة عن الانحناء من غير اعتبار النصف الأسفل لأن ذلك وقع
 وفاقا لما هو في اللغة فاسم لشيء واحد فب وهو الانحناء ولو تبدل الانتصاب في النصف الأسفل عما يضافه
 وهو انضمام الرجلين والصلاق الالية بالأرض سمي قعودا فكان القعود اسمين لمعنيين مختلفين في محلين مختلفين
 وهما الانتصاب في النصف الأعلى والانضمام والاستقرار على الأرض في النصف الأسفل فكان القعود مضادا
 للقيام في أحد معنييه وكذلك الركوع والركوع مع القعود يضاد كل واحد منهما لالاخر بمعنى واحد وهو صفة
 النصف الأعلى واسم المعنيين يقوت بالكلية بوجود مضاد احد معنييه كالبلوغ واليتيم فيقوت القيام بوجود القعود
 أو الركوع بالكلية ولهذا قال قائل ما قلت بل قعدت وما أدركت القيام بل أدركت الركوع لم يعد مناقضاني
 كلامه وأما الحكم فلان ما صار القيام لاجله طاعة يقوت عند الجلوس بالكلية لان القيام انما صار طاعة لا تنصب
 نصفه الأعلى بل لا تنصب رجله لما يلحق رجله من المشقة وهو بالكلية يقوت عند الجلوس فثبت حقيقة

وحكا ان القيام يقوت عند الجلوس فصار الجلوس بدلا عنه والبدل عند العجز عن الأصل أو تعذر تحصيله يقوم مقام الأصل ولهذا جوزنا اقتداء الفاسل بالماسح لقيام المسح مقام التسليم في حق تطهير الرجلين عند تعذر التسليم لكونه بدلا عنه فكان القعود من الامام عزلة القيام لو كان قادرا عليه فعملت تحريمة الامام في حق الامام منعقدة للقيام لا انعقادها لما هو بدل القيام فصح بناء قيام المقتدي على تلك التحريمة بخلاف اقتداء القارئ بالامام لان هناك لم يوجد ما هو بدل القراءة بل سقطت أصلا فلم تنعقد تحريمة الامام للقراءة فلا يجوز بناء القراءة عليه اما ههنا لم يسقط القيام أصلا بل أقيم بدله مقامه ألا ترى انه لو اضطلع وهو قادر على القعود لا يجوز ولو كان القيام يسقط أصلا من غير بدل وذلك وقت وجوب القعود بنفسه كان ينبغي انه لو صلى مضطجعا يجوز وحيث لم يجز دل انه انما لا يجوز لسقوط القيام الى بدله وجعل بدله عينا القيام وبخلاف اقتداء الراكع الساجد بالموحى لما مر أن الاعماء ليس عين الركوع والسجود بل هو تحصيل بعض الركوع والسجود ألا انه ليس فيه كمال الركوع والسجود فلم تنعقد تحريمة الامام للفائت وهو الكمال فلم يمكن بناء كمال الركوع والسجود على تلك التحريمة وقد خرج الجواب عما ذكر من المعنى وما روى من الحديث كان في الابتداء فانه روى ان النبي صلى الله عليه وسلم سقط عن فرس فحش جنبه فلم يخرج اياما ودخل عليه أصحابه فوجدوه يصلي قاعدا فافتحوا الصلاة خلفه قياما فلما رآهم على ذلك قال استثنان بالفارس والر ومأمروهم بالقعود ثم نههم عن ذلك فقال لا يؤمن أحد بعدى جالسا ألا ترى انه تكلم في الصلاة فقال استثنان بفارس والر ومأمروهم بالقعود فدل ان ذلك كان في الابتداء حين كان التكلم في الصلاة مباحا وما روينا آخر صلاة صلاها فانسخ قوله السابق بفعله المتأخر وعلى هذا يخرج اقتداء المقترض بالمتنفل انه لا يجوز عندنا خلافا للشافعي ويجوز اقتداء المتنفل بالمقترض عند عامة العلماء خلافا للمالك (احتج) الشافعي بعمار بن جابر بن عبد الله ان معاذ كان يصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم العشاء ثم يرجع فيصلبها بقومه في بني سلمة ومعاذ كان متنفلا وكان يصلي خلفه المقتضون ولان كل واحد منهم يصلي صلاة نفسه لا صلاة صاحبه لاستحالة أن يفعل العبد فعل غيره فيجوز فعل كل واحد منهما سواء وافق فعل أمامه أو خالفه ولهذا جاز اقتداء المتنفل بالمقترض (ولنا) ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى بالناس صلاة الخوف وجعل الناس طائفتين وصلى بكل طائفة شطر الصلاة لينال كل فريق فضيلة الصلاة خلفه ولو جاز اقتداء المقترض بالمتنفل لاتم الصلاة بالطائفة الاولى ثم نوى النفل وصلى بالطائفة الثانية لينال كل طائفة فضيلة الصلاة خلفه من غير الحاجة الى المشي وأفعال كثيرة ليست من الصلاة ولان تحريمة الامام ما انعقدت لصلاة القرض والقرض وان لم تكن صفة زائدة على ذات الفعل فليست راجعة الى الذات ايضا بل هي من الاوصاف الاضافية على ما عرف في موضعه فلم يصح البناء من المقتدي بخلاف اقتداء المتنفل بالمقترض لان التولية ليست من باب الصفة بل هي عدم اذ النفل عبارة عن أصل لا وصف له فكانت تحريمة الامام منعقدة لما ينبغي عليه المقتدي وزيادة فصيح البناء وقد خرج الجواب عن معناه فان كل واحد منهما يصلي صلاة نفسه لا نأقول نعم لكن احدهما بناء على الاخرى وتعذر تحقيق معنى البناء وما روى من الحديث فليس فيه ان معاذ كان يصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم القرض فيحصل أنه كان ينوي النفل ثم يصلي بقومه القرض ولهذا قال له صلى الله عليه وسلم لما بلغه طول قراءته اما ان تخفف بهم والا فاجعل صلاتك معنا على انه يحصل انه كان في الابتداء حين كان تكرار القرض مشروعا وينبغي على هذا الخلاف اقتداء الغين بالصبيان في الفرائض انه لا يجوز عندنا لان الفعل من الصبي لا يقع فرضا فكان اقتداء المقترض بالمتنفل وعند الشافعي يصح (احتج) بعمار بن عمرو بن سلمة كان يصلي بالناس وهو ابن تسع سنين ولا يحمل على صلاة التراويح لانهم لم تكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جماعة فدل انه كان في الفرائض والجواب ان ذلك كان في ابتداء الاسلام حين لم تكن صلاة المقتدي متعلقة بصلاة الامام على ما ذكرنا ثم لم يصح وامام في التطوعات فقد روى عن محمد بن مقاتل الرازي انه أجاز ذلك في التراويح والاصح ان

ذلك لا يجوز عندنا لا في الفريضة ولا في التطوع لان تحريمه الصبي انعقدت لنقل غير مضمون عليه بالافساد ونقل المقتدى البالغ مضمون عليه بالافساد فلا يصح البناء وينبغي للرجل ان يؤدب ولده على الطهارة والصلاة اذا عقلهما القول النبي صلى الله عليه وسلم مر واصبى انكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا واضر بهم عليها اذا بلغوا عشرين ولا يفترض عليه الا بعد البلوغ ونذكر حد البلوغ في موضع آخر ان شاء الله تعالى ولو احتلم الصبي ليلائم انثى قبل طلوع الفجر قضى صلاة العشاء بخلاف لانه حكمه بالبلوغ بالا حتمام وقد انثىه والوقت قائم فيلزمه ان يؤدبها وان لم ينتبه حتى طلع الفجر اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ليس عليه قضاء صلاة العشاء لانه وان بلغ بالا حتمام لكنه نائم فلا يتناوله الخطاب ولا نه يحتمل انه احتلم بعد طلوع الفجر ويحتمل قبله فلا تلزمه الصلاة بالشد وقال بعضهم عليه صلاة العشاء لان النوم لا يمنع الوجوب ولانه اذا احتلم انه احتلم قبل طلوع الفجر واحتلم بعده فالقول بالوجوب أحوط وعلى هذا لا يجوز اقتداء مصلي الظهر بمصلي العصر ولا اقتداء من يصلي ظهرا بمن يصلي ظهرا يوم غير ذلك اليوم عندنا لا اختلاف سبب وجوب الصلاتين وصفتهما وذلك يمنع صحة الاقتداء لما مر وروى عن أفلح بن كثير أنه قال دخلت المدينة ولم أكن صليت الظهر فوجدت الناس في الصلاة فظننت انهم في الظهر فدخلت معهم ونويت الظهر فلما فرغوا علمت انهم كانوا في العصر فقامت وصليت الظهر ثم صليت العصر ثم خرجت فوجدت أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرين فاخبرتهم بما فعلت فاستصوبوا ذلك وأمروا به فانعقد الاجماع من الصحابة رضي الله عنهم على ما قلنا وعلى هذا لا يجوز اقتداء الناذر بالناذر بان نذر رجلا ن كل واحد منهما أن يصلي ركعتين فاقتدى أحدهما بالاخر فبما نذر وكذا اذا شرع رجلا ن كل واحد منهما في صلاة التطوع وحده ثم أفسدها على نفسه حتى وجب عليه القضاء فاقتدى أحدهما بصاحبه لا يصح لان سبب وجوب الصلاتين مختلف وهو نذر كل واحد منهما وشروطه فاختلاف الواجبان وتبايرها وذلك يمنع صحة الاقتداء لما بيننا بخلاف اقتداء الخالف بالخالف حيث يصح لان الواجب هناك تحقيق البر لا نفس الصلاة فبقيت كل واحدة من الصلاتين في حق نفسه انفلا فكان اقتداء المتنفل بالمتنفل فصيح وكذا واشتركا في صلاة التطوع بان اقتدى أحدهما بصاحبه فيهما ثم أفسدها حتى وجب القضاء عليهما فاقتدى أحدهما بصاحبه في القضاء جاز لانها صلاة واحدة مشتركة بينهما فكان سبب الوجوب واحدا معنى فصيح الاقتداء ثم اذا لم يصح الاقتداء عند اختلاف الفرضين فصلاة الامام جائزة كيفما كان لان صلاته غير متعلقة بصلاة المقتدى وأما صلاة المقتدى اذا فسدت عن الفريضة هل يصير شارعا في التطوع ذكر في باب الاذان انه يصير شارعا في النقل وذكر في زيادات الزيادات وفي باب الحدث ما يدل على انه لا يصير شارعا فانه ذكر في باب الحدث في الرجل اذا كان يصلي الظهر وقد نوى امامة النساء فجاء امرأه واقترنت به فرضا آخر لم يصح اقتداؤه به ولا يصير شارعا في التطوع حتى لو حاذت الامام لم تفسد عليه صلاته فن مشايخنا من قال في المسئلة زوايتان ومنهم من قال ماذا ذكر في باب الاذان قول أبي حنيفة وأبي يوسف وما ذكر في باب الحدث قول محمد وجعلوه فرعية مسئلة وهي ان المصلي اذا لم يفرغ من الفجر حتى طلعت الشمس بقي في التطوع عندهما الا انه يكف حتى ترتفع الشمس ثم يضم اليها ما يقف فيكون تطوعا وعنده يصير خارجا من الصلاة بطول الشمس وكذا اذا كان في الظهر فتذكر انه نسي الفجر ينقلب ظهره تطوعا وعندهما وعند محمد يصير خارجا من الصلاة وجه قول محمد انه نوى فرضا عليه ولم يظهر انه ليس عليه فرض فلا يلغونه في الفرض فن حيث انه لم يبلغ نية الفرض لم يصير شارعا في النقل ومن حيث انه يخالف فرضه فرض الامام لم يصح الاقتداء فلم يصير شارعا في الصلاة أصلا بخلاف ما اذا لم يكن عليه الفرض لان نية الفرض ائتت أصلا كانه لم ينو وجه قولهما انه بنى أصل الصلاة ووصفها على صلاة الامام وبناء الأصل صحيح وبناء الوصف لم يصح فلغا بناء الوصف وبقي بناء الأصل وبطلان بناء الوصف لا يوجب بطلان بناء الأصل لاستغناء الأصل عن هذا الوصف فيصير هذا اقتداء المتنفل بالمقتضى وانه جائز وذكر في النوادر عن محمد

في رجلين يصليان صلاة واحدة ما ينوي كل واحد منهما أن يؤم صاحبه فيها أن صلاتهما جائزة لأن صحة صلاة الإمام غير متعلقة بصلاة غيره فصار كل واحد منهما كالمتفرد في حق نفسه ولو اقتدى كل واحد منهما بصاحبه فيها فصلاتهما فاسدة لأن صلاة المقتدي متعلقة بصلاة الإمام ولا إمام ههنا (ومنها) أن لا يكون المقتدي عند الاقتداء متقدما على إمامه عندنا وقال مالك هذا ليس بشرط ويجزئه إذا أمكنه متابعة الإمام وجه قوله أن الاقتداء يوجب المتابعة في الصلاة والمكان ليس من الصلاة فلا يجب المتابعة فيه الا ترى أن الإمام يصلي عند الكعبة في مقام إبراهيم عليه الصلاة والسلام والقوم صف حول البيت ولا شأن أن أكثرهم قبل الإمام (ولنا) قول النبي صلى الله عليه وسلم ليس مع الإمام من تقدمه ولأنه إذا تقدم الإمام يشبهه عليه حاله أو يحتاج إلى النظر وراءه في كل وقت ليتابعه فلا يمكنه المتابعة ولأن المكان من لوازمه الا ترى أنه إذا كان بينه وبين الإمام نهر أو طريق لم يصح الاقتداء لعدم التبعية في المكان كذا هذا بخلاف الصلاة في الكعبة لأن وجهه إذا كان إلى الإمام لم تنقطع التبعية ولا يسمى قبله بل هما متقابلان كما إذا حاذى إمامه وانما تحقق القبليّة إذا كان ظهره إلى الإمام ولم يوجد وكذا لا يشبهه عليه حال الإمام والمأموم (ومنها) اتحاد مكان الإمام والمأموم لأن الاقتداء يقتضي التبعية في الصلاة والمكان من لوازم الصلاة فيقتضي التبعية في المكان ضرورة وعند اختلاف المكان تنعدم التبعية في المكان فتتعدم التبعية في الصلاة لعدم لازمه ولو كان اختلاف المكان يوجب خفاء حال الإمام على المقتدي فتعذر عليه المتابعة التي هي معنى الاقتداء حتى أنه لو كان بينهما طريق عام عرفه الناس أو نهر عظيم لا يصح الاقتداء لأن ذلك يوجب اختلاف المكانين عرفا مع اختلافهما حقيقة فيمنع صحة الاقتداء وأصله ما روى عن عمر رضي الله عنه موقفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان بينه وبين الإمام نهر أو طريق أو صف من النساء فلا صلاة له ومقدار الطريق العام ذكر في الفتاوى أنه سئل أبو نصر محمد بن محمد بن سلام عن مقدار الطريق الذي يمنع صحة الاقتداء فقال مقدار ما عرفه العجلة أو تعرفه الأوقار وسئل أبو القاسم الصفار عنه فقال مقدار ما عرفه الجمل وأما النهر العظيم فلا يمكن العبور عليه إلا بعلاج كالقنطرة ونحوها وذكر الإمام المرخسي أن المراد من الطريق ما عرفه العجلة وما وراء ذلك طريق والمراد بالنهر ما تجري فيه السفن وما دون ذلك بمنزلة الجدول لا يمنع صحة الاقتداء فإن كانت الصفوف متصلة على الطريق جاز الاقتداء لأن اتصال الصفوف أخرجه من أن يكون عمر الناس فلم يبق طريقا بل صار مصلى في حق هذه الصلاة وكذلك إن كان على النهر جسر وعليه صف متصل لما قلنا ولو كان بينهما حائط ذكر في الأصل أنه يجوزته وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوزته وهذا في الحاصل على وجهين إن كان الحائط قصيرا ذليلا بحيث يتمكن كل أحد من الركوب عليه كحائط المقصورة لا يمنع الاقتداء لأن ذلك لا يمنع التبعية في المكان ولا يوجب خفاء حال الإمام ولو كان بين الصفيين حائط إن كان طويلا وعرضا ليس فيه ثقب يمنع الاقتداء وإن كان فيه ثقب لا يمنع مشاهدة حال الإمام لا يمنع بالاجتماع وإن كان كبيرا فإن كان عليه باب مفتوح أو خوخة فكذلك وإن لم يكن عليه شيء من ذلك ففيه روايتان وجه الرواية الأولى التي قال لا يصح أنه يشبهه عليه حال إمامه فلا يمكنه المتابعة وجه الرواية الأخرى الوجود وهو ما ظهر من عمل الناس في الصلاة بمكة فإن الإمام يقف في مقام إبراهيم صلوات الله عليه وسلامه وبعض الناس يقفون وراء الكعبة من الجانب الآخر فينبهم وبين الإمام حائط الكعبة ولم يمنعهم أحد من ذلك فدل على الجواز ولو كان بينهم ما صنف من النساء يمنع صحة الاقتداء لما روينا من الحديث ولأن الصف من النساء بمنزلة الحائط الكبير الذي ليس فيه فرجة وذات يمنع صحة الاقتداء كذا هذا ولو اقتدى بالإمام في أقصى المسجد والإمام في المحراب جاز لأن المسجد على تباعد أطرافه جعل في الحكم كمكان واحد ولو وقف على سطح المسجد واقتدى بالإمام فإن كان وقوفه خلف الإمام أو بجذائه أجزأه لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه وقف على سطح واقتدى بالإمام وهو في جوفه ولأن سطح المسجد تبع

للمسجد وحكم التبع حكم الاصل فكانه في جوف المسجد وهذا اذا كان لا يشبهه عليه حال امامه فان كان يشبه لا يجوز ان كان وقوفه متقدما على الامام لا يجوز له لانعدام معنى التبعية كالمكان في جوف المسجد وكذلك لو كان على سطح بجنب المسجد متصل به ليس بينهما طريق فاقتردي به صبح اقتداؤه عندنا وقال الشافعي لا يصح لانه ترك مكان الصلاة بالجماعة من غير ضرورة (ولنا) ان السطح اذا كان متصلا بسطح المسجد كان تبعا لسطح المسجد وتبع سطح المسجد في حكم المسجد فكان اقتداؤه وهو عليه كاقتراده وهو في جوف المسجد اذا كان لا يشبهه عليه حال الامام ولو اقتدى خارج المسجد بالامام في المسجد كان كالتصوف متصله جاز ولا فلا لان ذلك الموضع بحكم اتصال الصوف يلحق بالمسجد هذا اذا كان الامام يصلي في المسجد فاما اذا كان يصلي في الصحراء فان كانت الفرجة التي بين الامام والقوم قدر الصفين فصاعدا لا يجوز اقتداؤهم به لان ذلك بمنزلة الطريق العام أو النهر العظيم فيوجب اختلاف المكان وذكر في الفتاوى انه سئل أبو نصر عن امام يصلي في فلاة من الارض كم مقدار ما بينهما حتى يمنع صحة الاقتداء قال اذا كان مقدار ما لا يمكن ان يصطف فيه جازت صلاتهم فقل له لو صلى في مصلى العيد قال حكمه حكم المسجد ولو كان الامام يصلي على دكان والقوم أسفل منه أو على القلب جاز ويكره (أما) الجواز فلان ذلك لا يقطع التبعية ولا يوجب خفاء حال الامام (وأما) الكراهة فلشبهة اختلاف المكان ولما يذكر في بيان ما يكره للمصلي أن يفعله في صلاته ان شاء الله تعالى وانفراد المقتدى خلف الامام عن الصف لا يمنع صحة الاقتداء عند عامة العلماء وقال أصحاب الحديث منهم أحمد بن حنبل يمنع (واحتجوا) بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا صلاة لمنفرد خلف الصف وعن وابصة أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يصلي في حجرة من الارض فقال أعد صلاتك فانه لا صلاة لمنفرد خلف الصف (ولنا) ما روى عن أنس ابن مالك رضي الله عنه أنه قال أقامني النبي صلى الله عليه وسلم واليقيم وراءه وأقام أمي أم سليم وراءنا جاوز اقتداءها به عن انفرادها خلف الصف وفي الحديث على أن محاذاة المرأة مفسدة صلاة الرجل لانه أقامها خلفه مامع نهيها عن الانفراد خلف الصف فعلم أنه انما فعل صيانة لصلاتها ما روى أن أبا بكر رضي الله عنه دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم راكع فكبر وركع ودب حتى التحق بالصف فقام فرغ النبي من صلاته قال زادك الله حرصا ولا تعدوا وقال لا تعدجوا اقتداء به خلف الصف والدليل عليه أنه لو تبين أن من يجنبه كان محذورا تجوز صلاته بالاجماع وان كان هو منفردا خلف الصف حقيقة والحديث محمول على نفي السكالم والامر بالعادة شاذ ولو ثبت فيحتمل أنه كان بينه وبين الامام ما يمنع الاقتداء وفي الحديث ما يدل عليه فانه قال في حجرة من الارض أي ناحية لكن الاولى عندنا أن يلحق بالصف ان وجد فرجه ثم يكبر ويكره له الانفراد من غير ضرورة ووجه الكراهة نذكره في بيان ما يكره فعله في الصلاة ولو انفردهم مشي يلحق بالصف ذكر في الفتاوى عن محمد بن سلمة انه ان مشي في صلاته مقدار صف واحد لا تقصد وان مشي أكثر من ذلك فسدت وكذلك المسبوق اذا قام الى قضاء ما سبق به فتقدم حتى لا يمر الناس بين يديه انه ان مشي قدر صف لا تقصد صلاته وان كان أكثر من ذلك فسدت وهو اختيار الفقيه أبي الليث سواء كان في المسجد أو في الصحراء ومشى مقدار صف ووقف لا تقصد صلاته وقد رخص بعض أصحابنا بوضع سجوده وبعضهم بمقدار الصفيين ان زاد على ذلك فسدت صلاته

فصل وأما واجباتها فانواع بعضها قبل الصلاة وبعضها في الصلاة وبعضها عند الخروج من الصلاة وبعضها في حرمة الصلاة بعد الخروج منها (أما) التي قبل الصلاة فاثنتان أحدهما الاذان والاقامة والكلام في الاذان يقع في مواضع في بيان وجوبه في الجملة وفي بيان كيفية وفي بيان سببه وفي بيان محل وجوبه وفي بيان وقته وفي بيان ما يجب على السامعين عند سماعه (أما) الاول فقد ذكر محمد ما يدل على الوجوب فانه قال ان أهل بلدة لو اجتمعوا على ترك الاذان لعانتهم عليه ولو تركه واحد ضربته وجبته وانما يقال ويضرب

ويجب على ترك الواجب وعامة مشايخنا قالوا انهم اسنن مؤكداً لما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال في قوم صلبوا الظهر أو العصر في المصر بجماعة بغير أذان ولا إقامة فقد أخطوا السنة وخالفوا أو اغوا القولان لا يتنافيان لأن السنة المؤكدة والواجب سواء خصوصاً السنة التي هي من شعائر الاسلام فلا يسع تركها ومن تركها فقد أساء لأن ترك السنة المتواترة يوجب الاساءة وإن لم تكن من شعائر الاسلام فهذا أولى الأثرى أن أبا حنيفة سماه سنة ثم فسر بالواجب حيث قال أخطوا السنة وخالفوا أو اغوا أو الاثم انما يلزم بترك الواجب ودليل الوجوب حديث عبد الله بن زيد بن عبد ربه أن أنصاري رضى الله تعالى عنه وهو الاصل في باب الاذان فإنه روى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كان تفوتهم الصلاة مع الجماعة لا شتبه الوقت عليهم وأرادوا أن ينصبوا لذلك علامة قال بعضهم نضرب بالناقوس فذكرها ذلك لمكان النصارى وقال بعضهم نضرب بالشبور فذكرها ذلك لمكان اليهود وقال بعضهم نوقد ناراً عظيمة فذكرها ذلك لمكان المجوس فنفرقوا من غير رأي اجتمعوا عليه فدخل عبد الله بن زيد منزله فقدمت امرأته العشاء فقال ما أنا بآكل وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم همهم أمر الصلاة إلى أن قال كنت بين النائم واليقظان إذ رايت نازلاً نزل من السماء وعليه بردان أخضران وبسده ناقوس فقلت له أتبيع منى هذا الناقوس فقال ما تصنع به فقلت أذهب به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليضرب به لوقت الصلاة فقال ألا أدلك إلى ما هو خير منه فقلت نعم فوقف على حذم حائط مستقبل القبلة وقال الله أكبر الأذان المعروف إلى آخره قال ثم مكث هنيهة ثم قال مثل ذلك إلا أنه زاد في آخره قد قامت الصلاة مرتين قال فلما أصبحت ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه لرؤيا حق فالتفتا إلى بلال فإنه أتى وأمد صوتاً منك ومرة ينادى به فلما سمع عمر ابن الخطاب رضى الله عنه أذان بلال خرج من المنزل بجرديل ردائه فقال يا رسول الله والذي بعثك بالحق لقد طاف في الليلة مثل ما طاف بعبد الله إلا أنه سبقني به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحمد لله وانه لا ثبت فقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الله أن يلقى الاذان إلى بلال ويأمره ينادى به ومطلق الامر لوجوب العمل وروى عن محمد بن الحنفية انه انكر ذلك ولا معنى للانكار فإنه روى عن معاذ وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم أنهم قالوا ان اصل الاذان رؤى يا عبد الله بن زيد الا نصارى رضى الله عنه وهذا ان اصل الاذان وان كان رؤى يا عبد الله لكن النبي صلى الله عليه وسلم لما شهد بحقيقة رؤياه ثبتت حقيقتها ولما أمره بأن يأمر بلالاً ينادى به ثبت وجوبه لما بينا ولان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه في عمره في الصلوات المكتوبات ومواظبته دليل الوجوب مهما قام عليه دليل عدم الغرضية وقد قام ههنا

فصل وأما بيان كيفية الاذان فهو على الكيفية المعروفة المتواترة من غير زيادة ولا نقصان عند عامة العلماء وزاد بعضهم ونقص البعض فقال مالك يجتم الاذان بقوله الله أكبر اعتباراً للاقتناء بالابتداء (ولنا) حديث عبد الله بن زيد وفيه الختم بل الله الا الله وأصل الاذان ثبت بحديثه فكذلك قدره وما يروون فيه من الحديث فهو غريب فلا يقبل خصوصاً ما اتهم به بالهوى والاعتقاد في مثله على المشهور وهو ما روينا وقال مالك يكبر في الابتداء مرتين وهو رواية عن أبي يوسف اعتباراً بكلمة الشهادتين حيث يؤتى بها مرتين (ولنا) حديث عبد الله بن زيد وفيه التكبير أربع مرات بصوتين وروى عن أبي محذورة مؤذن مكة أنه قال علمني رسول الله صلى الله عليه وسلم الاذان تسعة عشر كلمة والاقامة سبعة عشر كلمة وانما يكون كذلك اذا كان التكبير فيه مرتين وأما الاعتبار بالشهادتين فنقول كل تكبيرتين بصوت واحد عندنا فكأنهما كلمة واحدة فيأتي بهما مرتين كما يأتي بالشهادتين وقال الشافعي فيه ترجيح وهو أن يتبدى المؤذن بالشهادتين فيقول أشهد أن لا إله الا الله مرتين أشهد أن محمداً رسول الله مرتين يخفص بهما صوته ثم يرجع إليهما ويرفعهما صوته (واحتج) بحديث أبي محذورة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له ارجع فديهم ما صوتك (ولنا) حديث عبد الله بن زيد وليس فيه

ترجييع وكذا لم يكن في اذان بلال وابن أم مكتوم ترجيع (وأما) حديث أبي محذورة فقد كان في ابتداء الاسلام فانه روى انه لما أذن وكان حديث الهدى بالاسلام قال الله أكبر الله أكبر أربع مرات بصوتين ومدصوته فلما بلغ الى الشهادتين خفضهما صوته بعضهما قالوا انما فعل ذلك مخافة الكفار وبعضهم قالوا انه كان جهوري الصوت وكان في الجاهلية يجهر بسب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما بلغ الى الشهادتين استخفى خفضهما صوته فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعرك أذنه وقال ارجع وقل أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا رسول الله ومدحهما صوتك غيظا للكفار (وأما) الاقامة فتشئ عند جماعة العلماء كالاذان وعند مالك والشافعي فرادى فرادى الا قوله قد قامت الصلاة فانه يقولها مرتين عند الشافعي (واحتجا) بما روى أنس بن مالك ان بلال راى الله عنه أمر أن يشفع الاذان ويوتر الاقامة والظاهر ان الآخر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولنا) حديث عبد الله بن زيد ان النازل من السماء أتى بالاذان ومكث هنيهة ثم قال مثل ذلك الا أنه زاد في آخره مرتين قد قامت الصلاة وروينا في حديث أبي محذورة والاقامة تسبعة عشر كلمة وانما تكون كذلك اذا كانت متنى وقال ابراهيم الغضائى كان الناس يشفعون الاقامة حتى خرج هؤلاء يعني بنى أمية فأفردوا الاقامة ومثله لا يكذب وأشار الى كون الافراد بدعة والحديث محمول على الشفع والابتداء في حق الصوت والنفس دون حقيقة الكلمة بدليل ما ذكرنا والله أعلم (وأما) التثويب فالكلام فيه في ثلاثة مواضع أحدها في تفسير التثويب في الشرع والثاني في المحل الذي شرع فيه والثالث في وقته (أما) الأول فقد ذكره محمد رحمه الله في كتاب الصلاة قلت أرايت كيف التثويب في صلاة الفجر قال كان التثويب الأول بعد الاذان الصلاة خير من النوم فأحدث الناس هذا التثويب وهو حسن فسر التثويب وبين وقته ولم يفسر التثويب المحدث ولم يبين وقته وفسر ذلك في الجامع الصغير وبين وقته فقال التثويب الذي يصنعه الناس بين الاذان والاقامة في صلاة الفجر حتى على الصلاة حتى على الفلاح مرتين حسن وانما ساءا محدثا لأنه أحدث في زمن التابعين ووصفه بالحسن لأنهم استحسنوه وقد قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المؤمنون قبيحا فهو عند الله قبيح (وأما) محل التثويب فمحل الاول هو صلاة الفجر عند جماعة العلماء وقال بعض الناس بالتثويب في صلاة العشاء أيضا وهو أحد قولى الشافعي رحمه الله تعالى في القديم وأنكر التثويب في الجديد رأسا وجه قوله الأول ان هذا وقت نوم وغفلة كوقت الفجر فيحتاج الى زيادة اعلام كما في وقت الفجر وجه قوله الاخر ان أبا محذورة علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم الاذان تسعة عشر كلمة وليس فيها التثويب وكذا ليس في حديث عبد الله بن زيد ذكر التثويب (ولنا) ما روى عبد الرحمن بن أبي ليلى عن بلال رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا بلال ثوب في الفجر ولا تثوب في غيرها فبطل به المذهبان جميعا وعن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه ان بلالا أتى النبي صلى الله عليه وسلم بوذنه بالصلاة فوجده واقدا فقال الصلاة خير من النوم فقال النبي صلى الله عليه وسلم ما أحسن هذا جعله في أذانك وعن أنس ابن مالك رضي الله عنه أنه قال كان التثويب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة خير من النوم وتعليم النبي صلى الله عليه وسلم أبا محذورة وتعليم الملك كان تعليم أصل الاذان لا ما يدكر فيه من زيادة الاعلام وما ذكرنا من الاعتبار غير سديد لأن وقت الفجر وقت نوم وغفلة بخلاف غيره من الأوقات مع انه صلى الله عليه وسلم نهى عن النوم قبل العشاء وعن السهر بعدها فالظاهر هو التيقظ (وأما) التثويب المحدث فمحل صلاة الفجر أيضا ووقته ما بين الاذان والاقامة وتفسيره أن يقول حتى على الصلاة حتى على الفلاح على ما بين في الجامع الصغير غير ان مشايخنا قالوا لا بأس بالتثويب المحدث في سائر الصلوات لفرط غلبة الغفلة على الناس في زماننا وشدة كونهم الى الدنيا وتمائمهم بأمور الدين فصار سائر الصلوات في زماننا مثل الفجر في زمانهم فكان زيادة الاعلام من باب التعاون على البر والتقوى فكان مستحسننا ولهذا قال أبو يوسف لا يرى بأسا أن يقول المؤذن السلام عليك

أيها الأمير ورحمة الله وبركاته هي على الصلاة هي على الفلاح الصلاة يرسل الله لا اختصاصهم بزيادة شغل بسبب النظر في أمور الرعية فاحتاجوا إلى زيادة اعلام انظارهم ثم التثويب في كل بلدة على ما يتعارفونه اما بالتصريح او بقوله الصلاة الصلاة أو قامت قامت أو بابل نماز بابل كما يفعل أهل بخارى لانه الاعلام والاعلام انما يحصل بما يتعارفونه (وأما) وقته فتعدينا وقت التثويب القديم والمحدث جميعا والله الموفق

فصل وأما بيان سنن الاذان فسنن الاذان في الاصل نوعان نوع يرجع الى نفس الاذان ونوع يرجع الى صفات المؤذن (أما) الذي يرجع الى نفس الاذان فانواع منها أن يجهر بالاذان فيرفع به صوته لان المقصود وهو الاعلام يحصل به الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن زيد علمه بالالا فانه أمدى وأمد صوتا منك ولهذا كان الافضل أن يؤذن في موضع يكون أسمع للجيران كالمذنة ونحوها ولا ينبغي أن يجهد نفسه لانه يخاف حدوث بعض العلل كالغثق وأشياء ذلك دل عليه ما روى ان عمر رضي الله عنه قال لابي محذورة أو لمؤذن بيت المقدس حين رآه يجهد نفسه في الاذان اما تخشى أن ينقطع مرطاك وهو ما بين السرة الى العانة وكذا يجهر بالاقامة لكن دون الجهر بالاذان لان المطلوب من الاعلام مهادون المقصود من الاذان (ومنها) أن يفصل بين كلتي الاذان بسكتة ولا يفصل بين كلتي الاقامة بل يجعلها كلاما واحدا لان الاعلام المطلوب من الاول لا يحصل الا بالفصل والمطلوب من الاقامة يحصل بدون (ومنها) أن يرسل في الاذان ويجدر في الاقامة لقول النبي صلى الله عليه وسلم لبلال رضي الله عنه اذا أذنت فترسل واذا أقت فاحدروني رواية فاحذروني رواية فاحذف ولان الاذان لاعلام الغائبين بهجوم الوقت وذاتي الترسل أبلغ والاقامة لاعلام الحاضرين بالشرع في الصلاة وانه يحصل بالحدرو ولو ترسل فيهما أو حدرا جزاء لحصول أصل المقصود وهو الاعلام (ومنها) أن يرتب بين كلمات الاذان والاقامة حتى لو قدم البعض على البعض ترك المقدم ثم يرتب ويؤلف ويعيد المقدم لانه لم يصادف محله فلما وكذلك اذ نوب بين الاذان والاقامة في الفجر فظن انه في الاقامة فاعلم ثم تذكر قبل الشروع في الصلاة فالأفضل أن يأتي بالاقامة من أولها الى آخرها مراعاة للترتيب ودليل كون الترتيب سنة أن النازل من السماء رتب وكذا المروي عن مؤذني رسول الله صلى الله عليه وسلم انه رتبها رتبوا لان الترتيب في الصلاة فرض والاذان شبهها فكان الترتيب فيه سنة (ومنها) أن يوالي بين كلمات الاذان والاقامة لان النازل من السماء والى عليه عمل مؤذني رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى انه لو أذن فظن انه الاقامة ثم علم بعدم ما فرغ فالأفضل أن يتدلى الاقامة لما قلنا وعلى هذا اذا غشى للموالة وكذا اذا حذفت الاقامة وظن انه في الاذان ثم علم فالأفضل أن يتدلى الاقامة لما قلنا وعلى هذا اذا غشى عليه في الاذان والاقامة ساعة أو مات أو ارتد عن الاسلام ثم أسلم أو أحدث فذهب وتوضأ ثم جاء فالأفضل هو الاستقبال لما قلنا والاولى له اذا أحدث في أذانه أو اقامته ان يقهها ثم يذهب ويتوضأ ويصلي لان ابتداء الاذان والاقامة مع الحدث جائز فالبناء اولى ولو أذن ثم ارتد عن الاسلام فان شاء أعاد ولا نه عبادته محضة والردة محبوبة للعبادات فيصير ملحقا بالعدم وان شاء اعتدوا به لحصول المقصود وهو الاعلام وكذا يكره للمؤذن أن يتكلم في أذانه أو اقامته لما فيه من ترك سنة الموالة ولانه ذكر معظم كخطبة فلا يسع ترك حرمة ويكره له رد السلام في الاذان لما قلنا وعن سفيدان الثوري أنه لا بأس بذلك لانه فرض ولنا قولنا انه يحتمل التأخير الى الفراغ من الاذان (ومنها) أن يأتي بالاذان والاقامة مستقبل القبلة لان النازل من السماء هكذا فعل وعليه اجماع الامة ولو ترك الاستقبال يحجز به لحصول المقصود وهو الاعلام لكنه يكره لترك السنة المتواترة الا انه اذا انتهى الى الصلاة والفلاح حول وجهه عينا وشعاعا كذا فعل النازل من السماء ولان هذا خطاب للقوم فيقبل بوجهه اليهم اعلاما لهم كالسلام في الصلاة وقدماء مكانه ما ينبغي مستقبل القبلة بالقدر الممكن كافي السلام والصلاة وبحول وجهه مع بقاء البدن مستقبل القبلة كذا همنا وان كان في الصومعة فان كانت ضيقة لزم مكانه لانه لا نعدام الحاجة الى الاستدارة وان كانت واسعة فاستدار فيها بخرج رأسه من نواحيها فحسن لان الصومعة اذا كانت متسعة فالاعلام لا يحصل

بدون الاستدارة (ومنها) أن يكون التكبير جزءاً من قوله الله أكبر لقوله صلى الله عليه وسلم الاذان حرم (ومنها) نزل التلحين في الاذان لما روى أن رجلاً جاء الى ابن عمر رضي الله عنه فقال اني احببت في الله تعالى فقال ابن عمر اني انقضت في الله تعالى فقال لم قال لأنه بلغني انك تقضى في اذانك يعني التلحين أما التلحين فلابأس به لأنه احدى اللغتين (ومنها) الفصل فيما سوى المغرب بين الاذان والاقامة لان الاصل المطلوب من كل واحد منهما لا يحصل الا بالفصل والفصل فيما سوى المغرب بالصلاة أو بالجلوس مسنون والوصل مكروه وأصله ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لبلال اذا أذنت فترسل واذا أقمت فاحذر وفي رواية فاحذف وفي رواية فاحذم وليكن بين اذانك واقامتك مقدار ما يفرغ الاكل من أكله والشارب من شربه والمعتصر اذا دخل اقضاء حاجته ولا تقوما في الصف حتى تروى ولان الاذان لا يستحضر الغائبين فلا بد من الامهال ليحضر وانهم يذكرون في ظاهر الرواية مقدار الفصل وروى الحسن عن أبي خنيفة في الفجر قدر ما يقرأ عشر من آية وفي الظهر قدر ما يصل أربع ركعات يقرأ في كل ركعة نحو من عشر آيات وفي العصر مقدار ما يصل ركعتين يقرأ في كل ركعة نحو من عشر آيات وفي المغرب يقوم مقدار ما يقرأ ثلاث آيات وفي العشاء كما في الظهر وهذا ليس بتقدير لازم فينبغي أن يفعل مقدار ما يحضر القوم مع مراعاة الوقت المستحب وأما المغرب فلا يفصل فيها بالصلاة عن غيرها وقال الشافعي يفصل بركعتين خفيفتين اعتباراً بسائر الصلوات (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بين كل اذانين صلاة لمن شاء الا المغرب وهذا نص ولان مبنى المغرب على التمجيل لما روى أبو أيوب الانصاري رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان زال امتي بخير ما لم يؤخر المغرب الى اشتباك الجيوم والفصل بالصلاة تأخيرها فلا يفصل بالصلاة وهل يفصل بالجلوس قال أبو خنيفة لا يفصل وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يفصل بجلسة خفيفة كالجلسة التي بين الخطبتين وجه قولهما أن الفصل مسنون ولا يمكن بالصلاة بفصل بالجلسة لا إقامة السنة (ولاني) خفيفة أن الفصل بالجلسة تأخير للمغرب وأنه مكروه ولهذا لم يفصل بالصلاة بغيرها أولى ولان الوصل مكروه وتأخير المغرب أيضاً مكروه والتعريض الكراهتين يحصل بسكنة خفيفة وبالهبة من الترسل والحذف والجلسة لا تخلو عن احدهما وهي كراهة التأخير فكانت مكروهة (وأما) الذي يرجع الى صفات المؤذن فانواع أيضاً (منها) أن يكون رجلاً فيكره أذان المرأة باتفاق الروايات لأنها ان رفعت صوتها فقد ارتكبت معصية وان خففت فقد تركت سنة الجهر ولان أذان النساء لم يكن في السلف فكان من المحدثات وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم كل محدثة بدعة ولو أذنت للقوم أجزأهم حتى لاتعاد لحصول المقصود وهو الاعلام وروى عن أبي خنيفة أنه يستحب الاعادة وكذا أذان الصبي العاقل وان كان جائزاً حتى لا يعاد ذكره في ظاهر الرواية لحصول المقصود وهو الاعلام لكن اذان البالغ أفضل لانه في مراعاة الحرمة أبلغ وروى أبو يوسف عن أبي خنيفة انه قال أكره أن يؤذن من لم يحتمل لأن الناس لا يعتدون بأذانه وأما اذان الصبي الذي لا يعقل فلا يجزئ ويعاد لان ما يصدر لا عن عقل لا يعتد به كصوت الطيور (ومنها) أن يكون عاقلاً فيكره أذان المجنون والسكران الذي لا يعقل لان الاذان ذكر معظم وتأذيتهم ترك لتعظيمه وهل يعاد ذكر في ظاهر الرواية أحب الى أن يعاد لأن عامة كلام المجنون والسكران هذيان فرعاً يشبهه على الناس فلا يقع به الاعلام (ومنها) أن يكون تقياً لقول النبي صلى الله عليه وسلم الامام ضامن والمؤذن مؤتمن والأمانة لا يؤدبها الا التقى (ومنها) أن يكون عالماً بالسنة لقوله صلى الله عليه وسلم يؤمكم يومكم أقرؤكم ويؤذن لكم خياركم وخيار الناس العلماء ولان مراعاة سنن الاذان لا يتأتى الا من العالم بها ولهذا ان أذان العبد والاعرابي وولد الزنا وان كان جائزاً لحصول المقصود وهو الاعلام لكن غيرهم أفضل لان العبد لا يتفرغ لمراعاة الأوقات لا شغفه بخدمة المولى ولان الغالب عليه الجهل وكذا الاعرابي وولد الزنا الغالب عليهما الجهل (ومنها) أن يكون عالماً بأوقات الصلاة حتى كان البصير أفضل من الضمير لان الضمير لا علم له بدخول الوقت والاعلام بدخول الوقت من لاعلم له بالدخول متعذر

لكن مع هذا لو أذن بجوز لحصول الاعلام بصوته وامكان الوقوف على المواقيت من قبل غيره في الجلبة وابن أم
 مكتوم كان مؤذن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان أعمى (ومنها) أن يكون مواظبا على الاذان لان حصول
 الاعلام لاهل المسجد بصوت المواظب أبلغ من حصوله بصوت من لا عهد لهم بصوته فكان أفضل وان أذن
 السوق لمسجد المحلة في صلاة الليل وغيره في صلاة النهار يجوز لان السوق يخرج في الرجوع الى المحلة في وقت كل
 صلاة فاجتبه الى الكسب (ومنها) أن يجعل أصبعيه في أذنيه لقول النبي صلى الله عليه وسلم لبلال إذا أذنت فاجعل
 أصبعين في أذنيك فإنه أندي أصوتك وأمد بين الحكم ونبيه على الحكمة وهي المبالغة في تحصيل المقصود وان لم
 يفعل أجزأه لحصول أصل الاعلام بدونه وروى الحسن عن أبي حنيفة ان الحسن أن يجعل أصبعيه في أذنيه
 في الاذان والاقامة وان جعل يديه على أذنيه فحسن وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة انه ان جعل إحدى يديه على
 أذنه فحسن (ومنها) أن يكون المؤذن على الطهارة لانه ذكر معظم فائياته مع الطهارة أقرب الى التعظيم وان كان
 على غير طهارة بأن كان محدثا يجوز ولا يكره حتى لا يعاد في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يعاد
 وجهه ان للاذان شيئا بالصلاة ولهذا يستقبل به القبلة كما في الصلاة ثم الصلاة لا تجوز مع الحدث فاهو شيئا يكره
 معه وجه ظاهر الرواية ما روى ان بلال را بما أذن وهو على غير وضوء ولان الحدث لا يمنع من قراءة القرآن فاولى
 أن لا يمنع من الاذان وأن أقام وهو محدث ذكر في الاصل وسوى بين الاذان والاقامة فقال ويجوز الاذان والاقامة
 على غير وضوء وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال أكره اقامة المحدث (والفرق) ان السنة وصل الاقامة
 بالشروع في الصلاة فكان الفصل مكرها بخلاف الاذان ولا تعداد لان تكرارها ليس بشروع بخلاف الاذان وأما
 الاذان مع الجنابة فيكره في ظاهر الرواية حتى يعاد وعن أبي يوسف انه لا يعاد لحصول المقصود وهو الاعلام
 والصحيح جواب ظاهر الرواية لان أثر الجنابة ظهر في القم فيمنع من الذكر المعظم كما يمنع من قراءة القرآن بخلاف
 الحدث وكذا الاقامة مع الجنابة تكره لكنهما لا تعداد لهما (ومنها) أن يؤذن قائما اذا أذن للجماعة ويكره قاعدا لان
 النازل من السماء أذن قائما حيث وقف على حذم جائط وكذا الناس توارثوا ذلك فعلا فكان تاركه مسيا لمخالفته
 النازل من السماء واجماع الخلق ولان تمام الاعلام بالقيام ويجزئه لحصول أصل المقصود وان أذن لنفسه قاعدا
 فلا بأس به لان المقصود مراعاة سنة الصلاة لا الاعلام وأما المسافر فلا بأس أن يؤذن راكبما روى ان بلال راضى
 الله عنه را بما أذن في السفر راكبما ولان له أن يترك الاذان أصلا في السفر فكان له أن يأتي به راكبما بطريق الأولى
 وينزل للاقامة لما روى ان بلال أذن وهو راكب ثم نزل وأقام على الأرض ولأنه لو لم ينزل لوقع الفصل بين الاقامة
 والشروع في الصلاة بالنزول وانه مكره وأما في الحضر فيكره الاذان راكبما في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف انه قال
 لا بأس به ثم المؤذن يجتمه الاقامة على مكانه أو يقيمها مشيا الخلف المشايخ فيه قال بعضهم يخففها على مكانه سواء كان
 المؤذن اماما أو غيره وكذا روى عن أبي يوسف وقال بعضهم يقيمها ماشيا وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني انه اذا
 بلغ قوله قد قامت الصلاة فهو بالخيار ان شاء مشى وان شاء وقف اماما كان أو غيره وبه أخذ الشافعي والفقيه أبو
 الليث وما روى عن أبي يوسف رحمه الله أصح (ومنها) أن يؤذن في مسجد واحد ويكره أن يؤذن في مسجدين
 ويصلى في أحدهما لانه اذا صلى في المسجد الأول يكون متغفلا بالاذان في المسجد الثاني والتنفل بالاذان غير
 مشروع ولان الاذان يختص بالمكتوبات وهو في المسجد الثاني يصلى النافلة فلا ينبغي أن يدعوا الناس الى
 المكتوبة وهو لا يساعدهم فيها (ومنها) ان من أذن فهو الذي يقيم وان أقام غيره فان كان يتأذى بذلك يكره
 لان اكتساب أذى المسلم مكره وان كان لا يتأذى به لا يكره وقال الشافعي يكره تأذى به أو لم يتأذى (احتج) بما
 روى عن أخى صدائى انه قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا الى حاجة له فامرني أن أؤذن فاذنت فجاء
 بلال وأراد أن يقيم فنهأ عن ذلك وقال ان أخاص صدائى هو الذي أذن ومن أذن فهو الذي يقيم (ولنا) ما روى ان
 عبد الله بن زيد لما قص الرؤيا على رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له لقنها بلالا فاذن بلال ثم أمر النبي صلى الله

عليه وسلم عبد الله بن زيد فأقام وروى ابن أم مكتوم كان يؤذن وبلال يقيم ورجل أذن بلال وأقام ابن أم مكتوم وتأويل ما رواه أن ذلك كان يشق عليه لأنه روى أنه كان حديث عهد بالسلام وكان يحب الأذان والاقامة (ومنها) أن يؤذن محسباً أولاً يأخذ على الأذان والاقامة أجر ولا يجعل له أخذ الأجرة على ذلك لأنه استنجا على الطاعة وذالاً يجوز لأن الإنسان في تحصيل الطاعة عامل لنفسه فلا يجوز له أخذ الأجرة عليه وعند الشافعي يجعل له أن يأخذ على ذلك أجر وهو من مسائل كتاب الأجازات وفي الباب حديث خاص وهو ما روى عن عثمان ابن أبي العاص رضي الله عنه أنه قال آخر ما عهد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أصلي بالقوم صلاة أضعفهم وإن اتخذهم مؤذناً يأخذ عليه أجر وإن علم القوم حاجته فأعطوه شيئاً من غير شرط فهو حسن لأنه من باب البر والصدقة والمجازاة على إحسانه بمكانهم وكل ذلك حسن والله أعلم

فصل وأما بيان محل وجوب الأذان فالمحل الذي يجب فيه الأذان ويؤذن له الصلوات المكتوبة التي تؤدي بجماعة مستحبة في حال الإقامة فلا أذان ولا إقامة في صلاة الجنائز لأنهم ليست بصلاة على الحقيقة لوجود بعض ما يترك منه الصلاة وهو القيام إذا قرأ فيها ولا ركوع ولا سجود ولا قعود فلم تكن صلاة على الحقيقة ولا أذان ولا إقامة في النوافل لأن الأذان للإعلام بدخول وقت الصلاة والمكتوبات هي المختصة بأوقات معينة دون النوافل ولأن النوافل تابعة للفرائض فجعل أذان الأصل أذاناً للتبعية تقديره لا أذان ولا إقامة في السنن لما قلنا ولا أذان ولا إقامة في الوتر لأنه سنة عندنا فكان تبعاً للعشاء فكان تبعاً لها في الأذان كسائر السنن وعند أبي حنيفة واجب والواجب غير المكتوبة والأذان من خواص المكتوبات ولا أذان ولا إقامة في صلاة العيدين وصلاة الكسوف والخسوف والاستسقاء لأنها ليست بمكتوبة ولا أذان ولا إقامة في جماعة النسوان والصبيان والعبيد لأن هذه الجماعة غير مستحبة وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس على النساء أذان ولا إقامة ولأنه ليس عليهن الجماعة فلا يكون عليهن الأذان والإقامة والجمعة فيها أذان وإقامة لأنها مكتوبة تؤدي بجماعة مستحبة ولأن فرض الوقت هو الظهر عند بعض أصحابنا والجمعة قائمة مقامه وعند بعضهم الفرض هو الجمعة ابتداء وهي أكدم من الظهر حتى وجب ترك الظهر لاجلها ثم إنهم ما وجبوا الإقامة الظهر فالجمعة أحق ثم الأذان المعتبر يوم الجمعة هو ما يؤتى به إذا صعد الإمام المنبر وتجب الإجابة والاستماع له دون الذي يؤتى به على المنارة وهذا قول عامة العلماء وكان الحسن بن زياد يقول المعتبر هو الأذان على المنارة لأن الإعلام يقع به والصحيح قول العامة لما روى عن السائب بن زيد أنه قال كان الأذان يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى عهد أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أذاناً واحداً حين يجلس الإمام على المنبر فلما كانت خلافة عثمان رضي الله عنه وكثر الناس أمر عثمان رضي الله عنه بالأذان الثاني على الزوراء وهي المنارة وقيل اسم موضع بالمدينة وصلاة العصر بعرفة تؤدي مع الظهر في وقت الظهر بأذان واحد ولا يراعى للعصر أذان على حدة لأنها شمرت في وقت الظهر في هذا اليوم فكان أذان الظهر وإقامته عنهما جميعاً وكذلك صلاة المغرب مع العشاء بمنزلة يكتفي بهما بأذان واحد لما ذكرنا إلا أن في الجمع الأول يكتفي بأذان واحد لكن بإقامتين وفي الثاني يكتفي بأذان واحد وإقامة واحدة عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر بأذان واحد وإقامتين كفي الجمع الأول وعند الشافعي بأذنين وإقامة واحدة لما يذكر في كتاب المنازل أن شاء الله تعالى ولو صلى الرجل في بيته وحده ذكر في الأصل إذا صلى الرجل في بيته واكتفى بأذان الناس وإقامتهم أجزأه وإن أقام فهو حسن لأنه إن عجز عن تحقق الجماعة بنفسه فلم يعجز عن التشبه فيندب إلى أن يؤدي الصلاة على هيئة الصلاة بالجماعة ولهذا كان الأفضل أن يجهر بالقراءة في صلوات الجهر وأن ترك ذلك واكتفى بأذان الناس وإقامتهم أجزأه لما روى أن عبد الله بن مسعود صلى بمعلقة والأسود بغير أذان ولا إقامة وقال يكفيني أذان الحى وإقامتهم أشار إلى أن أذان الحى وإقامتهم وقع لكل واحد من أهل الحى ألا ترى أن على كل واحد منهم أن يحضر مسجد الحى وروى ابن مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في قوم صلوات

المصر في منزل أو في مسجد منزل فخير وأبازان الناس وأقامتهم أجزأهم وقد أساؤا بتركهم ما فقد فرق بين الجماعة والواحد لأن أذان الحى يكون أذانا للفراد ولا يكون أذانا للجماعة هذا في المقيمين وأما المسافرين فلا فضل لهم أن يؤذنوا ويقبوا أو يصلوا بجماعة لأن الأذان والإقامة من لوازم الجماعة المستحبة والسفر لم يسقط الجماعة فلا يسقط ما هو من لوازمها فإن صلوا بجماعة وأقاموا وتركوا الأذان أجزأهم ولا يكره ولا يكره لهم ترك الإقامة بخلاف أهل المصر إذا تركوا الأذان وأقاموا أنه يكره لهم ذلك لأن السفر سبب الرخصة وقد أُرِفي سقوط شرطه فجاز أن يؤذن في سقوط أحد الأذنين إلا أن الإقامة أكد ثبوتها من الأذان فيسقط شرط الأذان دون الإقامة وأصله ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال للمسافر بالخيار أن شاء أذن وأقام وإن شاء أقام ولم يؤذن ولم يوجد في حق أهل المصر سبب الرخصة ولأن الأذان للإعلام بهجوم وقت الصلاة لمحض وأما القوم في السفر حاضرون فلم يكره تركه لحصول المقصود بدونه بخلاف الحضر لأن الناس لتفرقهم واشتغالهم بأنواع الحرف والمكاسب لا يعرفون بهجوم الوقت فيكره ترك الإعلام في حقهم بالأذان بخلاف الإقامة فانها للإعلام بالشروع في الصلاة وهذا يختلف في حق المقيمين والمسافرين وأما المسافر إذا كان وحده فإن ترك الأذان فلا بأس به وإن ترك الإقامة يكره والمقيم إذا كان يصلي في بيته وحده فترك الأذان والإقامة لا يكره (والفرق) أن أذان أهل المحلة يقع أذانا لكل واحد من أهل المحلة فكانه وجد الأذان منه في حق نفسه تقدير أقامته في السفر فلم يوجد الأذان والإقامة للمسافر من غيره غير أنه سقط الأذان في حقه رخصة وتيسيرا فلا بد من الإقامة ولو صلى في مسجد بأذان وإقامة هل يكره أن يؤذن ويقام فيه ثانيا فهذا لا يخلو من أحد وجهين إيمان كان مسجده أهل معلوم ولم يكن فإن كان له أهل معلوم فإن صلى فيه غير أهل الأذان وإقامة لا يكره لأنه لا يبعدوا الأذان والإقامة وإن صلى فيه أهل الأذان وإقامة أو بعض أهل يكره لغير أهله والباقي من أهلهم لا يبعدوا الأذان والإقامة وعند الشافعي لا يكره وإن كان مسجده ليس له أهل معلوم بأن كان على شوارع الطريق لا يكره تكرار الأذان والإقامة فيه وهذه المسئلة بناء على مسئلة أخرى وهي أن تكرار الجماعة في مسجد واحد هل يكره فهو على ما ذكرنا من التفصيل والاختلاف وروى عن أبي يوسف أنه إنما يكره إذا كانت الجماعة الثانية كثيرة فاما إذا كانوا ثلاثة أو أربعة فقاموا في زاوية من زوايا المسجد وصلوا بجماعة لا يكره وروى عن محمد أنه إنما يكره إذا كانت الثانية على سبيل التداعى والاجتماع فاما إذا لم يكن فلا يكره (احتج) الشافعي بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى بجماعة في المسجد فلما فرغ من صلاته دخل رجل وأراد أن يصلي وحده فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يتصدق على هذا الرجل فقال أبو بكر رضي الله عنه أنا يا رسول الله فقام وصلى معه وهذا أمر بتكرار الجماعة وما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ليأمر بالسكر وهو لا يقره قضاء حق المسجد واجب كل يجب قضاء حق الجماعة حتى إن الناس لو صلوا بجماعة في البيوت وعطوا المساجد أموالا وخصوصا يوم القيامة بتركهم قضاء حق المسجد ولو صلوا فرادى في المساجد أموالا بتركهم الجماعة والقوم الآخرون ما قضاوا حق المسجد فيجب عليهم قضاء حقه بأقامة الجماعة فيه ولا يكره والدليل عليه أنه لا يكره في مساجد قوارع الطرق كذا هذا (ولنا) ما روى عبد الرحمن بن أبي بكر عن أبيه رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من بيته ليصلح بين الأنصار لتشاجر بينهم فرجع وقد صلى في المسجد بجماعة فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم في منزل بعض أهلهم فجمع أهلهم فصلى بهم جماعة ولو لم يكره تكرار الجماعة في المسجد لما تركها رسول الله صلى الله عليه وسلم مع علمه بفضل الجماعة في المسجد وروى عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا إذا فاتتهم الجماعة صلوا في المسجد فرادى ولأن التكرار يؤدي إلى تقليل الجماعة لأن الناس إذا علموا أنهم تفوتهم الجماعة فاستحبوا أن يتركوا الجماعة وإذا علموا أنها لا تفوتهم يتأخرون فتقل الجماعة وتقليل الجماعة مكروه بخلاف المساجد التي على قوارع الطرق لأنها ليست لها أهل معروفون فإذا الجماعة فيها مرة بعد أخرى لا يؤدي إلى تقليل الجماعة وبخلاف ما إذا صلى فيه غير أهل لأنه لا يؤدي إلى تقليل الجماعة لأن أهل

المسجد ينتظر ون أذان المؤذن المعروف فيحضرون حينئذ ولأن حق المسجد لم يقض بعد لان قضاء حقه على أهله لا ترى أن المزمة ونصب الإمام والمؤذن عليهم فكان عليهم قضاؤه ولا عبرة بتقليل الجماعة الأولى لان ذلك مضاف اليهم حيث لم ينتظر واحضروا أهل المسجد بخلاف أهل المسجد لان انتظارهم ليس بواجب عليهم ولا حقه في الحديث لانه أمر واحد وذا لا يكره وانما المكروه ما كان على سبيل التسامح والاجتماع بل هو حجة عليه لانه لم يأمر أكثر من الواحد مع حاجتهم الى احرار الثواب وما ذكر من المعنى غير سديد لان قضاء حق المسجد على وجه يؤدي الى تقليل الجماعة مكروه ويستوى في وجوب مراعاة الاذان والاقامة الاداء والقضاء وجملة الكلام فيه انه لا يخلو اما ان كانت الفاتحة من الصلوات الخمس واما ان كانت صلاة الجمعة فان كانت من الصلوات الخمس فان فاتة صلاة واحدة قضاها باذان واقامة وكذا اذا فاتت الجماعة صلاة واحدة قضاها بالجماعة باذان واقامة وللشافعي قولان في قول يصلي بغير اذان واقامة وفي قول يصلي بالاقامة لا غير (احتج) بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما شغل عن أربع صلوات يوم الاحزاب قضاها بغير اذان ولا اقامة وروى في قصة ليلة التعريس أن النبي صلى الله عليه وسلم ارتحل من ذلك الوادي فلما ارتفعت الشمس أمر بلالا فأقام وصلوا ولم يأمره بالاذان ولأن الاذان للاعلام بدخول الوقت ولا حاجة ههنا الى الاعلام به (ولنا) ما روى أبو قتادة الانصاري رضي الله عنه في حديث ليلة التعريس فقال كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة أو سريته فلما كان في آخر السحر عرسنا فاستيقظنا حتى ايقظنا حرا الشمس فجعل الرجل مناشب دهنًا وفرغنا فاستيقظ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ارتحلوا من هذا الوادي فانه وادي شيطان فارتحلنا ونزلنا بواد آخر فلما ارتفعت الشمس وقضى القوم حوائجهم أمر بلالا بان يؤذن فاذن وصلينا ركعتين ثم أقام فصلينا صلاة الفجر وهكذا روى عمران بن حصين هذه القصة وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف باسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه حين شغلهم الكفار يوم الاحزاب عن أربع صلوات قضاها بغير بلالا أن يؤذن ويقم لكل واحدة منهم حتى قالوا أذن وأقام وصلى الظهر ثم أذن وأقام وصلى العصر ثم أذن وأقام وصلى المغرب ثم أذن وأقام وصلى العشاء ولان القضاء على حسب الاداء وقد فاتتهم الصلاة باذان واقامة فتقضى كذلك ولا تعلق له بحديث التعريس والاحزاب لان الصحيح انه أذن هناك وأقام على ما روينا واما اذا فاتته صلوات فان أذن لكل واحدة وأقام فحسن وان أذن وأقام للدولى واقتصر على الاقامة للبواقي فهو جائز وقد اختلفت الروايات في قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلوات التي فاتته يوم الخندق في بعضها أنه أمر بلالا فاذن وأقام لكل صلاة على ما روينا وفي بعضها انه أذن وأقام للدولى ثم أقام لكل صلاة بعدها وفي بعضها انه اقتصر على الاقامة لكل صلاة ولا شك أن الاخذ برواية الزيادة أولى خصوصاً في باب العبادات وان فاتته صلاة الجمعة صلى الظهر بغير اذان ولا اقامة لان الاذان والاقامة للصلاة التي تؤدى بجماعة مستحبة وأداء الظهر بجماعة يوم الجمعة مكروه في المصر كذا روى عن علي رضي الله عنه

فصل وأما بيان وقت الاذان والاقامة فوقهما ما هو وقت الصلوات المكتوبات حتى لو أذن قبل دخول الوقت لا يجزئه ويبيده اذا دخل الوقت في الصلوات كلها في قول أبي حنيفة ومحمد وقد قال أبو يوسف أخيراً لا بأس بان يؤذن للفجر في النصف الأخير من الليل وهو قول الشافعي (واحتجنا) بما روى سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه رضي الله عنه أن بلالا كان يؤذن بليل وفي رواية قال لا يغرنكم أذان بلال عن المصروفانه يؤذن بليل ولان وقت الفجر مشتبه وفي مراعاته بعض الحرج بخلاف سائر الصلوات (ولأبي) حنيفة ومحمد ما روى شددامولى صبا بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبلال لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا ومديده عرضا ولان الاذان شرع للاعلام بدخول الوقت والاعلام بالدخول قبل الدخول كذب وكذا هو من باب الخيانة في الأمانة والمؤذن مؤتمن على إسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولهذا لم يجز في سائر الصلوات ولان الاذان قبل الفجر

يؤدي الى الضرر بالناس لان ذلك وقت نومهم خصوصاً في حق من تهجد في النصف الاول من الليل فربما يتبس
 الأمر عليهم وذلك مكروه وروي أن الحسن البصري كان اذا سمع من يؤذن قبل طلوع الفجر قال علوج فراغ
 لا يصلون الا في الوقت لو أدركهم عمر لا ذنبهم وبلال رضي الله عنه ما كان يؤذن بليل لصلاة الفجر بل لعان
 آخر لما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يمنعكم من السجود أذان بلال
 فانه يؤذن بليل ليقظ نائمكم ويرد قائمكم ويتحرص عليكم فمليكم بأذان ابن أم مكتوم وقد كانت الصحابة رضي
 الله عنهم فرقتين فرقة تهجدون في النصف الاول من الليل وفرقة في النصف الأخير وكان الفاصل أذان بلال
 والدليل على أن أذان بلال كان لهذه المعاني لا لصلاة الفجر ان ابن أم مكتوم كان يعيده ثانياً بعد طلوع الفجر وما
 ذكر من المعنى غير سديد لان الفجر الصادق المستطير في الافق مستبين لا اشتباه فيه

فصل وأما بيان ما يجب على السامعين عند الأذان فالواجب عليهم الاجابة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أربع من الجنة من بال قائماً ومن مسح جبهته قبل الفراغ من الصلاة ومن سمع الأذان ولم يجيب ومن سمع ذكرى ولم يصل على والاجابة أن يقول مثل ما قال المؤذن لقول النبي صلى الله عليه وسلم من قال مثل ما يقول المؤذن غفر الله ما تقدم من ذنبه وما تأخر فيقول مثل ما قاله الا في قوله حي على الصلاة حي على الفلاح فانه يقول مكانه لا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم لأن اعادة ذلك تشبه المحاكاة والاستهزاء وكذا اذا قال المؤذن الصلاة خير من النوم لا يعيده السامع لما قلنا ولكنه يقول صدقت وبررت أو ما يؤجر عليه ولا ينبغي أن يتكلم السامع في حال الأذان والاقامة ولا يشتغل بقراءة القرآن ولا بشيء من الاعمال سوى الاجابة ولو كان في القراءة ينبغي أن يقطع ويستغل بالاستماع والاجابة كذا قالوا في الثناوى والله أعلم (والثاني) الجماعة والكلام فيها في مواضع في بيان وجوبها وفي بيان من تجب عليه وفي بيان من تتعبد به وفي بيان ما يفعله فانت الجماعة وفي بيان من يصلح للامامة في الجملة وفي بيان من يصلح لها على التفصيل وفي بيان من هو أحق وأولى بالامامة وفي بيان مقام الامام والمأموم وفي بيان ما يستحب للامام أن يفعله بعد الفراغ من الصلاة (أما) الاول فقد قال عامة مشايخنا انها واجبة وذكر الكرخي انها سنة (واحتج) بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال صلاة الجماعة تفضل على صلاة الفرد بسبع وعشرين درجة وفي رواية بخمس وعشرين درجة جعل الجماعة لا حرازاً فضيلة وذا آية السنن وجه قول العامة الكتاب والسنة وتوارث الامة اما الكتاب فقوله تعالى واركعوا مع الراكعين أمر الله تعالى بالركوع مع الراكعين وذلك يكون في حال المشاركة في الركوع فكان أمر باقامة الصلاة بالجماعة ومطلق الأمر لوجوب العمل (وأما) السنة فماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لقد هممت أن أمر رجلاً يصلي بالناس فأصرف الى أقوام يتخلفوا عن الصلاة فأحرق عليهم بيوتهم ومثل هذا الوعيد لا يلحق الا بترك الواجب (وأما) توارث الامة فلان الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا واطببت عليها وعلى التكبير على تاركها والمواظبة على هذا الوجه دليل الوجوب وليس هذا اختلافاً في الحقيقة بل من حيث العبارة لان السنة المؤكدة والواجب سواء خصوصاً ما كان من شعائر الاسلام الانرى أن الكرخي سماها سنة ثم فسرهابا بالواجب فقال الجماعة سنة لا يرخص لأحد التأخر عنها الا لعذر وهو تفسير الواجب عند العامة

فصل وأما بيان من تجب عليه الجماعة فالجماعة انما تجب على الرجال العاقلين الاحرار القادرين عليها من غير حرج فلا تجب على النساء والصبيان والمجانين والعبيد والمقعدومقطوع اليد والرجل من خلاف والشيخ الكبير الذي لا يقدر على المشي والمريض (أما) النساء فلأن خروجهن الى الجماعات فتنة (وأما) الصبيان والمجانين فلعدم اهلية وجوب الصلاة في حقهم وأما العبيد فلرفع الضرر عن مولاهم بتعطيلهم المستغفلة وأما الملقود مطوع البدن والرجل من خلاف والشيخ الكبير فلانهم لا يقدر على المشي والمريض لا يقدر

عليه الأجر (وأما) الأعمى فاجعوا على أنه إذا لم يجد قائد إلا نجب عليه وإن وجد قائداً فكذلك عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد تجب والمسئلة مع حججها تأتي في كتاب الحج إن شاء الله تعالى

فصل وأما بيان من تنعقد به الجماعة فأقل من تنعقد به الجماعة اثنان وهو أن يكون مع الإمام واحد لقول النبي صلى الله عليه وسلم الاثنان فافوقهما جماعة ولأن الجماعة مأخوذة من معنى الإجماع وأقل ما يتحقق به الإجماع اثنان وسواء كان ذلك الواحد رجلاً أو امرأة أو صبياً يعقل لأن النبي صلى الله عليه وسلم سمى الاثنين مطلقاً جماعة ولحصول معنى الإجماع بانضمام كل واحد من هؤلاء إلى الإمام وأما المجنون والصبي الذي لا يعقل فلا عبرة بهما لأنهما ليسا من أهل الصلاة فكانا ملحقين بالعدم

فصل وأما بيان ما يفعله بعد فوات الجماعة فلا خلاف في أنه إذا فاتته الجماعة لا يجب عليه الطلب في مسجد آخر لكنه كيف يصنع ذكر في الأصل أنه إذا فاتته الجماعة في مسجده فأن أتى مسجداً آخر يرجو إدراك الجماعة فيه فحسن وإن صلى في مسجده فحسن لحديث الحسن قال كانوا إذا فاتتهم الجماعة فذهبوا إلى مسجد آخر في مسجده ومنهم من يتبع الجماعة أراد به الصحابة رضي الله عنهم ولأن في كل جانب مراعاة حرمة وترك أخرى ففي أحد الجانبين مراعاة حرمة مسجده وترك الجماعة وفي الجانب الآخر مراعاة فضيلة الجماعة وترك مسجد مسجده فإذا تعذر الجمع بينهما مال إلى أيهما شاء وذكر القسودري أنه إذا فاتته الجماعة جمع بأهل في منزله وإن صلى وحده جاز لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه خرج من المدينة إلى صلح بين حيين من أحياء العرب فأنصرف منه وقد فرغ الناس من الصلاة فقال إلى بيته وجمع بأهل في منزله وفي هذا الحديث دليل على سقوط الطلب إذا لو وجب لكن أولى الناس به رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الشيخ الإمام السرخسي أن الأولى في زماننا أنه إذا دخل مسجد أن يتبع الجماعة وأن دخل مسجده صلى فيه

فصل وأما بيان من يصلح للإمامة في الجملة فهو كل عاقل مسلم حتى تجوز إمامة العبد والأعرابي والأعمى وولد الرضا والفاسق وهذا قول العامة وقال مالك لا تجوز الصلاة خلف الفاسق ووجه قوله أن الإمامة من باب الأمانة والفاسق حائن ولهذا الشهادة له لكون الشهادة من باب الأمانة (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال صلوا خلف من قال لا إله إلا الله وقوله صلى الله عليه وسلم صلوا خلف كل بر وفاجر والحديث والله أعلم وإن ورد في الجمع والاعباد لتعلقها بالأمراء وأكثرهم فساق لكنه بظاهره حجة فيما نحن فيه إذا عبرة عموم اللفظ لا خصوص السبب وكذا الصحابة رضي الله عنهم كابن عمر وغيره والتابعون اقتدوا بالحجاج في صلاة الجمعة وغيرهم أنه كان أفسق أهل زمانه حتى كان عمر بن عبد العزيز يقول لو جاءت كل أمة بتجنيها وجنابا أبي محمد فغلبناهم وأبو محمد كنية الحجاج وروى عن أبي سعيد مولى بني أسيد أنه قال عرست فدعوت رهطاً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهم أبو ذر وحذيفة وأبو سعيد الخدري فحضرت الصلاة فقدموني فصليت بهم وأنا أبو محمد عبد وفي رواية قال فتقدم أبو ذر ليصلي بهم فقبل له أتقدم وأنت في بيت غيرك فقدموني فصليت بهم وأنا أبو محمد عبد وهذا حديث معروف وأورده محمد في كتاب المأذون وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استخلف ابن أم مكتوم على الصلاة بالمدينة حين خرج إلى بعض الغزوات وكان أعمى ولأن جواز الصلاة متعلق بأداء الأركان وهو لا قادر ون عليها إلا أن غيرهم أولى لأن مبنى الإمامة على الفضيلة ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤم غيره ولا يؤمه غيره وكذا كل واحد من الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم في عصره ولأن الناس لا يرغبون في الصلاة خلف هؤلاء فتوردى إمامتهم إلى تقليل الجماعة وذلك مكر وهولاً من مبنى أداء الصلاة على العلم والغالب على العبد والأعرابي وولد الرضا الجهل أما العبد فلأنه لا يتفرغ عن خدمة مولاه لينعلم العلم وقال الشافعي إذا سار العبد غيره في العلم والودع كان هو وغيره سواء ولا تكون الصلاة خلف غيره أحب إلى (واحتج) بحديث أبي سعيد مولى بني أسيد وذابيل على الجواز ولا كلام فيه وتقليل الجماعة وانتقاص

ففضيلته عن فضيلة الاحرار بوجوب الكراهة وكذا الغالب على الاعراب الجهل قال الله تعالى الاعراب أشد كفرًا وثقافاً واجدر أن لا يعلموا أحد ودما أنزل الله على رسوله والاعراب هو البدوي وانه اسم ذم والعربي اسم مدح وكذا ولد الزنا الغالب من حاله الجهل لفقده من يؤدبه ويعلمه معالم الشريعة ولان الامامة امانة عظيمة فلا يتحملها الفاسق لانه لا يؤدي الامانة على وجهها والا عصى بوجهه غيره الى القبلة فيصير في أمر القبلة مقتديا بغيره ورمي عييل في خلال الصلاة عن القبلة ألا ترى الى ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه انه كان يمتنع عن الامامة بعدما كلف بصره ويقول كيف أوكمكم وأنتم تعدلونني ولانه لا يمكنه التوفيق عن البعاسات فكان البصير أولى الا اذا كان في الفضل لا يواز به في مسجده غيره فينتد يكون أولى ولهذا استخلف النبي صلى الله عليه وسلم ابن أم مكتوم رضي الله عنه وامامة صاحب الهوى والبدعة مكر وهمة نص عليه أبو يوسف في الامالى فقال أكره أن يكون الامام صاحب هوى وبدعة لان الناس لا يرغبون في الصلاة خلفه وهل تجوز الصلاة خلفه قال بعض مشايخنا ان الصلاة خلف المبتدع لا تجوز ذكر في المنتقى رواية عن أبي حنيفة انه كان لا يرى الصلاة خلف المبتدع والصحيح انه ان كان هوى يكفره لا تجوز وان كان لا يكفره تجوز مع الكراهة وكذا المرأة تصلح للامامة في الجلة حتى لو أمت النساء جازو ينبغي أن تقوم وسطهن لما روى عن عائشة رضي الله عنها انها أمت نسوة في صلالة العصر وقامت وسطهن وأمت أم سلمة نسوة وقامت وسطهن ولان مبني حالهن على السر وهذا أستر لها الا ان جاعتهن مكبر وهمة عندنا وعند الشافعي مستحبة كجماعة الرجال ويرى في ذلك أحاديث لكن تلك كانت في ابتداء الاسلام ثم نسخت بعد ذلك ولا يباح للشواب منهن الخروج الى الجماعات بدليل ما روى عن عمر رضي الله عنه انه نهى الشواب عن الخروج ولان خروجهن الى الجماعة سبب الفتنة والفتنة حرام وما أدى الى الحرام فهو حرام وأما المجاوز فله يباح لمن أخر وج الى الجماعات فنذكر الكلام فيه في موضع آخر وكذا الصبي العاقل يصلح اماما في الجلة بان يوم الصبيان في التراويح وفي امامته البالغين فيها اختلاف المشايخ على ما مر فاما المجنون والصبي الذي لا يعقل فليس من أهل الامامة أصلا لانهم ليسوا من أهل الصلاة

فصل وأما بيان من يصلح للامامة على التفصيل فكل من صح اقتداء الغير به في صلاة يصلح اماما له فيها ومن لا فلا وقد مر بيان شرائط صحة الاقتداء والله الموفق

فصل وأما بيان من هو أحق بالامامة وأولى بها فالحر أولى بالامامة من العبد والتى أولى من الفاسق والبصير أولى من الأعشى وولد الرشدة أولى من ولد الزنا وغير الاعرابي من هؤلاء أولى من الاعرابي لما قلنا ثم أفضل هؤلاء أعلمهم بالسنة وأفضلهم ورعا وأقرؤهم لكتاب الله تعالى وأكبرهم سنا ولا شغلان هذه الخصال اذا اجتمعت في انسان كان هو أولى لمباينان بناء أمر الامامة على الفضيلة والكمال والمستجمع فيه هذه الخصال من أكمل الناس اما العلم والورع وقراءة القرآن فظاهر واما كبر السن فلان من امتد عمره في الاسلام كان أكثر طاعة ومداومة على الاسلام فاما اذا تفرقت في أشخاص فأعلمهم بالسنة أولى اذا كان يحسن من القراءة ما تجوز به الصلاة وذكر في كتاب الصلاة وقدم الاقرأ فقال ويوم القوم أقرؤهم لكتاب الله وأعلمهم بالسنة وأفضلهم ورعا وأكبرهم سنا والاصل فيه ما روى عن أبي مسعود الانصاري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليوم القوم أقرؤهم لكتاب الله فان كانوا سواء فأعلمهم بالسنة فان كانوا سواء فأقدمهم هجرة فان كانوا سواء فأكبرهم سنا فان كانوا سواء فأحسنهم خلفا فان كانوا سواء فأصوبهم وجهة ثم من المشايخ من أجرى الحديث على ظاهره وقدم الاقرأ لان النبي صلى الله عليه وسلم بدأ به والاصح ان العلم بالسنة اذا كان يحسن من القراءة ما تجوز به الصلاة فهو أولى كذا ذكر في آثار أبي حنيفة لا تقتار الصلاة بهذا القدر من القراءة الى العلم ليتمكن به من تدارك ما عسى ان يعرض في الصلاة من العوارض واقتدار القراءة أيضا الى العلم بأخطأ المفسد للصلاة فيها فلذلك كان العلم أفضل حتى قالوا ان العلم اذا كان ممن يجنب القوا حش الظاهرة

والأول أورع منه فالأعلم أولى إلا أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم الأقرأ في الحديث لأن الأقرأ في ذلك الزمان كان أعلم لتلقيهم القرآن بمعانيه وأحكامه فاما في زماننا فقد يكون الرجل ماهر في القرآن ولا حظ له من العلم فكان الأعلم أولى فان استووا في العلم فأورعهم لأن الحاجة بعد العلم والقراءة بقدر ما يتعلق به الجواز إلى الورع أشد قال النبي صلى الله عليه وسلم من صلى خلف عالم تقي فكأنما صلى خلف نبي وانما قدم أقدمهم هجرة في الحديث لأن الهجرة كانت فرضة يومئذ لمضت بقوله صلى الله عليه وسلم لا هجرة بعد الفتح فيقدم الأورع تحصل به الهجرة عن المعاصي فان استووا في الورع فأقرؤهم لكتاب الله تعالى لقول النبي صلى الله عليه وسلم أهل القرآن أهل الله وخاصته فان استووا في القراءة فأكبرهم سنالقول صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فان كانوا فيه سواء فأحسنهم خلقا لأن حسن الخلق من باب الفضيلة ومبنى الإمامة على الفضيلة فان كانوا فيه سواء فأحسنهم وجهان لأن رغبة الناس في الصلاة خلفه أكثر وبعضهم قالوا معنى قوله في الحديث أحسنهم وجهها أي أكثرهم خبرة بالأمور يقال وجه هذا الأمر كذا وقال بعضهم أي أكثرهم صلاة بالليل كجاء في الحديث من كثرت صلواته بالليل حسن وجهه بالنهار ولا حاجة إلى هذا التكلف لأن الحمل على ظاهره يمكن لما بيننا من ذلك من أحد وداعى الاقتداء فكانت امامته سببا لتكثير الجماعة فكان هو أولى ويكره للرجل أن يؤم الرجل في بيته إلا باذنه لما روي بنا من حديث أبي سعيد مولى بني أسيد ولقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يؤم الرجل الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكريمه أخيه إلا باذنه فانه أعلم بعورات بيته وفي رواية في بيته ولان في التقدم عليه ازدرائه بين عشائه وأقاربه وذو الإلبق بمكارم الأخلاق ولو أذن له لا بأس به لان الكراهة كانت لحقه وذكر محمد في غير رواية الأصول أن الضيف إذا كان ذا سلطان جازله أن يؤم بدون الأذن لأن الأذن لمثل هذا الضيف ثابت دلالة وانه كالأذن فصاوأما إذا كان الضيف سلطانا خفي الإمامة له حيثما يكون وليس للغير أن يتقدم عليه إلا باذنه والله أعلم

فصل في بيان مقام الإمام والمأموم فنقول إذا كان سوى الإمام ثلاثة يتقدمهم الإمام لفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمل الأمة بذلك وروى عن أنس بن مالك رضي الله عنه انه قال ان جدتي ملبكة دعت رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى طعام فقال صلى الله عليه وسلم قوموا إلى بيكم فقامني واليتيم من ورائه وأمي أم سليم من ورائنا ولان الإمام ينبغي أن يكون بحال يمتاز بهما عن غيره ولا يشبهه على الداخل لمكانه الاقتداء به ولا يتعق ذلك إلا بالتقدم ولو قام في وسطهم أو في جهة الصف أو في ميسرته جاز وقد أساء أما الجواز فلان الجواز يتعلق بالاركان وقد وجدت وأما الاساءة فلترك السنة المتواترة وجعل نفسه بحال لا يمكن الداخل الاقتداء به وفيه تعريض اقتدائه للفساد ولذلك اذا كان سواء اثنان يتقدمهما في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه يتوسطهما لما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه صلى بعلمة والأسود وقام وسطهما وقال هكذا صنع بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولنا) ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بالناس واليتيم وأقلامها خلفه وهو مذهب علي وابن عمر رضي الله عنهما وأما حديث ابن مسعود فهذه الزيادة وهي قوله هكذا صنع بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ترو في عامة الروايات فلم يثبت وبقي مجرد الفعل وهو محمول على ضيق المكان كذا قال ابراهيم النخعي وهو كان أعلم الناس بأحوال عبد الله ومذهبه ولو ثبتت الزيادة فهي أيضا محمولة على هذه الحالة أي هكذا صنع بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ضيق المكان على أن الأحاديث ان تعارضت وجب المصير إلى المعقول الذي لا جله يتقدم الإمام وهو ما ذكرنا أنه يتقدم لتلا شبيه حاله وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه غير أن ههنا وقام الإمام وسطهما لا يكره لودود الأثر وكون التأويل من باب الاجتهاد وان كان مع الإمام رجلا واحدا وصبي يعقل الصلاة يقف عن عين الإمام لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال ثبت عند خاتمي ميمونة لا راقب صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فانتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال نامت العيون وغارت العيون وبقي الحى القبور ثم قرأ آخر آل عمران ان في خلق السموات والارض الايات ثم قام إلى شن

معلق في الهواء فتوضأ وافتتح الصلاة فتوضأت ووقفت عن يساره فأخذت باذني وفي رواية بدؤا بي وأدارني خلفه حتى أقامني عن يمينه فعدت إلى مكاني فأعادني ثانيا وثالثا فلما فرغ قال ما منعك يا غلام أن تثبت في الموضع الذي أوقفك فيه فقلت أنت رسول الله ولا ينبغي لأحد أن يساويك في الموقف فقال صلى الله عليه وسلم اللهم فقهم في الدين وعلمه التأويل فأعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم إياه إلى الجانب الأيمن دليل على أن المختار هو الوقوف على يمين الإمام إذا كان معه رجل واحد وكذا روى عن حذيفة رضي الله عنه أنه قام عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم خوله وأقامه عن يمينه ثم إذا وقف عن يمينه لا يتأخر عن الإمام في ظاهر الرواية وعن محمد أنه ينبغي أن تكون أصابعه عند عقب الإمام وهو الذي وقع عند العوام ولو كان المقتدي أطول من الإمام وكان سجوده قدام الإمام لم يضرمه لأن العبرة لموضع الوقوف لا لموضع السجود كما لو وقف في الصف ووقع سجوده أمام الإمام لطوله ولو وقف عن يساره جاز لأن الجواز متعلق بالركن الأتري أن ابن عباس وحذيفة رضي الله عنهما وقفان في الابتداء عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاز اقتداء بهما به ولا يكره لانه ترك المقام المختار له ولهذا حول رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عباس وحذيفة ولو وقف خلفه جاز لما مر وهل يكره لم يندكر محمد الكراهة نصا واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يكره لأن الواقف خلفه أحد الجانبين منه على يمينه فلا يتم اعتراضه عن السنة بخلاف الواقف على يساره وقال بعضهم يكره لانه يصير في معنى المنفرد خلف الصف وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لا صلاة لمن خلف الصف وأدنى درجات النهي هو الكراهة وانما نشأ هذا الاختلاف عن إشارة محمد فانه قال وإن صلى خلفه جازت صلاته وكذلك ان وقف عن يسار الإمام وهو مسمى فنهـم من صرف جواب الاساءة إلى آخر الفعلين ذكرنا ومنهم من صرفه إليهما جميعا وهو الصحيح لانه عطف أحدهما على الآخر بقوله وكذلك ثم أثبت الاساءة فيه نصرف إليهما وإذا كان مع الإمام امرأة أقامها خلفه لأن محاذاتهما مفسدة وكذلك لو كان معه خنثى مشكلا لاحتمال انه امرأة ولو كان معه رجل وامرأة أو رجل وخنثى أقام الرجل عن يمينه والمرأة أو الخنثى خلفه ولو كان معه رجلان وامرأة أو خنثى أقام الرجلين خلفه والمرأة أو الخنثى خلفهما ولو اجتمع الرجال والنساء والصبيان والخنثى والصبيات المراهقات فارادوا أن يصطفوا للجماعة يقوم الرجال صفحا على الإمام ثم الصبيان بعدهم ثم الخنثى ثم الإناث ثم الصبيات المراهقات وكذلك الترتيب في الجنائز إذا اجتمعت وفيها جنازة الرجل والصبي والخنثى والآنثى والصبيات المراهقات وكذلك القتلى إذا جمعت في حفرة واحدة عند الحاجة على ما يندكر ذلك في موضعه ان شاء الله تعالى (وأفضل) مكان المأموم إذا كان رجلا حيث يكون أقرب إلى الإمام لقول النبي صلى الله عليه وسلم خير صفوف الرجال أولها وشرها آخرها وإذا تساوت المواضع في القرب إلى الإمام فمن يمينه أولى لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب التيامن في الأمور وإذا قاموا في الصفوف تراصوا وسورا بين من اكبهم لقوله صلى الله عليه وسلم تراصوا والصقوا المذاكب بالمنالك.

فصل وأما بيان ما يستحب للإمام أن يفعله عقب الفراغ من الصلاة فقول إذا فرغ الإمام من الصلاة فلا يخلو أمان كانت صلاة لا تصلى بعدها سنة أو كانت صلاة تصلى بعدها سنة فان كانت صلاة لا تصلى بعدها سنة كالقصر والعصر فان شاء الإمام قام وان شاء قعد في مكانه يشتغل بالدعاء لانه لا تطوع بعد هاتين الصلاتين فلا بأس بالعود إلا أنه يكره المسكت على هيئته مستقبل القبلة لما روى عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا فرغ من الصلاة لا يمكث في مكانه إلا مقدارا أن يقول اللهم أنت السلام ومنك السلام تباركت يا ذا الجلال والإكرام وروى جلوس الإمام في مصلاه بعد الفراغ مستقبل القبلة بدعة ولأن مكثه يومهم الداخل انه في الصلاة فيقتدى به فيفسد اقتداؤه فكان المسكت تعرضا لفساد اقتداء غيره به فلا يمكث ولا يكتبه مستقبل القوم بوجهه ان شاء ان لم يكن بمحاذاته أحد يصلي لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا فرغ من صلاة

الفجر استقبال بوجهه أصحابه وقال هل رأى أحدكم رؤيا كأنه كان يطلب رؤيا فيها بشرى بفتح مكة فإن كان
 بجذائه أحد يصلي لا يستقبل القوم بوجهه لأن استقبال الصورة الصورة في الصلاة مكره لما روى أن عمر رضي
 الله عنه رأى رجلا يصلي إلى وجهه غيره فعلاهما بالدرة وقال للصلي أنت مستقبل الصورة وللآخر أنت مستقبل المصلي
 بوجهك وإن شاء انحراف لأن بالانحراف يزول الاشتباه كيزول بالاستقبال ثم اختلف المشايخ في كيفية الانحراف
 قال بعضهم ينصرف إلى بين القبلة تبركا بالنيامن وقال بعضهم ينصرف إلى اليسار ليكون يساره إلى اليمين وقال
 بعضهم هو مخير إن شاء انحراف يمنة وإن شاء يسرة وهو الصحيح لأن ما هو المقصود من الانحراف وهو زوال
 الاشتباه يحصل بالامر من جميعا (وإن) كانت صلاة بعدهما سنة يكره له المسكت فاعدها وكرهه القعود مروية
 عن الصحابة رضي الله عنهم روى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما كانا إذا فرغا من الصلاة قاما كأنهما على
 الرضف ولأن المسكت بوجوب اشتباه الأمر على الداخل فلا يكتفوا لكن يقوم وينصت عن ذلك المكان ثم يتنفل
 لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أيحزأ أحدكم إذا فرغ من صلاته أن
 يتقدم أو يتأخر وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه كره للأمام أن يتنفل في المكان الذي أم فيه ولأن ذلك يؤدي إلى
 اشتباه الأمر على الداخل فينبغي أن ينصت إلى إزالة الاشتباه واستكثار من شهوده على ما روى أن مكان المصلي
 يشهده يوم القيامة (وأما) المأمومون فبعض مشايخنا قالوا لا يخرج عليهم في ترك الانتقال لانعدام الاشتباه على
 الداخل عند معاينة فراغ مكان الإمام عنه وروى عن محمد بن أبي بكر قال يستحب للقوم أيضا أن ينقضوا الصفوف
 ويتفرقوا بزول الاشتباه على الداخل المعانين الكل في الصلاة البعيد عن الإمام ولما روى عن حماد بن أبي
 هريرة رضي الله عنه (وأما) الذي هو في الصلاة فنوعان نوع هو أصلي ونوع هو عارض ثبت وجوبه بسبب عارض
 فصل ١٠ أما الواجبات الأصلية في الصلاة فثلاثة منها قراءة الفاتحة والسورة في صلاة ذات ركعتين وفي الأولى
 من ذوات الأربع والثلاث حتى لو تركهما أو أحدهما فإن كان حامدا كان مسيئا وإن كان ساهيا يلزمه سجود السهو
 وهذا عندنا وقال الشافعي قراءة الفاتحة على التعيين فرض حتى لو تركها أو حرفا منها في ركعة لا يجوز صلاته وقال
 مالك قراءتهما على التعيين فرض (احتجا) بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا صلاة لمن لم يقرأ
 فاتحة الكتاب وروى لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وسورة معها أو قال وشئ معها ولأن النبي صلى الله عليه
 وسلم وأطب على قراءتهما في كل صلاة فبدل على القرضية (ولنا) قوله تعالى فاقروا ما تيسر من القرآن أمر
 بطلق القراءة من غير تعيين فتعين الفاتحة فرضا وتعيينهما نسخ الإطلاق ونسخ الكتاب بالخبر
 المتواتر لا يجوز عند الشافعي فكيف يجوز بخبر الواحد قبلنا الحديث في حق الوجوب عملا حتى نكره ترك
 قراءتهما دون القرضية عملا بهما بالقدر الممكن كيلا يضطر إلى رده لو جوب رده عند معارضة الكتاب ومواظبة
 النبي صلى الله عليه وسلم على فعل لا يدل على فرضيته فإنه كان يواظب على الواجبات والله أعلم (ومنها) الجهر
 بالقراءة فيها يجهر وهو الفجر والمغرب والعشاء في الأولى والخمسة فيها يخافت وهو الظهر والعصر إذا كان اماما
 والجلية فيه أنه لا يخاف أن يكون اماما أو منفردا فإن كان اماما يجب عليه مراعاة الجهر فيها يجهر وكذا في كل صلاة
 من شرطها الجماعة كالجمعة والعيد والترويح والجمعة والعيد والترويح ويجب عليه الخفاة فيها يخافت وإنما كان كذلك لأن القراءة
 ركن يتصل به الإمام عن القوم فعلا فيجهر ليتأمل القوم ويتفكروا في ذلك فحصل عمرة القراءة وفائدتها للقوم
 فتصير قراءة الإمام قراءتهم تقديرا كأنهم قرؤا وعمرة الجهر تقوى في صلاة النهار لأن الناس في الأغلب يحضرون
 الجماعات في خلال الكسب والتصرف والانتشار في الأرض فكانت قلوبهم متعلقة بذلك فيشغلهم ذلك عن حقيقة
 التأمل فلا يكون الجهر مفيدا بل يقع تسببا إلى الاثم بترك التأمل وهذا لا يجوز بخلاف صلاة الليل لأن الحضور اليها
 لا يكون في خلال الشغل وبخلاف الجمعة والعيد لأنه يؤدي في الأحيان مرة على هيئة مخصوصة من الجمع العظيم
 وحضور السلطان وغير ذلك فيكون ذلك سبعا على احضار القلب والتأمل ولأن القراءة من أركان الصلاة

والاركان في الفرائض تؤدى على سبيل الشهادة دون الاخفاء. ولهذا كان النبي صلى الله عليه وسلم يجهر في الصلوات كلها في الابتداء الى أن قصد الكفار أن لا يسمعو القرآن وكادوا يلقون فيه غفقت النبي صلى الله عليه وسلم بالقراءة في الظهر والعصر لانهم كانوا مستعدين للاذى في هذين الوقتين ولهذا كان يجهر في الجمعة والعيدين لانه أقامهما بالمدينة وما كان للكفار بالمدينة قوة الاذى ثم وان زال هذا العذر بقيت هذه السنة كالمرمل في الطواف ونحوه ولانه واظب على المخافة فيهما في عمره فكانت واجبة ولانه وصف صلاة النهار بالجما وهي التي لا تبين ولا يتحقق هذا الوصف لها الا بترك الجهر فيها وكذا واظب على الجهر فيها يجهر والمخافة فيها يخاف وذلك دليل الوجوب وعلى هذا عمل الامة ويخفى القراءة فيها سوى الاولين لان الجهر صفة القراءة المفروضة والقراءة ليست بفرض في الآخرين لما ينبت فيما تقدم واذا ثبت هذا فنقول اذا جهر الامام فيما يخاف أو خاف فيما يجهر فان كان عامدا يكون مسيا وان كان ساهيا فعليه سجود السهو لانه وجب عليه اسماع القوم فيما يجهر واخفاء القراءة عنهم فيما يخاف وترك الواجب عمدا يوجب الاساءة وسهو يوجب سجود السهو وان كان منفردا فان كانت صلاة يخاف فيها بالقراءة خافت لاحتالة وهو رواية الاصل وذكر أبو يوسف في الاملاء ان زادا على ما يسمع أذنيه فقد أساء وذكر عصام بن أبي يوسف في مختصره وأثبت له خيار الجهر والمخافة استدلالا بعدم وجوب السهو عليه اذا جهر والصحيح رواية الاصل لقوله صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجماء من غير فصل ولان الامام مع حاجته الى اسماع غيره يخاف فله المنفرد أولى ولو جهر فيها بالقراءة فان كان عامدا يكون مسيا كذا ذكر الكرخي في صلاته وان كان ساهيا لا سهو عليه نص عليه في باب السهو بخلاف الامام (والفرق) ان سجود السهو يجب لجبر النقصان والنقصان في صلاة الامام أكثر لان اساءته أبلغ لانه فعل شيئين نهي عنهما أحدهما انه رفع صوته في غير موضع الرفع والثاني انه أسمع من أمر بالاخفاء عنه والمنفرد رفع صوته فقط فكان النقصان في صلاته أقل وما وجب لجبر الاعلى لا يجب لجبر الادنى وان كانت صلاة يجهر فيها بالقراءة فهو بالخيار ان شاء جهر وان شاء خاف وذكر الكرخي ان شاء جهر بقدر ما يسمع أذنه ولا يزيد على ذلك وذكر في عامة الروايات مفسر انه بين خيارات ثلاث ان شاء جهر وأسمع غيره وان شاء جهر وأسمع نفسه وان شاء أسر القراءة أما كون له أن يجهر فلان المنفرد امام في نفسه وللإمام أن يجهر وله أن يخاف بخلاف الامام لان الامام يحتاج الى الجهر لاسماع غيره والمنفرد يحتاج الى اسماع نفسه لا غير وذلك يحصل بالمخافة وذكر في رواية أبي حفص الكبير ان الجهر أفضل لان فيه تشبيها بالجماعة والمنفردان مجز عن تحقيق الصلاة بجماعة لم يجز عن التشبه ولهذا اذا أذن وأقام كان أفضل هذا في الفرائض واما في النطوقات فان كان في النهار يخاف وان كان في الليل فهو بالخيار ان شاء خاف وان شاء جهر والجهر أفضل لأن النوافل أتباع الفرائض والحكم في الفرائض كذلك حتى لو كان بجماعة كافي التراويح يجب الجهر ولا يتخير في الفرائض وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان اذا صلى بالليل سمعت قراءته من وراء الحجاب وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بأبي بكر رضي الله عنه وهو يتجعد بالليل ويخفى القراءة ومر بعمر وهو يتجعد ويجهر بالقراءة ومر ببلال وهو يتجعد وينقل من سورة الى سورة فلما أصبحوا غداوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل كل واحد منهم عن حاله فقال أبو بكر رضي الله عنه كنت أسمع من أناجي وقال عمر رضي الله عنه كنت أوقظ الوسنان وأطرد الشيطان وقال بلال رضي الله عنه كنت أنتقل من بستان الى بستان فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا بكر ارفع من صوتك قليلا يا عمر اخفض من صوتك قليلا ويا بلال اذا افتحت سورة فأنعما ثم المنفرد اذا خاف وأسمع أذنيه يجوز بلا خلاف لوجود القراءة يبين ان السماع بدون القراءة لا يتصور واما اذا صحح الحروف بلسانه وأداها على وجهها ولم يسمع أذنيه ولكن وقع له العلم بترك اللسان وخروج الحروف من مخارجها فهل يجوز صلاته اختلف فيه ذكر الكرخي أنه يجوز وهو قول أبي بكر الباخي المعروف بالأعمش وعن الشيخ أبي القاسم الصفار والفقهاء أبي جعفر المنصور وأبي

والشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري انه لا يجوز ما لم يسمع نفسه وعن بشر بن غياث المريسي انه قال ان كان بحال لو أدنى رجل صمناخ أذنيه الى فيه سمع كفى والا فلا ومنهم من ذكر في المسئلة خلافا بين أبي يوسف ومحمد فقال على قول أبي يوسف يجوز وعلى قول محمد لا يجوز وجه قول الكرخي ان القراءة فعل اللسان وذلك بتفصيل الحروف ونظمها على وجه مخصوص وقد وجدنا ما سماعه نفسه فلا عبرة به لأن السماع فعل الأذنين دون اللسان ألا ترى ان القراءة نجدها تصقق من الأصم وان كان لا يسمع نفسه وجه قول الفريق الثاني ان مطلق الأمر بالقراءة ينصرف الى المتعارف وقد مر ما لا يسمع هو لو كان سمعيا لم يعرف قراءة وجه قول بشر ان الكلام في العرف اسم لحروف منظومة دالة على ما في ضمير المتكلم وذلك لا يكون الا بصوت مسعوع وما قاله الكرخي أقبس وأصح وذكر في كتاب الصلاة اشارة اليه فانه قال ان شاء قرأ وان شاء جهر وأسمع نفسه ولو لم يحمل قوله قرأ في نفسه على اقامة الحروف لأدى الى التكرار والاعادة الخالية عن الافادة ولا عبرة بالعرف في الباب لان هذا أمر بينه وبين ربه فلا يعتبر فيه عرف الناس وعلى هذا الخلاف كل حكم يتعلق بالنطق من البيع والنكاح والطلاق والعناق والايلاء واليمين والاستثناء وغيرها والله أعلم (ومنها) الطمأنينة والقرار في الركوع والسجود وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الطمأنينة مقدار تسبيحة واحدة فرض وبه أخذ الشافعي حتى لو ترك الطمأنينة جازت صلاته عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف والشافعي لا تجوز ولم يذكر هذا الخلاف في ظاهر الرواية وانما ذكره المعلى في نوادره وعلى هذا الخلاف اذا ترك القومة التي بعد الركوع والقعدة التي بين السجدين وروى الحسن عن أبي حنيفة فيمن لم يقم صلبه في الركوع ان كان الى القيام أقرب منه الى تمام الركوع لم يجزه وان كان الى تمام الركوع أقرب منه الى القيام أجزأ اقامة للذكر مقام الكل ولقب المسئلة ان تعدل الأركان ليس بفرض عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف والشافعي فرض (احتجا) بحديث الاعرابي الذي دخل المسجد وأخف الصلاة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم قم فصل فانك لم تصل هكذا ثلاث مرات فقال يا رسول الله لم استطع غير ذلك فعلمني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اذا أردت الصلاة فطهر كما أمرك الله تعالى واستقبل القبلة وقل الله أكبر واقرا ما علمت من القرآن ثم اركع حتى يطمئن كل عضو منك ثم ارفع رأسك حتى تستقم قائما فلا تستدل بالحديث من ثلاثة أوجه أحدها انه أمره بالاعادة والاعادة لا تجب الا عند فساد الصلاة وفسادها بغوات الركن والثاني انه نفي كون المؤدى صلاة بقوله فانك لم تصل والثالث انه أمره بالطمأنينة ومطلق الأمر للفرضية وأبو حنيفة ومحمد احتجا لنفي الفرضية بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا وأمر عطلق الركوع والسجود والركوع في اللغة هو الانحناء والميل يقال ركعت الخلة اذا مالته الى الأرض والسجود هو التباطؤ والخفض يقال سجدت الخلة اذا تباطأت وسجدت الناقة اذا وضعت جرائها على الأرض وخفضت رأسها للرعي فاذا أتى بأصل الانحناء والوضع فقد امتثل لنيانه بما ينطلق عليه الاسم فاما الطمأنينة فدوام على أصل الفعل والأمر بالفعل لا يقتضي الدوام واما حديث الاعرابي فهو من الأحاد فلا يصلح ناسخا للكتاب ولكن يصلح مكملا فيحصل أمره بالاعتماد على الوجوب وتيقنه الصلاة على نفي السكالم وتمكن التقصان الفاحش الذي يوجب عدمها من وجه وأمره بالاعادة على الوجوب جبر للتقصان أو على الزجر عن المعاودة الى مثله كالأمر بكسر دنان انخر عند نزول حجرها تسكيلا للعرض على ان الحديث حجة عليهما فان النبي صلى الله عليه وسلم مكن الاعرابي من المضى في الصلاة في جميع المرات ولم يأمره بالقطع فلولا تمكن تلك الصلاة جائزة لكان الاشتغال بها عيبا اذا الصلاة لا يعمى في فاسدها فينبغي أن لا يمكنه منه ثم الطمأنينة في الركوع واجبة عند أبي حنيفة ومحمد كذا ذكره الكرخي حتى لو تركها ساهيا يلزمه سجد السهو وذكر أبو عبد الله الجرجاني انها سنة حتى لا يجب سجد السهو بتركها ساهيا وكذا القومة التي بين الركوع والسجود والقعدة التي بين السجدين والصحيح ما ذكره الكرخي لان الطمأنينة من باب اكمال الركن واكمال الركن واجب كما كمال القراءة بالفاتحة ألا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم

ألقى صلاة الاعرابي بالعدم والصلاة انما يقضى عليها بالعدم اما لانعدامها أصلا بترك الركن أو بانتقاصها بترك الواجب فتصير عدماً من وجه فاما ترك السنة فلا يلحق بالعدم لانه لا يوجب نقصاناً فاحشا ولهذا يذكر تركها أشد السكرامة حتى روى عن أبي حنيفة انه قال أخشى أن لا تجوز صلاته (ومنها) القعدة الاولى لفصل بين الشفعين حتى لو تركها عامداً كان مسياً ولو تركها ساهياً يلزمه سجود السهولان النبي صلى الله عليه وسلم وأطب عليها في جميع عمره وذابل على الوجوب اذا قام دليل عدم الفرضية وقد قام ههنا لانه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قام الى الثالثة فسبح به فلم يرجع ولو كانت فرضاً لرجع وأكثر مشايخنا يطلقون اسم السنة عليها اما لان وجوبها عرف بالسنة فعلاً أو لان السنة المؤكدة في معنى الواجب ولان الركنين أدنى ما يجوز زمن الصلاة فوجب القعدة فاصلة بينهما وبين ما يلزمها والله أعلم (ومنها) التشهد في القعدة الاخيرة وعند الشافعي فرض وجه قوله ان النبي صلى الله عليه وسلم وأطب عليه في جميع عمره وهذا دليل الفرضية وروى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه قال كنا نقول قبل أن يفرض التشهد السلام على الله السلام على جبريل وميكائيل فالتفت النبي صلى الله عليه وسلم فقال قولوا التحيات لله أمرنا بالتشهد بقوله قولوا وانص على فرضيته بقوله قبل أن يفرض التشهد (ولنا) قول النبي صلى الله عليه وسلم للاعرابي اذا رفعت رأسك من آخر سجدة وقعدت قدرا للتشهد قد عدت صلاتك أثبت تمام الصلاة عند مجرد القعدة ولو كان التشهد فرضاً لما ثبت القام بدونه دل انه ليس بفرض لكنه واجب عواظبة النبي صلى الله عليه وسلم ومواظبة دليل الوجوب فيما قام دليل على عدم رضيته وقد قام ههنا وهو ما ذكرنا فكان واجبا لا فرضا والله أعلم والأمر في الحديث يدل على الوجوب دون الفرضية لانه خبر واحد وان يصلح للوجوب لا للفرضية وقوله قبل أن يفرض أي قبل أن يقدر على هذا التقدير المعروف اذا الفرض في اللغة التقدير (ومنها) مراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال في الصلاة وهو السجدة لمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم على مراعاة الترتيب فيه وقيام الدليل على عدم فرضيته على ما ذكرنا حتى لو ترك السجدة الثانية من الركعة الاولى ثم تذكرها في آخر صلاته سجد المتروكة وسجد للسجدة بترك الترتيب لانه ترك الواجب الاصل ساهياً فوجب سجود السهو والله الموفق (واما) الذي ثبت وجوبه في الصلاة بعارض فنوعان أيضا أحدهما سجود السهو والآخر سجود التلاوة (اما) سجود السهو فالكلام فيه في مواضع في بيان وجوبه وفي بيان سبب الوجوب وفي بيان ان المتروك من الافعال والاذا كارساهيا هل يقضى أم لا وفي بيان محل السجود وفي بيان قدر سلام السهو وصفته وفي بيان عمله انه يبطل الهرعة أم لا وفي بيان من يجب عليه سجود السهو ومن لا يجب عليه (اما) الاول فقد ذكر الكرخي ان سجود السهو واجب وكذا انص محمد في الاصل فقال اذا ساهى الامام وجب على المؤتم أن يسجد وقال بعض أصحابنا انه سنة وجه قولهم ان العود الى سجدة السهو لا يرفع التشهد حتى لو تكلم بعد ما سجد للسهو وقبل أن يقعد لا تفسد صلاته ولو كان واجبا لرفع كسجدة التلاوة ولا نه مشر وع في صلاة التطوع كما هو مشر وع في صلاة الفرض والغائت من التطوع كيف يجبر بالواجب والصحيح انه واجب لما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من شئت في صلاته فلم يدرك التلاوة صلى أم أربعاً فليتكراً قرأ به الى الصواب ولين عليه وليسجد للسهو بعد السلام ومطلق الأمر لوجوب العمل وعن ثوبان رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لكل سهو سجدتان بعد السلام فيجب تحصيلهما تصديقاً للنبي صلى الله عليه وسلم في خبره وكذا النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضي الله عنهم وأطبوا عليه والمواظبة دليل الوجوب ولا نه شرع جبر النقصان العبادة فكان واجبا كدما الجبر في باب الحج وهذا لان اداء العبادة بصفة الكمال واجب ولا تحصل بصفة الكمال الا يجبر النقصان فكان واجبا ضرورة اذ لا حصول للواجب الا به الا ان العود الى سجود السهو لا يرفع التشهد لالان السجود ليس بواجب بل لغني آخر وهو ان السجود وقع في محله لان محله بعد القعدة فالود اليه لا يكون رافعا للقعدة

الواقعة في محلها فاما سجدة التلاوة فتحلها قبل القعدة فالعود اليها يرفع القعدة كالعود الى السجدة الصليبية فهو الفرق
 (اما) قولهم ان له مدخلا في صلاة التطوع فنقول اصل الصلاة وان كانت تطوعا لكن لها اركان لا تقوم بدونها
 و واجبات تنقص بقواتها وتغيرها عن محلها فيحتاج الى الجبر مع ما ان التغل يصير واجبا عندنا بالنسبة
 ويلحق بالواجبات الأصلية في حق الأحكام على ما بين في مواضعه ان شاء الله تعالى

فصل في ما يبان سبب الوجوب فبسبب وجوبه ترك الواجب الأصلي في الصلاة أو تغييره أو تغيير فرض منها عن
 محله الأصلي ساهيلا لان كل ذلك يوجب نقصانا في الصلاة فيجب جبره بالسجود ويخرج على هذا الأصل مسائل
 وجلة الكلام فيه ان الذي وقع السهو عنه لا يخلو اما ان كان من الأفعال واما ان كان من الأذكار اذا الصلاة
 أفعال واذكار فان كان من الأفعال بان قعد في موضع القيام أو قام في موضع القعود سجد للسهو لوجود تغيير
 الفرض وهو تأخير القيام عن وقته أو تقديمه على وقته مع ترك الواجب وهو القعدة الاولى وقد روى عن المغيرة
 ابن شعبه ان النبي صلى الله عليه وسلم قام من الثانية الى الثالثة ساهيا فسبحوا به فلم يقعد فسبحوا به فلم يعد وسجد
 للسهو وكذا اذ ركع في موضع السجود أو سجد في موضع الركوع أو ركع ركوعين أو سجد ثلاث سجعات
 لوجود تغيير الفرض عن محله أو تأخير الواجب وكذا اذا ترك سجدة من ركعة فتذكرها في آخر الصلاة سجد لها
 وسجد للسهو لانه أخرها عن محلها الأصلي وكذا اذا قام الى الخاتمة قبل أن يقعد قدر التشهد أو بعد ما قعد وعاد
 سجد للسهو لوجود تأخير الفرض عن وقته الأصلي وهو القعدة الأخيرة أو تأخير الواجب وهو السلام ولو زاد
 على قراءة التشهد في القعدة الاولى وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم ذكر في أمالي الحسن بن زياد عن أبي حنيفة
 ان عليه سجود السهو وعندهما لا يجب (لهما) انه لو وجب عليه سجود السهو لوجب جبر النقصان
 لانه شرع له ولا يعقل تمكن النقصان في الصلاة بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وأبو حنيفة يقول لا يجب
 عليه بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم بل بتأخير الفرض وهو القيام الا ان التأخير حصل بالصلاة فيجب
 عليه من حيث انه تأخير لا من حيث انه صلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ولو تلا سجدة فحسب ان يسجد
 ثم تذكرها في آخر الصلاة فعليه أن يسجدها ويسجد للسهو لانه أخر الواجب عن وقته ولو سلم مصلى الظهر
 على رأس الركعتين على ظن انه قد أتمهما علم انه صلى ركعتين وهو على مكانه يقفها ويسجد للسهو اما الانعام
 فلانه سلام سهو فلا يخرج من الصلاة واما وجوب السجدة فللتأخير الفرض وهو القيام الى الشفع الثاني
 بخلاف ما اذا سلم على رأس الركعتين على ظن انه مسافر او مصلي الجمعة ثم علم انه تقصده لانه هذا الظن نادر
 فكان سلامه سلام عمد وانما قاطع للصلاة ولو ترك تعديل الاركان والقومة التي بين الركوع والسجود والقعدة
 التي بين السجدين ساهيا اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة ومحمد بناء على ان تعديل الاركان عندهما واجب
 أو سنة وقد بينا ذلك فيما تقدم وعلى هذا اذا شئت في شيء من صلاته فتفكر في ذلك حتى استيقن وهو على وجهين
 اما ان شئت في شيء من هذه الصلاة التي هو فيها فتفكر في ذلك واما ان شئت في صلاة قبل هذه الصلاة فتفكر في ذلك
 وهو في هذه وكل وجه على وجهين اما ان طال تفكيره بان كان مقدارا ما يمكنه أن يؤدي فيه ركعتان من أركان الصلاة
 كالركوع والسجود أو لم يطل فان لم يطل تفكره فلا سهو وعليه سواء كان تفكره في غير هذه الصلاة أو في
 هذه الصلاة لانه اذا لم يطل لم يوجد سبب الوجوب الأصلي وهو ترك الواجب أو تغيير فرض أو واجب عن وقته
 الأصلي ولان الفكر القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه فكان عفوادفعاً للحرج وان طال تفكره فان كان
 تفكره في غير هذه الصلاة فلا سهو وعليه وان كان في هذه الصلاة فكذلك في القياس وفي الاستحسان
 عليه السهو وجه القياس ان الموجب للسهو يمكن النقصان في الصلاة ولم يوجد لان الكلام فيما اذا تذكر
 انه أداها فبقي مجرد الفكر وانه لا يوجب السهو كالكثرة القليل وكما لو شئت في صلاة أخرى وهو في هذه الصلاة
 ثم تذكر انه أداها فلا سهو وعليه وان طال فكره كذا هذا وجه الاستحسان أن الفكر الطويل في هذه الصلاة

بما يؤخر الأركان عن أوقاتها فيوجب محكم النقصان في الصلاة فلا بد من جبره بسجدة السهو بخلاف التكرار
 القصير وبخلاف ما إذا شئت في صلاة أخرى وهو في هذه الصلاة لأن الموجب للسهو في هذه الصلاة سهو هذه الصلاة
 لا سهو صلاة أخرى ولو شئت في سجود السهو يتعزى ولا يستجد لهذا السهو لأن تكرار سجود السهو في صلاة
 واحدة غير مشروع على ما ذكرناه لو سجد لا يسلم عن السهو فيه ثانيًا والثالث يؤدى إلى ما لا يتناهى (وحكى)
 أن محمد بن الحسن قال للكسائي وكان الكسائي ابن خالته لم لا تستغل بالفقه مع هذا الخطر فقال من أحكم علما
 فذاك يهديه إلى سائر العلوم فقال محمد بن الحسن علي بن شيبان مسائل الفقه فخرج جوابه من العو فقال هات قال فما
 تقول فبين سها في سجود السهو فتفكر ساعة ثم قال لا سهو عليه فقال من أى باب من العو خرجت هذا
 الجواب فقال من باب أنه لا يصغر المصغر فقصير من فطنته ولو شرع في الظهر ثم توهم أنه في العصر فصلى على ذلك
 الوهم ركعة أو ركعتين ثم تذكر أنه في الظهر فلا سهو عليه لأن تعيين النية شرط افتتاح الصلاة لا شرط بقائها كاصل
 النية فلم يوجد تغيير فرض ولا ترك واجب فان تفكر في ذلك تفكر أشغله عن ركن فعله سجود السهو واستحسانا
 على ما مر ولو افتتح الصلاة فقرأ ثم شئت في تكبيرة الافتتاح فاعاد التكبير والقراءة ثم علم أنه كان كبر فعله سجود السهو
 لأنه بزيادة التكبير والقراءة آخر ركنا وهو الركوع ثم لا فرق بين ما إذا شئت في خلال صلاته فتفكر حتى استيقن
 وبين ما إذا شئت في آخر صلاته بعد ما قد قدر التشهد الأخير ثم استيقن في حق وجوب السجدة لأنه آخر الواجب وهو
 السلام ولو شئت بعد ما سلم تسليمة واحدة ثم استيقن لا سهو عليه لأنه بالتسليمة الأولى خرج عن الصلاة وانعدمت
 الصلاة فلا يتصور رتقيصصها بتقويت واجب منها فاستحال إيجاب الجابر وكذا لا فرق بينه وبين ما إذا سبقه
 الحديث في الصلاة فعاد إلى الوضوء ثم شئت قبل أن يعود إلى الصلاة فتفكر ثم استيقن حتى يجب عليه سجود السهو في
 الحالين جميعا إذا طال تفكره لأنه في حرمة الصلاة وإن كان غير مؤد لها والله أعلم بهذا الذي ذكرنا حكم الشئ في
 الصلاة فيما يرجع إلى سجود السهو وأما حكم الشئ في الصلاة فيما يرجع إلى البناء والاستقبال فنقول إذا سها في
 صلاته فلم يدرك ثلاثا صلى أم أربعا فان كان ذلك أول ما سها استقبال الصلاة ومعنى قوله أول ما سها أن السهو لم
 يصير عادة له لأنه لم يسه في عمره قط وعند الشافعي يبنى على الأقل (احتج) بما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه
 عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا شئت أحدكم في صلاته فلم يدرك ثلاثا صلى أم أربعا فليبلغ أشد وليبن على الأقل
 أمر بالبناء على الأقل من غير فصل ولأن فيما قلنا أخذنا باليقين من غير إبطال العمل فكان أولى (ولنا) ما روى عبد الله
 ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا شئت أحدكم في صلاته أنه صلى فليستقبل الصلاة أمر بالاستقبال
 وكذا روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمرو وعبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهم أنهم قالوا هكذا
 وروى عنهم بالفاظ مختلفة ولا نه لو استقبل أدى الغرض يبين كماله ولو بنى على الأقل ما أداه كماله لأن ما يؤدى
 زيادة على المفروض وادخال الزيادة في الصلاة نقصان فيها ورأى يؤدى إلى إفساد الصلاة بان كان أدى أربعا وظن
 أنه أدى ثلاثا فبنى على الأقل وأضاف إليها أخرى قبل أن يقعد وبه تبين أن الاستقبال ليس إبطالا للصلاة لأن
 الإفساد ليؤدى أكمل لا بعد إفساد أو اكمل لا يحصل إلا بالاستقبال على ما مر والحديث مجهول على ما إذا وقع
 ذلك له مرار ولم يقع تعزيره على شئ بدليل ما روينا هذا إذا كان ذلك أول ما سها فان كان يعرض له ذلك كثيرا
 تعزى وبنى على ما وقع عليه التعزى في ظاهر الروايات وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يبنى على الأقل وهو قول
 الشافعي لما روينا في المسئلة الأولى من غير فصل ولأن المصير إلى التعزى للضرورة ولا ضرورة ههنا لأنه يمكن إدراك
 اليقين بدونه بان يبنى على الأقل فلا حاجة إلى التعزى (وانا) ما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن
 النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا شئت أحدكم في صلاته فلم يدرك ثلاثا صلى أم أربعا فليتعزى أربعا إلى الصواب وليبن
 عليه ولأنه تعذر عليه الوصول إلى ما شبه عليه بدليل من الدلائل والتعزى عند انعدام الأدلة مشروع كافي أمر
 القبلة ولا وجه للاستقبال لأنه عسى أن يقع ثانيًا وكذا الثالث والرابع إلى ما لا يتناهى ولا وجه للبناء على الأقل

لان ذلك لا يوصله الى ما عليه لما صرح في المسئلة المتقدمة ومار واه الشافعي محمول على ما اذا تحرى ولم يقع تحريه على شيء وعندنا اذا تحرى ولم يقع تحريه على شيء يني على الأقل وكيفية البناء على الأقل انه اذا وقع السجدة في الركعة والركعتين يجعلها ركعة واحدة وان وقع الشك في الركعتين أو الثلاث جعلها ركعتين وان وقع في الثلاث والاربع جعلها ثلاثا وأهم صلاته على ذلك وعليه أن يشهد بالاحتمال في كل موضع يتوهم أنه آخر الصلاة لان القعدة الأخيرة فرض والاشتغال بالنفل قبل اكمال الفرض مفسده فلذلك يقعد وأما الشك في أركان الحج ذكر الجصاص ان ذلك ان كان يكثر يحرى أيضا كما في باب الصلاة وفي ظاهر الرواية يؤخذ باليقين (والفرق) ان الزيادة في باب الحج وتكرار الركن لا يفسد الحج فامكن الاخذ باليقين فاما الزيادة في باب الصلاة اذا كانت ركعة فانها تفسد الصلاة اذا وجدت قبل القعدة الأخيرة فكان العمل بالتحري أحوط من البناء على الأقل وأما الاذكار فلا ذكر التي تتعلق بسجود السهوها أربعة القراءة والقنوت والشهادة وتكبيرات العيدين (أما) القراءة فاذا ترك القراءة في الاولين قرأ في الآخرين وسجد للسهو لان القراءة في الاولين على التعيين غير واجبة عند بعض مشايخنا وانما الفرض في ركعتين منها غير عين وترك الواجب ساهيا بوجوب السهو وعند بعضهم هي فرض في الاولين عيننا وتكون القراءة في الآخرين عند تركها في الاولين قضاء عن الاولين فاذا تركها في الاولين أو في احدهما فقد غير الفرض عن محل ادائه سهوا فيلزمه سجود السهو ولو سها عن الفاتحة فهمأ وفي احدهما أو عن السورة فهمأ وفي احدهما فعليه السهو لان قراءة الفاتحة على التعيين في الاولين واجبة عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى فرض على ما ينافي تقدم وكذا قراءة السورة على التعيين أو قراءة مقدار سورة قصيرة وهي ثلاث آيات واجبة فيتعلق السجود بالسهو عنهما ولو غير صفة القراءة سهوا بان جهر فيما يخافت أو خافت فيما يجهر فهذا على وجهين اما ان كان اماما أو منفردا فان كان اماما سجد للسهو عندنا وعند الشافعي لاسهو عليه وجهه قوله ان الجهر والخافتة من هيئة الركن وهو القراءة فيكون سنة كهيئة كل ركن نحو الاخذ بالركب وهيئة القعدة (ولنا) ان الجهر فيما يجهر والخافتة فيما يخافت واجبة على الامام لما بينا فيما تقدم ثم اختلفت الروايات عن أصحابنا في مقدار ما يتعلق به سجود السهو من الجهر والخافتة ذكر في نوادر أبي سليمان وفصل بين الجهر والخافتة في المقدار فقال ان جهر فيما يخافت فعليه السهو قل ذلك أو أكثر وان خافت فيما يجهر فان كان في أكثر الفاتحة أو في ثلاث آيات من غير الفاتحة فعليه السهو والا فلا وروى ابن سماعة عن محمد بن السري عن الفضيل بن ابي اسحق عن محمد بن ابي حنيفة عن ابي حنيفة عن ابي يوسف انه اذا جهر بحرف يسجد وجهه رواية أبي سليمان ان الخافتة فيما يخافت الزم من الجهر فيما يجهر ألا ترى ان المنفرد يتغير بين الجهر والخافتة ولا خيار له فيما يخافت فاذا جهر فيما يخافت فقد تمكن النقصان في الصلاة بنفس الجهر فيجب جهره بالسجود فاما بنفس الخافتة فيما يجهر فلا يتمكن النقصان ما لم يكن مقدار ثلاث آيات أو أكثر وجهه رواية ابن سماعة ما روى عن ابي قتادة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسمعا الآية والآيتين احبانا في الظهر والعصر وهذا جهر فيما يخافت فاذا ثبت فيه ثبت في الخافتة فيما يجهر لانهم يسمعون ثم لما ورد الحديث مقدار الآية أو آيتين ولم يرد باز يد من ذلك كانت الزيادة تركا للواجب فيوجب السهو وجهه رواية الحسن بناء على ان فرض القراءة عند أبي حنيفة يتأدى بآية واحدة وان كانت قصيرة فاذا غير صفة القراءة في هذا القدر تعلق به السهو وعندهم لا يتأدى فرض القراءة الا بآية طويلة أو ثلاث آيات فصار فاما يتمكن التغيير في هذا المقدار لا يجب السهو وهذا اذا كان اماما فاما اذا كان منفردا فلا سهو عليه اما اذا خافت فيما يجهر فلا شك فيه لانه يتغير بين الجهر والخافتة لما ذكرنا فيما تقدم ان الجهر على الامام انما وجب تحصيل الثمرة القراءة في حق المقتدى وهذا المعنى لا يوجد في حق المنفرد فلم يجب الجهر فلا يتمكن النقص في الصلاة وتركه وكذا اذا جهر فيما يخافت لان الخافتة في الاصل انما وجبت صيانة للقراءة عن المغالبة والغفوقها

لان صيانة القراءة عن ذلك واجبة وذلك في الصلاة المؤداة على طريق الاشتهار وهي الصلاة بجماعة فاما صلاة المنفرد فاما كان يوجد فيها المغالبة فلم تكن الصيانة بالخافتة واجبة فلم يترك الواجب فلا يلزمه سجود السهو ولو اراد أن يقرأ سورة فخطأ وقرأ غير هالاسهو عليه لانعدام سبب الوجوب وهو تغيير فرض أو واجب أو تركه اذ لا توقيت في القراءة وروى عن محمد انه قال فيمن قرأ الحمد مرتين في الاولين فعليه السهو لانه آخر السورة بتكرار الله تحة ولو قرأ الحمد ثم السورة ثم الحمد لاسهو عليه وصار كأنه قرأ سورة طويلة ولو تشهد مرتين لاسهو عليه ولو قرأ القرآن في ركوعه أو في سجوده أو في قيامه لاسهو عليه لانه ثناء وهذه الاركان مواضع الثناء (وأما) القنوت فتركه سهواً واجب سجود السهو لانه واجب لما ند كفي موضعه ان شاء الله تعالى وكذلك تكبيرات العيدين اذ تركها أو نقص منها لانه واجب وكذا اذا زاد عليها أو أتى بها في غير موضعها لانه يحصل تغيير فرض أو واجب وكذلك قراءة التشهد اذا سها عن في القعدة الاخيرة ثم تذكرها قبل السلام أو بعد ما سلم ساهياً قرأها وسلم وسجد للسهو لانه واجب وأما في القعدة الاولى فكذلك استحسانا والقياس في هذا وقنوت الوتر وتكبيرات العيدين سواء ولاسهو عليه لان هذه الاذكار سنة ولا يمكن تركها كغير نقصان في الصلاة فلا يوجب السهو وكما اذا ترك الثناء والتعوذ وجه الاستحسان ان هذه الاذكار واجبة أما وجوب القنوت وتكبيرات العيدين فلما يذكر في موضعه وأما وجوب التشهد في القعدة الاولى فلمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم على قراءته ومواظبة الصحابة رضي الله عنهم وأما سائر الاذكار من الثناء والتعوذ وتكبيرات الركوع والسجود وتبسيحاتها فلا سهو فيها عند عامة العلماء وقال مالك اذا سها عن ثلاث تكبيرات فعليه السهو قياساً على تكبيرات العيدين وهذا قياس حذنا لا يثبت لان تكبيرات العيدين واجبة لما يند كرهاً فإن شغلها السهو بخلاف تكبيرات الركوع والسجود فانها من السنن ونقصان السنة لا يجبر بسجود السهو لان سجود السهو واجب ولا يجبر جبراً شئياً بما هو فوق الفأنت بخلاف الواجب لان الشئ يجبر عنه ولهذا لا يتعلق السهو بترك الواجب عمداً لان النقص المتكبر ترك الواجب عمداً فوق النقص المتكبر بتركه سهواً والشرع لما جعل السجود جازماً لمافات سهواً كان مثلاً لالفأنت سهواً وإذا كان مثلاً للفاثت سهواً كان دون مافات عمداً والشئ لا يجبر بما هو دونة ولهذا لا يجبر به النقص المتكبر بقوات الفرض ولو سلم عن يساره قبل سلامه عن يمينه فلاسهو عليه لان الترتيب في السلام من باب السنن فلا يتعلق بسجود السهو ولو نسي التكبير في أيام التشريق لاسهو عليه لانه لم يترك واجباً من واجبات الصلاة ولو سها في صلاته مراراً لا يجبر عليه الا سجودتان وعند بعضهم يلزمه لكل سهو وسجودتان لقوله صلى الله عليه وسلم لكل سهو وسجودتان بعد السلام ولان كل سهو واجب نقصاناً فيستدعي جابراً (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال سجودتان تحجزان لكل زيادة ونقصان وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم ترك القعدة الاولى وسجد لها سجودتين وكان سها عن التعدة وعن التشهد حيث تركها وعن الفيام حيث أتى به في غير محله ثم لم يزد على سجودتين فعلم ان السجودتين كافيتان ولان سجود السهو انما أخر عن محل النقصان الى آخر الصلاة لئلا يحتاج الى تكراره لو وقع السهو بعد ذلك والالم يكن للتأخير معنى والحديث محمول على جنس السهو الموجود في صلاة واحدة لانه عين السهو بدليل ما ذكرنا

فصل في ما يباح للمترتك ساهياً هل يقضى أم لا فنقول وبالله التوفيق ان المترتك الذي يتعلق به سجود السهو من الفرائض والواجبات لا يخلو اما ان كان من الافعال أو من الاذكار ومن أي القسمين كان وجب أن يقضى ان أمكن التدارك بالقضاء وان لم يمكن فان كان المترتك فرضاً ففسد الصلاة وان كان واجباً لا يفسد ولكن تنقص وتدخل في حد الكراهة وبيان هذه الجملة أما الافعال فاذا ترك سجدة صلبية من ركعة ثم تذكرها آخر الصلاة قضاهَا وثم صلاته عندنا وقال الشافعي يقضيها ويقضى ما بعدها وجه قوله ان ما صلى بعد المترتك حصل قبل

أوانه فلا يعتد به لأن هذه عبادة شرعت مرتبة فلا تعتبر بدون الترتيب كما لو قدم السجود على الركوع أنه لا يعتد
بالسجود لما قلنا كذا هذا (ولنا) أن الركعة الثانية صادفت محلها لأن محلها بعد الركعة الأولى وقد وجدت
الركعة الأولى لأن الركعة تنقيد بسجدة واحدة وإنما الثانية تكرر ألا ترى أنه ينطلق عليها اسم الصلاة حتى لو حلف
لا يصلي فقيد الركعة بالسجدة يحنث فكان إذا. الركعة الثانية معتبرا معتدا به فلا يلزمه الإقضاء المتروك بخلاف
ما إذا قدم السجود على الركوع لأن السجود ما صادف محله لأن محله بعد الركوع لتقيد الركعة والركعة
بدون الركوع لا تنعقد فلم يقع معتدا به فهو الفرق وعلى هذا الخلاف إذا تدد كرسجدين من ركعتين في آخر
الصلاة قضاءهما وتمت صلاته عندنا وبدأ بالأولى منهما ثم بالثانية لأن القضاء على حسب الاداء ثم الثانية مرتبة
على الأولى في الاداء فكذا في القضاء ولو كانت أحدهما سجدة تلاوة تركها من الركعة الأولى والأخرى صلبية
تركها من الثانية يراعى الترتيب أيضا فيبدأ بالتلاوة عند عامة العلماء وقال زفر يبدأ بالثانية لأنها أقوى (ولنا) أن
القضاء معتبر بالاداء وقد تقدم وجوب التلاوة إذا فيجب تقديهما في القضاء ولو تدد كرسجدة صلبية وهو راكع أو
ساجد لخرها من ركوعه ورفع رأسه من سجوده فسجدها والأفضل أن يعود إلى حرمته هذه الأركان فيعيد لها
ليكون على الهيئة المستنونة وهي الترتيب وإن لم يعد أجزأه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز لأن الترتيب
في أفعال الصلاة فرض عنده فالتحققت هذه السجدة بمحلها فبطل ما أدى من القيام والقراءة والركوع لنترك
الترتيب وعندنا الترتيب في أفعال صلاة واحدة ليس يفرض ولهذا يبدأ المسبوق بما أدرك الإمام فيه دون
ما سبقه ولئن كان فرضا فقد سقط بعذر النسيان فوقع الركوع والسجود معتبرا بمصادفته محله وعن أبي يوسف
رحمه الله أن عليه إعادة الركوع إذا خرها من الركوع بناء على أصله أن القومة اتى بين الركوع والسجود فرض
بخلاف ما إذا سبقه الحدث في ركوعه أو سجوده أنه يتوضأ ويعيد بعدما أحدث فيه لا محالة لأن الجزء الذي
لأفاه الحدث من الركن قد فسد فكان ينبغي أن يفسد كل الصلاة لأنها لا تجزأ إلا أنار كنا هذا القياس
بالنص والاجماع في حق جواز البناء فيعمل به في حق الركن الذي أحدث فيه ولو لم يسجد هاتحي سلم فلا يجزئ
إما أن سلم وهوذا كرها أو ساء عنها فإن سلم وهوذا كرها ففسدت صلاته وإن كان ساءها لا يفسد ولا يصل أن
السلام العمد يوجب الخروج عن الصلاة السلام من عليه السهو وسلام السهو ولا يوجب الخروج عن الصلاة
لأن السلام محلل في الشرع قال النبي صلى الله عليه وسلم وتحليلها التسليم ولأنه كلام والكلام مضاد للصلاة إلا
أن الشرع منعه عن العمل حالة السهو وضرورة دفع الحرج لأن الإنسان لها يسلم عن النسيان وفي حق من عليه سهو
ضرورة تمكنه من سجود السهو ولا ضرورة في غير حالة السهو وفي حق من لا سهو عليه فوجب اعتباره محلا منافية
للصلاة إذا عرفت هذا فنقول إذا سلم وهوذا كرها أو ساء عنها ففسدت صلاته وعليه إعادة لأن سلام العمد
قاطع للصلاة وقد بقي عليه ركن من أركانها ولا وجود للشيء بدون ركنه وإن كان ساءها لا يفسد لأنه ملحق بالأعدم
ضرورة دفع الحرج على ما مر ثم إن سلم وهو في مكانه لم يضر وجهه عن القبلة ولم يتكلم يعود إلى قضاء ما عليه ولو
اقتدى به رجل صح اقتداؤه وإذا عاد إلى السجدة يتابعه المقتدى فيها ولكن لا يعتد بهذه السجدة لأنه لم يدرك
الركوع ويتابعه في التشهد دون التسليم وبعد التسليم يتابعه في سجود السهو فإذا سلم الإمام ساءها لا يتابعه ولكنه
يقوم إلى قضاء ما سبق به وإن لم يعد الإمام إلى قضاء السجدة ففسدت صلاته لأنه بقي عليه ركن من أركان الصلاة
وفسدت صلاة المقتدى بقضاء صلاة الإمام بعد محبة الاقتداء به وفائدة محبة اقتدائه به أنه لو كان اقتدى به بنية
التطوع في صلاة الظهر أو العصر أو العشاء فعليه قضاء أربع ركعات إن كان الإمام مقبلا وإن كان مسافرا فعليه
قضاء ركعتين وأما إذا صرف وجهه عن القبلة فإن كان في المسجد ولم يتكلم فكذلك الجواب استصناا والقياس
أن لا يعود وهو رواية محمد وجه القياس أن صرف الوجه عن القبلة مفسد للصلاة عزلة الكلام فكان ما نعامن
البناء وجه الاستصناا أن المسجد كله في حكم مكان واحد لأنه مكان الصلاة ألا يرى أنه صح اقتداء من هو في

المسجد بالامام وان كان بينهما فرجة واختلاف المكان يمنع صحة الاقتداء فكان بقاؤه فيه كبقائه في مكان صلاته
وضرف الوجه عن القبلة فسد في غير حالة العذر والضرورة فاملى حال العذر والضرورة فلا يخالف الكلام
لانه مضاد للصلاة فيستوى فيه الحالان وان كان خرج من المسجد ثم تذكر لا يعود وتفسد صلته لان الخروج من
مكان الصلاة مانع من البناء وقد بقي عليه ركن من أركان الصلاة فيلزمه الاستقبال وأما اذا كان في الصحراء فان
تذكر قبل أن يجاوز الصفوف من خلفه أو من قبل الميمن أو اليسار عاد إلى قضاء ما عليه والا فلا لان ذلك الموضع
بحكم اتصال الصفوف الصق بالمسجد ولهذا صح الاقتداء وان مشى أمامه لم يذكر في الكتاب وقيل ان مشى قدر
الصفوف التي خلفه عاد وبني والافلا وهو مروي عن أبي يوسف اعتبار الاحد الجانبين بالآخر وقيل اذا
جاوزه وضع سجوده لا يعود وهو الاصح لان ذلك القدر في حكم خروجه من المسجد فكان مانعا من
البناء وهذا اذا لم يكن بين يديه ستره فان كان يعود ما لم يجاوزها لان داخل السترة في حكم المسجد والله
أعلم هذا اذا سلم وعليه سجدة صليبة فان سلم وعليه سجدة تلاوة أو قراءة التشهد الاخير فان سلم وهذا كرلها
سقطت عنه لان سلامه عمد فيخرجه عن الصلاة حتى لو اقتدى به رجل لا يصح اقتداؤه ولو وجد
فهقه لا تنتقض طهارته ولو كان مسافرا فنوى الإقامة لا ينقلب فرضه أو بها ولا تفسد صلته لان لم يبق عليه
ركن من أركان الصلاة لكنها تنتقص اترك الواجب وان كان ساهيا عنها لا تسقط لان سلام السهو لا يخرج
عن الصلاة حتى يصح الاقتداء به وينتقض وضوؤه بالفقهه ويتحول فرضه بنية الإقامة لو كان مسافرا أو بها
ثم الأمر في العود إلى قضاء السجدة وقراءة التشهد على التفصيل الذي ذكرنا في الصليبة غير ان ههنا
لو تذكر بعد ما خرج عن المسجد أو جاوز الصفوف سقطت عنه ولا تفسد صلته لان الجواز متعلق بالاركان وقد
وجدت الا أنها تنتقص لما بيننا ثم العود إلى هذه المتروكات وهي السجدة المصلية وسجدة التلاوة وقراءة التشهد
يرفع التشهد حتى لو تكلم أو فقهه أو أحدث متمدا فسدت صلته بخلاف العود إلى سجدة السهو وقدم الفرق
ولو سلم وعليه سجدة صليبة وسجدة تسهوان فان سلم وهذا كرلها أو للصليبة خاصة فسدت صلته لانه سلام
عمد وقد بقي عليه ركن من أركان الصلاة وان كان ساهيا عنها وهذا كر السهو وخاصة لا تفسد صلته أما اذا كان
ساهيا عنها فلا شئ فيه وكذا اذا كان ذا كر السهو لانه سلام من عليه السهو وعليه أن يعود فيسجد أو لا
للصليبة ويشهد لان تشهداته انتقض بالعود إليها ثم يسلم ثم يسجد سجدة في السهو ولو سلم وعليه سجدة التلاوة
والسهو فان كان ذا كر اللهم أو التلاوة خاصة سقطت عنه لانه سلام عمد فيخرجه عن الصلاة ولكن لا تفسد صلته
لما هو وان كان ساهيا عنها أو ذا كر السجدة في السهو خاصة لا يسقطان عنه لانه سلام سهو أو سلام من عليه
السهو وعليه أن يسجد التلاوة أو لا ثم تشهد لما ثم يسلم ويسجد سجدة في السهو ولو سلم وعليه سجدة صليبة
وسجدة التلاوة فان كان ساهيا عنها يعود فيقضيها الاول فالاول وان كان ذا كر اللهم أو للصليبة خاصة فسدت
صلته لانه سلام عمد وان كان ذا كر التلاوة خاصة فكذلك في ظاهر الرواية وعلى هذا اذا كان عليه مع الصليبة
والتلاوة سجدة تسهوان كان ساهيا عن الكل أو ذا كر السهو خاصة لا تفسد صلته لانه سلام سهو فيعود فيقضي
الاول فالاول ان كانت الصليبة أولا بدأ بها وان كانت التلاوة أولا بدأ بها عنده خلافا لقر على ما مر ثم يشهد
بعدهما ويسلم ثم يسجد سجدة في السهو وان كان ذا كر للصليبة خاصة فسدت صلته لانه سلام عمد وان كان
ذا كر التلاوة ساهيا عن الصليبة فكذلك في ظاهر الرواية وروى أصحاب الامام عن أبي يوسف أنه لا تفسد
صلته في الفصلين (وجهه) أن سلامه في حق الركن سلام سهو ولا يوجب فساد الصلاة وبعض الطاعنين
على محمد في هذه المسئلة فزروا هذا الوجه فقالوا ان هذا سلام سهو في حق الركن وسلام عمد في حق الواجب
وسلام السهو لا يخرج وسلام العمد يخرج فوقع الشك والتصرع محبحة فلا تبطل بالشك بخلاف ما اذا كان
ذا كر للصليبة غير ذا كر للتلاوة لأن هناك ترجيح جانب الركن على جانب الواجب وفيما قاله محمد ترجيح جانب

ولم يركع وسجد ثم قام فقرأ أو ركع ولم يسجد ثم قام فقرأ أو لم يركع وسجد فأتى صلى ركعة واحدة لأن سجود الأول لم يصادف محله لحصوله قبل الركوع فلم يقع معتد به فإذا قرأ أو ركع توقف هذا الركوع على أن يتقدم بسجوده بعده فإذا سجد بعد القراءة تفيد ذلك الركوع به فصار مصلية ركعة وكذلك أن ركع في الأولى ولم يسجد ثم ركع في الثانية ولم يسجد وسجد في الثالثة ولم يركع فلا شك أنه صلى ركعة واحدة لما مر غير أن هذا السجود يلحق بالركوع الأول أم بالثاني فعنه روايتان على ما مر وعليه سجود السهو في هذه المواضع لادخاله الزيادة في الصلاة لأن ادخال الزيادة في الصلاة نقص فيها ولا تفسد صلاته الا في رواية عن محمد فانه يقول زيادة السجدة الواحدة كزيادة الركعة بناء على أصله أن السجدة الواحدة قريبة وهي سجود الشكر وعند أبي حنيفة وأبي يوسف السجدة الواحدة ليست بقربة الصلاة التلاوة ثم ادخل الركوع الزائد أو السجود الزائد لا يوجب فساد القرض لانه من افعال الصلاة والصلاة لا تقصد بوجودها بل بوجود ما يضادها بخلاف ما اذا زاد ركعة كاملة لانها افضل صلاة كاملا فانه قد نقلنا فصار منتقلا اليه فلا يبق في القرض ضرورة لمكان فساد فرضي بهذا الطريق لا بطريق المضادة بخلاف زيادة مادون الركعة لانها ليست بفعل كامل ليصير منتقلا اليه وهذا لان فساد الصلاة بأحد أمرين اما بوجود ما يضادها أو بالانتقال الى غيرها وقد انعدم الامران جميعا والله أعلم ولو ترك القعدة الأخيرة من ذوات الاربع وقام الى الخامسة فان لم يقم بها بالسجدة يعود الى القعدة لانه لما يقيد الخامسة بالسجدة لم يكن ركعة فلم يكن فعل صلاة كاملا وما لم يكمل بعد فهو غير ثابت على الاستقرار فكان قابلا للرفع ويكون رفعه في الحقيقة دفعا ومنعانا عن الثبوت فيدفع ليعتد من الخروج عن القرض وهو القعدة الأخيرة وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قام الى الخامسة فصح به فعاد وان قيد الخامسة بالسجدة لا يعود وفسد فرضه عندنا وعند الشافعي لا يفسد فرضه ويعود بناء على أن الركعة الواحدة عنده بمحل النقص وبه حاجة الى النقص لبقاء فرض عليه وهو الخروج بلفظ السلام وأنا نقول وجد فعل كامل من أفعال الصلاة وقد انعدمت فلا فساد به خارجا عن القرض لان من ضرورة حصوله في النقل خروجيه عن القرض لتغيرهما فيسهل كونه فلهما وقد حصل في النقل فصار خارجا عن القرض ضرورة ولو ترك القعدة الاولى من ذوات الاربع وقام الى الثالثة فان استتم قائما لا يعود لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قام من الثانية الى الثالثة ولم يقعد فسجوا به فلم يعد ولكن سجد بهم فقاموا وما روى أنهم سجوا به فعاد محمول على ما اذا لم يستتم قائما وكان الى القعدة أقرب توفيقا بين الحديثين ولان القيام فريضة والقعدة الاولى واجبة فلا يترك القرض لمكان الواجب وانما عرفنا جواز الانتقال من القيام الى سجدة التلاوة بالانحراف المضي الى الاقتداء بمن أطاع الله تعالى واطهار مخالفة من عصاه واستنكف عن سجدة وأما اذا لم يستتم قائما فان كان الى القيام أقرب فكذلك الجواب لوجود حد القيام وهو ان تصاب النصف الاعلى والنصف الاسفل جميعا وما بقي من الانحناء فتبطل غير معتبر وان كان الى القعود أقرب بقعد لا لعدم القيام الذي هو فرض ولم يذكر محمد انه هل يسجد بسجدة في السهو أم لا وقد اختلف المشايخ فيه كان الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل البخاري يقول لا يسجد بسجدة في السهو لانه اذا كان الى القعود أقرب كان له لم يقم ولهذا يجب عليه أن يقعد وقال غيره من مشايخنا انه يسجد لانه بقدر ما اشتغل بالقيام آخر واجبا وجب وصله بما قبله من الركن فلزمه سجود السهو (واما) الاذكار فنقول اذا ترك القراءة في الاولى بين قضاها في الاخرى وذكر القدوري من أحمايتان هذا عندى أداء وليس قضاء لان القرض هو القراءة في ركعتين غير عيين فإذا قرأ في الاخرى كان مؤديا لا قاضيا وقال غيره من أحمايتان انه يكون قاضيا ومسائل الاصل تدل عليه فانه قال في المسافر اذا اقتدى بالمقيم في الشفع الثاني بعد خروج الوقت انه لا يجوز وان لم يكن قرأ الامام في الشفع الاول ولو كانت القراءة في الاولى بين أداء لجازلانه يكون اقتداءا المقترض بالمقترض في حق القراءة ولكن لما كانت القراءة في الاخرى قضاءا عن الاولين التحقت بالاوليين تخلت الاخرى عن القراءة المقرضة ويصير في حق القراءة اقتداءا المقترض بالمتنقل

وانه فاسد وكفى باب السهو ومن الاصل ان الامام اذا كان لم يقرأ في الاولين فاقصدى به انسان في الاخرين
وقرأ الامام فيهما ثم قام المسبوق الى قضاء ما فاتته فعليه القراءة وان ترك ذلك لم تجزه صلاته ولو كان فرض القراءة في
ركعتين غير عين لكان الامام مؤديا فرض القراءة في الاخرين وقد ادر كهذا المسبوق فحصل فرض القراءة عيننا
بقراءة الامام فينبغي ان لا يجب عليه القراءة ومع هذا وجب فعلم ان الاولين محل اداء فرض القراءة عيننا والقراءة
في الاخرين قضاء عن الاولين فاذا قرأ الامام في الاخرين فقد قضى ما فاتته من القراءة في الاولين والمفاتيح
اذ قضى يلحق بمحل غلث الاخرين عن القراءة المفروضة فقد فات على المسبوق القراءة فلا بد من تحصيلها
لان الصلاة بلا قراءة غير جائزة وكذا لو كان قرأ الامام في الاولين لان القراءة في الاخرين وان وجدت لم تكن
فرضا لا اقتراضا في ركعتين لحسب فقد فات الفرض على المسبوق فيجب عليه تحصيلها انما يقضى ولو تركها في
الاولين في صلاة الفجر أو المغرب فسدت صلاته ولا يتصور القضاء ههنا ولو ترك المفاتيح في الركعة الاولى وبدأ
بغيرها لم يقرأ بعض السورة تذكرا يعود فيقرأ بقائمة الكتاب ثم السورة لان المفاتيح سميت فاتحة لا افتتاح
القراءة بها في الصلاة فاذا تذكروا محلها كان عليه مراعاة الترتيب كالوسها عن تكبيرات العيد حتى اشتغل
بالقراءة ثم تذكروا ان لم يكبر يعود الى التكبيرات ويقرأ بعدها كذا هذا ولو ترك المفاتيح في الاولين وقرأ السورة
لم يقضها في الاخرين في ظاهر الرواية وعن الحسن بن زياد انه يقضى المفاتيح في الاخرين لان المفاتيح أو جب من
السورة ثم السورة تقضى فلان تقضى المفاتيح اولى (ولنا) ان الاخرين محل المفاتيح اداء فلا تكونا محلا لها
قضاء بخلاف السورة ولان لو قضاها في الاخرين يؤدي الى تكرار المفاتيح في ركعة واحدة وانه غير مشروع
ولو قرأ المفاتيح في الاولين ولم يقرأ السورة قضاها في الاخرين وعن أبي يوسف انه لا يقضيها كمالا يقضى المفاتيح
لانها سنة فاتت عن موضعها والصحيح ظاهر الرواية لما روى عن عمر رضي الله عنه انه ترك القراءة في ركعة من
صلاة المغرب فقضاها في الركعة الثالثة وجهر وروى عن عثمان رضي الله عنه انه ترك السورة في الاولين فقضاها
في الاخرين وجهر لان الاخرين ليست محلا للسورة اداء في زمان يكونا محلا لها قضاء ثم قال في الكتاب وجهر
ولم يذكر انه يجهر بها أو بالسورة خاصة وفمره البلخي فقال آي بالسورة خاصة لان القضاء بصفة الاداء ويجهر
بالسورة اداء فكذا قضاء قائما بالمفاتيح فهي في محلها ومن سننها الاخفاء فبني بها وعن أبي يوسف انه يخافت بها
لانه يفتتح القراءة بالمفاتيح والسورة تبنى عليها ثم السنة في المفاتيح المخافة فكذا فيها يبنى عليها والصحيح انه يجهر بها
لان الجمع بين الجهر والمخافة في ركعة واحدة غير مشروع وقد وجب عليه الجهر بالسورة فيجهر بالمفاتيح ايضا
وهذا كما اذا تذكروا بعد ما قيد الركعة بالسجدة فان تذكروا المفاتيح أو السورة في الركوع أو بعد ما رفع رأسه
منه يعود الى القراءة وينتقض ركوعه بخلاف القنوت والفرق بينهما انه في صلاة الوتر ولو ترك تكبيرات
العيد فتذكر في الركوع قضاها في الركوع بخلاف القنوت اذا تذكروا في الركوع حيث يسقط وتذكر الفرق هناك
ايضا ولو ترك قراءة التشهد في القعدة الاخيرة وقام ثم تذكروا يعود ويتشهد اذا لم يقيد الركعة بالسجدة لانه لو كان قرأ
التشهد ثم تذكروا يعود ليكون خروجه من الصلاة على الوجه المستنون فههنا اولى وكذا اذا لم يقم وتذكروا قبل
السلام أو بعد ما سلم ساهيا ولو سلم وهو ذا كر لها سقطت عنه وسقط سجدة السهو لما لم ولو ترك قراءة التشهد
في القعدة الاولى وقام الى الثالثة ثم تذكروا فان استتم قائما لا يعود لان القيام فرض وليس من الحكمة ترك الفرض
لتحصيل الواجب وان لم يستتم قائما فان كان الى القيام أقرب لا يعود وتسقط وان كان الى القعود أقرب لا يعود لما
ذكرنا في القعدة الاخيرة والله أعلم

فصل وأما بيان محل السجود للسهو فحله المستنون بعد السلام عندنا سواء كان السهو بادخال زيادة في
الصلاة أو نقصان فيها وعند الشافعي قبل السلام بعد التشهد فهم جميعا وقال مالك ان كان يسجد للنقصان قبل
السلام وان كان يسجد للزيادة بعد السلام (احتج) الشافعي بما روى عبد الله بن يحيى ان النبي صلى الله عليه وسلم

سجد للسهو وقبل السلام وما روى أنه سجد للسهو بعد السلام فحمل على التشهد كما حمل السلام على التشهد في قوله صلى الله عليه وسلم وفي كل ركعتين فسلم أي فشهد ويرجع ما وينبعاضة المعنى إياه من وجهين أحدهما أن السجدة إنما يوثق بها جبر النقصان المتمكن في الصلاة والجابر يجب تحصيله في موضع النقص لا في غير موضعه والآخر أن السجدة بعد السلام تحصيل الجابر لا في محل النقصان والآخران هما قبل السلام تحصيل الجابر في محل النقصان فكان أولى والثاني أن جبر النقصان إنما يتحقق حال قيام الأصل وبالسalam القاطع التعرئة الصلاة بفوت الأصل فلا يتصور جبر النقصان بالسجود بعده (واحتج) مالك بما روى المغيرة بن شعبة أن النبي صلى الله عليه وسلم قام في مشي من صلاته فسجد سجدتي السهو قبل السلام وكان سهوا في نقصان وعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر خمساً فسجد سجدتي السهو بعد السلام وكان سهوا في الزيادة ولأن السهو إذا كان نقصاناً فالجواب في وقتي به في محل النقصان على ما قاله الشافعي فاما إذا كان زيادة فحصول السجدة قبل السلام يوجب زيادة أخرى في الصلاة ولا يوجب رفع شيء فيه ونحو ما بعد السلام ولنا حديث ثوبان رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لكل سهو وسجدتان بعد السلام من غير فصل بين الزيادة والنقصان وروى عن عمران بن الحصين والمغيرة بن شعبة وسعد بن أبي وقاص رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم سجد للسهو بعد السلام وكذا روى ابن مسعود وعائشة وأبو هريرة رضي الله عنهم وروى عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من شئ في صلاته فلم يدرك ثلاثاً صلى أم أربعا فليهرأقرب ذلك إلى الصواب ولين عليه وليسجد سجدتين بعد السلام ولأن سجود السهو أخرج عن محل النقصان بالأجماع وإنما كان لمعنى ذلك المعنى يقتضي التأخير عن السلام وهو أنه لو أداه هناك ثم ساهمة ثانية وثالثة ورابعة يحتاج إلى أدائه في كل محل وتكرار سجود السهو في صلاة واحدة غير مشروع فأخر إلى وقت السلام احترازاً عن التكرار فينبغي أن يؤخر أيضاً عن السلام حتى أنه لو سها عن السهو لا يلزمه أخرى فيؤدي إلى التكرار ولأن إدخال الزيادة في الصلاة يوجب نقصاناً فيها فلو أتى بالسجود قبل السلام يؤدي إلى أن يصير الجابر للنقصان موجبا زيادة نقص وذا غير صواب (وأما) الجواب عن تعلقهم بالأحاديث فهو أن رواية الفعل متعارضة بقي لنا رواية القول من غير تعارض أو ترجع ما ذكرنا لمعاضدة ما ذكرنا من المعنى إياه أو يوفق فيعمل ما روي بنا على أنه سجد بعد السلام الأول ولا يحمل له سواء فكان محكما وما رواه محقق يحمل أنه سجد قبل السلام الأول ويحمل أنه سجد قبل السلام الثاني فكان متشابها فيصرف إلى موافقة المحكم وهو أنه سجد قبل السلام الأخير لا قبل السلام الأول ورد المحقق إلى المحكم وما ذكرنا من الفصل بين الزيادة والنقصان غير سديد لأنه سواء نقص أو زاد كل ذلك كان نقصاناً ولا نه لو سها من أحدهما بالزيادة والآخرى بالنقصان ما ذان فعل وتكرار سجدتي السهو غير مشروع وقد روى أن أبا يوسف أزم مالك بن بدي الخليفة بهذا الفصل فقال أرايت لو زاد ونقص كيف يصنع فقبح مالك وقد خرج الجواب عن أحد معنى الشافعي أن الجابر يحصل في محل الجبر لما رانه لا يوثق به في محل الجبر بالأجماع بل يؤخر عنه لمعنى يوجب التأخير عن السلام وأما قوله أن الجبر لا يتحقق إلا حال قيام أصل الصلاة فنعلم لكن لم قلتم أن سلام من عليه السهو قاطع لتعريئة الصلاة وقد اختلف مشايخنا في ذلك فعند محمد وزفر لا يقطع التعرئة أصلاً فيتحقق معنى الجبر وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يقطعها على تقدير العود إلى السجود أو يقطعها ثم يعود إلى السجود فيتحقق معنى الجبر وإذا عرف أن محل المستنون بعد السلام فإذا فرغ من التشهد الثاني يسلم ثم يكبر ويعود إلى سجود السهو ثم رفع رأسه مكبراً ثم يشهد ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويأتي بالدعوات وهو اختيار الكرخي واختيار عامة مشايخنا وراء النهر وذكر الطحاوي أنه يأتي بالدعاء قبل السلام وبعده وهو اختيار بعض مشايخنا والأول أصح لأن الدعاء إنما شرع بعد الفراغ من الأفعال والأذكار الموضوعة في الصلاة ومن عليه السهو قد بقي عليه بعد التشهد الأول من الأفعال والأذكار وهو سجود السهو والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فلم يفتق الفراغ

فلذلك كان التأخير الى التشهد الثاني أحق وأصح من أن لا يأتي بدعوات تشبه كلام الناس الثلاثة بعد صلاته هذا الذي ذكرنا بيان محله المستنون وأما محل جوازه فنقول جواز السجود لا يختص بعامة السلام حتى لو سجد قبل السلام يجوز ولا يعبد لانه أداء بعد الفراغ من أركان الصلاة الا انه ترك سنته وهو الأداء بعد السلام وترك السنة لا يوجب سهواً سهواً ولا نداء بعد السلام سنة ولو أمر نداء بالعادة كان تكراراً وانه بدعة وترك السنة أولى من فعل البدعة والله تعالى أعلم

فصل وأما قدر سلام السهو وصفته فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تسليمة واحدة تلقاها وجهه وهو اختيار الشيخ الزاهد نفي السلام على بن محمد البزدوى وقال لو سلم تسليمتين تبطل التعرعة لأن التسليمة الثانية لمعنى التسمية ومعنى التسمية ساقط عن سلام السهو فكان الاشتغال بالتسليمة الثانية عبثاً خلوه عن الفائدة المطلوبة منه فكان قاطعاً للتعريفة وعامتهم على انه يسلم تسليمتين عن عيئه وعن ساره لقول النبي صلى الله عليه وسلم لكل سهو سجدتان بعد السلام ذكر الصلوات باللائم واللام فيصرف الى الجلس أو الى المعهود وهما التسليمتان

فصل وأما محل سلام السهو انه هل يبطل التعرعة أم لا فقد اختلف فيه قال محمد وزفر لا يقطع التعرعة أصلاً وعند أبي حنيفة وأبي يوسف الأمر موقوف ان عاد الى سجدة السهو وصح عوده اليها تبين انه لم يقطع وان لم يعد تبين انه قطع حتى لو سجد بعد ما سلم قبل أن يعود الى سجدة السهو ولا تنتقض طهارته عندهما وعند محمد وزفر تنتقض ومن مشايخنا من قال لا توقف في انقطاع التعرعة بسلام السهو عند أبي حنيفة وأبي يوسف بل تنقطع من غير توقف وانما التوقف عندهما في عود التعرعة ثانياً ان عاد الى سجدة السهو والافلا وهذا أسهل للخروج المسائل والأول وهو التوقف في بقاء التعرعة وابطالها أصبح لأن التعرعة تحرمة واحدة فإذا بطلت لا تعود الا بأعادة ولم توجد وجه قول محمد وزفر ان الشرع ابطال عمل سلام من عليه سجدتا السهو لأن سجدة السهو يؤتى بهما في تحرمة الصلاة لانهما شرعاً لغير انقصان وانما يجبران حصلاً في تحرمة الصلاة ولهذا يسهل طائفتان اذا وجد بعد القعود قدر التشهد ما نفي التعرعة ولا يمكن تحصيلهما في تحرمة الصلاة الا بعد بطلان عمل هذا السلام فصار وجوده وعدمه في هذه الحالة بمنزلة ولو انعدم حقيقة كانت التعرعة باقية فكذا اذا تحقق بالعدم (ولابي) حنيفة وأبي يوسف ان السلام جعل محلاً في الشرع قال النبي صلى الله عليه وسلم وتحليلها التسليم والتحليل ما يحصل به التحلل ولا نه خطاب للقوم فكان من كلام الناس وانه منافي للصلاة غير ان الشرع ابطال عمله في هذه الحالة للحاجة المصلحة الى جبر النقصان ولا يجبر الا عند وجود الجابر في التعرعة ليلحق الجابر بسبب بقاء التعرعة لمحل النقصان فيجبر النقصان فنفي التعرعة مع وجود المنافي لها لهذا الضرورة فان اشتغل بسجدة السهو وصح اشتغاله بهما تحقق الضرورة الى بقاء التعرعة فثبت وان لم يشتغل لم تتحقق الضرورة فيعمل السلام في الانحراج عن الصلاة وابطال التعرعة عمله وبني على هذا الاصل ثلاث مسائل احداها اذا قهقه قبل العود الى السجود بعد السلام تمت صلاته وسقط عنه السهو بالاجماع ولا تنتقض طهارته عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول زفر بناء على أصله في الفقهية انها في كل موضع لا توجب فساد الصلاة لا توجب انتقاض الطهارة كما اذا قعد قدر التشهد الاخير قبل السلام وعند محمد تنتقض طهارته والثانية اذا سلم وعليه سجدتا السهو جاز رجل فاقضى به قبل أن يعود الى السجود فاقضى أو موقوف عند أبي حنيفة وأبي يوسف فان عاد الى السجود وصح والافلا وعند محمد وزفر صح اقتداؤه به عاداً ولم يعد وقال بشر لا يصح اقتداؤه به عاداً ولم يعد فكانه جعل السلام قاطعاً للتعريفة جزماً والثالثة المسافر اذا سلم على رأس الركعتين في ذوات الأربع وعليه سهو فنوى الإقامة قبل أن يعود اليه لا ينقلب فرضه أرباعاً وسقط عنه السهو عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر ينقلب فرضه أرباعاً وعليه سجدتا السهو لكنه يؤخرهما الى آخر الصلاة وأجمعوا على انه لو عاد الى سجود السهو ثم اقتضى به رجل يصح اقتداؤه به الا عند بشر وكذلك لو قهقه في هذه الحالة تنتقض طهارته الا عند زفر وكذلك لو نوى الإقامة في هذه

الحالة ينقلب فرضه أربعاً يؤخر سجود السهو إلى آخر الصلاة سواء نوى الإقامة بعد ما سجده سجدة واحدة أو سجدين ثم لا يفتقر الحال في سجود السهو سيما إذا سلم وهو ذا كرله أو ساء عنه ومن نيته أن يسجد له أولاً يسجد حتى لا يسقط عنه في الأحوال كلها لأن محله بعد السلام إذا فعل فعلاً ينعنه من البناء بأن تكلم أو وقفه أو أحدث متعمداً أو خرج عن المسجد أو صرف وجهه عن القبلة وهو ذا كرله لأنه فات محله وهو نحر عنه الصلاة فيسقط ضرورة فوات محله وكذا إذا طلعت الشمس بعد السلام في صلاة الفجر أو أحرقت في صلاة العصر سقط عنه السهو لأن السجدة جبر للنقص المقتضى فيجوز مجرى القضاء وقد وجبت كاملة فلا يقضى الناقص

فصل وأما بيان من يجب عليه سجود السهو ومن لا يجب عليه فسجود السهو يجب على الإمام وعلى المنفرد مقصود التحقق بسبب الوجوب منه ما هو السهو فاما المقتضى إذا سها في صلاته فلا سهو عليه لأنه لا يمكنه السجود لأنه أن سجد قبل السلام كان مخالفاً للإمام وإن أخره إلى ما بعد سلام الإمام يخرج من الصلاة بسلام الإمام لأنه سلام عمده من لا سهو عليه فكان سهوه فبما يرجع إلى السجود ملحقا بالعدم تعدد السجود عليه فسقط السجود عنه أصلاً وكذلك اللاحق وهو المدرك لأول صلاة الإمام إذا فاتته بعضها بعد الشروع بسبب النوم أو الحدث السابق بأن نام خلف الإمام ثم انتبه وقد سبقه الإمام بركة أو فرغ من صلاته أو سبقه الحدث فذهب وتوضأ وقد سبقه الإمام بشئ من صلاته أو فرغ عنها فاشتغل بقضاء ما سبق به فسها فيه لا سهو عليه لأنه في حكم المصلي خلف الإمام ألا ترى أنه لا قراءة عليه وأما المسبوق إذا سها فيما يقضى وجب عليه السهو لأنه فيما يقضى بمنزلة المنفرد ألا ترى أنه يفترض عليه القراءة وأما المقيم إذا اقتدى بالمسافر ثم قام إلى أعوام صلاته وسها هل يلزمه سجود السهو ذكر في الأصل وقال أنه يتابع الإمام في سجود السهو وإذا سها فيما يتيم فعليه سجود السهو أيضاً وذكر الكرخي في مختصره أنه كاللاحق لا يتابع الإمام في سجود السهو وإذا سها فيما يتيم لا يلزمه سجود السهو لأنه مدرك لأول الصلاة فكان في حكم المقتضى فيما يؤديه بتلك البركة كاللاحق ولهذا لا يقرأ كاللاحق والصحيح ما ذكر في الأصل لأنه ما اقتدى بإمامه إلا بقدر صلاة الإمام فإذا قضت صلاة الإمام صار منفرداً فيما وراء ذلك وانما لا يقرأ فيما يتيم لأن القراءة فرض في الأولين وقد قرأ الإمام فبما كانت قراءة له وسهو الإمام بوجوب السجود عليه وعلى المقتضى لأن متابعة الإمام واجبة قال النبي صلى الله عليه وسلم تابع إمامك على أي حال وجدته ولا أن المقتضى تابع للإمام والحكم في التبع ثبت بوجود السبب في الأصل فكان سهو الإمام سبباً لوجوب السهو عليه وعلى المقتضى ولهذا لو سقط عن الإمام بسبب من الأسباب بأن تكلم أو أحدث متعمداً أو خرج من المسجد يسقط عن المقتضى وكذلك اللاحق يسجد سهو الإمام إذا سها في حال نوم اللاحق أو ذهابه إلى الوضوء لأنه في حكم المصلي خلفه ولكن لا يتابع الإمام في سجود السهو إذا انتبه في حال اشتغال الإمام بسجود السهو أو جأ إليه من الوضوء في هذه الحالة بل يبدأ بقضاء ما فاتته ثم يسجد في آخر صلاته بخلاف المسبوق أو المقيم خلف المسافر حيث يتابع الإمام في سجود السهو ثم يشتغل بالانعام (والفرق) أن اللاحق التزم متابعة الإمام فيما اقتدى به على نحو ما فصل الإمام وأنه اقتدى به في حق جميع الصلاة فيتابعه في جميعها على نحو ما يؤدي الإمام والأمام أدى الأول فالأول وسجد السهو في آخر صلاته فكذا هو فاما المسبوق فقد التزم بالانتهاء به متابعه بقدر ما هو صلاة الإمام وقد أدرك هذا القدر فيتابعه فيه ثم ينفرد وكذا المقيم المقتضى بالمسافر ولو سجد اللاحق مع الأعوام للسهو وتابعه فيه لم يجزه لأنه سجد قبل أو أنه في حقه فلم يقع معتداً به فعليه أن يعيد إذا فرغ من قضاء ما عليه ولكنه لا يفسد صلاته لأنه ما زاد إلا سجدتين بخلاف المسبوق إذا تابع الإمام في سجود السهو ثم تبين أنه لم يكن على الإمام سهو حيث تفسد صلاة المسبوق إذا تابع الإمام وما زاد إلا سجدتين لأن من الفقهاء من قال لا تفسد صلاة المسبوق على ما ذكره ثم الفرق أن فساد الصلاة هنالك ليس لزيادة السجدتين بل للاقتداء في موضع كان عليه الانفراد في ذلك الموضع ولم يوجد ههنا لأن اللاحق مقتضى جميع ما يؤدي فلهذا لم تفسد صلاته وكذلك المسبوق يسجد

سهو الامام سواء كان سهوه بعد الاقتداء به أو قبله بأن كان مسبوقاً بركنة وقدسه، إلا ما فيها وعن إبراهيم النخعي
 أنه لا يسجد سهوه أصلاً لأن محل السهو بعد السلام وأنه لا يتابعه في السلام فلا يتصور المتابعة في السهو (ولنا)
 أن سجود السهو يؤدي في تحريرة الصلاة فكانت الصلاة باقية وإذا بقيت الصلاة بقيت التلبية فيتابعه فيها
 يؤدي من الأفعال بخلاف التكبير والتلبية حتى لا يلبي المسبوق ولا يكبر مع الإمام في أيام التشريق لأن التكبير
 والتلبية لا يؤديان في تحريرة الصلاة ألا ترى أنه لو سجد فقهه في تلك الحالة لا تنتقض طهارته ولو اقتضى به
 أن لا يصح بخلاف سجدة السهو فأنه ما يؤديان في تحريرة الصلاة بخلاف انتقاض الطهارة بالفقهه وصح
 الاقتداء به في تلك الحالة (فإن قيل ينبغي أن لا يسجد المسبوق مع الإمام لأنه رعاي سهوه فيها يقضى فيلزمه السجود
 أيضاً فيؤدي إلى التكرار وأنه غير مشروع ولا نه لونه في السجود يقع سجوده في وسط الصلاة وذا غير صواب
 (الجواب) أن التكرار في صلاة واحدة غير مشروع وهما صلاتان حكما وإن كانت التحريمة واحدة لأن المسبوق فيها
 يقضى كالمتقدم ونظيره المقيم إذا اقتضى بالمسافر نفسه الإمام يتابعه المقيم في السهو وإن كان المقتدى رعاي سهوه في
 تمام صلاته وعلى تقدير السهو يسجد في أصح الروايتين على ما مر لكن لما كان منفرداً في ذلك كانا صلاتين حكما وإن
 كانت التحريمة واحدة كذا هيئات المسبوق أعما يتابع الإمام في السجود والسلام بل ينتظر الإمام حتى يسلم فيسجد
 فيتابعه في سجود السهو ولا في سلامه وإن سلم فإن كان عامداً تفسد صلاته وإن كان سهواً لا تفسد ولا سهوه عليه لأنه
 مقتدوسه والمقتدى باطل فإذا سجد الإمام للسهو يتابعه في السجود ويتابعه في التشهد ولا يسلم إذا سلم الإمام لأن
 هذا السلام للخروج عن الصلاة وقد بقي عليه أن كان الصلاة فإذا سلم مع الإمام فإن كان ذا كرامة عليه من القضاء
 فسدت صلاته لأنه سلام عمداً وإن لم يكن ذا كرامة لا تفسد لأنه سلام سهوه فلم يخرج عن الصلاة وهل يلزمه سجود
 السهو لاجل سلامه ينظر إن سلم قبل تسليم الإمام أو سلامه عالياً يلزمه لأن سهوه سهوه والمقتدى وسهوه والمقتدى
 متعلل وإن سلم بعد تسليم الإمام لزمه لأن سهوه سهوه والمنفرد في قضائه ثم يسجد للسهو في آخر صلاته ولو سها
 الإمام في صلاة الخوف سجد للسهو وتابعه فيها الطائفة الثانية وأما الطائفة الأولى فاعيا يسجدون بعد الفراغ من
 الآعام لأن الطائفة الثانية بمنزلة المسبوقين أذل بدر كوامع الإمام أول الصلاة والطائفة الأولى بمنزلة اللاحقين
 لا در اكهم أول صلاة الإمام ولو قام المسبوق إلى قضاء ما سبق به ولم يتابع الإمام في السهو وسجد في آخر صلاته استحسننا
 والقياس أن يسقط لأنه منفرد فيها يقضى وصلاة المنفرد غير صلاة المقتدى فصار كمن لزمته السجدة في صلاة فلم
 يسجد حتى خرج منها ودخل في صلاة أخرى لا يسجد في الثانية بل يسقط كذا هذا وجه الاستحسان أن التحريمة
 متحدة فإن المسبوق يبنى ما يقضى على تلك التحريمة فبطل الكل كأنها صلاة واحدة لا اتحاد التحريمة وإذا كان الكل
 صلاة واحدة وقد تمكن فيه النقصان بسهو الإمام ولم يجز ذلك بالسجدة فوجب جبره وقد خرج الجواب
 عن وجه القياس أنه منفرد في القضاء لا نقول نعم في الأفعال أما هو مقتدى التحريمة ألا ترى أنه لا يصح اقتداء
 غيره فجعل كانه خلف الإمام في حق التحريمة ولو سها فيها يقضى ولم يسجد سهواً والإمام كفاه سجدة واحدة سهوه ولما
 عليه من قبل الإمام لأن تكرار السهو في صلاة واحدة غير مشروع ولو سجد للسهو الإمام ثم سها فيها يقضى
 فعليه السهو لاجل أن ذلك إذا سهو في صلاتين حكما فلم يكن تكراراً ولو أدرك الإمام بعد ما سلم للسهو فهذا
 لا يخلو من ثلاثة أوجه أما أن أدرك قبل السجود أو في حال السجود أو بعد ما فرغ من السجود فإن أدرك قبل
 السجود أو في حال السجود يتابعه في السجود لأنه لا اقتداء التزم متابعة الإمام فيما أدرك من صلاته وسجد
 السهو من أعمال صلاة الإمام فيتابعه فيه وليس عليه قضاء السجدة الأولى إذا أدرك في الثانية لأن المسبوق لم
 يوجد منه السهو وإنما يجب عليه السجود سهواً والإمام لم تكن النقص في تحريرة الإمام وحين دخل في صلاة
 الإمام كان النقصان بقدر ما يرتفع بسجدة واحدة وهو قد أتى بسجدة واحدة فأعير النقص فلا يجب عليه شيء آخر
 بخلاف ما إذا اقتدى به قبل أن يسجد شيئاً لم يتابع إمامه وقام وأتم صلاته حيث يسجد المجدتين استحسننا لأن

هناك اقتدى بالامام وتحرر عنه ناقصة نقصانا لا يجبر الاسجدتين وبقي النقصان لانعدام الجار فيأتي به في آخر الصلاة لاتحاد التصريح على مامروان أدركه بعد ما فرغ من السجود صح اقتداؤه به وليس عليه السهو بعد فراغه من صلاة نفسه لما ذكرنا ان وجوب السجود على المسبوق بسبب سهو الامام لقبح النقص في تحريمه الامام وحين دخل في صلاة الامام كان النقص انجبر بالسجدتين ولا يعقل وجود الجار من غير نقص والله اعلم ومن سلم وعليه سهو فسبقه الحدث فهذا لا يخلو اما ان كان منفردا او اماما فان كان منفردا فوضا وسجدلان الحدث السابق لا يقطع التحريم ولا يمنع بناء بعض الصلاة على البعض فلان لا يمنع بناء سجدتي السهو أولى وان كان اماما استخلف لانه عجز عن سجدتي السهو فيقدم الخليفة ليسجد كالو بقي عليه ركن أو التسليم ثم لا ينبغي أن يقدم المسبوق ولا للمسبوق أن يتقدم لان غيرهما أقدر على اتمام صلاة الامام بل يقدم رجلا أدرك أول صلاة الامام فيسلم بهم ويسجد سجدتي السهو ولكن مع هذا الوقت قد تقدم جاز لانه قادر على اتمام الصلاة في الجملة ولا يأتي بسجدتي السهو لان أو ان السجود بعد التسليم وهو عاجز عن التسليم لان عليه البناء فلو سلم ففسدت صلاته لانه سلام معد وعليه ركن وحينئذ يتعذر عليه البناء فيتأخر ويقيم مدركا يسلم بهم ويسجد سجدتي السهو ويسجد هو معهم كما لو كان الامام هو الذي يسجد لسهوه ثم يقوم الى قضاء ما سبق به وحده وان لم يسجد مع خليفة سجد في آخر صلاته استخفافا على ما ذكرنا في حق الامام الأول فان لم يجد الامام المسبوق مدركا وكان الشكل مسبوقين قاموا وقضوا ما سبقوا به فرادى لان تحريمه المسبوق انعقدت للداء على الانفراد ثم اذا فرغوا لا يسجدون في القياس وفي الاستحسان يسجدون وقد بينا روجه القياس والاستحسان ولو قام المسبوق الى قضاء ما سبق به بعد ما سلم الامام ثم تذكر الامام ان عليه سجود السهو فسجد هما يعود الى صلاة الامام ولا يقتدى ولا يعتد بما قرأ أو ركع (والجملة) في المسبوق اذا قام الى قضاء ما عليه فقضاء انه لا يخلو ما قام اليه وقضاء اما أن يكون قبل أن يقعد الامام قدر التشهد أو بعد ما قد قدر التشهد فان كان ما قام اليه وقضاء قبل أن يقعد الامام قدر التشهد لم يجزه لان الامام ما بقي عليه فرض لم ينفرد المسبوق به عنه لانه التزم متابعتة فيما بقي عليه من الصلاة وهو قد بقي عليه فرض وهو القعدة فلم ينفرد في مقتديا وقراءة المقتدى خلف الامام لا تعتبر قراءة من صلاته وانما تعتبر من قيامه وقراءته ما كان بعد ذلك فان كان مسبوقا بركعة أو ركعتين فوجد بعد ما قعد الامام قدر التشهد قيام وقراءة قدر ما نحو ز به الصلاة جازت صلاته لانه لما قعد الامام قدر التشهد فقد انقضى تقطيع التبعية بانقضاء اركان صلاة الامام فقد أتى بما فرض عليه من القيام والقراءة في أو انه فكان معتد به وان لم يوجد مقدار ذلك أو وجد القيام دون القراءة لا تجوز صلاته لانعدام ما فرض عليه في أو انه وان كان مسبوقا بثلاث ركعات فان لم يركع حتى فرغ الامام من التشهد ثم ركع وقرأ في الركعتين بعده هذه الركعة جازت صلاته لان القيام فرض في كل ركعة وفرض القراءة في الركعتين ولا يعتد بقيامه ما لم يفرغ الامام من التشهد فاذا فرغ الامام من التشهد قبل أن يركع هو قد وجد القيام وان قل في هذه الركعة ووجدت القراءة في الركعتين بعده هذه الركعة فقد أتى بما فرض عليه فجزوز صلاته وان كان ركع قبل فراغ الامام من التشهد انجز صلاته لانه لم يوجد قيام معتد به في هذه الركعة لان ذلك هو القيام بعد تشهد الامام ولم يوجد فلهذا فسدت صلاته وأما اذا قام المسبوق الى قضاء ما عليه بعد فراغ الامام من التشهد قبل السلام فقضاء أجزاء وهو مسمى أما الجواز فلان قيامه حصل بعد فراغ الامام من اركان الصلاة وأما الا ساءة فليترك انتظار سلام الامام لان أو ان قيامه للقضاء بعد خروج الامام من الصلاة فينبغي أن يؤخر القيام عن السلام ولو قام بعد ما سلم ثم تذكر الامام سجدتي السهو فخرهما فهذا على وجهين اما ان كان المسبوق قد ركعته بالسجدة أو لم يقيد فان لم يقيد ركعتيه بالسجدة رفض ذلك ويسجد مع الامام لان ما أتى به ليس بفعل كامل وكان محققا للرفض ويكون تركه قبل القيام منعاه عن الثبوت حقيقة فجعل كان لم يوجد فيعود ويتابع امامه لان متابعة الامام في الواجبات واجبة وبطل ما أتى به من القيام والقراءة والركوع لما بينا فان لم يعد الى متابعة الامام ومضى على قضاائه جازت صلاته لان عود

الامام الى سجود السهو ولا يرفع التشهد والباقي على الامام سجود السهو وهو واجب والمتابعة في الواجب
 واجبة فترك الواجب لا يوجب فساد الصلاة الا ترى لو تركه الامام لا تفسد صلاته فكذا المسبوق
 ويهجد سجدة السهو بعد القراغ من قضائه استعسانا وان كان المسبوق قد ركعته بالسجدة لا يعود الى متابعة
 الامام لان الانفراد قد تم وليس على الامام ركن ولو عاد فسدت صلاته لانه اقتدى بغيره بعد وجود الانفراد
 وجوبه ففسد صلاته ولو ذكر الامام سجدة تلاوة فسجد هاتان كان المسبوق لم يقيد ركعته بالسجدة فعليه ان
 يعود الى متابعة الامام لما مر فيسجد معه للتلاوة ويسجد للسهو ثم يسلم الامام ويقوم المسبوق الى قضاء ما عليه
 ولا يعتد بما آتى به من قبل لما مر ولو لم يعد فسدت صلاته لان عود الامام الى سجدة التلاوة يرفض القعدة في حق
 الامام وهو بعد لم يصبر منفردا لان ما آتى به دون فعل صلاة فترتقض القعدة في حقه أيضا فاذا ارتفعت في حقه
 لا يجوز له الانفراد لان هذا اوان وجوب المتابعة والانفراد في هذه الحالة مفسد للصلاة وان كان قد قيد ركعته
 بالسجدة فان عاد الى متابعة الامام فسدت صلاته رواية واحدة وان لم يعد ومضى عليها فغيره وايتان ذكر في الاصل
 ان صلاته فاسدة وذكري نوادر أبي سليمان انه لا تفسد صلاته وجه رواية الاصل ان العود الى سجدة التلاوة
 يرفض القعدة فبين ان المسبوق انفراد قبل ان يقعد الامام والانفراد في موضع يحجب فيه الاقتداء بفساد الصلاة
 وجه نوادر أبي سليمان ان ارتفاع القعدة في حق الامام لا يظهر في حق المسبوق لان ذلك بالعود الى التلاوة
 والعود حصل بعد تمام انفراده عن الامام وخرج عن متابعته فلا يعتدى بحكه اليه الا ترى ان جميع الصلاة لو
 ارتفعت بعد انقطاع المتابعة لا يظهر في حق المؤتم بأن ارتد الامام بعد القراغ من الصلاة والعباد بالله بطلت صلاته
 ولا تبطل صلاة القوم في حق القعدة اولى ولذا وصلى الظهر بقوم يوم الجمعة ثم راح الى الجمعة فادركها ارتفض ظهره
 ولم يظهر الرفض في حق القوم بخلاف ما اذا لم يقيد ركعته بالسجدة لان هناك الانفراد لم يتم على ما قررنا (ونظير) هذه
 المسئلة مقيم اقتدى بمسافر وقام الى اتمام صلاته بعدما تشهد الامام قبل ان يسلم ثم نوى الامام الإقامة حتى تحول
 فرضه اربعا فان لم يقيد ركعته بالسجدة فعليه ان يعود الى متابعة الامام وان لم يعد فسدت صلاته وان كان
 قد قيد ركعته بالسجدة فان عاد فسدت صلاته وان لم يعد ومضى عليها وآتم صلاته لا تفسد ولو ذكر الامام ان عليه سجدة
 صلبية فان كان المسبوق لم يقيد ركعته بالسجدة لاشك انه يجب عليه العود ولو لم يعد فسدت صلاته لما مر في سجدة
 التلاوة وان قيد ركعته بالسجدة فسادت صلاته عاد الى المتابعة اولى بعد في الروايات كلها لانه انتقل عن صلاة الامام
 وعلى الامام ركنان السجدة والقعدة وهو عاجز عن متابعته بعد اكمال الركعة ولو انتقل وعليه ركن واحد وعجز عن
 متابعتها تفسد صلاته فهنا اولى (رجل) صلى الظهر خمسا ثم تذكر في هذا لا يجزئ امانا من قعدة في الرابعة قدر التشهد اولى
 يقعد وكل وجه على وجهين اما ان قيد الخامسة بالسجدة اولى يقيد فان قعد في الرابعة قدر التشهد وقام الى الخامسة
 فان لم يقيد بها بالسجدة حتى تذكر يعود الى التسعة ويتمها ويسلم لما مر وان قيد بها بالسجدة لا يعود عندنا خلافا
 لشافعي على ما مر ثم عندنا اذا كان ذلك في الظهر أو في العشاء فلا ولى أن يضيف اليها ركعة أخرى ليصير له نقلاذ
 التنفل بعدهما جائز وما دون الركعتين لا يكون صلاة تامة كما قال ابن مسعود والله ما أجزأت ركعة قط وان كان في
 العصر لا يضيف اليها ركعة أخرى بل يقطع لان التنفل بعد العصر غير مشروع وروى هشام عن محمد انه يضيف
 اليها أخرى أيضا لان التنفل بعد العصر انما يكره اذا شرع فيه قصدا فاما اذا وقع فيه بغير قصده فلا يكره وان لم
 يضيف اليها ركعة أخرى في الظهر بل قطعها لا قضاء عليه عندنا وعند زفر يقضى ركعتين وهي مسئلة الشروع
 في الصلاة المظنونة والصوم المظنون لان الشروع ههنا في الخامسة على ظن أنها عليه وان أضاف اليها أخرى في
 الظهر هل تجزئ هاتان الركعتان عن السنة التي بعد الظهر قال بعضهم يجزئان لان السنة بعد الظهر ليست الا ركعتين
 يؤدىان نقلا وقد وجد الصحيح انهما لا يجزئان عنها لان السنة أن ينفل بركعتين بغير عمة على حدة لا بناء على
 بغير عمة غير هاتين وجد هيئة السنة فلا تنوب عنها به كان يقضى الشيخ أبو عبد الله الجراحي ثم اذا أضاف اليها ركعة

أخرى فعلية السهو استحصانا والقياس أن لا سهو عليه لأن السهو يمكن في الفرض وقد أدى بعده أصلا أخرى
وجه الاستحصان أنه اغابني النفل على تلك الحرمة وقد تمكن فيها النقص بالسهو فيصير بالسجدة بن على ما ذكرنا في
المسبوق (ثم) اختلف أصحابنا أن هاتين السجدة بن للنقص المتمكن في الفرض أو للنقص المتمكن في النفل فعند
أبي يوسف للنقص المتمكن في النفل لدخوله فيه لا على وجه السنة وعند محمد للنقص الذي تمكن في الفرض فالخلاف
أن عند أبي يوسف انقطعت تحرمة الفرض بالانتقال إلى النفل فلا وجه إلى جبر نقصان الفرض بعد الخروج
منه وانقطاع تحرمة وعند محمد الحرمة باقية لأنها اشغلت على أصل الصلاة وصفها وبالانتقال إلى النفل
القطع الوصف لا غير فثبتت الحرمة لا ترى أن بناء النفل على تحرمة الفرض جائز في حق الاقتداء حتى جاز اقتداء
المتنفل بالمقتضى فكذا بناء فعل نفسه على تحرمة فرضه يكون جائزا والأصل في البناء هو البناء في أحرار واحد
وفائدة هذا الخلاف أنه لو جاء إنسان واقتدى به في هاتين الركعتين يصلي ركعتين عند أبي يوسف ولو أفسده يلزمه
قضاء ركعتين وإن كان الإمام لو أفسده لا قضاء عليه عند أصحابنا الثلاثة ومن هذا صحح مشايخ بلخ اقتداء البالغين
بالصبيان في التطوعات فقالوا يجوز أن تكون الصلاة مضهونة في حق المقتدى وإن لم تكن مضهونة في حق الإمام
استدلوا بهذه المسئلة ومشايخنا بما رواه النهر لم يجوزوا ذلك وعند محمد يصلي سنا ولو أفسده لا يجب عليه القضاء
كلا يجب على الإمام وذكر الشيخ أبو منصور المازريدي أن الأصح أن تجعل السجدة ثمان جبر للنقص المتمكن في
الأحرار وهو أحرار واحد فيجب بهما النقص المتمكن في الفرض والنفل جميعا واليه ذهب الشيخ أبو بكر بن أبي
سعيد هذا الذي ذكرنا إذا قعد في الرابعة قدر الشاهد فاما إذا لم يقعد وقام إلى الخامسة فلم يقدها بالسجدة يعود لها
من وإن قيد فسد فرضه وعند الشافعي لا يقصدو يعود إلى القعدة ويخرج عن الفرض بلفظ السلام بعد ذلك وصلاته
تامة بناء على أصله الذي ذكرنا أن الركعة الكاملة في أحتمال النقص وما دونها سواء فكان كالوتر كقبل أن يقيد
الخامسة بسجدة وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر خمساً ولم ينقل أنه كان قعد في الرابعة ولأنه أعاد
صلاته (ولنا) ما ذكرنا أنه وجد فعل كامل من أفعال الصلاة وقد انعقدت فلا فساد خارجاً من الفرض ضرورة حصوله
في النفل لاستحالة كونه فيهما وقد بقي عليه فرض وهو القعدة الأخيرة والخروج عن الصلاة مع بقائه فرض من
فرائضها بوجوب فساد الصلاة وأما الحديث فتأويله أنه كان قعد في الرابعة لا ترى أن الراوي قال صلى الظهر والظهر
اسم لجميع أركانه ومنها القعدة وهذا هو الظاهر أنه قام إلى الخامسة على تقدير أن هذه القعدة هي القعدة الأولى لأن
هذا أقرب إلى الصواب فيحمل فعله عليه والله أعلم ثم الفساد عند أبي يوسف بوضع رأسه بالسجدة وعند محمد برفع
رأسه عنها حتى لو سبقه الحدث في هذه الحالة لا تفسد صلاته عند محمد وعليه أن يصرف ويتوضأ ويعود
ويتشهد ويسلم ويسجد سجدة في السهول لأن السجدة لا تصح مع الحدث فكانه لم يسجد وعند أبي حنيفة وأبي يوسف
فسدت صلاته بنفس الوضع فلا يعود ثم الذي يفسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف الفرضية لأصل الصلاة حتى كان
الأولى أن يضيف إليها ركعة أخرى فتصير الستة نفلاً ثم يسلم ثم يستقبل الظهر وعند محمد يفسد أصل الصلاة بناء
على أن أصل الفرضية متى بطلت بطلت الحرمة عنده وعندهما لا تبطل وهذا الخلاف غير منصوص عليه وإنما
استخرج من مسئلة ذكرها في الأصل في باب الجمعة وهو أن صلى الجمعة إذا خرج وقتها وهو وقت الظهر قبل أن يعلم
الجمعة ثم فقهه تنتقض طهارته عندهما وعنده لا تنتقض وهذا يدل على أنه بقي نقلاً عندهما خلافاً له وكذا ترك
القعدة في كل شفع من التطوع عنده مفسد وعندهما غير مفسد وهذه مسئلة عظيمة لها شعب كثيرة أعرضنا
عن ذكر تفاصيلها وجلها ومعاني الفصول وعليها حالة إلى الجامع الصغير وإنما أفردنا هذه المسئلة بالذكر وإن كان
بعض فروعها دخل في بعض ما ذكرنا من الأقسام لما أن لها فروعا لا تناسب مسائل الفصل وكرهنا قطع
القرع عن الأصل فرأينا الصواب في إيرادها بغير وعها في آخر الفصل تنجها للفائدة والله الموفق
فصل في وأما سجدة التلاوة فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان وجوها وفي بيان كيفية الوجوب وفي بيان سبب

الوجوب وفي بيان من تجب عليه ومن لا تجب ويتضمن بيان شرائط الوجوب وفي بيان شرائط جوازها وفي بيان محل ادائها وفي بيان كيفية ادائها وفي بيان سببها وفي بيان موانعها من القرآن أما الأول فقد قال أصحابنا إنها واجبة وقال الشافعي إنها مستحبة وليست بواجبة واحتج بحديث الأعرابي حين علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم الفرائع فقال هل على غيرهن قال لا إلا أن تطوع فلو كانت سجدة التلاوة واجبة لما احتمل ترك البيان بعد السؤال وعن عمر رضي الله عنه أنه تلا آية السجدة على المنبر وسجد ثم تلاها في الجمعة الثانية فتشوف الناس للسجود فقال أما إنهم لم يكتب علينا إلا أن نشاء (ولنا) ما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا تلا ابن آدم آية السجدة فسجد اعتزل الشيطان يبكي ويقول أمر ابن آدم بالسجود فسجد فله الجنة وأمرت بالسجود فلم أسجد فلي النار والأصل أن الحكيم متى حكى عن غير الحكيم أمر أو لم يعقبه بالنكير يدل ذلك على أنه ضوابط فكان في الحديث دليل على كون ابن آدم مأموراً بالسجود ومطلق الأمر للوجوب ولأن الله تعالى ذم أقواماً بترك السجود فقال وإذا قرئ عليهم القرآن لا يسجدون وإنما يستحق الذم بترك الواجب ولأن مواضع السجود في القرآن منقسمة منها ما هو أمر بالسجود والزام للوجوب كما في آخر سورة القلم ومنها ما هو إخبار عن استكبار الكفرة عن السجود فيجب علينا مخالفتهم بتحصيله ومنها ما هو إخبار عن خشوع المطيعين فيجب علينا متابعتهم لقوله تعالى فبهذا هم اقتدوه وعن عثمان وعلى وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم أنهم قالوا السجدة على من تلاها وعلى من سمعها وعلى من جلس لها على اختلاف الفاظهم وعلى كلمة إيجاب وأما حديث الأعرابي ففيه بيان الواجب ابتداءً لا ما يجب بسبب وجود من العبد لا ترى أنه لم يذكر المندور وهو واجب وأما قول عمر رضي الله عنه فنقول بوجوبه إنما لم يكتب علينا بل أوجبت وفرق بين الفرض والواجب على ما عرف في موضعه

فصل وأما بيان كيفية وجوبها فأما خارج الصلاة فأنها تجب على سبيل التراخي دون الفور عند عامة أهل الأصول لأن دلائل الوجوب مطلقة عن تعيين الوقت فتجب في جزء من الوقت غير عين وتعين ذلك بتعيينه فعلاً وإنما يتضح عليه الوجوب في آخر عمره كافي سائر الواجبات الموسعة (وأما) في الصلاة فأنها تجب على سبيل التضييق لقيام دليل التضييق وهو أنها أوجبت بما هو من أفعال الصلاة وهو القراءة فالتحقق بأفعال الصلاة وصارت جزءاً من أجزائها ولهذا يجب ادؤها في الصلاة ولا يوجب حصولها في الصلاة نقصاناً فيها وتحصيل ما ليس من الصلاة في الصلاة أن لم يوجب فسادها يوجب نقصاناً وإذا التحقت بأفعال الصلاة وجب ادؤها مضميقاً كسائر أفعال الصلاة بخلاف خارج الصلاة لأن هناك دلائل على التضييق ولهذا قلنا إذا تلا آية السجدة فلم يسجد ولم ركع حتى طالت القراءة ثم ركع ونوى السجود لم يجزه وكذا إذا نواها في السجدة الصلوية لأنها صارت ديناً والدين يقضى بحاله لا بما عليه والركوع والسجود عليه فلا يتأدى به الدين على ما ذكرنا ولهذا قلنا أنه لا يجوز التيمم للتلاوة في المصر لأن عدم الماء في المصر لا يتحقق عادة والجواز بالتيمم مع وجود الماء أن يكون الخوف القوت أصلاً كافي صلاة الجنائز والعبود لا خوف ههنا لا نعدم وقت معين لها خارج الصلاة فلم يتحقق التيمم طهارة والطهارة شرط لادائها بالاجماع

فصل وأما سبب وجوب السجدة فسبب وجوبها أحد شيئين التلاوة أو السماع كل واحد منهما على حاله موجب فيجب على التالى الأصم والسماع الذى لم يزل أما التلاوة فلا يشكل وكذا السماع لما بيننا أن الله تعالى الحق اللامعة بالكفار تركهم السجود إذا قرئ عليهم القرآن بقوله تعالى فالحكم لا يؤمنون وإذا قرئ عليهم القرآن لا يسجدون وقال تعالى إنما يؤمن بآياتنا الذين إذا ذكروا بها سجدوا وسجدوا الآية من غير فصل في الآيتين بين التالى والسماع وروينا عن كبار الصحابة رضي الله عنهم السجدة على من سمعها ولأن حجة الله تعالى تلزمه بالسماع كما تلزمه بالتلاوة فيجب أن يخضع لحجة الله تعالى بالسماع كما يخضع بالقراءة ويستوى الجواب في حق التالى

بين ما اذا تلى السجدة بالعربية أو بالفارسية في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى قال أبو حنيفة يلزمه السجود في الحالين وأما حق السامع فان سمعها ممن يقرأ بالعربية فقالوا يلزمه بالاجماع فهم أولم يفهم لأن السبب قد وجد فيثبت حكمه ولا يقف على العلم باعتبار اسباب وان سمعها ممن يقرأ بالفارسية فكذلك عند أبي حنيفة بناء على أصله ان القراءة بالفارسية جائزة وقال أبو يوسف في المال ان كان السامع يعلم انه يقرأ القرآن فعلبه السجدة والا فلا وهذا ليس بسديد لانه ان جعل الفارسية قرآنا ينبغي ان يحجب سواء فهم أو لم يفهم كالسمعها ممن يقرأ بالعربية وان لم يجعله قرآنا ينبغي أن لا يحجب وان فهم ولو اجتمع سبب الوجوب وهما التلاوة والسماع بان تلا السجدة ثم سمعها ثم تلاها أو تكرر أحدهما فتقول الاصل ان السجدة لا يتكرر وجوبها الا بأحد أمور ثلاثة اما اختلاف المجلس أو التلاوة أو السماع حتى ان من تلا آية واحدة مرارا في مجلس واحد تكفيه سجدة واحدة والا صل فيه ما روى ان جبريل عليه السلام كان ينزل بالوحى فيقرأ آية السجدة على رسول الله صلى الله عليه وسلم ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسمع ويتلقن ثم يقرأ على أصحابه وكان لا يسجد الا مرة واحدة وروى عن أبي عبد الرحمن السلمي معلم الحسن والحسين رضى الله عنهم انه كان يعلم الآيات مرارا وكان لا يزيد على سجدة واحدة والنظار أن عليا رضى الله عنه كان عالما بذلك ولم يذكر عليه وروى عن أبي موسى الاشعري رضى الله عنه انه كان يكرر آية السجدة حين كان يعلم الصبيان وكان لا يسجد الا مرة واحدة ولان المجلس الواحد جامع للكلمات المتفرقة كفا في الإيجاب والقبول ولان في إيجاب السجدة في كل مرة يقع في الحرج لكون المعلمين مبتدئين يتكرار الآية لتعليم الصبيان والحرج مني بنص الكتاب ولان السجدة متعلقة بالتلاوة والمرأة الاولى هي الحاصلة للتلاوة فاما التكرار فلم يكن لحق التلاوة بل للتحفظ والتدبر والتأمل في ذلك وكل ذلك من عمل القلب ولا تعلق لوجوب السجدة به فعمل الاجراء على اللسان الذي هو من ضرورية ما هو فعل القلب أو وسيلة اليه من أفعاله فالتحق بما هو فعل القلب وذلك ليس بسبب كذا عمل الشيخ أبو منصور (وأما الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم بان ذكره أو سمع ذكره في مجلس واحد مرارا فلم يذكر في الكتب وذهب المتقدمون من أصحابنا إلى انه يكفيه مرة واحدة قياسا على السجدة وقال بعض المتأخرين يصلى عليه في كل مرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحجفوني بعدموني فقبل له وكيف تحجفون يا رسول الله فقال ان أذكر في موضع فلا يصلى علي وبه تبين انه حق رسول الله صلى الله عليه وسلم وحقوق العباد لا تتداخل وعلى هذا اختلفوا في تشبه العاطس ان من عطس وحمد الله تعالى في مجلس واحد مرارا فقال بعضهم ينبغي للسامع أن يشمت في كل مرة لانه حق العاطس والاصح انه اذا زاد على الثلاث لا يشتمه لما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال للعاطس في مجلسه بعد الثلاث قم فانتثر فانك من كرم) ثم لا فرق ههنا بين ما اذا تلا مرارا ثم سجد وبين ما اذا تلا وسجد ثم تلا بعد ذلك مرارا في مجلس واحد حتى لا يلزمه سجدة أخرى فرق بين هذا وبين ما اذا زنى مرارا انه لا يجحد الا مرة واحدة ولو زنى مرة ثم حدث زنى مرة أخرى يجحد ثانيا وكذا ان اثنائا واربعا والفرق ان هناك تكرر السبب لمساواة كل فعل الاول في المأثم والقبض وفساد الفرائض وكل معنى صار به الاول سببا الا انه لما أقيم عليه الحد جعل ذلك حكا الكل سبب فجعل بكاه حكا لهذا وحكمه كذلك وجعل كل سبب ليس معه غيره في حق نفسه لحصول ما شرع له الحد وهو الزجر عن المعاودة في المستقبل فاذا رجدا زنا بعد ذلك انما قد سببا كالذي تقدم فلا بد من وجود حكمه بخلاف ما نحن فيه لان ههنا السبب هو التلاوة والمرأة الاولى هي الحاصلة بحق التلاوة على ما مر فلم يتكرر السبب وهذا المعنى لا يتبدل بتخلل السجدة بينهما وعدم التخلل لحصول الثانية بحق التأمل والحفظ في الحالين وكذا السامع لتلك التلاوات المتكررة لا يلزمه الا بالمرأة الاولى لان ما وراءها في حقه جعل غير سبب بل تابع للتأمل والحفظ لانه في حقه يفيد المعنيين جميعا أعني الاعانة على الحفظ والتدبر بخلاف ما اذا سمع انسان آخر المرة الثانية أو الثالثة أو الرابعة وذلك في حقه أول ما سمع حيث يلزمه السجدة لان ذلك في حقه سماع التلاوة ولان كل مرة تلاوة حقيقة الا ان الحقيقة جعلت ساقطة

في حق من تكررت في حق من لم تتكرر بقيت على حقيقتها وبخلاف ما إذا قرأ آية واحدة في مجالس مختلفة لان
هناك النصوص منعقدة والجامع وهو المجلس غير ثابت والخرج مني ومعنى التفكير والتدبر زائل لانها في المجلس
الآخر حصلت بحق التلاوة لئلا نواجه في ذلك المجلس وبخلاف ما إذا قرأ آيات منفردة في مجلس واحد لزوال
هذه المعاني أيضاً ما النصوص فلا تشكل وكذا المعنى الجامع لان المجلس لا يجعل الكلمات المختلفة الجنس عزلة
كلمة واحدة كمن أقر لا نسان بالف درهم ولا خر بمائة دينار واحده بالمتق في مجلس واحد لا يجعل المجلس الكل
اقراراً واحداً وكذا المخرج منتف وكذا التلاوة الثانية لا تكون للتدبر في الاولى والله أعلم ولولاها في مكان وذهب
عنه ثم انصرف اليه فاعادها فغلبه أخرى لانها عند اختلاف المجلس حصلت بحق التلاوة فتجدد السبب وعن محمد
ان هذا اذا بعد عن ذلك المكان فان كان قريباً منه لم يلزمه أخرى ويصير كأنه تلاها في مكانه الحديث أبي موسى
الاشعري انه كان يعلم الناس بالبصرة وكان يزحف الى هذا تارة والى هذا تارة أخرى فيعلمهم آية السجدة ولا يسجد
الامرأة واحدة ولو تلاها في موضع ومعه رجل يسمعها ثم ذهب التالى عنه ثم انصرف اليه فاعادها والسمع على مكانه
سجد التالى لكل مرة لتجدد السبب في حقه وهو التلاوة عند اختلاف المجلس وأما السامع فليس عليه الاسجدة
واحدة لان السبب في حقه سماع التلاوة والثانية ما حصلت بحق التلاوة في حقه لا اتحاد المجلس وكذلك اذا كان التالى
على مكانه ذلك والسمع يذهب ويحيى ويسمع تلك الآية سجداً للسمع لكل مرة سجدة وليس على التالى الاسجدة
واحدة لتجدد السبب في حق السامع دون التالى على ما مر ولو تلاها في مسجد جماعة أو في المسجد الجامع في
زاوية ثم تلاها في زاوية أخرى لا يجب عليه الاسجدة واحدة لان المسجد كله جعل عزلة مكان واحد في حق الصلاة
في حق السجدة أولى وكذا حكم السماع وكذلك البيت والحمل والسفينة في حكم التلاوة والسمع سواء كانت
السفينة واقفة أو جارية بخلاف الدابة على ما تذكر ولو تلاها وهو يمشى لزمه لكل مرة سجدة لتبدل
المكان وكذلك لو كان يسبح في نهر عظيم أو بحر لما ذكرنا فان كان يسبح في حوض أو غدير له حده معلوم قيل يكفيه
سجدة واحدة ولو تلاها على غصن ثم انتقل الى غصن آخر اختلف المشايخ فيه وكذا في التلاوة عند الكرسي
وقالوا في تسدية الثوب انه يتكرر الوجوب ولو قرأ آية السجدة مراراً وهو يسير على الدابة ان كان خارج الصلاة
سجد لكل مرة سجدة على حدة بخلاف ما اذا قرأها في السفينة وهي تجري حيث تكفيه واحدة (والفرق) ان قوائم
الدابة جعلت كرجليه حكماً لتصرفه عليها في السير والوقوف فكان تبدل مكانها كبديل مكانه فحصلت
القرارة في مجالس مختلفة فتعلقت بكل تلاوة سجدة بخلاف السفينة فاتها لم تجعل عزلة لرجلي الركاب لخر وجهها
عن قبول تصرفه في السير والوقوف ولهذا أضيف سيرها ليهادون راكبها قال الله تعالى حتى إذا كنتم في الفلك
وجرين بهم وقال وهي تجري بهم في موج كالجبال فلم يجعل تبدل مكانها تبدل مكانه بل مكانه ما لا يحقر هو فيه من
السفينة من حيث الحقيقة والحكم وذلك لم يتبدل فكانت التلاوة متكررة في مكان واحد فلم يجب لها الاسجدة
واحدة كافي البيت وعلى هذا حكم السماع بان سمعها من غيره مرتين وهو يسير على الدابة لتبدل مكان السامع هذا
اذا كان خارج الصلاة فاما اذا كافي الصلاة بان تلاها وهو يسير على الدابة ويصلي عليها ان كان ذلك في ركعة واحدة
لا يلزمه الاسجدة واحدة بالاجماع لان الشرع حيث جوز صلاته عليها لم يحكمه ببطان الصلاة في الاماكن المختلفة
دل على انه اسقط اعتبار اختلاف الامكنة أو جعل مكانه في هذه الحالة ظاهر الدابة لا ما هو مكان قوائمها وهذا أولى
من اسقاط اعتبار الاماكن المختلفة لانه ليس بتغيير الحقيقة أو هو أقل تغييراً لها وذلك تغيير للحقيقة من جميع
الوجوه والظاهر متحد فلا يلزمه الاسجدة واحدة وصار راكب الدابة في هذه الحالة كراكب السفينة بحقه
ان الشرع جوز صلاته ولو جعل مكانه أمكنة قوائم الدابة لصار هو ماشياً بعشيقها والصلاة ماشياً لا يجوز (واما)
اذا كرر التلاوة في ركعتين فالقياس ان يكفيه سجدة واحدة وهو قول أبي يوسف الأخير في الاستحسان يلزمه
لكل تلاوة سجدة وهو قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد وهذه من المسائل الثلاث التي رجح فيها أبو يوسف

عن الاستحسان الى القياس احداها هذه المسئلة والثانية أن الرهن بمهر المثل لا يكون رهنا بالمتعة قياسا وهو قول
أبي يوسف الأخير وفي الاستحسان يكون رهنا وهو قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد والثانية أن العبد اذا جنى
جناية فيما دون النفس فاختر المولى الفداء ثم مات المجنى عليه القياس ان يخير المولى ثانيا وهو قول أبي يوسف
الأخير وفي الاستحسان لا يخير وهو قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد لا يخير وعلى هذا الخلاف اذا صلى على
الارض وقرأ آية السجدة في ركعتين ولا خلاف فيها اذا قرأها في ركعة واحدة وجه الاستحسان وهو قول محمد
ان المكان ههنا وان اتحد حقيقة وحكما السكن مع هذا لا يمكن أن يجعل الثانية تكرارا لان لكل ركعة قراءة مستحقة
فلو جعلنا الثانية تكرارا للدولى والتحقق القراءة بالركعة الاولى ثلاث الثانية عن القراءة ولفسدت وحيث لم يفسد
دل انهم لم يجعل مكررة بخلاف ما اذا كرر التلاوة في ركعة واحدة لان هناك أمكن جعل التلاوة المتكررة متحدة حكما
وجه القياس أن المكان متحد حقيقة وحكما فيوجب كون الثانية تكرارا للدولى كما في سائر المواضع وما ذكره محمد
لا يستقيم لان القراءة لها حكمان جواز الصلاة وجوب سجدة التلاوة ونحن انما نجعل القراءة الثانية ملحقمة بالأولى
في حق وجوب السجدة لافي غيره من الاحكام ولو افتتح الصلاة على الدابة بالايماء فقرأ آية السجدة في الركعة الاولى
فسجد بالايماء ثم أعادها في الركعة الثانية فعلى قول أبي يوسف الأخير لا يشكل أنه لا يلزمه أخرى واختلف المشايخ
على قوله الاول وهو قول محمد قال بعضهم يلزمه أخرى وقال بعضهم يكفيه سجدة واحدة ثم تبدل المجلس فديكون
حقيقة وقد يكون حكما بان تلاوة السجدة ثم أكل أو نام مضطجعا أو ارضعت صبيا أو أخذ في بيع أو شراء أو نكاح أو
عمل يعرف أنه قطع لما كان قبل ذلك ثم أعادها فعليه سجدة أخرى لان المجلس يتبدل بهذه الاعمال الا ترى أن القوم
يجلسون لدرس العلم فيكون مجلسهم مجلس الدرس ثم يشغلون بالنكاح فيصير مجلسهم مجلس النكاح ثم بالبيع فيصير
مجلسهم مجلس البيع ثم بالاكل فيصير مجلسهم مجلس الاكل ثم بالقتال فيصير مجلسهم مجلس القتال فنصار تبدل
المجلس بهذه الاعمال كنهه بالذهاب والرجوع لما سر ولونام قاعدا أو أكل لقمة أو شرب شرية أو نكح بكلمة أو
عمل عملا يسيرا ثم أعادها فليس عليه أخرى لان هذا القدر لا يتبدل المجلس والقياس فيها سواء أنه لا يلزمه أخرى
لاتحاد المكان حقيقة الا اننا استحسننا اذا طال العمل اعتبارا بالخبرة اذا عملت عملا كثيرا خرج الامر عن يدها
وكان قطع للمجلس بخلاف ما اذا أكل لقمة أو شرب شرية ولو قرأ آية السجدة فاطال القراءة بعدها أو اطال
الجلوس ثم أعادها ليس عليه سجدة أخرى لان مجلسه لم يتبدل بقراءة القرآن وطول الجلوس وكذا لو اشتغل
بالنسيج أو بالتعليق ثم أعادها لا يلزمه أخرى وان قرأها وهو جالس ثم قام فقرأها وهو قائم الا أنه في مكانه ذلك
يكفيه سجدة واحدة لان المجلس لم يتبدل حقيقة وحكما اما الحقيقة فلانه لم يبرح مكانه وأما الحكم فلان الموجود
قيام وهو عمل قليل كاكل لقمة أو شرب شرية أو بعه لا يتبدل المجلس وهذا بخلاف ما اذا خيرا من أنه قفامت من
مجلسها حيث خرج الامر من يدها كما لو انتقلت الى مجلس آخر لان خروج الامر من يدها موجب الاعراض عن
قبول التعليق اذا التحير تعليق على ما يعرف في كتاب الطلاق ومن ملك شيئا فاعرض عنه يبطل ذلك التعليق وهذا
لان القيام دليل الاعراض لان اختيارها تنهها أو زوجها أمر تحتاج فيه الى الرأى والتدبير لتنظر أى ذلك أعود
لها وانفع والقعود أجمع للذهن وأشد احضار للرأى فالقيام من هذه الحالة الى ما يوجب تفرق الذهن وفوات الرأى
دليل الاعراض اما ههنا فالحكم يختلف باتحاد المجلس وتعدد الاعراض وعدمه والمجلس لم يتبدل فلم يعد متعددا
متفرقا وكذلك لو قرأها وهو قائم فقدم ثم أعادها يكفيه سجدة واحدة لما قلنا ولو قرأها في مكان ثم قام وركب الدابة
على مكانه ثم أعادها قبل أن يسير فعليه سجدة واحدة على الارض ولو سارت الدابة ثم تلا بعدها فعليه سجدة ثان
وكذلك اذا قرأها راكباً ثم نزل قبل السير فاعادها يكفيه سجدة واحدة استحسننا وفي القياس عليه سجدة ثان لتبدل
مكانه بالنزول أو الركوب وجه الاستحسان أن النزول أو الركوب عمل قليل فلا يوجب تبدل المجلس وان كان سار ثم
نزل فعليه سجدة ثان لان سير الدابة بمنزلة مشيه فيبطل به المجلس وكذلك لو قرأها ثم قام في مكانه ذلك وركب ثم نزل

قبل السير فاعادها لا يجب عليه الاسجدة واحدة لما قلنا ولو قرأها ركبا ثم ركب فاعادها وهو على مكانه
 فعليه سجدة واحدة لما بينا والاصل أن النزول والركوب ليسا بركاتين ولو قرأ آية السجدة خارج الصلاة ولم يسجد
 لها ثم افتتح الصلاة وتلاها في عين ذلك المكان صارت إحدى السجدين تابعة للآخرى فاستتبع التي وجدت في
 الصلاة التي وجدت قبلها ويسقط اعتبار تلك التلاوة وتجعل كأنه لم يتل الا في الصلاة حتى انه لو سجد للمتلو في
 الصلاة خرج عن عهدة الوجوب واذا لم يسجد لم يبق عليه شيء الا المأثم وهذا على رواية الجامع الكبير وكتاب الصلاة
 من الاصل ونوادير الصلاة التي رواها الشيخ أبو حفص الكبير ولنا على رواية الصلاة التي رواها أبو سليمان لا تستتبع
 احداهما الاخرى بل كل واحدة منهما تستقل بنفسها ولا يسقط اعتبار تلك التلاوة الاولى وبقيت السجدة واجبة
 عليه سواء سجد للمتلو في الصلاة أو لم يسجد أو ما اذا تلاها وسجد لها ثم افتتح الصلاة وأعادها في ذلك المكان يسجد
 للمتلو في الصلاة بانفاق الروايتين أما على رواية النوادر فلعدم الاستتباع وثبوت الاستقلال وأما على رواية الجامع
 والمبسوط فلكون الموجودة خارج الصلاة تابعة للموجودة في الصلاة والتابع لا يستتبع المتبوع فلا تصير السجدة
 لتلك التلاوة مانعة من لزوم السجدة بهذه التلاوة وجه رواية نوادر أبي سليمان أن الآية تلي في مجلسين مختلفين
 حكما لان الاولى وجدت في مجلس التلاوة والثانية في مجلس الصلاة والمجلس يتبدل بتبدل الافعال فيه لما ذكرنا أنه
 قد يكون مجلس عقد ثم يصير مجلس مداكرة ثم يصير مجلس اكل واعتبر هذا التبدل في حق الايجاب والقبول في باب
 العقود وكل ما يتعلق بالتحاد المجلس فكذا هذا لان التعدد الحسبي ملحق بالتعدد الحقيقي في المواضع أجمع فيتعلق
 بكل تلاوة حكم ولا تستتبع احداهما الاخرى ولان الثانية أن تقوت لالتحاقها بأجزاء الصلاة لتعلقها بما هو ركن
 من الصلاة فلم يمكن أن تجعل تابعة للدولى فالاولى أيضا تقوت بالسبق فلا تصير تابعة لما بعدها اذ الشيء لا يتبع
 ما بعده ولا يستتبع ما قبله وجه رواية الجامع والمبسوط أن المجلس متحد حقيقة وحكما أما الحقيقة فظاهرة وأما
 الحكم فلانه وان صار مجلس صلاة أو كان في الصلاة تلاوة مفروضة فكان مجلس الصلاة مجلس التلاوة ضرورة
 فلم يوجد التبدل لاحقيقة ولا حكما فلا بد من اثبات صفة الاتحاد من حيث الحكم للتلاوتين المتعددتين حقيقة
 لوجود الموجب لصفة الاتحاد وهو المجلس المتحد وكذا المتعدد من أسباب السجدة قابل للاتحاد حكما كالسماع
 والتلاوة فان كل واحد منهما على انفراد سبب ثم من قرأ أو سمع من نفسه لا يلزمه الاسجدة واحدة فالنهي السببان
 بسبب واحد فدل أن المتعدد من أسباب السجدة قابل للاتحاد حكما فصارت متحدة حكما وزمان وجود الواحد واحد
 فجعل كان التلاوتين وجدتا في زمان واحد ولا وجه أن يجعل كأنهما وجدتا خارج الصلاة ولان الموجودة في
 الصلاة متفرقة في محلها بدليل جواز الصلاة ولو جعل كأنهما وجدتا خارج الصلاة في حق وجوب السجدة دون
 جواز الصلاة لبقى التعدد من وجه مع وجود دليل الاتحاد ومهما أمكن العمل بالدليلين من جميع الوجوه كان
 أولى من العمل بالدليل من وجه دون وجه ولا يمكن أن تجعل الموجودة في الصلاة في حكم التفكير لتعلق جواز الصلاة
 بها وهو من أحكام القراءة دون التفكير ولا مانع من أن نجعل الاولى كأنها وجدت في الصلاة فصارت كالاولى تلي في
 الصلاة في ركعة واحدة ولو كان كذلك لا يتعلق بذلك الاسجدة واحدة وهي من تلك الصلاة كذا هذا وعلى
 هذا اذا سمع من غيره آية السجدة ثم شرع في الصلاة في ذلك المكان وتلا تلك الآية بعينها في الصلاة فهذا والذي
 تلا بنفسه ثم شرع في الصلاة مكانه ثم أعادها سواء قد مر الكلام فيه ولو قرأ في الصلاة أو لا ثم سلم فاعادها قبل
 أن يريح مكانه ذكر في كتاب الصلاة أنه يلزمه أخرى وذكر في النوادر أنه لا يلزمه وجه رواية النوادر أن الموجودة
 في الصلاة تقوت بالسبق وحرمة الصلاة جميعا فيستتبع الاذى درجة المتأخرة وقتا وبهذه المسئلة تبين أن التعليل
 لرواية النوادر في المسئلة الاولى باختلاف المجلس حكما ليس بصحيح وجه رواية كتاب الصلاة أن المتلو في الصلاة
 لا يوجد لها بعد الصلاة لاحقيقة ولا حكما أما الحقيقة فلا يشك وكذا الحكم فان بعد انقطاع العزيمة لا بقاء لها
 من أجزاء الصلاة أصلا والموجود هو الذي يستتبع دون المعلوم بخلاف ما اذا كانت الاولى متلو خارج الصلاة فان

تلك باقية بعد التلاوة من حيث الحكم لبقاء حكمها وهو وجوب السجدة فإذا تلاها في الصلاة وجدت والاولى موجودة فاستنبح الاقوى الاضعف الا وهي ذكر الامام السرخسي أنه إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فوضع المسئلة في النوادر فيما اذا أعادها بعد ما سلم قبل أن يتكلم وبالسلم لم ينقطع فور الصلاة فكانه أعادها في الصلاة ووضعه في كتاب الصلاة فيما اذا أعادها بعد ما سلم وتكلم وبالكلام ينقطع فور الصلاة الا ترى أنه لو تكرر سجدة تلاوة بعد السلام يأتيها وبعد الكلام لا يأتيها فيكون هذا في معنى تبدل المجلس وان لم يسجد بها في الصلاة حتى يسجد بها الآن قال في الاصل أخره عنهما وهو محمول على ما اذا أعادها بعد السلام قبل الكلام لانه لم يخرج عن حرمة الصلاة فكانه كررها في الصلاة وسجد ما لا يستقيم هذا الجواب فيما اذا أعادها بعد الكلام لان الصلاة قد سقطت عنه بالكلام ولو تلاها في صلاته ثم سمعها من أجنبي أخر أنه سجدة واحدة وروى ابن سماعة عن محمد أنه لا تجزئه لان السماعية ليست بصلاة والتى أدها صلاتية فلا تنوب عما ليست بصلاة وبوجه ظاهر الرواية أن التلاوة الاولى من أفعال صلاته والثانية لا تحصلت الثانية تكرارا للاولى من حيث الاصل والاولى باقية فجعل وصف الاول والثانية فصارت من الصلاة فيكتفي بسجدة واحدة وقالوا على رواية النوادر أيضا تكون تكرارا لان الثانية ليست بمسئلة بنفسها في محلها فلا يمكن أن تجعل ملحقة بالاولى ولو سمعها أولا من أجنبي وهو في الصلاة ثم تلاها بنفسه ففقيه روايتان على ما نذكر ولو تلاها في الصلاة ثم يسجد ثم أحدث فذهب وتوضأ ثم عاد الى مكانه وبني على صلاته ثم قرأ ذلك الاجنبى تلك الآية فعلى هذا للمصلى أن يسجد اذا فرغ من صلاته لانه تحول عن مكانه فسمع الثانية بعدما تبدل المجلس وفرق بين هذا وبين ما اذا قرأ آية سجدة ثم سبقه الحدث فذهب وتوضأ ثم جاء وقرأ مرة أخرى لا يلزمه سجدة أخرى وان قرأ الثانية بعدما تبدل المكان والفرق أن في هذه المسئلة الاولى المكان قد تبدل حقيقة وحكما أما الحقيقة فلا يشكل وأما الحكم فلان الحرمة لا تجعل الاماكن المتفرقة كمكان واحد في حق ما ليس من أفعال الصلاة وسماع السجدة ليس من أفعال الصلاة فلم يتعد المكان حقيقة وحكما فيلزمه بكل مرة سجدة على حدة بخلاف تلك المسئلة فان هناك القراء من أفعال الصلاة والحرمة لا تجعل الاماكن المتفرقة كمكانا واحدا حكميا لان الصلاة الواحدة لا تجوز في الامكنة المختلفة فجعلت الامكنة كمكان واحد في حق أفعال الصلاة اضرة الجواز والقراءة من أفعال الصلاة فصار المكان في حقها متحدا فاما السماع فليس من أفعال الصلاة فتبقى الامكنة في حقه متفرقة لعدم ضرورة توجب الاتحاد والحقائق لا يسقط اعتبارها حكميا الا للضرورة ولو سمعها رجل من امام ثم دخل في صلاته فان كان الامام لم يسجد بها سجدها مع الامام وان كان يسجدها الامام سقطت عنه حتى لا يجب عليه قضاؤها خارج الصلاة لانها ما اقتضى بالامام صارت قراءة الامام قراءة له وجعل من حيث التقدير كان الامام قرأها ثانيا فصارت تلك السجدة من أفعال الصلاة ولو قرأ ثانيا لا يجب عليه مرة أخرى لان الاول صارت من أفعال الصلاة فكذا هيها وإذا صارت من أفعال صلاته لا تؤدى خارج الصلاة لما مر وذكري في زيادات الزيارات انه يسجد لما سمع قبل الاقتداء بعد ما فرغ من صلاته وذكري في نوادر الصلاة لابي سليمان انه لو تلا ما سمع خارج الصلاة في صلاة نفسه في غير ذلك المكان وسجد لها لا يسقط عنه ما لم يمه خارج الصلاة وهذا موافق لما ذكره في زيادات الزيارات فصارت المسئلة روايتان وجه تلك الرواية ان الثانية ليست بتكرار للاولى لان التكرار اعادة الشيء بصفته وهما الاولى لم تكن واجبة ولا فعلا من أفعال الصلاة والثانية واجبة وهي فعل من أفعال الصلاة فاختلف الوصف فلم تكن اعادة بخلاف ما اذا كانت في الصلاة أو كانتا جميعا خارج الصلاة حيث كان تكرار الاتحاد الوصف الا ترى ان من باع بالف ثم باع بعائنه دينار ما كان تكرارا بل كان فسحا للاول ولو باع في الثانية بالف كان تكرارا واذا لم يكن تكرارا جعل كانه قرأ آيتين مختلفتين في مكان أو آية في مكانين فيتعلق بكل واحدة منهما حكم على حدة دل عليه لو كان

قرأ الأولى وسجد ثم شرع في الصلاة في غير ذلك المكان وأعادها يلزمه أخرى في الروايات أجمع لما بيننا من ليس بإعادة ولو كان إعادة لما يلزمه أخرى وجه ظاهر الرواية أن الثانية إعادة للأولى من حيث الأصل لأنها عين تلك الآية وليس بإعادة من حيث الوصف لأن وصف كونها ركناً من أركان الصلاة لم يكن في الأولى وجد في الثانية والأولى باقية حكماً البقاء حكمها وهو وجوب السجدة فإذا كانت باقية والثانية من حيث الأصل تكرار للأولى فجعلت من حيث الأصل كأنها عين الأولى فبقيت الصفة الثانية للتلاوة الثانية للأولى لصيرورة الثانية عين الأولى فتصير صفتها صفة تلك فصارت هي أيضاً موصوفة بكونها أصلاً فلا تؤدي خارج الصلاة لما مر بخلاف ما إذا كان سجدة للأولى لأنها لم تنقضي بكونها أصلاً بل انقضت بنفسها وحكمها فلم يجعل وصف الثانية وصف للأولى فبقيت الثانية إعادة من حيث الأصل ابتداء من حيث الوصف فتجب سجدة أخرى من حيث الوصف ولا تجب من حيث الأصل فلم يعتبر جانب الأصل وإن كان هو المتبوع لما ان الاحتياط في باب العبادات اعتبار جانب الوجوب فيرجع جانب الوصف فوجب سجدة أخرى على أن اعتبار جانب الوصف موجب واعتبار جانب الأصل ليس بمانع لكنه ليس بموجب فلم يقع التعارض والله أعلم ولو قرأ الإمام سجدة في ركعة وسجد هائم أحدث في الركعة الثانية فقدم رجلاً جاء ساعداً فقرأ تلك السجدة فعليه أن يسجد هالاً لوجود سبب الوجوب في حقها وهو ابتداء التلاوة ولم يوجد منه أداء قبل هذا وعلى القوم أن يسجدوها معه لأنهم التزموا متابعتها

فصل ﴿ وأما بيان من يجب عليه فكل من كان أهلاً لوجوب الصلاة عليه إما أداء أو قضاء فهو من أهل وجوب السجدة عليه ومن لا فلا لأن السجدة جزء من أجزاء الصلاة فيشترط لوجوبها أهلية وجوب الصلاة من الإسلام والعقل والبلوغ والطهارة من الحيض والنفس حتى لا تجب على الكافر والعبي والمجنون والحائض والنفساء قرؤا أو سمعوا لأن هؤلاء ليسوا من أهل وجوب الصلاة عليهم وتجب على المحدث والجنب لأنهم ما من أهل وجوب الصلاة عليهم وكذلك تجب على السامع بتلاوة هؤلاء إلا المجنون لأن التلاوة منهم صحيحة كتلاوة المؤمن والبالغ وغير الحائض والمتطهر لأن تعلق السجدة بقليل القراءة وهو ما دون آية فلم يتعلق به انتهى فينظر إلى أهلية الثاني وأهلية بالتمييز وقد وجد فوجد سماع تلاوة صحيحة فتجب السجدة بخلاف السماع من اليتيم والصدى فإن ذلك ليس بتلاوة وكذا إذا سمع من المجنون لأن ذلك ليس بتلاوة صحيحة لعدم أهليته لانعدام التمييز

فصل ﴿ وأما شرائط الجواز فكل ما هو شرط جواز الصلاة من طهارة المحدث وهي الوضوء والغسل وطهارة العبد وهي طهارة البدن والثوب ومكان السجود والقيام والنعوذ فهو شرط جواز السجدة لأنها جزء من أجزاء الصلاة فكانت معتبرة بمجندات الصلاة ولهذا لا يجوز إذاؤها بالتيهم إلا أن لا يجوز نعمة ماء أو يكون مريضاً لأن شرط صيرورة التيمم طهارة حال وجود الماء خشية العتوت ولم يوجد لأن وجوبها على التراخي على ما بينا فيما تقدم وكذا لا يجوز إذاؤها إلى القبلة حال الاختيار إذا تلاها على الأرض ولا يجوز به الأئمة كما في سجدة الصلاة فإن اشتهت عليه القبلة فتعزى وسجد إلى جهة فأخطأ القبلة أجزأه لأن الصلاة بالتعزى إلى غير جهة القبلة جائزة فالسجدة أولى ولو تلاها على الراحلة وهو مسافر أو تلاها على الأرض وهو مريض لا يستطيع السجود أجزأه الأئمة والقياس أن لا يجوز نه الأئمة على الراحلة وهو قول بشر لأنها واجبة فلا يجوز إذاؤها على الراحلة من غير عذر كالنذر فإن أركب إذا نذر أن يصلي ركعتين لم يجز أن يؤديه ما على الدابة من غير عذر كذا هذا (ولنا) أن التلاوة أمر دائم عزلة التطوع فكان في اشتراط التزول خرج بخلاف القرض والنذر وما وجب من السجدة في الأرض لا يجوز على الدابة وما وجب على الدابة يجوز على الأرض لأن ما وجب على الأرض وجب تاماً فلا يستقطب بالأئمة الذي هو بعض السجود فاما ما وجب على الدابة وجب بالأئمة لما روى عن علي رضي الله عنه أنه تلا سجدة وهو راكب فأومأ بها إيماء وروى عن ابن عمر أنه مثل عن سمع سجدة وهو راكب قال فليوم

إعلاء وإذا وجب الإيعاء فإذا نزل وأداها على الأرض فقد أداها تامة فكانت أولى بالجواز كافي الصلاة على ما مر
ولو تلاها على الدابة فنزل ثم ركب فادأها بالإيعاء جاز الأعلى قول زفر هو يقول لما نزل وجب أدائها على الأرض
فصار كالوتلاها على الأرض (ولنا) أنه لو أداها قبل نزوله بالإيعاء جاز فكذلك بعد ما نزل وركب لأنه يؤديها
بالإيعاء في الوجهين جميعا وقد وجبت بهذه الصفة وصار كالوافتح الصلاة في وقت مكر وهما فقد هما ثم قضاها في
وقت آخر مكر وهما أجزاء لأنه أداها على الوصف الذي وجبت كذا هذا وكذا يشترط لها ستر العورة لما قلنا ويشترط
النية لأنها عبادة فلا تصح بدون النية وكذا الوقت حتى لو تلاها أو سمعها في وقت غير مكر وهما فادأها في وقت
مكر ولا يجوز لأنه وجبت كاملة فلا تنأى بالناقص كالصلاة ولو تلاها في وقت مكر وهما وسجدها فيه أجزاء لأنه
أداها كما وجبت وإن لم يسجدها في ذلك الوقت وسجدها في وقت آخر مكر وهما جاز أيضا لأنه أداها كما وجبت لأنها
وجبت ناقصة وأداها ناقصة كافي الصلاة إلا أنه لا يشترط لها التحريم عندئذ لأنها التوحيد لأفعال المختلفة
ولم توجد وكذلك كل ما يفسد الصلاة عندئذ من الحدث والعمل والكلام والقهقهة فهو مفسد لها وعليه أعادتها
كما لو وجدت في سجدة الصلاة وقبل هذا على قول محمد لأن العبرة عنده تمام الركن وهو الرفع ولم يحصل بعد
فما عند أبي يوسف فقد حصل الوضع قبل هذه العوارض والعبرة عنده للوضع فينبغي أن لا تفسد حاله لا وضوءه
عليه في القهقهة فيها لما ذكرنا في كتاب الطهارة وكذا محاذاة المرأة الرجل فيها لا تفسد عليه السجدة وإن نوى
إمامتها لا نعدام الشريعة أذهى مبنية على التحريم ولا تحريم هذه السجدة ولأن المحاذاة أعم فنهاه مفسدة بامر
الشرع بتأخيرها والأمر ورد في صلاة مطلقة وهذه ليست بصلاة مطلقة فلم تكن المحاذاة فيها مفسدة كافي
صلاة الجنائز

فصل وأما بيان محل أدائها فماتل خارج الصلاة لا يؤديها في الصلاة وكذا ما اتلف في الصلاة لا يؤديها خارج
الصلاة وإنما كان كذلك لأن ما وجب خارج الصلاة فليس يفعل من أفعال الصلاة لأنه ما وجب حكما الفعل من
أفعال الصلاة لخروج الزلاوة خارج الصلاة عن أفعال الصلاة فإذا أداها في الصلاة فقد أدخل في الصلاة ما ليس منها
فهو وإن لم تفسد لعدم المضادة تنقص لا دخاله فيها ما ليس منها لأن الزائد الداخل فيها لا بد أن يقطع نظمه أو يمنع
وصل فعل بفعل وإذا ترك الواجب فصار المؤدى منها عنه وهو وجب خارج الصلاة على وجه السكال فلا يسقط
بإدائه على وجه يكون منها عنه وأما ما اتلف في الصلاة فقد صار فعلا من أفعال الصلاة لكونه حكما لما هو من أركان
الصلاة وهو القراءة ولهذا يجب أدائه في الصلاة فلا يوجب نقصانها وأداء ما هو من أفعال الصلاة لأن تصور
بدون التحريم فلا يجوز الأداء خارج الصلاة ولا في صلاة أخرى لأنه ليس من أفعال هذه الصلاة لأنه ليس
بحكم قراءة هذه الصلاة فلا يتصور أدائه فسقط إذا عرف هذا الأصل فنقول إذا قرأ الرجل آية السجدة في الصلاة
وهو امام أو منفرد فلم يسجدها حتى سلم ونزع من الصلاة سقطت عنه لما قلنا وكذلك لو سمعها في صلاته ممن ليس
معه في الصلاة لم يسجدها في الصلاة لما قلنا وإن سجدها فيها كان مسيئا لما ذكرنا ولا تسقط عنه السجدة لكن لا تفسد
صلاته في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنها تفسد لأن هذه السجدة معتبرة في نفسها لأنها واجبة بسبب مقصود
فكان إدخالها في الصلاة فضاها (ولنا) أن هذه زيادة من جنس ما هو مشروع في الصلاة وهو دون الركعة
فلا تفسد الصلاة كما لو سجد سجدة زائدة في الصلاة أو عاوى على هذا الأصل يخرج ما إذا قرأ المقتدى آية السجدة
خلف الإمام فسمعها الإمام والقوم فنقول اجعوا على أنه لا يجب على المقتدى أن يسجدها في الصلاة وكذا
على الإمام والقوم لأنه لو سجد بنفسه إذا خافت فقد انقرد عن إمامه فصار مختلفا عليه ولو سجدوا السماع تلاوته
إذا جهر به لا تقلب التبع متبوعا لأن التالي يكون بمنزلة الإمام للسامعين وفي حق بقية المقتدين تصبر صلاتهم بأمامين
من غير أن يكون أحدهما قائما مقام الآخر كل ذلك لا يجوز وأما بعد الفراغ فلا يسجدون أيضا في قول أبي حنيفة
وأبي يوسف وقال محمد يسجدون ولو سمعوا ممن ليس في صلاتهم لا يسجدون في الصلاة ويسجدون بعد الفراغ

بالاجماع ولو سمع من المقتدى من ليس في صلاته يسجد كذا ذكر في نوادر الصلاة عقيب قول محمد وجه قول محمد أن السبب قد تحقق وهو التلاوة الصحيحة في حق المؤتم وسماها في حق الامام والقوم ولهذا يجب على من سمع منه وهو ليس في صلاتهم الا انه لا يمكنهم الاداء في الصلاة لان تلاوته ليست من أعمال الصلاة لان قراءة المقتدى غير محسوبة من الصلاة فيجب عليهم الاداء خارج الصلاة كما اذا سمعوا ممن ليس في صلاتهم (ولأبي) حنيفة وأبي يوسف أن الوجوب بعد القدرة على الاداء وهم يهجزون عن أدائها لانه لا وجه الى الاداء في الصلاة لما سئل ولا وجه الى الاداء بعد الفراغ من الصلاة لان هذه السجدة من أفعال هذه الصلاة لأنها واجبت بسبب التلاوة وتلاوة المقتدى محسوبة من صلاته لان الصلاة منقورة الى القراءة الا أن الامام يتحمل عنه هذه القراءة فاذا أدى بنفسه ما يتحمل عنه غيره وقع موقعه فكانت القراءة محسوبة من هذه الصلاة فصار ما هو حكم هذه القراءة من أفعال الصلاة فصارت السجدة من أفعال هذه الصلاة واذا صارت في حق التالي من أفعال هذه الصلاة صارت في حق الكل من أفعال هذه الصلاة لان مبنى الصلاة على انها جعلت من أباس مختلفين عند اتحاد التصريحة في حق القراءة كالموجودة من شخص واحد لحصول ثمرات القراءة بالجماع ولهذا جعلت القراءة الموجودة من الامام كالقراءة الموجودة من الكل بخلاف غيرها من الاركان وقياس هذه النسبة يقتضي أن الامام لو لم يقرأ كانت هذه القراءة قراءة للكل في حق جواز الصلاة الا أن ذلك لم يمكن لانه لا ينقلب التبع متبوعا والمتبوع تبعاً فبقيت في حق كونها من الصلاة مشتركة في حق الكل فصارت السجدة من أفعال الصلاة في حق الكل واذا صارت من أفعال الصلاة لا يتصور أدائها بالاتحريم الصلاة فلا تؤدي بعد الصلاة ومن سلك هذه الطريقة يقول يجب على من سمع هذه التلاوة من المقتدى ممن لا يشاركه في الصلاة لأنها ليست من أفعال الصلاة وبخلاف ما اذا سمع المصلي ممن ليس معه في الصلاة حيث يسجد خارج الصلاة لان السجدة واجبت عليه وليست من أفعال الصلاة لان تلك التلاوة ليست من أفعال الصلاة لعدم الشركة بينه وبين التالي في الصلاة والوجوب عليه بسبب سماعه والجماع ليس من أفعال الصلاة واذا لم يكن من أفعال الصلاة أمكن أدائها خارج الصلاة فيؤدي ومن أهم ما نمان قال ان هذه القراءة منهي عنها فلا يتعلق بها حكم يؤمر به بخلاف قراءة الصبي والكافر حيث يوجب السجدة على من سمعها لانهم ليسوا بمنهيين وبخلاف الجنب والحائض لانهم لم ينهوا عما يتعلق به وجوب السجدة لان ذلك القدر دون الآية وهم ليسا بمنهيين عن تلاوة ما دون الآية اما المقتدى فهو منهي عن قراءة كلمة واحدة فكان منهي عن قدر ما يتعلق به وجوب السجدة فلم يجب أن نقول ان المقتدى محجور عليه في حق القراءة بدليل نفاذ تصرف الامام عليه وتصرف المحجور لا ينعقد في حق الحكم ومن سلك هاتين الطريقتين يقول لا تجب السجدة على السامع الذي لا يشاركهم في الصلاة أيضاً وهذا اختلف المشايخ في هذه المسئلة لا اختلاف الطرق

فصل وأما كيفية أدائها فان كان تلاها خارج الصلاة يؤديها على نعت سجدة الصلاة وان كان تلافي الصلاة فلا فضل ان يؤديها على هيئة السجدة أيضاً كذا روي عن أبي حنيفة لانه اذا سجد ثم قام وقرأ أو ركع حصلت له قرأتان ولو ركع فحصل له قرابة واحدة ولا نه لو سجد لادى الواجب بصورته ومعناه ولو ركع لاداه بمعناه لا بصورته ولا شئ ان الاول أفضل ثم اذا سجد وقام بركعه ان يركع كرفع رأسه سواء كانت آية السجدة في وسط الصورة أو عند ختمها أو بقي بعد ذلك الى الختم قدر آيتين أو ثلاث آيات لانه يصير باناء الركوع على السجود فينبئ أن يقرأ ثم يركع فينظر ان كانت آية السجدة في وسط السورة فينبئ ان يختم السورة ثم يركع وان كانت عند ختم السورة فينبئ أن يقرأ آيات من سورة أخرى ثم يركع وان كان بقي منها الى الختم قدر آيتين أو ثلاث آيات كما في سورة بني اسرائيل وسورة اذا السماء انشقت فينبئ أن يقرأ بقية السورة ثم يركع ان شاء وان شاء وصل اليها سورة أخرى فهو أفضل لان الباقي من جماعة السورة دون ثلاث آيات فكلان الاولى ان يقرأ ثلاث آيات كما لا يكون باناء الركوع على السجود فلو لم يفعل ذلك ولكنه ركع كرفع رأسه من السجدة

أجزأه لحصول القراءة قبل السجدة ولو لم يأت بها على هيئة السجدة ولكنه ركن هذا كفي الأصل أن القياس أن
الركوع والسجود سواء وفي الاستحسان ينبغي أن يسجد قال وبالقياس تأخذ وانما أخذنا بالقياس لأن
التفاوت ما بين القياس والاستحسان أن ما ظهر من المعاني فهو قياس وما خفي منها فهو استحسان ولا يرجع الخفي
لخفائه ولا الظاهر الظهور فيرجع في طلب الرجحان إلى ما اقترن بهما من المعاني ففي قوى الخفي أخذوا به ومنى
قوى الظاهر أخذوا به وهما قوى دليل القياس على ما نذكر فخذوا به ثم إن مشايخنا اختلفوا في محل
القياس والاستحسان لاختلافهم فيما يقوم مقام سجدة التلاوة فقال عامة مشايخنا أن الركوع هو القائم
مقام سجدة التلاوة ومحل القياس والاستحسان هذا أن القياس أن يقوم الركوع مقامها وفي الاستحسان
لا يقوم وقال بعضهم محل القياس والاستحسان خارج الصلاة بأن الصلاة في غير الصلاة وركن في القياس يجزئه
وفي الاستحسان لا يجزئه وهذا ليس بسديد بل لا يجزئه ذلك قياسا واستحسانا لأن الركوع خارج الصلاة
لم يجعل قرينة فلا ينوب مناب القرينة وذكر الشيخ صدر الدين أبو المعين وقال رأيت في فتاوى أهل بلخ بخط الشيخ
أبي عبد الله الحليدي عن محمد بن سلمة أنه قال السجدة الصليبية هي التي تقوم مقام سجدة التلاوة لا الركوع
فكان القياس على قوله أن تقوم الصليبية مقام التلاوة وفي الاستحسان لا تقوم وجه قوله أن التحقيق
ليكون الجواز ثابتا بالقياس وعدم الجواز في الاستحسان أن يتصور الأعلى هذا فإن القياس أن يجوز لأن
الواجب السجدة وقد وجدت وسقوط ما وجب من السجدة بالسجدة أمر ظاهر فكان قياسا وفي الاستحسان
لا يجوز لأن السجدة قائمة مقام نفسها فلا تقوم مقام غيرها كصوم يوم من رمضان لا يقع عن نفسه وعن قضاء
يوم آخر عليه فكذا هذا ولا شأن أن دليل القياس أظهر ودليل الاستحسان أخفى لأن التسوية بين الشئيين من
نوع واحد وإقامة أحدهما مقام الآخر أمر ظاهر والتفرقة بينهما المعنى من المعاني أمر خفي لأن التسوية
باعتبار الذات والتفرقة باعتبار المعاني والعلم بذات ما يعين أظهر من العلم بوصفه لحصول العلم بالذات بالحس
وبالمعنى بالعقل عقيب التأمل ولا شأن أن ذلك أظهر فثبت أن التسمية لكون الجواز ثابتا بالقياس وعدم الجواز
بالاستحسان ممكن من هذا الوجه فاما لو كان الكلام في قياس الركوع مقام السجود فالقياس بأبي الجواز وفي
الاستحسان يجوز لأن الركوع مع السجود مختلفان ذاتا فلو ثبت بينهما مساواة ثبت من حيث المعنى فكان
عدم جواز إقامة أحدهما مقام صاحبه من توابع الذات والعلم به ظاهر وجواز القيام من توابع المعنى والعلم به خفي
فاذا كانت قضية القياس أن لا يجوز وقضية الاستحسان أن يجوز وجواب الكتاب على القلب من هذا فدل أن
الصحيح ما ذكرنا وعامة مشايخنا يقولون لا بل الركوع هو القائم مقام سجدة التلاوة كذا ذكر محمد في
الكتاب فانه قال في الكتاب قلت فان أراد أن يركع بالسجدة بعينها هل يجزئه ذلك قال أما في القياس فالركعة في
ذلك والسجدة سواء لأن كل ذلك صلاة لا ترى إلى قوله تعالى وخزرا كما وتفسيرها خراجا فركعة والسجدة
سواء في القياس وأما في الاستحسان ينبغي له أن يسجد وبالقياس تأخذ وهذا كله لفظ محمد فثبت أن محل
القياس والاستحسان ما بيننا وما قاله محمد بن سلمة خلاف الرواية وذكر أبو يوسف في المال وأما قوله آية
السجدة في الصلاة فان شاء ركع لها وان شاء سجد لها يعني أن شاء أقام ركوع الصلاة مقامها وان شاء سجد لها
ذكر هذا التفسير أبو يوسف في الاملاء عن أبي حنيفة وجه القياس على ما ذكره أن معنى التعظيم فيها ظاهر
فكان في حق حصول التعظيم مما جنسا واحدا والحاجة إلى تعظيم الله تعالى أما اقتداء بعظم الله تعالى وأما مخالفة
لمن استكبر عن تعظيم الله تعالى فكان الظاهر هو الجواز وجه الاستحسان أن الواجب هو التعظيم بجهة
مخصوصة وهي السجود بدليل أنه لو لم يركع على الفور حتى طالت القراءة ثم نوى بالركوع أن يقع عن
السجدة لا يجوز وكذا خارج الصلاة لو تلا آية السجدة وركع ولم يسجد لا يخرج عن الواجب كذا ههنا ثم أخذوا
بالقياس لقوة دليله وذلك لما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنهما

كأننا أجاز أن يركع عن السجود في الصلاة ولم يرو عن غيرهما خلاف ذلك فكان ذلك بمنزلة الإجماع والمعنى ما بينا أن الواجب هو التعظيم لله تعالى عند قراءة آية السجدة وقد وجد التعظيم وهذا لأن الخضوع لله والتعظيم له بالركوع ليسا بأدور من الخضوع والتعظيم له بالسجود ولا حاجة هنا إلى السجود لعينه بل الحاجة إلى تعظيم الله تعالى مخالفة لمن استكبر عن تعظيمه أو اقتداء بمن خضع له وأذن لربوبيته واعتزف على نفسه بالعبودية وقد حصلت هذه المعاني بالركوع حسب حصولها بالسجود وهذا المعنى يقتضى أنه لو ركع خارج الصلاة مكان السجود أن يكون جائزاً غير أنه لم يجز لأن المكان أن الركوع أدور من السجود ولكن لأن الركوع لم يجعل عبادة يقترب بها إلى الله تعالى إذا انقرد عن تحريرة الصلاة والسجود جعل عبادة بدون تحريرة الصلاة ثبت ذلك شرعاً غير معقول المعنى فإذا لم توجد تحريرة الصلاة لم يكن الركوع مما يقترب به إلى الله تعالى فلا يتأدى به التعظيم والخضوع لله اللذان وجبا بالسلامة بخلاف السجدة وبخلاف ما إذا ركع مكان السجدة الصليبية لأن الواجب هناك عين السجدة مقصودة بنفسها فلا يقوم غيرهما من حيث الصورة مقامها وبيان هذا أن الصلاة عبادة اشتملت على أفعال مختلفة شكر المآل أنعم الله عليه من القلب في الأحوال المختلفة بهذه الأجزاء اللينة والمفاصل السليطة وبالركوع لا يحصل شكر حالة السجود فيعلق ذلك بعين السجود لا بما يوازيه في كونه تعظيماً لله تعالى أما هنا فبخلافه وبخلاف ما إذا لم يركع عقيب السجدة ولم يسجد حتى طالت القراءة ثم ركع ونوى الركوع عن السجدة حيث لم يجز لأنها تجب في الصلاة مضيقاً لأن الواجب بها هو من أفعال الصلاة الثابت بأفعال الصلاة ولهذا يجب أدؤها في الصلاة ولا يوجب حصولها فيها نقصاناً ما فهم وتحصل ما ليس من الصلاة فيها أن لم يوجب فسادها يوجب نقصاناً لهذا لا تؤدي بعد الفراغ من الصلاة لو ترك أدائها في الصلاة لأنها صارت جزءاً من أجزاء الصلاة لما بينا فلا يصح راداً أوها لا تحريرة الصلاة كسائر أفعال الصلاة ومبنى أفعال الصلاة أن تؤدي كل فعل منها في محله المخصوص فكذا هذه وإذا لم تؤدي في محلها حتى فات صار ديناً والدين يقضى بحاله لا بما عليه والركوع والسجود عليه فلا يتأدى به الدين بخلاف ما إذا لم يصر ديناً بعد لأن الحاجة هناك إلى التعظيم والخضوع وقد وجد في كفي بذلك كدخول المسجد إذا اشتغل بالفرض تاب ذلك مناب تحية المسجد لحصول تعظيم المسجد والمعتكف في رمضان إذا صام عن رمضان وكان واجب اعتكاف شهر رمضان على نفسه كان ذلك كافياً عن صوم هو شرط الاعتكاف وبغمله لو أوجب على نفسه اعتكاف شعبان فلم يعتكف حتى دخل رمضان فاعتكف لا ينوب ذلك عما وجب عليه من الصوم الذي هو شرط صحة الاعتكاف لأن ذلك صار ديناً عليه حقاً لله تعالى بعض الوقت والدين يؤدي بما هو له من هو عليه لا بما عليه فكذا هذا وبخلاف ما إذا تكرر أن يصلي ركعتين يوم الجمعة فلم يصل حتى مضى يوم الجمعة ثم أداها بوضوء حصل بقصد التبرد حيث يجوز ولا يقال أن الوضوء الذي هو شرط صحة هذه العبادة وجب عليه بوجوب العبادة ثم بالقوات عن الوقت المعين صار ديناً عليه والدين يؤدي بحاله لا بما عليه أو فاته فريضة عن وقتها فإذا ما بوضوء حصل للتبرد أو للتعليم جاز لأن هناك الوضوء شرط الأهلية وليس هو مما يقترب به إلى الله تعالى فلم يصر بفواته عن محله حقاً لله تعالى بل بقي في نفسه غير عبادة فيجب تحصيها بضرورة حصول الأهلية لأداء ما عليه وقد حصل بأي طريق كان فاما السجدة والصوم فكل واحد منهما مما يقترب به إلى الله تعالى فإذا فاتا عن المحل وجبا صار حقين لله تعالى فلا يجوز أدائها بما عليه وهذا بخلاف ما إذا فاتت السجدة عن محله في الصلاة وصارت بعمل القضاء فركع بنوى به قضاء السجدة الفائتة أنه لم يجز وإن حصل الركوع في تحريرة الصلاة وهو فيها مما يقترب به إلى الله تعالى ويحصل بذلك التعظيم لله تعالى والواجب عليه هذا القدر وذلك لأن الركوع لم يعرف قربته في الشريعة في غير محله المخصوص فما أمكنه أبجعله قربته فلم يحصل به التعظيم بخلاف السجدة فإنها عرفت قربته في غير محله الذي تكون فيه ولهذا يتعبر بها النقص المتكمن في الصلاة بطريق السهو ولا يجبر

بالركوع ثم اذار كع قبل أن يطول القراءة هل تشترط النية لقيام الركوع مقام سجدة التلاوة فقياس ما ذكرنا من
النكتة بوجوب أن لا يحتاج إلى النية لأن الحاجة إلى تحصيل الخضوع والتمظيم في هذه الحالة وقد وجدنا نوى
أول منو كالمعتكف في رمضان إذا لم ينو بصيامه عن الاعتكاف والذي دخل المسجد إذا اشتغل بالقرض غير ناوٍ وأن
يقوم مقام تحية المسجد ومن مشايخنا من قال يحتاج ههنا إلى النية ويدعى أن محمداً أشار إليه فإنه قال إذا ذكر
سجدة تلاوة في الركوع بخبر ساجداً فيسجد كأنه ذكر ثم يقوم فيه عوداً إلى الركوع ولم يفضل بين أن يكون الركوع
الذي تذكر فيه التلاوة كان عقيب التلاوة بلا فصل أو تخلل بينهما فاصل ولو كان الركوع مما يوجب عن السجدة
من غير نية لكان لا يأمره بأن يسجد للتلاوة بل قام بنفس الركوع مقام التلاوة ولستنا نقول ليس في هذه المسئلة
كثيراً إشارة لأن المسئلة موضوعة فيما إذا تخلل بين التلاوة والركوع ما يوجب صيرورة السجدة ديناً لأنه قال
تذكر سجدة والتذكراً عما يكون بعد النسيان والنسيان لسجدة التلاوة عند عدم تخلل شيء بين التلاوة والركوع
ممنوع أو نادر غاية الندر بحيث لا يبنى عليه حكم ثم يحتاج هذا القائل إلى الفرق بين هذا وبين المعتكف في رمضان
حيث لا يحتاج إلى أن ينوي كون صومه شرطاً للاعتكاف لحصول ما هو المقصود وكذا الذي دخل المسجد وادى
القرض كما دخل فاشتغل بالفرق بينهما فقال الواجب الأصلي ههنا هو السجود إلا أن الركوع أقيم مقامه من حيث
المعنى وبينهما من حيث الصورة فرق فلموافقة المعنى تنأدى السجدة بالركوع إذا نوى والمخالفة للصورة لا تنأدى
إذا لم ينو بخلاف صوم الشهر فإن ينسئ وبين صوم الاعتكاف موافقة من جميع الوجوه وكذا في الصلاة ولكن
هذا غير سديد لأن المخالفة من حيث الصورة أن كان لها عبارة فلا تنأدى الواجب به وإن نوى فإن من نوى
إقامة غير ما وجب عليه مقام ما وجب لا يقوم إذا كان بينهما تفاوت وإن لم يكن لها عبارة فلا يحتاج إلى النية كما
في الصوم والصلاة وعذر الصوم ليس بمستقيم لأن بين الصومين مخالفة من حيث سبب الوجوب فكانا جنسين
مختلفين ولهذا قال هذا القائل أنه لو لم ينو بالركوع أن يكون قائماً مقام سجدة التلاوة ولم يتم يحتاج في السجدة
الصليبية إلى أن ينوي أيضاً لأن بينهما مخالفة لاختلاف سبب وجوبهما فدل أنه ليس بمستقيم وذكر القاضي الإمام
الاسيبي جاني في شرحه مختصر الطحاوي أنه إذا أراد أن يركع يحتاج إلى النية ولو لم يوجد منه النية عند الركوع
لا يجزئه ولو نوى في الركوع اختلاف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز وقال بعضهم لا يجوز ولو نوى بعد ما رفع
رأسه من الركوع لا يجوز بالإجماع هذا الذي ذكرنا في قيام الركوع مقام السجود فيما إذا لم تطل القراءة بين
آية السجدة وبين الركوع فاما إذا طال فقد فانت السجدة وصارت ديناً فلا يقوم الركوع مقامها وأكثروا مشايخنا
لم يقدروا في ذلك تقديراف كان الظاهر أنهم فوضوا ذلك إلى رأي المجتهد كما فعلوا في كثير من المواضع وبعض مشايخنا
قالوا إن قرأ آية وآيتين لم تطل القراءة وإن قرأ ثلاث آيات طالت وصارت السجدة بحمل القضاء ثم إنه ناقض فإنه
قال لو لم ينو بالركوع أن يقوم مقام التلاوة ونوى بالسجدة الصليبية قائم ولا يشك أن مدة أداء الركوع ورفع الرأس
من الركوع والانحطاط إلى السجود يكون مثل مدة قراءة ثلاث آيات وكذا إن كانت تلك قراءة معتبرة
فالركوع ركن معتبر والإوجه أن يفوض ذلك إلى رأي المجتهد أو يعتبر ما يعد طويلاً على أن جعل ثلاث آيات
قاطعة للفرور وادخالها في حد الطول خلاف الرواية فإن محمداً ذكر في كتاب الصلاة قلت رأيت الرجل يقرأ
السجدة وهو في الصلاة والسجدة في آخر السورة والآيات بقيت من السورة بعد آية السجدة قال هو بالخيار إن شاء
ركع بها وإن شاء سجد بها قلت فإن أراد أن يركع بها ختم السورة ثم ركع بها قال نعم قلت فإن أراد أن يسجد بها عند
الفرار من السجدة ثم يقوم فيتلو ما بعد هان السورة وهو آيتان أو ثلاث ثم ركع قال نعم إن شاء وإن شاء وصل
بها سورة أخرى وهذا نص على أن ثلاث آيات ليست بقاطعة للفرور ولا بدخلة للسجدة في حيز القضاء
فصل في ما يمان وقت أدائها فواجب إذاؤها خارج الصلاة فوقها جميع العمر لأن وجوبها على التراخي
على مامر وأما ما وجب إذاؤها في الصلاة فوقها فور الصلاة لمأمراً أن وجوبها في الصلاة على الفور وهو أن

لا تطول المدة بين التلاوة وبين السجدة فاما اذا طالت فقد دخلت في حيز القضاء وصار انما بالتفويت عن الوقت ثم الامر في مقدار الطول على ما ذكرنا من اختلاف المشايخ

فصل وأما سنن السجود فنحن أن يكبر عند السجود وعند رفع الرأس من السجود وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يكبر عند الانحطاط وهي رواية عن أبي يوسف لأن التكبير للانتقال من الركن ولم يوجد ذلك عند الانحطاط ووجد عند الرفع والصحيح ظاهر الرواية لما روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال للتالي اذا قرأت سجدة فكبر واسجد واذا رفعت رأسك فكبر ولو ترك التكبير عجز عن سجدة واحدة وقال الشافعي لا يجوز لأن هذا ركن من أركان الصلاة فلا يتأدى بدون التكبير كالتقيام في صلاة الجنائزة لا ترى أنه يشترط له جميع شرائط الصلاة من ستر العورة واستقبال القبلة ويفسدها الكلام عند سجدة واحدة ما رواه من الأفعال أن يكون بدون التكبير (ولنا) أن الامر يتعلق بمطابق السجود فلما وجدنا شيئا آخر لنا على النص ولأن السجود واجب تعظيما لله تعالى وخضوعا له وترك التكبير ليس بمناف للتعظيم وأما انكشاف العورة واستدبار القبلة والتكلم بما هو من كلام الناس فينافي التعظيم والخشوع وحرمة الكلام ممنوعة بل لا يتعد بالسجود مع الكلام لانعدام ما هو المقصود ولأن السجود فعل واحد والتكبير جملة من الأفعال المختلفة لعبادة واحدة وهذا الفعل واحد فلا حاجة الى التكبير بخلاف صلاة الجنائزة لأن هناك كل تكبير بمنزلة ركعة على ما يعرف هناك إن شاء الله تعالى ومنها أن يقول في هذه السجدة من التسبيح ما يقول في سجدة الصلاة فيقول سبحان ربّي الأعلى ثلاثا وذلك أدناه وبعض المتأخرين استحبوا أن يقول في سبحان ربنا أن كان وعذرنا بالمفعول لا لقوله تعالى يخرون للاذقان سجدا ويقولون سبحان ربنا الآية واستحبوا أيضا أن يقوم فيسجد لأن الخروا سقوط من القيام والقرآن ورد به وإن لم يفعل لم يضره ومنها أن الرجل اذا قرأ آية السجدة ومعه قوم فسمعهوها فالسنة أن يسجدوا معه لا يسبقونه بالوضع ولا بالرفع لأن التالى امام السامعين لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال للتالي كنت امامنا لو سجدت لسجدنا معه وإن فعلوا أجزاءهم لأنه لا مشاركة بينهم وبينهم في الحقيقة ألا ترى أنه لو فسدت سجدة بسبب لا يتعدى اليهم ولا تشهد في هذه السجدة وكذلك التسليم فيها لأن التسليم تحليل ولا تكبير لها عندنا فلا يعقل التحليل وعلى قياس مذهب الشافعي يسلم للخروج عن التكبير ويكره للرجل ترك آية السجدة من سورة يقرأها لأنه قطع لنظم القرآن وتغيير لتأليفه واتباع النظم والتأليف أمور به قال الله تعالى فاذا قرأناه فاتبع قرآنه أى تأليفه فكان التغيير مكروها ولا نه في صورة الفرار عن وجوب العبادة والاعراض عن تحصيلها بالفعل وذلك مكروه وكذا فيه صورة هجر آية السجدة وليس شئ من القرآن مهجور ولو قرأ آية السجدة من بين السورة لم يضره ذلك لأنهم القرآن وقراءة ما هو من القرآن طاعة كقراءة سورة من بين السور والمستحب أن يقرأ معها آيات لتكون أدل على مراد الآية ولحصل بحق القراءة لاجتناب الحجاب السجدة اذا القراءة للسجود ليست بمستحبة فيقرأ معها آيات ليكون قصده الى التلاوة لا الى الزام السجود ولو قرأ آية السجدة وعنده ناس فان كانوا متوضئين متبشرين للسجدة قرأها فان كانوا غير متبشرين ينبغي أن يخفف قراءتها لأنه لو جهر بها اصابوا وجبا عليهم شيئا ربما يتكاسلون عن أدائه فيقعون في المعصية ويكره للإمام أن يتلو آية السجدة في صلاة يخافت فيها بالقراءة وعند الشافعي لا يكره واحتج بما روى عن أبي سعيد الخدري أنه قال سجد بنار رسول الله صلى الله عليه وسلم في إحدى صلواتي العشاء اما المظهر واما العصر حتى ظننا أنه قرأ ألم السجدة ولو كان مكروها لما فعله النبي صلى الله عليه وسلم (ولنا) ان هذا لا ينفل عن أمر مكروه لأنه اذا تلاه لم يسجد فقد ترك الواجب وان سجد فقد لبس على القوم لأنهم يظنون أنه سها عن الركوع واشتغل بالسجدة العلية فيسبحون ولا يتابعونه وإذا تابعوه ولا ينفل عن مكروه كان مكروها وفعل النبي صلى الله عليه وسلم محمول على بيان الجواز فلم يكن مكروها وان تلاها مع ذلك سجد بها لتقرب السبب في حقه وهو التلاوة وسجد القوم معه لوجوب المتابعة عليهم ألا ترى أنه سجد رسول الله صلى الله عليه وسلم وسجد القوم معه ولو

تلاها الإمام على المنبر يوم الجمعة سجدوها وسجد معه من سمعها ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه تلا سجدة
 على المنبر فتنزل وسجد وسجد الناس معه وفيه دليل على أن السامع يتبع التالى في السجدة
فصل وأما بيان مواضع السجدة في القرآن فتقول أنها في أربعة عشر موضعاً من القرآن أربع في النصف
 الأول وفي آخر الأعراف وفي الرعد وفي النحل وفي بني إسرائيل وعشر في النصف الآخر في مريم وفي الحج في الأولى
 وفي النمرقان وفي النحل وفي الم تنزيل السجدة وفي ص وفي حم السجدة وفي النجم وفي إذا السماء انشقت وفي اقرأ وقد
 اختلف العلماء في ثلاثة مواضع منها أحدها أن في سورة الحج عندنا سجدة واحدة وعند الشافعي سجدتان أحدهما
 في قوله تعالى اركعوا واسجدوا واحتج عاروى عن عتبة بن عامر الجهني أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم
 أن في سورة الحج سجدتان قال نعم أو قال فضلت الحج بسجدتين من لم يسجد هماً لم يقرأها وهكذا روى عن عمر
 وعلى وابن عمرو وأبي الدرداء رضي الله عنهم أنهم قالوا فضلت سورة الحج بسجدتين وإنما روى عن أبي رضى الله
 عنه أنه عد السجدة التي سمعها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وعد في الحج سجدة واحدة وقال عبد الله
 ابن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم سجدة التلاوة في الحج هي الأولى والثانية سجدة الصلاة وهو تأويل
 الحديث وهذا لأن السجدة متى قرئت بالكوع كانت عبارة عن سجدة الصلاة كافي قوله تعالى فاسجدى واركعى
 والثاني أن في سورة ص عندنا سجدة التلاوة وعند الشافعي سجدة الشكر وفائدة الخلاف أنه لو تلاها في الصلاة
 سجد عندنا وعند لا يسجدوا واحتج عاروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قرأ آية السجدة في ص وسجدها
 ثم قال سجد هاداً ودنوبه ونحن نسجدها شكراً وروى عن أبي سعيد الخدري أنه قال قرأ رسول الله صلى الله عليه
 وسلم على المنبر سورة ص فتنزل وسجد وسجد الناس معه فلما كان في الجمعة الثانية قرأها فتنشوف الناس للسجود
 فتنزل وسجد وسجد الناس معه وقال لم أزد أن أسجد هاداً فأنشأه نوبة نبي من الأنبياء وأما سجدت لا يرى أيتها تشوفتم
 للسجود (ولنا) حديث عثمان رضي الله عنه أنه قرأ في الصلاة سورة ص وسجد وسجد الناس معه وكان ذلك بحضور
 من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكروا عليه أحد ولو لم تكن واجبة لما جازادها في الصلاة وروى أن
 رجلاً من الصحابة قال يا رسول الله رأيت كبري النائم كأنى أكتب سورة ص فلما انتهيت إلى موضع السجدة سجدت
 الدواة والقلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نحن أحق بها من الدواة والقلم فأمر حتى نلت في مجلسه وسجدها
 مع أصحابه وماتعلق به الشافعي فهو دليل لنا فأنقول نحن نسجد ذلك شكر المأثم الله على داود بالفقران والوعد
 بالزنى وحسن المآب ولهذا لا يسجد عندنا عقب قوله وأتاب بل عقب قوله ما أب وهذه نعمة عظيمة في حقنا فانه
 يطعم عناقاً قاله عثرا وغلغفران خطا يانا وزلا تناف كانت سجدة تلاوة لأن سجدة التلاوة ما كان سببها التلاوة وسبب
 وجوب هذه السجدة تلاوة هذه الآية التي فيها الاخبار عن هذه النعم على داود عليه الصلاة والسلام واطمأنا
 في نيل مثله وكذا سجدة النبي صلى الله عليه وسلم في الجمعة الأولى وترك الخطبة لأجلها يدل على أنها سجدة تلاوة
 وتركها في الجمعة الثانية لا يدل على أنها ليست بسجدة تلاوة بل كان يريد التأخير وهو عندنا لا يجب على
 القور فكان يريد أن لا يسجدوا على الفور والثالث أن في المفصل عندنا ثلاث سجديات وعند مالك لا سجدة
 في المفصل واحتج عاروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسجد في المفصل بعدما جاز
 إلى المدينة (ولنا) ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه قال قرأ في رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس عشرة
 سجدة ثلاث منها في المفصل وعن علي رضي الله تعالى عنه أنه قال عزائم السجود في القرآن أربعة الم تنزيل السجدة
 وحم السجدة والنجم وقرأ باسم ربك وعن ابن مسعود قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ سورة النجم عكة
 فسجد وسجد معه الناس المسلمون والمشركون الأشياخ وضع كفاهم تراب على جبهته وقال هذا يكفيني فلقبته قتل
 كافر أو عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ إذا السماء انشقت فسجد وسجد معه
 أصحابه ولأنه أمر بالسجود في سورة النجم وقرأ باسم ربك والأمر للوجوب وحديث ابن عباس رضي الله عنهما

محمول على أنه كان لا يسجد لها عقب التلاوة كما كان يسجد من قبل فعمله على هذا بدليل ما روي في سورة حم
المجدة عندنا السجدة عند قوله وهم لا يسأمون وهو مذهب عبد الله بن عباس ووائل بن حجر وعند الشافعي
عند قوله ان كنتم اياه تعبدون وهو مذهب علي رضي الله عنه واحتج عمار روى عن ابن مسعود وابن عمر رضي الله
عنهما هكذا ولا ان الامر بالسجود ههنا فكان السجود عنده (ولنا) ان السجود مرة بالامر ومرة بدكر استكبار
الكفار فيجب علينا الخاتمة ومرة عند ذكر خشوع المطيعين فيجب علينا متابعتهم وهذه المعاني تتم عند قوله وهم
لا يسأمون فكان السجود عنده أولى ولان فيما ذهب اليه أصحابنا أخذ بالاحتياط عند اختلاف مذاهب
الصحابه رضي الله عنهم فان السجدة لو وجبت عند قوله تعبدون فالتأخير الى قوله لا يسأمون لا يضر ويخرج عن
الواجب ولو وجبت عند قوله لا يسأمون لكانت السجدة المؤداة قبله حاصلة قبل وجوبها ووجود سبب
وجوبها فيوجب نقصاناً في الصلاة ولم يؤد الثانية فيصير المصلي تاركاً ما هو واجب في الصلاة فيصير النقص
منه كمن في الصلاة من وجهين ولا نقص فيما قلنا البتة وهذا هو امانة التبصر في الفقه والله الموفق

فصل وأما الذي هو عند الخروج من الصلاة فلفظ السلام عندنا وعند مالك والشافعي فرض والكلام في التسليم
يقع في مواضع في بيان صفته انه فرض أم لا وفي بيان قدره وفي بيان كيفية وفي بيان سنه وفي بيان حكمه أما صفته
فأصابت لفظة السلام ليست بفرض عندنا ولكنها واجبة ومن المشايخ من أطلق اسم السنة عليها وانما الاتنا في الوجوب لما
عرف وعند مالك والشافعي فرض حتى لو تركها عامداً كان مسياً ولو تركها ساهياً يلزمه سجود لسهو عندنا وعندهما
لو تركها تنسلاً عنه احتج بقوله صلى الله عليه وسلم وتجليها التسليم خص التسليم بكونه محلاً فدل ان التحليل
بالتسليم على التعيين فلا يتحل بدونه ولان الصلاة عبادة لها تحليل وتحريم فيكون التحليل فيها ركناً ساعياً على
الطواف في الحج (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا بن مسعود حين علمه التشهد اذا قلت هذا
أوفعت هذا فقد قضيت ما علي ان شئت أن أقوم فقم وان شئت أن تقعد فاقعد والاستدلال به من وجهين
أحدهما انه جعله قاضياً ما عليه عنده هذا العمل أو القول وماله عموم فبالا يعلم فيقضى أن يكون قاضياً لجميع ما عليه
ولو كان التسليم فرضاً لم يكن قاضياً لجميع ما عليه بدونه لأن التسليم يبقى عليه والثاني انه خبره بين القيام والقعود ومن
غير شرط لفظ التسليم ولو كان فرضاً ما خيره ولان ركن الصلاة ما تنادى به الصلاة والسلام خروج عن الصلاة وترك
لهال انه كلام وخطاب لغيره فكان منافياً للصلاة فكيف يكون ركناً لها وأما الحديث فليس فيه نفي التحليل بغير التسليم
الا أنه خص التسليم بكونه واجباً والاعتبار بالطواف غير سديد لان الطواف ليس بمحلل اعم التحلل هو الخلق الا أنه
توقف بالاحلال على الطواف فاذا طاف حل بالخلق لا بالطواف والخلق ليس بركن فتزل السلام في باب الصلاة منزلة
الخلق في باب الحج وينبني على هذا ان السلام ليس من الصلاة عندنا وعند الشافعي التسليمه الاولى من الصلاة
والصحيح قولنا لما بينا (وأما) الكلام في قدره فهو انه يسلم تسليمتين احدهما عن عيئه والاخرى عن يساره عند
حامه العلماء وقال بعضهم يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه وهو قول مالك وقيل هو قول الشافعي وقال بعضهم يسلم
تسليمة واحدة عن عيئه وقال مالك في قول يسلم المقتدى تسليمتين ثم يسلم تسليمة ثالثة ينوي هارداً السلام على
الامام واحتجوا بعمار روى عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم تسليمة تلقاء وجهه وروى
عن سهل بن سعد رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم تسليمة عن عيئه ولان التسليم شرع للتحليل
وانه يقع بالواحدة لا معنى للثانية (ولنا) ما روى عن عبد الله بن مسعود انه قال صليت خلف رسول الله صلى الله
عليه وسلم وخلف أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وكانوا يسلمون تسليمتين عن اعانهم وعن شعائهم وروى
عن علي انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم تسليمتين أو لهما مرة فلهما ولا ان احدى التسليمتين للخروج
عن الصلاة والثانية للتسوية بين القوم في النية وأما الأحاديث فلا خمد عمار وبننا أولى لان علياً وابن مسعود كانا
من كبار الصحابة وكانا يقومان بقر به صلى الله عليه وسلم كما قال ليليني منكم أولوا الاحلام والنهي فكانا نأمر بحال

الذي صلى الله عليه وسلم وعائشة رضي الله عنها كانت تقوم في حيز صفوف النساء وهو آخر الصفوف وسهل بن سعد كان من الصغار وكان في آخر يات الصفوف وكانا يسعيان التسليمة الاولى لرفعه صلى الله عليه وسلم بها صوته ولا يسعيان الثانية لخفضه بها صوته وقولهم التحليل يحصل بالاولى فكذلك ولكن الثانية ليست للتحليل بل للتسوية بين القوم في التسليم عليهم والتسوية به تبين انه لا حاجة الى التسليمة الثالثة لانه لا يحصل بها التحليل ولا التسوية بين القوم في التحية ورد السلام على الامام يحصل بالتسليمتين اليه اشارة بوحيه حين سألته ابو يوسف هل يرد على الامام السلام من خافه فيقول وعليك قال لا وتسليمهم رد عليه ولان التسليمة الثالثة لو كانت ثابتة لقلها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولعلمها الامة فعلا كما فعلوا التسليمتين (وأما) كيفية التسليم فهو ان يقول السلام عليكم ورحمة الله وهذا قول عامة العلماء وقال مالك يقول السلام عليكم ولا يزيد عليه والصحيح قول العامة لما روى عن ابن مسعود وعمار وعتبة وغيرهم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يقول هكذا (وأما) سنن التسليم فنذكرها في باب سنن هذه الصلوات (وأما) حكمه فهو الخروج من الصلاة ثم الخرج يتعلق باحدى التسليمتين عند عامة العلماء وروى عن محمد انه قال التسليمة الاولى للخروج والتحية والتسليمة الثانية للتحية خاصة وقال بعضهم لا يخرج مالم يوجد التسليمين جميعا وهو خلاف اجماع السلف ولان التسليم تكليم القوم لانه خطاب لهم فكان منافيا للصلاة الا ترى انه لو وجد في وسط الصلاة يجزئه عن الصلاة

فصل (وأما الذي هو في حرمة الصلاة بعد الخروج منها فالتسكير في أيام التشريق والكلام فيه يقع في مواضع في تفسيره وفي وجوبه وفي وقته وفي محل أدائه وفيمن يجب عليه وفي انه هل يقضى بعد الفوات في الصلاة التي دخلت في حدة القضاء (أما) الاول فقد اختلفت الروايات عن الصحابة رضي الله عنهم في تفسير التسكير روى الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله أكبر الله أكبر والله أكبر الله أكبر وأجل الله أكبر والله الحدود به أخذنا في وكان ابن عباس يقول الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله الحى القيوم يحيى ويميت وهو على كل شئ قدير وانما أخذنا بقول على وابن مسعود رضي الله عنهم لانه المشهور والمتوارث من الامة ولانه أجمع لاشتماله على التكبير والتهيل والتمجيد فكان اولى

فصل (وأما) بيان وجوبه فالصحيح انه واجب وقد سمعنا الكرخي سنة ثم فسر به بالواجب فقال تكبير التشريق سنة ماضية نقلها أهل العلم وأجمعوا على العمل بها واطلاق اسم السنة على الواجب جائز لان السنة عبارة عن الطريقة المرضية والسيرة الحسنة وكل واجب هذه صفته ودليل الوجوب قوله تعالى واذكر والله في أيام معدودات وقوله واذن في الناس بالحج الى قوله في أيام معلومات قيل الايام المعدودات أيام التشريق والمعلومات أيام العشر وقيل كلاهما أيام التشريق وقيل المعلومات يوم النحر ويومان بعده والمعدودات أيام التشريق لانه أمر في الايام المعدودات بالذكر مطلقا واذكر في الايام المعلومات الذكر على ما رزقهم من بهجة الانعام وهي الذبايح وأيام الذبايح يوم النحر ويومان بعده ومطلق الامر للوجوب وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما من أيام أحب الى الله تعالى العمل فيهن من هذه الايام فأكبروا فيها من التكبير والتهيل والتسبيح

فصل (وأما وقت التكبير فقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم في ابتداء وقت التكبير وانتهائه انفق شيوخ الصحابة نحو عمر وعلى وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله عنهم على البداية بصلاة الفجر من يوم عرفه وبه أخذ علماء ونافى ظاهر الرواية واختلفوا في الختم قال ابن مسعود يجتمعون عند العصر من يوم النحر يكبر ثم يقطع وذلك ثمان صلوات وبه أخذ ابو حنيفة رحمه الله وقال على يجتمع عند العصر من آخر أيام التشريق فيكبر ثلاث عشرة مرة وهو احدى الروايتين عن عمر رضي الله عنه وبه أخذ ابو يوسف ومحمد وفي رواية عن عمر رضي الله عنه يجتمع عند الظهر من آخر أيام التشريق وأما الشبان من الصحابة منهم ابن عباس وابن عمر فقد اتوا على البداية بالظهر من يوم النحر وروى عن أبي يوسف انه أخذ به غير انهم اختلفوا في الختم فقال ابن عباس يجتمع عند

الظهر من آخر أيام التشريق وقال ابن عمر يحتج عند الفجر من آخر أيام التشريق وبه أخذ الشافعي (أما) الكلام في البداية فوجه رواية أبي يوسف قول الله تعالى فإذا قضيتُم مناسككم فاذكروا الله أمرًا بالذِّكْر عقيب قضاء المناسك وقضاء المناسك إنما يقع في وقت الضحوة من يوم النحر فأنقض وجوب التكبير في الصلاة التي تليه وهي الظهر وجه ظاهر الرواية قوله تعالى ويذكروا اسم الله في أيام معلومات وهي أيام العشرة فكان ينبغي أن يكون التكبير في جميعها واجبا إلا أن ما قبل يوم عرفة خص بإجماع الصحابة ولا إجماع في يوم عرفة والاضحى فوجب التكبير فيهما عملا بعدم النص ولأن التكبير لتعظيم الوقت الذي شرع فيه المناسك وأوله يوم عرفة إذ فيه يقام معظم أركان الحج وهو الوقوف ولهذا قال مكحول يبدأ بالتكبير من صلاة الظهر من يوم عرفة لأن وقت الوقوف بعد الزوال ولا حجة له في الآية لأنها ساكنة عن الذِّكْر قبل قضاء المناسك فلا يصح التعلّق بها (وأما) الكلام في الختم قال الشافعي مر على أصله من الأخذ بقول الأحداث من الصحابة رضي الله عنهم لو وقفهم على ما استقروا من الشرائع دون ما نسخ خصوصاً في موضع الاحتياط لكون رفع الصوت بالتكبير بدعة إلا في موضع ثبت بالشرع وأبو يوسف ومحمد احتج بقوله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات وهي أيام التشريق فكان التكبير فيها واجبا ولأن التكبير شرع لتعظيم أمر المناسك وأمر المناسك إنما ينتهي بالرمي فيه تمدد التكبير إلى آخر وقت الرمي ولأن الأخذ بالأكثر من باب الاحتياط لأن الصحابة اختلفوا في هذا ولأن يأتي بما ليس عليه أولى من أن يترك ما عليه بخلاف تكبيرات العيد حيث لم تأخذ هناك بالأكثر لأن الأخذ بالاحتياط عند تعارض الأدلة وهناك ترجيح قول ابن مسعود لما نذر كرفي موضعه والأخذ بالراجح أولى وهو هنا لا رجحان بل استوت مذاهب الصحابة رضي الله عنهم في الثبوت وفي الرواية عن النبي صلى الله عليه وسلم فيجب الأخذ بالأكثر احتياط ولا بد حنيئة أن رفع الصوت بالتكبير بدعة في الأصل لأنه ذكر السنة في الأذكار المخافنة لقوله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية ولقول النبي صلى الله عليه وسلم خير الدعاء الخفي ولذا هو أقرب إلى التضرع والأدب وأبعد عن الرياء فلا يترك هذا الأصل إلا عند قيام الدليل المخصص جاء المخصص للتكبير من يوم عرفة إلى صلاة العصر من يوم النحر وهو قوله تعالى ويذكروا اسم الله في أيام معلومات وهي عشر ذى الحجة والعمل بالكتاب واجب إلا فيما خص بالأجماع وانعقد الإجماع فيما قبل يوم عرفة أنه ليس بمراد ولا إجماع في يوم عرفة ويوم النحر فوجب العمل بظاهر الكتاب عند وقوع الشك في الخصوص وأما فيما وراء العصر من يوم النحر فلا تخصيص لاختلاف الصحابة وتردد التكبير بين السنة والبدعة فوقع الشك في دليل التخصيص فلا يترك العمل بدليل عموم قوله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية وبه تبين أن الاحتياط في الترك لا في الاتيان لأن ترك السنة أولى من اتيان البدعة وأما قولهم أن أمر المناسك إنما ينتهي بالرمي فنقول ركن الحج الوقوف بعرفة وطواف الزيارة وإنما يحصلان في هذين اليومين فأما الرمي فنزاع الحج فيعتبر في التكبير وقت الركن لا وقت التوابع وأما الآية فقد اختلف أهل التأويل فيها قال بعضهم المراد من الآية الذِّكْر على الإضاحي وقال بعضهم المراد منه الذِّكْر عند رمي الجمار دليله قوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا أثم عليه ومن تأخر فلا أثم عليه والتعجيل والتأخير إنما يقعان في رمي الجمار لا في التكبير (فصل) وما محل أدائه قدر الصلاة وأثرها وفورها من غير أن يتخلل ما يقطع حرمة الصلاة حتى لو قهقهه أو أحدث متعمداً أو تسكلم عامداً أو ساهياً أو خرج من المسجد أو جاوز الصفوف في الصحراء لا يكبر لأن التكبير من خصائص الصلاة حيث لا يؤتى به إلا عقب الصلاة فيراعى لإتيانه حرمة الصلاة وهذه العوارض تقطع حرمة الصلاة فيقطع التكبير ولو صرف وجهه عن القبلة ولم يخرج من المسجد ولم يجاوز الصفوف أو سبقه الحدث يكبر لأن حرمة الصلاة باقية لبقاء التعرّية التي يرى أنه يبنى والأصل أن كل ما يقطع البناء يقطع التكبير ومالا فلا وإذا سبقه الحدث فإن شاء ذهب فتوضأ ورجع فكبر وإن شاء كبر من غير تطهير لأنه لا يؤدي في تجرّعة الصلاة فلا تشترط له الطهارة قال الشيخ الإمام السرخسي رحمه الله والأصح عندي أنه يكبر ولا يخرج من المسجد

الطهارة لان التكبير لم يقتصر الى الطهارة كان خر وجهه مع عدم الحاجة فاطع القور الصلاة فلا يمكنه التكبير
بعد ذلك فيكبر للحال جزما ولو نسي الامام التكبير فاقوم ان يكبر واوقد ابنتي به أبو يوسف رحمه الله تعالى ذكر
في الجامع الصغير قال أبو يعقوب صليت بهم المغرب فقيمت وسهوت ان كبر فكبر أبو حنيفة رحمه الله تعالى
وفرق بين هذا وبين سجدة السهو اذا سلم الامام وعليه سهو فلم يسجد لسهو ليس للقوم ان يسجدوا حتى لو قام
وخرج من المسجد أو تكلم سقط عنه وعنهم والفرق ان سجود السهو جزء من أجزاء الصلاة لانه قائم مقام الجزء
القائت من الصلاة والجابر يكون محل النقص ولهذا يؤدي في تحريم الصلاة بالاجماع اما لانه لم يخرج
أولاه عادوشى من الصلاة لا يؤدي بعد انقطاع التحريم ولا تحريمه بعد قيام الامام فلا يأتي به المقتدى
فاما التكبير فليس من أجزاء الصلاة فيشترط له التحريم ويوجب المتابعة لانه يؤتى به بعد الفصل فلا يجب فيه
متابعة الامام غير انه ان أتى به الامام يتبعه في ذلك لانه يؤتى به عقب الصلاة متصلا بما قبله فينبغي ان يتابع من كان
متبوعا في الصلاة فاذا لم يأت به الامام أتى به القوم لان عدم المتابعة بانقطاع التحريم كالسامع مع التالى أى ان يسجد
التالى يسجد معه السامع وان لم يسجد التالى يأتي به السامع كذا ههنا ولهذا لا ينبغ المقتدى رأى امامه حتى ان الامام
لورأى رأى ابن مسعود والمقتدى يرى رأى على فصل صلاة بعد يوم العرف لم يكبر الا اماما عاراً به يكبر المقتدى
اتباعاً لى نفسه لانه ليس بتابع له لا نقطاع التحريم التى بها صار تابعاً له فكذا هذا وعلى هذا اذا كان محرماً وقدها
في صلاته يسجد ثم كبر ثم لم يأت به سجود السهو يؤتى به في تحريم الصلاة لما ذكرنا ولهذا يسلم بعده ولو اقتدى به
انسان في سجود السهو وصح اقتداؤه فاما التكبير والتلبية فكل واحد منهما يؤتى به بعد الفراغ من الصلاة ولهذا
لا يسلم بعده ولا يصح اقتداء المقتدى به اتباعاً لى نفسه لانه ليس بتابع له لا نقطاع التحريم التى بها صار تابعاً له
فكذلك هذا وعلى هذا اذا كان محرماً وقدها به في حال التكبير والتلبية فيقدم السجدة ثم يأتي بالتكبير ثم بالتلبية
لان التكبير وان كان يؤتى به خارج الصلاة فهو من خصائص الصلاة فلا يؤتى به الا عقب الصلاة والتلبية ليست
من خصائص الصلاة بل يؤتى بها عند اختلاف الأحوال كلها بطرأ وادياً وعلا شرفاً وأتى ركباً وما كان من
خصائص الشئ يجعل كانه منه فيجعل التكبير كانه من الصلاة وما لم يفرغ من الصلاة لم يوجد اختلاف الحال فكذا
ما لم يفرغ من التكبير يجعل كانه لم يتبدل الحال فلا يأتي بالتلبية ولو سهواً بدأ بالتكبير قبل السجدة لا يوجب
ذلك قطع صلاته وعليه سجدة السهو لان التكبير ليس من كلام الناس ولو لم يأتى أو لا فقد انقطعت صلاته وسقطت
عنه سجدة السهو والتكبير لان التلبية تشبه كلام الناس لانها في الوضع جواب لكلام الناس وغيرهما من كلام
الناس يقطع الصلاة فكذا هي وتسقط سجدة السهو لانها لم تشرع الا في التحريم ولا تحريمه ويسقط التكبير
أيضاً لانه غير مقرر والامتنع بالصلوة وقد زال الاتصال وعلى المسبوق لا يكبر مع الامام لما بينا ان التكبير
مشرع بعد الفراغ من الصلاة والمسبوق بعد في خلال الصلاة فلا يأتي به

فصل ما يوجب عليه فقد قال أبو حنيفة انه لا يجب الاعلى الرجال العاقلين المقبحين الاحرار من أهل
الامصار والمصلين المكتوبة بجماعة مستحبة فلا يجب على التسوان والصبيان والمجانين والمسافرين وأهل القرى
ومن يصلى التطوع والفرض وحده وقال أبو يوسف ومحمد يجب على كل من يؤدى مكتوبة في هذه الايام على أى
وصف كان في أى مكان كان وهو قول ابراهيم النخعي وقال الشافعى في أحد قوليه يجب على كل مصل فرضاً كانت
الصلاة وقتاً لالان التوافل اتباع القرائن فاشترع في حق القرائن يكون مشروفاً في حقها بطريق التسمية (ولنا)
ما روى عن علي وابن مسعود انهما كانا لا يكبران عقب التطوعات ولم يرو عن غيرهما خلاف ذلك فحل محل الاجماع
ولان الجهر بالتكبير بدعة الا في موضع ثبت بالنص وما ورد النص الا عقب المكتوبات ولان الجماعة شرط عند
أبي حنيفة لما ذكره والنوافل لا تؤدى بجماعة وكذا لا يكبر عقب الوتر عندنا أما عند أبي يوسف ومحمد فلا نه
نفل وأما عند أبي حنيفة فلا نه لا تؤدى بجماعة في هذه الايام ولانه وان كان واجبا فليس بمكتوبة والجهر

بالتكبير بدعة الا في مورد النص والاجماع ولا نص ولا اجماع الا في المكتوبات وكذا لا يكبر عقيب صلاة العيد عندنا لما قلنا ويكبر عقيب الجمعة لانها فرضية كالظهر وأما الكلام مع أصحابنا فهم ما احتجوا بقوله تعالى ويذكر والاسم الله في أيام معلومات وقوله واذا كروا الله في أيام معدودات من غير تعيين مكان أو جنس أو حال ولا نه من توابع الصلاة بدليل ان ما يوجب قطع الصلاة من الكلام ونحوه يوجب قطع التكبير فكل من صلى المكتوبة ينبغي أن يكبر ولا في خيفة رحمه الله تعالى قول النبي صلى الله عليه وسلم لا جمعة ولا تشريق الا في مصر جامع وقول علي رضي الله عنه لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحية الا في مصر جامع والمراد من التشريق هو رفع الصوت بالتكبير هكذا قال النضر بن شميل وكان من أرباب اللغة فيصعب تصديقه ولان التشريق في اللغة هو الاطهار والشروق هو الظهور يقال شرقت الشمس اذا طلعت وظهرت سعى موضع طلوعها وظهورها مشرقا لهذا والتكبير نفسه اظهار اكبر بآلاء الله وهو اظهار ما هو من شعار الاسلام فكان تشريقا ولا يجوز جملة على صلاة العيد لان ذلك مستفاد بقوله ولا فطر ولا أضحية في حديث علي رضي الله عنه ولا على القاء لحوم الأضحية بالمشرقة لان ذلك لا يختص بمكان دون مكان فمعين التكبير مراد بالتشريق ولان رفع الصوت بالتكبير من شعائر الاسلام واعلام الدين وما هذا سبيله لا يشرع الا في موضع يشتهر فيه ويشيع وليس ذلك الا في المصر الجامع ولهذا اختص به الجمع والاعباد وهذا المعنى يقتضي أن لا يأتي به المنفرد والنسوان لان معنى الاشتهار يختص بالجماعة دون الافراد ولهذا لا يصلي المنفرد صلاة الجمعة والعيد وأمر النسوان مبني على الاسترداد لا شهر وأما الآية الثانية فقد ذكرنا اختلاف أهل التأويل فيها وأما الأولى فتحملها على خصوص المكان والجنس والحال عملا بالدليلين بقدر الامكان وما ذكرنا من معنى التبعية مسلم عند وجود شرط المهر والجماعة وغيرهما من الشرائط فاما عند عدمها فلا نسلم التبعية ولو اقتضى المسافر بالمقيم وجب عليه التكبير لانه صار تبعا لامامه ألا ترى انه تغير فرضه أو بعاف يكبر بحكم التبعية وكذا النساء اذا اقتدين برجل وجب عليهن على سبيل المتابعة فان صلين بجماعة وحدهن فلا تكبير عليهن لما قلنا وأما المسافرون اذا صلوا في المصر بجماعة فغيره واثان روى الحسن عن أبي حنيفة ان عليهم التكبير والاصح أن لا تكبير عليهم لان السفر مغير للفرض مسقط للتكبير ثم في تغير الفرض لا فرق بين أن يصلوا في المصر أو خارج المصر فكذا في سقوط التكبير ولان المصر الجامع شرط والمسافر ليس من أهل المصر فالتحقق المصر في حقه بالعدم

(فصل) وأما بيان حكم التكبير فيما دخل من الصلوات في حد القضاء فنقول لا يخلو اما ان فاتته الصلاة في غير أيام التشريق فقضاها في أيام التشريق أو فاتته في هذه الايام فقضاها في غير هذه الايام أو فاتته في هذه الايام فقضاها في العام القابل من هذه الايام أو فاتته في هذه الايام فقضاها في هذه السنة فان فاتته في غير أيام التشريق فقضاها في أيام التشريق لا يكبر عقيبها لان القضاء على حسب الاداء وقد فاتته فلا تكبير فيقضيها كذلك وان فاتته في هذه الايام فقضاها في غير هذه الايام لا يكبر عقيبها أيضا وان كان القضاء على حسب الاداء وقد فاتته مع التكبير لان رفع الصوت بالتكبير بدعة في الاصل الا حيث ورد الشرع والشرع ما ورد به في وقت القضاء فبدعة فان فاتته في هذه الايام وقضاها في العام القابل في هذه الايام لا يكبر أيضا وروى عن أبي يوسف انه يكبر والصحيح ظاهر الرواية لما بينا ان رفع الصوت بالتكبير بدعة الا في مورد الشرع والشرع ورد بجعله هذا الوقت وقيل رفع الصوت بالتكبير عقيب صلاة هي من صلوات هذه الايام ولم يرد الشرع بجعله وقتا لغير ذلك فبدعة كاضحية فاتت عن وقتها لانه لا يمكن التقرب بازاحة دمها في العام القابل وان عاد الوقت وكذا رمي الجمار لما ذكرنا فكذا هذا وان فاتته في هذه الايام وقضاها في هذه الايام من هذه السنة يكبر لان التكبير سنة الصلاة الفاتية وقد قدر على القضاء لكون الوقت وقتا لتكبيرات الصلوات المشروعة فيها

(فصل) وأما سببها فكثير بعضها صلاة بنفسه وبعضها من لواحق الصلاة أما الذي هو صلاة بنفسه فالسنة

المعهودة التي يؤدي بعضها قبل المكتوبة وبعضها بعد المكتوبة ولها فصل منفرد نذره حافيه بعلائقها وأما الذي هو من لواحق الصلاة فثلاثة أنواع نوع يؤتى به عند الشروع في الصلاة ونوع يؤتى به بعد الشروع في الصلاة ونوع يؤتى به عند الخروج من الصلاة أما الذي يؤتى به عند الشروع في الصلاة فثلاثة أنواع نوع يؤتى به عند الشروع في الصلاة ونوع يؤتى به بعد الشروع في الصلاة ونوع يؤتى به عند الخروج من الصلاة

أن تكون النية مقارنة للتكبير لأن اشتراط النية لا خلاص العمل لله تعالى وقرآن النية أقرب إلى تحقيق معنى الاخلاص فكان أفضل وهذا عندنا وعند الشافعي فرض والمسئلة قد مررت (ومنها) أن يتكلم بلسانه ما نواه بقلبه ولم يذكره في كتاب الصلاة نصا ولكنه أشار إليه في كتاب الحج فقال وإذا أردت أن تحرم بالحج أن شاء الله فقل اللهم اني أريد الحج فيسر له وقبيله مني فكذا في باب الصلاة يشي أن يقول اللهم اني أريد صلاة كذا فيسر هالي وتقبلها مني لأن هذا سؤال التوفيق من الله تعالى للاداء والقبول بعده فيكون مسنوناً (ومنها) حذف التكبير لما روى عن ابراهيم النخعي موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الاذان جزم والاقامة جزم والتكبير جزم ولأن ادخال المدي في ابتداء اسم الله تعالى يكون للاستفهام والاستفهام يكون للشد والشد في كبرياء الله تعالى كفر وقوله أكبر لا مد فيه لأنه على وزن افعل وأفعل لا يحتمل المدلغة ومنها رفع اليدين عند تكبيرة الافتتاح والكلام فيه يقع في مواضع في أصل الرفع وفي وقته وفي كفيته وفي محله أما أصل الرفع فلما روى عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ما موقوفاً عليهم ما مرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ترفع الايدي الا في سبعة مواطن وذكر من جملتها تكبيرة الافتتاح وعن أبي حميد الساعدي رضي الله عنه أنه كان في عشرة رهط من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهم ألا أحدثكم عن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا هات فقال رأيتُهُ إذا كبر عند فاتحة الصلاة ترخ يديه حتى هذا اجاع السلف وأما وقته فوقت التكبير مقارناً له لأنه سنة التكبير شرع لا علام الا صم الشروع في الصلاة ولا يحصل هذا المقصود الا بالقرآن وأما كيفيته فلم يذكر في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي أنه يرفع يديه بانهما أصابعه مستقبلان ما القبلة فهم من قال أراد بالتشريح الاصابع وليس كذلك بل أراد أن يرفعهما مفتوحتين لا مضمومتين حتى تكون الاصابع نحو القبلة وعن الفقيه أبي جعفر الهندي وأبي لا يفرج كل التفريج ولا يضم كل الضم بل تركهما على ما عليه الاصابع في العادة بين الضم والتفريج وأما محله فقد ذكر في ظاهر الرواية أنه يرفع يديه حذاء أذنيه وفي رواية الحسن بن زياد في المجرى فقال قال أبو حنيفة يرفع حتى يجاذي باهما يديه شحمة أذنيه وكذلك في كل موضع يرفع فيه الايدي عند التكبير وقال الشافعي يرفع حذو منكبيه وقال مالك حذاء رأسه احتج الشافعي بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا افتتح الصلاة كبر يديه حذو منكبيه (ولنا) ما روى أبو يوسف في الامالي باسناده عن البراء بن عازب أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا افتتح الصلاة كبر يديه حذاء أذنيه ولأن هذا الرفع شرع لا علام الا صم الشروع في الصلاة ولهذا لم يرفع في تكبيرة هي علم للانتقال عندنا لأن الا صم يرى الانتقال فلا حاجة إلى رفع اليدين وهذا المقصود أنه لا يحصل إذا رفع يديه إلى أذنيه وأما الحديث فالتوفيق عند تعارض الاخبار واجب فما روى محمول على حالة العذر حين كانت عليهم الاكسية والبرانس في زمن الشتاء فكان يتعذر عليهم الرفع إلى الاذنين يدل عليه ما روى وائل بن حجر أنه قال قدمت المدينة فوجدتهم يرفعون أيديهم إلى الأذان ثم قدمت عليهم من القابل وعليهم الاكسية والبرانس من شدة البرد فوجدتهم يرفعون أيديهم إلى المنكب أو يقول المراد بما روى يارؤس الاصابع وما روى الا كف والارساع محتمل بالادل لا بقدر الامكان وهذا يحكم الرجل فاما المرأة فلم يذكر حكمها في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها ترفع يديها عند افتتاح الصلاة كالرجل سواء لأن كفيها ليسا بعورين وروى محمد بن مقاتل الرازي عن أصحابنا أنها ترفع يديها عند التكبير لأن ذلك أصح لها وبطل أمر من على السرا لا ترى أن الرجل يعتدل في سجوده ويسقط ظهره في ركوعه والمرأة تفعل كما ينبغي ما يكون لها ومنها أن الامام يجهر بالتكبير ويجزي به المنفرد والمقتدى لأن الأصل في الاداء كل هو الاخفاء وانما الجهر في حق الامام

لما حجت إلى الإعلام فإن الأعمى لا يعلم بالشروع إلا بإسماع التكبير من الإمام ولا حاجة إليه في حق المنفرد والمقتدى ومنها أن يكبر المقتدى مقارناً للتكبير الإمام فهو أفضل بانفاق الروايات عن أبي حنيفة وفي التسليم عنه روايتان في رواية لم يقارن التسليم الإمام بالتكبير وفي رواية يسلم بعد تسليم الإمام بخلاف التكبير وقال أبو يوسف السنة أن يكبر بعد فراغ الإمام من التكبير وإن كبر مقارناً للتكبير فعن أبي يوسف فيه روايتان في رواية يجوز وفي رواية لا يجوز وعن محمد يجوز ويكون مسياً ربه قولهما أن المقتدى تبع للإمام ومعنى التبعية لا تنه في القرآن (ولابي) حنيفة أن الاقتداء بمساركة وحقيقة المشاركة المقارنة ذهبت في المشاركة في جميع أجزاء العبادة وبهذا فرق التسليم على أحدي الروايتين لأنه إذا سلم بعده فقد وجدت المشاركة في جميع الصلاة لأنه يخرج عنها سلام الإمام ومنها أن المؤذن إذا قال قد قامت الصلاة كبر الإمام في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي لا يكبر حتى يفرغ المؤذن من الإقامة والجله فيه أن المؤذن إذا قال حي على الفلاح فإن كان الإمام معهم في المسجد يستحب للقوم أن يقوموا في الصف وعند زفر والحن بن زياد يقومون عند قوله قد قامت الصلاة في المرة الأولى ويكبرون عند الثانية لأن المنبي عن القيام قوله قد قامت الصلاة لا قوله حي على الفلاح ولنا أن قوله حي على الفلاح دعاء إلى ما به فلاحهم وأمر بالمسارعة إليه فلا بد من الإجابة إلى ذلك ولن تحصل الإجابة إلا بالفعل وهو القيام بها فكان ينبغي أن يقوموا عند قوله حي على الصلاة لما ذكرنا غير أننا نعلمهم عن القيام كيلا يفرغوا من الصلاة فلو كان من وجد من المبادرة إلى شيء فدعاه إليه بعد تحصيله أيام الغوم من الكلام أما قوله أن المنبي عن القيام قوله قد قامت الصلاة فنقول قوله قد قامت الصلاة ينبغي عن قيام الصلاة لا عن القيام بها وقيامها وجودها وذلك بالحرية ليتصل بها جزء من أجزائها تصديقه على ما ذكرنا ثم إذا قاموا إلى الصلاة إذا قال المؤذن قد قامت الصلاة كبروا على الاختلاف الذي ذكرنا وجه قول أبي يوسف والشافعي أن في إجابة المؤذن فضيلة وفي إدراك تكبيرة الافتتاح فضيلة فلا بد من الفراغ أحرار الفضيلتين من الجانبين ولأن فيما قلنا تكون جميع صلاتهم بالإقامة وفيما قالوا بخلافه (ولابي) حنيفة ومحمد ما روى عن سويد بن غفلة أن عمر كان إذا انتهى المؤذن إلى قوله قد قامت الصلاة كبر وروى عن بلال رضي الله عنه أنه قال يا رسول الله إن كنت نسيتني بالتكبير فلا تسبقني بالتأمين ولو كبر بعد الفراغ من الإقامة لمسا به بالتكبير فضلاً عن التأمين فلم يكن للسؤال معنى ولأن المؤذن مؤتمن الشرع فيجب تصديقه وذلك فيما قلنا لما ذكرنا أن قيام الصلاة وجودها فلا بد من تحصيل التهيئة المقترنة بركن من أركان الصلاة ليوحد جزء من أجزائها فيصير الخبر عن قيامها صادقا في مقالته لأن الخبر عن التركيب من أجزاء الأفعال يكون الأعم وجود جزء منها وإن كان الجزء وحده مما لا ينطلق عليه اسم التركيب كمن يقول فلان يصلي في الحال يكون صادقا وإن كان لا يوجد في الحالة إلا أخبار الأجزاء منها الاستحالة اجتماع أجزائها في الوجود في حالة واحدة وبه تبين أن ما ذكرنا من المعنيين لا يعتبر عقاباً فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعل عمر رضي الله عنه ثم نقول في تصديق المؤذن فضيلة كأن في إجابته فضيلة بل فضيلة التصديق فوق فضيلة الإجابة مع أن فيما قالوه فوات فضيلة الإجابة أصلاً إذا لا جواب لقوله قد قامت الصلاة من حيث القول وليس فيما قلنا تفويت فضيلة الإجابة أصلاً بل حصلت الإجابة بالفعل وهو إقامة الصلاة فكان ما قلناه سبباً لاستدراك الفضيلتين فكان أحق وبه تبين أن لا بأس بإداء بعض الصلاة بعد أكثر الإقامة وإدائها أكثرها بعد جميع الإقامة إذا كان سبباً لاستدراك الفضيلتين وبعض مشايخنا اختاروا في الفعل مذهب أبي يوسف لتعذر إحصاء التوبة عليهم في حال رفع المؤذن صوته بالإقامة هذا إذا كان الإمام في المسجد فإن كان خارج المسجد لا يقومون ما لم يحضر لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا تقوموا في الصف حتى تروني خرجت وروى عن علي رضي الله عنه أنه دخل المسجد فرأى الناس قياماً ينظرونه فقال مالي أراكم سامدين أي واقفين متعبرين ولأن القيام لأجل الصلاة ولا يمكن إذاؤها بدون الإمام فلم يكن القيام مفيداً ثم إن دخل الإمام من قدام الصفوف

فكأرواه قاموا لانه كادخل المسجد قام مقام الامامة وان دخل من وراء الصفوف فالصحيح أنه كما جاوز
صفا قام ذلك الصف لانه صار بحال لو اقتدوا به جاز فصار في حقهم كانه أخذ مكانه وأما الذي يؤتى به بعد الفراغ
من الافتتاح فتقول اذا فرغ من تكبيرة الافتتاح يضع يمينه على شماله والكلام فيه في أربعة مواضع أحدها في
أصل الوضع والثاني في وقت الوضع والثالث في محل الوضع والرابع في كيفية الوضع أما الأول فقد قال عامة العلماء
ان السنة هي وضع اليمين على الشمال وقال مالك السنة هي الارسال وجه قوله أن الارسال أشق على البدن
والوضع للاستراحة دل عليه ما روى عن إبراهيم النخعي أنه قال انهم كانوا يفعلون ذلك مخافة اجتماع الدم
في رؤس الاصابع لانهم كانوا يطيلون الصلاة وأفضل الاعمال أحمرها على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاث من سنن المرسلين تحجيل الاطوار وتأخير السجود وأخذ
الشمال باليمين في الصلاة وفي رواية وضع اليمين على الشمال تحت السرة في الصلاة وأما وقت الوضع فكما فرغ
من التكبير في ظاهر الرواية وروى عن محمد في النوادر أنه يرسلهما حالة الشاء فاذا فرغ منه يضع يده على أن الوضع
سنة القيام الذي له قرار في ظاهر المذهب وعن محمد سنة القراءة واجمعوا على أنه لا يسن الوضع في القيام المتخلل
بين الركوع والسجود لانه لا قرار له ولا قراءة فيه والصحيح جواب ظاهر الرواية لقوله صلى الله عليه وسلم انما عشر
الانبياء أمرنا أن نضع أيما تناعلى شمالنا في الصلاة من غير فصل بين حال وحل فهو على العموم الاما خص
بدليل ولان القيام من أركان الصلاة والصلاة خدمة الرب تعالى وتعظيم له والوضع في التعظيم أبلغ من الارسال كما في
الشاهد فكان أولى وأما القيام المتخلل بين الركوع والسجود في صلاة الجمعة والعديد فقال بعض مشايخنا
الوضع أولى لان له ضرب قرار وقال بعضهم الارسال أولى لانه كما يضع محتاج الى الرفع فلا يكون مفيدا وأما في حال
القنوت فذكر في الأصل اذا أراد أن يقنت كبر ورفع يديه حذاء أذنيه ناشر أصابعه ثم يكفهما قال أبو بكر الاسكاف
معناه يضع يمينه على شماله وكذلك روى عن أبي حنيفة ومحمد أنه يضعهما كما يضع يمينه على يساره في الصلاة
وذكر الكرخي والطحاوي أنه يرسلهما في حالة القنوت وكذا روى عن أبي يوسف واختلفوا في تفسير الارسال قال
بعضهم لا يضع يمينه على شماله ومنهم من قال لا بل يضع ومغنى الارسال أن لا يسطهما كما روى عن أبي يوسف أنه
يسط يديه بسطاً في حالة القنوت وهو الصحيح لعموم الحديث الذي روي بنا ولان هذا قيام في الصلاة له قرار فكان
الوضع فيه أقرب الى التعظيم فكان أولى وأما في صلاة الجنازة فالصحيح أيضاً أنه يضع لما روى عن النبي صلى الله
عليه وسلم أنه صلى على جنازة ووضع يمينه على شماله تحت السرة ولان الوضع أقرب الى التعظيم في قيام له
قرار فكان الوضع أولى وأما محل الوضع فتحت السرة في حق الرجل والصدر في حق المرأة وقال الشافعي محله
الصدر في حقهما جميعاً واحتج بقوله تعالى فصل لربك وانحر قوله وانحر أي وضع اليمين على الشمال في الصدر
وهو الصدر وكذا روى عن علي في تفسير الآية ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاث من سنن
المرسلين من جنتها وضع اليمين على الشمال تحت السرة في الصلاة وأما الآية فعناء أي ضل صلاة العبد وانحر الجزور
وهو الصحيح من التأويل لانه حينئذ يكون عطف الشيء على غيره كما هو مقتضى العطف في الأصل ووضع اليد
من أفعال الصلاة وابعاضها ولا مغارة بين البعض وبين الكل أو يحتمل ما قلنا فلا يكون حجة مع الاحتقال على أنه
روى عن علي وأبي هريرة رضي الله عنهما أنهما قالوا السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة فلم يكن تفسير الآية
عنه وأما كيفية الوضع فلم يذكر في ظاهر الرواية واختلف فيها قال بعضهم يضع كفه اليمنى على ظهر كفه اليسرى
وقال بعضهم يضع على ذراعه اليسرى وقال بعضهم يضع على المرفع وذكر في النوادر اختلافاً بين أبي يوسف
ومحمد فقال علي قول أبي يوسف يقبض بيده اليمنى على راسغ يده اليسرى وعند محمد يضع كذلك وعن الفقيه أبي
جعفر الهندي أنه قال قول أبي يوسف أحب الى لأن في القبض وضعا وزيادة وهو اختيار مشايخنا عماداً والنهر
فياخذ المصلي راسغ يده اليسرى بوسط كفه اليمنى ويحلق إبهامه ويخضره وينصره ويضع الوسطى والمسيحة على

معصمه ليصير جامعا بين الاخذ والوضع وهذا لان الاخبار اختلفت ذكر في بعضها الوضع وفي بعضها الاخذ فكان
الجمع بينهما عملا بالدلائل اجمع فكان أولى ثم يقول سبحانه اللهم وبحمده وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا إله
غيرك سواء كان اماما أو مقتديا أو منفردا هكذا ذكر في ظاهر الرواية وزاد عليه في كتاب الحج وجل ثناؤك وليس
ذلك في المشاهدة يروى لا يقرأ اتي وجهت وجهي لآقبل التكبير ولا بعده في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف
الاول ثم رجع وقال في الاملاء يقول مع التسبيح اتي وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض خنيقا وما أنا من
المشركين ان صلاتي ونسبي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين ولا يقول
وأنا أول المسلمين لانه كذب وهل تفسد صلاته اذا قال ذلك قال بعضهم تفسد لانه أدخل الكذب في الصلاة وقال
بعضهم لا تفسد لانه من القرآن ثم عن أبي يوسف روايتان في رواية يقدم التسبيح عليه وفي رواية هو بالخيار ان شاء
قدم وان شاء أخر وهو أحد قول الشافعي وفي قول يفتتح بقوله وجهت وجهي لا بالتسبيح واحتج بجديد ابن عمر أن
النبي كان اذا افتتح الصلاة قال وجهت وجهي الخ وقال سبحانه اللهم وبحمده الى آخره والشافعي زاد عليه ما رواه
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قوله اللهم اني ظلمت نفسي ظلما كثيرا وانه لا يغفر الذنوب الا انت فاغفر لي
مغفرة من عندك وتب علي انك انت التواب الرحيم وفي بعض الروايات اللهم أنت الملك لا اله الا أنت أنت
ربي وأنا عبدك وأنا على عهدك ووعدك ما استطعت أبوء لك بنعمتك علي وأبوء لك بذنبي فاغفر لي ذنوبي انه
لا يغفر الذنوب الا أنت واهدني لاسن الاخلاق انه لا يهدي لاسن الا حسن الا أنت واضرف عني سبها انه لا يصرف
عني سبها الا أنت أنابك ولك تباركت وتعاليت أستغفرك وأتوب اليك وجه ظاهر الرواية قوله تعالى فسيح
بمحمد ربك حين تقوم ذكر الجصاص عن الضحاك عن عمر رضي الله عنه انه قول المصلي عند الافتتاح سبحانه
اللهم وبحمده وروى هذا الذكركم عمر وعلي وعبد الله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يقول عند
الافتتاح ولا تجوز الزيادة على الكتاب والخبر المشهور بالاحاد ثم تأويل ذلك كله انه كان يقول ذلك في التطوعات
والامر فيها أوسع فاما في الفرائض فلا يزداد على ما اشتهر فيه الا أو كان في الابتداء ثم نصح بالآية أو تأيد ما روي بنا
بمعاودة الآية ثم يروى عن أصحابنا المتقدمين انه يأتي به قبل التكبير وقال بعض مشايخنا المتأخرين انه لا بأس به قبل
التكبير لاحضار النية ولهذا القنوه العوام ثم يتعوذ بالله من الشيطان الرجيم في نفسه اذا كان منفردا أو اماما
والكلام في التعوذ في مواضع في بيان صفة وفي بيان وقته وفي بيان من يسن في حقه وفي بيان كمية في الصلاة اما الاول
فالتعوذ سنة في الصلاة عند عامة العلماء وعند مالك ليس بسنة والصحيح قول العامة لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن
فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم من غير فصل بين حال الصلاة وغيره وروى ان ابا الدرداء قام لي صلى فقال له
النبي صلى الله عليه وسلم تعوذ بالله من الشيطان الرجيم ومن شياطين الانس والجن وكذا النافلون صلاة رسول
الله صلى الله عليه وسلم نقلوا تعوذ بعد الثناء قبل القراءة وأما وقت التعوذ فبعد الفراغ من التسبيح قبل القراءة
عند عامة العلماء وقال أصحاب الظواهر وقته ما بعد القراءة لظاهر قوله تعالى فاذا قرأت القرآن الآية أمر
بالاستعاذه بعد قراءة القرآن لان الغاء للتعقيب ولنا ان الذين نقلوا صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم نقلوا تعوذ
بعد الثناء قبل القراءة ولان التعوذ شرع صيانة للقراءة من وساوس الشيطان ومعنى الصيانة انما يحتاج اليه قبل
القراءة لابعدها والارادة مضمرة في الآية معناه فاذا أردت قراءة القرآن فاستعذ بالله كذا قال أهل التفسير
كافي قوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة أي اذا أردتم القيام اليها وأما من يسن في حقه التعوذ فهو الامام والمنفرد دون
المقتدي في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هو سنة في حقه أيضا ذكر الاختلاف في السير الكبير وحاصل
الاختلاف راجع الى أن التعوذ تبع للثناء أو تبع للقراءة فعلى قولهما تبع للقراءة لانه شرع لافتتاح القراءة صيانة لها
عن وساوس الشيطان فكان كالشرط لها وشرط الشيء تبع له وعلى قوله تبع للثناء لانه شرع بعد الثناء وهو من
جنسه وتبع الشيء كمنه ما يتبعه ويشترط على هذا الاصل ثلاث مسائل احدها انه لا تعوذ على المقتدي عندهما

لانه لا قراءة عليه وعنده يتعوذ لانه يأتي بالثناء فيأتي عاها وتبع له والثانية المسبوق اذا شرع في صلاة الامام وسبح
لا يتعوذ في الحال وانما يتعوذ اذا قام الى قضاء ما سبق به عندهما لان ذلك وقت القراءة وعنده يتعوذ بعد القراءة
من التسبيح لانه تبع له والثالثة الامام في صلاة العبد يأتي بالتعوذ بعد التكبيرات عندهما اذا كان يرى رأي
ابن عباس أو رأي ابن مسعود لان ذلك وقت القراءة وعنده يأتي به بعد التسبيح قبل التكبيرات لكونه تبع له وأما
كيفية التعوذ فالمستحب له أن يقول اسمع يد بالله من الشيطان الرجيم أو أعوذ بالله من الشيطان الرجيم لان أولى
الالفاظ ما وافق كتاب الله وقد ورد هذان اللفظان في كتاب الله تعالى ولا ينبغي أن يزيد عليه ان الله هو السميع
العليم لان هذه الزيادة من باب الثناء وما بعد التعوذ محل القراءة لا محل الثناء وينبغي أن لا يجهر بالتعوذ لان الجهر
بالتعوذ لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن مسعود رضي الله عنهما انهما قالوا أربع يخفهن الامم
وذكر منها التهوذ ولان الاصل في الاذكار هو الاخفاء لقوله تعالى واذ كررك في نفسك تضرع وخيفة فلا يترك
الا لضرورة ثم يخفي بسم الله الرحمن الرحيم وقال الشافعي يجهر به والكلام في التسبحة في مواضع أحدها انما من
القرآن أم لا والثاني انما من الفاتحة أم لا والثالث انما من رأس كل سورة أم لا وينبغي على كل فصل ما يتعلق به
من الاحكام أما الاول فالصحيح من مذهب أصحابنا انهم من القرآن لان الامة أجمعت على ان ما كان بين الدفتين
مكتوباً بقلم الوحي فهو من القرآن والتسبحة كذلك وكذا روى المولى عن محمد فقال قلت لمحمد التسبحة آية من
القرآن أم لا فقال ما بين الدفتين كله قرآن فقلت فما بالك لا تجهر به فلم يجبه وكذا روى الجصاص عن محمد انه قال
التسبحة آية من القرآن انزلت للفصل بين السورة للبداء بها تبركا وليست بآية من كل واحدة منها واليه أشار
في كتاب الصلاة فانه قال ثم يفتح القراءة ويخفي بسم الله الرحمن الرحيم وينبغي على هذا ان فرض القراءة في الصلاة
يتأدى بها عند أبي حنيفة اذا قرأها على قصد القراءة دون الثناء عند بعض مشايخنا لانها آية من القرآن وكذا
روى عن عبد الله بن المبارك ان من ترك بسم الله الرحمن الرحيم في القرآن فقد ترك مائة وثلاثة عشر آية وقال
بعضهم لا يتأدى لان في كونها آية تامة احتمال فانه روى عن الاوزاعي انه قال ما أنزل الله في القرآن بسم الله
الرحمن الرحيم الا في سورة الفل وانها في الفل وحدها ليست بآية تامة وانما الآية قوله انه من سليمان وانه بسم
الله الرحمن الرحيم فوقع الشك في كونها آية تامة فلا تجوز الصلاة بالشك وكذا يحرم على الجنب والحائض
والنفساء قراءة ما على قصد القرآن اما على قياس رواية الكرخي فظاهر لان مادون الآية يحرم عليهم وكذا على
رواية الطحاوي لاحتمال انها آية تامة فحرم قراءتها عليهم احتياطاً وأما الثاني والثالث فعند أصحابنا ليست من
الفاتحة ولا من رأس كل سورة وقال الشافعي انما من الفاتحة قولاً واحداً وله في كونها من رأس كل سورة قولان
وقال الكرخي لا أعرف في هذه المسئلة بعينها عن متقدمي أصحابنا في الاختلاف فصالحكن أمرهم بالاخفاء دليل على
انها ليست من الفاتحة لا متنازع أن يجهر ببعض النورة دون البعض احتج الشافعي بما روى أبو هريرة عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه كان يقول الحمد لله رب العالمين سبع آيات احداً من بسم الله الرحمن الرحيم فقد عدا التسبحة آية
من الفاتحة دل انما من الفاتحة ولانها كتبت في المصاحف على رأس الفاتحة وكل سورة بقلم الوحي فكانت من
الفاتحة ومن كل سورة ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم خبره عن الله تعالى انه قال سمعت الصلاة بيني وبين عبدى
نصفين فاذا قال العبد الحمد لله رب العالمين يقول الله حمدي وعبدى واذا قال الرحمن الرحيم قال الله تعالى حمدي وعبدى
واذا قال مالك يوم الدين قال الله تعالى أنتى على حمدي واذا قال اياك نعبد واياك نستعين قال الله تعالى هذا بيني
وبين عبدى نصفين ولعبدى ما سأله وجه الاستدلال به من وجهين أحدهما انه بدأ بقوله الحمد لله رب العالمين
لا بقوله بسم الله الرحمن الرحيم ولو كانت من الفاتحة لكانت البداء بها لا بالحمد والثاني انه من على المناصفة
ولو كانت التسبحة من الفاتحة لم تتحقق المناصفة بل يكون ما لله أكثر لانه يكون في النصف الاول أربع آيات
ونصف ولا يكون الا آية من سورة كذا ومن موضع كذا لا يثبت الا بالدليل المتواتر عن النبي صلى الله عليه وسلم

وسلم وقد ثبت بالتواتر انها مكتوبة في المصاحف ولا تواتر على كونها من السورة ولهذا اختلف أهل العلم فيه
فعدا قراء أهل الكوفة من الفاتحة ولم يقرأها قراء أهل البصرة منها واذ دليل عدم التواتر وقوع الشك والشبهة
في ذلك فلا يثبت كونها من السورة مع الشك ولأن كون التسمية من كل سورة مما يختص به الشافعي لا يوافق
في ذلك أحد من سلف الأمة وكفى به دليلا على بطلان المذهب والدليل عليه ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال سورة في القرآن ثلاثون آية شفعت لصابحها حتى غفر له تبارك الذي بيده الملك
وقد اتفق القراء وغيرهم على انها ثلاثون آية سوى بسم الله الرحمن الرحيم ولو كانت هي منها لكانت إحدى
وثلاثين آية وهو خلاف قول النبي صلى الله عليه وسلم وكذا انعقاد الإجماع من الفقهاء والقراء أن سورة السكوتر
ثلاث آيات وسورة الاخلاص أربع آيات ولو كانت التسمية منها لكانت سورة السكوتر أربع آيات وسورة
الاخلاص خمس آيات وهو خلاف الإجماع وأما ما روى من الحديث فغيره اضطراب فإن بعضهم شك في ذكر أبي
هريرة في الإسناد ولأن مداره على عبد الحميد بن جعفر عن نوح بن أبي بلال عن سعيد المقبري عن أبي هريرة ولم
يرفعه وذكر أبو بكر الحنفي وقال أقيمت نوحا حدثني به عن سعيد المقبري عن أبي هريرة ولم يرفعه والاختلاف في
السند والوقف والرفع يوجب ضعفه ولأنه في حد لا حد وخبر الواحد لا يوجب العلم وكون التسمية من
الفاتحة لا يثبت إلا بالنقل الموجب للعلم مع انه عارضه ما هو أقوى منه وأثبت وأشهر وهو حديث القصة فلا يقبل
في معارضته أما قوله انها كتبت في المصاحف بقلم الوحي على رأس السور فنعلم لكن هذا يدل على كونها من القرآن
لا على كونها من السور لوزانها كتبت للفصل بين السور لا لانها منها فلا يثبت كونها من السور بالاحتمال وينبغي
على هذا انه لا يجهر بالتسمية في الصلاة عندنا لانه لا نص في الجهر بها وليس من الفاتحة حتى يجهر بها ضرورة
الجهر بالفاتحة وعنده يجهر بها في الصلوات التي يجهر فيها بالقراءة كما يجهر بالفاتحة لكونها من الفاتحة ولأن التسمية
مضى ترددت بين أن تكون من الفاتحة وبين أن لا تكون تردد الجهر بين السنة والبدعة لانه اذا لم تكن منها
التعقت بالاذكار والجهر بالاذكار بدعة والفعل اذا تردد بين السنة والبدعة تغلب جهة البدعة لان الامتناع
عن البدعة فرض ولا فرضية في تحصيل السنة أو الواجب فكان الاختفاء بها أولى والدليل عليه ما روى عن أبي
بكر وعمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن الفضل وعبد الله بن عباس وأنس وغيرهم رضي الله عنهم
انهم كانوا يخفون التسمية وكثير منهم قال الجهر بالتسمية اعرابية والمنسوب اليهم باطل لغلبة الجهل عليهم
بالسراة وروى عن أنس رضي الله عنه انه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف أبي بكر
وعمر رضي الله عنهما وكانوا لا يجهرون بالتسمية ثم عندنا ان لا يجهر بالتسمية لكن يأتيها الامام لا افتتاح القراءة
بها تبركا كما يأتي بالتعوذ في الركعة الأولى باتفاق الروايات وهل يأتي بها في أول الفاتحة في الركعات الأخرى عن أبي
حنيفة روايتان روى الحسن عنه انه لا يأتي بها الا في الركعة الأولى لانها ليست من الفاتحة عندنا وانما افتتح
القراءة بها تبركا وذلك مختص بالركعة الأولى كالتعوذ وروى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة انه يأتي بها
في كل ركعة وهو قول أبي يوسف ومحمد لان التسمية ان لم تجمل من الفاتحة قطعاً بخبر الواحد لكن خبر الواحد
يوجب العمل فصارت من الفاتحة عملاً في لزومه قراءة الفاتحة يلزمه قراءة التسمية احتياطاً وأما عند رأس كل
سورة في الصلاة فلا يأتي بالتسمية عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يأتي بها احتياطاً كما في أول الفاتحة
والصحيح قولهم الان احتقال كونها من السورة منقطع بإجماع السلف على ما مر وفي أنها ليست من الفاتحة
لا إجماع ففي الاحتقال فوجب العمل به في حق القراءة احتياطاً ولكن لا يعتبر هذا الاحتقال في حق الجهر لان
المخافة أصل في الاذكار والجهر بها بدعة في الأصل فاذا احتقال انها ذكر في هذه الحالة واحتقال انها من
الفاتحة كانت المخافة أبعد عن البدعة فكانت أحق وروى عن محمد انه اذا كان يخفي بالقراءة يأتي بالتسمية
بين الفاتحة والسورة لانه أقرب الى متابعة المصنف واذا كان يجهر بها لا يأتي لانه لو فعل لا خفي بها فيكون

سكتة له في وسط القراءة وذلك غير مشروع ثم يقرأ فاتحة الكتاب والسورة وقد بينا أصل فرضية القراءة وقدرها
ومحل القراءة المفروضة في بيان أركان الصلاة وهما نذر المقدار الذي يخرج به عن حد الكراهة والمقدار
المستحب من القراءة أما الأول فالقدر الذي يخرج به عن حد الكراهة هو أن يقرأ فاتحة وسورة قصيرة
قدر ثلاث آيات أو ثلاث آيات من أي سورة كانت حتى لو قرأ فاتحة وحدها أو قرأ معها آية أو آيتين يكره لما روى
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وسورة معها أو قصر السور ثلاث آيات ولم يرد به نفي
الجواز بل نفي السكالات وأداء المفروض على وجه النقصان مكره وأما القدر المستحب من القراءة فقد اختلفت
الروايات فيه عن أبي حنيفة ذكر في الأصل ويقرأ الإمام في الفجر في الركعتين جميعاً بأربعين آية مع فاتحة الكتاب
أي سواها وذكر في الجامع الصغير بأربعين خمسين ستين سوى فاتحة الكتاب وروى الحسن في المجرد عن أبي
حنيفة ما بين ستين إلى مائة وإنما اختلفت الروايات لاختلاف الأخبار روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه
كان يقرأ في صلاة الفجر سورة ق حتى أخذ بعض النسوان منه في صلاة الفجر منهن أم هشام بنت الحارث بن
النعمان وعن مورق الجلي قال تلقنت سورة ق واقتربت من في رسول الله صلى الله عليه وسلم من كثرة قرأته
لهما في صلاة الفجر وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في صلاة الفجر والمرسلات وعم يسألون
وفي رواية إذا الشمس كورت وإذا السماء انفطرت وروى ابن مسعود وابن عباس وأبو هريرة رضي الله عنهم
أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الركعة الأولى من الفجر بالم تنزيل السجدة وفي الأخرى يسأل على
الإنسان وعن أبي هريرة الأسلمي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في صلاة الفجر ما بين ستين آية
إلى مائة كذا ذكره وكيع وروى أن أبا بكر قرأ في الفجر سورة البقرة فلما فرغ قال له عمر كادت الشمس تطلع
يا خليفة رسول الله فقال رضي الله عنه لو طاعت لم تجدنا فإلين وروى أن عمر رضي الله عنه قرأ سورة
يوسف فلما انتهى إلى قوله انما أشكوا بني وحرى إلى الله خنقه العبرة فركع ووفق بعضهم بين الروايات
فقال المساجد ثلاثة مسجد له قوم زهاد وعباد يرغبون في العبادة ومسجد له قوم كسالي غير راغبين في العبادة
ومسجد له قوم أوساط فينبغي للإمام أن يعمل بأكثر الروايات قراءة في الأول وبأدناها قراءة في الثاني وبأوسطها
قراءة في الثالث عملاً بالروايات كلها بقدر الامكان ويجوز أن يكون اختلاف الروايات محمولاً على هذا يقرأ في
الظهر بنحو من ذلك أو دونه ذكره في الأصل لما روى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال حررتنا قراءة
رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاة الظهر في الركعتين ثلاثين آية وعن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه أنه قال
صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر وقرأ السماء والطارق والشمس وضحاها وفي العصر يقرأ بعشرين
آية مع فاتحة الكتاب أي سواها ذكره في الأصل لما روى عن أبي هريرة وجابر بن سمرة أن النبي صلى الله عليه
وسلم كان يقرأ في العصر بسورة سبح اسم ربك الأعلى وهل أتاك حديث الغاشية وفي العشاء مثل ذلك في رواية
الأصل أقول النبي صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين كان قرأ البقرة في صلاة العشاء أين أنت من الشمس وضحاها
والليل إذا ينشئ ولانها تؤخر إلى ثلث الليل فلو طول القراءة لتشوش أمر الصلاة على القوم لغلبة النوم إياهم وفي
المغرب بسورة قصيرة خمس آيات أو ست آيات مع فاتحة الكتاب أي سواها ذكره في الأصل لما روى عن عمر رضي
الله عنه أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري أن اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء بأوساط
المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولأننا أمرنا بتججيل المغرب وفي تطويل القراءة تأخيرها وذكر في الجامع الصغير
ويقرأ في الظهر في الأولين مثل ركعتي الفجر والعصر والعشاء سواء والمغرب دون ذلك وروى الحسن في المجرد
عن أبي حنيفة أنه يقرأ في الظهر بعس أو إذا الشمس كورت في الأولى وفي الثانية بلا أقسم أو أو الشمس وضحاها
وفي العصر يقرأ في الأولى والضحى أو العاديات وفي الثانية بالها كم أو بل لكل همزة وفي المغرب في الأولى مثل
ما في العصر وفي العشاء في الأولين مثل ما في الظهر فقد جعلها في الأصل كالعصر وفي المجرد كالظهر وذكر الكرخي

وقال وقد رآه في الفجر لا يقيم قدر ثلاثين آية إلى ستين آية سوى الفاتحة في الركعة الأولى وفي الثانية ما بين
عشرين إلى ثلاثين وفي الظهر في الركعتين جميعا سوى فاتحة الكتاب مثل القراءة في الركعة الأولى من الفجر وفي
العصر والعشاء يقرأ في كل ركعة قدر عشرين آية سوى فاتحة الكتاب وفي المغرب في الركعتين الأولىين بفاتحة
الكتاب وسورة من قصار المفصل قال وهذه الرواية أحب إلينا وأما التي رواها المصنف عن أبي يوسف عن أبي
حنيفة ويحتمل أن يكون اختلاف مقادير القراءة في الصلوات لا اختلاف أحوال الناس فوقت الفجر وقت نوم
وغفلة فتطول فيه القراءة كيلا تنفوتهم الجماعة وكذا وقت الظهر في الصيف لانهم يقيسون ووقت العصر وقت
رجوع الناس إلى منازلهم فينقص عما في الظهر والفجر وكذا وقت العشاء وقت عزمهم على النوم فكان مثل وقت
العصر ووقت المغرب وقت عزمهم على الاكل فنقص فيها القراءة لقلّة صبرهم عن الاكل خصوصا للصائمين
وهذا كله ليس بتقدير لازم بل يختلف باختلاف الوقت والزمان وحال الامام والقوم والجملة فيه انه ينبغي
للإمام ان يقرأ مقدار ما يخفف على القوم ولا يثقل عليهم بعد ان يكون على القمام لما روى عن عثمان بن
أبي العاص الثقفي انه قال آخر ما عهد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أصلي بالقوم صلاة أضعفهم وروى
عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من أم قوم فأبطلهم صلاة أضعفهم فان فيهم الصغير والكبير وذو
الحاجة وروى ان قوم معاذ لما شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تطويل القراءة دعاه فقال أفتان
أنت يا معاذ قالها ثلاثا أين أنت من السجدة والشمس وضحاها قال الراوي فما رأيت رسول الله
صلى الله عليه وسلم في موعظة أشد منه في تلك الموعظة وعن أنس رضي الله عنه انه قال ما صليت خلف احدا من
وأخف مما صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى انه صلى الله عليه وسلم قرأ بالمعوذتين في صلاة
الفجر يوما فلما فرغ قالوا أوجزت فقال صلى الله عليه وسلم سمعت بكاء صبي فخشيت على أمه أن تقتلني دل أن
الامام ينبغي له ان يراعي حال قومه ولان مراعاة حال القوم سبب لتكثير الجماعة فكان ذلك مندوبا إليه هذا
الذي ذكرنا في المقيم فاما المسافر فينبغي أن يقرأ مقدار ما يخفف عليه وعلى القوم بأن يقرأ الفاتحة وسورة من
قصار المفصل لما روى عن عتبة بن عامر الجهني انه قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في السفر صلاة
الفجر فقرأ بفاتحة الكتاب والمعوذتين ولان السفر مكان المشقة فلو قرأ فيه مثل ما يقرأ في الحضر لوقوعوا في
الحرج وانقطع بهم السير وهذا لا يجوز ولهذا أثر في قصر الصلاة فلان يؤثر في قصر القراءة أولى ويستحب للامام
أن يفضل الركعة الأولى في القراءة على الثانية في الفجر بالاجماع وأما في سائر الصلوات فيسوي بينهم اغنى أبي
حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يفضل في الصلوات كلها وكذا هذا الاختلاف في الجمعة والعيدين واحتج محمد بن
روى أبو قتادة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يطيل الركعة الأولى على غيرها في الصلوات كلها
ولان التفضيل تسبب إلى ادراك الجماعة فيفضل كما في صلاة الفجر ولهما ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه كان يقرأ في الجمعة سورة الجمعة في الركعة الأولى وفي الثانية سورة المنافقين وهما في الآي مستويتان وكان
يقرأ في الأولى سورة الأعلى وفي الثانية الغاشية وهما مستويتان ولانهما مستويتان في استحقة القراءة فلا تفضل
احدهما على الأخرى الادعاء وقد وجد الداعي في الفجر وهو الحاجة إلى الاعانة على ادراك الجماعة لكون الوقت
وقت نوم وغفلة فكان التفضيل من باب النظر ولا داعي له في سائر الصلوات لكون الوقت وقت يقظة فالخلاف عن
الجماعة يكون تقصيرا والمقصود لا يستحق النظر وأما الحديث فنقول كان يطيل الركعة الأولى بالثناء في أول
الصلاة لا بالقراءة والمستحب أن يقرأ في كل ركعة بفاتحة الكتاب وسورة تامة كذا ورد في الحديث ولو قرأ سورة
واحدة في الركعتين قال بعض المشايخ بكرة لانه خلاف ما جاء به الاثر وقال عامتهم لا يكره وكذا روى عيسى بن أبان
عن أصحابنا انه لا يكره وروى في ذلك حديثا باسناد عن ابن مسعود انه قرأ في الفجر سورة بني اسرائيل الى قوله
قل ادعوا الله وأدعوا الرحمن في الركعة الأولى ثم قام إلى الثانية وختم السورة ولو جمع بين السورتين في ركعة

لا يكره لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أوتر بسبع سور من المفضل والافضل أن لا يجمع ولو قرأ من وسط
السورة أو آخرها لا بأس به كذا روى الفقيه أبو جعفر المنجد وأبو جعفر الفقيه المستحب ما ذكرنا فإذا فرغ من
القائمة يقول آمين أما كان أو مقتدياً أو منفرداً وهذا قول عامة العلماء وقال بعض الناس لا يؤتى بالتأمين أصلاً
وقال مالك يأتي به المقتدي دون الإمام والمنفرد والصحيح قول العامة لما روى عن أبي هريرة عن النبي صلى
الله عليه وسلم أنه قال إذا أمن الإمام فأمنوا فإن الملائكة تؤمن من فأن وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من
ذنبه وما تأخر حسنا على التأمين من غير فصل ثم السنة فيه المخافة عندنا وعند الشافعي الجهر في صلاة الجهر واحتج
بما روي في الحديث ووجه التعلق به أنه صلى الله عليه وسلم علق تأمين القوم بتأمين الإمام ولو لم يكن مسهوا
لم يكن معلوماً فلامعنى للتعلق وعن وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال آمين ومد بها صوته (ولنا) ما روى
عن وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم أخفى بالتأمين وهو قول علي وابن مسعود وروى عنه صلى الله عليه
وسلم أنه قال إذا قال الإمام ولا الضالين فقولوا آمين فإن الإمام يقولها ولو كان مسهوا لما احتج إلى قوله فإن الإمام
يقولها ولا أنه من باب الدعاء لأن معناه اللهم أجب أو لا يكن كذلك قال الله تعالى قد أجبت دعوتكما وموسى كان
يدعو وهارون كان يؤمن والسنة في الدعاء الإخفاء وحديث وائل طعن فيه النخعي وقال أشهد وائل وغاب عبيد
الله على أنه يحتمل أنه صلى الله عليه وسلم جهر من التلغيم ولا حجة له في الحديث الآخر لأن مكانه معلوم وهو
ما بعد الفراغ من القائمة فكان التعليق صحيحاً وإذا فرغ من القراءة ينحط للركوع ويكبر مع الانحطاط ولا يرفع
يده أما التكبير عند الانتقال من القيام إلى الركوع فسنة عند عامة العلماء وقال بعضهم لا يكبر حال ما ركع وإنما
يكبر حال ما رفع رأسه من الركوع والصحيح قول العامة لما روى عن علي وابن مسعود وأبي موسى الأشعري
وغيرهم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع وروى أنه كان يكبر وهو يروي والوال للرجال
ولأن الذكر سنة في كل ركن ليكون معظماً لله تعالى فيما هو من أركان الصلاة بأن ذكرها ومعظم له بالفعل فيزداد
معنى التعظيم والانتقال من ركن إلى ركن بمعنى الركن لكونه وسيلة إليه فكان الذكر فيه مسنوناً وأما رفع اليدين
عند التكبير فليس بسنة في الفرائض عندنا إلا في تكبيرة الافتتاح وقال الشافعي يرفع يديه عند الركوع وعند رفع
الرأس من الركوع وقال بعضهم يرفع يديه عند كل تكبيرة واجمعوا على أنه يرفع الأيدي في تكبير القنوت
وتكبيرات العيدين احتج الشافعي بما روى عن جماعة من الصحابة مثل علي وابن عمر ووائل بن حجر وأبي
هريرة رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس من الركوع
(ولنا) ما روى أبو حنيفة بإسناده عن عبد الله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه عند تكبيرة
الافتتاح ثم لا يعود بعد ذلك وعن علفمة أنه قال صليت خلف عبد الله بن مسعود فلم يرفع يديه عند الركوع
وعند رفع الرأس من الركوع فقلت له لم لا ترفع يديك فقال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف
أبي بكر وعمر فلم يرفعوا أيديهم إلا في التكبيرة التي تفتتح بها الصلاة وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال
إن العشرة الذين شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالجنة ما كانوا يرفعون أيديهم إلا في افتتاح الصلاة وخلاف
هؤلاء الصحابة قبيح وفي المشاهير أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن عند افتتاح
الصلاة وفي العيدين والقنوت في الوتر وعند استلام الحجر وعلى الصفا والمروة ويعرفات ويجمع وعند المقامين عند
الجرتين وروى أنه صلى الله عليه وسلم رأى بعض أصحابه يرفعون أيديهم عند الركوع وعند رفع الرأس من الركوع
فقال مالي أراكم رافعي أيديكم كأنها أذناب خيل شمس أسكنوا في الصلاة وفي رواية فاروا في الصلاة ولا هذه
تكبيرة يؤتى بها في حالة الانتقال فلا يسن رفع اليدين عندها كتكبيرة السجود وتأثيره أن المقصود من رفع
اليدين إغلام الأصم الذي خلقه وإنما يحتاج إلى الإغلام بالرفع في التكبيرات التي يؤتى بها في حالة الاستبراء
كتكبيرات الزوائد في العيدين وتكبير القنوت فاما فيما يؤتى به في حالة الانتقال فلا حاجة إليه لأن الأصم يرى

الاتقال فلا حاجة الى رفع اليدين ومارواه منسوخ فانه روى أنه صلى الله عليه وسلم كان يرفع ثم ترك ذلك بدليل
 ماروى ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال رفع رسول الله صلى الله عليه وسلم فرفعنا وترك فتركنا دل عليه أن
 مدار حديث الرفع على علي وابن عمر وعاصم بن كليب قال صليت خلف على سنتين فكان لا يرفع يديه الا في
 تكبيرة الافتتاح ومجاهد قال صليت خلف عبد الله بن عمر سنتين فكان لا يرفع يديه الا في تكبيرة الافتتاح فدل
 عملهما على خلاف مارواه على معرفتهما انتساخ ذلك على أن ترك الرفع عند تعارض الاخبار أولى لأنه لو ثبت الرفع
 لا تر بودرجته على السنة ولو لم يثبت كان بدعة وترك البدعة أولى من اتيان السنة ولأن ترك الرفع مع ثبوته لا
 يوجب فساد الصلاة والحصول مع عدم الثبوت يوجب فساد الصلاة لأنه اشتغال بعمل ليس من أعمال الصلاة
 باليدين جميعا وهو نفس العمل الكثير وقد بينا المقدار الموقوف من الركوع في موضعه وأما من الركوع فيها أن
 يسبط ظهره لما روى عن أبي هريرة وعائشة رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا ركع يسبط ظهره حتى
 لو وضع على ظهره قدح من ماء لاستقر ومنها أن لا ينكسر رأسه ولا يرفعه أى يسوى رأسه بحجزه لما روى أن النبي
 صلى الله عليه وسلم كان اذا ركع لم يرفع رأسه ولم ينكسه وروى أنه نهى أن يدبج المصلي تدبج الجمار وهو أن يطأ طئ
 رأسه اذا شتم البول أو أراد أن يفرغ ولا يسبط الظهر سنة وأنه لا يحصل مع الرفع والتسكيس ومنها أن يضع يديه
 على ركبتيه وهو قول عامة الصحابة وقال ابن مسعود السنة هي التطبيق وهو أن يجمع بين كفيه ويرسلهما بين
 فخذه والصحيح قول العامة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لأنس رضى الله عنه اذا ركعت فضع
 بكفك على ركبتيك وفرج بين أصابعك وفي رواية وافرغ بين أصابعك وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال ثبت لكم
 الركب فخذوا بالركب والتطبيق منسوخ لما روى أن سعيد بن العاص رأى ابنه يطبق في الصلاة فنهاه عن ذلك
 فقال رأيت ابن مسعود يطبق في الصلاة فقال رحم ابن مسعود كنا نطبق في الابتداء ثم نهينا عنه فيحصل أن ابن
 مسعود كان يفعل لان النسخ لم يبلغه ومنها أنه يفرق بين أصابعه لما روى أن ولان السنة هي الوضع مع
 الاخذ لحديث عمر رضى الله عنه والتفريق أمكن من الاخذ ومنها أن يقول في ركوعه سبحان ربى العظيم
 ثلاثا وهذا قول العامة وقال مالك في قول من ترك التسبيح في الركوع تبطل صلاته وفي رواية عنه أنه قال
 لا يجزى في الركوع دعاء موقفا وروى عن أبي مطيع البلخي أنه قال من نقص من الثلاث في تسبيحات الركوع
 والسجود لم تجزه صلاته وهذا فاسد لان الأمر يلحق بفعل الركوع والسجود مطلقا عن شرط التسبيح فلا يجوز
 نسخ الكتاب بخبر الواحد قلنا بالجواز مع كون التسبيح سنة عملا بالدليلين بقدر الامكان ودليل كونه سنة
 ما روى عن عقبة بن عامر أنه قال لما نزل قوله تعالى فسبح باسم ربك العظيم قال النبي صلى الله عليه وسلم
 اجعلوها في ركوعكم ولما نزل قوله تعالى سبح اسم ربك الأعلى قال اجعلوها في سجودكم ثم السنة فيه أن
 يقول ثلاثا وذلك أدناه وقال الشافعي يقول مرة واحدة لان الأمر بالفعل لا يقتضى التكرار فيصير ممثلا بتخصيله
 مرة واحدة ولنا ما روى عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا صلى أحدكم فليقل في ركوعه
 سبحان ربى العظيم ثلاثا وفي سجوده سبحان ربى الأعلى ثلاثا وذلك أدناه والأمر بالفعل يحتمل التكرار فيجوز
 عليه عند قيام الدليل وروى عن محمد بنه اذا سبح مرة واحدة يكره لان الحديث جعل الثلاث أدنى القام بها
 دونه يكون ناقصا فيكره ولو زاد على الثلاث فهو أفضل لان قوله وذلك أدناه دليل استحباب الزيادة وهذا اذا
 كان منفردا فان كان مقتديا بسبح الى أن يرفع الامام رأسه واما اذا كان اماما فينبغى أن يسبح ثلاثا ولا يطول على
 القوم لما روى عن الأحاديث ولأن التطويل سبب التنفير وذلك مكروه وقال بعضهم يقولها أربعين بقية
 القوم من أن يقولوها ثلاثا وعن سفيان الثوري أنه يقولها خمسا وقال الشافعي يزيد في الركوع على التسبيحة
 الواحدة اللهم لك ركعت ولك خشعت ولك أسلمت و بك أمنت وعليك توكلت ويقول في السجود سجد وجهي
 للذي خلقه وشق سمعه وبصره فتبارك الله أحسن الخالقين كذا روى عن علي رضى الله عنه وهو عندنا محمول

على النوافل ثم الامام اذا كان في الركوع فسمع خفق النعل من دخل المسجد هل ينتظره أم لا قال أبو يوسف سألت أبا حنيفة وابن أبي ليلى عن ذلك فكرهاه وقال أبو حنيفة أخشى عليه أمرا عظيما يعني الشرك وروى هشام عن محمد بن كره ذلك وعن أبي مطيع انه كان لا يرى به بأسا وقال الشافعي لا بأس به مقدار تسبيحة أو تسبيحتين وقال بعضهم بطول التسبيحات ولا يز يد على العدد وقال أبو القاسم الصفار ان كان الرجل غنيا لا يجوز له الانتظار وان كان فقيرا يجوز وقال الفقيه أبو الليث ان كان الامام قد عرف الجلي فانه لا ينتظره لانه يشبه المبل وان لم يعرفه فلا بأس به لان في ذلك اعانة على الطاعة واذا اطمان راكعا رفع رأسه وقال سمع الله من حده ولم يرفع يديه فيحتاج فيه الى بيان المفروض والمسنون اما المفروض فقد ذكرناه وهو الانتقال من الركوع الى السجود لما بينا أنه وسيلة الى الركن فامارفع الرأس وعوده الى القيام فهو تعديل الانتقال وانه ليس بفرض عند أبي حنيفة ومحمد بل هو واجب أو سنة عندهما وعند أبي يوسف والشافعي فرض على ماهر وأما سنن هذا الانتقال فنها ان يأتي بالذ كر لان الانتقال فرض فكان الذ كر فيه مستنونا واختلغا في ماهية الذ كر والجله فيه ان المصلي لا يخلو اما ان كان اماما أو مقتديا ومنفردا فان كان اماما يقول سمع الله من حده ولا يقول بئالك الحمد في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يجمع بين التسميع والتحميد وروى عن أبي حنيفة مثل قولهما احتجوا بما روى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رفع رأسه من الركوع قال سمع الله من حده بئالك الحمد وغاب أحواله كان هو الامام وكذا روى أبو هريرة رضي الله عنه ولان الامام منفرد في حق نفسه والمنفرد يجمع بين هذين الذ كرين فكذا الامام ولان التسميع تحرير على التحميد فلا ينبغي ان يأمر غيره بالبر وينسى نفسه كيلا يدخل تحت قوله تعالى أنا امرؤ من الناس بالبروتسون أنفسهم وأتت لتلون الكتاب واحتج أبو حنيفة بما روى أبو موسى الاشعري وأبو هريرة رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال انما جعل الامام اماما ليؤتم به فلا تحتوا عليه فاذا كبر فكبروا واذا قرأ فأنصتوا واذا قال ولا الضالين فقولوا آمين واذا ركع فاركعوا واذا قال سمع الله من حده فقولوا بئالك الحمد قسم التسميع بين الامام والقوم فجل التحميد لهم والتسميع له وفي الجمع بين الذ كرين من أحد الجانبين ابطال هذه التسمية وهذا لا يجوز وكان ينبغي ان لا يجوز للامام التأمين ايضا بقضية هذا الحديث وانما عر فنا ذلك لما روي من الحديث ولان اتيان التحميد من الامام يؤدي الى جعل التابع متبوعا والمتبوع تابعا وهذا لا يجوز بيان ذلك ان الذ كر يقارن الانتقال فاذا قال الامام مقارنا للانتقال سمع الله من حده يقول المقتدي مقارنا له بئالك الحمد فلو قال الامام بعد ذلك لوقع قوله بعد قول المقتدي فيقلب المتبوع تابعا والتابع متبوعا ومراعاة التبعية في جميع اجزاء الصلاة واجبة بقدر الامكان وحديث عائشة رضي الله عنها محمول على حالة الانفراد في صلاة الليل وقولهم الامام منفرد في حق نفسه مسلم اسكن المنفرد لا يجمع بين الذ كرين على احدي الروايتين عن أبي حنيفة ولان ما ذكرنا من معنى التبعية لا يتحقق في المنفرد فبطل الاستدلال وأما قولهم انه يأمر غيره بالبر فينبغي أن لا ينمى نفسه فنقول اذا أتى بالتسميع فقد صار دالا على التحميد والدال على الخير كفاعله فلم يكن ناسيا نفسه هذا اذا كان اماما فان كان مقتديا يأتي بالتحميد لا غير عندنا وعند الشافعي يجمع بينهما استدلالا بالمنفرد لان الاقتداء لا أثر له في اسقاط الاذ كار بالا جماع وان اختلفا في القراءة (ولنا) ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم التسميع والتحميد بين الامام والمقتدي وفي الجمع بينهما من الجانبين ابطال التسمية وهذا لا يجوز ولان التسميع دعاء الى التحميد وحق من دعى الى شئ الا جابته الى ما دعى اليه لا اعادة قول الداعي وان كان منفردا فانه يأتي بالتسميع في ظاهر الرواية وكذا يأتي بالتحميد عندهم وعن أبي حنيفة روايتان روى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة انه يأتي بالتسميع دون التحميد واليه ذهب الشيخ الامام أبو القاسم الصفار والشيخ أبو بكر الاعمش وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يجمع بينهما وذك كر في بعض النوازل عنه انه يأتي بالتحميد لا غير وفي الجامع الصغير ما يدل عليه فان أبا يوسف قال سألت أبا حنيفة رحمه الله تعالى عن الرجل يرفع رأسه من

الركوع في الفريضة يقول اللهم اغفر لي قال يقول ربنا لك الحمد ويسكت وما أراد به الامام لانه لا يأتي بالتحميد عنده فكان المراد منه المنفرد وجه هذه الرواية ان التسميع ترغيب في التحميد وليس معه من رغبة والامانة لا يرغب نفسه فكانت حاجته الى التحميد لا غير وجه رواية المعلى أن التحميد يقع في حالة القومة وهي مسنونة وسنة الذكركر تختص بالفرائض والواجبات كالشهد في القعدة الاولى ولهذا لم يشترع في القعدة بين السجدين وجه رواية الحسن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بينهما في حديث عائشة رضي الله عنها ولا يحمل له سوى حالة الاتقار لما مر ولهذا كان عمل الامة على هذا وما كان الله ليجمع أمة محمد صلى الله عليه وسلم على ضلالة واختلفت الاخبار في لفظ التحميد في بعضها ربنا لك الحمد وفي بعضها ربنا لك الحمد وفي بعضها اللهم ربنا لك الحمد والا شهر هو الاول واذا اطمان قائما ينط للركوع لا نه فرغ من الركوع وأتى به على وجه القيام فيلزمه الانتقال الى ركن آخر وهو السجود اذا الانتقال من ركن الى ركن فرض لانه وسنة الى الركن لما مر ومن سنن الانتقال أن يكبر مع الانحطاط ولا يرفع يديه لما تقدم ومنها أن يضع ركبتيه على الارض ثم يديه وهذا عندنا وقال مالك والشافعي يضع يديه أولا واحتجنا بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ركوع الجمل في الصلاة وهو يضع ركبتيه أولا ولنا عن هذا الحديث لان الجمل يضع يديه أولا وروى عن عمرو بن مسعود رضي الله عنهما مثل قولنا وهذا اذا كان الرجل حافيا يمكنه ذلك فان كان ذا خف لا يمكنه وضع الركبتين قبل اليدين فانه يضع يديه أولا ويقدم اليمنى على اليسرى ومنها أن يضع جبينه ثم أنفه وقال بعضهم أنفه ثم جبينه والكلالام في فرضية أصل السجود والقدر المفروض منه ومحل إقامة الفرض قدم في موضعه وههنا ذكر سنن السجود منها أن يسجد على الأعضاء السبعة لما روينا فجا تقدم ومنها أن يجمع في السجود بين الجبهة والانف فيضعهما وعند الشافعي فرض لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة من لم يمس أنفه الارض كما يمس جبينه وهو عندنا محمول على التهديد ونفي السكال لما مر ومنها أن يسجد على الجبهة والانف من غير حائل من العمامة والقلنسوة ولو سجد على كور العمامة ووجد صلابة الارض جاز عندنا كذا ذكر محمد في الآثار وقال الشافعي لا يجوز والصحيح قولنا لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسجد على كور عمامته ولانه لو سجد على عمامته وهي منفصلة عنه ووجد صلابة الارض يجوز فكذا اذا كانت متصلة به ولو سجد على حشيش أو قطن ان تسفل جبينه فيه حتى وجد حجم الارض أجزاء والا فلا وكذا اذا صلى على طنفسة محشوة جاز اذا كان متلبدا وكذا اذا صلى على الثلج اذا كان موضع سجوده متلبدا يجوز والا فلا ولو زجه الناس فلم يجد موضعا للسجود فسجد على ظهر رجل أجزاء لقول عمر اسجد على ظهر أخيك فانه مسجد لك وروى الحسن عن أبي حنيفة انه ان سجد على ظهر شريكه في الصلاة يجوز والا فلا لان الجواز للضرورة وذلك عند المشاركة في الصلاة ومنها أن يضع يديه في السجود حذاء أذنيه لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا سجد وضع يديه حذاء أذنيه ومنها أن يوجه أصابعه نحو القبلة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا سجد العبد سجد كل عضومنه فليوجه من أعضائه الى القبلة ما استطاع ومنها أن يمسك على راحته لقوله صلى الله عليه وسلم لعبد الله ابن عمر اذا سجد فاعقد على راحتيك ومنها أن يبدى ضبعيه لقوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر وابد ضبعيك أي أظهر الضبع وهو وسط العضد بلحمه وروى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا سجد جافى عضديه عن جنبه حتى يرى بياض إبطيه ومنها أن يعتدل في سجوده ولا يفتش ذراعيه لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اعتدلوا في السجود ولا يفتش أحدكم ذراعيه افتراش الكلب وقال مالك يفتش في النفل دون الفرض وهو فاسد لما روينا من الحديث من غير فصل وهذا في حق الرجل فاما المرأة فينبغي أن تفتش ذراعيها وتخفض ولا تنصب كاتنصاب الرجل وتلزم بطنها بغير خديها لان ذلك أستر لها ومنها أن يقول في سجوده سبحان ربنا الأعلى ثلاثا وذلك أدنا لما ذكرنا ثم يرفع رأسه ويكبر حتى يطمئن قاعدا والرفع فرض لان السجدة الثانية فرض فلا بد من الرفع للانتقال اليها والطمانينة في القعدة بين السجدين لا عند الال وليس بفرض في قول

أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى والكنه سنة أو واجبة وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى فرض على
 مامر وأما مقدار الرفع بين السجدة بين فقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فحين رفع رأسه من السجدة
 مقدار ما غر الخرج بينه وبين الأرض أنه تجوز صلاته وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه إذا رفع رأسه مقدار
 ما يسبح به رافعاً جاز وكذا قال محمد بن سلمة أنه إذا رفع رأسه مقدار ما لا يشكل على الناظر أنه رفع رأسه جاز وهو
 الصحيح لأنه وجد الفصل بين الركبتين والاتصال وهذا هو المفروض فاما الاعتدال فن باب السنة أو الواجب على
 مامر والسنة فيه أن يكبر مع الرفع لما مر ثم ينط السجدة الثانية مكبراً ويقول ويفعل فيها مثل ما فعل في الأولى ثم
 ينفض على صدور قدميه ولا يقعد يعني إذا قام من الأولى إلى الثانية ومن الثالثة إلى الرابعة وقال الشافعي يجلس
 جلسة خفيفة ثم يقوم واحتج عمار بن مالك بن الحويرث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا رفع رأسه من
 السجدة الثانية استوى قاعداً واعتد بديه على الأرض حالة القيام ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه
 وسلم كان إذا قام من السجدة الثانية ينفض على صدور قدميه وروى عن عمرو بن علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله
 ابن عمر وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم أنهم كانوا ينفضون على صدور أقدامهم وما رواه الشافعي محمول على حالة
 الضعف حتى كان يقول لأصحابه لا تبادروني بالكوع والمجود فاني قد بدت أي كبرت وأسننت فاختار أيسر
 الأمرين ويعتد بديه على ركبتيه لا على الأرض ويرفع بديه قبل ركبتيه وعند الشافعي يعتد بديه على الأرض
 ويرفع ركبتيه قبل يديه لما روينا من حديث مالك بن الحويرث ولنا ما روى عن علي أنه قال من السنة في الصلاة
 المكتوبة أن لا يعتد بديه على الأرض الآن يكون شبيهاً كبيراً به تبين أن النبي صلى الله عليه وسلم اعتد بفعله
 ذلك في حالة العذر ثم يفعل ذلك في الركعة الثانية مثل ما فعل في الأولى ويقعد على رأس الركعتين وقد بناقياً تقدم
 صفة القعدة الأولى وانها واجبة شرعت للفصل بين الشفيعين وهما تذكر كيفية القعدة وذكر القعدة أما كيفيتها فالسنة
 أن يقترش رجله اليسرى في القعدتين جميعاً ويقعد عليهما وينصب اليمنى نصباً وقال الشافعي السنة في القعدة الأولى
 كذلك فاما في الثانية فانه يتورك وقال مالك يتورك فيهما جميعاً وتفسير التورك أن يضع البنية على الأرض ويخرج
 رجله إلى الجانب الأيمن ويجلس على وركه الأيسر احتج الشافعي بما روى عن أبي حنيفة الساعدي أنه قال فعلى وصف
 صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا جلس في الأولى فرش رجله اليسرى وقعد عليهما ونصب اليمنى نصباً
 وإذا جلس في الثانية اماط رجله وأخرجهما من تحت وركه اليمنى ولنا ما روى عن عائشة رضي الله عنها أن النبي
 صلى الله عليه وسلم كان إذا قعد فرش رجله اليسرى وقعد عليهما ونصب اليمنى نصباً وروى أنس بن مالك عن النبي
 صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن التورك في الصلاة وحديث أبي حنيفة محمول على حال الكبر والضعف وهذا في حق
 الرجل فاما المرأة فانهما تقعد كما ستر ما يكون لها فجلس متوركاً لأن مراعاة فرض السترا أولى من مراعاة سنة القعدة
 وبوجه أصابع رجله اليمنى نحو القبلة لمامر وينبغي أن يضع يده اليمنى على فخذه الأيمن واليسرى على فخذه الأيسر
 في حالة القعدة كذا روى عن محمد بن النواذر وذكر الطحاوي أنه يضع يديه على ركبتيه والأول أفضل لما روى أن
 النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا قعد وضع يده اليمنى على فخذه الأيمن وكذا اليسرى على فخذه الأيسر ولأن
 في هذا توجيه أصابعه إلى القبلة وفيها قاله الطحاوي توجيهها إلى الأرض وأما ذكر القعدة فالتشهد والكلام
 في التشهد في مواضع في بيان كيفية التشهد وفي بيان قدر التشهد وفي بيان أنه واجب أو سنة وفي بيان سنة التشهد
 أما الأول فقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم في كيفية وأصحابنا أخذوا بتشهد عبد الله بن مسعود وهو أن يقول
 الصلوات والطيبات والسلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين
 أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله والشافعي أخذ بتشهد عبد الله بن عباس وهو أن يقول
 الصلوات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله
 الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله ومالك أخذ بتشهد عمر رضي الله عنه وهو أن يقول

الصيحات الناميات الزا كيات المباركات الطيبات لله والباقي كشهدان مسعود رضي الله عنه ومن الناس من
 اختار تشهد أبي موسى الأشعري وهو أن يقول الصيحات لله الطيبات والصلوات لله والباقي كشهدان مسعود
 وفي هذا حكاية فانه روى ان اعرابيا دخل على أبي حنيفة فقال أبو وايم واوين فقال بواوين فقال الاعرابي
 بارك الله فيك كبارك في لا ولا ثم ولي فخير أصحابه فسأله عن سؤاله فقال ان هذا سألني عن التشهد أبو واوين
 كشهدان مسعود أم بواو كشهدان أبي موسى الأشعري فقلت بواوين قال بارك الله فيك كبارك في شجرة
 مباركة زينة لا شرقية ولا غربية وانما أوردت هذه الحكاية ليعلم كل فطنة أبي حنيفة ونفاذ بصيرته حيث كان
 يقف على المراد يعرف نعمه الله برحمته احتج الشافعي بأن ابن عباس كان من شبان الصحابة وانما كان يختار
 ما استقر عليه الامر فاما ابن مسعود فهو من الشيوخ ينقل ما كان في الابتداء كانقل عنه التطبيق وغيره ولان هذا
 موافق لكتاب الله لان فيه وصف العيبة بالبركة على ما قال الله تعالى نجمة من عند الله مباركة طيبة وفيه ذكر
 السلام منكرا كما في قوله تعالى سلام على نوح في العالمين سلام على ابراهيم سلام على موسى وهارون سلام قولا
 من رب رحيم فكان الاخذ به أولى احتج مالك بأن عمر رضي الله عنه علم الناس التشهد بهذه الصفة على منبر رسول
 الله صلى الله عليه وسلم ولما روى عن عبد الله بن مسعود انه قال أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم يندى
 وعلمني التشهد كما كان يعلمني السورة من القرآن وقال قل الصيحات لله والصلوات والطيبات الى آخرها وقال اذا
 قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك وأخذ البعد عند التعليم لنا كيدا للتعليم وتقريره عند المتعلم وكذا أمر به
 بقوله قل وكذا علق تمام الصلاة بهذا التشهد فن لم يأت به لا توصف صلاته بالتمام ولان هذا التشهد هو المستفيض
 في الامة الشائع في الصحابة فانه روى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه انه علم الناس التشهد على منبر رسول الله
 صلى الله عليه وسلم هكذا ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فكان اجاعا وكذا روى ابن عمر عن الصديق رضي الله
 عنهما انه كان يعلم الناس التشهد كما يعلم الصبيان في الكتاب وذكر مثل تشهد ابن مسعود وكذا روى عن معاوية انه
 علم الناس التشهد على المنبر على نحو ما نقله ابن مسعود وكذا المروى عن علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله
 عليه وسلم علمه التشهد وذكر تشهد ابن مسعود وكذا المروى عن عائشة رضي الله عنها قالت هكذا تشهد رسول الله
 صلى الله عليه وسلم ولان تشهد ابن مسعود أبلغ في الثناء لان الواو توجب عطف بعض الكلمات على البعض فكان
 كل لفظ ثناء على حدة وفيما ذكره ابن عباس انواع الكلام يخرج الصفة فيكون الكل كلاما واحدا كما في اليمين
 فان قوله والله الرحمن الرحيم ثلاثة أيمان وقوله والله الرحمن الرحيم عين واحد وكذا السلام في هذا التشهد مذکور
 بالالف واللام وفي ذلك التشهد مسند كور على طريق التنكير ولا شأن للام أبلغ لأن اللام لا تستغرق الجنس مع
 ان هذا موافق لكتاب الله أيضا قال الله تعالى والسلام على من اتبع الهدى والسلام على يوم ولدت وما ذكر الشافعي
 من الترجيح غير سديد لانه يؤدي الى تقديم رواية الاحداث على رواية المهاجرين واحدا لا يقول به وما ذكره مالك
 ضعيف فان أبا بكر رضي الله عنه علم الناس التشهد على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم كما هو تشهد ابن مسعود
 فكان الاخذ به أولى وأما مقدار التشهد فن قوله الصيحات لله الى قوله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ويكره أن يزيد
 في التشهد حرفاً أو يتدنى بحرف قبله لما روى عن ابن مسعود انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأخذ علينا
 التشهد بالواو والالف فهذا نص على انه لا يجوز الزيادة عليه وما نقل في أول التشهد باسم الله وبالله أو باسم الله خير
 الاسماء وفي آخره ارسله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون فساد لم يشتهر فلا يقبل
 في معارضة المشهور وكذا لا يزيد على هذا المقدار من الصلوات والدعوات في القعدة الاولى عندنا وعند مالك
 والشافعي يزيد عليه اللهم صل على محمد واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم وفي كل ركعتين تشهد وسلم على
 المسلمين وعلى من تبعهم من عباد الله الصالحين ولما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان لا يزيد في الركعتين
 الاولين على التشهد وروى انه كان يسرع النهوض في الشفع الاول ولا يزيد على التشهد ولان الزيادة على التشهد

بمخالفة للاجماع فان الطحاوي قال من زاد على هذا فقد خالف الاجماع وهو كان أعلم الناس بذهاب السلف وكنى بمخالفة الاجماع فسادا في المذهب ولان هذا دعاء ومحل الدعاء آخر الصلاة والمراد من الحديث سلام التشهد أو نحوه له على التطوعات لان كل شفيع من التطوع صلاة على حدة ولو زاد على التشهد قوله اللهم صل على محمد ساهيا لا يلزمه سجود السهو عند أبي يوسف ومحمد وذكر في أمالي الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه يلزمه والمسئلة قد مررت وأما في القعدة الأخيرة فيدعو بعد التشهد ويسأل حاجته لقوله تعالى فاذا فرغت فانصب جاء في التفسير أن المراد منه الدعاء في آخر الصلاة أي فانصب للدعاء وقال صلى الله عليه وسلم لا بن مسعود اذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك ثم اختر من الدعوات ما شئت ولكن ينبغي أن يدعو بما لا يشبه كلام الناس حتى يكون خروجه من الصلاة على وجه السنة وهو اصابة لفظة السلام وفسره أصحابنا فقالوا ما يشبه كلام الناس هو ما لا يستحيل سؤاله من غيره تعالى كقوله أعطني كذا أو زوجني امرأة وما لا يشبه كلام الناس هو ما يستحيل سؤاله من غيره كقوله اللهم اغفر لي ونحو ذلك ثم لم يذكر في الأصل انه يقدم الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وذكر الطحاوي في مختصره انه بعد التشهد يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يدعو بحاجته ويستغفر لنفسه ولو ادعى ان كانا مؤمنين والمؤمنين والمؤمنات وهذا هو الصحيح أن يقدم الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم على الدعاء ليكون أقرب إلى الاجابة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا صلى أحدكم فليبدأ بالحمد والثناء على الله ثم بالصلاة على النبي ثم بالدعاء والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ما هو المعروف المتداول على السنة الأمة ولا يكره أن يقول فيها وارحم محمد اعددا المشايخ وبعضهم كرهوا ذلك وزعموا انه يؤهم التخصيص منه في الطاعة ولهذا لا يقال عند ذكره رحمه الله والصحيح انه لا يكره لان أحدا وان جل قدره من العباد لا يستغنى عن رحمة الله تعالى وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يدخل الجنة أحد بعمله الا برحمة الله قبل ولا أنت يا رسول الله فقال ولا أنا الا لأن يتغمدني الله برحمته دل عليه انه جاز قوله اللهم صل على محمد والصلاة من الله رحمة ثم الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في الصلاة ليست بفرض عندنا بل هي سنة مستحبة وعند الشافعي فرض لا تجوز الصلاة بدونها وهي اللهم صل على محمد قوله في فرضية الصلاة في الاولى قولان واحتج بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه ومطلق الامر للفرضية وقال صلى الله عليه وسلم لا صلاة لمن لم يصل على نبي صلاته وانما رويانا من حديث ابن مسعود وعبد الله بن عمر وابن العاص رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم بتقام الصلاة عند القعود قدر التشهد من غير شرط الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ولا حجة في الآية لان المراد منها التذنب بدل لمار ويناوروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما انها قالوا الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم سنة في الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم لا يقتضي التكرار بل يقتضي الفعل مرة واحدة وقد قال الكرخي من أصحابنا ان الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فرض العمر كالحج وليس في الآية تعيين حالة الصلاة والحديث محمول على نفي التكامل لقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وبه نقول وأما الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في غير حالة الصلاة فقد كان الكرخي يقول انها فرضة على كل بالغ عاقل في العمر مرة واحدة وقال الطحاوي كلما ذكره أو سمع اسمه تجب وجه قول الكرخي ما ذكرنا ان الامر المطلق لا يقتضي التكرار فاذا امتثل مرة في الصلاة أو في غير هاسقط الفرض عنه كإسقاط فرض الحج بالحج مرة واحدة وجه ما ذكره الطحاوي ان سبب وجوب الصلاة هو الذكر أو السماع والحكم يتكرر بتكرر السبب كما يتكرر وجوب الصلاة والصوم وغيرهما من العبادات بتكرر أسبابها وأما بيان انه واجب أو سنة فاما التشهد في القعدة الاولى فواجب استحسانا وقال القاضي أبو جعفر الاستروشي انه سنة وهذا أقرب إلى القياس لان ذكر التشهد أدنى رتبة من القعدة الا ترى ان القعدة الاخيرة لما كانت فرضا كانت القراءة فيها واجبة فالقعدة الاولى لما كانت واجبة يجب أن تكون القراءة فيها سنة يظهر انحطاط رتبته والصحيح انه واجب فان محمداً واجب سجود السهو بترك ساهيا وأنه لا يجب الا

بترك الواجب على ما ذكرنا فيما تقدم وكذا في القعدة الأخيرة عندنا حتى لو تركه عمدا لا يفسد صلاته ولا يمكن يكون
 مسبا ولو تركه سهوا يلزمه سجود السهو وعندنا الشافعي فرض حتى لا تجوز الصلاة بدونه وقد ذكرنا المسئلة فيما
 تقدم وأما سنة التشهد فهي الإخفاء لما روى عن ابن مسعود أنه قال أربع يخفيهن الإمام وعند منها التشهد
 ولأنه من باب النشاء والأصل في الأثنية والادعية هو الإخفاء وهل يشير بالمسبحة إذا انتهى إلى قوله أشهد أن
 لا إله إلا الله قال بعض مشايخنا لا يشير لأن فيه ترك سنة اليد وهي الوضع وقال بعضهم يشير فإن محمدا قال
 في كتاب المسبحة حدثنا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يشير بأصبعه فيقول مثل ما فعل النبي صلى الله عليه
 وسلم ويصنع ما صنعه وهو قول أبي حنيفة وقولنا ثم كيف يشير قال أهل المدينة يعقد ثلاثة وخمسين ويشير
 بالمسبحة وذكر الفقيه أبو جعفر الهندي وأني أنه يعقد الخنصر والنصر ويحلق الوسطى مع الإبهام ويشير بالسبابة
 وقال أن النبي صلى الله عليه وسلم هكذا كان يفعل والله أعلم وأما الذي يؤتى به عند الخروج من الصلاة
 وهو التسليم فالكلام في صفة التسليم وقدره وكيفيته وحكمه قد ذكرناه فيما تقدم وههنا ذكر سنن التسليم فيها
 أن يبدأ بالتسليم عن اليمين لما روي من الأحاديث ولأن لليمين فضلا على الشمال فكانت البداية بها الأولى ولو سلم
 أولا عن يساره أو سلم تلقاء وجهه روى الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا سلم عن يساره يسلم عن يمينه ولا يعيد
 التسليم عن يساره ولو سلم تلقاء وجهه سلم بعد ذلك عن يساره ومنها أن يبلغ في تحويل الوجه في التسليمتين ويسلم
 عن يمينه حتى يرى بياض خده الأيمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الأيسر لما روى عن ابن مسعود أن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يحول وجهه في التسليمة الأولى حتى يرى بياض خده الأيمن أو قال خده الأيسر
 ولا يكون ذلك إلا عند شدة الالتفات ومنها أن يجهر بالتسليم أن كان اماما لأن التسليم للخروج من الصلاة
 فلا بد من الإعلام ومنها أن يسلم مقارنا بالتسليم الإمام أن كان مقتديا في رواية عن أبي حنيفة كما في التكبير وفي
 رواية يسلم بعد تسليمه وهو قول أبي يوسف ومحمد كما قالوا في التكبير وقد مر الفرق لابي حنيفة على إحدى
 الروايتين ومنها أن ينوي مخاطبه بالتسليم لأن خطاب من لا ينوي خطابه لغو وسفه ثم لا يخجلوا ما إن كان اماما أو
 منفردا ومقتديا فإن كان اماما ينوي بالتسليمة الأولى من على يمينه من الحفظة والرجال والنساء والتسليمة الثانية
 من على يساره منهم كذا ذكر في الأصل وأخذ ذكر الحفظة في الجامع الصغير من مشايخنا من ظن أن في المسئلة روايتين
 في رواية كتاب الصلاة يقدم الحفظة في النية لأن السلام خطاب فيبدأ بالنية الأقرب فالأقرب وهم الحفظة ثم
 الرجال ثم النساء وفي رواية الجامع الصغير يقدم البشر في النية استدلالا بالسلام في التشهد وهو قوله السلام علينا
 وعلى عباد الله الصالحين قدم ذكر البشر على الملائكة إذا المراد بالصالحين الملائكة فكذا في السلام في آخر الصلاة
 ومنهم من قال إن أبا حنيفة كان يرى تفضيل الملائكة على البشر ثم يرجع فرأى تفضيل البشر على الملائكة وهذا
 كما غير سديد لأن الكلام كله منطوف بعنه على بعض بحرف الواو وأنه لا يوجب الترتيب ولأن النية من عمل
 القلب وهي تنظم الكل جملة بلا ترتيب ألا ترى أن من سلم على جماعة لا يمكنه أن يرتب في النية فيقدم الرجال على
 الصبيان ثم اختلاف المشايخ في كيفية نية الحفظة قال بعضهم ينوي الكرام الكاتبين واحدا عن يمينه وواحدا
 عن يساره والصحيح أنه ينوي الحفظة عن يمينه وعن يساره ولا ينوي عددا لأن ذلك لا يعرف بطريق الحاطة
 وكذا اختلفوا في كيفية نية الرجال والنساء قال بعضهم ينوي من كان معه في الصلاة من المؤمنين والمؤمنات لا غير
 وكان الحاكم الشهيد يقول ينوي جميع رجال العالم ونساءهم من المؤمنين والمؤمنات والأول أصح لأن التسليم
 خطاب وخطاب الغائب ممن لا يلقى خطابه وليس بخبر من خطاب من يلقى خطابه غير صحيح وإن كان منفردا فعلى
 قول الأولين ينوي الحفظة لا غير وعلى قول الحاكم ينوي الحفظة وجميع البشر من أهل الإيمان وأما مقتدي
 فينوي ما ينوي الإمام وينوي الإمام أيضا أن كان على عين الإمام ينوي به في يساره وإن كان على يساره ينوي به في
 يمينه وإن كان بجذائه فعند أبي يوسف ينوي به في يمينه وهكذا ذكر في بعض نسخ الجامع الصغير لأن لليمين فضلا على

اليسار وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يتنوب في الجانبين جميعا وهكذا ذكر في بعض نسخ الجامع الصغير وهو قول
 محمد بن عيسى الامام عن عيسى المقتدى و يساره عن يساره فكان له حظ في الجانبين فينبو في التسليمتين والله أعلم
 (فصل) وأما بيان ما يستحب فيها وما يكره فالاصل فيه انه ينبغي للمصلي أن يخشع في صلاته لان الله تعالى مدح
 الخاشعين في الصلاة ويكون منتهى بصره الى موضع سجوده لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي
 خاشعا شاخصا بصره الى السماء فلما نزل قوله تعالى قد أفلح المؤمنون الذين هم في صلاتهم خاشعون روى بصره نحو
 مسجده أى موضع سجوده ولان هذا أقرب الى التعظيم ثم أطلق محمد رحمه الله تعالى قوله ويكون منتهى بصره
 الى موضع سجوده وفسره الطحاوى في مختصره فقال روى بصره الى موضع سجوده في حالة القيام وفي حالة
 الركوع الى رؤس أصابع رجليه وفي حالة السجود الى أرنبة أنفه وفي حالة القعدة الى حجره لان هذا كله تعظيم
 وخشوع وروى في بعض الاخبار ان الله تعالى حين أمر الملائكة بالصلاة أمرهم كذلك وزاد بعضهم عند
 التسليم الأولى على كتفه الايمن وعند التسليم الثانية على كتفه الايسر ولا يرفع رأسه ولا يبطأ نه لان فيه ترك
 سنة العين وهي النظر الى المسجد فجعل يعنى الخشوع وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى أن يدع الرجل
 تدبير الحمار أى يطأ رأسه ولا يتناغل بشئ غير صلاته من عبث بشيائه أو بلحيته لان فيه ترك الخشوع لما
 روى ان النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يعبث بلحيته في الصلاة فقال أما هذا لو خشع قلبه خشعت جوارحه
 ولا يفرق أصابعه لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعلي رضي الله عنه اني أحب لك ما أحب لنفسى
 لا تفرق أصابعك وأنت تصلي ولان فيه ترك الخشوع ولا يشبه بين أصابعه لما فيه من ترك سنة الوضع ولا يجعل
 يديه على خاصرته لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الاختصار في الصلاة وقيل انه استراحة أهل
 النار وقيل ان الشيطان لما هبط اهبط مختصرا والنسبة بالكفرة وبالبليس مكر وخارج الصلاة في الصلاة
 أولى وعن عائشة انه عمل اليهود وقد نهى عن التشبه بأهل الكتاب ولان فيه ترك سنة البدو وهي الوضع ولا يقبل
 الحصى الا أن يسو به مرة واحدة لسجوده لما روى عن أبي ذر انه قال سألت خديجة عن كل شئ حتى سألت عن
 تسوية الحصى في الصلاة فقال يا أبا ذر مرة أو ذر وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لان يسألك أحدكم عن
 الحصى خبره من مائة ناقة سود الحديقة الا أنه رخص مرة واحدة اذا كان الحصى لا يمكنه من السجود لحاجته
 الى السجود المستنون وهو وضع الجبهة والانف وتركه أولى لما روى ولان فيه ترك الخشوع ولا يلتفت عنه ولا
 يسره لقول النبي صلى الله عليه وسلم لو علم المصلي من يناجي ما التفت وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
 الالتفات في الصلاة فقال تلك خلسة يختلسها الشيطان من صلاة أحدكم وحد الالتهات المكر وه أن يحول وجهه
 عن القبلة وأما النظر بمؤخر العين عنه أو يسره من غير تحويل الوجه فليس بمكروه لما روى ان النبي صلى الله
 عليه وسلم كان يلاحظ أصحابه بمؤخر عينيه ولان هذا مما لا يمكن التحري عنه ولا يقبل لما روى عن أبي ذر انه قال
 نهى خديجة عن ثلاث ان أنقرتقر الديك وان ألقى أفعى الكلب وان افترش افترش الثعلب واختلفوا في تفسير
 الاقعاء قال الكرخي هو نصب القدمين والجلوس على العقبين وهو عقب الشيطان انتهى عنه في الحديث
 وقال الطحاوى هو الجلوس على الاليتين ونصب الركبتين ووضع الفخذين على البطن وهذا أشبه باقعاء الكلب
 ولان في ذلك ترك الجلسة المستنونة فكان مكرها ولا يفترش ذراعيه لما روى ولا يتربع من غير عذر لما روى
 ان عبد الله بن عمر رأى ابنه يتربع في صلاته فنهاه عن ذلك فقال رأيتك تفعله يا أبت فقال ان رجلي لا يحملاني ولان
 الجلوس على الركبتين أقرب الى الخشوع فكان أولى ولا يكره في حالة العذر لان مواضع الضرورة مستثناة من
 قواعد الشرع ولا يقطى ولا يتناوب في الصلاة لانه استراحة في الصلاة فتكره كالاتكاء على شئ ولا نه تحل يعنى
 الخشوع فاذا عرض له شئ من ذلك كظم ما استطاع فان غلب عليه التناوب جعل يده على فيه لما روى
 عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا تباها أحدكم فليكظم ما استطاع فان لم يستطع فليضع

يده على فيه ويكره أن يغطي فاه في الصلاة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولأن في التغطية من علمان
 القراءة والأذكار المشروعة ولأنه لو غطي يده فقد ترك سنة اليد وقد قال صلى الله عليه وسلم كفوا أيديكم في
 الصلاة ولو غطاه بثوب فقد تشبه بالمجوس لأنهم يتلقون في عبادتهم النار والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
 التلم في الصلاة إلا إذا كانت التغطية لدفع الثأوب فلا بأس به لما روى يكره أن يكف ثوبه لما روى عن النبي
 صلى الله عليه وسلم أنه قال أمرت أن أسجد على سبعة أعظم وإن لا أكف ثوبا ولا أكتف شعرا ولأن فيه ترك سنة
 وضع اليد ويكره أن يصلي عاقصا شعره لما روى عن رفاع بن رافع أنه رأى الحسن بن علي رضي الله عنهما يصلي
 عاقصا شعره فخل العقدة فنظر إليه الحسن مغضبا فقال يا ابن بنت رسول الله أقبل على صلاتك ولا تغضب فأتى
 سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وقال ذلك كفل الشيطان وفي رواية مقعد الشيطان من صلاة
 العبد والعقص أن يشد الشعر ضيقة حول رأسه كما تفعله النساء أو يجمع شعره في عقدة في مؤخر رأسه ويكره أن يصلي
 معجرا لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الاعتجار واختلاف في تفسير الاعتجار قيل هو أن يشد
 حوالى رأسه بالمنديل ويتركها منه وهو تشبه بأهل الكتاب وقيل هو أن يلف شعره على رأسه عندئذ فيصير
 كالعاقص شعره والعقص مكره لما ذكرنا وعن محمد رحمه الله أنه قال لا يكون الاعتجار إلا مع تنقب وهو
 أن يلف بعض العمامة على رأسه ويجعل طرفا منها على وجهه كعتجر النساء أما لأجل الحر والبرد أو للتكبر ويكره
 أن يغمض عينيه في الصلاة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن تغميض العين في الصلاة ولأن
 السنة أن يرى يبصره إلى موضع سجوده وفي التغميض ترك هذه السنة ولأن كل عضو وطرف وذو حظ من
 هذه العبادة فكذا العين ولا يروح في الصلاة لما فيه من ترك سنة وضع اليد وترك الخشوع ويكره أن يزيق على
 حيطان المسجد أو بين يديه على الحصى أو يعطخ لقول النبي صلى الله عليه وسلم إن المسجد ليترى من الخامة كما
 تترى الجملدة في النار ولأن ذلك سبب لتغيير الناس عن الصلاة في المسجد ولأن الخامة والمخاط مما يستقدر طبعها وإذا
 عرض له ذلك ينبغي أن يأخذ بطرف ثوبه وأن ألقاه في المسجد فعليه أن يرفعه ولو دقنه في المسجد تحت الحصير
 يرخص له ذلك والأفضل أن لا يفعل لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في دفن الخامة في المسجد ولأنه
 طاهر في نفسه إلا أنه مستقدر طبعها فإذا دفن لا يستقدر ولا يؤدي إلى التغيير والرفع أولى تنزيها للمسجد عما يترى
 منه ويكره عدا الأي والتسبيح في الصلاة عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك في الفرض والتطوع
 وروى عن أبي حنيفة أنه كره في الفرض ورخص في التطوع وذكر في الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة
 وجه قولهما أن العبد محتاج إليه لمراعاة السنة في قدر القراءة وعدد التسبيح خصوصا في صلاة التسبيح التي
 توارثها الأمة ولا يبيح حنيفة أن في العبد اليد ترك لسنة اليد وذلك مكره ولا نهى من أعمال الصلاة فالقليل منه
 أن لم يفسد الصلاة فلا أقل من أن يوجب الكراهة ولا حاجة إلى العبد اليد في الصلاة فانه يمكنه أن يعد خارج الصلاة
 مقدار ما يقرأ في الصلاة ويعين ثم يقرأ بعد ذلك المقدار المعين أو يعد بقلبه ويكره أن يكون الإمام على دكان والقوم
 أسفل منه والجملة فيه أنه لا يتخلو أمان كان الإمام على الدكان والقوم أسفل منه أو كان القوم على الدكان والإمام
 أسفل منهم ولا يتخلو أمان كان الإمام وحده أو كان بعض القوم معه وكل ذلك لا يتخلو أمان كان في حالة الاختيار
 أو في حالة العذر ما في حالة الاختيار فإن كان الإمام وحده على الدكان والقوم أسفل منه يكره سواء كان المكان قدر
 قامة الرجل أو دون ذلك في ظاهر الرواية وروى الطحاوي أنه لا يكره ما لم يجاوز القامة لأن في الأرض هبوطا
 وصعودا وقليل الارتفاع عفو والكثير ليس بعفو فجعلنا الحد الفاصل ما يجاوز القامة وروى عن أبي يوسف أنه إذا
 كان دون القامة لا يكره والصحيح جواب ظاهر الرواية لما روى أن حذيفة بن اليمان قام بالمداين ليصلي بالناس
 على دكان فجذبه سلمان الفارسي ثم قال ما الذي أصابك أطال العهد أم نسيت ما سمعت رسول الله صلى الله عليه
 وسلم يقول لا يقوم الإمام على مكان أنشر مما عليه أصحابه وفي رواية ما علمت أن أصحابك يكرهون ذلك فقال

تذكرت حين جذبتني ولا شئت أن المسكان الذي يمكن الجذب عنه مادون القامة وكذا الدكان المذكور يقع على المتعارف وهو مادون القامة ولأن كثير المخالفة بين الامام والقوم عن الصحة فقليلها يورث الكراهة ولأن هذا صنيع اهل الكتاب وان كان الامام أسفل من القوم يكره في ظاهر الرواية وروى الطحاوي عن أصحابنا انه لا يكره ووجهه ان الموجب للكراهة التشبه باهل الكتاب في صنيعهم ولا تشبه ههنا لان مكان امامهم لا يكون أسفل من مكان القوم وجواب ظاهر الرواية أقرب الى الصواب لان كراهة كون المسكان ارفع كان معلولا بعلمين التشبه باهل الكتاب ووجود بعض المفسد وهو اختلاف المكان وههنا وجدت احدي العلمين وهي وجود بعض المخالفة هذا اذا كان الامام وحده فان كان بعض القوم معه اختلف المشايخ فيه فن اعتبر معنى التشبه قال لا يكره وهو قياس رواية الطحاوي لزوال معنى التشبه لأن اهل الكتاب لا يشاركون الامام في المكان ومن اعتبر وجود بعض المفسد قال يكره وهو قياس ظاهر الرواية لوجود بعض المخالفة وأما في حالة العذر كما في الجمع والأعياد لا يكره كيفما كان لعدم امكان المراهة ويكره للمار ان يمر بين يدي المصلي لقول النبي صلى الله عليه وسلم لوعلم المار بين يدي المصلي ما عليه من الوزر لكان أن يقف أو يعين خير له من أن يمر بين يديه ولم يوقت يوماً أو شهراً أو سنة ولم يذكر في الكتاب قدر المرور واختلف المشايخ فيه قال بعضهم قدر موضع السجود وقال بعضهم مقدار الصغين وقال بعضهم قدر ما يقع بصره على المار لو صلى بخشوع وفيما وراء ذلك لا يكره وهو الأصح وينبغي للمصلي أن يدرك المار أي يرفعه حتى لا يمر حتى لا يشغله عن صلاته لما روى عن أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقطع الصلاة من ورثتي فأدرؤا ما استطعتم ولو همرا لا تقطع الصلاة سواء كان المار رجلاً أو امرأة لما نذر في موضعها الا انه ينبغي ان يدفع بالتسبيح أو بالاشارة أو الاخذ بطرف ثوبه من غير مشي ومخالفة شديدة حتى لا تقصد صلاته ومن الناس من قال ان لم يقف باشارته جازدفعه بالقتال الحديث أبي سعيد الخدري انه كان يصلي فأراد ان يمر بين يديه فاشار اليه فلم يقف فلما احاذاه ضرب به في صدره ضربة أقعده على استه فجاء الى أبيه يشكو اباسعيد فقال لم ضربت ابني فقال ما ضربت ابني بل انما ضربت شيطاناً فقال لم تسمي ابني شيطاناً فقال لا في سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا صلى أحدكم فأراد ان يمر بين يديه فليدفعه فان ابني فليقاتله فانه شيطان ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ان في الصلاة لشغل يعني أعمال الصلاة والقتال ليس من أعمال الصلاة فلا يجوز الاشتغال به وحديث أبي سعيد كان في وقت كان العمل في الصلاة مباحاً ومن المشايخ من قال ان الدرء رخصة والا فضل ان لا يدرك الا نه ليس من أعمال الصلاة وكذا روى امام الهدى الشيخ أبو منصور عن أبي حنيفة ان الفضل ان يترك الدرء والا هم بالدرء في الحديث لبيان الرخصة كالامر بقتل الاسودين هذا اذا لم يكن بينهما حائل كالاسطوانة ونحوها فاما ان كان بينهما حائل فلا بأس بالمرور فيها وراء الحائل والمستحب لمن يصلي في الصحراء ان ينصب بين يديه عوداً أو يضع شيئاً أدناه طول ذراع كي لا يحتاج الى الدرء لقول النبي صلى الله عليه وسلم اذا صلى أحدكم في الصحراء فليتحذبن يديه بستره وروى أن العترة كانت تجعل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لتر كز في الصحراء بين يديه فيصلي اليها حتى قال عون بن جحيفة عن أبيه رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبطحاء في قبة حمراء من آدم فأخرج بلال العترة وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى اليها والناس يعمرون من وراءها وانما قدر أدناه بذراع طولا دون اعتبار العرض وقيل ينبغي ان يكون في غطاء اصبع لقول ابن مسعود يجزئ من السترة السهم ولأن العرض منه المنع من المرور وما دون ذلك لا يبد وللناظر من بعيد فلا يمنع ويدنو من السترة لقوله صلى الله عليه وسلم من صلى الى ستره فليدين منها فان لم يجد ستره هل يحطين يديه خطا حتى أبو عصمة عن محمد انه قال لا يحطين يديه فان الخط وتركه سواء لانه لا يبد وللناظر من بعيد فلا يمنع فلا يحصل المقصود ومن الناس من قال يحط بين يديه خطا ما طولاً شبهه فليس السترة أو عرضا شبه المحراب لقوله صلى الله عليه وسلم اذا صلى أحدكم في الصحراء فليتحذبن يديه بستره فان لم

يجد فليخط بين يديه خطا ولكن الحديث غريب ورد فيما تم به السبوى فلا تأخذ به ولا بأس بقتل العقب
أو الحية في الصلاة لانه يشغل القلب وذلك أعظم من قتله وقال النبي صلى الله عليه وسلم اقتلوا الاسودين ولو
كنتم في الصلاة وهما الحية والعقب وهذا رخيص وإباحة وإن كانت صيغته صيغة الأمر لان قتلها ليس من
أعمال الصلاة حتى لو عالج معالجته كثيرة في قتلها ما تفسد صلاته على ما نذكر ويكره للمأموم ان يسبق الامام
بالركوع والسجود لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تبادروني بالركوع والسجود فاني قد بدنت
ولو سبقه ينظران لم يشاركه الامام في الركوع الذي سبقه أصلا لا يجوز ذلك حتى انه لو لم يعد الركوع وسلم تفسد
صلاته لان الاقتداء عبارة عن المشاركة والمتابعة ولم توجد في الركوع وان شاركه الامام في ذلك الركوع أجزأه عندنا
خلافا لفر وجهه قوله أن الابتداء وقع باطلا والباقي بناء عليه فأخذ حكمه ولنا أن القدر الذي وقعت فيه المشاركة
ركوع تام فيكتفي به وانعدام المشاركة فيما قبله لا يضر لانه ملحق بالعدم ويكره ان يرفع رأسه من الركوع
والسجود قبل الامام لقوله صلى الله عليه وسلم انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه ويكره ان يقرأ
في غير حال القيام لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن القراءة في الركوع والسجود وقال اما الركوع
فعظم واقبه الرب وأما السجود فأكبر واقبه من الدعاء فانه ممن ان يستجاب لكم ويكره النفخ في الصلاة لانه
ليس من أعمال الصلاة ولا ضرورة فيه بخلاف التنفس فان فيه ضرورة وهل تفسد الصلاة بالنفخ فان لم يكن
مسموحا لتفسد وان كان مسموحا تفسد في قول أبي حنيفة ومحمد ونذكر المسئلة في بيان ما يفسد الصلاة ويكره
لمن أتى الامام وهو راكع ان يركع دون الصف وان خاف القوت لما روى عن أبي بكر انه دخل المسجد فوجد
النبي صلى الله عليه وسلم في الركوع فكبر كما دخل المسجد ودبر كما حتى التحق بالصفوف فلم يفرغ
النبي صلى الله عليه وسلم قال له زادك الله حرصا ولا تعد ولا تلهو ولا تلهو عن احدي الكراهتين اما ان يتصل بالصفوف
فيحتاج الى المشي في الصلاة وانه فعل منافي للصلاة في الاصل حتى قال بعض المشايخ ان مشي خطوة خطوة لا تفسد
صلاته وان مشي خطوتين تفسد وعند بعضهم لا تفسد كيفية ما كان لان المسجد في حكم مكان واحد
لكن لا اقل من الكراهة واما ان يتم الصلاة في الموضع الذي ركع فيه فيكون مصليا خلف الصفوف وحده وانه
مكروه لقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة لمن خلفه خلف الصفوف وأدنى احوال النبي هو نفي الكمال ثم الصلاة
منفردا خلف الصف انما تكره اذا وجد فريضة في الصف فاما اذا لم يجد فلا تكره لان الحال حال العذر وانما مستثناة
الا ترى انها لو كانت امرأة يجب عليها ان تقوم خلف الصف لان محاذاتها الرجل مفسدة صلاة الرجل فوجب
الاتقار للضرورة وينبغي اذا لم يجد فريضة أن ينظر من يدخل المسجد ليصطف معه خلف الصف فان لم يجد أحدا
وخاف فوت الركعة جذب من الصف الى نفسه من يعرف منه علما وحسن الخلق لكيلا يفضب عليه فان لم يجد
يقف حينئذ خلف الصف بهذا الامام قال محمد ويؤمر من أدرك القوم ركوعا أن يأتي وعليه السكينة والوقار
ولا يعجل في الصلاة حتى يصل الى الصف فأدرك مع الامام صلى بالاسكينة والوقار وما فاتته قضى وأصله قول النبي
صلى الله عليه وسلم اذا أتمتم الصلاة فاتوها وأتمتم عشون ولا تأتوها وأتمتم تسعون عليكم بالسكينة والوقار ما
أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا ويكره لمصلي المكتوبة أن يتمد على شيء الا من عذر لان الاعتماد يجعل بالقيام
وترك القيام في الفريضة لا يجوز الا من عذر فكان الاخلال به مكروها الا من عذر ولو فعل جازت صلاته لوجود
أصل القيام وهل يكره ذلك لمصلي التطوع لم يذكره في الاصل واختلاف المشايخ فيه قال بعضهم لا بأس به لان ترك
القيام في التطوع جائز من غير عذر فلا خلال به أولى وقال بعضهم يكره لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى
جبلأعمدودا في المسجد فقال لمن هذا قيل لفلاة تصلى بالليل فاذا أعيت اتسكات فقال صلى الله عليه وسلم لتصلي
فلانة بالليل فاذا أعيت فلتتم ولان في الاعتماد بعض التمتع والتعب ولا ينبغي للمصلي أن يفعل شيئا من ذلك من غير
عذر ويكره السدل في الصلاة واختلف في تفسيره ذكر الكرخي أن سدل الثوب هو أن يجعل ثوبه على رأسه وعلى

كتفيه ويرسل أطرافه من جوانبه اذالم يكن عليه سراويل وروى عن الاسود وابراهيم الخفي انهما قالوا السدل
يكره سواء كان عليه قميص أو لم يكن وروى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه يكره السدل على القميص وعلى
الازار وقال لأنه صنع أهل الكتاب فان كان السدل بدون السراويل فكراهته لاحتمال كشف العورة عند الركوع
والسجود وان كان مع الازار فكراهته لاجل التشبه بأهل الكتاب وقال مالك لا بأس به كقنما كان وقال الشافعي ان
كان من الخيلاء يكره والا فلا والصحيح مذهبنا لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن السدل من غير
فصل ويكره لبسة الصماء واختلف في تفسيرها ذكر الكرخي هو أن يجمع طرفي ثوبه ويخرجهما تحت إحدى يديه
على إحدى كتفيه اذالم يكن عليه سراويل وانما كرهه لأنه لا يؤمن انكشف العورة ومحمد رحمه الله فصل بين
الاضطباع ولبسة الصماء فقال انما يكون لبسة الصماء اذالم يكن عليه ازار فان كان عليه ازار فهو اضطباع لأنه
يدخل طرفي ثوبه تحت إحدى ضبعيه وهو مكروه لأنه ليس أهل الكبر وذكر بعض أهل اللغة أن لبسة الصماء أن
يلف الثوب على جميع بدنه من العنق الى الركبتين وأنه مكروه لأن فيه ترك سنة اليد ولا بأس أن يصلي في ثوب واحد
متوشح به أو في قميص واحد والجملة فيه أن اللبس في الصلاة ثلاثة أنواع لبس مستحب ولبس جائز من غير كراهة
ولبس مكروه أما المستحب فهو أن يصلي في ثلاثة أثواب قميص وازار ورداء وعمامة كذا ذكره الفقيه أبو جعفر
الهندواني في غريب الرواية عن أصحابنا وقال محمدان المستحب للرجل أن يصلي في ثوبين ازار ورداء لأن به يحصل
ستر العورة والزينة جميعا وأما اللبس الجائز بالكرهية فهو أن يصلي في ثوب واحد متوشح به أو قميص واحد لأنه
حصل به ستر العورة وأصل الزينة إلا أنه لم يتم الزينة وأصله ما روى عن علي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل
عن الصلاة في ثوب واحد فقال أو كلكم يجد ثوبين أشار الى الجواز وبه على الحكمة وهي أن كل واحد لا يجد ثوبين
وهذا كله اذا كان الثوب صفيقا لا يصف ما تحته فان كان رقيقا يصف ما تحته لا يجوز لأن عورته مكشوفة من حيث
المعنى قال النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الكاسيات العاريات ثم لم يند كرفي ظاهر الرواية أن القميص الواحد
اذا كان محلول الجيب والزر هل يجوز الصلاة فيه ذكر ابن شجاع فبين صلى محلول الازار وليس عليه ازار أنه
ان كان بحيث لو نظر رأى عورة نفسه من زيقه لم تجز صلاته وان كان بحيث لو نظر لم ير عورته جازت وروى
عن محمد رحمه الله تعالى في غير رواية الاصول ان كان بحال لو نظر اليه غيره يقع بصره على عورته من غير تكلف
فسدت صلاته وان كان بحال لو نظر اليه غيره لا يقع بصره على عورته الا بتكلف فصلاته تامة فكأنه شرط
ستر العورة في حق غيره لا في حق نفسه وعن داود الطائفي انه قال ان كان الرجل خفيف اللحية لم يجز لأنه
يقع بصره على عورته اذا نظر من غير تكلف فيكون مكشوف العورة في حق نفسه وستر العورة عن نفسه
وعن غيره شرط الجواز وان كان كث اللحية جاز لأنه لا يقع بصره على عورته الا بتكلف فلا يكون مكشوف
العورة وأما اللبس المكروه فهو أن يصلي في ازار واحد وسراويل واحد لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
أنه نهى ان يصلي الرجل في ثوب واحد ليس على عاتقه منه شيء ولأن ستر العورة ان حصل فلم تحصل الزينة وقد
قال الله تعالى يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد وروى أن رجلا سأل عبد الله بن عمر عن الصلاة في ثوب واحد
فقال أرايت لو أرسلت في حاجة أكنت منطلقا في ثوب واحد فقال لا فقال الله أحق أن تتزين له وروى الحسن عن
أبي حنيفة أن الصلاة في ازار واحد فعل أهل الجفاء وفي ثوب متوشح به أبعدهم من الجفاء وفي ازار ورداء من أخلاق
الكرام هذا الذي ذكرنا في حق الرجل فاما المرأة فالمستحب لها ثلاثة أثواب في الروايات كلها درع وازار وخمار
فان صلت في ثوب واحد متوشح به يجزئها اذا سترت برأسها وسائر جسدها سوى الوجه والكفين وان كان
شيء مما سوى الوجه والكفين منها مكشوفاً فان كان قليلا جاز وان كان كثيرا لا يجوز وسند كراهة الفاصل بينهما
ان شاء الله تعالى وهذا في حق الحر فاما الأمة اذا صلت مكشوفة الرأس يجوز لأن رأسها ليس بعورة ولا بأس بان
يسمح جنته من التراب بعد ما فرغ من صلاته قبل أن يسلم بخلاف لأنه لو قطع الصلاة في هذا الحالة لا يكره فلا ن

لا يكره ادخال فصيل قليل أولى وأما قبل الفراغ من الأركان فقد ذكر في رواية أبي سليمان فقال قلت فإن مسح جبهته قبل أن يفرغ قال لا أسكره من مشايخنا من فهم من هذه اللفظة نبي الكراهة وجعل كلمة لا داخلية في قوله أسكره وكذا ذكر في آثار أبي حنيفة وفي اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ووجهه ما روى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح العرق عن جبينه في الصلاة وإنما كان يفعل ذلك لأنه كان يؤذيه فكذا هذا ومنهم من قال كلمة لا موطوعة عن قوله أسكره فكانه قال هل يمسح فقال لا تنفاه ثم ابتدأ الكلام وقال أسكره ذلك وهو رواية هشام في نوادره عن محمد أنه يكره فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين المسح قبل الفراغ من الأركان وبين المسح بعد الفراغ منها قبل السلام والفرق أن المسح قبل الفراغ لا يقيده لا يحتاج إلى أن يسجد ثانياً فيلتزم التراب بجبهته ثانياً والمسح بعد الفراغ من الأركان مفيد ولا يحتاج إلى فعل ليس من أفعال الصلاة فيكره تحصيله في وقت لا يباح فيه الخروج عن الصلاة كسائر الأفعال بخلاف المسح بعد الفراغ من الأركان وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أربع من الجفاء وعد منها مسح الجبهة في الصلاة ومنهم من وفق فقال جواب محمد فيما إذا كان تركه لا يؤذيه وجواب أبي حنيفة مثله في هذه الحالة والحديث محمول على هذه الحالة أو على المسح باليدين وجواب أبي حنيفة فيما إذا كان ترك المسح يؤذيه ويشغل قلبه عن أداء الصلاة ومحمد يساعده في هذه الحالة ولهذا كان النبي صلى الله عليه وسلم يمسح العرق عن جبينه لأن الترتك كان يؤذيه ويشغل قلبه وقد بينا ما يستحب الإمام أن يفعله بعد الفراغ من الصلاة وما يكرهه في فصل الإمامة والله أعلم

فصل وأما بيان ما يفسد الصلاة فالفصلان أنواع منها الحدث العمدة قبل تمام أركانها بخلاف حتى يمنع عليه البناء واختلف في الحدث السابق وهو الذي سبقه من غير قصد وهو ما يخرج من بدنه من بول أو غائط أو ريح أو راف أو دم سائل من بصر أو دمل به بغير صغره قال أصحابنا لا يفسد الصلاة فيجوز البناء استحسننا وقال الشافعي يفسد ما فلا يجوز البناء قياساً والكلام في البناء في مواضع في بيان أصل البناء أنه جائز أم لا وفي بيان شرائط جوازه لو كان جائزاً وفي بيان محل البناء وكيفيته أما الأول فالقياس أن لا يجوز البناء وفي الاستحسان جائز وجه القياس أن التعريفة لا تنفي مع الحدث كما لا تنعقد معه لفوات أهلية أداء الصلاة في الحالين بفوات الظهارة فيهما إذا لشيء كما لا ينعدم غير أهلية لا يبق مع عدم الأهلية فلا تنفي التعريفة لأنها شرعت لأداء أفعال الصلاة ولهذا لا تنفي مع الحدث العمدة ولا تصرف الوجه عن القبلة والمشي في الصلاة مناف لها وبقاء الشيء مع ما ينافيه محال وجه الاستحسان النص واجماع الصحابة أما النص فما روى عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من قام أو رجع في صلاته انصرف وتوضأ وبني على صلاته ما لم يشككم وكذا روى ابن عباس وأبو هريرة رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم وأما اجماع الصحابة فإن الخلفاء الراشدين والعبادلة الثلاثة وأنس بن مالك وسلمان الفارسي رضي الله عنهم قالوا مثل مذهبنا وروى أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه سبقه الحدث في الصلاة فتوضأ وبني وعمر رضي الله عنه سبقه الحدث وتوضأ وبني على صلاته وعلى رضي الله عنه كان يصلي خلف عثمان فرجع فانصرف وتوضأ وبني على صلاته فثبت البناء من الصعابة رضي الله عنهم قولاً وفعلًا والقياس يترك بالنص والاجماع **فصل** وأما شرائط جواز البناء فمنها الحدث السابق فلا يجوز البناء في الحدث العمدة لأن جواز البناء ثبت معدولاً به عن القياس بالنص والاجماع وكل ما كان في معنى المنصوص والجمع عليه يلحق به والأفلاو الحدث العمدة ليس في معنى الحدث السابق لوجهين أحدهما أن الحدث السابق مما يتبلى به الإنسان فلو جعل مانعاً من البناء لأدى إلى الحرج ولا حرج في الحدث العمدة لأنه لا يكثر وجوده والثاني أن الإنسان يحتاج إلى البناء في الجمع والاعباد لأحرار الفضيلة المتعلقة بهما وكذا يحتاج إلى أحرار فضيلة الصلاة خلف أفضل القوم خصوصاً من كان بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فاولم يحجز البناء وبما فرغ الإمام من الصلاة قبل فراغه من الوضوء لثبات عليه فضيلة الجمعة والعبددين وفضيلة الصلاة خلف الأفضل على وجهه لا يمكنه

التلافي فالمرع نظره بجواز البناء صيانة لهذه الفضيلة عليه من القوت وهو مستحق للنظر لحصول الحدث من غير قصد واختياره بخلاف الحدث العمد لان متعمد الحدث في الصلاة جان فلا يستحق النظر وعلى هذا يخرج ما اذا كان به دمل فعصر حتى سال أو كان في موضع ركبته فانفتح من اعقاده على ركبته في سجوده لا يجوز له البناء لان هذا عزلة لحدث العمد وكذا اذا تكلم في الصلاة عامدا أو ناسيا أو عمل فيها ما ليس من أعمال الصلاة وهو كذا لا يجوز له البناء لان كل ذلك نادر في الصلاة فلم يكن في معنى المنصوص والمجموع عليه وكذا اذا جن في الصلاة أو أغشى عليه ثم أفاق لا يبنى وان كان ذلك في معنى الحدث السابق لانه لا صنع له فيها لان اعتراضهما في الصلاة نادر فلم يكونا في معنى ما ورد فيه النص والاجماع وكذا لو انتضح البول على بدن المصلي أو ثوبه أكثر من قدر الدرهم من موضع فانقلت نفسه لا يبنى على صلاته في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف في غير رواية الأصول انه يبنى وجه هذه الرواية ان الجحاسة وصلت الى بدن من غير قصد فكان في معنى الحدث السابق ولان هذا بعض ما ورد فيه الخبر لانه لو عرف فأصاب بدنه أو ثوبه نجاسة فانه يتوضأ ويفسل تلك الجحاسة وههنا لا يحتاج الى غسل الجحاسة لا غير فلما جاز البناء هناك فلا يجوز هنا اولى وجه ظاهر الرواية ان هذا النوع مما لا يغلب وجوده فلم يكن في معنى مورد النص والاجماع ولان له بدنا من غسل الجحاسة عن الثوب في الجملة بأن يكون عليه ثوبان فيلحق ما تنجس من ساعته ويصلي في الآخر بخلاف الوضوء فانه أمر لا بد منه ولو انتضح البول على ثوب المصلي فان كان أكثر من قدر الدرهم من موضع فان كان عليه ثوبان ألحق التجسس من ساعته ومضى على صلاته استسناا والقياس ان يستقبل لوجود شيء من الصلاة مع الجحاسة لكننا نقول ان هذا مما لا يمكن الضرز عنه فيعمل عقوا وان أدى ركنا أو مكث بقدر ما يتمكن من اداء ركن يستقبل قياسا واستسناا وان لم يكن عليه الا ثوب واحد فانصرف وغسله لا يبنى في ظاهر الرواية ولو اصابته بندقه فتجشته أو رماه انسان بحجر فشججه أو مس رجل قرحه فادماه أو عصره فانفلت منه رجع أو حدث آخر لا يجوز له البناء في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يبنى واحتج بما روى ان عمر رضي الله عنه لما طعن في المحراب استخلف عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ولو فسدت صلاته لفسدت صلاة القوم ولم يستخلف ولان هذا حدث حصل بغير صنعه فكان كالحدث السماوي ولان الشايج لم يوجد منه الا فتح باب الدم فبعد ذلك خروج الدم بنفسه لا بتسهيل أحد فاشبهه الرعاف وجه قولهما ان هذا الحدث حصل بصنع العباد بخلاف الحدث السماوي وكذا هذا النوع من الحدث في الصلاة مما يندرو وقوعه لان الراي منهى عن الرمي فلا يقصده غالبا والاصابة خطأ نادرا لانه يتحرز خوفا من الضهان فلم يكن في معنى مورد النص والاجماع فيعمل فيه بالقياس المحض ألا ترى ان من عجز عن القيام بسبب المرض جاز له أداء الصلاة قاعدا ولو عجز عن القيام بفعل البشر بان قيده انسان لم يحز لقبلة الاول وندرة الثاني كذا هذا وأما قوله ان هذا افتتح باب الدم فنقول نعم لكن من فتح باب المانع حتى سال المانع جعل ذلك مضافا الى الفاتح لانه عدم اختيار السائل في سبيله ولهذا يجب ضمان الدهن على شاق الرق اذا سال الدهن والله أعلم ولو سقط المدر من السقف من غير مشي أحد على السطح على المصلي أو سقط الثمر من الشجر على المضى أو اصابه حشيش المسجد فادماه اختلاف المشايخ فيه منهم من جوزه البناء بالاجماع لانقطاع ذلك عن فعل العباد ومنهم من جعل المسئلة على الخلاف لوقوع ذلك في حد القلة وأما حديث عمر رضي الله عنه فقد قيل كان الاستخلاف قبل افتتاح الصلاة فاستخلفه ابقتح الصلاة ألا ترى انه روى انه لما طعن قال آه قتلتى النكاب من يصلى بالناس ثم قال تقدم يا عبد الرحمن ومعلوم ان هذا كلام يمنع البناء على الصلاة ومنها حقيقة الحدث لا وهم الحدث ولا ما جعل حدا حكما حتى لو علم انه لم يسبقه الحدث لكنه خاف أن يتدبره فانصرف قبل أن يسبقه الحدث ثم سبقه لا يجوز له البناء في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه يجوز وجه قوله انه عجز عن المضى فصار كما لو سبقه الحدث ثم انصرف وجه ظاهر الرواية انه صرف وجهه عن القبلة من غير عذر فلم يكن في معنى مورد النص والاجماع فبقى على أصل القياس وكذا اذا جن في الصلاة أو أغشى عليه أو نام مضطجعا

لا يجوز زله البناء لان هذه العوارض يندرو قوعها في الصلاة فلم تكن في معنى مورد النص والاجماع وكذا المتجم اذا
 وجد الماء في خلال الصلاة وصاحب الجرح السائل اذا جرح وقت صلاته والماسح على الخشب اذا انقضت مدة مسحه
 ونحو ذلك لا يجوز زله البناء لان في هذه المواضع يظهر ان الشروع في الصلاة لم يصح على ما ذكرنا ولا نه ليس في معنى
 الحدث السابق في كثرة الوقوع فتعذر الالحاق وكذا الواعترضت هذه الاشياء بعد ما قد قدر التشهد الاخير بوجوب
 فساد الصلاة ومنع البناء عند أبي حنيفة خلافا لهما على ما ذكرنا في المسائل الاثني عشرية ومنها الحدث الصغير حتى
 لا يجوز البناء في الحدث الكبير وهو الجنابة بان نام في الصلاة فاحتلم او نظر الى امرأة شهوة أو تفكر فانزل لما قلنا ولا ن
 الوضوء عمل يسير ولا اغتسال عمل كثير فتعذر الالحاق في موضع العفو ولا ن الاغتسال لا يمكن الا بكشف العورة وذلك
 من قواطع الصلاة وهذا استحسان والقياس يجوز زله القياس على الاستحسان الاول ومنها أن لا يفعل بعد
 الحدث فلا منافاة للصلاة لو لم يكن الحدث الا مالا بدل البناء منه او كان من ضرورات ما لا بد منه أو من توابعه وتقائه
 وبيان ذلك اذا سبقه الحدث ثم تكلم أو أحدث متعمدا أو ضحى أو فقهقه أو أكل أو شرب أو نحو ذلك لا يجوز زله البناء
 لان هذه الافعال منافية للصلاة في الاصل لما نذكر فلا يسقط اعتبار المنافي الا ضرورة ولا ضرورة لان للبناء منها
 بدا وكذا اذا جن أو أغشى عليه أو أجنب لانه لا يكثر وقوعه فكان للبناء منه بد وكذا الوادي ركننا من أركان الصلاة
 مع الحدث أو مكث بقدر ما يتمكن فيه من أداء ركن لانه عمل كثير ليس من أعمال الصلاة وله منه بد وكذا لو استقى
 من البئر وهو لا يحتاج اليه ولو مشى الى الوضوء فأغترف الماء من الاناء أو استقى من البئر وهو يحتاج اليه فتوضأ
 جازله البناء لان الوضوء أمر لا بد للبناء منه والمشي والاعتراف والاستبراء عند الحاجة من ضرورات الوضوء ولو
 استنجى فان كان مكشوف العورة بطل البناء لان كشف العورة منافي للصلاة وللبناء منه بد في الجملة فان استنجى
 تحت ثيابه بحيث لا تنكشف عورته جازله البناء لان الاستنجاء على هذا الوجه من سنن الوضوء فكان من تقائه
 ولو توضأ ثلاثا ثلاثا ذكر في ظاهر الرواية ما يدل على الجواز فانه قال اذا سبقه الحدث يتوضأ ويبنى من غير فصل وحكي
 عن أبي القاسم الصفار انه لا يجوز ووجهه ان الفرض يسقط بالغسل مرة واحدة فكانت الزيادة ادخال عمل لا حاجة
 اليه في الصلاة فيوجب فساد الصلاة وجه ظاهر الرواية ان الزيادة من باب اكمال الوضوء وبه حاجة الى اقامة
 الصلاة على وصف الكمال وذلك بتحصيل الوضوء على وجه الكمال فتتعمل الزيادة كما يتعمل الاصل وهذا
 جواب أبي بكر الاعمش فان عنده المرة الاولى هي الفرض والثانية والثالثة نقل فاما عند أبي بكر الاسكافي
 فالثلاثة كلها فرض لان الثانية والثالثة لما التحق تابا لا ولي صار الكل وضوءا واحدا فيصير الكل فرضا كالقيام
 اذا طال والقراءة أو الركوع أو السجود وعلى هذا اذا استوعب المسح وتضمن وضوءا واستنشق وأتى بسائر سنن
 الوضوء جازله البناء لان ذلك من باب اكمال الوضوء فكان من توابعه فيتعلم كما يتعمل الاصل ولو افتتح الصلاة
 بالوضوء ثم سبقه الحدث فلم يجد ماء تيمم وبنى لان ابتداء الصلاة بالتيمم عند فقد الماء جائز فالبناء أولى فان تيمم ثم
 وجد الماء فان وجده بعد ما عاد الى مقامه استقبال الصلاة وان وجده في الطريق قبل أن يقوم مقامه فالقياس أن
 يستقبل وقيل القياس قول محمد وفي الاستحسان يتوضأ ويبنى وجه القياس انه متيمم وجد الماء في صلاته فتفسد
 صلاته كما اذا عاد الى مكانه ثم وجد الماء وهذا لان قدر ما مشى متيمما حصل فلا غير محتاج اليه فلا يبنى وجه
 الاستحسان انه لم يود شيئا من الصلاة مع الحدث ولم يدخل فعلا في الصلاة هو مضاد لها فلا يفسدها وما مشى كل ذلك
 كان محتاجا اليه لتحصيل التطهير فلا يوجب فساد الصلاة بخلاف ما اذا عاد الى مكانه ثم وجد لانه اذا عاد الى مكانه وجد
 أداء جزء من أجزاء الصلاة وان قل مع التيمم فظهر بوجود الماء انه كان محدثا من وقت الحدث السابق وان التيمم
 ما كان طهارته فتبين انه أدى شيئا من الصلاة مع الحدث فتفسد صلاته ثم ما ذكرنا من جواز البناء لا يختلف سيما
 اذا كان الحدث في وسط الصلاة أو في آخرها حتى لو سبقه الحدث بعد ما قد قدر التشهد الاخير يتوضأ ويبنى
 عندنا لانه يحتاج الى الخروج بلفظة السلام التي هي واجبة أو سنة عندنا فلا بد له من الطهارة وكذا لا يختلف

الجواب في جواز البناء سيما اذا صرف وجهه عن القبلة على علم بالحدث أو على ظن به بعد ان كان في المسجد في ظاهر الرواية حتى انه لو صرف وجهه عن القبلة على ظن انه أحدث ثم علم انه لم يحدث وهو في المسجد رجوع وبنى فان علم بعد الخروج من المسجد لا يبنى وروى عن محمد انه لا يبنى في الوجهين جميعا ووجهه انه صرف وجهه عن القبلة من غير عذر ففسد صلاته كما اذا علم خارج المسجد وكذا اذا صرف على ظن انه على غير وضوء أو على ظن انه على ثوبه نجاسة أو كان متنجسا فرأى سرايا فظنه ماء فانصرف فانه لا يبنى سواء كان في المسجد أو خارج المسجد وجه ظاهر الرواية ان حكم المكان لم يتبدل مادام في المسجد والا انصرف لم يكن على قصد الخروج من الصلاة وعزم الرضا بل لا صلاح صلاته ألا ترى انه لو تحقق ما توهم توضأ وبنى على صلاته فسقط حكم هذا الانصراف فكان لم ينصرف بخلاف ما اذا خرج من المسجد ثم علم لان حكم المكان قد تبدل وبخلاف تلك الصلاة لان هناك الانصراف ليس لا صلاح صلاته بل لقصد الخروج عن الصلاة وعزم الرضا ألا ترى انه لو تحقق ما توهم لا يمكنه البناء فاشبه الكلام والحدث العمد والقهقهة وعلى هذا اذا سلم على رأس الركعتين في ذوات الاربع ساهبا على ظن انه أتم الصلاة ثم تدكر فحكه وحكم الذي ظن انه أحدث سواء على التفصيل والاختلاف الذي ذكرنا وذكر في العمود انه اذا صلى العشاء فظن بعد ركعتين انها ترويح فسلم أو صلى الظهر وهو يظن انه يصلي الجمعة أو يظن انه مسافر فسلم على رأس الركعتين انه يستقبل العشاء والظهر وقد مر الفرق هذا اذا كان يصلي في المسجد فاما اذا كان يصلي في الصحراء فان كان يصلي بمجموعة يعطى لما انتهى اليه الصفوف حكم المسجد ان مشى عنده أو يسره أو خلفه وان مشى أمامه وليس بين يديه بناء ولا سترة فقد ذكرنا اختلاف المشايخ والصحيح هو التقدير بوضع السجود وان كان بين يديه بناء أو سترة فانه يبنى ما لم يجاوزه لان السترة تجعل لما دونها حكم المسجد حتى لا يباح المرور داخل السترة ويباح خارجها وان كان يصلي وحده فمسجده قدر موضع سجوده من الجوانب الاربع الا اذا مشى أمامه وبين يديه سترة فيعطى لدخول السترة حكم المسجد ثم المستحب لمن سبقه الحدث أن يتكلم ويتوضأ ويستقبل القبلة ليخرج عن عهدة القرض بيقين

فصل الكلام في محل البناء وكيفية فنقول وبالله التوفيق المصلي لا يخلو اما ان كان منفردا أو مقتديا أو اماما فان كان منفردا فانصرف وتوضأ فهو بالخيار ان شاء أتم صلاته في الموضع الذي توضأ فيه وان شاء عاد الى الموضع الذي افتتح الصلاة فيه لانه اذا أتم الصلاة حيث هو فقد سلمت صلاته عن المشي لكنه صلى صلاة واحدة في مكانين وان عاد الى مصلاه فقد أدى جميع الصلاة في مكان واحد لكن مع زيادة مشي فاستوى الوجهان فيخير وقال بعض مشايخنا يصلي في الموضع الذي توضأ من غير خيار ولو أتى المسجد نفسه لانه لا يحمل زيادة مشي من غير حاجة وعامة مشايخنا قالوا لا تفسد صلاته لان المشي الى الماء والعود الى مكان الصلاة الحق بالعدم شرعا في الجملة وان كان مقتديا فانصرف وتوضأ فان لم يفرغ امامه من الصلاة فعليه أن يعود لأنه في حكم المقتدي بعد ولولم يعد وأتم بقية صلاته في بيته لا يجزيه لأنه ان صلى مقتديا امامه لا يصح لانه دام شرط الاقتداء وهو اتحاد البقعة الا اذا كان بيته قريبا من المسجد بحيث يصح الاقتداء وان صلى منفردا في بيته فسدت صلاته لأن الانفراد في حال وجوب الاقتداء يفسد صلاته لأن بين الصلاتين تقابرا وقد ترك ما كان عليه وهو الصلاة مقتديا وما أدى وهو الصلاة منفردا لم يوجد له ابتداء تحريرة وهو بعض الصلاة لأنه صار منتقلا عما كان هو فيه الى هذا فبطل ذلك وما حصل فيه بعض الصلاة فلا يخرج عن كل الصلاة باءا هذا القدر ثم اذا عاد ينبغي أن يشتغل أولا بقضاء ما سبق به في حال تشاغله بالوضوء لأنه لا حق فكانه خلف الامام فيقوم بمقدار قيام الامام من غير قراءة ومقدار ركوعه وسجوده ولا يضره ان زاد أو نقص ولو تابع امامه أو لا ثم اشتغل بقضاء ما سبق به بعد تسليم الامام جازت صلاته عند علمائنا الثلاثة خلافا لفرقة بناء على ان الترتيب في افعال الصلاة الواحدة ليس بشرط عندنا وعند شمرط وان كان قد فرغ امامه من الصلاة بغير لما ذكرنا في المنفرد ولو توضأ وقد فرغ

الامام من صلته ولم يقعد في الثانية لا يقعد هذا المقتدى في الثانية وروى عن زفرانه يقعد ذكر المسئلة في النوادر وجه قول زفران القعدة الاولى واجبة في الصلاة ولا يجوز ترك الواجب الا امر فوجه كما اذا كان خلف الامام فترك الامام القعدة وقام بتركها المقتدى موافقة للامام فيما هو اهل منه وهو القيام لكونه فرضا ولم يوجد هذا المعنى في اللاحق لان موافقة الامام بعد فراغه لا تحقق فيجب عليه الاتيان بالقعدة ولنا ان اللاحق خلف الامام تقدير حتى يسجد لسهو الامام ولا يسجد لسهو نفسه ولا يقرأ في القضاء كانه خلف الامام ولو كان خلافه حقيقة يترك القعدة متابعة للامام فكذا اذا كان خلفه تقدير او ان كان اماما يستخلف ثم يتوضا ويبنى على صلته والامر في موضع البناء وكيفيته على نحو ما ذكرنا في المقتدى لانه بالاستخلاف تحولت الامامة الى الثاني وصار هو كواحد من المقتدين به

فصل ثم الكلام في الاستخلاف في مواضع أحدها في جواز الاستخلاف في الجلة والثاني في شرائط جوازه والثالث في بيان حكم الاستخلاف أما الاول فقد اختلف العلماء فيه قال علماءنا يجوز وقال الشافعي لا يجوز ويصلي القوم وحدا بالامام وجه قوله أنه لا ولاية للامام اذ هو في نفسه بمنزلة المنفرد ولا يملك النقل الى غيره وكذا القوم لا يملكون النقل وانما ثبت الامامة لا تنفويض منهم بل باقتدائهم به ولم يوجد الاقتداء بالثاني لان الاقتداء بالتكبير وهي منعدمة في حق الثاني بخلاف الامامة الكبرى لانها عبارة عن ولايات ثبتت له شرعا بالتفويض والبيعة كما ثبت للوكيل والقاضي فيقبل القليل والعزل لنا ما روى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا صلى أحدكم فقاء أو رعى في صلته فليضع يده على فقه وليقدم من لم يسبق بشي من صلته ولينصرف وليتوضا وليبن على صلته ما لم يشككم وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أمر أبا بكر رضي الله عنه أن يصلي بالناس وجد في نفسه خفة فخرج يهادى بين اثنين وقد افتتح أبو بكر الصلاة فلما سمع حسن رسول الله صلى الله عليه وسلم تأخر وتقدم النبي صلى الله عليه وسلم واقتح القراء من الموضع الذي انتهى اليه أبو بكر وانما تأخر لانه عجز عن المضي لكون المضي من باب التقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقدموا بين يدي الله ورسوله فصار هذا أصلا في حق كل امام عجز عن الانعام أن يتأخر ويستخلف غيره وعن عمر رضي الله عنه أنه سيقه الحديث فتأخر وقدم رجلا وعن عثمان رضي الله عنه مثله ولان بهم حاجة الى انعام صلاتهم بالامام وقد ائتم الامام ذلك فاذا عجز عن الوفاء بما ائتم بنفسه يستعين عن يقدر عليه نظرهم كيلا تبطل عليهم الصلاة بالمنازعة وأما قوله ان الامام لا ولاية له فليس كذلك بل له ولاية المتبوعة في هذه الصلاة وأن لا تصح صلاتهم الا ببناء على صلته وان يقرأ فتصير قراءته قراءة لهم فاذا عجز عن الامامة بنفسه ملك النقل الى غيره فاشبه الامامة الكبرى على أن هذا من باب الخلافة لا من باب التفويض والقليل فان الثاني بخلاف الاول في بقية صلته كالوارث يخلف الميت فيما بقي من أمواله والخلافة لا تقتصر الى الولاية والامر بل شرطها العجز وانما التقديم من الامام للتعين كيلا تبطل بالمنازعة حتى انه لو لم يبق خلفه الا رجل واحد يصير اماما وان لم يعينه ولا فوض اليه وكذا التقديم من القوم للتعين دون التفويض فصار كالا امامة الكبرى فان البيعة للتعين لا للقليل الا ترى أن الامام علك أمورا لا تملكها الرعية وهي اقامة الحدود فكذا هذا فان لم يستخلف الامام واستخلف القوم رجلا جاز ما دام الامام في المسجد لان الامام لو استخلف كان سعيه للقوم نظرهم كيلا تبطل عليهم الصلاة فاذا فعلوا بانفسهم جاز كفي الامامة الكبرى لو لم يستخلف الامام غيره ومات واجتمع أهل الرأي والمشورة ونصبوا من يصلح للامامة جاز لان الاول لو فعل فعل لهم جاز لهم أن يفعلوا لانفسهم حاجتهم الى ذلك كذا هذا ولو تقدم واحد من القوم من غير استخلاف الامام وتقديم القوم والامام في المسجد جاز أيضا لان به حاجة الى صيانة صلته ولا طريق لها عند امتناع الامام عن الاستخلاف والقوم عن التقديم الا ذلك ولان القوم لما تموا به فقد رضوا بقيامه مقام الاول فجعل كأنهم قدموه ولو قدم الامام أو القوم رجلين فان وصل أحدهما

الى موضع الامامة قبل الآخر تعين هو الامامة وجازت صلاته وصلاة من اقتدى به وفسدت صلاة الثاني وصلاة من اقتدى به لان الاول لما تقدم بتقديم من له ولاية لتقديم قام مقام الاول وصار امام الكل كالاول فصار الامام الثاني ومن اقتدى به منفردين عن صار امامهم ففسدت صلاتهم لما هم من الققه وان وصلاهما فان اقتدى القوم باحدهما تعين هو الامامة وان اقتدوا بهما جميعا بعضهم بهذا فبعضهم بذلك فان استوت الطائفتان ففسدت صلاتهم جميعا لان الامر لا يحد لواحد ان يقال لم يصح استخلاف كل واحد من الفر يقين لما كان التعارض في طاعت امامتهما وفسدت صلاة الكل لخروج الامام الاول عن المسجد من غير خلية للقوم ولا دائهم الصلاة منفردين في حال وجوب الاقتداء واما ان يقال صح تقديم كل واحد منهما لعدم ترجيح الفر يقين الآخر عليه فجعل في حق كل فريق كان ليس معهم غيرهم حينئذ يصير امام كل طائفة اماما للكل كامام أكثر الطائفتين عند التفاوت وعدم الاستواء حينئذ يجب على امام كل طائفة ومن تابعه الاقتداء بالآخر فان لم يقتدوا جعلوا منفردين وان وجوب الاقتداء وان اقتدوا أدوا صلاة واحدة في حالة واحدة بامامين وذلك مما لم يرد به الشرع فلم يجز ولو كانت الطائفتان على التفاوت فان اقتدى جماعة القوم بأحد الامامين الارجل أو رجلان اقتديا بالتالي فصلاة من اقتدى به الجماعة صحيحة وصلاة الآخر ومن اقتدى به فاسدة لأنهم لما وصلا معا وقد تعذر ان يكونا امامين فلا بد من الترجيح وأمكن الترجيح بالكثرة نصا واعتبارا أما النص فقول النبي صلى الله عليه وسلم يد الله مع الجماعة وقوله من شذذ في النار وقوله كدر الجماعة خير من صفو الفرقة وأما الاعتبار فهو الاستدلال بالامامة الكبرى حتى قال عمر رضي الله عنه في السورى ان اتفقوا على شئ رخصناهم واجدوا فقلوه وان اقتدى بكل امام جماعة لكن أحد الفر يقين أكثر عددا من الآخر اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تفسد صلاة الفر يقين جميعا واليه مال الامام السرخسى فقال ان كل واحد منهما جامع تام يتم به نصاب الجمعة فيكون الأقل مساويا للأكثر حكما كالمعينين يقيم أحدهما شاهدين والآخر أربعة وقال بعضهم جازت صلاة لا كثيرين وضمن الفساد في الآخرين كفى الواحد والمثنى وعليه اعقد الشيخ صدر الدين أبو المعبين واستدل بوضع محمد فان محمدا قال اذا قدم القوم أو الامام رجلين قام كل واحد منهما طائفة جازت صلاة أكثر الطائفتين فهذا يدل على أن كل طائفة لو كانت جماعة ترجح أيضا بالكثرة لان اسم الطائفة في اللغة يقع على الواحد والاثنتين والثلاثة وما زاد على ذلك قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين ائتتوا ولا شئ ان كل فريق لو كان أكثر من الثلاث لدخل تحت هذه الآية وقال تعالى ثم أنزل عليكم من بعدا انم آمنه نعا سا يغشى طائفة منكم وطائفة قد أهتهم أنفسهم ولا شئ ان كل فريق كان جماعة كثيرة وكذا ذكر محمد في السير الكبير ان أمير عسكر في دار الحرب قال من جاء منكم بشئ فله طائفة منه فجا رجل يروس فان الامام ينقل له من ذلك على قدر ما يرى حتى انه لو أعطى نصف ما أتى به أو أكثر بان كانت الرؤس عشرة فرأى الامام أن يعطى تسعة من ذلك لهذا الرجل كان له ذلك فبين أن اسم الطائفة يقع على الجماعة فيرجع بالكثرة لما هو والله تعالى أعلم هذا اذا كان خلف الامام الذي سبقه الحديث اثنان أو أكثر فاما اذا كان خلفه رجل واحد صار اماما نوى الامامة أو لم ينو قام في مكان الامام أو لم يقم قدمه الامام أو لم يقدمه لان عدم تعيين واحد من القوم للامامة ما لم يقدمه أو يتقدم حتى يثبت الامامة للأول كان بحكم التعارض وعدم ترجيح البعض على البعض وههنا لا تعارض فتعين هو الحاجة الى ابقاء صلاته على الصحة وصلاحيته للامامة حتى ان الامام الاول لو افسد صلاته على نفسه لا تفسد صلاة هذا الثاني والثاني لو افسد صلاته على نفسه ففسدت صلاة الاول لأن الاول صار في حكم المقتدى بالثاني وفساد صلاة المقتدى لا تؤثر في فساد صلاة الامام وفساد صلاة الامام أثر في فساد صلاة المقتدى ودخل في صلاة الثاني لان الامامة تحولت اليه على ما ذكرنا وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه اذا أحدث الامام ولم يكن معه الا رجل واحد فوجد الماء في المسجد فتوضأ قال يتم صلاته مقتديا بالثاني لانه متعين للامامة فبنفس انصرفه تحولت الامامة اليه وان كان معه جماعة فتوضأ في المسجد عاد الى مكان الامامة

وصلى بهم لان الامامة لا تتحول منه الى غيره في هذه الحالة لا بالاستخلاف ولم يوجد فان جاء رجل واقتدى بهذا الثاني ثم احدث الثاني صار الثالث اماما لتعيينه لذلك فان احدث الثالث رجع قبل رجوعهما أو رجوع أحدهما فسدت صلاة الاول والثاني لان الثالث لما صار اماما صار الاول والثاني مدينين به فاذا خرج هولم تفسد صلاته على الرواية الصحيحة لأنه في حق نفسه منفرد وفسدت صلاة الاول والثاني لان امامهما اخرج عن المسجد فتحقق تباين المكان ففسد الاقتداء لقوت شرطه وهو اتحاد البقعة وان كان تباين المكان موجودا حال بقاءه في المسجد لان ذلك سقط اعتباره شرعا لحاجة المقتدى الى صيانة صلاته على ما نذكر وهذه الحاجة تكون ذلك في حد التندرة ولورجع أحدهما فدخل المسجد ثم خرج الثالث جازت صلاتهم لان الراجع صار اماما لهم لتعيينه ولورجع الاول والثاني فان قدم أحدهما صار هو الامام وان لم يقدم حتى خرج الثالث من المسجد فسدت صلاتهم لان أحدهما لم يصبر اماما للتعارض وعدم الترجيح فبقى الثالث اماما فاذا خرج من المسجد فسد شرط صحة الاقتداء وهو اتحاد البقعة ففسدت صلاتهم

فصل وأما شرائط جواز الاستخلاف فيها ان كل ما هو شرط جواز البناء فهو شرط جواز الاستخلاف حتى لا يجوز مع الحدث العمد والكلام والقهقهة وسائر نواقض الصلاة كما لا يجوز البناء مع هذه الأشياء لان الاستخلاف يكون للقائم ولا قيام للصلاة مع هذه الأشياء بل تفسد ولو حصر الامام عن القراءة فاستخلاف غيره جاز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز وتفسد صلاتهم وجه قولهما ان جواز الاستخلاف حكم ثبت على خلاف القياس بالنص وانه ورد في الحديث السابق الذي هو غالب الوقوع والحصر في القراءة ليس نظيره فالنص الوارد ثمة لا يكون واردا هنا وصار كالانغماء والجنون والاحتلام في الصلاة انه يمنع الاستخلاف كذا هذا ولا يبي حنيفة ان يجوزنا الاستخلاف ههنا بالنص الخا عن لا بالاستبدال بالحديث وهو حديث أبي بكر رضي الله عنه أنه كان يصلي بالناس بجماعة بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم في مرضه الذي مات فيه فوجد صلى الله عليه وسلم خفة فحضر المسجد فلما أحس الصديق رسول الله صلى الله عليه وسلم حصر في القراءة فتأخر وأقدم النبي صلى الله عليه وسلم وأنتم الصلاة ولولم يكن جائزا لما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وما جاز له يكون جائزا لامته هو الاصل اكونه قدوة ومنها أن يكون الاستخلاف قبل خروج الامام من المسجد حتى انه لو خرج عن المسجد قبل أن يقدم هو أو يقدم القوم اناسا أو يتقدم أحد بنفسه فصلاة القوم فاسدة لانه اختلف مكان الامام والقوم فبطل الاقتداء لقوت شرطه وهو اتحاد المكان وهذا لان غيره اذا لم يتقدم بقي هو اماما في نفسه كما كان لانه انما يخرج عن الامامة لقيام غيره مقامه وانتقال الامامة اليه ولم يوجد والمكان قد اختلف حقيقة وكما أما الحقيقة فلا تشكل وأما الحكم فلان من كان خارج المسجد اذا اقتدى بمن يصلي في المسجد وليست الصفوف متصلة لا يجوز بخلاف ما اذا كان بعد في المسجد لان المسجد كله بمنزلة بقعة واحدة حكما ولهذا حكم بجواز الاقتداء في المسجد وان لم تتصل الصفوف كذلك فسدت صلاتهم بخلاف المقتدى اذا سبقه الحدث وخرج من المسجد حيث لم تفسد صلاته وان فات شرط صحة الاقتداء وهو اتحاد المكان فان هناك ضرورة لان صيانة صلاته ان تحصل الا بهذا الطريق بخلاف ما اذا كان الامام هو الذي سبقه الحدث فان صيانة صلاة القوم يمكنه بأن يستخلف الامام أو يقدم القوم رجلا أو يتقدم واحد منهم فاذا لم يفعلوا فقد فروا وما سعى في صيانة صلاتهم فتفسد عليهم وأما المقتدى فليس شئ منها في وسعه فبقبت صلاته صحيحة ليمكن من الاتمام وأما حال صلاة الامام فلم يذكر في الاصل وذكر الطحاوي ان صلاته تفسد ايضا لان ترك استخلافه لما أثر في فساد صلاة القوم فلان يؤثر في فساد صلاته أولى وذكر أبو عصمة ان صلاته لا تفسد وهو الصحيح لانه بمنزلة المنفرد في حق نفسه والمنفرد الذي سبقه الحدث فذهب لينوا بقبت صلاته صحيحة كذا هذا ولو كان خارج المسجد صفوف متصلة فخرج الامام من المسجد ولم يجاوز الصفوف فسدت صلاة القوم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا تفسد حتى لو استخلف

الامام رجلا من الصفوف الخارجة لا يصح عندهما وعنده يصح وجه قول محمد بن موضح الصفوف لها حكم
 المسجد ألا ترى انه لو صلى في الصحراء جاز استخلافه ما لم يجاوز الصفوف بفعل الكل كمكان واحد ولهما ان
 البقعة مختلفة حقيقة وحكما في الاصل الا أنه أعطى لها حكم الاتحاد اذا كانت الصفوف متصلة بالمسجد في حق
 الخراج عن المسجد خاصة لضرورة الحاجة الى الاداء فلا يظهر الاتحاد في حق غيره ألا ترى ان الامام لو كبر يوم
 الجمعة وحده في المسجد وكبر القوم بتكبيره خارج المسجد لم تنعقد الجمعة واذا ظهر حكم الاتحاد في حق
 المستخلف لم يصح الاستخلاف هذا اذا كان يصلي في المسجد فان كان يصلي في الصحراء فجاءه الصفوف بمنزلة
 الخروج من المسجد ان مشى على عينه أو على يساره أو خلفه فان مشى امامه وليس بين يديه سترة فان جاوز مقدار
 الصفوف التي خلفه أعطى له حكم الخروج عند بعضهم وهكذا روى عن أبي يوسف وعند بعضهم اذا جاوز موضع
 سجوده وان كان بين يديه سترة أعطى له داخل السترة حكم المسجد لما مر ومنها أن يكون المقدم صالحا للخلافة حتى
 لو استخلف محدثا أو جديا فسدت صلاته وصلاة القوم كذلك في كتاب الصلاة في باب الحدث لان المحدث
 لا يصلح خليفة فكان اشتغاله باستخلاف من لا يصلح خليفة له عملا كثيرا ليس من أعمال الصلاة فكان اعراضا
 عن الصلاة فتفسد صلاته وتفسد صلاة القوم بفساد صلاته ولان الامام لما استخلفه فقد اقتدى به ومتى صار هو
 مقتديا به صار القوم أيضا مقتدين به والاقتداء بالحدث والجنب لا يصح فتفسد صلاة الامام والقوم جميعا وهذا
 عندنا لان حدث الامام اذا ثبت للقوم بعد الفراغ من الصلاة فصلاتهم فاسدة عندنا فكذا في حال الاستخلاف
 وعند الشافعي اذا اقتدوا به مع العلم بكونه محدثا لا يصح الاقتداء واذا لم يعلموا به ثم علموا بعد الفراغ فصلاتهم تامة
 فكذا في حال الاستخلاف وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم وذكر القدوري في شرحه مختصرا الكرخي ما يدل على ان
 استخلاف المحدث صحيح حتى لا تفسد صلاته فانه قال اذا قدم الامام رجلا والمقدم على غير وضوء فلم يقم مقامه بنوى
 أن يؤم الناس حتى يقدم غيره صح الاستخلاف ولو لم يكن أهلا للخلافة لما صح استخلافه غيره ولم يفسد صلاة
 الامام باستخلافه من لا يصلح للخلافة فتفسد صلاة القوم وحينئذ لا يصح استخلاف المتقدم وجهان المتقدم
 من أهل الامامة في الجملة وانما التعمير لمكان الحدث فصار أمره بمنزلة أمر الامام والاول اصح لما ذكرنا وكذلك
 لو قدم صبي فسدت صلاته وصلاة القوم لان الصبي لا يصلح خليفة للامام في الفرض كالا يصلح أصه خلاف الامامة
 في الفرائض وهذا على أصلنا أيضا فانه لا يجوز اقتداء البالغ بالصبي في المكتوبة عندنا خلافا للشافعي بناء على ان
 اقتداء المقترض بالمتنفل لا يصح عندنا وعند بعض وقدمت المسئلة وكذلك ان قدم الامام المحدث امرأه فسدت
 صلاتهم جميعا من الرجال والنساء والامام والمقدم وقال زفر صلاة المتقدم ولتساء جائزة وانما تفسد صلاة الرجال
 وجه قوله ان المرأة تصلح لامامة النساء في الجملة وانما لا تصلح لامامة الرجال كافي الابتداء ولان المرأة لا تصلح
 لامامة الرجال قال صلى الله عليه وسلم لم يؤم من غيرهن من حيث أخرهن الله فصار باستخلافه اياها معرضا عن الصلاة
 فتفسد صلاته وتفسد صلاة القوم بفساد صلاته لان الامامة لم تتحول منه الى غيره وكذلك لو قدم الامي أو العاري
 أو الموهي وقال زفر ان الامام اذا قرأ في الاولين فاستخلف أمية في الآخرين لا تفسد صلاتهم لا سواء حال القارئ
 والامي في الآخرين لتأدي فرض القراءة في الاولين والصحيح انه تفسد صلاتهم لان استخلاف من لا يصلح
 اماماه عمل كثير منه ليس من أعمال الصلاة فتفسد صلاته وصلاتهم بفساد صلاته وكذلك ان استخلفه بعد ما قد
 قدر ان تشهد عند أبي حنيفة وهي من المسائل الاثني عشرية وبعض مشايخنا قالوا لا تفسد بالاجماع لوجود الصنع
 منه ههنا وهو الاستخلاف الا ان بناء مذهب أبي حنيفة في هذه المسائل على هذا الاصل غير سديد على ما ذكرنا في
 كتاب الطهارة في فصل التيمم والاصل في باب الاستخلاف ان كل من يصح اقتداء الامام به يصلح خليفة له والا فلا
 ولو كان الامام متعيبا فحدث قدم متبوا جاز لان اقتداء المتعيب بالمتوضى صحيح بلا خلاف ولو قدمه ثم وجد
 الامام الاول المأه فسدت صلاته وحده لان الامامة تحوالت منه الى الثاني وصار هو كواحد من القوم ففسد صلاته

لا يتعدى الى صلاة غيره وان كان الامام الاول متوضاً وخليفة متبعها فوجدت الخطيئة الماء فسدت صلاته وصلاة
الاول والقوم جميعاً لان الامامة تحوالت اليه وصار الاول كواحد من المقتدين به وفسد صلاة الامام يتعدى الى
صلاة القوم ولو قدم مسبوقاً جازوا لولي للامام المحدث أن يستخلف مدر كالا مسبقاً قال انه أقدر على اتمام الصلاة
وقد قال صلى الله عليه وسلم من قلداً انساناً عملاً وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجاعة المؤمنين
ومع هذا لو قدم المسبوق جازولكن ينبغي له أن لا يتقدم لانه عاجز عن القيام بجميع ما يقي من الافعال ولو تقدم مع
هذا جاز لانه أهل للامامة وهو قادر على أداء الأركان وهي المقصودة من الصلاة فإذا صح استخلافه يتم الصلاة من
الموضع الذي وصل اليه الامام لانه قائم مقامه فإذا انتهى الى السلام يستخلف هذا الثاني رجلاً أدرك أول الصلاة
ليسلم بهم لانه عاجز عن السلام لبقاء ما سبق به عليه فصار بسبب العجز عن اتمام الصلاة كالذي سبقه الحدث
فثبت له ولاية استخلاف غيره فيقدم مدر كاليسلم ثم يقوم هو الى قضاء ما سبق به والامام الاول صار مقتدياً بالثاني
لان الثاني صار اماماً فيخرج الاول من الامامة ضرورة ان الصلاة الواحدة لا يكون لها امامان واذا لم يبق اماماً وقد
بقى هو في الصلاة التي كانت مشتركة بينهم صار مقتدياً بضرورة فان توضأ الاول وصلى في بيته ما بقي من صلاته فان كان
قبل فراغ الامام الثاني من بقية صلاة الاول فسدت صلاته وان كان بعد فراغه فصلاته تامة لما صار ولو قعد الامام
الثاني في الرابعة قدر التشهد ثم فقهه انتقض وضوؤه وصلاته وكذلك اذا أحدث متعمداً أو تكلم أو خرج من
المسجد فسدت صلاته لان الجزء الذي لا قته القهقهة من صلاته قد فسد وقد بقي عليه أركان ومن باشر المفسد قبل
أداء جميع الأركان فسد صلاته وصلاة المقتدين الذين ليسوا بمسبوقين تامة لان جزءاً من صلاتهم وان فسد فساد
صلاة الامام لكن لم يبق عليهم شيء من الافعال وصلاتهم بدون هذا الجزء جائزة لحكم بجوازها واما المسبوقون
فصلاتهم فاسدة لان هذا الجزء من صلاتهم قد فسد وعليهم أركان لم تؤد بعد كما في حق الامام الثاني فأما الامام الاول
فان كان قد فرغ من صلاته خلف الامام الثاني مع القوم فصلاته تامة كغيره من المدركين وان كان في بيته لم يدخل
مع الامام الثاني في الصلاة فقيهه روايتان ذكر في رواية أبي سليمان ان صلاته فاسدة وذكر في رواية أبي حفص انه
لا تفسد صلاته وجه رواية أبي سليمان ان قهقهة الامام كقهقهة المقتدى في افساد الصلاة ألا ترى ان صلاة
المسبوقين فاسدة ولو قهقهة المقتدى نفسه في هذه الحالة افسدت صلاته لبقاء الأركان عليه فكذا هذا وجه
رواية أبي حفص ان صلاة الامام والمسبوقين انما تفسدان الجزء الذي لا قته القهقهة وأفسدته من وسط
صلاتهم فإذا فسد الجزء فسدت الصلاة فأما هذا الجزء في حق صلاة الامام الاول وهو مدر ك أول
الصلاة فمن آخر صلاته لانه يأتي بعائته أولاً ثم يأتي بمادرك مع الامام والافياتي به وحده فلا يكون فساد هذا
الجزء موجباً لفساد صلاته كالمكان أتى وصلى ما تركه وأدرك الامام وصلى بقية الصلاة وقدم مع الامام ثم قهقهة
الامام الثاني لا تفسد صلاة الامام الاول كذا هذا ولو كان الذين خلف الامام المحدث كلهم مسبوقين ينظر ان بقي
على الامام شيء من الصلاة فانه يستخلف واحداً منهم لان المسبوق يصلح خليفة لما بينا فيتم صلاة الامام ثم يقوم
الى قضاء ما سبق به من غير تسليم لبقاء بعض أركان الصلاة عليه وكذا القوم يقومون من غير تسليم ويصلون
وحداناً وان لم يبق على الامام شيء من صلاته قاموا من غير ان يسلموا وأتموا صلاتهم وحداناً لوجوب الانفراد عليهم
في هذه الحالة ولو صلى الامام ركعة ثم أحدث فاستخلف رجلاً نام عن هذه الركعة وقد أدرك أولها أو كان ذهب
ليتوضأ جازلكن لا ينبغي للامام أن يقدمه ولذلك الزجل أن يتقدم وان قدم ينبغي أن يتأخروا يقدم هو غيره لان
غيره أقدر على اتمام صلاة الامام فانه يحتاج الى البداية بما فاتته فان لم يفعل وتقدم جاز لانه قادر على اتمام في الجملة
واذا تقدم ينبغي أن يشير اليهم بان ينتظروا ليصلي ما فاتته وقت نومه أو ذهابه للتوضوء ثم يصلي بهم بقية الصلاة لانه
مدر ك فينبغي أن يصلي الاول فالاول فان لم يفعل هكذا لو سكته أتم صلاة الامام ثم قدم مدر كاً وسلم بهم ثم قام فقصي
ما فاتته اجزأه عندهنا وقال زفر لا يجوز به وجه قوله أنه ما مور بالبدية بالركعة الاولى فإذا لم يفعل فقد ترك الترتيب

الأمور به فتفسد صلاته كالمسبوق إذا بدأ بقضاء ما فاتته قبل أن يتابع الإمام فيها أدرك معه ولأنه أتى بجميع
 أركان الصلاة لأنه ترك الترتيب في أفعالها والترتيب في أفعال الصلاة واجب وليس يفرض لأن الترتيب لو ثبت
 افتراضه لكانت فيه زيادة على الأركان والفرائض وذاجار مجرى النسخ ولا يثبت نسخ ما ثبت بدليل مقطوع به
 إلا بدليل مثله ولا دليل لمن جعل الترتيب فرضاً يساوى دليل افتراض سائر الأركان والدليل عليه أنه لو ترك سجدة
 من الركعة الأولى إلى آخر صلاته لم تفسد صلاته ولو كان الترتيب في أفعال صلاة واحدة فرضاً لفسدت وكذا المسبوق
 إذا أدرك الإمام في السجود يتابعه فيه فدل أن مراعاة الترتيب في صلاة واحدة ليست بفرض تركها إلا بوجوب فساد
 الصلاة بخلاف المسبوق لأن الفساد هناك ليس لترك الترتيب بل للعمل بالمنسوخ وللافتراء عند وجوب الاقتداء
 ولم يوجبدهنا وكذلك لو صلى بهم ركعة ثم ذكر ركعته الثانية فلا فضل أن يؤمى إليهم لينظروا حتى يقضى تلك
 الركعة ثم يصلى بهم بقية صلاته كافي الابتداء لما مر وإن لم يفعل وتأخر حينئذ كذا قدم رجلا منهم ليصلى بهم
 فهو أفضل أيضاً كافي الابتداء لما مر فإن لم يفعل وأتم صلاة الإمام وهو ذا كرل ركعته ثم تأخر وقدم من يسلم بهم جاز
 أيضاً لما ذكرنا ولو كان الإمام المحدث مسافراً وخلفه مقيمون ومسافرون فقدم مقيماً جاز ولا فضل أن لا يقدم
 مقيماً ولو قدمه فالمستحب له أن لا يتقدم لأن غيره أقدر على إتمام صلاة الإمام فانه لا يقدر على التسليم بعد القعود
 على رأس الركعتين غير أنه ان تقدم مع هذا جاز لأنه قادر على إتمام أركان صلاة الإمام بالكلية وانما يجوز الخروج
 وهو ليس بركن فإذا أتم صلاة الإمام وقعد قدر التشهد تأخر هو وقدم مسافراً لأنه غير عاجز عن الخروج فيستخلف
 مسافراً حتى يسلم بهم فإذا سلم قام هو وبقيته المقيمين وأتموا صلاتهم وحداناً كما لو لم يكن الأول أحدث على ما ذكرنا
 قبل هذا ولو مضى الإمام الثاني في صلاته مع القوم حتى أتمها يعني صلاة الإقامة فان كان قعد في الثانية قدر التشهد
 فصلاته وصلاة المسافر ين تمامه أما صلاة الإمام فلا أنه لما قعد قدر التشهد فقد تم ما التزم بالاقداء لأن تحريمه
 انعقدت على أن يؤدي ركعتين مع الإمام وركعتين على سبيل الافتراء وقد فعل لأنه منفرد في حق نفسه لا تتعلق
 صلاته بصلاته غيره وأما المسافرون فلاهم انتقلوا إلى النفل بعد إكمال الفرض وذال يمنع جواز الصلاة وأما صلاة
 المقيمين فقامت مدتهم لما قعدوا قدر التشهد فقد انقضت مدتهم اقتداء بهم لأنهم التزموا بالاقداء به أن يصلاوا
 الأولين مقتدين به والآخرين على سبيل الافتراء فإذا اقتصدوا فيه ما فقدوا في حال وجوب الافتراء بينهما
 مغايرة على ما ذكرنا فبالاقتداء خرجوا عما كانوا داخلوا فيه وهو الفرض ففسدت صلاتهم المفروضة وما دخلوا
 فيه دخلوا بدون الحرمة ولا شروع بدون الحرمة وإن لم يقعد قدر التشهد ففسدت صلاته وصلاة القوم كلهم لأن
 القعدة صارت فرضاً في حق الإمام الثاني لكونه خاتمة الأول فإذا ترك القعدة فقد ترك ما هو فرض ففسدت صلاته
 وصلاة المسافر ين لتركهم القعدة المفروضة أيضاً وفساد صلاة الإمام وفسدت صلاة المقيمين بفساد صلاة إمامهم
 بترك القعدة المفروضة ولو أن مسافراً أم قوماً مسافرين ومقيمين فصلى بهم ركعة وسجدة ثم أحدث فقدم رجلاً
 دخل في صلاته ساعته وهو مسافر جاز لما مر ولا ينبغي له أن يقدمه ولا لهذا الرجل أن يتقدم لما مر أيضاً أن غير
 المسبوق أقدر على إتمام صلاة الإمام ولو قدمه مع هذا جاز لما بينا وينبغي أن يأتي بالسجدة الثانية ويتم صلاة الإمام
 فان سها عن الثانية وصلى ركعة وسجد ثم أحدث فقدم رجلاً جاء ساعته فسجد الأول والثانية والإمام الأول
 يتبعه في السجدة الأولى ولا يتبعه في الثانية إلا أن يدركه بعد ما يقضى والإمام الثاني لا يتبعه في الأولى ويتبعه في
 الثانية وإذا قعد قدر التشهد قدم من أدرك أول الصلاة ليسلم ثم يقوم هو في قضى ركعتين إن كان مسافراً وإن كانوا
 أدركوا أول الصلاة اتبعه كل إمام في السجدة الأولى ويتبعه الإمام ومن بعده في السجدة الثانية والأصل في هذا أن
 المدرك لا يتابع الإمام بل يأتي بالأول فالأول والمسبوق يتابع إمامه فيما أدرك ثم يعد فراغه يقوم إلى قضاء ما سبق
 به وأصل آخر أن الإمام الثاني والثالث يقومان مقام الأول ويتحان صلاته إذا عرف هذا الأصل فنقول الإمام الأول
 لما سبقه الحدث وقدم هذا الثاني ينبغي له أن يأتي بالسجدة الثانية ويتم صلاة الإمام الأول لأنه قائم مقامه والأول

لأنه يسبقه الحدث لسجدة هذه السجدة فكذلك الثاني فلأنه سها عن هذه السجدة وصلى الركعة الثانية فلما سجد سجدة
سبقة الحدث فقدم رجلا جاء ساعته وتقدم هذا الثالث ينبغي لهذا الإمام الثالث أن يسجد السجدة الأولى ولا أن هذا
الثالث قائم مقام الأول والأول كان يأتي بالأول فالأول فكذلك إذا سجد الثالث السجدة الأولى وكان جاء الإمام
الأول والثاني فإن الأول يتابعه في السجدة الأولى لأنه صار مقتدياً به وانتهت صلاته إلى هذه السجدة فيأتي بها وكذا
القوم يتابعونه فيها لأنهم قد صلوا تلك الركعة أيضاً وانعابى عليهم منها تلك السجدة وأما الإمام الثاني فلا يتابعه في
السجدة الأولى في ظاهر الرواية وذكر في نوادر الصلاة لأبي سليمان أنه يتابعه فيها ووجهه أن الثالث قائم مقام الأول
ولو كان الأول يأتي بهذه السجدة كان يتابعه الثاني بأن أدركه الإمام في السجدة وإن كانت السجدة غير محسوبة من
صلاته بل يتبعه الإمام فكذلك إذا سجدها الإمام الثالث ويأتي بها الثاني بطريق المتابعة ووجه ظاهر الرواية أن السجدة
الأولى غير محسوبة من صلاة الإمام الثالث فلا يجب على الثاني متابعتها فيها بل هي في حقه بمنزلة سجدة زائدة
والإمام إذا كان يأتي بسجدة زائدة لا يتابعه المقتدى فيها بخلاف ما لو أدرك الإمام الأول في السجدة حيث يتابعه فيها
لأنها محسوبة من صلاة الإمام فيجب عليه متابعتها وأما في السجدة الثانية فلا يتابعه الإمام الأول لأنه مدرك يأتي
بالأول فالأول إذا كان صلى الركعة الثانية يسجد سجدة وانتهى إلى هذه وتابعه الإمام الثاني فيها لأنه مدرك هذه
الركعة وانتهى هي إلى هذه السجدة فيتابعه فيها وإن لم تكن محسوبة للإمام الثالث لأنها محسوبة للإمام الثاني وكذا
القوم يتابعونه فيها لأنهم قد صلوا هذه الركعة أيضاً وانتهى إلى هذه السجدة ثم إذا سجد الإمام الثالث السجدة
وقد قدر التشهد يقدم مدركا يسلم بهم لعجزه عن ذلك بنفسه ويسجد الإمام الرابع للسهو لينجز به النقص
الممكن في هذه الصلاة بتأخير السجدة الأولى عن محلها الأصلي ويسجدون معه ثم يقوم الثالث فيقضي ركعتين
بقراءة ثم يقوم الثاني فيقضي الركعة التي سبق بها بقراءة ويتم المقيمون صلاتهم وأما إذا كانوا كلهم مدركين
والمسئلة بجملتها فإن الإمام الأول يتابع الإمام الثالث في السجدة الأولى لأن صلاة الإمام الأول انتهت إلى هذه
السجدة فيتابعه فيها لا محالة فكذلك الإمام الثاني لأنه أدرك الركعة الأولى وهذه السجدة مناهضة فاتهت فقلنا بأنه
يأتي بها وأما في السجدة الثانية فلا يتابعه الأول لأنه مدرك فيقضي الأول فالأول وهو ما أتى بهذه الركعة الثانية
فينبغي له أن يأتي بها ولا ثم يأتي بهذه السجدة في آخر الركعة الثانية إذا انتهى إليها ويتابعه الإمام الثاني لأن صلاته
انتهت إلى هذه السجدة فانه صلى الركعة الثانية وترك هذه السجدة فيأتي بها والله أعلم هذا إذا كان الإمام مسافراً
فأما إذا كان مقبلاً والصلاة من ذوات الأربع فصلى الأئمة الأربع كل واحد منهم ركعة وسجدة ثم
أحدث الرابع وقدم خامساً فإن كانت الأئمة الأربع مسبقين بأن كان كل واحد بعد الأول جاء ساعته
فأحدث الرابع وقدم رجلاً جاء ساعته وتوضأ الأئمة وجاءوا ينبغي أن يسجد الإمام الخامس السجدة الأربع
فينسجد الأولى فيتابعه فيها القوم والإمام الأول لأن صلاتهم انتهت إليها ولا يتابعه فيها الإمام الثاني والثالث
والرابع في ظاهر الرواية لأنها غير محسوبة من صلاة الإمام الخامس فلا يجب عليهم متابعتها فيها وفي رواية النوادر
يسجدونها معه بطريق المتابعة على ما ذكرنا ثم يسجد الثانية ويتابعه فيها القوم والإمام الثاني لأنه صلى تلك
الركعة وانتهى إلى هذه ولا يتابعه فيها الإمام الأول لأنه صلى الأول فالأول وهو ما صلى تلك الركعة بعد حتى
لو كان صلاتها وانتهى إلى السجدة الثانية ثم سجد الإمام يتابعه وكذا لا يتابعه الثالث والرابع في ظاهر الرواية
الأعلى رواية النوادر على ما ذكرنا ثم يسجد الثالثة ويتابعه فيها القوم والإمام الثالث فقط ثم يسجد الرابعة
ويتابعه فيها القوم والإمام الرابع فقط والحاصل أن كل إمام يتابعه في سجدة ركعته التي صلاها لأنه انتهى إليها
ولا يتابعه في سجدة الركعة التي هي بعد الركعة التي أدركها لأنه في حق تلك الركعة مدرك فيقضي الأول
فالأول إذا انتهت صلاته إليها وهل يتابعه في سجدة الركعة التي فاتته فعلى ظاهر الرواية لا وعلى رواية النوادر نعم
ثم يشهد وتأخر فيقدم سادساً يسلم بهم لعجزه عن التسليم ويسجد سجدة في السهو لما هم ثم يقوم الخامس فيصلى

أربع ركعات لأنه مسبوق فيها بقرآني الأولين وفي الآخرين هو بالخيار على ما عرف وأما الامام الاول فيقضي ثلاث ركعات بغير قراءة لأنه مدرك والامام الثاني يقضي ركعتين بغير قراءة أيضا لأنه لاحق فيهما ثم يقضي ركعة بقراءة لأنه مسبوق فيها والامام الثالث يقضي الرابعة أولا بغير قراءة لأنه لاحق فيهما ثم يقضي ركعتين بقراءة لأنه مسبوق فيهما والامام الرابع يقضي ثلاث ركعات بقرآني ركعتين منها وفي الثالثة هو بالخيار لأنه مسبوق فيها هذا اذا كانت الأئمة الاربعة مسبوقين فاما اذا كانوا مدركين فصلى كل واحد منهم ركعة وسجدة ثم أحدث الرابع وقدم خامسا وجاه الأئمة الاربعة فانه ينبغي للخامس أن يبدأ بالسجدة الأولى ويتابعه فيها الأئمة والقوم لانهم صلوا هذه الركعة وانتهت الى هذه السجدة ثم يبدأ الثانية ويتابعه فيها الثاني والثالث والرابع والقوم لهذا المعنى ولا يتابعه الاول لأنه يصلي الاول فالاول وهو ما أدى تلك الركعة بعد الا اذا كان عجز فصلى الركعة الثانية وأدرك الامام في السجدة الثانية حينئذ يتابعه فيها ثم يسجد الثالثة ويتابعه فيها الثالث والرابع والقوم لما بيننا ولا يتابعه الاول والثاني لانهم لم يصلوا الركعة الثالثة بعد ثم يسجد الرابعة ويتابعه فيها الرابع والقوم لانهم صلوا هذه الركعة وانتهت الى هذه السجدة ولا يتابعه الاول والثاني والثالث لانهم صلوا هذه الركعة بعد ثم يقوم الامام الاول فيقضي ثلاث ركعات والامام الثاني ركعتين والامام الثالث الركعة الرابعة بغير قراءة لانهم مدركون أول الصلاة ثم يسلم الخامس ويسجد للسهو والقوم معه لما مر وكل امام فرغ من اتمام صلاته وأدركه تابعه في سجود السهو ومن لم يدركه آخر سجود السهو الى آخر الصلاة على ما ذكرنا قبل هذا والصحيح أنه يفسد صلاتهم لان اختلاف من لا يصلح امامه عمل كثير منه ليس من اعمال الصلاة فتفسد صلاته وصلاتهم بفساد صلاته وكذلك عند أبي حنيفة وهي من المسائل الاثني عشرية وبعض مشايخنا قالوا لا تفسد بالاجماع نوجود انصاع من هذا وهو الاستخلاف الا ان بناء مذهب أبي حنيفة في هذه المسائل على هذا الاصل غير سليم بل ذكرنا في كتاب الطهارة في فصل التيمم والاصل في باب الاستخلاف ان كل من صح اقتداء الامام به يصلح خليفة له والا فلا ولو كان الامام متعبا وأحدث وقدم متوضا جاز لان اقتداء التيمم بالتوضي صحيح بخلاف ولو قدمه ثم وجده الامام الاول الماء فسدت صلاته وحده لان الامامة تحوالت منه الى الثاني وصار هو كواحد من القوم ففسد صلاته لا يتعدى الى غيره وان كان الامام الاول متوضا والخليفة متعبا فوجده الخليفة الماء فسدت صلاته وصلاة الاول وصلاة القوم جميعا لان الامامة تحوالت اليه وصار الاول كواحد من المقتدين به وفساد صلاته الامام يتعدى الى صلاة القوم ولو قدم مسبوقا جاز والاولى للامام المحدث أن يستخلف مدركا لا مسبوقا لأنه أقدر على اتمام الصلاة وقد قال عليه الصلاة والسلام من قلنا انسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المؤمنين ومع هذا لو قدم المسبوق جاز ولكن ينبغي أن لا يتقدم لأنه عاجز عن القيام بجميع ما بقي من الاعمال ولو تقدم مع هذا جاز لأنه أهل للامامة وهو قادر على أداء الاركان وهي المقصودة من الصلاة فاذا صح استخلافه بتم الصلاة من الموضع الذي وصل اليه الامام لأنه قائم مقامه فاذا انتهى الى السلام يستخلف هذا الثاني رجلا أدرك أول الصلاة ليسلم بهم لأنه عاجز عن السلام لبقاء ما سبق به عليه فصار بسبب العجز عن اتمام الصلاة كالذي سبقه الحدث فيثبت له ولاية استخلاف غيره فيقدم مدركا ليسلم ويقوم هو بقضائه ما سبق به والامام الاول صار مقتديا بالامام الثاني لان الثاني صار اماما فيخرج الاول من الامامة ضرورة ان الصلاة الواحدة لا يكون لها امامان واذا لم يبق اماما وقد بقي هو في الصلاة التي كانت مشتركة بينهم صار مقتديا ضرورة فان توضحا الاول وصلى في بيته ما بقي من صلاته فان كان قبل فراغ الامام الثاني من صلاة الاول فسدت صلاته وان كان بعد فراغه فصلاته تامة على ما مر ولو قد حدث الثاني في الرابعة قدر التشهد ثم فقهه انتقض وضوؤه وصلاته وكذلك اذا أحدث منه عمدا أو نكلم أو خرج من المسجد فسدت صلاته لان الجزء الذي لا فقهه انتقض وضوؤه وصلاته قد فسد وقد بقي عليه أركان ومن باشر المفسد قبل أداء جميع الاركان يفسد صلاته وصلاة المقتدين الذين ليسوا بمسبوقين تامة لان جزءا من صلاتهم وان فسد بفساد

صلاة الامام لكن لم يبق عليهم شيء من الافعال فصلاتهم بدون هذا الجزء جائزة حكم بجوازها فاما المسبوقون فصلاتهم فاسدة لان هذا الجزء من صلاتهم قد فسد وعليهم اركان لم تؤد بعد كمال حق الامام الثاني فاما الامام الاول فان كان قد فرغ من صلاته خلف الامام الثاني فصلاته تامة كغيره من المدركين وان كان في بيته ولم يدخل مع الامام الثاني في الصلاة فغيره رواية أبي سليمان ان صلاته فاسدة وقد كره في رواية أبي حنيفة ان صلاته لا تفسد وجه رواية أبي سليمان ان فقهه الامام كفهقه المقتدي في افساد الصلاة الا يرى ان صلاة المسبوقين فاسدة ولو فقهه المقتدي نفسه في هذه الحالة ففسدت صلاته لبقاء الاركان عليه فكذا هذا وجه رواية أبي حنيفة ان صلاة الامام والمسبوق انما تفسدان الجزء الذي لا يستلزم الفقه فافسد من وسط صلاتهم فاذا فسد الجزء فسدت الصلاة فاما هذا الجزء في حق صلاة الامام الاول وهو مدرك لاول الصلاة فن آخر صلاته لانه يأتي بما يدركه اولاً ثم يأتي بما يدرك مع الامام والا فيأتي به وحده فلا يكون فساد هذا الجزء موجباً لفساد صلاته كالمسبوقين ولو كان من خلف المحدث كلهم مسبوقين ينظر ان بقي على الامام شيء من الصلاة فانه يستخلف واحد منهم لان المسبوق يصلح خليفة لما بيننا فيتم صلاة الامام ثم يقوم الى قضاء ما سبق به من غير تسليم لبقاء بعض اركان الصلاة عليه وكذا القوم يقومون من غير تسليم ويصلون وحدانا وان لم يبق على الامام شيء من صلاته قاموا من غير ان يصلحوا او اوصالهم وحدانا لوجوب الانفراد عليهم في هذه الحالة ولو صلى الامام ركعة ثم أحدث فاستخلف رجلاً تام من هذه الركعة وقد أدرك أولها أو كان ذهب ليتوضأ جازاً لكن لا ينبغي للامام أن يقدمه ولا لذلك الرجل أن يتقدم وان قدم ينبغي أن يتأخر ويقدم هو غيره لان غيره أقدر على اتمام صلاة الامام وانه يحتاج الى البداية بما فاته فان لم يفعل وتقدم جازاً لانه قادر على اتمام في الجملة واذا تقدم ينبغي أن يشير اليهم لينتظره الى أن يصلي ما فاته وقت نومه أو ذهابه للتوضوء ثم يصلي بهم بقية الصلاة لانه مدرك فينبغي أن يصلي الاول فالاول وان لم يفعل هكذا ولكنه اتم صلاة الامام ثم قدم مدركا فسلم بهم ثم قام فيقضي ما فاته أجزاء عندنا خلافاً لغيره وجه قوله انه مأمور بالبدئية بالركعة الاولى فاذا لم يفعل فقد ترك الترتيب المأمور به فنفسد صلاته كالمسبوق اذا بدأ بقضاء ما فاته قبل أن يتابع الامام فيما أدركه معه (ولنا) انه أتى بجميع اركان الصلاة الا انه ترك الترتيب في أفعالها والترتيب في أفعال الصلاة واجب وليس بفرض لان الترتيب لو ثبتت فرضيته لكان فيه زيادة على الاركان والقرائن وهذا جار مجرى النسخ ولا يثبت نسخ ما ثبت بدليل مقطوع به الا بدليل مثله ولا دليل لمن جعل الترتيب فرضاً ليساوي دليل افتراض سائر الاركان والدليل عليه انه لو ترك سجدة من الركعة الاولى الى آخر صلاته لم تفسد صلاته ولو كان الترتيب في أفعال صلاة واحدة فرضاً لفسدت وكذا المسبوق اذا أدرك الامام في السجود يتابعه فيه فدل ان مراعاة الترتيب في صلاة واحدة ليست بفرض فتركها لا يوجب فساد الصلاة

فصل واما بيان حكم الاستخلاف في حكمه ضرورة الثاني اماماً وخروج الاول عن الامامة وصورته في حكم المقتدي بالثاني ثم انما يصير الثاني اماماً ويخرج الاول عن الامامة بأحد أمرين اما بقيام الثاني مقام الاول ينوي صلاته أو بخروج الاول عن المسجد حتى لو استخلف رجلاً وهو في المسجد بعد ولم يتم الخليفة مقامه فهو على امامته حتى لو جاء رجل فاقتدى به صح اقتداؤه ولو أفسد الاول صلاته فسدت صلاتهم جميعاً لان الاول كان اماماً وانما يخرج عن الامامة بانه لا يملكها الى غيره ضرورة ان الصلاة الواحدة لا يجتمع عليها امامان أو بخروجه عن المسجد لقوت شرط صحة الاقتداء وهو اتحاد البقعة فاذا لم يتقدم غيره ولم يخرج من المسجد لم ينتقل والبقعة متحدة فبقي اماماً في نفسه كما كان وقولنا ينوي صلاة الامام حتى لو استخلف رجلاً جاء ساعته فدل ان مقتدي به يتقدم وكبر فان نوى الاقتداء بالامام وان يصلي بصلاته صح استخلافه وجازت صلاتهم وقال بشر لا يصح الاستخلاف بناء على ان الاقتداء بالامام المحدث عنده غير صحيح ابتداءً لان بقاء الاقتداء به بعد الحدث أمر عرف

بالنص بخلاف القياس والا ابتداء ليس في معنى البقاء ألا ترى ان حدث الامام يمنع الشروع في الصلاة ابتداء ولا يمنع البقاء فيها فيمنع الاقتداء به أيضا ابتداء ولنا انه لما كبر ونوى الدخول في صلاة الأول والأول بعد في المسجد وحرمة صلاته باقية صح الاقتداء وبقي الامام الأول بعد صحة الاقتداء على الاستخلاف اي صار الثاني بعد اقتدائه به خليفة الأول بالاستخلاف السابق فصار مستخلفا من كان مقتديا به فيجوز وان كان مسبوقا للمسلم وان كبر ونوى أن يصلي بهم صلاة مستقلة لم يصير مقتديا بالامام الأول فتبين ان الامام استخلف من ليس عتقه به فلم يصح الاستخلاف وهذا ان الاستخلاف أمر جواز شرعا بخلاف القياس فيراعى عيضا ما ردد فيه النص والنص ورد في استخلاف من هو مقتد به فبقي غير ذلك على أصل القياس وصلاة هذا الثاني صحيحة لانه اقتضاها منفردا بم صلاة المنفرد جائزة وصلاة القوم فاسدة لانه لما يصح استخلاف الثاني بقي الأول اماما لهم وقد خرج من المسجد ففسد صلاتهم ولا نهم لما صلاوا خلف الامام الثاني ولو اخلف من ليس امام لهم وتركوا الصلاة خلف من هو امامهم وكلا الامرين مفسد للصلاة ولا نهم كانوا مقتدين بالاول فلا يمكنهم انما هم مقتدين بالثاني لان الصلاة الواحدة لا تؤدي بامامين بخلاف خليفة الامام الاول لانه قام مقام الاول فكان هو بعينه فكان الامام واحدا معنى وان كان مثني صورة وههنا الثاني ليس بخليفة للاول لانه لم يقتد به قط فكان هذا أداء صلاة واحدة خلف امامين صورة ومعنى وهذا لا يجوز وأما صلاة الامام الاول فلم يتعرض لها في الكتاب واختلف مشايخنا فيها قال بعضهم تفسد لانه لما استخلفه اقتدى به والاقتداء بمن ليس معه في الصلاة يوجب فساد الصلاة وقال بعضهم لا تفسد لانه خرج من المسجد من غير استخلاف والاول أصبح وقد ذكر في العيون لو ان اماما أحدث وقدم رجلا من آخر الصفوف ثم خرج من المسجد فان نوى الثاني أن يكون اماما من ساعته جازت صلاتهم وصار الاول كواحد من القوم وان نوى أن يكون اماما اذا قام مقام الاول فسدت صلاتهم اذا خرج الاول قبل أن يصل الثاني الى مقامه ولو قام الثاني مقام الاول قبل خروجه من المسجد جازت صلاتهم والله الموفق ومنها أي من مفسدات الصلاة الكلام عمدا أو سهوا وقال الشافعي كلام الناسي لا يفسد الصلاة اذا كان قليلا وله في الكثير قولان واحتج بما روى عن أبي هريرة انه قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إحدى صلاتي العشي اما الظهر واما العصر فلم على رأس الركعتين فخرج سرعان القوم فقام رجل يقال له ذواليدن فقال يا رسول الله أقصرت الصلاة أم نسيتها فقال صلى الله عليه وسلم كل ذلك لم يكن فقال والذي بعث بالحق لقد كان بعض ذلك ثم أقبل على القوم وفيهم أبو بكر وعمر رضي الله عنهما فقال صلى الله عليه وسلم أحق ما يقول ذواليدن فقالا نعم صدق ذواليدن صليت ركعتين فقام وصلى الباقي وسجد سجدة السهو بعد السلام قال النبي صلى الله عليه وسلم تكلم ناسيا فان عنده انه كان أتم الصلاة وذواليدن تكلم ناسيا فانه زعم ان الصلاة قد قصرت ورسول الله صلى الله عليه وسلم لم يستقبل الصلاة ولم يأمر ذا اليدن ولا أبابكر ولا عمر بالاستقبال وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولان كلام الناسي بمنزلة سلام الناسي وذلك لا يوجب فساد الصلاة وان كان كلاما لانه خطاب الأدميين ولهذا يخرج عمده من الصلاة كذا هذا ولنا ما روي عن حديث البناء وهو قوله صلى الله عليه وسلم وليبن على صلاته ما لم يتكلم يجوز البناء الى غاية التكلم فيقضى انتهاء الجواز بالتكلم وروى عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال خرجنا الى الحبشة وبعضنا يسلم على بعض في صلاته فلما قدمت رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلاة فسلمت عليه فلم يرد على فأخذني ما قدم وما حدث فلما سلم قال يا ابن أم عبد ان الله تعالى يحدث من أمره ما يشاء وان مما أحدث أن لا تتكلم في الصلاة وروى عن معاوية بن الحكم السلمي انه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فعمس بعض القوم فقلت يا رسول الله فرماني بعض القوم بأبصارهم فقلت وانكلى أماء ما لي أراكم تنظرون الى شئرا فصرخوا أيديهم على أعقابهم فعلمت انهم يستكثونني فلما فرغ النبي صلى الله عليه وسلم دعاني فوالله ما رأيت معلما أحسن تعليما منه ما نهرني ولا زجرني ولكن قال ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس

انما هي التسييح والتهيل وقراءة القرآن وما لا يصلح في الصلاة فبما شرته مفسد للصلاة كالاكل والشرب ونحو ذلك ولهذا لوكثر كان مفسدا ولو كان النسيان فيها عذرا لاستوى قلبه وكثيره كالاكل في باب الصوم وحديث ذي اليبدين محمول على الحالة التي كان يباح فيها التكلم في الصلاة وهي ابتداء الاسلام بدليل ان ذا اليبدين وابابكرو عمر رضي الله عنهم تكلموا في الصلاة عامدين ولم يأمرهم بالاستقبال مع ان الكلام العمد مفسد للصلاة بالاجماع والرفع المذكور في الحديث محمول على رفع الاثم والعقاب ونحن نقول به والاعتبار بسلام الناسي غير سديد فان الصلاة تبقى مع سلام العمد في الجملة وهو قوله السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين والنسيان دون العمد فجاز ان تبقى مع النسيان في كل الاحوال وفقهه ان السلام بنفسه غير مضاد للصلاة لما فيه من معنى الدعاء الا انه اذا قصد به الخروج في أو ان الخروج جعل سببا للخروج شرعا فاذا كان ناسيا وبقي عليه شيء من الصلاة لم يكن السلام موجودا في أو انه فلم يجعل سببا للخروج بخلاف الكلام فانه مضاد للصلاة ولان النسيان في أعداد الركعات يقلب وجوده فلو حكنا بخروجه عن الصلاة يؤدي الى الحرج فاما الكلام فلا يقلب وجوده ناسيا فلو جعلناه قاطعا للصلاة لا يؤدي الى الحرج فبطل الاعتبار والله أعلم والنفع المسموع مفسد للصلاة عند أبي حنيفة ومحمد وجملة الكلام فيه ان النفع على ضرر بين مسموع وغير مسموع وغير المسموع منه لا يفسد الصلاة بالاجماع لانه ليس بكلام معهود وهو الصوت المنظوم المسموع ولا عمل كثير الا انه يكره لاضرر ان ادخل ما ليس من أعمال الصلاة في الصلاة من غير ضرورة مكروه وان كان قليلا فاما المسموع منه فانه يفسد الصلاة في قول أبي حنيفة ومحمد سواء اراد به التأنيف أو لم يرد وكان أبو يوسف يقول أو لا ان اراد به التأنيف بأن قال أق رأيت على وجه الكراهة للشيء وتبعه يفسد وإن لم يرد به التأنيف لا يفسد ثم رجع وقال لا يفسد اراد به التأنيف أو لم يرد وجه قوله الاول انه اذا اراد به التأنيف كان من كلام الناس لدلالته على الضمير فيفسد واذا لم يرد به التأنيف لم يكن من كلام الناس لعدم دلالة على الضمير فلا يفسد كالتنخيع وجه قوله الاخير انه ليس من كلام الناس في الوضع فلا يصير من كلامهم بالقصد والارادة ولان أحد الحرفين ههنا من الزوائد التي يجمعها قولك اليوم نساء والحرف الزائد ماحق بالعدم يبقى حرف واحد وانه ليس بكلام حتى لو كانت ثلاثة أحرف أصدية أو زائدة أو كان حرفين أصليين يوجب فساد الصلاة ولا أبي حنيفة ومحمد ان الكلام في العرف اسم للحروف المنظومة المسموعة وأدنى ما يحصل به انتظام الحروف حرفان وقد وجد في التأنيف وليس من شرط كون الحروف المنظومة كلاما في العرف أن تكون مفهومة المعنى فان الكلام العربي نوعان مهمل ومستعمل ولهذا لو تكلم بالمهملات فسدت صلاته مع ما أن التأنيف مفهوم المعنى لانه وضع في اللغة للتبعيد على طريق الاستخفاف حتى حرم استعمال هذا اللفظ في حق الابوين احتراماً لهما لقوله تعالى ولا تقل لهما أف وهذا النص من أقوى الحجج لهما أن الله تعالى سمي التأنيف قولاً فدل انه كلام والدليل على ان النفخ كلام ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لغلام يقال له رباح حين مر به وهو ينفخ الزب من موضع سجوده في صلاته لا تنفخ فان النفخ كلام وفي رواية ما علمت ان من نفخ في صلاته فقد تسكلم وهذا نص في الباب واما التنخيع عن عذرافانه لا يفسد الصلاة بلا خلاف واما من غير عذر فقد اختلف المشايخ فيه على قولهما قال بعضهم يفسد لوجود الحرفين من حروف الهجاء وقال بعضهم ان تنفخ الحسين الصوت لا يفسد لان ذلك سمي في أداء الركن وهو القراءة على وصف الكمال وروى امام الهدي الشيخ أبو منصور الماتريدي السمرقندي عن الشيخ أبي بكر الجوزجاني صاحب أبي سليمان الجوزجاني انه قال اذا قال اخ فسدت صلاته لان له هجاء ويسمع فهو كالنفخ المسموع وبه تبين ان ما ذكره أبو يوسف من المعنى غير سديد لما ذكرنا ان الله تعالى سماه قولاً ولما ذكرنا ان الحروف المنظومة المسموعة كافية للساد وان لم يكن لها معنى مفهوم ما كالتسكلم عهمل كثرت حروفه واما قوله ان أحد الحرفين من الحروف الزوائد فمهم هو من جنس الحروف الزوائد لكنه من هذه السكلمة ليس هو بزائد والحق ما هو من جنس الحروف الزوائد من كلمة ليس هو فيها زائداً بالزوائد المحال وكذا قوله بامتناع

التغير بالقصد والارادة غير صحيح بدليل ان من قال لا يبعث الله من يموت وأراد به قراءة القرآن يثاب عليه ولو
أراد به الانكار للبعث فكفر فدل ان ما ليس من كلام الناس في الوضع يجوز ان يصير من كلامهم بالقصد والارادة
ولو ان في صلاته أو بكى فارتفع بكاه أو كان ذلك من ذكر الجنة أو النار لا تفسد الصلاة وان كان من وجع أو
مصيبة يفسد هالان الأئين أو البكاء من ذكر الجنة أو النار يكون لخوف عذاب الله وأليم عقابه ورجاء ثوابه فيكون
عبادة خالصة ولهذا مدح الله تعالى خليله عليه الصلاة والسلام بالتأوه فقال ان ابراهيم لأواه حلیم وقال في موضع
آثر ان ابراهيم حلیم أو أواه منب لانه كان كثير التأوه في الصلاة وكان لخوف رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يز
كان يز الرجل في الصلاة وإذا كان كذلك فالصوت المنبعث عن مثل هذا الأئين لا يكون من كلام الناس فلا يكون
مفسدا ولا التأوه والبكاء من ذكر الجنة والنار يكون بمنزلة البصر بحسنة الجنة والتعوذ من النار وذلك غير
مفسد كذا هذا وإذا كان ذلك من وجع أو مصيبة كان من كلام الناس وكلام الناس مفسد وروى عن أبي يوسف
انه قال اذا قال آه لا تفسد صلاته وان كان من وجع أو مصيبة وإذا قال آه تفسد صلاته لان الاول ليس من قبيل
الكلام بل هو شبهه بالتنفخ والتنفس والثاني من قبيل الكلام والجواب ما ذكرنا ولو عطس رجل فقال له رجل
في الصلاة رحمك الله فسد صلاته لان تسميت العاطس من كلام الناس لما روينا من حديث معاوية بن الحكم
السهمي ولا نه خطيب للعاطس بمنزلة قوله أطال الله بقاءك وكلام الناس مفسد بالنص وان أخبر بخبر يسره فقال
الحمد لله أو أخبر بما يشجب منه فقال سبحان الله فان لم يرد جواب المخبر لم تقطع صلاته وان أراد به جوابه
قطع عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يقطع وان أراد به الجواب وجه قوله ان الفساد لو فسد انما تفسد
بالصيغة أو بالنية لا وجه الاول لان الصيغة صبغة الاذكار ولا وجه للثاني لان مجرد النية غير مفسد ولهما ان هذا
اللفظ لما استعمل في محل الجواب وفهم منه ذلك صار من هذا الوجه من كلام الناس وان لم يصبر من حيث
الصيغة ومثل هذا جائز كمن قال لرجل اسمه يحيى وبين يديه كتاب موضوع يا يحيى خذ الكتاب بقوة وأراد
به الخطاب بذلك لا قراءة القرآن انه بعد من كلامه لا قارنا وكذا اذا قيل للمصلي بآي موضع مررت فقال بمرمطة
وقصر مشيد وأراد به جواب الخطاب لما ذكرنا كذا هذا وكذا اذا أخبر بخبر يسره فاسترجع لذلك فان لم يرد به
جوابه لم يقطع صلاته وان أراد به الجواب قطع لان معنى الجواب في استرجاعه أعينوني فآي مصاب وليد كرخلاف
أبي يوسف في مسئلة الاسترجاع في الاصل والأصح انه على الاختلاف ومن سلم فرق بينهما فقال الاس ترجاع
اظهار المصيبة وما شرعت الصلاة لأجله فاما التحميد فإظهار الشكر والصلاة شرعت لأجله ولو لم يصر بالمصلي بآية
فيها ذكر الجنة فوقف عندها وسأل الله الجنة أو بآية فيها ذكر النار فوقف عندها وتعوذ بالله من النار
فان كان في صلاة التطوع فهو حسن اذا كان وحده لما روي عن حذيفة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ البقرة
وآل عمران في صلاة الليل فنام بآية فيها ذكر الجنة الاوقف وسأل الله تعالى وما مر بآية فيها ذكر النار الاوقف
وتعوذ وما مر بآية فيها مثل الاوقف وتفكر واما الامام في الفرائض فيكره له ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله
في المكتوبات وكذا الأئمة بعده الى يومنا هذا فكان من المحدثات ولا نه يشغل على القوم وذلك مكروه ولكن لا تفسد
صلاته لأنه يزيد في خشوعه والخشوع زينة الصلاة وكذا المأموم يستمع وينصت لقوله تعالى واذا قرأ القرآن
فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون ولو استأذن على المصلي انسان فسبح وأراد به اعلامه انه في الصلاة لم يقطع صلاته
لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال كان لي من رسول الله صلى الله عليه وسلم مدخلان في كل يوم بأيمها شئت
دخلت فكنت اذا أتيت الباب فان لم يكن في الصلاة فتع الباب فدخلت وان كان في الصلاة رفع صوته بالقراءة
فانصرفت ولأن المصلي يحتاج اليه لصيانة صلاته لانه لو لم يفعل ربحا لمع المستأذن حتى يتلى هو باللفظ في
القراءة فكان القصد به صيانة صلاته فلم تفسد وكذا اذا عرض للإمام شيء فسبح المأموم لأبأس به لان القصد به
اصلاح الصلاة فسد حكم الكلام عنه لا حاجة الى الاصلاح ولا يسبح الامام اذا قام الى الآخرين لأنه لا يجوز له

الرجوع اذا كان الى القيام اقرب فلم يكن التسبيح مقيدا ولو فتح على المصلي انسان فهذا على وجهين اما ان كان الفاتح هو المقتدى به او غيره فان كان غيره فسدت صلاة المصلي سواء كان الفاتح خارج الصلاة او في صلاة أخرى غير صلاة المصلي وفسدت صلاة الفاتح ايضا ان كان هو في الصلاة لان ذلك تعليم وتعلم فان القارئ اذا استفتح غيره فكانه يقول ماذا بعد ما قرأت فذكرني والفاتح بالفتح كانه يقول بعد ما قرأت كذا الخ ذمني ولو صرح به لا يشكل في فساد الصلاة فكذا هذا وكذا المصلي اذا فتح على غير المصلي فسدت صلاته لوجود التعليم في الصلاة ولان فقهه بعد استفتاحه جواب وهو من كلام الناس فيوجب فساد الصلاة وان كان مرة واحدة هذا اذا فتح على المصلي عن استفتاح فاما اذا فتح عليه من غير استفتاح لا تفسد صلاته بجمرة واحدة وانما تفسد عند التكرار لانه عمل ليس من أعمال الصلاة وليس بخطاب لاحد فقلبه يورث الكراهة وكثيره يوجب الفساد وان كان الفاتح هو المقتدى به فالقياس هو فساد الصلاة الا اناس استحسنوا الجواز لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ سورة المؤمنون فترك حرفا فلم يفرغ قال الم يكن فيكم ابي قال نعم يا رسول الله قال هلا فكتحت على فقال طننت انها نسخت فقال صلى الله عليه وسلم لو نسخت لانبأكم وعن علي رضي الله عنه انه قال اذا استطعت مثل الامام فاطعه وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه قرأ الفاتحة في صلاة المغرب فلم يند كرسورة فقال نافع اذا زلزلت فقرأها ولان المقتدى مضطر الى ذلك لصيانة صلاته عن الفساد عند ترك الامام المجاوزة الى آية أخرى أو الانتقال الى الركوع حتى انه لو فتح على الامام بعد ما انتقل الى آية أخرى فقد قيل انه ان اخذ الامام فسدت صلاة الامام والقوم وان لم يأخذ فسدت صلاة الفاتح خاصة لعدم الحاجة الى الصيانة ولا ينبغي للمقتدى أن يعجل بالفتح ولا للامام أن يجوهم الى ذلك بل يركع أو يتجاوز الى آية أو سورة أخرى فان لم يفعل الامام ذلك وخاف المقتدى أن يجري على لسانه ما يفسد الصلاة حينئذ يفتح عليه لقول علي اذا استطعت مثل الامام فاطعه وهو لم يلم أي مستحق الملامة لانه أحوج المقتدى واضطره الى ذلك وقد قال بعض مشايخنا ينبغي للمقتدى أن ينوي بالفتح على امامه التلاوة وهو غير سديد لان قراءة المقتدى خلف الامام منهي عنها عندنا والفتح على الامام غير منهي عنه فلا يجوز ترك ما رخص له فيه بنية ما هو منهي عنه وانما يستقيم هذا اذا كان الفتح على غير امامه فعند ذلك ينبغي له ان ينوي التلاوة دون التعليم ولا يضره ذلك ولو قرأ المصلي من المصحف فصلاته فاسدة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد ثامة ويكره وقال الشافعي لا يكره واحتجوا بما روي ان مولى عائشة رضي الله عنها يقال له ذكوان كان يوم الناس في رمضان وكان يقرأ من المصحف ولان النظر في المصحف عبادة والقراءة عبادة وانضمام العبادة الى العبادة لا يوجب الفساد الا انه يكره عندهما لانه تشبه به أهل الكتاب والشافعي يقول ما نهيننا عن التشبه بهم في كل شيء فاننا كل ما باكلون ولا في حنيفة طريقتان احدهما ان ما يوجد منه من جعل المصحف وتقليب الاوراق والنظر فيه أعمال كثيرة ليست من أعمال الصلاة ولا حاجة الى تحمّلها في الصلاة فتفسد الصلاة وقياس هذه الطريقة انه لو كان المصحف موضوعا بين يديه ويقرأ منه من غير حمل وتقليب الاوراق أو قرأ ما هو مكتوب على المحراب من القرآن لا تفسد صلاته لعدم المفسد وهو العمل الكثير والطريقة الثانية ان هذا يلحق من المصحف فيكون تعلمه منه ألا ترى ان من يأخذ من المصحف يسهي متعلما فصار كالو تعلم من معلم وذا يفسد الصلاة كذا هذا وهذه الطريقة لا توجب الفصل بين ما اذا كان حاملا للمصحف مقلبا للاوراق وبين ما اذا كان موضوعا بين يديه ولا يقلب الاوراق وأما حديث ذكوان فيحتمل ان عائشة ومن كان من أهل الفتوى من الصحابة لم يلبوا بذلك وهذا هو الظاهر بدليل ان هذا الصنيع مكروه بخلاف ولوعلموا بذلك لما مكثوا من عمل المكروه في جميع شهر رمضان من غير حاجة ويحتمل أن يكون قول الراوي كان يوم الناس في رمضان وكان يقرأ من المصحف اختيارا عن حالتين مختلفتين أي كان يوم الناس في رمضان وكان يقرأ من المصحف في غير حالة الصلاة اشعارا منه انه لم يكن يقرأ القرآن ظاهرا فكان يوم ببعض سور القرآن دون أن يحتمل أن يكون يستظهر كل يوم ورد كل ليلة ليعلم أن قراءة جميع القرآن في قيسام رمضان ليست بفرض ولودعاني

صلاته فسأل الله تعالى شيئا فان دعا بما في القرآن لا تفسد صلاته لا تلبس من كلام الناس وكذا لو دعا بما يشبه ما في القرآن وهو مثل دعاء يستحيل سؤاله من الناس لما قلنا ولو دعا بما لا يمتنع سؤاله من الناس تفسد صلاته عندنا نحو قوله اللهم اعطني درهما وزوجني فلانة وابسني ثوبا واشبهه ذلك وقال الشافعي اذا دعا في صلاة بما يباح له ان يدعو به خارج الصلاة لا تفسد صلاته واحتج بقوله تعالى واسئلو الله من فضله وقوله صلى الله عليه وسلم سلوا الله حوائجكم حتى التسع لنعاليكم والمخ لقدوركم وعن علي رضي الله عنه انه كان يفتي في صلاة الفجر يدعو على من ناواه أي عاداه ولنا ان ما يجوز أن يخاطب به العبد فهو من كلام الناس وضعا ولم يخلص دعاء وقد جرى الخطاب فيما بين العباد عما ذكرنا لا ترى ان بعضهم يسأل بعضا ذلك فيقول أعطني درهما أو زوجني امرأة وكلام الناس مفسد ولهذا عد النبي صلى الله عليه وسلم تشييت العاطس كلاما مفسدا للصلاة في ذلك الحديث لما خاطب الآدمي به وقصد قضاء حقه وان كان دعاء صيغة وهذا صيغته من كلام الناس وان خاطب الله تعالى فكان مفسدا بصيغته والكتاب والسنة محمولان على دعاء لا يشبه كلام الناس أو على خارج الصلاة وأما حديث علي رضي الله عنه فلم يسوغوا له ذلك الاجتهاد حتى كتب اليه أبو موسى الاشعري أما بعد فاذا أتاك كتابي هذا فاعد صلاتك وذكري في الاصل أرايت لو أنشد شعرا أما كان مفسدا للصلاة ومن الشعر ما هو ذكر الله تعالى كما قال الشاعر * ألا كل شيء ما خلا الله باطل * ولا ينبغي للرجل أن يسلم على المصلي ولا يصلي أن يرد سلامه بأشارة ولا غير ذلك أما السلام فلا أنه يشغل قلب المصلي عن صلاته فيصير مانعا له عن الخير وانه مذموم وأما رد السلام بالقول والأشارة فلا أن رد السلام من جملة كلام الناس لما روينا من حديث عبد الله بن مسعود وفيه انه لا يجوز الرد بالأشارة لأن عبد الله قال فلهت عليه فلم رد علي فيتناول جميع أنواع الرد ولان في الاشارة ترك سنة اليد وهي الكف لقوله صلى الله عليه وسلم كفوا أيديكم في الصلاة غير انه اذا رد بالقول فسدت صلاته لانه كلام ولو رد بالأشارة لا تفسد لان ترك السنة لا يفسد الصلاة ولكن بوجوب الكراهة (ومنها) السلام متعمدا وهو سلام الخروج من الصلاة لانه اذا قصد به الخروج من الصلاة صار من كلام الناس لانه خاطبهم به وكلام الناس مفسد (ومنها) القهقهة عامدا كان أو ناسي لان القهقهة في الصلاة أخش من الكلام الأخرى انما تنقض الوضوء والكلام لا ينقض ثم لما جعل الكلام قاطعا للصلاة ولم يفصل فيه بين العمد والسهو فالقهقهة أولى ومنها الخروج عن المسجد من غير عذر لان استقبال القبلة حال الاختيار شرط جواز الصلاة هذا كله من الحديث العمد والكلام والسلام والقهقهة والخروج من المسجد اذا فعل شيئا من ذلك قبل أن يقعد قدر التشهد الاخير فاما اذا قعد قدر التشهد ثم فعل شيئا من ذلك فقد أجمع أصحابنا على انه لو تكلم أو خرج من المسجد لا تفسد صلاته سواء كان منفردا أو أماما خلفه لا حقون أو مسبوقون وسواء أدرك الا لا حقون الا امام في صلاته وصلوا معه أو لم يدركوا وكذلك لو قهقهه أو أحدث متعمدا أو هو منفرد وان كان أماما خلفه لا حقون ومسبوقون فصلاة الامام تامة بلا خلاف بين أصحابنا وصلاة المسبوقين فاسدة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تامة وجه قولهما ان القهقهة والحديث لم يفسد صلاة الامام فلا يفسد ان صلاة المقتدي وان كان مسبوقا لان صلاة المقتدي لو فسدت اعتلت فسد يفسد الامام صلاته لا بافساد المقتدي لانعدام المفسد من المقتدي فلم تفسد صلاة الامام مع وجود المفسد من جهته فلا أن لا تفسد صلاة المقتدي أولى وصار كما لو تكلم أو خرج من المسجد ولا في حنيفة الفرق بين الحديث العمد والقهقهة وبين الكلام والخروج من المسجد والفرق ان حدث الامام افساد للجزء الذي لا قام من صلاته فيفسد ذلك الجزء من صلاته ويفسد من صلاة المسبوق الا ان الامام لم يبق عليه فرض فيقتصر الفساد في حقه على الجزء وقد بقي للمسبوق فروض فتمنعه من البناء فاما الكلام فقطع للصلاة ومضادها كما ذكرنا فيمنع من الوجود ولا تفسد وشرح هذا الكلام ان القهقهة والحديث العمد ليسا بعضادين للصلاة بل هما مضادان للطهارة والظهارية شرط أهلية الصلاة فصار الحديث مضادا للأهلية بواسطة مضادته شرطها والشي لا ينعدم عالا يضاده فلم تنعدم الصلاة

بوجود الحدث لانه لا مضادة بينهما وانما انعدم الاهلية فيوجد جزء من الصلاة لا نعدم ما يفسده ويفسد هذا الجزء
 لمحصله من ليس بأهل ولا صحة للفعل الصادر من غير الأهل واذا فسد هذا الجزء من صلاة الامام فسدت صلاة
 المقتدى لان صلاته مبنية على صلاة الامام فتتعلق بها صحة وفساد الان الجزء لما فسد من صلاة الامام فسدت التصرية
 المقارنة لهذا الفعل الفاسد لانها شرعت لاجل الأفعال فتتصرف بما تتصرف الافعال فصحة وفسادا فاذا فسدت
 هي فسدت تصرية المقتدى، فنفسد صلاته الا ان صلاة الامام ومن تابعه من المذركين انصفت بالغام بدون الجزء
 الفاسد فاما المسبوق فقد فسد جزء من صلاته وفسدت التصرية المقارنة لذلك الجزء، فبعد ذلك لا يعود الا بالتصرية
 ولم يوجد فلم يتصور حصول ما بقي من الأركان في حق المسبوق فنفسد صلاته بخلاف الكلام فانه ليس بمضاد
 لاهلية أداء الصلاة بل هو مضاد للصلاة نفسها ووجود الضد لا يفسد الضد الا لآخر بل يمنع من الوجود فان أفعال
 الصلاة كانت توجد على التجدد والتكرار فاذا انعدم فعل يعقبه غيره من جنسه فاذا تعقبه ما هو مضاد للصلاة
 لا يتصور حصول جزء منها مقارنا للضد بل يبقى على عدمه على ما هو الاصل عندنا في المتضادات وانتهت أفعال
 الصلاة فلم يتجدد التصرية لان تجددها كان لتجدد الأفعال وقد انتهت فاتتهت هي أيضا ومانسدت وياتها تصرية
 الامام لا تنتهي تصرية المسبوق كالو مسلم فان تصرية الامام منتهية وتصرية المسبوق غير منتهية لما ذكرنا فلم
 تفسد صلاة المسبوق بخلاف ما نحن فيه واما اللاحقون فانه ينظر ان ادركوا الامام في صلاته وصلوا معه فصلاتهم
 تامة وان لم يدركوا ففيه روايتان في رواية أبي سليمان تفسد وفي رواية أبي حفص لا تفسد هذا اذا كان العارض
 في هذه الحالة فعل المصلي فاذا لم يكن فعله كالتيمم اذا وجد ماء بعد ما قد قدر الشهد الا خيرا أو بعد ما سلم وعليه
 سجود السهو وعاد الى السجود فسدت صلاته عند أبي حنيفة ويلزمه الاستقبال وعند أبي يوسف ومحمد صلاته تامة
 وهذه من المسائل الاثني عشرية وقد ذكرناها وذكرنا للحجيج في كتاب الطهارة في فصل التيمم أي صلى بعض صلاته
 ثم علم سورة فقرأها فيما بقي من صلاته فصلاته فاسدة مثل الآخرس يزول خرسه في خلال الصلاة وكذلك لو كان
 قارئ في الابتداء فصلى بعض صلاته بقراءة ثم نسي القراءة فصار أميا فسدت صلاته وهذا قول أبي حنيفة وقال زفر
 لا تفسد في الوجهين جميعا وقال أبو يوسف ومحمد تفسد في الاول ولا تفسد في الثاني استحسانا وجهه قول زفر ان
 فرض القراءة في الركعتين فقط ألا ترى ان القارئ لو ترك القراءة في الاولين وقرأ في الآخرين أجزاء فاذا كان
 قارئ في الابتداء فقد أدى فرض القراءة في الاولين فجوز عنها بعد ذلك لا يضره كالتيمم مع القدرة واذا علم وقرأ في
 الآخرين فقد أدى فرض القراءة فلا يضره عجزه عنها في الابتداء كما لا يضره لو تركها وجهه قولهما انه لو استقبل
 الصلاة في الاول لحصل الاداء على الوجه الاكمل فامر بالاستقبال ولو استقبلها في الثاني لادى كل الصلاة بتغير
 قراءة فكان البناء أولى ليكون مؤديا لبعض القراءة ولا في حنيفة ان القراءة ركن فلا يسقط الا بشرط العجز عنها في
 كل الصلاة فاذا قدر على القراءة في بعضها فاقطع الشرط فظهر ان المؤدى لم يقع صلاة ولا تصرية لا في لم تنعقد
 القراءة بل انقعدت لأفعال صلاته لا غير فاذا قدر صارت القراءة من أركان صلاته فلا يصح ادائها بالتصرية كاداء
 سائر الأركان والصلاة لا توجد بدون أركانها ففسدت ولان الاساس الضعيف لا يجتمع لبناء القوي عليه
 والصلاة بقراءة أقوى فلا يجوز بناؤها على الضعيف كالعمارة اذا وجد الثوب في خلال صلاته والمتيمم اذا وجد الماء
 واذا كان قارئ في الابتداء فقد عقد تصرية لا اداء كل الصلاة بقراءة وقد عجز عن الوفاء بما ألزمه الاستقبال
 ولو اقتدى الامي بقارئ بعد ما صلى ركعة فلما فرغ الامام قام الامي لانعام الصلاة فصلاته فاسدة في القياس وقيل
 هو قول أبي حنيفة وفي الاستحسان يجوز وهو قولهما وجه القياس انه بالاعتداء بالقارئ التزم أداء هذه الصلاة
 بقراءة وقد عجز عن ذلك حين قام للقضاء لانه منفرد فيما يقضي فلا تكون قراءة الامام قراءة له فنفسد صلاته وجه
 الاستحسان انه انما التزم القراءة ضمه لا اقتداء وهو مقتضى ما بقي على الامام لا فيما سبقه به ولانه لو بني كان
 مؤديا ببعض الصلاة بقراءة ولو استقبل كان مؤديا بجميعها بتغير قراءة ولا شأن الاول أولى (ومنها) انكشاف

العورة في خلال الصلاة إذا كان كثير الان استتارها من شرائط الجواز فكان انكشفها في الصلاة مفسدا إلا أنه سقط اعتبار هذا الشرط في القليل عندنا خلافاً لما في الضرورة كفي قليل النجاسة ادمم مكان التعرض عنه على ما بينا فيما تقدم وكذلك الحرة إذا سقط قناعها في خلال الصلاة فرفعته وغطت رأسها بعمل قليل قبل أن تؤدي ركناً من أركان الصلاة أو قبل أن تمكث ذلك القدر لا تفسد صلاتها لأن المرأة قد تبلى بذلك فلا يمكنها التعرض عنه فاما إذا بقيت كذلك حتى أدت ركناً أو مكثت ذلك القدر أو غطت من ساعتها لكن بعد عمل كثير فسدت صلاتها لانعدام الضرورة وكذلك الأمة إذا عتقت في خلال صلاتها وهي مكشوفة الرأس فأخذت قناعها فهو على ما ذكرنا في الحرة وكذلك المدبرة والمسكوبة وأم الولد لأن رؤس هؤلاء ليست بعورة على ما يعرف في كتاب الاستحسان فإذا اعتقن أخذن القناع للحال لأن خطاب الستر توجه للحال إلا أن تبين أن عليها السترن من الابتداء لأن رأسها إنما صار عورة بالتعرض وهو مقصور على الحال فكذا صيرورة الرأس عورة بخلاف العاري إذا وجد كسوة في خلال الصلاة حيث تفسد صلاته لأن عورته ما صارت عورة للحال بل كانت عند الشرع في الصلاة إلا أن الستركان قد سقط لعذر العدم فإذا زال تبين أن الوجوب كان ثابتاً من ذلك الوقت وعلى هذا إذا كان الرجل يصلي في أزار واحد فقط عنه في خلال الصلاة وهذا كله مذهب علمائنا الثلاثة وهو جواب الاستحسان والقياس أن تفسد صلاته في جميع ذلك وهو قول زفر والشافعي لأن ستر العورة فرض بالنص والاستتار بقوت بالانكشاف وإن قل إلا أنا استحسننا الجواز وجعلنا ما لا يمكن التعرض عنه عقوداً فعلاً للحرج وكذلك إذا حضرته الصلاة وهو عريان لا يجد ثوباً جازت صلاته لمكان الضرورة ولو كان معه ثوب نجس فقد ذكرنا تفصيل الجواب فيه أنه إن كان ربيع منه طاهراً لا يجوز له أن يصلي عرياناً ولكن يجب عليه أن يصلي في ذلك الثوب بخلاف وإن كان كله نجساً فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد في كيفية الصلاة فيما تقدم ومنها محاذاة المرأة الرجل في صلاة مطلقة يشتركان فيها فسدت صلاته عندنا استحساناً والقياس أن لا تكون المحاذاة مفسدة صلاة الرجل وبه أخذ الشافعي حتى لو قامت امرأة خلف الإمام ونوت صلاته وقد نوى الإمام امامة النساء ثم حاذته فسدت صلاته عندنا وعند غيره لا تفسد وجهه القياس أن الفساد لا يخلو ما أن يكون غساستها أولاً شتغال قلب الرجل بها والوقوع في الشهوة لا وجه للاول لأن المرأة لا تكون أخس من الكلب والخنزير ومحاذاتهما غير مفسدة ولأن هذا المعنى يوجد في المحاذاة في صلاة لا يشتركان فيها والمحاذاة فيها غير مفسدة بالاجماع ولا سبيل إلى الثاني لهذا أيضاً ولأن المرأة تشارك الرجل في هذا المعنى فينبغي أن تفسد صلاتها أيضاً ولا تفسد بالاجماع والدليل عليه أن المحاذاة في صلاة الجنائز وسجدة التلاوة غير مفسدة فكذا في سائر الصلوات وجه الاستحسان ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أنخروهن من حيث أنخرهن الله عقيب قوله خير صفوف الرجال أولها وشرها آخرها وخير صفوف النساء آخرها وشرها أولها والاستدلال بهذا الحديث من وجهين أحدهما أنه لما أمر بالتأخير صار التأخير فرضاً من فرائض الصلاة فيصير تركه التأخير تاركاً فرضاً من فرائضها فتفسد الثاني أن الأمر بالتأخير أمر بالتقدم عليها ضرورة فإذا لم تؤخروا لم يتقدم فقد قام مقامها ليس بمقام له فتفسد كما إذا تقدم على الإمام والحديث ورد في صلاة مطلقة مشتركة فبقي غيرها على أصل القياس وانما لا تفسد صلاتها لأن خطاب التأخير يتناول الرجل ويمكنه تأخيرها من غير أن تتأخر هي بنفسها ويتقدم عليها فلم يكن التأخير فرضاً عليها فتركه لا يكون مفسداً ويستوي الجواب بين محاذاة البائسة وبين محاذاة المراهقة التي تعقل الصلاة في حق فساد صلاة الرجل استحساناً والقياس أن لا تفسد محاذاة غير البائسة لأن صلاتها تخلق واعتقاداً لا حقيقة صلاة وجه الاستحسان أنها أمورة بالصلاة مضروبة عليها كما نطق به الحديث فجعلت المشاركة في أصل الصلاة والمشاركة في أصل الصلاة تكفي للفساد إذا وجدت المحاذاة وإذا عرف أن المحاذاة مفسدة فنقول إذا قامت في الصف امرأة فسدت صلاة رجل عن يمينها ورجل عن يسارها ورجل خلفها بمحاذاتها إلا الواحدة بمحاذي هؤلاء الثلاثة ولا تفسد صلاة غيرهم لأن هؤلاء

صاروا حائلين بينهم وبين غيرهم بمثلة اسطوانة أو ركازة من الثياب فلم يتحقق المحاذاة ولو كانتا اثنتين أو ثلاثا فالمرءى عن محمد أن المرأتين تفسدان صلاة أربعة نفر من علي عيניהما ومن علي يسارهما ومن خلفهما بهذا هما والثلاث منهن يفسدن صلاة من علي عيניהن ومن علي يسارهن وثلاثة ثلاثة خلفهن إلى آخر الصغوف وعن أبي يوسف روايتان في رواية قال الثنتان يفسدان صلاة أربعة نفر من علي عيניהما ومن علي يسارهما واثنتان من خلفهما بهذا هما والثلاث يفسدن صلاة خمسة نفر من كان علي عيניהن ومن كان علي شعاهن وثلاثة خلفهن بهذا هن وفي رواية الثنتان تفسدان صلاة رجلين عن عيניהما ويسارهما وصلاة رجلين رجلين إلى آخر الصغوف والثلاث يفسدن صلاة رجل عن عيניה ورجل عن يسارهن وصلاة ثلاثة ثلاثة إلى آخر الصغوف ولا خلاف في أنهن إذا كن صفا تاما فسدت صلاة الصغوف التي خلفهن وإن كانوا عشر من صفا وجه الرواية الأولى لا في يوسف أن فساد الصلاة ليس لمكان الحيولة لأن الحيولة إنما تقع بالصف التام من النساء بالحديث ولم توجد وإنما ثبت الفساد بالمحاذاة ولم توجد المحاذاة إلا بهذا القدر وجه الرواية الثانية أنه أن المثنى حكم الثلاث بدليل أن لا امام يتقدم الاثنتين ويصطفان خلفه كالثلاثة ثم حكم الثلاثة هكذا حكم الاثنتين ووجه المروى عن محمد أن المرأتين لا تحاذيان إلا أربعة نفر فلا تفسدان صلاة غيرهم وفي الصف التام القياس هكذا أن تفسد صلاة صف واحد خلفهن لا غير لانعدام محاذاتهن لمن وراء هذا الصف الواحد إلا أنا استحسننا حكمنا بفساد صلاة الصغوف أجمع لحديث عمر موقوفا ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان بينه وبين الامام نهرا وطريق أو صف من النساء فلا صلاة له جعل صف النساء حائلا كانهن والطريق في حق الصف الذي يليهن من خلفهن وجذر ترك التأخير منهن والحيولة بينهم وبين الامام من وفي حق الصغوف الاخر وجدت الحيولة لا غير وكل واحد من المعينين باقتراءه علة كاملة للفساد ثم الثنتان ليست بجميع حقيقة فلا يلحقان بالصف من النساء التي هي اسم جمع فانه سدت الحيولة فينتعلق الفساد بالمحاذاة لا غير والمحاذاة لم توجد إلا بهذا القدر فأما الثلاث منهن فجمع حقيقة فالحقن بصف كامل في حق من صرن حائلات بينه وبين الامام ففسدت صلاة ثلاثة ثلاثة إلى آخر الصغوف وفسدت صلاة واحد عن عيניה وواحد عن يسارهن لان هناك الفساد بالمحاذاة لا بالحيولة ولم توجد المحاذاة إلا بهذا القدر والله أعلم ولو وقت بمحذاه الامام فأتمت به وقد نوى الامام امامتها ففسدت صلاة الامام والقوم كلهم اماما لصلاة الامام فلو وجد المحاذاة في صلاة مطلقة مشتركة وأما صلاة القوم فلفساد صلاة الامام وكان محمد بن مقاتل الرازي يقول لا يصح اقتداء هؤلاء المحاذاة فارت شر وعها في الصلاة ولو طرأت كانت مفسدة فاذا قرئت منعت من محبة اقتدائها به وهذا غير سديد لان المحاذاة إنما تؤثر في فساد صلاة مشتركة ولا تقع الشراكة إلا بعد شروعهما في صلاة الامام فلم يكن المفسد مقارنا للشروع فلا يمنع من الشروع وإن كانت بمحذاه الامام ولم تأتم به لم تفسد صلاة الامام لانعدام المشاركة وكذا اذا قامت امام الامام فأتمت به لان اقتداءه ما لم يصح فلم تقع المشاركة وكذا اذا قامت إلى جنبه ونوت فرضا آخر بان كان الامام في الظهر ونوت هي العصر فأتمت به ثم حاذته لم تفسد على الامام صلاته وهذا على رواية باب الحديث لانهم لم يصروا في الصلاة أصلا فلم تحقق المشاركة فاما على رواية باب الاذان تفسد صلاة الامام لانها صارت شارعة في أصل الصلاة فوجدت المحاذاة في صلاة مشتركة ففسدت صلاته وفسدت صلاتهم بفساد صلاة الامام وعليها قضاء التطوع لحصول الفساد بعد صحة شروعهما كما اذا كان الامام في الظهر وقد نوى امامتها فأتمت به تنوى التطوع ثم قامت بجنبه تفسد صلاته وصلاتها وعليها قضاء التطوع فكذا هذا وقد هربت المسئلة من قبل وبعض مشايخنا قالوا الجواب ما ذكر في باب الاذان وتأويل ما ذكر في باب الحديث أن الرجل لم ينو امامتها في صلاة العصر فتجعل هي في الاقتداء به بنية العصر عترة ما لم ينو امامتها أصلا فلهذا لا يصير شارعة في صلاته تطوعا ولو قام رجل وامرأة يقضيان ما سبقهما الامام لم تفسد صلاته ولو كانا أدركا أول الصلاة وكانا ما أو أحدهما ففسدت صلاته لأن المسبوقين فبما يقضيان كل واحد منهما في حكم المنفرد لا ترى أن القراءة فرض على المسبوق ولو سها بالزمن سجد السهو فلم

يشتركي في صلاة فلا تكون المحاذاة مفسدة صلاته فاما المدر كان فيها كاهنًا خلف الامام بعد بدليل سقوط
 القراءة عنهم ما وانعدام وجوب سجدة السهو عند وجود السهو كانتهم ما خلف الامام حقيقة فوقعت المشاركة
 فوجدت المحاذاة في صلاة مشتركة فتوجب فساد صلاته ومروء المرأة والحمار والكلب بين يدي المصلي لا يقطع
 الصلاة عند طامة العلماء وقال أصحاب الظواهر يقطع واحتجوا بما روى أبو ذر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال
 يقطع الصلاة مروء المرأة والحمار والكلب وفي بعض الروايات والكلب الأسود قبيل لا يذروا ما بال الأسود من
 غيره فقال أشكل على ما أشكل عليكم فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال الكلب الأسود
 شيطان ولنا ما روى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقطع الصلاة مروء
 وادروءا ما استطعتم وأما الحديث الذي روي واقدر دته عائشة رضي الله عنها فأنما قالت امرأة يعزوه وما يقول أهل
 العراق قال يقولون يقطع الصلاة مروء المرأة والحمار والكلب فقالت يا أهل العراق والنفاق والشقاق بشعا قرنونا
 بالكلاب والحمار كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بالليل وأنا نائمة بين يديه معترضة كاعتراض الجازة وقد
 ورد في المرأة نص خاص وكذا في الحمار والكلب روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يصلي في بيت أم
 سلمة فاراد أنها تمر أن يمر بين يديه فاشار عليه أن وقف فوق ثم أرادت أن يذب بنتها أن تمر بين يديه فاشار إليها أن
 قفي فلم تقف فلما فرغ رسول الله صلى الله عليه وسلم من صلاته قال انهن أغلب وروى عن ابن عباس رضي الله
 عنهما أنه قال زرت رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أخي الفضل على حمار في بادية فترانا فوجدنا رسول الله صلى
 الله عليه وسلم يصلي فصلية نامة والحمار يرتع بين يديه وفي بعض الروايات والكلب والحمار يمران بين يديه ولودفع
 المار بالتسبيح أو بالاشارة أو أخذ طرف نوبه من غير مشي ولا علاج لا تفسد صلاته لقوله صلى الله عليه وسلم فادروءا
 ما استطعتم وقوله اذا نابت أحدكم نابتة في الصلاة فليسبح فان التسبيح للرجال والتصديق للنساء وذكر في كتاب
 الصلاة اذا مررت الحاربية بين يدي المصلي فقال سبحان الله أو ما يبده ليصرفها لم تقطع صلاته وأحب إلى أن لا يفعل
 منهم من قال معناه أي لا يجمع بين التسبيح والاشارة باليد لان أحدهما كفاية ومنهم من قال أي لا يفعل شيئا من
 ذلك وتأويل قول النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان في وقت كان العمل في الصلاة مباحا ومنها الموت في الصلاة
 والجنون والانعاء فيها أما الموت فظاهر لانه معجز عن المضى فيها وأما الجنون والانعاء فلا نهية مائة ضان الطهارة
 ويعتصم البناء لما بيننا فيها تقدم أن اعتراضهما في الصلاة نادر فلا يلحقان بمورد النص والاجماع في جواز البناء
 وهو الحديث السابق وسواء كان منفردا أو مقديا أو اما ما حتى يستقبل القوم صلاتهم عندنا وعندنا فيقوم القوم
 فيصلون وحدانا كما اذا أحدث الامام ومنها العمل الكثير الذي ليس من أعمال الصلاة في الصلاة من غير ضرورة
 فاما القليل فقير مفسد واختلف في الحد الفاصل بين القليل والكثير قال بعضهم الكثير ما يحتاج فيه الى استعمال
 اليدين والقليل ما لا يحتاج فيه الى ذلك حتى قالوا اذا زرقبصه في الصلاة فسدت صلاته واذا حل اثره لا تسد
 وقال بعضهم كل عمل لو نظر الناظر اليه من بعيد لا يشك انه في غير الصلاة فهو كثير وكل عمل لو نظر اليه ناظرا
 يشبه عليه انه في الصلاة فهو قليل وهو الاصح وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا قاتل في صلاته في غير حالة الخوف
 أنه تفسد صلاته لانه عمل كثير ليس من أعمال الصلاة لما بيننا وكذا اذا أخذ قوسا ورمى بها فسدت صلاته لان
 أخذ القوس وتنقيب السهم عليه ومده حتى يرى عمل كثيرا لا ترى أنه يحتاج فيه الى استعمال اليدين وكذا الناظر
 اليه من بعيد لا يشك أنه في غير الصلاة وبعض أهل الادب جابوا على محمد في هذا اللفظ وهو قوله ورمى بها فأنقوا
 الرمي بالقوس القواؤها من يده وانما يقال في الرمي بالسهم رمي عنها لا رمي بها والجواب عن هذا أن غرض محمد
 تعليم العامة وقد وجد هذا اللفظ معروفا في لسانهم فاستعمله ليكون أقرب الى فهمهم فلذلك ذكره وكذا لو
 ادھر أو سرح رأسه أو حملت امرأه صبيها وأرضعته لوجود حد العمل الكثير على العبارتين فاما حمل الصبي
 بدون الارضاع فلا يوجب فساد الصلاة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي في بيته وقد حمل امامة بنت

أي العاص على ما تفرقه فكان إذا سجد وضعها وإذا قام رفعها ثم هذا الصنيع لم يكره منه صلى الله عليه وسلم لأنه كان
 محتاجاً إلى ذلك لعدم من يحفظها أو ليئنه الشرع بالفعل أن هذا غير موجب فساد الصلاة ومثل هذا في زماننا أيضاً
 لا يكره لواحد منا لو فعل ذلك عند الحاجة أما بدون الحاجة فمكروه ولو صلى وفي فيه شيء يسكنه أن لا ينعته
 من القراءة ولكن يحل بها كدرهم أو دينار أو لؤلؤة لا تفسد صلاته لأنه لا يقوت شيء من الركن ولكن يكره
 لأنه يوجب الإخلال بالركن حتى لو كان لا يخل به لا يكره وإن كان ينعته من القراءة فسدت صلاته لأنه يقوت
 الركن وإن كان في فيه سكرة لا تجوز صلاته لأنه كل وكذلك إن كان في كفه متاع يسكنه جازت صلاته غير أنه
 إن كان ينعته عن الأخذ بالركب في الركوع أو الاعتماد على الرأيتين عند السجود يكره لئنه عن تحصيل السنة
 والأفلا ولوروى طائراً بجحر لا تفسد صلاته لأنه عمل قليل ويكره لأنه ليس من أعمال الصلاة ولو أكل أو شرب
 في الصلاة فسدت صلاته لوجود العمل الكثير وسواء كان غامداً أو سهواً يفرق بين الصلاة والصوم حيث كان
 الأكل والشرب في الصوم ناسياً غير مفسداً به والفرق أن القياس أن لا يفصل في باب الصوم بين العمد والسهو
 أيضاً لوجود ضد الصوم في الحائض وهو ترك الكف إلا أنه فرعاً لذلك بالنص والصلاة ليست في معناه لأن الصائم
 كثيراً ما ينسى به في حالة الصوم فلو جئنا بالفساد يؤدي إلى الحرج بخلاف الصلاة لأن الأكل والشرب في الصلاة
 ساهياً نادراً غاية الندرة فلم يكن في معنى مورد النص فيعمل فيها بالقياس المحض وهو أنه عمل كثير ليس من أعمال
 الصلاة لا ترى أنه لو نظر الناظر إليه لا يشك أنه في غير الصلاة ولو مضغ العلك في الصلاة فسدت صلاته كذا ذكره
 محمد لأن الناظر إليه من بعد لا يشك أنه في غير الصلاة وبهذا تبين أن الصحيح من التصديده هو العبارة الثانية حيث
 حكمتنا بفساد الصلاة من غير الحاجة إلى استعمال البدر أسافضاً عن استعمال اليدين ولو بقي بين أسنانه شيء
 قابله أن كان دون الحصة لم يضره لأن ذلك القدر في حكم التبعية ليقه لقلته ولأنه لا يمكن التعرض عنه لأنه يبي
 بين الأسنان عادة فلو جعل مفسد الوقع الناس في الحرج ولهذا لا يفسد الصوم به وإن كان قدر الحصة فصاعداً
 فسدت صلاته ولو قلنا أقل من مل فيه ثم رجع فدخل جوفه وهو لا يملكه لا تفسد صلاته لأن ذلك بمنزلة ريقه
 ولهذا لا ينقض وضوءه وكذا المتهم جدياً لليل قديماً به خصوصاً في ليالي رمضان عند امتلاء الطعام عند الفطر
 فلو جعل مفسداً أدى إلى الحرج وقتل الحية والعقرب في الصلاة لا يفسدها القول النبي صلى الله عليه وسلم اقتلوا
 الأسودين ولو كنتم في الصلاة وروى أن عقرباً لدغ رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلاة فوضع عليه نعله
 وغمره حتى قتله فلما فرغ من صلاته قال لعن الله المقرب لاتبالي ثيباً ولا غيره أو قال مصلياً ولا غيره به تبين أنه
 لا يكره أيضاً لأنه صلى الله عليه وسلم ما كان ليفعل المكره خصوصاً في الصلاة ولا يحتاج إليه لدفع الأذى فكان
 موضع الضرورة هذا إذا أمكنه قتل الحية بضربة واحدة كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في العقرب وأما
 إذا احتاج إلى معالجة وضرباً فسدت صلاته كما إذا قاتل في صلاته لأنه عمل كثير ليس من أعمال الصلاة وذكر
 شيخ الإسلام السرخسي أن الأظهر أنه لا تفسد صلاته لأن هذا عمل رخص فيه للصلي فاشبه المشي بعد الحدث
 والاستقاء من البئر والتوضوء هذا الذي ذكرنا من العمل الكثير الذي ليس من أعمال الصلاة إذا عملها المصلي في
 الصلاة من غير ضرورة فإما في حالة الضرورة فإنه لا يفسد الصلاة كما في حالة الخوف والله أعلم

فصل في صلاة الخوف في مواضع في بيان شرعيتها بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي بيان
 قدرها وفي بيان كيفيةها وفي بيان شرائط جوازها أما الأول فصل صلاة الخوف مشروعة بعد رسول الله صلى الله عليه
 وسلم في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف والأول وقال الحسن بن زياد لا تجوز وهو قول أبي يوسف الآخر
 واحتج بقوله تعالى وإذا كنت فيهم فأقم لهم الصلاة فلتقم طائفة منهم معك الآية تجوز صلاة الخوف بشرط
 كون الرسول فيهم فاذا خرج من الدنيا انعدمت الشرطية ولأن الجواز حال حياته ثبت مع المنافي لما فيها من
 أعمال كثيرة ليست من الصلاة وهي الذهاب والحج ولا بقاء الشيء مع ما ينافيه إلا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي

حال حياة النبي صلى الله عليه وسلم لحاجة الناس إلى استدراك فضيلة الصلاة خلفه وهذا المعنى منعدم في زماننا
فوجب اعتبار المناسق فيصلي كل طائفة بإمام على حدة ولا في خيفة ومحمد إجماع الصحابة رضي الله عنهم على
جواز ما قاله روى عن علي رضي الله عنه أنه صلى صلاة الخوف وروى عن أبي موسى الأشعري أنه صلى صلاة
الخوف بأصحابه وسعيد بن العاص كان يجارب الجوس بطبرستان ومعه جماعة من الصحابة منهم الحسن وحذيفة
وعبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهم فقال أيكم شهد صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال حذيفة أنا أقام
وصلى بهم صلاة الخوف على نحو ما يقوله فانهقد إجماع الصحابة على الجواز وبه تبين أن ما ذكرنا من المعنى غير سديد
لخروجه عن معارضة الإجماع مع أن ذلك ترك الواجب وهو ترك المشي في الصلاة لأحرار الفضيلة وذو الألبان على
أن الحاجة إلى استدراك الفضيلة قائمة لأن كل طائفة يحتاجون إلى الصلاة خلف أفضلهم وإلى أحرار الفضيلة
تكثر الجماعة ولأن الأصل في الشرع أن يكون عام في الأوقات كلها إذا قام دليل التخصيص وأحرار الفضيلة
لا يصلح تخصيصا لما ينأى وأما الآية فليس فيها أنه إذا لم يكن الرسول فيهم لا تجوز فكان تعليقاً بالسكون وأنه
غير صحيح

فصل وأما مقدارها فيصلي الإمام بهم ركعتين إن كانوا مسافرين أو كانت الصلاة من ذوات ركعتين كالفجر
وإن كانوا مقيمين والصلاة من ذوات الأربع أو الثلاث صلى بهم أربعاً أو ثلاثاً ولا ينتقض عدد الركعات بسبب
الخوف عندنا وهو قول عامة الصحابة وكان ابن عباس يقول صلاة المقيم أربع ركعات وصلاة المسافر ركعتان
وصلاة الخوف ركعة واحدة وبه أخذ بعض العلماء واحتج بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف
في غزوة ذات الرقاع بكل طائفة ركعة فكانت له ركعتان ولكل طائفة ركعة ولنا ما روى ابن مسعود وغيره من
الصحابة رضي الله عنهم صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قلنا وهكذا فعل الصحابة بعده فيكون إجماعاً
منهم وما نقل عن ابن عباس فتأويله أنها ركعة مع الإمام وعندنا يصلي الإمام بكل طائفة ركعة واحدة إذا كانوا
مسافرين وهو تأويل الحديث

فصل وأما كيفية فقد اختلف العلماء فيها اختلافاً فاحشاً لاختلاف الأخبار في الباب قال علماءنا ويجعل
الإمام الناس طائفتين طائفة بأزاء العدو ويفتح الصلاة بطائفة فيصلي بهم ركعة إن كان مسافراً أو كانت الصلاة
صلاة الفجر وركعتين إن كان مقيماً والصلاة من ذوات الأربع وينصرفون إلى وجه العدو ثم تأتي الطائفة الثانية
فيصلي بهم بقية الصلاة فينصرفون إلى وجه العدو ثم تأتي الطائفة الأولى فيقضون بقية صلاتهم بغير قراءة
وينصرفون إلى وجه العدو ثم تحيي الطائفة الثانية فيقضون بقية صلاتهم بقراءة وقال مالك يجعل الناس طائفتين
طائفة بأزاء العدو ويفتح الصلاة بطائفة فيصلي بهم ركعة ثم يقوم الإمام ويمكث قائماً فتتم هذه الطائفة صلاتهم
ويسلمون وينصرفون إلى وجه العدو ثم تأتي الطائفة الثانية فيصلي بهم الركعة الثانية ويسلم الإمام ولا يسلمون بل
يقومون فيقضون صلاتهم وهو قول الشافعي إلا أنه يقول لا يسلم الإمام حتى تتم الطائفة الثانية صلاتهم ثم يسلم
الإمام ويسلمون معه وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما صلى بالطائفة الأولى ركعة
انتظرهم حتى أتموا صلاتهم وذهبوا إلى العدو وجاءت الطائفة الأخرى فبدؤا بالركعة الأولى والنبي صلى الله عليه
وسلم ينتظرهم ثم صلى بهم الركعة الثانية ولم يأخذ به أحد من العلماء وروى شاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى
بكل طائفة ركعتين فكانت له أربع ركعات ولكل طائفة ركعتين احتج الشافعي بما روى سهل بن أبي خيثمة أن النبي
صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف على نحو ما قلنا ولنا ما روى ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهما أن النبي
صلى الله عليه وسلم صلاها على نحو ما قلنا وروى بناعن حذيفة أنه أقام صلاة الخوف بطبرستان بجماعة من الصحابة
على نحو ما قلنا ولم يشكر عليه أحد فكان إجماعاً وبه تبين أن الأخذ بما روى بناعن رسول الله صلى الله عليه وسلم
أولى ولأن الرواية عن هؤلاء لم تتعارض والرواية عن سهل بن أبي خيثمة متعارضة فإن بعضهم روى عنه مثل

مذهبنا فكان الاخذ بروايتهم أولى مع أن فيما رواه الشافعي ما يدل على كونه منسوخاً وخالف فيه أن الطائفة الثانية
 يقضون ما سبقوا به قبل فراغ الإمام ثم يسلمون معه وهذا كان في الابتداء أن المسبوق يبدأ بقضاء ما فاتته ثم تابع
 الإمام ثم نسخ ولهذا يأخذ أحد من العلماء برواية أبي هريرة وماروي في الشاذ غير مقبول لأن في حق الطائفة
 الثانية يكون اقتداء المفترض بالمتفعل وذلك لا يصح عندنا إلا أن يكون مؤولاً وتأويله أنه كان مقبلاً فصلى بكل طائفة
 ركعتين وقضت كل طائفة ركعتين وهو المذهب وعندنا أنه يصلى بكل طائفة بغير شرط الصلاة هذا إذا لم يكن العدو بارزاً
 القبلة فإن كان العدو بارزاً القبلة فلا فضل عندنا أن يجعل الناس طائفتين فيصلى بكل طائفة بغير شرط الصلاة على النحو
 الذي ذكرنا وإن صلى بهم جملة جاز وهو أن يجعل الناس صفين ويتبع الصلاة بهم جميعاً فإذا ركع الإمام ركع الكل معه
 وإذا رفع رأسه من الركوع رفعوا جميعاً وإذا سجد الإمام سجد معه الصف الأول والصف الثاني قيام يحرسونهم فإذا
 رفعوا رؤسهم سجد الصف الثاني والصف الأول وهو يحرسونهم فإذا رفعوا رؤسهم سجد الإمام المجددة الثانية
 وسجد معه الصف الأول والصف الثاني وهو يحرسونهم فإذا رفعوا رؤسهم تأخر الصف الأول وتقدم الصف الثاني
 فيصلى بهم الركعة الثانية بهذه الصفة أيضاً فإذا قعد وسلم سلموا معه وعند الشافعي وابن أبي ليلى لا تجوز إلا بهذه
 الصفة واحتجنا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى صلاة الخوف هكذا بعصفان عند استقبال
 العدو والقبلة ولا نه ليس في هذه الصلاة بهذه الصفة ذهاباً وبجبار واستدبار القبلة وانها أفعال منافية للصلاة في
 الأصل فيجب اعتبارها ما أمكن ونحن نقول كل ذلك جائز والأفضل أن يصلى على نحو ما يصلى أن لو كان
 العدو مستدبر القبلة لأنه موافق لظاهر الآية قال الله تعالى فلتقم طائفة منهم معك وقال ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا
 فليصلوا معك أمر يجعل الناس طائفتين ولأن الحراسة بهذا الوجه أبلغ لأن الطائفة الثانية لم يكونوا بإشارة كونهم
 في الصلاة في الركعة الأولى فكانوا أقدر على الحراسة ولأن فيها اقلاً يخالف كل صف امامهم في سجدة ومخالفة
 الإمام منبهة لا تجوز بحال من الأحوال بخلاف المشي واستدبار القبلة فإن ذلك جائز بحال فإن من سبقه الحدث
 يستدبر القبلة ويمشي عندنا وعند الشافعي المتطوع على الدابة يصلى أيضاً توجهت الدابة ثم لا شئ أن الطائفة
 الأولى لا يقرؤون في الركعة الثانية لأنهم أدركوا أول الصلاة وعجزوا عن الاتمام لمعنى من المعاني فصار كالنائم
 ومن سبقه الحدث فذهب وتوضأ وجاء ولا شئ أيضاً أن الطائفة الثانية يقرؤون لأنهم مسبوقون فيقضون بقراءة
 هذا الذي ذكرنا في ذوات الأربع أو ذوات ركعتين وأما في المغرب فيصلى بالطائفة الأولى ركعتين وبالثانية الركعة
 الثالثة وقال سفيان الثوري يصلى بالطائفة الأولى ركعة وبالثانية ركعتين وقال الشافعي هو بالخيار وجه قول سفيان
 أن فرض القراءة في الركعتين الأولىين فينبغي أن يكون لكل طائفة في ذلك حظاً وذلك فيما قلنا والشافعي يقول مراعاة
 التنصيف غير ممكن فإن شاء صلى بمؤلا ركعتين وإن شاء صلى بأولئك ولنا أن التنصيف واجب وقد تعذر ههنا
 وكان تقويت التنصيف على الطائفة الثانية أولى لأنه لا تقويت قصداً بل حكماً لا يباح حق الطائفة الأولى لأنه
 يجب على الإمام أن يصلى بهم ركعة ونصف التحقق المعادلة في القسمة فشرع في الركعة الثانية قضاء لحقهم إلا أنها
 لا تجزأ فيجب عليه أعوامها فامالو صلى بالطائفة الأولى ركعة وبالثانية ركعتين فقد قوت التنصيف على الطائفة
 الأولى قصد الاحتياط لا يفاء حقهم لأنه لم يشغل بعد بإفاء حق الثانية ومعلوم أن تقويت الحق حكماً دون تقويته
 قصد ذلك كان الأمر على ما وصفتنا والله أعلم ثم الطائفة الأولى تقضى الركعة الثانية بغير قراءة لأنهم لا حقون
 والطائفة الثانية يصلون الركعتين الأولىين بغير قراءة ويقعدون بينهما وبعدهما كما يفعل المسبوق ركعتين في المغرب
 فصل وأما شرائط الجواز فنه أن لا يقاتل في الصلاة فإن قاتل في صلاته فسدت صلاته عندنا وقال مالك لا
 تسد وهو قول الشافعي في القديم واحتجنا بقوله تعالى وليأخذوا أسلحتهم أباح لهم أخذ السلاح فيباح القتال ولأن
 أخذ السلاح لا يكون إلا للقتال به ولا يفسد اعتبار المشي في الصلاة فيسقط اعتبار القتال ولنا أن النبي صلى الله
 عليه وسلم شغل عن أربع صلوات يوم الخندق فقضاهن بعد هوى من الليل وقال شغلونا عن الصلاة الوسطى ملاً

الله قبو رهم ويطونهم ناراً فلو جازت الصلاة مع القتال لما أخرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن إدخال أهل كثير ليس من أعمال الصلاة في الصلاة مفسد في الأصل فلا يترك هذا الأصل إلا في مورد النص والنص ورد في المشي لا في القتال مع أن مورد النص بقاء الصلاة مع المشي لا الأداء والاداء فوق البقاء فإني يصح الاستدلال بخلاف أخذ السلاح لأنه عمل قليل ولأن النص ورد بالجوأز معه ومنها أن ينصرف ماشياً ولا يركب عند انصرافه إلى وجه العدو ولوركب فسدت صلاته عندنا سواء كان انصرافه من القبلة إلى العدو أو من العدو إلى القبلة لأن الركوب عمل كثير وهو مما لا يحتاج إليه بخلاف المشي فإنه أمر لا بد منه حتى يصطفوا بإزاء العدو وكذا أخذ السلاح أمر لا بد منه لأرهاب العدو والاستعداد للدفع ولا نهم لو غفلوا عن أسلحتهم عيّلون عليهم على ما نطق به الكتاب والأصل أن الاتيان بعمل كثير ليس من أعمال الصلاة فيها لأجل الضرورة فيغتنص بعمل الضرورة ولو كان الخوف أشد ولا يمكنهم النزول عن دوابهم صلوا ركباتاً بالاعياء لقوله تعالى فإن خفتم فرجالاً أو ركباتاً فإن قدرنا على استقبال القبلة يلزمهم الاستقبال والأفلا بخلاف التطوع إذا صلاها على الدابة حيث لا يلزمه الاستقبال وإن قدر عليه لأن حالة الفرض أصح ألا ترى أنه يجوز الإيعاء في التطوع مع القدرة على النزول ولا يجوز ذلك في الفرض ويصلون وحداناً ولا يصلون جماعة ركباتاً في ظاهر الرواية وقد روي عن محمد أنه يجوز لهم في الخوف أن يصلوا ركباتاً بجماعة وقال استحسن ذلك لنا والفضل الصلاة بالجماعة وقد جوزنا لهم ما هو أعظم من ذلك وهو الذهاب والجيء بالأحواز فضيلة الجماعة وجه ظاهر الرواية أن بينهم وبين الإمام طريق فيجتمع ذلك صحة الاقتداء على ما ينشأ فيما تقدم إلا أن يكون الرجل مع الإمام على دابة واحدة فيصح اقتداؤه به لعدم المانع والاعتبار بالمشي غير سديد لأن ذلك أمر لا بد منه فسقط اعتباره للضرورة ولا ضرورة ههنا ولو صلى ركباتاً والدابة سائرة فإن كان مطلوباً فلا بأس به لأن السير فعل الدابة في الحقيقة وإنما يضاف إليه من حيث المعنى لتيسيره فإذا جاء العذر انقطعت الإضافة إليه بخلاف ما إذا صلى ماشياً أو ساجداً حيث لا يجوز لأن ذلك فعله حقيقة فلا يتحمل إلا إذا كان في معنى مورد النص وليس ذلك في معناه على ما مر وإن كان الرأكب طالباً فلا يجوز لأنه لا خوف في حقه فيمكنه النزول وكذلك الرأجل إذا لم يقدر على الركوع والسجود يوسئ إيعاء لمكان العذر كما روي ومنها أن يكون في حال معاينة العدو حتى لو صلوا صلاة الخوف ولم يعانوا العدو جاز لا لإمام ولم يجز للقوم إذا صلوا بصفة الذهاب والجيء وكذا لو رأوا أسوداً ظنوه عدواً فإذا هربوا لم يجز عندنا وعند الشافعي تجوز صلاة الكل وجه قوله إن صلاة الخوف شرعت عند الخوف وقد صلوا عند الخوف فجزئهم وإنما شرط الجواز الخوف من العدو قال الله تعالى إن خفتم أن يفتكم الذين كفروا ولم يوجد الشرط إلا أن صلاة الإمام مقضية بالجواز لا لعدم الذهاب والجيء منه بخلاف القوم فلا يتصل ذلك بالضرورة الخوف من العدو ولم يتحقق ثم الخوف من سبع يعانوه كخوف من العدو ولأن الجواز يحكم العذر وقد تحقق والله أعلم

فصل ١٠ وأما حكم هذه الصلوات إذا فسدت أو فاتت عن أوقاتها أو فاتت شيء من هذه الصلوات عن الجماعة أو عن محلها الأصلي ثم تذكر في آخر تلك الصلاة أما إذا فسدت يجب أعادتها مادام الوقت باقياً لأنها إذا فسدت انعقدت بالعدم فبقي وجوب الاداء في الذمة فيجب تكررها عنه بالأداء وأما إذا فاتت صلاة منها عن وقتها بأن نام عنها أو نسيها ثم تذكرها بعد خروج الوقت أو اشتغل عنها حتى خرج الوقت يجب عليه قضاؤها والكلام في القضاء يقع في مواضع في بيان أصل وجوب القضاء بعد خروج الوقت وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان شرائط الجواز وفي بيان كيفية القضاء أما الأول فالدليل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها أو استيقظ فإن ذلك وقتها وفي بعض الروايات لا وقت لها إلا ذلك وقوله صلى الله عليه وسلم ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاتقوا ولا ن الأصل في العبادات المؤقتة إذا فاتت عن وقتها أنها تقضى إذا استجمع شرائط وجوب القضاء وأمكن قضاؤها لأن وجودها في الوقت لمعان هي قائمة بعد خروج الوقت وهي خدمة الرب تعالى

وتعليقه وقضاء حق العبودية وشكر النعمة وتكفير الزلل والخطايا التي تجرى على يد العبد بين الوقين وامكن قضاؤها
 لان من جنسها مشروع خارج الوقت من حيث الاصل حقه في قضيه به ما عليه والله أعلم وأما شرائط الوجوب
 فثمة أهلية الوجوب اذا لا يجاب على غير الامل تكليف ما ليس في الوسع ومنها قنات الصلاة عن وقتها لان قضاء
 الفائت ولا فائت محال ومنها أن يكون من جنسها مشروع وانه في وقت القضاء اذا القضاء صرف ماله الى ما عليه
 لان ما عليه يقع من نفسه فلا يقع عن غيره ومنها أن لا يكون في القضاء حرج اذا الحرج مدفوع شرعاً فاما وجوب
 الاداء في الوقت فليس من شرائط الوجوب هو الصحيح لان القضاء يجب استدراك الصلحة الفائتة في الوقت وهو
 الثواب وفوات هذه المصاحبة لا يقف على الوجوب فلا يكون وجوب الاداء شرطاً لوجوب القضاء على ما عرف
 في الخلافات واذا عرف هذا فنقول لا قضاء على الصبي والمجنون في زمان الصبا والجنون لعدم أهلية الوجوب
 ولا على الكافر لا تليس من أهل وجوب العبادة اذا الكفار غير مخاطبين بشرائع هي عبادات عندنا فلا يجب
 عليهم بعد البلوغ والافاقه والاسلام أيضاً لان في الايجاب عليهم حرج لان مدة الصبا مديدة والجنون اذا استحكم
 وهو الطويل منه قلما يزول والاسلام من الكافر المقلد لا بانه وأجداده نادر فكان في الايجاب عليهم حرج وأما
 المغنى عليه فان أغنى عليه يوماً وليلة أو أقل يجب عليه القضاء لانعدام الحرج وان زاد على يوم وليلة لا قضاء
 عليه لا نهيجر في القضاء لدخول العبادة في حد التكرار وكذا المريض العاجز عن الملاعبة اذا فاته صلوات ثم رآ
 فان كان أقل من يوم وليلة أو يوماً وليلة قضاء وان كان أكثر لا قضاء عليه لما قلنا في المغنى عليه ومن المشايخ
 من قال في المريض انه قضى وان امتد وطال لان المرض لا يجزه عن فهم الخطاب بخلاف الانغماء والنقصان وان
 فرق بينهما لان سقوط القضاء عن المغنى عليه ليس لعدم فهم الخطاب بدليل انه لا قضاء على الحائض والنفساء وان
 كانتا فيهما ان الخطاب بل لكان الحرج وقد وجد في المريض وروى عن محمد بن الجنون القصير بمنزلة الانغماء ودلت
 هذه المسائل على ان ساقية وجوب الاداء ليست بشرط لوجوب القضاء وعلى هذا تخرج الصلوات الفائتة في أيام
 التشریق اذا قضاها في غير أيام التشریق انه يرضى بها بلا تكبير لان في وقت القضاء صلاة مشروعة من جنس الفائتة
 وليس فيه تكبير مشروع من جنسه وهو الذي يجهر به وأما شرائط جواز القضاء فجميع ما ذكرناه شرط جواز
 الاداء فهو شرط جواز القضاء الا الوقت فانه ليس للقضاء وقت معين بل جميع الاوقات وقت له الا ثلاثة وقت طلوع
 الشمس ووقت الزوال ووقت الغروب فانه لا يجوز القضاء في هذه الاوقات لما حرج من شأن القضاء أن يكون مثل
 الفائت والصلوات في هذه الاوقات تقع ناقصة والواجب في ذمته كامل فلا ينوب الناقص عنه وهذا عندنا وأما عند
 الشافعي فقضاء الفرائض في هذه الاوقات جائز كما قال بجواز اداء الفجر مع طلوع الشمس وكما يجوز اداء عصر يومه
 عند غيب الشمس بخلاف ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها
 اذا ذكرها فان ذلك وقتها لا وقت لها غيره من غير فصل بين وقت ووقت والدليل عليه انه يجوز عصر يومه اداء
 فكذلك قضاء ولنا عموم النهي عن الصلاة في هذه الاوقات بصيغته وبعناؤه على ما نذكر في صلاة التطوع ان شاء الله
 تعالى ومما رواه عام في الاوقات كلها وما روي به خاص في الاوقات الثلاثة فخصصها عن عموم الاوقات مع ما ان
 عند التعارض الرخاء للحزمة على الحل احتياطاً لأمر العبادة بخلاف عصر يومه فان الاستثناء بعصر يومه
 ثبت في الروايات كلها فجوزناها ولا نالوا لم يجوزوا لأمرنا بالتفويت وتفويت الصلاة عن وقتها كبيرة وهي معصية من
 جميع الوجوه ولو جوزنا الاداء كان الاداء طاعة من وجه من حيث تحصيل أصل الصلاة وان كان معصية
 من حيث التشبيه بعصية الشمس ولاشك ان هذا أولى ولان الصلاة يتضيق وجوبها بآخر الوقت وفي عصر
 يومه يتضيق الوجوب في هذا الوقت الا ترى ان كافر الواسم في هذا الوقت أو صبياً احتمل تلزمه هذه الصلاة والصلاة
 منهى عنها في هذا الوقت وقد وجبت عليه ناقصة وأداها كما وجبت بخلاف الفجر اذا طاعت فيها الشمس لان
 الوجوب يتضيق بآخر وقتها ولا نهى في آخر وقت الفجر وانما النهي بتوجهه بعد خروج وقتها فقد وجبت عليه

الصلاة كاملة فلا تتأدى بالنقصه فهو الفرق والله أعلم وأما بيان كيفية قضاء هذه الصلوات فلا يصلح أن كل صلاة ثبت وجوبها في الوقت وفانت عن وقتها أنه يتبرق كيفية قضائها وقت الوجوب وتقضى على الصفة التي فانت عن وقتها لأن قضاءها بعد سابقية الوجوب والقوت يكون تسليم مثل الواجب الفائت فلا بد وأن يكون على صفة الفائت لتكون مثله إلا العذر وضرورة لأن أصل الأداء يسقط بعذر فلا يسقط وصفه العذر أولى ولأن كل صلاة فانت عن وقتها من غير تقدير وجوب الأداء لعذر مانع من الوجوب ثم زال العذر يعتبر في قضائها الحال وهي حال القضاء لا وقت الوجوب لأن الوجوب لم يثبت فيقضى على الصفة التي هو عليها الحال لأن الفائت ليس بأصل بل أقيم مقام صفة الأصل خلفا عنه للضرورة وقد ورد على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل فيراعى صفة الأصل لا صفة الفائت كن فائته صلوات بالنيمم أنه يقضيها بطهارة الماء إذا كان قادر على الماء وعلى هذا يخرج المسافر إذا كان عليه فوائت في الإقامة أنه يقضيها أربعا لأنها وجبت في الوقت كذلك وفائته كذلك فيراعى وقت الوجوب لا وقت القضاء وكذا المقيم إذا كان عليه فوائت السفر يقضيها ركعتين لأنها فائته بعد وجوبها كذلك فأما المريض إذا قضى فوائت الصحة قضاها على حسب ما يقدر عليه للجزء عن القضاء على حسب الفوات وأصل الأداء يسقط عنه بالجزء فلا يسقط وصفه أولى والصحيح أنه إذا كان عليه فوائت المرض يقضيها على اعتبار حال الصحة لا على اعتبار حال الفوات حتى لو قضاها كفايته لا يجوز فإن فائته الصلاة بالأيام قضاها في حال الصحة بالأيام لم تجز لأن الأيام ليس بصلاة حقيقة لا نعدام أركان الصلاة فيه وإنما أقيم مقام الصلاة خلفا عنها للضرورة العجز على تقدير الأداء بالأيام فإذا لم يؤد بالأيام لم يقم مقامها في الأصل واجبا عليه فيؤديه كما وجب والله أعلم وأما إذا فات شيء من هذه الصلوات عن الجماعة وأدرك الباقي كالمسبوق وهو الذي لم يدرك أول الصلاة مع الإمام أو اللاحق وهو الذي أدرك أول الصلاة مع الإمام ثم نام خلفه أو سبقه الحدث حتى صلى الإمام بعض صلاته ثم انتبه أو رجع من الوضوء فكيف يقضى ما سبق به أم الممسبوق فإنه يجب عليه أن يتابع الإمام فيما أدرك ولا يتابعه في التسليم فإذا سلم الإمام يقوم هو إلى قضاء ما سبق به لقوله صلى الله عليه وسلم ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأقصوا ولو بدأ بما سبق به تفسد صلاته لأنه انفرد في موضع وجب عليه الاقتداء لوجوب متابعة الإمام فيما أدرك بالنص والاتقار عند وجوب الاقتداء بفساد الصلاة ولأن ذلك حديث منسوخ بمحدث معاذ رضي الله عنه حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من لكم سنة حسنة فاستنوا بها أمر بالاستئذان بسنته فيقتضى وجوب متابعة الإمام فيما أدرك عقيب الإدراك بلا فصل فصارتنا ضالما كان قبله وأما اللاحق فإنه يأتي بما سبقه الإمام ثم يتابعه لأنه في الحكم كأنه خلف الإمام لا التزامه بمتابعة الإمام في جميع صلاته وأتمامه الصلاة مع الإمام فصارتنا خلف الإمام ولهذا القراءة عليه لاسهوع عليه كالمسبوق كان خلف الإمام حقيقة بخلاف المسبوق فإنه منفرد لأنه ما التزم متابعة الإمام إلا في قدر ما أدرك ألا ترى أنه يقرأ أو يسجد سهو بخلاف اللاحق ولو لم يشتغل بما سبقه الإمام ولكنه تابع الإمام في بقية صلاته لا تفسد صلاته عند أصحابنا الثلاثة وعند فرقة بناء على أن الترتيب في أفعال الصلاة الواحدة ليس بشرط عند أصحابنا الثلاثة خلافا لفرقة المسئلة قدمت ثم ما أدركه المسبوق مع الإمام هل هو أول صلاته أو آخر صلاته وكذا ما يقضيها خلفه ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف ما أدركه مع الإمام آخر صلاته حكوا وإن كان أول صلاته حقيقة وما يقضيها أول صلاته حكوا وإن كان آخر صلاته حقيقة وقال بشر بن غياث المر يسي وأبو طاهر الدباس أن ما صلى مع الإمام أول صلاته حكما كما هو أول صلاته حقيقة وما يقضي آخر صلاته حكما كما هو آخر صلاته حقيقة وهو قول الشافعي وهو اختيار القاضي الإمام صدر الإسلام البرزوي رحمه الله والمسئلة مختلفة بين الصحابة روى عن علي وابن عمر مثل قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعن ابن مسعود رضي الله عنه مثل قولهم وذكر الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري وقال وجدت في غير رواية الأصول عن محمد بنه قال ما أدرك المسبوق مع الإمام أول صلاته حقيقة وحكما وما يقضي آخر صلاته حقيقة وحكما كما قال أولئك إلا في حق ما يتصل

الامام عنه وهو القراءة فانه يعتبر آخر صلاته وفائدة الخلاف تظهر في حق القنوت والاستفتاح فعلى قول أولئك يأتي بالاستفتاح عقيب تكبيرة الافتتاح لا فيما يقضى لان ذلك أول صلاته حقيقة وحكما وكذا عند محمد لان هذا مما لا يعمل عنه الامام فكانت الركعة المدركة مع الامام أول صلاته في حق الاستفتاح فيأتي به هناك واما القنوت فيأتي به ثانيا في آخر ما يقضى في قولهم لانه آخر صلاته وما أتى به مع الامام أتى بطريق التبعية وان كان في غير محله فلا بد وان يأتي بعد ذلك في محله وعلى قول محمد ينبغي أن يأتي به ثانيا في آخر ما يقضى كما هو قول أولئك لان الامام لا يعمل القنوت عن القوم ومع ذلك روى عنه انه لا يأتي به ثانيا لان في القنوت عنه روايتان في رواية يعملها الامام كشبهه بالقراءة وعلى هذه الرواية لا يشكل انه لا يأتي به ثانيا لانه جعل المدرك مع الامام آخر صلاته في حق القراءة وفي رواية عنه لا يعمل الامام القنوت ومع هذا قال لا يأتي به المسبوق ثانيا لانه أتى به مرة مع الامام ولو أتى به في غير محله فلا يأتي به ثانيا لانه يؤدي الى تكرار القنوت وهو غير مشروع في صلاة واحدة بخلاف التشهد حيث يأتي به اذا قضى ركعة وان كان أتى به مع الامام في غير محله لانه ولو أدى الى التكرار لكن التكرار في التشهد مشروع في صلاة واحدة واما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يأتي بالاستفتاح فيما أدرك مع الامام بل فيما يقضى لان أول صلاته حكما هذا وهو ما يقضى لاذك ولا يأتي بالقنوت فيما يقضى لانه أتى به مع الامام في محله لان ذاك آخر صلاته حكما وما يقضى أول صلاته ومحل القنوت آخر الصلاة لا ولهافة تظهر فائدة الاختلاف بين أصحابنا في الاستفتاح لا في القنوت وهكذا ذكر القدوري عن محمد بن شعاع البلخي ان فائدة الاختلاف بين أصحابنا تظهر في حق الاستفتاح احتج المخالفون لأصحابنا بما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما أدركتم فصلا واما فاتكم فاتوا أطلق لفظ الامام على أداء ما سبق به واعمال الشيء يكون بآخره فدل ان الذي يقضى آخر صلاته والدليل عليه وجوب القعدة على من سبق ركعتين من المغرب اذا قضى ركعة ولو كان ما يقضى أول صلاته لما وجبت القعدة الواحدة لانها تجب على رأس الركعتين لا عقيب ركعة واحدة وكذا اذا قضى الركعة الثانية تقضى عليه القعدة والقعدة لا تقضى عقيب الركعتين وكذا لو كان ما أدرك مع الامام آخر صلاته كان ما قعد مع الامام في محله فيكون فرضه كما للامام فلا يفترض ثانيا فيما يقضى كما لا يأتي بالقنوت عندكم ثانيا لحصول ما أدرك مع الامام في محله ولا يلزمنا اذا سبق ركعتين من المغرب حيث يقضيهما مع قراءة الفاتحة والسورة جميعا ولو كان ما يقضى آخر صلاته حقيقة وحكما لكان لا تجب عليه القراءة في الثانية من الركعتين اللتين يقضيهما لانها ثالثة ولا تجب القراءة في الثالثة لانا نقول ان الامام وان كان لم يقرأ في الثالثة فلا بد للمسبوق من القراءة فيها قضاء عن الاولى كما في حق الامام اذا لم يقرأ في الاولى يقضى في الثالثة وان كان قرأ فقرأته التي وجدت في ثالثه ليست بفريضة وقراءة الامام انما تنوب عن قراءة المقتدى التي هي فرض على المقتدى اذا كانت فرضا في حق الامام والقراءة في الثالثة ليست بفرض في حق الامام فلا تنوب عن المقتدى فيجب عليه القراءة في الثالثة لهذا لانها أول صلاته وجه قول محمدان المؤدى مع الامام أول الصلاة حقيقة وما يقضى آخرها حقيقة وكل حقيقة يجب تقريرها اذا قام الدليل على التغيير وما أدرك في حق الامام آخر صلاته فتصير آخر صلاة المقتدى بحكم التبعية الا ان التبعية تظهر في حق ما يعمل الامام عن المقتدى لا في حق ما لا يعمل فلا يظهر فيه حكم التبعية فان عدم الدليل المعتبر في حقيقت الحقيقة على وجوب اعتبارها وتقريرها وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما أدركتم فصلا واما فاتكم فاتوا فاقضوا واما قضاء اسم لما يؤدي من الفاتة والفاتة أول الصلاة فكان ما يؤديه المسبوق قضاء لما فاتته وهو أول الصلاة والمعنى في المسئلة ان المدرك لما كان آخر صلاة الامام يجب أن يكون آخر صلاة المقتدى اذ لو كان أول صلاته لفات الاتفاق بين القرضين وانه مانع من صحة الاقتداء لان المقتدى تابع للامام فيقضى الاتفاق أن يكون للتابع ما للتبوع والافات التبعية والدليل على العدم الاتفاق بين أول الصلاة وآخرها انهما يختلفان في حكم القراءة فان القراءة لا توجد في الاولين

الافراض وتوجد في الآخرين غير فرض وكذا تجب في الاولين قراءة الفاتحة والسورة ولا تجب في الآخرين وكذا
الشفع الاول مشروع على الاصاله والشفع الثاني مشروع زيادة على الاول فان الصلاة فرضت في الاصل ركعتين
فاقرت في السقرو زيدت في الحضرة على ما روى في الخبر فينبغي ان لا يصح الاقتداء ومع هذا صح فدل على ثبوت
الموافقة وذلك في حق الامام آخر الصلاة فكذا في حق المقتدي ولا حجة لهم في الحديث لان تمام الشيء لا يكون بآخره
لا محالة فان حشد القام ما اذا حررناه لم يحتج معه الى غيره وهذا لا يختص باول ولا بآخر فان من كتب آخر الكتاب
اولاً ثم كتب اوله بصير مقبلاً لا بالآخر وكذا قراءة الكتاب بأن قرأ أولاً نصفه الاخير ثم الاول وأما وجوب
القعدة بعد قضاء الاولين من الركعتين اللتين سبق بهما فقول القياس أن يقضى الركعتين ثم بعد الا ان
استحسنوا وتركوا القياس بالآخر وهو ما روى ان جنسها ومسروقاً ابتداءً من الفصل على جنس ركعتين ثم قدم وصلى
مسروق ركعة ثم قدم صلى ركعة أخرى فسا لا ابن مسعود عن ذلك فقال كلا كما أصاب ولو كنت أنا صنعت
كما صنع مسروق وانما حكم بتصويبه ما لما ان ذلك من باب الحسن والاحسن كافي قوله تعالى في قصة داود
وسليمان عليهما الصلاة والسلام ففهمنا هاهنا سليمان وكلا آتينا حكماً وعلماً فلا يؤدي الى التصويب كل مجتهد
ويحمل على التصويب في نفس الاجتهاد لا فيما أدى اليه اجتهاده على ما روى عن أبي حنيفة انه قال كل مجتهد
مصيب والحق عند الله واحد والاول أصح ثم العذر عنه ان المدرك مع الامام أول صلاته حقيقة وفعلاً لكننا
جعلنا آخر صلاته حكماً للتبعية وبعدها تقطع تحريرة الامام زالت التبعية فصارت الحقيقة معتبرة فكانت هذه
الركعة ثانية هذا المسبوق والقعدة بعد الركعة الثانية في المغرب واجبة ان لم تكن فرضاً فينبغي أن يقعد وكذا
القعدة بعد قضاء الركعتين افترضت لانها من حيث الحقيقة وجدت عقيب الركعة الاخيرة وصارت الحقيقة
واجبة الاعتبار وقولهم انها وقعت في محلها فلا يؤتى بها ثانياً قلنا هي وان وقعت في آخر الصلاة في حق المقتدي
كلا وقعت في حق الامام غير انها ما وقعت فرضاً في حق المسبوق لان فرضيتها اما كانت لوقوعها في آخر الصلاة بل
لحصول التحلل بها حتى ان المنطوق اذا قام الى الثالثة انقلبت قعدته واجبة عندنا ولم تنق فرضاً لانعدام التحلل فكذا
هذه القعدة عندنا جعلت فعلاً في حق المسبوق وبعدها الفراغ مما سبق جاء أو ان التحلل فافترضت القعدة وأما حكم
القراءة في هذه المسئلة فنقول اذا أدرك مع الامام ركعة من المغرب ثم قام الى القضاء بقضى ركعتين ويقرأ في كل
ركعة بفاتحة الكتاب وسورة ولو ترك القراءة في احدهما فسدت صلاته اما عندهما فلا ينعى بقضى أول صلاته وكذا
عند محمد في حق القراءة والقراءة في الاولين فرض فتركها يوجب فساد الصلاة وأما على قول المخالفين فلعله أخرى
على ما ذكرنا وكذا اذا أدرك مع الامام ركعتين منها قضى ركعة بقراءة ولو أدرك مع الامام ركعة في ذوات الاربع
فقام الى القضاء قضى ركعة يقرأ فيها بفاتحة الكتاب وسورة ويتشهد ثم يقوم فيقضى ركعة أخرى يقرأ فيها
بفاتحة الكتاب وسورة ولو ترك القراءة في احدهما فسدت صلاته لما قلنا في الثالثة هو بالخيار والقراءة أفضل
لما عرف ولو أدرك ركعتين منها قضى ركعتين يقرأ فيهما بفاتحة الكتاب وسورة ولو ترك القراءة في احدهما
فسدت صلاته لما ذكرنا ويستوى الجواب بين ما اذا قرأ امامه في الاولين وبين ما اذا ترك القراءة فيهما وقرأ في
الآخرين قضاء عن الاولين وأدركه المسبوق فيهما لما ذكرنا فيما تقدم أن قراءة الامام في الآخرين تلحق
بالاوليين فقلنا الآخرين عن القراءة فكانه لم يقرأ فيهما أو ما اذا فات شئ عن محله ثم تذكره في آخر الصلاة بان
ترك شيئاً من سجدة صلاته ساهياً ثم تذكره بعدما قد قدر التشهد قضاء سواء كان المتروك سجدة واحدة أو أكثر
وسواء علم انه من اتركه تركه أو لم يعلم لكن الكلام في كيفية القضاء وما يتعلق به وهي المسائل المعروفة بالسجدة
فصل في مسائل السجدة بدور على أصول منها ان السجدة الاخيرة اذا فاتت عن محلها وقضيت
التصحت بمحلها على ما هو الاصل في القضاء ومنها ان الصلاة اذا ترددت بين الجواز والفساد فالحكم بالفساد أولى
وان كان للجواز وجوه والفساد وجوه واحد لان الوجوب كان ثابتاً بيقين فلا يسقط بالتشكك ولان الاحتياط فيها

قلنا لان اعادة ما ليس عليه أولى من ترك ما عليه ومنها ان السجدة المؤداة في وقت الاحتياج الى النية والتي صارت
بمحل القضاء لا بد لها من النية لانها اذا أدبت في محلها تناولتها نية أصل الصلاة فانها جعلت متناولة لكل فعل
في محله المتعين له شرعا فاما ما وجد في غير محله فلم تناوله النية الحاصلة لأصل الصلاة ومنها ان الفعل
متى دار بين السنة والبدعة كان ترك البدعة واجبا وتحصيل الواجب أولى من تحصيل السنة ومتى
دار بين البدعة والفريضة كان التحصيل أولى لان ترك البدعة واجب والغرض أهم من الواجب
ولان ترك الغرض يفسد الصلاة وتحصيل البدعة لا يفسدها فكان تحصيل الغرض أولى ومنها ان المتروك
متى دار بين سجدة ورعدة يأتي بالسجدة ثم يتشهد ثم يأتي بالركعة ثم يتشهد ثم يسلم ويأتي بسجدة في السهو وانما
يبدأ بالسجدة لان المتروك ان كان سجدة فقد تمت صلاته فيتشهد وان كان المتروك ركعة لا يضره تحصيل زيادة
السجدة وانما لا يبدأ بالركعة لان المتروك لو كان هو الركعة جازت صلاته ولو كان هو السجدة فاذا أتى بالركعة
فقد زاد ركعة كاملة في خلال صلاته قبل تمام الصلاة فانه قد تمت الركعة تطوعا وفرضا من الغرض الى النفل
قبل تمام الغرض فيفسد فرضه واذا سجد بعد لان المتروك لو كان سجدة تمت صلاته وانقضت القعدة ولو صلى
ركعة قبل الشهادتين فقد صد صلاته لانه يصير منتقلا من الغرض الى النفل قبل تمام الغرض ولو كان المتروك هو
الركعة لا يضره تحصيل السجدة والقعدة وقد دارت بين الغرض والبدعة فكان التحصيل أولى ومنها ان زيادة ما دون
الركعة قبل اكمال الفريضة لا يوجب فسادا لفريضة بان زاد ركوعا وسجودا أو قيا ما أو قعودا لا على رواية عن
محمد ان زيادة السجدة الواحدة فسدت فزيادة الركعة الكاملة قبل اكمال الفريضة يفسدها وذلك بان يفسد الركعة
بالسجدة لما مر من الفقه ومنها ان الترتيب في أفعال الصلاة الواحدة لا يكون ركعا أو ركعة لا يفسد الصلاة عمدا كان
أو سهوا وعند أصحابنا الثلاثة لما ذكرنا فيما تقدم ومنها ان القعدة الأولى في ذوات الأربع أو الثلاث من المكتوبات
ليست بفريضة والقعدة الأخيرة فريضة لما مر أيضا ومنها ان سلام السهو لا يفسد الصلاة وان سجد في السهو
فجب تأخير ركن عن محله وتؤدى بعد السلام عندنا وقدمه هذا أيضا ومنها ان ينظر في تخريج المسائل الى المؤديات
من السجدة الى المتروكات فنخرج على الأقل لانه أسهل وعندنا استواءهما بخير لا استواء الأمرين والله أعلم
واذا عرفت الأصول فنقول وبالله التوفيق اذا ترك سجدة من هذه الصلوات فالمتروك منه اما ان كان صلاة
الفجر واما ان كان صلاة الظهر والعصر والعشاء واما ان كان صلاة المغرب والمصلي لا يجزئها ان يكون زاد على
ركعات هذه الصلوات أو لم يزد فان كان المتروك منه صلاة الغداة ولم يزد على ركعتيها فترك منها سجدة ثم نذر
قبل ان يسلم أو بعد ما سلم قبل ان يتكلم بسجدة سواء علم انه تركها من الركعة الأولى أو من الثانية أو لم يعلم لانها
فانت عن محلها ولم يفسد الصلاة بقوائمه فلا بد من قضاءها لانها ركن ولو لم يقض حتى خرج عن الصلاة فسدت
صلاته كالقراءة في الأولى اذا فانت عنها تضي في الآخرين لانها ركن ولو لم يقض حتى خرج عن الصلاة فسدت
صلاته فلا بد من القضاء وان فانت عن محلها الاصل لوجود المحل لقيام التصرية كذا هذا ونوى القضاء عند تحصيل
هذه السجدة لانها ان كانت من الركعة الأولى تحتاج الى النية لدخولها تحت القضاء وان كانت من الركعة الثانية
لا تحتاج لان نية أصل الصلاة تناولته فعند الاشتباه يأتي بالنية احتياطا وقبل ينوي ما عليه من السجدة في هذه
الصلاة وكذلك كل سجدة متروكة يسجد بها في هذا الكتاب ويتشهد عقيب السجدة لان العود الى السجدة الصليبية
يرفع الشهادتين تبين انه وقع في غير محله فلا بد من التشهد ولو تركه لا تجوز صلاته لان القعدة الأخيرة فرض
فيتشهد ويسلم ثم يسجد للسهو ثم يتشهد ثم يسلم لما مر وان ترك منها سجدة تبين فان علم انه تركها من ركعتين أو من
الركعة الثانية فانه يسجد هما ويتشهد ويسلم ثم يسجد للسهو ويتشهد ويسلم لانه اذا تركها من ركعتين فقد تقيد كل
ركعة بسجدة وتوقف تمامها على سجدة فيسجد سجدة في علي وجه القضاء فيتم صلاته واذا تركها من الركعة
الثانية فيجبها بسجدة في علي وجه الأداء لوجودهما في محلها وان علم انه تركها من الركعة الأولى صلى ركعة

واحدة لانه لما ركع ولم يسجد حتى رفع رأسه وقرأ أو ركع وسجد سجدة من صارمه لمباركة واحدة لان الركوع وقع مكررا فلا بد وأن يلفوا أحدهما لان ما وجد من السجدة عين عقيب الركعة الثانية يلتحقان باحد الركوعين لانهما يلتحقان بالاول أو بالآخر فيظهر في ذلك ان كان الركوع قبل القراءة يلتحقان بالركوع الثاني ويلفوا الاول لانه وقع قبل أو انه اذا وانه بعد القراءة ولم توجد فلا يعتد به والركوع الثاني وقع في أو انه فكان معتبرا حتى ان من أدرك الركوع الثاني كان مدركاللركعة كلها ولو أدرك الاول لا يكون مدركاللركعة وان كان الركوع الاول بعد القراءة والثاني كذلك فذلك الجواب في رواية باب السهو وفي رواية باب الحدث المعتبر هو الاول و يضم السجدة الثانية للسهو ويلفوا الثاني ومن أدرك الركوع الثاني دون الاول لم يكن مدركاللركعة وان لم يعلم سجدة سجدة من ثم صلى ركعة كاملة لانه ان كان ترك احدى السجدة من الاولى والاخرى من الثانية فان صلاته تم بسجدة من لان كل ركعة تقيد بالسجدة فيلتحق بكل ركعة سجدة فتتم صلاته وتكون السجدة على وجه القضاء لقواهم ما عن محلها وان كان تركها من الركعة الأخيرة فليس عليه الا السجدة الثانية أيضا لانه اذا سجد سجدة من فقد حصلت السجدة الثانية على وجه الاداء لمصلحة ولما بعد ما عقيب هذه الركعة فيحكم بجواز الصلاة ولا ركعة عليه في هذين الوجهين وان كان تركها من الركعة الاولى صلى ركعة ثم ما وجد من السجدة عين عقيب الركعة الثانية يلتحقان بالركوع الاول ان كان الركوع بعد القراءة على رواية باب الحدث وحصل القيام والركوع مكررا فلم يكن جماعا عبرة فتحصل له ركعة واحدة فالواجب عليه قضاء ركعة وعلى رواية باب السهو تنصرف السجدة الثانية الى الركوع الثاني لقهر جماعته فلا على ما هو ويرتفع الركوع الاول والقيام قبله ويلفوا على الرويتين جميعا في هذه الحالة تلزمه ركعة في حالتين يجب سجدة وان وفي حالة ركعة فيجمع بين الكل ويبدأ بالسجدة لان الاحتمال ان كان سجدة من صلاته تم ما هو بالشهادة بعدهما فالركعة بعد تمام الفرض لا تضر وان كان المتروك ركعة فزيادة السجدة من وقعدة لا تضر أيضا ولو بدأ بالركعة قبل السجدة من فسد صلاته لان المتروك ان كان ركعة فقد غبت صلاته به او ان كان سجدة فزيادة الركعة قبل اكمال الفرض تفسد الفرض لما هو ويقعد بين السجدة من لما ذكرنا ان ذلك آخر صلاته على بعض الوجوه وينبغي أن ينوى بالسجدة من القضاء وان كان ذلك مترددا أخذ بالاحتياط ولو ترك ثلاث سجدة فان وقع تحريمه على شيء يعمل به وان لم يقع تحريمه على شيء يسجد سجدة ويصلي ركعة لان المؤدى أقل فيعتبر ذلك فتقيد بسجدة واحدة والركعة واحدة فعليه سجدة واحدة تكيل تلك الركعة ولا يشهد ههنا لان تقصير ركعة لا ينوهم تمام الصلاة يشهد بل عليه أن يصلي ركعة أخرى ثم يشهد ويسلم ويسجد للسهو الا أنه ينبغي أن ينوى بالسجدة قضاء المتروك لجواز أنه أتى بسجدة بعد الركوع الاول فاذا لم ينو هذه السجدة انقضاء تقيد بها الركعة الثانية فاذا قام بعدها صلى ركعة كان متغفلا بها قبل اكمال الفريضة ففسد صلاته واذا نوى بها القضاء التحقت بمحلها وانقض الركوع المؤدى بعدها لان ما دون الركعة يحتمل النقص فلهاذا ينوى بها القضاء ولم يترك سجدة من الله انه لو ترك أربع سجدة ماذا يفعل وقيل انه يسجد سجدة ثم يقوم فيصلي ركعة من غير تشهد بين السجدة من والركعة لانه في الحقيقة قام وركع مرتين فسجد سجدة من يلتحق باحد الركوعين على اختلاف الرويتين ويلفوا الركوع الاخر وقيامه ويحصل له ركعة وبعد ذلك ان صلى ركعة تمت صلاته والله تعالى أعلم وان ترك من الظهر أو من العصر أو من العشاء سجدة فسجد سجدة ويشهد على ما ذكرنا في الفجر ولو ترك سجدة من سجدة من يصلي ركعة وعليه سجدة بالسهو لانه ان تركها من ركعتين أيهما كانتا فعليه سجدة وان وكذا لو تركها من الركعة الأخيرة ولو تركها من احدى الثلاث الاول فعليه ركعة لان قياما وركوعا انقض على اختلاف الرويتين فاذا كان يجب في حال ركعة وفي حال سجدة ان يجمع بين الكل احتياطوا اذا سجد سجدة من يقعد لجواز انه آخر صلاته والقعدة الأخيرة فرض وينوى بالسجدة من عليه لجواز ان تركها من ثنتين قبل الأخيرة أو من ركعة قبلها ويبدأ بالسجدة من احتياطوا لما ينو ولو ترك ثلاث سجدة ثلاث سجدة

ويصلي ركعة لأن من الجائز أنه ترك ثلاث سجعات من الثلاث الأول فيعيد كل ركعة بسجدة فعليه ثلاث سجعات ومن الجائز أنه ترك سجدة من إحدى الثلاث الأول وسجدة من الرابعة فيتم الرابعة بسجدة وتين ويلحق بسجدة بعملها ومن الجائز أنه ترك سجدة من ركعة من الثلاث الأول وسجدة من ركعة فيلحق قيام وركوع على اختلاف الروايتين فعليه سجدة لتنضم إلى تلك الركعة التي سجدها فيها سجدة وركعة فعليه ثلاث سجعات في حالتين وركعة في حال فيجمع بين الكل ويقدم السجعات على الركعة لما بناه وينوي بالسجعات الثلاث ما عليه لما امره ويجلس بين السجعات والركعة لما امره فان ترك أربع سجعات بسجدة أربع سجعات ويصلي ركعتين لأنه لو ترك أربع سجعات من أربع ركعات فعليه أربع سجعات ولو ترك سجدة من ركعتين من الثلاث الأول وسجدة من ركعة منها وسجدة من ركعة في الرابعة فقد انقضى ما كان وركوعه ان كان الواجب عليه ركعتان ولو ترك سجدة من ركعة من إحدى الثلاث الأول وسجدة من ركعتين من الثلاث فعليه ركعة وسجدة وان فيجمع بين الكل احتياطاً فيسجد أربع سجعات ويصلي ركعتين ويقدم السجعات على الركعتين لأن تقديمها لا يضر وتقديم الركعتين يفسد الفرض على بعض الوجوه لما بينا والصلاة اذا فسدت من وجه يحكم بفسادها احتياطاً لما امره وينوي في ثلاث سجعات ما عليه لأن ثنتين فيها قضاء لا محالة والرابعة ليست بقضاء لا محالة لأنها امان كانت زائدة أو من الرابعة فلا ينوي فيها والثالثة محتملة يحتمل انها من الرابعة ويحتمل انها من إحدى الثلاث الأول فينوي احتياطاً واذا سجد أربع سجعات يشهد لا احتمال ان ذلك آخر صلاته والقعدة الاخيرة فريضة ثم يقوم فيصلي ركعة ثم يشهد لأن من الجائز ان عليه ركعة وسجدة فيكون ما بعد الركعة آخر صلاته فلا بد من القعدة فيقعد ثم يقوم ويصلي ركعة أخرى ويقعد ويسلم ثم يسجد سجدة في السهو ويقعد ويسلم وان ترك خمس سجعات يسجد ثلاث سجعات ويصلي ركعتين وههنا يعتبر المودى لأنه أقل فهذا رجل سجد ثلاث سجعات فان سجدها في ثلاث ركعات فيدرك ثلاث ركعات فعليه ثلاث سجعات وركعة ولو سجد سجدة في ركعة وسجدة في ركعة فعليه سجدة وركعتان ففي حال ركعتان وسجدة فيجمع بين الكل احتياطاً فيسجد ثلاث سجعات ويصلي ركعتين ويقدم السجعات على الركعتين لما بينا واذا سجد ثلاث سجعات فهل يقعد قبل أن يصلي الركعتين عند عامة المشايخ لا يقعد لأنه لو كان سجد ثلاث سجعات في ثلاث ركعات فاذا سجد ثلاث سجعات فقد التحقت بكل ركعة سجدة فتمت له الثلاث والقعدة على رأس الثالثة بدعة ولو كان سجد سجدة في ركعة وسجدة في ركعة فاذا سجد ثلاث سجعات فقد تمت له ركعتان وسجدة ان الا ان السجدة تين لفتا والقعدة على رأس الركعتين عند بعض مشايخنا سنة فدارت القعدة بين السنة والبدعة فكان ترك البدعة أولى وعند بعض مشايخنا وان كانت واجبة لكن ترك البدعة فرض وهو أهم من الواجب فكان ترك البدعة أولى وعند بعض مشايخنا أنه يقعد بعد السجعات الثلاث لأن القعدة لما دارت بين الواجب وترك البدعة كان تحصيل الواجب مستحباً فقالوا يقعد ههنا قعدة مستحبة لا مستحقة لأن الواجب ملحق بالفرض في حق العمل ثم بعد ذلك يصلي ركعة ويقعد لأن هذه رابعته من وجه بأن كان أدى السجعات الثلاث في ثلاث ركعات فاذا سجد ثلاث سجعات تمت له ثلاث ركعات واذا صلى ركعة فهذه رابعته والقعدة بعدها فرض وهي ثالثته من وجه بأن أدى السجدة من ركعة وسجدة من ركعة فاذا سجد ثلاث سجعات التحقت سجدة بالركعة التي سجدها فيها سجدة وتمت له ركعتان فكانت هذه ثالثته والقعدة بعدها بدعة فدارت بين الفرض والبدعة فيغلب الفرض لأن ترك البدعة وان كان فرضاً واستوى من هذا الوجه لكن ترجحت جهة الفرض لما في ترك الفرض من ضرر وجوب القضاء ثم بعد التشهد يقوم فيصلي ركعة أخرى ثم يشهد ويسلم ويسجد سجدة في السهو ثم يشهد ثم يسلم ولو ترك ست سجعات يسجد سجدة تين ويصلي ثلاث ركعات لأنه ما سجد الا سجدة تين فان سجدها في ركعة فعليه ثلاث ركعات وان سجدها في ركعتين

فعلية سجدة تان لثم الركعتان وركعتان آخران فيجمع بين الكل احتياطا ويقدم السجدة تان لما قلنا وبعد
السجدة تان هل يجلس أم لا على ما ذكرنا من اختلاف المشايخ لان القعدة دائرية بين انها بعد ركعة أم بعد ركعتين لانه
ان كان سجدة السجدة تان في ركعة كانت القعدة بعد ركعة وان كان سجدة هما في ركعتين كانت القعدة بين الركعتين
وبعد ركعة بدعة وبعد هما عند بعضهم سنة وعند بعضهم واجبة وكذا هذا الاختلاف فيما اذا صلى بعد
السجدة تان ركعة واحدة لكون الركعة دائرية بين كونها ثانية وبين كونها ثالثة لانه ان كان سجدة السجدة تان في ركعة
كانت هذه الركعة ثانية وان كان سجدة هما في ركعتين كانت هذه الركعة ثالثة واذا صلى ركعة أخرى يجلس بالاتفق
لكونها دائرية بين كونها رابعة وبين كونها ثالثة فافهم ولو ترك سبع سجديات بسجدة سجدة ويصلي ثلاث ركعات
لانه ما وجد الا سجدة واحدة فلم تنقيد الا ركعة فعلية سجدة لثم هذه الركعة وثلاث ركعات لثم الاربع ولو
ترك ثمان سجديات بسجدة سجدة ويصلي ثلاث ركعات لانه آتى بأربع ركعات فاذا آتى بسجدة تان بلحقان
بركوع واحد ورتفع الباقى على اختلاف الروايتين فيصير مصليا ركعة فيكون عليه ثلاث ركعات لثم
الاربع ولو ترك من المغرب سجدة سجدة لا غير لما مر وان ترك سجدة تان بسجدة سجدة ويصلي ركعة لما
ينبغي بعد سجدة السجدة تان لجواز ان فرضه ثم بأن ركعتان ركعتين والركعة تكون تطوعا فلا بد من القعود وان
ترك ثلاث سجديات بسجدة ثلاث سجديات ويصلي ركعة لانه ان ترك ثلاث سجديات من ثلاث ركعات
فاذا سجدة فقد تمت صلاته فينشهد وان ترك سجدة من احدى الأولين وسجدة تان من الثانية فعليه ثلاث
سجديات وان ترك سجدة تان من احدى الأولين فعليه سجدة وركعة فيجمع بين الكل ولو ترك أربع سجديات
بسجدة سجدة ويصلي ركعتين والعبرة في هذا للمؤداة لانها أقل فهذا رجل سجدة سجدة تان فان
سجدة هما في ركعة فقد صلى ركعة فيصلي ركعتين آخران وان سجدة هما في ركعتين فقد قيد بكل سجدة ركعة
فعليه سجدة تان لتمامه صلى ركعة في حال عليه ركعتان وفي حال سجدة تان وركعة فيجمع بين الكل احتياطا
وبسجدة سجدة تان ويصلي ركعتين وبعد السجدة تان الجلوس مختلف فيها وأكثرهم على أنه لا يقعد على ما مر وبين
الركعتين يجلس لا محالة لجواز انها ثالثة وان ترك خمس سجديات بسجدة سجدة ويصلي ركعتين لكن ينبغي أن
ينوى بهذه السجدة عن الركعة التي قيد بها بالسجدة لانه لو لم ينو وقد كان قيد الركعة الأولى بالسجدة لالتصفت
هذه السجدة بالركوع الثاني والثالث على اختلاف الروايتين فيتقيد له ركعتان يتوقفان على سجدة تان فاذا صلى
ركعتين قبل أدائها بين السجدة تان التين ثم جاز الركعتان المقيدتان فسدت فرضية صلاته فاذا نوى بهذه السجدة
عن الركعة التي قيدت بتلك السجدة تمت به فبعد ذلك يصلي ركعتين ويقعد بين الركعتين لان هذه ثانيته يبين فلم
يكن في القعدة شبهة البدعة ولو ترك ست سجديات بسجدة سجدة تان ويصلي ركعتين لانه آتى بثلاث ركعات فسجد
سجدة تان فلتلحقا بركوع منها على اختلاف الروايتين فتم له ركعة ثم يصلي ركعة ويقعد لعدم شبهة البدعة ثم أخرى
ويقعد فزاهذا اذا كان لم يزد على عدد ركعات صلاته فاما اذا زاد بان صلى الغداة ثلاث ركعات فان ترك منها سجدة
فسدت صلاته وكذلك اذا ترك سجدة تان وثلاثا وان ترك أربعاً لم يفسد الأصل في هذه المسائل ان الصلاة متى دارت
بين الجواز والفساد يحكم بفسادها احتياطا وان من انتقل من القرض الى النفل وقيد النفل بالسجدة قبل اتمام
القرض بأن بقي عليه القعدة الاخيرة أو بقي عليه سجدة فسدت صلاته لما مر أن من ضرورة دخوله في النفل خروجه
عن القرض وقد بقي عليه ركن فيفسد فرضه كما لو اشتغل بعمل آخر قبل اتمام القرض وأصل آخر انه اذا زاد على
ركعات القرض ركعة بضم الركعة الزائدة الى الركعات الاصلية وينظر الى عددها ثم ينظر الى سجديات عددها
فتكون سجديات الفجر بالمرز يستلانها مع الركعة الزائدة ثلاث ركعات ولكل ركعة سجدة تان وسجديات الظهر
بالمرز يد عشر سجديات المغرب بالمرز يد ثمانيا ثم ينظر ان كان المنزول أقل من النصف أو النصف يحكم بفساد
صلاته لان من الجائز انه آتى في كل ركعة بسجدة فتقيد ركعات القرض كلها ثم انتقل منها الى الركعة الزائدة

وهي تطوع قبل أداء تلك السجدة فتفسد صلاته وان كان المتروك أكثر من النصف بعلم يقيناً أن المفروض مع الزائد لم يتقيد الكل فان الفجر مع الزائد لم يتقيد بسجدة بل لو تقيد تقيد ركعتان لا غير لان ثلاث ركعات لا يتصور أن تقيد بسجدة بين فلم يوجد الانتقال الى النفل بعد وكذا خمس ركعات في الظهر لا يتصور أن تقيد بأربع سجدة ولا المغرب مع الزيادة بثلاث سجدة فلا يتحقق الانتقال الى النفل ثم في كل موضع لم تفسد فتكون المؤديات أقل لا محالة فينظر الى المؤديات في ذلك الفرض ثم يتم الفرض على ما بينا واذا عرفت هذه الاصول فنقول اذا صلى الغداة ثلاث ركعات وترك منها سجدة فسدت صلاته لانه ان تركها من الاولى او من الثانية فسدت لانه لما قيد الثالثة بسجدة فقد انعقدت فلا فساد خارجاً من الفرض ضرورة دخوله في النفل فخرج من الفرض وقد بقي عليه منه سجدة ففسد فرضه كما لو صلى الفجر ركعتين وترك منها سجدة فلم يسجد حتى قام وذهب وان تركها من الثالثة لا تفسد فدارت بين الجواز والفساد فحكم بالفساد فان ترك سجدة من ترك سجدة من الاولى وسجدة من الثانية فسدت صلاته لتقيد كل واحدة من ركعتي الفرض بسجدة ثم دخل في النفل قبل الفراغ من الفرض وكذا ان ترك سجدة من احدى الاولين وسجدة من الثالثة لان ترك سجدة من الاولين يكفي لفساد الفرض لما قلنا وان تركها من الثالثة لا يفسد فرضه لانه قد صلى ركعتين كل ركعة بسجدة فاذ في حالين تفسد وفي حال تجوز ولو كانت تجوز في حالين وتفسد في حال للزم الفساد فهناك أولى وذو كرم في الأصل في هذه المسئلة قولين أما أحدهما فتفسد صلاته والقول الآخر لا تفسد صلاته وان أراد بالقولين الوجهين اللذين يحتمل أحدهما الجواز والآخر الفساد على ما بينا فحكم بالفساد ومن المشايخ من حقق القولين فقال في قول تفسد لما قلنا في قول لا تفسد لانه يجعل على ان السجدة المتروكتين من الثالثة تحرر بالجواز وهذا غير سديد لانه لو كان كذلك لوجب أن يكون فيما اذا ترك سجدة واحدة قولان في قول لا تفسد لانه يجعل على انه تركها من الثالثة تحرر بالجواز وكذلك لو ترك ثلاث سجدة تفسد لما قلنا ولو ترك أربع سجدة لا تفسد لان المتروك أكثر من النصف فهذا الرجل ما سجد الا سجدة من سوا سجدهما في ركعتين أو في ركعة واحدة فلم يصح بذلك خارجاً من الفرض الى النفل لان الزائد على الركعتين أقل من ركعة فلم يصح منتقلاً الى النفل بعد فلا يفسد فرضه وعليه أن يسجد بسجدة وتشهد ولا يسلم ثم يقوم ويصلي ركعة كاملة لانه قد أتى بسجدة فان كان أتى بهما في ركعتين فعليه سجدة ثان لا غير وان كان أتى بهما في ركعة واحدة فعليه ركعة كاملة فيجمع بين الكل احتياطاً ويسجد بسجدة ثالثة ولا يشهد ثم يقوم ويصلي ركعة ماذ كرنا فيما تقدم وصار هذا كما لو صلى الغداة ركعتين وترك منها سجدة وجوابه ماذ كرنا كذا هذا وكذلك لو ترك خمس سجدة لا تفسد لان هذا الرجل ما صلى الا ركعة واحدة فيسجد سجدة أخرى لتمام الركعة ثم يصلي ركعة أخرى كما اذا صلى الغداة ركعتين وترك منها ثلاث سجدة والجواب فيه ماذ كرنا فكذا هذا وكذلك لو ترك ست سجدة لانه لم يسجد شيئاً وانما ركع ثلاث ركعات فأتى بمجدة حتى يصير له ركعة كاملة ثم يصلي ركعة أخرى كما اذا صلى الفجر ركعتين وترك منها أربع سجدة وعلى هذا اذا صلى الظهر والعصر أو العشاء خسا وترك منها سجدة ثم قام وذهب ولو ترك منها سجدة فترك كذلك الجواب ان تركها من الاربع الاول وكذلك ان ترك ثلاثاً أو أربعاً أو خسا لا حقال انه ترك من كل ركعة سجدة فترك ثلاثاً من ثلاث وأربعاً من الاربع وخمساً من خمس وذلك جهة الفساد ولو ترك ست سجدة لا تفسد لان المتروك هنا أكثر لانه ما سجد الا أربع سجدة فيسجد أربع سجدة أخرى ثم يقوم ويصلي ركعتين ويكون كما اذا صلى أربع ركعات وترك منها أربع سجدة والجواب والمعنى فيه ماذ كرنا هناك كذا هنا وكذلك ان ترك منها سبعاً وتسعاً وعشر فالجواب فيه كالجواب فيما اذا صلى أربعاً وترك ثلاث سجدة أو سجدة أو لم يسجد أسالاً لا يختلف الجواب والمعنى وقد مر ذلك كله وكذلك لو صلى المغرب أربع ركعات وترك منها سجدة أو سجدة أو ثلاثاً أو أربعاً فسدت صلاته لما ذكرنا في الظهر والعصر والعشاء اذا صلاها خسا وترك منها خمس سجدة أو أقل وان ترك منها

خمس سجدة أو ستاً أو سبعة لا تقيد و ينظر الى المؤدى ويكون حكمه حكم ما اذا صلى المغرب ثلاثاً وترك منها ثلاث
سجدة أو أربعاً أو خمساً وهناك ينظر الى المؤدى من السجدة فيضم الى كل سجدة اذاها سجدة ثم يتم صلاته
على نحو ما ذكرناه هناك كذا هي هنا ولو كبر رجل خلف الامام ثم نام فصلى امامه أربع ركعات وترك من كل ركعة
سجدة ثم أحدث فقدم النائم بعدما انتبه فانه يشير اليهم حتى لا يتبعوه فيصلى ركعة وسجدة ثم يسجد فيبته القوم
في السجدة الثانية وكذا يصلى الثانية والثالثة والرابعة والامام مسي بقدمه النائم ينهى له أن يقدم من أدرك
أول صلاته وكذا لو لم يتم ولكنه أحدث فتوضأ ثم جاء فقدمه فهذا حكمه مسافراً كان أو مقبلاً لا ينبغي للامام أن
يقدمه ولا له أن يتقدم لانه لا يقدر على اتمام الصلاة على الوجه لانه ان اشتغل بتضاء السجدة كما وجب على
الامام الاول اصاب امرئ تكباً مرة مكرهاً لانه مدرك والمدرک يأتي بالاول فالاول وان ابتدأ الاول فالاول فقد
أجأ القوم الى زيادة مكث في الصلاة فانه يحتاج الى أن يشير لئلا يتبعوه في كل ركعة مع سجدة فاذا سجد السجدة
الثانية يتابعونه لانهم صلوا الركعات فليس لهم أن يصلوا ثانياً فلما كان تقدمه يؤدى الى أحد أمرين مكرهين
لا ينبغي للامام أن يقدمه ولا أن يتقدم هو ولو تقدم مع هذا واشتغل بالمتروكات اولاً وتابعه القوم جاز لكونه خليفة
الامام الاول ثم وان كانت هذه السجدة لا تحسب من صلاته لا يصير اقتداء المفترض بالمتنفل لان هذا لا يعد منه
تقلاً بل هو في أداء هذه الافعال قائم مقام الاول وجعل كانه يؤدى الفرض نظيره ما ذكرنا فيما تقدم ان اماماً لو رفع
رأسه من الركوع فسبقه الحدث فقدم رجلاً جاء ساعاً ثم تقدم انه يتم صلاة الامام فيسجد سجدة ثم يقوم الى
الركعة الثانية وان كانت السجدة غير محسوبة في حقه فان الواجب عليه أن يقضى الركعة التي سبق بها
يسجدتها ومع ذلك جازت امامته لان السجدة ثنتين فرضان على الامام الاول وهو قائم مقامه ولو بدأ بالاول فالاول
يصلى ركعة ويشير الى القوم لئلا يتبعوه لانهم صلوا هذه الركعة بسجدة فاذا سجد السجدة الثانية تابعه القوم لانهم
لم يسجدوا هذه السجدة هكذا في الركعات كلها واذا فعل هكذا جازت صلاته وصلاة القوم عند بعض مشايخنا وعند
بعضهم تفسد صلاة الكل وانما وقع الاختلاف بينهم لان محمد اقال في الكتاب بعد ما حكى جواب أبي حنيفة انه
يصلى الاول فالاول والقوم لا يتابعونه في كل ركعة فاذا انتهى الى السجدة تابعوه حتى يمجده رحمه الله هذا ثم قال قلت
أما تسمع عليه قال فلما اذا قلت ان الامام مرة يصير اماماً للقوم وغير امام مرة وهذا قبيح ولو كان هذا ركعة استحسن
في ركعة ذكر محمد سؤاله هذا ولم يذكر جواب أبي حنيفة في مشايخنا من جعل حكاية هذا السؤال مع ترك الجواب
اخباراً عن الرجوع وقال تفسد صلاته واعتقد على ما حكي به محمد وتقرر ان الاستخلاف ينبغي أن لا يجوز لان
المؤتم يصير اماماً وبين كونه مؤتماً تابعاً وبين كونه اماماً متبوعاً منافاة والصلاة في نفسها لا تنجز احكاماً في كان في
بعض تابعاً لا يجوز أن يصير متبوعاً في شيء منها لان صيرورته تابعاً في شيء بمنزلة صيرورته تابعاً في الكل لضرورة عدم
التجزئ وكذا صيرورته متبوعاً في بعض يصير بمنزلة صيرورته متبوعاً في الكل لعدم التجزئ فاذا كان في بعضها حساً
تابعاً في بعضها متبوعاً كانه في الكل تابع وفي الكل متبوع حكمه عدم التجزئ حكماً وهذا لا يجوز الا أن يجوزنا
الاستخلاف بالنص فيقدر الجواز بقدر ما ورد فيه النص والنص ما ورد فيه يصير اماماً اراً ثم يصير مؤتماً وهذا
في كل ركعة يؤدونها مؤتماً فاذا انتهى الى السجدة المتروكة من كل ركعة يصير اماماً فبقي على أصل ما يقتضيه الدلائل
وقول محمد استحسن هذا في ركعة واحدة أراد بذلك ان الامام لو ترك سجدة لا غير من ركعة فاستخاف هذا النائم
واشدد الاول فالاول والقوم يترصون بلوغه تلك السجدة فاذا سجد هاجد وامعه ثم بعده يصير مؤتماً في هذا القياس
أن تفسد لانه يصير اماماً مرة ومؤتماً مرتين الا اننا استحسننا وقتنا انه يجوز لان مثل هذا في الجملة جائز فان الامام اذا
سبقه الحدث فقدم مسبباً لا يجوز وقبل الاستخلاف كان مؤتماً وبعد الاستخلاف الى تمام صلاة الامام كان اماماً
ثم اذا تأخر وقدم غيره حتى سلم وقام المسبوق الى قضاء ما سبقه من مؤتماً من وجه بدليل انه لو اقتضى به غيره لم يجز اما
في مسئلتنا يصير مؤتماً اماماً اراً الا أن أكثر مشايخنا اجوزوا وقالوا لا تفسد صلاته ولا يجعل هذا رجوعاً من

أبي حنيفة مع عدم النص على الرجوع ويحفل أنه أجاب أبو حنيفة ومحمد لم يذ كر الجواب ووجه ذلك أن جواز الاستخلاف أن ثبت نصا لكونه معقول المعنى وهو الحاجة إلى إصلاح الصلاة على ما يتناقص عدم الحاجة ههنا متحققة فيجوز وقوله أن بين كون الشخص الواحد تابعا ومتبوعا مائة قلنا في شيء واحد مسلم أمافي شيتين فلا والصلاة أفعال متغايرة حقيقة لجاز أن يكون الشخص الواحد تابعا في بعضها ومتبوعا في بعض وبه تبين أن الصلاة متجزئة حقيقة لأنها أفعال متغايرة لا في حق الجواز والقسا وهو هذا لأن البعض موجود حقيقة فارتفاعه يكون بخلاف الحقيقة فلا يثبت إلا بالشرع وفي حق الجواز والقسا دام الدليل بخلاف الحقيقة فغير هاهنا لم يبق متبوعة متجزئة في حقهما فاما في حق التبعية والمتبوعة في غير أو أن الحاجة العقد الإجماع وفي أو أن الحاجة لا إجماع والحقائق تتبدل بقدر الدليل الموجب للتغير والتبدل ولا دليل في هذه الحالة بل ورد الشرع بتقرير هذه الحقيقة حيث جاز الاستخلاف فعلم أن الاستخلاف عند الحاجة جائز وكون الإنسان مرة تابعا ومرة متبوعا غير مانع وينظر إلى الحاجة لا إلى ورود الشرع في كل حالة من أحوال الحاجة ألا ترى أن في الركعة الواحدة التي استحسن محمد لم رد الشرع الخاص وما استدله من مسألة المسبوق لم رد الشرع الخاص فيه وإنما جاز لما ذكرنا من اعتبار الحقيقة في موضع لم رد الشرع بتغييرها ومن جعل ورود الشرع بالجواز لذى الحاجة وورد في كل محل تحققت الحاجة ألا ترى أن الشرع لم رد صلاة واحدة بالاعتة الخمسة ومع ذلك جاز عند الحاجة وكذا الواحد إذا تم فسبق الإمام الحدث تعين هذا الواحد للإمامة فإذا جاء الأول صار مقتديا به ثم لو سبق الثاني حدث تعين الأول للإمامة ثم إذا جاء هذا الثاني وسبق الأول حدث تعين هذا الثاني للإمامة هكذا مرار الكن لما تحققت الحاجة جواز وجعل النص الوارد في الاستخلاف واردا في كل محل تحققت الحاجة فيه فكذا هذا والله أعلم

فصل في وأما صلاة الجمعة فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان فرضيتها وفي بيان كيفية الفريضة وفي بيان شرائطها وفي بيان قدرها وفي بيان ما يفسدها وفي بيان حكمها إذا فسدت وأخرج وقتها وفي بيان ما يستحب في يوم الجمعة وما يكره فيه أما الأول فالجمعة فرض لا يسع تركها أو يكفر جاحدا والدليل على فرضية الجمعة الكتاب والسنة وإجماع الأمة أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله قبل ذكر الله هو صلاة الجمعة وقبل هو الخطبة وكل ذلك حجة لأن السعي إلى الخطبة إنما يجب لأجل الصلاة بدليل أن من سقطت عنه الصلاة لا يجب عليه السعي إلى الخطبة فكان فرض السعي إلى الخطبة فرضا للصلاة ولأن ذكر الله يتناول الصلاة ويتناول الخطبة من حيث أن كل واحد منهما ذكر الله تعالى وأما السنة فالحديث المشهور وهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الله تعالى فرض عليكم الجمعة في مقامي هذا في يومى هذا في شهرى هذا في سنتى هذه فمن تركها في حياتى أو بعد مماتى استخفافا بها وجحد عليها وتهاونا بجمعها وله إمام عادل أوجب الله فراجع الله شمله ولا بارك له في أمره ألا لصلاته ألا لذكائه ألا لاجل له ألا لصومه له إلا أن يتوب فمن تاب تاب الله عليه وروى عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من ترك ثلاث جمع تهاونا طبع الله على قلبه ومثل هذا الوعيد لا يلحق إلا بترك الفرض وعليه إجماع الأمة

فصل في وأما كيفية فرضيتها فقد اختلف فيها قال أبو حنيفة وأبو يوسف إن فرض الوقت هو الظهور في حق المعذور وغير المعذور لكن غير المعذور وهو الصحيح المقيم الحر مأثور بإسقاطه بأداء الجمعة حقا والمعذور مأثور بإسقاطه على سبيل الرخصة حتى لو أدى الجمعة بسقط عنه الظهور وتنعى الجمعة فرضا وإن ترك الترخيص يعود الأمر إلى العزيمة ويكون الفرض هو الظهور لا غير وعن محمد قولان في قول قال فرض الوقت هو الجمعة ولكن له أن يسقطه بالظهور رخصة وفي قول قال الفرض أحدهما غير عين ويتعين ذلك بتعيينه فعلا فإما قل تعينه أنه هو الفرض وقال زفر وقت الفرض هو الجمعة والظهور بدل عنها وهذا كله قول أصحابنا وقال الشافعي الجمعة ظهر قاصر وعندنا هي صلاة مبتدأة غير صلاة الظهور وقائمة الاختلاف تظهر في بناء الظهور على تحريمه الجمعة بأن خرج

وقت الظهر وهو في صلاة الجمعة فعند أصحابنا يستقبل الظهور وعنده يتهبط ظهره أما الكلام مع الشافعي فإنه احتج
بما روى عن عمر وعائشة رضي الله عنهما أنهما قالاً إنما قصرت الجمعة لأجل الخطبة ولأن الوقت سبب لوجوب
الظهر والوقت متى جعل سبباً لوجوب صلاة كان سبباً لوجوبها في كل يوم كسائر أوقات الصلاة ثم إذا وجد سبب
القصر قصر كما قصر بعذر السفر وهما وجد سبب القصر وهو الخطبة ومشقة قطع المسافة إلى الجامع ولنا أن
الجمعة مع الظهر صلاتان متغايرتان لأنهما مختلفتان شروطاً لما نذكر اختصاص الجمعة بشروط ليست للظهر
والفرض الواحد لا تختلف شروطه بالقصر فكانا غيرين فلا يصح بناء أحدهما على الآخر كبناء العصر على الظهر
بعد خروج وقت الظهر وأما حديث عمر وعائشة رضي الله عنهما ففيه بيان علو القصر أما ليس فيه أن المقصود ظهر
وما ذكره من المعنى غير سديد لأن الوقت قد يتخلو عن فرضه إذا عذر من الإعذار كوقت العصر عن العصر يوم
عرفة بعرفة وقت المغرب عن المغرب ليلة المزدلفة فكذا ههنا جاز أن يتخلو وقت الظهر عن الظهر إذا كان لا
يتخلو عنه وجوباً ولكنه يسقط عنه بإداء الجمعة على ما نذكر وأما الخلاف بين أصحابنا رحمهم الله فينا على الخلاف في
كيفية العمل بالأحاديث المشهورة المتعارضة من حيث الظاهر فإنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال
وأول وقت الظهر حين تزول الشمس وتحو ذلك من الأحاديث من غير فصل بين الجمعة وغيره وقد وردت الأحاديث
المشهورة في فرضية صلاة الجمعة في هذا الوقت بعينه على ما ذكرنا واجمع بينهما فاعل غير مشروع بخلاف بين الأئمة
فحمد رحمه الله على أحد قوليه عمل بطريق التناسخ فجعل الآخر وحديث الجمعة ناسخاً للآخر على ما هو الأصل
عند معرفة التاريخ إلا أنه رخص له أن يسقط الجمعة بالظهور وعلى القول الآخر قال أنه قام لدليل فرضية كل واحدة
من الصلاتين ولا سبيل إلى القول بفرضيتهما على الجمع ولهذا الوجه أحدهما أيتهما كانت سقطت الفرض
عنه فكان الفرض أحدهما غير عين وانما يتعين بفعله وأبو حنيفة وأبو يوسف عملاً بالأحاديث بطريق التوفيق
إذا عمل بالحدِيثين أولى من نسخ أحدهما فقالا أن فرض الوقت هو الظهر لكن أمر باسقاط الظهر بالجمعة
ليكون عملاً بالحدِيثين بقدر الإمكان ولهذا يجب قضاء الظهر بعد فوات الجمعة وخروج الوقت والقضاء خلف عن
الإداء دل أن الظهر هو الأصل إذا لا ربح لا تصلح أن تكون خلفاً عن ركعتين وزفر يقول لما انتسخ الظهر بالجمعة
دل أن الجمعة أصل والموجب القضاء بعد خروج الوقت بإداء الظهر دل أنه بدل عن الجمعة إذا عرف هذا الأصل
نخرج عليه المسائل فتقول من صلى الظهر يوم الجمعة وهو غير معذور قبل صلاة الجمعة ولم يحضر الجمعة بعد ذلك
ولم يؤدّها يقع فرضاً عند علمائنا الثلاثة حتى لا يلزمه الإعادة خلافاً لفرعاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلا نه أدّى
فرض الوقت لأن فرض الوقت هو الظهر عندهما ولكنه أمر باسقاطه بإداء الجمعة فإذا لم يؤدّها بالجمعة بقي الفرض
ذلك فإذا أدّاها فقد أدى فرض الوقت فلا يلزمه الإعادة وأما عند محمد فعلى أحد قوليه الفرض أحدهما غير عين
ويتعين بفعله فإذا صلى الظهر تعين فرضاً من الأصل وعلى قوله الآخر فرض الوقت وإن كان هو الجمعة وهي المزمعة
ليكن له أن يسقطها بالظهور رخصة وقد ترخص بالظهور في قول زفر لما كان الظهر بدلاً عن الجمعة وانما يجوز
البدل عند العجز عن الأصل كالماء مع الماء وهما وقادر على الأصل فلا يجوز به البدل فتلزمه الإعادة
وعلى هذا يخرج المعذور كالمريض والمسافر إذا صلى الظهر في بيته وحده أنه يقع فرضاً في قول أصحابنا جميعاً
على اختلاف طرقهم أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلا لأن فرض الوقت هو الظهر إلا أن غير المعذور
مأمور باسقاطه بالجمعة على طريق الحتم والمعذور مأمور باسقاطه بالجمعة بطريق الرخصة ولم يترخص
فبقيت المزمعة وهي الظهر وقد أدّاها فوقع فرضاً وأما عند محمد فلا لأن الجمعة فرض عليه على طريق المزمعة
ليكن مع رخصة الترك وقد ترخص بتركها بالظهور وأما على قول زفر فلا لأن المفروض عليه الظهر بدلاً عن
الجمعة بعذر المرض والسفر وعلى هذا يخرج المعذور إذا صلى الظهر في بيته ثم شهد الجمعة وصلاها مع الإمام أنه
يرتفع ظهره وبصير أطوعاً وفرضه الجمعة في قول أصحابنا الثلاثة لأن القادر مأمور باسقاط الظهر بالجمعة

وقد قدر فاذا أدى انعقدت جمعة فرضا ولا تنعقد فرضا الا بعد ارتقاض الظهر لان اجتماع فرضي الوقت لا يتصور فيرتفع ظهره ضرورة انعقاد الجمعة فرضا وعند زفر لا يرتفع ظهره لان الظهر عنده خلف عن الجمعة فكان شرطه الجيز عن الاصل وقد تحقق عند الاداء فصيح الخلاف فالقدرة على الاصل بعد ذلك لا تبطله وأما غير المذور اذا صلى الظهر في بيته ثم خرج الى الجمعة فهذا على أربعة أوجه أحدها اذا خرج من بيته وكان الامام قد فرغ من الجمعة حين خرج لا يرتفع ظهره بالاجماع والثاني اذا حضر الجامع وشرع في الجمعة وأتاه مع الامام يرتفع ظهره عند علمائنا الثلاثة لما ذكرنا وأما عند زفر فلا يقع ظهره فرضا أصلا لانه خلف فيشترط له الجيز عن الاصل ولم يوجد والثالث اذا شرع في الجمعة ثم تكلم قبل انعام الجمعة مع الامام يرتفع ظهره في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد لا يرتفع كذا ذكر الحسن بن زياد الاختلاف في كتاب صلاته والرابع اذا حضر الجامع وقد كان فرغ الامام من الجمعة وحين خرج من البيت كان لم يفرغ فهو على هذا الاختلاف وحاصل الاختلاف أن عند أبي حنيفة باءا بعض الجمعة يرتفع ظهره وكذا يوجد ما هو من خصائص الجمعة وهو السعي وعندهما لا يرتفع وجه فلهما في المسئلتين أن ارتقاض الظهر لضرورة صيرورة الجمعة فرضا لان اجتماع فرضي الوقت لا يتحقق ولم يوجد فلم يرتفع الظهر وهذا لان الحكم ببطان ما صح وفرغ منه من حيث الظاهر لا يكون الا عن ضرورة ولا ضرورة قبل تمام الجمعة ووقوعها فرضا ولا في حنيفة أن ما أدى من البعض انعقد فرضا ولم ينعقد الفعل من الجمعة مع بقاء الظهر فرضا فكان من ضرورة انعقاد هذا الجزء من الجمعة فرضا ارتقاض الظهر وكذا السعي الى الجمعة من خصائص الجمعة فكان ملحقا بها وان انعقد فرضا مع بقاء الظهر فرضا وكان من ضرورة وقوعه فرضا ارتقاض الظهر به علل الشيخ أبو منصور المازريدي وعلى هذا اذا شرع الرجل في صلاة الجمعة ثم تذكر ان عليه الفجر فهذا على ثلاثة أوجه ان كان بحال لو اشتغل بالفجر لا تقوته الجمعة فعليه أن يقطع الجمعة ويبعد بالفجر ثم بالجمعة مراعاة للترتيب فانه واجب عندنا وان كان بحال لو اشتغل بالفجر تقوته الجمعة والظهر عن الوقت يعضى فيها ولا يقطع بالاجماع لان الترتيب ساقط عنه لضيق الوقت وان كان بحال لو اشتغل بالفجر تقوته الجمعة ولكن لا يقوته الظهر فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يصلى الفجر ثم يصلى الظهر ولا تجزئه الجمعة وعلى قول محمد يعضى في الجمعة ولا يقطع لان عنده فرض الوقت هو الجمعة وهو يخاف فوتها لو اشتغل بالفجر فيسقط عنه الترتيب كما لو تذكر العشاء في صلاة الفجر وهو يخاف طلوع الشمس لو اشتغل بالعشاء وعندهما فرض الوقت هو الظهر وأنه لا يفوت بالاشتغال بالفائتة فلا يسقط الترتيب والله أعلم

فصل وأما بيان شرائط الجمعة فلا جمعة شرائط بعضها يرجع الى المصلي وبعضها يرجع الى غيره أما الذي يرجع الى المصلي فستة العقل والبلوغ والحرية والذكورة والاقامة وصحة البدن فلا تجب الجمعة على المجانين والعبيدان والعبيد الا باذن مولاهم والمسافرين والزمنى والمرضى أما العقل والبلوغ فلا أن صلاة الجمعة اختصت بشرائط لم تشترط في سائر الصلوات ثم لما كانا شرط الوجوب سائر الصلوات فلا يكونا شرط الوجوب هذه الصلاة أولى وأما الحرية فلا منافع العبد مالم يملكه ولا اقيما استثنى وهو اداء الصلوات الخمس على طريق الانفراد دون الجماعة لما في الحضور الى الجماعة وانتظار الامام والقوم من تعطيل كثير من المنافع على المولى ولهذا لا يجب عليه الحج والجهاد وهذا المعنى موجود في السعي الى الجمعة وانتظار الامام وتقوم فسقطت عنه الجمعة وأما الاقامة فلا ان المسافرين يحتاج الى دخول المصر وانتظار الامام والقوم فيتخلف عن القافلة فيلحقه الجرح وأما المرض فلا نة عاجز عن الحضور أو ياحقه الجرح في الحضور وأما المرأة لانها مشغولة بخدمة الزوج ممنوعة عن الخروج الى محافل الرجال لكون الخروج سببا لفتنة ولهذا لا جمعة عليهن ولا جمعة عليهن أيضا والدليل على أنه لا جمعة على هؤلاء ما روى عن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فعليه الجمعة الا

مسافر أو مملوك أو صبي أو امرأة أو مريض يضافن استغنى عنها بل هو أو نجارة استغنى الله عنه والله غني حميد أو مالا يحى
 فهل يجب عليه إجماع على أنه إذا لم يجد قائد لا يجب عليه كالأجيب على الزمن وإن وجد من يجعله أو مالا إذا وجد
 قائد أما بطريق التبرع أو كان له مال يمكنه أن يستأجر قائدا كذلك في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد
 يجب وهو على الاختلاف في الحج إذا كان له زاد ورأى أنه لا يمكنه أن يستأجر قائدا أو وجد له السان أن يقوده إلى مكة
 ذاهبا وجائيا لا يجب عليه الحج عند أبي حنيفة وعندهما يجب والمسئلة تذكرها في كتاب الحج إن شاء الله تعالى ثم
 هؤلاء الذين لا جمعة عليهم إذا حضر والجامع وأدوا الجمعة فمن لم يكن من أهل الوجوب كالصبي والمجنون فصلالة
 الصبي تكون تطوعا ولا صلاة للمجنون رأسا ومن هو من أهل الوجوب كالمرضى والمسافر والعبد والمرأة وغيرهم
 تجز بهم ويسقط عنهم الظاهر لأن امتناع الوجوب عليهم لما ذكرنا من الاعتذار وقد زالت وصار الأذن من المولى
 موجودا دلالة وقد روى عن الحسن البصري أنه قال كن النساء يجمعن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال
 لمن لا يخرجن إلا ثلاث غير متطيات وفرق بين هذا وبين الحج في العبد فإنه لو أدى الحج مع مولاه لا يحكم بجوازه
 حتى يؤخذ بحجة الإسلام بعد الحرية والفرق أن المنع من الجمعة كان نظر المولى والنظر ههنا في الحكم بالجواز
 لأن المولى يجوز وقد تعطلت منافعه على المولى لوجب عليه الظاهر فتعطل عليه منافعه ثانيا فيتعلم النظر ضمرا
 وذاليس بحكمة فتبين في الاستحالة أن النظر في الحكم بالجواز فصار ما ذونا دلالة كالعبد المحجور عليه إذا أجر نفسه أنه
 لا يجوز ولو سلم نفسه للعمل يجوز ويجب كمال الأجرة لما ذكرنا كذا هذا باختلاف الحج فان هناك لا يبين أن النظر
 للمولى في الحكم بالجواز لأنه لا يؤخذ بالحال بشئ آخر إذا لم يحكم بجوازه بل يخاطب بحجة الإسلام بعد الحرية فلا
 يمتد على المولى منافعه فهو والفرق وأما الشرائط التي ترجع إلى غير المصلي فخمسة في ظاهر الروايات المصير
 الجامع والسلمطان والخطبة والجماعة والوقت أما المصير الجامع فشرط وجوب الجمعة وشرط صحة أدائها
 عند أحكامنا حتى لا تجب الجمعة الأعلى أهل المصير ومن كان ساكنا في توابعه وكذا يصح أداء الجمعة إلا
 في المصير وتوابعه فلا تجب على أهل القرى التي ليست من توابع المصير ولا يصح أداء الجمعة فيها وقال
 الشافعي المصير ليس بشرط الوجوب ولا لصحة الأداء فكل قرية يسكنها أربعون رجلا من الأحرار المقيمين
 لا يظعنون عنها شتاء ولا صيفا تجب عليهم الجمعة ويقام بها الجمعة واحتج عاروي عن ابن عباس رضي الله عنهما
 أنه قال أول جمعة جمعت في الإسلام بعد الجمعة بالمدينة لجمعة جمعت بجوآني وهي قرية من قرى عبد القيس بالبصرين
 وروى عن أبي هريرة أنه كتب إلى عمر يسأله عن الجمعة بجوآني فكتب إليه أن اجتمع بها وحيث ما كنت ولان جواز
 الصلاة مما لا يختص بمكان دون مكان كسائر الصلوات ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا جمعة
 ولا تشريق إلا في مصر جامع وعن علي رضي الله تعالى عنه لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحية إلا في مصر جامع
 وكذا النبي صلى الله عليه وسلم كان يقيم الجمعة بالمدينة وما روى الإقامة حولها وكذا الصحابة رضي الله
 تعالى عنهم فمخروا البلاد وما نصبوا المنابر إلا في الأمصار فكان ذلك إجماعا منهم على أن المصير شرط ولأن
 الظاهر فرضة فلا يترك إلا بنص قاطع والنص ورد بتركها إلا الجمعة في الأمصار ولهذا لا تؤدي الجمعة في البراري
 ولأن الجمعة من أعظم انشعائر فتخص بمكان اظهارة الشعائر وهو المصير وأما الحديث فقد قيل إن جوآني مصر
 بالبصرين واسم القرية ينطلق على البلدة المنظمة لأنها اسم لما اجتمع فيها من البيوت قال تعالى واسأل القرية التي كنا
 فيها وهي مصر وقال وكان من قرية هي أشد قوة من قريتنا التي أخرجتك أهل كلناهم وهي مكة وما ذكر من المعنى
 غير سديد لأنه يطل بالبراري ثم لابد من معرفة حد المصير الجامع ومعرفة ما هو من توابعه أما المصير الجامع فقد
 اختلفت الأقوال بل في تحديده ذكر الكرخي أن المصير الجامع ما أقيمت فيه الحدود ونفذت فيه الأحكام وعن أبي
 يوسف روايات ذكر في الأهل كل مصير فيه منبر وقاض بنفذ الأحكام ويتم الحدود فهو مصر جامع يجب على
 أهل الجمعة وفي رواية قال إذا اجتمع في قرية من لا يسعهم مسجد واحد بنى لهم الإمام جامعاً ونصب لهم من يصلي

هم الجمعة وفي رواية لو كان في القرية عشرة آلاف أو أكثر أمرتهم بأقامة الجمعة فيها وقال بعض أصحابنا المصر
الجامع ما يتعاش فيه كل معتبر بغيره من سنة إلى سنة من غير أن يحتاج إلى الانتقال إلى حرفة أخرى وعن
أبي عبد الله البلخي أنه قال أحسن ما قيل فيه إذا كانوا يحالوا لواجبهم في أكبر مساجدهم لم يسعهم ذلك
حتى احتاجوا إلى بناء مسجد الجمعة فهذا مصر تقام فيه الجمعة وقال سفيان الثوري المصر الجامع ما يمدد الناس
مصر عند ذكر الامصار المطابقة ومثل أبو القاسم الصفار عن حمد المصر الذي تجوز فيه الجمعة فقال إن تكون لهم
منعة لوجاههم عدو قد روعا على دفعه حينئذ جاز أن يصروا عصر وعصره أن ينصب فيه حاكم عدل يجري فيه حكما من
الاحكام وهو أن يقدم اليه خصمان فيحكم بينهما ما يروى عن أبي حنيفة أنه بلدة كبيرة فيها سكك وأسواق ولها
رساتيق وفيها والي قدر على انصاف المظالم من الظالم بحشمه وعلمه أو علم غيره والناس يرجعون اليه في
الحوادث وهو الاصح وأما تفسير توابع المصر فقد اختلفوا فيها روى عن أبي يوسف أن المعتبر فيه سمع النداء
أن كان موضعاً يسمع فيه النداء من المصر فهو من توابع المصر والافلا وقال الشافعي إذا كان في القرية أقل من
أربعين فليهم دخول المصر إذا سمعوا النداء وروى ابن سقاعة عن أبي يوسف كل قرية متصلة به برض المصر
فهي من توابعه وإن لم تكن متصلة به برض فليست من توابع المصر وقال بعضهم ما كان خارجاً عن عمران
المصر فليس من توابعه وقال بعضهم المعتبر فيه قدر ميل وهو ثلاث فراسخ وقال بعضهم إن كان قدر ميل أو
ميلين فهو من توابع المصر والافلا وبعضهم قدره بستة أميال ومالك قدره بثلاثة أميال وعن أبي يوسف أنها
تجب في ثلاث فراسخ وعن الحسن البصري أنه اتجب في أربع فراسخ وقال بعضهم إن أمكنه أن يحضر الجمعة
وبيت باهله من غير تكلف تجب عليه الجمعة والافلا وهذا حسن ويتصل بهذا إقامة الجمعة في أيام الموسم
عني قال أبو حنيفة وأبو يوسف تجوز إقامة الجمعة بها إذا كان المصلي هم الجمعة هو الخليفة أو أمير العراق أو أمير
الحجاز أو أمير مكة سواء كانوا أمية جين أو مسافرين أو رجلاً أو ذواتاً من جهتهم ولو كان المصلي هم الجمعة أمير
الموسم وهو الذي أمر بتسوية أمور الحجاج لا غير لا يجوز سواء كان مقبلاً أو مسافراً لأنه غير مأثور بإقامة الجمعة
إذا كان مأثوراً من جهة أمير العراق أو أمير مكة وقيل إن كان مقبلاً يجوز وإن كان مسافراً لا يجوز
والصحيح هو الاول وقال محمد لا تجوز الجمعة عني واجمعوا على أنه لا تجوز الجمعة بعرفات وإن أقامها أمير العراق
أو الخليفة نفسه وقال بعض مشايخنا أن الخلاف بين أصحابنا في هذا بناء على أن منى من توابع مكة عندهما
وعند محمد ليس من توابعها وهذا غير سديد لأن بينهما أربعة فراسخ وهذا قول بعض الناس في تقدير التوابع
فأما عندنا فبإضافة على ما مر والصحيح أن الخلاف فيه بناء على أن المصر الجامع شرط عندنا ألا أن محمد يقول
إن منى ليس عصر جامع بل هو قرية فلا تجوز الجمعة بها كلاً لا تجوز بعرفات وهما يقولان أنها تنصرف في أيام
الموسم لأن لها بناء وينقل إليها الأسواق ويحضرها واليقيم الحدود وينفذ الاحكام فالتحق بسائر الامصار
بخلاف عرفات فأنها مفازة فلا تنصرف إليها الناس وحضرة السلطان وهل تجوز صلاة الجمعة خارج المصر
منقطعاً عن عمران أم لا ذكر في الفتاوى رواية عن أبي يوسف أن الامام إذا خرج يوم الجمعة مقدار ميل أو
ميلين فحضرته الصلاة فلي جاز وقال بعضهم لا تجوز الجمعة خارج المصر منقطعاً عن عمران وقال بعضهم على
قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجوز على قول محمد لا يجوز كالأخلاق في الجمعة عني وأما إقامة الجمعة في مصر واحد
في موضعين فقد ذكر الكرخي أنه لا بأس بان يجتمعوا في موضعين أو ثلاثة عند محمد هكذا ذكره عن أبي يوسف
روايتان في رواية قال لا يجوز إلا إذا كان بين موضعين إقامة ثم عظيم كدجلة ونحوها فيصير بمنزلة مصرين
وقيل إنما يجوز على قوله إذا كان لا جسر على النهر فاما إذا كان عليه جسر فلا لأن له حكم مصر واحد وكان
بالمصر بقطع الجسر يوم الجمعة حتى ينقطع الفصل وفي رواية قال يجوز في موضعين إذا كان المصر عظيماً ولم يجز في
الثلاث وإن كان بينهما نهر صغير لا يجوز فإن أدوها في موضعين فالجمعة لمن سبق منها وعلى الآخرين أن يعيدوا

الظاهر وإن أدورهما معا وكان لا يدري كيف كان لا يجوز صلاتهم وروى محمد عن أبي حنيفة أنه يجوز الجمع في موضعين أو ثلاثة أو أكثر من ذلك وذكر محمد في نوادر الصلاة وقال لو أن أميراً أمر أناساً أن يصلي بالناس الجمعة في المسجد الجامع وانطلق هو إلى حاجة له ثم دخل المصر في بعض المساجد وصلى الجمعة قال تجزئ أهل المصر الجامع ولا تجزئ إلا أن يكون أعلم الناس بذلك فيجوز وهذا بكيفية في موضعين وقال أيضاً لو خرج الإمام يوم الجمعة للاستسقاء بدعو وخرج معه ناس كثير وذهب أناساً يصلي بهم في المسجد الجامع فلما حضرت الصلاة صلى بهم الجمعة في الجبانة وهي على قدر غلوة من مصره وصلى خلفه في المصر في المسجد الجامع قال تجزئهما جميعاً فهذا يدل على أن الجمعة تجوز في موضعين في ظاهر الرواية وعليه الاعتقاد أنه تجوز في موضعين ولا تجوز في أكثر من ذلك فإنه روى عن علي رضي الله عنه أنه كان يخرج إلى الجبانة في العبد ويستخلف في المصر من يصلي بضعفة الناس وذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولم ياجز هذا في صلاة العبد فكذلك في صلاة الجمعة لأنهما في اختصاصهما بالمصريين ولأن الخرج يدفع عند كثرة الزحام بموضعين غالباً فلا يجوز أكثر من ذلك وما روى عن محمد من الاطلاق في ثلاث مواضع محمول على موضع الحاجة والضرورة وأما السلطان فشرط أداء الجمعة عند ما خي لا يجوز إقامتها بدون حضرته أو حضرة نائبه وقال الشافعي السلطان ليس بشرط لأن هذه صلاة مكتوبة فلا يشترط لإقامتها السلطان كسائر الصلوات ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم شرط الإمام للحاق الوعيد بتارك الجمعة بقوله في ذلك الحديث وله إمام عادل أو جائز وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أر بيع إلى الولاية وعدم جملتها الجمعة ولا نه لولم يشترط السلطان لادى إلى الفتنة لأن هذه صلاة تؤدى بجميع عظيم والتقدم على جميع أهل المصر بمد من باب الشرف وأسباب العلو والرفعة فيستأرع إلى ذلك كل من جبل على علو الهمة والميل إلى الرئاسة فيقع بينهم التجاذب والتنازع وذلك يؤدي إلى الثقاتل والتغالي فيفوض ذلك إلى الوالي ليقوم به أو ينصب من رآه أهله فبمقتع غيره من الناس عن المازعة لما يرى من طاعة الوالي أو خوفاً من عقوبته ولا نه لولم يفوض إلى السلطان لا بخلافه أو أماناً أن تؤدي كل طائفة حضرة الجامع فيؤدي إلى ترويت فائدة الجمعة وهي اجتماع الناس لأحرار الفضيلة على الكمال وأماناً أن تؤدي الأمانة واحدة فكانت الجمعة للرايين وتقوت من الباقيين فاقتضت الحكمة أن تكون إقامتها متوجهة إلى السلطان ليقوم بنفسه أو بنائبه عند حضور عامة أهل البلدة مع مراعاة الوقت المستحب والله أعلم بهذا إذا كان السلطان أو نائبه حاضراً فإما إذا لم يكن أما بسبب الفتنة أو بسبب الموت ولم يحضر وال آخر بعد حتى حضرت الجمعة ذكر الكرخي أنه لا بأس أن يجتمع الناس على رجل حتى يصلي بهم الجمعة وهكذا روى عن محمد ذكره في العيون لما روى عن عثمان رضي الله عنه أنه لما حوضر قدم الناس على أبيه رضي الله عنه فصلى بهم الجمعة وروى في العيون عن أبي حنيفة في وإلى مصر مات ولم يبلغ الخليفة موته حتى حضرت الجمعة فان صلى بهم خليفة المبت أو صاحب الشرط أو القاضي أجراً لهم وإن قدم العامة رجلاً لم يجز لأن هؤلاء قاتلون مقام الأول في الصلاة حال حياته فكذلك بعد وفاته ما لم يفوض الخليفة الولاية إلى غيره وذكر في نوادر الصلاة أن السلطان إذا كان يخطب فإماماً أو نائباً أو غيره أن يتم الخطبة بجوز ويكون ذلك القدر خطبة ويجوز له أن يصلي بهم الجمعة لأنه يخطب بأمره فصارت نائباً عنه وإن لم يأمره بالاعمام ولكنه سكت حتى أتم الأول خطبته فأراد الثاني أن يصلي بتلك الخطبة لا تجوز الجمعة وله أن يصلي الظهر لأن سكوتة محقق بجعل أن يكون أمراً ومحقق أن لا يكون أمراً فلا يعتبر مع الاحتمال وكذلك إذا حضر الثاني وقد فرغ الأول من خطبته فصلى الثاني بتلك الخطبة لا يجوز لأن الخطبة إمام معزول ولم توجد الخطبة من الثاني والخطبة شرط هذا كله إذا علم الأول بحضور الثاني وإن لم يعلم فخطب وصلى والثاني ساكت يجوز لأنه لا يصير معزولاً إلا بالعلم كالوكيل إذا كتب إليه كتاب العزل أو أرسل إليه رسولا فصار معزولاً وأما العبد إذا كان سلطاناً فجمع بالناس أو أمر غيره جاز وكذا إذا كان حراً مسافراً وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر شرط صحة الجمعة هو الإمام الذي هو حرمه

حتى إذا كان عبداً أو مسافراً لا تصح منه إقامة الجمعة وجه قول زفر أنه لا الجمعة على العبد والمسافر قال النبي صلى الله عليه وسلم أربعة لا الجمعة عليهم المسافر والمرأى والعبد والمرأة فلو جع بالناس كان متطوعاً في أداء الجمعة واقتداء المفترض بالمتنفل لا يجوز وإنما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى الجمعة بالناس عام فتح مكة وكان مسافراً حتى قال لهم في صلاة الظهر بعد ما صلى ركعتين وسلم أعوا صلاة بكم يا أهل مكة فأنافوا وسفروا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أطيعوا السلطان ولو أمر عليكم عبداً حتى أجدع ولو لم يصلح إماماً لم تفترض طاعته ولا نهما من أهل الوجوب إلا أنه رخص لهما التخلف عنها والاشتغال بتسوية أسباب السفر وخدمة المولى نظراً فإذا حضر الجامع لم يسلك طريقاً للترخص واختار العزيمة فيعود حكم العزيمة ويلتحق بالاحرار المقهين كالسافر إذا صام رمضان فصح الاقتداء به وبه تبين أن هذا اقتداء بالمفترض بالمتطوع فيصح وأما المرأة والعبد العاقل فلا يصح منهما إقامة الجمعة لأنهما لا يصحان للإمامة في سائر الصلوات في الجمعة أولى إلا أن المرأة إذا كانت سلطاناً فامرت رجلاً صالحاً للإمامة حتى صلى بهم الجمعة جازلان المرأة تصالح سلطاناً وقاضياً في الجمعة فتصح إمامتها وأما الخطبة فالكلام في الخطبة في مواضع في بيان كونها شرطاً لاجتماع الجمعة وفي بيان وقت الخطبة وفي بيان كيفية الخطبة ومقدارها وفي بيان ما هو المسمون في الخطبة وفي بيان محظورات الخطبة أما لا أول فالأول على كونها شرطاً قوله تعالى فاسعوا إلى ذكر الله والخطبة ذكر الله فتدخل في الأمر بالسعي لهما من حيث هي ذكر الله أو المراد من الذكر الخطبة وقد أمر بالسعي إلى الخطبة فدل على وجوبها كونها شرطاً لاجتماع الجمعة وعن عمرو عاتشة رضي الله عنهما أنهم قالوا إنما قصرت الصلاة لاجل الخطبة أخبر أن شرط الصلاة سقط لاجل الخطبة وشرط الصلاة كان فرضاً فلا يسقط إلا تعصلاً ما هو فرض ولا ن ترك الظهر بالجمعة عرف بالنص والنص ورد به هذه الهيئة وهي وجوب الخطبة ثم هي وإن كانت قائمة بمقام ركعتين شرط وأبست بركن لأن صلاة الجمعة لا تقام بالخطبة فلم تكن من أركانها وأما وقت الخطبة فوق الجمعة وهو وقت الظهر ليكن قبل صلاة الجمعة لما ذكرنا أن شرط الجمعة وشرط الشيء يكون سابقاً عليه وهكذا فعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقت الخطبة بعرفة قبل الصلاة أيضاً لكنها سنت لتعليم الناس وأما الخطبة في العيدين فوقتها بعد الصلاة وهي سنة لما نذكر أن شاء الله تعالى وأما كيفية الخطبة ومقدارها فقد قال أبو حنيفة إن الشرط أن يذكر الله تعالى على قصداً للخطبة كذا نقل عنه في الامالي مفسراً قل الذكر أم كثر حتى لو سبح أو هال أو حمد الله تعالى على قصداً للخطبة أجزاء وقال أبو يوسف ومحمد الشرط أن يأتي بكلام يسمى خطبة في العرف وقال الشافعي الشرط أن يأتي بخطبتين بينهما جلسة لأن الله تعالى قال فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع وهذا ذكر يحمل تفسيره النبي صلى الله عليه وسلم بفعله وتبين أن الله تعالى أمر بخطبتين ولهما أن المشرط هو الخطبة والخطبة في المتعارف اسم لما يشق على تحميد الله والثناء عليه والصلاة على رسوله صلى الله عليه وسلم والدعاء للمسلمين والوعظ والتذكير لهم فيتنصرف المطلق إلى المتعارف ولا في حنيفة طريقان أحدهما أن الواجب هو مطلق ذكر الله لقوله فاسعوا إلى ذكر الله وذكر الله تعالى معلوم لاجتماعه فيه فلم يكن محملاً لانه تطاوع العمل من غير بيان يقترب به فتقيد به بذكر يسمى خطبة أو بذكر طويل لا يجوز إلا بدليل والثاني أن يقيد ذكر الله تعالى بما يسمى خطبة لكن اسم الخطبة في حقيقة اللغة يقع على ما قلنا فإنه روى عن عثمان رضي الله عنه أنه لما استخلف خطب في أول جمعة فلما قال الحمد لله ارتج عليه فقال أنتم إلى إمام فعال أخرج منكم إلى إمام قوال وإن أبابكر وعمر كانا بعدان لهذا المكان مقالا وستأتينكم الخطيب من بعدواستغفر الله لي ولكم و نزل وصلى بهم الجمعة وكان ذلك بمحضر من المهاجرين والانصار و صلوا خلفه وما أنكروا عليه ضيعه مع أنهم كانوا موصوفين بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فكان هذا اجاعاً من الصحابة رضي الله عنهم على أن الشرط هو مطلق ذكر الله تعالى ومطلق ذكر الله تعالى مما ينطلق عليه اسم الخطبة لغة وإن كان لا ينطلق عليه عرفاً وتبين بهذا أن الواجب هو الذكارة وعرفاً وقد وجد وذكر هو خطبة لغة وإن لم يسم خطبة في العرف وقد أتى به وهذا لأن العرف إنما يثبت في

معاملات الناس فيكون دلالة على غرضهم وأما في أمر بين العبد وبين ربه فيعتبر فيه حقيقة اللفظ لغة وقد وجد على أن هذا القدر من الكلام يسمى خطبة في المتعارف ألا ترى إلى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للذي قال من يطع الله ورسوله فقد رشد ومن عصاهما فقد غوى ثم سأل الخطيب أنت صماه خطيباً بهذا القدر من الكلام وأما من الخطبة فيها أن يخطب خطبتين على ما روى عن الحسن بن زباد عن أبي حنيفة أنه قال ينبغي أن يخطب خطبة خفيفة يفتح فيها بحمد الله تعالى ويثنى عليه ويشهد ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويظهر ويذكر ويقرأ سورة ثم يجلس جلسة خفيفة ثم يقوم فيخطب خطبة أخرى بحمد الله تعالى ويثنى عليه ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويدعو للمؤمنين والمؤمنات ويكون قدر الخطبة قدر سورة من طوال الفصل ما روى عن جابر بن سحرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخطب خطبتين قائماً يجلس فيما بينهما جلسة خفيفة ويتلو آيات من القرآن وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري يستحب أن يقرأ الخطيب في خطبته يوم يجدد كل نفس ما عملت من خير محضراتهم القعدة بين الخطبتين سنة عندنا وكذا القراءة في الخطبة وعند الشافعي شرط والصحيح مذهبنا لأن الله تعالى أمر بالذكر مطافاً عن قيد القعدة والقراءة فلا تجعل شرطاً يجزأ الواحد لأنه يصير نامضاً للحكم الكتاب وأنه لا يصلح نامضاً له ولكن يصلح مكلاًه فقلنا إن قدر ما ثبت بالكتاب يكون فرضاً وما ثبت بخبر الواحد يكون سنة عملهما بقدر الإمكان وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان يخطب خطبة واحدة فلما قل أي أسن جعلها خطبتين وقعد بينهما هذا دليل على أن القعدة للاستراحة لأنه شرط لازم ومنها الطهارة في حالة الخطبة فهي سنة عندنا وليست بشرط حتى إن الإمام إذا خطب وهو جنب أو محدث فإنه يشترط الجواز الجمعة وعند أبي يوسف لا يجوز وهو قول الشافعي لأن الخطبة بمنزلة شرط الصلاة لما ذكرنا من الأثر ولهذا لا يجوز في غير وقت الصلاة فيشترط لها الطهارة كما يشترط للصلاة ولنا أنه ليس في ظاهر الرواية بشرط الطهارة ولا من باب الذكر والمحدث والجنب لا يمنعان من ذكر الله تعالى والاعتبار بالصلاة غير سديد ألا ترى أنها تؤدي مستدبر القبلة ولا يفسدها الكلام بخلاف الصلاة ثم لم يذكر إعادة الخطبة ههنا وذكر في أذان الجنب أنه يعاد والفرق أن الأذان تعجل بحلقة الصلاة وهي استقبال القبلة بخلاف الخطبة فكان الخلل المتكسر في الأذان أشد وكثير النقص مستحق الرفع دون قليله كما يحير نقص ترك الواجب بسجدة السهو ودون ترك السنن ويحتمل أن تكون إعادة مستحبة في الموضوعين كذا ذكر في نوادر أبي يوسف أنه يعيدها وإن لم يعدها جاز لأنه ليس من شرطها استقبال القبلة هكذا ذكرنا أشار إلى أنها ليست بنظر الصلاة فلا تشترط لها الطهارة إلا أنها سنة لأن السنة هي الوصل بين الخطبة والصلاة ولا يمكن من إقامة هذه السنة إلا بالطهارة ومنها أن يخطب قائماً فالقيام سنة وليس بشرط حتى لو خطب قاعداً يجوز عندنا إظهار النص وكذا روى عن عثمان أنه كان يخطب قاعداً حين كبر واسن ولم يشكر عليه أحد من الصحابة إلا أنه مسنون في حال الاختيار لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخطب قائماً وروى أن رجلاً سأل ابن مسعود رضي الله عنه أكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب قائماً أو قاعداً فقال ألسنت تقرأ قوله تعالى وتركوك قائماً ومنها أن يستقبل القوم بوجهه ويستدبر القبلة لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخطب هكذا كان يخطب وكذا السنة في حق القوم أن يستقبلوه بوجوههم لأن الاسماع والاستماع واجب للخطبة وهذا لا يشكك إلا بالمقابلة وروى عن أبي حنيفة أنه كان لا يستقبل الإمام بوجهه حتى يفرغ المؤذن من الأذان فإذا أخذ الإمام في الخطبة انحرف بوجهه إليه ومنها أن لا يطول الخطبة لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتقصير الخطب وعن عمر رضي الله عنه أنه قال طولوا الصلاة وقصروا الخطبة وقال ابن مسعود طول الصلاة وقصر الخطبة من فقه الرجل أي أن هذا مما يستدل به على فقه الرجل وأما محظورات الخطبة فمنها أنه يكره الكلام حاله الخطبة وكذا قراءة القرآن وكذا الصلاة وقال الشافعي إذا دخل الجامع والإمام في الخطبة ينبغي أن يصلي ركعتين خفيفتين تحية المسجد احتج الشافعي بما روى عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه قال دخل سليل الغطفاني يوم الجمعة والنبي صلى الله عليه وسلم يخطب فقال له

أصليت قال لا قال فصل ركعتين فقد أمره بقية المسجد حالة الخطبة ولنا قوله تعالى فاستمعوا له وأنصتوا
والصلاة نفوت الاستماع والانصات فلا يجوز ترك الفرض لأقامة السنة والحديث منسوخ كان ذلك قبل وجود
الاستماع ونزول قوله تعالى وإذا قرأ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا فاستمعوا له وأنصتوا
أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر سالكاً أن يركع ركعتين ثم نهى الناس أن يصلوا والامام بخطب فصار
منسوخاً وكان سالكاً مخصوصاً بذلك والله أعلم وكذا كل ما شغل عن سماع الخطبة من التسبيح والتهليل
والكتابة ونحوها بل يجب عليه أن يستمع ويسكت وأصله قوله تعالى وإذا قرأ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا
فيلزمت الآية في شأن الخطبة أمر بالاستماع والانصات ومطلق الأمر للوجوب وروى عن النبي صلى الله
عليه وسلم أنه قال من قال لصاحبه والامام بخطب انصت فقد لغا ومن اغفل الصلاة ثم ما ذكرنا من وجوب
الاستماع والسكوت في حق القريب من الخطيب فالما البعيد منه إذا لم يسمع الخطبة كيف يصنع اختلف المشايخ
فيه قال محمد بن سلمة البلخي الانصات له أولى من قراءة القرآن وهكذا روى المعلى عن أبي يوسف وهو اختيار
الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري ووجهه ما روى عن عمر وعثمان انهما قالان ان أجر المنصت
الذي لا يسمع مثل أجر المنصت السامع ولأنه في حال قربه من الامام كان مأموراً بشيئين الاستماع والانصات
وبالبعدان عجز عن الاستماع لم يجز عن الانصات فيجب عليه وعن نصير بن يحيى انه أجاز له قراءة القرآن سرا
وكان الحكم بن زهير من أصحابنا يظن في كتب الفقه ووجهه ان الاستماع والانصات انما وجب عند القرب ليشتركوا
في ثمرات الخطبة بالتأمل والتفكير فيها وهذا لا يتحقق من البعيد عن الامام فليحذر لنفسه ثواب قراءة القرآن
ودراسة كتب العلم ولان الانصات لم يكن مقصوداً بل ليتوصل به الى الاستماع فإذا سقط عنه فرض الاستماع
سقط عنه الانصات أيضاً والله أعلم ويكره تشييت العاطس ورد السلام عندنا وعند الشافعي لا يكره وهو رواية
عن أبي يوسف لان رد السلام فرض ولنا انه ترك الاستماع المفروض والانصات وتشييت العاطس ليس بفرض
فلا يجوز ترك الفرض لاجله وكذا رد السلام في هذه الحالة ليس بفرض لانه يرتكب بسلامه مأثماً فلا يجب الرد
عليه كافي حالة الصلاة ولان السلام في حالة الخطبة لم يقع تحية فلا يستحق الرد ولان رد السلام مما يمكن تحصيله في كل
حالة أما سماع الخطبة لا يشهد الا في هذه الحالة فكان أقامته أحق ونظيره ما قال أصحابنا ان الطواف تطوعاً عكفة في
حق الا فاق أفضل من صلاة التطوع والصلاة في حق المكي أفضل من الطواف لما قلنا وعلى هذا قال أبو حنيفة
ان سماع الخطبة أفضل من الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فيمنع ان يستمع ولا يصلي عليه عند سماع اسمه
في الخطبة لما أن احراز فضيلة الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم مما يمكن في كل وقت واحراز ثواب سماع
الخطبة يختص بهذه الحالة فكان السماع أفضل وروى عن أبي يوسف انه ينبغي ان يصلي على النبي صلى الله عليه
وسلم في نفسه عند سماع اسمه لان ذلك مما لا يشغله عن سماع الخطبة فكان احراز الفضيلتين أحق وأما العاطس
فهل يحمد الله تعالى فالصحيح انه يقول ذلك في نفسه لان ذلك مما لا يشغله عن سماع الخطبة وكذا السلام حالة الخطبة
مكروه لما قلنا هذا الذي ذكرنا في حال الخطبة فاما عند الاذان الاخير حين تخرج الامام الى الخطبة وبعد الفراغ
من الخطبة حين أخذ المأذون في الاقامة الى أن يفرغ هل يكره ما يكره في حال الخطبة على قول أبي حنيفة يكره
وعلى قولهما لا يكره الكلام وتكره الصلاة واحتج بما روى في الحديث خروج الامام بقطع الصلاة وكلامه يقطع
الكلام جعل القاطع للكلام هو الخطبة فلا يكره قبل وجودها ولان النهي عن الكلام لوجوب استماع الخطبة
وانما يجب حالة الخطبة بخلاف الصلاة لانها عند غالباً فيغوت الاستماع وتكبيره الافتتاح ولا في حنيفة ما روى
عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليهما ومرفوعاً الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
إذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا كان يوم الجمعة وقفت الملائكة
على أبواب المساجد يكتبون الناس الاول فالاول فاذا خرج الامام طووا الصحف وجازا يستمعون الذي ذكره

أخبر عن طي الصحف عند خروج الامام وانما يطوون الصحف اذا طوى الناس الكلام لانهم اذا تكلموا يكتبونه عليهم لقوله تعالى ما يلفظ من قول الا لديه رقيب عتيد ولانه اذا خرج للخطبة كان مستعدا لها والمستعد للشي كالشارع فيه ولهذا الحق الاستعداد بالشروع في تكرار الصلاة فكذا في كراهة الكلام واما الحديث فليس فيه أن غير الكلام يقطع الكلام فكان تمسك بالسكوت وأنه لا يصح وبكره للخطيب أن يتكلم في حالة الخطبة ولو فعل لا تفسد الخطبة لانها ليست بصلاة فلا يفسدها كلام الناس لكنه يكره لانها شرعت منظومة كالاذان والكلام يقطع النظم الا اذا كان الكلام أمرا بالمعروف فلا يكره لما روى عن عمر انه كان يحط بوم الجمعة فدخل عليه عثمان فقال له أيت ساعة هذه فقال ما زدت حين سمعت النداء يا أمير المؤمنين على أن توفأت فقال والوضوء أيضا وقد علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بالاغتسال وهذا لان الأمر بالمعروف يلتحق بالخطبة لان الخطبة فيها وعظ فلم يبق مكروها ولو أحدث الامام بعد الخطبة قبل الشروع في الصلاة فقدم رجلا يصلي بالناس ان كان ممن شهد الخطبة أو شيئا منها جاز وان لم يشهد شيئا من الخطبة لم يجز ويصلي بهم الظهر أما اذا شهد الخطبة فلان الثاني قام مقام الاول والا ولقيم الجمعة فكذا الثاني وكذا اذا شهد شيئا منها لان ذلك القدر لو وجد وحده وقع معتد به فكذا اذا وجد مع غيره ويستوى الجواب بين ما اذا كان الامام مأذونا في الاستخلاف أو لم يكن بخلاف القاضي فانه لا يملك الاستخلاف اذا لم يكن مأذونا فيه والفرق أن الجمعة مؤقته تفوت بتأخيرها عند العذر اذا لم يستخلف فلا امر باقامتها مع علم الوالي انه قد يعرض له عارض يمنعه من الاقامة يكون اذنا بالاستخلاف دلالة بخلاف القاضي لان القضاء غير مؤقت لا يفوت بتأخيرها عند العذر فانه عدم الاذن نصا ودلالة فهو الفرق وأما اذا لم يشهد الخطبة فلانه منشئ للجمعة وليس بمان تحريمه على تحريمه الامام والخطبة شرط انشاء الجمعة ولم توجد ولو شرع الامام في الصلاة ثم أحدث فقدم رجلا جاء ساعته ثم أي لم يشهد الخطبة جاز وصلى بهم الجمعة لان تحريمه الاول انعقدت للجمعة لوجود شرطها وهو الخطبة والثاني بني تحريمه على تحريمه الامام والخطبة شرط انعقاد الجمعة في حق من ينشئ التحريم في الجمعة لا في حق من يبنى تحريمه على تحريمه غيره بدليل أن المقتدى بالامام تصح جمعته وان لم يدرك الخطبة لهذا المعنى فكذا هذا ولو تكلم الخليفة بعد ما شرع الامام في الصلاة فانه يستقبل بهم الجمعة ان كان ممن شهد الخطبة وان كان لم يشهد الخطبة فالقياس ان يصلي بهم الظهر وفي الاستحسان يصلي بهم الجمعة وجه القياس ظاهر لانه ينشئ التحريم في الجمعة والخطبة شرط انعقاد الجمعة في حق المنشئ التحريم في الجمعة وجه الاستحسان انه لما قام مقام الاول التحق به حكما ولو تكلم الاول استقبل بهم الجمعة فكذا الثاني وذكر الحاكم في المختصر ان الامام اذا أحدث فقدم رجلا لم يشهد الخطبة فأحدث قبل الشروع لم يجز ولو قدم هذا الرجل محدنا آخر قد شهد الخطبة لم يجز لانه ليس من أهل اقامة الجمعة بنفسه فلا يجوز منه الاستخلاف وبغته لو قدم جنبا قد شهد الخطبة فقدم هذا الجنب رجلا طاهر اقد شهد الخطبة جاز لان الجنب الذي شهد الخطبة من أهل الاقامة بواسطة الاغتسال فيصير منه الاستخلاف ولو كان المقدم صبياً أو معتوها أو امرأة أو كافراً فقدم غيره ممن شهد الخطبة لم يجز تقديمه بخلاف الجنب والفرق ان الجنب أهل لاداء الجمعة لانه قادر على اكتساب أهلية الاداء بازالة الجنابة والحدث عن نفسه فكان هذا استخلافاً له وقدره القيام بما استخلف عليه فصح كافي سائر المواضع التي يستخلف فيها فاذا قدم هو غيره صح لانه استخلفه بعد ما صار خليفة فكان له ولاية الاستخلاف بخلاف الصبي والمعتوه والمرأة فان الصبي والمعتوه ليسا من أهل اداء الجمعة والمرأة ليست من أهل امامة الرجال ولا قدرة لهم على اكتساب شرط الاهلية فلم يصح استخلافهم اذا استخلاف شرع ابقاء للصلاة على الصحة واستخلاف من لا قدرة له على اكتساب الاهلية غير مفيد فلم يصح واذا لم يصح استخلافهم كيف يصح منهم استخلاف ذلك الغير فاذا تقدم ذلك الغير فكانه تقدم بنفسه لا تحاق تقدمهم بالعدم شرعا ولو تقدم بنفسه في هذه الصلاة لا يجوز بخلاف سائر الصلوات حيث لا يحتاج فيها الى التقديم والفرق ان اقامة الجمعة متعلقة بالامام

والمقدم ليس بأمور من جهة السلطان أو نائبه فلم يجز تقديمه فاما سائر الصلوات فاقامتها غير متعلقة بالامام
وبخلاف ما اذا استخلف الكافر مسلما فأدى الجمعة لا يجوز وان كان الكافر قادرا على اكتساب الاهلية
بالاسلام لان هذان أمور الدين وهو يعتقد ولاية السلطنة ولا يجوز ان يثبت للكافر ولاية السلطنة على
المسلمين فلم يصح استخلافه بخلاف المحدث والجنب والله أعلم ولو قدم مسافرا أو عبدا أو مكاتباً وصلى بهم
الجمعة جاز عندنا خلافاً لغير لان هؤلاء من أهل اقامة الجمعة على ما بينا هذا اذا قدم الامام أحداً فان لم يقدم
وتقدم صاحب الشرط والقاضي جاز لان هذان أمور العامة وقد قلدهما الامام ما هو من أمور العامة فتزلا منزلة
الامام ولان الحاجة الى الامام لدفع التنازع في التقدم وذا يحصل بتقدمهم الوجود دليل اختصاصهما من بين سائر
الناس وهو كون كل واحد منهما نائباً للامان وعاملاً من عماله وكذا لو قدم أحدهما رجلاً قد شهد الخطبة جاز لانه
ثبت لكل واحد منهما ولاية التقدم على ما مر فتثبت ولاية التقديم لان كل من تلك اقامة الصلاة عليك غيره
مقامه وأما الجماعة فالكلام في الجماعة في مواضع في بيان كونها شرطاً للجمعة وفي بيان كيفية هذا الشرط
وفي بيان مقداره وفي بيان صفة القوم الذين تنعقد بهم الجماعة اما الاول فالدليل على انها شرط ان هذه الصلاة
تسمى جمعة فلا بد من لزوم معنى الجماعة فيه اعتبار المعنى الذي أخذ اللفظ منه من حيث اللغة كما في الصرف والسلم
والرهن ونحو ذلك ولان ترك الظهور ثبت بهذه الشريعة على ما مر ولهذا لم يؤد رسول الله صلى الله عليه وسلم الجماعة
الا بجماعة وعليه اجماع العلماء وأما بيان كيفية هذا الشرط فنقول لا خلاف في أن الجماعة شرط لان انعقاد الجماعة
حتى لا تنعقد الجماعة بدونها حتى ان الامام اذا فرغ من الخطبة ثم نقر الناس عنه الا واحداً صلى بهم الظهور دون
الجمعة وكذا لو نقر واقتل ان يجتنب الامام خطب الامام وحده ثم حضر وافصل صلى بهم الجماعة لا يجوز لان الجماعة
كأهي شرط انعقاد الجماعة حال الشروع في الصلاة فهي شرط حال سماع الخطبة لان الخطبة بمنزلة شفع من الصلاة
قالت عائشة رضي الله عنها انما قصرت الجمعة لاجل الخطبة فتشترط الجماعة حال سماعها كما تشترط حال الشروع
في الصلاة واختلوا في ان اهل هي شرط بقائها منعقدة الى آخر الصلاة قال أصحابنا الثلاثة انهم ليست بشرط وقال
زفر انهم شرط لان انعقاد والبقاء جميعاً فيشترط دوامها من اول الصلاة الى آخرها كالطهارة وستر العورة واستقبال
القبلة ونحوها حتى انهم لو نفروا بعد ما قيد الركعة بالسجدة لانه ان يتم الجمعة عندنا وعند زفر اذا نفروا قبل ان يقعد
الامام قدر التشهد فسدت الجمعة وعليه ان يستقبل الظهور وجه قوله أن الجماعة شرط لهذه الصلاة فكانت شرط
الانعقاد والبقاء كسائر الشروط من الوقت وستر العورة واستقبال القبلة وهذا لان الأصل فيما جعل شرطاً للعبادة
أن يكون شرطاً لجميع أجزائها التساوي أجزاء العبادة الا اذا كان شرطاً لا يمكن قرانه لجميع الأجزاء لمعذر ذلك أو
لمنافيه من الحرج كالنية فجعل شرطاً لانعقادها وهذا لا يخرج في اشتراط دوام الجماعة الى آخر الصلاة في حق الامام
لان فوات هذا الشرط قبل تمام الصلاة في غاية الندرة فكان شرط الاداء كما هو شرط الانعقاد ولهذا شرط أبو
حنيفة دوام هذا الشرط ركعة كاملة وهذا لا يشترط في شرط الانعقاد بخلاف المقتدى لان استدانة هذا الشرط
في حق المقتدى بوقوعه في الحرج لانه كثير ما يبق ركعة أو ركعتين فجعل في -قه شرط الانعقاد لا غير وجه قول
أصحابنا الثلاثة ان المعنى يقتضي أن لا تكون الجماعة شرطاً أصلاً لا بشرط الانعقاد ولا بشرط البقاء لان الأصل أن
يكون شرطاً للعبادة شيئاً يدخل تحت قدرة المكلف تحصيله ليكون التكليف بقدر الوسع الا اذا كان شرطاً هو كونه
لا محالة كالوقت لانه اذا لم يكن كائناً لا محالة لم يكن للمكلف بد من تحصيله لئلا يمكن من الاداء ولا ولاية لكل
مكلف على غيره فلم يكن قادراً على تحصيل شرط الجماعة فكان ينبغي أن لا تكون الجماعة شرطاً أصلاً الا ان اجعلناها
شرطاً بالشرع فجعل شرطاً بقدر ما يحصل قبول حكم الشرع وذلك يحصل بجعله شرطاً لانعقاد فلا حاجة الى
جعله شرطاً البقاء وصار كالنية بل أولى لان في وسع المكلف تحصيل النية لكن لما كان في استدانتها حرج جعل
شرط الانعقاد دون البقاء دفماً للحرج فاشترط ان لا يدخل تحت ولاية العبادة أصلاً أولى أن لا يجعل شرطاً البقاء

فجعل شرط انعقادها كان من شرائط الانعقاد دون البقاء في حق المقتدي بالاجماع فكذا في حق الامام ثم
 اختلف أصحابنا الثلاثة فيما بينهم فقال أبو حنيفة ان الجماعة في حق الامام شرط انعقاد الاداء لا شرط انعقاد
 التهريرة وقال أبو يوسف ومحمد انها شرط انعقاد التهريرة حتى انهم لو نفر وابتعدوا بعد التهريرة قبل اتميم الركعة
 بسجدة فسدت الجماعة ويستقبل الظهر عنده كما قال زفر وعندهما يتم الجماعة وجه قوله ان الجماعة شرط انعقاد
 التهريرة في حق المقتدي فكذا في حق الامام والجامع ان تهريرة الجماعة اذا صحت صح بناء الجماعة عليها ولهذا اورد
 انسان في التشهد صلى الجماعة ركعتين عنده وهو قول أبي يوسف الا ان محمد اترك القياس هناك بالنص لما يذكرون
 ولا يوجب حنيفة ان الجماعة في حق الامام لو جعلت شرط انعقاد التهريرة لادى الى الحرج لان تهرير عنه حينئذ
 لا تنعقد بدون مشاركة الجماعة اياه فيها ولا يحصل الا وان تقع تكبيراتهم مقارنته لتكبيره الامام وانه مما يتعذر
 مراعاته وبالاجماع ليس بشرط فانهم لو كانوا حضورا وكبرا الامام ثم كبروا وصح تكبيره وصار شارعا في الصلاة
 وصحت مشاركتهم اياه فلم يجعل شرط انعقاد التهريرة لعدم الامكان فجعل شرط انعقاد الاداء بخلاف النجوم فانه
 يمكن أن يجعل في قهـم شرط انعقاد التهريرة لانه يحصل مشاركتهم اياه في التهريرة لا محالة وان سبقهم الامام
 بالتكبير وان ثبت ان الجماعة في حق الامام شرط انعقاد الاداء لا شرط انعقاد التهريرة فانه قد اداء بالتفصيل
 الركعة بسجدة لان الاداء فعل والحاجة الى كون الفعل اداء للصلاة وفعل الصلاة هو القيام والقراءة
 والركوع والسجود ولهذا لو حلف لا يصلي فآلم يقيد الركعة بالسجدة لا يبحث فاذا لم يقيد الركعة بالسجدة
 لم يوجد الاداء فلم تنعقد بشرط واما مشاركة الجماعة الامام الى الفراغ عن الاداء ولو افتتح الجماعة وخلفه قوم
 ونفروا منه وفي الامام وحده فسدت صلاته ويستقبل الظهر لان الجماعة شرط انعقاد الجماعة ولم توجد ولو جاء قوم
 آخرون فوقفوا خلفه ثم نفر الا ولون فان الامام عصى على صلاته لوجود الشرط هذا الذي ذكرنا لشرائط المشاركة في
 حق الامام واما المشاركة في حق المقتدي فنقول لا خلاف في انه لا تشترط المشاركة في جميع الصلاة ثم اختلفوا بعد ذلك
 فقال أبو حنيفة وأبو يوسف المشاركة في التهريرة كافية وعن محمد وإثبات في رواية لا بد من المشاركة في ركعة واحدة
 وفي رواية المشاركة في ركن منها كافية وهو قول زفر حتى ان المسبوق اذا أدرك الامام في الجماعة ان أدرك في الركعة الاولى
 او الثانية أو كان في ركوعها يصير مدركا للجمعة بلا خلاف واما اذا أدرك في سجود الركعة الثانية أو في التشهد كان
 مدركا للجمعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لوجود المشاركة في التهريرة وعند محمد لا يصير مدركا في رواية لعدم
 المشاركة في ركعة وفي رواية يصير مدركا لوجود المشاركة في بعض أركان الصلاة وهو قول زفر واما اذا أدرك بعد ما قد
 قدر التشهد قبل السلام أو بعد ما سلم وعليه سجدة السهو وعاد اليه ما فمند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون مدركا
 للجمعة لوقوع المشاركة في التهريرة وعند زفر لا يكون مدركا لعدم المشاركة في شيء من أركان الصلاة ويصلي أربعا
 ولا تكون الأربع عند محمد طهر المحض حتى قال يقرأ في الأربع كلها وعنه في افتراض القعدة الاولى وإثبات في رواية
 الطحاوي عنه فرض وفي رواية المعلى عنه ليست بفرض فكان محمد رحمه الله سلك طريقة الاحتياط تعارض
 الأدلة عليه فوجب ما يخرج عن الفرض بيقين جمعة كان الفرض أو ظهر أو قبل على قول الشافعي الأربع ظهر
 محض حتى لو ترك القعدة الاولى لا يوجب فساد الصلاة واحتجوا في المسئلة بما روى عن الزهري باسناده عن أبي
 هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من أدرك ركعة من الجماعة فقد أدركها ولو يضيف اليها أخرى وان أدركهم
 جلوسا صلى أربعا وفي بعض الروايات صلى الظهر أربعا وهذا نص في الباب ولان إقامة الجماعة مقام الظهر عرف
 بنص الشارع بشرائط الجماعة منها الجماعة والسلامان ولم توجد في حق المقتدي فكان ينبغي أن يقضى كل مسبوق
 أربع ركعات الا ان مدركا الركعة يقضى ركعة بالنص ولا نص في المتنازع فيه ثم مع هذه الأدلة يسلك محمد رحمه
 الله تعالى مسلك الاحتياط لتعارض الأدلة واحتج أبو حنيفة وأبو يوسف بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
 انه قال ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا الأمر المسبوق بقضاء ما فاتكم وانما فاتت صلاة الامام وهي ركعتان والحديث
 في حد الشهرة وروى أبو الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من أدرك الامام في التشهد يوم الجمعة فقد

أدرك الجمعة ولأن سبب الزوم هو التهرية وقد شاركت الإمام في التهرية وبنى تحريمه على تحريم الجمعة الإمام
 فيلزمه ما لزم الإمام كافي سائر الصلوات وتعلقهم بتحديث الزهري غير صحيح فان الثقات من أصحاب الزهري كعمير
 والأوزاعي ومالك وروا أنه قال من أدرك ركعة من صلاة فقد أدركها فامدرك الجمعة فهذه الزيادة أو من أدركهم
 جلوساً صلى أربعاً أو ما ضعفه أصحابه هكذا قال الحاكم الشهيد ولئن ثبتت الزيادة فتأويلها وان أدركهم جلوساً قد
 سلموا عمل بالدين بقدر الامكان وما ذكره من المعنى يبطل بما إذا أدرك ركعة وقولهم هذا يقضي ركعة بالنص قلنا
 وههنا أيضاً يقضي ركعتين بالنص الذي رويناه وما ذكره من الاحتياط غير سديد لأن الأربع ان كانت ظهراً فلا
 يمكن تأويلها على تحريم عقد الجمعة ألا يرى انه لو أدركه في التشهد ونوى الظهر لم يصح اقتداؤه به وان كانت
 جمعة فالجمعة كيف تكون أربع ركعات على انه لا احتياط عند ظهور فساد أدلة الخصوم وصحة دليلنا والله تعالى
 أعلم وأما الكلام في مقدار الجماعة فقد قال أبو حنيفة ومحمد أدناه ثلاثة سوى الإمام وقال أبو يوسف اثنان
 سوى الإمام وقال الشافعي لا تنعقد الجمعة لأبوابين سوى الإمام أما الكلام مع الشافعي فهو يحتاج عاروي عن
 عبد الرحمن بن كعب بن مالك انه قال كنت قائداً أبي حين كتب بصره فكان اذا سمع النداء يوم الجمعة استغفر الله
 لأبي أمامة أسعد بن زرارة فقلت لاسأله عن استغفاره لأبي أمامة فيبينا أنا أقوده في جمعة اذ سمع النداء
 فاستغفر الله لأبي أمامة فقلت يا أبا رأت استغفارك لأبي أمامة أسعد بن زرارة فقال ان أول من جمع بنا
 بالمدينة أسعد فقلت وكنت يومئذ فقال كنا أربعين رجلاً وان ترك الظهر الى الجمعة يكون بالنص ولم ينقل انه
 عليه الصلاة والسلام أقام الجمعة بثلاثة (ولنا) ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يحط بقدوم غير تحمل
 الطعام فانقضوا إليها وتركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائماً وليس معه الا اثني عشر رجلاً منهم أبو بكر
 وعمر وعثمان وعلى رضي الله تعالى عنهم أجمعين وقد أقام الجمعة بهم وروى ان مصعب بن عمير قد أقام
 الجمعة بالمدينة مع اثني عشر رجلاً ولأن الثلاثة تساوي ما رواه في كونها جمعاً فلا معنى لاشتراط جمع
 الأربعين بخلاف الاثنين فانه ليس بالجمع ولا حجة له في حديث أسعد بن زرارة لان الإقامة بالأربعين وقع
 اتفاقاً لا يرى انه روى ان أسعد أقامها بسبعة عشر رجلاً ورسول الله صلى الله عليه وسلم أقامها باثني عشر
 رجلاً حين انقضوا الى التجارة وتركوه قائماً وأما الكلام مع أصحابنا فوجه قول أبي يوسف ان الشرط أداء
 الجمعة بجماعة وقد وجد لانهم مع الإمام ثلاثة وهي جمع مطلق ولهذا يتقدمها الإمام ويصطفان
 خافه ولهما ان الجمع المطلق شرط انعقاد الجمعة في حق كل واحد منهم وشرط جواز صلاة كل واحد منهم
 ينبغي أن يكون سواء فيحصل هذا الشرط ثم يصلي ولا يحصل هذا الشرط الا اذا كان سوى الإمام ثلاثة
 اذ لو كان مع الإمام ثلاثة لا يوجد في حق كل واحد منهم الا اثنان والمضى ليس بجمع مطلق وهذا بخلاف سائر
 الصلوات لأن الجماعة هناك ليست بشرط لا يجوز حتى يجب على كل واحد تحصيل هذا الشرط غير انها
 يصطفاً فان سلك الإمام لان مقتضى تابع لإمامه فكان ينبغي أن يقوم خلفه لاظهار معنى التبعية غير انه ان كان
 واحداً لا يقوم خلفه لئلا يصير منتبذاً خلف الصفوف فيصير هم تكبيل الله فإذا صار الاثنين زال هذا المعنى فقاما خلفه
 والله تعالى أعلم وأما صفة القوم الذين تنعقد بهم الجمعة فعندنا ان كل من يصلح اماماً للرجال في الصلوات المكتوبات
 تنعقد بهم الجمعة فيشترط صفة الذكورة والعقل والبلوغ لا غير ولا تشترط الحرية والإقامة حتى تنعقد الجمعة
 بقوم عبيداً ومسافرين ولا تنعقد بالصبيان والمجانين والنساء على الانفراد وقال الشافعي يشترط الحرية والإقامة
 في صفة القوم فلا تنعقد بالعبيد والمسافرين وجه قوله انه لا جمعة عليهم فلا تنعقد بهم كالنساء والصبيان (ولنا)
 ان درجة الإمام أعلى ثم صفة الحرية والإقامة ليست بشرط في الإمام لما مر فلان لا تشترط في القوم أولى وانما
 لا تجب الجمعة على العبيد والمسافرين اذا لم يحضروا فاما اذا حضروا تجب لان المانع من الوجوب قد زال
 بخلاف الصبيان والنساء على ما ذكرنا فيما تقدم والله تعالى أعلم وأما الوقت فن شرائط الجمعة وهو وقت
 الظهر حتى لا يجوز تقديمه على زوال الشمس لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لما بعث مصعب

ابن عمير الى المدينة قال له اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة وروى أنه كتب الى أسعد بن زرارة اذا زالت الشمس من اليوم الذي تجهز فيه اليهود لسيبتها فازدلف الى الله تعالى ركعتين وماروى أن ابن مسعود أقام الجمعة ضحى يعني بالقرب منه ومرارا روى أنه ما انخرها بعد الزوال فان لم يؤدها حتى دخل وقت العصر تسقط الجمعة لانها لا تقضى لمناذ كرو قال مالك تجوز إقامة الجمعة في وقت العصر وهو فاسد لانها اقيمت بمقام الظهر بالنص فيصير وقت الظهر وقتا للجمعة وما اقيمت مقام غير الظهر من الصلوات فلم تكن مشروعة في غير وقته والله أعلم بهذا الذي ذكرنا من الشرائط مذ كورة في ظاهر الرواية وذ كر في النوادر شرط آخر لم يذكره في ظاهر الرواية وهو أداء الجمعة بطريق الاشتهار حتى ان أميرالوجع جيشه في الحصن وأغلق الابواب وصلى بهم الجمعة لا يخرجهم كذا ذكر في النوادر فانه قال السلطان اذا صلى في فهدرة والقوم مع أمراء السلطان في المسجد الجامع قال ان فتح باب داره وأذن للعامة بالدخول في فهدرة جاز وتكون الصلاة في موضعين ولو لم يذن للعامة وصلى مع جيشه لا تجوز صلاة السلطان وتجوز صلاة العامة وانما كان هذا شرط لان الله تعالى شرع النداء لصلاة الجمعة بقوله يا أيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله والنداء للاشتهار ولذا يهوى جمعة لا اجتماع الجماعات فيها فاقضى أن تكون الجماعات كلها مأذونين بالحضور اذا عامان تحقيقا لمعنى الاسم والله أعلم

(فصل) وأما بيان مقدارها فقدرها ركعتان عرفنا ذلك بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم من بعده وعليه إجماع الأمة وينبغي للامام أن يقرأ في كل ركعة بفاتحة الكتاب وسورة مقدار ما يقرأ في صلاة الظهر وقد ذكرناه ولو قرأ في الركعة الاولى بفاتحة الكتاب وسورة الجمعة وفي الثانية بفاتحة الكتاب وسورة المنافقين تبركا بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روى أنه كان يقرأهما في صلاة الجمعة وروى أنه قرأ في صلاة العبدین والجمعة سبع اسم ربك الاعلى والعاشية فان تبركا بفعله صلى الله عليه وسلم وقرأ هذه السورة في أكثر الاوقات فنعلم ما فعله ولكن لا يواطى على قراءتها بل يقرأ غيرها في بعض الاوقات حتى لا يؤدي الى هجر بعض القرآن ولثلاثته العامة حقا ويجهر بالقراءة فيها للورد الا ترى يا جمهور ما روى عن ابن عباس أنه قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقرأ في صلاة الجمعة في الركعة الاولى سورة الجمعة وفي الثانية سورة المنافقين ولو لم يجهر لما سمع وكذا الآية توارث ذلك ولان الناس يوم الجمعة فرغوا قلوبهم عن الاهتمام لامور التجارة لعظم ذلك الجمع فيتمالون قراءة الامام فحصل لهم غرات القراءة فيجهر بها كافي صلاة الليل

(فصل) وأما بيان ما يفسدها وبيان حكمها اذا فسدت أو فانت عن وقتها فنقول انه يفسد الجمعة ما يفسد سائر الصلوات وقد بينا ذلك في موضعه والذي يفسدها على الخصوص أشياء منها خروج وقت الظهر في خلال الصلاة عند عامة المشايخ وعند مالك لا يفسدها بناء على أن الجمعة فرض مؤقت بوقت الظهر عند العامة حتى لا يجوز ادائها في وقت العصر وعند مجوز وقدم الكلام فيه وكذا خروج الوقت بعد ما قعد قدر التشهد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا تفسد وهي من المسائل الاثني عشرية وقد مر ومنها فوت الجماعة الجمعة قبل أن يقيد الامام الركعة بالسجدة بان تقرأ الناس عنه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا تفسد وأما فوتها بعد تقييد الركعة بالسجدة فلا تفسد عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تفسد وقد ذكرنا هذه المسائل وأما حكم فسادها فان فسدت بخروج الوقت أو بعوت الجماعة يستقبل الظهر وان فسدت بما تفسده عامة الصلوات من الحدث العمد والكلام وغير ذلك يستقبل الجمعة عند وجود شرائطها وأما اذا فانت عن وقتها وهو وقت الظهر سقطت عند عامة العلماء لان صلاة الجمعة لا تقضى لان القضاء على حسب الأداء والاداء فانت بشرائط مخصوصة يتعذر تحصيلها على كل فرد فتسقط بخلاف سائر المكتوبات اذا فانت عن وقتها والله أعلم

(فصل) وأما بيان ما يستحب في يوم الجمعة وما يكره فيه فاستحب في يوم الجمعة لمن يحضر الجمعة أن يدهن ويس طيبا ويلبس أحسن ثيابه ان كان عنده ذلك ويفضل لان الجمعة من أعظم شعائر الاسلام فيستحب أن

يكون المقيم لها على أحسن وصف وقال مالك غسل يوم الجمعة فرضة واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال غسل يوم الجمعة واجب على كل محتلم أو قال حتى على كل محتلم ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو أفضل وما روى من الحديث فتاويله مروى عن ابن عباس وعائشة أمهات القلا كان الناس عمال أنفسهم وكانوا يلبسون الصوف ويعرقون فيه والمسجد قريب السبل فكان يتأذى بعضهم رائحة بعض فأمرهم وأبانا لا يغتسلوا لهذا ثم انتسخ هذا حين لبسوا غير الصوف وتركوا العمل بأيديهم ثم غسل يوم الجمعة للصلاة الجمعة أم ليوم الجمعة قال الحسن بن زياد ليوم الجمعة اظهار الفضيلة قال النبي صلى الله عليه وسلم سيد الأيام يوم الجمعة وقال أبو يوسف للصلاة الجمعة لانهم مؤداة بشرائط ليست لغيرها فانها من الفضيلة ما ليس لغيرها وفائدة الاختلاف أن من اغتسل يوم الجمعة قبل صلاة الجمعة ثم أحدث فتوضأ وصلى به الجمعة فمئذ أبي يوسف لا يصير مدر كالفضيلة الغسل وعند الحسن يصير مدر كاً لها وكذا اذا توضأ وصلى به الجمعة ثم اغتسل فهو على هذا الاختلاف فاما اذا اغتسل يوم الجمعة وصلى به الجمعة فانه ينال فضيلة الغسل بالاجماع على اختلاف الاصليين لوجود الاغتسال والصلاة به والله أعلم وأما ما يكره في يوم الجمعة فتقول تكرر صلاة الظهر يوم الجمعة بجماعة في المصر في سبعين او غير سبعين هكذا روى عن علي رضي الله عنه وهكذا جرى التوارث باغلاق أبواب المساجد في وقت الظهر يوم الجمعة في الامصار فدل ذلك على كراهة الجماعة فيها في حق الكل ولاننا لو اطلقنا للمعذور اقامة الظهر بالجماعة في المصر فر بما يقتدى به غير المعذور فيؤدي الى تقليل جمع الجمعة وهذا لا يجوز ولان ساكن المصر مأور بشيئين في هذا الوقت ترك الجماعات وشهود الجمعة والمأمور قد روى على أحدهما وهو ترك الجماعات فيؤمر بالترك وأما أهل القرى فانهم يصلون الظهر بجماعة باذان واقامة لانه ليس عليهم شهود الجمعة ولان في اقامة الجماعة فيه تقليل جمع الجمعة فكان هذا اليوم في حقهم كسائر الايام وكذا يكره البيع والشراء يوم الجمعة اذا صعد الامام المنبر وأذن المؤذنون بين يديه لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع والامر بترك البيع يكون نهياً عن مباشرةه وأذن درجات النهي الكراهة ولو باع مجوز لان الامر بترك البيع ليس لعين البيع بل لترك استماع الخطبة

فصل وأما فرض الكفاية فصلاة الجنازة ونذكرها في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى

فصل وأما الصلاة الواجبة فنوعان صلاة الوتر وصلاة العيدين (أما صلاة الوتر) فالكلام في الوتر يقع في مواضع في بيان صفة الوتر أنه واجب أم سنة وفي بيان من يجب عليه وفي بيان مقداره وفي بيان وقته وفي بيان صفة القراءة التي فيه ومقدارها وفي بيان ما يفسده وفي بيان حكمه اذا فسد وأقوات عن وقته وفي بيان الفتوى أما الاول فنحن رأينا حنفية فيه ثلاث روايات روى حماد بن زيد عنه أنه فرض وروى يوسف بن خالد المصنف أنه واجب وروى نوح بن أبي مرزوق في الجامع عنه أنه سنة وبه أخذ أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله وقالوا انه سنة مؤكدة أكد من سائر السنن المؤقتة واحتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاث كتبت علي ولم تكتب عليكم الوتر والضحي والاضحى وفي رواية ثلاث كتبت علي وهي احكم سنة الوتر والضحي والاضحى وعن عبادة بن الصامت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله كتب عليكم في كل يوم و ليلة خمس صلوات وقال صلى الله عليه وسلم في خطبة الوداع صلوا خمسكم وكذا المروى في حديث معاذ أنه لما بعثه الى اليمن قال له اعلمهم ان الله افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم و ليلة ولو كان الوتر واجبا لصار المفروض ست صلوات في كل يوم و ليلة ولان زيادة الوتر على الخمس المكتوبات نسخ لها لان الخمس قبل الزيادة كانت كل وظيفة اليوم والليلتين بعد الزيادة تصير بعض الوظيفة فينسخ وصف الكليتها بها ولا يجوز نسخ الكتاب والمشاهير من الاحاديث بالاتحاد ولان علامات السنن فيها ظاهرة فانها تؤدي تبعاً للعشاء والفرض ما لا يكون تابعاً للفرض آخر وليس لها وقت ولا اذان ولا اقامة ولا جماعة ولقرائن الصلوات أوقات وأذان واقامة وجماعة ولذا يقرأ في الثلاث

كلها وذا من امارات السنن ولا يحنيفة ما روي خارجة بن خديجة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى زادكم صلاة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه أمرهم او مطلق الامر للوجوب والثاني انه سماها زيادة والزياة على الشيء لا تتصور الا من جنسه فأما اذا كان غيره فانه يكون قرا نالا زيادة ولان الزيادة انما تتصور على المقدور وهو الفرض فأما النفل فليس بمقدور فلا تحقق الزيادة عليه ولا يقال انها زيادة على الفرض لكن في الفعل لا في الوجوب لانهم كانوا يقولون ما قبل ذلك الا ترى أنه قال الا وهي الوتر ذكرها معرفة بحرف التعريف ومثل هذا التعريف لا يحصل الا بالعهد ولذا لم يستفسر وهاول لم يكن فعلها معه وذا لاستفسر وافدل أن ذلك في الوجوب لا في الفعل ولا يقال انها زيادة على السنن لانها كانت تؤدي قبل ذلك بطريق السنة وروي عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أوتروا يا أهل القرآن فمن لم يوتر فليس منا وطلق الامر للوجوب وكذا التوسع على ان ترك دليل الوجوب وروي أبو بكر أحمد بن علي الرازي باسناده عن أبي سليمان بن أبي ردة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الوتر حق واجب فمن لم يوتر فليس منا وهذا نص في الباب وعن الحسن البصري انه قال اجمع المسلمون على أن الوتر حق واجب وكذا حكى الطحاوي فيه اجماع السلف ومثلهما لا يكذب ولانه اذا فات عن وقته يقضى عندهما وها وجد قول الشافعي ووجوب القضاء عن القوات لا عن عذر يدل على وجوب الاداء ولذا لا يؤدي على الراحلة بالاجماع عند القدرة على النزول وبعينه ورد الحديث وذا من امارات الوجوب والفرضية ولانها مقدرة بالثلاث والنفل بالثلاث ليس بمشروع وأما الاحاديث اما الاول ففيه نفي الفرضية دون الوجوب لان الكتابة عبارة عن الفرضية ونحن به نقول انها ليست بفرض ولكنها واجبة وهي آخر أقوال أبي حنيفة والرواية الاخرى محمولة على ما قبل الوجوب ولا حجة لهم في الاحاديث الاخرى لانها تدل على فرضية الخمس والوتر عندنا ليست بفرض بل هي واجبة وفي هذا حكاية وهو ما روي ان يوسف بن خالد السهقي سأله أبو حنيفة عن الوتر فقال هي واجبة فقال يوسف كبرت يا أبا حنيفة وكان ذلك قبل أن يتلمذ عليه كانه فهم من قول أبي حنيفة انه يقول انها فرضية فزعم انه زاد على الفرائض الخمس فقال أبو حنيفة لي وصف أيهم اني اكفارك أبي وأنا أعرف الفرق بين الواجب والفرض كغفر ما بين السماء والارض ثم بين له الفرق بينهما فاعتذر اليه وجلس عنده للتعلم بعد أن كان من أعيان فقهاء البصرة واذ لم يكن فرضا لم تصر الفرائض الخمس ستا زيادة الوتر عليها وبه تبين ان زيادة الوتر على الخمس ليست نسخا لها لانها بقيت بعد الزيادة كل وظيفة اليوم والليلة فرضا أما قولهم انه لا وقت لها ليس كذلك بل لها وقت وهو وقت العشاء الا ان تقديم العشاء عليه اشترط عند التدكروذا لا يدل على التبعية كتقديم كل فرض على ما يعقبه من الفرائض ولهذا اختص بوقت استحسانا فان تأخيرها الى آخر الليل مستحب وتأخير العشاء الى آخر الليل يكره أشد الكراهة وذا أماراة الاصاله اذ لو كانت تابعة للعشاء لتبعية في الكراهة والاستحباب جميعا وأما الجماعة والاذان والاقامة فلا من شعائر الاسلام فخص بالفرائض المطابقة ولهذا لا مدخل لها في صلاة النساء وصلاة العبدن والسكوف وأما القراءة في الركعات كلها فلم يضرب احتياط عند تبع الادلة عن ادخالها تحت الفرائض المطلقة على ما نذكر

فصل وما بيان من يجب عليه فوجوبه لا يختص بالبهض دون البهض كالجمعة وصلاة العبدن بل يعم الناس أجمع من الحر والعبد والذكر والانثى بعد أن كان أهلا للوجوب لان ما ذكرنا من دلائل الوجوب لا يوجب الفصل **فصل** وأما الكلام في مداره فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا الوتر ثلاث ركعات بتسليمة واحدة في الاوقات كلها وقال الشافعي هو بالخيار ان شاء أوتر بركعة أو ثلاث أو خمس أو سبع أو تسع أو واحد عشر في الاوقات كلها وقال الزهري في شهر رمضان ثلاث ركعات وفي غيره ركعة احتج الشافعي بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من شاء أوتر بركعة ومن شاء أوتر بثلاث أو بخمس ولنا ما روي عن ابن مسعود وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم انهم قالوا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر بثلاث ركعات وعن الحسن قال اجمع

المسلمون على ان الوتر ثلاث لاسلام الا في آخره من ومثله لا يكتب ولان الوتر نقل عنده والثواب لاتباع القرائن
فيجب أن يكون لها نظير من الاصول والركعة الواحدة غير معودة فرضا وحديث التخيير محمول على ما قبل
استقرار امر الوتر بدليل ما روينا

فصل وأما بيان وقته فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الوقت وفي بيان الوقت المستحب
أما أصل الوقت فوق وقت العشاء عند أبي حنيفة الا انه شرع مرتب عليه حتى لا يجوز أدائه قبل صلاة العشاء
مع انه وقته لعدم شرطه وهو الترتيب الا اذا كان ناسيا كوقت أداء الوقتية وهو وقت الغائبة لكنه شرع مرتب
عليه وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي وقته بعد أداء صلاة العشاء وهذا بناء على ما ذكرنا ان الوتر واجب
عند أبي حنيفة وعندهم سنة ويبنى على هذا الاصل مسئلتان احدهما ان من صلى العشاء على غير وضوء وهو لا
يعلم ثم توضأ وتر ثم نذر أعاد صلاة العشاء بالاتفاق ولا يعيد الوتر في قول أبي حنيفة وعندهما بعيد ووجه البناء على
هذا الاصل انه لما كان واجبا عند أبي حنيفة كان أصلا بنفسه في حق الوقت لا تبع للعشاء فكما غاب الشفق دخل
وقته كدخول وقت العشاء الا ان وقته بعد فعل العشاء الا ان تقديم أحدهما على الآخر واجب حالة التذكّر فعند
السيان يسقط كافي العصر والظهر التي لم يؤدّها حتى دخل وقت العصر يجب ترتيب العصر على الظهر عند التذكّر
ثم يجوز تقديم العصر على الظهر عند السيان كذا هذا والدليل على ان وقته ما ذكرنا لا ما بعد فعل العشاء انه لو لم
يصل العشاء حتى طلع الفجر لم يجر له قضاء الوتر كما يلزمه قضاء العشاء ولو كان وقته كذلك لما وجب قضاؤه اذا لم يتحقق
وقته الاستحالة فتحقق ما بعد فعل العشاء بدون فعل العشاء وهذا يخرج قول أبي حنيفة على هذا الاصل وأما
تخريج قوله ما نلما كان سنة كان وقته ما بعد وقت العشاء لكونه تبع للعشاء كوقت ركعتي الفجر ولهذا قال النبي
صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث زادكم صلاة وجعلها لكم ما بين العشاء الى طلوع الفجر ووجود ما بين شيئين
سابقا على وجودهما محال والجواب أن اطلاق الفعل بعد العشاء لا ينافي الاطلاق قبله وعلى هذا الاختلاف اذا جلي
الوتر على ظن انه صلى العشاء ثم تبين أنه لم يصل العشاء يصل العشاء بالاجماع ولا يعيد الوتر عنده وعندهما يعيد
والمسئلة الثانية مسئلة الجامع الصغير وهو أن من صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يوتر في الوقت سبعة لا يجوز عنده
لان الواجب ملحق بالفرض في العمل فيجب مراعاة الترتيب بينه وبين الفرض وعندهما يجوز لان مراعاة
الترتيب بين السنة والمكتوبة غير واجبة ولو ترك الوتر عند وقته حتى طلع الفجر يجب عليه القضاء عند أصحابنا
خلاف للشافعي أما عند أبي حنيفة فلا يشكّل لانه واجب فكان مضهونا بالقضاء كالقضاء وعدم وجوب القضاء عند
الشافعي لا يشكّل أيضا لانه سنة عندهما وكذا القياس عندهما أن لا يقضى وهكذا روى عنهم في غير رواية
الاصول لكنهما استحسنوا في القضاء بالاثرو هو قول النبي صلى الله عليه وسلم من نام عن وتر أو نسيه فلا يصح له اذا
ذكره فان ذلك وقته ولم يفصل بين ما اذا تذكر في الوقت أو بعده ولا نه محمل الاجتهاد فوجب القضاء احتياطاً وأما
الوقت المستحب للوتر فهو آخر الليل لما روى عن عائشة رضي الله عنها انها سألت عن وتر رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقالت نارة كان يوتر في أول الليل ونارة في وسط الليل ونارة في آخر الليل ثم صار وتره في آخر
الليل وقال النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشيت الصبح فوتر بركة وهذا اذا كان لا يخاف
فوته فان كان يخاف فوتره يجب أن لا ينال الا عن وتر وأبو بكر رضي الله عنه كان يوتر في أول الليل وعمر كان يوتر في
آخر الليل فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يترك أحدكم بالثقة وقال لعمر أخذت بفضل القوة

فصل وأما صفة القراءة فيه فالقراءة فيه فرض في الركعات كلها أما عندهم فلا يشكّل لانه نقل وعنده أبي
حنيفة وان كان واجبا لكن الواجب ما يحتمل انه فرض ويحتمل انه نقل لكن يرجح جهة الفرضية فيه بدليل
فيه شبهة فيجعل واجبا مع احتمال النقلية فان كان فرضا يكتفي بالقراءة في ركعتين منه كافي المغرب وان كان نقلا
يشترط في الركعات كلها كافي الثواب فكان الاحتياط في وجوبها في الكل لم يندرك في مختصره قدر

القراءة في الوتر وذ كر محمد في الاصل وقال وما قرأ في الوتر فهو حسن وباعسان رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قرأ في الوتر في الركعة الاولى بسبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية بقل يا أيها الكافرون وفي الثالثة بقل هو الله أحد ولا ينبغي أن يؤقت شيئا من القرآن في الوتر لما مر ولو قرأ في الركعة الاولى بسبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية بقل يا أيها الكافرون وفي الثالثة بقل هو الله أحد انبا عا للنبي صلى الله عليه وسلم كان حسنا سكن لا يواطى عليه كبريا بظنه الجهال حقا ثم اذا فرغ من القراءة في الركعة الثانية كبر ورفع يديه حمدا أذنيه ثم أرسلهم ما تم بقنت أما التكبير فلما روى عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان اذا أراد أن يقنت كبر وقت وأما رفع اليدين فاقول النبي صلى الله عليه وسلم لا ترفع اليدين الا في سبعة مواطن وذكر من جهنم القنوت وأما الارسال فقد ذكرنا تفسيره في تقديم والله الموفق

فصل وأما لقنوت فالكلام فيه في مواضع في صفة القنوت ومحل أدائه ومدة دأره ودعائه وحكمه اذا قالت عن محله أما الاول فالقنوت واجب عند أبي حنيفة وعندهما سنة والكلام فيه كالكلام في أصل الوتر وأما محل أدائه فالوتر في جميع السنة قبل الركوع عندنا وقد خالفنا الشافعي في المراضع الثلاثة يقال يقنت في صلاة الفجر في الركعة الثانية بعد الركوع ولا يقنت في الوتر الا في النصف الاخير من رمضان بعد الركوع واحتج في المسئلة الاولى بما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقنت في صلاة الفجر وكان يدعو على قبائل ولما روى ابن مسعود وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قنت في صلاة الفجر شهرا كان يدعو في قنوته على رعل وذكوان ويقول اللهم اشد وطأناك على مضر واجعلها عليهم سنين كسني يوسف ثم تركه فكان منسوخا دل عليه انه روى انه صلى الله عليه وسلم كان يقنت في صلاة المغرب كافي صلاة الفجر وذلك منسوخ بالاجماع وقال أبو عثمان النهدي صليت خلف أبي بكر وخلف عمر كذلك فلم أر أحدا منهم ما يقنت في صلاة الفجر واحتج في المسئلة الثانية بما روى ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما أمر أبي بن كعب بالامامة في ليلة رمضان أمره بالقنوت في النصف الاخير منه ولما روى عن عمرو بن عبد الله بن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا راعينا صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بالليل قنت قبل الركوع ولم يذكرنا وقتا في السنة رآه ولا ما رواه الشافعي انه طول القيام باقراءة وطول القيام يسمى قنونا لانه أراد به القنوت في الوتر وانما جعلناه على هذا لان امامة أبي بن كعب كانت بحضور من الصحابة ولا يخفى عليهم حاه وقدر وبناعنهم بخلافه واستدل في المسئلة الثالثة بصلاة الفجر ثم قد صح في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يقنت في صلاة الفجر بعد الركوع فقام عليه القنوت في الوتر ولما روى عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قنوت رسول الله صلى الله عليه وسلم في الوتر قبل الركوع واستدل به صلاة الفجر غير سديد لانه استدلال بالمنسوخ على ما مر وأما مقدار القنوت فقد ذكرنا كرخي ان مقدار القيام في القنوت مقدار سورة اذا السجاء انشئت وكذا ذكر في الاصل لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يقرأ في القنوت اللهم اننا نسئع بك اللهم اهدنا فحين هديت ركلا معا على مقدار هذه السورة وروى انه صلى الله عليه وسلم كان لا يطول في دعاء القنوت وأما دعاء القنوت فليس في القنوت دعاء موقت كذا ذكرنا كرخي في كتاب الصلاة لانه روى عن الصحابة أدعية مختلفة في حال القنوت ولان الموقت من الدعاء يجري على لسان الداعي من غير احتياجه الى احضار قلبه وصديق الرغبة منه الى الله تعالى فيه مدد عن الاجابة ولانه لا توقيت في القراءة لشي من الصلوات في دعاء القنوت أولى وقد روى عن محمد بنه قال التوقيت في الدعاء يذهب رقة القلب وقال بعض مشيخنا المراد من قوله ليس في القنوت دعاء موقت ما سوى قوله اللهم اننا نستعينك لان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على هذا في القنوت فلا ولي أن يقرأه ولو قرأه غيره جاز ولو قرأه غيره كان حسنا والا ولي أن يقرأ بعده ما علم رسول صلى الله عليه وسلم الحسن بن علي رضي الله عنهما في قنوته اللهم اهدنا فحين هديت الى آخره وقال بهضهم الافضل في الوتر أن يكون فيه دعاء موقت لان الامام ربما

يكون جامعاً في دعاء يشبه كلام الناس ففسد الصلاة وما روى عن محمد بن أنس في الدعاء يذهب رقة القلب
محمول على أدعية المناسك دون الصلاة لما ذكرنا وأما دعاء القنوت من الجهر والخافتة فقد ذكر القاضي
في شرحه مختصر المحامد أنه إن كان منفرداً فهو بالخيار إن شاء جهر وأسمع غيره وإن شاء جهر وأسمع نفسه
وإن شاء أسر كفي القراءة وإن كان أماً ما يجهر بالقنوت لكن دون الجهر بالقراءة في الصلاة والقوم يتابعونه هكذا
إلى قوله أن عذاباً بالكفار ملحق وإذا دعا الإمام بعد ذلك هل يتابعه القوم ذكر في الفتاوى اختلاف بين أبي يوسف
ومحمد في قول أبي يوسف يتابعونه ويقرؤون وفي قول محمد لا يقرؤون ولكن يؤمنون وقال بعضهم إن شاء
القوم سكتوا أما الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في القنوت فقد قال أبو القاسم الصغار لا يفعل لأن
هذا ليس موضعها وقال الفقيه أبو الليث يأتي بها لأن القنوت دعاء فلا فضل أن يكون فيه الصلاة على النبي
صلى الله عليه وسلم ذكره في الفتاوى هذا كله مذكور في شرح القاضي مختصر الطحاوي واختار مشايخنا بما
وراء الأثر الإخفاء في دعاء القنوت في حق الإمام والقوم جميعاً لقوله تعالى ادعوا ربكم تضرعاً وخفية وقول
النبي صلى الله عليه وسلم خير الدعاء الخفي وأما حكم القنوت إذا فات عن محله فنقول إذا نسي القنوت حتى ركع ثم ذكر
بعد ما رفع رأسه من الركوع لا يعود ويسقط عنه القنوت وإن كان في الركوع فكذلك في ظاهر الرواية وروى عن
أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه يعود إلى القنوت لأن له شبهة بالقراءة فيعود كالوترك الفاتحة أو
السورة ولونته في الركوع أو بعد ما رفع رأسه منه أنه ترك الفاتحة أو السورة يعود وينتقض ركوعه كذا ههنا
ووجه الفرق على ظاهر الرواية أن الركوع يتكامل بقراءة الفاتحة والسورة لأن الركوع لا يعتبر بدون القراءة
أصلاً فتكامل بتكامل القراءة وقراءة الفاتحة والسورة على التعيين واجبة فينتقض الركوع بتركها فكان نقض
الركوع للإدعاء على الوجه الأكمل والاحسن فكان مشروعا فاما القنوت فليس مما يتكامل به الركوع ألا ترى أنه
لا قنوت في سائر الصلوات والركوع معتبر بدونه فلم يكن النقض للتكامل لكونه في نفسه ولو تنقض كان النقض
لاداء القنوت الواجب ولا يجوز نقض القرض لتحصيل الواجب فهو الفرق ولا يفتى في الركوع أيضاً بخلاف
تكبيرات العبد إذا تذكرها في حال الركوع حيث يكبر فيه والفرق أن تكبيرات العبد لم تختص بالقيام المحض ألا ترى
أن تكبيرة الركوع يوتيها في حال الانحطاط وهي محسوبة من تكبيرات العبد بإجماع الصحابة فإذا جاز أداء
واحدة منها في غير محض القيام من غير عذر جاز أداء الباقي مع قيام العذر بطريق الأولى فاما القنوت فلم يشرع
إلا في محض القيام غير موقوف للمعنى فلا يتعدى إلى الركوع الذي هو قيام من وجهه ولو أنه عاد إلى القيام وقت
ينبغي أن لا ينتقض ركوعه على قياس ظاهر الرواية بخلاف ما إذا عاد إلى قراءة الفاتحة أو السورة حيث ينتقض
ركوعه والفرق أن محل القراءة قائم ما لم يقيد الركعة بالسجدة ألا ترى أنه يعود إذا عاد وقرأ الفاتحة أو السورة
وقع الكل فرضاً فيجب مراعاة الترتيب بين أجزائه ولا يتحقق ذلك إلا بنقض الركوع بخلاف القنوت لأن محله
قد فات ألا ترى أنه لا يعود إذا عاد ففسد قصد نقض القرض لتحصيل واجب فات عليه فلا يملك ذلك ولو عاد إلى
قراءة الفاتحة أو السورة فقرأها مرة أخرى فادركه رجل في الركوع الثاني كان مدركا للركعة ولو كان أتم
قراءته وركع فظان أنه لم يقرأ فرفع رأسه منه يعود فيقرأ أو يمد القنوت والركوع وهذا ظاهر لأن الركوع ههنا
حصل قبل القراءة فلم يعتبر أصلاً ولو حصل قبل قراءة الفاتحة أو السورة يعود ويمد الركوع فههنا أولى

فصل وأما بيان ما يفسده وبيان حكمه إذا فسدت أوقات عن وقته أما ما يفسده وحكمه إذا فسدت أوقات
الصلوات المكتوبات وإذا فات عن وقته ينقض على اختلاف الأقوال على ما بينا والله تعالى أعلم
فصل وأما صلاة العيدين فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان أنها واجبة أم سنة وفي بيان شرائط وجوبها
وجوازها وفي بيان وقت أدائها وفي بيان فسادها وكيفية أدائها وفي بيان ما يفسدها وفي بيان حكمها
إذا فسدت أوقات عن وقتها وفي بيان ما يستحب في يوم العيد أما الأول فقد اختلف الكرخي على الوجوب فقال

وتجب صلاة العيدين على أهل الامصار كما تجب الجمعة وهكذا روى الحسن عن أبي خنيفة أنه تجب صلاة العيد على من تجب عليه صلاة الجمعة وذكر في الأصل ما يدل على الوجوب فإنه قال لا يصلي التطوع بالجماعة ما خلا قيام رمضان وكسوف الشمس وصلاة العيد تؤدي بجماعة فلو كانت سنة ولم تكن واجبة لاستثنائها كما استثنى التراويح وصلاة الكسوف وسهاة سنة في الجامع الصغير فإنه قال في العيدين اجبة ما في يوم واحد فالأول سنة وهذا اختلاف من حيث العبارة فتأويل ما ذكره في الجامع الصغير أنها واجبة بالسنة أم هي سنة مؤكدة وانها في معنى الواجب على أن إطلاق اسم السنة لا ينفي الوجوب بعد قيام الدليل على وجوبها وذكر أبو موسى الضرير في مختصره أنها فرض كفاية والصحيح أنها واجبة وهذا قول أصحابنا وقال الشافعي أنها سنة وإسنت بواجبة وجه قوله أنها بديل صلاة الفصحى وتلك سنة فكذلك هذه لأن البديل لا يخالف الأصل ولنا قوله تعالى فصل ربك وإن خسر فربك يفوز في التفسير صل صلاة العيد واتحراز الجوزور ومطلق الأمر للوجوب وقوله تعالى ولتكبروا لله على ما هذا كم قيل المراد منه صلاة العيد ولأنهم من شعائر الاسلام فلو كانت سنة فربما اجتمع الناس على تركها فيفوت ما هو من شعائر الاسلام فكانت واجبة صيانة لما هو من شعائر الاسلام عن القوت

فصل وأما شرائط وجوبها وجوازها فكل ما هو شرط وجوب الجمعة وجوازها فهو شرط وجوب صلاة العيدين وجوازها من الامام والمصير الجماعة والوقت الا الخطبة فانها سنة بعد الصلاة ولو تركها جازت صلاة العيد أما الامام فمشرط عندنا لما ذكرنا في صلاة الجمعة وكذا المصير لما روينا عن علي رضي الله عنه أنه قال لا الجمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع ولم يرد بذلك نفس الفطر ونفس الاضحى ونفس التشريق لأن ذلك مجاميع في كل موضع بل المراد من لفظ الفطر والاضحى صلاة العيدين ولأنها ما ثبتت بالتوارث من الصدر الاول الا في الامصار ويجوز اذاؤها في موضعين لما ذكرنا في الجمعة والجماعة شرط لانها ما أدبت الا بجماعة والوقت شرط فانها لا تؤدي الا في وقت مخصوص به جرى التوارث وكذا الذكورة والعقل والبلوغ والحريّة ووجه البدن والاقامة من شرائط وجوبها كما هي من شرائط وجوب الجمعة حتى لا تجب على التسوان والاصديان والمجانين والعميد بدون اذن مواليهم والزمنى والمرضى والمسافرين كما لا تجب عليهم لما ذكرنا في صلاة الجمعة ولأن هذه الاعذار لما أثرت في اسقاط الفرض فلان أثر في اسقاط الواجب اولى ولأولى أن يمنع عبده عن حضور العيدين كما منعه عن حضور الجمعة لما ذكرنا هناك وأما النسوة فهل يرخص لهن أن يخرجن في العيدين أجمعوا على أنه لا يرخص للشواب منهن الخروج في الجمعة والعيدين وشئ من الصلاة لقوله تعالى وقرن في بيوتكن والامر بالقرار نهي عن الانتقال ولأن خروجهن سبب الفتنة بلاشك والفتنة حرام وما أدى الى الحرام فهو حرام وأما المجانز فلا خلاف في أنه يرخص لهن الخروج في الفجر والمغرب والعشاء والعيدين واختلاف في الظهر والعصر والجمعة قال أبو خنيفة لا يرخص لهن في ذلك وقال أبو يوسف ومحمد يرخص لهن في ذلك وجه قولهما أن المنع خوفاً للفتنة بسبب خروجهن وهذا لا يتحقق في المجانز ولهذا أباح أبو خنيفة خروجهن في غيرهما من الصلوات ولا في حنيفة أن وقت الظهر والعصر وقت انتشار الفساق في المجال والطرفات فربما يقع من صدقت رعبته في النساء في الفتنة بسببهن أو يقعن هن في الفتنة لبقاء رغبتهن في الرجال وإن كبرن فاما في الفجر والمغرب والعشاء فالهواء مظلم والظلمة تحول بينهن وبين نظر الرجال وكذا الغسق لا يكونون في الطرفات في هذه الاوقات فلا يؤدي الى الوقوع في الفتنة وفي الاعياد وان كان تكثر الفساق تكثر الصلحاء أيضاً فتعني هيئة الصلحاء والعشاء ايها ما عن الوقوع في المأثم والجمعة في المصير فربما تصدم أو تصدم لكثرة الزحام وفي ذلك فتنة وأما صلاة العيد فانها تؤدي في الحيانة فيمكنها أن تعتزل ناحية عن الرجال كيلا تصدم فربما يرخص لهن الخروج والله أعلم ثم هذا الخلاف في الرخصة والاباحة فاما لا خلاف في أن الأفضل أن لا يخرجن في صلاة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال صلاة المرأة في دارها أفضل من صلاتها في مسجدها وصلاتها في بيتها أفضل من صلاتها في دارها وصلاتها في محضها أفضل من صلاتها في

بشأنهم أذا رخص في صلاة العبد هل يصلين روى الحسن عن أبي خنيفة يصلين لأن المنع هو بالخروج هو الصلاة قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تمنعوا إمام الله مساجد الله وليخرجن إذا خرجن ثلاث أي غير منطليات وروى المصلي عن أبي يوسف عن أبي خنيفة لا يصلين العبد مع الإمام لأن خروجهن لتكثير سواد المسلمين لحديث أم عطية رضي الله عنها كن النساء يخرجن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى ذوات الخدور والحجض ومعلوم أن الحائض لا تصل في أيام خروجهن كان لتكثير سواد المسلمين فكذلك في زماننا وأما العبد إذا حضر مع مولاه العبد والجمعة لم يخطب دابته هل له أن يصل بغير رضاه اختلاف المشايخ فيه قال بعضهم ليس له ذلك إلا إذا كان لا يجمل بحق مولاه في مسالك دابته وأما الخطبة فليست بشرط لأنها تؤدى بعد الصلاة بشرط الشيء يكون سابقا عليه أو مقارنا له والدليل على أنها تؤدى بعد الصلاة ما روى عن ابن عمر أنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وكانوا يؤيدون بالصلاة قبل الخطبة وكذا روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف أبي بكر وعمر وعثمان فبعدوا بالصلاة قبل الخطبة ولم يؤذوا ولم يقيموا ولا نها وجبت لتعليم ما يجب إقامة يوم العيد والوعظ واستكبر فكان التأخير أولى ليكون الامتنال أقرب إلى زمان التعليم والدليل على أنها بعد صلاة العيد ما روى أن مروان لما خطب العيد قبل الصلاة قام رجل فقال أخرجت المنبر يا مروان ولم يخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم وخطبت قبل الصلاة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب بعد الصلاة فقال مروان ذلك شيء قد ترك فقال أبو سعيد الخدري أما هذا فقد قضى ما عليه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فإن لم يستطع فبأساه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان أي أقل شرائع الإيمان وإنما أحدث بنو أمية الخطبة قبل الصلاة لأنهم كانوا يتكلمون في خطبتهم عما لا يصلح وكان للناس لا يجلسون بعد الصلاة لسماعها فاحدثوها قبل الصلاة ليسمعا للناس فإن خطب أولاهم صلى الله عليه وسلم لأنهم لو ترك الخطبة أصلا جزأهم فهذا أولى وكيفية الخطبة في العبد ينهى في الجمعة فيخطب خطبتين يجلس بينهما جلسة خفيفة ويقرأ فيها سورة من القرآن ويستمع لها القوم وينصتوا لأنه ينهى عن التبراع ويمنعهم وأما في غير ذلك إذا استمعوا وليس في أيديهم أذان ولا إقامة لما روى ابن عباس وروى عن جابر بن سمرة أنه قال صليت العيد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غير مرة ولا مرة بغير أذان ولا إقامة وهذا جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا ولأنهم اشترعوا على المكتوبة وهذه ليست بمكتوبة

فصل وأما بيان وقت أدائها فقد ذكرنا كبري وقت صلاة العبد من حين تبيض الشمس إلى أن تزول لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يصلي العيد والشمس على قدر رمح أو رمحين وروى أن قوما شهدوا برؤية الهلال في آخر يوم من رمضان فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخروج إلى المصلي من الغد ولو جاز الأداء بعد الزوال لم يكن تأخير معنى ولأنه المتوارث في الأمة فيجب اتباعهم فإن تركها في اليوم الأول في عيد القدر بغير عذر حتى زالت الشمس سقطت أصلا سواء تركها العذر أو لغير عذر وأما في عيد الأضحية فإن تركها في اليوم الأول لعذر أو لغير عذر صلى في اليوم الثاني فإن لم يفعل في اليوم الثالث سواء كان لعذر أو لغير عذر غير أن التأخير إذا كان لغير عذر لمحقه الأساءه وإن كان لعذر لا تلحقه الأساءه وهذا لأن القياس أن لا تؤدى إلا في يوم عيد لأنها عرفت بالعيد في صلاة العيد إلا أنها جازنا لأداء في اليوم الثاني في عيد القدر بالنص الذي رويناه والنص الذي ورد في حالة العذر ففي ما رواه على أصل القياس وإنما جازنا لأداء في اليوم الثاني والثالث في عيد الأضحية استدلالا بالاضحية فإنها جائزة في اليوم الثاني والثالث فكذلك صلاة العيد لأنها معروفة بوقت الأضحية فتتبعها أيامها وأيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة وبعض ذلك كله في أربعة أيام فالיום العاشر من ذي الحجة للنحر خاصة واليوم الثالث عشر للتشريق خاصة واليومان فيها بينهما للنحر والتشريق جميعا

فصل وأما بيان قدر صلاة العيدين وكيفية أدائها فنقول يصلي الإمام ركعتين فيكبر تكبيرة الافتتاح ثم يستفتح فيقول سبحانك اللهم وبحمدك إلى آخره عند عامة العلماء وعند ابن أبي ليلى يأتي بالثلاث بعد التكبيرات وهذا غير سديد لأن الاستفتاح كالمه وضوح الافتتاح الصلاة فكان محله ابتداء الصلاة ثم يتعوذ عند أبي يوسف ثم يكبر ثلاثا وعند محمد بن يوسف التميمي عن التكبيرات بناء على أن التعمود سنة الافتتاح أو سنة القراءة على ما ذكرنا ثم يقرأ ثم يكبر تكبيرة الركوع فإذا قام إلى الثانية يقرأ أولا ثم يكبر ثلاثا رركم بالرابعة فحصل الجواب أن عندنا يكبر في صلاة العيدين تسع تكبيرات ستة من الزوائد وثلاث أصليات تكبيرة الافتتاح وتكبيرات الركوع وبوالى بين القراءتين فيقرأ في الركعة الأولى بعد التكبيرات وفي الثانية قبل التكبيرات وروى عن أبي يوسف أنه يكبر اثنتي عشرة تكبيرة سبعة في الأولى وخمس في الثانية فتكون الزوائد تسعا خمس في الأولى وأربع في الثانية وثلاث أصليات ويبدأ بالتكبيرات في كل واحدة من الركعتين وقال الشافعي يكبر اثنتي عشرة تكبيرة سبعة في الأولى وخمس في الثانية سوى الأصليات وهو قول مالك ويبدأ بالتكبيرات قبل القراءة في الركعتين جميعا والمسئلة مختلفة بين الصحابة روى عن عمرو بن عبد الله بن مسعود وأبي مسعود الأنصاري وأبي موسى الأشعري وحذيفة بن اليمان رضي الله عنهم أنهم قالوا مثل قول أبي بصير وروى عن علي رضي الله عنه أنه فرق بين الفطر والأضحية فقال في الفطر يكبر إحدى عشرة تكبيرة ثلاث أصليات وثمان زوائد في كل ركعة أربعة وفي الأضحية يكبر خمس تكبيرات ثلاث أصليات وتكبيرتان زائدتان وعندنا يقدم القراءة على التكبيرات في الركعتين جميعا وعن ابن عباس رضي الله عنهما ثلاث روايات روى عنه كقول ابن مسعود وأنه شاذ والمشهور عنه روايتان أحدهما أنه يكبر في العيدين ثلاثة عشرة تكبيرة ثلاث أصليات وعشرة زوائد في كل ركعة خمس تكبيرات والثانية أنه يكبر اثنتي عشرة تكبيرة كما قال أبو يوسف ومن مذهبه أنه لا يقدم القراءة على التكبيرات في ركعتين جميعا والمختار في المذهب عندنا مذهب ابن مسعود لأحجاق الصحابة عليه فإنه روى أن الوابدين عتبة أتاهم فقال غدا العيد فكيف تأمرونني إن أعمل فقالوا لا ابن مسعود عمله فعله هذه الصفة ووافقوه على ذلك وقيل أنه مختار أبي بكر الصديق ولأن رفع الصوت بالتدبيرات بدعة في الأصل فيقدر ما ثبت بالإجماع لم يبق بدعة يقيم وما دخل تحت الاختلاف كان توهم البدعة وإنما الأخذ بالأقل أولى وأحوط إلا أن رواية ابن عباس تظهر العمل بالكثرة بلادنا لأن الخلاف في بني العباس فيما روى عنهم بالاجل بمذهب جدهم وبيان هذه الفصول في الجامع الكبير ولم يبين في الأصل مدة دار الفصل بين التكبيرات وقدر روى عن أبي حنيفة أنه يسكت بين كل تكبيرة من قدر ثلاث تسبيحات ويرفع يديه عند التكبيرات لزوائد وحكي أبو عصة عن أبي يوسف أنه لا يرفع يديه في شيء منها لما روى عن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يرفع يديه في الصلاة إلا في تكبيرة الافتتاح ولأنها سنة فتلتحق بجنسها وهو تكبيرتنا الركوع ولنا ما روي عن الحسن بن الحسين المشهور لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن وذكر من جعلها تكبيرات لعبد ولأن المقصود وهو اعلام الأصم لا يحصل إلا بالرفع فيرفع كسكينة الافتتاح وتكبير الفنون بخلاف تكبيرتي الركوع لا ينفون بها في حال الانتقال فيحصل المقصود بالرؤية فلا حاجة إلى رفع اليد للإعلام وحديث ابن مسعود محمول على الصلاة المعهودة المكتوبة ويقرأ في الركعتين أي سورة شاء وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقرأ في صلاة العيدين تسع مرات بل الأعلى وهل أنك حديث الغاشية فإن تبركنا لاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم في قراءة هاتين السورتين في أغلب الأحوال فحسن لكن يكره أن يتعدى أحدهما حقلا يقرأ فيها غيرهما لما ذكرنا في الجملة ويجوز بالقراءة كذا ورد النقل المستفيض عن النبي صلى الله عليه وسلم بالجهر به وبه جرى التوارث من الصدر الأول إلى يومنا هذا ثم المتقدي يتابع الإمام في التكبيرات على رأيه وإن كبر أكثر من تسع مالم يكبر تكبيرا يقل به أحد من الصحابة رضي الله عنهم لأنه تبع لإمامه فيجب عليه متابعتهم وترك رأيه برأي الإمام لقول النبي صلى الله عليه وسلم إنما جعل الإمام ليؤتم به

فلا يجتهدوا وقوله صلى الله عليه وسلم تابع امامك على أي حال وجدته مالم يظهر خطاه يبين كان اتباعه واجبا ولا يظهر ذلك في المجتهدات فاما إذا خرج عن أقاويل الصحابة فقد ظهر خطاه يبين فلا يجب اتباعه إذا لم يتابعه في الخطأ ولهذا الوقت الذي يرفع يديه عند الركوع ورفع الرأس منه أو عن يمين في الفجر أو عن يمين خمس تكبيرات في صلاة الجنائز لا يتابعه الظهور خطئه يبين لأن ذلك كله منسوخ ثم أي كم يتابعه اجتناب مشايخنا فيه قال عامتهم انه يتابعه الى ثلاث عشرة تكبيرة ثم يكسب بعد ذلك وقال بعضهم يتابعه الى ستة عشرة تكبيرة لأن فعله الى هذا الموضع محقق للتأويل فإل هذا القائل ذهب الى أن ابن عباس أراد بقوله ثلاث عشرة تكبيرة الزوائد فأضحت اليها تكبيرة الافتتاح وتكبيرتي الركوع صارت ستة عشرة تكبيرة لكن هذا إذا كان يقرب من الامام يسمع التكبيرات منه فاما إذا كان يبعد منه يسمع من المكبرين يأتي بجميع ما يسمع وان خرج عن أقاويل الصحابة لجواز ان الغلط من المكبرين فلو ترك شيئا من ركعاته كان المنزول مأثما به الامام والمأثم به مأا خطا فيه المكبرون فيتابعهم ليتأدى ما يتبعه الامام يبين ولهذا قيل اذا كان المقتدي يبعد من الامام يسمع من المكبرين ينبغي ان ينوي بكل تكبيرة الافتتاح لجواز ان ما يسمع قبل هذه كان غلطاً من المنادي وانما كبر الامام للافتتاح الآن ولو شرع الامام في صلاة العيد فاجاز رجل واقفدي به فان كان قبل التكبيرات الزوائد يتابع الامام على مذهبه ويترك رأيه لما قلنا وان أدركه بعدما كبر الامام الزوائد وشرع في القراءة فانه يكبر تكبيرة الافتتاح ويأتي بالزوائد برأى نفسه لا برأى الامام لانه مسبق وان أدرك الامام في الركوع فان لم يجز فوت الركوع مع الامام يكبر للافتتاح قائما يأتي بالزوائد ثم يتابع الامام في الركوع وان كان الاشتغال بغيره ما سبق به المصلي قبل الفراغ عما أدركه منسوخا لان النسخ انما يثبت فيما يمكن من قضاائه بعد فراغ الامام فاما ما لا يمكن من قضاائه بعد فراغ الامام فلم يثبت فيه النسخ ولانه لو تابع الامام لا يجزوا ما يأتي بهذه التكبيرات أولا يأتي بها فان كان لا يأتي بها فهذا تفويت الواجب وان كان يأتي بها فقد أدى الواجب فيها هو محل له من وجه دون وجه فكان فيه تفويته عن محله من وجه ولا شأن أداء الواجب فيها هو محل له من وجه أولى من تفويته رأسا وان خاف ان يكبر يرفع الامام رأسه من الركوع كبر للافتتاح وكبر للركوع وركع لانه لو لم يركع يفوته الركوع فتفوته الركعة بفوته وتبين ان التكبيرات أيضا فاته فيصير تصحيل التكبيرات مفوتا لها ولغيرها من أركان الركعة وهذا لا يجوز ثم اذا ركع يكبر تكبيرات العبد في الركوع عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يكبر لانه فات عن محلها وهو القيام فيسقط كائنا من ولها ما ان للركوع حكم القيام الا ترى ان مدركه يكون مدركا للركعة فكان محلها قائما يأتي بها ولا يرفع يديه بخلاف القنوت لانه يعني القراءة فكان محلها القيام المحض وقد فات ثم ان أمكنه الجمع بين التكبيرات والتسبيحات جمع بينهما وان لم يمكنه الجمع بينهما يأتي بالتكبيرات دون التسبيحات لان التكبيرات واجبة والتسبيحات سنة والاشتغال بالواجب أولى فان رفع الامام رأسه من الركوع قبل ان يقرأ فرفع رأسه لان متابعه الامام واجبة وسقط عنه ما بقي من التكبيرات لانه فات محلها ولو ركع الامام بعد فراغه من القراءة في الركعة الاولى فتذكر انه لم يكبر فانه يعود ويكبر وقد انتقض ركوعه ولا يعيد القراءة فرق بين الامام والمقتدي حيث أمر الامام بالعود الى القيام ولم يأمره باداء التكبيرات في حالة الركوع وفي المسئلة المتقدمة أمر المقتدي بالتكبيرات في حالة الركوع والفرق ان محل التكبيرات في الاصل القيام المحض وانما الحقنا حالة الركوع بالقيام في حق المقتدي ضرورة وجوب المتابعة وهذه الضرورة لم تحقق في حق الامام ففي محلها القيام المحض فامر بالعود اليه ثم من ضرورة العود الى القيام ارتقاض الركوع كالونذ كرا الفاتحة في الركوع انه يعود ويقرأ ويرفع ركوعه كذا ههنا ولا يعيد القراءة لانها تمت بالقراغ عنها والركن بعد تمامه والانتقال عنه غير قابل للنقض والابطال فبقيت على ما تمت هذا اذا تذكر بعد الفراغ من القراءة فاما ان تذكر قبل الفراغ عنها بأن قرأ الفاتحة دون السورة ترك القراءة ويأتي بالتكبيرات لانه اشتغل بالقراءة قبل أو انها غير تكها أو يأتي بما هو الأهم لا يكون المحل محلا له ثم يعيد القراءة

لان الركن متى ترك قبل تمامه ينقض من الاصل لانه لا يتجزأ في نفسه وما لا يتجزأ في الحكم فوجوده معتبر بوجود الجزء الذي به تمامه في الحكم ونظيره من تذكر سجدة في الركوع خر لها أو يعبد الركوع لماسم والله أعلم هذا اذا أدرك الامام في الركعة الأولى فان أدركه في الركعة الثانية كبر لا فتتاح وابع امامه في الركعة الثانية يبيع فيها رأى امامه لما قلنا فاذا فرغ الامام من صلاته يقوم الى قضاء ما سبق به ثم ان كان رأيه يخالف رأى الامام يبيع رأى نفسه لانه منفرد فيما يقضى بخلاف اللاحق لانه في الحكم كانه خلف الامام وان كان رأيه موافقا لرأى امامه بان كان امامه يرى رأى ابن مسعود وهو كذلك بدأ بالقراءة ثم بالتكبيرات كذا ذكر في الأصل والجامع والزوائد وفي نوادر ابن ساجان في أحد الموضعين وقال في الموضع الآخر يبدأ بالتكبير ثم بالقراءة ومن مشايخنا من قال ما ذكر في الأصل قول محمد لان عنده ما يقضى المسبوق آخر صلاته وعندنا في الركعة الثانية يقرأ ثم يكبر وما ذكر في النوادر قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان عندهما ما يقضيه المسبوق أول صلاته وعندنا في الركعة الأولى يكبر ثم يقرأ ومنهم من قال لا خلاف في المسئلة بين أصحابنا بل فيها اختلاف الروايتين وجه رواية والنوادر ما ذكرنا ان ما يقضيه المسبوق أول صلاته لانه يقضى ما فاته في قضيه كما فاته وقد فاته على وجه يقدم التكبير فيه على القراءة فيقضيه كذلك وجه رواية الأصل ان المقضى وان كان أول صلاته حقيقة ولكنه الركعة الثانية صورة وفيها أدرك مع الامام قرائم كبر لانها ثانية الامام فلو قدم ههنا ما يقضى أدى ذلك الى الموالاة بين التكبيرتين ولم يقل به أحد من الصحابة فلا يفعل كذلك احتراز عن مخالفة الاجماع بصورة هذا الفعل ولو بدأ بالقراءة لكان فيه تهديم القراءة في الركعتين لكن هذا مذهب على رضى الله عنه ولا شأن بالعمل بما قاله أحد من الصحابة أولى من العمل بما نقل به أحد اذهو باطل بيقين

فصل وما بيان ما يفسدها وبيان حكمها اذا فسدت أو فانت عن وقتها فكل ما يفسد سائر الصلوات وما يفسد الجمعة يفسد صلاة العبد من خروج الوقت في خلال الصلاة أو بعد ما قد قدر التشهد وفوت الجماعة على التفصيل والاختلاف الذي ذكرنا في الجمعة غير انها ان فسدت بما يفسد سائر الصلوات من الحدث العمد وغير ذلك يستقبل الصلاة على شرائطها وان فسدت بخروج الوقت أو فانت عن وقتها مع الامام سقطت ولا يقضيهما عندنا وقال الشافعي يصليها وحده كما يصلي الامام يكبر فيها تكبيرات العيد والصحيح قولنا لان الصلاة بهذه الصفة ما عرفت قربة لا بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم كالجمعة ورسول الله صلى الله عليه وسلم ما فعلها الا بالجماعة كالجمعة فلا يجوز ادائها الا بلك الصفة ولا انها مختصة بشرائط يتعذر تحصيلها في القضاء فلا تقضى كالجمعة ولكنه يصلى اربعا مثل صلاة الضحى ان شاء لانها اذا فانت لا يمكن تداركها بالقضاء لفقد الشرائط فلو صلى مثل صلاة الضحى اثنال ثواب كان حسنة السكت لا يجب لعدم دلائل الوجوب وقد روى عن ابن مسعود انه قال من قاتته صلاة العبد صلى اربعا

فصل وما بيان ما يستحب في يوم العيد فيستحب فيه أشياء منها ما قال أبو يوسف انه يستحب أن يستاك ويتنسل ويطعم شياً ويلبس أحسن ثيابه ويمس طيباً ويخرج فطرته قبل أن يخرج أما لا غتسال والاستبالة ومس الطيب ولبس أحسن الثياب جديداً كان أو غسلاً فما ذكرنا في الجمعة وأما اخرج الفطرة قبل الخروج الى المصلى في عيد الفطر فلما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج قبل أن يخرج الى المصلى ولانه مسارعة الى أداء الواجب فكان مندوباً اليه وأما الذوق فيه فلكون اليوم يوم فطر وأما في عيد الاضحي فان شاء ذاق وان شاء لم يذق والادب أنه لا يذوق شيئاً الى وقت الفراغ من الصلاة حتى يكون تناوله من القرابين ومنها أن يغسل الى المصلى جاهر بالتكبير في عيد الاضحي فاذا انتهى الى المصلى ترك للتلاوة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يكبر في الطريق وأما في عيد الفطر فلا يجهر بالتكبير عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يجهر وذكروا ان دعاوى انه يجهر في العيدين جميعاً واجهوا بقوله تعالى ولتذكروا الله ولتذكروا الله على ما هذا كقولهم ليس بهذا كمال العدة الا

هذا التكبير ولا يـ حنيفة ما روى عن ابن عباس انه حمله قائده يوم الفطر فسمع الناس يكبرون فقال لغائده اكبر
 الامام قال لا قال اخبر الناس ولو كان الجهر بالتكبير سنة لم يكن لهذا الانكار معنى ولان الاصل في الاذكار هو
 الاخفاء الا فيه اورداً للتخصيص فيه وقد ورد في عيد الاضحى فبقي الامر في عيد الفطر على الاصل وأما الآية فقد
 قيل ان المراد منه صلاة العيد على ان الآية تعرض لاصل التكبير وكلامنا في وصف التكبير من الجهر والاخفاء
 والآية ساكنة عن ذلك (ومنها) ان يتطوع بعد صلاة العيد أي بعد الفراغ من الخطبة لما روى عن علي رضي الله
 عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من صلى بعد العيد أربع ركعات كتب الله له بكل نبت نبت وبكل
 ورقة حسنة وأما قبل صلاة العيد فلا يتطوع في المصلي ولا في بيته عنده كثيراً كما بينا لما ذكر في بيان الاوقات التي
 يكره فيها التطوع ان شاء الله تعالى (ومنها) انه يستحب للامام اذا خرج الى الحائنة لصلاة العيد ان يتخلف رجل يصلي
 باصحاب العليل في المصراة صلاة العيد لما روى عن علي رضي الله عنه انه لما قدم الكوفة استخلف أبا موسى الأشعري
 ليصلي بالضعفة صلاة العيد في المسجد وخرج الى الحائنة مع خمسين شيخاً عثى ويمشون ولان في هذا عناية للضعفة
 على احراز الثواب فكان حسناً وان لم يفعل لا بأس بذلك لانه لم ينقل ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا عن
 الخلفاء الراشدين سوى علي رضي الله عنه ولانه لا صلاة على الضعفة ولكن لو خلف كان أفضل لما بينا ولا يخرج
 المنبر في العيدين لما روي ثابان النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعل ذلك وقد صرح انه كان يخطب في العيدين على ناقته وبه
 جرى التواتر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ولهذا اتخذوا في المصلي منبراً على حدة من اللبن
 والطين واتباع ما اشتهر العمل به في الناس واجب

فصل وأما صلاة الكسوف والخسوف أما صلاة الكسوف فالكلام في صلاة الكسوف في مواضع
 في بيان انها واجبة أم سنة وفي بيان قدرها وكيفيتها وفي بيان موضعها وفي بيان وقتها أما الاول فقد ذكر محمد رحمه
 الله تعالى في الاصل ما يدل على عدم الوجوب فانه قال ولا تصلي نافلة في جماعة الا قيام رمضان وصلاة لكسوف
 فاستثنى صلاة الكسوف من الصلوات النافلة والمستثنى من جنس المستثنى منه فيدل على كونه نافلة وكذا روى
 الحسن بن زياد ما يدل عليه فانه روى عن أبي حنيفة انه قال في كسوف الشمس ان شأوا صلوا ركعتين وان شأوا
 صلوا أربعاً وان شأوا أكثر من ذلك والتخير يكون في النوافل لا في الواجبات وقال بعض مشايخنا انها واجبة لما
 روى عن ابن مسعود انه قال كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم مات ابنه ابراهيم فقال
 الناس انما انكسفت لموت ابراهيم فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ألا ان الشمس والقمر آيتان
 من آيات الله تعالى لا ينكسفان لموت أحد ولا لحياة فاذ رأيتهم من هذا شيئاً فاجتهدوا الله وكبروه وسبحوه
 وصلوا حتى تنجلي وفي رواية أبي مسعود الانصاري فاذا رأيتهم فاقوموا وصلوا وطلق الامر للوجوب وعن أبي
 موسى الأشعري انه قال انكسفت الشمس في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام فزعا خشياً أن تكون الساعة
 حتى أتى المسجد فقام فصلى فأطال القيام والركوع والسجود وقال ان هذه الآيات ترسل لان تكون لموت أحد ولا
 لحياة ولكن الله تعالى يرسلها لضوف بها عباد الله فاذا رأيتهم منها شيئاً فارغبوا الى الله تعالى واستغفروه وفي بعض
 الروايات فافزعوا الى الله تعالى بالصلاة وتسمية محمد رحمه الله اياه نافلة لا يبنى الوجوب لان النافلة عبارة عن
 الزيادة وكل واجب زيادة على الفرائض الموطئة ألا ترى انه قرأه بقرآن رمضان وهو التراجع وانما سنة مؤكدة
 وهي في معنى الواجب ورواية الحسن لا تنفي الوجوب لان التخير قد يجري بين الواجبات كما في قوله تعالى فكفارته
 اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كوتهم أو تحرير رقبة

فصل وأما لكلام في قدرها وكيفيتها فصلى ركعتين كل ركعة بركوع وسجدتين كسائر الصلوات وهذا
 عندنا وعند الشافعي ركعتان كل ركعة بركوعين وقوم من بين وسجدتين يقرأ ثم يركع ثم يركع رأسه ثم يقرأ ثم يركع
 واحتج بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال لا كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

عليه وسلم فقام قياماً طويلاً نحو من سورة البقرة ثم ركع ركوعاً طويلاً ثم رفع رأسه فقام قياماً طويلاً وهو دون
القيام الاول ثم ركع ركوعاً طويلاً وهو دون الركوع الاول وهذا نص في الباب (ولنا) ما روى محمد باسناده عن أبي
بكر أنه قال كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يجر ثوبه
حتى دخل المسجد فصلى ركعتين فأطالهما حتى تجلت الشمس وذلك حين مات ولده إبراهيم ثم قال إن الشمس
والقمر آيتان من آيات الله تعالى وإنهما لا ينكسفان لموت أحد ولا لحياته فإذا رأيتهم من هذه الأفراع شيئاً فافزعوا
إلى الصلاة والدعاء لينكسف ما بكم ومما لم يسم الله الصلاة ينصرف إلى الصلاة المعهودة وفي رواية عن أبي بكر أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم صلى ركعتين نحو صلاة أحدكم وروى الجصاص عن علي والنعمان بن بشير وعبد الله بن عمر
وسمرة بن جندب والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى في الكسوف ركعتين كهنية
صلاتنا والجواب عن تعلقه بجديث ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما أن روايتهما قد تعارضت روى كما قلتم وروى
أنه صلى أربع ركعات في أربع سجعات والمتعارض لا يصلح معارضاً وتقول تعاضداً ما روى بنا بالاعتبار بسائر
الصلوات وكان العمل به أولى أو يحمل ما روى على أن النبي صلى الله عليه وسلم ركع فأطال الركوع كثيراً زيادة على
قدر ركوع سائر الصلوات لما روى أنه عرض عليه الجنة والنار في تلك الصلاة فرفع أهل الصف الاول رؤسهم
ظناً منهم أنه صلى الله عليه وسلم رفع رأسه من الركوع فرفع من خلفهم رؤسهم فلما رأى أهل الصف
الاول رسول الله صلى الله عليه وسلم راكعاً ركعوا وركع من خلفهم فلما رفع رسول الله صلى الله عليه وسلم
رأسه من الركوع رفع القوم رؤسهم فمن كان خلف الصف الاول ظنوا أنه ركع ركوعين فروا على حسب ما وقع
عندهم وعلم الصف الاول حقيقة الأمر فقلوا على حسب ما علموه ومثل هذا الاشتباه قد يقع لمن كان في آخر
الصفوف وعائشة رضي الله عنها كانت واقفة في خير صفوف النساء وابن عباس في صف الصبيان في ذلك الوقت
فقلنا كما وقع عندهما فيحصل على هذا توفيقا بين الروايتين كذا فرق محمد رحمه الله في صلاة الأثر وذكر الشيخ
أبو منصور أن اختلاف الروايات خرج مخرج التناسخ لا مخرج التغيير لا اختلاف الأئمة في ذلك ولو كان على التغيير
لما اختلفوا ثم يظهر أنه قد ظهر انتساخ زيادات كانت في الابتداء في الصلوات واستقرت الصلاة على الصلاة
المعهودة اليوم عندنا فكان صرف التنسخ إلى ما ظهر انتساخه أولى من صرفه إلى ما لم يظهر أنه انتسخه غيره
وروى الشيخ أبو منصور عن أبي عبد الله البلخي أنه قال إن الزيادة ثبتت في صلاة الكسوف لا الكسوف بل
لأحوال اعترضت حتى روى أنه صلى الله عليه وسلم تقدم في الركوع حتى كان كمن يأخذ شيئاً ثم أخرج يده عن
شيء فيجوز أن تكون الزيادة منه باعتراض تلك الأحوال فمن لا يرفعها إلا بسمه التكميل فيها ويحتمل أن يكون فعل
ذلك لأنه سنة فعلها أشكل الأمر لم يدل عن المعتمد عليه إلا بيقين ثم هذه الصلاة تقام بالجماعة لأن رسول الله
صلى الله عليه وسلم أقامها بالجماعة ولا يقبها إلا الإمام الذي يصلي بالناس الجمعة والعيد فاما أن يقبها كل
قوم في مسجدهم فلا وروى عن أبي حنيفة أنه قال إن لكل مسجد إمام يصلي بجماعة لأن هذه الصلاة غير
متعلقة بالمصر فلا تكون متعلقة بالسلطان كغيرها من الصلوات والصحيح ظاهر الرواية لأن أداء هذه الصلاة
بالجماعة عرف بأقامة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يقبها إلا من هو قائم مقامه ولا نسلم عدم تعلقها بالمصر لأن
مشايخنا قالوا إنها متعلقة بالمصر فكانت متعلقة بالسلطان فإن لم يقمها إلا الإمام حينئذ صلى الناس فرادى إن شاؤا
ركعتين وإن شاؤا أربعاً أو أضعافاً مضاعفة ثم إن شاؤوا طولوا القراءة وإن شاؤوا قصرها واشتغلوا بالدعاء حتى تجلي
الشمس لأن عليهم الاشتغال بالتضرع إلى أن تجلي الشمس وذلك بالدعاء تارة وبالقراءة أخرى وقد صرح في الحديث
أن قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الركعة الاولى كان بقيد سورة البقرة وفي الركعة الثانية بقيد سورة
آل عمران فلا فضل تطويل القراءة فيها ولا يجهر بالقراءة في صلاة الجماعة في كسوف الشمس عند أبي حنيفة وعند
أبي يوسف يجهرها وقول محمد مذهب طر بذكر في عامة الروايات قوله مع قول أبي حنيفة وجه قول من خالف أبا

حنيفة ماري عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الكسوف وجهر فيها بالقراءة
 لأنها صلاة تمام بجميع عظيم فيجهر بالقراءة فيها كالجمعة والعيدين ولا يحنيفة حديث حمزة بن جندب أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم قام قياما طويلا لم يسمع له صوت وروى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال صليت
 مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الكسوف وكنت إلى جنبه فلم أسمع منه حرفا وقال صلى الله عليه وسلم
 صلاة النهار عجايب أي ليس فيها قراءة مسموعة ولأن القوم لا يقدر على التأمل في القراءة لصغر القراءة
 مشتركة لا تشتغال قلوبهم بهذا الفرع كما لا يقدر على التأمل في سائر الأيام في صلوات النهار لا تشتغال قلوبهم
 بالمكاسب وحديث عائشة تبارض بحديث ابن عباس فبقينا لا اعتبار الذي ذكرنا مع طواهر الأحاديث
 الآخر ونحمل ذلك على أنه جهر ببعضها اتفاقا كما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسمع الآية والآيتين في
 صلاة الظهر أحيانا والله أعلم وليس في هذه الصلاة أذان ولا إقامة لأنهما من خواص المكتوبات ولا خطبة فيها
 عندنا وقال الشافعي بخطبتين خطبتين لحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى في كسوف
 الشمس ثم خطب فحمد الله وأثنى عليه ولنا أن الخطبة لم تنقل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنى قولها
 خطب أي دعا ولأنه احتاج إلى الخطبة رد القول للناس إنما كسفت الشمس لموت إبراهيم لإزالة الصلاة والله أعلم (وأما)
 خسوف القمر فالصلاة فيها حسنة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا رأيتم من هذه الأفراح شيئا
 فافزعوا إلى الصلاة وهي لا تصلي بجماعة عندنا وعند الشافعي تصلي بجماعة واحتج بما روي عن ابن عباس
 رضي الله عنهما أنه صلى بالناس في خسوف القمر وقال صليت كما رأيتم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا أن الصلاة
 بجماعة في خسوف القمر لم تنقل عن النبي صلى الله عليه وسلم مع أن خسوفه كان أكثر من كسوف الشمس ولأن
 الأصل أن غير المكتوبة لا تؤدى بجماعة قال النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الرجل في بيته أفضل إلا المكتوبة إلا
 إذا ثبت بالدليل كافي العيدين وقيام رمضان وكسوف الشمس ولأن الاجتماع بالليل متعذر أو سبب الوقوع
 في القفنة وحديث ابن عباس غير مأخوذه بكونه خبرا أحادي في محل الشهرة وكذا تستحب الصلاة في كل فرع كالربيع
 الشديدة والزلزلة والظلمة والمطر الدائم كونهما من الأفراح والأحوال وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
 أنه صلى لزلزلة بالصره وأما موضع الصلاة أما في خسوف القمر فيصلون في منازلهم لأن السنة فيها أن يصلوا وحدها
 على ما ينشأ وأما في كسوف الشمس فقد ذكر الفاضل في شرحه مختصر الطحاوي أنه يصلي في الموضع الذي يصلي فيه
 العيد والمسجد الجامع ولأنهم من شعائر الإسلام فتؤدي في المكان المجد لاظهار الشعائر ولو واجهوا في موضع آخر
 وصلوا بجماعة أجزأهم والاول أفضل لما مر وأما وقتها فهو الوقت الذي يستحب فيه أداء سائر الصلوات دون
 الاوقات المكروهة ولأن هذه الصلاة ان كانت نافلة فالزوال في هذه الاوقات مكروهة وان كانت لها أسباب عندنا
 ركعتي التوبة وركعتي الطواف لما ذكر في موضعه وان كانت واجبة فاداء الواجبات في هذه الاوقات مكروهة
 كسجدة التلاوة وغيرها والله الموفق

في فصل وأما صلاة الاستسقاء فظاهر الرواية عن أبي حنيفة أنه قال لا صلاة في الاستسقاء وانما فيه الدعاء وأراد
 بقوله لا صلاة في الاستسقاء الصلاة بجماعة أي لا صلاة فيه بجماعة بدليل ما روي عن أبي يوسف أنه قال سألت أبا
 حنيفة عن الاستسقاء هل فيه صلاة أو دعاء موقت أو خطبة فقال أما صلاة بجماعة فلا ولكن الدعاء والاستسقاء وان
 صلوا وحدها فلا بأس به وهذا مذهب أبي حنيفة وقال محمد يصلي الإمام ونائبه في الاستسقاء ركعتين بجماعة كافي
 الجمعة ولم يذكر في ظاهر الرواية قول أبي يوسف وذكر في بعض المواضع قوله مع قول أبي حنيفة وذكر الطحاوي قوله
 مع قول محمد وهو الأصح واحتج بحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بجماعة في الاستسقاء ركعتين
 والمروى في حديث عبد الله بن عامر بن ربيعة أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى فيه ركعتين كصلاة العيد ولا ي
 حنيفة قوله تعالى فقلت استغفروا ربكم إنه كان غفارا والمراد منه الاستغفار في الاستسقاء بدليل قوله يرسل السماء

عليكم مدراراً أمر بالاستسقاء في الاستسقاء فن زاد عليه الصلاة فلا بد له من دليل وكذا لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم في الروايات المشهورة أنه صلى في الاستسقاء فانه روى أنه صلى الله عليه وسلم صلى الجمعة فقام رجل فقال يا رسول الله أجدت الأرض وهلكت المواشي فاسق لنا الغيث فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه إلى السماء ودعا فاضم يديه حتى مطرت السماء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لله درأبي طالب لو كان في الأحياء اقترت عيناه فقال على رضى الله عنه تعنى يا رسول الله قوله

وأبيض يستسقى الزمان بوجهه * ثمال البتاي عصمة للأرامل

فقال صلى الله عليه وسلم أجل وفي بعض الروايات قام ذلك الأعرابي وأنشد فقال

أتينك والعذراء يدي لبانها * وقد شغلت أم العبي عن الطفل

وقال في آخره وليس لنا إلا اليسر فرارنا * وليس فرار الناس إلا إلى الرسل

فبقي النبي صلى الله عليه وسلم حتى اخضلت لحيته الشربة ثم سعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ورفع يديه إلى السماء وقال اللهم اسقنا غيثاً مغيثاً عذباً طيباً نافعاً غير ضار جاف لا غير أجل فارد رسول الله صلى الله عليه وسلم يده إلى صدره حتى مطرت السماء وجاء أهل البلد يصيحون الفرق الفرق يا رسول الله فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى بدت نواجذه فقال اللهم حو إلينا ولا علينا فانجأت السهابة حتى أحدثت بالمدينة كالا كليل فقال النبي صلى الله عليه وسلم لله درأبي طالب لو كان حيا اقترت عيناه من ينشدنا قوله فقام على رضى الله عنه وأنشد البيت

أقدم أولاً وما روى أنه صلى الله عليه وسلم صلى وعن عمر رضى الله عنه أنه خرج إلى الاستسقاء ولم يصل بمجاعة بل سعد المنبر واستغفر الله وما زاد عليه فقالوا ما استسقى يا أمير المؤمنين فقال لقد استسقيت عبادي مع السماء التي بها ينزل الغيث وتلا قوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفاراً يرسل السماء عليكم مدراراً وروى أنه خرج بالعباس فأجلسه على المنبر ووقف بجانبه يدعو ويقول اللهم انا توسل إليك بعم نبيك ودعابدها طويل فانزل عن المنبر حتى سقوا وعن علي أنه استسقى ولم يصل وما روى أنه صلى الله عليه وسلم صلى بمجاعة حديث شاذ ورد في محل الشهرة لان الاستسقاء يكون بعلامن الناس ومثل هذا الحديث يرجح كذبه على صدقه أو وهمه على ضبطه فلا يكون مقبولاً مع ان هذا ما اتهم به البلوى في ديارهم وماتهم به البلوى ويحتاج الخاص والعام إلى معرفته لا يقبل فيه الشاذ والله أعلم ثم عندهما يقرأ في الصلاة ما شاء جهراً كافي صلاة العبد لكن الأفضل أن يقرأ بسمع اسم ربك الأعلى وهل أتاك حديث الغاشية لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأهما في صلاة العبد ولا يكبر فيها في المشهور ومن الرواية عنهم ما وروى عن محمد انه يكبر وليس في الاستسقاء أذان ولا إقامة ما عند أبي خنيفة فلا يشك أنه ليس فيه صلاة الجماعة وان شأوا صلوا فرادى وذلك في معنى الدعاء وعندهما ان كان فيه صلاة بالجماعة ولكنهما ليست بمكثورة والاذان والاقامة من خواص المكتوبات كصلاة العبد ثم بعد الفراغ من الصلاة يخطف عندهما وعند أبي خنيفة لا يخطف ولكن لو صلوا وحدها يشغلون بالدعاء بعد الصلاة لان الخطبة من نواحي الصلاة بمجاعة والجماعة غير مسنونة في هذه الصلاة عنده وعندهما سنة فكذا الخطبة ثم عند محمد يخطف خطبتين يفصل بينهما بالجلوس كافي صلاة العبد وعن أبي يوسف انه يخطف خطبة واحدة لان المقصود منها الدعاء فلا يقطعها بالجلوس ولا يخرج المنبر في الاستسقاء ولا يصعد له لو كان في موضع الدعاء منبر لأنه خلاف السنة وقد عاب الناس على مروان بن الحكم عند أخرجه المنبر في العبد ونسبوه إلى خلاف السنة على ما بينا ولكن يخطف على الأرض معتقداً على قوس أو سيف وان توكأ على عصا فحسن لان خطبته تطول فيستعين بالاعتقاد على عصا ويخطف مقبلاً يوجهه إلى الناس وهم مقبلون عليه لان الاسماع والاستسقاء أعمايم عند المقاتلة ويسمعون الخطبة وينصتون لان الامام يعظمهم فيها فلا بد من الانصات والاستماع واذا فرغ من الخطبة جعل ظهره إلى الناس ووجهه إلى القبلة ويشغل بدعاء الاستسقاء والناس قعود مستقبين بوجوههم إلى القبلة في الخطبة والدعاء لان الدعاء مستقبل

القبلة أقرب الى الاجابة فيسعد الله ويستغفر لزمين ويجددون التوبة ويستقون وهل يقلب الامام رداءه
لا يلب في قول أبي حنيفة وعندهما يقلب اذا مضى صدر من خطبته فاحجبا عاروي ان النبي صلى الله عليه وسلم
قلب رداءه ولا في حنيفة ما روى انه عليه السلام استنق في يوم الجمعة ولم يقلب الرداء ولأن هذا دعاء فلا معنى
لتغيير الثوب فيه كافي سائر الادعية وما روى انه قلب الرداء محتمل يحتمل انه تغير عليه فأصلحه فظن الراوي انه قلب
أو يحتمل انه عرف من طريق الوحي ان الحال يتقلب من الجذب الى الخصب متى قلب الرداء بطريق التفاضل ففعل
وهذا لا يوجد في حق غيره وكيفية تقلب الرداء عندهما أنه كان مريعا جعل أعلاه أسفله وأسفله أعلاه وان كان
مدورا جعل الجانب الأيمن على الأيسر والأيسر على الأيمن وأما القوم فلا يلبون أرديتهم عند طاعة العلماء وعند
مالك يلبون أيضا واجتبع عاروي عن عبد الله بن زيد ان النبي صلى الله عليه وسلم حول رداءه وحول الناس أرديتهم
وهما يقولان ان تحويل الرداء في حق الامام أمر ثبت بخلاف القياس بالنص على ما ذكرنا فنقتصر على مورد النص
وما روى من الحديث شاذ على انه يحتمل انه صلى الله عليه وسلم عرف ذلك فلم يشكر عليهم فيكون تقريره او يحتمل
انه لم يعرف لانه كان مستقبل القبلة مستدبرا لهم فلا يكون حجة مع الاحتال ثم ان شاء رفع يديه نحو السماء عند
الدعاء وان شاء أشار بأصبعه كذا روى عن أبي يوسف لان رفع اليدين عند الدعاء سنة لما روى أن النبي صلى الله
عليه وسلم كان يدعو بعرفات باسطا يديه كالمتطعم المسكين ثم المستحب أن يخرج الامام والناس الى الاستسقاء
ثلاثة أيام متتابعة لان المقصود من الدعاء الاجابة والثلاثة مديدة ضررت لا بلاء الاعتذار وان أمر الامام الناس
بالخروج ولم يخرج بنفسه خرجوا لما روى ان قوما شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم التقط فأمرهم أن
يجئوا على الركب ولم يخرج بنفسه واذا خرجوا اشتغلوا بالدعاء ولم يصلوا بجماعة الا اذا أمر الامام انسانا أن يصلي
بهم جماعة لان هذا دعاء فلا يشترط له حضور الامام وان خرجوا بغير اذنه جاز لانه دعاء فلا يشترط له اذن الامام
ولا يمكن أهل الذمة من الخروج الى الاستسقاء عند طاعة العلماء وقال مالك ان خرجوا لم يغنوا والصحيح قول
الامة لان المسلمين بخروجهم الى الاستسقاء ينتظرون نزول الرحمة عليهم والكفار منازل اللعنة والسخط فلا
يكنون من الخروج والله أعلم

فصل في احوال الصلاة المستنونة فهي السنن المعهودة للصلاة المكتوبة والكلام فيها يقع في مواضع
في بيان مواقيت هذه السنن ومقاديرها جملة وتفصيلا وفي بيان صفة القراءة فيها وفي بيان ما يكره فيها وفي بيان انها
اذا قامت عن وقتها هل تقضى أم لا اما الاول فوقت جلستها وقت المكتوبات لانها توابع للمكتوبات فكانت تابعة
لها في الوقت ومقدار جلستها اثنا عشر ركعة ركعتان وأربع ركعتان وركعتان وركعتان في ظاهرها رواية وأما مقدار كل
واحدة منها ووقتها على التفصيل فركعتان قبل الفجر وأربع قبل الظهر لا يعلم الا في آخرهن وركعتان بعده وركعتان
بعد المغرب وركعتان بعد العشاء كذا ذكر محمد في الاصل وذكر في العصر والعشاء ان تطوع بأربع قبله فحسن وذكر
الكرخي هكذا الا أنه قال في العصر وأربع قبل العصر وفي العشاء وأربع بعد العشاء وروى الحسن عن أبي حنيفة
وركعتان قبل العصر والعمل فيها وروى على المذكور في الاصل والاصل في السنن ما روى عن عائشة رضي الله عنها
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من أبا على اثني عشرة ركعة في اليوم واليلة بنى الله له بيتا في الجنة ركعتين
قبل الفجر وأربع قبل الظهر وركعتين بعدها وركعتين بعد المغرب وركعتين بعد العشاء وقد واظب رسول الله صلى
الله عليه وسلم عليها ولم يترك شيئا منها الا مرة أو مرتين لعذر وهذا تفسير السنة وأقوى السنن ركعتا الفجر لو ردد
الشرع بالترغيب فيها ما لم يرد في غيرهما فانه روى عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ركعتا
الفجر خير من الدنيا وما فيها وعن ابن عباس في تأويل قوله تعالى وأدبار النجوم انه ركعتا الفجر وروى عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه قال صلوهما فان فيهما لرغائب وروى عنه انه قال صلوهما ولو طردتكم الخيل وروى جماعة من
الصحابه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يصلي بعد الزوال في كل يوم أربع ركعات منهم أبو أيوب الانصاري

رضي الله عنه وروى عنه أيضا قولاً على ما نذكره عن عبيدة السلماني أنه قال ما اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على شيء كاجتماعهم على محافظة الأربع قبل الظهر وتحريم نكاح الاخت في عدة الاخت ثم هذه الأربع بتسليمة واحدة عندنا وعند الشافعي بتسليمتين واحتج بحديث ابن عمر رضي الله عنه أنه ذكر اثنتي عشرة ركعة كذا كرت عائشة إلا أنه زاد وأربعاً قبل الظهر بتسليمتين ولنا حديث أبي أيوب الأنصاري أنه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي بعد الزوال أربع ركعات فقلت ما هذه الصلاة التي تداوم عليها يا رسول الله فقال هذه ساعة تفتح فيها أبواب السماء فأحب أن يصعد لي فيها عمل صالح فقلت أفي كلهن قراءة قال نعم فقلت بتسليمة أم بتسليمتين فقال بتسليمة واحدة وهذا نص في الباب والتسليم في حديث ابن عمر عبارة عن التشهد لما فيه من السلام كما فيه من الشهادة على ما مر وانما ذكر في الأصل ان التطوع بالأربع قبل العصر حسن لأن كون الأربع من السنن الراتبة غير ثابت لأنهم لم يذكروا في حديث عائشة ولم يروا أنه صلى الله عليه وسلم كان يواظب على ذلك ولذا اختلفت الروايات في فصلها إياها روى في بعضها أنه صلى أربعاً وفي بعضها ركعتين فإن صلى أربعاً كان حسناً لحديث أم حبيبة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من صلى أربع ركعات قبل العصر كانت له الجنة من النار وذكر في الأصل وان تطوع بعد المغرب بست ركعات كتب من الأوابين وتلافوه تعالى أنه كان للداوين غفورا وانما قال في الأصل ان التطوع بالأربع قبل العشاء حسن لأن التطوع به لم يثبت أنه من السنن الراتبة ولو فعل ذلك لخص لأن العشاء نظير الظهر في أنه يجوز التطوع قبلها وبعدها ووجه رواية الكرخي في الأربع بعد العشاء ما روى عن ابن عمر رضي الله عنه موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من صلى بعد العشاء أربع ركعات كن له كمثل من ليلة القدر وروى عن عائشة أنها سألت عن قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليالي رمضان فقالت كان قيامه في رمضان وغيره سواء كان يصلي بعد العشاء أربعاً لا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم أربعاً لا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم كان يوتر بثلاث وأما السنة قبل الجمعة وبعدها فقد ذكر في الأصل وأربع قبل الجمعة وأربع بعدها وكذا ذكر الكرخي وذكر الطحاوي عن أبي يوسف أنه قال يصلي بعدها ستاً وقبل هو مذهب علي رضي الله عنه وما ذكرنا أنه كان يصلي أربعاً مذهب ابن مسعود وذكر محمد في كتاب الصوم أن المعتكف يكثر في الممجد الجامع مقدار ما يصلي أربع ركعات أو ست ركعات أما الأربع قبل الجمعة فلما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتطوع قبل الجمعة بأربع ركعات ولأن الجمعة نظير الظهر ثم التطوع قبل الظهر أربع ركعات كذا قبلها وأما بعد الجمعة فوجه قول أبي يوسف أن يقرأ فيها قلنا جمعاً بين قول النبي صلى الله عليه وسلم وبين فعله فإنه روى أنه أمر بالأربع بعد الجمعة وروى أنه صلى ركعتين بعد الجمعة بجمعة من قوله وفعله قال أبو يوسف ينبغي أن يصلي أربعاً ثم ركعتين كذا روى عن علي رضي الله عنه كي لا يصير متطوعاً بعد صلاة الفرض مثلها وجه ظاهر الرواية ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان مصلياً بعد الجمعة فليصل أربعاً وما روى من فعله صلى الله عليه وسلم فليس فيه ما يدل على المواظبة ونحن لا نمنع من يصلي بعدها كم شاء غير أن نقول السنة بعدها أربع ركعات لا غير لما روي

فصل ١٠ وأما صفة القراءة فيها فالقراءة في السنن في الركعات كلها فرض لأن السنة تطوع وكل شفيع من التطوع صلاة على حدة لما نذكر في صلاة التطوع فكان كل شفيع منها بمنزلة الشفيع الأول من القرائن وقد روي لنا في حديث أبي أيوب أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الأربع قبل الظهر أفي كلهن قراءة قال نعم والله أعلم فصل ١١ وأما بيان ما يكره منها في كراهية الإمام أن يصلي شيئاً من السنن في المكان الذي صلى فيه المكتوبة لما ذكرنا فيما تقدم وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أي حيز أحدكم إذا صلى أن يتقدم أو يتأخر ولا يكره ذلك للأموم لأن الكراهية في حق الإمام للاشتباه وهذا لا يوجد في حق الأموم لكن يستحب له أن ينهي أيضاً حتى تنكسر الصفوف ويؤول الاشتباه على الداخل من كل وجه على ما مر ويكره أن

يصلى شيا منها والناس في الصلاة أو أخذ المؤذن في الإقامة الأركعتي الفجر فانه يصلحهما خارج المسجد وإن فاتته ركعة من الفجر فإن خاف أن تفوته الفجر تركهما وجملة الكلام فيه أن الداخل إذا دخل المسجد للصلاة لا يجزأ ما إن كان يصلح المكتوبة وأما إن كان لم يصل وأما إن كان لم يصلها فلا يجزأ ما إن دخل المسجد وقد أخذ المؤذن في الإقامة أو دخل المسجد وشرع في الصلاة ثم أخذ المؤذن في الإقامة فإن دخل وقد كان المؤذن أخذ في الإقامة يكره له التطوع في المسجد سواء كان ركعتي الفجر أو غيرهما من التطوعات لأنه يهتم بأنه لا يرى صلاة الجماعة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقب التهم وأما خارج المسجد فكذلك في سائر التطوعات وأما في ركعتي الفجر فلا مرفق به على التفصيل الذي ذكرنا لأن أدراك فضيلة الافتتاح أولى من الاشتغال بالنفل قال النبي صلى الله عليه وسلم تكبيرة الافتتاح خير من الدنيا وما فيها وليست هذه المرتبة لسائر النوافل وفي الاشتغال باستدراكها فوات النوافل وفي الاشتغال باستدراك النوافل فواتها وهي أعظم ثوابا فكان إحراز فضيلتها أولى بخلاف ركعتي الفجر فإن الترغيب فيها قد وجد حسبها وجد في تكبيرة الافتتاح قال صلى الله عليه وسلم ركعة الفجر خير من الدنيا وما فيها فقد استويا في الدرجة واختلاف تخريج مشايخنا في ذلك منهم من قال موضوع المسئلة أن الرجل إذا انتهى إلى الإمام وقد سبقه بالكبر وشرع في قراءة السورة فبأبى ركعتي الفجر لئلا هذه الفضيلة عند فوت تلك الفضيلة لأن أدراك تكبيرة الافتتاح غير موهوم فإذا عجز عن إحراز إحدى الفضيلتين عجز عن الأخرى فإذا كان الإمام لم يأت بتكبيرة الافتتاح بعد يشتغل بإحرازها لأنها عند المأرض تأيدت بالنضمام إلى فضيلة الجماعة فكان إحرازها أولى غير أن موضوع المسئلة على خلاف هذا فإن محمدا وضع المسئلة فيما إذا أخذ المؤذن في الإقامة ومع ذلك قال أنه يشتغل بالتطوع إذا كان يرجو أدراك ركعة واحدة وأن استوى في الدرجة على ما مر والوجه فيه أنه لو اشتغل بإحراز فضيلة تكبيرة الافتتاح لفاتته فضيلة ركعتي الفجر لما فاتته فضيلة تكبيرة الافتتاح من جميع الوجوه لأنها باقية من كل وجه ما دامت الصلاة باقية لأن تكبيرة الافتتاح هي التعرعة وهي تبقى ما دامت الأركان باقية فكانت تكبيرة الافتتاح باقية بقاء التعرعة من وجه فصار مدركا من وجه وصار مدركا أيضا فضيلة الجماعة قال النبي صلى الله عليه وسلم من أدرك ركعة من الفجر فقد أدركها ولا أنه أدرك أكثر الصلاة لأن الفات ركعة لا غير والمستدرك ركعة وقعدة وللا كثر حكم الكل فكان الاشتغال بركعتي الفجر أولى بخلاف ما إذا كان يخاف فوت الركعتين جميعا لأنهما إذا فاتتا لم يبق شيء من الأركان الأصلية ولو بقي شيء قليل لا عبرة له بمقابله ما فات لأنه أقل والفائت أكثر وللا كثر حكم الكل فجز عن إحرازهما فاختار تكبيرة الافتتاح لما انضم إلى إحرازها فضيلة الجماعة في الفرض والنبي صلى الله عليه وسلم يقول بفضل الصلاة بجماعة على صلاة الفرد بخمس وعشرين درجة وفي رواية بسبع وعشرين درجة فكان هذا أولى والله أعلم أما إذا دخل المسجد وشرع في الصلاة ثم أخذ المؤذن في الإقامة فهذا أيضا على وجهين أما إن شرع في التطوع وأما إن شرع في الفرض فإن شرع في التطوع ثم أقيمت الصلاة أتم الشفع الذي هو فيه ولا يزيد عليه أما أعوام الشفع فلأن صوته عن البطلان واجب وقد أمكنه ذلك ولا يزيد عليه لأنه لا يلزمه بالشروع في التطوع زيادة على الشفع فكانت الزيادة عليه كابتداء تطوع آخر وقد ذكرنا أن ابتداء التطوع في المسجد بعد الإقامة مكروه وأما إذا شرع في الفرض ثم أقيمت الصلاة فإن كان في صلاة الفجر يقطعها لم يقيد الثانية بالسجدة لأن القطع وإن كان نقصا صورة فليس بنقص معنى لأنه لا بداء على وجهه إلا كمال والمهدم لبنى أكل بعد إصلاحه لا هدم ما لا ترى أن من هدم مسجد النبي أحسن من الأول لا يأتى وإذا قيد الثانية بالسجدة لم يقطع لأنه أتى بالا كثر وللا كثر حكم الكل والفرض بعد أعوامه لا يحتمل الانتقاض ولا يدخل في صلاة الإمام لأن التنفل بعد صلاة الفجر مكروه وإن كان في صلاة الظهر فإن كان صلى ركعة ضم إليها أخرى لأنه يمكنه صون المؤدى واستدراك فضيلة الجماعة لأن صلاة الرجل بالجماعة تزيد على صلاة الفرد بخمس وعشرين درجة

على إسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وإن صلى ركعتين تشهد وسلم لما قلنا وكذا إذا قام إلى الثالثة قبل أن يقبدها بالسجدة يعود إلى التشهد ويسلم ولا يسلم على حاله قائلاً إن ما أتى به من القعدة كانت سنة وقعدة الختم فرض فعلية أن يعود إلى القعدة ثم يسلم ليكون متنفلاً بركعتين فإن كان قيد الثالثة بالسجدة أعني أنه أدى إلا أكثر فلا يمكنه القطع ويدخل مع الإمام فيجعلها أطول مما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه صلى في مسجد الخيف فرأى رجلاً خلف الصف فقال على وجه ماخى بهم ما تريد فرائضهم أقوال مالك الم تصلياً معنا فقالوا كنا صلينا في رحالنا فقال صلى الله عليه وسلم إذا صلينا في رحالنا كنتم أنبياء إمام قوم فصلينا معه واجعلنا ذلك سبعة أي نافلة وكان ذلك في الظهر كذا روى عن أبي يوسف في الإملاء ولو كان في الركعة الأولى ولم يقبدها بالسجدة لم يذكر في الكتاب والصحيح أنه يقطعها ليدخل مع الإمام فيحضر ثواب تكبيرة الافتتاح لأن ما دون الركعة ليس له حكم الصلاة ألا ترى أنه يعود من الركعة الثالثة ما لم يقبدها بالسجدة وكذا الجواب في العصر والعشاء لأنه لا يدخل في العصر مع الإمام لأن التنفل بعده مكروه ويخرج من المسجد لأن المخالفة في الخروج أقل منها في المكتة وأما في المغرب فإن صلى ركعة قطعها لأنه لو ضم إليها أخرى لادى إلا أكثر فلا يمكنه القطع ولو قطع كان به متنفلاً بركعتين قبل المغرب وهو منهي عنه وإن قيد الثالثة بالسجدة مضى فيها لما قلنا ولا يدخل مع الإمام لأنه لا يجزئ ما أن يقتصر على الثلاث كما فعله الإمام والتفعل بالثلاث غير مشروع وأما أن يصلي أربعاً فيصير بخالفاً لإمامه وعن أبي يوسف أنه يدخل مع الإمام فإذا فرغ الإمام يصلي ركعة أخرى لتصير شفعاله وقال بشر المريسي يسلم مع الإمام لأن هذا التغيير يحكم الاقتداء وذلك جائز كالمسبوق يدرك الإمام في القعدة أنه يقعد معه وإتداء الصلاة لا يكون بالقعدة ثم جاز هذا التغيير بحكم الاقتداء كذا هذا فإن دخل مع الإمام صلى أربعاً كما قال أبو يوسف لأن القيام إلى الركعة الثانية صار ملتزماً للركعتين لخروج الركعة الواحدة عن جواز التنفل بها قال ابن مسعود والله ما أجزأت ركعة قط فلذلك يتم أربعاً لو دخل مع الإمام هذا إذا كان لم يصل المكتوبة فإن كان قد صلها هم دخل المسجد فإن كان صلاة لا يكره التطوع بعدها شرع في صلاة الإمام والأفلا

فصل وما بين أن السنة إذا فاتت عن وقتها هل تقضى أم لا فنقول وبالله التوفيق لا خلاف بين أصحابنا في سائر السنن سوى ركعتي الفجر أنه إذا فاتت عن وقتها لا تقضى سواء فاتت وحدها أو مع الفريضة وقال الشافعي في قول تقضى قياساً على الوتر ولنا ما روت أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حجرني بعد العصر فصلى ركعتين فقلت يا رسول الله ما هاتان الركعتان اللتان لم تكن تصليهما من قبل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتان كنت أصليهما بعد الظهر وفي رواية ركعتا الظهر شغلني عنهما لو قد فكرت أن أصليهما بمحضرة الناس فيروني فقلت أفأقضيهما إذا فاتتا فقال لا وهذا نص على أن القضاء غير واجب على الأمة وانما هو شيء اختص به النبي صلى الله عليه وسلم ولا شراكة لنا في خصائصه وقياس هذا الحديث أن لا يجب قضاء ركعتي الفجر أصلاً إلا أنا استحسننا القضاء إذا فاتت مع الفرض لحديث ليلة التمر يس ولأن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم عبارة عن طريقته وذلك بالفعل في وقت خاص على هيئة مخصوصة على ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم بالفعل في وقت آخر لا يكون سلوك طريقته فلا يكون سنة بل يكون تطوعاً مطاعاً أماركنا الفجر إذا فاتت مع الفرض فقد فعلها النبي صلى الله عليه وسلم مع الفرض ليلة التمر يس فمن فعل ذلك لم يكون على طريقته وهذا بخلاف الوتر لأنه واجب عند أبي حنيفة على ما ذكرنا والواجب ملحق بالفرض في حق العمل وعندهما وإن كان سنة مؤكدة كسنة كذا فواجب القضاء بالنص الذي روينا فيما تقدم وأما سنة الفجر فإن فاتت مع الفرض تقضى مع الفرض استحسننا الحديث ليلة التمر يس فإن النبي صلى الله عليه وسلم لما نام في ذلك الوادي ثم استيقظ بجر الشمس فارتحل منه ثم نزل وأمر بالافاذن فصلى ركعتي الفجر ثم أمره فأقام فصلى صلاة الفجر وأما إذا فاتت وحدها لا تقضى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد تقضى إذا ارتفعت الشمس قبل الزوال واحتج بحديث ليلة التمر يس أنه صلى الله عليه وسلم قضاها بعد

طلوع الشمس قبل الزوال فصار ذلك وقت قضائهما ولهما ان السنن شرعت نوابع للفرائض فلو قضيت في وقت لا أداء فيه لفرائض لصارت السنن أصلاً وبطلت التبعية فلم يبق سنة مؤكدة لأنها كانت سنة بوصف التبعية وليلة التعريض فالتامع الفرض قضيتا تبعاً للفرض ولا كلام فيه انما الخلاف فيما اذا فاتا وحدهما ولا وجه الى قضائهما وحدهما لما بينا ولهذا لا يقضى غيرهما من السنن ولا هما بقضيان بعد الزوال وأما الذي هو سنن الصحابة فصلاة التراويح في ليالي رمضان والكلام في صلاة التراويح في موضع واضح في بيان وقتها وفي بيان صفتها وفي بيان قدرها وفي سننها وفي بيان انها اذا فاتت عن وقتها هل تقضى أم لا أما صفتها فهي سنة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة انه قال القيام في شهر رمضان سنة لا ينبغي تركها وكذا روى عن محمد انه قال التراويح سنة الا انها ليست بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لان سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ما واطب عليه ولم يتركه الا مرة أو مرتين لمعنى من المعاني ورسول الله صلى الله عليه وسلم ما واطب عليها بل أقامها في بعض الليالي روى انه صلاها للبيتين بجماعة ثم ترك وقال اخشى ان تكتب عليكم لكن الصحابة واطبوا عليها فكانت سنة الصحابة

فصل وما قدرها فعشرون ركعة في عشر تسليمات في خمس ترويعات كل تسليمتين ترويجة وهذا قول عامة العلماء وقال مالك في قول سنة وثلاثون ركعة وفي قول سنة وعشرون ركعة والصحيح قول العامة لما روى ان عمر رضي الله عنه جمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في شهر رمضان على أبي بن كعب فصلى بهم في كل ليلة عشرين ركعة ولم يذكر عليه أحد فيكون اجماعهم على ذلك وأما وقتها فقد اختلف مشايخنا فيه قال بعضهم وقتها ما بين العشاء والوتر فلا تجوز قبل العشاء ولا بعد الوتر وقال عامةهم وقتها ما بعد العشاء الى طلوع الفجر فلا تجوز قبل العشاء لأنها تتبع للعشاء فلا تجوز قبلها كسنة العشاء وذكر الناطقي في امام صلى يقوم صلاة العشاء على غير وضوء ناسياً ثم صلى بهم امام آخر التراويح متوضاً ثم علم ان الاول كان على غير وضوء ان عليهم أن يعيدوا والعشاء والتراويح جميعاً أما العشاء فلا شئ فيها وأما التراويح فلا شئ أصلي الى طلوع الفجر لان ذلك وقتها وهل يكره تأخيرها الى نصف الليل قال بعضهم يكره لأنها تتبع للعشاء ويكره تأخير العشاء الى نصف الليل فكذلك تأخيرها والصحيح انه لا يكره لأنها قيام الليل وقيام الليل في آخر الليل أفضل

فصل وأما سننها فمنها الجماعة والمسجد لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد مر صلى من التراويح صلى بجماعة في المسجد فكذا الصحابة رضي الله عنهم صلوا بجماعة في المسجد فكان أدواها بالجماعة في المسجد سنة ثم اختلف المشايخ في كيفية سنة الجماعة والمسجد انها سنة عين أم سنة كفاية قال بعضهم انها سنة على سبيل الكفاية اذا قام بها بعض أهل المسجد في المسجد بجماعة سقط عن الباقيين ولو ترك أهل المسجد كلهم أقامتها في المسجد بجماعة فقد أسأوا وأثموا من صلاتها في بيته وحده أو بجماعة لا يكون له نواب سنة التراويح لتركه نواب سنة الجماعة والمسجد ومنهنية التراويح أو نية قيام رمضان أو نية سنة الوقت ولو نوى الصلاة مطلقاً أو نوى التطوع قال بعض المشايخ لا يجوز لأنها سنة والسنة لا تتأدى بنية مطلق الصلاة أو نية التطوع واستدلوا بما روى الحسن عن أبي حنيفة ان ركعتي الفجر لا تتأدى الا بنية السنة وقال عامة مشايخنا ان التراويح وسائر السنن تتأدى بمطلق النية لأنها وان كانت سنة لا تخرج عن كونها نافلة والنوافل تتأدى بمطلق النية الا أن الاحتياط ان ينوي التراويح أو سنة الوقت أو قيام رمضان احترازاً عن موضع الخلاف ولو اقتدى من يصلي التراويح عن يصلي المكتوبة أو النافلة قبل يصح اقتداؤه ويكون مؤدياً للتراويح وقيل لا يصح اقتداؤه به وهو الصحيح لانه مكرره لكونه مخالفاً لعمل السلف ولو اقتدى من يصلي التسليمة الاولى عن يصلي التسليمة الثانية قبل لا يجوز اقتداؤه وقيل يجوز وهو الصحيح لان الصلاة متحدة فكان نية الاولى والثانية اقتراناً وهذا صحيح اقتداءً بمصلي الركعتين بمصلي الاربع قبله فكذا هذا ومنها أن الامام بعد تكبيرة الافتتاح يأتي بالتناء والتعوذ والتسبيح في الركعة الاولى والمقتدى أيضاً يأتي بالتناء وفي التعوذ خلاف معروف بناء على أن التعوذ تتبع التناء أو تتبع القراءة على ما ذكرنا

في موضعه ولا يزيد الامام على قدر التشهد ان علم انه يتقبل على القوم وان علم انه لا يتقبل على القوم يزيد عليه
ويأتي بالدعوات المشهورة ومنها ان يقرأ في كل ركعة عشر آيات كذا روى الحسن عن أبي حنيفة وقبل يقرأ فيها
كما يقرأ في أخف المكتوبات وهي المغرب وقيل يقرأ كما يقرأ في العشاء لأنها تتبع للعشاء وقيل يقرأ في كل ركعة
من عشرين إلى ثلاثين لأنه روى ان عمر رضي الله عنه دعا بثلاثين من الأئمة فاستقرأهم وأمرهم ان يقرأ في كل
ركعة بثلاثين آية وأمر الثاني ان يقرأ في كل ركعة خمسة وعشرين آية وأمر الثالث ان يقرأ في كل ركعة عشرين
آية ومأثله أبو حنيفة سنة اذ السنة ان يختم القرآن مرة في التراويح وذلك فيما قاله أبو حنيفة ومأثر به عمر فهو من
باب الفضيلة وهو ان يختم القرآن مرتين أو ثلاثاً وهذا في زمانهم وأما في زماننا فلا فضل ان يقرأ الامام على حسب
حال القوم من الرغبة والكسل فيقرأ قدر ما لا يوجب تنفير القوم عن الجماعة لان تكثير الجماعة أفضل من
تطويل القراءة والافضل تعديل القراءة في الترويح كما هو ان لم يعد فلا بأس به وكذا الافضل تعديل القراءة في
الركعتين في التسليمة الواحدة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يطول الأولى على الثانية كافي الفرائض
ومنها ان يصلي كل ركعتين بتسليمة على حدة ولو صلى ترويجة بتسليمة واحدة وقع في الثانية قدر التشهد لا شأن أنه
يجوز على أصل أصحابنا ان صلوات كثيرة تؤدي ترويجة واحدة بناء على أن الترويجة شرط وابست بركن عندنا
خلاف الشافعي لكن اختلف المشايخ انه هل يجوز عن تسليمتين أو لا يجوز الا عن تسليمة واحدة قال بعضهم لا يجوز
الا عن تسليمة واحدة لانه خالف السنة المتوارثة بترك التسليمة والترويجة والثناء والتعوذ والتسمية فلا يجوز
الا عن تسليمة واحدة وقال عامتهم انه يجوز عن تسليمتين وهو الصحيح وعلى هذا لو صلى التراويح كلها بتسليمة
واحدة وقع في كل ركعتين ان الصحيح انه يجوز عن الكل لانه قد أتى بجميع أركان الصلاة وشرائطها لان تجديد
الترويجة لكل ركعتين ليس بشرط عندنا هذا اذا قعد على رأس الركعتين قدر التشهد فاما اذا لم يقعد فسدت صلاته
عند محمد وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يجوز وأصل المسئلة يصلي التطوع أربع ركعات اذا لم يقعد في الثانية
قدر التشهد وقام وأتم صلاته انه يجوز استعسانا عندنا ولا يجوز عند محمد قياساً ثم اذا جاز عندنا هل يجوز
عن تسليمتين أو لا يجوز الا عن تسليمة واحدة الاصح انه لا يجوز الا عن تسليمة واحدة لان السنة ان يكون الشفع
الاول كاملاً وكاله بالقعدة ولم توجد والكامل لا يتأدى بالنقص ولو صلى ثلاث ركعات بتسليمة واحدة ولم يقعد في
الثانية قال بعضهم لا يجزئه أصلاً بناء على أن من تنفل بثلاث ركعات ولم يقعد الا في آخرها جاز عند بعضهم لانه لو كان
فرضاً وهو المغرب جاز فكذا النفل ولا يجوز عند بعضهم لان القعدة على رأس الثالثة في النوافل غير مشروعة
بخلاف المغرب فصار كانه لم يقعد فيها ولو لم يقعد فيها لم تجز النافلة فكذا في التراويح ثم ان كان ساهياً في الثالثة لا يلزمه
قضاء شيء لانه شرع في صلاة مظنونة ولا نه لا يوجب القضاء عند أصحابنا الثلاثة وان كان عمداً فليقول من قال
بالجواز يلزمه ركعتان لان الركعة الثانية قد صحت لبقاء الترويجة وان لم يكملها يضم ركعة أخرى اليها فيلزمه القضاء
وعلى قول من قال بعدم الجواز يلزمه ركعتان عند أبي يوسف وعند أبي حنيفة لا يلزمه شيء لان الترويجة قد
فسدت بترك القعدة في الركعة الثانية فشرع في الثالثة بالترويجة وانه لا يوجب القضاء عند أبي حنيفة وعلى هذا
لو صلى عشر تسليمات كل تسليمة بثلاث ركعات بقعدة واحدة ولو صلى التراويح كلها بتسليمة واحدة ولم يقعد الا في
آخرها قال بعضهم يجزئه عن التراويح كلها وقال بعضهم لا يجزئه الا عن تسليمة واحدة وهو الصحيح لانه أدخل
بكل شفع بترك القعدة ومنها ان يصلي كل ترويجة امام واحد وعليه عمل أهل الحرمين وعمل السلف ولا يصلي
الترويجة الواحدة امامان لانه خلاف عمل السلف ويكون تبديل الامام عزلة الانتظار بين الترويحتين وانه
غير مستحب ولا يصلي امام واحد التراويح في مسجدين في كل مسجد على الكمال ولاه فعل ولا يحسب التالي
من التراويح وعلى القوم ان يعيدوا لان صلاة امامهم نافلة وصلاتهم سنة والسنة أقوى فلم يصح الاقتداء
لان السنة لا تتكرر في وقت واحد وما صلى في المسجد الاول محسوب ولبس على القوم ان يعيدوا ولا

باسم الله الامام ان يصلي التراويح في مسجدين لانه اقتداء المتطوع عن يصلي السنة وانه جائز كل وصلي المكتوبة
ثم أدرك الجماعة ودخل فيها والله أعلم اذا صلوا التراويح ثم أرادوا أن يصلوها ثانياً يصلون فرادى لا بجماعة لان
الثانية تطوع مطلق والتطوع المطلق بجماعة مكروه ويجوز التراويح قاعداً من غير عذر لانه تطوع الا انه
لا يستحب لانه خلاف السنة المتوارثة وروى الحسن عن أبي حنيفة ان من صلى ركعتي الفجر قاعداً من غير عذر
لا يجوز وكذا الوصلها على الدابة من غير عذر وهو يقدر على النزول لاختصاص هذه السنة بزيادة توكيد
وترغيب بتحصيها وترهيب وتحذير على تركها فالتصفت بالواجبات كالوزوم منها ان الامام كلما صلى ترويجة
فعدد من الترويجتين قدر ترويجة يسبح ويهلل ويكبر ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويدعو وينتظر أيضاً
بعد الخامسة قدر ترويجة لانه متوارث من السلف واما الاستراحة بعد خمس تسليمات فهل يستحب قال بعضهم
نعم وقال بعضهم لا يستحب وهو الصحيح لانه خلاف عمل السلف والله الموفق
فصل في بيان أدائها اذا فاتت عن وقتها هل تقضى أم لا فقد قيل انها تنقض والصحيح انها لا تنقض لأنها
ليست باأكدم من سنة المغرب والعشاء وتلك لا تقضى فكذلك هذه

فصل في بيان ما لا يفسد التطوع فالكلال في ما يقع في مواضع في بيان ان التطوع هل يلزم بالشروع وفي بيان مقدار
ما يلزم منه بالشروع وفي بيان أفضل التطوع وفي بيان ما يكره من التطوع وفي بيان ما يفارق التطوع ان فرض
فيه اما الاول فقد قال أصحابنا اذا شرع في التطوع يلزمه المضي فيه واذا أفسده يلزمه القضاء وقال الشافعي لا يلزمه
المضي في التطوع ولا القضاء بالافساد وجه قوله ان التطوع تبرع وانه ينافي الوجوب واذا لم يجب المضي فيه
لا يجب القضاء بالافساد لان القضاء تسليم مثل الواجب ولنا ان المؤدى عبادة وإبطال العبادة حرام لقوله تعالى
ولا تبطلوا أعمالكم فيجب صيانتها عن الإبطال وذا يلزم المضي فيها اذا أفسدها فقد أفسد عبادة واجبة
الاداء فيلزمه القضاء جبراً لثبوت كافي المنذور والمفروض وقد خرج الجواب كما ذكرناه تبرع لا نافع قول نعم قبل
الشروع واما بعد الشروع فقد صار واجبا للغير وهو صيانة المؤدى عن البطلان ولو افتتحت الصلاة مع الامام
وهو ينوي التطوع والامام في الظاهر ثم قطعهما فعليه قضاءهما لما قلنا فان دخل معه فيها ينوي التطوع فهذا
على ثلاثة أوجه اما ان ينوي قضاء الاول أو لم يكن له نية أصلاً أو ينوي صلاة أخرى في وجهين الاولين يسقط
عنه وتوب هذه عن قضاء ما يلزمه بالافساد عندنا وعند زفر لا يسقط وجه قوله ان ما يلزمه بالافساد صار ديناً
في ذمته كالصلاة المنذورة فلا يتأدى خلف امام يصلي صلاة أخرى ولنا انه لو آتمها حين شرع فيها لا يلزمه شيء
آخر فكذا اذا آتمها بالشروع الثاني لانه ما التزم بالشروع الاداء هذه الصلاة مع الامام وقد اداها وان نوى تطوعاً آخر
ذكر في الاصل أنه ينوب عما يلزمه بالافساد وهو قول أبي حنيفة رأب يوسف وذكر في زيادات الزبادات أنه لا ينوب
وهو قول محمد ووجهه أنه لما نوى صلاة أخرى فقد أعرض عما كان ديناً عليه بالافساد فلا ينوب هذا المؤدى
عنه بخلاف الاول وجه قولهما انه ما التزم في المرتين الاداء هذه الصلاة مع الامام وقد اداها والله أعلم ثم الشروع في
التطوع في الوقت المكروه وغيره سواء في كونه سبباً للزوم في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر الشروع في التطوع في
الارقات المكروه غير ملزم حتى لو قطعها الاثنى عليه عنده وعندنا لا يفضل ان يقطع وان آتم فقراً أساء ولا قضاء عليه
لانه اذا ما كوجب وان قطعها فعليه القضاء واما الشروع في الصوم في الوقت المكروه فغير ملزم عند أبي حنيفة
وزفر وعندهما ملزم فهما سويا بين الصوم والصلاة وجعل الشروع فيهما ملزماً كما نذر لكون المؤدى عبادة وزفر
سوى بينهما لانه ارتكاب المنهي وجعل الشروع فيهما غير ملزم وأبو حنيفة فرق والفرق له من وجوه أحدها انه
لا بد له من تقديم مقدمة وهي ان ما ترك من أجزاء متفقة ينطلق اسم الكل فيه على البعض كالماء فان ماء البحر
يسمى ماء وطره منه تسهي ماء وكذا الخل والزيت وكل مائع وما ترك من أجزاء مختلفة لا يكون البعض منه اسم
الكل كالسجيين لا يسمى الخل وحده ولا السكر وحده سكرية بناو كذا لا نسمي وحده لا يسمى وجهه اولاً ان الحد

وحده ولا العظم وحده يسمى آدمياً ثم الصوم يتركب من أجزاء متفقة فيكون الكل جزءاً من اسم الصوم والصلاة
 تركب من أجزاء مختلفة وهي القيام والقراءة والركوع والسجود فلا يكون له من اسم الكل ومن هذا قال
 أصحابنا إن من حلف لا يصوم ثم شرع في الصوم فكما شرع بحديث ولو حلف لا يصلي فإما يقيد الركعة بالصلاة
 لا يجنب وإذا قرر هذا الأصل فنقول أنه منى عن الصوم فكما شرع بالشرع المنهى ونهى عن الصلاة فإما
 يقيد الركعة بالصلاة لم يباشر منياً فالاعتقاد انعقد بقرينة خالصة غير منى عنها فبعد هذا يقول بعض مشايخنا إن
 الشرع سبب الوجوب وهو في الصوم منى ففسد في نفسه فلم يصير سبب الوجوب وفي الصلاة ليس منى فصار
 سبباً للوجوب وإذا تحقق هذا فنقول وجوب المضي في التطوع لصيانته ما انعقد بقرينة وفي باب الصوم ما انعقد بقرينة
 معصية من وجه والمضي أيضاً معصية والمضي لو وجب وجب لصيانته ما انعقد بقرينة وهو منى عنه
 وتقرر بالعبادة وصياتها واجب وتقرر بالمعصية وصياتها معصية فالصيانة واجبة من وجه محظورة من وجه فلم
 تجب الصيانة عند الشك وتزجت جهة الحظر على ما هو الأصل والصيانة لا تحصل إلا بما هو عبادة وبما هو معصية
 والنجاب العبادة ممكن والنجاب المعصية غير ممكن فلم يجز المضي عند التعارض بل يرجع جانب الحظر فأما في باب
 الصلاة فما انعقد بعبادة خاصة لا حظ فيها فوجب تقرر بها وصياتها ثم صياتها وان كانت بالمضي
 وبالمضي يقع في المحظور لكن لو مضى تقرر العبادة وتقرر بها واجب وما يأتي به عبادة ومحظور أيضاً فكان
 محصلاً للعبادة من وجهين ومتركباً للثبوت من وجه فزجت جهة العبادة ولو امتنع عن المضي امتنع عن تحصيل
 ما هو منهى ولكن امتنع أيضاً عن تحصيل ما هو عبادة وأبطل العبادة المتقررة وأبطل المحظور وحض فكان المضي
 للصيانة أولى من الامتناع فيلزمه المضي فإذا أفسد يلزمه القضاء ومنهم من فرق بينهما فإما قال إن النهى من
 الصلاة في هذه الأوقات ثبت بدليل في نفسه شبهة العدم وهو خبر الواحد وقد اختلف العلماء في صحته ووروده فكان
 في ثبوته شك وشبهة وما كان هذا سبباً له كان قوله باري الاحتياط والاحتياط في حق إيجاب القضاء على من
 أفسد بالشرع أن يجعل كانه ما ورد بخلاف النهى عن الصوم لأنه ثبت بالحديث المشهور ونقلته أقسام الفتوى
 بالقبول فكان النهى ثابتاً من جميع الوجوه فلم يصح الشرع فلم يجز القضاء بالافساد والقبول الجليل أبو أحمد
 العياشي السمرقندي ذكر هذه الفروق وأشار إلى فرق آخر وهو أن الصوم وجوبه بالباشرة وهو فعل من الصوم
 المنهى عنه فأما الصلاة فوجوبها بالتعريض وهي قول واست من الصلاة فكانت بمنزلة النذر والله أعلم بغيره
 لو أفسد مع هذا وقضى في وقت آخر كان أحسن لأن الافساد يؤدي إلى كمال لا يفسد أفساداً وهذا كذلك لأنه
 يؤدي خالفاً عن إقرار النهى به ولكن لو صلى مع هذا جاز لأنه ما لزمه هذه الصلاة وقد أساء حيث أدى مقرراً
 بالنهى ولو انتفع بالتطوع وقت طلوع الشمس فقطعهما ثم قضاها وقت تغير الشمس أجزاء لأنها وجبت ناقصة
 وأدائها كواجب فيجوز كالأجزاء في ذلك الوقت ثم الشرع أنما يكون سبب الوجوب إذا صح فأما إذا لم يصح فلا
 حتى لو شرع في التطوع على غير رضوء أو في ثوب نجس لا يلزمه القضاء وكذا القاري إذا شرع في صلاة الأُمى بنية
 انتطوع أو في صلاة امرأة أو جنب أو محدث ثم أفسدها على نفسه لا قضاء عليه لأن شروعه في الصلاة لم يصح
 حيث اقتدى بمن لا يصلح إماماً له وكذا الشرع في الصلاة المظنونة غير موجب حتى لو شرع في الصلاة على ظن
 أنها عليه ثم تبين أنها ليست عليه لا يلزمه المضي ولو أفسد لا يلزمه القضاء عند أصحابنا الثلاثة خلافاً للفرق في باب
 الحج يلزمه التطوع بالشرع معلوماً كان أو مظنوناً والفرق يذكر في كتاب الصوم إن شاء الله تعالى

فصل وأما بيان مقدار ما يلزم منه بالشرع فنقول لا يلزمه إلا افتتاح أكثر من ركعتين وإن نوى أكثر من ذلك في
 ظاهر الروايات عن أصحابنا إلا بغرض الاقتداء وروى عن أبي يوسف ثلاث روايات روى بشر بن الوليد عنه أنه
 قال فمن افتتح التطوع بنوى أربع ركعات ثم أفسدها قضى أربعاً ثم رجع وقال يقضى ركعتين وروى بشر بن
 أبي الأزهري عنه أنه قال فمن افتتح النافلة بنوى عدد لا يلزمه إلا افتتاح ذلك العدد وإن كان مائة ركعة وروى غسان

عنه انه قال ان نوى أربع ركعات لزمه وان نوى أكثر من ذلك لم يلزمه ولا خلاف في انه يلزمه بالنذر ما تناوله وان
كثر وجهه رواية ابن أبي الأزرع عنه ان الشروع في كونه سببا للزوم كالنذر ثم يلزمه بالنذر جميع ما تناوله كذا
بالشروع وجهه رواية غسان عنه ان ما وجب بإيجاب الله تعالى بناء على مباشرة سبب الوجوب من العبد دون
ما وجب بإيجاب الله تعالى ابتداء وذا لا يزيد على الأربع فهذا أولى وجهه ظاهر الرواية ان الوجوب بسبب
الشروع ما ثبت وضعا بل ضرورة صيانة المؤدى عن البطالان ومضى الصيانة يحصل بتمام الركعتين فلا تلزم الزيادة
من غير ضرورة بخلاف النذر لانه سبب الوجوب بصيغة وضعا فيقدر الوجوب بقدر ما تناوله السبب وما قوله
ان الشروع سبب الوجوب كالنذر فنقول نعم لكنه سبب لوجوب ما وجد الشروع فيه ولم يوجد الشروع في الشفع
الثاني فلا يجب ولا نضع سببا للوجوب بل الوجوب لما ذكرنا من الضرورة ولا ضرورة في حق الشفع الثاني
بخلاف النذر فانه التزم صريحا يلزمه بقدر ما التزم وكذا الجواب في السنن الراتبية انه لا يجب بالشروع فيها
الأركعتين حتى لو قطعها قضى ركعتين في ظاهر الرواية عن أصحابنا لانه نقل وعلى رواية أبي يوسف قضى أربعين كل
موضع يقضى في التطوع أربعين من المتأخرين من مشايخنا اختار قول أبي يوسف فيما يؤدي من الأربع منها
بمسألة واحدة وهو الأربع قبل الظاهر وقال لو قطعها يقضى أربعين ولو أخبر بالبيع فانتقل الى الشفع الثاني لا تبطل
شفعته ويمنع صحة الخسوة وهو الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري واذ عرف هذا الاصل فنقول
من وجب عليه ركعتان بالشروع ففرغ منهما أو قد صد على رأس الركعتين وقام الى الثالثة على قصد الاداء يلزمه
انعام ركعتين أخرتين وينبغي ما على التعمية الاولى لان قدر المؤدى صار عبادة فيجب عليه انعام الركعتين
صيانة له عن البطالان والقيام الى الثالثة على قصد الاداء بناء على الشفع الثاني على التعمية الاولى وأمكن البناء
عليها لان التعمية شرط الصلاة عندنا والشرط الواحد يكفي لافعال كثيرة كالطهارة الواحدة اتم اتكفي اصوات
كثيرة ويلزمه في هاتين الركعتين القراءة كافي الاوليين لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة ولهذا قالوا ان
المتنفل اذا قام الى الثالثة قصد الاداء ينبغي أن يستفتح فيقول سبحانك اللهم وبحمدك الخ كما يستفتح في الابتداء
لان هذا بناء الافتتاح وكل ركعتين من النفل صلاة على حدة ~~لكن~~ بناء على التعمية الاولى فيأتي بالثناء
المستوفى فيه ولو صلى ركعتين تطوعا فسجد لسهو بعد السلام ثم اراد أن ياتي عليهما ركعتين أخرتين
ليس له ذلك لانه لو فعل ذلك لوقع سجود لسهو في وسط الصلاة وانه غير مشروع بخلاف المسافر اذا صلى الظهر
ركعتين وسجد لسهو فسجد لسهو في وسط الصلاة وانه غير مشروع بخلاف المسافر اذا صلى الظهر
الصلاة والفرق ان السلام محال في الشرع الان الشرع منعه عن العمل في هذه الحالة أو حكم بعود
التعمية ضرورة فحصل السجود لان سجود السهو لا يؤتى به الا في تحريم الصلاة والضرورة في حق تلك
الصلاة وفيما يرجع الى كمالها فظهر بقاء التعمية أو عودها في حق الصلاة أخرى ولا ضرورة في صلاة
التطوع لان كل شفع صلاة على حدة فيعمل التسليم عمله في التحليل وكان القياس في المتنفل بالأربع اذا ترك القعدة
الاولى أن تفسد صلاته وهو قول محمد لان كل شفع لما كان صلاة على حدة كانت القعدة عقيبها فرضا كالقعدة
الاخيرة في ذوات الأربع من الفرائض الا ان في الاستحسان لا تفسد وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه لما قام
الى الثالثة قبل القعدة قد سجد بها صلاة واحدة شبيهة بالفرض واعتبار النقل بالفرض مشروع في الجملة لانه تبع
لفرض فصارت القعدة الاولى فاصلة بين الشفعين والخاتمة هي الفريضة فأما الفاصلة فواجبة وهذا بخلاف ما اذا
ترك القراءة في الاوليين في التطوع وقام الى الآخرين وقرأ فيهما حيث يفسد الشفع الاول بالاجماع ولم يجعل هذه
الصلاة صلاة واحدة في حق القراءة بمنزلة ذوات الأربع لان القعدة انما صارت فرضا لغيرها وهو الخروج فاذا قام الى
الثالثة وصارت الصلاة من ذوات الأربع لم يأت أو ان الخروج فلم تبق القعدة فرضا فاما القراءة فهي ركن بنفسها
فاذا تركها في الشفع الاول فسد فلم يصح بناء الشفع الثاني عليه وعلى هذا قالوا اذا صلى التطوع ثلاث ركعات بقعدة

واحدة ينبغي أن يجوز اعتبار التطوع بالفرض وهو صلاة المغرب اذا صلاها بقعدة واحدة والاصح انه لا يجوز لان ما اتصل به القعدة وهي الركعة الاخيرة فسدت لان التغفل بالركعة الواحدة غير مشروع فيفسد ما قبلها ولو تطوع بست ركعات بقعدة واحدة اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز لانها مجازت بصرعة واحدة وتسليمة واحدة فتجوز بقعدة واحدة ايضا والاصح انه لا يجوز لانا انما استحسننا جواز الاربع بقعدة واحدة اعتبارا بالقرينة وليس في القرائن ست ركعات يجوز اذاؤها بقعدة واحدة فيعود الامر فيه الى اصل القياس والله اعلم ثم انما يجب بافساد التطوع قضاء الشفع الذي اتصل به المفسد دون النفع الذي مضى على الصحة حتى لو صلى اربعا فتكلم في الثالثة والرابعة قضى الشفع الثاني دون الاول لان كل شفع صلاة على حدة فساد الثاني لا يوجب فساد الاول بخلاف الفرض لانه كله صلاة واحدة فساد البعض يوجب فساد الكل ولو اقتدى المتطوع بحصلي الظهر في اول الصلاة ثم قطعها واقتدى به في القعدة الاخيرة فعليه قضاء اربع ركعات لانه بالاقداء التزم صلاة الامام وهي اربع ركعات ومن نوى أن يصلي الظهر ستا لم يلزمه ركعتان لان الشروع لم يوجد في الركعتين وانما وجد في الظهر وهي اربع ولم يوجد في حق الركعتين الا مجرد النية ومجرد النية لا يلزم شيئا وكذا المسافر اذا نوى أن يصلي الظهر اربعا فصلى ركعتين فصلاته نامة لان الظهر في حق المسافر ركعتان فكانت نية الزيادة لغوا هذا اذا افسد التطوع بشي من اضداد الصلاة في الوضع من الحدث العمد والكلام والفقهمة وعمل كثير ليس من أعمال الصلاة فاما اذا افسده بترك القراءة بأن صلى التطوع اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا فعليه قضاء ركعتين في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف عليه قضاء الاربع وهي من المسائل المعروفة بثمان مسائل والاصل فيها أن الشفع الاول متى فسد بترك القراءة تبقى التعرعة عند أبي يوسف فيصح الشروع في الشفع الثاني وعند محمد متى فسد الشفع الاول لا تبقى التعرعة فلا يصح الشروع في الشفع الثاني وعند أبي حنيفة ان فساد الشفع الاول بترك القراءة فهم ما بطلت التعرعة فلا يصح الشروع في الشفع الثاني وان فسد بترك القراءة في احدهما بقيت التعرعة فيصح الشروع في الشفع الثاني وجه قول محمد أن القراءة فرض في كل شفع من التغفل في الركعتين جميعا فكيف يفسد الشفع بترك القراءة فهم ما يفسد بترك القراءة في احدهما القروات ما هو ركن كالوترك الركوع أو السجود انه لا يفترق الحال بين الترك في الركعتين أو في احدهما كذا هذا وصار ترك القراءة في الافساد والحدث العمد والكلام سواء فاذا فسدت الافعال لم تبقى التعرعة لانها تبقى لتوحيد الافعال المختلفة فاذا فسدت الافعال لا تبقى هي فلم يصح الشروع في الشفع الثاني لعدم التعرعة فلا يتصور الفساد ولا يوجب أن الفاعل وان بطلت بترك القراءة تكون القراءة تركنا ولكن بقيت التعرعة لانها ما عقدت لهذا الشفع خاصة بل له والشفع الثاني الا ترى أنه لو قرأ يصح بناء الشفع الثاني عليه فاذا لم تبطل التعرعة صح الشروع في الشفع الثاني ثم يفسد هو ايضا بترك القراءة فيه ولا يوجب حنيفة أنه لا بقاء للتعرعة مع بطلان الافعال كما اذا ترك ركنا آخر أو تكلم أو أحدث عمدا لانهم لا يجمع بين الافعال المختلفة لتبطلها كلها عبادة واحدة فتبطل ببطلان الافعال كما قال محمد غير انه اذا ترك القراءة في الشفع الاول في الركعتين جميعا علم فساد الشفع بقيت ترك الركعتين بيقين فاما اذا قرأ في احدي الاولي لم يعلم يقينا بفساد هذا الشفع لان الحسن البصري كان يقول بجواز الصلاة بوجود القراءة في ركعة واحدة وقوله وان كان فاسدا لكن انما عرفنا فسادا بدليل اجتهدى غير موجب علم اليقين بل يجوز أن يكون الصحيح قوله غير انما عرفنا صحة ما ذهبنا اليه وفساد ما ذهب اليه بغالب الرأي فلم تحكم ببطلان التعرعة اثباتية بيقين بالثبوت ولان الشفع الاول متى دار بين الجواز والفساد كان الاحتياط في الحكم بفساده ليجب عليه القضاء وبقاء التعرعة ليصح الشروع في الشفع الثاني ليجب عليه القضاء بوجود مفسد في هذا الشفع ايضا اذا عرفت هذا الاصل فتقول اذا ترك القراءة في الاربع كلها يلزمه قضاء ركعتين في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر لان التعرعة قد بطلت بفساد الشفع الاول بيقين فلم يصح الشروع في الشفع الثاني فلا يلزمه القضاء بالافساد لعدم الانسداد وعند أبي يوسف عليه قضاء الاربع لان التعرعة بقيت وان فسد الشفع

الاول فيصيح الشروع في الشفع الثاني ثم يفسد بترك القراءة أيضا فيجب قضاء الشفعين جميعا ولو ترك القراءة في
احدى الاولين واحدى الآخرين أو قرأ في احدى الاولين فحسب عند محمد يلزمه قضاء الشفع الاول لا غير لان
الشفع الاول فسد بترك القراءة في احدى الركعتين من هذا الشفع فبطلت الصلوة فلم يصح الشروع في الشفع
الثاني وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يلزمه قضاء الاربع أماعند أبي يوسف فلهذا عدمه بالان الصلوة بفساد الصلاة
وعند أبي حنيفة لكون الفساد غير ثابت بدليله تطوع به فثبتت الصلوة فصيح الشروع في الشفع الثاني ثم فسد
الشفع الثاني بترك القراءة في الركعتين أو في احدهما ولو ترك القراءة في الاولين وقرأ في الآخرين يلزمه قضاء
ركعتين وهو الشفع الاول بالاجماع لانه فسد بترك القراءة في الركعتين فيلزمه قضاؤه فاما الشفع الثاني فعند أبي
يوسف صلاة كاملة لان الشروع فيه قد صح لبقاء الصلوة وقد وجدت القراءة في الركعتين جميعا فصيح وعند
أبي حنيفة ومحمد وزفر لما بطلت الصلوة لم يصح الشروع في الشفع الثاني فلم تكن صلاة فلا يجب الا قضاء الشفع
الاول والآخر بان لا يكونان قضاء عن الاولين بالاجماع أماعند أبي حنيفة ومحمد وزفر فلان الشفع الثاني
ليس بصلاة لانعدام الصلوة وعند أبي يوسف وان كان صلاة لكنه بناء على تلك الصلوة وانها انعقدت للاداء
والصلوة الواحدة لا يتسع فيها الاداء والقضاء ولو قرأ في احدى الاولين لا غير عند محمد يلزمه قضاء ركعتين وعند
أبي حنيفة وأبي يوسف قضاء الاربع وذكري بن نسيخ الجامع الصغير قول أبي حنيفة مع محمد والصحيح ما ذكرنا
من الدلائل ولو قرأ في احدى الآخرين لا غير عند أبي يوسف يلزمه قضاء الاربع وعند أبي حنيفة ومحمد وزفر
يلزمه قضاء الشفع الاول لا غير ولو قرأ في الاولين لا غير يلزمه قضاء الشفع الاخير عند الكل وكذا لو ترك القراءة في
احدى الآخرين وهذا كله اذا قدم بين الشفعين قدر التشهد فاما اذا لم يقعد فسد صلاته عند محمد بترك القعدة
ولا تنال هذه التفريعات عنده ولو كان خلفه رجل اقتدى به فحسبه حكم امامه يقضى ما يقضى امامه لان صلاة
المقتدى متعلقة بصلاة الامام صحة وفساد ولو تكلم المقتدى وقضى الامام في صلاته حتى صلى أربع ركعات وقرأ
في الاربع كلها وقعد بين الشفعين فان تكلم قبل أن يقعد الامام قدر التشهد فلهية قضاء الاولين فقط لانه لم ياتزم
الشفع الاخير لان الاتزام بالشروع ولم يشرع فيه وانما وجد منه الشروع في الشفع الاول فقط فيلزمه قضاؤه
بالافساد لا غير وان تكلم بعد ما قعد قدر التشهد قبل أن يقوم الى الثالثة لاشي عليه لانه أدى ما ااتزم بوصف
الصحة وأما اذا قام الى الثالثة ثم تكلم المقتدى لم يذكر هذه المسئلة في الاصل وذكر عصام بن يوسف في مختصره
أن عليه قضاء أربع ركعات قال الشيخ الامام الزاهد صدر الدين أبو المعين ينبغي أن يكون هذا الجواب على قول
أبي حنيفة وأبي يوسف لانهم ما يجب لان هذا كله صلاة واحدة بدليل انهم لم يحكموا بفسادها بترك القعدة الاولى
وأما عند محمد فقد بقي كل شفع صلاة على حدة حتى حكم بافراض القعدة الاولى فكان هذا المقتدى مفسدا للشفع
الاخير لا غير فيلزمه قضاؤه لا غير

فصل وأما بيان أفضل التمارع فاما في النهار فاربع أربع في قول أصحابنا وقال الشافعي مثنى مثنى بالليل
والنهار جميعا واحتج عمار بن ربيعة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يفتتح صلاة الضحى ركعتين
ومعلوم أنه صلى الله عليه وسلم كان يجتاز من الاعمال أفضلها ولان في التطوع بالمثنى زيادة تكبير وتسلم فكان
أفضل ولهذا قال في الاربع قبل الظهر انما يتسليمتين ولنا ما روى ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان
يوأظف في صلاة الضحى على أربع ركعات والاخذ برواية ابن مسعود أولى من الاخذ برواية عمار بن ربيعة
لانه يروى المواقفة وعمار لا يروى الاخذ بالمفسر أولى ولان الاربع أدوم وأشق على البدن وسئل
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أفضل الاعمال فقال أحجزها أي أشقها على البدن وأما في الليل فاربع أربع
في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد مثنى مثنى وهو قول الشافعي احتجا بما روى ابن عمر رضي الله عنهما
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال صلاة الليل مثنى مثنى وبين كل ركعتين تسليما أمر بالتسليم على رأس الركعتين

وما أراد به الإيجاب لانه غير واجب فتعين الاستعجاب مراد به ولان عمل الامة في التراويح وظهر من ثني من
لن عمر رضي الله عنه الى يومنا هذا فدل أن ذلك أفضل ولا يبي حنيفة ما روينا عن عائشة رضي الله عنها انهم استأثروا
عن قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليالي رمضان فقالت كان قيامه في رمضان وغيره سواء لانه كان يصلي
بعد العشاء أربع ركعات لا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم أربعاً تسأل عن حسنهن وطولهن ثم كان يوتر بثلاث وفي
بعض الروايات انها استأثرت عن ذلك فقالت وايمكم يطيق ذلك ثم ذكرت الحديث وكلمة كان عبارة عن العادة والمواظبة
وما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يواظب الا على أفضل الاعمال وأحبها الى الله تعالى وفيه دلالة على أنه
ما كان يصلي على رأس الركعتين اذ لو كان كذلك لم يكن لذكر الأربع فائدة ولان الوصل بين الشفعين بمنزلة التتابع في
باب الصوم الا ترى أنه لو نذر أن يصلي أربعاً بتسليمة فصل بتسليمتين لا يخرج عن العهدة كذا ذكر محمد في الزادات
كافي صفة التتابع في باب الصوم ثم الصوم مبتدأ بفعل فكذا الصلاة والمعنى فيه ما ذكرناه أنه اشق على البدن
فكان أفضل ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم فليعلم أي فتشهد لان التحيات تسمى تشهدا لما فيها من الشهادة وهي
قوله أشهد أن لا اله الا الله وكذا تسمى تسليماً لما فيها من التسليم بقوله السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين
وحمله على هذا أولى لانه أمر بالتسليم ومطلق الامر لا لوجوب التسليم ليس بواجب الا ترى أنه لو صلى أربعاً بجاز
أما التشهد فواجب فكان الحمل عليه أولى فاما التراويح فاما أتوردى من ثني لانه أتوردى بجماعة فتؤدى على
وجه السهولة واليسر لما فيها من المریض وذی الحاجة ولا كلام فيه وانما الكلام فيما اذا كان وحده
فصل ما يكره من التطوع فالمكروه منه نوعان نوع يرجع الى القدر ونوع يرجع الى الوقت أما الذي
يرجع الى القدر فاما في النهار فتكره الزيادة على الأربع بتسليمة واحدة وفي الليل لا تكره وله أن يصلي ستاً وعاشراً
ذكره في الاصل وذكر في الجامع الصغير في صلاة الليل ان شئت فصل بتسليمة ركعتين وان شئت أربعاً وان
شئت ستاً ولم يزد عليه والاصل في ذلك أن النوافل شرعت تبعاً للفرائض والتبع لا يخالف الاصل فلوزيدت
على الأربع في النهار خالف الفرائض وهذا هو القياس في الليل الا أن الزيادة على الأربع الى الثمان أولى
الست عرفناه بالنص وهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يصلي بالليل خمس ركعات سبع ركعات تسع
ركعات احدى عشرة ركعة ثلاث عشرة ركعة وأحياناً من كل واحد من هذه الأعداد التوروتر ركعتان من ثلاثة
عشر سنة الفجر فيبقى ركعتان وأربع وست وثمان فيجوز الى هذا القدر بتسليمة واحدة من غير ركعة واختلاف
المشايع في الزيادة على الثمان بتسليمة واحدة قال بعضهم يكره لان الزيادة على هذا الترويع رسول الله صلى الله عليه
وسلم وقال بعضهم لا يكره واليه ذهب الشيخ الامام الزاهد السرخسي رحمه الله قال لان فيه وصل البداية بالعبادة
لا يكره وهذه الاشكال بالزيادة على الأربع في النهار والصحيح انه يكره لما ذكرناه عليه عامة المشايخ ولو زاد على
الأربع في النهار أو على الثمان في الليل يلزمه لوجود سبب للزوم وهو الشروع ثم اختلف في ان الأفضل في التطوع
طول القيام في الأربع والمثنى على حسب ما اختلف فيه أم كثرة الصلاة قال أصحابنا طول القيام أفضل وقال الشافعي
كثرة الصلاة أفضل وأقرب المسئلة ان طول القنوت أفضل أم كثرة السجود والصحيح قولنا لما روى عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه سئل عن أفضل الصلاة فقال طول القنوت أي القيام وعن ابن عمر انه قال في قوله تعالى
وقوموا لله قانتين ان القنوت طول القيام وقرأ قوله تعالى آمن هو قانت آناً الليل وروى عن أبي يوسف انه قال
اذا لم يكن له تردد فاعول القيام أفضل واما اذا كان له تردد من القرآن يقرأه فكثرة السجود أفضل لان القيام لا يخلف
ويضم اليه زيادة الركوع والسجود والله أعلم وأما الذي يرجع الى الوقت فيكره التطوع في الاوقات المكروهة
وهي اثنا عشر بعضها يكره التطوع فيها المعنى في الوقت وبعضها يكره التطوع فيها المعنى في غير الوقت أما الذي
يكره التطوع فيها المعنى يرجع الى الوقت فثلاثة اوقات أحدها ما بعد طلوع الشمس الى أن ترتفع وتبيض والثاني
عند استواء الشمس الى أن تزول والثالث عند تغير الشمس وهو احمرارها واصفرارها الى أن تغرب ففي هذه

الافاق الثلاثة يكره كل تطوع في جميع الازمان يوم الجمعة وغيره وفي جميع الاماكن بمكة وغيرها وسواء كان تطوعا مبتدأ لأسباب له أو تطوعا له سبب كركعتي الطواف وركعتي تحية المسجد ونحوهما وروى عن أبي يوسف أنه لا بأس بالتطوع وقت الزوال يوم الجمعة وقال الشافعي لا بأس بالتطوع في هذه الاوقات بمكة احتج أبو يوسف بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة وقت الزوال الا يوم الجمعة واحتج الشافعي رحمه الله تعالى بما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن الصلاة في هذه الاوقات الا بمكة ولنا ما روى عن عقبة بن عامر الجهني أنه قال ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها أن يصلي فيها وإن تقبر فيها موتانا إذا طلعت الشمس حتى ترتفع وإذا انضبت للغيب وعند الزوال وروى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة وقت الطلوع والغروب وقال لأن الشمس تطلع وتغرب بين قرني شيطان وروى الصنابحي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس وقال أنها تطلع بين قرني شيطان يزنها في عين من يبهدها حتى يسجد لها فإذا ارتفعت فارقتها فإذا كانت عند قائم الظهيرة فارقتها فإذا مالت فارقتها فإذا أدنت للغروب فارقتها فإذا غربت فلا تصلوا في هذه الاوقات فالنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة في هذه الاوقات من غير فصل فهو على العموم والاطلاق ونهى على معنى النهي وهو طلوع الشمس بين قرني الشيطان وذلك لأن عبدة الشمس يبدون الشمس ويسجدون لها عند الطلوع تحية لها وعند الزوال لاستنقام عاوها وعند الغروب وداعا لها فيجبي الشيطان فيجعل الشمس بين قرنيه ليقع سجودهم نحو الشمس له فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الصلاة في هذه الاوقات لتلايقع التشبه بعبدة الشمس وهذا المعنى يعم المصلين أجمع فقد عزم النبي بصيغته ومعناه فلامعني للتخصيص وما روى من النهي الا بمكة شاذ لا يقبل في معارضة المشهور وكذا رواية استثناء يوم الجمعة غريبة لا يجوز تخصيص المشهور بها وأما الاوقات التي يكره فيها التطوع لمعنى في غير الوقت فنهى ما بعد طلوع الفجر الى صلاة الفجر وما بعد صلاة الفجر الى طلوع الشمس وما بعد صلاة العصر الى مغيب الشمس فلا خلاف في أن قضاء الفرائض والواجبات في هذه الاوقات جائز من غير كراهة ولا خلاف في أن أداء التطوع المبتدأ مكروه فيها وأما التطوع الذي له سبب كركعتي الطواف وركعتي تحية المسجد فمكروه عندنا وعند الشافعي لا يكره واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا دخل أحدكم المسجد فليجبه بركعتين من غير فصل وروى عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بعد العصر وعن عمر رضي الله عنه أنه صلى صلاة الصبح فسمع صوت حدث عن خلفه فقال عزمت على من أحدث أن يتوضأ ويعبد صلاته فلم يقم أحد فقال جرير بن عبد الله البجلي يأمر المؤمنين أربابا وتوضأنا جميعا واعبدنا الصلاة فاستحسن ذلك عمر رضي الله عنه وقال له كنت سيدا في الجاهلية فقيها في الاسلام فقاموا وأعادوا الوضوء والصلاة ولا شك أن تلك الصلاة ممن لم يحدث كانت نافذة والدليل عليه أنه لا يكره الفرائض في هذه الاوقات كذا النوافل (ولنا) ما روى عن ابن عباس أنه قال شهد عند رجل مرضي وارضاهم عندي عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا صلاة بعد صلاة الصبح حتى تشرق الشمس ولا صلاة بعد صلاة العصر حتى تغرب الشمس فهو على العموم الا ما خص بدليل وكذا روى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك وروى عن ابن عمر رضي الله عنهما ما أنه طاف بمطالع الفجر سبعة أشواط ولم يصل حتى خرج الى ذي طوى وصلى ثمة بعد ما طلعت الشمس وقال ركعتان مكان ركعتين ولو كان أداء ركعتي الطواف بعد طلوع الشمس جائزا من غير كراهة لما أخرنا أن أداء الصلاة بمكة أفضل خصوصا ركعتي الطواف وأما حديث عائشة فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم مخصوصا بذلك دل عليه ما روى أنه قبل لأبي سعيد الخدري أن عائشة تروى أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بعد العصر فقال أنه فصل ما أمر ونحن نفعل ما أمرنا أشار الى أنه كان مخصوصا بذلك ولا شركة في موضع الخصوص الا ترى الى ما روى عن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى ركعتين بعد العصر فساءته عن ذلك فقال شغلني وقد عن ركعتي الظهيرة فضيبتها فقلت ونحن نفعل كذلك فقال لا أشار الى الخصوص به لانه كتب عليه

السنن الراتبية ومذهبنا مذهب عمرو بن عمرو وابن مسعود وابن عباس وعائشة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهم
وماروي عن عمر فغير يب لا يقبل على ان عمر انما فعل ذلك لاخراج المحدث عن عهدة القرض ولا بأس بعائشة
المكر ومثلها والاعتبار بالقرائن غير سديد لان الكراهة في هذه الاوقات ليست لمعنى في الوقت بل لمعنى في غيره
وهو اخراج ما بقي من الوقت عن كونه تبعاً لقرض الوقت لشغله بعبادة مقصودة ومعنى الاستبعا لا يمكن تحقيقه
في حق القرض فبطل الاعتبار وكذا أداء الواجب الذي يجب بصنع العبد من التذرو قضاء التطوع الذي أفسده
في هذه الاوقات مكروه في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف انه لا يكره لانه واجب فصار كعبادة التلاوة وصلاته الجنائز
وجه ظاهر الرواية ان المنذور عينه ليس بواجب بل هو نقل في نفسه وكذا عين الصلاة لا تجب بالشروع وانما
الواجب صيانة المؤداة عن البطلان فبقيت الصلاة نفلاً في نفسها فتكره في هذه الاوقات (ومنها) ما بعد الغروب
يكره فيه النفل وغيره لان فيه تأخير المغرب وانه مكروه ومنها ما بعد شروق الامام في الصلاة وقبل شروعه بعد
ما أخذ المؤذن في الاقامة يكره التطوع في ذلك الوقت قضاء لحق الجماعة كما نكره السنة الا في سنة الفجر على
التفصيل الذي ذكرنا في السنن ومنها وقت الخطبة يوم الجمعة يكره فيه الصلاة لانها سبب ترك استماع الخطبة وعند
الشافعي يصلي ركعتين خفيفتين تحية المسجد والمسئلة قد مررت في صلاة الجمعة ومنها ما بعد خروج الامام للخطبة
يوم الجمعة قبل ان يشتغل بها وما بعد فراغه منها قبل ان يشروع في الصلاة يكره التطوع فيه والكلام وجميع
ما يكره في حالة الخطبة عند أبي حنيفة وعندهما لا يكره الكلام وتكره الصلاة وقدم الكلام فيها في صلاة الجمعة
(ومنها) ما قبل صلاة العيد يكره التطوع فيه لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يتطوع قبل العيدين مع شدة حرصه
على الصلاة وعن علي رضي الله عنه انه خرج الى صلاة العيد فوجد الناس يصلون فقال انه لم يكن قبل العيد صلاة
فقبل له ألا تهاهم فقال لا فاني أخشى ان أدخل تحت قوله أرايت الذي ينهى عبدا اذا صلى وعن عبد الله بن مسعود
وحذيفة انهما كانا ينهيان الناس عن الصلاة قبل العيد ولان المبادرة الى صلاة العيد مسنونة وفي الاشتغال بالتطوع
تأخيرها ولو اشتغل بأداء التطوع في بيته يقع في وقت طلوع الشمس وكلاهما مكروها وقال محمد بن مقاتل الرازي
من أصحابنا انما يكره ذلك في المصلي كبل يشبهه على الناس انهم يصلون العيد قبل صلاة العيد فاما في بيته فلا بأس
بان يتطوع بعد طلوع الشمس وعامة أصحابنا على انه لا يتطوع قبل صلاة العيد لا في المصلي ولا في بيته فاول الصلاة
في هذا اليوم صلاة العيد والله اعلم

فصل وأما بيان ما يفارق التطوع القرض فيه فنقول انه يفارقه في أشياء منها انه يجوز التطوع قاعداً مع
القدرة على القيام ولا يجوز ذلك في القرض لان التطوع خبر دائم فلو الزمناه القيام بتعذر عليه ادامة هذا الخبر فاما
القرض فانه يختص ببعض الاوقات فلا يكون في الزامه مع القدرة عليه سرج والاصل في جواز النفل قاعداً مع
القدرة على القيام ماروي عن عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي قاعداً فاذا أراد
أن يركع قام فقرأ آيات ثم ركع وسجد ثم عاد الى القعود وكذا لو افتتح القرض قائماً ثم أراد أن يقعد ليس له ذلك
بالاجماع ولو افتتح التطوع قائماً ثم أراد أن يقعد من غير عذر فله ذلك عند أبي حنيفة استحساناً وعند أبي يوسف
ومحمد لا يجوز وهو القياس لان الشروع ملزم كالنذور ولو نذر أن يصلي ركعتين قائماً لا يجوز له القعود من غير عذر
فكذا اذا شرع قائماً ولا في حنيفة انه متبرع وهو مخير بين القيام والقعود في الابتداء فكذا بعد الشروع لكونه
متبرعاً ايضاً وأما قولهم ان الشروع ملزم فنقول ان الشروع ليس ملزم وضعاً وانما يلزم لضرورة صيانة ما انعقد
عبادة عن البطلان وما انعقد يتعلق بقاؤه عبادة بوجود أصل ما بقي من الصلاة لا بوجود وصف ما بقي فان التطوع
قاعداً جائز في الجملة فلم يلزم تحصيل وصف القيام فبما بقي لان لزوم ما بقي لاجل الضرورة ولا ضرورة في حق
وصف القيام ولهذا لا يلزمه أكثر من ركعتين لاستغناء المؤدى عن الزيادة بخلاف النذر فانه موضوع للاجباب
شرعاً فاذا أوجب مع الوصف وجب كذلك حتى لو أطلق النذر لارواية فيه فقيل انه على هذا الخلاف الذي ذكرنا في

الشروع وقيل لا يلزمه بصفة القيام لان التطوع لم يتناول القيام فلا يلزمه الا بالتنصيص عليه كالتتابع في باب الصوم وقيل يلزمه قائم الا ان النذر وضع للايجاب فيعتبر ما أوجبه على نفسه بما أوجبه الله عليه مطلقا وهناك يلزمه بصفة القيام الا من عذر كذا هذا واما الشروع فليس بموضوع لا وجوب وانما جعل موجبا بطريق الضرورة والضرورة في حق الاصل دون الوصف على ما مر ولو افتتح التطوع قاعدا فأدى بعضها قاعدا وبعضها قائما أجزأ ما روى عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفتتح التطوع قاعدا فيقرأ أو رده حتى اذا بقى عشر آيات أو نحوها قام فاتم قراءته ثم ركع وسجد وهكذا كان يفعل في الركعة الثانية فقد انتقل من القعود الى القيام ومن القيام الى القعود فدل أن ذلك جائز في صلاة التطوع ومنها أنه يجوز التنفل على الدابة مع القدرة على النزول واداء الفرض على الدابة مع القدرة على النزول ولا يجوز لما ذكرنا فيما تقدم ومنها أن القراءة في التطوع في الركعات كلها فرص والمفروض من القراءة في ذوات الأربع من المكتوبات في ركعتين منها فقط حتى لو ترك القراءة في الشفع الاول من الفرض لا يفسد الشفع الثاني بل يقضيها في الشفع الثاني أو يؤديها بخلاف التطوع لما ذكرنا أن كل شفع من التطوع صلاة على حدة وقد روى عن عمرو بن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم موقوف علىهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يصلي بعد صلاة مثلها قال محمد تأويله لا يصلي بعد صلاة مثلها من التطوع على هيئة الفريضة في القراءة أي ركعتان بقراءة وركعتان بغير قراءة أي لا يصلي بعد أربع الفريضة أربع ركعات من التطوع يقرأ في ركعتين ولا يقرأ في ركعتين والنهي عن الفعل أمر بصدف كان هذا أمر بالقراءة في الركعات كلها في التطوع ولا يحمل على المماثلة في اعداد الركعات لان ذلك غير منهي بالاجماع كالنهي عن ركعتين والظهر بعد الأربع في حق المقيم والركعتين بعد الظهر في حق المسافر وتأويل أبي يوسف أي لا تعاد الفرائض الفوائت لانه في بداية الاسلام كانت الفرائض تقضى ثم تعاد من الغد لوقتها فهي النبي عن ذلك ومصدق هذا التأويل ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من نام عن صلاة أو نسىها فلا يصليها اذا ذكرها أو استيقظ من الغد لوقتها ثم نسخ هذا الحديث بقوله لا يصلي بعد صلاة مثلها ويمكن حمل الحديث على النهي عن قضاء الفرض بعدائه بخافة دخول فساد فيه بحكم الوسوسة وتكون فائدة الحديث على هذا التأويل وجوب دفع الوسوسة والنهي عن اتباعها ويجوز أن يحمل الحديث على النهي عن تكرار الجماعة في مسجد واحد وعلى هذا التأويل يكون الحديث حجة لنا على الشافعي في تلك المسئلة والله أعلم ومنها أن القعدة على رأس الركعتين في ذوات الأربع في الفرائض ليست بفرض بلا خلاف حتى لا يفسد بتركها وفي التطوع اختلاف على ما مر ولو قام الى الثالثة قبل أن يقعد ساهيا في الفرض فان استتم قائما لم يعد وان لم يستتم قائما عاد وقعد وسجد سجدتي السهو وأما في التطوع فقد ذكر محمد أنه اذا نوى أن يتطوع أربع ركعات وقام ولم يستتم قائما أنه يعود ولم يذكر انه اذا استتم قائما هل يعود أم لا قال بعض مشايخنا لا يعود استسكانا لانه لما نوى الأربع التحق بالظهر وبعضهم قال يعود لان كل شفع صلاة على حدة والاول أوجه ولو كان نوى أن يتطوع ركعتين فقام من الثانية الى الثالثة قبل أن يقعد فعد ههنا بلا خلاف بين مشايخنا لان كل شفع بمنزلة صلاة الفجر ومنها أن الجماعة في التطوع ليست بسنة الا في قيام رمضان وفي الفرض واجبة أو سنة مؤكدة لقول النبي صلى الله عليه وسلم صلاة المرء في بيته أفضل من صلاته في مسجده الا المكتوبة وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي ركعتي الفجر في بيته ثم يخرج الى المسجد ولان الجماعة من شعائر الاسلام وذلك مختص بالفرائض أو الواجبات دون التطوعات وانما عرفنا الجماعة سنة في التراويح بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى التراويح في المسجد ليلتين وصلى الناس به صلاته وعمر رضي الله عنه في خلافته استشار الصحابة أن يجمع الناس على قارئ واحد فلم يخالفوه فجمعهم على أبي بن كعب ومنها أن التطوع غير موقت بوقت خاص ولا بمقدر بمقدار مخصوص فيجوز في أي وقت كان على أي مقدار كان الا أنه يكره

في بعض الأوقات وعلى بعض المقادير على ما مر والفرض مقدر بمقدار خاص موقت بأوقات مخصوصة فلا يجوز الزيادة على قدره وتخصيص جوارزه ببعض الأوقات دون بعض على ما مر في موضعه ومنها أن التطوع يتأدى عطلق النية والفرض لا يتأدى إلا بتعيين النية وقد ذكرنا الفرق في موضعه ومنها أن مراعاة الترتيب يختص بالفرائض دون التطوعات حتى لو شرع في التطوع ثم تذكر فائتة مكتوبة لم يفسد تطوعه ولو كان في الفرض تفسد الفريضة لأن المفسد للفرض كونه مؤدياً للفرض قبل وقته وليس للتطوع وقت مخصوص بخلاف الفرض ولا نه لونه كرفائتة عليه في صلاة الفرض ينقلب فرضه تطوعاً ولا يبطل أصلاً فإذا تذكر في التطوع لأن يبقى تطوعاً ولا يبطل كان أولى والله أعلم

فصل في أمارة الجنائز فالكلام في الجنائز يقع في الأصل في ستة مواضع أحدها في غسل الميت والثاني في تكفينه والثالث في جيل جنازته والرابع في الصلاة عليه والخامس في دفنه والسادس في الشهيد وقبل أن تشتغل ببيان ذلك نبدأ بما يستحب أن يفعل بالمريض المحتضر وما يفعل بعد موته إلى أن يفصل فنقول إذا احتضر الإنسان فالمستحب أن يوجهه إلى القبلة على شقه الأيمن كما يوجه في القبر لأنه قريب موته فيضجع كما يضجع الميت في المسجد ويلقن كلمة الشهادة لقول النبي صلى الله عليه وسلم لقنوا موتاكم لا اله إلا الله والمراد من الميت المحتضر لأنه قريب موته فسهى ميتاً لقربه من الموت قال الله تعالى أنبئ ميتاً وأنهم ميتون وإذا قضى نفسه فليعلم ما يشاء ولا تترك كذلك إصاكره المنظر في نظر الناس كاملة وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه دخل على أبي سلمة وقد شق بصره فغمضه ولا بأس بإعلام الناس بموته من أقربائه وأصدقائه وجيرانه ليؤدوا حقهم بالصلاة عليه والدعاء والتشجيع وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في المسكينة التي كانت في ناحية المدينة إذا ماتت فأذنوني ولان في الإعلام تعريضاً على الطاعة وحشاً على الاستعداد لها فيكون من باب الامانة على البر والتقوى والتسبب إلى الخير والدلالة عليه وقد قال الله تعالى وأما نوا على البر والتقوى وقال النبي صلى الله عليه وسلم النداء في الأسواق والحال لأن ذلك يشبه عزاء أهل الجاهلية ويستحب أن يسرع في جهازه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عجوا بموتكم فان بل خير أقدموه إليه وإن بل شرا فبعد الأهل النار ندب النبي صلى الله عليه وسلم إلى التحجيل ونبه على المعنى فيبدأ بنفسه

فصل في الغسل يقع في مواضع في بيان أنه واجب وفي بيان كيفية وجوبه وفي بيان كيفية الغسل وفي بيان شرائط وجوبه وفي بيان من يغسل ومن لا يغسل أما الأول فالدليل على وجوبه النص والاجماع والمعقول أما النص فماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للمسلم على المسلم ست حقوق وذكر من جهتها أن يغسله بعد موته وعلى كلمة إيجاب وروى أنه لما توفي آدم صاوات الله عليه غسلته الملائكة ثم قالت لولده هذه سنة موتاكم والسنة المطلقة في معنى الواجب وكذا الناس توارثوا ذلك من لدن آدم صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا فكان تاركه مسياً وتركه السنة المتوارثة والاجماع منعقد على وجوبه وأما المعقول فنقد اختلفت فيه عبارات مشايخنا ذكر محمد بن شعاع البلخي أن الأدي لا يتنجس بالموت يتنجس بالدم المسفوح في اجزائه كرامة له لأنه لو تنجس لما حكم بطهارته بالغسل كسائر الحيوانات التي حكم بنجاستها بالموت والأدي يظهر بالغسل حتى روى عن محمد أن الميت لو وقع في البئر قبل الغسل بوجوب تنجيس البئر ولو وقع بعد الغسل لا يوجب تنجيسه فعلم أنه لم يتنجس بالموت ولكن وجب غسله للحدث لأن الموت لا يجاوز عن سابقة حدث لوجود استرخاء المفاصل وزوال العقل والبدن في حق التطهر لا يتجزأ فوجب غسله كله إلا أننا كتفينا بغسل هذه الأعضاء الظاهرة حالة الحياة دفعا للحرج لقلية وجود الحدث في كل وقت حتى أن خروج المني عن شهوة لما كان لا يكثر وجوده لم يكتف فيه إلا بالغسل ولا حرج بعد الموت فوجب غسل الكل وعامة مشايخنا قالوا إن بالموت يتنجس الميت لما فيه من الدم المسفوح كما يتنجس سائر الحيوانات التي لها دم سائل بالموت ولهذا لو وقع في البئر بوجوب تنجيسه إلا أنه إذا غسل بحكم بطهارته كرامة له فكانت الكرامة عندهم في

الحكم بالطهارة عند وجود السبب المظهر في الجملة وهو الغسل لا في المنع من حلول النجاسة وعند البلغى الكرامة في امتناع حلول النجاسة وحكمها وقول العامة أظهر لأن فيه عملاً بالدليلين اثبات النجاسة عند وجود سبب النجاسة والحكم بالطهارة عند وجود ماله أثر في التطهير في الجملة ولا شك أن هذا في الجملة أقرب إلى القياس من منع ثبوت الحكم أصلاً مع وجود السبب

فصل وأما بيان كيفية وجوبه فهو واجب على سبيل الكفاية إذا قام به البعض سقط عن الباقي لحصول المقصود ببعض كسائر الواجبات على سبيل الكفاية وكذا الواجب هو الغسل مرة واحدة والتكرار سنة وليس بواجب حتى لو اكتفى بغسلة واحدة أو غمسة واحدة في ماء جارٍ لأن الغسل ان وجب لازالة الحدث كما ذهب إليه البعض فقد حصل بالمرّة الواحدة كافي غسل الجنابة وان وجب لازالة النجاسة المنتشرة فيه كرامقه على ما ذهب إليه العامة فالحكم بالزوال بالغسل مرة واحدة أقرب إلى معنى الكرامة ولو أصابه المطر لا يجزى عن الغسل لأن الواجب فعل الغسل ولم يوجد ولو غرق في الماء فخرج ان كان المخرج حركه كما يحرك الشئ في الماء بقصد التطهير سقط الغسل والا فلا لما قلنا والله أعلم

فصل وأما بيان كيفية الغسل فنقول بجبر المبيت إذا أريد غسله عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجرد بل يغسل وعليه نوبه استدلالاً بغسل النبي صلى الله عليه وسلم حيث غسل في قميصه ولنا أن المقصود من الغسل هو التطهير ومعنى التطهير لا يحصل بالغسل وعليه الثوب لتنجس الثوب بالقبالات التي تنجس بما عليه من النجاسات الحقيقية وتعذر عصره أو حصوله بالتجريد أبلغ فكان أولى وأما غسل النبي صلى الله عليه وسلم في قميصه فقد كان مخصوصاً بذلك لعظم حرمة فانه روى انهم لما قصدوا أن ينزعوا قميصه قبض الله السنة عليهم فما فهم أحد الا ضرب دقته على صدره حتى نودوا من ناحية البيت لا تجردوا نبيكم وروى غسلوا نبيكم وعليه قميصه فدل انه كان مخصوصاً بذلك ولا شركتنا في خصائصه ولأن المقصود من التجريد هو التطهير وانه صلى الله عليه وسلم كان طاهراً حتى قال على رضى الله عنه حين تولى غسله طبت حيا وميتا ويوضع على التخت لانه لا يمكن الفصل الا بالوضع عليه لانه لو غسل على الارض لتلطيخ ثم لم يدكر في ظاهر الرواية كيفية وضع التخت انه يوضع الى القبلة طويلاً وعرضاً فمن أمهاتنا من اختار الوضع طويلاً كما يفعل في مرضه إذا أراد الصلاة بالاعمال ومنهم من اختار الوضع عرضاً كما يوضع في قبره والاصح انه يوضع كما يفسر لأن ذلك يختلف باختلاف المواضع وتستمر عورته بخفة لان حرمة النظر الى العورة باقية بعد الموت قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تنظروا الى خذجي ولا ميت ولهذا لا يباح للأجنبي غسل الأجنبية دل عليه ما روى عن عائشة انها قالت كسر عظم الميت ككسره وهو حي ليعلم ان الأدمي محترم حيا وميتا وحرمة النظر الى العورة من باب الاحترام وقد روى الحسن عن أبي حنيفة انه يؤزر بأزار سابغ كما يفعله في حياته إذا أراد الاغتسال والصحيح ظاهر الرواية لانه يشق عليهم غسل ماتحت الأزار ثم الخرفة ينبغي أن تكون ساترة ما بين السرة الى الركبة لأن كل ذلك عورة وبه أمر في الاصل حيث قال وتطرح على عورته خرقه هكذا ذكره عن أبي عبد الله البلخي نصاً في نوادره ثم تغسل عورته تحت الخرقه بعد ان يلف على يده خرقه كذا ذكر البلخي لأن حرمة مس عورة الغير فوق حرمة النظر فتحريم النظر يدل على تحريم المس بطريق الاولى ولم يذكر في ظاهر الرواية انه هل يستنجد أم لا وذكر في صلاة الأثران عند أبي حنيفة يستنجد وعلى قول أبي يوسف ومحمد لا يستنجد هما يقولان قلما يجتلي موضع الاستنجاء عن العجاسة الحقيقية فلا بد من ازالتهما وأبو يوسف ومحمدية ولأن المسكة تسترخي بالموت فلا تستنجد رجايزداد الاسترخاء فخرج زيادة نجاسة فكان السبيل فيه هو الترك والاكتفاء بوصول الماء اليه ولهذا والله أعلم لم يدكر في ظاهر الرواية فلعل محمد أرجع وعرف أيضاً رجوع أبي حنيفة حيث لم يتعرض لذلك في ظاهر الرواية ثم يوضأ وضوءه للصلاة كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقي غسل ابنه أبداً أن عيها ومواضع الوضوء منها ولأن هذا سنة الاغتسال في حالة الحياة فكنا

بعد الممات لان الغسل في الموضوعين لاجل الصلاة الا انه لا يعضض الميت ولا يستنشق لان ادارة الماء في فم الميت غير ممكن ثم يتعدراخر ارجحه من القم الا بالكب وذامثلة مع انه لا يؤمن أن يسيل منه شيء لو فعل ذلك به وكذا الماء لا يدخل الخياشيم الا بالجذب بالنفس وذا غير متصور من الميت ولو كلف الغاسل ذلك لوقع في الخرج وكذا لا يؤخر غسل رجله عند التوضئة بخلاف حالة الحياة لان هناك الغسالة تجتمع عند رجله ولا تجتمع الغسالة على الثفت فلم يكن التأخير مفيدا وكذا لا يسح رأسه ويسح في حالة الحياة في ظاهر الرواية لان المسيح هناك سنعبد الا تطهيرا وههنا لو سن لسن تطهيرا لا تعبدوا والتطهير لا يحصل بالمسح ثم يغسل رأسه ولحيته بالخطمي لان ذلك أبلغ في التنظيف فان لم يكن فبالصابون وما أشبهه فان لم يكن فيكفيه الماء القراح ولا يسح لما روى عن عائشة انها رأت قوما يسرحون ميتا فقالت علام تنصون ميتكم أي تسرحون شعره وهذا قول روى عنها ولم يرو عن غيرها خلاف ذلك خل محل الاجماع ولا نه لو سرح رعا ينثر شعره والسنة ان يدفن الميت بجميع أجزائه ولهذا لا تقص أظفاره وشاربه ولحيته ولا تحت ولا ينتفابطه ولا تحلق عاتقه ولان ذلك يفعل لحق الزينة والميت ليس بمحل الزينة ولهذا لا يزال عنه شيء مما ذكرنا وان كان فيه حصول زينة وهذا عندنا وعند الشافعي يسرح ويرال عنه شعر العانة والا بط اذا كانا طوي لين وشعر الرأس يزال ان كان يتزين بأزالة الشعر ولا يحلق في حق من كان لا يحلق في حال الحياة وكان يتزين بالشعر واحتج الشافعي بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اسنعوا عوتاكم ما تصنعون بعرائسكم ثم هذه الاشياء تصنع بالعروس فكذا بالميت (ولنا) ما روي ناعن عائشة وذكرنا من المعقول وبه تبين ان ما رواه ينصرف الى زينة ليس فيها إزالة شيء من اجزاء الميت كالطيب والتنظيف من الدرن ونحو ذلك بدليل ما روي ناعن ثم يضعه على شقه الا يسر لفصل البداية بجانبه الايمن اذ السنة هي البداية باليما من على ما مر فيغسله بالماء القراح حتى ينقيه ويرى ان الماء قد خلص الى ما يلي الثفت منه ثم قد كان أمر الغاسل قبل ذلك أن يغلي الماء بالسدر فان لم يكن سدر فخرص فان لم يكن واحد منهما فالماء القراح ثم يضعه على شقه الايمن فيغسله بماء السدر أو الحرض أو الماء القراح حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي الثفت منه ثم يقعه ويسنده الى صدره أو يده فيمسح بطنه مسحا رفيقا حتى ان بقي شيء عند المخرج يسيل منه هكذا ذكر في ظاهر الرواية وروى عن أبي حنيفة في غير رواية الأصول انه يقعه ويسح بطنه أولا ثم يغسله بعد ذلك ووجهه انه قد يكون في بطنه شيء فيفسح حتى لو سال منه شيء يغسله بعد ذلك ثلاث مرات فيطهر ووجه ظاهر الرواية ان الميت قد يكون في بطنه نجاسة منعقدة لا تخرج بالمسح قبل الغسل وتخرج بعد ما غسل مرتين بماء حار فكان المسح بعد المرتين أولى والا صل في المسح ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم لما تولى غسله على والعباس والفضل بن العباس وصالح مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى أسند رسول الله صلى الله عليه وسلم الى نفسه ومسح بطنه مسحا رفيقا فلم يخرج منه شيء فقال على رضي الله عنه طبت حيا وميتا وروى انه لما مسح بطنه فاح رج المسك في البيت ثم اذا مسح بطنه فان سال منه شيء يمسحه كيلا يتلوث الكفن ويغسل ذلك الموضع تطهيرا له عن النجاسة الحقيقية ولم يذكر في ظاهر الرواية سوى المسح ولا يعيد الغسل ولا الوضوء عندنا وقال الشافعي يعيد الوضوء استبدالاً لاجالة الحياة (ولنا) ان الموت أشد من خروج النجاسة ثم هو لم يمنع حصول الطهارة فلان لا يرفعها الخارج مع ان المنع أسهل أولى ثم يضعه على شقه الايمن فيغسله بالماء القراح حتى ينقيه ليم عدد الغسل ثلاثا لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للاتي غسلن ابنته اغسلنها ثلاثا ونجسأ وسبعاً ولان الثلاث هو العدد المسنون في الغسل حالة الحياة فكذا بعد الموت فالخاصل انه يغسل في المرة الأولى بالماء القراح ليتل الدرن والنجاسة ثم في المرة الثانية بماء السدر وما يجري مجراه في التنظيف لان ذلك أبلغ في التطهير وازالة الدرن ثم في المرة الثالثة بماء القراح وشي من الكافور وقال الشافعي في المرة الاولى لا يغسل بالماء الحار لانه يزيد استرخاء فينبغي أن يغسله بالماء البارد وهذا غير سديد لانه انما يغسله ليسترخى فيزول عنه ما عليه من الدرن والنجاسة ثم ينشقه في ثوب كيلا يتل أكفانه كما يفعل في حالة الحياة بعد الغسل

وحكم المرأة في الغسل حكم الرجل وكذا الصبي في الغسل كالبالغ لان غسل الميت للصلاة عليه والصبي والمرأة يصلى عليهما الا ان الصبي اذا كان لا يعقل الصلاة لا يوضأ عند غسله لان حالة الموت معتبرة بحالة الحياة وفي حالة الحياة لا يعتبر وضوء من لا يعقل فكذا بعد الموت وكذا المحرم وغدير المحرم سواء لان الاحرام ينقطع بالموت في حق احكام الدنيا والله اعلم

فصل وما شرائط وجوبه فمنها ان يكون ميتا مات بعد الولادة حتى لو ولد ميتا لم يغسل كذا روى عن أبي حنيفة انه قال اذا استهل المولود صهي وغسل وصلى عليه وورث وورث عنه واذا لم يستهل لم يسم ولم يغسل ولم يرث وعن محمد ايضا انه لا يغسل ولا يسمي ولا يصلى عليه وهكذا ذكر الكرخي وروى عن أبي يوسف انه يغسل ويسمي ولا يصلى عليه وهكذا ذكر الطحاوي وقال محمد في السقط الذي استبان خلقه انه يغسل ويتكفن ويحفظ ولا يصلى عليه فان ثبت الروايات على انه لا يصلى على من ولد ميتا والخلاف في الغسل وجه ما اخذ به الطحاوي ان المولود ميتا نفس مؤمنة فيغسل وان كان لا يصلى عليه كالبعوضة وقطاع الطريق وجه ما ذكره الكرخي ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا استهل المولود غسل وصلى عليه وورث وان لم يستهل لم يغسل ولم يصلى عليه ولم يرث ولان وجوب الغسل بالشرع وانه ورد باسم الميت ومطلق اسم الميت في العرف لا يقع على من ولد ميتا وهذا لا يصلى عليه وقال الشافعي ان اسقط قبل أربعة أشهر لا يغسل ولا يصلى عليه قول واحد وان كان لا أربعة أشهر من وقت العلوق وقد استبان خلقه فله فيه قولان والصحيح قولنا الماذكرنا وهذا اذا لم يستهل فاما اذا استهل بان حصل منه ما يدل على حياته من بكاء أو تحريك لعضو أو طرف أو غير ذلك فانه يغسل بالاجماع لما رويناه ولان الاستهلال دلالة للحياة فكان موته بعد ولادته حيا فيغسل ولو شهدت القابلة أو الام على الاستهلال تقبل في حق الغسل والصلاة عليه لان خبر الواحد في باب الديانات مقبول اذا كان عدلا وأما في حق الميراث فلا يقبل قول الام بالاجماع لكونها تهمة لجرها المغنم الى نفسها وكذا شهادة القابلة عند أبي حنيفة وقالا تقبل اذا كانت عدلة على ما يعرف في موضعه وعلى هذا يخرج ما اذا وجد طرف من أطراف الانسان كيد أو رجل انه لا يغسل لان الشرع ورد بغسل الميت والميت اسم لكله ولو وجد الاكثر منه غسل لان الاكثر حكم الكل وان وجد الاقل منه أو النصف لم يغسل كذا ذكر القدروري في شرحه مختصر الكرخي لان هذا القدر ليس بميت حقيقة وحكما ولان الغسل للصلاة وما لم يرد على النصف لا يصلى عليه فلا يغسل أيضا وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه اذا وجد النصف ومعه الرأس يغسل وان لم يكن معه الرأس لا يغسل فكانه جعله مع الرأس في حكم الاكثر لكونه معظم البدن ولو وجد نصفه مشقوقا لا يغسل لما قلنا ولانه لو غسل الاقل أو النصف يصلى عليه لان الغسل لأجل الصلاة ولو صلى عليه لا يؤمن أن يوجد الباقي فيصلى عليه فيؤدي الى تكرار الصلاة على ميت واحد وذلك مكروه عندنا أو يكون صاحب الطرف حيا فيصلى على بعضه وهو حي وذلك فاسد وهذا كله مذهبنا وقال الشافعي ان وجد عضو يغسل ويصلى عليه واحتج بما روى ان طائرا أتى يد بكمرة زمن وقعة الجمل فغسلها أهل مكة وصلوا عليها وقيل انها يد طلحة أو يد عبد الرحمن بن عتاب ابن أسيد رضي الله عنهم وروى عن عمر رضي الله عنه انه صلى على عظام بالشام وعن أبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه انه صلى على رؤس ولان صلاة الجنائز شرعت لحرممة الآدمي وكذا الغسل وكل جزء منه محترم ولنا ما روى عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما انهما قال لا يصلى على عضو وهذا يدل على انه لا يغسل لان الغسل لأجل الصلاة ولما ذكرنا من المعاني أيضا وأما حديث أهل مكة فلا حجة فيه لان الراوي لم يروا الذي صلى عليه من هو حتى ننظر أهو حجة أم لا أو نحمل الصلاة على الدعاء وكذا حديث عمر وأبي عبيدة رضي الله عنهما لا ترى ان العظام لا يصلى عليها بالاجماع ومنها أن يكون الميت مسلما حتى لا يجب غسل الكافر لان الغسل واجب كرامة ونظما للميت والكافر ليس من أهل استحقاق الكرامة والتعظيم لكن اذا كان ذارحم محرم

من المسلم لا بأس بأن يغسله و يكفنه و يتبع جنازته و يدفنه لان الابن مأمى عن البر يمكن أبوه الكافر بل أمر
عصا حيتهم بما بالمعروف بقوله تعالى وصاحبهم في الدين امعرو فاقوموا من البر التقيام بغسله ودفنه وتكفينه والاصل فيه
ما روى عن علي رضي الله عنه لما مات أبو بوطالب جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان
عمد الضال قد توفي فقال اذهب وغسله وكفنه وواره ولا تتحدثن حديثا حتى تلقاني قال ففعلت ذلك وأئنته فأخبرته
فدعا علي بدعوات ما أحب أن يكون لي بها حمرا نعيم وقال سعيد بن جبيرة سألت رجلا عبد الله بن عباس رضي الله
تعالى عنهما فقال ان امرأتى ماتت نصرانية فقال اغسلها وكفنها وادفنها وعن الحارث بن أبي ربيعة ان أمه
ماتت نصرانية فتبع جنازتها في نفر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ثم انما يقوم ذوالرحم بذلك اذا لم يكن هناك من
يقوم به من أهل دينه فان كان خلى المسلم بينه وبينهم لم يصنعوا به ما يصنعون بموتاهم وان مات مسلم وله أب كافر
هل يمكن من القيام بتغسيله وتجهيزه لم يذكر في الكتاب و ينبغي ان لا يمكن من ذلك بل يغسله المسلمون لان
اليهودي لما آمن برسول الله صلى الله عليه وسلم عند موته ما قام رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات فقال صلى
الله عليه وسلم لا صحابه تولوا أخاكم ولم يخل بينه وبين والده اليهودي ولان غسل الميت شرع كرامة وليس من
الكرامة ان يتولى الكافر غسله ومنها أن يكون عادلا حتى لا يغسل الباغي اذا قتل ولا يصلى عليه كذا روى المولى
عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ومحمد وعند الشافعي يغسل ويصلى عليه وسند كرامة المسألة
وذ كرامة الفقيه أبو الحسن الرستغني صاحب الشيخ أبي منصور الماتريدي رحمه الله تعالى انه يغسل ولا يصلى
عليه و فرق بينهما بأن الغسل حقه والصلاة حق الله تعالى فما كان من حقه يؤتى به وما كان من حق الله تعالى لا يؤتى
به اهانة له ولهذا يغسل الكافر ولا يصلى عليه ولو اجتمع الموق المسلمون والكفار ينظرون كان بالمسلمين
علامة يمكن الفصل بها يفصل وعلامة المسلمين أربعة أشياء الختان والخضاب ولبس السواد وحلق العانة وان لم
يكن بهم علامة ينظرون كان المسلمون أكثر غسلوا وكفنوا ودفنوا في مقابر المسلمين وصلى عليهم وينوي
بالدعاء المسلمين وان كان الكفار أكثر يغسلوا ولا يصلى عليهم كذا ذكر القدوري في شرحه مختصر
الكرخي لان الحكم للغالب وذ كرامة القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه ان كانت الغلبة للموق الكفار لا يصلى
عليهم لكن يغسلون ويكفنون ويدفنون في مقابر المشركين ووجهه ان غسل المسلم واجب وغسل الكافر جائز في
الجملة فيؤتى بالجائز في الجملة لتحصيل الواجب وأما اذا كانوا على السواء فلا يشكل انهم يغسلون لما ذكرنا ان فيه تحصيل
الواجب مع الاتيان بالجائز في الجملة وهذا أولي من ترك الواجب رأسا وهل يصلى عليهم قال بعضهم لا يصلى عليهم
لان ترك الصلاة على المسلم أولى من الصلاة على الكافر لان الصلاة على الكافر غير مشروعة أصلا قال الله تعالى
ولا تصل على أحد منهم مات أبدا وترك الصلاة على المسلم مشروعة في الجملة كالبيعة وقطاع الطريق فكان الترك
أهون وقال بعضهم يصلى عليهم وينوي بالصلاة والدعاء المسلمين لانهم ان عجزوا عن تعيين العمل للمسلمين لم يعجزوا
عن تعيين القصد في الدعاء لهم وأما الذين فلا رواية فيه في المبسوط وذ كرامة الجليل في مختصره انهم يدفنون
في مقابر المشركين واختلاف المشايخ فيه قال بعضهم يدفنون في مقابر المسلمين وقال بعضهم في مقابر المشركين وقال
بعضهم تتخذ لهم مقبرة على حدة وتسوى قبورهم ولا تسمن وهو قول الفقيه أبي جعفر الهندواني وهو أحوط وأصل
الاختلاف في كتابية تحت مسلم حبلت ثم ماتت وفي بطنها ولد مسلم لا يصلى عليها بالاجماع لان الصلاة على الكفرة
غير مشروعة وما في بطنها لا يستحق الصلاة عليه والسكنها تغسل وتكفن واختلاف الصحابة في الدفن قال بعضهم
تدفن في مقابر المسلمين ترجيح الجانب الولد وقال بعضهم في مقابر المشركين لان الولد في حكم جزء منها مادام في
البطن وقال واثة بن الاسقع تتخذ لها مقبرة على حدة وهذا أحوط وهو جديت أو قيل في دار الاسلام فان كان
عليه سبها المسلمين يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين وهذا أهون ان لم يكن معه سبها المسلمين
ففيه روايتان والصحيح انه يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين لحصول غلبة الظن بكونه مسلما بدلالة

المسكان وهي دار الاسلام ولو وجد في دار الحرب فان كان معه سبعا المسلمين يغسل ويصلي عليه ويدفن في مقابر المسلمين بالاجماع وان لم يكن معه سبعا المسلمين ففيه روايتان والصحيح انه لا يغسل ولا يصلي عليه ولا يدفن في مقابر المسلمين والحاصل انه لا يشترط الجمع بين السبعا ودليل المسكان بل يعمل بالسبعا وحده بالاجماع وهل يعمل بدليل المسكان وحده فيه روايتان والصحيح انه يعمل به للحصول غلبة الظن عنده ومنها ان لا يكون ساعيا في الارض بالفساد فلا يغسل البغاة وقطاع الطريق والمكاثرون والخناقون اذا قتلوا لان المسلم يغسل كرامة له وهو لا يستحقون الكرامة بل الاهانة وعن الفقيه أبي الحسن الرستغني صاحب أبي منصور الماتريدي ان الباغي لا يغسل ولا يصلي عليه لان القتل حقه فيؤتى به والصلاة حق الله تعالى فلا يصلي عليه اهانته له كالسكافرة يغسل ولا يصلي عليه كذا ذكره في العيون وعن محمد بن قنبل مقلوما لا يغسل ويصلي عليه ومن قتل ظلما يغسل ولا يصلي عليه والباغي قتل ظلما فيغسل ولا يصلي عليه ومنها وجود الماء لان وجود الفعل مقيد بالوسع ولاوسع مع عدم الماء فسقط الغسل ولكن يعم بالصعيد لان التيمم صلح بدلا عن الغسل في حال الحياة فكذا بعد الموت غير ان الجنس يعم الجنس بيده لانه يباح له مس مواضع التيمم منه من غير شهوة ككافي حالة الحياة فكذا بعد الموت وأما غير الجنس فان كان ذوى رحم محرم فكذلك لما قلنا وان كانا أجنبيين فان لم يكونا زوجين يعم به بخرفة تستريده لان حرمة المس بينهما ثابتة كافي حالة الحياة الا اذا كان أحدهما مائلا يشتهي كالصغير أو الصغيرة فيجبه من غير خرفة وان كانا زوجين فالمرأة تيمم زوجها بلا خرفة لانها تنفسه بلا خرفة فالتيمم أولى اذ لم تبين منه في حال حياته بالاجماع ولا حدث بعد وفاته ما يوجب البيئونة عند علمائنا الثلاثة خلافا لفر بناء على ما ذكر لانها تنفسه بلا خرفة فالتيمم أولى وأما الزوج فلا ييمم زوجته بلا خرفة عندنا خلافا للشافعي على ما ذكر ومنها ان لا يكون الميت شهيدا لان الغسل ساقط عن الشهيد بالنص على ما ذكر في فصله ان شاء الله تعالى

فصل وأما بيان الكلام فيمن يغسل فنقول الجنس يغسل الجنس فيغسل الذكر والأنثى الاتي لان حل المس من غير شهوة ثابت للجنس حالة الحياة فكذا بعد الموت وسواء كان الغاسل جنبا أو حائضا لان المقصود وهو التطهير حاصل فيعوز وروى عن أبي يوسف انه كره للخاص الغسل لانها لو اغتسلت بنفسها لم تعتد به فكذا اذا غسلت ولا يغسل الجنس خلاف الجنس لان حرمة المس عند اختلاف الجنس ثابتة حالة الحياة فكذا بعد الموت والمحبوب والخصي في ذلك مثل الفعل كافي حالة الحياة لان كل ذلك منهي الا المرأة لزوجها اذ لم تثبت البيئونة بينهما في حالة حياته ولا حدث بعد وفاته ما يوجب البيئونة أو الصغير والصغيرة فيبان ذلك في الرجل والمرأة اما الرجل فنقول اذا مات رجل في سفر فان كان معه رجال يغسله الرجل وان كان معه نساء لا رجل فيهن فان كان فيهن امرأته غسلته وكفنته وصلى عليه وتدفننه اما المرأة فتغسل زوجها لما روى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت لو استقبلنا من الامر ما استدبرنا لما غسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الانساؤه ومعنى ذلك انها لم تكن حاملة وقت وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم باباحة غسل المرأة لزوجها ثم علمت بعد ذلك وروى ان ابا بكر الصديق رضي الله عنه أوصى الى امرأته اسماء بنت عميس ان تغسله بعد وفاته وهكذا فعل أبو موسى الأشعري ولان اباحة الغسل مستفادة بالنكاح فتبقى ما بقي النكاح والنكاح بعد الموت باق الى وقت انقطاع العدة بخلاف ما اذا ماتت المرأة حيث لا يغسلها الزوج لان هناك انتهى ملك النكاح لانعدام الحمل فصار الزوج أجنبيا فلا يحل له غسلها واعتبر بملك العين حيث لا ينتفى عن الحمل بموت المالك ويطل بموت الحمل فكذا هذا وهذا اذا لم تثبت البيئونة بينهما في حال حياة الزوج فاما اذا ثبت بان طلقها ثلاثا أو بئنا ثم مات وهي في العدة لا يباح لها غسله لان ملك النكاح ارتفع بالابانة وكذا اذا قبلت ابن زوجها ثم مات وهي في العدة لان الحرمة تثبت بالتقبيل على سبيل التأييد فبطل ملك النكاح ضرورة وكذا الوارثت من الاسلام والعباد بالله ثم اسلمت بعد موته لان الردة توجب زوال ملك النكاح ولو طلقها

طالافارجيائهم مات وهي في العدة لها أن تغسله لان العلق الرجي لا يزال ملك النكاح وأما إذا حدث بعد وفاة الزوج ما يوجب البذون فلا يباح لها أن تغسله عندنا وعند زفر يباح بان ارتدت المرأة بعد موته ثم أسلمت وجه قول زفر ان الردة بعد الموت لا ترفع النكاح لانه ارتفع بالموت فبقى حل الغسل كما كان بخلاف الردة في حالة الحياة ولنا ان زوال النكاح موقوف على انقضاء العدة فكان النكاح قائما فيرتفع بالردة وان لم يبق مطلقا فبقى في حق حل المس والنظر وكما ترفع الردة مطلق الحل ترفع ما بقي منه وهو حل المس والنظر وعلى هذا الخلاف اذا طأ وعت ابن زوجها وقبلته بعد موته أو وطأت بشبهة بعد موته فوجب عليها العدة ليس لها أن تغسله عندنا خلافا لزفر ولومات الزوج وهي معتدة من وطء شبهة ليس لها أن تغسله وكذا اذا انقضت عدتها من ذلك الغير عندنا خلافا لابي يوسف لانه لم يثبت لها حل الغسل عند الموت فلا يثبت بعده وكذلك اذا دخل الزوج باخت امرأته بشبهة ووجبت عليها العدة ثم مات فأنقضت عدتها بعد موته فهو على هذا الخلاف وكذلك المجوسى اذا أسلم ثم مات ثم أسلمت امرأته المجوسية لم تغسله عندنا خلافا لابي يوسف كذا ذكره الشيخ الامام المرخسى الخلاف في هذه المسائل الثلاث وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى ان المرأة أن تغسله في هذه المواضع عندنا وعند زفر ليس لها أن تغسله ولو لم يكن فيهن امرأته ولكن معهن رجل كافر علمته غسل الميت ويخيل بينهما حتى يغسله ويقتنه ثم يصلين عليه ويدفنه لان نظر الجنس الى الجنس أخف وان لم يكن بينهما موافقة في الدين فان لم يكن معهن رجل لا مسلم ولا كافر فان كان معهن صبية صغيرة لم تبلغ حدا الشهوة وأطاعت الغسل علمتها الغسل ويخيل بينهما وبينها حتى تغسله وتكفنه لان حكم العورة غير ثابت في حقها وان لم يكن معهن ذلك فانه لا يغسلنه سواء كن ذوات رحم محرم منه أولا لان المحرم في حكم النظر الى العورة والأجنبية سواء فكذلك لا تغسله الأجنبية فكذا ذوات محارمه ولكن ييممه غيران الميممة اذا كانت ذات رحم محرم منه ييممه بغير خرقه وان لم تكن ذات رحم محرم منه ييممه بخرقة تلفها على كفها لانه لم يكن لها أن تغمه في حياته فكذا بعد وفاته وكذا لو كان فيهن أم ولد لم تغسله في قول أبي حنيفة الآخر وفي قوله الاول وهو قول زفر والشافعى لها أن تغسله لانها معتدة فاشبهت المنكوحه ولنا ان الملك لا يبقى فيها بقاء العدة لان الملك فيها كان ملك يمين وهو يعتق بموت السيد والحرية تنافي ملك العين فلا يبقى بخلاف المنكوحه فان حريتها تنافي ملك النكاح كافي حال حياة الزوج وكذا لو كان فيهن أمتة أو مدبرته أو أمانة فلا لها زالت عن ملكه بالموت الى الورثة ولا يباح لامة الغير عورته غير انها لو ييممه ييممه بغير خرقه لانه يباح للجارية مسه وضع التيمم بخلاف أم الولد فانه اتفق وتلقى بسائر الخرائر الأجنبية وأما المدبرة فلا لها اتفق ولا يجب عليها العدة ثم أم الولد لا تغسله فلان لا تغسله هذه أولى وقال الشافعى الامة تغسل مولاها لانه يحتاج الى من يغسله ففى الملك فيها حكما وهذا غير سديد لان حاجته تندفع بالجنس أو بالتيمم وأما المرأة فنقول اذا ماتت امرأة في سفر فان كان معها نساء غسلنهن وليس لزوجها أن يغسلها عندنا خلافا للشافعى واحتج بحديث عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها وهي تقول واراأساء فقال وانا واراأساء لا عليك انك اذا مت غسلتك وكفنتك وصليت عليك وما جاز رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه وسلم يجوز لامته هو الاصل الا ما قام عليه الدليل وروى ان عليا غسل فاطمة بعد موتها ولان النكاح جعل قائما حكما الحاجة الميت الى الغسل كما اذا مات الزوج ولنا ما روى عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن امرأة متوفى بين رجال فقال تيمم بالصعيد ولم يفصل بين أن يكون فيهن زوجها أولا يكون ولان النكاح ارتفع بموتها فلا يبقى حل المس والنظر كما لو طلقها قبل الدخول ودلالة الوصف انها صارت محرمة على التأيد والحرمة على التأيد تنافي النكاح ابتداء وبقاء ولهذا جاز للزوج أن يتزوج باختها وأربع سواها واذا زال النكاح صارت اجنبية فبطل حل المس والنظر بخلاف ما اذا مات الزوج لان هناك ملك النكاح قائم لان الزوج مالك والمرأة مملوكة والمالك لا يزول عن المحل بموت المالك وزول بموت المحل كفى ملك العين فهو الفرق وحديث عائشة محمول على الغسل تسببا فعنى قوله غسلتك قت باسباب غسلك كما يقال بنى الامير دارا له لبناء على

هذا صيانة لمنصب النبوة عما يورث شبهة نفرة المطابع عنه وتوفيقا بين الدلائل على انه يحتمل انه كان مخصوصا بانه لا ينقطع نكاحه بعد الموت لقوله كل سبب ونسب ينقطع بالموت الاسبي ونسبي وأما حديث علي رضي الله عنه فقد روى ان فاطمة رضي الله عنها غسلتها أم أيمن ولو ثبت ان عليا غسلها فقد أنكر عليه ابن مسعود حتى قال علي أما علمت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان فاطمة زوجتك في الدنيا والاخرة فدعوا له الخصوصية دليل على انه كان معروفا بينهم ان الرجل لا يغسل زوجته وان لم يكن هناك نساء مسلمات ومعهم امرأة كافرة علموها الغسل ويخلون بيدها حتى تغسلها وتكفنها ثم يصلي عليها الرجال ويدفنونها لما ذكرنا وان لم يكن معهم نساء لا مسلمة ولا كافرة فان كان معهم صبي لم يبلغ حد الشهوة وأطاق الغسل علموه الغسل فيغسلوه ويكفنها لما بينا وان لم يكن معهم ذلك فانها لا تغسل ولكنها تيمم لما ذكرنا غير ان الميمم لها ان كان محرما لها ييممها بغير خرقه وان لم يكن محرما لها فمع الخرقه يلقها على كفها لما مر ويعرض بوجهه عن ذراعيها لان في حالة الحياة ما كان للاجنبي أن ينظر الى ذراعيها فكذا بعد الموت ولا بأس أن ينظر الى وجهها كما في حالة الحياة ولومات الصبي الذي لا يشتهي لا بأس أن تغسله النساء وكذلك العصبية التي لا تشتهي اذا ماتت لا بأس أن يغسلها الرجال لان حكم العورة غير ثابت في حق الصغير والصغيرة ثم اذا غسل الميت يكفن

فصل في تكفينه في مواضع في بيان وجوب التكفين وفي بيان كيفية وجوبه وفي بيان كمية الكفن وفي بيان صفته وفي بيان كيفية التكفين وفي بيان من يجب عليه الكفن أما الاول فالدليل على وجه النص والاجماع والمعقول أما النص فاروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال البسوا هذه الثياب اليه فانها خير ثيابكم وكفنوا فيها موتاكم وظاهر الامر لوجوب العمل وروى ان الملائكة لما غسلت آدم صلات عليه كفنوه ودفنوه ثم قالت لولده هذه سنة موتاكم والسنة المطلقة في معنى الواجب والاجماع منعقد على وجوبه ولهذا توارثه الناس من لدن وفاة آدم صلات الله وسلامه عليه الى يومنا هذا وذادليل الوجوب وأما المعقول فهو أن غسل الميت انما وجب كرامته وتعظيما ومعنى التعظيم والكرامة انما يتم بالتكفين فكان واجبا

فصل في كيفية وجوبه فوجوبه على سبيل الكفاية قضاء لحق الميت حتى اذا قام به البعض يسقط عن الباقي لان حقه صار مقضيا كما في الغسل وأما الكلام في كمية الكفن فنقول أكثر ما يكفن فيه الرجل ثلاثة أثواب ازار ورداء وقيص وهذا عندنا وقال الشافعي لا يسن القميص في الكفن وانما الكفن ثلاث لفائف واحتج بما روى عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة أثواب بيض سهولة ليس فيها قميص ولا عمامة ولنا ما روى عن عبد الله بن مغفل رضي الله عنه انه قال كفنوني في قيدتي فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كفن في قيدتي الذي توفي فيه وهكذا روى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة أثواب أحدها القميص الذي توفي فيه والاخذ برواية ابن عباس أولى من الاخذ بحديث عائشة لان ابن عباس حضر تكفين رسول الله صلى الله عليه وسلم ودفنه وعائشة ما حضرت ذلك على ان معنى قوله ليس فيها قميص أي لم يتخذ قميصا جديدا وروى عن علي رضي الله عنه انه قال كفن المرأة خمسة أثواب وكفن الرجل ثلاثة ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين ولان حال ما بعد الموت بمنزلة حال حياته والرجل في حال حياته يخرج في ثلاثة أثواب عادة قيد وسراويل وعمامة فالأزار بعد الموت قائم مقام السراويل في حال الحياة لانه في حال حياته انما كان يلبس السراويل لئلا تنكشف عورته عند المشي وذلك غير محتاج اليه بعد موته فاقم الأزار مقامه ولذا لم يذكر العمامة في الكفن وقد ذكره بعض مشايخنا لانه لو فعل ذلك لصار الكفن شغلا والسنة فيه أن يكون وترا واستحسنه بعض مشايخنا لحديث ابن عمر انه كان يعمم الميت ويجعل ذنب العمامة على وجهه بخلاف حال الحياة فانه يرسل ذنب العمامة من قبل القفا لان ذلك لغني الزينة وقد انقطع ذلك بالموت والدليل على ان السنة في حق الرجل ثلاثة أثواب ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كفن في برد وحلة والحلة اسم للزوج من الثياب والبرد اسم للفرد منها وأدنى ما يكفن فيه في حالة الاختيار

ثوبان ازار ورداء الصدوق كفتوفى في ثوبي هذين ولان أدنى ما يلبسه الرجل في حال حياته ثوبان الا ترى انه يجوز له أن يخرج فيهما ما يصل فيهما من غير كراهة فكذلك يجوز أن يكفن فيهما ما يضار بكره أن يكفن في ثوب واحد لان في حالة الحياة يجوز صلاته في ثوب واحد مع الكراهة فكذلك بعد الموت بكره أن يكفن فيه الا عند الضرورة بأن كان لا يوجد غيره لما روى ان مصعب بن عمير لما استشهد كفن في غمرة فكان اذا غطى به رأسه بدت رجلاه واذا غطى به رجلاه بدت رأسه فأمر النبي صلى الله عليه وسلم ان يغطى به رأسه ويجعل على رجله شئ من الاخر وكذا روى ان حمزة رضى الله عنه لما استشهد كفن في ثوب واحد لم يوجد له غيره فدل على الجواز عند الضرورة والعلام المراهق كالرجل يكفن فيما يكفن فيه الرجل لان المراهق في حال حياته يخرج فيهما يخرج فيه البالغ عادة فكذلك يكفن فيما يكفن فيه وان كان صيد المراهق فان كفن في خرقتين ازار ورداء خشن وان كفن في ازار واحد جاز لان في حال حياته كان يجوز الاقتصار على ثوب واحد في حقه فكذلك بعد الموت وأما المرأة فكثر ما تكفن فيه خمسة أثواب درع وخمار وازار ولفافة وخرقة هو السنة في كفن المرأة لما روى عن أم عطية ان النبي صلى الله عليه وسلم ناول اللواتي غسلن ابنته في كفنهن ثوباً حتى ناولهن خمسة أثواب آخرهن خرقة تربط بها نديها ولما روى ناعن على رضى الله عنه ولان المرأة في حال حياتها تخرج في خمسة أثواب عادة درع وخمار وازار وملاء ونقاب فكذلك بعد الموت تكفن في خمسة أثواب ثم الخرقة تر بطوق الا كفان عند الصدر فوق الثديين والبطن كيلا ينشر عليها الكفن اذا حملت على السرير والصحيح قولنا لما روى بنافي حديث أم عطية انها قالت آخرهن خرقة تربط بها نديها وأدنى ما تكفن فيه المرأة ثلاثة أثواب ازار ورداء وخمار لان معنى الستري في حالة الحياة يحصل بثلاثة أثواب حتى يجوز لها أن تغطي فيها وتخرج فكذلك بعد الموت وبكره أن تكفن المرأة في ثوبين وأما الصغيرة فلا بأس بأن تكفن في ثوبين والحجارية المراهقة بمنزلة البالغة في الكفن لما ذكرنا والسقط يلف في خرقة لانه ليس له حرمة كاملة ولان الشرع انما ورد بتكفين الميت ولسم الميت لا ينطق عليه كلاً لا ينطق على بعض الميت وكذا من ولد ميتة أو وجد طرف من أطراف اللسان أو نصفه مشقوقاً طويلاً أو نصفه مقطوعاً عارضاً لكن ليس معه الرأس لما قلنا فان كان معه الرأس ذكر القاضي في شرحه مختصراً الطحاوي انه يكفن وعلى قياس ما ذكره القسدي في شرحه مختصراً الكرخي في الغسل يلف في خرقة لما ذكرنا في فصل الغسل وان وجد أكثره يكفن لان لا أكثر حكم الكل وكذا الكافر اذا مات وله ذورحم محرم مسلم يغسله ويكفنه لكن في خرقة لان التكفين على وجه السنة من باب الكرامة للميت ولا يكفن الشهيد كفناً جديداً غير ثيابه لقول النبي صلى الله عليه وسلم زملوهم بثيابهم واكلوهم

فصل وأما صفة الكفن فالأفضل أن يكون التكفين بالثياب البيض لما روى عن جابر بن عبد الله الانصاري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أحب الثياب الى الله تعالى البيض فليلبسها أحياء ثم وكفنوا فيها موتاً وفي رواية قال البسوا هذه الثياب البيض فانهم اخبرني بكم وكفنوا فيها موتاً ثم وقال النبي صلى الله عليه وسلم حسنوا كفان الموتى فانهم يتزاوون فيما بينهم ويتفاخرون بحسن أكتافهم وقال صلى الله عليه وسلم اذا ولي أحدكم أخاه ميتاً فليحسن كفنه والبرود والكتان والقصب كل ذلك حسن والخلق اذا غسل والجديد سواء لما روى عن أبي بكر رضى الله عنه انه قال اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما فانهما المهل والصدید وان الحى أحوج الى الجديد من الميت والحاصل أن ما يجوز لكل جنس ان يلبسه في حياته يجوز ان يكفن فيه بعد موته حتى يكره ان يكفن الرجل في الحرير والمصفر والمزعفر ولا يكره للنساء ذلك اعتباراً بالباس في حال الحياة **فصل** وأما كيفية التكفين فينبغي أن تجمر الا كفان أو لا تراى أى مرة أو ثلاثاً أو خمساً ولا يزيد عليه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا أجزتم الميت فاجروه وتراولان الثوب الجديد والغسل مما يطيب ويجمر في حالة الحياة فكذلك بعد الممات والوتر مندوب اليه في ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى وتر يحب

الورث ثم تيسر اللقافة وهي الرداء طولاً ثم يسط الازار عليه اطولاً ثم يلبسه القميص ان كان له قبض وان لم يكن له
 سروله لان اللبس بعد الوفاة معتبر بحال الحياة الا ان في حياته كان يلبس السراويل حتى لا تتكشف عورته عند
 المشي ولا حاجة الى ذلك بعد موته فاقبم الازار مقام السراويل الا ان الازار في حال حياته تحت القميص وبعد الموت
 فوق القميص من المنكب الى القدم لان الازار تحت القميص حالة الحياة ليتيسر عليه المشي وبعد الموت
 لا يحتاج الى المشي ثم يوضع الخفوط في رأسه وحجته لما روي ان آدم صلات الله وسلامه عليه لما توفي غسلته
 الملائكة وحنطوه ووضع الكافور على مساجده يعني جبهته وأنفه ويديه وركبتيه وقدميه لما روي عن ابن
 مسعود انه قال وتبع مساجده بالطيب يعني بالكافور ولأن تعظيم الميت واجب ومن تعظيمه ان يطيب للأنف منه
 رائحة منتنة وليصان عن سرعة الفساد وأولى المواضع بالتعظيم مواضع السجود وكذا الرأس والاحبة ههنا من
 أشرف الأعضاء لأن الرأس موضع الدماغ ومجمع الحواس والاحبة من الوجه والوجه من أشرف الاعضاء
 وعن زفرانه قال يذر الكافور على عيني وأنفه وفه لان المقصود ان يتباعد الدود من الموضع الذي يذر عليه
 الكافور فخص هذه المحال من بدنه لهذا وان لم يجد ذلك لم يضره ولا بأس بسائر الطيب غير الزعفران والورس
 في حق الرجل لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى الرجال عن المزعفر ولم يذكر في الأصل انه هل تحشى
 محارقه وقالوا ان خشى خروج شئ يلوث الاكفان فلا بأس بذلك في أنفه وفه وقد جوز الشافعي في دبره أيضاً
 واستقبح ذلك مشايخنا وان لم يخش جاز الترك لانعدام الحاجة اليه ثم يعطف الازار عليه من قبل شقه الأيسر
 وان كان الازار طويلاً حتى يعطف على رأسه وسائر جسده فهو أولى ثم يعطف من قبل شقه الايمن كذلك فيكون
 الايمن فوق الايسر ثم تعطف اللقافة وهي الرداء كذلك لان المنتقب في حالة الحياة هكذا يفعل اذا تحزم بدأ يعطف
 شقه الايسر على الايمن ثم يعطف الايمن على الايسر فكذا يفعل به بعد الممات فان خيف ان تنتشر اكفانه تعقد
 ولكن اذا وضع في قبره تحلل القدر والمالاجله عقد والله أعلم وأما المرأة فييسر لها اللقافة والازار واللقافة
 فوق الخمار والخرقة يربط فوق الاكفان عند الصدر فوق الثديين والبطن كي لا ينتشر الكفن باضطراب ثديها
 عند الحبل على السرير وعرض الخرقة ما بين الثدي والسررة هكذا ذكر محمد بن غير رواية الاصول ويسدل شعرها
 ما بين ثديها من الجانبين جنباً تحت الخمار ولا يسدل شعرها خلف ظهرها وعند الشافعي يسدل خلف ظهرها
 واحتج بحديث أم عطية انها قالت لما توفيت رقية بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ضفرنا شعرها ثلاثة
 فروق في ناصيتها وقرنها والقيناها خلفها فدل أن السنة هكذا ولنا ان القاءها الى ظهرها من باب الزينة وهذه ليست
 بحال زينة ولا حاجة في حديث أم عطية لان ذلك كان فعل أم عطية وليس في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم
 علم ذلك ثم المحرم يكفن كما يكفن الحلال عندنا أي تغطي رأسه ووجهه ويطيب وقال الشافعي لا يخمر رأسه ولا
 يقرب منه طيب واحتج بما روي ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن محرم وقصت به ناقته واندق
 عنقه فقال اغسلوه بعماء وسدر وكفنوه في ثوبه ولا تخمر وارأسه فانه يبعث يوم القيامة ملبياً وفي رواية قال ولا
 تقربوا منه طيباً ولنا ما روي عن عطاء عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في المحرم يموت
 خروهم ولا تشبهوهم باليهود وروي عن علي أنه قال في المحرم اذا مات انقطع احرامه ولان النبي صلى الله عليه
 وسلم قال اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاثة ولد صالح يدعو له وصدقة جارية وعلم علمه الناس ينتفعون به
 والاحرام ليس من هذه الثلاثة وما روي معارض بما روي بنات في المحرم فبقي لنا الحديث المطلق الذي روينا ان هذا
 العمل منقطع على أن ذلك الحديث محمول على محرم خاص به النبي صلى الله عليه وسلم مخصوصاً به بدليل ما روينا
 في فصل ١٠ وأما بيان من يجب عليه الكفن فنقول كفن الميت في ماله ان كان له مال ويكفن من جميع ماله قبل الدين
 والوصية والميراث لان هذا من أصول واثق الميت فصاركفة فته في حال حياته وان لم يكن له مال فكفنه على من
 تجب عليه نفقته كما تلزمه كسوته في حال حياته الا المرأة فانه لا يجب كفنها على زوجها عند محمد لان الزوجية

انقطعت بالموت فصار كالاجنبي وعند أبي يوسف يجب عليه كفنها كما يجب عليه كسوته في حال حياتها ولا يجب على المرأة كفن زوجها بالاجماع كالا يجب عليها كسوته في حال الحياة وان لم يكن له مال ولا من ينفق عليه فكفنه في بيت المال فكفنته في حال حياته لانه أعد لحوائج المسلمين وعلى هذا اذا نبش الميت وهو طري لم يتفسخ بعد كفن ثانيا من جميع المال لان حاجته الى الكفن في المرة الثانية تتجاذبه اليه في المرة الاولى فان قسم المال فهو على الوارث دون الغرماء وأصحاب الوصايا لان بالقسم انقطع حق الميت عنه فصار كانه مات ولا مال له فكفنه وارثه ان كان له مال وان لم يكن له مال ولا من تقترض عليه نفقته فكفنه في بيت المال بمنزلة نفقته في حال حياته وان نبش بعد ما تفسخ وأخذ كفنه كفن في ثوب واحد لانه اذا تفسخ خرج عن حكم الاكميين الا ترى انه لا يصلى عليه فصار كالنقط والله أعلم ثم اذا كفن الميت يتحمل على الجنازة

فصل في الكلام في حمله على الجنازة في مواضع في بيان كيفية حمل الجنازة وكيفية حملها وتشييعها ووضعها وما يتصل بذلك مما يسر وما يكره اما بيان كيفية حمل الجنازة وكيفية حملها فاقال سنة في حمل الجنازة ان يحملها أربعة نفر من جوانبها الاربع عندنا وقال الشافعي السنة حملها بين العمودين وهو ان يحملها رجلان يتقدم أحدهما فيضع جانبي الجنازة على كتفيه ويتأخر الآخر فيفعل مثل ذلك وهذا النوع من الحمل مكروه كذا ذكره الحسن ابن زياد في المجرى واحتج الشافعي بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم حمل جنازة سعد بن معاذ بين العمودين وأنا ما روى عن عبد الله بن مسعود انه قال السنة ان يحمل الجنازة من جوانبها الاربع وروى أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يدور على الجنازة من جوانبها الاربع ولان عمل الناس اشتهر بهذه الصفة وهو آمن من سقوط الجنازة وأيسر على الحاملين المتداولين بينهم وأبعد من تشبيه حمل الجنازة بحمل الاثقال وقد أمرنا بذلك ولهذا يكره حملها على الظهر أو على الدابة وأما الحديث فتأمله انه كان لضيق المكان أولعوز الحاملين ومن أراد اكمال السنة في حمل الجنازة ينبغي له ان يحملها من الجوانب الاربع لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يدور على الجنازة على جوانبها الاربع فيضع مقدم الجنازة على عيئه ثم مؤخرها على عيئه ثم مقدمها على يساره ثم مؤخرها على يساره كما بين في الجامع الصغير وهذا لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يحجب التيامن في كل شيء واذا حمل هكذا حصلت البداية بعين الحامل وعين الميت وانما بدأنا بالايمن المقدم دون المؤخر لان المقدم أول الجنازة والبداية بالشئ انما تكون من أوله ثم يضع مؤخرها الايمن على عيئه لانه لو وضع مقدمها الايسر على يساره لاحتاج الى المشي امامها والمشي خلفها أفضل ولانه لو فعل ذلك او وضع مؤخرها الايسر على يساره لمقدم الايسر على الايمن ثم يضع مقدمها الايسر على يساره لانه لو فعل كذلك يقع الفراغ خلف الجنازة فيمشي خلفها وهو أفضل كذلك كان الحمل ولكال السنة كما وصفنا من الترتيب وينبغي ان يحمل من كل جانب عشر خطوات لما روى في الحديث من حمل جنازة أربعين خطوة كبرت أربعين كبيرة وأما جنازة الصبي فالأفضل ان يحملها الرجال ويكره ان توضع جنازته على دابة لان الصبي مكرم محترم كالبالغ ولهذا يصلى عليه كما يصلى على البالغ ومعنى الكرامة والاحترام في الحمل على الايدي فاما الحمل على الدابة فاهانة لانه يشبه حمل الامعة واهانة المحترم مكروه ولا بأس بان يحملها راكب على دابته وهو ان يكون الحامل له راكبا لان معنى الكرامة حاصل وعن أبي حنيفة في الرضيع والقطيم لا بأس بان يحمل في طبق يتداولونه والله أعلم والاسراع بالجنازة أفضل من الابطاء لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال عجّلوا بعموتكم فان يد خيراً قدمتموه اليه وان يد شراً التيقوه عن رقابكم وفي رواية فبعد اهل النار لكن ينبغي ان يكون الاسراع دون الخجب لما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشي بالجنازة فقال مادون الخجب ولان الخجب يؤدي الى الاضرار بعيشي الجنازة ويقدم الرأس في حال حمل الجنازة لانه من أشرف الأعضاء فكان تقديمه أولى ولان معنى الكرامة في التقديم واما كيفية التشييع فالمشي خلف الجنازة أفضل عندنا وقال الشافعي المشي امامها أفضل واحتج بما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر

كانوا يعشرون امام الجنائز وهذا حكاية عادة وكانت عاداتهم اختيار الافضل ولا ينهم شفعاء الميت والشفيع ابدأ بتقديم
لانه احوط للصلاة لما فيه من الهرز عن احقال القوت ولنا ما روى عن ابن مسعود وقوله عليه وهر فو عالى
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الجنائز متبوعة وليست بتابعة ليس معها من تقدمها وروى عنه انه عليه
السلام كان يمشى خلف جنازة سعد بن معاذ وروى معمر عن طاوس عن ابيه قال ما شئ رسول الله حتى مات
الا خلف الجنائز وعن ابن مسعود فضل المشى خلف الجنائز على المشى امامها كفضل المكتوبة على النافلة ولان
المشى خلفها اقرب الى الاتعاط لانه يعاين الجنائز فيتعط فكان افضل والمروى عن النبي صلى الله عليه وسلم لبيان
الجواز وتسهيل الامر على الناس عند الازدحام وهو تأويل فعل ابى بكر وعمر والدليل عليه ما روى عن عبد الرحمن
ابن ابي لى انه قال بينا أنا أمشى مع على خلف الجنائز وأبو بكر وعمر عشيان امامها فقلت لعلى ما بال أبى بكر وعمر
عشيان امام الجنائز فقال انهما يعلمان ان المشى خلفها افضل من المشى امامها الا انهما يسهلان على الناس ومعناه
أن الناس يصعرون عن المشى امامها تظلمها فلو اختار المشى خلف الجنائز لضاق الطريق على مشيعيها وأما
قوله ان الناس شفعاء الميت فينبى أن يتقدموا فيشكل هذا بحالة الصلاة فان حالة الصلاة حالة الشفاعة ومع ذلك
لا يتقدمون الميت بل الميت قدامهم وقوله هذا احوط للصلاة فلما عندنا انما يكون المشى خلفها افضل اذا
كان بقرب منها بحيث يشاهدها وفي مثل هذا لا تقوت الصلاة ولو مشى قدامها كان واسعاً لان النبي صلى الله
عليه وسلم وأبا بكر وعمر رضي الله عنهما فعلوا ذلك في الجملة على ما ذكرنا غير انه يكره أن يتقدم الكل عليها لان فيه
ابطال متبوعة الجنائز من كل وجه ولا بأس بالركوب الى صلاة الجنائز والمشى افضل لانه اقرب الى الخشوع واليقين
بالشفاعة ويكره للراكب أن يتقدم الجنائز لان ذلك لا يتخلو عن الضرر بالناس ولا تتبع الجنائز بنا الى قبره يعنى
الاجساد في قبره لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج في جنازة فرأى امرأة في يدها حجر فصاح عليها وطردها
حتى توارت بالاكمام وروى عن أبي هريرة رضي الله عنه انه قال لا تحملوا معي حجر ولا نأى آله العذاب فلا تتبع معه
تقاؤ لا قال ابراهيم الضحى أكره أن يكون آخر زاده من الدنيا نارا ولان هذا فعل أهل الكتاب فيكره التشبه بهم ولا
ينبى أن يرجع من يتبع الجنائز حتى يصلى لان الاتباع كان للصلاة عليها فلا يرجع قبل حصول المقصود ولا
ينبى للنساء أن يخرجن في الجنائز لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وقال انصرفن ما زورات غير
ما زورات ولا ينبى لاحد أن يقوم للجنائز اذا أتى بها بين يديه الا أن يريد اتباعها ويكره النوح والصياح في الجنائز
ومثل الميت لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الصوتين الاحقين صوت النائحة والمغنية فاما البكاء
فلا بأس به لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه بكى على ابنه ابراهيم وقال العين تدمع والقلب يخشع ولا نقول ما
يسخط الرب وانا علي بن ابراهيم لمخزونون واذا كان مع الجنائز نائحة أو صائحة زحرت فان لم تنزجر فلا بأس بان يتبع
الجنائز معها ولا يمنع لاجلها لان اتباع الجنائز سنة فلا يترك يدعة من غيره ويطلب الصلوات اذا اتبع الجنائز
ويكره رفع الصوت بالذكر لما روى عن قيس بن عباد انه قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يكرهون رفع
الصوت عند ثلاثة عند القتال وعند الجنائز والذكر ولا نه تشبه باهل الكتاب فكان مكرهاً ويكره لمنبى الجنائز أن
يقعدوا قبل وضع الجنائز لانهم اتباع الجنائز والتبع لا يقعد قبل قعود الاصل ولا ينهم انما حضروا تظلم الميت وليس
من التعظيم الجلوس قبل الوضع فاما بعد الوضع فلا بأس بذلك لما روى عن عباد بن الصامت رضي الله عنه ان ابى
صلى الله عليه وسلم كان لا يجلس حتى يوضع الميت في اللحد وكان قائماً مع أصحابه على رأس قبر فقال يهودى هكذا
تفعل عوتانا فجلس صلى الله عليه وسلم وقال لا يحبا به خالفوهم وأما كيفية الوضع فنقول انها توضع عرضاً للقبلة
هكذا توارثه الناس والله أعلم ثم اذا وضعت الجنائز يصلى عليها

فصل في بيان كيفية الصلاة وما يقرأ في موضع في بيان انها فرضة وفي بيان كيفية فرضيتها وفي بيان من يصلى
عليه وفي بيان كيفية الصلاة وفي بيان ما تصح به الصلاة وما يكره وفي بيان من له ولاية الصلاة أما

الاول فالدليل على فرضيتها ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال صلوا على كل روفاجر وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال للمسلم على المسلم ست حقوق وذکر من جلته ان يصلى على جنازته وكفاية على اللابجاب وكذا مواظبة النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضى الله عنهم والامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا عليها دليل القرينة والاجماع منعقد على فرضيتها ايضا الا انها فرض كفاية اذا قام به البعض يسقط عن الباقي لان ما هو الفرض وهو قضاء حق الميت يحصل البعض ولا يمكن ايجابها على كل واحد من آحاد الناس فصار بمنزلة الجهاد لكن لا يسع الاجتماع على تركها كالجهاد واما بيان من يصلى عليه فكل مسلم مات بعد الولادة يصلى عليه صغيرا كان أو كبيرا ذكرا كان أو أنثى حرا كان أو عبدا الا البغاة وقطاع الطريق ومن عثل حالهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم صلوا على كل روفاجر وقوله للمسلم على المسلم ست حقوق وذکر من جلته ان يصلى على جنازته من غير فصل الا ما خص بدليل والبغاة ومن عثل حالهم مخصوصون لما ذكرنا ولا يصلى على من وجد ميتا وقد ذكرناه في باب الغسل وان مات في حال ولادته فان كان خرج أكثره صلى عليه وان كان أقله لم يصلى عليه اغتبار الا بالغلب وان كان خرج نصفه لم يذكر في التكتاب ويجب أن يكون هذا على قياس ما ذكرنا من الصلاة على نصف الميت ولا يصلى على بعض الانسان حتى يوجد الا أكثر منه عندنا لاننا وصلينا على هذا البعض بلزمتنا الصلاة على الباقي اذا وجدناه فيؤدى الى التكرار وانه ليس بمشروع عندنا بخلاف الاكثر لانه اذا صلى عليه لم يصلى على الباقي اذا وجد وقد ذكرناه في باب الغسل وذكرنا اختلاف رواية الكرخي والطحاوي في النصف المتقطع ولا يصلى على ميت الا مرة واحدة لاجتماع ولا وحدها انما عندنا الا أن يكون الذين صلوا عليهم الأجانب بغير أمر الا ولباء ثم حضر الولي خفيته أنه يصلي عليه او قال الشافعي يجوز لمن لم يصل أن يصلى واحتج بما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على النجاشي ولا شأن له كان صلى عليه وروى انه صلى الله عليه وسلم مربي قبر جديد فسأل عنه فقيل قبر فلانة فقال هلا أدنقوني بالصلاة عليها فقيل انما دفنت ليلنا غشنا عليها هوام الارض فقال صلى الله عليه وسلم اذا مات انسان فادنوني فان صلاتي عليه رحمة وقام وجعل القبر بينه وبين القبلة وصلى عليه وكذا الصحابة رضى الله عنهم صلوا على النبي صلى الله عليه وسلم جماعة بعد جماعة ولا نهم ادعاء ولا بأس بتكرار الدعاء ولان حق الميت وان قضى فكل مسلم في الصلاة حق ولا نه يثاب بذلك وعسى أن يغفر له ببركة هذا الميت كرامة له ولم يقض هذا الحق في حق كل شخص فكان له أن يقضى حقه (ولنا) ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على جنازة فلما فرغ جاء عمر ومعه قوم فاراد أن يصلى ثانيا فقال له النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة على الجنازة لا تعاد ولكن ادع الميت واستغفر له وهذا نص في الباب وروى ان ابن عباس وابن عمر رضى الله تعالى عنهم فاتهما صلاة على جنازة فلما حضر اما زاد على الاستغفار له وروى عن عبد الله بن سلام انه فاتته الصلاة على جنازة عمر رضى الله عنه فلما حضر قال ان سبقوني بالصلاة عليه فلا تسبقوني بالدعاء والدليل عليه ان الامة توارثت ترك الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى الخلفاء الراشدين والصحابة رضى الله عنهم ولو جاز لما ترك مسلم الصلاة عليهم خصوصا على رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه في قبره كما وضع فان لحوم الانبياء حرام على الارض به ورد الا نتركهم ذلك اجماعا منهم دليل على عدم جواز التكرار ولان الفرض قد سقط بالفعل مرة واحدة لكونها فرض كفاية ولهذا ان من لم يصل لترك الصلاة ثانيا لا يأتى واذ اسقط الفرض فلوصلى ثانيا كان نقلا والتنقل بصلاة الجنازة غير مشروع بدليل ان من صلى مرة لا يصلى ثانيا وهذا بخلاف ما اذا تقدم غير الولي فصلى ان الولي أن يصلى عليه لانه اذا لم يجز الاول تبين ان الاول لم يقع فرضه لان حق التقدم كان له فاذا تقدم غيره بغيره كان له أن يستوفي حقه في التقدم فيقع الاول فرضا فهو الفرق والنبي صلى الله عليه وسلم انما أعاد لان ولاية الصلاة كانت له فانه كان أولى الاولياء قال الله تعالى النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا يصلى على موتاكم غيري مادمت بين أظهركم فلم يسقط الفرض باءه غيره وهذا هو تأويل فعل الصحابة رضى الله عنهم فان

الولاية كانت لا يكره ولا نهى والخليفة إلا أنه كان مشغولا بتسوية الامور وتسكين الفتنة فكانوا يصلون عليه قبل حضوره فلما فرغ صلى عليه ثم لم يصل بعده عليه والله أعلم وأما حديث الجاشي فيحتمل انه دعاء لان الصلاة تذكر ويراد بها الدعاء ويحتمل انه خصه بذلك وأما قوله ان لكل واحد من الناس حق في الصلاة عليه فلنا نعم لكن لا وجه لاستدراك ذلك لسقوط الفرض وعدم جواز التنفل بها وهو الجواب عن قوله انه ادعاء واستغفار لان التنفل بالدعاء والاستغفار مشروع وبالصلاة على الجنائز غير مشروع وعلى هذا قال أصحابنا لا يصل على ميت غائب وقال الشافعي يصل على ميت لا يصلى عليه استدل لا بصلاة النبي صلى الله عليه وسلم على الجاشي وهو غائب ولا حجة له فيه لما بينا على انه روى ان الارض طويت له ولا يوجد مثل ذلك في حق غيره ثم ما ذكره غير سديد لان الميت ان كان في جانب المشرق فان استقبل القبلة في الصلاة عليه كان الميت خلفه وان استقبل الميت كان مصليا غير القبلة وكل ذلك لا يجوز ولا يصل على صبي وهو على الدابة وعلى أيدي الرجال حتى يوضع لان الميت بمنزلة الامام لهم فلا يجوز ان يكون محمولا وهم على الارض ولا يصل على البغاة وقطاع الطريق عندنا وقال الشافعي يصل عليهم لانهم مسلمون قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا الآية فدخلوا تحت قول النبي صلى الله عليه وسلم صلوا على كل بر وفاجر (ولنا) ما روى عن علي انه لم يغسل أهل نهر وان لم يغسل عليهم فقيل له أ كفارهم فقال لا ولكن هم اخواننا بغوا علينا أشار الى ترك الغسل والصلاة عليهم اهانة لهم ليكون زجر الغيرهم وكان ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم ولم يذكر عليه أحد فيكون اجماعا وهو نظير المصلوب ترك على خشبته اهانة له وزجر الغير كذا هذا واذا ثبت الحكم في البغاة ثبت في قطاع الطريق لانهم في معاناهم اذهم يسعون في الارض بالفساد كالبغاة فكانوا في استحقاق الاهانة مثلهم وبه تبين ان البغاة ومن يمثلهم مخصوصون بالحديث باجماع الصحابة رضي الله عنهم وكذلك الذي يقتل بالخنق كذا روى عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف وكذلك من يقتل على متاع يأخذه والمكائرون في المصر بالسلاح لانهم يسعون في الأرض بالفساد فيلحقون بالبغاة والله أعلم

فصل وأما بيان كيفية الصلاة على الجنائز فينبغي أن يقوم الامام عند الصلاة بهذا الصدر من الرجل والمرأة وروى الحسن في كتاب صلاته عن أبي حنيفة انه قال في الرجل يقوم بهذا وسطه ومن المرأة بهذا صدرها وهو قول ابن أبي ليلى وجه رواية الحسن ان في القيام بهذا الوسط تسوية بين الجانبين في الحظ من الصلاة الا ان في المرأة يقوم بهذا صدرها ليكون أبعد عن عورتها الغليظة وجه ظاهر الرواية ان الصدر هو وسط البدن لان الرجلين والرأس من جملة الاطراف فيبقى البدن من العجيزة الى الرقبة فكان وسط البدن هو الصدر والقيام بهذا الوسط أولى يستوي الجانبان في الحظ من الصلاة ولان القلب معدن العلم والحكمة فالوقوف بجهاله أولى ولا نص عن الشافعي في كيفية القيام وأصحابه يقولون يقوم بهذا رأس الرجل وبهذا عجز المرأة ويكون هذا مذهب الشافعي لما روى عن أنس أنه صلى على امرأة فوقف عند عجزها وصلى على رجل فقام عند رأسه فقيل له أ كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصل كذلك قال نعم قالوا ومذهب الشافعي لا يخالف السنة فيكون هذا مذهبه وان لم يرو عنه ولكننا نقول هذا معارض بما روى سهر بن جندب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على أم قلاية ماتت في نفاسها فقام وسطها وهذا موافق لمذهبنا ما ذكرنا أنه يقوم بهذا صدر كل واحد منهما لان الصدر وسط البدن أو نؤول فنقول يحتمل أنه وقف بهذا الوسط الا أنه مال في أحد الموضعين الى الرأس وفي الآخر الى العجز فظن الراوي أنه فرق بين الامرين ثم تكبر أربع تكبيرات وكان ابن أبي ليلى يقول خمس تكبيرات وهو رواية عن أبي يوسف وقد اختلفت الروايات في فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فروى عنه الخمس والسبع والتسع وأكثر من ذلك الا أن آخر فعله كان أربع تكبيرات لما روى عن عمر أنه جمع الصحابة رضي الله عنهم حين اختلفوا في عدد التكبيرات وقال لهم انكم اختلفتم فن يأتي بعدكم يكون أشد اخلافا فانظروا آخر صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة فخذوا بذلك فوجدوه صلى على امرأة كبر عليها أربعين فانتقموا على ذلك فكان هذا دليلا على كون التكبيرات

في صلاة الجنائز أربعا لأنهم أجمعوا على ما احتج به عبد الله بن مسعود حين سئل عن تكبيرات الجنائز هل ذلك
فدكان ولكي رأيت الناس أجمعوا على أربع تكبيرات والاجماع حجة وكذا روى عنه أنه صلى الله عليه وسلم كذا كان
يفعل ثم أخبروا أن آخر صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت أربع تكبيرات وهذا خرج مخرج التناسخ
حيث لم يحمل الأمة الأفعال المختلفة على التخيير فدل أن ما تقدم نسخ هذه التي صلاها آخر صلاته ولأن كل
تكبيرة قائمة مقام ركعة وليس في المكتوبات زيادة على أربع ركعات إلا أن ابن أبي ليلى يقول التكبيرة الأولى
للافتتاح فينبغي أن يكون بعدها أربع تكبيرات كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والرافضة زعمت أن عليا كان يكبر
على أهل بيته خمس تكبيرات وعلى سائر الناس أربعا وهذا افتراء منهم عليه فإنه روى عنه أنه كبر على فاطمة
أربعا وروى أنه صلى على فاطمة أبو بكر وكبر أربعا وعمر صلى على أبي بكر الصديق وكبر أربعا فاذا كبر
الأولى أتى على الله تعالى وهو أن يقول سبحانك اللهم وبحمدك إلى آخره وذكر الطحاوي أنه لا افتتاح
فيه ولكن النقل والعادة أنهم يستغفرون بعد تكبيرة الافتتاح كما يستغفرون في سائر الصلوات وإذا كبر الثانية
يأتى بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وهي الصلاة المعروفة وهي أن يقول اللهم صل على محمد وعلى آل محمد
قوله اندك جدي مجيد وإذا كبر الثالثة يستغفرون لبيت ويشفون وهذا لأن صلاة الجنائز دعاء لبيت والسنة في الدعاء
أن يقدم الحمد ثم الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ثم الدعاء بعد ذلك ليكون أرجح أن يستجاب والدعاء أن يقول
اللهم اغفر لحينا وميتنا إن كان يحسنه وإن لم يحسنه يذكر ما يدعو به في التشهد اللهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات إلى
آخر هذا إذا كان بالغيا فاما إذا كان صبيا فإنه يقول اللهم اجعله لنا فرطا وذنرا وشفعة فينا كذا روى عن أبي
حنيفة وهو المروى عن النبي صلى الله عليه وسلم ثم يكبر التكبيرة الرابعة ويسلم تسليتين لأنه جاءه وأوان الصل
وذلك بالسلام وهل يرفع صوته بالتسليم لم يتعرض له في ظاهر الرواية وذكر الحسن بن زياد أنه لا يرفع صوته بالتسليم
في صلاة الجنائز لأن رفع الصوت مشروع للإعلام ولا حاجة إلى الإعلام بالتسليم في صلاة الجنائز لأنه مشروع
عقب التكبيرة الرابعة بلا فصل ولكن العمل في زماننا هذا يخالف ما يقوله الحسن وليس في ظاهر المذهب بعد
التكبيرة الرابعة دعاء سوى السلام وقد اختار بعض مشايخنا ما يجتمع به سائر الصلوات اللهم بنا آتاني الدنيا حسنة
وفي الآخرة حسنة الخ فان كبر الإمام خمسا لم يتابعه المقتدى في الخامسة وعند زفر بن أبيه وجه قوله أن هذا
مجتهد فيه فيتابع المقتدى إمامه كافي تكبيرات العيد ولأن هذا عمل بالمنسوخ لأن ما زاد على أربع تكبيرات
ثبت انتساخته بما روينا فظهر خطأ يمين فيه فلا يتابعه في الخطا بخلاف تكبيرات العيدين لأنه لم يظهر خطأ يمين
حتى لو ظهر لا يتابعه على ما ذكرنا في صلاة العيدين ثم اختلفت الروايات عن أبي حنيفة أن المقتدى ماذا يفعل
إذا لم يتابعه في التكبيرة الزائدة في رواية قال ينتظر الإمام حتى يتابعه في التسليم لأن البقاء في حرمة الصلاة ليس
بخطا إنما الخطأ متابعتة في التكبير فينتظره ولا يتابع وفي رواية قال يسلم ولا ينتظر لأن البقاء في التعرصة بعد
التكبيرة الرابعة خطأ لأن التحليل عقيبها هو المشروع بلا فصل فلا يتابعه في البقاء كالأيتابعه في التكبيرة
الزائدة ولا يقرأ في الصلاة على الجنائز بشي من القرآن وقال الشافعي يفترض قراءة الفاتحة فيها وذلك عقب
التكبيرة الأولى بعد الثناء وعندنا لو قرأ الفاتحة على سبيل الدعاء والثناء لم يكره واحتج الشافعي بقول النبي صلى
الله عليه وسلم لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وقوله لا صلاة إلا بقراءة وهذه صلاة بدليل شرط الطهارة واستقبال
القبلة فيها وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم كبر على ميت أربعا وقرأ فاتحة الكتاب بعد التكبيرة الأولى
وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه صلى على جنازة فقرأ فيها بفاتحة الكتاب وجهر بها وقال إنما جهرت لتعلموا
أنها سنة ولنا ما روى عن ابن مسعود أنه سئل عن صلاة الجنائز هل يقرأ فيها فقال لم يوقت لثنا رسول الله صلى الله
عليه وسلم قول ولا قراءة وفي رواية دعاء ولا قراءة كبر ما كبر الإمام واختار من أطيب الكلام ما شئت وفي
رواية واختار من الدعاء أطيبه وروى عن عبد الرحمن بن عوف وابن عمر أنها قال ليس فيها قراءة شي من القرآن

ولأنهم شرعت للدعاء ومقدمة الدعاء الحمد والثناء والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم لا القراءة وقوله عليه السلام لا صلاة الا بقراءة الكتاب ولا صلاة الا بقراءة لا يتناول صلاة الجنائز لانهم البست بصلاة حقيقة انما هي دعاء واستغفار لا يمت الا ترى أنه ليس فيها الاركان التي تركب منها الصلاة من الركوع والسجود الا أنها تسمى صلاة لما فيها من الدعاء واشترائط العاهة واستقبال القبلة فيها لا يدل على كونها صلاة حقيقة كسجدة التلاوة ولا أنها ليست بصلاة مطلقة فلا يتناولها مطلق الاسم وحديث ابن عباس معارض بحديث ابن عمرو وابن عوف وتأويل حديث جابر أنه كان قرأ على سبيل الثناء لا على سبيل قراءة القرآن وذلك ليس بعكسه وعندنا ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى وكثير من أئمة باخ اختيارا ورفع اليد في كل تكبيرة من صلاة الجنائز وكان نصير من يحيى يرفع نارة ولا يرفع نارة وجه قول من اختار الرفع أن هذه تكبيرات يوقى بها في قيام مستوى فيرفع اليد عندها كتكبيرات العبد وتكبير القنوت والجامع الحاجة الى اعلام من خلفه من الاصم وجه ظاهر الرواية قول النبي صلى الله عليه وسلم لا ترفع الا يدي الا في سبع مواطن وليس فيها صلاة الجنائز وعن علي وابن عمر رضي الله عنهما أنهم قالوا لا ترفع الا يدي في الا عند تكبيرة الافتتاح لان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة ثم لا ترفع الا يدي في سائر الصلوات الا عند تكبيرة الافتتاح عندنا فكذلك في صلاة الجنائز ولا يجهر بما يقرأ عقب كل تكبيرة لانه ذكروا السنة فيه المخافة واذا صلح النساء جماعة على جنازة قامت الامامة وسطهن كافي الصلاة المفروضة المعهودة ولو كبر الامام تكبيرة أو تكبيرتين أو ثلاث تكبيرات ثم جاء رجل لا يكبر ولكنه ينتظر حتى يكبر الامام فيكبر معه ثم اذا سلم الامام قضى ما عليه قبل أن ترفع الجنائز وهذا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يكبر واحدة حين يحضر ثم ان كان الامام كبر واحدة لم يقض شيئا وان كان كبر ثنتين قضى واحدة ولا يقضى تكبيرة الافتتاح هو يقول انه مسبوق فلا بد من أن يأتي بتكبيرة الانتقام حين انتهى الى الامام كافي سائر الصلوات وكما لو كان حاضر مع الامام ووقع تكبير الافتتاح سابقا عليه أنه يأتي بالتكبير ولا ينتظر أن يكبر الامام الثانية بالاجماع كذا هذا ولهما ما روى عن ابن عباس أنه قال في الذي انتهى الى الامام وهو في صلاة الجنائز وقد سبقه الامام بتكبيرة أنه لا يشتغل بقضاء ما سبقه الامام بل يتابعه وهذا قول روى عنه ولم يرو عن غيره خلافة كل محل الاجماع ولان كل تكبيرة من هذه الصلاة قائمة مقام ركعة بدليل أنه لو ترك تكبيرة منها فسد صلاته كما لو ترك ركعة من ذوات الأربع والمسبوق ركعة يتابع الامام في الحالة التي أدركها ولا يشتغل بقضاء ما فاتته أولا لان ذلك أمر منسوخ كذا ههنا وهذا بخلاف ما اذا كان حاضر الان من كان خلف الامام فهو في حكم المدرك لتكبيرة الافتتاح الا ترى أن في تكبيرة الافتتاح يكبرون بعد الامام ويقع ذلك اداء لا قضاء فيأتي بها حين حضرته النية بخلاف المسبوق فانه غير مدرك لتكبيرة الاولى وهي قائمة مقام ركعة فلا يشتغل بقضاءها قبل سلام الامام كسائر التكبيرات ثم عندهما يقضى ما فاتته لان المسبوق يقضى الفائت لا محالة ولكن قبل أن ترفع الجنائز لان صلاة الجنائز بدون الجنائز لا تتصور وعند أبي يوسف ان كان الامام كبر واحدة لم يقض شيئا وان كبر ثنتين قضى واحدة لما ذكرنا ولو جاء بعد ما كبر الامام الرابعة قبل السلام لم يدخل معه وقد فاتته الصلاة عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يكبر واحدة واذا سلم الامام قضى ثلاث تكبيرات كما لو كان حاضر خلف الامام ولم يكبر شيئا حتى كبر الامام الرابعة والصحيح قولهما لانه لا وجه الى أن يكبر وحدهما قلنا والامام لا يكبر بعدهما لهذا لاتباعه والاصل في الباب عندهما أن المقتدى يدخل بتكبيرة الامام فاذا فرغ الامام من الرابعة أعذر عليه الدخول وعند أبي يوسف يدخل اذا بقيت التسمية وذكر عصام بن يوسف أن عند محمد ههنا يكبر أيضا بخلاف ما اذا جاء وقد كبر الامام ثلاث تكبيرات حيث لا يكبر بل ينتظر الامام حتى يكبر الرابعة عند محمد لان الاشتغال بقضاء ما سبق قبل فراغ الامام ان كان لا يجوز لكن جوزنا ههنا لمكان الضرورة لانه لو انتظر الامام ههنا فاتته الصلاة بخلاف تلك الصورة والله تعالى أعلم

فصل في ما يبيح ما تصح به وما يكره وأما ما تصح به فكل ما يبرئ بشرط الصحة سائر الصلوات من الطهارة الحقيقية والحكيمة واستقبال القبلة وستر العورة والنية باعتبار شرط الصلوات حتى أنهم لو صلوا على جنازة والامام غير ظاهر فعلهم اعادة لان صلاة الامام غير جائزة لعدم الطهارة فكذلك صلواتهم لانها بناء على صلاته ولو كان الامام على الطهارة والقوم على غير طهارة جازت صلاة الامام ولم يكن عليهم اعادة لان حق الميت تأدي بصلاة الامام ودلت المسئلة على ان الجماعة ليست بشرط في هذه الصلاة ولو اخطأ بالراس فوضعه في موضع الرجلين وصلوا عليها جازت الصلاة لاستجماع شرائط الجواز وانما الحاصل بغير صفة الوضع وذلك يمنع الجواز لانهم ان تعمداوا ذلك فقد أساءوا التغييرهم السنة المتوارثة ولو تجرأوا على جنازة فخطوا القبلة جازت صلواتهم لان المكتوبة تجوز فهذه أولى وان تعمداوا خلافها لم تجز كما في اعتبار شرط القبلة لانه لا يسقط حالة الاختيار كما في سائر الصلوات ولو صلى راكباً أو قاعداً من غير عذر لم تجزهم استحساناً والقياس أن تجزئهم كسجدة التلاوة ولان المقصود منها الدعاء للميت وهو لا يختلف والاركان فيها التكبيرات ويمكن تحصيلها في حالة الركوب كما يمكن تحصيلها في حالة القيام وجه الاستحسان ان الشرع ماوردها الا في حالة القيام فيراعى فيها ماورد به النص ولهذا لا يجوز اثبات الخلل في شرائطها فكذلك في الركن بل أولى لان الركن أهم من الشرط ولان الاداء يعود اوركباناً يؤدي الى الاستخفاف بالميت وهذه الصلاة شرعت لتعظيم الميت ولهذا تسقط في حق من تجب اهانتة كالباغي والكافر وقاطع الطريق فلا يجوز اداء ما شرع الله عليه على وجه يؤدي الى الاستخفاف لانه يؤدي الى أن يعود على موضعه بالنقص وذلك باطل ولو كان ولي الميت هو أيضاً فصلى قاعداً وصلى الناس خلفه قياماً أجزأهم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجزئ الامام ولا يجزئ المأموم بناء على اقتداء القائم بالقاعد وقد مر ذلك ولو ذكرنا بعد الصلاة على الميت أنهم لم يفسلوه فهذا على وجهين اما ان ذكرنا قبل الدفن أو بعده فان كان قبل الدفن غسلوه وأعادوا الصلاة عليه لان طهارة الميت شرط لجواز الصلاة عليه كما ان طهارة الامام شرط لانه بمنزلة الامام فتعذر طهارته فاذا فقدت لم يندب الصلاة فيغسل ويصلى عليه وان ذكرنا بعد الدفن لم ينشوا عنه لان النيش حرام حقاً لله تعالى فيسقط الغسل ولا تعاد الصلاة عليه لان طهارة الميت شرط لجواز الصلاة عليه لما يروى عن محمد انه يخرج مالم يهلوا عليه التراب لان ذلك ليس بنيش فان أهالوا التراب لم يخرج وتعاد الصلاة عليه لان تلك الصلاة لم تعتبر تركهم الطهارة مع الامكان والآن فات الامكان فسقطت الطهارة فيصلى عليه ولو دفن بعد الغسل قبل الصلاة عليه صلى عليه في القبر مالم يعلم انه تفرق وفي الأماشي عن أبي يوسف انه قال يصلى عليه الى ثلاثة أيام هكذا ذكر ابن رستم عن محمد ما قبل مضي ثلاثة أيام فلما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على قبر تلك المرأة فلما جازت الصلاة على القبر بعد ما صلى على الميت مرة فلان تجوز في موضع لم يصل عليه أصلاً أولى وأما بعد الثلاثة ايام لا يصلى لان الصلاة مشروعة على البدن وبعد مضي الثلاث ينشق ويتفرق فلا يبقى البدن وهذا لان في المدة القليلة لا يتفرق وفي الكثيرة يتفرق فجعلت الثلاث في حد الكثرة لانها جمع والجمع ثبت بالكثرة ولان العبرة للعتاد والغالب في العادة أن بعض الثلاث يتفسخ ويتفرق أعضاؤه والصحيح ان هذا ليس بتقدير لازم لانه يختلف باختلاف الأوقات في الحر والبرد وباختلاف حال الميت في السمن والهزال وباختلاف الأمكنة فيحكم فيه غالب الرأي وأكبر الظن فان قيل روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى على شهداء أحد بعد ثمان سنين فالجواب ان معناه والله أعلم انه دعا لهم قال الله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم والصلاة في الآية بمعنى الدعاء وقيل انهم لم تتفرق أعضاؤهم فان معاوية لما أراد ان يحولهم وجدهم كاد فوافقهم وتجاوز الصلاة على الجماعة مرة واحدة فاذا اجتمعت الجنائز فالامام بالخيار ان شاء صلى عليهم دفعة واحدة وان شاء صلى على كل جنازة على حدة لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى يوم أحد على كل عشرة من الشهداء صلاة واحدة ولان ما هو المقصود وهو الدعاء والشفاعة للوحي يحصل بصلاة واحدة فان أراد ان يصلى على كل واحدة على حدة فالأولى أن يقدم الأفضل فالأفضل فان لم يفعل فلا بأس به ثم كيف توضع الجنائز اذا اجتمعت فنقول لا يخلو اما

ان كانت من جنس واحد واختلف الجنس فان كان الجنس متحدا فان شأوا جعلوا صفا واحدا كما يصطفون في حال حياتهم عند الصلاة وان شأوا وضعوا واحدا بعد واحد مما يلي القبلة ليقوم الامام بهذا السكل هذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي حنيفة في غير رواية الأصول ان الثاني أولى من الأول لان السنة هي قيام الامام بهذا الميت وهو يحصل في الثاني دون الأول واذا وضعوا واحدا بعد واحد ينبغي أن يكون أفضلهم مما يلي الامام كذا روى عن أبي حنيفة انه يوضع أفضلهم مما يلي الامام وأسنهما وقال أبو يوسف والأحسن عندي أن يكون أهل الفضل مما يلي الامام لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليليني منكم أولوا الأحلام والنهي ثم ان وضع رأس كل واحد منهم بهذا رأس صاحبه فحسن وان وضع شبه الدرج كما قال ابن أبي ليلى وهو أن يكون رأس الثاني عند منكب الأول فحسن كذا روى عن أبي حنيفة انه ان وضع هكذا فحسن أيضا لان النبي صلى الله عليه وسلم وصاحبه دفنوا على هذه الصفة فيحسن الوضع للصلاة على هذا الترتيب أيضا وأما اذا اختلف الجنس بان كانوا رجالا ونساء توضع الرجال مما يلي الامام والنساء خلف الرجال مما يلي القبلة لانهم هكذا يصطفون خلف الامام في حال الحياة ثم ان الرجال يكونون أقرب الى الامام من النساء فكذا بعد الموت ومن العلماء من قال توضع النساء مما يلي الامام والرجال خلفهن لان في الصلاة بالجماعة في حال الحياة صف النساء خلف صف الرجال الى القبلة فكذا في وضع الجنائز ولو اجتمع جنازة رجل وصبي وخشي وامرأة وصبية وضع الرجل مما يلي الامام والصبي وراءه ثم الخشي ثم المرأة ثم الصبية والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم ليليني منكم أولوا الأحلام والنهي ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم فكذا يقولون في الصف خلف الامام حالة الحياة فيوضعون كذلك بعد الموت ولو كبر الامام على جنازة ثم أتى بجنازة أخرى فوضعت معهما مضى على الأولى ويستأنف الصلاة على الأخرى لان التعريفة انعقدت للصلاة على الأولى فيها فان كبر الثانية ينوي بها فهي للأولى لانه لم يقصد الخروج عن الأولى فبقى فيها ولم يقع للثانية وان كبر ينوي الثانية وحدها فهي الثانية لانه خرج عن الأولى بالتكبير مع النية كما اذا كان في الظهر فكبر ينوي العصر صار منتقلا من الظهر فكذا هذا بخلاف ما اذا نواها جميعا لانه ما فرض الأولى فبقى فيها فلا يصير شارعا في الثانية ثم اذا صار شارعا في الثانية فاذا فرغ منها أعاد الصلاة على الأولى أي يستقبل والله أعلم

فصل وما يمان ما تفسد به صلاة الجنازة فنقول انها تفسد بما تفسد به سائر الصلوات وهو ما ذكرنا من الحدث العمد والكلام والقهقهة وغيرها من نواقض الصلاة المحاذاة فانها غير مفسدة في هذه الصلاة لان فساد الصلاة بالمحاذاة عرف بالنص والنص ورد في الصلاة المطلقة فلا يلحق بها غيرها ولهذا يلحق بها سجدة التلاوة حتى لم تكن المحاذاة فيها مفسدة وكذا القهقهة في هذه الصلاة لا تنقض الطهارة لاننا عرفنا القهقهة حادثة بالنص الوارد في صلاة مطلقة فلا يجعل واردا في غيرها فرق بين هاتين المسألتين وبين البناء فانه لو سبقه الحدث في صلاة الجنازة ينبغي وان عرف البناء بالنص وانه وارد في صلاة مطلقة والفرق ان القهقهة جعلت حادثة لقبها في الصلاة وقبها يزداد بزيادة حرمة الصلاة ولا شد ان حرمة الصلاة المطلقة فوق حرمة صلاة الجنازة فكان قبها في تلك الصلاة فوق قبها في هذه فجعلها حادثة هناك لا يدل على جعلها حادثة هنا وكذا المحاذاة جعلت مفسدة في تلك الصلاة تعظيمها وليس هذه مثل تلك في معنى التعظيم بخلاف البناء لان الجواز وتحمل المشي في أعلى العبادتين يوجب التحمل والجواز في أدناها دلالة ولأننا لو لم يجوز البناء ههنا تقوته الصلاة أصلا لان الناس يفرغون من الصلاة قبل رجوعه من التوضؤ ولا يمكنه الاستدراك بالاعادة لما مر ولولم يجوز البناء هناك لقائه الصلاة أصلا فلما زجا البناء هناك فلأن يجوز ههنا أولى

فصل وما يمان ما يكره فيها فنقول تكرر الصلاة على الجنازة عند طلوع الشمس وغروبها ونصف النهار لما روي عن ابن عمر بن الخطاب عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث ساعات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نصلي فيها وان تعبر فيها موتانا والمراد من قوله أن تعبر فيها موتانا الصلاة على الجنازة دون الدفن اذ لا بأس بالدفن في هذه

الاوراق فان صلواتي احدى هذه الاوقات لم يكن عليهم اعادتها لان صلاة الجنائز لا يتعين لادائها وقت في أي وقت
صليت وقت اداء لا قضاء ومعنى الكراهة في هذه الاوقات يمنع جواز القضاء فيها دون الاداء كما اذا أدى عصر
يومه عند تغير الشمس على ما ذكرنا فيما تقدم ولا تكره الصلاة على الجنائز بعد صلاة الفجر وبعد صلاة العصر
قبل تغير الشمس لان الكراهة في هذه الاوقات ليست لمعنى في الوقت فلا يظهر في حق القرائن لما بينا فيما
تقدم ولو ارادوا أن يصلوا على جنازة وقد غربت الشمس فلا فضل أن يبدؤا بصلاة المغرب ثم يصلون على الجنائز
لان المغرب آكد من صلاة الجنائز فكان تقديمه أولى ولان في تقديم الجنائز تأخير المغرب وانهم مكرهه

فصل وأما بيان من له ولاية الصلاة على الميت فذكر في الاصل ان امام الحنبي أحق بالصلاة على الميت وروى
الحسن عن أبي حنيفة ان الامام الاعظم أحق بالصلاة ان حضر فان لم يحضر فامير المصير وان لم يحضر فامام الحنبي
فان لم يحضر فالأقرب من ذوي قراباته وهذا هو حاصل المذهب عندنا والتوفيق بين الروايتين يمكن لان السلطان اذا
حضر فهو أولى لانه امام الامة فان لم يحضر فالقاضي لانه نائبه فان لم يحضر فامام الحنبي لانه رضى بامامته في حال
حياته فيدل على رضاه بعد مماته ولهذا عين الميت أحدا في حال حياته فهو أولى من القريب لرضاه به الا انه بدأ
في كتاب الصلاة بامام الحنبي لان السلطان قلما يحضر الجنائز ثم الأقرب فالأقرب من عصبته وذوي قراباته لان ولاية
القيام بمصالح الميت له وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد فاما على قول أبي يوسف وهو قول الشافعي القريب أولى من
السلطان لأبي يوسف والشافعي ان هذا أمر مبني على الولاية والقريب في مثل هذا مقدم على السلطان كما في النكاح
 وغيره من التصرفات ولان هذه الصلاة شرعت للدعاء والشفاعة لميت ودعاء القريب أرجى لانه يبالغ في اخلاص
الدعاء واحضار القلب بسبب زيادة شفقته وتوجد منه زيادة رقة وتضرع فكان أقرب الى الاجابة ولأبي حنيفة
ومحمد ما روى ان الحسن بن علي لما مات قدم الحسين بن علي سعيد بن العاص ليصلي عليه وكان واليا بالمدينة وقال
لولا السنة ما قدمت وفي رواية قال لولا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التقدم لما قدمت ولان هذا من الامور
العامة فيكون متعلقا بالسلطان كاقامة الجمعة والعيدين بخلاف النكاح فانه من الامور الخاصة بضرره ونفعه يتصل
بالولي لا بالسلطان فكان اثبات الولاية للقريب انفع للولي عليه وتلك ولاية نظر ثبتت حق اللولي عليه قبل الولي
بخلاف ما نحن فيه أما قوله ان دعاء القريب وشفاعته أرجى فنقول بتقديم الغير لا بقوت دعاء القريب وشفاعته
مع ان دعاء الامام أقرب الى الاجابة على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث لا يججب دعائهم
وذكر فيهم الامام ثم تقدم امام الحنبي ليس بواجب ولكنه أفضل لما ذكرنا انه رضى به في حال حياته وأما تقديم السلطان
فواجب لان تعظيمه مأمور به ولان ترك تقديمه لا يخلو عن فساد التجاذب والتنازع على ما ذكرنا في صلاة الجمعة
والعيدين ولو كان للميت وليان في درجة واحدة فأكبرهما أسنا أولى لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم الأسن
في الصلاة ولهذا أن يقدم ما غيرهما ولو قدم كل واحد منهما رجلا على حدة فالذي قدمه الاكبر أولى وليس لاحدهما
أن يقدم انسانا الا باذن الآخر لان الولاية ثابتة لهما الا اننا قدمنا الاسن لسنه فاذا أراد أن يتخلف غيره كان الآخر
أولى فان تشاجر الوليان فتقدم أحدهما فافصل بينهما فلي نظر ان صلى الا وليا معه جازت الصلاة ولا تعاد وان لم
يصلوا معه فلم يعاد الصلاة وان كان أحدهما أقرب من الآخر فالولاية اليه وله أن يقدم من شاء لان الا بعد
محبوب به فصار بمنزلة الاجنبي ولو كان الأقرب غائبا يمكن تقويت الصلاة بحضوره بطلت ولايته وتحولت
الولاية الى الأبعد ولو قدم الغائب غيره بكتاب كان للأبعد أن يمنعه وله أن يتقدم بنفسه أو يقدم من شاء لان ولاية
الأقرب قد سقطت لما ان في التوقيف على حضوره ضرر بالميت والولاية تسقط مع ضرر المولى عليه فتنتقل الى
الأبعد والمر بوض في المصير بمنزلة الصحيح يقدم من شاء وليس للأبعد منعه ولان ولايته قائمه ألا ترى ان له أن
يتقدم مع مرضه فكان له حق التقديم ولا حق للنساء والصغار والمجانين في التقديم لانعدام ولاية التقديم ولو
ماتت امرأة ولها زوج وابن بالغ عاقل فالولاية للابن دون الزوج لما روى عن عمر رضي الله عنه انه مات له امرأة

فقال لا وليا لها كذا أحق بها حين كانت حية فأما إذا ماتت فأتى أحق بها أولان الزوجية تنقطع بالموت والقرابة لا تنقطع لكن يذكر الابن أن يتقدم أباه وينبغي أن يقدمه مراعاة لحرمته الابوة قال أبو يوسف وله في حكم الولاية أن يقدم غيره لأن الولاية له وأما منع من التقدم حتى لا يستخف بأبيه فلم تسقط ولايته في التقدم وإن كان لها ابن من زوج آخر فلا بأس بأن يتقدم على هذا الزوج لأنه هو الولي وتكثير زوج أمه غير واجب عليه وسائر القرابات أولى من الزوج وكذا مولى العتاقة وابن المولى ومولى المولاة لما ذكرنا أن السبب قد انقطع فيما بينهما فإن تركت أبا وزوجا وابنا من هذا الزوج فلا ولاية للزوج لما بينا وأما الاب والابن فقد ذكر في كتاب الصلاة أن الاب أحق من غيره وقيل هو قول محمد وأما عند أبي يوسف فالابن أحق إلا أنه يقدم الأب تعظيما له وعند محمد الولاية للاب وقيل هو قولهم جميعا في صلاة الجنائز لأن للاب فضيلة على الابن وزيادة سن والفضيلة تعتبر ترجيحاً في استحقاق الإمامة كما في سائر الصلوات بخلاف سائر الولايات ومولى المولاة أحق من الاجنبي لأنه التحق بالقريب بعقد المولاة ولو مات الابن وله أب وأب الاب فالولاية لأبيه ولكنه يقدم أباه الذي هو جسد الميت تعظيما له وكذلك المسكاتب إذا مات ابنه أو عبده ومولاه حاضر فالولاية للمسكاتب لكنه يقدم مولاه احتراماً له ثم إذا صلى على الميت يدفع

فصل في الكلام في الدفن في مواضع في بيان وجوبه وكيفية وجوبه وفي بيان سنة الحفر والدفن وما يتصل بهما أما الأول فالدليل على وجوبه توارث الناس من لدن آدم صلوات الله عليه إلى يومنا هذا مع التكبير على تاركه وذادليل الوجوب الآن وجوبه على سبيل الكفاية حتى إذا قام به البعض سقط عن الباقي لحصول المقصود **فصل** وأما سنة الحفر فالسنة فيه اللحد عندنا وعند الشافعي الشق واحتج أن توارث أهل المدينة الشق دون اللحد وتوارثهم حجة ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم اللحد لنا والشق لغيرنا وفي رواية اللحد لنا والشق لأهل الكتاب وروى ابن أبي عمير عن النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي اختلف الناس أن يشق له أو يلحد وكان أبو طلحة الانصاري لما دار أبو عبيدة بن الجراح شاقا فبعثوا رجلا إلى أبي عبيدة ورجلا إلى أبي طلحة فقال العباس بن عبد المطلب اللهم خير لئيل أحب الأمرين إليك فوجدوا بطلحة من كان بعث إليه ولم يجدوا بآعبيدة من بعث إليه والعباس رضي الله عنه كان مستجاب الدعوة وأهل المدينة أنما توارثوا الشق لضعف أراضهم بالبيع ولهذا اختار أهل بخارى الشق دون اللحد لتعذر اللحد لخواة أراضهم وصفة اللحد أن يحفر القبر ثم يحفر في جانب القبلة منه حفرة فيوضع فيه الميت وصفة الشق أن يحفر حفرة في وسط القبر فيوضع فيه الميت ويجعل على اللحد اللبن والقصب لما روى أنه وضع على قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم طين من قصب وروى أنه صلى الله عليه وسلم رأى فرجة في قبر فأخذ مدرة وناولها الحفار وقال سديها تلك الفرجة فإن الله تعالى يحب من كل صانع أن يحكم صنعه والمدرة قطعة من اللبن وروى عن سعيد بن العاص أنه قال اجعلوا على قبري اللبن والقصب كما جعل على قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبر أبي بكر وقبر عمر ولان اللبن والقصب لا يدمنهما إلا بمنعاهما من التراب على القبر من الوصول إلى الميت ويكره إلا جرد وفوف الخشب لما روى عن إبراهيم النخعي أنه قال كانوا يستحبون اللبن والقصب على القبور وكانوا يكرهون إلا جرد وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تشبه القبور بالعميران والآجر والخشب للعميران ولان الآجر مما يستعمل للزينة ولا حاجة إليها للميت ولأنه مما يسته النار فيكره أن يجعل على الميت تفاؤلا كما يكره أن ينسج قبره بنار تفاؤلا وكان الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل البخاري يقول لا بأس بالآجر في ديارنا لخواة الأراضى وكان أيضا يجوز دفوف الخشب واتخاذ التابوت للميت حتى قال لو اتخذوا تابوتا من حديد لم أربه بأسا في هذه الديار

فصل وأما سنة الدفن فالسنة عندنا أن يدخل الميت من قبل القبلة وهو أن توضع الجنائز في جانب القبلة من القبر ويجعل منه الميت فيوضع في اللحد وقال الشافعي السنة أن يدخل إلى قبره وصورة السهل أن توضع الجنائز على عين القبلة وتجعل رجلا الميت إلى القبر طولاً ثم ترخض رجلاه وتدخل رجلاه في القبر ويذهب

به الي أن تصير رجلاه الي موضعهما ويدخل رأسه القبر حتى يخرج عماروي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم أدخل في القبر سلا وقال الشافعي في كتابه وهذا أمر مشهور يستغنى فيه عن رواية الحديث فانه نقلته العامة عن العامة بخلاف بينهم ولنا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ بأرجل من قبل القبلة وروي عن ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم أدخل في القبر من قبل القبلة فصار هذا معارض لما رواه الشافعي على اننا نقول انه صلى الله عليه وسلم إنما أدخل الي القبر سلا لاجل الضرورة لان النبي صلى الله عليه وسلم مات في حجرة عائشة من قبل الحائط وكانت السنة في دفن الأنبياء عليهم السلام في الموضع الذي قبضوا فيه فكان قبره لزين الحائط واللحد تحت الحائط فتعذر ادخاله من قبل القبلة فسل الي قبره سلا لهذه الضرورة وعن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما قال لا يدخل الميت قبره من قبل القبلة ولان جانب القبلة معظم فكان ادخاله من هذا الجانب أولى وقول الشافعي هذا أمر مشهور قلنا روي عن أبي حنيفة عن حماد عن ابراهيم النخعي انه قال حدثني من رأى أهل المدينة في الزمن الاول انهم كانوا يدخلون الميت من قبل القبلة ثم أحدثوا السل لضعف أراضيتهم بالبيع فانما كانت أراضيتهم والله أعلم ولا يضر وتر دخل قبره أم شفع عندنا وقال الشافعي السنة هي التراب اعتبارا بعد الدفن والغسل والاجار ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما دفن أدخله العباس والفضل بن العباس وعلي وصهيب وقيل في الرابع انه المغيرة بن شعبه وقيل انه أبو رافع فدل ان الشفع سنة ولان الدخول في القبر للحاجة الي الموضع فيقدر بقدر الحاجة والتراب والشفع فيه سواء ولانه مثل حمل الميت ويحمله على الجنازة أربعة عندنا وعندنا اثنان وان كان شفعاً فكذا ههنا وما ذكر من الاعتبار غير سديد لا تقاضيه يحمل الجنازة ومخالفته فعل الصحابة مع انه لا يظن بهم ترك السنة خصوصاً في دفن النبي صلى الله عليه وسلم ويكره أن يدخل الكافر قبر أحد من قرابته من المؤمنين لان الموضع الذي فيه الكافر تنزل فيه السمكة واللعة فيتره قبر المسلم عن ذلك وانما يدخل قبره المسلمون ليضعوه على سنة المسلمين ويقولوا عند وضعه باسم الله وعلى مله رسول الله واذا وضع في اللحد قال واضعه باسم الله وعلى مله رسول الله وذ كرا الحسن في المجرى عن أبي حنيفة انه يقول باسم الله وفي سبيل الله وعلى مله رسول الله لما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دخل ميتاً قبره أو وضعه في اللحد قال باسم الله وبالله وعلى مله رسول الله وهكذا روي عن علي انه كان اذا دفن ميتاً أو نام قال باسم الله وبالله وعلى مله رسول الله وكان يقول النوم وفاة قال الشيخ أبو منصور الماتريدي معنى هذا باسم الله دفناه وعلى مله رسول الله دفناه وليس هذا بدعاء للميت لانه اذا مات على مله رسول الله لم يجز أن تبديل عليه الحالة وان مات على غير ذلك لم يبدل الي مله رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ولكن المؤمنين شهداء الله في الارض فيشهدون بوفائه على الملّة وعلى هذا جرت السنة ويوضع على شقه الأيمن متوجهاً الي القبلة لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جنازة رجل فقال يا علي استقبل به استقبلاً وقولوا جميعاً باسم الله وعلى مله رسول الله وضعوه جنبه ولا تكبوه لوجهه ولا تلقوه لظهره وتحمل عقده ا كفاه اذا وضع في القبر لانها عقدت لئلا تنتشر ا كفاه وقد زال هذا المعنى بالوضع ولو وضع لغير القبلة فان كان قبل اهالة التراب عليه وقد سرحوا اللبن أو الزاذلك لانه ليس بنبيش وان أهيل عليه التراب ترك ذلك لأن النبيش حرام ولا يدفن الرجلان أو أكثر في قبر واحد هكذا جرت السنة من لدن آدم الي يومنا هذا فان احتاجوا الي ذلك قدموا أفضلهما وجعلوا بينهما حاجزاً من الصعيد لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أمر بدفن قتلى أحد وكان يدفن في القبر رجلان أو ثلاثة وقال قدموا أكثرهم قرأوا وان كان رجل وامرأة قدم الرجل بما يلي القبلة والمرأة خلفه اعتباراً بحال الحياة ولو اجتمع رجل وامرأة وصبي وخشي وصية دفن الرجل بما يلي القبلة ثم الصبي خلفه ثم الخنثى ثم الأنثى ثم الصبيية لانهم هكذا يصطفون خلف الامام حالة الحياة وهكذا يوضع جنازتهم عند الصلاة عليها فكذا في القبر وينبغي قبر المرأة بثوب لما روي ان فاطمة رضي الله عنها سجي

قبرها بثوب ونعش على جنازتها لان مبنى حالها على الستر فلولا يسج ربما انكشفت عورة المرأة فيقع بصر الرجال عليها ولهذا يوضع النعش على جنازتها دون جنازة الرجل وذو الرحم المحرم أولى باذخال المرأة القبر من غيره لانه يجوز له معها حالة الحياة فكذا بعد الموت وكذا ذو الرحم المحرم منها أولى من الاجنبي ولو لم يكن فيهم ذو رحم فلا بأس للاجانب وضعها في قبرها ولا يحتاج الى اتيان النساء للوضع وأما قبر الرجل فلا يسجى عندنا وعند الشافعي يسجى احتج بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أقبر سعد بن معاذ ومعه اسامة بن زيد فمجى قبره ولنا ما روى عن علي انه مر بميت يدفن وقد سجي قبره فترع ذلك عنه وقال انه رجل وفي رواية قال لا تشبهوه بالنساء وأما حديث سعد بن معاذ فيحتمل انه انما سجي لان الكفن كان لا يعبه فستر القبر حتى لا يبد منه شيء ويحتمل انه كان لضرورة أخرى من دفع مطر او حر عن الداخلين في القبر وعندنا لا بأس بذلك في حالة الضرورة ويسم القبر ولا يربع وقال الشافعي يربع ويسطح لما روى المزني بإسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لما توفي ابنه ابراهيم جعل قبره مسطحا ولنا ما روى عن ابراهيم النخعي انه قال أخبرني من رأى قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبر أبي بكر وعمر انهما مسنمة وروى أن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما لما ماتت صلي عليه محمد بن الحنفية وكبر عليه أربعا وجعل له الحد وأدخله القبر من قبل القبلة وجعل قبره مسنما وضرب عليه فسطاطا ولان التربع من صنيع أهل الكتاب والتشبيه بهم فيما من به مكرره وما روى من الحديث محمول على انه سطح قبره أولاً ثم جعل التسليم في وسطه جلنا على هذا بدليل ما رويناه ومقدار التسليم ان يكون مرتفعا من الارض قدر شبر أو أكثر قليلا ويكره تحصيل القبر وتطينه وكره أبو حنيفة البناء على القبر وان يعلم به لامة وكره أبو يوسف الكتابة عليه ذكره الكرخي لما روى عن جابر بن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجصصوا القبور ولا تبثوا عليها ولا تغعدوا ولا تكتبوا عليها ولان ذلك من باب الزينة ولا حاجة بالميت اليها ولانه تضييع المال بلا فائدة فكان مكررها ويكره ان يزداد على تراب القبر الذي خرج منه لان الزيادة عليه بمنزلة البناء ولا بأس برش الماء على القبر لانه تسوية له وروى عن أبي يوسف انه ذكره الرش لانه يشبه التطين وكره أبو حنيفة ان يوطأ على قبر أو يجلس عليه أو ينام عليه أو تقضى عليه حاجة من بول أو غائط لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الجلوس على القبور ويكره ان يصلى على القبر لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى ان يصلى على القبر قال أبو حنيفة ولا ينبغي ان يصلى على ميت بين القبور وكان على وابن عباس يكرهان ذلك وان صلاوا أجزأهم لما روى انهم صلاوا على عائشة وأم سلمة بين مقابر البقيع والامام أبو هريرة وفيهم ابن عمر رضى الله عنهم ولا بأس بزيارة القبور والدعاء للموات ان كانوا مؤمنين من غير وطء القبور لقول النبي صلى الله عليه وسلم اني كنت نهيتكم عن زيارة القبور الا فزرونها فانها تذركهم الآخرة واعمل الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا

فصل وأما الشهيد فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان من يكون شهيدا في الحكم ومن لا يكون والثاني في بيان حكم الشهادة في الدنيا أما الاول فبني على شرائط الشهادة وهي أنواع منها ان يكون مقتولا حتى لو مات جنتف أنفه أو تردى من موضع أو احترق بالنار أو مات تحت هدم أو غرق لا يكون شهيدا لانه ليس بمقتول فلم يكن في معنى شهداً أحسد وبأي شيء قتل في المعركة من سلاح أو غيره فهو سواء في حكم الشهادة لان شهداً أحد ما قتل كلهم بسلاح بل منهم من قتل بغير سلاح وأما في المصير فيختلف الحكم فيه على ما نبه كرومها ان يكون مظلوماً حتى لو قتل بحق في قصاص أو رجم لا يكون شهيدا لان شهداً أحد قتلوا مظلومين وروى انه لما رجم ما عرجاه مع الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قتل ماعز كما تقتل الكلاب فإذا تأمرني ان أصنع به فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تفل هذا فقد تاب توبة لو قسمت نوبته على أهل الارض لو سعتهم اذهب فأغسله وكفنه وصل عليه وكذلك من مات من حداثته برا وعا على قوم ظالمات فقتلوه لا يكون شهيدا لانه ظلم نفسه وكذلك

قتله سبع لانعدام تحقق الظلم ومنها ان لا يخلف عن نفسه بدلا هو مال حتى لو كان مقتولا خطأ وشبهه عمدا بان قتله في المصر نهارا بعضا صغيرة أو سوط أو وكزه باليد أو لكزه بالرجل لا يكون شهيدا لان الواجب في هذه المواضع هو المال دون القصاص وذا دليل خفة الجناية فلم يكن في معنى شهداء أحد ولان غير السلاح مما يلبث فكان بحال لو استغاث لحقه الغوث فاذا لم يستغث جعل كانه اعان على قتل نفسه بخلاف ما اذا قتل في المغازاة بغير السلاح لان ذلك يوجب القتل بحكم قطع الطريق لا المال ولانه لو استغاث لا يلحقه الغوث فلم يصير بترك الاستغاثة معينا على قتل نفسه وكذلك اذا قتله بعضا كبيرة أو بعدقة القصارين أو بحجر كبير أو بخشب عظيمة أو خنقه أو غرقه في الماء أو القاء من شاهق الجبل عند أبي خنيفة لان هذا كله شبه عمده فكان الواجب فيه الدية دون القصاص وعند أبي يوسف ومحمد الواجب هو القصاص فكان المقتول شهيدا ولو نزل عليه اللصوص ليل في المصر فقتل بسلاح أو غيره أو قتله قطاع الطريق خارج المصر بسلاح أو غيره فهو شهيد لان القتل لم يخلف في هذه المواضع بدلا هو مال ولو قتل في المصر نهارا بسلاح ظهرا بان قتل بمحبة أو ما يشبه الحديدة كالنحاس والصفر وما أشبه ذلك أو ما يعمل عمل الحديد من جرح أو قطع أو طعن بأن قتله برجاجة أو بلبطة فقتل أو طعنه برمح لازج له أو رماء بنشابة لا نصل لها أو أحرقه بالنار وفي الجملة كل قتل يتعلق به وجوب القصاص فالقتل شهيد وقال الشافعي لا يكون شهيدا واحتج بما روي أن عمر وعلي غسلا ولان هذا قتل أخلف بدلا وهو المال أو القصاص فها هو في معنى شهداء أحد كالقتل خطأ وشبهه عمدا ولنا أن وجوب هذا البذل دليل لانعدام الشبهة وتحقيق الظلم من جميع الوجوه اذ لا يجب القصاص مع الشبهة فصارت في معنى شهداء أحد بخلاف ما اذا خلف بدلا هو مال لان ذلك اشارة خفة الجناية لان المال لا يجب الا عند تحقق الشبهة في القتل فلم يكن في معنى شهداء أحد ولان الدية بدل عن المقتول فاذا وصل اليه البذل صار المبدل كالباقي من وجه لبقاء بدله فوجب خلافا في الشهادة فاما القصاص فليس يبدل عن المحل بل هو جزاء الفعل على طريق المساواة فلا يسقط به حكم الشهادة وانما غسلا وعمر على رضى الله عنهما لانهم ارتبوا الارثا وارتبوا منع الشهادة على ما نذكره ولو وجد قتل في محلة أو موضع يجب فيه القسامة والدية لم يكن شهيدا لما قلنا ولو وجب القصاص ثم انقلب المالا بالصلح لا تبطل شهادته لانه لم يبتين انه أخلف بدلا هو مال وكذا الاب اذا قتل ابنه عمدا كان شهيدا لانه أخلف القصاص ثم انقلب المالا فائدة الوجوب شهادة المقتول ومنها ان لا يكون مرتثا في شهادته وهو ان لا يخلف شهادته مأخوذة من الثوب الرث وهو الخلق والاصل فيه ما روي ان عمر لما طعن حملا الى بيته فعاش يومين ثم مات فعسل وكان شهيدا وكذا على حمل حيا بعد ما طعن ثم مات فعسل وكان شهيدا وعثمان اجهز عليه في مصر عه ولم يرتث فلم يعسل وسعد بن معاذ رث فقال النبي صلى الله عليه وسلم بادروا الى غسل صاحبكم سعد كيلا تنسبنا للملائكة بنفسه كما سبقتنا بغسل خنظلة ولان شهداء أحد ما نوا على مصارعهم ولم يرتثوا حتى روي ان الكاس كان يدار عليهم فلم يشربوا خوفا من نقصان الشهادة فاذا ارتث لم يكن في معنى شهداء أحد وهذا لانه لما ارتث ونقل من مكانه يزيده النقل ضعفا ووجب حدوث آلام لم يتحدث لولا النقل والموت يحصل عقيب ترادف الآلام فيصير النقل مشاركا للجراحة في اثاره الموت ولو تم الموت بالنقل لسقط الغسل ولو تم باللام سوى الجرح لا يسقط فلا يسقط بالسك ولان القتل لم يمتحض بالجرح بل حصل به وبغيره وهو النقل والجرح محظور والنقل مباح فلم يمت بسبب تمحض حراما فلم يصرف في معنى شهداء أحد ثم المراث من خرج عن صفة القتلى وصار الى حال الدنيا بان جرى عليه شيء من أحكامها أو وصل اليه شيء من منافعها واذا عرف هذا فنقول من حمل من المعركة حيا ثم مات في بيته أو على أيدي الرجال فهو مرتث وكذلك اذا أكل أو شرب أو باع أو ابتاع أو تكلم بكلام طويل أو قام من مكانه ذلك أو تحول من مكانه الى مكان آخر أو بقي على مكانه ذلك حيا يوما كاملا أو ليلة كاملة وهو يعقل فهو مرتث وروي عن أبي يوسف اذا بقي وقت صلاة كامل حتى صارت الصلاة دينا في ذمته وهو يعقل فهو مرتث وان بقي في مكانه لا يعقل فليس بمرتث وقال محمد بن بتي يوما فهو مرتث ولو أوصى

كان ارتثا عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقيل لا خلاف بينهما في الحقيقة فجواب أبي يوسف خرج فيما إذا أوصى بشئ من أمور الدنيا وذلك يوجب الارتثا بالاجماع لان الوصية بأمور الدنيا من أحكام الدنيا ومصالحها فينتقض ذلك معنى الشهادة وجواب محمد محمول على ما إذا أوصى بشئ من أمور الآخرة وذلك لا يوجب الارتثا بالاجماع كوصية سعد بن الربيع وهو ما روى انه لما أصيب المسلمون يوم أحد ووضعت الحرب أوزارها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل من رجل ينظر ما فعل سعد بن الربيع فنظره عبد الله ابن عبد الرحمن من بني النجار رضى الله تعالى عنهم فوجده جريحاً في القتلى وبهرق فقال له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني ان أنظر في الأحياء أنت أم في الأموات فقال أنا في الأموات فأبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السلام وقل له ان سعد بن الربيع يقول جزاك الله عنا خير ما يجزي نبي عن أمته وأبلغ قومك عن السلام وقل لهم ان سعدا يقول لا عذر لكم عند الله تعالى أن يختص الي نبيكم وفيكم عين تطرف قال ثم لم أبرح حتى مات فلم يغسل وصلى عليه وذكري الزيادة انه ان أوصى بمثل وصية سعد بن معاذ فليس بارتثا والصلاة ارتثا لانهم من أحكام الدنيا ولو جرحه من بين الصنفين حتى تطوء الخيل فبات لم يكن مرتثا لانه مانال شيئا من راحة الدنيا بخلاف ما اذا مرض في بيته أو في بيته لانه قد نال الراحة بسبب ما مرض فصار مرتثا ثم المرتث وان لم يكن شهيدا في حكم الدنيا فهو شهيد في حق الثواب حتى انه ينال ثواب الشهداء كالغريق والحريق والمبطون والغريق انهم شهداء بشهادة الرسول صلى الله عليه وسلم لهم بالشهادة وان لم يظهر حكم شهادتهم في الدنيا ومنها كون المقتول مسلما فان كان كافرا كالذي اذا خرج مع المسلمين للقتال فقتل يغسل لان سقوط الغسل عن المسلم انما ثبت كرامة له والكافر لا يستحق الكرامة ومنها كون المقتول مكافا هو بشرط صحة الشهادة في قول أبي حنيفة فلا يكون الصبي والمجنون شهيدين عنده وعند أبي يوسف ومحمد ليس بشرط ويلحقهما حكم الشهادة وجه قولهما انه مقتول ظاهرا ولم يتخلف بدلا هو مال فكان شهيدا كالبالغ العاقل ولان القتل ظاهرا لما أوجب تطهير من ليس بظاهر لا تركابه المعاصي والذنوب فلأن يوجب تطهير من هو طاهر أولى ولا في حنيفة ان النص ورد بسقوط الغسل في حقهم كرامة لهم فلا يجعل واردا فيمن لا يساوهم في استحقاق الكرامة وما ذكرنا من معنى الطهارة غير سديد لان سقوط الغسل غير مبني على الطهارة بدليل ان الانبياء صلوات الله عليهم غسلوا ورسولنا سيد البشر صلى الله عليه وسلم غسل والانبياء عليهم الصلاة والسلام أطهر خلق الله تعالى فلا وجه لتعليق ذلك بالتطهير مع انه لا ذنب للصبي يطهره السيف فكان القتل في حقهم والموت حنف أنفه سواء ومنها الطهارة عن الجنابة شرط في قول أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو قتل جنبا لم يكن شهيدا عنده خلافا لهما وجه قولهما ان القتل على طريق الشهادة أقيم مقام الغسل كالذكاة أقيمت مقام غسل العروق بدليل انه يرفع الحدث ولا في حنيفة ما روى ان حنظلة استشهد جنبا فغسله الملائكة حتى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان صاحبكم لغسله الملائكة فاسألوا أهله ما باله فسلئت صاحبه فقالت خرج وهو جنب حين سمع الهبة فقال صلى الله عليه وسلم لذلك غسلته الملائكة أشار الى أن الجنابة على الغسل والمعنى فيه ان الشهادة عرفت مانعة من حلول نجاسة الموت لارافعة النجاسة كانت كالذكاة فانها تمنع من حلول نجاسة الموت فيما كان حلالا اما لا ترفع حرمة كانت ثابتة وهذا لانهم عرفت مانعة بخلاف القياس فلا تكون رافعة لان المنع أدون من الرفع فاما الحدث فاعترف ضرورة المنع لان الموت لا يتخلو عن الحدث اذ لا بد من زوال العقل سابقا على الموت فيثبت الحدث لا محالة والشهادة مانعة من نجاسة الموت فلم يرتفع الحدث بالشهادة لا حتى يغسل أعضاء الطهارة فلم يظهر أثر منعه الشهادة حلول النجاسة فقلنا ان الشهادة ترفع ذلك الحدث لهذه الضرورة ولا ضرورة في الجنابة لانها لا توجد لا محالة لبعدهم أثر الشهادة بل توجد في السدرة فلم يرتفع وإنما الحائض والنفساء اذا استشهدتا فان كان ذلك بعد انقطاع الدم وطهارتهما قبل الاغتسال فالكلام فيهما وفي الغيب سواء وان كان قبل انقطاع الدم فن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية يفسلان كالجنب

لوجود شرط الاغتسال وهو الحيض والنفس وفي رواية لا يغسلان لانه لم يكن وجب بعد قبل الموت قبل انقطاع
الدم فلو وجب وجب بالموت والاغتسال الذي يجب بالموت يسقط بالشهادة ولا يشترط الا كونه لصفة الشهادة
بالاجماع لان النساء مخاطبات بخاصة من يوم القيامة من قتلن فيبقي عليهن أثر الشهادة ليكون شاهداً هن
كالرجال والله أعلم وإذا عرف شرائط الشهادة فتقول اذا قتل الرجل في المعركة أو غيرها وهو مقاتل أهل الحرب
أو قتل مدافعاً عن نفسه أو ماله أو أهله أو واحد من المسلمين أو أهل الذمة فهو شهيد سواء قتل بسلاح أو غيره
لاستجماع شرائط الشهادة في حقه فالهتق بشهادة أحد وكذلك اذا صار مقتولاً من جهة قطع الطريق لانه قتل
ظاهراً بخلاف بدلا هو مال دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام من قتل دون ماله فهو شهيد وهذا قتل دون ماله
فيكون شهيداً بشهادة النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك اذا قتل في محاربة أهل البني وعند الشافعي يغسل في أحد
قوله لان على أحد قوله يجب القصاص على الباغي فهذا قتل أخلف بدلا وهو القصاص وهذا يمنع الشهادة عنده
على مامر ولنا ما روي عن عمار انه لما استشهد بصصة في تحت راية على رضى الله تعالى عنه فقال لا تغسلوا عني دما
ولا تزعوا عني ثوبا فاني انتقي ومعاوية بالجادة وكان قتيلاً أهل البغي على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم تقتلك الفئة
الباغية وروي ان زيدا بن صوحان لما استشهد يوم الجمل فقال لا تغسلوا عني دما ولا تزعوا عني ثوبا فاني رجل
محتاج أحاج يوم القيامة من قتلى وعن علي رضى الله عنه انه كان لا يغسل من قتل من أصحابه ولانه في معنى شهداء
أحد لانه قتل قتلاً منعض ظاهراً ولم يخلف بدلا هو مال وجوب القصاص في قتل الباغي ممنوع وعليه اجماع
الصحابه ان كل دم اريق بتأويل القرآن فهو باطل وقتيل غير الباغي وان وجب عليه القصاص لكن ذلك اماره
تعلظ الجناية على مامر فلا يوجب قدحاً في الشهادة بخلاف وجوب الدية ولو وجد في المعركة فان لم يكن به أثر القتل
من جراحة أو خنق أو ضرب أو خروج الدم لم يكن شهيداً لأن المقتول انما يفارق الميت خنقاً أو غيره فاذ لم يكن
به أثر فالظاهر انه لم يكن بفعل مضاف الى العدو بل لما التقى الصفان انخلع قناع قلبه من شدة الفزع وقديمتي الجبان
بهذا فان كان به أثر القتل كان شهيداً لأن الظاهر ان موته كان بذلك السبب وانه كان من العدو والاصل ان الحكم
مضى ظهر عقيب سبب بحال عليه وان كان الدم يخرج من محارقه ينظر ان كان موضعاً يخرج الدم منه من غير
آفة في الباطن كالأنف والذكروالدبر لم يكن شهيداً لأن المرقدين يتلى بالرعاف وقديمتي دما لشدة الفزع وقديمتي
الدم من الدبر من غير جرح في الباطن فوق الثلث في سقوط الغسل فلا يسقط بالثلث وان كان الدم يخرج من آذنه
أو عينه كان شهيداً لأن الدم لا يخرج من هذين الموضعين عادة الا لآفة في الباطن فالظاهر انه ضرب على رأسه
حتى خرج الدم من آذنه أو عينه وان كان الدم يخرج من فمه فان كان ينزل من رأسه لم يكن شهيداً لأن ما ينزل من
الرأس فنزوله من جانب الفم أو من جانب الأنف سواء وان كان يغسل من جوفه كان شهيداً لأن الدم لا يصعد من
الجوف الا لجرح في الباطن وانما يميز بينهما بالون الدم والله أعلم ولو وجد في عسكر المسلمين فان كانوا القوا
العدو فهو شهيد وليس فيه قسامة ولا دية لانه قتل العدو وظاهر اكله وجد قتيلاً في المعركة وان كانوا يلقوا العدو ولم
يكن شهيداً لانه ليس قتل العدو ولا ترى ان فيه القسامة والدية ولو وطئته دابة العدو وهم راكبوها أو ساقوها
أو قاندها فمات أو نفر العدو دابته أو نخسها فالقتله فمات أو رماه العدو بالنار فاحترق أو كان المسلمون في سفينة
فرماهم العدو بالنار فاحترقوا أو تعدى هذا الحريق الى سفينة أخرى فيها مسلمون فاحترقوا أو سيلوا عليهم الماء
حتى غرقوا أو القوه في الخندق أو من السور بالطين بالرمح والدفع حتى ماتوا أو القوا عليهم الجدار كانوا شهداء
لان موتهم حصل بفعل مضاف الى العدو وقبل حقهم حكم الشهادة ولو نفرت دابة مسلم من دابة العدو أو من
سوادهم من غير تنفير منهم فالقتله فمات أو انهم زعم المسلمون فالقوا أنفسهم في الخندق أو من السور حتى ماتوا
لم يكونوا شهداء لان موتهم غير مضاف الى فعل العدو وكذلك اذا حمل على العدو فسقط عن فرسه أو كان المسلمون
يتنبون عليهم الحائط فسقط عليهم فماتوا لم يكونوا شهداء عند محمد خلافاً لابي يوسف وأصل محمد في الزيادة في

هذه المسائل أصلاً فقال إذا صار مقتولاً بفعل ينسب إلى العدو وكان شهيداً أو أفلأ ولا أصل عند أبي يوسف أنه إذا
صار مقتولاً بعمل الحراب والقتال كان شهيداً أو أفلأ سواء كان منسوباً إلى العدو أو لا والأصل عند الحسن بن
زياد أنه إذا صار مقتولاً بمباشرة العدو بحيث لو وجد ذلك القتل فيما بين المسلمين في دار الإسلام لا يجوز
وجوب قصاص أو كفارة كان شهيداً وإذا صار مقتولاً بالتسبب لم يكن شهيداً وجنس هذه المسائل في الزيادة
فصل وأما حكم الشهادة في الدنيا فنقول إن الشهيد كسائر الموتى في أحكام الدنيا وأما فيما فهم في حكمين
أحدهما أنه لا يغسل عند عامة العلماء وقال الحسن البصري يغسل لأن الغسل كرامة لبني آدم والشهيد يستحق
الكرامة حسب ما يتحققه غيره بل أشد فكان الغسل في حقه واجب ولهذا يغسل المرتب ومن قتل بحق فكذا
الشهيد ولأن غسل الميت واجب تطهيراً لا ترى أنه أعظم من الصلاة عليه بعد غسله لا قبله والشهيد يصلى
عليه فيقفل أيضاً تطهيراً وانما يغسل شهداء أحد تخفيفاً على الأحياء ليكون أكثر الناس كان
محروماً لما إن ذلك اليوم كان يوم بلاء وتعذيب فلم يقدر وأعلى غسلهم (ولنا) ما روى عن النبي صلى
الله عليه وسلم أنه قال في شهداء أحد زملوهم بكلوهم ودمائهم فأنهم يبعثون يوم القيامة وأوداجهم تشخب
دما اللون لون الدم والريح ريح المسك وفي بعض الروايات زملوهم بدمائهم ولا تغسلوهم فأنهم يبعثون يوم
القيامة وهذه الرواية أعم في سبيل الله لا وهو يأتي يوم القيامة وأوداجهم تشخب دما اللون لون الدم والريح ريح المسك وهذه الرواية أعم
فالنبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر بالغسل وبين المعنى وهو أنهم يبعثون يوم القيامة وأوداجهم تشخب دما فلا
يزال عنهم الدم بالغسل ليكون شاهد لهم يوم القيامة وبه تبين أن ترك غسل الشهيد من باب الكرامة له
وإن الشهادة جعلت مانعة عن حلول نجاسة الموت كافي شهداء أحد وما ذكر من تعذر الغسل غير سديد لما بينا أن
النبي صلى الله عليه وسلم أمر بأن يزملوهم بدمائهم وبين المعنى ولأن الجراحات التي أصابهم لم تكن مانعة لهم
من الحفر والدفن كيف صارت مانعة من الغسل وهو أيسر من الحفر والدفن ولأن ترك الغسل لو كان للتعذر لأمر
أن يهيموا كالتعذر غسل الميت في زماننا لعدم الماء والدليل عليه أنه كالم تغسل شهداء أحد لم تغسل شهداء بدر
والتخفيف وخير وما ذكر من التعذر لم يكن يوماً ولذا لم يغسل عثمان وعمار وكان بالمسلمين قوة فدل أنهم فهموا من
ترك الغسل على قتلى أحد غير ما فهم الحسن والثاني أنه يكفي في ثيابه لقول النبي صلى الله عليه وسلم زملوهم
بدمائهم وقدرى في ثيابهم وروينا عن عمار وزيد بن صوحان أنهما قالاً لا تتزعا عنى ثوباً بالحديث غير أنه ينزع
عنه الجلد وال سلاح والقر وال خشو والخف والمنطقة والقلنسوة وعند الشافعي لا ينزع عنه شيء مما ذكرنا قوله
عليه الصلاة والسلام زملوهم بثيابهم ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال تنزع عنه العمامة والخفين
والقلنسوة وهذا لأن ما يترك يترك ليكون كفناً والكفن ما يلبس للستر وهذه الأشياء تلبس ما للتجميل والزينة
أول دفع البرد وأول دفع معرفة السلاح ولا حاجة لميت إلى شيء من ذلك فلم يكن شيء من ذلك كفناً وبه تبين أن المراد من
قوله صلى الله عليه وسلم زملوهم بثيابهم الثياب التي يكفن بها وتلبس للستر ولأن هذا عادة أهل الجاهلية فأنهم كانوا
يدفنون أبطالهم بما عليهم من الأسلحة وقد نهينا عن التشبه بهم ويزيدون في أكتافهم ماشاً أو ينقصون ماشاً
لما روى أن حمزة رضي الله عنه كان عليه غمرة لو غطى رأسه بها بدت رجلاه ولو غطيت بهار جلده بدت رأسه فأمر
رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغطي بهار رأسه ويوضع على رجليه شيء من الأذنخ وذلك زيادة في الكفن ولأن
الزيادة على ما عليه حتى يبلغ عدد السنة من باب الكمال فكان لهم ذلك والنقصان من باب دفع الضرر عن الورثة
لجواز أن يكون عليه من الثياب ما يضر تركه بالورثة فاما فيما سوى ذلك فهو كغيره من الموتى وقال الشافعي أنه
لا يصلى عليه كالأغسل واحتج عاروى عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم ما صلى على أحد من شهداء أحد ولا
الصلاة على الميت شفاعته ودعاء لم يعص ذنوبه والشهيد قد تطهر بصفة الشهادة عن دنس الذنوب على ما قال
النبي صلى الله عليه وسلم السيف محمى للذنوب فاستغنى عن ذلك كما استغنى عن الغسل ولأن الله تعالى وصف

الشهداء بانهم احياء في كتابه والصلاة على الميت لا على الحي ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى على
 شهداء أحد صلاة الجنائز حتى روي أنه صلى على حمزة سبعين صلاة وبعضهم أولوا ذلك بأنه كان يؤتى
 بواحد واحد فيصل على عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وحمزة رضي الله عنه بين يديه فظن
 الراوي أنه كان يصل على حمزة في كل مرة فروي أنه صلى عليه سبعين صلاة ويحتمل أنه كان
 ذلك على حسب الرواية وكان مخصوصا بتلك الكرامة وما روي عن جابر رضي الله عنه
 فغير صحيح وقيل أنه كان يومئذ مشغولا فإنه قتل أبوه وأخوه ونحاله فرجع إلى
 المدينة لبس دبر كيف يحملهم إلى المدينة فلم يكن حاضر حين صلى النبي صلى الله عليه وسلم
 عليه وسلم عليهم فلهمذا روي ما روي ومن شاهد النبي صلى الله عليه وسلم قد
 روي أنه صلى عليهم ثم سمع جابر ينادي رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الله عليه وسلم
 أن تدفن القتلى في مصارعهم فرجع فدفعهم فيها ولان الصلاة على الميت
 لاظهار كرامته ولهذا اختص بها المسلمون دون الكفرة والشهيد
 أولى بالكرامة وما ذكر من حصول الطهارة بالشهادة فالعبد وان
 جل قدره لا يستغنى عن الدعاء ألا ترى أنهم صلوا على رسول
 الله صلى الله عليه وسلم ولا شك أن درجته كانت فوق
 درجة الشهداء وانما وصفهم بالحياة في حق أحكام
 الآخرة ألا ترى إلى قوله تعالى بل احياء عند ربهم
 يرزقون فاما في حق أحكام الدنيا فالشهيد
 ميت يقسم ماله وتنكح امرأته بعد انقضاء
 العدة ووجوب الصلاة عليه من
 أحكام الدنيا فكان ميتا فيه
 فيصل على الله والله أعلم
 بالصواب واليه
 المرجع
 والمآب

م م

م

﴿ تم الجزء الاول وباليه الجزء الثاني وأوله كتاب الزكاة ﴾

فهرست الجزء الاول من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

خطبة الكتاب	٢	٤٤ فصل في التيمم الخ	٤٤
كتاب الطهارة	٣	٤٥ فصل في اركان التيمم	٤٥
مطلب غسل الوجه	٣	٤٦ فصل في كيفية التيمم	٤٦
مطلب غسل البدن	٤	٤٦ فصل في شرائط اركان التيمم	٤٦
مطلب مسح الرأس	٤	٥٣ فصل في بيان ما يتيمم به	٥٣
مطلب غسل الرجلين	٥	٥٤ فصل في بيان ما يتيمم منه	٥٤
مطلب المسح على الخفين	٧	٥٤ فصل في بيان وقت التيمم	٥٤
مطلب بيان مدة المسح	٨	٥٥ فصل في صفة التيمم	٥٥
مطلب المسح على الجوارب	١٠	٥٦ فصل في بيان ما ينقض التيمم	٥٦
مطلب المسح على الجرموقين	١٠	٦٠ فصل في الطهارة الحقيقية	٦٠
مطلب مقدار المسح	١٢	٧١ فصل في بيان مقدار ما يصير به المحل نجسا الخ	٧١
مطلب نواقض المسح	١٢	٨٣ فصل في بيان ما يقع به التطهير	٨٣
مطلب المسح على الجباز	١٣	٨٧ فصل في طريق التطهير بالغسل الخ	٨٧
مطلب شرط جواز المسح	١٣	٨٧ فصل في شرائط التطهير بالماء	٨٧
مطلب نواقض المسح على الجبيرة	١٤	٨٩ كتاب الصلاة	٨٩
مطلب شرائط اركان الوضوء	١٥	٩١ فصل في عدد الصلوات	٩١
مطلب الماء المقيد	١٥	٩١ فصل في عدد ركعات هذه الصلوات	٩١
مطلب الكلام في الاستنجاء في مواضع	١٨	٩١ فصل في صلاة المسافر	٩١
مطلب في السواك	١٩	٩٣ فصل في بيان ما يصير به المقيم مسافرا	٩٣
مطلب في النية في الوضوء	١٩	٩٧ فصل في بيان ما يصير المسافر به مقما	٩٧
مطلب في التسمية في الوضوء	٢٠	١٠٥ فصل في اركان الصلاة	١٠٥
مطلب في غسل البدن	٢٠	١١٤ فصل في شرائط الاركان	١١٤
مطلب في كيفية الاستنجاء	٢١	١٤٦ فصل في واجبات الصلاة	١٤٦
مطلب الموالاة في الوضوء	٢٢	١٤٧ فصل في كيفية الاذان	١٤٧
مطلب التثليث في الغسل	٢٢	١٤٩ فصل في بيان سنن الاذان	١٤٩
مطلب البداءة باليمين	٢٢	١٥٢ فصل في بيان محل وجوب الاذان	١٥٢
مطلب الاستيعاب في مسح الرأس	٢٢	١٥٤ فصل في بيان وقت الاذان	١٥٤
مطلب مسح الاذنين	٢٣	١٥٥ فصل في بيان ما يجب على السامعين عند الاذان	١٥٥
مطلب مسح الرقبة	٢٣	١٥٥ فصل في بيان من يجب عليه الجماعة	١٥٥
مطلب القهقهة في الصلاة	٣٢	١٥٦ فصل في بيان من تعتقد به الجماعة	١٥٦
مطلب مس المصحف	٣٣	١٥٦ فصل في بيان ما يفعله بعد فوات الجماعة	١٥٦
مطلب آداب الوضوء	٣٥	١٥٦ فصل في بيان من يصلح للامامة في الجملة	١٥٦
فصل في تفسير الخيض والنفس والاسمعاضة الخ	٣٩		

صفحة	صفحة
٢٢٠ فصل في بيان ما يفسد الصلاة	١٥٧ فصل في بيان من يصلح للإمامة على التفصيل
٢٢٠ فصل في شرائط جواز البناء	١٥٧ فصل في بيان من هو أحق بالإمامة وأولى به
٢٢٣ فصل في محل البناء	١٥٨ فصل في بيان مقام الإمام والمأموم
٢٢٤ فصل في الاستخلاف	١٥٩ فصل في بيان ما يستحب للإمام أن يفعله عقبه
٢٢٦ فصل في شرائط جواز الاستخلاف	القراخ من الصلاة
٢٣٢ فصل في بيان حكم الاستخلاف	١٦٠ فصل في الواجبات الأصلية في الصلاة
٢٤٢ فصل في صلاة الخوف	١٦٤ فصل في بيان سبب الوجوب
٢٤٣ فصل في مقدار صلاة الخوف	١٦٧ فصل في بيان المتروك ساهيا هل يقضى أم لا
٢٤٣ فصل في كيفية صلاة الخوف	١٧٢ فصل في بيان محل سجود السهو
٢٤٤ فصل في شرائط الجواز	١٧٤ فصل في قدر سلام السهو وصفته
٢٤٥ فصل في حكم هذه الصلوات الخ	١٧٤ فصل في عمل سلام السهو أنه هل يبطل التحريمة
٢٤٩ فصل في مسائل السجدة الخ	أولا
٢٥٦ فصل في صلاة الجمعة	١٧٥ فصل في بيان من يجب عليه سجود السهو
٢٥٦ فصل في كيفية فرضية الجمعة	ومن لا يجب عليه
٢٥٨ فصل في بيان شرائط الجمعة	١٨٠ فصل في بيان كيفية وجوب السجدة
٢٦٩ فصل في بيان مقدارها	١٨٠ فصل في سبب وجوب السجدة
٢٦٩ فصل في بيان ما يفسدها	١٨٦ فصل في بيان من تجب عليه السجدة
٢٦٩ فصل في بيان ما يستحب في يوم الجمعة وما يكره فيه	١٨٧ فصل في شرائط جواز السجدة
٢٧٠ فصل في بيان فرض الكفاية	١٨٧ فصل في بيان محل أداء السجدة
٢٧٠ فصل في الصلاة الواجبة	١٨٨ فصل في كيفية أداء السجدة
٢٧١ فصل في بيان من يجب عليه صلاة الوتر	١٩١ فصل في بيان وقت أداء السجدة
٢٧١ فصل في مقدار الوتر	١٩٢ فصل في سنن السجود
٢٧٢ فصل في بيان وقته	١٩٣ فصل في بيان مواضع السجدة في القرآن
٢٧٢ فصل في صفة القراء فيه	١٩٤ فصل وأما الذي هو عند الخروج من الصلاة
٢٧٣ فصل في القنوت	١٩٥ فصل وأما الذي هو في حرمة الصلاة بعد الخروج منها
٢٧٤ فصل في بيان ما يفسد القنوت	١٩٥ فصل في وجوب التكبير أيام النشر
٢٧٤ فصل في صلاة العيدين	١٩٥ فصل في بيان وقت التكبير
٣٧٥ فصل في شرائط وجوبها وجوازها	١٩٦ فصل في محل أداء التكبير
٢٧٦ فصل في بيان وقت أدائها	١٩٧ فصل في بيان من يجب عليه التكبير
٢٧٧ فصل في بيان قدر صلاة العيدين وكيفية أدائها	١٩٨ فصل في بيان حكم التكبير
٢٧٩ فصل في بيان ما يفسدها	١٩٨ فصل في سنن الصلاة
٢٧٩ فصل في بيان ما يستحب في يوم العيد	٢١٥ فصل في بيان ما يستحب في الصلاة وما يكره
٢٨٠ فصل في صلاة الكسوف والخسوف	

صفحة	صفحة
٢٨٠ فصل في قدرها وكيفيتها	٣٠٢ فصل في شرائط وجوبه
٢٨٢ فصل في صلاة الاستسقاء	٣٠٤ فصل في بيان من يغسل
٢٨٤ فصل في الصلاة المستنونة	٣٠٦ فصل في تكفين الميت
٢٨٥ فصل في صفة القراءة فيها	٣٠٦ فصل في كيفية وجوبه
٢٨٥ فصل في بيان ما يكره منها	٣٠٧ فصل في صفة الكفن
٢٨٧ فصل في بيان ان السنة اذا فاتت عن وقتها هل تقضى أم لا	٣٠٧ فصل في كيفية التكفين
٢٨٨ فصل في مقدار التراويح	٣٠٨ فصل في بيان من يجب عليه الكفن
٢٨٨ فصل في سنتها	٣٠٩ فصل في حمله على الجنازة
٢٩٠ فصل في بيان أدائها	٣١٠ فصل في صلاة الجنازة
٢٩٠ فصل في صلاة التطوع	٣١٢ فصل في بيان كيفية الصلاة على الجنازة
٢٩١ فصل في بيان مقدار ما يلزم منه بالشروع	٣١٥ فصل في بيان ما تصح به وما تقصد وما يكره
٢٩٤ فصل في بيان أفضل التطوع	٣١٦ فصل في بيان ما تقصد به صلاة الجنازة
٢٩٥ فصل في بيان ما يكره من التطوع	٣١٦ فصل في بيان ما يكره فيها
٢٩٧ فصل في بيان ما يفارق التطوع الفرض فيه	٣١٧ فصل في بيان من له ولاية الصلاة على الميت
٢٩٩ فصل في صلاة الجنازة	٣١٨ فصل في الدفن
٢٩٩ فصل في الغسل الخ	٣١٨ فصل في سنة الحفر
٣٠٠ فصل في بيان كيفية وجوبه	٣١٨ فصل في سنة الدفن
٣٠٠ فصل في بيان كيفية الغسل	٣٢٥ فصل في الشهيد
	٣٢٤ فصل في حكم الشهادة في الدنيا

كِتَابُ بَدَائِعِ الصَّحَا فِي تَرْغِيبِ الشَّرَائِعِ

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

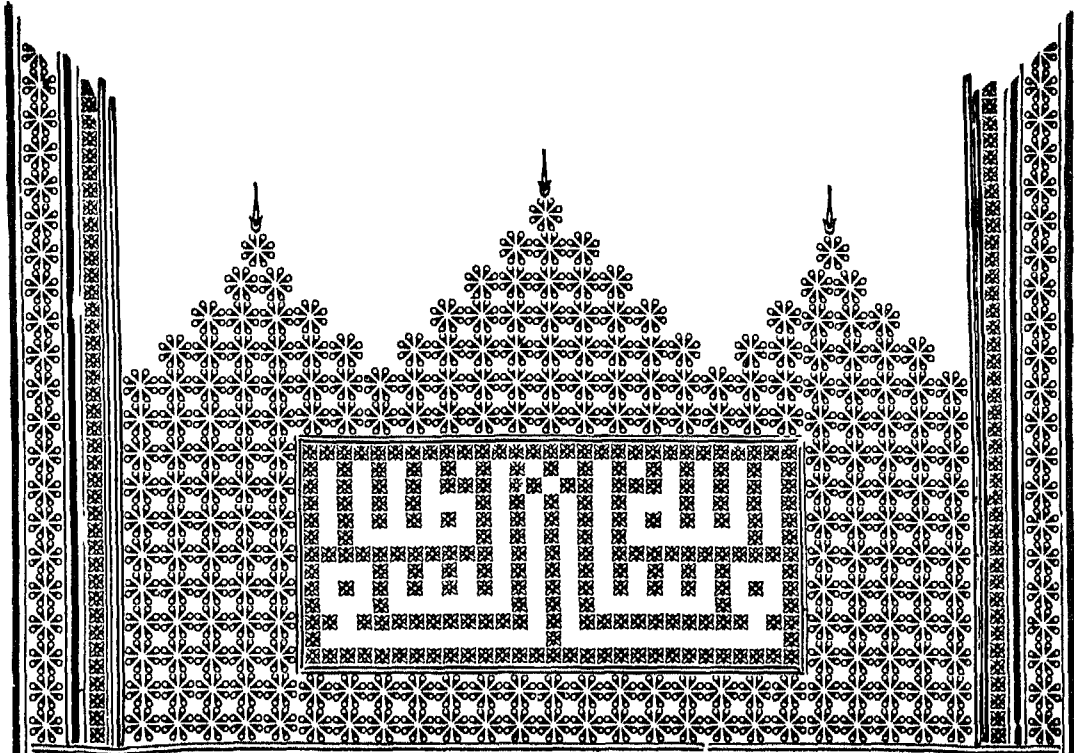
الجزء الثاني

الطبعة الثانية

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الزكاة

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في موضعين في بيان أنواع الزكاة وفي بيان حكم كل نوع منها أما الاول فالزكاة في الاصل نوعان فرض وواجب فالفرض زكاة المال والواجب زكاة الرأس وهي صدقة الفطر وزكاة المال نوعان زكاة الذهب والفضة وأموال التجارة والسوائيم وزكاة الزروع والثمار وهي العشر أو نصف العشر أما الاول فالكلام فيها يقع في موضعين في بيان فرضيتها وفي بيان كيفية الفرضية وفي بيان سبب الفرضية وفي بيان ركنها وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يسهطها بعد وجوبها أما الاول فالدليل على فرضيتها الكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى وآتوا الزكاة وقوله عز وجل خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها وقوله عز وجل وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم والحق المعلوم هو الزكاة وقوله والذين يكتزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله الآية فكل مال لم تؤد زكاته فهو كثر لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال كل مال أدبت الزكاة عنه فليس يكتزون كان تحت سبع أرضين وكل مال لم تؤد الزكاة عنه فهو كثر وإن كان على وجه الأرض فقد لحق الوعيد الشديد بمن كثر الذهب والفضة ولم ينفقها في سبيل الله ولا يكون ذلك إلا بترك الفرض وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انفقوا من طيبات ما كسبتم وأداء الزكاة اتفاق في سبيل الله وقوله تعالى واحسنوا إن الله يحب المحسنين وقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وائتوا الزكاة من باب الاحسان والاعانة على البر والتقوى وأما السنة فما ورد في المشاهير عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال بنى الاسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت من استطاع إليه سبيلاً وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال عام حجة الوداع اعبدوا ربكم وصلوا خمسكم وصوموا شهركم وحجوا بيت ربكم وأدوا زكاة أموالكم طيبة بها أنفسكم تدخلوا جنة ربكم وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ما من صاحب ذهب ولا فضة لا يؤدي حقها إلا جعل له يوم القيامة صفاً ثم أحى عليها نار جهنم فيكوى بها جنبه وجفنه وظهره في يوم كان مقداره

خسعين ألف سنة حتى يقضى بين الناس فيرى سبيله اما الى الجنة واما الى النار واما من صاحب بقر ولا غنم لا يؤدي حقها الا في يوم القيامة تطوره باطلا فها وتنطحه بقرونها ثم ذكر فيه ما ذكر في الاول قالوا يا رسول الله فصاحب الخيل قال الخيل ثلاث لرجل أجر ورجل ستر ورجل ورجل فاما من ربطها عدة في سبيل الله فانه لو طول لها في مرج خصب أو في روضة كتب الله له عدد ما كتبت حسنات وعدداً رواها حسنات وان مرت بنهر عجاج لا يريد منه السقي فمربت كتب الله له عدد ما مربت حسنات ومن ارتبطها عزاً ونفراً على المسلمين كانت له وزراً يوم القيامة ومن ارتبطها تغنياً وتعففاً ثم لم ينس حق الله تعالى في رقابها وظهورها كانت له ستر من النار يوم القيامة وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ما من صاحب غنم لا يؤدي زكاتها الا يطع لها يوم القيامة بقاع قروفر تطوره باطلا فها وتنطحه بقرونها وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في مانعي زكاة الغنم والابل والبقر والغرس لا ألفين أحدكم يأتي يوم القيامة وعلى عاتقه شاة تبعر يقول يا محمد يا محمد فأقول لا أملك لك من الله شيئاً الا قد بلغت ولا ألفين أحدكم يأتي يوم القيامة وعلى عاتقه بعير له رضاء فيقول يا محمد يا محمد فأقول لا أملك لك من الله شيئاً الا قد بلغت ولا ألفين أحدكم يأتي يوم القيامة وعلى عاتقه بقرة لها خوار فيقول يا محمد يا محمد فأقول لا أملك لك من الله شيئاً الا قد بلغت ولا ألفين أحدكم يأتي يوم القيامة وعلى عاتقه فرس له حممة فيقول يا محمد يا محمد فأقول لا أملك لك من الله شيئاً الا قد بلغت والا حديث في الباب كثيرة واما الا جاع فلان الامة أجمعت على فرضيتها وأما المعقول فن وجوه أحدها أن اداء الزكاة من باب اعانة الضعيف واغاثة اللهياف واقدار العاجز وتقوية على أداء ما افترض الله عز وجل عليه من التوحيد والعبادات والوسيلة الى اداء المفروض مفروض والثاني أن الزكاة تطهر نفس المودى عن النجاس الذنوب وتزكي اخلاقه بتخلق الجود والكرم وترك الشح والفضن اذا لا نفس محبولة على الضن بالمال فتعود السحاحة وتتناقض لاداء الامانات وايصال الحقوق الى مستحقها وقد تضمن ذلك كله قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها والثالث ان الله تعالى قد أنعم على الأغنياء وفضلهم بصنوف النعمة والاموال الفاضلة عن الحاجات الاصلية وخصهم بما فيه نعمون ويستمتعون بلدي العيش وشكر النعمة فرض عقلاً وشرعاً واداء الزكاة الى الفقير من باب شكر النعمة فكان فرضاً

فصل وما كيفة فرضيتها فقد اختلف فيها ذكر الكرخي انها على الفور وذكر في المنتقى ما يدل عليه فانه قال اذا لم يؤد الزكاة حتى مضى حولان فقد أساء وأثم ولم يجعل له ماصنع وعليه زكاة حول واحد وعن محمدان من لم يؤد الزكاة لم تقبل شهادته وروى عنه أن التأخير لا يجوز وهذا نص على الفور وهو ظاهر مذهب الشافعي وذكر الجصاص انها على التراخي واستدل بمن عليه الزكاة اذا هلك نصابه بعد تمام الحول والتمكن من الاداء أنه لا يضمن ولو كانت واجبة على الفور لضمن كن آخر صوم شهر رمضان عن وقته أنه يجب عليه القضاء وذكر أبو عبد الله الشافعي عن أصحابنا أنها تجب وجوباً موسعاً وقال عامة مشايخنا انها على سبيل التراخي ومعنى التراخي عندهم انها تجب مطلقاً عن الوقت غير عين في أي وقت أدى يكون مؤدياً للواجب ويتعين ذلك الوقت للوجوب واذا لم يؤد الى آخر عمره يتضيق عليه الوجوب بأن بقي من الوقت قدر ما يمكنه الاداء فيه وغلب على ظنه أنه لو لم يؤد فيه يموت فيفوت فعند ذلك يتضيق عليه الوجوب حتى انه لو لم يؤد فيه حتى مات بأثم وأصل المسئلة أن الامر المطلق عن الوقت هل يقتضي وجوب الفعل على الفور أم على التراخي كالا مرفقضاء صوم رمضان والامر بالكفارات والنذور المطلقة وسجدة التلاوة ونحوها فهو على الاختلاف الذي ذكرنا وقال امام الهدى الشيخ أبو منصور الماتريدي السمرقندي انه يجب تحصيل الفعل على الفور وهو الفعل في أول أوقات الامكان ولكن عملاً لا اعتقاداً على طريق التعيين بل مع الاعتقاد المبهم أن ما أراد الله به من الفور والتراخي فهو حق وهذه من مسائل اصول الفقه ويجوز أن تبني مسئلة هلاك النصاب على هذا الاصل لان الوجوب لما كان على التراخي عندنا لم يكن بتأخير الاداء عن اول أوقات الامكان مفراطاً فلا يضمن وعندهما كان الوجوب على الفور صار مفراطاً تأخيره فيضمن ويجوز

أن يبنى على أصل آخر نذكره في بيان صفة الواجب أن شاء الله تعالى

فصل وأما سبب فرضيتها فالمال لأنها وجبت شكر النعمة المال ولذا أضاف إلى المال فيقال زكاة المال والاضافة في مثل هذا يراد بها السببية كما يقال صلاة الظهر وصوم الشهر ورجع البيت ونحو ذلك

فصل وأما شرائط الفرضية فأنواع بعضها يرجع إلى من عليه وبعضها يرجع إلى المال أما الذي يرجع إلى من عليه فأنواع أيضا منها سلامة حتى لا تجب على الكافر في حق أحكام الآخرة عندنا لأنها عبادة والكفار غير مخاطبين بشرائع هي عبادات هو الصحيح من مذهب أصحابنا خلافا للشافعي وهي من مسائل أصول الفقه وأما في حق أحكام الدنيا فلا خلاف في أنها لا تجب على الكافر الأصلي حتى لا يخاطب بالأداء بعد الإسلام كالصوم والصلاة وأما المرتد فكذلك عندنا حتى إذا مضى عليه الحول وهو مرتد فلا زكاة عليه حتى لا يجب عليه أداءها إذا أسلم وعند الشافعي تجب عليه في حال الردة ويخاطب بأدائها بعد الإسلام وعلى هذا الخلاف الصلاة وجه قوله أنه أهل للوجوب لقد رتبه على الأداء بواسطة الطهارة فكان ينسب أن يخاطب الكافر الأصلي بالأداء بعد الإسلام إلا أنه سقط عنه الأداء رحمة عليه وتخفيفه والمرتب لا يستحق التخفيف لأنه يرجع بعد ما عرف محاسن الإسلام فكان كفره أغلظ فلا يلحق به (ولنا) قول النبي صلى الله عليه وسلم الإسلام يجب ما قبله ولأن الزكاة عبادة والكافر ليس من أهل العبادة لعدم شرط الأهلية وهو الإسلام فلا يكون من أهل وجوبها كالكافر الأصلي وقوله أنه قادر على الأداء بتقديم شرطه وهو الإيمان فاسد لأن الإيمان أصل والعبادات نوابغ له بدليل أنه لا يتحقق الفعل عبادة بدونه والإيمان عبادة بنفسه وهذه آية التبعية ولهذا لا يجوز أن يرتفع الإيمان عن الخلائق بحال من الأحوال في الدنيا والآخرة مع ارتفاع غيره من العبادات فكان هو عبادة بنفسه وغيره عبادة به فكان تعالىه فالقول بوجوب الزكاة وغيره من العبادات بناء على تقديم الإيمان جعل التبعية متبوعا والمتبوع تابع وهذا قلب الحقيقة وتغيير الشريعة بخلاف الصلاة مع الطهارة لأن الصلاة أصل والطهارة تابعة لها فكان إيجاب الأصل إيجابا للتبعية وهو الفرق ومنها العلم بكونها فريضة عند أصحابنا الثلاثة ولستنا نغني به حقيقة العلم بل السبب الموصل إليه وعند زفر ليس بشرط حتى أن الحربي لو أسلم في دار الحرب ولم يجرأ البنا ومكث هناك سنين وله سوائم ولا علم له بالشرائع لا يجب عليه زكاتها حتى لا يخاطب بأدائها إذا خرج إلى دار الإسلام عندنا خلافا لزفر وقد ذكرنا المسئلة في كتاب الصلاة وهل تجب عليه إذا بلغه رجل واحد في دار الحرب أو يحتاج فيه إلى العدد وقد ذكرنا الاختلاف فيه في كتاب الصلاة ومنها البلوغ عندنا فلا تجب على الصبي وهو قول علي وابن عباس فانهما قالوا لا تجب الزكاة على الصبي حتى تجب عليه الصلاة وعند الشافعي ليس بشرط وتجب الزكاة في مان الصبي ويؤديه الولي وهو قول ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول يصح الولي أعوام اليقيم فإذا بلغ أخبره وهذا إشارة إلى أنه تجب الزكاة لكن ليس للولي ولاية الأداء وهو قول ابن أبي ليلى حتى قال لو أداها الولي من ماله ضمن ومن أصحابنا من بنى المسئلة على أصل وهو أن الزكاة عبادة عندنا والصبي ليس من أهل وجوب العبادة فلا تجب عليه كالأجيب عليه الصوم والصلاة وعند الشافعي حق العبد والصبي من أهل وجوب حقوق العباد كضمان المتلفات وأروش الجنائيات ونفقة الأقارب والزوجات والخراج والعشر وصدقة الفطر ولأن كانت عبادة فهي عبادة مالية تجري فيها النيابة حتى تتأدى بأداء الوكيل والولي نائب الصبي فيها فيقوم مقامه في إقامة هذا الواجب بخلاف العبادات البدنية لأنها لا تجري فيها النيابة ومنهم من تكلم فيها ابتداء أما الكلام فيها على وجه البناء فوجه قوله النص ودلالة الإجماع والحقيقة أما النص فقوله تعالى إنما الصدقات للفقراء وقوله عز وجل وفي أموالهم حق معاشهم للسائل والمحروم والاضافة بحرف اللام تقتضي الاختصاص بجهة الملك إذا كان المضاف إليه من أهل الملك وأما دلالة الإجماع فلا تأنيأ جمعنا على أن من عليه الزكاة إذا ذهب جميع النصاب من الفقير ولم تحضره النية تسقط عنه الزكاة والعبادة لا تنأى بدون النية ولذا يجري فيها الجبر والاستخلاف من الساعي

وانما يجريان في حقوق العباد وكذا يصح توكيل النفي باداء الزكاة والذي ليس من أهل العباد وأما الحقيقة فان
الزكاة تمليك المال من الفقير والمنفعة بها هو الفقير فكانت حق الفقير والصلابة لا تمنع حقوق العباد على ما بينا ولنا قول
النبي صلى الله عليه وسلم بنى الاسلام على خمس شهادة أن لا اله الا الله واقام الصلاة واداء الزكاة وصوم رمضان
وحج البيت من استطاع اليه سبيلا وما بنى عليه الاسلام يكون عبادة والعبادات التي تحتل السقوط تقدر في
الجملة فلا تجب على الصبيان كالصوم والصلاة وأما الآية فالمراد من الصدقة المذكورة فيها محل الصدقة وهو المال
لانفس الصدقة لانها اسم للفعل وهو اخراج المال الى الله تعالى وذلك حق الله تعالى لاحق الفقير وكذلك الحق
المذكور في الآية الاخرى المراد منه المال وذال ليس بزكاة بل هو محل الزكاة وسقوط الزكاة بهيمة النصاب من الفقير
لوجود النية دلالة الجبر على الأداء يؤدي من عليه بنفسه لا بنافي العبادة حتى لو مديده وأخذ من غير اداء من
عليه لا تسقط عنه الزكاة عندنا ويجريان الاستخلاف لشبوت ولاية المطالبة للساعي يؤدي من عليه باختياره
وهذا لا يقتضي كون الزكاة حق العبد وانما جازت باداء الوكيل لان المؤدى في الحقيقة هو الموكل والخراج ليس
بعبادة بل هو مؤنة الارض وصدقة الفطر ممنوعة على قول محمد وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلا مؤنة
من وجهه قال النبي صلى الله عليه وسلم أدوا عن تمونون فوجب بوصف المؤنة لا بوصف العبادة وهو الجواب عن
العشر وأما الكلام في المسئلة على وجه الابتداء فالشافعي احتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ابتعوا
في أموال اليتامى خيرا كيلا تأكلوا الصدقة ولولم تجب الزكاة في مال اليتيم ما كانت الصدقة تأكلها وروى عنه
صلى الله عليه وسلم انه قال من ولي يتيما فليؤد زكاة ماله وروى من ولي يتيما فليزك ماله ولعمري موات الزكاة من
غير فصل بين البالغين والصبيان ولان سبب وجوب الزكاة ملك النصاب وقد وجد فوجب الزكاة فيه كالبالغ (ولنا)
انه لا سبيل الى الايجاب على الصبي لانه من فروع القلم بالحديث ولان ايجاب الزكاة ايجاب القلم وايجاب الفعل على
العاجز عن الفعل تكليف ما ليس في الوسع ولا سبيل الى الايجاب على الولي ليؤدي من مال الصبي لان الولي منهى
عن قربان مال اليتيم الا على وجه الاحسن بنص الكتاب وأداء الزكاة من ماله قربان ماله لا على وجه الاحسن لما
ذكرنا في الخلافات والحديثان غريبان أو من الآحاد فلا يعارضان الكتاب مع ما ان اسم الصدقة يطلق على النفقة
قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة وعلى عياله صدقة وفي الحديث ما يدل عليه لانه أضاف الى كل
الى جميع المال والنفقة هي التي تأكل الجميع لا الزكاة وتحمل الصدقة والزكاة على صدقة الفطر لانها تسهي زكاة
وأما قوله من ولي يتيما فليزك ماله أي ابتصرف في ماله حتى ينمو ماله اذا التزكية هي التنمية توفيقا بين الدلائل
وعموما موات الزكاة لا تناول الصبيان أو هي مخصوصة فتخص المتنزع فيه بما ذكرنا والله أعلم (ومنها) العقل عندنا فلا
تجب الزكاة في مال المجنون جنونا أصليا وجملة الكلام فيه ان الجنون نوعان أصلي وطاري وأما الأصلي وهو أن يبلغ
مجنونا فلا خلاف بين أصحابنا انه يمنع انعقاد الحول على النصاب حتى لا يجب عليه اداء زكاة ماضية من الاحوال
بعد الافاقة وانما يعتبر ابتداء الحول من وقت الافاقة لانه لا أن صار أهلا لان نفقة الحول على ماله كالصبي اذا بلغ
أنه لا يجب عليه اداء زكاة ماضية من زمان الصبا وانما يعتبر ابتداء الحول على ماله من وقت البلوغ عندنا كذا هذا
ولهذا منع وجوب الصلاة والصوم كذا الزكاة وأما الجنون الطاري فان دام سنة كاملة فهو في حكم الأصلي ألا ترى
انه في حق الصوم كذلك كذا في حق الزكاة لان السنة في الزكاة كالشهر في الصوم والجنون المستوعب للشهر يمنع
وجوب الصوم فالمستوعب للسنة يمنع وجوب الزكاة ولهذا يمنع وجوب الصلاة والحج فكذا الزكاة وان كان في
بعض السنة ثم أفق روى عن محمد في النوادر انه ان أفق في شيء من السنة وان كان ساعة من الحول من أوله أو
وسطه أو آخره تجب زكاة ذلك الحول وهو رواية ابن سماعة عن أبي يوسف أيضا وروى هشام عنه أنه قال ان أفق
أكثر السنة وجبت والا فلا وجه هذه الرواية انه اذا كان في أكثر السنة مقيما فكانه كان مقيما في جميع السنة لان
للاكثر حكم الكل في كثير من الاحكام خصوصا فيما يختلط فيه وجه الرواية الأخرى وهو قول محمد هو اعتبار

الزكاة بالصوم وهو اعتبار صحيح لان السنة للزكاة كالشهر للصوم ثم الافاق في جزء من الشهر يكفي لوجوب
صوم الشهر كذا الافاق في جزء من السنة تكفي لانقضاء حول على المال وأما الذي يجزئ ويغني فهو كالصحيح
وهو بمنزلة النائم والمنعم عليه ومنها الحرية لان الملك من شرائط الوجوب المذكور والمملوك لا ملك له حتى لا تجب
الزكاة على العبد وان كان مأذوناً له في التجارة لانه ان لم يكن عليه دين فكسبه لمولاه وعلى المولى زكاته وان
كان عليه دين يحيط بكسبه فالمولى لا يملك كسب عبده المأذون المدينون عند أبي حنيفة فلا زكاة فيه على أحد وعند
أبي يوسف ومحمد ان كان يملكه لكنه مشغول بالدين والمال المشغول بالدين لا يكون مال الزكاة وكذا المدبر وأم
الولدنا قلنا وكذا لا زكاة على المكاتب في كسبه لانه ليس ملكه حقيقة لقيام الرق فيه بشهادة النبي صلى الله عليه
وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والعبد اسم للرقوق والرق ينافي الملك وأما المستسعى فحكمه حكم المكاتب في
قول أبي حنيفة وعندهما هو حر مدين فينظر ان كان فضل عن سعائه ما يبلغ نصاباً تجب الزكاة عليه والا فلا
ومنها ان لا يكون عليه دين مطالب به من جهة العبد عندنا فان كان فانه يمنع وجوب الزكاة بقدره حالا كان أو
مؤجلاً وعند الشافعي هذا ليس بشرط والدين لا يمنع وجوب الزكاة كفيما كان احتج الشافعي بعمومات الزكاة من
غير فصل ولان سبب وجوب الزكاة ملك النصاب بشرطه ان يكون معداً للتجارة أو للاسامة وقد وجد
أما الملك فظاهر لان المدين مال له لان دين الحر الصحيح يجب في ذمته ولا يتعلق بماله ولهذا يملك
التصرف فيه كيف شاء وأما الاعداد للتجارة أو للاسامة فلان الدين لا ينافي ذلك والدليل عليه انه
لا يمنع وجوب العشر (ولنا) ما روى عن عثمان رضي الله عنه انه خطب في شهر رمضان وقال في خطبته الا ان
شهر زكاتكم قد حضر فن كان له مال وعليه دين فليحسب ماله بما عليه ثم ايزك بقية ماله وكان يحضر من
الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فكان ذلك اجماعاً منهم على انه لا تجب الزكاة في القدر المشغول بالدين وبه
تبين ان مال المدين خارج عن عمومات الزكاة ولا نهحتاج الى هذا المال حاجة أصلية لأن قضاء الدين
من الخواص الأصلية والمال المحتاج اليه حاجة أصلية لا يكون مال الزكاة لانه لا يتحقق به الغنى ولا صدقة الا عن
ظاهر غنى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد خرج الجواب عن قوله انه وجد سبب الوجوب بشرطه
لان صفة الغنى مع ذلك شرط ولا يتحقق مع الدين مع ما أن ملكه في النصاب ناقص بدليل ان لصاحب الدين اذا ظفر
بجنس حقه أن يأخذه من غير قضاء ولا رضا وعند الشافعي له ذلك في الجنس وخلاف الجنس وهذا آية عدم الملك كما
في الودعة والمنصوب فلان يكون دليل نقصان الملك أولى وأما العشر فقد روى ابن المبارك عن أبي حنيفة ان الدين
يمنع وجوب العشر فيمنع على هذه الرواية وأما على ظاهر الرواية فلان العشر مؤنة الأرض النامية كالخراج فلا
يعتبر فيه غنى المالك ولهذا لا يعتبر فيه أصل المالك عندنا حتى يجب في الاراضى الموقوفة وأرض المكاتب بخلاف
الزكاة فانه لا بد فيها من غنى المالك والغنى لا يجمع الدين وعلى هذا يخرج مهر المرأة فانه يمنع وجوب الزكاة عندنا
مجهلاً كان أو مؤجلاً لانها اذا طالبت به يؤخذ به وقال بعض مشايخنا ان المؤجل لا يمنع لانه غير مطالب به عادة فأما
المجل فيطالب به عادة فيمنع وقال بعضهم ان كان الزوج على عزم من قضائه يمنع وان لم يكن على عزم القضاء لا يمنع
لانه لا يعد ديناً وانما يؤخذ المرء بما عنده في الأحكام وذكر الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري في الاجارة
الطويلة التي تمارفها أهل بخاري ان الزكاة في الاجرة المججلة تجب على الآجر لانه ملكه قبل الفسخ وان كان
يلحقه دين بعد الحول بالفسخ وقال بعض مشايخنا انه يجب على المستأجر ايضاً لانه بعد ذلك مالا موضوعاً عند الآجر
وقالوا في البيع الذي اعتاده أهل سمرقند وهو بيع الوفاء ان الزكاة على البائع في غنمه ان بقي حولاً لانه ملكه
وبعض مشايخنا قالوا يجب أن يلزم المشتري ايضاً لانه بعد مالا موضوعاً عند البائع فيؤخذ بما عنده وقالوا فيمن
ضمن الدرك فاستحق المبيع انه ان كان في الحول يمنع لان المانع قارن الموجب فيمنع الوجوب فأما اذا استحق بعد
الحول لا يسقط الزكاة لانه دين حادث لان الوجوب مقنصر على حالة الاستحقاق وان كان الضمان سبباً حتى

اعتبر من جميع المال واذا اقتصر وجوب الدين لم يمنع وجوب الزكاة قبله وأما نفقة الزوجات فمال بصرديننا ما
 بفرض القاضي أو بالتراضي لا يمنع لانهما تجب شيئاً فشيئاً فتسقط اذا لم يوجد قضاء القاضي أو التراضي وتمنع اذا فرضت
 بقضاء القاضي أو بالتراضي لصيرورته ديناً وكذا نفقة المحارم تمنع اذا فرضها القاضي في مدة قصيرة نحو مادون الشهر
 فتصير ديناً فما اذا كانت المدة طويلة فلا تصير ديناً بل تسقط لانها صالحة محضة بخلاف نفقة الزوجات الا ان القاضي
 يضطر الى الفرض في الجملة في نفقة المحارم أيضاً لكن الضرورة ترتفع بأدنى المدة وقال بعض مشايخنا ان نفقة المحارم
 تصير ديناً أيضاً بالتراضي في المدة اليسيرة وقالوا دين الخراج يمنع وجوب الزكاة لانه مطالب به وكذا اذا صار العشر
 ديناً في ذمته بان ألتف الطعام العشري صاحبه فأما وجوب العشر فلا يمنع لانه متعلق بالطعام يبقى ببقائه ويهلك
 بهلاكه والطعام ليس مال التجارة حتى يصير مستحقاً بالدين وأما الزكاة الواجبة في النصاب أو دين الزكاة بان ألتف
 مال الزكاة حتى انتقل من العين الى الذمة فكل ذلك يمنع وجوب الزكاة في قول أبي حنيفة ومحمد وسواء كان في الأموال
 الظاهرة أو الباطنة وقال زفر لا يمنع كلاهما وقال أبو يوسف وجوب الزكاة في النصاب يمنع فأما دين الزكاة فلا يمنع
 هكذا ذكر السرخي قول زفر ولم يفصل بين الأموال الظاهرة والباطنة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي
 ان هذا مذهب في الأموال الباطنة من الذهب والفضة وأموال التجارة ووجه هذا القول ظاهر لان الأموال
 الباطنة لا يطالب الامام بزيكاتها فلم يكن لزكاتها مطالب من جهة العباد سواء كانت في العين أو في الذمة فلا يمنع
 وجوب الزكاة كديون الله تعالى من الكفارات والندور وغيرها بخلاف الأموال الظاهرة لان الامام يطالب
 بزيكاتها وأما وجه قوله لا تحرفه وان الزكاة قريبة فلا يمنع وجوب الزكاة كدين الندور والكفارات ولا يبي يوسف
 الفرق بين وجوب الزكاة وبين دينها هو ان دين الزكاة في الذمة لا يتعلق بالنصاب فلا يمنع الوجوب كدين
 الكفارات والندور وأما وجوب الزكاة فتعلق بالنصاب اذا الواجب جزء من النصاب واستحقاق جزء من النصاب
 يوجب النصاب اذا المستحق كالمصرف وحكي انه قيل لا يبي يوسف ما يحتل على زفر فقال ما يحتي على من يوجب
 في مائتي درهم أو بعائة درهم والأمر على ما قاله أبو يوسف لانه اذا كان له مائتا درهم فلم يؤد زكاتها سنين كثيرة
 يؤدي الى ايجاب الزكاة في المال أكثر منه باضعافه وانه قبيح ولا يبي حنيفة ومحمد أن كل ذلك دين مطالب به من
 جهة العباد أما زكاة السوائم فلا يطالب بها من جهة السلطان عينا كان أو ديناً ولهذا يستعان اذا أنكر الحول أو
 أنكر كونه للتجارة أو ما أشبه ذلك فصار بمنزلة ديون العباد وأما زكاة التجارة فطالب بها أيضاً تقدير الان حق الأخذ
 للسلطان وكان يأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر رضي الله عنهما الى زمن عثمان رضي الله عنه
 فلما كثرت الأموال في زمانه وعلم ان في تتبعها زيادة ضرر بأربابها رأى المصلحة في أن يفوض الاداء الى
 أربابها باجماع الصحابة فصار أرباب الأموال كالوكلاء عن الامام ألا ترى انه قال من كان عليه دين فليؤده وليترك
 ما بقي من ماله فهذا وكيل لأرباب الأموال باخراج الزكاة فلا يبطل حق الامام عن الأخذ ولهذا قال أصحابنا ان
 الامام اذا علم من أهل بلدة انهم يتركون أداء الزكاة من الأموال الباطنة فانه يطالبهم بها لكن اذا أراد الامام
 أن يأخذها بنفسه من غير تهمة الترك من أربابها ليس له ذلك لمسايقه من مخالفة اجماع الصحابة رضي الله عنهم
 وبيان ذلك انه اذا كان لرجل مائتا درهم أو عشرون مثقال ذهب فلم يؤد زكاته سنتين يركب السنة الاولى وليس
 عليه للسنة الثانية شيء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يؤدي زكاة سنتين وكذا هذا في مال التجارة وكذا في السوائم
 اذا كان له خمس من الابل السائمة مضى عليها سنتان ولم يؤد زكاتها انه يؤدي زكاة السنة الاولى وذلك شاة ولا شيء
 عليه للسنة الثانية ولو كانت عشر احوال عليها حولان يجب للسنة الاولى شاتان وللثانية شاة ولو كانت الابل
 خمساً وعشرين يجب للسنة الاولى بنت محاض والسنة الثانية أربع شياه ولو كان له ثلاثون من البقر السوائم يجب
 للسنة الاولى تبعة أو تبعة ولا شيء للسنة الثانية وان كانت أربعين يجب للسنة الاولى مسنة وللثانية تبعة أو تبعة
 وان كان له أربعون من الغنم عليه للسنة الاولى شاة ولا شيء للسنة الثانية وان كانت مائة واحدة وعشرين

عليه السنة الأولى شتان والسنة الثانية شاة ولو لحقه دين مطالب به من جهة العباد في خلال الحول هل ينقطع حكم الحول قال أبو يوسف لا ينقطع حتى إذا سقط باقتضاء أو بالبراءة قبل تمام الحول تلزمه الزكاة إذا تم الحول وقال زفر ينقطع الحول بالحق والدين والمسئلة مبنية على نقصان النصاب في خلال الحول لأن بالدين يعدم كون المال فاضلا عن الحاجة الأصلية فتعدم صفة الغنى في المالك فكان نظير نقصان النصاب في أثناء الحول وعندنا نقصان النصاب في خلال الحول لا ينقطع الحول وعند زفر ينقطع على ما ذكره هذا مثله وأما الديون التي لا مطالب لها من جهة العبادات كالندور والكفارات وصدة الفطرو وجوب الحج ونحوها لا يمنع وجوب الزكاة لأن أثرها في حق أحكام الآخرة وهو الثواب بالاداء والاثم بالترك فاما لا أثر له في أحكام الدنيا ألا ترى أنه لا يجبر ولا يجبس فلا يظهر في حق حكم من أحكام الدنيا فكانت ملحقة بالعدم في حق أحكام الدنيا ثم إذا كان على الرجل دين وله مال الزكاة وغيره من عبيد الخدمة وثياب البذلة ودور السكنى فإن الدين يصرف إلى مال الزكاة عندنا سواء كان من جنس الدين أو لا ولا يصرف إلى غيره مال الزكاة وإن كان من جنس الدين وقال زفر يصرف الدين إلى الجنس وإن لم يكن مال الزكاة حتى أنه لو تزوج امرأة على خادم بغير عينة وله مائتا درهم وخادم فدين المهر يصرف إلى المائتين دون الخادم عندنا وعند زفر يصرف إلى الخادم وجه قول زفر أن قضاء الدين من الجنس أيسر فكان الصرف إليه أولى ولنا إن عين مال الزكاة مستحق كسائر الخواص ومال الزكاة فاضل عنها فكان الصرف إليه أيسر وأنظر بآبار باب الأموال ولهذا لا يصرف إلى ثياب بدنه وقوته وقوت عياله وإن كان من جنس الدين لما قلنا وذكر محمد في الأصل رأيت لو تصدق عليه لم يكن موضع الصدقة ومعنى هذا الكلام أن مال الزكاة مشغول بحاجة الدين فكان ملحقة بالعدم وملك الدار والخادم لا يجرم عليه أخذ الصدقة فكان فقيرا ولا زكاة على الفقير ولو كان في يده من أموال الزكاة أنواع مختلفة من الدراهم والدنانير وأموال التجارة والسواثم فإنه يصرف الدين إلى الدراهم والدنانير وأموال التجارة دون السواثم لأن زكاة هذه الجبلية يؤدونها أرباب الأموال وزكاة السواثم يأخذها الأمام ورعا يقصرون في الصرف إلى الفقراء ضنا بهم فكان صرف الدين إلى الأموال الباطنة ليأخذها السلطان زكاة السواثم نظر للفقراء وهذا أيضا عندنا وعلى قول زفر يصرف الدين إلى الجنس وإن كان من السواثم حتى إن من تزوج امرأة على خمس من الإبل السائمة بغير أعيانها وله أموال التجارة وإبل سائمة فإن عنده يصرف المهر إلى الإبل وعندنا يصرف إلى مال التجارة لما صرح وذكر الشيخ الإمام السر حسي أن هذا إذا حضر المصدق فإن لم يحضر فالخيار لصاحب المال إن شاء صرف الدين إلى السائمة وأدى الزكاة من الدراهم وإن شاء صرف الدين إلى الدراهم وأدى الزكاة من السائمة لأن في حق صاحب المال هما سواء لا يختلفان وأما الاختلاف في حق المصدق فإن له ولاية أخذ الزكاة من السائمة دون الدراهم فلماذا إذا حضر صرف الدين إلى الدراهم وأخذ الزكاة من السائمة فاما إذا لم يكن له مال الزكاة سوى السواثم فإن الدين يصرف إليها ولا يصرف إلى أموال البذلة لما ذكرنا ثم ينظر إن كان له أنواع مختلفة من السواثم فإن الدين يصرف إلى أقلها زكاة حتى يجب إلا كثر نظر للفقراء بأن كان له خمس من الإبل وثلاثون من البقر وأربعون شاة فإن الدين يصرف إلى الإبل أو الغنم دون البقر حتى يجب التببيع لأنه أكثر قيمة من الشاة وهذا إذا صرف الدين إلى الإبل والغنم بحيث لا يفضل شيء منه فاما إذا استغرق أحدهما وفضل منه شيء وإن صرف إلى البقر لا يفضل منه شيء فإنه يصرف إلى البقر لأنه إذا فضل شيء منه يصرف إلى الغنم فانتقص النصاب بسبب الدين فامتنع وجوب شاتين ولو صرف إلى البقر وامتنع وجوب التببيع يجب الشاتان لأنه لو صرف الدين إلى الغنم بقي نصاب الإبل السائمة كاملا والتببيع أقل قيمة من شاتين ولو لم يكن له إلا الإبل والغنم ذكر في الجامع أن لصاحب المال أن يصرف الدين إلى أيهما شاء لا ستوائهما في قدر الواجب وهو الشاة وذكر في نوادر الزكاة أن للمصدق أن يأخذ الزكاة من الإبل دون الغنم لأن الشاة الواجبة في الإبل ليست من نفس النصاب فلا ينتقص النصاب بأخذها ولو صرف الدين إلى الإبل يأخذ الشاة من الأر بعين فينتقص النصاب فكان هذا أنفع للفقراء ولو كان له خمس وعشرون من الإبل وثلاثون بقرا

وأربعون شاة فإن كان الدين لا يقض من الغنم يصرف الى الشاة لانه أقل زكاة فان فضل منه ينظر ان كان بنت مخاض وسط أقل قيمة من الشاة وتبيع وسط يصرف الى الابل وان كان أكثر قيمة منها يصرف الى الغنم والبقرة لانه هذا أنفع للفقراء فالمدار على هذا الحرف فاما اذا لم يكن له مال للزكاة فانه يصرف الدين الى عروض البسالة والمهنة أو لائتم الى العقار لان الملك مما يستحدث في العروض ساعة فساعة فاما العقار فما لا يستحدث فيه الملك غالباً فكان فيه مراعاة النظر لهما جميعاً والله أعلم

فصل وأما الشرائط التي ترجع الى المال فمنها الملك فلا تجب الزكاة في سوائهم الوقف والخيل المسبلة لعدم الملك وهذا لان في الزكاة عليك والتقليد في غير الملك لا يتصور ولا تجب الزكاة في المال الذي استولى عليه العدو وأحرزوه بدرهم عندنا لانهم لم يكوها بالاحراز عندنا فزال ملك المسلم عنها وعند الشافعي تجب لان ملك المسلم بعد الاستيلاء والاحراز بالدار قائم وان زالت يده عنه والزكاة وظيفة الملك عنده ومنها الملك المطلق وهو ان يكون مملوكاً له رقة ويد او هذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر البديلي بشرط وهو قول الشافعي فلا تجب الزكاة في المال الضمار عندنا خلافاً لهما وتفسيره مال الضمار هو كل مال غير مقدور لا تتفاد به مع قيام أصل الملك كالعبد الاتقي والضال والمال المفقود والمال الساقط في البحر والمال الذي أخذه السلطان مصادرة والدين المجهود اذا لم يكن للمالك بيعة وحل الحول ثم اراد له بيعة بأن أقر عند الناس والمال المدفون في الصحراء اذا خفي على المالك مكانه فان كان مدفوناً في البيت تجب فيه الزكاة بالاجماع وفي المدفون في الكرم والدار الكبيرة اختلاف المشايخ احتجوا بعمومات الزكاة من غير فصل ولان وجوب الزكاة يعتمد الملك دون اليد بدليل ابن السبيل فانه تجب الزكاة في ماله وان كانت يده فائتة لقيام ملكه وتجب الزكاة في الدين مع عدم القبض وتجب في المدفون في البيت فثبت ان الزكاة وظيفة الملك والملك موجود فتجب الزكاة فيه لانه لا يخاطب بالأداء الحال ليجزم عن الأداء لبعده عنه وهذا لا ينفي الوجوب كافي ابن السبيل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه موقوفاً عليه وهو فو على رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا زكاة في مال الضمار وهو المال الذي لا ينتفع به مع قيام الملك مأخوذ من البعير الضامر الذي لا ينتفع به لشدة هزاله مع كونه حياً وهذه الاموال غير منتفع بها في حق المالك لعدم وصول يده اليها فكانت ضامراً ولان المال اذا لم يكن مقدوراً لا تتفاد به في حق المالك لا يكون للمالك به غنيا ولا زكاة على غير الغني بالحديث الذي روي بنا وما ل ابن السبيل مقدور لا تتفاد به في حقه بيده نائبه وكذا المدفون في البيت لانه يمكن الوصول اليه بالنبس بخلاف المغازاة لان نبس كل الصحراء غير مقدور له وكذا الدين المقر به اذا كان المقر مالياً فهو يمكن الوصول اليه واما الدين المجهود فان لم يكن له بيعة فهو على الاختلاف وان كان له بيعة اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تجب الزكاة فيه لانه يمكن الوصول اليه بالبيعة فاذا لم يقم البيعة فقد ضيع القدرة فلم يعذروا وقال بعضهم لا تجب لان الشاهد قد يفسق الا اذا كان القاضي عالماً بالدين لانه يقضي بعلمه فكان مقدوراً لا تتفاد به وان كان المدين يقر في السر ويجهد في العلانية فلا زكاة فيه كذا روي عن أبي يوسف لانه لا ينتفع باقراره في السر فكان بمنزلة الجاحد سر او علانية وان كان المدين مقر بالدين لكنه مفلس فان لم يكن مقضياً عليه بالافلاس تجب الزكاة فيه في قولهم جميعاً وقال الحسن بن زياد لا زكاة فيه لان الدين على المعسر غير منتفع به فكان ضامراً والصحيح قولهم لان المفلس قادر على الكسب والاستقراض مع ان الافلاس محقق الزوال ساعة فساعة اذا مال غادر رائج وان كان مقضياً عليه بالافلاس فكذلك في قول أبي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا زكاة فيه فحمد مر على اصله لان الفليس عنده يتحقق وانه يوجب زيادة عجز لانه يسد عليه باب التصرف لان الناس لا يعملونه بخلاف الذي لم يقض عليه بالافلاس وأبو حنيفة مر على اصله لان الافلاس عنده لا يتحقق في حال الحياة والقضاء به باطل وأبو يوسف وان كان يرى الفليس يمكن المفلس قادر في الجملة بواسطة الاكتساب فصار الدين مقدوراً لا تتفاد في الجملة فكان أمراً للفليس في تأخير المطالبة الى وقت اليسار فكان كالدين المؤجل فتجب الزكاة فيه ولو دفع الى انسان ودية ثم نسي

المودع فان كان المدفوع اليه من معارفه فعليه الزكاة ماضى اذا تذكر لان نسيان المعروف نادر فكان طريق الوصول قائما وان كان ممن لا يعرفه فلا زكاة عليه فيما مضى لتعذر الوصول اليه ولا زكاة في دين الكتابة والدينية على العاقلة لان دين الكتابة ليس بدين حقيقة لانه لا يجب للمولى على عبده دين فلهذا لم تصح الكفالة به والمكاتب عبد مابقي عليه درهم اذ هو ملك المولى من وجهه وملك المكاتب من وجهه لان المكاتب في اكتسابه كالحر فلم يكن بدل الكتابة ملك المولى مما لمقابل كان ناقصا وكذا الدينية على العاقلة ملك ولي القتل فيها مترزل بدليل انه لو مات واحد من العاقلة سقط ما عليه فلم يكن ملكا مطلقا وجوب الزكاة وظيفه الملك المطلق وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة في الدين الذي وجب للانسان لا بدلا عن شيء رأسا كالإيراث الدين والوصية بالدين او وجب بدلا عما ليس بمال أصلا كالهر لرأه على الزوج وبدل الخلع للزوج على المرأة والصلح عن دم العمد انه لا تجب الزكاة فيه وجملة الكلام في الديون انها على ثلاث مراتب في قول أبي حنيفة دين قوى ودين ضعيف ودين وسط كذا قال عامة مشايخنا اما القوي فهو الذي وجب بدلا عن مال التجارة كتمن عرض التجارة من ثياب التجارة وعبيد التجارة أو غلة مال التجارة ولا خلاف في وجوب الزكاة فيه الا انه لا يخاطب بأداء شيء من زكاة ماضى ما لم يقبض أر بعين درهما فكم ما قبض أر بعين درهما أدى درهما واحدا وعند أبي يوسف ومحمد كلما قبض شيئا يورث كانه قل المقبوض أو أكثر واما الدين الضعيف فهو الذي وجب له بدلا عن شيء سواء وجب له بغير صنعه كالإيراث أو بصنعه كالوصية أو وجب بدلا عما ليس بمال كالمهر وبدل الخلع والصلح عن القصاص وبدل الكتابة ولا زكاة فيه ما لم يقبض كله ويحول عليه الحول بعد القبض وأما الدين الوسط فواجب له بدلا عن مال ليس للتجارة كتمن عبد الخدمة وتمن ثياب البذلة والمهنة وفيه روايتان عنه ذكر في الأصل انه تجب فيه الزكاة قبل القبض ان كان لا يخاطب بالأداء ما لم يقبض مائتي درهم فاذا قبض مائتي درهم زكى لما مضى وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة انه لا زكاة فيه حتى يقبض المائتين ويحول عليه الحول من وقت القبض وهو أصح الروايتين عنه وقال أبو يوسف ومحمد الديون كلها سواء وكذاهاقوبة تجب الزكاة فيها قبل القبض الا الدينية على العاقلة ومال الكتابة فانه لا تجب الزكاة فيها أصلا ما لم تقبض ويحول عليه الحول وجه قولهما ان ما سوى بدل الكتابة والدينية على العاقلة ملك صاحب الدين ملكا مطلقا رتبة ويملكه كنه من القبض بقبض بدله وهو العين فتجب فيه الزكاة كسائر الأعيان المملوكة ملكا مطلقا الا انه لا يخاطب بالأداء للحال لانه ليس في يده حقيقة فاذا حصل في يده يخاطب بأداء الزكاة قدر المقبوض كما هو مذهبهم في العين فجازاد على النصاب بخلاف الدينية وبدل الكتابة لان ذلك ليس بملك مطلق بل هو ملك ناقص على ما بينا والله أعلم ولأبي حنيفة وجهان أحدهما ان الدين ليس بمال بل هو فعل واجب وهو فعل تعليم المال وتسليمه الى صاحب الدين والزكاة انما تجب في المال فاذا لم يكن مالا لا تجب فيه الزكاة ودليل كون الدين فعلا من وجود ذكرناها في الكفالة بالدين عن ميت مغاس في الخلافات كان ينبغي أن لا تجب الزكاة في دين ما لم يقبض ويحول عليه الحول الا أن ما وجب له بدلا عن مال التجارة أعطى له حكم المال لان بدل الشيء قائم مقامه كانه هو فصار كأن المبدل قائم في يده وانه مال التجارة وقد حال عليه الحول في يده والثاني ان كان الدين مالا مملوكا أيضا كنه مال لا يحتمل القبض لانه ليس بمال حقيقة بل هو مال حكى في الذمة وما في الذمة لا يمكن قبضه فلم يكن مالا مملوكا رتبة ويملكه كنه من القبض كمال الضهار فقياس هذا أن لا تجب الزكاة في الديون كلها نقصان الملك بفوات السيد الا ان الدين الذي هو بدل مال التجارة الحق بالدين في احتمال القبض لسكونه بدل مال التجارة قابل للقبض والسيد يقيم مقام المبدل والمبدل عين قائمة قابلة للقبض فكذا ما يقوم مقامه وهذا المعنى لا يوجد فيما ليس ببذل رأسا ولا فيما هو بدل عما ليس بمال وكذا في بدل مال ليس للتجارة على الرواية الصحيحة انه لا تجب فيه الزكاة ما لم يقبض قدر النصاب ويحول عليه الحول بعد القبض لان العين بدل مال ليس للتجارة فيقوم مقام المبدل ولو كان المبدل قائما في يده حقيقة لا تجب الزكاة فيه فكذا في بدله بخلاف بدل مال التجارة واما الكلام في اخراج زكاة قدر المقبوض من الدين الذي تجب فيه

الزكاة على نحو الكلام في المال العين إذا كان زائدا على قدر النصاب وحال عليه الحول فعند أبي حنيفة لا شيء في الزيادة هناك ما لم يكن أربعين درهما فلهنا أيضا لا يخرج شيئا من زكاة المقبوض ما لم يبلغ المقبوض أربعين درهما فيخرج من كل أربعين درهما يقبضها درهما وعندهما يخرج قدر ما قبض قل المقبوض أو أكثر كما في المال العين إذا كان زائدا على النصاب وسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى وذكر الكرخي أن هذا إذا لم يكن له مال سوى الدين فاما إذا كان له مال سوى الدين فاقبض منه فهو بمنزلة المستفاد فيضم الي ما عنده والله أعلم (ومنها) كون المال ناميا لأن معنى الزكاة وهو النماء لا يحصل إلا من المال النامي ولستنا نغني به حقيقة النماء لأن ذلك غير معتبر وإنما نغني به كون المال معدا للاستعمال بالتجارة أو بالاسامة لأن الاسامة سبب لحصول الدر والنسل والسمن والتجارة سبب لحصول الربح فيقام السبب مقام المسبب وتعلق الحكم به كالسفر مع المشقة والنكاح مع الوطء والنوم مع الحدث ونحو ذلك وإن شئت قلت ومنها كون المال فاضلا عن الحاجة الأصلية لأن به يتحقق الغنا ومعنى النعمة وهو النعم وبه يحصل الأداء عن طيب النفس إذا لمال المحتاج اليه حاجة أصلية لا يكون صاحبه غنيا عنه ولا يكون نعمة إذا التزم لا يحصل بالقدر المحتاج اليه حاجة أصلية لأنه من ضرورات حاجة البقاء وقوام البدن فكان شكره شكر نعمة البدن ولا يحصل الأداء عن طيب نفس فلا يقع الأداء بالجهة المأمور بها القوله صلى الله عليه وسلم وأدوا زكاة أموالكم طيبة بها أنفسكم فلا تقع زكاة إذ حقيقة الحاجة أمر باطن لا يوقف عليه فلا يعرف الفضل عن الحاجة فيقام دليل الفضل عن الحاجة مقامه وهو الأعداد للاسامة والتجارة وهذا قول عامة العلماء وقال مالك هذا ليس بشرط لوجوب الزكاة وتجب الزكاة في كل مال سواء كان ناميا فاضلا عن الحاجة الأصلية أو لا كثياب البذلة والمهنة والعلوفة والحولة والعمولة من المواشي وعبيد الخدمة والمسكن والمرائب وكسوة الأهل وطعامهم وما يتجمل به من آنية أو أؤلوا أو فرش ومتاع لم ينو به التجارة ونحو ذلك واحتج بعمومات الزكاة من غير فصل بين مال ومال نحو قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقوله عز وجل وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم وقوله تعالى وآتوا الزكاة وغير ذلك ولا نها وجبت شكر النعمة المال ومعنى النعمة في هذا الأموال أتم وأقرب لأنها متعلقة بالبقاء فكانت أدعى إلى الشكر ولنا أن معنى النماء والفضل عن الحاجة الأصلية لا بد منه لوجوب الزكاة لما ذكرنا من الدلائل ولا يتحقق ذلك في هذه الأموال وبه تبين أن المراد من العمومات الأموال النامية الفاضلة عن الحوائج الأصلية وقد خرج الجواب عن قوله إنها نعمة لما ذكرنا أن معنى النعمة فيها يرجع إلى البدن لأنهم تدفع الحاجة الضرورية وهي حاجة دفع الهلاك عن البدن فكانت تابعة لنعمة البدن فكان شكرها شكر نعمة البدن وهي العبادات البدنية من الصلاة والصوم وغير ذلك وقوله تعالى وآتوا الزكاة دليلنا لأن الزكاة عبارة عن النماء وذلك من المال النامي على التفسير الذي ذكرناه وهو أن يكون معدا للاستعمال وذلك بالأعداد للاسامة في المواشي والتجارة في أموال التجارة إلا أن الأعداد للتجارة في الأثمان المطلقة من الذهب والفضة ثابت بأصل الخلقة لأنها لا تصلح للانتفاع بأعيانها في دفع الحوائج الأصلية فلا حاجة إلى الأعداد من العبد للتجارة بالنية إذا النية للتعين وهي متعينة للتجارة بأصل الخلقة فلا حاجة إلى التعيين بالنية فتجب الزكاة فيها نوى التجارة أو لم ينو أصلا أو نوى النفقة وأما فيما سوى الأثمان من العروض فأنما يكون الأعداد فيها للتجارة بالنية لأنها كما تصلح للتجارة تصلح للانتفاع بأعيانها بل المقصود الأصلي منها ذلك فلا بد من التعيين للتجارة وذلك بالنية وكذا في المواشي لا بد فيها من نية الاسامة لأنها كما تصلح للدر والنسل تصلح للحمل والركوب واللحم فلا بد من النية ثم نية التجارة والاسامة لا تعتبر ما لم تصل بفعل التجارة والاسامة لأن مجرد النية لا عبرة به في الأحكام لقول النبي صلى الله عليه وسلم إن الله عفا عن أمي ما تحدثت به أنفسهم ما لم يتكلموا به أو يفعلوا ثم نية التجارة قد تكون صريحا وقد تكون دلالة أما الصريح فهو أن ينوي عند عقد التجارة أن يكون المملوك به للتجارة بأن اشترى سلعة ونوى أن تكون للتجارة عند الشراء فتصير للتجارة سواء كان الثمن الذي اشترى به من الأثمان المطلقة أو من عروض التجارة أو مال البذلة والمهنة أو مجردة بعرض بنية

التجارة فيصير ذلك مال التجارة لوجود صريح نية التجارة بمقارنا عقد التجارة اما الشراء فلا شأن له بتجارة وكذلك
 الاجارة لانها معاوضة المال بالمال وهو نفس التجارة ولهذا ملك المأذون بالتجارة الاجارة والنية المقارنة للفعل معتبرة
 ولو اشترى عينا من الاعيان ونوى ان يكون للبذلة والمهنة دون التجارة لا تكون للتجارة سواء كان الثمن من مال
 التجارة أو من غير مال التجارة لان الشراء بمال التجارة ان كان دلالة التجارة فقد وجد صريح نية الابتذال ولا
 تعتبر الدلالة مع الصريح بخلافها ولو ملك عروضا بغير عقد أصلا بان ورثها ونوى التجارة لم تكن للتجارة لان النية
 تجردت عن العمل أصلا فضلا عن عمل التجارة لان الموروث يدخل في ملكه من غير صنعه ولو ملكها بعقد
 ليس بمبادلة أو كالهبة والوصية والصدقة أو بعقد هو مبادلة مال بغير مال كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم
 العمد وبدل العتق ونوى التجارة يكون للتجارة عند أبي يوسف وعند محمد لا يكون للتجارة كذا ذكر الكرخي وذكر
 القاضي الشهيد الاختلاف على القلب فقال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يكون للتجارة وفي قول محمد يكون
 للتجارة وجه قول من قال انه لا يكون للتجارة ان النية لم تقارن عملا وهو تجارة وهي مبادلة المال بالمال فكان
 الحاصل مجرد النية فلا تعتبر وجه القول الآخر ان التجارة عقدا كتساب المال وما لا يدخل في ملكه الا بقوله فهو
 حاصل بكسبه فكانت نيته مقارنة لفعله فاشبه قرائنهم بالشراء والاجارة والقول الاول أصح لان التجارة كسب المال
 بدل ما هو مال والقبول اكتساب المال بغير بدل أصلا فلم تكن من باب التجارة فلم تكن النية مقارنة لعمل التجارة
 ولو استقرض عروضا ونوى ان تكون للتجارة اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يصير للتجارة لان القرض ينقلب
 معاوضة المال بالمال في العاقبة واليه أشار في الجامع ان من كان له مائة درهم لا مال له غيرها فاستقرض قبل
 حلول اليوم من رجل خمسة أفرقة لغير التجارة ولم تسلك الا قفزة حتى حال الحول لازكاة عليه في المائتين
 ويصرف الدين الى مال الزكاة دون الجنس الذي ليس بمال الزكاة فقوله استقرض لغير التجارة دليل انه لو استقرض
 للتجارة يصير للتجارة وقال بعضهم لا يصير للتجارة وان نوى لأن القرض عارة وهو تبرع لا تجارة فلم توجد نية التجارة
 مقارنة للتجارة فلا تعتبر ولو اشترى عروضا للبذلة والمهنة ثم نوى ان تكون للتجارة بعد ذلك لا يصير للتجارة مالم
 يبيعها فيكون بدلها للتجارة فرق بين هذا وبين ما اذا كان له مال التجارة فنوى ان يكون للبذلة حيث يخرج من
 أن يكون للتجارة وان لم يستعمله لان النية لا تعتبر مالم تصل بالفعل وهو ليس بفعل فعل التجارة فقد عرفت النية
 عن فعل التجارة فلا تعتبر للحال بخلاف ما اذا نوى الابتذال لانه نوى ترك التجارة وهو تارك لها في الحال فاقترنت
 النية بعمل هو ترك التجارة فاعتبرت ونظير الفصدين السفر مع الإقامة وهو ان المقيم اذا نوى السفر لا يصير مسافرا
 مالم يخرج عن عمران المصر والمسافر اذا نوى الإقامة في مكان صالح للإقامة يصير مقيما للحال ونظيره ما من غير هذا
 الجنس الكافر اذا نوى أن يلم بعد شهر لا يصير مسلما الحال والمسلم اذا قصد ان يكفر بعد سنين والعياذ بالله فهو
 كافر للحال ولو انه اشترى هذه العروض التي اشترها للبذلة بعد ذلك عروضا آخر تصير بدلها للتجارة بتلك النية
 السابقة وكذلك في الفصول التي ذكرنا ان نوى للتجارة في الوصية والقرض ومبادلة مال بما ليس بمال اذا اشترى
 بتلك العروض عروضا آخر صارت للتجارة لان النية قد وجدت حقيقة الا انهم لم يعمل للحال لانهم لم تصادف عمل
 التجارة فاذا وجدت التجارة بعد ذلك عملت النية السابقة عملها فيصير المال للتجارة لوجود نية التجارة مع التجارة
 وأما الدلالة فهي ان يشتري عينا من الاعيان بعرض التجارة أو يواجر داره التي للتجارة بعرض من العروض فيصير
 للتجارة وان لم ينو التجارة صرحا لانه لما اشترى بمال التجارة فالظاهر انه نوى به التجارة وأما الشراء بغير مال التجارة
 فلا يشكل وأما اجارة الدار فلان بدل منافع عين معدة للتجارة كبديل عين معدة للتجارة في أنه للتجارة كذا ذكر في كتاب
 الزكاة من الاصل وذكر في الجامع ما يدل على انه لا يكون للتجارة الا بالنية صرحا فانه قال وان كانت الاجرة جارية
 تساوي أنف درهم وكانت عند المستأجر للتجارة فاجر المؤجر داره بها وهو يريد التجارة شرط النية عند الاجارة
 ان يصير الجارية للتجارة ولم يذكر ان الدار للتجارة أو لغير التجارة فهذا يدل على أن النية شرط ليصير بدل منافع الدار

المستأجرة للتجارة وان كانت الدار معدة للتجارة فكان في المسئلة روايتان ومشايخ بلخ كانوا يصححون رواية الجامع
ويقولون ان العين وان كانت للتجارة لسكن قد يقصد ببدل منافاتها المنفعة فيؤاجر الدابة لينفق عليها والدار للعمارة
فلا تصير للتجارة مع التردد الا بالنية وأما اذا اشترى عروضا بالدرهم او بالدينار او بما يكال أو يوزن موصوفا في الذمة
فانها لا تكون للتجارة مالم ينو التجارة عند الشراء وان كانت الدراهم والدينار أو ثمانا والموصوف في الذمة من المكبل
والموزون اثمان عند الناس ولانها كما جعلت ثمن المال التجارة جعلت ثمن الشراء ما يحتاج اليه لا ابتذال والقوت فلا
يتعين الشراء به للتجارة مع الاحتمال وعلى هذا لا يشترى المضارب مال المضاربة عبدا ثم اشترى لهم كسوة وطعاما
للفنقة كان الكل للتجارة وتجب الزكاة في الكل لان نفقة عبدا المضاربة من مال المضاربة فطلق تصرفه ينصرف الى
ما يملك دون ما لا يملك حتى لا يصير حائنا واطعيا لبيده وعقله وان نص على النفقة وبمثل المالك اذا اشترى
عبدا للتجارة ثم اشترى لهم ثيابا لكسوة وطعاما للنفقة فانه لا يكون للتجارة لان المالك كما يملك الشراء للتجارة يملك
الشراء للنفقة والبذلة وله ان ينفق من مال التجارة وغير مال التجارة فلا يتعين للتجارة الا بدليل زائد واما الاجراء
الذين يعملون للناس نحو الصباغين والقصارين والدباغين اذا اشترى الصبغ والصابون والدهن ونحو ذلك
فما يحتاج اليه في عملهم ونووا عند الشراء أن ذلك للاستعمال في عملهم هل يصير ذلك مال التجارة روى بشر بن
الوليد عن أبي يوسف ان الصباغ اذا اشترى الصبغ والعصفر والزعفران ليصبغ ثياب الناس فله فيه الزكاة والحاصل
ان هذا على وجهين ان كان شيئا يبي في أثره في المعمول فيه كالصبغ والزعفران والشحم الذي يدبغ به الجلد فانه يكون
مال التجارة لان الاجر يكون مقابله ذلك الاثر وذلك الاثر مال قائم فانه من أجزاء الصبغ والشحم لكنه لطيف
فيكون هذا التجارة وان كان شيئا لا يبي في أثره في المعمول فيه مثل الصابون والاشنان والقلبي والكبريت فلا يكون
مال التجارة لان عينها تنلف ولم ينتقل أثرها الى الثوب المغسول حتى يكون له حصه من العوض بل البيضاء أصلي
لثوب يظهر عند زوال الدرن فما يأخذ من العوض يكون بدل عمله لا بدل هذه الآلات فلم يكن مال التجارة
وأما آلات الصناعات وظروف امتعة التجارة لا تكون مال التجارة لانها لا تباع مع الامتعة عادة وقالوا في نخاس
الدواب اذا اشترى المقاود والجلال والبراذع انه ان كان يباع مع الدواب عادة يكون للتجارة لانها معدة لها وان كان
لا يباع معها ولكن تملك وتحفظ بها الدواب فهي من آلات الصناعات فلا يكون مال التجارة اذا لم ينو التجارة عند شرائها
وقال أصحابنا في عبيد التجارة قتله عبدا خطأ فدفع به ان الثاني للتجارة لانه عوض مال التجارة وكذا اذا فدى بالدية
من العروس والحياوان واما اذا قتله عبدا فصالح المولى من الدية على العبد القاتل أو على شيء من العروس لا يكون
مال التجارة لانه عوض القصاص لا عوض العبد المقتول والقصاص ليس بمال والله اعلم ومنها الحول في
بعض الاموال دون بعض وجملة الكلام في هذا الشرط يقع في موضعين أحدهما في بيان ما يشترط له الحول من
الاموال وما لا يشترط والثاني في بيان ما يقطع حكم الحول وما لا يقطع أما الاول فنقول لا خلاف في ان أصل النصاب
وهو النصاب الموجود في أول الحول يشترط له الحول لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا زكاة في مال
حتى يحول عليه الحول ولان كون المال تاما يشترط وجوب الزكاة لما ذكرنا والفاء لا يحصل الا بالاستثناء
ولا بد لذلك من مدة وأقل مدة يستتمى المال فيها بالتجارة والاسامة عادة الحول فاما المستفاد في خلال الحول
فهو يشترط له حول على حدة أو يضم الى الأصل فيزكى بحول الأصل جملة الكلام في المستفاد انه لا يتخلو امانا كان
مستفادا في الحول واما ان كان مستفادا بعد الحول والمستفاد في الحول لا يتخلو امانا كان من جنس الأصل
واما ان كان من خلاف جنسه فان كان من خلاف جنسه كالا بل مع البقر والبقر مع الغنم فانه لا يضم الى نصاب
الأصل بل يستأنف له الحول بلا خلاف وان كان من جنسه فاما ان كان متفرعا من الأصل أو حاصل بسببه كالولد
والريح واما لم يكن متفرعا من الأصل ولا حاصل بسببه كالمشترى والموروث والموهوب والموصى به فان كان متفرعا
من الأصل أو حاصل بسببه يضم الى الأصل ويزكى بحول الأصل بالاجماع وان لم يكن متفرعا من الأصل

ولا جازا بسببه فانه يضم الى الاصل عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يضم احتيج بقول النبي صلى الله عليه وسلم
لازكاة في مال حتى يحول عليه الحول والمستفاد مال لم يحول عليه الحول فلا زكاة فيه ولان الزكاة وظيفة الملك
والمستفاد أصل في الملك لانه أصل في سبب الملك لانه ملك بسبب على حدة فيكون أصلا في شرط الحول كالمستفاد
بخلاف الجنس بخلاف الولد والرجل لان ذلك تبع للأصل في الملك لانه ملك لانه في سبب الملك فيكون تبعاً في الحول
ولنا أن عمومات الزكاة تقتضي الوجوب مطلقاً عن شرط الحول إلا ما خص بدليل ولان المستفاد من جنس
الأصل تبع له لانه زيادة عليه إذا الأصل يزداد به ويتكثروا الزيادة تبع للزيادة عليه والتبع لا يفرد بالشرط كما
لا يفرد بالسبب لئلا ينقلب التبع أصلاً فتجب الزكاة فيها بحول الأصل كالأولاد والارباح بخلاف المستفاد بخلاف
الجنس لانه ليس بتابع بل هو أصل بنفسه لا ترى أن الأصل لا يزداد به ولا يتكثروا قوله انه أصل في الملك لانه أصل
في سبب الملك مسلم لكن كونه أصلاً من هذا الوجه لا ينبغي أن يكون تبعاً من الوجه الذي بينا وهو أن الأصل يزداد
به ويتكثراً فكان أصلاً من وجهه وتبعاً من وجهه فتراجع جهة التبعية في حق الحول احتياطاً للوجوب الزكاة وأما
الحديث فعام خص منه بعضه وهو الولد والرجل فيخص المتنازع فيه بما ذكرنا ثم انما يضم المستفاد عندنا الى
أصل المال إذا كان الأصل نصيباً فاما إذا كان أقل من النصاب فانه لا يضم اليه وان كان يتكامل به النصاب وينعقد
الحول عليه بما حال وجود المستفاد لانه إذا كان أقل من النصاب لم ينعقد الحول على الأصل فكيف ينعقد على
المستفاد من طريق التبعية وأما المستفاد بعد الحول فلا يضم الى الأصل في حق الحول الماضي بخلاف وانما
يضم اليه في حق الحول الذي استغيد فيه لان النصاب بعد مضى الحول عليه يجعل متجدداً حكماً كانه انعدم الأول
وحدث آخر لان شرط الوجوب وهو النقص يتجدد بتجدد الحول فيصير النصاب كالمستفاد والموجود في الحول الأول
يصير كالعدم والمستفاد انما يجعل تبعاً للأصل الموجود لا لعدمه وهذا الذي ذكرنا إذا لم يكن المستفاد عن الأصل
المزكاة فاما إذا كان فانه لا يضم الى ما عنده من النصاب من جنسه ولا يركب بحول الأصل بل يشترط له حول على
حده في قول أبي حنيفة وعندهما يضم وصورة المسئلة إذا كان لرجل جنس من الأبل السائمة ومائتا درهم فتم حول
السائمة فزكاهما ثم باعها بدرهم ولم يتم حول الدراهم فانه يستأنف للثمن حولاً عنده ولا يضم الى الدراهم وعندهما
يضم ولو زكاهما جعلها علوفة ثم باعها ثم حول على الدراهم فان ثمنها يضم الى الدراهم فيزكي الكل بحول الدراهم
ولو كان له عبداً لخدمة فأدى صدقة فطره أو كان له طعام فأدى عشرة أو كان له أرض فأدى خراجها ثم باعها يضم
ثمنها الى أصل النصاب وجهه قولهما ما ذكرنا في المسئلة الأولى وهو ظاهر نصوص الزكاة مطلقة عن شرط الحول
واعتبار معنى التبعية والدليل عليه عن الأبل العلوفة وعبد الخدمة وانطعام المعشور والأرض التي أدى خراجها
ولا يبي حنيفة عموم قوله صلى الله عليه وسلم لازكاة في مال حتى يحول عليه الحول من غير فصل بين مال ومال إلا
أن المستفاد الذي ليس بثمن الأبل السائمة صار مخصوصاً بدليل فبقى الثمن على أصل العموم وصار مخصوصاً
عن عمومات الزكاة بالحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تبي في الصدقة أي لا تؤخذ الصدقة مرتين
الآن لاخذ حال اختلاف المالك والحول والمال صورة ومعنى صار مخصوصاً وهذا لم يوجد باختلاف المالك
والحول ولا شذ فيه وكذا المال لم يختلف من حيث المعنى لان الثمن بدل الأبل السائمة وبذل الشيء يقوم مقامه
كانه هو فكانت السائمة قائمة معنى وما ذكرنا من معنى التبعية قياس في مقابلة النص فيكون باطلاً على أن اعتبار
التبعية ان كان يوجب الضم فاعتبار البناء يعزى الضم والقول بالحرمة أولى احتياطاً وأما إذا زكاهما جعلها علوفة
ثم باعها بدرهم فقد قال بعض مشايخنا ان على قول أبي حنيفة لا يضم والصحيح أنه يضم بالاجماع ووجه التحريم أنه
لما جعلها علوفة فقد خرجت من أن تكون مال الزكاة لقوات وصف النساء فصارت كأنها ملكك وحدث عين أخرى
فلم يكن الثمن بدل الأبل السائمة فلا يؤدي الى البناء وكذا في المسائل الأخرى الثمن ليس بدل مال الزكاة وهو المال
الناهي الفاضل عن الحاجة الأصلية فلا يكون الضم بناء ولو كان عنده نصيبان أحدهما عن الأبل المزكاة والآخر

غير عن الابل من الدراهم والدنانير وأحدهما أقرب حولا من الآخر فاستفاد دراهم بالارث أو الهبة أو الوصية فإن
المستفاد يضم الى أقربهما حولا أيهما كان ولو لم يوهب له ولا ورث شيئا ولا أوصى له بشئ ولكنه تصرف في النصاب
الاول بعد ما أدى زكاته ورجع فيه رجعا ولم يحل حول عن الابل المزكاة فإن الرجع يضم الى النصاب الذي رجع فيه
لا الى عن الابل وإن كان ذلك أبعد حولا وانما كان كذلك لان في الفصل الاول استوى في جهة التبعية فيرجع أقرب
النصابين حولا يضم المستفاد اليه نظر الفقهاء وفي الفصل الثاني ما استوى في جهة التبعية بل أحدهما أقوى في
الاستبعاد لان المستفاد تبع لأحدهما حقيقة لكونه متفرعا منه فتعتبر حقيقة التبعية فلا يقطع حكم التبعية عن
الاصل وأما الثاني وهو بيان ما يقطع حكم الحول وما لا يقطع فهلاك النصاب في خلال الحول يقطع حكم الحول حتى
لو استفاد في ذلك الحول نصا بايا استأنف له الحول لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول
والهالك ما حال عليه الحول وكذا المستفاد بخلاف ما إذا هلك بعض النصاب ثم استفاد ما يكمل به لان ما بقي من
النصاب ما حال عليه الحول فلم يقطع حكم الحول ولو استبدل مال التجارة بمال التجارة وهي العروض قبل تمام
الحول لا يبطل حكم الحول سواء استبدل بجنسها أو بخلاف جنسها بخلاف لان وجوب الزكاة في أموال التجارة
يتعلق بمعنى المال وهو المالية والقيمة فكان الحول منعقدا على المعنى وأنه قائم لم يفت بالاستبدال وكذلك الدراهم
والدنانير إذا باعها بجنسها أو بخلاف جنسها بأن باع الدراهم بالدراهم أو الدنانير بالدنانير أو الدراهم بالدراهم أو
الدراهم بالدنانير وقال الشافعي ينقطع حكم الحول فعلى قياس قوله لا تجب الزكاة في مال الصيارفة لوجود الاستبدال
منهم ساعة فساعة وجه قوله أنهم ماعينان مختلفان حقيقة فلا تقوم أحدهما مقام الأخرى فيقطع الحول المنعقد
على أحدهما كما إذا باع السائمة بالسائمة بجنسها أو بخلاف جنسها وإن أن الوجب في الدراهم أو الدنانير متعلق
بالمعنى أيضا بالعين والمعنى قائم بعد الاستبدال فلا يبطل حكم الحول كافي العروض بخلاف ما إذا استبدل السائمة
بالسائمة لان الحكم هناك متعلق بالعين وقد تبدلت العين فبطل الحول المنعقد على الاول فيستأنف للثاني حولا
ولو استبدل السائمة بالسائمة فان استبدلها بخلاف جنسها بأن باع الابل بالبقر أو البقر بالغنم ينقطع حكم الحول
بالاجماع وإن استبدلها بجنسها بأن باع الابل بالابل أو البقر بالبقر أو الغنم بالغنم فكذلك في قول أصحابنا الثلاثة
وقال زفر لا ينقطع وجهه قوله ان الجنس واحد فكان المعنى متعديا فلا ينقطع الحول كما إذا باع الدراهم بالدراهم ولنا
أن الوجوب في السوائم يتعلق بالعين لا بالمعنى الا ترى أن من كان له خمس من الابل عفا هزالا لتساوى مائتي
دراهم تجب فيها الزكاة فدل أن الوجوب فيها يتعلق بالعين والعين قد اختلفت فيختلف له الحول وكذا الوبايع
السائمة بالدراهم أو بالدنانير أو بعروض ينوي بها التجارة أنه يبطل حكم الحول الاول بالاتفاق لان متعلق الوجوب
في المسالين قد اختلف اذا يتعلق في أحدهما العين وفي الآخر المعنى ولو اختلف بشئ من ذلك فرأى من وجوب
الزكاة عليه هل يكره له ذلك قال محمد يكره وقال أبو يوسف لا يكره وهو على الاختلاف في الحيلة لمنع وجوب
الشفعة ولا خلاف في الحيلة لاسقاط الزكاة بعد وجوبها مكروهة كالحيلة لاسقاط الشفعة بعد وجوبها ومنها
النصاب وجملة الكلام في النصاب في مواضع في بيان أنه شرط وجوب الزكاة وفي بيان كيفية اعتبار هذا الشرط وفي
بيان مقدار النصاب وفي بيان صفته وفي بيان مقدار الواجب في النصاب وفي بيان صفته أما الاول فكمال النصاب
شرط وجوب الزكاة فلا تجب الزكاة فيما دون النصاب لأنها لا تجب الا على الغنى والغنى لا يحصل الا بالمال الفاضل
عن الحاجة الاصلية وما دون النصاب لا يفضل عن الحاجة الاصلية فلا يصدر الشخص غنيابه ولا أنها
وجبت شكر النعمة المال وما دون النصاب لا يكون نعمة - وجبة للشكر لئلا يل يكون شكره شكر النعمة البدن
ليكونه من توابع نعمة البدن على ما ذكرنا ولكن هذا الشرط يعتبر في أول الحول وفي آخره لا في خلاه حتى
لو انتقص النصاب في أثناء الحول ثم كمل في آخره تجب الزكاة سواء كان من السوائم أو من الذهب والفضة أو مال
التجارة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر كمال النصاب من أول الحول الى آخره شرط وجوب الزكاة وهو قول

الشافعي الا في مال التجارة فانه يعتبر كمال النصاب في آخر الحول ولا يعتبر في أول الحول ووسطه حتى انه اذا كان قيمة مال التجارة في أول الحول مائة درهم فصارت قيمته في آخر الحول مائتين تجب الزكاة عنده وجه قول زفران حولان الحول على النصاب شرط وجوب الزكاة فيه ولا نصاب في وسط الحول فلا يتصور حولان الحول عليه ولهذا لو هلك النصاب في خلال الحول ينقطع حكم الحول وكذا لو كان النصاب سائمة فجعلها عارضة في وسط الحول بمال الحول وبهذا يحتاج الشافعي أيضا الى انه يقول تركت هذا القياس في مال التجارة للضرورة وهي أن نصاب التجارة يكمل بالقيمة والقيمة تزداد وتتناقص في كل ساعة لتغير السعر لكثرة رغبة الناس وقتها وعزلة السلعة وكثرة ما فيشق عليه تقويم ماله في كل يوم فاعتبر الكمال عند وجوب الزكاة وهو آخر الحول لهذه الضرورة وهذه الضرورة لا توجد في السائمة لان نصابها لا يكمل باعتبار القيمة بل باعتبار العين ولنا أن كمال النصاب شرط وجوب الزكاة فيعتبر وجوده في أول الحول وآخره لا غير لان أول الحول وقت انعقاد السبب وآخره وقت ثبوت الحكم فأما وسط الحول فليس بوقت انعقاد السبب ولا وقت ثبوت الحكم فلامعنى لا اعتبار كمال النصاب فيه الا أنه لا بد من بقاء شيء من النصاب الذي انعقد عليه الحول ليضم المستفاد اليه فاذا هلك كله لم يتصور الضم فيستأنف له الحول بخلاف ما اذا جعل السائمة عارضة في خلال الحول لانه لما جعلها عارضة فقد أخرجهما من أن تكون مال الزكاة فصارت كماله كمال ما ذكر الشافعي من اعتبار المشقة يصلح لاسقاط اعتبار كمال النصاب في خلال الحول لا في أوله لانه لا يشق عليه تقويم ماله عند ابتداء الحول ليعرف به انعقاد الحول كمالا يشق عليه ذلك في آخر الحول ليعرف به وجوب الزكاة في ماله والله أعلم وأما مقدار النصاب وصفته ومقدار الواجب في النصاب وصفته فلا سبيل الى معرفتها الا بعد معرفة أموال الزكاة لان هذه الجملة تختلف باختلاف أموال الزكاة فنقول وبالله التوفيق أموال الزكاة أنواع ثلاثة أحدها الأثمان المطلقة وهي الذهب والفضة والثاني أموال التجارة وهي العروض المعدة للتجارة والثالث السوائم فنبين مقدار النصاب من كل واحد وصفته ومقدار الواجب في كل واحد وصفته ومن له المطالبة بأداء الواجب في السوائم والأموال الظاهرة

فصل أما الأثمان المطلقة وهي الذهب والفضة أما قدر النصاب فيها فالأمر لا يخلو اما أن يكون له فضة مفردة أو ذهب مفرد أو اجتمع له الصنفان جميعا فان كان له فضة مفردة فلا زكاة فيها حتى تبلغ مائتي درهم وزنا وزن سبعة فاذا بلغت ففيها خمسة دراهم لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كتب كتاب الصدقات لعمر بن حزم ذكر فيه الفضة ليس فيها صدقة حتى تبلغ مائتي درهم فاذا بلغت مائتين ففيها خمسة دراهم وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لما عاذ لما بعته الى اليمن ليس فيمادون مائتين من الورق شيء وفي مائتين خمسة وانما اعتبرنا الوزن في الدراهم دون العدد لان الدراهم اسم للوزن لانه عبارة عن قدر من الموزون مشتمل على جملة موزونة من الدقائق والحببات حتى لو كان وزنها دون المائتين وعددها مائتان أو قيمتها لجودتها وصياغتها تساوي مائتين فلا زكاة فيها وانما اعتبرنا وزن سبعة وهو أن يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل والمائتان مما يوزن مائة وأربعون مثقالا لانه الوزن المجمع عليه للدراهم المضروبة في الاسلام وذلك ان الدراهم في الجاهلية كان بعضها ثقيلًا ومثقالا وبعضها خفيفا طيرا فافلسا عزمو على ضرب الدراهم في الاسلام فجعلوا الدرهم الثقيل والدرهم الخفيف فجعلواهما درهماين فكانا درهماين بوزن سبعة فاجتمعت الامة على العمل على ذلك ولو نعت النصاب عن المائتين نقصانا يسير يدخل بين الوزنين قال أصحابنا لا تجب الزكاة فيه لانه وقع الشك في كمال النصاب فلا تحكم بكماله مع الشك والله أعلم ولو كانت الفضة مشتركة بين اثنين فان كان يبلغ نصيب كل واحد منهما مقدار النصاب تجب الزكاة والا فلا ويعتبر في حال الشركة ما يعتبر في حال الانفراد وهذا عندنا وعند الشافعي تجب ونذكر المسئلة في السوائم ان شاء الله تعالى

فصل وأما صفة هذا النصاب فنقول لا يعتبر في هذا النصاب صفة زائدة على كونه فضة فتجب الزكاة فيها سواء

كانت دراهم مضروبة أو نقرية أو تبراً أو حلياً مصوغاً أو حليسة سيف أو منطقة أو لحام أو سرج أو السكوا كسب في
المصاحف والأواني وغيرها إذا كانت تخلص عند الأذابة إذا بلغت مائتي درهم وسواء كان يسكنها التجارة أو النفقة
أو التجميل أو لم ينوشها وهذا عندنا وهو قول الشافعي أيضاً إلا في حلي النساء إذا كان معهن اللبس مباح أو لا مارية
للثواب فله فيه قولان في قول لا شيء فيه وهو مروى عن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما واحتج عماري في
الحديث لازكاة في الحلي وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال زكاة الحلي إعارته ولا نه مال مبتذل في وجهه مباح فلا
يكون نصاب الزكاة كنياب البذلة والمهنة بخلاف حلي الرجال فإنه مبتذل في وجهه محظور وهذا لأن الابتذال إذا
كان مباحاً كان معتبراً شرعاً وإذا كان محظوراً كان ساقط الاعتبار شرعاً فكان ملحقاً بالعدم نظيره ذهب العقل
بشرب الدواء مع ذهابه بسبب السكرانه اعتبر الأول وسقط اعتبار الثاني كذا هذا ولنا قوله تعالى والذين يكتزون
الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم الحلي الوعيد السيد بكتر الذهب والفضة وترك
انفاقها في سبيل الله من غير فصل بين الحلي وغيره وكل مال لم تؤدز كاته فهو كثر بالحديث الذي روي
فكان تارك أداء الزكاة منه كأنزاً فمدخل تحت الوعيد ولا يلحق الوعيد إلا بترك الواجب وقول النبي صلى الله
عليه وسلم وأدوا زكاة أموالكم طيبة بها أنفسكم من غير فصل بين مال ومال ولأن الحلي مال فاضل عن
الحاجة الأصلية إذا أعدد لتجميل والتزين دليل الفصل عن الحاجة الأصلية فكان نعمة لحصول التمتع
به فيلزمه شكرها بإخراج جزء منها للفقراء وأما الحديث فقد قال بعض صيارفة الحديث أنه لم يصح لأحد
شيء في باب الحلي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والمروى عن ابن عمر معارض بالمروى عنه أيضاً أنه زكى حلي
بناته ونسائه على أن المسئلة مختلفة بين الصحابة فلا يكون قول البعض حجة على البعض مع أن تسمية إعاره
الحلي زكاة لا تنفي وجوب الزكاة المعهودة إذا قام دليل الوجوب وقد بينا ذلك هذا إذا كانت الدراهم فضة
خالصة فاما إذا كانت مغشوشة فإن كان الغالب هو الفضة فكذلك لأن الغش فيها مغمور ومستهلك كذا روى الحسن
عن أبي حنيفة أن الزكاة تجب في الدراهم الجيدة والزيوف والتبرجعة والمكحلة والمزينة قال لأن الغالب فيها
كأهل الفضة وما تغلب فضته على غشه يتناول اسم الدراهم مطلقاً والشرع أوجب باسم الدراهم وإن كان الغالب هو
الغش والفضة فيها مغلوقة فإن كانت أثماناً راجحة أو كان يسكنها التجارة يعتبر قيمتها فإن بلغت قيمتها مائتي درهم من
أدنى الدراهم التي تجب فيها الزكاة وهي التي الغالب عليها الفضة تجب فيها الزكاة والأفلاوان لم تكن أثماناً راجحة
ولا معدة للتجارة فلا زكاة فيها إلا أن يكون ما فيها من الفضة يباع مائتي درهم بأن كانت كبيرة لأن الصفر لا تجب
فيه الزكاة إلا بنية التجارة والفضة لا يشترط فيها نية التجارة فإذا أعدد للتجارة اعتبرنا القيمة كمرور التجارة وإذا
لم تكن للتجارة ولا أثماناً راجحة اعتبرنا ما فيها من الفضة وكذا روى الحسن عن أبي حنيفة فيمن كانت عنده فلوس أو
دراهم رصاص أو نحاس أو موهبة بحيث لا يخلص فيها الفضة إنما كان للتجارة يعتبر قيمتها فإن بلغت مائتي
درهم من الدراهم التي تغلب فيها الفضة ففيها الزكاة وإن لم تكن للتجارة فلا زكاة فيها إلا إذا كان الصفر ونحوه لا
تجب فيه الزكاة ما لم تكن للتجارة وعلى هذا كان جواب المتقدمين من مشايخنا بعبارة النهري في الدراهم المسماة
بالغطارفة التي كانت في الزمن المتقدم في ديارنا إنما كانت أثماناً راجحة يعتبر قيمتها بأدنى ما ينطلق عليه اسم
الدراهم وهي التي تغلب عليها الفضة وإن لم تكن أثماناً راجحة فإن كانت سلعاً للتجارة تعتبر قيمتها أيضاً وإن لم تكن
للتجارة ففيها الزكاة بقدر ما فيها من الفضة إن بلغت نصاباً أو بالضم إلى ما عنده من مال التجارة وكان الشيخ
الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري يقي بوجوب الزكاة في كل مائتين فيهاربع عشرها وهو خمسة منها عدداً
وكان يقول هو من أعز النقود فينا بمنزلة الفضة فيهم ونحن أعز بنقودنا وهو اختيار الإمام الحنبلاني
والسرخسي وقول السلف أصح لما ذكرنا من الفقه ولو زاد على نصاب الفضة شيء فلا شيء في الزيادة حتى يباع
أربعين فيجب فيها درهم في قول أبي حنيفة وعلى هذا يذهب كل أربعين درهم وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي

يجب الزكاة في الزيادة بحساب ذلك قلت أو كثرت حتى لو كانت الزيادة درهما يجب فيه خرم من الأربعين خرا من درهم والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم روى عن عمر رضي الله عنه مثل قول أبي حنيفة وروى عن علي وابن عمر رضي الله عنهما مثل قولهم ولا خلاف في السوائم أنه لا شيء في الزوائد منها على النصاب حتى تبلغ نصابا احتجوا بما روى عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال وما زاد على المائتين فبحساب ذلك وهذا نص في الباب ولا ندر شرط النصاب ثبت معدولا به عن القياس لأن الزكاة عرف وجوبها شكر النعمة المال ومعنى النعمة يوجد في القليل والكثير وانما عرفنا اشتراطه بالنص وأنه ورد في أصل النصاب فبقي الأمر في الزيادة على أصل القياس إلا أن الزيادة في السوائم لا تعتبر ما لم تبلغ نصابا دفعا للضرر الشكر إذا اشتركة في الأعيان عيب وهذا المعنى لم يوجد ههنا ولا في حنيفة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في كتاب عمرو بن خرم فإذا بلغت مائتين ففيها خمسة دراهم وفي كل أربعين درهم وليس فيها دون الأربعين صدقة وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لما ذبح وجهه إلى اليمن لا تأخذ من الكسور شيئا فإذا كان الورق مائتي درهم فخذ منها خمسة دراهم ولا تأخذ مما زاد شيئا حتى يبلغ أربعين درهما فتأخذ منها درهما ولا أصل أن يكون بعد كل نصاب عفو نظرا لأرباب الأموال كفي السوائم ولأن في اعتبار الكسور حرجا وأنه مدفوع وحديث علي رضي الله عنه لم يرفع أحد من الثقات بل شكوا في قوله وما زاد على المائتين فبحساب ذلك أن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم أو قول علي فان كان قول النبي صلى الله عليه وسلم يكون حجة وإن كان قول علي رضي الله عنه لا يكون حجة لأن المسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فلا يحتج بقول البعض على البعض وبه تبين أنه لا يصلح معارضا لما روي وما ذكرنا من شكر النعمة فالجواب عنه ما ذكرنا فيما تقدم لأن معنى النعمة هو التمتع وأنه لا يحصل بعمادون النصاب ثم يبطل بالسوائم مع أنه قياس في مقابلة النص وأنه باطل والله أعلم

فصل وأما مقدار الواجب فيها فربع العشر وهو خمسة من مائتين للحديث التي رويها إذا لمقادير لا تعرف الا توقيفا وقوله صلى الله عليه وسلم هاتوا ربع عشور أموالكم وخمسة من مائتين ربع عشرها وأما صدقة الواجب فنذكرها إن شاء الله تعالى

فصل هذا إذا كان له فضة مفردة فاما إذا كان له ذهب مفرد فلا شيء فيه حتى يبلغ عشرين مثقالا فإذا بلغ عشرين مثقالا ففيه نصف مثقال لما روى في حديث عمرو بن خرم والذهب ما لم يبلغ قيمته مائتي درهم فلا صدقة فيه فإذا بلغ قيمته مائتي درهم ففيه ربع العشر وكان الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مقوما بعشرة دراهم وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اعلى ليس عليك في الذهب زكاة ما لم يبلغ عشرين مثقالا فإذا بلغ عشرين مثقالا ففيه نصف مثقال وسواء كان الذهب لو احدا أو كان مشتركا بين اثنين أنه لا شيء على أحدهما ما لم يبلغ نصيب كل واحد منهما نصابا عندنا خلافا للشافعي والمسئلة تأتي في نصاب السوائم إن شاء الله تعالى

فصل وأما صدقة نصاب الذهب فنقول لا يعتبر في نصاب الذهب أيضا صفة زائدة على كونه ذهبا فتجب الزكاة في المضروب والتبر والمصوغ والحلي الأعلى أحد قول الشافعي في الحلي الذي يحل استعماله والصحيح قولنا لأن قوله تعالى والذين يكتزون الذهب والفضة وقول النبي صلى الله عليه وسلم في كتاب عمرو بن خرم وحديث علي يقتضي الوجوب في مطلق الذهب وكذا حكم الدنانير التي الغالب عليها الذهب كالحجج مودية والصورية ونحوهما وحكم الذهب الخالص سواء لم يذكروا أم لا هروية والمروية وما لم يكن الغالب عليها الذهب فتعتبر بقيمتها إن كانت أثمانا رجحة أو لتجارة ولا فيعتبر قدر ما فيها من الذهب والفضة وزنا لأن كل واحد يخص بالزيادة ولو زاد على نصاب الذهب شيء فلا شيء في الزيادة في قول أبي حنيفة حتى تبلغ أربعة مثاقيل فيجب فيها قيراطان وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي يجب في الزيادة وإن قلت بحساب ذلك والمسئلة قد مرت والله أعلم

فصل وأما مقدار الواجب فيه فربع العشر بحديث عمرو بن خرم وحديث علي رضي الله عنهما

لان نصف مثقال من عشرين مثقالا ربع عشرة وأما صفة الواجب فنذكرها ان شاء الله تعالى هذا اذا كان له
 فضة مفردة أو ذهب مفرد فاما اذا كان له الصنفان جميعا فان لم يكن كل واحد منهما نصابا بأن كان له عشرة مثاقيل
 ومائة درهم فانه يضم أحدهما الى الآخر في حق تكميل النصاب عندنا وعند الشافعي لا يضم أحدهما الى الآخر
 بل يعتبر كل النصاب من كل واحد منهما على حدة وجه قوله انهما جنسان مختلفان لا يضم أحدهما للآخر
 في تكميل النصاب كالسوا ثم عند اختلاف الجنس وانما قلنا انهما عينان مختلفتان لا اختلافهما صورة ومعنى اما
 الصورة فظاهر وأما المعنى فلانه يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا وصار كالابل مع الغنم بخلاف مال التجارة
 لأن هناك يكمل النصاب من قيمتها والقيمة واحدة وهي دراهم أو دنانير فكان مال الزكاة جنسا واحدا وهو الذهب أو
 الفضة فاما الزكاة في الذهب والفضة فاعلم انهما قيمتان مختلفتان والقيمة واحدة لا يكمل به القيمة حالة الانفراد وانما يدل
 بالوزن كثرت القيامة أو قلت بأن كانت رديئة (وانا) ما روى عن بكير بن عبد الله بن الأشج انه قال مضت السنة من
 أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يضم الذهب الى الفضة والفضة الى الذهب في اخراج الزكاة ولائهما مالان
 متحدان في المعنى الذي تعلق به وجوب الزكاة فيهما وهو الاعداد للتجارة بأصل الخلقة والمنية فكانا في حكم
 الزكاة بجنس واحد ولهذا اتفق الواجب فيهما وهو ربع العشر على كل حال وانما يتفق الواجب عند اتحاد المال
 وأما عند الاختلاف فيختلف الواجب واذا اتحد المالان معنى فلا يعتبر اختلاف الصورة كعروض التجارة ولهذا
 يكمل نصاب كل واحد منهما بعروض التجارة ولا يعتبر اختلاف الصورة كما اذا كان له أقل من عشرين مثقالا وأقل
 من مائتي درهم وله عروض للتجارة وتقد المبدى الدراهم والدنانير سواء فان شاء كل به نصاب الذهب وان شاء كل به
 نصاب الفضة وصار كالسود مع البيض بخلاف السوائم لان الحكم هناك متعلق بالصورة والمعنى وهما مختلفان
 صورة ومعنى فتعذر تكميل نصاب أحدهما بالآخر ثم اذا وجبت الزكاة عند ضم أحدهما بالآخر اختلفت الرواية
 فيها يؤدى روى أبو يوسف عن أبي حنيفة انه يؤدى من مائة درهم درهمان ونصف ومن عشرة مثاقيل ذهب
 ربع مثقال وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف لأن هذا أقرب الى المعادلة والنظر من الجانبين وروى عن أبي
 يوسف رواية أخرى انه يقوم أحدهما بالآخر ثم يؤدى الزكاة من نوع واحد وهو أقرب الى موافقة نصوص
 الزكاة ثم اختلف أصحابنا في كيفية الضم فقال أبو حنيفة يضم أحدهما الى الآخر باعتبار القيمة وقال أبو يوسف
 ومحمد يضم باعتبار الأجزاء وهو رواية عن أبي حنيفة أيضا ذكره في نوادر هشام وانما تظهر غمرة الاختلاف فيها
 اذا كانت قيمة أحدهما لجودته وصياغته أكثر من وزنه بان كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل قيمتهما مائة درهم فعند
 أبي حنيفة يقوم الدنانير بخلاف جنسها دراهم وتضم الى الدراهم فيكمل نصاب الدراهم من حيث القيمة فيجب الزكاة
 وعندهما انضم باعتبار الأجزاء فلا يكمل النصاب لان له نصف نصاب الفضة وربع نصاب الذهب فيكون ثلاثة
 أرباع النصاب فلا يجب شيء وعلى هذا لو كان له مائة درهم وعشرة مثاقيل ذهب قيمتهما مائة وأربعون درهما
 انضم باعتبار القيمة عند أبي حنيفة فتبلغ مائتين وأربعين درهما فتجب فيها ستة دراهم وعندهما انضم باعتبار
 الأجزاء فيكون نصف نصاب الذهب ونصف نصاب الفضة فيكون نصابا تاما فتجب في نصف كل واحد منهما ربع
 عشرة فاما اذا كان وزنها وقيمتها سواء بان كان له مائة درهم وعشرة مثاقيل ذهب تساوى مائة أو مائة وخمسون
 درهما وخمسة مثاقيل ذهب أو خمسة عشر مثقالا وخمسون درهما فهنا لا تظهر غمرة الاختلاف بل يضم
 أحدهما الى الآخر بالاجماع على اختلاف الاصحاب عنده باعتبار التقويم وعندهما باعتبار الأجزاء وأجمعوا
 على انه اذا كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب قيمتهما خمسون درهما لا تجب الزكاة فيهما لان النصاب لم
 يكمل بالضم لا باعتبار القيمة ولا باعتبار الأجزاء وأجمعوا على انه لا تعتبر القيمة في الذهب والفضة عند الانفراد
 في حق تكميل النصاب حتى انه اذا كان له ابريق فضة وزنه مائة درهم وقيمتها لصناعتها مائتان لا تجب فيه الزكاة
 باعتبار القيمة وكذلك اذا كان له آنية ذهب وزنها عشرة وقيمتها لصناعتها مائتان درهم لا تجب فيها الزكاة

باعتبار القيمة وجه قولهما ان القيمة في الذهب والفضة ساقطة الاعتبار شرعاً لان سائر الاشياء تقوم بها
وانما الاعتبار فيه هو الوزن الا ترى ان من ملك ابريق فضة وزنه مائة وخمسون درهما وقيمتها مائة درهم لا تجب
الزكاة وكذلك اذا ملك آنية ذهب وزنها عشرة مثاقيل وقيمتها مائة درهم لا تجب الزكاة ولو كانت القيمة فيها
معتبرة لوجب ذلك ولا يخيصة انهم اعين بان وجب ضم أحدهما الى الآخر لا يجاب الزكاة فكان الضم باعتبار
القيمة كعروض التجارة وهذا لان كمال النصاب لا يتحقق الا عند اتحاد الجنس والاتحاد لا باعتبار صفة المالية
دون العين فان الاموال اجناس باعتبارها جنس واحد باعتبار صفة المالية فيها وهذا بخلاف الابريق والآنية لان
هناك ما وجب ضمه الى شيء آخر حتى تعتبر فيه القيمة وهذا لان القيمة في الذهب والفضة انما تظهر شرعاً عند
مقابلتها أحدهما بالاخر فان الجودة والصناعة لا قيمة لها اذا قوبلت بجنسها قال النبي صلى الله عليه وسلم جيدها
وردها سواء فاما عند مقابلتها أحدهما بالاخر فتظهر للجودة قيمة الا ترى انه متى وقعت الحاجة الى تقويم الذهب
والفضة في حقوق العباد تقوم بخلاف جنسها فان اغتصب قلباً فشهوه واختار المالك تضييعه ضمنه قيمته
من خلاف جنسه فكذلك في حقوق الله تعالى ولان في التكميل باعتبار التقويم ضرب احتياط في باب العبادة
ونظر الفقهاء فكان أولى ثم عند أبي حنيفة يعتبر في التقويم منفعة الفقراء كما هو أصله حتى روى عنه انه قال اذا كان
لرجل مائة وخمسة وتسعون درهما ودينار يساوي خمسة دراهم انه تجب الزكاة وذلك بأن يقوم الفضة بالذهب
كل خمسة منها دينار وهذا الذي ذكرنا كله من وجوب الضم اذا لم يكن كل واحد منهم مانصاً بأن كان أقل من
النصاب فاما اذا كان كل واحد منهم مانصاً بانما لم يكن زائداً عليه لا يجب الضم بل ينبغي أن يؤدي من كل واحد
منهم ما زكاته ولو ضم أحدهما الى الآخر حتى يؤدي كله من الفضة أو من الذهب فلا بأس به عندنا ولكن يجب
أن يكون التقويم عاهاً وأنفع للفقراء واجاؤاً لا فيؤدي من كل واحد منهم ما ربع عشرة وان كان على كل واحد
من النصابين زيادة فعند أبي يوسف ومحمد لا يجب ضم أحدي الزادتين الى الأخرى لانهما يوجبان الزكاة في
الكسور بحسب ذلك وأما عند أبي حنيفة فينظر ان بلغت الزيادة أربع مثاقيل وأربع درهما فكذلك وان
كان أقل من أربع مثاقيل وأقل من أربع درهما فيجب ضم أحدي الزادتين الى الأخرى ليمت أربع درهما
أو أربعة مثاقيل لأن الزكاة لا تجب في الكسور عنده والله أعلم

فصل في أموال التجارة فتقدير النصاب فيها بقيمتها من الدنانير والدرهم ثلاثين مائتين مائتين
درهم أو عشرين مثقالاً من ذهب فتجب فيها الزكاة وهذا قول عامة العلماء وقال أصحاب الظواهر لا زكاة فيها أصلاً
وقال مالك اذا انضت زكاهما لحوال واحد وجه قول أصحاب الظواهر ان وجوب الزكاة انما عرف بالنص والنص ورد
بوجودهما في الدراهم والدنانير والسواثم فلو وجبت في غيرها لوجب بالقياس عليها والقياس ليس بحجة خصوصاً
في باب المقدار (ولنا) ما روى عن سمرة بن جندب انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا باخراج الزكاة
من الرقيق الذي كنا نعهده للبيع وروى عن أبي ذر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في البر صدقة
وقال صلى الله عليه وسلم ها تواربع عشر أموالكم فان قيل الحديث ورد في نصاب الدراهم لأنه قال في آخره من كل
أربعين درهما درهم فالجواب ان أول الحديث عام وخصوص آخره يوجب سلب عموم أوله أو نحوه بل قوله من
كل أربعين درهما على القيمة أي من كل أربعين درهما من قيمتها درهم وقال صلى الله عليه وسلم وأدوا زكاة
أموالكم من غير فصل بين مال ومال الا بما خص بدليل ولان مال التجارة مال تام فاضل عن الحاجة الأصلية فيكون
مال الزكاة كالسواثم وقد نخرج الجواب عن قولهم ان وجوب الزكاة عرف بالنص لا ناقدروا بنا النص في الباب
على ان أصل الوجوب عرف بالعقل وهو شكر نعمة المال وشكر نعمة القدرة باطالة العاجز الا ان مقدار الواجب
عرف بالسمع وما ذكره مالك غير سديد لأنه وجد سبب وجوب الزكاة وشرطه في كل حول فلامعنى تخصيص
الحول الا بالوجوب فيه كالسواثم والدراهم والدنانير وسواء كان مال التجارة عروضاً أو عقاراً أو شيئاً مما يكال

أو يوزن لأن الوجوب في أموال التجارة يلق بالمعنى وهو المالية والقيمة وهذه الأموال كلها في هذا المعنى جنس واحد وكذا يضم به بعض أموال التجارة إلى البعض في تكميل النصاب لما قلنا وإذا كان تقدير النصاب من أموال التجارة بقيمتها من الذهب والفضة وهو أن تبلغ قيمتها مقدار نصاب من الذهب والفضة فلا بد من التقويم حتى يعرف مقدار النصاب ثم عاذا تقوم ذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي أنه يقوم بأوفي القيمة من الدراهم والدنانير حتى أنها إذا بلغت بالتقويم بالدراهم نصيبا ولم تبلغ بالدنانير قومت بما تبلغ به النصاب وكذا روى عن أبي حنيفة في المال أنه يقوم بها بأنفع النقدين للفقراء وعنه أبي يوسف أنه يقوم بها بما اشتراها به فإن اشتراها بالدراهم قومها بالدراهم وإن اشتراها بالدنانير قومها بالدنانير وإن اشتراها بغيرهما من العروض ولم يكن اشتراها بان كان وهب له فقبلة ينوي به التجارة قومها بالنقد الغالب في ذلك الموضع وعند محمد يقومها بالنقد الغالب على كل حال وذكر في كتاب الزكاة أنه يقومها يوم حال الحلول إن شاء بالدراهم وإن شاء بالدنانير وجه قول محمد أن التقويم في حق الله تعالى يعتبر بالتقويم في حق العباد ثم إذا وقعت الحاجة إلى تقويم شيء من حقوق العباد كالغصوب والمستملك يقوم بالنقد الغالب في البلدة كذا هو وجه قول أبي يوسف أن المشتري بدل وحكم البديل يعتبر بأصله فإذا كان مشتري بأحد النقدين فتقويمه بما هو أصله أولى وجه رواية كتاب الزكاة أن وجوب الزكاة في عروض التجارة باعتبار ما ليتها دون أعيانها والتقويم لمعرفة مقدار المالية والنقدان في ذلك سريان فكان الخيار إلى صاحب المال يقوم به بأيهما شاء ألا ترى أن في السوائم عند الكثرة وهي ما إذا بلغت مائتين الخيار إلى صاحب المال إن شاء أدى أربع حقائق وإن شاء خمس بنات لبون فكذا هو وجه قول أبي حنيفة أن الدراهم والدنانير وإن كانا في الثمنية والتقويم بهما سواء لكننا رجحنا أحدهما بمرجح وهو النظر للفقراء والاختصاص بالاحتياط أولى ألا ترى أنه لو كان بالتقويم بأحدهما يتم النصاب وبالأخرى لا فإنه يقوم عاينهم به النصاب نظر للفقراء واحتياطاً كذا هذا ومشايخنا جملوا رواية كتاب الزكاة على ما إذا كان لا يتفاوت النفع في حق الفقراء بالتقويم بأيهما كان جمعاً بين الروايتين وكيفما كان ينبغي أن يقوم بأدنى ما ينطلق عليه اسم الدراهم أو الدنانير وهي التي يكون الغالب فيها الذهب والفضة وعلى هذا إذا كان مع عروض التجارة ذهب وفضة فإنه يضمها إلى العروض ويقوم به جلة لأن معنى التجارة يشمل الكل لكن عند أبي حنيفة يضم باعتبار القيمة إن شاء قوم العروض وضماها إلى الذهب والفضة وإن شاء قوم الذهب والفضة وضما قيمتهما لي قيمة أعيان التجارة وعندهما يضم باعتبار الأجزاء فتقوم العروض فيضم قيمتها إلى ما عنده من الذهب والفضة فإن بلغت الجلة نصيباً تجب الزكاة والأفلا ولا يقوم الذهب والفضة عندهما أصلاً في باب الزكاة على ما مر

فصل وأما صفة هذا النصاب فهي أن يكون معداً للتجارة وهو أن يسكنها للتجارة وذلك بنية التجارة مقارنة لعمل التجارة لما ذكرنا فيها تقدم بخلاف الذهب والفضة فإنه لا يحتاج فيهما إلى نية التجارة لأنهما معدة للتجارة بأصل الخلقة فلا حاجة إلى أعدادا المبدؤ يوجد الأعداد منه دلالة على ما مر

فصل وأما مقدار الواجب من هذا النصاب فما هو مقدار الواجب من نصاب الذهب والفضة وهو ربع العشر لأن نصاب مال التجارة مقدّر بقيمته من الذهب والفضة فكان الواجب فيه ما هو الواجب في الذهب والفضة وهو ربع العشر وأقول النبي صلى الله عليه وسلم هاتوار ربع عشور أموالكم من غير فصل

فصل وأما صفة الواجب في أموال التجارة فالواجب فيها ربع عشر العين وهو النصاب في قول أصحابنا وقال بعض مشايخنا هذا قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فالواجب فيها أحد عشر من مال العين أو النعمة فالمالك بالخيار عند حلول الحلول إن شاء أخرج ربع عشر العين وإن شاء أخرج ربع عشر القيمة وبنوا على بعض مسائل الجامع فمن كانت له مائة فيز حنطة للتجارة قيمتها مائة درهم خال عليها الحلول فلم يؤد زكاتها حتى تغير سعرها إلى النقصان حتى صارت قيمتها مائة درهم وإلى الزيادة حتى صارت قيمتها أربع مائة درهم إن على قول أبي حنيفة أن أدى من عينها يؤدي خمسة أقرعة في الزيادة والنقصان جميعاً لأنه تبين أنه الواجب من الأصل

فإن أدى القجة يؤدي خمسة دراهم في الزيادة والنقصان جميعا لأنه تبين أنها هي الواجبة يوم الحول وعند أبي
يوسف ومحمد إن أدى من عيها يؤدي خمسة أفقرة في الزيادة والنقصان جميعا كما قال أبو حنيفة - وإن أدى من
القجة يؤدي في النقصان درهمين ونصف - فأوفي الزيادة عشرة دراهم لأن الواجب الأصل على هذين هور ربع
عشر العين وأعماله ولاية النقل إلى القيمة يوم الاداء فيعين برقيتها يوم الاداء والصحيح أن هذا مذهب جميع
أصحابنا لأن المذهب عندهم أنه إذا هلك النصاب بعد الحول تسقط الزكاة سواء كان من السوائم أو من أموال التجارة
ولو كان الواجب أحدهما غير عين عند أبي حنيفة لتعين القجة عند هلاك العين على ما هو الأصل في التخيير بين
شئين إذا هلك أحدهما أنه يتعين الآخر وكذا لو هب النصاب من الفقير ولم تحضره النية أصلا سقطت عنه الزكاة
ولو لم يكن الواجب في النصاب عينًا لما سقطت كما إذا هب منه غير النصاب وكذا إذا باع نصاب الزكاة من السوائم
والساعي حاضر إن شاء أخذ من المشتري وإن شاء أخذ من البائع ولو لا أن الواجب ربع عشر العين للمالك الأخذ
من غير المشتري فدل أن مذهب جميع أصحابنا هذا وهو أن الواجب ربع عشر العين إلا عند أبي حنيفة الواجب
عند الحول ربع عشر العين من حيث أنه مال لا من حيث أنه عين وعند هذين الواجب ربع عشر العين من حيث
الصورة والمعنى جميعا لكن لمن عليه حق النقل من العين إلى القيمة وقت الاداء ومسائل الجامع مبنية على هذا
الأصل على ما نذكره قال الشافعي الواجب من قدر الزكاة بعد الحول في الذمة لا في النصاب وعلى هذا ينبغي ما إذا
هلك مال الزكاة بعد الحول وبعد التمكّن من الاداء أنه تسقط عنه الزكاة عندنا وعند لا تسقط وإذا هلك قبل
التمكّن من الاداء لا تجب عندنا وللشافعي قولان في قول لا تجب أصلا وفي قول تجب ثم تسقط لا إلى ضمان ولا
خلاف في أن صدقة الفطر لا تسقط بهلاك النصاب وعلى هذا الخلاف العشر والخراج وجه قول الشافعي أن هذا
حق وجب في ذمته وتقرر بالتمكّن من الاداء فلا يسقط بهلاك النصاب كفي ديون العباد وصدقة الفطر وكافي الحج
فانه إذا كان موثرا وقت خروج القافلة من بلده ثم هلك ماله لا يسقط الحج عنه وانما قلنا أنه وجب في ذمته لأن
الشرع أضاف الإيجاب إلى مال لا بعينه قال النبي صلى الله عليه وسلم في مائتي درهم خمسة دراهم وفي أربعين
شاة شاة أو جب خمسة وشاة لا بعينها والواجب إذا لم يكن عينا كان في الذمة كافي صدقة الفطر ونحوها ولأن غاية
الامر أن قدر الزكاة أمانة في يده لكنه مطالب شرعا بالاداء بعد التمكّن منه ومن منع الحق عن المستحق بعد طلبه
يضمن كافي سائر الامانات والخلاف ثابت فيما إذا طلبه الفقير أو طالبه الساعي بالاداء فلم يؤدي حتى هلك النصاب ولنا
أن المالك أمان يؤخذ بأصل الواجب أو بضمه لا وجه للاداء لأن محله النصاب والحق لا يبق بعد فوات
محله كالعبد الجاني والمديون إذا هلك والشقص الذي فيه الشفعة إذا صار بحرا والدليل على أن محل أصل الواجب هو
النصاب وقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقول النبي صلى الله عليه وسلم خذ من الذهب الذهب ومن الفضة الفضة
ومن الأبل الأبل الحديث وكلمة من تبعض فيقتضي أن يكون الواجب بعض النصاب وقوله صلى الله عليه وسلم في
مائتي درهم خمسة دراهم وفي أربعين شاة جعل الواجب مظهر وفا في النصاب لأن في الظرف ولأن الزكاة عرف
وجوبها على طريق اليسر وطبيعة النفس بآثارها ولهذا اختص وجوب المال النامي الفاضل عن الحاجة الأصلية
وشروطها الحول وكال النصاب ومعنى اليسر في كون الواجب في النصاب ببقائه وبهلاكه ولا سبيل إلى
الثاني لأن وجوب الضمان يستدعي تفويت ملك أو يد كافي سائر الضمانات وهو بالتأخير عن أول أوقات الامكان
لم يفوت على الفقير ملكا ولا يدا فلا يضمن بخلاف صدقة الفطر والحج لأن محل الواجب هنا لذمته لا ماله
وذمته باقية بعد هلاك المال وأما قوله أنه منع حق الفقير بعد طلبه فنقول إن هذا الفقير مائة من مستحقا لهذا
الحق فإن له أن يصرفه إلى فقير آخر أو طالبه الساعي فامتنع من الاداء حتى هلك المال قال أهل العراق من
أصحابنا أنه يضمن لأن الساعي متعين للاخذ فيلزمه الاداء عند طلبه فيصير بالامتناع فوتا فيضمن ومشايخنا بما
وراء النهر قالوا أنه لا يضمن وهو الأصح فانه ذكر في كتاب الزكاة إذا حبس السائمة بعد ما وجبت الزكاة فيها حتى

ثوبت لم يضرها ومعلوم انه لم يرد بهذا الجبس ان يضمنها العلف والماء لان ذلك استهلاك لها ولو استهلكها بصير
ضامنا لكانها وانما أراد به حبسها بعد طلب الساعي لها والوجه فيه انه ما فوت بهذا الحبس ما ياكل ولا يبدع على أحد
فلا يصير ضامنا وله رأى في اختيار محل الاداء ان شاء من السائمة وان شاء من غيرها فاقام حبس السائمة ليؤدي
من محل آخر فلا يصير ضامنا هذا اذا هلك كل النصاب فان هلك بعضه دون بعض فعليه في الباقي حصته من الزكاة
اذا لم يكن في المال فضل على النصاب بلا خلاف لان البعض معتبر بالكل ثم اذا هلك الكل سقط جميع الزكاة
فاذا هلك البعض يجب ان يسقط بقدره هذا اذا لم يكن في المال عفو فأما اذا جتمع فيه النصاب والعفو ثم هلك
البعض فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يصرف الهلاك الى العفو ولا كانه لم يكن في ملكه الا النصاب وعند
محمد وزفر يصرف الهلاك الى الكل شأنه حتى اذا كان له تسعة من الابل خال عليها الحول ثم هلك منها أربعة
فعليه في الباقي شاة كاملة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر عليه في الباقي خمسة اشباع والاصل
عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوجوب يتعلق بالنصاب دون العفو وعند محمد وزفر رحمهما الله يتعلق بهما جميعا
واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل شاة الى تسع أخبر ان الوجوب يتعلق بالكل ولان سبب
الوجوب هو المال النامي والعفو مال نام ومع هذا لا تجب بسببه زيادة على ان الوجوب في الكل نظيره اذا قضى
القاضي بحق بثلاثة نفركان قضاؤه بشهادة الكل وان كان لا حاجة الى القضاء الى الثالث واذا ثبت
ان الوجوب في الكل فهاهنا همك بزكاته وما بقي يبقى بزكاته كالمال المشترك واخرج أبو حنيفة وأبو يوسف بقول
النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عمرو بن حزم في خمس من الابل السائمة شاة وليس في الزيادة شئ حتى تكون
عشر اوقال في حديثه أيضا في خمس وعشرين من الابل بنت مخاض وليس في الزيادة شئ الى خمس وثلاثين وهذا
نص على أن الواجب في النصاب دون الوقص ولان الوقص والعفو تتبع للنصاب لان النصاب باسمه وحكمه
يستغنى عن الوقص والوقص باسمه وحكمه لا يستغنى عن النصاب والمال اذا اشقل على أصل وتبع فاذا هلك منه
شئ يصرف الهلاك الى التبع دون الاصل كالمضاربة اذا كان فيه ربح فهلاك شئ منه يصرف الهلاك الى الربح
دون رأس المال كذا هو على هذا اذا حال الحول على ثمانين شاة ثم هلك أربعون منها وبقي أربعون فعليه في
الاربعين الباقية شاة كاملة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لان الهلاك يصرف الى العفو ولا عندهما
لجعل كان الغنم أربعون من الابتداء وفي قول محمد وزفر عليه في الباقي نصف شاة لان الواجب في الكل
عندهما وقد هلك النصف فيسقط الواجب بقدره ولو هلك منها عشرون وبقي ستون فعليه في الباقي شاة
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر ثلاثة أرباع شاة لما قلنا وعلى هذا مسائل في الجامع ثم اختلف
أصحابنا فيما بينهم فعند أبي حنيفة الواجب في الدراهم والدينار وأموال التجارة جزء من النصاب من حيث
المعنى لا من حيث الصورة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الواجب هو الجزء منه صورة ومعنى لكن يجوز إقامة
غيره مقامه من حيث المعنى ويبطل اعتبار الصورة باذن صاحب الحق وهو الله تعالى وأما في زكاة السوائم فقد
اختلف مشايخنا على قول أبي حنيفة قال بعضهم الواجب هناك أيضا جزء من النصاب من حيث المعنى وذكر
المنصوص عليه من خلاف جنس النصاب للتقدير وقال بعضهم الواجب هو المنصوص عليه لاجزء من النصاب
لكن من حيث المعنى وعندهما الواجب هو المنصوص عليه صورة ومعنى لكن يجوز إقامة غيره مقامه من حيث
المعنى دون الصورة على ما ذكرنا وينبني على هذا الاصل مسائل الجامع اذا كان لرجل مائة ففيزحطة للتجارة
تساوي مائتي درهم ولا مال له غير ذلك وحال عليها الحول فان أدى من عينها يؤدي خمسة أقدرة بلا خلاف لانها هي
ربع عشر النصاب وهو الواجب على مائة ولو أراد ان يؤدي القيمة جاز عندنا خلافا لما في لكن عند أبي
حنيفة في الزيادة والنقصان جميعا يؤدي قيمتها يوم الحول وهي خمسة دراهم وعندهما في الفصلين جميعا يؤدي
قيمتها يوم الاداء في النقصان درهمين والصفى وفي الزيادة عشرة هما يقولان الواجب جزء من النصاب وغير

المنصوص عليه حتى لله تعالى غير ان الشرع أثبت له ولاية أداء القيمة اما تيسير عليه واما نقل الحق والتيسير له في الأداء دون الواجب وكذا الحاجة الى نقل حق الله تعالى الى مطلق المال وقت الأداء الى الفقير ففي الواجب الى وقت الأداء في الذمة عين المنصوص عليه وخزء النصاب ثم عند الأداء ينقل ذلك الى القيمة فتعتبر القيمة يوم النقل كافي ولد المغرور انه يضمن المغرور قيمته للمالك يوم النصب لان الولد في حقه وان علق حوالا صل في حق المستحق جعل مملوكه لحصوله عن مملوكته وانما ينقل عنه حقه الى القيمة يوم الخصومة فكذا ههنا وأبو حنيفة يقول الواجب هو الجزء من النصاب غير ان وجوبه من حيث انه مطلق المال لان حيث انه جزء من النصاب بدليل انه يجوز أداء الشاة عن خمس من الابل وان لم يكن جزءا منها والتعلق بكونه جزءا للتيسير لا للتحقيق لان الأدامنه أيسر في الأغلب حتى ان الاداء من غير الجزء لو كان أيسر مال اليه وعند ماله اليه يتبين انه هو الواجب لانه هو مطلق المال وهذا هو الواجب على طريق الاستحقاق وكذا المنصوص عليه معلول بمطلق المال والتعلق به للتيسير بدليل جواز أداء الواحد من الخمس والناقة والكوماء عن بذت مخاض فكان الواجب عند الحول ربع العشر من حيث انه مال والمنصوص عليه من حيث انه مال فوجب اعتبار قيمته يوم الوجوب ولا يعتد بالتغير بسبب نقصان السعر لانه لا عبرة به لاسقاط الزكاة الواجبة احتياطا لحق الفقراء وأما في السوائم اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة قال بعضهم يعتبر قيمتها يوم الوجوب كافي مال التجارة لان الواجب جزء من النصاب من حيث انه مال في جميع أموال الزكاة وقال بعضهم يوم الاداء كما قال لان الواجب ثمة هو المنصوص عليه صورة ومعنى ولكن يجوز إقامة غيره مقامه والله أعلم وكذلك الجواب في مال الزكاة اذا كان جارية تساوي مائتين في جميع ما ذكرنا من تغير السعر الى زيادة أو نقصان والمسئلة فروع تعرف في كتاب الزكاة من الجامع هذا اذا هلك النصاب بعد الحول فاما اذا تصرف فيه المالك فهل يجوز تصريفه عندنا يجوز وعند الشافعي لا وهذا بناء على أصلنا ان التصرف في مال الزكاة بعد وجوبها جائز عندنا حتى لو باع نصاب الزكاة جاز البيع في الكل عندنا وأما عند الشافعي فلا يجوز في قدر الزكاة قولوا واحدا وله في الزيادة على قدر الزكاة قولان وجه قوله ان الواجب جزء من النصاب لما ذكرنا من الدلائل فلا يخلو ما أن يكون وجوبه حقا للعبد كما يقول أو حقا لله تعالى كما يقولون وكل ذلك يمنع من التصرف فيه ولنا ان الزكاة اسم للفعل وهو اخراج المال الى الله وقبل الانخراج لاحق في المال حتى يمنع نفاذ البيع فيه فينفذ العبد اذا جنى جناية فباعه المولى فينفذ بيعه لان الواجب فيه هو فعل الدفع فكان المحل خاليا عن الحق قبل الفعل فنفاذ البيع فيه كذا هذا واذا جاز التصرف في النصاب بعد وجوب الزكاة فيه عندنا فاذا تصرف المالك فيه ينظر ان كان استبداداً بمثله لا يضمن الزكاة وينتقل الواجب اليه ببقائه ويسقط بهلاكه وان كان استهلا كما يضمن الزكاة ويصير ديناً في ذمته بيان ذلك اذا حال الحول على مال التجارة ووجب فيه الزكاة فخرج المالك عن ملكه بالدرهم والدنانير أو بعرض التجارة فباعه بمثل قيمته لا يضمن الزكاة لانه ما أنلف الواجب بل نقله من محل الى محل مثله اذا اعتبر في مال التجارة هو المعنى وهو المالية لا الصورة فكان الاول قائما معنى فيبقى الواجب ببقائه ويسقط بهلاكه وكذا لو باعه وحاجى بما يتغابن الناس في مثله لان ذلك مما لا يمكن التعرض عنه فجعل عفواً ولهذا جعل عفواً في بيع الأب والوصى وان حاجى بما لا يتغابن الناس في مثله يضمن قدر زكاة المحاباة ويكون ديناً في ذمته وزكاة ما بقي يتحول الى العين يبقى ببقائها ويسقط بهلاكها ولو أخرج مال الزكاة عن ملكه بغير عوض أصلاً بالهبة والصدقة من غير الفقير والوصية أو بعوض ليس بمال بأن تزوج عليه امرأة أو صالح به من دم العمد أو اختلعت به المرأة يضمن الزكاة في ذلك كله لان اخراج المال بغير عوض اتلاف له وكذا بعوض ليس بمال وكذا لو أخرج به عوض هو مال ولكنه ليس بمال الزكاة بأن باعه بعبد الخدمة أو ثياب البثلة سواء بقي العوض في يده أو هلك لانه ابطال المعنى الذي صار المال به مال الزكاة فكان استهلاكه في حق الزكاة وكذا لو استأجر به عيناً من الاعميان لان المنافع وان كانت مالا في نفسها المكنم ليست بمال الزكاة لانه لا يهملها وكذا لو صرف مال الزكاة الى حوائجها بالاكل والشرب واللبس لوجود حقيقة الاستهلاك

وكذا اذا باع مال التجارة بالسوائيم على أن يتركها سائمة يضمن الزكاة لأن زكاة مال التجارة خلاف زكاة السائمة فيكون استهلاكه كولو كان مال الزكاة سائمة فباعها بخلاف جنسها من الحيوان والعروض والايمان أو مجنسها يضمن ويصير قدر الزكاة ديناً في ذمته لا يسقط بهلاك ذلك العوض لما ذكرنا وجوب الزكاة في السوائيم بتعلق بالصورة والمعنى فيبيعها يكون استهلاكها لا استبدالاً ولو كان مال الزكاة دراهم أو دنانير فاقترضها بعد الحول فتوى المال عنده ذكر في العيون عن محمد أنه لا زكاة عليه لأنه لم يوجد منه الا تلف وكذا لو كان مال الزكاة ثوباً فاعاره فهلك لما قلنا وقالوا في عبد التجارة اذا قتله عبد خطأ فدفعت به ان الثاني للتجارة لأنه عوض عن الأول قائم مقامه كانه هو ولو قتله عمداً وصالحه المولى من الدم على عبد أو غيره لم يكن للتجارة لأن الثاني ليس بعوض عن الأول بل هو عوض عن القصاص والقصاص ليس مالاً وقالوا انهم اشترى عصير التجارة فصار خمران صار ذلاً لأنه للتجارة لأن العارض هو الخمر وأثر الخمر في زوال صفة التقوم لا غير وقد عادت الصفة بالتخلل فصار مالا متقوماً كما كان وكذلك قالوا في الشاة اذا ماتت فدينغ جلد هان جلد هان يكون للتجارة لما قلنا ولو باع السائمة بعد وجوب الزكاة فيها فان كان المصدق حاضراً ينظر اليها فهو بالخيار ان شاء أخذ بقيمة الواجب من البائع وتم البيع في الكل وان شاء أخذ الواجب من العين المشتراة وبطل البيع في القدر المأخوذ وان لم يكن حاضراً وقت البيع خفض بعد البيع والتفرق عن المجلس فانه لا يأخذ من المشتري ولكنه يأخذ بقيمة الواجب من البائع وانما كان كذلك لأن بيع السائمة بعد وجوب الزكاة فيها استهلاكاً لها ما بيننا الا ان معنى الاستهلاك بازالة الملك قبيل الافتراق عن المجلس ثبت بالاجتهاد اذا مسئلة اجتهادية مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فله ساعى أن يأخذ بأى القولين أفضى اجتهاده اليه فان أفضى اجتهاده الى زوال الملك بنفس البيع أخذ بقيمة الواجب من الحصول الاستهلاك وتم البيع في الكل اذ لم يستحق شيء من المبيع وان أفضى اجتهاده الى عدم الزوال أخذ الواجب من غير المشتري كما قبل البيع وبطل البيع في القدر المأخوذ كانه استحق هذا القدر من المبيع فاما بعد الافتراق فقد تآكد زوال الملك بخروجه عن محل الاجتهاد فتأكد الاستهلاك فصار الواجب ديناً في ذمته فهو الفرق وهل يشترط نقل الماشية من موضعها مع افتراق العاقلين بأنفسهم الم يشترط ذلك في ظاهر الرواية وشرطه السكرى وقال ان حضّر المصدق قبل النقل فله الخيار وكذا روى ابن سعادة عن محمد ولو باع طعاماً واجب فيه العشر فالمصدق بالخيار ان شاء أخذ من البائع وان شاء أخذ من المشتري سواء حضر قبل الافتراق أو بعده بخلاف الزكاة ووجه الفرق أن تعلق العشر بالعين أكد من تعلق الزكاة بها ألا ترى ان العشر لا يعتبر فيه المالك بخلاف الزكاة ولومات من عليه العشر قبل أدائه من غير وصية يؤخذ من تركته بخلاف الزكاة والله أعلم وهذا الذي ذكرنا ان الواجب أداء جزء من النصاب من حيث المعنى أو من حيث الصورة والمعنى مذهب أصحابنا رحمهم الله فاما عند الشافعي فالواجب أداء عين المنصوص عليه وينفي عليه ان يدفع القيم والابدال في باب الزكاة والعشر والخراج وصدة الفطر والصدقات والكفارات جائز عندنا وعندنا لا يجوز الا أداء المنصوص عليه واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم في الخمس من الابل السائمة شاة وقوله في أربعين شاة شاة وكل ذلك بيان لمجمل كتاب الله تعالى وآتوا الزكاة اذ ليس فيه بيان الزكاة فبينه النبي صلى الله عليه وسلم والتحق البيان بمجمل الكتاب فصار كان الله تعالى قال وآتوا الزكاة من كل أربعين شاة شاة وفي خمس من الابل شاة فصارت الشاة واجبة للأداء بالنص ولا يجوز الاشتغال بالتمليل لأنه يبطل حكم النص ولهذا لا يجوز إقامة السجود على الخلد والذوق مقام السجود على الجهة والانف والتعليل فيه بمعنى الخضوع لما ذكرنا كذا هذا وصار كالمهديا والضحايا وجواز أداء البعير عن خمس من الابل عندي باعتبار النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم خذ من الابل الابل الا ان عند قلة الابل أو جب من خلاف الجنس تيسيراً على آراء باب الأموال فاذا سمعت نفسه بآداء بعير من الخمس فقد ترك هذا التيسير فجاز بالنص لا بالتمليل ولذا في المسئلة طريقتان أحدهما طريق أبي حنيفة والثاني طريق أبي يوسف ومحمد أما طريق أبي حنيفة فهو ان الواجب أداء جزء من النصاب من حيث المعنى وهو المالية

وأداء القيمة مثل أداء الجزء من النصاب من حيث انه مال وبيان كون الواجب أداء جزء من النصاب ماذ كرنا في مسئلة التفريط والدليل على ان الجزء من النصاب واجب من حيث انه مال ان تعلق الواجب بالجزء من النصاب للتيسير يبيى الواجب ببقائه ويسقط بهلاكه ومعنى التيسير انما يتحقق ان لو تعين الجزء من النصاب للوجوب من حيث هو مال اذ لو تعلق الوجوب بغير الجزء لبقيت الشرة في النصاب للفقراء وفيه من العسر والمشقة ما لا يخفى خصوصا اذا كان النصاب من نفائس الاموال نحو الجوارى الحسان والافراس الفارسة للتجارة ونحوها ولا كذلك اذا كان التعلق به من حيث هو مال لأنه حينئذ كان الاختيار الى رب المال فان رأى أداء الجزء اليه أيسر أدى الجزء وان رأى أداء غيره أيسر مال اليه فيحصل معنى اليسر وبه تبين ان ذكر الشاة في الحديث لتقدير المالبة لا لتعلق الحكم به وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه رأى في ابل الصدقة ناقة كوما فغضب على المصدق وقال ألم أنهيكم عن أخذ كرائم أموال الناس فقال أخذتها بيعيرين من ابل الصدقة وفي رواية اترجمتها فسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخذ البعير بيعيرين يكون باعتبار القيمة فدل على صحة مذهبننا وأما طريق أبي يوسف ومحمد فهو ان الواجب عين ما ورد به النص وهو أداء ربع العشر في مال التجارة وأداء المنصوص عليه في السوائم صورة ومعنى غير معقول المعنى بل هو تعبد محض حتى انه سبحانه وتعالى لو أمرنا بتلافه حقه أو سببه لقلنا لو لم نعدل عن المنصوص عليه الى غيره غير ان الله تعالى لما أمر بصرفه الى عباد المحتاجين كفاية لهم وكفايتهم متعلقة بمطلق المال صار وجوب الصرف اليهم معقول المعنى وهو الكفاية التي تحصل بمطلق المال فصار معلولا بمطلق المال وكان أمره عز وجل أرباب الأموال بالصرف الى الفقير اعلاماله أنه أذن لهم بنقل حقه الثابت في المنصوص عليه الى مطلق المال كمن له على رجل حنطة ورجل آخر على صاحب الدين دراهم فأمر من له الحنطة من عليه الحنطة بأن يقضى دين الدراهم من الذي له عليه وهو الحنطة كان ذلك اذ نامنه اياه بنقل حقه الى الدراهم بأن يستبدل الحنطة بالدراهم وجعل المأثور بالأداء كانه أدى عين الحق الى من له الحق ثم استبدل ذلك وصرف الى الآخر ما أمر بالصرف اليه فصار ما وصل الى الفقير معلولا بمطلق المال سواء كان المنصوص عليه أو غيره جزءا من النصاب أو غيره وأداء القيمة أداء مال مطلق مقدرة بقيمة المنصوص عليه بنية الزكاة فيجزئه كما لو أدى واحد من خمس من الابل بخلاف السجود على الخد والذقن لان معنى القرية فانت أصلا ولهذا لا ينتقل به ولا يصار اليه عند الجزم وما ليس بقرية لا يقوم مقام القرية وبخلاف الهدايا والاضحايا لان الواجب فيها راقعة الدم حتى لو هلك بعد الذبح قبل التصديق لا يلزمه شيء وراقعة الدم ليس بمال فلا يقوم المال مقامه والله أعلم وأما السوائم من الابل والبقر والغنم أما نصاب الابل فليس فيما دون خمس من الابل زكاة وفي الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمسة عشر ثلاث شياه وفي عشرين أربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي ست وثلاثين بنت لبون وفي ست وأربعين حقة وفي احدى وستين جذعة وهي أقصى سن لها مدخل في الزكاة والأصل فيه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب كتابا الى أبي بكر الصديق رضى الله عنه فكتبه أبو بكر لأنس وكان فيه وفي أربع وعشرين فسادونها الغنم في كل خمس ذود شاة فاذا كانت خمسا وعشرين الى خمس وثلاثين ففيها بنت مخاض فاذا كانت ستا وثلاثين الى خمس وأربعين ففيها بنت لبون فاذا كانت ستا وثلاثين الى خمس وستين ففيها بنت لبون فاذا كانت ستين ففيها حقة فاذا كانت احدى وستين الى خمس وسبعين ففيها جذعة فاذا كانت ستا وسبعين الى تسعين ففيها بنت لبون فاذا كانت احدى وتسعين الى مائة وعشرين ففيها حقتان ولا خلاف في هذه الجملة الا ما روى عن علي رضى الله عنه انه قال في خمس وعشرين بنت مخاض وفي ست وعشرين بنت مخاض وهذه الرواية لا تسكاد ثبتت عن علي رضى الله عنه لانها مخالفة للاحاديث المشهورة منها ما روي انما من كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي كتبه لابي بكر الصديق رضى الله عنه ومنها كتابه الذي كتبه لعمر بن خرم وغير ذلك من الاحاديث المشهورة ولانها مخالفة لاصول الزكوات في السوائم لان فيها مالا بين واجبين لا وقص بينهما والاصل فيها أن يكون بين الغريضتين وقص

وهذا دليل عدم الثبوت وقد حكى عن سفيان الثوري انه قال كان علي رضي الله عنه أفقه من أن يقول مثل هذا
 انما هو غلط وقع من رجال علي رضي الله عنه أراد بذلك أن الراوي يجوز أن يكون معه يقول في ست وعشرين
 بنت مخاض وفي خمس وعشرين بنت نمحاض بنت مخاض لجميع بينهم واختلاف العلماء في الزيادة على مائة
 وعشرين فقال أصحابنا اذا زادت الابل على هذا العدد استأنف الفريضة ويدار الحساب على الخمسينان في
 النصاب وعلى الحقائق في الواجب لكن بشرط عود ما قبله من الواجبات والأوقاص بقدر ما يدخل فيه وبيان ذلك
 اذا زادت الابل على مائة وعشرين فلا شيء في الزيادة حتى تبلغ خمسين فيكون فيها شاة وحقتان وفي العشرين
 وحقتان وفي خمسة عشر ثلاث شياه وحقتان وفي عشرين أربع شياه وحقتان وفي خمس وعشرين بنت مخاض
 وحقتان الى مائة وخمسين ففيها ثلاث حقائق في كل خمسين حقة ثم يستأنف الفريضة فلا شيء في الزيادة حتى تبلغ خمسا
 فيكون فيها شاة وثلاث حقائق وفي العشرين شاتان وثلاث حقائق وفي خمس عشرة ثلاث شياه وثلاث حقائق وفي
 عشرين أربع شياه وثلاث حقائق فاذا بلغت مائة وخمسا وسبعين ففيها بنت مخاض وثلاث حقائق فاذا بلغت
 مائة وستة وثمانين ففيها بنت لبون وثلاث حقائق الى مائة وستة وتسعين ففيها أربع حقائق الى مائتين فان شاء أدى
 منها أربع حقائق من كل خمسين حقة وان شاء أدى خمس بنات لبون من كل أربعين بنت لبون ثم يستأنف الفريضة
 أبد في كل خمسين كما استؤنفت من مائة وخمسين الى مائتين فيدخل فيها بنت مخاض وبنت لبون وحقة مع
 الشياه هذا قول أصحابنا وقال مالك اذا زادت الابل على مائة وعشرين واحدة لا تجب في الزيادة شيء الى تسعة بل
 يجعل تسعة عفوا حتى تبلغ مائة وثلاثين وكذا اذا بلغت مائة وثلاثين فلا شيء في الزيادة الى تسعة وثلاثين ويجعل كل
 تسعة عفوا وتجيب في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة فيدار النصاب على الخمسينات والأربعينات
 والواجب على الحقائق وبنات لبون فيجب في مائة وثلاثين حقة وبنات لبون لانها مائة وخمسون ومربعين أربعين
 وفي مائة وأربعين حقتان وبنت لبون وفي مائة وخمسين ثلاث حقائق وفي مائة وستين أربع بنات لبون وفي مائة
 وسبعين حقة وثلاث بنات لبون وفي مائة وثمانين حقتان وبنات لبون وفي مائة وتسعين ثلاث حقائق وبنت لبون الى
 مائتين فان شاء أدى من المائتين أربع حقائق وان شاء خمس بنات لبون وقال الشافعي مثل قول مالك انه يدار
 الحساب على الخمسينات والأربعينات في النصاب وعلى الحقائق وبنات لبون في الواجب وانما خالفه في فصل
 واحد وهو انه قال اذا زادت الابل على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون احتج بما روى عن عبد الله بن
 عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب كتاب الصدقات وقرنه بقراب سيفه ولم يخرج الى عماله
 حتى قبض ثم عمل به أبو بكر وعمر حتى قبضا وكان فيه اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل أربعين بنت لبون
 وفي كل خمسين حقة غير ان مالك قال لفظ الزيادة انما تناول زيادة يمكن اعتبار المنصوص عليه فيها وذلك لا يكون
 فيما دون العشرة والشافعي قال ان النبي صلى الله عليه وسلم علم على هذا الحكم بنفس الزيادة وذلك يحصل زيادة
 الواحدة فعندهما يوجب في كل أربعين بنت لبون وهذه الواحدة تعين الواجب بها فلا يكون لها حظ من الواجب
 ثم أعدل الأستان بنت لبون والحقة فان أدناها بنت مخاض وأعلاها الحقة فلا يعدل هو المتوسط ولنا ما روى
 عن قيس بن سعد انه قال قلت لابي بكر بن عمرو بن حزم اخرج الى كتاب الصدقات الذي كتبه رسول الله صلى الله
 عليه وسلم لعمر بن حزم فخرج كتابا في ورقة وفيه فاذا زادت الابل على مائة وعشرين استؤنفت الفريضة
 فما كان أقل من خمس وعشرين ففيها النعم في كل خمس ذود شاة وروى هذا المذهب عن علي وابن مسعود رضي
 الله عنهما وهذا باب لا يعرف بالاجتهاد فيدل على سماعها من رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى روى عن علي
 رضي الله عنه انه قال ما عندنا شيء نقرأ الا كتاب الله عز وجل وهذه الصحيفة فيها أسنان الابل أخذتها من
 رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجوز أن نخالفها وروى أنه أنفذها الى عثمان فقال له مر ساعاتك فليعملوا بها فقال
 لا حاجة لنا فيها معنا مثلها وما هو خير منها فقد وافق عليا رضي الله عنهما ولان وجوب الحقتين في مائة وعشرين

ثابت باتفاق الاخبار واجماع الامة فلا يجوز اسقاطه الا بعينه وبعده مائة وعشرين اختلافاً الا ان لا يجوز اسقاط ذلك الواجب عند اختلاف الآثار بل يعمل بحديث عمرو بن حزم ويعمل حديث ابن عمر رضي الله عنهما على الزيادة الكثيرة حتى تبلغ مائتين وبه نقول ان في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة وأما قوله ان الواجب في كل مال من جنسه فنعلم اذا احتل ذلك فلم قلتم ان الزيادة تحتل الواجب من الجنس فان الزيادة لا يمكن الحاقها بالمائة والعشرين ببقاء الحقتين فيها كما كانت ومع بقاء الحقتين فيها على حالهما لا يمكن البناء فلا تكون الزيادة مع بقاء الحقتين بعد محقة للواجب من جنسه فلها صرنا الى ايجاب القيمة فيها اكفى في الابتداء حتى انه لما كان أمكن البناء مع بقاء الحقتين بعد مائة وخمسة وأربعين بنتاً فنقلنا من بنات المخاض الى الحقة اذا بلغت مائة وخمسين فلانها ثلاث مرات خمسين فيوجب من كل خمسين حقة والله أعلم

فصل وأما نصاب البقر فليس في أقل من ثلاثين بقراً زكاة وفي كل ثلاثين منها تباع أو تبعة ولا شيء في الزيادة الى تسع وثلاثين فاذا بلغت أربعين ففيها مسنة وهذا عملاً بخلاف فيه بين الأئمة والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لمعاذ حين بعثه الى اليمن في كل ثلاثين من البقر تباع أو تبعة وفي كل أربعين مسنة فاما اذا زادت على الأربعين فقد اختلفت الرواية فيه ذكر في كتاب الزكاة وما زاد على الأربعين في الزيادة بحساب ذلك ولم يفسر هذا الكلام وذكر في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى اذا كان له إحدى وأربعين بقرة قال أبو حنيفة عليه مسنة وربع عشر مسنة أو ثلث عشر تباع وهذا يدل على انه لا نصاب عنده في الزيادة على الأربعين وانه يجب فيه الزكاة قل أو كثر بحساب ذلك وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين فاذا بلغت خمسين ففيها مسنة وربع مسنة أو ثلث تباع وروى أسد بن عمرو عن أبي حنيفة انه قال ليس في الزيادة شيء حتى تكون ستين فاذا كانت ستين ففيها تبعة أو تبعة ثمان وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي فاذا زاد على الستين يدار الحساب على الثلاثينات والاربعينات في النصب وعلى الاتبعة والمسنتات في الواجب ويجعل تسعة بينهما عفو بلا خلاف فيجب في كل ثلاثين تباع أو تبعة وفي كل أربعين مسنة فاذا كانت سبعين ففيها مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين ثلاثة أتبعة وفي مائة مسنة وتبيعان وفي مائة وعشرة مسنتان وتبيع وفي مائة وعشرين ثلاث مسنتات أو أربع أتبعة فانها ثلاث مرات أربعين وأربع مرات ثلاثين وعلى هذا الاعتبار يدار الحساب وجه رواية الاصل ان اثبات الوقص والنصب بالرأى لا سبيل اليه وانما طريق معرفته النص ولا نص فيما بين الأربعين الى الستين فلا سبيل الى اخلاء مال الزكاة عن الزكاة فوجبنا فيما زاد على الأربعين بحساب ما سبق وجه رواية الحسن ان الاوقاص في البقر تسع تسع بدليل ما قبل الأربعين وما بعد الستين فكذلك فيما بين ذلك لانه ملحق بما قبله أو بما بعده فجعل التسعة عفوفاً فاذا بلغت خمسين ففيها مسنة وربع مسنة أو ثلث تباع لان الزيادة عشرة وهي ثلث ثلاثين وربع أربعين وجه رواية أسد بن عمرو وهي أعدل الرويات ما روى في حديث معاذ رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له لا تأخذ من أوقاص البقر شيئاً وفسر معاذ الوقص بما بين الاربعين الى الستين حتى قيل له ما تقول فيما بين الاربعين الى الستين فقال تلك الاوقاص لا شيء فيها ولان مبني زكاة السائمة على انه لا يجب فيها الا شقاص دفعا للضرر عن أرباب الاموال ولهذا وجب في الابل عند قلة العدد من خلاف الجنس فحزنا عن ايجاب الشقص فكذلك في زكاة البقر لا يجوز ايجاب الشقص والله أعلم

فصل وأما نصاب الغنم فليس في أقل من أربعين من الغنم زكاة فاذا كانت أربعين ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا كانت مائة واحد وعشرين ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلاث شياه الى أربعين فاذا كانت أربعين ففيها أربع شياه ثم في كل مائة شاة وهذا قول عامة العلماء وقال الحسن بن حي اذا زادت على ثلاثمائة واحدة ففيها أربع شياه وفي أربع مائة خمس شياه والصحيح قول العامة لما روى في

حديث أنس أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كتب له كتاب الصدقات الذي كتبه له رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه وفي أربعين من الغنم شاة وفي مائة واحدة وعشر من شاتان وفي مائتين واحدة ثلاث شياه إلى أربع مائة ففيها أربع شياه وطريق معرفة النصب التوقيف دون الرأي والاجتهاد والله أعلم بهذا الذي ذكرنا إذا كانت السوائم لواحدة فما إذا كانت مشتركة بين اثنين فقد اختلف فيه قال أصحابنا أنه يعتبر في حال الشركة ما يعتبر في حال الانفراد وهو كمال النصاب في حق كل واحد منهما فإن كان لصيب كل واحد منهما يبلغ نصابا تجب الزكاة والا فلا وقال الشافعي إذا كانت أسباب الاسامة متحدة وهو أن يكون الراعي والمرعى والماء والمرحى والكلب واحد والشريك من أهل وجوب الزكاة عليهما يجعل مالهما كمال واحد وتجب عليهما الزكاة وإن كان كل واحد منهما لو انفرد لا تجب عليه واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان بين خليطين فإنهما يتراجعا بالسوية فقد اعتبر النبي صلى الله عليه وسلم الجمع والتفريق حيث نهي عن جمع المتفرق وتفريق المجتمع وفي اعتبار حال الجمع بحال الانفراد في اشتراط النصاب في حق كل واحد من الشريكين إبطال معنى الجمع وتفريق المجتمع (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس في سائمة المرء المسلم إذا كانت أقل من أربعين صدقة نفي وجوب الزكاة في أقل من أربعين مطلقا عن حال الشركة والانفراد دل أن كمال النصاب في حق كل واحد منهما اشترط الوجوب وأما الحديث فقوله صلى الله عليه وسلم لا يجمع بين متفرق ودليلنا أن المراد منه التفريق في الملك لا في المكان لا جماعا على أن النصاب الواحد إذا كان في مكانين تجب الزكاة فيه فكان المراد منه التفريق في الملك ومنه إذا كان الملك متفرقا لا يجمع فيجعل كأنه لواحد لاجل الصدقة كخمس من الأبل بين اثنين أو ثلاثين من البقر أو أربعين من الغنم حال عليهما الحول وأراد المصدق أن يأخذ منها الصدقة ويجمع بين المالكين ويجعلها كملك واحد ليس له ذلك وكما بين من الغنم بين اثنين حال عليهما الحول أنه يجب فيها شاتان على كل واحد منهما شاة ولو أراد أن يجمع بين المالكين فجعلها ملكا واحدا خشية الصدقة فيعطيا المصدق شاة واحدة ليس لهما ذلك اتفرق ملكيهما فلا يملكان الجمع لاجل الزكاة وقوله ولا يفرق بين مجتمع أي في الملك كرجل له ثمانون من الغنم في مرتعتين مختلفتين أنه يجب عليه شاة واحدة ولو أراد المصدق أن يفرق المجتمع فجعلها كأنها لرجلين فبأخذ منها شاتين ليس له ذلك لأن الملك مجتمع فلا يملك ثمر بقره وكذلك لو كان له أربعون من الغنم في مرتعتين مختلفتين تجب عليه الزكاة لأن الملك مجتمع فلا يجعل كالتفريق في الملك خشية الصدقة أو يحتمل ما قلنا فيجعل عليه عملا بالدليلين بقدر الامكان وبيان هذه الجلة إذا كان خمس من الأبل بين اثنين حال عليهما الحول لازكاتها على أحدهما عندنا لأن نصابه ناقص وعنده يجب عليه شاة ولو كانت الأبل عشر أفعلى كل واحد منهما شاة بخلاف الكمال نصاب كل واحد منهما وكذلك لو كانت خمسة عشر عندنا وعندنا ثلاث شياه ولو كانت عشرين فعلى كل واحد منهما شاتان لأن نصاب كل واحد منهما كامل ولو كانت خمس وعشرين فكذلك عندنا وعنده يجب عليه ما بنت مخاض ولو كان النصاب ثلاثين من البقر فلا زكاة فيه عندنا وعندنا يجب فيها تباع عليهما ولو كانت ستين ففيها تباعان على كل واحد منهما تباع بخلاف ذلك أربعون من الغنم بين اثنين لا شيء عليهما عندنا وعندنا شاة واحدة عليهما ولو كانت ثمانين فعلى كل واحد منهما شاة عندنا وعندنا عليهما شاة واحدة ولو كان بينه وبين رجل شاة وبينه وبين رجل آخر ثمانين وذلك تسعة وسبعون شاة ذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي أن علي قول أبي يوسف عليه الزكاة وعلى قول زفر لا زكاة عليه وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن علي قول أبي حنيفة ومحمد وزفر لا زكاة عليه بخلاف ما إذا كان الثمانون بينه وبين رجل واحد وفي قول أبي يوسف عليه الزكاة كما إذا كان الثمانون بينه وبين رجل واحد وجه قول من قال بالوجوب أن الزكاة تجب عند كمال النصاب وفي ملكه نصاب كامل فتجب فيه الزكاة كالأول كانت مشتركة بينه وبين رجل واحد وجه قول من قال لا يجب أن لو قسم لا يصيبه نصاب كامل لأنه لا يملك من شاة

واحدة الانصاف فلا يكمل النصاب فلا تجب الزكاة وكذلك ستون من البقر أو عشر من الابل اذا كانت مشتركة على الوجه الذي وصفناه فهو على ما ذكرنا من الاختلاف وكل جواب عرفته في السوائم المشتركة فهو الجواب في الذهب والفضة وأموال التجارة وقد ذكرنا فيما تقدم ذكر المباحاوى وكذلك الزروع وهذا محمول على مذهب أبي يوسف ومحمد لان النصاب عندهما شرط لوجوب العشر وذلك خمسة أوسق فاما على مذهب أبي حنيفة لا يستقيم لان النصاب ليس بشرط لوجوب العشر بل يجب في القليل والكثير ثم اذا حضر المصدق بعد تمام الحول على المال المشترك بينهما فانه يأخذ الصدقة منه اذا وجد فيه واجبا على الاختلاف ولا ينتظر القسمة لان اشترى كهما على علمهما بوجوب الزكاة في المال المشترك وان المصدق لا يميز له المال فيكون أذن من كل واحد منهما بأخذ الزكاة من ماله دالة ثم اذا أخذ ينظر ان كان المأخوذ حصة كل واحد منهما لا غير بأن كان المال بينهما على السوية فلا تراجع بينهما لان ذلك القدر كان واجبا على كل واحد منهما بالسوية وان كانت الشراكة بينهما على التفاوت فاخذ من أحدهما زيادة لأجل صاحبه فانه يرجع على صاحبه بذلك القدر ويبان ذلك اذا كان ثمانون من الغنم بين رجلين فأخذ المصدق منها شاتين فلا تراجع ههنا لان الواجب على كل واحد منهما بالسوية وهو شاة فلم يأخذ من كل واحد منهما الا قدر الواجب عليه فليس له أن يرجع بشئ ولو كانت الثمانون بينهما اثلاثا لوجب فيها شاة واحدة على صاحب الثلثين لكمال نصابه وزيادة ولا تنفي على صاحب الثلث لنقصان نصابه فاذا حضر المصدق وأخذ من عرضها شاة واحدة يرجع صاحب الثلث على صاحب الثلثين بثلاث قيمته الشاة لان كل شاة بينهما اثلاثا فكانت الشاة المأخوذة بينهما اثلاثا فقد أخذ المصدق من نصيب صاحب الثلث ثلث شاة لا جيل صاحب الثلثين فكان له أن يرجع بقية الثلث وكذلك اذا كان مائة وعشرون من الغنم بين رجلين لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها ووجب على كل واحد منهما شاة فجاء المصدق وأخذ من عرضها شاتين كان لصاحب الثلثين أن يرجع على صاحب الثلث بقية ثلث شاة لان كل شاة بينهما اثلاثا ثلثاها لصاحب الثلثين وثلثاها لصاحب الأربعين فكانت الشاتان المأخوذتان بينهما اثلاثا لصاحب الثلثين شاة وثلث شاة لصاحب الثلث ثلثاها والواجب عليه شاة كاملة فاخذ المصدق من نصيب صاحب الثلثين شاة وثلث شاة ومن نصيب صاحب الثلث ثلثي شاة فقد صار أخذا من نصيب صاحب الثلثين ثلث شاة لا جيل زكاة صاحب الثلث فيرجع صاحب الثلثين على صاحب الثلث بقية ثلث شاة وهذا والله أعلم معنى قوله صلى الله عليه وسلم وما كان بين الخليطين فانهما يتراجعا بالسوية **فصل** وأما صفة نصاب السائمة فله صفات منها أن يكون معدا لاسامة وهو أن يسميها للدر والنسل لما ذكرنا مال الزكاة هو المال النامي وهو المعد للاستثناء والنماء في الحيوان بالاسامة اذ يهمل النسل فيزداد المال فان اسميت للحمل أو الركوب أو اللحم فلا زكاة فيها ولو اسميت للبيع والتجارة ففيها زكاة مال التجارة لازكاة السائمة ثم السائمة هي الراعية التي تكفى بالرعى عن العلف ويعونها ذلك ولا تحتاج الى أن تعلق فان كانت تسام في بعض السنة وتعلق وتعمان في البعض يعتبر فيه الغالب لان لكل أثرى ان أهل اللغة لا يمنعون من اطلاق اسم السائمة على ما تعلق زمانا قليلا من السنة ولان وجوب الزكاة فيها الحصول معنى النماء وقلة المؤنة لان عند ذلك يتيسر الاداء فيحصل الاداء عن طيب نفس وهذا المعنى يحصل اذا اسميت في أكثر السنة ومنها أن يكون الجنس فيه واحدا من الابل والبقر والغنم سواء اتفق النوع والصفة أو اختلفا فتجب الزكاة عند كمال النصاب من كل جنس من السوائم وسواء كانت كلها ذكورا أو إناثا أو مختلطة وسواء كانت من نوع واحد أو أنواع مختلفة كالعرب والبخاري في الابل والجواميس في البقر والضأن والمعر في الغنم لان الشرع ورد بنصابها باسم الابل والبقر والغنم فاسم الجنس يتناول جميع الأنواع بأى صفة كانت كاسم الحيوان وغير ذلك وسواء كان متولدا من الاهل أو من أهلى ووحشى بهدان كان الام أهليا كالمولود من الشاة والظبي اذا كان أمه شاة والمتولد من البقر الاهلى والوحشى اذا كان أمه أهلية فتجب فيه الزكاة ويكمل به النصاب عندنا وعند الشافعي

لا زكاة فيه وجه قوله ان الشرع ورد باسم الشاة بقوله في أربعين شاة شاة وهذا وان كان شاة بالنسبة الى الام
فليس بشاة بالنسبة الى الفعل فلا يكون شاة على الاطلاق فلا يتناولها النص (ولنا) ان جانب الام راجع بدليل
ان الولد يتبع الأم في الرق والحرية ولما ذكر في كتاب العتاق ان شاء الله تعالى ومنها السن وهو ان تكون كلها مسان
أو بعضها فان كان كلها صغار فصلانا أو جملانا أو عجائلا فلا زكاة فيها وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وكان أبو حنيفة
يقول أولا يجب فيها ما يجب في الكبار وبه أخذ زفر ومالك ثم رجع وقال يجب فيها واحدة منها وبه أخذ أبو
يوسف والشافعي ثم رجع وقال لا يجب فيها شيء واستقر عليه وبه أخذ محمد واختلفت الرواية عن أبي يوسف في زكاة
الفصلان في رواية قال لا زكاة فيها حتى تبلغ عدد الوكانت كبارا يجب فيها واحدة منها وهو خمسة وعشرون وفي
رواية قال في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسة فصيل وفي خمسة عشر ثلاثة أخماس فصيل وفي عشرين أربعة
أخماس فصيل وفي خمس وعشرين واحدة منها وفي رواية قال في الخمس ينظر الى قيمة شاة وسط والى قيمة خمس
فصيل فيجب أقلهما وفي العشر ينظر الى قيمة شاتين والى قيمة خمس فصيل فيجب أقلهما وفي خمسة عشر ينظر
الى قيمة ثلاث شياه والى قيمة ثلاثة أخماس فصيل فيجب أقلهما وفي عشرين ينظر الى قيمة أربعة شياه والى قيمة
أربعة أخماس فصيل فيجب أقلهما وفي خمس وعشرين يجب واحدة منها وعلى روايته كلها قال لا تجب في الزيادة
على خمس وعشرين شيء حتى تبلغ العدد الذي لو كانت كبارا يجب فيها اثنان وهو ستة وسبعون ثم لا يجب فيها شيء
حتى تبلغ العدد الذي لو كانت كبارا يجب فيها ثلاثة وهو مائة وستة وأربعون واحتج زفر بعموم قول النبي صلى الله
عليه وسلم في خمس وعشرين من الابل بنت مخاض وقوله في ثلاثين من البقر تبع أو تبعه من غير فصل بين الكبار
والصغار وبه تبين ان المراد من الواجب في قوله في خمس من الابل شاة وفي أربعين شاة شاة هو الكبيرة
لا الصغيرة ولا أبي يوسف انه لا بد من الإيجاب في الصغار لعموم قوله صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل شاة وفي
أربعين شاة شاة لكن لا يسبيل الى إيجاب المسنة لقول النبي صلى الله عليه وسلم للسعاة اباكم وكرائم أموال الناس
وقوله لا تأخذوا من حرات الأموال ولكن خذوا من حواشيها وأخذ الكبار من الصغار أخذ من كرائم الأموال
وحراتهم وأنه منهي ولان معنى الزكاة على النظر من الجانبين جانب الملاك وجانب الفقراء الا ترى ان الواجب هو
الوسط وما كان ذلك الامراعاته الجانبين وفي إيجاب المسنة اضرار بالملاك لان قيمتها قد تزيد على قيمة النصاب
وفيه إجحاف بأرباب الأموال وفي نفي الوجوب أساسا اضرار بالفقراء فكان العدل في إيجاب واحدة منها وقد روى
عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه انه قال لو منعوني عناقا ما كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلهم
والعتاق هي الأتني الصغيرة من أولاد المعز فدل ان أخذ الصغار زكاة كان أمرا ظاهرا في زمن رسول الله صلى الله
عليه وسلم ولا في حنيفة ومحمد ان تنصيب النصاب بالراى ممتنع وانما يعرف بالنص والنص انما ورد باسم الابل والبقر
والغنم وهذه الأسماء لا تتناول الفصلان والجملان والعجائلا فلم يثبت كونهم انصابا وعن أبي بن كعب انه قال وكان
مصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم في عهدي ان لا آخذ من راضع اللبن شيئا وما قول الصديق رضي الله عنه لو
منعوني عناقا فقد روى عنه انه قال لو منعوني عقالا وهو صدقة عام أو الحبل الذي يعقل به الصدقة فتعارضت الرواية
فيه فلم يكن حجة واثن ثبت فهو كلام عميل لا تحقيق أى لو وجبت هذه ومنعوا لقاتلهم واما صورة هذه المسئلة فقد
تسلك المشايخ فيها الانها مشكلة اذ لا زكاة لا تجب قبل تمام الحول وبعد تمامه لا يبقى اسم الفصيل والحمل والحجول
بل تصير مسنة قال بعضهم الخلاف في ان الحول هل ينقض عليها وهي صغار أو يعتبر انعقاد الحول عليها اذا كبرت
وزالت صفة الصغر عنها وقال بعضهم الخلاف فيما اذا كان له نصاب من النوق فضى عليها ستة أشهر أو أكثر
فولدت أولاد ثم ماتت الأمهات وتم الحول على الأولاد وهي صغار هل تجب الزكاة في الأولاد أم لا وعلى هذا
الاختلاف اذا كان له مسنات فاستغاد في خلال الحول صغارا ثم هلكت المسنات وبقي المستغاد انه هل تجب الزكاة
في المستغاد فهو على ما ذكرنا الى هذا أشار محمد رحمه الله تعالى في الكتاب فيمن كان له أربعون حملا وواحدة مسنة

فهلكت المسنة وتم الحول على الحملان انه لا يجب شئ عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تجب واحدة منها
وعند زفر تجب مسنة هذا اذا كان الكل صغارا فما اذا اجتمعت الصغار والكبار وكان واحد منها كبيرا فان
الصغار تعد ويجب فيها ما يجب في الكبار وهو المسنة بلا خلاف لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
وتعد صغارها وكبارها وروى ان الناس شكوا الى عمر عاملة وقالوا انه يعد علينا السخلة ولا يأخذها منا فقال عمر
أليس يترك لكم الربى والمساخض والا كيلة وغل الغنم ثم قال عدها ولوراحها الراعى على كفه ولا تأخذها منهم
ولانها اذا كانت مختلطة بالكبار او كان فيها كبير دخلت تحت اسم الابل والبقر والغنم فتدخل تحت عموم النصوص
فيجب فيها ما يجب في الكبار ولانه اذا كان فيها مسنة كانت تبع المسنة فيعتبر الاصل دون التبع فان كان واحد
منها مسنة فهلكت المسنة بعد الحول سقطت الزكاة عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تجب في الصغار زكاتها
بقدرها حتى لو كانت حملانا يجب عليه تسعة وثلاثون جزأ من أربعين جزأ من الحمل لان عندهما وجوب الزكاة
في الصغار لاجل الكبار تبعاتها فكانت أصلا في الزكاة فهلاكها كهلاك الجميع وعنده الصغار أصل في النصاب
والواجب واحد منها وانما الفصل على الحمل الواحد باعتبار المسنة فهلاكها يسقط الفصل لأصل الواجب
ولو هلك الحملان وبقيت المسنة يؤخذ قسطها من الزكاة وذلك جزأ من أربعين جزءا من المسنة لان المسنة
كانت سبب زكاة نفسها وزكاة تسعة وثلاثين سواها لان كل الفريضة كانت فيها السكن أعطى الصغار حكم
الكبار تبعها فصارت الصغار كأنها كبار فاذا هلك الحملان هلكت بقسطها من الفريضة وبقيت المسنة
بقسطها من الفريضة وهو ما ذكرنا من الأصل حال اختلاط الصغار بالكبار انه تجب الزكاة في الصغار تبع الكبار
اذا كان العدد الواجب في الكبار موجودا في الصغار في قولهم جميعا فاذا لم يكن عدها الواجب في الكبار كله
موجودا في الصغار فانما تجب بقدر الموجود على أصل أبي حنيفة ومحمد بيان ذلك اذا كان له مستثنان ومائة وتسعة
عشر جملا يجب فيها مستثنان بلا خلاف لان عدد الواجب موجود فيه وان كان له مسنة واحدة ومائة وعشرون
حملا أخذت تلك المسنة لا غير في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تؤخذ المسنة وحل وكذلك ستون من
العجايل فيها تباع عند أبي حنيفة ومحمد يؤخذ التبيع لا غير وعند أبي يوسف يؤخذ التبيع ويجوز وكذلك
سنة وسبعون من الفصلان فيها بنت لبون انما تؤخذ فحسب في قولهما وعند أبي يوسف تؤخذ بنت لبون
وفصيل لان الوجوب لا يتعلق بالصغار أصلا عندهما وعنده يتعلق بها والله أعلم

فصل في ما مقدار الواجب في السوائم فقد ذكرنا في بيان مقدار نصاب السوائم من الابل والبقر والغنم وهو
الأسنان المعروفة من بنت الخاض وبنت اللبون والحقة والجذعة والتبيع والمسنة والشاة ولا بد من معرفة معاني
هذه الاسماء فبنت الخاض هي التي تمت لها سنة ودخلت في الثانية سميت بذلك لان أمها صارت حاملا بولد آخر
بعدها والمساخض اسم للحامل من النوق وبنت اللبون هي التي تمت لها سنتان ودخلت في الثالثة سميت بذلك لان
أمها حملت بعدها وولدت فصارت ذات لبن واللبنون هي ذات اللبن والحقة هي التي تمت لها ثلاث سنين وطعنت
في الرابعة سميت بذلك املا استحقاقها الحمل والركوب ولا استحقاقها الضراب والجذعة هي التي تمت لها أربع
سنين وطعنت في الخامسة ولا اشتقاق لاسمها والذكور منها ابن مخاض وابن لبون وحق وجذع ووراء هذه
اسنان من الابل من الثني والسديس والبازل لكن لا مدخل لها في باب الزكاة فلا معنى لذكر معانيها في كتب الفقه
والتبيع الذي تم له حول ودخل في الثاني والثني منه التبيعة والمسنة التي تمت لها سنتان وطعنت في الثالثة والذكر
منه المسن وأما الشاة فذكر في الأصل عن أبي حنيفة انه لا يجوز الا الثني فصاعدا والثني من الشاة هي التي دخلت
في السنة الثانية وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يجوز الجذع من الضأن والثني من المعز وهو قول أبي يوسف ومحمد
والشافعي وما ذكره الطحاوي يقتضي أن يجوز أخذ الجذع من الضأن والثني من المعز لانه قال ولا يؤخذ في
الصدقة الا ما يجوز في الأنحية والجذع من الضأن يجوز في الأنحية وقول الطحاوي يؤيد رواية الحسن والجذع

من الغنم الذي أتى عليه ستة أشهر وقيل الذي أتى عليه أكثر السنة ولا خلاف في أنه لا يجوز من المعز إلا التي
وجه رواية الحسن ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إنما حقنا في الجذعة والنبية ولأن الجذع يجوز في
الاضاحي فلا يجوز في الزكاة أولى لأن الأضحية أكثر شر وطامن الزكاة فالجواز هناك يدل على الجواز ههنا من
طريق الأولى وجه ظاهر الرواية ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال لا يجوز في الزكاة إلا التي من المعز فصاعدا
ولم ير وعن غيره من الصحابة خلافة فيكون اجتماعا من الصحابة مع ما أن هذا باب لا يدرك بالاجتهاد فالظاهر أنه
قال ذلك سمعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والله أعلم

فصل وأما صفة الواجب في السوائم فالواجب فيها صفات لا بد من معرفتها منها الأثنية في الواجب في الأبل
من جنسها من بنت المخاض وبنت اللبون والحقة والجذعة ولا يجوز الذكور منها وهو ابن المخاض وابن اللبون
والحق والجذع الأبطر بقية القيمة لأن الواجب فيها انما عرف بالنص والنص ورد فيها بالاناث فلا يجوز الذكور
إلا بالتقويم لأن دفع القيم في باب الزكاة جائز عندنا وأما في البقرة فيجوز فيها الذكور والأنثى لورود النص بذلك وهو
قول النبي صلى الله عليه وسلم وفي ثلاثين من البقر تباع أو تبعة وكذا في الأبل فيعاديون خمس وعشرين لأن النص
ورد باسم الشاة وانها تتبع على الذكور والأنثى وكذا في الغنم عندنا يجوز في ذكاتها الذكور والأنثى وقال الشافعي لا يجوز
الذكور إلا إذا كانت كلها ذكورا وهذا فاسد لأن الشرع ورد فيها باسم الشاة قال النبي صلى الله عليه وسلم في أربعين شاة
شاة واسم الشاة يقع على الذكور والأنثى في اللغة ومنها أن يكون وسطا فليس للساعي أن يأخذ الجيد ولا الرديء إلا من
طريق التقويم برضا صاحب المال لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال للساعة أياكم وحرز أموال
الناس وخذوا من أو ساطها وروى أنه قال للساعي أياكم وكرائم أموال الناس وخذ من حواشيها واتق دعوة المظلوم
فإنه ليس بينها وبين الله حجاب وفي الخبر المعروف أنه رأى في أبل الصدقة ناقة كوما فغضب على الساعي وقال ألم
أنهمكم عن أخذ كرائم أموال الناس حتى قال الساعي أخذتها بغير ين يا رسول الله ولأن مبنى الزكاة على مراعاة
الجانبيين وذلك في أخذ الوسط لما في أخذ الخيار من الأضرار بأرباب الأموال وفي أخذ الأرزاق من الأضرار
بالفقراء فكان نظرا للجانبيين في أخذ الوسط والوسط هو أن يكون أدون من الأرفع وأرفع من الأدون كذا فسر محمد
في المنتقى ولا يؤخذ في الصدقة الربى بضم الراء ولا الماخض ولا الأكيلة ولا خل الغنم قال محمد الربى التي تربي ولدها
والأكيلة التي تمنع للآكل والماخض التي في بطنها ولد ومن الناس من طعن في تفسير محمد الربى والأكيلة وزعم أن
الربى المرباة والأكيلة المأكولة وطعنهم مردود عليه وكان من حقه تقليد محمد إذ هو كما كان أمما في الشريعة كان أمما
في اللغة واجب التقليد فيها كتقليد نقله اللغة كأي عبيد والأصمى والخليل والكسائي والفراء وغيرهم وقد قلده
أبو عبيد القاسم بن سلام مع جلالة قدره واحتج بقوله وسئل أبو العباس ثعلب عن الغزاة فقال هي عين الشمس ثم
قال أما ترى أن محمد بن الحسن قال لعلامة يوما انظر هل دلتك الغزاة يعني الشمس وكان ثعلب يقول محمد بن
الحسن عندنا من أقران سيبويه وكان قوله حجة في اللغة فكان على الطاعن تقليده فيها كيف وقد ذكر صاحب
الديوان ومجمل اللغة ما يوافق قوله في الربى قال صاحب الديوان الربى التي وضعت حديثا أي هي قرية العهد
بالولادة وقال صاحب المجمل الربى الشاة التي تحبس في البيت للبن فهي مربية لا مرباة والأكيلة وإن فسرت في بعض
كتب اللغة بما قاله الطاعن لكن تفسير محمد أولى وأوفق للأصول لأن الأصل أن المفعول إذا ذكر بلفظ فاعل يستوي
فيه اندكروا لأنثى ولا يدخل فيه هاء التأنيث يقال امرأة قتيلا وجريح من غيرها التأنيث فلو كانت الأكيلة
المأكولة لما أدخل فيها الهاء على اعتبار الأصل ولما أدخل الهاء دل أنها ليست باسم للأكل بل لما عدل للكل
كالأضحية أنما اسم لما عدل للضحية والله أعلم وسواء كان النصاب من نوع واحد أو من نوعين كالضأن والمعز
والبقرة والجواميس والعراة والبخت أن المصدق يأخذ منها واحدة وسطا على التفسير الذي ذكرنا وقال الشافعي
في أحد قوليه يأخذ من الغالب وقال في القول الآخر أنه يجمع بين قيمة شاة من الضأن وشاة من المعز وينظر في

نصف القيمة في أخذ شاة بقيمة ذلك من أي النوعين كانت وهو غير سيد لما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن أخذ كرائم أموال الناس وحرزاتها وأمر بأخذها وسطاً من غير فصل بين ما إذا كان النصاب من نوع واحد أو نوعين ولو كان له خمس من الإبل كلها بنت مخاض أو كلها بنت لبون أو حقائق أو جذاع ففيها شاة وسط لقوله صلى الله عليه وسلم في خمس من الإبل شاة وإن كانت عجافاً فإن كان فيها بنت مخاض وسط وأعلى سنامها ففيها أيضاً شاة وسط وكذلك إن كانت خمساً وعشرين ففيها بنت مخاض وسط أنه يجب فيها بنت مخاض وتأخذ تلك لقوله صلى الله عليه وسلم في خمس وعشرين من الإبل بنت مخاض وإن كانت جيدة لا يأخذ المصدق الجيدة ولكن يأخذ قيمة بنت مخاض وسط وإن أخذ الجيدة رد الفضل وإن كانت كلها عجافاً ليس فيها بنت مخاض ولا ما يساوي قيمتها قيمة بنت مخاض بل قيمتها دون قيمة بنت مخاض أو وسطاً ففيها شاة بقدرها وطريق معرفة ذلك أن تجعل بنت مخاض وسطاً حكماً في الباب فينظر إلى قيمتها وإلى قيمة أفضلها من النصاب إن كانت قيمة بنت مخاض وسط مثلاً مائة درهم وقيمة أفضلها خمسين تجب شاة قيمة بنت مخاض نصف شاة وكذلك لو كان التفاوت أكثر من النصف أو أقل فكذلك يجب على قدره وهي من مسائل الزيادات تعرف هنالك ثم إذا وجب الوسط في النصاب فلم يوجد الوسط ووجد سن أفضل منه أو دونه قال محمد في الأصل إن المصدق بالخيار إن شاء أخذ قيمة الواجب وإن شاء أخذ الأدون وأخذ تمام قيمة الواجب من الدراهم وقيل ينبغي أن يكون الخيار لصاحب السائمة إن شاء دفع القيمة وإن شاء دفع الأفضل واسترد الفضل من الدراهم وإن شاء دفع الأدون ودفع الفضل من الدراهم لأن دفع القيمة في باب الزكاة جائز عندنا والخيار في ذلك لصاحب المال دون المصدق وإنما يكون الخيار للمصدق في فصل واحد وهو ما إذا أراد صاحب المال أن يدفع بعض العين لأجل الواجب فالمصدق بالخيار بين أن لا يأخذ وبين أن يأخذ بأن كان الواجب بنت لبون فأراد صاحب المال أن يدفع بعض الحقة بطريق القيمة أو كان الواجب حقة فأراد أن يدفع بعض الحقة بطريق القيمة فالمصدق بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل لمافيها من تشقيص العين والشقص في الأعيان عيب فكان له أن لا يقبل فلمافيها سوى ذلك فلا خيار له وإس له أن يمتنع من القبول والله أعلم

فصل وأما حكم الخيل فجملة الكلام فيه أن الخيل لا تخلو إما أن تكون علوفة أو سائمة فإن كانت علوفة بأن كانت تملك للركوب أو الحمل أو للجهاد في سبيل الله فلازكاة فيها لأنهم مشغولة بالحاجة ومال الزكاة هو المال النامي الفاضل عن الحاجة لما بيننا في مقدماتهم وإن كانت تملك للتجارة ففيها الزكاة بالاجماع لكونها مالا نامياً فاضلاً عن الحاجة لأن الأعداد للتجارة دليل النماء والفضل عن الحاجة وإن كانت سائمة فإن كانت تسام للركوب والحمل أو للجهاد والغزو فلازكاة فيها لما بيننا وإن كانت تسام للتجارة ففيها الزكاة بالاختلاف وإن كانت تسام للدر والنسل فإن كانت مختلطة ذكرها وإن كانت قد قال أبو حنيفة تجب الزكاة فيها قولاً واحداً وصاحبها بالخيار إن شاء أدى من كل فرس ديناراً وإن شاء قومها وأدى من كل مائتي درهم خمسة دراهم وإن كانت أنثى منفردة ففيها روايتان عنه ذكرهما الطحاوي وإن كانت ذكرها منفردة ففيها روايتان عنه أيضاً ذكرهما الطحاوي في الآثار وقال أبو يوسف ومحمد لا زكاة فيها كيفما كانت وبه أخذ الشافعي احتجوا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق إلا أن في الرقيق صدقة القطر وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة وكل ذلك نص في الباب ولأن زكاة السائمة لا بد لها من نصاب مقدراً كالإبل والبقرة والغنم والشرع لم يرد بتقدير النصاب في السائمة منها فلا يجب فيها زكاة السائمة كالجيرة ولا يحنيفة ما روى عن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في كل فرس سائمة دينار وليس في الرابطة شيء وروى أن عمر بن الخطاب كتب إلى أبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه في صدقة الخيل أن خير ما رباها فإن شاء الأدم من كل فرس ديناراً ولا قومها وخس من كل مائتي درهم خمسة دراهم وروى

عن السائب بن زيد رضي الله عنه أن عمر رضي الله عنه لما بعث العلاء بن الحضرمي إلى البحر من أمره أن يأخذ من كل فرس شاتين أو عشرة دراهم ولا ينهم مال نام فاضل عن الحاجة الأصلية فحبب فيها الزكاة كما لو كانت للتجارة وأما قول النبي صلى الله عليه وسلم عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق فالمراد منها الخيل المعدة للركوب والغزو لا للسامسة بدليل أنه فرق بين الخيل وبين الرقيق والمراد منها عبيد الخدمة لا ترى أنه أوجب فيها صدقة الفطر وصدقة الفطر إنما تجب في عبيد الخدمة أو يحتمل ما ذكرنا فيجعل عليه عملاً بدليلين بقدر الإمكان وهو الجواب عن تعلقهم بالحديث الآخر وأما إذا كان الكل أنانا أو ذكرنا فوجه رواية الوجوب الاعتبار بسائر السوائم من الإبل والبقرة والغنم أنه يجب الزكاة فيها وإن كان كلها أنانا أو ذكرنا كذا ههنا والصحيح أنه لا زكاة فيها لما ذكرنا أن مال الزكاة هو المال النسيجي ولا نعاء فيها بالدر والنسل ولا زيادة اللحم لأن لحمها غير مأكول عنده بخلاف الإبل والبقرة والغنم لأن لحمها مأكول فكان زيادة اللحم فيها بالهمن بمنزلة الزيادة بالدر والنسل والله أعلم وأما البغال والحمر فلا شيء فيها وإن كانت سائمة لأن المقصود منها الحل والزكوة عادة للدر والنسل لكنها قد تسام في غير وقت الحاجة لدفع مؤنة الهام وإن كانت للتجارة تجب الزكاة فيها

فصل وأما بيان من له المطالبة بأداء الواجب في السوائم والأموال الظاهرة فالكلام فيه يقع في مواضع في بيان من له ولاية الأخذ وفي بيان شروط ثبوت ولاية الأخذ وفي بيان القدر المأخوذ أما الأول فبالزكاة نوعان ظاهر وهو المواشي والمال الذي يربى به التاجر على العاشر وباطن وهو الذهب والفضة وأموال التجارة في مواضعها أما الظاهر فللإمام ونوابه وهم المصدقون من السعاة والعشار ولاية الأخذ والساعي هو الذي يسمى في القبائل ليأخذ صدقة المواشي في أماكنها والعاشر هو الذي يأخذ الصدقة من التاجر الذي يربى عليه والمصدق اسم جنس والدليل على أن للإمام ولاية الأخذ في المواشي والأموال الظاهرة الكتاب والسنة والاجماع وإشارة الكتاب أما الكتاب فقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة والآية نزلت في الزكاة عليه عامة أهل التأويل أمر الله عز وجل نبيه بأخذ الزكاة فدل أن للإمام المطالبة بذلك والأخذ قال الله تعالى أنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها فقد بين الله تعالى ذلك بيانا شافيا حيث جعل العاملين عليها حقا فلو لم يكن للإمام أن يطالب بأرباب الأموال بصدقات الأنعام في أماكنها وكان أدائها إلى أرباب الأموال لم يكن لذكر العاملين وجه وأما السنة فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث المصدقين إلى أحياء العرب والبلدان والآفاق لأخذ الصدقات من الأنعام والمواشي في أماكنها وعلى ذلك فعل الأئمة من بعدهم من الخلفاء الراشدين أبي بكر وعمر وعثمان وعلى رضي الله عنهم حتى قال الصديق رضي الله عنه لما امتنعت العرب عن أداء الزكاة والله لم ينعمني عقلا كانوا يؤدونه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لحاربتهم عليه وظهرت أعمال بذلك من بعدهم إلى يومنا هذا وكذا المال الباطن إذا مر به التاجر على العاشر كان له أن يأخذ في الجلسة لأنه لما سافر به وأخرجته من العمران صار ظاهرا والتحق بالسوائم وهذا لأن الإمام إنما كان له المطالبة بزكاة المواشي في أماكنها المكنة بالحماية لأن المواشي في البراري لا تصير محفوفة بالاحتفاظ السلطان وحمايته وهذا المعنى موجود في مال يربى به التاجر على العاشر فكان كالسوائم وعليه إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن عمر رضي الله عنه نصب العشار وقال لهم خذوا من المسلمين ربع العشر ومن الذي نصف العشر ومن الحربى العشر وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه واحد منهم فكان إجماعا وروى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إلى عماله بذلك وقال أخبرني بهذا من سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما المال الباطن الذي يكون في المصر فقد قال عامة مشايخنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طالب بركانه وأبو بكر وعمر طالبوا عثمان طالب زمانا ولما كثرت أموال الناس ورأى أن في تتبعها حرجا على الأمة وفي تفتيشها ضرر بأرباب الأموال ففوض الأداء إلى أربابها وذكر أمام الهدي الشيخ أبو منصور الماتريدي السهرقندي رحمه الله وقال لم يبلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث في مطالبة

المسلمين بزكاة الورق وأموال التجارة ولكن الناس كانوا يعطون ذلك ومنهم من كان يحمل إلى الأئمة فيقبلون منه ذلك ولا يسألون أحدا عن مبلغ ماله ولا يطلّبونه بذلك إلا ما كان من توجبه بهم رضي الله عنه العشار إلى الأطراف وكان ذلك منه عندنا والله أعلم عن بعد داره وشق عليه أن يحمل صدقته اليه وقد جعل في كل طرف من الأطراف عاشر التجار أهل الحرب والذمة وأمر أن يأخذوا من تجار المسلمين ما يدفعونه اليه وكان ذلك من عمر تخفيفا على المسلمين إلا أن على الإمام مطالبة أرباب الأموال العيين وأموال التجار بإداء الزكاة اليهم سوى المواشي والأعنام وأن مطالبة ذلك إلى الأئمة إلا أن يأتي أحدهم إلى الإمام بشيء من ذلك فيقبله ولا يتعدى عما جرت به العادة والسنة إلى غيره وأما سلاطين زماننا الذين إذا أخذوا الصدقات والعشور والخراج لا يضعونها مواضعها فهل يسقط هذه الحقوق عن أربابها اختلف المشايخ فيه ذكر الفقيه أبو جعفر الهندي أنه يسقط ذلك كله وإن كانوا لا يضعونها في أهلها لأن حق الأخذ لهم فيسقط عنها بأخذهم ثم إنهم لم يضعوها مواضعها قالوا بالعليهم وقال الشيخ أبو بكر بن سعيدان الخراج يسقط ولا يسقط الصدقات لأن الخراج يصرف إلى المقاتلة وهم يصرفون إلى المقاتلة ويقاتلون العدو ولا ترى أنه لو ظهر العدو وقامهم يقاتلون ويذبون عن حريم المسلمين فأما الزكوات والصدقات فأنهم لا يضعونها في أهلها وقال أبو بكر الأسكاف إن جميع ذلك يسقط ويعطى ثانيا لأنهم لا يضعونها مواضعها ولو نوى صاحب المال وقت الدفع أنه يدفع اليهم ذلك عن زكاة ماله قبل يجوز لأنهم فقراء في الحقيقة ألا ترى أنهم لو أداها عليهم من التبعات والمظالم صاروا فقراء وروى عن أبي مطيع الباجي أنه قال تجوز الصدقة لعل بن عيسى بن همام وكان والي خراسان وأما قال ذلك لما ذكرنا وحكى أن أميراً يبلغ سأل واحدا من الفقهاء عن كفارة عيّن لزمته فأمره بالصيام فبكى الأمير وعرف أنه يقول لو أدت ما عليّ من التبعات والمظالم لم يبق لك شيء وقيل إن السلطان لو أخذ ما لا من رجل بغير حق مصادرة فنوى صاحب المال وقت الدفع أن يكون ذلك عن زكاة ماله وعشر أرضه يجوز ذلك والله أعلم

فصل في وأما شرط ولاية الأخذ فنوع منها وجود الحماية من الإمام حتى لو ظهر أهل البني على مدينة من مدائن أهل العدل أو قرية من قراهم وغلبوا عليها فأخذوا صدقات سوائهم وعشور أراضيهم وخراجهم ظهر عليهم إمام العدل لا يأخذ منهم ثانيا لأن حق الأخذ للإمام لأجل الحفظ والحماية ولم يوجد إلا أنهم يقتنون فيها بينهم وبين ربهم أن يؤدوا الزكاة والعشور ثانيا وسكت محمد عن ذكر الخراج واختلاف مشايخنا قال بعضهم عليهم أن يعيدوا الخراج كالأزكاة والعشور وقال بعضهم ليس عليهم الإعادة لأن الخراج يصرف إلى المقاتلة وأهل البني يقاتلون العدو ويذبون عن حريم الإسلام ومنها وجوب الزكاة لأن المأخوذ زكاة والزكاة في عرف الشرع اسم للواجب فلا بد من تقديم الوجوب فتراعى له شرائط الوجوب وهي ما ذكرنا من الملك المطلق وكمال النصاب وكونه معدا للقاء وحولان الحول وعدم الدين المطالب به من جهة العباد وأهلية الوجوب ونحو ذلك ومنها ظهور المال وحضه والمالك حتى لو حضر المالك ولم يظهر ماله لا يطالب بزكاته لأنه إذا لم يظهر ماله لا يدخل تحت حماية السلطان وكذا إذا ظهر المال ولم يحضر المالك ولا المأذون من جهة المالك كالمستبضع ونحوه لا يطالب بزكاته وبيان هذه الجملة إذا جاء الساعي إلى صاحب المواشي في أما كتبها يريد أخذ الصدقة فقال ليست هي مالي أو قال لم يحمل عليها الحول أو قال على دين يحيط بقيمتها فالقول قوله لأنه يشكر وجوب الزكاة ويستخلف لأنه ألقى به حق العبد وهو مطالبة الساعي فيكون القول قوله مع عينه ولو قال أدبت إلى مصدق آخر فإن لم يكن في تلك السنة مصدق آخر لا يصدق لظهور كذبه بيقين وإن كان في تلك السنة مصدق آخر يصدق مع اليمين سواء أتى بخط وبراءة أو لم يأت به في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يصدق ما لم يأت بالبراءة وجه هذه الرواية أن خبره يحتمل الصدق والكذب فلا بد من مرجح والبراءة أمارة رجحان الصدق وجه ظاهر الرواية أن الرجحان ثابت بدون البراءة لأنه أمين أذله أن يدفع إلى المصدق فقد أخبر عن الدفع إلى من جعل له الدفع إليه فكان كالمودع إذا قال دفعتم

فعل به لم يعثر ولما مضى لان ما مضى سقط لا تقطاع حتى الولاية عنه بدخوله دار الحرب ولو اجتاز المسلم والحربي ولم يعلم بهما العاشر ثم علم بهما في الحول الثاني أخذ منهما لان الوجوب قد ثبت ولم يوجد ما يسقطه ولو مر على العاشر بالخضراوات وبالا يتي حولا كالفاسكه ونحوها لا يعثره في قول أبي حنيفة وان كانت قيمته ما تبي درهم وقال أبو يوسف ومحمد يعثره وجه قولهما ان هذا مال التجارة والمعتبر في مال التجاره معناه وهو ما ليسه وقيمه لا عينه فاذا بلغت قيمته لصا بالتجب فيه الزكاة ولهذا وجبت الزكاة فيه اذا كان يعثر فيه في المصر ولا يبي حنيفة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس في الخضراوات صدقة والصدقة اذا اطلقت يراد بها الزكاة الا ان ما يعثر به في المصر صار مخصوصا بدليل أو يعمل على انه ليس فيها صدقة تؤخذ أي ليس للإمام أن يأخذها بل صاحبها يؤذيها بنفسه ولان الحول شرط وجوب الزكاة وانما لا يتي حولا والعاشر انما يأخذ منها بطريق الزكاة ولان ولاية الأخذ بسبب الحماية وهذه الأشياء لا تقتصر الى الحماية لان احدا لا يقصدها ولا نهائهم لك في يد العاشر في المغارة فلا يكون أخذها مفسدا وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه تجب الزكاة على صاحبها بالاجماع وانما الخلاف في انه هل للعاشر حق الأخذ وذكر الكرخي انه لا شيء فيه في قول أبي حنيفة وهذا الاطلاق يدل على ان الوجوب يختلف فيه والله أعلم ولا يعثر مال الصبي والمجنون لانهم ليسا من أهل وجوب الزكاة عليهم عندهما ولو مر صبي وامرأة من بني تغلب على العاشر فليس على الصبي شيء وعلى المرأة ما على الرجل لان المأخوذ من بني تغلب يسلك به مسلك الصدقات لا يفارقها الا في التضيق والصدقة لا تؤخذ من الصبي وتؤخذ من المرأة ولو مر على عاشر الخوارج في أرض غلبوا عليها فعشره ثم مر على عاشر أهل العدل بعشره ثانيا لانه بالمرور على عاشرهم ضيع حق سلطان أهل العدل وحق فقراء أهل العدل بعد دخوله تحت حاية سلطان أهل العدل فيضمن ولو مر على العاشر بخبر للتجارة أو خنازير يأخذ عشر عن الخمر ولا يعثر الخنازير في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه يعثرهما وهو قول زفر وعند الشافعي لا يعثرهما وجه قول الشافعي أن الخمر والخنازير ليسا أعمال أصلا والعشر انما يؤخذ من المسال وجه قول زفر انهما مالان متقومان في حق أهل الذمة فالخمر عندهم كالحل عندنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا ولهذا كانا مضمونين على المسلم بالاتلاف وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين الخمر والخنزير من وجهين أحدهما ان الخمر من ذوات الامثال والقيمة فيها له مثل من جنسه لا يقوم مقامه فلا يكون أخذ قيمة الخمر كإخذ عين الخمر والخنزير من ذوات القيم لا من ذوات الامثال والقيمة فيها له مثل له يقوم مقامه فكان أخذ قيمته كإخذ عينه وهذا لا يجوز لاسم والثاني ان الأخذ حق للعاشر بسبب الحماية ولا سلم ولاية حاية الخمر في الجلة الا ترى انه اذا ورث الخمر فله ولاية حايته عن غيره بالعصب ولو غصبها غاصب له ان يخصصه ويستردها منه للتخليل فله ولاية حاية خمر غيره عند وجود سبب ثبوت الولاية وهو ولاية السلطنة وليس لاسم ولاية حاية الخنزير رأسا حتى لو أسلم وله خنازير ليس له ان يحميها بل يسبها فلا يكون له ولاية حاية خنزير غيره

فصل واما القدر المأخوذ مما جره بالتاجر على العاشر فالما لا يتجاوز ما كان مسلما أو ذميا أو حريبا فان كان مسلما يأخذ منه في أموال التجارة ربع العشر لان المأخوذ منه زكاة فيؤخذ على قدر الواجب من الزكاة في أموال التجارة وهو ربع العشر ويوضع موضع الزكاة ويسقط عن ماله زكاة تلك السنة وان كان ذميا يأخذ منه نصف العشر ويؤخذ على شرائط الزكاة لكن يوضع موضع الجزية والخراج ولا تسقط عنه جزية رأسه في تلك السنة غير نصارى بني تغلب لأن عمر رضى الله عنه صالحهم من الجزية على الصدقة المضاعفة فاذا أخذ العاشر منهم ذلك سقطت الجزية عنهم وان كان حريبا يأخذ منه ما يأخذونه من المسلمين فان علم انهم يأخذون من اربع العشر أخذ منهم ذلك القدر وان كان نصفه فنصف وان كان عشره فعشر لان ذلك ادعى لهم الى المخاطلة بدار الاسلام فهو والمحاسن الاسلام فيدعوهم ذلك الى الاسلام فان كان لا يعلم ذلك يأخذ منه العشر وأصله ما روي نافع عن عمر رضى الله عنه انه كتب الى العشار في الاطراف ان خذوا من المسلم ربع العشر ومن الذي نصف العشر ومن الحربي

العشر وكان ذلك بحضور من الصحابة رضى الله عنهم ولم يخالقه أحد منهم فيكون أجمعاً منهم على ذلك وروى أنه قال خذوا منهم ما يأخذون من تجارنا فقل له إن لم تعلم ما يأخذون من تجارنا فقال خذوا منهم العشر وما يؤخذ منهم فهو في معنى الجزية والمؤنة توضع مواضع الجزية وتصرف إلى مصارفها

فصل وأما ركن الزكاة فركن الزكاة هو إخراج جزء من النصاب إلى الله تعالى وتسليم ذلك إليه يقطع المالك يده عنه بمقتضى ما عليه من الفقير وتسليمه إليه أو إلى يد من هو نائب عنه وهو المصدق والمالك للفقير يثبت من الله تعالى وصاحب المال نائب عن الله تعالى في التملك والتسليم إلى الفقير والدليل على ذلك قوله تعالى ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات وقول النبي صلى الله عليه وسلم الصدقة تقع في يد الرحمن قبل أن تقع في كف الفقير وقد أمر الله تعالى الملاك بابتاء الزكاة لقوله عز وجل وآتوا الزكاة والابتاء هو القليل ولذا سمى الله تعالى الزكاة صدقة بقوله عز وجل أنما الصدقات للفقراء والمصدق تملكه فيصير المالك مخرجاً قدر الزكاة إلى الله تعالى فقتضى التملك سابقاً عليه ولأن الزكاة عبادة على أصلنا والعبادة إخلاص العمل بكنيته لله تعالى وذلك فيما قلنا من عند التسليم إلى الفقير تنقطع نسبة قدر الزكاة عنه بالكلية وتصبح خالصة لله تعالى ويكون معنى القربة في الإخراج إلى الله تعالى بإبطال ملكه عنه لا في التملك من الفقير بل التملك من الله تعالى في الحقيقة وصاحب المال نائب عن الله تعالى غير أن عند أبي حنيفة الركن هو إخراج جزء من النصاب من حيث المعنى دون الصورة وعندهما صورة ومعنى لكن يجوز إقامة الغير مقامه من حيث المعنى وبطل اعتبار الصورة بأذن صاحب الحق وهو الله تعالى على ما بينا فبما تقدم وبيننا اختلاف المشايخ في السوائم على قول أبي حنيفة وعلى هذا يخرج صرف الزكاة إلى وجوه البر من بناء المساجد والرباطات والسقايات وإصلاح القناطر وتكفين الموتى ودفنهم أنه لا يجوز لأنهم لم يوجد التملك أصلاً وكذلك إذا اشترى بالزكاة طعاماً فاطعم الفقراء غداً وعشاءً ولم يدفع عين الطعام إليهم لا يجوز لعدم التملك وكذلك لو قضى دين ميت فقير بنسبة الزكاة لأنه لم يوجد التملك من الفقير لعدم قبضه ولو قضى دين حي فقيران قضى بغير أمره لم يجوز لأنه لم يوجد التملك من الفقير لعدم قبضه وإن كان بأمره يجوز عن الزكاة لوجود التملك من الفقير لأنه لما أمر به صار وكيلاً عنه في القبض فصار كان الفقير قبض الصدقة بنفسه وملكه من الغريم ولو أعتق عبده بنسبة الزكاة لا يجوز لعدم التملك إذا اعتاق ليس بملك بل هو اسقاط الملك وكذلك لو اشترى بقدر الزكاة عبداً فاعتقه لا يجوز عن الزكاة عند عامة العلماء وقال مالك يجوز به وأول قوله تعالى وفي الرقاب وهو أن يشتري بالزكاة عبداً فيعتقه ولنا أن الواجب هو التملك والاعتاق إزالة الملك فلم يأت بالواجب والمراد من قوله تعالى وفي الرقاب إعانة المسكينين بالزكاة لما نذر كرمه ولو دفع زكاته إلى الإمام أو إلى حامل الصدقة يجوز لأنه نائب عن الفقير في القبض فكان قبضه قبض الفقير وكذلك لو دفع زكاته إلى صبي فقير أو مجنون فقير وقبض له وليه أبوه أو جده أو وصيهما أجاز لأن الولي يملك قبض الصدقة عنه وكذلك لو قبض عنه بعض أقاربه وليس نعمة أقرب منه وهو في عياله يجوز وكذلك الأجنبي الذي هو في عياله لأنه في معنى الولي في قبض الصدقة لكونه نفعاً محضاً لا ترى أنه يملك قبض الهبة له وكذا الملتقط إذا قبض الصدقة عن اللقيط لأنه يملك القبض له فقد وجد تملك الصدقة من الفقير وكذا في العيون عن أبي يوسف أن من حال تبعا فجعل يكسوه ويطعمه وينوي به عن زكاة ماله يجوز وقال محمد ما كان من كسوة يجوز وفي الطعام لا يجوز إلا ما دفع إليه وقيل لا خلاف بينهما في الحقيقة لأن مراد أبي يوسف ليس هو الطعام على طريق الإباحة بل على وجه التملك ثم إن كان اليتيم حاقلاً يدفع إليه وإن لم يكن حاقلاً يقبض عنه بطريق النيابة ثم يكسوه ويطعمه لأن قبض الولي قبضه لو كان حاقلاً ولا يجوز قبض الأجنبي للفقير البالغ العاقل الابتوكيله لأنه لا ولاية عليه فلا بد من أمره كإتيان قبض الهبة وعلى هذا أيضاً يخرج الدفع إلى عبده ومدره وأم ولده أنه لا يجوز لعدم التملك إذ هم لا يملكون شيئاً فكان الدفع إليهم دفعاً إلى نفسه ولا يدفع إلى مكانه لأنه عبد ما بقي عليه درهم ولأن كسبه مأمور

بين ان يكون له أولولاه لجواز ان يجز نفسه ولا يدفع الى والده وان علا ولا الى ولده وان سفل لانه ينتفع بملكه فكان الدفع اليه دفعا الى نفسه من وجه فلا يقع عليه كما لمقا وهذا لا تقبل شهادة أحد هـ صاحب ولا يدفع أحد الزوجين زكاته الى الآخر وقال أبو يوسف ومحمد تدفع الزوجة زكاتها الى زوجها احتجا بما روى ان امرأة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصدقة على زوجها عبد الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم لك أجران أجر الصدقة وأجر الصلة ولا بى خيفة ان أحد الزوجين ينتفع بماله صاحبه كما ينتفع بماله نفسه عرفا وعادة فلا يتكامل معنى التملك ولهذا يجوز للزوج ان يدفع الى زوجته كذا الزوجة وتخرج هذه المسائل على أصل آخر سند كره والله أعلم

فصل وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المؤدى وبعضها يرجع الى المؤدى وبعضها يرجع الى المؤدى اليه أما الذى يرجع الى المؤدى فنية الزكاة والكلام فى النية فى موضعين فى بيان ان النية شرط جواز أداء الزكاة وفى بيان وقت نية الأداء أما الاول فالدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لا عمل لمن لانية له وقوله إنما الأعمال بالنيات ولان الزكاة عبادة مقصودة فلا تأدى بدون النية كالصوم والصلاة ولو تصدق بجميع ماله على فقير ولم ينو الزكاة أجره عن الزكاة استحسانا والقياس ان لا يجوز وجهه القياس ما ذكرنا ان الزكاة عبادة مقصودة فلا بد لها من النية وجه الاستحسان أن النية وجدت دلالة لان الظاهر ان من عليه الزكاة لا يتصدق بجميع ماله ويقفل عن نية الزكاة فكانت النية موجودة دلالة وعلى هذا اذا ذهب جميع النصاب من الفقة برأ ونوى تطوعا وروى عن أبي يوسف انه ان نوى ان يتصدق بجميع ماله فتصدق شيئا فشيئا أجره عن الزكاة لما قلنا وان لم ينو أن يتصدق بجميع ماله فجعل يتصدق حتى أتى عليه ضمن الزكاة لان الزكاة بقيت واجبة عليه بعدما تصدق ببعض المال فلا تسقط بالتصدق بالباقي ولو تصدق ببعض ماله من غير نية الزكاة حتى لم يجزئه عن زكاة الكل فهل يجزئه عن زكاة القدر الذى تصدق به قال أبو يوسف لا يجزئه وعليه ان يزكى الجميع وقال محمد يجزئه عن زكاة ما تصدق به ويزكى ما بقى حتى انه لو أدى خمسة من مائتين لا ينوى الزكاة أو نوى تطوعا لا تسقط عنه زكاة الخمسة فى قول أبي يوسف وعليه زكاة الكل وعند محمد تسقط عنه زكاة الخمسة وهو عن درهم ولا يسقط عنه زكاة الباقي وكذا لو أدى مائة لا ينوى الزكاة ونوى تطوعا لا تسقط زكاة المائة وعليه ان يزكى الكل عند أبي يوسف وعند محمد يسقط عنه زكاة ما تصدق وهو درهمان ونصف ولا يسقط عنه زكاة الباقي كذا ذكر القدرى الخلاف فى شرحه مختصر الكرخى وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه يسقط عنه زكاة القدر المؤدى ولم يذكر الخلاف وجه قول محمد اعتبار البعض بالكل وهو انه لو تصدق بالكل لجاز عن زكاة الكل فاذا تصدق البعض بجوز عن زكاته لان الواجب شائع فى جميع النصاب ولا بى يوسف ان سقوط الزكاة بغير نية لزوال ملكه على وجه القرينة عن المال الذى فيه الزكاة ولم يوجد ذلك فى التصديق بالبعض ولو تصدق بخمسة ينوى بجميعها الزكاة والتطوع كانت من الزكاة فى قول أبي يوسف وقال محمد هى من التطوع وجه قول محمد ان النيتين تعارضا فلم يصح التعيين للتعارض فالتحق بعدم فبقى التصديق بنية مطلقة فيقع عن التطوع لانه أدنى والادنى متيقن به وجه قول أبي يوسف ان عند تعارض الجهتين يعمل بالاقوى وهو الفرض كفى تعارض الدليلين انه يعمل باقواهما ولان التعيين يعتبر فى الزكاة لا فى التطوع لان التطوع لا يحتاج الى التعيين الا ترى ان اطلاق الصدقة يقع عليه فلما تعينه وبقيت الزكاة متعينة فيقع عن الزكاة والمدة تبرئ الدفع بنية الا امر حتى لو دفع خمسة الى رجل وأمره ان يدفعها الى الفقير عن زكاة ماله فدفع ولم تحضره النية عند الدفع جاز لان النية انما تبرئ من المؤدى والمؤدى هو الامر فى الحقيقة وانما المأمور نائب عنه فى الاداء ولهذا لو وكل ذميا بآداء الزكاة جاز لان المؤدى فى الحقيقة هو المسلم وذكر فى الفتاوى عن الحسن بن زياد فى رجل أعطى رجلا دراهم لينصدق بها تطوعا نوى الامر ان يكون ذلك من زكاة ماله ثم تصدق المأمور جاز عن زكاة مال الامر وكذا

لوقال تصدق بها عن كفارة يعني ثم نوى الأمر عن زكاة ماله جاز لما ذكرنا أن الأمر هو المؤدى من حيث المعنى
 وإنما المأمور نائب عنه ولوقال ان دخلت هذه الدار فقلته على أن تصدق بهذه المائة درهم ثم نوى وقت الدخول عن
 زكاة ماله لا تكون زكاة لان عند الدخول وجب عليه التصديق بالنذر المتقدم أو العيين المتقدم وذلك لا يحتمل
 الرجوع فيه بخلاف الاول ولو تصدق عن غيره بغير أمره فان تصدق به نفسه جازت الصدقة عن نفسه ولا يجوز
 عن غيره وان أجازته ورضى به أما عدم الجواز عن غيره فلعدم التقليد منه إذ لا ملائمة في المؤدى ولا يملكه بالاجازة فلا
 تقع الصدقة عنه وتقع عن المتصدق لان التصديق وجد نفاذا عليه وان تصدق بمال المتصدق عنه وقف على اجازته
 فان أجاز والمال قائم جاز عن الزكاة وان كان المال هالك جاز عن التطوع ولم يجز عن الزكاة لانه لما تصدق عنه بغير
 أمره وهلك المال صار بدله ديناً في ذمته فلو جاز ذلك عن الزكاة كان أداء الدين عن الغير وأنه لا يجوز والله أعلم وأما
 وقت النية فقد ذكر الطحاوي ولا تجزئ الزكاة عن أخرجهما إلا بنية مخالطة لا خراجها إياها كما قال في باب الصلاة
 وهذا الإشارة إلى أنها لا تجزئ إلا بنية مقارنة للأداء وعن محمد بن سلمة أنه قال ان كان وقت التصديق بحال لو سئل
 عماذا تصدق أمكنه الجواب من غير فكرة فان ذلك يكون نية منه وتجزئه كما قال في نية الصلاة والصحيح أن النية
 تعتبر في أحد الوقتين أما عند الدفع وأما عند التمييز هكذا روى هشام عن محمد بن رجل نوى ان ما يتصدق به إلى آخر
 السنة فهو عن زكاة ماله فجعل يتصدق إلى آخر السنة ولا تحضره النية قال لا تجزئه وان ميز زكاة ماله فصرها في كفه
 وقال هذه من الزكاة فجعل يتصدق ولا تحضره النية قال أرجو ان تجزئه عن الزكاة لان في الاول لم توجد النية
 في الوقتين وفي الثاني وجد في أحدهما وهو وقت التمييز وإنما تشترط في وقت الدفع عينا لان دفع الزكاة قد يقع
 دفعة واحدة وقد يقع متفرقا وفي اشتراط النية عند كل دفع مع توفر بقى الدفع حرج والحرج مدفوع والله أعلم
 فصل ١٠ وأما الذي يرجع إلى المؤدى فيها ان يكون مالا متقوما على الإطلاق سواء كان منصوفا عليه أولا من
 جنس المال الذي وجبت فيه الزكاة أو من غير جنسه والأصل ان كل مال يجوز التصديق به تطوعا ويجوز أداء الزكاة
 منه ومالا فلا وهذا عندنا وعند الشافعي لا يجوز الاداء المنصوص عليه وقد مضت المسئلة غير ان المؤدى يعتبر
 فيه القدر والصفة في بعض الأموال وفي بعضها القدر دون الصفة وفي بعضها الصفة دون القدر وفي بعض هذه
 الجملية اتفاق وفي بعضها اختلاف وجلة الكلام فيه ان مال الزكاة لا يتخلوا ما أن يكون عينا وما أن يكون ديناً والعين
 لا يتخلوا ما أن تكون مما لا يجري فيه الربا كالحيوان والعروض إما أن يكون مما يجري فيه الربا كالملكيل والموزون
 فان كان مما لا يجري فيه الربا فان كان من السوائم فان أدى المنصوص عليه من الشاة وبنت الخنازير وبخود ذلك
 راعى فيه صفة الواجب وهو أن يكون وسطا فلا يجوز الرديء الأعلى طريق التقويم بقدر قيمته وعليه التكميل
 لانه لم يؤد الواجب ولو أدى الجيد جاز لانه أدى الواجب وزيادة وإن أدى القبيح أدى قيمة الوسط فان أدى قيمة
 الرديء لم يجز الا بقدر قيمته وعليه التكميل ولو أدى شاة واحدة سمينة عن شاتين وسطيتين تعدل قيمتها قيمة
 شاتين وسطيتين جاز لان الحيوان ليس من أموال الربا والجودة في غير أموال الربا متقومة ألا ترى انه يجوز بيع شاة
 شاتين بقدر الوسط يقع عن نفسه وبقدر قيمة الجودة يقع عن شاة أخرى وان كان من عروض التجارة فان أدى
 من النصاب ربع عشره يجوز كيفما كان النصاب لانه أدى الواجب بكاله وان أدى من غير النصاب فان كان
 من جنسه راعى فيه صفة الواجب من الجيد والوسط والرديء ولو أدى الرديء مكان الجيد والوسط لا يجوز الا
 على طريق التقويم بقدره وعليه التكميل لان العروض ليست من أموال الربا يخفى يجوز بيع ثوب بشوبين
 فكانت الجودة فيها متقومة ولهذا الوادى ثوبا جيدا عن ثوبين رديئين يجوز ان كان من خلاف جنسه راعى فيه
 قيمة الواجب حتى لو أدى أنقص منه لا يجوز الا بقدره وان كان مال الزكاة مما يجري فيه الربا من الكيل والوزن
 فان أدى ربع عشر النصاب يجوز كفا كان لانه أدى ما وجب عليه وان أدى من غير النصاب فلا يتخلوا ما ان كان
 من جنس النصاب وما ان كان من خلاف جنسه فان كان المؤدى من خلاف جنسه بأن أدى الذهب عن الفضة أو

الحنطة عن الشعير يراعى قيمة الواجب بالاجماع حتى لو أدى أنقص منها لا يسقط عنه كل الواجب بل يجب عليه التكيل لان الجودة في أموال الرابحة متقومة عند مقابلتها بخلاف جنسها وان كان المؤدى من جنس النصاب فقد اختلف فيه على ثلاثة أقوال قال أبو حنيفة وأبو يوسف ان المعتبر هو القدر لا القيمة وقال زفر المعتبر هو القيمة لا القدر وقال محمد المعتبر ما هو النفع للفقراء فان كان اعتبار القدر أنفع فالمعتبر هو القدر كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف وان كان اعتبار القيمة أنفع فالمعتبر هو القيمة كما قال زفر وبيان هذا في مسائل اذا كان له مائة قفيز حنطة جيدة للتجارة قيمتها مائتا درهم خال عليها الحول فلم يؤد منها وأدى خمسة أقفزة رديئة يجوز وتسقط عنه الزكاة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ويعتبر القدر لا قيمة الجودة وعند محمد وزفر عليه أن يؤدى الفضل الى تمام قيمة الواجب اعتبارا في حق الفقراء للقيمة عند زفر واعتبار الا أنفع عند محمد والاصحح اعتبار أبي حنيفة وأبي يوسف لان الجودة في الأموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها اقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء الا ان محمد يقول ان الجودة متقومة حقيقة وانما سقط اعتبار تقومها لجران الربا والبال بالنسب لمال يستحق بالبيع ولم يوجد والجواب ان المسقط لا اعتبار الجودة وهو النص مطلق فيقتضى سقوط تقومها مطلقا الا فيما قيد بدليل ولو كان النصاب حنطة رديئة للتجارة قيمتها مائتا درهم فادى أربعة أقفزة جيدة عن خمسة أقفزة رديئة لا يجوز الا عن أربعة أقفزة منها وعليه أن يؤدى قفيزا آخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد اعتبارا للقدر دون القيمة عندهما واعتبار الا أنفع للفقراء عند محمد وعند زفر لا يجب عليه شيء آخر اعتبارا للقيمة عنده وعلى هذا اذا كان له مائتا درهم جيدة حال عليها الحول فادى خمسة زوفا جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف لوجود القدر ولا يجوز عند محمد وزفر لعدم القيمة والا أنفع ولو أدى أربعة دراهم جيدة عن خمسة رديئة لا يجوز الا عن أربعة دراهم وعليه درهم آخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلا اعتبار القدر والقدر ناقص وأما عند محمد فلا اعتبار الا أنفع للفقراء والقدر ههنا أنفع لهم وعلى أصل زفر يجوز اعتبار القيمة ولو كان له قاب فضة أو اناة مصوغ من فضة جيدة وزنه مائتا درهم وقيمتها جودته وصياغته ثلثمائة فان أدى من النصاب أدى ربع عشرة وان أدى من الجنس من غير النصاب يؤدى خمسة دراهم زكاة المائتين عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر يؤدى زكاة ثلثمائة درهم بناء على الأصل الذي ذكرنا وان أدى من غير جنسه يؤدى زكاة ثلثمائة وذلك سبعة دراهم ونصف بالاجماع لان قيمة الجودة تظهر عند المقابلة بخلاف الجنس ولو أدى عنها خمسة زوفا قيمتها أربعة دراهم جيدة جاز وسقطت عنه الزكاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر عليه أن يؤدى الفضل الى تمام قيمة الواجب وعلى هذا النذر اذا أوجب على نفسه صدقة قفيز حنطة جيدة فادى قفيزا رديئا يخرج عن النذر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر عليه أداء الفضل ولو أوجب على نفسه صدقة قفيز حنطة رديئة فتصدق بنصف قفيز حنطة جيدة تبلغ قيمته قفيز حنطة رديئة لا يجوز الا عن النصف وعليه أن يتصدق بنصف آخر في قول أصحابنا الثلاثة وفي قول زفر لا شيء عليه غيره وهذا الزكاة سواء والأصل ما ذكرنا ولو أوجب على نفسه صدقة بشاتين فتصدق مكانهما بشاة واحدة تبلغ قيمتها قيمة شاتين جاز ويخرج عن النذر كافي الزكاة وهذا بخلاف ما اذا أوجب على نفسه أن يهدي شاتين فاهدي مكانهما شاة تبلغ قيمتها قيمة شاتين انه لا يجوز الا عن واحدة منهما وعليه شاة أخرى لان القرية هنالك في نفس الراقاة لا في الغليل وراقاة دم واحدة لا يقوم مقام اراقاة دمين وكذا لو أوجب على نفسه عتق رقبتين فاعتق رقبة تبلغ قيمتهما قيمة رقبتين لم يجز لان القرية نعمة ليس في الغليل بل في ازالة الرق وازالة الرق واحد لا يقوم مقام ازالة الرقين ولهذا لم يجز اعتاق رقبة واحدة وان كانت معينة الا عن كفارة واحدة والله أعلم وان كان مال الزكاة ديناً جملته الكلام فيه ان أداء العين عن العين جائز بان كان له مائتا درهم عين خال عليها الحول فادى خمسة منها لانه أداء الكامل عن الكامل فقد أدى ما وجب عليه فخرج عن الواجب وكذا اذا أدى العين عن الدين بان كان له مائتا درهم دين خال عليها الحول ووجهت فيه الزكاة

فأدى خمسة عيناً عن الدين لأنه أداء الكامل عن الناقص لأن العين مال بنفسه ومال به الدين لا اعتبار بعينه في العاقبة وكذا العين قابل للتخلي من جميع الناس والدين لا يقبل القليل لغير من عليه الدين وأداء الدين عن العين لا يجوز بأن كان له على فقير خمسة دراهم وله مائتا درهم عين حال عليها الحول فتصدق بالخمس على الفقير أو بأكثر كآلة المائتين لأنه أداء الناقص عن الكامل فلا يخرج عما عليه والحية في الجواز أن يتصدق عليه بخمسة دراهم عين ينوي عن زكاة المائتين ثم يأخذها منه قضاء دينه فيجوز ويجعل له ذلك وأما أداء الدين عن الدين فإن كان عن دين يصير عينا لا يجوز بأن كان له على فقير خمسة دراهم دين وله على رجل آخر مائتا درهم فحال عليها الحول فتصدق به بخمسة على من عليه فأوبى عن زكاة المائتين لأن المائتين يصير عينا بالاستيفاء فتبين في الآخرة أن هذا أداء الدين عن العين وأنه لا يجوز لما بينا وإن كان عن دين لا يصير عينا يجوز بأن كان له على فقير مائتا درهم دين فحال عليها الحول فهو بمنزلة المائتين ينوي عن الزكاة لأن هذا دين لا ينقلب عينا فلا يظهر في الآخرة أن هذا أداء الدين عن العين فلا يظهر أنه أداء الناقص عن الكامل فيجوز هذا إذا كان من عليه الدين فقيرا فهو بمنزلة المائتين له أو تصدق بها عليه فاما إذا كان غنيا فهو بمنزلة المائتين فلا شئ أنه سقط عنه الدين لكن هل يجوز وتسقط عنه الزكاة أم لا يجوز وتكون زكاته مائة دينار عليه ذكر في الجامع أنه لا يجوز ويكون قدر الزكاة مضمونا عليه وذكر في نوادر الزكاة أنه يجوز وجه رواية الجامع ظاهر لأنه دفع الزكاة إلى الغني مع العلم بحاله أو من غير تحرر وهذا لا يجوز بالاجماع وجه رواية النوادر أن الجواز ليس على معنى سقوط الواجب بل على امتناع الوجوب لأن الوجوب باعتبار ماليتة وماليتة باعتبار صيرورته عينا في العاقبة فإذا لم يصير عيناً لم يكن مالا والزكاة لا تجب فيما ليس مال والله أعلم

فصل وأما الذي يرجع إلى المؤدى إليه فأنواع منها أن يكون فقيرا فلا يجوز صرف الزكاة إلى الغني الآن يكون عاملا عليها قوله تعالى أعمى الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل جعل الله تعالى الصدقات للأصناف المذكورة من بحرف اللام وأنه للاختصاص فيتمضي اختصاصهم باستحقاقها فلا يجوز صرفها إلى غيرهم لبطل الاختصاص وهذا لا يجوز ولا يخرجه إيمان مواضع الصدقات ومصارفها ومستحقها وهم وإن اختلفت أساميهم فبسبب الاستحقاق في الكل واحد وهو الحاجة إلا للعاملين عاينهم مع غناهم يستحقون العمالة لأن السبب في حقهم العمالة الماندة كرم لا بد من بيان معاني هذه الأسماء أما الفقراء والمساكين فلا خلاف في أن كل واحد منهما جالس على حدة وهو الصحيح لما تذكر واختلاف أهل التأويل واللغة في معنى الفقير والمساكين وفي أن أيهما أشد حاجة وأسوأ حالا قال الحسن الفقير الذي لا يسأل والمساكين الذي يسأل وهكذا ذكره الزهري وكذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة وهو الروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وهذا يدل على أن المسكين أحوج وقيل فتادة الفقير الذي به زمانة وله حاجة والمسكين المحتاج الذي لازمانته به وهذا يدل على أن الفقير أحوج وقيل الله فقير الذي عاك شيأ بقوته والمسكين الذي لا شيء له سمي مسكينا لما أسكنته حاجته عن التحرك فلا يتدبر يريح عن مكانه وهذا أشبه الأقاويل قال الله تعالى أو مسكينا ذا منة قيل في التفسير رأى استتر بالتراب وحفر الأرض إلى طائفة وقال الشاعر

أما الفقير الذي كانت حلوبته * وفق العيال فلم يترك له سبيل

سماء فقير ما عن له حلوبته وفق العيال والأصل أن الفقير والمساكين كل واحد منهما أهم نبي عن الحاجة إلا حاجة المسكين أشد وعلى هذا يخرج قول من يقول الفقير الذي لا يسأل والمسكين الذي يسأل لأن من شأن الفقير المسلم أنه يتحمل ما كانت له حيلة ويتعفف ولا يخرج فيسأل وله حيلة فسؤاله يدل على شدة حاله وما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس المسكين الطواف الذي يطوف على الناس ترده الأقمعة واللحمة تان قبل فاما المسكين يارسول الله قال الذي لا يجد ما يغنيه ولا يظن به فيتصدق عليه

ولا يقوم فيسأل الناس فهو محمول على ان الذي يسأل وان كان عندكم مسكينان الذي لا يسأل ولا يفتن به أشد مسكنة من هذا وعلى هذا يحمل ما روى عن عمر رضي الله عنه انه قال ليس المسكين الذي لا مال له ولكن المسكين الذي لا مكسب له أي الذي لا مال له وان كان مسكيناً فالذي لا مال له ولا مكسب له أشد مسكنة منه وكأنه قال الذي لا مال له ولا مكسب فهو فقير والمسكين الذي لا مال له ولا مكسب ومأفاه بعض مشايخنا ان الفقراء والمساكين جنس واحد في الزكاة بخلاف بين أصحابنا بدليل جواز صرفها الى جنس واحد وانما الخلاف بعد في كونها جنساً واحداً أو جنسين في الوصايا باختلاف بين أصحابنا غير سديد بل لا خلاف بين أصحابنا في انهما جنسان مختلفان فيهما جازعاً لما ذكرنا والدليل عليه ان الله تعالى عطف البعض على البعض والعطف دليل المغايرة في الاصل وانما جاز صرف الزكاة الى صنف واحد لمعنى آخر وذلك المعنى لا يوجد في الوصية وهو دفع الحاجة وذات يحصل بالصرف الى صنف واحد والوصية ما شرعت لدفع حاجة الموصى له فانما تجوز للفقير والغني وقد يكون للموصى اغراض كثيرة لا يوقف عليها فلا يمكن تعليل نص كلامه فتجربى على ظاهر لفظه من غير اعتبار المعنى بخلاف الزكاة فانما عطفنا المعنى فيها وهو دفع الحاجة وإزالة المسكنة وجميع الاصناف في هذا المعنى جنس واحد لذلك افرقنا لما قالوه والله أعلم وأما العالمون عليها فهم الذين نصيبهم الامام لجباية الصدقات واختلف فيها بطون قال أصحابنا يعطيهم الامام كفايتهم منها وقال الشافعي يعطيهم الثمن وجه قوله ان الله تعالى قسم الصدقات على الاصناف الثمانية منهم العالمون عليها فكان لهم منها الثمن ولنا ان ما يستحقه العامل انما يستحقه بطريق العمالة لا بطريق الزكاة بدليل انه يعطى وان كان غنياً بالاجماع ولو كان ذلك صدقة لما حلت للغني وبدليل انه لو حمل زكاته بنفسه الى الامام لا يستحق العامل منها شيئاً ولهذا قال أصحابنا ان حق العامل فيها في يده من الصدقات حتى لو هلك ما في يده سقط حقه كنفقة المضارب انما تكون في مال المضاربة حتى لو هلك مال المضاربة سقطت نفقته كذا هذا دل انما يستحق به ملكه لكن على سبيل الكفاية ولا عوانه لا على سبيل الاجرة لان الاجرة مجبولة اما عندنا فظاهر لان قدر الكفاية له ولا عوانه غير معلوم وكذا عندنا لان قدر ما يجتمع من الصدقات بجبايته مجبوهول فكان ثمنه مجبوهولاً لا محالة وجهالة أحد البدلين يمنع جواز الاجارة لجهالة البدلين جميعاً أولى فدل ان الاستحقاق ليس على سبيل الاجرة بل على طريق الكفاية له ولا عوانه لا شفعاله بالعمل لأصحاب المواشي فكانت كفايته في مالهم وما قوله ان الله تعالى قسم الصدقات على الاصناف المذكورة في الآية فمنوع انه قسم بل بين فيها مواضع الصدقات ومصارفها المأذون ولو كان العامل هائماً لا يحمل له عندنا وعند الشافعي يحمل واجتج ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث علياً رضي الله عنه الى اليمن مصداقاً وفرض له ولو لم يحمل لله اشعى لما فرض له ولان العمالة اجرة العمل بدليل انما تحل للغني فيستوى فيها الهاشمي وغيره ولنا ما روي ان نوفل بن الحارث بعث ابنه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليستعملهما على الصدقة فقال صلى الله عليه وسلم لا تحل لكما الصدقة ولا غسالة الناس ولان المال المجبي صدقة ولما حصل في يد الامام حصلت الصدقة مؤداة حتى لو هلك المال في يده تسقط الزكاة عن صاحبها واذا حصلت صدقة والصدقة مطهرة اصحابها فتمكن الخبث في المال فلا يباح للهاشمي اشرفه صيانة له عن تناول الخبث تعظيماً لرسول الله صلى الله عليه وسلم أو نقول للعمالة شبهة الصدقة وانما من أوساخ الناس فيجب صيانة الهاشمي عن ذلك كرامته له وتعظيم الرسول صلى الله عليه وسلم وهذا المعنى لا يوجد في الغني وقد فرغ نفسه لهذا العمل فيحتاج الى الكفاية والغني لا يمنع من تناولها عند الحاجة كابن السبيل انه يباح له وان كان غنياً ما كفايته هذا وقوله ان الذي يعطى للعامل اجرة عمله ممنوع وقد ينافسه وأما حديث علي رضي الله عنه فلا حاجة فيه لان فيه أنه فرض له وليس فيه بيان المفروض انه من الصدقات أو من غيرها فيحتمل انه فرض له من بيت المال لانه كان قاضياً والله أعلم وأما المؤلفون قلوبهم فقد قيل انهم كانوا قوماً من رؤساء قريش وصناديد العرب مثل أبي سفيان بن حرب وصفوان بن أمية والاقرع بن حابس وعيينة بن حصن الفزاري والعباس بن مراد السلمي ومالك بن عوف

الضرى وحكيم من حزام وغيرهم ولهم شوكة وقوة واتباع كثيرة بعضهم أسلم حقيقة وبعضهم أسلم ظاهرا
لا حقيقة وكان من المنافقين وبعضهم كان من المسلمين فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيهم من الصدقات
تطيبا لقلوب المسلمين منهم وتقرير لهم على الاسلام ونحوه ايضا لاتباعهم على اتباعهم وتأليف المن لم يحسن اسلامه
وقد حسن اسلام عامتهم الا من شاء الله تعالى لحسن معاملة النبي صلى الله عليه وسلم معهم وجعل سيرته حتى روى
عن صفوان بن مية قال أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم وانه لا يفض الناس الى فإزال يعطيني حتى انه
لا حب الخلق الى واختلف في سهامهم بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عامة العلماء انه انتسخ سهامهم
وذهب ولم يعاوا شيئا بعد النبي صلى الله عليه وسلم ولا يعطى الا لثل حالهم وهو أحد قولي الشافعي وقال بعضهم
وهو أحد قولي الشافعي رضي الله عنه ان حقهم بقي وقد أعطى من بقي من أولئك الذين أخذوا في عهد النبي صلى
الله عليه وسلم والا أن يعطى لمن حدث اسلامه من الكفرة تلمية القلب وتقرير الله على الاسلام وتعطى الرؤساء
من أهل الحرب اذا كانت لهم غلبة يخاف على المسلمين من شرهم لان المعنى الذي له كان يعطى النبي صلى الله عليه
وسلم أولئك موجود في هؤلاء والصحيح قول العامة لاجماع الصحابة على ذلك فان أبكر وعمر رضي الله عنهما
ما أعطيا المؤافة قلوبهم شيئا من الصدقات ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة رضي الله عنهم فانه روى أنه لما قبض
رسول الله صلى الله عليه وسلم جاؤا الى أبي بكر واستبدلوا الخط منه لسماءهم فبدل لهم الخط ثم جاؤا الى عمر رضي
الله عنه وأخبروه بذلك فاخذ الخط من أيديهم ومزقه وقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعطيكم ليوافكم
على الاسلام فاما اليوم فقد أعز الله دينه فان ثبتتم على الاسلام والافليس بيننا وبينكم الا السيف فانصرفوا الى
أبي بكر فآخبروه بما صنع عمر رضي الله عنهما وقالوا انت الخليفة أم هو فقال ان شاء الله هو ولم ينكر أبو بكر قوله وفعله
وبلغ ذلك الصحابة فلم ينكروا فيكون اجماعهم على ذلك ولانه ثبت باتفاق الامة أن النبي صلى الله عليه وسلم
انما كان يعطيهم ليوافهم على الاسلام ولهذا ساءهم الله المؤافة قلوبهم والاسلام يومئذ في ضعف وأهله في قلة
وأولئك كثير ذو قوة وعدد واليوم بحمد الله عز لا سلام وكثرا له واشتدت دعاؤه ورسخ بنيانه وصار أهل الشرك
اذلاء والحكم متى ثبت معقولا بمعنى خاص ينتهي بذهاب ذلك المعنى ونظيره ما كان عاهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم كثيرا من المشركين لحاجته الى معاهدتهم ومداراتهم لقله أهل الاسلام وضعفهم فلما أعز الله الاسلام وكثر
أهله أمر رسوله صلى الله عليه وسلم ان يرد الى أهل العهود عهدهم وان يحارب المشركين جميعا بقله وعز وجل
براءة من الله ورسوله الى الذين عاهدتهم من المشركين الى قوله فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث
وجدتهم وأما قوله تعالى وفي الرقاب فقد قال بعض أهل التأويل معناه وفي عتق الرقاب ويجوز اعتناق الرقبة بنسبة
الزكاة وهو قول مالك وقال عامة أهل التأويل الرقاب المكاتبون قوله تعالى وفي الرقاب أى وفي فذل الرقاب وهوان
يعطى المكاتب شيئا من الصدقة يستعين به على كتمانته لما روى أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال
علمني عملا يدخلني الجنة فقال صلى الله عليه وسلم أعتق النسمة وفذل الرقبة فقال الرجل أوليس اسوا ما قال لا عتق
النسمة ان تنفرد بعتقها وفذل الرقبة ان تبين في عتقها وانما جاز دفع الزكاة الى المكاتب ليوذرى بدل كتابته
فيعتق ولا يجوز ابتداء الاعتناق بنسبة الزكاة لوجهين أحدهما ما ذكرنا ان الواجب ابتداء الزكاة والابتاء هو
التقليد والدفع الى المكاتب تقليد فاما الاعتناق فليس بتقليد والثاني ما أشار اليه سعيد بن جبير فقال لا يعتق من
الزكاة مخافة جر الولاء ومعنى هذا الكلام ان الاعتناق يوجب الولاء للمعتق فكان حقه فيه باقيا ولم ينقطع من كل
وجه فلا يتحقق الاخلاص فلا يكون عبادة والزكاة عبادة فلا يتأدى بما ليس بعبادة فاما الذي يدفع الى المكاتب
فيتنقطع عنه حق المؤدى من كل وجه ولا يرجع اليه بذلك نفع فيتصدق الاخلاص وأما قوله تعالى والغارمين قيل
الغارم الذي عليه الدين أكثر من المال الذي في يده أو مثله أو أقل منه لكن ما وراءه ليس بنصاب وأما قوله تعالى وفي
سبيل الله عبارة عن جميع القرب فيدخل فيه كل من سقى في طاعة الله وسبيل الخيرات اذا كان محتاجا وقال

أبو يوسف المراد منه فقراء الغزاة لأن سبيل الله إذا أطلق في عرف الثمر ع براد به ذلك وقال محمد المراد منه
الحاج المنة طع لما روي أن رجلا جعل بغيره في سبيل الله فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يحمل عليه الحاج
وقال الشافعي يجوز دفع الزكاة إلى الغازي وإن كان غنيا وأما عندنا فلا يجوز إلا عند اعتبار حدوث الحاجة
واحتج عاروي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحمل الصدقة لغني
إلا في سبيل الله أو ابن السبيل أو رجل له جار مسكين تصدق عليه فأعطاه له وعن عطاء بن يسار عن النبي صلى
الله عليه وسلم أنه قال لا تحمل الصدقة إلا لخمسة العامل عليها ورجل اشتراها وغازم وغاز في سبيل الله وفقير تصدق
عليه فأهداها إلى غني نفي حل الصدقة للأغنياء وأستثنى الغازي منهم والاستثناء من النبي إثبات فيقتضي حل
الصدقة للغازي الغني ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لا تحمل الصدقة لغني وقوله صلى الله عليه وسلم أمرت أن
أخذ الصدقة من أغنيائكم وأردّها في فقرائكم جعل الناس قسامين قسما يؤخذ منهم وقسما يصرف إليهم فلو جاز صرف
الصدقة إلى الغني لبطلت القسمة وهذا لا يجوز وأما استثناء الغازي فمحمول على حال حدوث الحاجة وقسما غنيا
على اعتبار ما كان قبل حدوث الحاجة وهو أن يكون غنيا ثم تحدث له الحاجة بأن كان له دار يسكنها ومتاع يمتنع
وثياب يلبسها وله مع ذلك فضل مائتي درهم حتى لا تحمل له الصدقة ثم يمرض على الخروج في سفر غزوي فيحتاج إلى آلات
سفره وسلاح يستعمله في غزوه ومركب يفرز عليه وخادم يستعين بخدمة على ما لم يكن محتاجا إليه في حال إقامته
فيجوز أن يعطى من الصدقات ما يستعين به في حاجته التي تحدث له في سفره وهو في مقامه غني عما يملكه لأنه لا غير
محتاج في حال إقامته فيحتاج في حال سفره فيعمل قوله لا تحمل الصدقة لغني إلا الغازي في سبيل الله على من كان غنيا في
حال مقامه فيعطى بعض ما يحتاج إليه لسفره لما أحدث السفر له من الحاجة إلا أنه يعطى حين يعطى وهو غني وكذا
تسمية الغازي غنيا في الحديث على اعتبار ما كان قبل حلول الغرم به وقد حدثت له الحاجة بسبب الغرم وهذا لأن
الغني اسم لمن يستغنى عما يملكه وإنما كان كذلك قبل حدوث الحاجة فاما بعده فلا وأما قوله تعالى وابن السبيل فهو
الغريب المنقطع عن ماله وإن كان غنيا في وطنه لأنه فقير في الحال وقدر ويناع رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه
قال لا تحمل الصدقة لغني إلا في سبيل الله وابن السبيل الحديث ولو صرف إلى واحد من هؤلاء الأصناف يجوز عند
أصحابنا وعند الشافعي لا يجوز إلا أن يصرف إلى ثلاثة من كل صنف واحتج بقوله تعالى إنما الصدقات للفقراء
والمساكين إلى آخر الأصناف أخبر الله تعالى أن الصدقات للأصناف المذكورين في الآية على الشركة فيجب إيصال
كل صدقة إلى كل صنف إلا أن الاستيعاب غير ممكن فيصرف إلى ثلاثة من كل صنف إذا الثلاثة أدنى الجمع الصحيح
ولنا السنة المشهورة واجتماع الصحابة وعمل الأئمة إلى يومنا هذا والاستدلال أما السنة فقوله النبي صلى الله عليه
وسلم لعاذرين بعثه إلى اليمن فإن أجابوك لذلك فاعلمهم أن الله تعالى فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد
في فقرائهم ولم يذكر الأصناف الأخرى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال بعث على رضي الله عنه وهو
باليمن إلى النبي صلى الله عليه وسلم مذهب في تراجمها فقصها النبي صلى الله عليه وسلم بين الأقرع بن حابس وبين
زيد الخيل وبين عبيدة بن حصن وعلقمة بن علاثة فغضبت قريش والأنصار وقالوا أعطى صنائدا أهل نجد فقال
النبي صلى الله عليه وسلم إنما أنا لفهم ولو كان كل صدقة مقسومة على الثمانية بطريق الاستحقاق لما دفع النبي صلى
الله عليه وسلم المذبة إلى المؤلفه قلوبهم دون غيرهم وأما اجتماع الصحابة فانه روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان إذا
جمع صدقات المواشي من البقر والغنم نظر منها ما كان منيحة اللبن فيعطيهم الأهل بيت واحد على قدر ما يكفيهم
وكان يعطى العشرة للبيت الواحد ثم يقول عطية تكفي خيبر من عطية لا تكفي أو كلام نحوه هذا وروي عن علي رضي
الله عنه أنه أتى بصدقة فبعثها إلى أهل بيت واحد وعن حذيفة رضي الله عنه أنه قال هؤلاء أهلها أفني أي صنف
وضعتها أجزالك وكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال كذلك وأما عمل الأئمة فانه لم يذكر عن أحد من الأئمة
أنه تسكف طلب هؤلاء الأصناف فقسما بينهم مع ما أنه لو تسكف الإمام أن يظفر بهم هؤلاء الثمانية ما قدر على

ذلك وكذلك لم يذكر عن أحد من أرباب الأموال أنه فرق صدقة واحدة على هؤلاء ولو كان الواجب هو القسمة على السوية بينهم لا يحتمل أن يقسموها كذلك ويضربوا حقوقهم وأما الاستدلال فهو أن الله تعالى أمر بصرف الصدقات إلى هؤلاء بأسمى منبهة عن الحاجة فلم أنما أمر بالصرف إليهم لدفع حاجتهم والحاجة في الكل واحدة وإن اختلفت الأسامي وأمالاية ففيها بيان مواضع الصدقات ومصارفها ومستحقها إلا أن الامتصاص وهو أنهم المختصون بهذا الحق دون غيرهم لا للتسوية لغة وإنما الصيغة للشركة والتسوية لغة حرف بين الأثرى أنه إذا قبل الخلافة لبني العباس والسدانة لبني عبد الدار والسقاية لبني هاشم براد به أنهم المختصون بذلك لاحق فيها غيرهم لأنها بينهم بالحصص بالسوية ولو قيل الخلافة بين بني العباس والسدانة بين بني عبد الدار والسقاية بين بني هاشم كان خطأ ولهذا قال أصحابنا فيمن قال مالي لفلان ولقوى أنه كله لفلان ولو قال مالي بين فلان وبين الموتى كان لفلان حصه ولو كان الأمر على ما قاله الشافعي أن الصدقة تقسم بين الأصناف الثمانية على السوية لقال إنما الصدقات بين الفقراء إلا أن ية فإن قيل أليس أن من قال ثلث مالي لفلان ولان أنه يقسم بينهم بالسوية كما إذا قال ثلث مالي بين فلان وفلان والجواب أن الاشتراك هناك ليس موجب للصيغة إذا الصيغة لا توجب الاشتراك والتسوية بينهم بل موجب للصيغة ما قلنا إلا أن في باب الوصية لما جعل الثلث حقا لهما دون غيرهما وهو شيء معلوم لا يز يد بعد الموت ولا يتوهم له عدد و ليس أحدهما بأولى من الآخر فقسم بينهم على السواء نظرا لهما جميعا فاما الصدقات فليست بأموال متعينة لا تحقل الزيادة والمسد حتى يحرم البعض بصرفها إلى البعض بل يردف بعضها بعضا وإذا فني مال يجبي مال آخر وإذا مضت سنة نجى سنة أخرى بمال جديد ولا انقطاع للصدقات إلى يوم القيامة فإذا صرف الإمام صدقة يأخذها من قوم إلى صنف منهم لم يثبت الحرمان للباقيين بل يحمل إليه صدقة أخرى فيصرف إلى فريق آخر فلا ضرورة إلى الشركة والتسوية في كل مال يحمل إلى الإمام من الصدقات والله أعلم وكلا يجوز صرف الزكاة إلى الغني لا يجوز صرف جميع الصدقات المبروضة والواجبة إليه كالعشور والكفارات والندور وصدقة الفطر أعموم قوله تعالى إنما الصدقات للفقراء وقول النبي صلى الله عليه وسلم لا تحمل الصدقة لغني ولان الصدقة مال تمكن فيه الخبيث أن يكونه غسالة الناس لحصول الطهارة لهم به من الذنوب ولا يجوز الانتفاع بالخبيث إلا عند الحاجة والحاجة للفقير لا للغني وأما صدقة التطوع فيجوز صرفها إلى الغني لأن ما يجري مجرى الهبة ولا يجوز الصرف إلى عبد الغني ومدره وأم ولده لان الملك في المدفوع يقع لمولاه وهو غني فكان دفعا إلى الغني هذا إذا كان العبد محجورا أو كان ما ذونا لكنه لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته لان كسبه ملك المولى فالدفع يقع إلى المولى وهو غني فلا يجوز ذلك وإن كان عليه دين مستغرق لكنه غير ظاهر في حق المولى لانه يتأخر إلى ما بعد العتاق فكان كسبه ملك المولى وهو غني وأما إذا كان ظاهرا في حق المولى كدين الاستهلاك ودين التجارة فينبغي أن يجوز على قول أبي حنيفة لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون دينه مستغرقا ظاهرا في حقه وعندده لا يجوز لانه يملك كسبه عندهما ويجوز الدفع إلى مكاتب الغني لان كسب المالك المكاتب ملكه من حيث الظاهر وإنما يملكه المولى بالجور ولم يوجد وأما ولد الغني فإن كان صغيرا لم يجز الدفع إليه وإن كان فقيرا لا مال له لان الولد الصغير يمد غنيا بغنا أبيه وإن كان كبيرا فقيرا يجوز لانه لا يمد غنيا بمال أبيه فكان كالأجنبي ولو دفع إلى امرأة فقيرة وزوجها غني جاز في قول أبي حنيفة ومحمد وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عنه أنها لا تعطى إذا قضى لها بالنفقة وجه هذه الرواية أن نفقة المرأة تجب على زوجها من غير غنية بغنا الزوج كالولد الصغير وإنما شرط القضاء لها بالنفقة لان النفقة لا تصير ديناً بدون القضاء وجه ظاهر الرواية أن المرأة الفقيرة لا تمد غنية بغنا زوجها لانها لا تستحق على زوجها إلا مقدار النفقة فلا تمد بذلك القدر غنية وكذا يجوز الدفع إلى فقيرة ابن غني وإن كان يجب عليه نفقة لما قلنا إن قدر النفقة لا يصير غنيا فيجوز الدفع إليه وأما صدقة الوقف فيجوز صرفها إلى الأغنياء إن سهاهم الواقعة في الوقف ذكره السرخسي في مختصره وإن لم يسهمهم لا يجوز لانها صدقة واجبة ثم لا بد من معرفة حد الغنا فنقول الغنا أنواع

ثلاثة غني تجب به الزكاة وغني يحرم به أخذ الصدقة وقبولها ولا تجب به الزكاة وغني يحرم به السؤال ولا يحرم به الأخذ أما الغني الذي تجب به الزكاة فهو ان يملك نصابا من المال النامي الفاضل عن الحاجة الأصلية وأما الغني الذي يحرم به أخذ الصدقة وقبولها فهو الذي تجب به صدقة الفطر والأضحية وهو ان يملك من الأموال التي لا تجب قيم الزكاة ما يفضل عن حاجته وتبلغ قيمة الفاضل مائتي درهم من الثياب والفرش والدور والحواريات والدواب والخدم زيادة على ما يحتاج اليه كل ذلك لا يتبدل والاستعمال لا للتجارة والأمانة فإذا فضل من ذلك ما يبلغ قيمته مائتي درهم وجب عليه صدقة الفطر والأضحية وحرم عليه أخذ الصدقة ثم قدر الحاجة ما ذكره الكرخي في مختصره فقال لا بأس بأن يعطى من الزكاة من له مسكن وما يتأث به في منزله وخادم وفرس وسلاح وثياب البدن وكتب العلم ان كان من أهله فان كان له فضل عن ذلك ما يبلغ قيمته مائتي درهم حرم عليه أخذ الصدقة لما روى عن الحسن البصري انه قال كانوا يعطون الزكاة لمن يملك عشرة آلاف درهم من الفرس والسلاح والخدم والدار وقوله كانوا كناية عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا ان هذه الأشياء من الحوائج اللازمة التي لا بد للانسان منها فكان وجودها وعدمها سواء وذكر في الفتاوى فيمن له حوائث ودور الغلة لكن غلتها لا تكفيه ولعلها انه فقير ويحل له أخذ الصدقة عند محمد وزفر وعند أبي يوسف لا يحل وعلى هذا اذا كان له أرض وكرم لكن غلتها لا تكفيه ولعلها ولو كان عنده طعام للقوت يساوي مائتي درهم فان كان كفاية شهر تحل له الصدقة وان كان كفاية سنة قال بعضهم لا تحل وقال بعضهم تحل لان ذلك مستحق الصنف الى الكفاية والمستحق ملحق بالعدم وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ادخل نسائه قوت سنة ولو كان له كسوة شتاء وهو لا يحتاج اليها في الصيف يحل له أخذ الصدقة ذكر هذه الجملة في الفتاوى وهذا قول أصحابنا وقال مالك من ملك خمسين درهما لا يحل له أخذ الصدقة ولا يباح أن يعطى واحتج بما روى عن علي وعبد الله بن مسعود وسعد بن أبي وقاص رضي الله عنهم انهم قالوا لا تحل الصدقة لمن له خمسون درهما أو عوضهما من الذهب وهذا نص في الباب ولنا حديث معاذ حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم خذها من أغنيائهم وردّها في فقرائهم قسم الناس قسمين الأغنياء والفقراء فجعل الأغنياء يؤخذ منهم والفقراء يرد فيهم فكل من لم يؤخذ منه يكون مردودا فيه ومارواه مالك محمول على حرمة السؤال معناه لا يحل سؤال الصدقة لمن له خمسون درهما أو عوضهما من الذهب أو يحتمل ذلك على كراهة الأخذ لان من له سداد من العيش فالتعفف أولى لقول النبي صلى الله عليه وسلم من استغنى أغناه الله ومن استعفاً أعفاه الله وقال الشافعي يجوز دفع الزكاة الى رجل له مال كثير ولا كسب له وهو يخاف الحاجة ويجوز له الأخذ وهذا فاسد لان هذا دفع الزكاة الى الغني ولا سبيل اليه لما بينا وخوف حدوث الحاجة في الثاني لا يجعله فقيرا في الحال ألا تراه لا يتبر ذلك في سقوط الوجوب حتى تجب عليه الزكاة فكذلك في جواز الأخذ ولو كان الفقير قويا مكتسبا يحل له أخذ الصدقة عندنا وعند الشافعي لا يحل واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوى وفي بعض الروايات ولا لقوى مكتسب ولنا ما روى عن سلمان الفارسي انه قال حمل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة فقال لأصحابه كما اولموا كل واحد واحد لا يتوهم ان أصحابه رضي الله عنهم كانوا كلهم زمني بل كان بعضهم قويا مكتسبا ومارواه الشافعي محمول على حرمة الطلب والسؤال فان ذلك لا يجز عن المسئلة والحمل على الكسب والدليل عليه ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للرجلين الذين سألاه ان شئتما اعطيتكما منه ولا حق فيها لغني ولا لقوى مكتسب ولو كان حراما لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليه طمعا بالحرام ولكن قال ذلك للرجل عن السؤال والحمل على الكسب كذا هذا ويكره لمن عليه الزكاة ان يعطى فقيرا مائتي درهم أو أكثر ولو أعطى جاز وسقط عنه الزكاة في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز ولا يسقط وجه قوله ان هذا انصاب كامل فيصير غنيا بهذا المال ولا يجوز الصرف الى الغني ولنا انه انما يصير غنيا بعد ثبوت الملك له فاما قبله فقد كان فقيرا فالصدقة لا تكتفي بالفقير جازت وهذا لان الغني أثبت بالملك والقبض شرط بثبوت الملك فيقبض ثم يملك المقبوض ثم يصير غنيا لا ترى انه يكره لان المنتفع به

يصير هو الغنى وذكر في الجامع الصغير وان يغني به انسانا أحب الى ولم يرد به الاغناء المطلق لان ذلك مكروه لما
 بينا وانما أراد به المقيد وهو انه يغنيه يوما أو أياما عن المسئلة لان الصدقة وضعت لمثل هذا الاغناء قال النبي
 صلى الله عليه وسلم في صدقة الفطر اغنواهم عن المسئلة في مثل هذا اليوم هذا اذا اعطى مائتي درهم
 وليس عليه دين ولا له عيال فان كان عليه دين فلا بأس بأن يصدق عليه قدر دينه وزيادة مادون
 المائتين وكذا اذا كان له عيال يحتاج الى نفقتهم وكسوتهم واما الغنا الذي يحرم به السؤال فهو ان يكون له سداد
 عيش بان كان له قوت يومه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من سأل الناس عن ظهر غنى فاعما
 يستكثر من جرحهم قيل يا رسول الله وما ظهر الغنا قال ان يعلم ان عنده ما يغديهم أو يشبههم فان لم يكن له قوت
 يومه ولا ما يستبر به عورته يجعل له ان يسأل لان الحال حال الضرورة وقد قال الله تعالى ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة
 وترك السؤال في هذا الحال الفاء النفس في التهلكة وانه حرام فكان له ان يسأل بل يجب عليه ذلك ومنها ان يكون
 مسلما فلا يجوز صرف الزكاة الى الكافر بلا خلاف لحديث معاذ رضي الله عنه خذها من أغنيائهم وردّها في فقرائهم
 أمر بوضع الزكاة في فقراء من يؤخذ من أغنيائهم وهم المسلمون فلا يجوز وضعها في غيرهم وأما ما سوى الزكاة
 من صدقة الفطر والكفارات والنذور فلا شئ في أن صرفها الى فقراء المسلمين أفضل لان الصرف اليهم يقع اعانة
 لهم على الطاعة وهل يجوز صرفها الى أهل الذمة قال أبو حنيفة ومحمد يجوز وقال أبو يوسف لا يجوز وهو قول زفر
 والشافعي وجه قولهم الاعتبار بالزكاة وبالصرف الى الحرب ولهما قوله تعالى ان تبدوا الصدقات فنعما هي وان
 تحفوها وتؤتوها للفقراء فهو خير لكم ونكفر عنكم من سيئاتكم من غير فصل بين فقير وفقير وعموم هذا النص
 يقتضي جواز صرف الزكاة اليهم الا انه خص منه الزكاة لحديث معاذ رضي الله عنه وقوله تعالى في الكفارات
 فكفاراته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تلعمون أهليكم من غير فصل بين مسكين ومسكين الا انه خص منه
 الحرب بدليل ولأن صرف الصدقة الى أهل الذمة من باب اصال البر اليهم وما نهى عن ذلك قال الله تعالى لا ينهاكم
 الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخزجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين وظاهر هذا
 النص يقتضي جواز صرف الزكاة اليهم لان أداء الزكاة برهم الا ان البر بطريق الزكاة غير مبراد عرفنا ذلك
 بحديث معاذ رضي الله عنه وانما لا يجوز صرفها الى الحرب لان في ذلك اعانة لهم على قتالنا وهذا لا يجوز وهذا المعنى
 لم يوجد في الذمى (ومنها) أن لا يكون من بني هاشم لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يا بني
 هاشم ان الله كره لكم غسالة الناس وعوضكم منها بجزء من الخمس من الغنمة وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال
 ان الصدقة محرمة على بني هاشم وروى انه رأى في الطريق تمر فقال لولا اني أخاف أن تكون من الصدقة
 لا كنتها ثم قال ان الله حرم عليكم يا بني هاشم غسالة أيدي الناس والمعنى ما أشار اليه انها من غسالة الناس فيمكن فيها
 الخبث فصان الله تعالى بني هاشم عن ذلك تشريفا لهم واكراما وتظهير الرسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها أن
 لا يكون من موالهم لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم أرقم
 ابن أبي أرقم الزهري على الصدقات فاستتبح أبارافع فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فسأله فقال يا أبارافع ان الصدقة
 حرام على محمد وآل محمد وان موالى القوم من أنفسهم أي في حرمة الصدقة لا جماعنا على ان موالى القوم ليس منهم
 في جميع الأحكام الا ترى انه ليس بكنة لهم وكذا مولى المسلم اذا كان كافرا تؤخذ منه الجزية ومولى التغلبي تؤخذ
 منه الجزية ولا تؤخذ منه الصدقة المضاعفة فدل ان المراد منه في حرمة الصدقة خاصة وبنو هاشم الذين تحرم
 عليهم الصدقات آل العباس وآل علي وآل جعفر وآل عقیل وولد الحارث بن عبد المطلب كذا ذكره الكرخي ومنها
 أن لا تكون منافع الاملاك متصلة بين المؤدي وبين المؤدى اليه لان ذلك يمنع وقوع الاداء عليكم من الفقير من
 كل وجه بل يكون صرفا الى نفسه من وجه وعلى هذا يخرج الدفع الى الوالدين وان علوا والمولودين وان سفلا لان
 أحدهما ينتفع بمال الآخر ولا يجوز أن يدفع الرجل الزكاة الى زوجته بالاجماع وفي دفع المرأة الى زوجها اختلاف بين

أبي خنيفة وصاحبه ذكرناه فيها تقدم وأما صدقة التطوع فيجوز دفعها إلى هؤلاء والدفع إليهم أولى لأن فيه أجرين
 أجر الصدقة وأجر الصلة وكونه دفعاً إلى نفسه من وجه لا يمنع صدقة التطوع قال النبي صلى الله عليه وسلم نفقة
 الرجل على صدقة وعلى عياله صدقة وكل معروف صدقة ويجوز دفع الزكاة إلى من سوى الوالدين والمولودين
 من الأقارب ومن الأخوة والأخوات وغيرهم لا تقطاع منافع الأملاك بينهم ولهذا تقبل شهادة البعض على البعض
 والله أعلم بهذا الذي ذكرنا إذا دفع الصدقة إلى إنسان على علم منه بجحاله أنه محل الصدقة فاما إذا لم يعلم بجحاله ودفع
 إليه فهذا على ثلاثة أوجه في وجه هو على الجواز حتى يظهر خطؤه وفي وجه على الفساد حتى يظهر صوابه وفي وجه
 فيه تفصيل على الوفاق والخلاف أما الذي هو على الجواز حتى يظهر خطؤه فهو أن يدفع زكاة ماله إلى رجل ولم يخطر
 بباله وقت الدفع ولم يشك في أمره فدفع إليه فهذا على الجواز إذا ظهر بعد الدفع أنه ليس محل الصدقة فحينئذ
 لا يجوز لأن الظاهر أنه صرف الصدقة إلى محلها حيث نوى الزكاة عند الدفع والظاهر لا يبطل إلا باليقين فإذا ظهر
 بيقين أنه ليس محل الصدقة ظهر أنه لم يجز وتجب عليه الإعادة وليس له أن يسترد ما دفع إليه ويقع تطوعاً حتى أنه
 لو خطر بباله بعد ذلك وشك فيه ولم يظهر له شيء لا تلزمه الإعادة لأن الظاهر لا يبطل بالشك وأما الذي هو على الفساد
 حتى يظهر جوازه فهو أنه خطر بباله وشك في أمره لكنه لم يتحرر ولا طلب الدليل أو تحري بقلبه لكنه لم يطلب الدليل
 فهو على الفساد إذا ظهر أنه محل بيقين أو بغالب الرأي فحينئذ يجوز لأنه لما شك وجب عليه التحري والصرف
 إلى من وقع عليه تحريه فإذا ترك لم يوجد الصرف إلى من أمر بالصرف إليه فيكون فاسداً إذا ظهر أنه محل فيجوز
 وأما الوجه الذي فيه تفصيل على الوفاق والخلاف فهو أن خطر بباله وشك في أمره وتحري ووقع تحريه على أنه محل
 الصدقة فدفع إليه جاز بالاجماع وكذا إن لم يتحرر ولكن سأل عن حاله فدفع أو رآه في صف الفقراء أو على زى الفقراء
 فدفع فإن ظهر أنه كان محلاً جاز بالاجماع وكذا إذا لم يظهر حاله عنده وأما إذا ظهر أنه لم يكن محلاً بان ظهر أنه غني
 أو هاشمي أو مولى لهاشمي أو كافر أو والد أو مولود أو زوجة يجوز وتسقط عنه الزكاة في قول أبي خنيفة ومحمد
 ولا تلزمه الإعادة وعند أبي يوسف لا يجوز وتلزمه الإعادة وبه أخذ الشافعي وروى محمد بن شعاع عن أبي خنيفة
 في الولد والولد والزوجة أنه لا يجوز كما قال أبو يوسف ولو ظهر أنه عبده أو مدبره أو أم ولده أو مكاتبه لم يجز وعليه
 الإعادة في قولهم جميعاً ولو ظهر أنه مستساع لم يجز عند أبي خنيفة لأنه عزلة المكاتب عنده وعندهما يجوز لأنه حر
 عليه دين وجه قواني يوسف أن هذا اجتهد بظهر خطئه بيقين فبطل اجتهاده وكما لو تحري في ثياب أو أواني وظهر خطؤه
 فيها وكما لو صرف ثم ظهر أنه عبده أو مدبره أو أم ولده أو مكاتبه ولهما أنه صرف الصدقة إلى من أمر بالصرف
 إليه فيخرج عن الهدية كما إذا صرف ولم يظهر حاله بخلافه ودلالة ذلك أنه مأمور بالصرف إلى من هو محل عنده وفي
 ظنه واجتهاده لا على الحقيقة إذا علم لم بحقيقة الغنا والفقراء عدم مكان الوقوف على حقيقة ما وقد صرف إلى
 من أدى اجتهاده أنه محل فقد أتى بالمأمور به فيخرج عن الهدية بخلاف الثياب والأواني لأن العلم بالثوب الطاهر
 والماء الطاهر ممكن فلم يأت بالمأمور به فلم يجز وبخلاف ما إذا ظهر أنه عبده لأن الوقوف على ذلك بامارات تدل
 عليه يمكن على أن معنى صرف الصدقة وهو التخليص هناك لا يتصور لاستحالة تسليم الشيء من نفسه وقوله ظهر
 خطؤه بيقين ممنوع وانما يكون كذلك إن لو قلنا أنه صار محل الصدقة باجتهاده فلا نقول كذلك بل المحل المأمور
 بالصرف إليه شرعاً حالة الاشتباه وهو من وقع عليه التحري وعلى هذا لا يظهر خطؤه ولهما في الصرف إلى ابنه وهو
 لا يعلم به الحديث المشهور وهو ما روي أن يزيد بن معين دفع صدقته إلى رجل وأمره بأن يأتي المسجد لئلا يفتصدق
 بها فدفعها إلى ابنه معن فلما أصبح رآها في يده فقال له لم أردك بها فاختصها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
 يا معن لك ما أخذت ويا يزيد لك ما نويت والله أعلم

فصل في ما حوّل الحول فليس من شرائط جواز أداء الزكاة عند عامة العلماء وعند مالك من شرائط الجواز
 فيجوز لتجمل الزكاة عند عامة العلماء خلافاً لمالك والكلام في التجهيل في مواضع في بيان أصل الجواز وفي بيان

شرائطه وفي بيان حكم المجهل اذا لم يقع زكاة اما الاول فهو على الاختلاف الذي ذكرنا وجه قول مالك ان اداء الزكاة اداء الواجب واداء الواجب ولا وجوب لا يفتق ولا وجوب قبل الحول لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول ولنا ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من العباس زكاة سنتين وادنى درجات فعل النبي صلى الله عليه وسلم الجواز واما قوله ان اداء الزكاة اداء الواجب ولا وجوب قبل حولان الحول فالجواب عنه من وجهين أحدهما ممنوع انه لا وجوب قبل حولان الحول بل الوجوب ثابت قبله لوجود سبب الوجوب وهو ملك نصاب كامل تام أو فاضل من الحاجة الأصلية لحصول الغنايه ولوجوب شكر نعمة المال على ما بينا فيما تقدم ثم من المشايخ من قال بالوجوب توسعا وتأخيرا اداء الى مدة الحول ترفيها وتيسيرا على أرباب الأموال كالدين المؤجل فاذا عجل فلم ترفه فيسقط الواجب كافي الدين المؤجل فنهى من قال بالوجوب لكن لا على سبيل التاكيد وانما يتأكد الوجوب باسرها الحول ومنهم من قال بالوجوب في أول الحول لكن بطريق الاستئناس وهو ان يجب أولا في آخر الحول ثم يستند الوجوب الى أوله لاستئناسه وهو كون النصاب حوليا فيكون التجهيل اداء بعد الوجوب لكن بالطريق الذي قلنا فيقع زكاة والثاني ان سلمنا انه لا وجوب قبل الحول لكن سبب الوجوب موجود وهو ملك النصاب ويجوز اداء العبادة قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب كاداء الكفارة بعد الجرح قبل الموت وسواء عجل عن نصاب واحد أو اثنين أو أكثر من ذلك مما يستفاده في السنة عندنا أجمعنا بنا الثلاثة ونستدرك لا يجوز الا عن النصاب الموجود حتى لو كان له مائتا درهم فجعل زكاة الألف وذلك خمسة وعشرون ثم استفاد مالا أو بجزء من ذلك المال حتى صار ألف درهم فتم الحول وعنده ألفا درهم جاز عن الكل عندنا وعندنا ولا يجوز الا عن المائتين وجه قوله ان التجهيل عما سوى المائتين لا يجهل قبل وجود السبب فلا يجوز كالمعجل قبل ملك المائتين ولنا ان ملك النصاب موجود في أول الحول والمستفاد على ملك النصاب في الحول كالموجود من ابتداء الحول بدليل وجوب الزكاة فيه عند حولان الحول فلو لم يجعل كالموجود في أول الحول لما وجبت الزكاة فيه لقوله صلى الله عليه وسلم لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول وإذا كان كذلك جعلت الآيات كأنها كانت موجودة في ابتداء الحول ليصير مؤديا بعد وجود الألف تقدير الجواز والله أعلم

فصل وأما شرائط الجواز فتلاثة أحدها كمال النصاب في أول الحول والثاني كماله في آخر الحول والثالث ان لا ينقطع النصاب فيما بين ذلك حتى لو عجل وله في أول الحول أقل من النصاب ثم كمل في آخره فتم الحول والنصاب كامل لم يكن المعجل زكاة بل كان تطوعا وكذا لو عجل والنصاب كامل ثم هلك نصفه مثلاً فتم الحول والنصاب غير كامل لم يجز التجهيل وانما كان كذلك لان الاعتبار بكمال النصاب في طرقي الحول ولان سبب الوجوب هو النصاب فأحد الطرفين حال انعقاد السبب والآخر حال الانقضاء بالوجوب أو حال تأكد الوجوب بالسبب وما بين ذلك ليس بحال الانعقاد ولا حال الوجوب اذا تأكد الوجوب بالسبب فلا معنى لاشتراط النصاب عنده ولان في اعتبار كمال النصاب فيما بين ذلك حرج لان التجار يحتاجون الى النظر في ذلك كل يوم وكل ساعة وفيه من الحرج ما لا يخفى ولا حرج في مراعاة السكال في أول الحول وآخره وكذلك جرت عادة التجار بتعرف رؤس أموالهم في أول الحول وآخره ولا يلتفتون الى ذلك في أثناء الحول الا أنه لا بد من بقاء شيء من النصاب وان قل في أثناء الحول ليضم المستفاد اليه ولانه اذا هلك النصاب الاول كله فقد انقطع حكم الحول فلا يمكن ابقاء المعجل زكاة فيقع تطوعا ولو كان له نصاب في أول الحول فعجل زكاته وانقص النصاب ولم يستغنى حتى حال الحول والنصاب ناقص لم يجز التجهيل ويقع المؤدى تطوعا ولا يعتبر المعجل في تمام النصاب عندنا وعند الشافعي يكمل النصاب بما عجل ويقع زكاة وصورة اذا عجل خمسة عن مائتين ولم يستغنى حتى حال الحول وعنده مائة وخمسة وتسعون أو عجل شاة من أربعين خال عليها الحول وعنده تسعة وثلاثون لم يجز التجهيل عندنا وعندنا جائز وجه قوله ان المعجل وقع زكاة عن كل النصاب فيعتبر في تمام النصاب ولنا ان المؤدى مال أزال ملكه عنه بنية الزكاة فلا يكمل به النصاب كالمؤدى

هالك في يد الامام ولو استفاد خمسة في آخر الحول جازا تعجيل لوجود كمال النصاب في طرفي الحول ولو كان له مائتا درهم فعجل زكاة خمسة فانتقص النصاب ثم استفاد ما يكمل به النصاب بعد الحول في أول الحول الثاني وتم الحول الثاني والنصاب كامل فعليه الزكاة للحول الثاني وما عجل يكون تاما لانه عجل للحول الاول ولم تجب عليه الزكاة للحول الاول لنقصان النصاب في آخر الحول ولو كان له مائتا درهم فعجل خمسة منها ثم تم الحول والنصاب ناقص ودخل الحول الثاني وهو ناقص ثم تم الحول الثاني وهو كامل لا تجزئ الخمسة عن السنة الاولى ولا عن السنة الثانية لان في السنة الاولى كان النصاب ناقصا في آخرها وفي السنة الثانية كان ناقصا في أولها فلم تجب الزكاة في الستين فلاقى مع المؤدى زكاة عنهما ولو كان له مائتا درهم خال الحول وأدى خمسة منها حتى انتقص منها خمسة ثم انه عجل عن السنة الثانية خمسة حتى انتقص منها خمسة أخرى فصار المال مائة وتسعين ثم تم الحول الثاني وقد استفاد عشرة حتى حال الحول على المائتين ذكر في الجامع أن الخمسة التي عجل للحول الثاني جائزة طعن عيسى ابن أبان وقال ينبغي أن لا تجزئه هذه الخمسة عن السنة الثانية لان الحول الاول لم يتم وجبت الزكاة وصارت خمسة من المائتين واجبة وجوب الزكاة يمنع وجوب الزكاة فانه قد عجل الحول الثاني والنصاب ناقص فكان تعجيل الخمسة عن السنة الثانية تعجيلا لحال نقصان النصاب فلم يجز والجواب أن الزكاة تجب بعد تمام السنة الاولى وتتمام السنة الاولى يتعقبه الجزء الاول من السنة الثانية والوجوب ثبت بمقارن ذلك الجزء والنصاب كان كاملا في ذلك الوقت ثم انتقص بعد ذلك وهو حال وجود الجزء الثاني من السنة الثانية فكان ذلك نقصان النصاب في انتهاء الحول ولا عبرة به عند وجود الكمال في طرفيه وقد وجد ههنا جازا تعجيل لوجود حال كمال النصاب

فصل وأما حكم المعجل اذ لم يقع زكاة أنه ان وصل الى يد الفقير يكون تطوعا سواء وصل الى يده من يد رب المال أو من يد الامام أو نائبه وهو الساعي لانه حصل أصل القرينة وانما التوقف في صفة القرصية وصدقة التطوع لا يمتثل الرجوع فيها بعد وصولها الى يد الفقير وان كان المعجل في يد الامام قائمالة أن يسترده لانه لم يصل الى يد الفقير لم يتم الصرف لان يد المصدق في الصدقة المعجلة يد المالك من وجهه لانه مخير في دفع المعجل اليه وان كان يد الفقير من وجهه من حيث انه يقبض له فلم يتم الصرف فلم تقع صدقة أصلا وان هلك في يده لا يضمن عندنا وقال الشافعي ان استسلف الابام بغير مسئلة رب المال ولا أهل السهمان يضمن وهذا فاسد لان الضمان انما يجب على الانسان بفعله وفعله الاخذ وانه مأذون فيه فلا يصلح سببا لوجوب الضمان والهلاك ليس من صنعه بل هو محض صنع الله تعالى اعنى مصنوعه ولو دفع الامام المعجل الى فقير فأيسر الفقير قبل تمام الحول أو مات أو ارتد جاز عن الزكاة عندنا وقال الشافعي يسترده الامام الا أن يكون يساره من ذلك المال وجهه قوله أن كون المعجل زكاة انما ثبت عند تمام الحول وهو ليس محل الصرف في ذلك الوقت فلا يقع زكاة الا اذا كان يساره من ذلك المال لانه حينئذ يكون أصلا فلا يقطع التبع عن أصله ولنا أن الصدقة لا تحت كف الفقير فترقت موقعا فلا تتغير بالغنا الحادث بعد ذلك كما اذا دفعها الى الفقير بعد حوله لان الحول ثم يسر ولو عجل زكاة ماله ثم هلك المال لم يرجع على الفقير عندنا وقال الشافعي يرجع عليه اذا كان قال له انهم معجلة وهذا غير سديد لان الصدقة وقعت في محل الصدقة وهو الفقير بنية الزكاة فلا يمتثل الرجوع كما اذا لم يقل انهم معجلة ولو كان له دراهم أو دينار أو عروض للتجارة فعجل زكاة جنس منها ثم هلك بعض المال جاز المعجل عن الباقي لان الكل في حكم مال واحد بدليل أنه يضم البعض الى البعض في تكيل النصاب فكانت نية التعيين في التعجيل لغوا كما لو كان له ألف درهم فعجل زكاة المائتين ثم هلك بعض المال وهذا بخلاف السوائم المختلفة بأن كان له خمس من الابل وأربعون من النعم فعجل شاة عن خمس من الابل ثم هلك الابل أن المعجل لا يجوز عن زكاة النعم لأنهم ما لان مختلفان صورة ومعنى فكان نية التعيين صحيحة فالتعجيل عن أحدهما لا يقع عن الآخر والله أعلم

فصل وأما بيان ما يسقطها بعد وجوبها فالا سقطها بعد الوجوب أحد الاشياء الثلاثة منها هالك

النصاب بعد الحول قبل التمكن من الاداء بعده عندنا وعند الشافعي لا يسقط بالهلال بعد التمكن والمسئلة قد مضت ومنها الردة عندنا وقال الشافعي الردة لا تسقط الزكاة الواجبة حتى لو أسلم لا يجب عليه الاداء عندنا وعنده يجب وجه قوله أن المرتد قادر على اداء ما وجب عليه لكن بتقديم شرطه وهو الاسلام فاذا أسلم وجب عليه الاداء كالمحدث والجنب اثم ما قادران على اداء الصلاة لكن بواسطة الطهارة فاذا وجدت الطهارة يجب عليهما الاداء كذا هذا ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم الاسلام يجب ما قبله ولان المرتد ليس من أهل اداء العبادة فلا يكون من أهل وجوبها فقط عنه بالردة وما ذكر أنه قادر على الاداء بتقديم شرطه وهو الاسلام كلام فاسد لما فيه من جعل الاصل تبع التبع وجعل التبع أصلا لم يتبعه على ما ينبغي ما تقدم ومنها موت من عليه الزكاة من غير وصية عندنا وعند الشافعي لا تسقط وجملته للكلام فيه أن من عليه الزكاة اذا مات قبل ادائها فلا يخلو امان كان أوصى بالاداء واما ان كان لم يوص فان كان لم يوص تسقط عنه في أحكام الدنيا حتى لا تؤخذ من تركته ولا يؤمر الوصي او الوارث بالاداء من تركته عندنا وعندنا تؤخذ من تركته وعلى هذا الخلاف اذا مات من عليه صدقة الفطر أو النذر أو الكفارات أو الصوم أو الصلاة أو النفقات أو الخراج أو الجزية لانه لا يستوفي من تركته عندنا وعندنا يستوفي من تركته وان مات من عليه العشر فان كان الخراج قائما فلا يسقط بالموت في ظاهر الرواية وروى عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة أنه يسقط ولو كان استهلك الخراج حتى صار دينافي ذمته فهو على هذا الاختلاف وان كان أوصى بالاداء لا يسقط ويؤدي من ثلث ماله عندنا وعند الشافعي من جميع ماله والكلام فيه بناء على أصليين أحدهما ما ذكرناه فيما تقدم وهو أن الزكاة عبادة عندنا والعبادة لا تتأدى الا باختيار من عليه اما بمباشرة بنفسه أو بأمره أو نائبه غيره فيقوم النائب مقامه فيصير مؤديا بيد النائب واذا أوصى فقد اناب واذا لم يوص فلم يذب فلو جعل الوارث نائباً عنه شرعا من غير انابته لكان ذلك انابة جبرية والجبر ينافي العبادة اذا العبادة قول ياتيه العبد باختياره ولهذا قلنا انه ليس للامام أن يأخذ الزكاة من صاحب المال من غير انابه جبراً ولو أخذ لا تسقط عنه الزكاة والثاني أن الزكاة وجبت بطريق الصلاة لا ترى أنه لا يقابلها عوض مالي والصلاات تسقط بالموت قبل التسليم والعشر مؤنة الارض وكما ثبت ثبت مشتركة لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا من طبيبات ما كسبتم ومما أخرجنالك من الارض أضاف المخرج الى الكل الاغنياء والفقراء جميعا فاذا ثبت مشتركة فلا يسقط بموته وعندنا الزكاة حق العبد وهو الفقير فاشبه سائر الديون وانما لا تسقط بموت من عليه كذا هذا واو مات من عليه الزكاة في خلال الحول ينقطع حكم الحول عندنا وعند الشافعي لا ينقطع بل يبنى الوارث عليه فاذا تم الحول أدى الزكاة والكلام فيه أيضا مبني على ما ذكرناه وهو أن الزكاة عادة عندنا فيعتبر فيه جانب المؤدى وهو المالك وقد زال ملكه بموته فينقطع حوله وعندنا ليست بعبادة بل هي مؤنة المالك فيعتبر قيام نفس المالك وانته قائم اذا الوارث يخلف المورث في عين ما كان للمورث والله تعالى أعلم

فصل في آمازكاة الزروع والثمار وهو العشر فالكلام في هذا النوع أيضا يقع في مواضع في بيان فرضيته وفي بيان كيفية الفرضية وفي بيان سبب الفرضية وفي بيان شرائط الفرضية وفي بيان القدر المفروض وفي بيان صفته وفي بيان من له ولاية الاخذ وفي بيان وقت الفرض وفي بيان ركنه وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يسقطه وفي بيان ما يوضع في بيت المسال من الاموال وفي بيان مهارفها أما الاول فالدليل على فرضيته الكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب فبقوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده قال عامة أهل التأويل ان الحق المذكور هو العشر أو نصف العشر فان قيل ان الله تعالى أمر بآتاء الحق يوم الحصاد ومعلوم أن زكاة الحبوب لا تخرج يوم الحصاد بل بعد التنقية والكيل ليظهر مقدارها فيخرج عشرها فدل أن المراد به غير العشر فالجواب أن المراد منه والله أعلم وآتوا حقه الذي وجب فيه يوم حصاده بعد التنقية فكان اليوم ظاهراً للحق لا للآتاء على أن عند أبي حنيفة تجب العشر في الخضر اوات وانما يخرج الحق منها يوم الحصاد وهو القطع ولا ينتظر شيء آخر فثبت أن الآية في العشر إلا أن مقدار

هكذا الحق غير مبين في الآية فكانت الآية مجملة في حق المقدار ثم صارت مقسمة ببيان النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ماسقته السماء ففيه العشر وما سقى بغرب أو دالية ففيه نصف العشر كقوله تعالى وآتوا الزكاة أنها مجملة في حق المقدار فبينه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله في مائتي درهم خمسة دراهم فصارت مقسمة كذا هذا وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم وما أخبرناكم من الأرض وفي الآية دلالة على أن الفقراء حقاً في المخرج من الأرض حيث أضاف المخرج إلى الكل فدل على أن الفقراء في ذلك حقاً كما أن للاغنياء فيدل على كون العشر حق الفقراء ثم عرف مقدار الحق بالسنة وأما السنة فأروينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم ماسقته السماء ففيه العشر وما سقى بغرب أو دالية ففيه نصف العشر وأما الإجماع فلأن الأمة أجمعت على فرضية العشر وأما المعقول فعلى نحو ما ذكرنا في النوع الأول لأن إخراج العشر إلى الفقير من باب شكر الله عليه وأقدار العاجز وتقويته على القيام بالفرائض ومن باب تطهير النفس عن الذنوب وتزكيتها وكل ذلك لازم عقلًا وشرعًا والله أعلم

فصل وأما الكلام في كيفية فرضية هذا النوع فعلى نحو الكلام في كيفية فرضية النوع الأول وقد مضى الكلام فيه

فصل وأما سبب فرضيته فالأرض النامية بالخارج حقيقة وسبب وجوب إخراج الأرض النامية بالخارج حقيقة أو تقديرها حتى لو أصاب الخارج آفة فهلاك لا يجب فيه العشر في الأرض العشرية ولا الإخراج في الأرض الخراجية فهو انتفاء حقيقة وتقديرها لو كانت الأرض عشرية فتمكن من زراعتها فلم تزرع لا يجب العشر لعدم الإخراج حقيقة ولو كانت أرض خراجية يجب الإخراج لوجود الإخراج تقديرًا ولو كانت أرض الإخراج نزة أو غلب عليها الماء بحيث لا يستطاع فيها الزراعة أو سبخة أو لا يصل إليها الماء فلا إخراج فيه لانعدام الإخراج فيه حقيقة وتقديرًا وعلى هذا يخرج أمجد العشر وأنه على ثلاثة أوجه في وجه يجوز بالإخلاف وفي وجه لا يجوز بالإخلاف وفي وجه فيه خلاف أما الذي يجوز بالإخلاف فهو أن يعجل بعد الزراعة وبعد النبات لأنه تعجيل بعد وجود سبب الوجوب وهو الأرض النامية بالخارج حقيقة ألا ترى أنه لو فصله هكذا يجب العشر وأما الذي لا يجوز بالإخلاف فهو أن يعجل قبل الزراعة لأنه يعجل قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب لانعدام الأرض النامية بالخارج حقيقة لانعدام الإخراج حقيقة وأما الذي فيه خلاف فهو أن يعجل بعد الزراعة قبل النبات قال أبو يوسف يجوز وقال محمد لا يجوز وجه قول محمد أن سبب الوجوب لم يوجد لانعدام الأرض النامية بالخارج لا الإخراج فكان تعجيل قبل وجود السبب فلم يحز كالمعجل قبل الزراعة وجه قول أبي يوسف أن سبب الإخراج موجود وهو الزراعة فكان تعجيلًا بعد وجود السبب فيجوز وأما تعجيل عشر الثمار فإن يعجل بعد طوعها جاز بالإجماع وإن يعجل قبل الطوع ذكر الكرخي أنه على الاختلاف الذي ذكرنا في الزرع وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه لا يجوز في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يجوز وجعل الأشجار للثمار بمنزلة الساق للحبوب وهناك يجوز التعجيل كذا ههنا وجه الفرق لأبي حنيفة ومحمد أن الشجر ليس بمعجل لوجوب العشر لأنه حطب ألا ترى أنه لو قطعه لا يجب العشر فاما ساق الزرع فجعل بدليل أنه لو قطع الساق قبل أن ينبت الحبوب لا يجب العشر ويجوز تعجيل الإخراج والخزينة لأن سبب وجوب الإخراج الأرض النامية بالخارج تقديرًا بالتمكن من الزراعة لا تحققًا وقد وجد التمكن وسبب وجوب الجزية كونه ذمياً وقد وجد والله أعلم

فصل وأما شرائط الفرضية فبعضها شرط الأهلية وبعضها شرط المحللة أما شرط الأهلية فتزويج أحدهما بالإسلام وأنه شرط ابتداء هذا الحق فلا يتدأ بهذا الحق الأعلى مسلم بالإخلاف لأن فيه معنى العبادة والكافر ليس من أهل وجوبه ابتداءً فلا يتدأ به عليه وكذلك لا يجوز أن يتحول إليه في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يجوز حتى إن الذي لو اشترى أرض عشر من مسلم فعليه الإخراج عنده وعند أبي يوسف عليه عشران

وعند محمد عليه عشر واحد وجه قول محمد ان الاصل ان كل أرض ابتدئت بضرب حق عليها أن لا يتبدل الحق
بتبدل المالك كالخراج والجامع بينهما ان كل واحد منهما مؤنة الأرض لا تعلق له بالمالك حتى يجب في أرض
غير مملوكة فلا يختلف باختلاف المالك وأبو يوسف يقول لما وجب العشر على الكافر كما قاله محمد فالواجب
على الكافر باسم الشر يكون مضاعفا كالواجب على التغلبي ويوضع موضع الخراج ولا في حنيقة ان العشر فيه
معنى العبادة وللكافر ليس من أهل وجوب العبادة فلا يجب عليه العشر كالأنجب عليه الزكاة المعهودة ولهذا
لا تجب عليه ما ابتداء كذا في حالة البقاء وإذا تذاخر الجاهل العشر عليه فلا سبيل إلى أن ينتفع الذي بأرضه في دار
الاسلام من غير حق يضرب عليه فضر بنا عليه الخراج الذي فيه معنى الصغار كالوجع داره بسننا واختلفت
الرواية عن أبي حنيفة في وقت صيرورتها خراجية ذكر في السير الكبير انه كما شترى صارت خراجية وفي رواية
أخرى لا تصير خراجية ما لم يوضع عليها الخراج وانما يؤخذ الخراج اذا مضت من وقت الشراء مدة يمكنه أن
يزرع فيها سوا مزرع أو لم يزرع كذا ذكر في العيون في رجل باع أرض الخراج من رجل وقد بقي من السنة مقدار
ما يقدر المشتري على زرعها خراجها على المشتري وان لم يكن بقي ذلك القدر خراجها على البائع واختلفت الرواية
عن محمد في موضع هذا العشر ذكر في السير الكبير انه يوضع موضع الصدقة لان قدر الواجب للمسلم لا يتغير عنده
لا تتغير صفته ايضا وروى عنه انه يوضع موضع الخراج لان مال الصدقة لا يؤخذ فيه لكونه مالا مأخوذا من الكافر
في موضع موضع الخراج ولو اشترى مسلم من ذمي أرضا خراجية فعليه الخراج ولا تنقلب عشرية لان الاصل ان
مؤنة الأرض لا تتغير بتبدل المالك الا اضرة وفي حق الذمي اذا اشترى من مسلم أرض عشر ضرورية لان
الكافر ليس من أهل وجوب العشر فاما المسلم فن أهل وجوب الخراج في الجملة فلا ضرورة الى التغير بتبدل المالك
ولو باع المسلم من ذمي أرضا عشرية فاخذها مسلم بالشفعة ففيها العشر لان الصفة تنحوت الى الشفع كانه
باعها منه فكان انتقالا من مسلم الى مسلم وكذلك لو كان البيع فاسدا فاستردها البائع منه لفسد البيع عادت الى
العشر لان البيع الفاسد اذا فسخ رتفع من الاصل ويصير كأن لم يكن فيرتفع باحكامه ولو وجد المشتري بها عيبا
فعلى رواية السير الكبير ليس له أن يردّها بالعيب لانها صارت خراجية بنفس الشراء فحدث فيها عيب زائد في يده
وهو وضع الخراج عليها ففتح الرد بالعيب لكنه يرجع بمحضه اليه وعلى الرواية الاخرى له أن يردّها ما لم يوضع
عليها الخراج لعدم حدوث العيب فان ردها برضا البائع لا تؤد عشرية بل هي خراجية على حالها عند أبي
حنيفة لان الرد برضا البائع بمنزلة بيع جديد ولا أرض اذا صارت خراجية لا تنقلب عشرية بتبدل المالك ولو
اشترى التغلبي أرضا عشرية فعليه عشران في قول أبي حنيفة وأبو يوسف وعند محمد عليه عشر واحد أما محمد
فقد مر على أصله ان كل مؤنة ضربت على أرض انما لا تتغير بتغير حال المالك وفقهه ما ذكرنا وهما يقولان
الاصل ما ذكره محمد لكن يجوز أن تتغير اذا وجد المغير وقد وجد ههنا وهو قضية عمر رضي الله عنه فانه صالح بن ثعلب
على ان يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين بمحض من الصحابة فان اسلم التغلبي أو باعها من مسلم لم يتغير
العشران عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يتغير الى عشر واحد وجه قوله ان العشرين كانا لكونه نصرانيا تغلبي
اذ التضعيف يختص بهم وقد بطل بالاسلام في بطل التضعيف ولا في حنيقة ان العشرين كانا خراجا على التغلبي
والخراج لا يتغير بالاسلام لما ذكرنا ان المسلم من أهل وجوب الخراج في الجملة ولا يتفرع التغير على أصل محمد
لانه كان عليه عشر واحد قبل الاسلام والبيع من المسلم فيجب عشر واحد كما كان وهكذا ذكر الكرخي في
مختصره ان عند محمد يجب عشر واحد ذكر الطحاوي في التغلبي يشترى أرضا عشر من مسلم انه يؤخذ منه
عشران في قولهم والصحيح ما ذكره الكرخي لما ذكرنا من أصل محمد رحمه الله ولو اشترى التغلبي أرضا عشر
فباعها من ذمي فعليه عشران لما ذكرنا ان التضعيف يختص بالتغلبي بطريق الخراج والخراج لا يتغير بتبدل المالك
وروى الحسن عن أبي حنيفة ان عليه الخراج لان التضعيف يختص بالتغلبي والله أعلم والثاني العلم بكونه مفرضا

ونعني به سبب العلم في قول أصحابنا الثلاثة خلافا لفرقهم والمسألة ذكر في كتاب الصلاة وأما العقل والبالوغ
فليس من شرائط أهلية وجوب العشر حتى يجب العشر في أرض الصبي والمجنون لعدم قول النبي صلى الله
عليه وسلم ما سقته السماء ففيه العشر وما سقى بغرب أو دالية ففيه نصف العشر ولأن العشر مؤنة الأرض
كالخراج ولهذا لا يجتمعان عندنا ولهذا يجوز للإمام أن عديده إليه فيأخذه جبراً ويسقط عن صاحب الأرض
كالوادي بنفسه إلا أنه إذا أدى بنفسه يقع عبادة فينال ثواب العبادة وإذا أخذه الإمام كرها لا يكون له ثواب فعل
العبادة وإنما يكون ثواب ذهاب ماله في وجه الله تعالى بمنزلة ثواب المصائب كرها بخلاف الزكاة فإن الإمام
لا يملك الأخذ جبراً وأن أخذ لا تسقط الزكاة عن صاحب المال ولهذا الوفاء من عليه العشر والطعام قائم يؤخذ
منه بخلاف الزكاة فإنها تسقط بموت من هي عليه وكذا ملك الأرض ليس بشرط لوجوب العشر وإنما الشرط ملك
الخراج فيجب في الأرض التي لا مالك لها وهي الأرض الموقوفة لعدم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من
طيبات ما كسبتم وما أخرجناكم من الأرض وقوله عز وجل وآتوا حقه يوم حصاده وقول النبي صلى الله عليه
وسلم ما سقته السماء ففيه العشر وما سقى بغرب أو دالية ففيه نصف العشر ولأن العشر يجب في الخارج لا في الأرض
فكان ملك الأرض وعدمه بمنزلة واحدة ويجب في أرض المأذون والمكاتب لما قلنا ولو أجزأ أرضه العشرة
فمشر الخراج على المؤاجر عنده وعندهما على المستأجر وجه قولهما ظاهر لما ذكرنا أن العشر يجب في الخارج
والخراج ملك المستأجر فكان العشر عليه كالمستعير ولا يخيغه أن الخارج للمؤاجر معنى لأن بدله وهو الأجرة
له فصارت زرع بنفسه وفيه اشكال لأن الأجر مقابل لمنفعته لا الخارج والعشر يجب في الخارج عندهما
والخراج يسلم للمستأجر من غير عوض فيجب فيه العشر والجواب أن الخارج في إجارة الأرض وإن كان عينا حقيقة
فله حكم المنفعة فيقابلة الأجر فكان الخارج للأجر معنى فكان العشر عليه فإن هلك الخارج كان قبل الحصاد
فلا عسر على المؤاجر ويجب الأجر على المستأجر لأن الأجر يجب بالتمكين من الانتفاع وقد تمكن منه وإن هلك
بعد الحصاد لا يسقط عن المؤاجر عسر الخارج لأن العشر كان يجب عليه ديناً في ذمته ولا يجب في الخارج عنده
حتى يسقط بهلاكه فلا يسقط عنه العشر بهلاكه ولا يسقط الأجر عن المستأجر أيضاً وعند أبي يوسف ومحمد
العشر في الخارج فيكون على من حصل له الخارج ولو هلك بعد الحصاد أو قبله هلك بعائنه من العشر ولو أعارها من
مسلم فزرعها فالعشر على المستعير عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر على المعير وهكذا روى عبد الله بن المبارك عن
أبي حنيفة ولا خلاف في أن الخارج على المعير وجه قول زفر أن الإجارة تعليق المنفعة بغير عوض فكان هبة المنفعة
فأشبه هبة الزرع ولنا أن المنفعة حصلت للمستعير صورة ومعنى إذ لم يحصل للمعير في مقابلتها عوض فكان العشر على
المستعير ولو أعارها من كافر فكذلك الجواب عندهما لأن العشر عندهما في الخارج على كل حال وعن أبي حنيفة فيه
روايتان في رواية العشر في الخارج وفي رواية على رب المال ولو دفعها مزارعة فاما على مذهبهما فإلا مزارعة جائزة
والعشر يجب في الخارج والخارج بينهما فيجب العشر عليهما وأما على مذهب أبي حنيفة فالمزارعة فاسدة ولو كان
يجبها كان يجب على مذهب جميع العشر على رب الأرض إلا أن في حصته جميع العشر يجب في عينه وفي حصه
المزارع يكون ديناً في ذمته ولو غصب غاصب أرضاً عشرين فزرعها فإن لم تقصها الزراعة فالعشر على الغاصب في
الخارج لا على رب الأرض لأنه لم تسلم له منفعة كافي العارية وإن تقصها الزراعة فعلى الغاصب نقصان الأرض كأنه
أجرها منه وعشر الخارج على رب الأرض عند أبي حنيفة وعندهما في الخارج ولو كانت الأرض خراجية في
الوجوه كلها فخراجها على رب الأرض بالاجتماع إلا في الغصب إذ لم تقصها الزراعة فخراجها على الغاصب وإن
تقصها فعلى رب الأرض كأنه أجرها منه وقال محمد بن أنظر إلى نقصان الأرض وإلى الخارج فإن كان ضمان النقصان
أكثر من الخراج فالخراج على رب الأرض يأخذ من الغاصب النقصان فيؤدي الخراج منه وإن كان ضمان
النقصان أقل من الخراج فالخراج على الغاصب وسقط عنه ضمان النقصان ولو باع الأرض العشرية وفيها زرع

قد أدرك مع زرعها أو باع الزرع خاصة فعشره على البائع دون المشتري لأنه باعه بعد وجوب العشر وتقرر به
بالادراك ولو باعها أو الزرع بقل فإن قصده المشتري للعالم فعشره على البائع أيضا لتقرر الوجوب في البقل بالتفصيل
وان تركه حتى أدرك فعشره على المشتري في قول أبي حنيفة ومحمد تحول الوجوب من الساق إلى الحب وروى عن
أبي يوسف أنه قال عشر قدر البقل على البائع وعشر الزيادة على المشتري وكذلك حكم الثمار على هذا التفصيل
وكذا عدم الدين ليس بشرط وجوب العشر لأن الدين لا يمنع وجوب العشر في ظاهر الرواية بخلاف الزكاة المأمورة
وقدم مضي الفرق فيما تقدم

فصل وأما شرائط المحلية فأشياء منها أن تكون الأرض عشريّة فإن كانت خراجية يجب فيها الخراج ولا
يجب في الخراج منها العشر فالعشر مع الخراج لا يجتمعان في أرض واحدة عندنا وقال الشافعي يجتمعان فيجب في
الخراج من أرض الخراج العشر حتى قال بوجوب العشر في الخراج من أرض السواد وجه قوله أنهما حقان مختلفان
ذاتا ومحلّا وسياق لا يتدافعان أما اختلافهما إذا فلاشك فيه وأما المحل فلأن الخراج يجب في النامية والعشر يجب
في الخراج وأما السبب فلأن سبب وجوب الخراج الأرض النامية وسبب وجوب العشر الخراج حتى لا يجب
بدونه والخراج يجب بدون الخراج وإذا ثبت اختلافهما إذا فلاشك في وجوب أحدهما لا يمنع وجوب
الأخرى ولما روى عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ولأن
أحدا من أئمة العدل وولاء لجور لم يأخذ من أرض السواد عشر إلى يومنا هذا فالقول بوجوب العشر فيها يخالف
الاجتماع فيكون باطلا ولأن سبب وجوبهما واحد وهو الأرض النامية فلا يجتمعان في أرض واحدة كالأجتماع
زكاة في مال واحد وهي زكاة الساعة والتجارة والدليل على أن سبب وجوبهما الأرض النامية أنهما يضافان إلى
الأرض يقال خراج الأرض وعشر الأرض والاضافة تدل على السببية فثبت أن سبب الوجوب فيهما هو
الأرض النامية إلا أنه إذا لم يزرعها أو عطلها يجب الخراج لأن انعدام الغناء كان لتقصير من قبله فيجعل موجودا
تقدير حتى لو كان القوت لا بتقصيره بل بانه لا يجب وانما لا يجب العشر بدون الخراج حقيقة لأنه متعين ببعض
الخراج لا يمكن إيجابه بدون الخراج وعلى هذا قال أصحابنا فيمن اشترى أرض عشر للتجارة أو اشترى أرض خراج
للتجارة فإن فيها العشر أو الخراج ولا تجب زكاة التجارة مع أحدهما والرواية المشهورة عنهم وروى عن محمد أنه يجب
العشر والزكاة أو الخراج والزكاة وجه هذه الرواية أن زكاة التجارة تجب في الأرض والعشر يجب في الزرع وأنهما
مالان مختلفان فلم يجتمع الحقان في مال واحد وجه ظاهر الرواية أن سبب الوجوب في الكل واحد وهو الأرض
الأنرى أنه يضاف الكل إليها يقال عشر الأرض وخراج الأرض وكل واحد من ذلك حق لله تعالى
وحقوق الله تعالى المتعلقة بالأموال النامية لا يجب فيها حقان منها بسبب مال واحد كزكاة الساعة مع التجارة وإذا
ثبت أنه لا سبيل إلى اجتماع العشر والزكاة واجتماع الخراج والزكاة فيجب العشر أو الخراج أولى لأنهما أعم وجوبا
الأنرى أنهما لا يسقطان بعذر الصبا والجنون والزكاة تسقط به فكان إيجابهما أولى وإذا عرف أن كون الأرض
عشرية من شرائط وجوب العشر لا بد من بيان الأرض العشرية وبجملته الكلام فيه أن الأرض نوعان عشرية
وخراجية أما العشرية فهي أرض العرب كلها قال محمد رحمه الله وأرض العرب من العذيب إلى مكة وعدن إلى
أقصى جبريلين بحيرة وذكر الكرخي هي أرض الحجاز ونهاية اليمن ومكة والطائف والبرية وانما كانت هذه
أرض عشر لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين بعده لم يأخذوا من أرض العرب خراجا فدل أنها
عشرية إذا لا أرض لا يتخلو عن إحدى المؤنتين ولأن الخراج يشبه النسيئة فلا يثبت في أرض العرب كما لم يثبت في
رقابهم والله أعلم ومنها الأرض التي أسلم عليها أهلها طوعا ومنها الأرض التي فكت عنوة وقهر أو فكت بين
الغائبين المسلمين لأن الأرض لا يتخلو عن مؤنة ما العشر وما الخراج والابتداء بالعشر في أرض المسلم أولى لأن في
العشر معنى العبادة وفي الخراج معنى الصغار ومنها دار المسلم إذا اتخذها بيتا لنا ملنا وهذا إذا كان يسقى بماء العشر

فان كان يستقي بماء الخراج فهو خراجي وأما ما أحياه المسلم من الارض الميتة باذن الامام فقال أبو يوسف ان كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية وان كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية وقال محمد ان أحياء بماء السماء أو بغيره استنبطها أو بماء الانهار العظام التي لا تملك مثل دجلة والفرات فهي أرض عشرية وان شق لها نهر من أنهار الا عاظم مثل نهر الملك ونهر ريد جرد فهي أرض خراج وجه قول محمد ان الخراج لا يبتدأ بأرض المسلم لمافيه من معنى الصغار كالقني الا اذا التزمه فاذا استنبط عيناً وحفر بئراً وأحياء بماء الانهار العظام فلم يلتزم الخراج فلا يوضع عليه واذا أحياء بماء الانهار المملوكة فقد التزم الخراج لان حكم القني يتعلق بهذه الانهار فصارت كأنه اشترى أرض الخراج ولا ييوسف ان حيز الشيء في حكم ذلك الشيء لانه من توابعه كحريم الدار من توابع الدار حتى يجوز الا تتفادع به ولهذا لا يجوز احياء ما في حيز القرية لكونه من توابع القرية فكأن حقل أهل القرية وقياس قول أبي يوسف أن تكون البصرة خراجية لانها من حيز أرض الخراج وان أحياء المسلمون الا انه ترك القياس باجماع الصحابة رضي الله عنهم حيث وضعوا عليها العشر وأما الخراجية فمنها الاراضي التي فحمت عنوة وقهر افن الامام عليهم وتركها في يد أربابها فانه يضع على جماعتهم الجزية اذ لم يسلموا وعلى أراضيهم الخراج أسلموا ولم يسلموا وأرض السواد كلها أرض خراج وحدها من العذيب الى عقبة حلوان ومن العلب الى عبادان لان عمر رضي الله عنه لما فتح تلك البلاد ضرب عليها الخراج بمحض من الصحابة رضي الله عنهم فانفذ عليها حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف في سنها ووضعوا عليها الخراج ولان الحاجة الى ابتداء الايجاب على الكافر والابتداء بالخراج الذي فيه معنى الصغار على الكافر أولى من العشر الذي فيه معنى العباداة والكافر ليس بأهل لها وكان القياس أن تكون مكة خراجية لانها فحمت عنوة وقهر وتركت على أهلها ولم تقسم لكننا تركنا القياس بفعل النبي صلى الله عليه وسلم حيث لم يضع عليها الخراج فصارت مكة مخصوصة بذلك نظيماً للحرم وكذا اذا من عليهم وصالحهم من حجاجهم وأراضيهم على وظيفة معلومة من الدراهم أو الدينار أو نحو ذلك فهي خراجية لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح نصارى بني نجران من جزية رؤسهم وخراج أراضيهم على أني حلة وفي رواية على أني ومائتي حلة تؤخذ منهم في وقتين لكل سنة نصفها في رجب ونصفها في المحرم وكذا اذا أجالهم وقتل اليها قوماً آخرين من أهل الذمة لانهم قاموا مقام الاوين ومنها أرض نصارى بني تغلب لان عمر رضي الله عنه صالحهم على أن يأخذ من أراضيهم العشر مضاعفاً وذلك خراج في الحقيقة حتى لا يتغير بتغير حال المالك كالخراجي ومنها الارض الميتة التي أحياءها المسلم وهي التي بماء الخراج وماء الخراج هو ماء الانهار الصغار التي حفرتها الا عاظم مثل نهر الملك ونهر ريد جرد وغير ذلك مما يدخل تحت الايدي وماء العيون والقنوات المستنبطة من مال بيت المال وماء العشر هو ماء السماء والا تباروا العيون والانهار العظام التي لا تدخل تحت الايدي كسيحون وجيهون ودجلة والفرات ونحوها اذ لا سبيل الى اثبات اليد عليها اذ خالها تحت الحماية وروى عن أبي يوسف ان مياه هذه الانهار خراجية لا مكان اثبات اليد عليها اذ خالها تحت الحماية في الجلة بشد السفن بعضها على بعض حتى لا يمشي به القنطرة ومنها أرض الموت التي أحياء بماء الأرض الغنيمة التي رخصها الامام لذي كان يقاتل مع المسلمين ودار الذمي التي اتخذها بسائناً أو كمالاً كزنان عند الحاجة الى ابتداء ضرب المؤنة على أرض الكافر الخراج أولى لما بينا ومنها أي من شرائط المحلبة وجود الخراج حتى ان الارض لو لم تخرج شيئاً لم يجب العشر لان الواجب جزء من الخراج واجبات جزء من الخراج ولا خارج محال ومنها أن يكون الخراج من الارض بما يقصد بزراعتها نعم الارض وتستغل الارض به عادة فلا عشر في الحطب والحشيش والقصب الفارسي لان هذه الاشياء لا تستغنى بها الارض ولا تستغل بها عادة لان الارض لا تنمو بها بل تفسد فلم تكن نعماء الارض حتى قالوا في الارض اذا اتخذها مقصبة وفي شجره الخسلاف التي يقطع في كل ثلاث سنين أو أربع سنين انه يجب فيها العشر لان ذلك غلة وافرة ويجب في قصب السكر وقصب الذريرة لانه يطلب به ما نعماء الارض فوجب شرط الوجوب فيجب فاما كون

الخارج مما له ثمرة باقية فليس بشرط لوجوب العشر بل يجب سواء كان الخارج له ثمرة باقية أو ليس له ثمرة باقية
وهي الخضراوات كالبقول والرطاب والخيار والقثاء والبصل والثوم ونحوها في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف
ومحمد لا يجب إلا في الحبوب وماله ثمرة باقية واحتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس في
الخضراوات صدقة وهذا نص ولا في حنيفة قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما
أخرجنا لكم من الأرض وأحق ما تنالوه هذه الآية الخضراوات لأنها هي المخرجة من الأرض حقيقة وأما الحبوب
فأما غير مخرجة من الأرض حقيقة بل من المخرج من الأرض ولا يقال المراد من قوله تعالى وما أخرجنا لكم من
الأرض أي من الأصل الذي أخرج لكم كافي قوله تعالى قد أنزلنا عليه كتابا يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما
أخرجنا لكم من الأرض الذي يكون منه اللباس وهو الماء لا عين اللباس إذا لا بأس كما هو غير منزل من السماء وكقوله تعالى خلقكم من تراب أي
خلق أصلكم وهو آدم عليه السلام كذا هذا لا نأخذ بالحقبة ماقلة والأصل اعتبار الحقيقة ولا يجوز العدول عنها
الابدال قام دليل العدول هنا فيجب العمل بالحقيقة فيما وراءه ولأن فيما ناله أبو حنيفة عملا بحقيقة الإضافة
لأن الإخراج من الأرض والانبثاق محض صنع الله تعالى لا صنع للعبد فيه لا ترى إلى قوله تعالى أفرايتهم ما منحرون
أنتم تزرعونهم أم نحن الزارعون فإما بعد الإخراج والانبثاق فلا عيب فيه صنع من السقي والحفظ ونحو ذلك فكان
الجل على النبات عملا بحقيقة الإضافة أولى من الجل على الحبوب وقوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده والحصاد
القطع وأحق ما يجعل الحق عليه الخضراوات لأنها هي التي يجب إتياء الحق منها يوم القطع وأما الحبوب فبناظر
الإتياء فيها إلى وقت التنقية وقول النبي صلى الله عليه وسلم ما سقته الماء ففيه العشر وما سقى بغرب أو دالية ففيه
نصف العشر من غير فصل بين الحبوب والخضراوات ولأن سبب الوجوب هو الأرض النامية بالخارج والغاء
بالخضر أبلغ لأن ريعها أو فروعها أو ما الحديث فغرب فلا يجوز تخصيص الكتاب والخبر المشهور بمثله أو يجعل على
لزكاة أو يجعل قوله ليس في الخضراوات صدقة على أنه ليس فيها صدقة تؤخذ بل أيامهم الذين يردونها بأنفسهم
فكان هذا في ولاية الأخذ لا مأمور به نقول والله أعلم وكذا النصاب ليس بشرط لوجوب العشر فيجب العشر
في كثير الخارج وقيل لا يشترط فيه النصاب عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يجب فيما دون خمسة أو سق
إذا كان مما يدخل تحت الكيل كالحنطة والشعير والذرة والأرز ونحوها والوسق ستون صاعا بصاع النبي صلى الله
عليه وسلم والهاع ثمانية أرطال جلتم نصف من وهو أربعة أمانان فيكون جاته ألفا ومائتي من وقال أبو يوسف
الصاع خمسة أرطال وثلاث رطل واحتجوا في المسئلة بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس فيما دون
خمس أو سق صدقة ولا في حنيفة عموم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا
لكم من الأرض وقوله عز وجل وآتوا حقه يوم حصاده وقول النبي صلى الله عليه وسلم ما سقته السماء ففيه العشر
وما سقى بغرب أو دالية ففيه نصف العشر من غير فصل بين القليل والكثير ولأن سبب الوجوب هو الأرض
النامية بالخارج لا يوجب التفصيل بين القليل والكثير وأما الحديث فالجواب عن التعلق به من وجهين أحدهما أنه
من الآحاد فلا يقبل في معارضة الكتاب والخبر المشهور فإن قيل ما تلوثتم من الكتاب وورثتم من السنة يقتضيان
الوجوب من غير التعرض لمقدار الموجب منه وماروينا يقتضي المقدار فكان بيان المقدار ما يجب فيه العشر
والبيان بخبر الواحد جائز كميان الجميل والمتشابه فالجواب أنه لا يمكن حله على البيان لأن ما تمسكنا به عام يتناول
ما يدخل تحت الوسق وما لا يدخل وما روينا يتم من خبر المقدار خاص فيما يدخل تحت الوسق فلا يصلح بيانا للمقدار
الذي يجب فيه العشر لأن من شأن البيان أن يكون شاملا لجميع ما يقتضي البيان وهذا ليس كذلك على ما بينا فلم
أنه لم يرد مورد البيان والثاني أن المراد من الصدقة الزكاة لأن مطلق اسم الصدقة لا ينصرف إلا إلى الزكاة المعهودة
ونحن به نقول أن ما دون خمسة أو سق من طعام أو ثمر لا تجارة لا يجب فيه الزكاة ما لم يبلغ قيمتها مائتي درهم أو يحتمل
الزكاة فيجعل عليها بالذلل بقدر الالام كان ثم ثمة كقرو ع مذهب أبي يوسف ومحمد في فصل الخلاف وما فيه

من الخلاف بينهما في ذلك والوفاق فتقول عندهما يجب العشر في العنب لان المجفف منه يبقى من سنة الى سنة وهو الزبيب فيخرج من العنب جافا فان بلغ مقدار ما يجي منه الزبيب خمسة أوسق يجب في عنبه العشر أو نصف العشر والافلاشي فيه روى عن محمد بن العنب اذا كان رقيقا يصالح الماء ولا يجي منه الزبيب فلاشي فيه وان كثر لان الوجوب فيه باعتبار حال الجفاف وكذا قال أبو يوسف في سائر الثمار اذا كان يجي منها ما يبقى من سنة الى سنة بالتجفيف انه يخرج من ذلك جافا فان بلغ نصابا وجب والا فلا كالتمين والاحاص والكثير والخوخ ونحو ذلك لانها اذا جففت تبقى من سنة الى سنة فكانت كالزبيب وقال محمد لا عشر في التين والاحاص والكثير والخوخ والتفاح والمشمش والنبق والتوت والماوز والخروب لانها وان كان ينتفع بها بعضها بالتجفيف وبعضها بالتشريق والتجفيف فلا تتفادع بها هذا الطريق ايسر بغالب ولا يفعل ذلك عادة ويجب العشر في الجوز واللوز والفسق لانها تبقى من السنة الى السنة ويلب الاتفادع بالجفاف منها فاشبهت الزبيب وروى عن محمد بن العنب في البصل العشر لانه يبقى من سنة الى سنة ويدخل في الكبل ولا عشر في الآس والورد والوسمة لانها من الرياحين ولا يعم الاتفادع بها وأما الحناء فقال أبو يوسف فيه العشر وقال محمد لا عشر فيه لانه من الرياحين فأشبه الآس والورد ولا يي يوسف انه يدخل تحت الكبل وينتفع به منه عامة بخلاف الآس والصفرو والكتان اذا بلغ القرطم والحب خمسة أوسق وجب فيه العشر لان المقصود من زراعتها الحب والحب يدخل تحت الوقي فيعتبر فيه الاوسق فاذا بلغ ذلك يجب العشر ويجب في الصفرو والكتان أيضا على طريق التبع وقال في بزر القنب اذا بلغ خمسة أوسق ففيه العشر لانه يبقى ويقصد بالزراعة والاتفادع به عام ولا شيء في القنب لانه لحاء الشجر فاشبهه لحاء سائر الاشجار ولا عشر فيه فكذلك في حب الصنوبر اذا بلغ الاوسق ففيه العشر لانه يقبل الادخار ولا شيء في خشبه كالأشياء في خشب سائر الشجر ويجب في السكر اوياء والكزبرة والكبون والخردل لما قلنا ولا يجب في السعتر والشونيز والحلبة لانها من جملة الأدوية لا يعم الاتفادع بها وقصص السكر اذا كان مما يتخذ منه السكر فاذا بلغ ما يخرج منه خمس أفراس يجب فيه العشر كذا قال محمد لانه يبقى وينتفع به اتفادعا ما ولا شيء في البالوط لانه لا يعم المنفعة به ولا عشر في بزر الباطح والقناب والخبار والرطبة وكل بزر لا يصلح للزراعة بخلاف بينم لانه لا يقصد بزراعتها تفهابل ما يولد منه او ذالا عشر فيه عندهما ومما يفرع على أصلهما ما اذا أخرجت الارض أجناسا مختلفة كالحنطة والشعير والعدس كل صنف منها لا يبلغ النصاب وهو خمسة أوسق انه يعطى كل صنف حكم نفسه أو يضم البعض الى البعض في تكميل النصاب وهو خمسة أوسق روى محمد بن أبي يوسف انه لا يضم البعض الى البعض بل يعتبر كل جنس بانفراده ولم يرو عنه ما اذا أخرجت نوعين من جنس وروى الحسن بن زياد وابن أبي مالك عنه ان كل نوعين لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا كالحنطة البيضاء والحمراء ونحو ذلك يضم أحدهما الى الآخر سواء خرجا من أرض واحدة أو أراض مختلفة ويكمل به النصاب وان كانا مما يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا كالحنطة والشعير لا يضم وان خرجا من أرض واحدة وتعين كل صنف منهما بانفراده ما يبلغ خمسة أوسق لا شيء فيه وهو قول محمد وروى ابن سماعة عنه ان الغلوتين ان كانتا تدركان في وقت واحد اتضم احدهما الى الأخرى وان اختلفت أجناسهما وان كانتا تدركان في وقت واحد لا تضم وجه رواية اعتبار الادراك ان الحق يجب في المنفعة وان كانتا تدركان في مكان واحد كانت منفعة واحدة الا يتبر فيه اختلاف جنس الخارج كعروض التجارة في باب الزكاة واذا كان ادراكهما في أوقات مختلفة اختلفت منفعتهم ما فكلانا كالأجناس المختلفة وجه رواية اعتبار التفاضل وهو قول محمد انه لا عبرة باختلاف النوع فيما لا يجوز فيه التفاضل اذا كان الجنس متحدا كالدرهم السود والبعض في باب الزكاة انه يضم أحدهما الى الآخر في تكميل النصاب وان كان النوع مختلفا فاما في الإيجري فيه التفاضل فاختلاف الجنس معتبر في المنع من الضم كالابل مع البقر في باب الزكاة وهو رواية محمد بن أبي يوسف وقال أبو يوسف اذا كان لرجل أراض مختلفة في رساتيق مختلفة والامل واحد ضم الخارج من بعضها الى بعض

وكل الأوسق به وإن اختلف العامل لم يكن لأحد العامين مطالبة حتى يبلغ ما خرج من الأرض التي في عمله خمسة
 أوسق وقال محمد إذا اتفق المالك ضم الخارج بعضها إلى بعض وإن اختلفت الأرضون والعمال وهذا لا يصح في الخلاف
 لأن كل واحد منهما الجاب في غير ما أجاب به الآخر لأن جواب أبي يوسف في سقوط المطالبة عن المالك ولم يتعرض
 لجواب الحق على المالك فيما بينه وبين الله تعالى وهو فيه ما بينه وبين الله تعالى مخاطب بالأداء لا اجتماع النصاب في
 ملكه وإنما سقطت المطالبة عنه وجواب محمد في وجوب الحق ولم يتعرض لمطالبة العامل فلم يتحقق الخلاف بينهما وما
 يتفرع على قولهما الأرض المشتركة إذا أخرجت خمسة أوسق أنه لا عشر فيها حتى تبلغ حصة كل واحد منهما
 خمسة أوسق وروى الحسن عن أبي يوسف أن فيم العشر وجه هذه الرواية أن المالك ليس بشرط لوجوب العشر
 بدليل أنه يجب في الأرض الموقوفة وأرض المكاتب وأرض المأذون وإنما الشرط كمال النصاب وهو خمسة أوسق
 وقد وجدوا الصحيح هو الأول لأن النصاب عندهما بشرط الوجوب فيه تركه في حق كل واحد منهما كما في مال
 الزكاة على ما بيناه هذا الذي ذكرنا من اعتبار الأوسق عندهما فيما يدخل تحت الكيل وإماما لا يدخل تحت
 الكيل كالقطن والزعفران فقد اختلفا فيما بينهما قال أبو يوسف يعتبر فيه القيمة وهو أن يبلغ قيمة الخارج
 قيمة خمسة أوسق من أدنى ما يدخل تحت الوسق من الحبوب وقال محمد يعتبر خمسة أمثال أعلى ما يقدر به ذلك
 الشيء فالقطن يعتبر بالأحوال فإذا بلغ خمسة أحوال يجب والأفلاو يعتبر بكل حمل ثمانية من فتكون جلته ألفا
 وخمسة مائة من الزعفران يعتبر بالأمثال فإذا بلغ خمسة أمثال يجب والأفلاو كذلك في الكبر يعتبر خمسة أمثال
 وجه قول محمد أن التقدير بالوسق في الموسوقات لكون الوسق أقصى ما يقدر به في بابه وأقصى ما يقدر به في غير
 الموسوق ما ذكرنا فوجب التقدير به ولأبي يوسف الأصل هو اعتبار الوسق لأن النص ورد به غير أنه إن أمكن
 اعتباره صورة ومعنى يعتبر وإن لم يمكن يجب اعتباره معنى وهو قيمة الموسوق وإماما العسل فقد ذكر القسودري
 في شرحه مختصر الكرخي عن أبي يوسف أنه اعتبر فيه قيمة خمسة أوسق فإن بلغ ذلك يجب فيه العشر والأفلاو بناء
 على أصله من اعتبار قيمة الأوسق فيما لا يدخل تحت الكيل وما روى عنه أنه يعتبر فيه خمسة أوسق فأما أراد به قدر
 خمسة أوسق لأن العمل لا يكال وروى عنه أنه قدر ذلك بعشرة أرطال وروى أنه اعتبر بنخس قرب كل بقية نخسون
 منافيكون جئاته مائتين وخمسين مناهو محمد اعتبر فيه خمسة أفران كل فرق ستة وثلاثون رطلا فيكون ثمانية عشر منا
 فتكون جلته تسعين مناهو بناء على أصله من اعتبار خمسة أمثال أعلى ما يقدر به كل شيء وذكر القاضي في شرحه مختصر
 الطحاوي أن أبا يوسف اعتبر في نصاب العسل عشرة أرطال ومحمد اعتبر بنخسة أفران في رواية وخمس قرب في
 رواية وخمسة أمثال مناهو في رواية ثم وجوب العشر في العسل مذهب أصحابنا رحمهم الله وقال الثاني لا عشر فيه وزعم
 أن ما روى في وجوب العشر في العسل لم يثبت وجه قوله أن سبب الوجوب وهو الأرض النامية بالخارج لم يوجد لانه
 ليس من غناء الأرض بل هو متولد من حيوان فلم تكن الأرض نامية بها ونحن نقول إن لم يثبت عندك وجوب العشر
 في العسل فقد ثبت عندنا لا ترى إلى ما روى أن أبا سياره جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إن لي خلافا قال
 النبي صلى الله عليه وسلم أدعهم فقال أبو سياره أحمر إلى رسول الله فمأله وروى عمرو بن شعيب عن أبيه
 عن جده أن بطنا من فهر كانوا يؤدون إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من نخل لهم العشر من كل عشر قرب قرب
 وكان يحمي لهم وادين فلما كان عمر رضي الله عنه استعمل على ما هناك سفيان بن عبد الله الثقفي فأبوا أن يؤدوا
 إليه شيئا وقالوا انما كان شيئا يؤديه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكتب ذلك سفيان إلى عمر رضي
 الله عنه فكتب إليه عمر رضي الله عنه انما النخل ذباب غيث يسوقه الله تعالى رزقا إلى من يشاء فان أدوا اليك
 ما كانوا يؤدونه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحم لهم وادينهم ولا تغفل بين الناس وبينها فأدوا إليه وعن
 أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن أن يؤخذ من العسل العشر وعن عمر رضي
 الله عنه أنه كان يأخذ من العسل العشر من كل عشر قرب قربة وكذا روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان

بفعل ذلك حين كان واليا بالهجرة وأما قوله ليس من ثمار الأرض فنقول هو ملحق بثمارها لا اعتبار الناس اعداد
الأرض لها ولا نه يتولد من أنوار الشجر فكان كالثمر ثم انما يجب العشر في العسل اذا كان في أرض العشر فاما اذا
كان في أرض الخراج فلا شيء فيه لما ذكرنا ان وجوب العشر فيه لكونه بمنزلة الثمرات ولده من اثمار الشجر ولا شيء في
ثمار أرض الخراج ولان أرض الخراج يجب فيها الخراج فلو وجب العشر في العسل لاجتمع العشر والخراج في
أرض واحدة ولا يجتمعان ههنا ويجب العشر في قليله وكثيره في قول أبي حنيفة لانه ملحق بالثاء ويجرى
مجرى الثمار والنصاب ليس بشرط في ذلك عنده وعندهما شرط وقد ذكرنا اختلاف الرواية عنهما في ذلك
وما يوجد في الجبال من العسل والغواكه فقد روى محمد بن أبي حنيفة ان فيه العشر وروى أصحاب الاملاء
عن أبي يوسف انه لا شيء فيه وجه قول أبي يوسف ان هذا مباح غير مملوك فلا يجب فيه العشر كالحطب
والخشيش ولا في حنيفة عمومات العشر الا ان ذلك الخراج شرط ولما أخذ فقدم له فصار كالمملوك في أرضه
والحول ليس بشرط لوجوب العشر حتى لو أخرجت الأرض في السنة مرارا يجب العشر في كل مرة لأن
نصوص العشر مطلقة عن شرط الحول ولان العشر في الخراج حقيقة فيبتكر الوجوب بتكرار الخراج
وكذلك خراج المقاسمة لانه في الخراج فاما خراج الوظيفة فلا يجب في السنة الا مرة واحدة لان ذلك ليس في
الخراج بل في الذمة عرف ذلك بتوظيف عمر رضي الله عنه وما وظيف في السنة الا مرة واحدة

فصل وأما بيان مقدار الواجب فالكلام في هذا الفصل في موضعين أحدهما في بيان قدر الواجب من
العشر والثاني في بيان قدر الواجب من الخراج اما الاول فما سقى بماء السماء أو سقى سيفا ففيه عشر كامل وما
سقى بغرب أو دالية أو سانية ففيه نصف العشر والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
ما سقته السماء ففيه العشر وما سقى بغرب أو دالية أو سانية ففيه نصف العشر وعن أنس رضي الله عنه عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال فيما سقته السماء أو العين أو كان بهلا العشر وما سقى بالرشاء ففيه نصف العشر ولان
العشر وجب مؤنة الأرض فيختلف الواجب بقلة المؤنة وكثرتها ولو سقى الزرع في بعض السنة سيفا وفي بعضها
بآلة يمتد في ذلك الغالب لان للآلة كثرة حكم الكل كافي السوم في باب الزكاة على ما مر ولا يحتسب اصحاب الأرض
ما أنفق على الغلة من سقى أو عمارة أو أجر الحافظ أو أجر العمال أو نفقة البقرة قوله صلى الله عليه وسلم ما سقته
السماء ففيه العشر وما سقى بغرب أو دالية أو سانية ففيه نصف العشر وأوجب العشر ونصف العشر مطلقة عن
احتساب هذه المؤن ولان النبي صلى الله عليه وسلم أوجب الحق على التفاوت لتفاوت المؤن ولورفعت المؤن
لا ترفع التفاوت وأما الثاني وهو بيان قدر الواجب من الخراج فالخراج نوعان خراج وظيفة وخراج مقاسمة اما
خراج الوظيفة فما وظيفه عمر رضي الله عنه في كل جريب أرض بيضاء تصلح للزراعة قفيز بميزرع فيها ودرهم
القفيز صاع والدرهم وزن سبعة والجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون ذراعا بذراع كسرى يزيد
على ذراع العامة بقصبة وفي جريب الرطبة خمسة دراهم وفي جريب الكرم عشرة دراهم هكذا وظيفه عمر
بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد ومثله يكون اجماعا وأما جريب الأرض التي فيها أشجار مثمرة بحيث
لا يمكن زراعتها لم يدكر في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه قال اذا كانت الغنبل ملتفة جعلت عليها الخراج
بقدر ما تطيق ولا يزيد على جريب الكرم عشرة دراهم وفي جريب الأرض التي يتخذ فيها الزعفران قدر ما تطيق
فينظر الى غلتها فان كانت تبلغ غلة الأرض المزروعة يؤخذ منها قدر خراج الأرض المزروعة وان كانت تباع غلة
الرطبة يؤخذ منها قدر خراج أرض الرطبة هكذا لان مبنى الخراج على العاقلة لا ترى أن حذيفة بن اليمان وعثمان
ابن حنيفة رضي الله عنهما لماسما سوادا العراق بأمر عمر رضي الله عنه ووضع على كل جريب يصلح للزراعة
قفيزا ودرهما وعلى كل جريب يصلح للرطبة خمسة دراهم وعلى كل جريب يصلح للكرم عشرة دراهم فقال
لهما عمر رضي الله عنهما لعلكم اجلة اما لا تطيق فتالابل ههنا ما تطيق ولوزدنا لا طاقت فدل الحديث على أن مبنى

الخراج على الطاقة فيقدر بها فيما وراء الأشياء الثلاثة المذكورة في الخبر فيوضع على أرض الزعفران والبستان في أرض الخراج بقدر ما تطيق وقانونهاية الطاقة قدر نصف الخراج لا يزاد عليه وقالوا فمن له أرض زعفران فزرع مكانه الجبوب من غير عذرا نه يؤخذ منه خراج الزعفران لانه قصر حيث لم يزرع الزعفران مع القدرة عليه فصار كانه عطل الأرض فلم يزرع فيها شيئا ولو فعل ذلك يؤخذ منه خراج الزعفران كذا هذا وكذا اذا قطع كرمه من غير عذروزرع فيه الخبوب انه يؤخذ منه خراج البكرم لما قلنا وان اخرجت ارض الخراج قدرا لخراج لا غير يؤخذ نصف الخراج وان اخرجت مثلي الخراج فصاعدا يؤخذ جميع الخراج الموظف عليها وان كانت لا تطيق قدر خراجها الموضوع عليها ينقض ويؤخذ منها قدر ما تطيق بالاخلاف واختلف فيما اذا كانت تطيق أكثر من الموضوع أنه هل تزداد أم لا قال أبو يوسف لا تزداد وقال محمد تزداد وجه قول محمد ان مبنى الخراج على الطاقة على ما بينا فجوز الزيادة على انقدر الموظف اذا كانت تطيقه ولا يي يوسف أن معنى الطاقة انما يعتبر فيها وراء المنصوص والمجمع عليه والقدر الموضوع من الخراج الموظف منصوص ومجمع عليه على ما بينا فلا تجوز الزيادة عليه بالقياس وأما خراج المقامعة فهو ان يفتح الامام بلدة فيمن على أهلها ويجعل على أرضهم خراج مقامعة وهو ان يؤخذ منهم نصف الخراج أو ثلثه أو ربعه وأنه جائز لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا فعل لما فتح خيبر ويكون حكم هذا الخراج حكم العشر ويكون ذلك في الخارج كالعشر الا انه يوضع موضع الخراج لانه خراج في الحقيقة والله أعلم

فصل وأما مائة الواجب فالواجب جزء من الخراج لانه عشر الخراج أو نصف عشره وذلك جزؤه الا أنه واجب من حيث انه مال لا من حيث انه جزء عندنا حتى يجوز أداء قيمته عندنا وعند الشافعي الواجب عين الجزء ولا يجوز غيره وهي مسئلة دفع القيم وقد مر فيما تقدم

فصل وأما وقت الوجوب فوق الوجوب وقت خروج الزرع وظهور الثمر عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف وقت الادراك وعند محمد وقت التنقيص والجذاذ فانه قال اذا كان الثمر قد حصد في الخطيرة وذرى البروكان خمسة أو سق ثم ذهب بعضه كان في الذي بقي منه العشر فهذا يدل على أن وقت الوجوب عنده هو وقت التنقيص في الزرع ووقت الجذاذ في الثمر هو يقول تلك الحال هي حال تنهاى عظم الحب والثمر واستصكاهما فكانت هي حال الوجوب وأبو يوسف يحتاج بقوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده ويوم حصاده هو يوم ادراكه فكان هو وقت الوجوب ولا في حنيفة قوله تعالى أنه قوام طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض أمر الله تعالى بالانفاق مما أخرجته من الأرض فدل أن الوجوب متعلق بالخروج ولأنه كما خرج حصل مشتركا كالمال المشترك اذ قوله تعالى ومما أخرجنا لكم من الأرض جعل الخراج للكل فيدخل فيه الاغنياء والفقراء واذا عرفت وقت الوجوب على اختلافهم فيه ففائدة هذا الاختلاف على قول أبي حنيفة لا تظهر الا في الاستهلاك فما كان منه بعد الوجوب يضمن عشره وما كان قبل الوجوب لا يضمن وأما عند أبي يوسف ومحمد فتظهر عمرة الاختلاف في الاستهلاك وفي الهلاك أيضا في حق تكيل النصاب بالهلاك فهاك بعد الوجوب يعتبر الهالك مع الباقي في تكيل النصاب وما هلك قبل الوجوب لا يعتبر وبيان هذه الجملة اذا تلف انسان الزرع أو الثمر قبل الادراك حتى ضمن أخذ صاحب المال من المتلف ضمان المتلف وأدى عشره وان أتلف البعض دون البعض أدى قدر عشر المتلف من ضمانه وما بقي فمشره في الخراج وان أتلفه صاحبه أو أكله يضمن عشره ويكون دينافي ذمته وان أتلف البعض دون البعض يضمن قدر عشر ما أتلف ويكون دينافي ذمته وعشر الباقي يكون في الخراج وهذا على أصل أبي حنيفة لان الاتلاف حصل بعد الوجوب لثبوت الوجوب بالخروج والظهور فكان الحق مضمونا عليه كالألف مال الزكاة بعد حولان الحول وأما على قولهما فلا يضمن عشر المتلف لان الاتلاف حصل قبل وقت وجوب الحق ولو هلك بنفسه فلا عشر في الهالك بالاخلاف سواء هلك كله أو بعضه لان العشر لا يضمن

بالهلاك سواء كان قبل الوجوب أو بعده و يكون عشر الباقي فيه قل أو كثر في قول أبي حنيفة لأن النصاب عنده ليس بشرط وكذلك عندهما إن كان الباقي نصاباً وهو خمسة أوسق وإن لم يكن نصاباً لا يعتبر قدر الهالك في تكيل النصاب في الباقي عندهما بل إن بلغ الباقي بنفسه نصاباً يكون فيه العشر والأفلاهما إذا هلك قبل الإدراك أو استهلك فاما بعد الإدراك والتنقية والجذأ أو بعد الإدراك قبل التنقية والجذأ فان هلك سقط الواجب بلا خلاف بين أصحابنا كالزكاة تسقط إذا هلك النصاب وعند الشافعي لا تسقط وقد ذكرنا المسئلة وإن هلك بعضه سقط الواجب بقدره وبقي عشر الباقي فيه قليلاً كان أو كثيراً عند أبي حنيفة لأن النصاب ليس بشرط عنده وعندهما يكمل نصاب الباقي بالهالك ويحتسب به في تمام الخمسة الأوسق وروى عن أبي يوسف أنه لا يعتبر الهالك في تمام الأوسق بل يعتبر القام في الباقي فان كان في نفسه نصاباً يكون فيه العشر والأفلا وإن استهلك فان استهلكه المالك ضمن عشره و يكون ديناً في ذمته وإن استهلك بعضه فقد ر عشر المستهلك يكون ديناً في ذمته وعشر الباقي في الخراج وإن استهلكه غير المالك أخذ الضمان منه وأدى عشره لأنه هلك إلى خلف وهو الضمان فكان قائماً معنى وإن استهلك بعضه أخذ ضمانه وأدى عشر القدر المستهلك وعشر الباقي منه لما قلنا وإن أكل صاحب المال من الثمر أو أطعم غيره يضمن عشره و يكون ديناً في ذمته وعشر ما بقي يكون فيه وهذا على قول أبي حنيفة رحمه الله وروى عن أبي يوسف أن ما أكل أو أطعم بالمعروف لا يضمن عشره لكن يعتد به في التكيل النصاب وهو الأوسق فإذا بلغ الكل نصاباً أدى عشر ما بقي احتج أبو يوسف بما روى عن سهل بن أبي حنيفة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا خرصتم أخذوا ورددوا الثلث فان لم تدعوا الثلث فالربيع وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان بعث أبا خيثمة خارساً فخرج رجل فقال يا رسول الله إن أبا خيثمة زاد على فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم إن ابن عمك يزعم أنك قد زدت عليه فقال يا رسول الله لقد تركت له قدر عريه أهله وما يطعم المساكين وما يصيب الرج فقال صلى الله عليه وسلم لم لقد زادك ابن عمك وإنصفك وعنه صلى الله عليه وسلم أنه قال خففوا في الخرص فان في المال العريه والوصية والمراد من العريه الصدقة أمر بالتخفيف في الخرص وبين المعنى وهو أن في المال عريه ووصية فلو ضمن عشر ما تصدق أو أكل هو أهله لم يتحقق التخفيف ولأنه لو ضمن ذلك لا تمتنع من الأكل خوفاً من العشر وفيه حرج إلا أنه يعتد بذلك في تكيل النصاب لأن نفي وجوب الضمان عنه تخفيفاً عليه نظراً له وفي عدم الاعتماد به في تمام الأوسق ضرره وبالقرء وهذا لا يجوز ولا يبيح حنيفة النصوص المقتضية لوجوب العشر في كل خارج من غير فصل بين المأكل والباقي فان قيل ليس الله تعالى قال وأتوا حقه يوم حصادهم أي ياتوا الحق يوم الحصاد فلا يجب الحق فيما أخذ منه قبل الحصاد يدل عليه قرينة الآية وهي قوله تعالى كلوا من ثمره إذا انعم وهو هذا يدل على أن قدر المأكل أفضل اذ لو لم يكن أفضل لم يكن اقوله كلوا من ثمره إذا أنعم فائدة لأن كل أحد يعلم أن الثمرة تؤكل ولا تصلح لغيره الا كل فالجواب أن الآية لازمة له لأن الحصاد هو القطع فيقتضي أن كل ما قطع أخذ منه شيء لزمه إخراج عشره من غير فصل بين ما إذا كان المقطوع مأكولاً أو باقياً على أن أقول بموجب الآية أنه يجب إيتاء حقه يوم حصاده لكن ما حقه يوم حصاده أداء العشر عن الباقي حسب أم عن الباقي والمأكل والآية لا تتعرض لشيء من ذلك فكان تمسكاً بالمسكوت وأنه لا يصح وأما قوله لا بد وأن يكون اقوله تعالى كلوا من ثمره إذا أنعم فائدة فنقول يحتمل أن يكون له فائدة سوى ما قلتم وهو إباحة الانتفاع رد الاعتقاد الكفرة بحريم الانتفاع بهذه الأشياء بحملها على الأصنام فرد ذلك عليهم بقوله عز وجل كلوا من ثمره إذا أنعم أي انتفعوا بها ولا تضيعوها بالصرف إلى الأصنام ولذلك قال ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين وأما الأحاديث فقد قيل إنها وردت قبل حديث العشر ونصف العشر فصار منسوخة به والله أعلم

(فصل) وأما بيان ركن هذا النوع وشرائط الركن أما ركضه فهو التملك لقوله تعالى وأتوا حقه يوم

حصاهه والايضاء هو التملك له وله تعالى وآتوا الزكاة فلا تأدوا بطعام الا باحبة وبما ليس بتمليك رأس من بناء المساجد ونحو ذلك مما ذكرنا في النوع الاول وبما ليس بتمليك من كل جهة وقد مر بيان ذلك كله وأما شرائط الركن فانتفاء زكاتها في النوع الاول مما يرجع بعضها الى المؤدى وبعضها الى المؤدى وبعضها الى المؤدى اليه فلا معنى للاعادة والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يسقط بعد الوجوب فمن اهلاك الخراج من غير صناعه لأن الواجب في الخارج فاذا هلك بملك بما فيه كهلاك نصاب الزكاة بعد الحول وهذا عندنا وعند الشافعي لا يسقط وهو على الاختلاف في الزكاة وقد مر المستئلة وان هلك البعض يسقط الواجب بقدره ويؤدى عشر الباقي قل الباقي أو كثر في قول أبي حنيفة وعنددهما يعتبر قدر الهالك مع الباقي في تكبيل النصاب ان بلغ نصاباً يؤدى والا فلا وفي رواية عن أبي يوسف يعتبر بكمال النصاب في الباقي بنفسه من غير ضم قدر الهالك اليه على ما مر وان استهلك فان استهلكه غير المالك أخذ الضمان منه وأدى عشره وان استهلك بعضه أدى عشر القدر المستهلك من الضمان وان استهلكه المالك أو استهلك البعض بأن أكله من عشر الهالك وصار ديناً في ذمته في قول أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف وقد ذكرنا المسئلة ومنها الردة عندنا لان في العشر معنى العبادة والكافر ليس من أهل العبادة وعند الشافعي لا يسقط كالأزكاة ومنها موت المالك من غير وصية اذا كان استهلك الخراج عندنا خلافاً للشافعي كفي الزكاة وان كان الخراج قائماً بعينه يؤدى العشر منه في ظاهر الرواية وفي رواية عن أبي يوسف يسقط بخلاف الزكاة وقد مضى الفرق فيما تقدم والله تعالى أعلم

فصل وهذا الذي ذكرنا حكم الخراج من الارض وأما حكم المستخرج من الارض فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما فيه الخمس من المستخرج من الارض وما لا خمس فيه والثاني في بيان من يجوز صرف الخمس اليه ومن له ولاية أخذ الخمس أما الاول فالمستخرج من الارض نوطان أحدهما يهمل كزوا هو المال الذي دفنه بنو آدم في الارض والثاني يسمى معدن وهو المال الذي خلقه الله تعالى في الارض يوم خلق الارض والركاز اسم يقع على كل واحد منهما الا أن حقيقة المعدن واستعماله للكنز مجاز أما الكنز فلا يخلو أما أن وجد في دار الاسلام أو دار الحرب وكل ذلك لا يخلو أما أن يكون في أرض غير مملوكة ولا يخلو أما أن يكون به علامة الاسلام كالحصن والدراهم المكتوب عليها لا اله الا الله محمد رسول الله أو غير ذلك من علامات الاسلام أو علامات الجاهلية من الدراهم المنقوش عليها الصليب ونحو ذلك أو لا علامة به أصلاً فان وجد في دار الاسلام في أرض غير مملوكة كالجبالة والمفاوز وغيرها فان كان به علامة الاسلام فهو بمنزلة اللقطة يصنع به ما يصنع باللقطة يعرف ذلك في كتاب اللقطة لانه اذا كان به علامة الاسلام كان مال المسلمين ومال المسلمين لا يغني الا انه مال لا يعرف مالكة فيكون بمنزلة اللقطة وان كان به علامة الجاهلية ففيه الخمس وأربعة أخماسه للواجد بخلاف كالمعدن على ما بين وان لم يكن به علامة الاسلام ولا علامة الجاهلية فقد قيل ان في زماننا يكون حكمه حكم اللقطة أيضاً ولا يكون له حكم الغنمية لان عهد الاسلام قد طال فالظاهر انه لا يكون من مال الكفرة بل من مال المسلمين لم يعرف مالكة فيعطى له حكم اللقطة وقيل حكمه حكم الغنمية لان الكنز غالباً بوضع الكفرة وان كان به علامة الجاهلية يجب فيه الخمس لما روى انه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكنز فقال فيه وفي الركاز الخمس ولانه في معنى الغنمية لانه استولى عليه على طريق القهر وهو على حكم ملك الكفرة فكان غنمية فيجب فيه الخمس وأربعة أخماسه للواجد لانه أخذ به بقوة نفسه وسواء كان الواجد حراً أو عبداً مسلماً أو ذمياً كبيراً أو صغيراً لان ما روى ينما من الحديث لا يفصل بين واحد وواحد ولان هذا المال بمنزلة الغنمية الا ترى انه وجب فيه الخمس والعبء والصبي والذي من أهل الغنمية الا اذا كان ذلك باذن الامام وقاطعه على شيء فله ان يبي بشرطه لقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شتر وطهم ولا نه اذا قاطعه على شيء

فقد جعل المشروط أجرة لعمله فيستحقه بهذا الطريق وان وجد في أرض مملوكة يجب فيه الخمس بلا خلاف لما روينا من الحديث ولانه مال الكفرة استولى عليه على طريق القهر في خمس واختلف في الاربعة الانجاس قال أبو حنيفة ومحمد رحمه الله هي لصاحب الخطة ان كان حيا وان كان ميتا فلورثته ان عرفوا وان كان لا يعرف صاحب الخطة ولا ورثته تكون لا قصي مالك للأرض أو لورثته وقال أبو يوسف أربعة أخماسه للواحد وجه قوله ان هذا غنمة ما وصلت اليها يد الغانمين وانما وصلت اليه يد الواحد لا غير فيكون غنمة يوجب الخمس واختصاصه بآيات اليد عليه يوجب اختصاصه به وهو تفسير الملك كالووجد في أرض غير مملوكة ولهما ان صاحب الخطة ملك الأرض بما فيها لانه انما ملكها بتقليد الامام والا امام انما ملك الأرض بما وجد منه ومن سائر الغانمين من الاستيلاء والاستيلاء كإيراد على ظاهر الأرض ورد على ما فيها فلك ما فيها بالبيع لا يزول ما فيها لان البيع يوجب زوال ما ورد عليه البيع والبيع ورد على ظاهر الأرض لا على ما فيها واذا لم يكن ما فيها تبعها لباقي على ملك صاحب الخطة وكان أربعة أخماسه له وصار هذا كمن اصطاد سمكة كانت ابتلعت أولوة أو اصطاد طائرا كان قد ابتلع جوهره انه يملك الكل ولو باع السمكة أو الطائر لا يزول اللؤلؤة والجوهره عن ملكه لورود العقد على السمكة والطير دون اللؤلؤة والجوهره كذا هذا فان قيل كيف يملك صاحب الخطة ما في الأرض بتقليد الامام اياه الأرض والا امام لو فعل ذلك لكان جورا في القسمة والا امام لا يملك الجور في القسمة ثبت ان الامام مملكه الا الأرض فبقى الكنز غير مملوك لصاحب الخطة فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان الامام مملكه الارربة الأرض على ما ذكرتم لكنه لما ملك الأرض بتقليد الامام فقد تفرد بالاستيلاء على ما في الأرض وقد خرج الجواب عن وجوب الخمس لانه ما ملك ما في الأرض بتقليد الامام حتى يسقط الخمس وانما ملكه بتفرده بالاستيلاء عليه فيجب عليه الخمس كولو وجد في أرض غير مملوكة والثاني ان مراعاة المساواة في هذه الجهة في القسمة مما يتعذر فيسقط اعتبار هادفع المحرج هذا اذا وجد الكنز في دار الاسلام فاما اذا وجد في دار الحرب فان وجد في أرض است بمملوكة لأحد فهو للواحد ولا خمس فيه لانه مال أخذه لا على طريق القهر والغلبة لانعدام غلبة أهل الاسلام على ذلك الموضع فلم يكن غنمة فلا خمس فيه ويكون الكل له لانه مباح استولى عليه بنفسه فيملكه كالخطب والحشيش وسواء دخل بآمان أو بغير آمان لان حكم الآمان يظهر في المملوك لا في المباح وان وجد في أرض مملوكة لبعضهم فان كان دخل بآمان رده الى صاحب الأرض لانه اذا دخل بآمان لا يجعل له أن يأخذ شيئا من أموالهم بغير رضاهم لما في ذلك من القدر والخيانة في الأمانة فان لم يرد له الى صاحب الأرض يصير ملكا له لكن لا يطيب له لتمكين خبث الخيانة نفسه فسيبيله التصديق به فلو باعه يجوز بيعه لقيام الملك لكن لا يطيب للمشتري بخلاف بيع المشتري شراء فاسدا والفرق بينهم ايند كفي كتاب البيوع ان شاء الله تعالى وان كان دخل بغير آمان حل له ولا خمس فيه أما الحل فلان له أن يأخذ ما ظفر به من أموالهم من غير رضاهم وأما عدم وجوب الخمس فلانه غير مأخوذ على سبيل القهر والغلبة فلم يكن غنمة فلا يجب فيه الخمس حتى لو دخل جماعة ممنعون في دار الحرب فظفروا بشئ من كنوزهم يجب فيه الخمس ولكونه غنمة لحصول الأخذ على طريق القهر والغلبة وان وجد في أرض مملوكة لأحد أو في دار نفسه ففيه الخمس بلا خلاف بخلاف المعدن عند أبي حنيفة لأن الكنز ليس من أجزاء الأرض ولهذا لم تكن أربعة أخماسه لما لك الرقبة بالاجاع فلو وجد فيه المؤنة وهو الخمس لم يصير الجزء مخالفا للكل بخلاف المعدن على ما نذكره وأما أربعة أخماسه فقد اختلف أصحابنا في ذلك عند أبي حنيفة ومحمد في الخط له وعند أبي يوسف للواحد لانه مباح سبقت يده اليه ولهما ان هذا مال مباح سبقت اليه يد الخصوص وهي يد المحتط يصير ملكا له كالمعدن الا ان المعدن انتقل بالبيع الى المشتري لانه من أجزاء الأرض والكنز لم ينتقل اليه لانه ليس من أجزاء المبيع والتقليد فان استولى عليه بالاستيلاء فيبقى على ملكه كمن اصطاد سمكة في بطنها ذرة ملك السمكة والذرة لثبوت البسء عليهم ما فلو باع السمكة بعد ذلك لم تدخل الذرة في البيع كذا هذا والمحتط له من

خصه الامام بتجليد البقرة منه فان لم يعرف المحتط له بصرف الى أقصى مال له يعرف في الاسلام كذا ذكر
 الشيخ الامام الزاهد السرخسي رحمه الله هذا اذا وجد الكنز في دار الاسلام واما المعدن فالخارج منه في الاصل
 نوعان مستجد ومائع والمستجد منه نوعان ايضا نوع يدوب بالاذابة وينطبع بالحليسة كالذهب والفضة
 والحديد والرصاص والنحاس ونحو ذلك ونوع لا يدوب بالاذابة كالباقوت والبالور والعقيق والزهر والزمرد
 والكحل والمغرة والزرنينخ والجص والنورة ونحوها والمائع نوع آخر كالنقط والقار ونحو ذلك وعلى ذلك لا يخلو
 اما ان وجد في دار الاسلام او في دار الحرب في أرض مملوكة أو غير مملوكة فان وجد في دار الاسلام في أرض غير
 مملوكة فالوجود مما يدوب بالاذابة وينطبع بالحليسة يجب فيه الخمس سواء كان ذلك من الذهب والفضة أو غيرهما
 مما يدوب بالاذابة وسواء كان قليلا أو كثيرا فاربعة أخماسه للواحد كائنا من كان الا الحر في المستأمن فانه يسترد
 منه الكل الا اذا قاطعه الامام فان له أن يني بشرطه وهذا قول أصحابنا رحمه الله وقال الشافعي في معادن الذهب
 والفضة ربع العشر كافي الزكاة حتى شرط فيه النصاب فلم يوجب فيما دون المائتين بشرط بعض أصحابه الحول
 أيضا وأما غير الذهب والفضة فلا خمس فيه وأما عندنا فالواجب خمس الغنيمة في الكل لا يشترط في شيء منه شرائط
 الزكاة ويجوز دفعه الى الوالدين والمولودين الفقراء كافي الغنائم ويجوز للواحد أن يصرف الى نفسه اذا كان محتاجا
 ولا تغنيه الاربعه الا الخماس احتج الشافعي بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع بلال بن الحارث
 المعادن القليلة وكان يأخذ منها ربع العشر ولائها من غناء الأرض ورعها فكان ينبغي أن يجب فيها العشر الا انه
 اكتفى بربع العشر لكثرة المؤنة في استخراجها وانما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال وفي الركا
 الخمس وهو اسم للمعدن حقيقة وانما يطلق على الكنز مجاز الدلائل احدها انه مأخوذ من الرز وهو الاثبات وما في
 المعدن هو المثبت في الأرض لا الكنز لانه وضع مجاورا للأرض والثاني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عما
 يوجد من الكنز العادي فقال فيه وفي الركا الخمس عطف الركا على الكنز والشئ لا يعطف على نفسه هو الاصل
 فدل ان المراد منه المعدن والثالث ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما قال المعدن جبار والقليب جبار وفي
 الركا الخمس قبل وما الركا يا رسول الله فقال هو المال الذي خلقه الله تعالى في الأرض يوم خلق السموات
 والأرض فدل على انه اسم للمعدن حقيقة فقد أوجب النبي صلى الله عليه وسلم الخمس في المعدن من غير فصل
 بين الذهب والفضة وغيرهما فدل ان الواجب هو الخمس في الكل ولأن المعدن كانت في أيدي الكفرة وقد زالت
 أيديهم ولم تثبت يدها للمسلمين على هذه المواضع لانهم لم يقصدوا الاستيلاء على الجبال والمغارات فبقى ما تحتها على حكم
 ملك الكفرة وقد استولى عليه على طريق الفهر بقوة نفسه فيجب فيه الخمس ويكون اربعة أخماسه له كافي الكنز
 ولا حجة له في حديث بلال بن الحارث لانه يحتج به انه انما يأخذ منه ما زاد على ربع العشر لما علم من حاجته وذلك
 جائز عندنا على ما نذكره فيحصل عليه عملا بالدليلين وأما ما لا يدوب بالاذابة فلا خمس فيه ويكون كله للواحد لان
 الزرنينخ والجص والنورة ونحوها من أجزاء الأرض فكان كالتراب والباقوت والفصوص من جنس الأحجار الا انها
 أحجار مضيئة ولا خمس في الحجر وأما المائع كالنقيز والنقط فلا شيء فيه ويكون للواحد لانه ماء وانه مما لا يقصد
 بالاستيلاء فلم يكن في يد الكفار حتى يكون من الغنائم فلا يجب فيه الخمس وأما الزنبيق ففيه الخمس في قول أبي حنيفة
 الا آخره وكان يقول أولا لا خمس فيه وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال فيه الخمس فان أبا يوسف قال سألت
 أبا حنيفة عن الزنبيق فقال لا خمس فيه فلم أزل به حتى قال فيه الخمس وكنت أظن أنه مثل الرصاص والحديد ثم
 بلغني بعد ذلك انه ليس كذلك وهو بمنزلة القيروان والنقط وجه قول أبي حنيفة الاول انه شيء لا ينطبع بنفسه فاشبهه
 الماء وجه قوله الآخر وهو قول محمد انه ينطبع مع غيره وان كان لا ينطبع بنفسه فاشبهه الفضة لانها لا تنطبع بنفسها
 لكن لما كانت تنطبع مع شيء آخر يخاطها من نحاس أو آتلك وجب فيها الخمس كذا هذا اذا وجد المعدن في
 دار الاسلام في أرض غير مملوكة فاما اذا وجد في أرض مملوكة أو دارا أو متزلا أو حائوتا فلا خلاف في ان الأربعة

الاخماس صاحب الملك وجده هو أو غيره لان المعدن من توابع الارض لانه من اجزائها خلق فيها ومنها الاثرى
انه يدخل في البيع من غير تسمية فاذا ملكها لمختط له بتمليك الامام ملكها بجميع اجزائها فتنقل عنه الى غيره
بالبيع بتواضعها ايضا بخلاف الكنز على ما مر واختلف في وجوب الخمس قال ابو حنيفة لا خمس فيه في الدار وفي
الارض منه روايتان ذكر في كتاب الزكاة انه لا خمس فيه وذكر في الصنف انه يجب فيه الخمس وكذا ذكر في الجامع
الصغير وقال ابو يوسف ومحمد يجب فيه الخمس في الارض والدار جميعا اذا كان الموجود مما يدوب بالاذابة
واحتجاب بقول النبي صلى الله عليه وسلم وفي الركاز الخمس من غير فصل والركاز اسم للمعدن حقيقة لما ذكرنا ولان
الامام ملك الارض من ملكه متعلق بها هذا الخمس لانه حق الفقراء فلا يملك اربابا لغيرهم وجه قول أبي حنيفة ان
المعدن جزء من اجزاء الارض فيملك بملك الارض والامام ملكه مطلقا عن الحق فيملكه المختط له كذلك وللإمام
هذه الولاية الا ترى انه لو جعل السكك للثلاثين الاربعه الاخماس مع الخمس اذا علم ان حاجتهم لا تندفع بالاربعه
الاخماس جاز واذا ملكه المختط له مطلقا عن حق متعلق به فينتقل الى غيره كذلك وجه الفرق بين الدار والارض على
الرواية الاخرى ان تمليك الامام الدار جعل لملك مطلقا عن الحقوق الا ترى انه لا يجب فيها العشر ولا الخراج بخلاف
الارض فان تمليكها وجد متعلق بها العشر أو الخراج بخلاف ان يجب الخمس والحديث محمول على ما اذا وجد في أرض
غير مملوكة توفيقا بين الدليلين هذا اذا وجد في دار الاسلام فاما اذا وجد في دار الحرب فان وجد في أرض غير مملوكة
فهو له ولا خمس فيه لما مر وان وجد في ملك بعضهم فان دخل بأمره رد على صاحب الملك لما بينا وان دخل بغير
أمره فهو له ولا خمس فيه كفي الكنز على ما بينا هذا الذي ذكرنا في حكم المستخرج من الارض فاما المستخرج من البحر
كالؤلؤ والمرجان والعنبر وكل حلية تستخرج من البحر فلا شيء فيه في قول أبي حنيفة ومحمد وهو الواجد وعند
أبي يوسف فيه الخمس واحتج بما روي ان عامل عمر رضي الله عنه كتب اليه في لؤلؤة وجدت ما فيها قال فيها خمس
وروي عنه أيضا أنه أخذ الخمس من العنبر ولان العشر يجب في المستخرج من المعدن فكذلك في المستخرج من البحر
لان المعنى يجمعهما هو كون ذلك مالا لا يتزعمان أي يدى الكفار بالقهر اذا الدنيا كلها برها وبحرها كانت تحت أيديهم
انزعناهما من بين أيديهم - فكان ذلك غنيمة فيجب فيه الخمس كسائر الغنائم ولهما ما روي عن ابن عباس رضي الله
عنه انه سئل عن العنبر فقال هو شيء دسر لا خمس فيه ولان يد الكفرة لم تثبت على باطن البعارة التي يستخرج
منها اللؤلؤ والعنبر فلم يكن المستخرج منها مأخوذا من أيدي الكفرة على سبيل القهر فلا يكون غنيمة فلا يكون فيه
الخمس وعلى هذا قال أصحابنا انه ان استخرج من البحر ذهابا أو فضة فلا شيء فيه لما قلنا وقيل في العنبر انه مائع ينبع
فأشبهه القير وقيل انه روث دابة فأشبهه سائر الارواث وما روي عن عمر في اللؤلؤ والعنبر محمول على لؤلؤ وعنبر
وجد في خزائن ملوك الكفرة فكان مالا مغنوما فوجب فيه الخمس وأما الثاني وهو بيان من يجوز صرف الخمس
اليه ومن له ولاية الاخذ ببيان مصارف الخمس موضعه كتاب السيوي يجوز صرفه الى الوالدين والمولودين اذا كانوا
فقراء بخلاف الزكاة والعشر ويجوز ان يصرفه الى نفسه اذا كان محتاجا لا تغنيه الاربعه الاخماس بأن كان دون
المائتين فلما اذا باع مائتين لا يجوز له تناول الخمس وما روي عن علي رضي الله عنه انه ترك الخمس للواجد محمول
على ما اذا كان محتاجا ولو تصدق بالخمس بنفسه على الفقراء ولم يدفعها الى السلطان جاز ولا يؤخذ منه ثانيا بخلاف
زكاة السوائم والعشر والله أعلم

فصل وما بين ما يوضع في بيت المال من الاموال وبيان مصارفها فاما ما يوضع في بيت المال من الاموال
فاربعة انواع أحدها زكاة السوائم والعشور وما أخذته العشار من تجار المسلمين اذ امر واعليهم والثاني خمس
الغنائم والمعادن والركاز والثالث خراج الاراضى وجزية الرؤس واصولح عليه بنو نجران من الحلل وبنو قليب
من الصدقة المضاعفة وما أخذته العشار من تجار أهل الذمة والمستأمنين من أهل الحرب والرابع ما أخذ من تركة
الميت الذي مات ولم يترك وارثا أصلا أو ترك زوجا أو زوجة وأما مصارف هذه الانواع فلما مصرف النوع الاول

فقد ذكرناه وأما النوع الثاني وهو خمس الغنائم والمعادن والركاز فنذكر مصرفه في كتاب السيروا أما مصرف النوع الثالث من الخراج وأخواته فعمارة الدين وإصلاح مصالح المسلمين وهو رزق الولاية والقضاة وأهل الفتوى من العلماء والمقاتلة ورصد الطرق وعمارة المساجد والرباطات والقناطر والجسور وسد الثغور وإصلاح الأنهار التي لا ملك لاحد فيها وأما النوع الرابع فيصرف إلى دواء الفقراء والمرضى وعلاجهم وإلى أكلان الموقى الذين لا مال لهم وإلى نفقة التقيط وعقل جنائنة وإلى نفقة من هو عاجز عن الكسب وليس له من تجب عليه نفقته ونحو ذلك وعلى الإمام صرف هذه الحقوق إلى مستحقها والله أعلم

فصل وأما الزكاة الواجبة وهي زكاة الرأس فهي صدقة الفطر والكلام فيها يقع في مواضع في بيان وجوبها وفي بيان كيفية الوجوب وفي بيان من تجب عليه وفي بيان من تجب عنه وفي بيان جنس الواجب وقدره وصفته وفي بيان وقت الوجوب وفي بيان وقت الاداء وفي بيان ركناه وفي بيان شرائط الركن وهي شرائط جواز الاداء وفي بيان مكان الاداء وفي بيان ما يسقطها بعد الوجوب أما الأول فالدليل على وجوبها ما روى عن ثعلبة بن صعيبر العذري انه قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في خطبته أدوا عن كل حرو عبد صغير وكبير نصف صاع من رءو صاعا من تمرا وصاعا من شعيرأمر بالاداء وطلق الأمر للوجوب وانما سميت بهذا النوع واجبا لا فرضا لان الفرض اسم لما ثبت لزومه بدليل مقطوع به ولزوم هذا النوع من الزكاة لم يثبت بدليل مقطوع به بل بدليل فيه شبهة اعدم وهو خبر الواحد وما روى في الباب عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه انه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر على الذكر والاثني والحر والعبد صاعا من تمرا وصاعا من شعير فأمراد من قوله فرض أى قدر اداء الفطر والفرض في اللغة التقدير قال الله تعالى فنصف ما فرضتم أى قدرتم ويقال فرض القاضي النفقة بمعنى قدرها فكان في الحديث تقدير الواجب بالمدكور لا الايجاب قطعاً والله تعالى أعلم

فصل وأما كيفية وجوبها فقد اختلف أصحابنا فيه قال بعضهم انما يجب وجوباً مضيقياً في يوم الفطر عينا وقال بعضهم يجب وجوباً موسعاً في العمر كزكاة والتذرو والكفارات ونحوها وهذا هو الصحيح لان الأمر بادائها مطلق عن الوقت فلا يضييق الوجوب الا في آخر العمر كالأمر بالزكاة وسائر الأوامر المطلقة عن الوقت

فصل وأما بيان من تجب عليه فيتضمن بيان شرائط الوجوب وانما أنواع منها الاسلام فلا تجب على الكافر لانه لا سبيل الى الايجاب في حالة الكفر لان فيها معنى العبادة حتى لا تتأدى بدون النية والكافر ليس من أهل العبادة ولا تجب بدون الاسلام بالاجماع وايجاب فعل لا يقدر المسكف على أدائه في الحال وفي الثاني تكليف ما ليس في الوسع لهذا قلنا ان الكفار ليسوا مخاطبين بشرائع هي عبادات ومنها الحرية عندنا فلا تجب على العبد وقال الشافعي الحرية ليست من شرائط الوجوب وتجب الفطرة على العبد ويحملها المولى عنه واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أدوا عن كل حرو عبد والاداء عنه ينبي عن العمل عنه وانه يقتضي الوجوب عليه ولنا ان الوجوب هو وجوب الاداء ولا سبيل الى ايجاب الاداء على العبد لان العبد لا يكلف بادائها في الحال ولا بعد العتق وايجاب فعل لا سبيل الى أدائه رأساً ممنع بخلاف الصبي الغني اذا لم يخرج وليه عنه على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف انه يلزمه الاداء لانه يقدر على أدائه بعد البلوغ وأما الحديث فلم قلتم ان الاداء عنه يقتضي الوجوب عليه وسند كرمناه ومنها الغنا فلا يجب الاداء الا على الغني وهذا عندنا وقال الشافعي لا يشترط لوجوبها الغنا وتجب على الفقير الذي له زيادة على قوت يومه وقوت عياله وجه قوله ان وجوبها ثبت مطهرة للصائم ومعنى المطهرة لا يختلف بالغنا والفقير ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا من ظهر غنى وقد بينا هذا الغنا الذي يجب به صدقة الفطر في زكاة المال ثم الغنا شرط الوجوب لا شرط بقاء الواجب حتى لو افتقر بعد يوم الفطر لا يسقط الواجب لان هذا الحق يجب في الذمة لا في المال فلا يشترط لبقائه بقاء المال بخلاف الزكاة وأما العقل والبلوغ فليس من شرائط الوجوب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف حتى تجب صدقة الفطر على الصبي والمجنون اذا كان

فما بال ويجزها الولي من مالهما وقال محمد وزفر لا فطرة عليهما حتى لو أدى الاب أو الوصي من مالهما لا يضعه ان
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر بضعتان وجه قولهما انها عبادة والعبادات لا تجب على الصبيان
والجنانين كالصوم والصلاة والزكاة ولا في حنيفة وأبي يوسف انها ليست بعبادة محضة بل فيها معنى المؤنة فاشبهت
العشر وكذلك وجود الصوم في شهر رمضان ليس بشرط لوجوب الفطرة حتى ان من افطر لكبرا أو مرض أو سفر
يلزمه صدقة الفطر لان الامر بادائها مطلق عن هذا الشرط ولانها تجب على من لا يوجد منه الصوم وهو الصغير
فصل في ما يباين من تجب عليه فيشتمل على بيان سبب وجوب الفطرة على الانسان عن غيره وبيان شرط
الوجوب ما شرطه فهو ان يكون من عليه الواجب عن غيره من أهل الوجوب على نفسه وأما السبب فأن يلزمه
مؤنته وبلي عليه ولاية كاملة لان الرأس الذي عونه وبلي عليه ولاية كاملة تكون في معنى رأسه في الذب والنصرة فكما
يجب عليه زكاة رأسه يجب عليه زكاة ما هو في معنى رأسه فيجب عليه ان يخرج صدقة الفطر عن مالكه الذين هم
لغير التجارة لوجود السبب وهو لزوم المؤنة لكل الولاية مع وجود شرطه وهو ما ذكرنا وقال صلى الله عليه وسلم أدوا
عن كل حرو عبد وسواء كانوا مسلمين أو كفارا عندنا وقال الشافعي لا تؤدي الا عن مسلم وجه قوله ان الوجوب على
العبد وانما المولى يعمل عنه لان النبي صلى الله عليه وسلم امرنا بالاداء عن العبد والاداء عنه ينبي عن العمل فثبت
ان الوجوب على العبد فلا بد من أهلية الوجوب في حقه والكافر ليس من أهل الوجوب فلم يجب عليه ولا يعمل
عنه المولى لان العمل بعد الوجوب فاما المسلم فمن أهل الوجوب فتجب عليه الزكاة الا انه ليس من أهل الاداء
لعدم الملك فيشتمل عنه المولى ولنا انه وجد سبب وجوب الاداء عنه وشرطه وهو ما ذكرنا فيجب الاداء عنه وقوله
الوجوب على العبد وانما المولى يعمل عنه اداء الواجب فاسد لان الوجوب على العبد يستدعي أهلية الوجوب
في حقه وهو ليس من أهل الوجوب لان الوجوب هو وجوب الاداء والاداء بالملك ولا ملك له فلا وجوب عليه فلا
يتصور العمل وقوله الماء ور به هو الاداء عنه بالنص مسلم لكن لم قلتم ان الاداء عنه يقتضي أن يكون بطريق
العمل بل هو امر بالاداء بسببه وهو رأسه الذي عونه وبلي عليه ولاية كاملة فكان في الحديث بيان سببية
وجوب الاداء عن يؤدي عنه لا الاداء بطريق العمل فتعبر بأهلية وجوب الاداء في حق المولى وقد وجدت
روى عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أدوا صدقة الفطر عن كل حرو عبد صد غير
أكبرهم ودي أو نصراني أرجوسى نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير وهذا نص في الباب ويجز عن
مدبره وأما هات أولاده اعموم قوله صلى الله عليه وسلم أدوا عن كل حرو عبد وهو لا عبادة لقيام الرق والمالك فيهم
الا ترى ان له أن يستخدمهم ويستمتع بالمدبرة وأم الولد ولا يجوز ذلك في غير المالك ولا يجب عليه أن يخرج عن
مكانه ولا عن رقيق مكاتبه لانه لا يلزمه نفقتهم وفي ولايته عليهم قصور ولا يجب على المكاتب أن يخرج فطرته
عن نفسه ولا عن رقيقه عند عامة العلماء وقال مالك يجب عليه لأن المكاتب مالك لأنه عاك كسابه فكان
في اكتسابه كالحرف يجب عليه كالتجرب على الحر ولنا انه لا ملك له حقيقة لأنه عبد ما بقي عليه درهم على اسان
رسول الله صلى الله عليه وسلم والعبد مملوك فلا يكون مال كضرورة وأما معتق البعض فهو بمنزلة المكاتب عند أبي
حنيفة وعندهما هو حرة عليه دين وان كان غنيا بأن كان له مال فضلا عن دينه ما بقي درهم فصاعدا فانه يخرج صدقة
الفطر عن نفسه وعن رقيقه والا فلا ويجز عن عبده المؤجر بالوديعة والعمارة وعبد المديون المستغرق بالدين
وعبد الذي في رقبته جناية لعموم النص ولوجود سبب الوجوب وشرطه وهو ما ذكرنا ويجز عن عبد الرهن لما
ذكرنا وهذا اذا كان الراهن وفاء فان لم يكن له وفاء فلا صدقة عليه عنه لانه فقير بخلاف عبده المديون دينه مستغرقا
لان الصدقة تجب على المولى ولا دين على المولى وأما عبد عبده المأذون فان كان على المولى دين فلا يخرج في قول
أبي حنيفة لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون وعنده ما يخرج لانه يملكه وان لم يكن عليه دين فلا يخرج
بلا خلاف بين أصحابنا لانه عبد التجارة ولا فطرة في عبد التجارة عندنا ولا يخرج عن عبده الابن ولا عن المنصوب

المجود ولا عن عبده المأسور لانه خارج عن يده وتصرفه فاشبه المكاتب قال أبو يوسف ليس في رقيق الاحساس
ورقيق القوام الذين يقومون على مرافق العوام مثل زمر وما أشبهها ورقيق التي صدقة الفطر لعدم الولاية
لاحد عليهم اذ هم ليس لهم مالك معين وكذلك السبي ورقيق الغنجة والاسرى قبل القسمة على أصله لما قلنا وأما
العبد الموصى برقبته لانه ان وبخدمته لا تصرف صدقة فطره على صاحب الرقبة لقوله صلى الله عليه وسلم أدوا
عن كل حر وعبد والعبد اسم للذات المملوكة وانه اصحاب الرقبة وحق صاحب الخدمة متعلق بالمنافع فكان كالمستعير
والمستأجر ولا يخرج عن عبيد التجارة عندنا وعند الشافعي يخرج وجه قوله ان وجوب الزكاة لا ينافي وجوب صدقة
الفطر لان سبب وجوب كل واحد منهما مختلف ولان الجمع بين زكاة المال وبين زكاة الرأس يكون ثبوت
في الصدقة وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تفي الصدقة والعبد المستترك بينه وبين غيره ليس على أحدهما
صدقة فطره عندنا وقال الشافعي تجب الفطرة عليهما بناء على أصله الذي ذكرنا ان الوجوب على العبد وانما
المولى يعمل عنه بالملك فيقدر بقدرة الملك وأما عندنا فالوجوب على المولى بسبب الوجوب وهو رأس يلزمه مؤنته
ويلى عليه ولاية كاملة وليس لكل واحد منهما ولاية كاملة الا ترى انه لا يملك كل واحد منهما تزويجه فلم يوجد
السبب وان كان عددا من العبيد بين رجلين فلا فطرة عليهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمدان كان بحال
لوقسموا أصاب كل واحد منهما عبد كامل تجب على كل واحد منهما صدقة فطره بناء على أن الرقيق لا يقسم قسمة
جمع عند أبي حنيفة فلا يملك كل واحد منهما عبدا كاملا وعند محمد يقسم الرقيق قسمة جمع فيملك كل واحد منهما
عبدا تاما من حيث المعنى كانه انفرده فيجب على كل واحد منهما كالأزكاة في السوائم المشتركة وأبو يوسف وافق أبا
حنيفة في هذا وان كان يرى قسمة الرقيق لنقصان الولاية اذ ليس لكل واحد منهما ولاية كاملة وبطل الولاية
بعض أوصاف السبب ولو كان بين رجلين جارية فجاءت بولد فادعياه معا حتى ثبت نسب الولد بينهما وصارت
الجارية أم ولد لهما فلا فطرة على واحد منهما عن الجارية بخلاف بين أمحبا لانهما جارية مشتركة بينهما وأما
الولادة قال أبو يوسف يجب على كل واحد منهما صدقة فطره تامة وقال محمد تجب عليهما صدقة واحدة وجه قوله
ان الذي وجب عليه واحد والتخص الواحد لا تجب عنه الا فطرة واحدة كسائر الأشخاص ولا يوجب ان الولد
ابن تام في حق كل واحد منهما بدليل انه يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل فيجب على كل واحد منهما عنه
صدقة تامة ولو اشترى عبدا بشرط الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعا أو بشرط أحدهما الخيار لغيره فريوم
الفطر في مدة الخيار فصدقة الفطر موقوفة ان تم البيع بمضى مدة الخيار وبالاجازة فعلى المشتري لانه ملكه من
وقت البيع وان فسح فعلى البائع لانه تبين ان المبيع لم يزل عن ملكه وعند زفران كان الخيار للبائع أو لهما جميعا
أو بشرط البائع الخيار لغيره فصدقة الفطر على البائع ثم البيع وانفسخ وان كان الخيار للمشتري فعلى المشتري ثم
البيع أو انفسخ ولو اشترى بتمت ثلثان فريوم الفطر قبل القبض فصدقة فطره على المشتري ان قبضه لان الملك ثبت
للمشتري بنفس الشراء وقد تقرر بالقبض وان مات قبل القبض فلا يجب على واحد منهما أما جانب البائع فظاهر
لان العبد قد خرج عن ملكه بالبيع ووقت الوجوب هو وقت طالع الفجر من يوم الفطر كان الملك للمشتري وأما
جانب المشتري فلان ملكه قد انفسخ قبل تمامه وجعل كانه لم يكن من الاصل ولورده المشتري على البائع بخيار
رؤية أو عيب ان رده قبل القبض فعلى البائع لان الرد قبل القبض فسح من الاصل وان رده بعد القبض فعلى المشتري
لانه بمنزلة بيع جديد وان اشترى ثم انفسخ فريوم الفطر كان مرهوعا عند البائع فعلى البائع لان البيع الفاسد
لا يفيد الملك للمشتري قبل القبض فريوم الفطر وهو على ملك البائع فكان صدقة فطره عليه وان كان في يد
المشتري وقت طالع الفجر فصدقة فطره موقوفة لاحتمال الرد فان رده فعلى البائع لان الرد في العقد الفاسد فسح
من الاصل وان تصرف فيه المشتري حتى وجهت عليه فجهته فعلى المشتري لانه تقرر ملكه عليه ويخرج عن
أولاده الصغار اذا كانوا فقرا لقوله صلى الله عليه وسلم أدوا عن كل صغير وكبير ولان نفقةهم واجبة على الاب

وولاية الاب عليهم تامة وهل يخرج الجد عن ابن ابنه الفقير الصغير حال عدم الاب أو حال كونه فقيرا ذكر محمد في الاصل انه لا يخرج وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يخرج وجه رواية الحسن ان الجد عند عدم الاب قائم مقام الاب فكانت ولايته حال عدم الاب كولاية الاب وجه رواية الاصل ان ولاية الجد ليست بولاية تامة مطلقة بل هي قاصرة الا ترى انها لا تثبت الا بشرط عدم الاب فاشبهت ولاية الوصي والوصي لا يجب عليه الانخراج فكذا الجد وأما الكبار العقلاء فلا يخرج عنهم عندنا وان كانوا في عياله بأن كانوا فقراء زمني وقال الشافعي عليه فطرتهم واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ادوا عن كل حرو عبد صغيرا وكبير عن تمونون فاذا كانوا في عياله يموتهم فله عليه فطرتهم ولنا ان أحد شرطى السبب وهو الولاية منعدم والحديث محمول على جواز الاداء عنهم لا على الوجوب ولا يلزمه أن يخرج عن أبيه وان كانوا في عياله لعدم الولاية عليهم ما لا يخرج عن الحل لانعدام كمال الولاية ولا نه لا يعلم حياته ولا يلزم الزوج صدقة فطر زوجته عندنا وقال الشافعي يلزمه لانها تحب مؤنة الزوج وولايته فوجد سبب الوجوب (ولنا) ان شرط تمام السبب كمال الولاية وولاية الزوج عليها ليست بكاملة فلم يتم السبب وليس في شيء من الحيوان سوى الرقيق صدقة الفطر اما لان وجوبها عرف بالتوقيف وانه لم يرد فيها سوى الرقيق من الحيوانات أو لانها وجبت طهرة للصائم عن الرفث ومعنى الطهرة لا يتقرر في سائر الحيوانات فلا تجب عنها والله اعلم

فصل وأما بيان جنس الواجب وقدره وصفته اما جنسه وقدره فهو نصف صاع من خنطة أو صاع من شعير أو صاع من تمر وهذا عندنا وقال الشافعي من الخنطة صاع واحتج بما روى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال كنت أؤدى على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من بر أو نأما رويان من حديث ثعلبة بن صعيبر العذري انه قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ادوا عن كل حرو عبد نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو صاعا من شعير أو كراما الهدي الشيخ أبو منصور الماتريدي ان عشرة من الصعابة رضي الله عنهم منهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلى رضي الله عنهم روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في صدقة الفطر نصف صاع من بر أو احتج بروايتهم وأما حديث أبي سعيد فليس فيه دليل الوجوب بل هو حكاية عن فعله فيدل على الجواز وبه نقول فيكون الواجب نصف صاع وما زاد يكون تطوعا على ان المروى من لفظ أبي سعيد رضي الله عنه انه قال كنت أخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام صاعا من تمر صاعا من شعير وليس فيه ذكر البر فيجعل قوله صاعا من تمر صاعا من شعير تفسير لقوله صاعا من طعام ودقيق الخنطة وسويقها كالخنطة ودقيق الشعير وسويقه كالشعير عندنا وعند الشافعي لا يجزئ بناء على أصله من اعتبار المنصوص عليه وعندنا المنصوص عليه معلول بكونه مالا متقوما على الاطلاق لما ذكره من المنصوص عليه لتبديل لانهم كانوا يذبايعون بذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على ان الدقيق منصوص عليه لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ادوا قبل الخروج زكاة الفطر فان على كل مسلم مدامن قح أو دقيق وروى على أبي يوسف انه قال الدقيق أحب الي من الخنطة والدرهم أحب الي من الدقيق والخنطة لان ذلك أقرب الى دفع حاجة الفقير واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الزبيب ذكر في الجامع الصغير نصف صاع وروى الحسن وأسد بن عمرو عن أبي حنيفة صاعا من زبيب وهو قول أبي يوسف ومحمد وجه هذه الرواية ما روى عن أبي سعيد الخدري انه قال كنا نخرج زكاة الفطر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من تمر أو صاعا من زبيب وكان طعامنا الشعير ولان الزبيب لا يكون مثل الخنطة في التغذي بل يكون أنه نقص منها كالشعير والتمر فكان التقدير فيه بالصاع كافي الشعير والقرو وجه رواية الجامع ان قيمة الزبيب تزيد على قيمة الخنطة في العادة ثم اكنى من الخنطة بنصف صاع فن الزبيب أولى ويمكن التوفيق بين القولين بأن يجعل الواجب فيه بماريق القيمة فكانت قيمته في عصر أبي حنيفة مثل قيمة الخنطة وفي عصرهما كانت قيمته مثل قيمة الشعير والتمر وعلى هذا أيضا يحمل اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة وأما الاقط

فتعتبر فيه القيمة لا يجزى إلا باعتبار القيمة وقال مالك يجوز أن يخرج صاعاً من أقط وهذا غير سديد لأنه غير
منصوص عليه من وجه يوثق به وجواز ما ليس بمنصوص عليه لا يكون إلا باعتبار القيمة كسائر الأعيان التي
لم يقع التنصيص عليها من النبي صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي لأحب أن يخرج الأقط فإن أخرج صاعاً من أقط
لم يتبين لي أن عليه إلا عادة الصاع ثمانية أرتال بالعراق عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف خمسة أرتال
وثلاث رطل بالعراق وهو قول الشافعي وجه قوله أن صاع المدينة خمسة أرتال وثلاث رطل ونقلوا ذلك عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم خلفاء عن سلف ولهما ما روى عن أنس رضي الله عنه أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم يتوضأ بالماء والمد رطلان ويغتسل بالصاع والصاع ثمانية أرتال وهذا نص ولأن هذا صاع عمر رضي الله عنه
ونقل أهل المدينة لم يصح لأن ما كان من فقهاءهم يقول صاع المدينة ثبت بتخري عبد الملك بن مهران فلم يصح
النقل وقد ثبت أن صاع عمر رضي الله عنه ثمانية أرتال فالعمل بصاع عمر أولى من العمل بصاع عبد الملك ثم المعتبر
أن يكون ثمانية أرتال وزناً وكلاً وروى الحسن عن أبي حنيفة وزنا وروى عن محمد كلاً حتى لو وزن وأدى جاز
عند أبي حنيفة وعند محمد لا يجوز وقال الطحاوي الصاع ثمانية أرتال فيها يستوى كبله ووزنه وهو العدى
والماش والزبيب وإذا كان الصاع بسع ثمانية أرتال من العدى والماش فهو الصاع الذي يكال به الشعير
والتمر وجه ما ذكره الطحاوي أن من الأشياء بما لا يختلف كبله ووزنه كالعدس والماش وما سواهما يختلف منها
ما يكون وزنه أكثر من كبله كالشعير ومنها ما يكون كبله أكثر من وزنه كالملح فيجب تقدير المكاييل بما لا يختلف
وزنه وكبله كالعدس والماش فإذا كان المكاييل بسع ثمانية أرتال من ذلك فهو الصاع الذي يكال به الشعير والتمر
وجه قول محمد أن النص ورد باسم الصاع وأنه مكاييل لا يختلف وزن ما يدخل فيه خفة وثقل فوجب اعتبار
الكيل المنصوص عليه وجه قول أبي حنيفة أن الناس إذا اختلفوا في صاع يقدرونه بالوزن فدل أن المعتبر هو
الوزن وأما صفة الواجب فهو أن وجوب المنصوص عليه من حيث أنه مال متقوم على الإطلاق لا من حيث أنه
عين فيجوز أن يعطى عن جميع ذلك القيمة دراهم أو دنانير أو فلولاً أو عروضا أو ماشاء وهذا عندنا وقال الشافعي
لا يجوز إخراج القيمة وهو على الاختلاف في الزكاة وجه قوله أن النص ورد بوجوب أشياء مخصوصة وفي تجوز
القيمة يعتبر حكم النص وهذا لا يجوز ولأن الواجب في الحقيقة إغناء القيمة لقوله صلى الله عليه وسلم أغنوهم عن
المسئلة في مثل هذا اليوم والاغناء يحصل بالقيمة بل آتم وأفرلأنها أقرب إلى دفع الحاجة وبه تبين أن النص
مملول بالاغناء وأنه ليس في تجوز القيمة يعتبر حكم النص في الحقيقة والله الموفق ولا يجوز إداد المنصوص عليه
بعضه عن بعض باعتبار القيمة سواء كان الذي أدى عنه من جنسه أو من خلاف جنسه بعد أن كان منصوباً عليه
فكلاً لا يجوز إخراج الحنطة عن الحنطة باعتبار القيمة بأن أدى نصف صاع من حنطة جيدة عن صاع من
حنطة وسط لا يجوز إخراج غير الحنطة عن الحنطة باعتبار القيمة بأن أدى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته قيمة
نصف صاع من الحنطة عن الحنطة بل يقع عن نفسه وعليه تكيل الباقي وإنما كان كذلك لأن القيمة لا تعتبر في
المنصوص عليه وإنما تعتبر في غيره وهذا يؤيد قول من يقول من أهل الأصول أن الحكم في المنصوص عليه يثبت
بعين النص لا بمعنى النص وإنما يعتبر المعنى لا ثبات الحكم في غير المنصوص عليه وهو مذهب مشايخ العراق وأما
التخريج على قول من يقول أن الحكم في المنصوص عليه يثبت بالمعنى أيضاً وهو قول مشايخنا بسمرقند وأما في
الجنس فظاهر لأن بعض الجنس المنصوص عليه إنما يقوم مقام كله باعتبار القيمة وهي الجودة والجودة في أموال
الز بالقيمة لها شرعاً عند مقابلة ما يجنسها لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء أسقط اعتبار الجودة
والساقط شرعاً ملحق بالساقط حقيقة وأما في خلاف الجنس فوجه التخريج أن الواجب في ذمته في صدقة الفطر
عند هجوم وقت الوجوب أحدث شئ من أعيان المنصوص عليه وأما القيمة ومن عليه بالخيار أن شاء أخرج العين
وإن شاء أخرج القيمة ولا يهمها اختيار تبين أنه هو الواجب من الأصل فإذا أدى بعض عين المنصوص عليه عين واجباً

من الأصل فيلزمه تكيله وهذا التخرج في صدقة الفطر صحيح لان الواجب ههنا في الذمة ألا ترى انه لا يسقط
بهلاك النصاب بخلاف الزكاة فان الواجب هناك في النصاب لانه ربع العشر وهو جزء من النصاب حتى يسقط
بهلاك النصاب لقوات محل الوجوب

فصل وما وقت وجوب صدقة الفطر فقد اختلف فيه قال أصحابنا هو وقت طلوع الفجر الثاني من يوم الفطر
وقال الشافعي هو وقت غروب الشمس من آخر يوم من رمضان حتى لو ملك عبدا أو ولده ولدا وكان كافرا فاسلم
أو كان فقيرا فاستغنى ان كان ذلك قبل طلوع الشمس تجب عليه الفطرة وان كان بعده لا تجب عليه وكذا من مات
قبل طلوع الفجر لم تجب فطرته وان مات بعده وجبت وعند الشافعي ان كان ذلك قبل غروب الشمس تجب عليه
وان كان بعده لا تجب وكذا ان مات قبله لم تجب وان مات بعده وجبت وجه قوله ان سبب وجوب هذه الصدقة هو
الفطر لانها تضاعف اليه والاضافة تدل على السببية كإضافة الصلوات الى أوقاتها وإضافة الصوم الى الشهر ونحو
ذلك وكما غربت الشمس من آخر يوم من رمضان جاء وقت الفطر فوجبت الصدقة ولما روى عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال صومكم يوم تصومون وفطركم يوم تفطرون أي وقت فطركم يوم تفطرون خص وقت الفطر بيوم
الفطر حيث اضافته الى اليوم والاضافة للاختصاص فيقتضي اختصاص الوقت بالفطر يظهر باليوم والافعال الى
كلها في حق الفطر سواء فلا يظهر الاختصاص وبه تبين ان المراد من قوله صدقة الفطر أي صدقة يوم الفطر فكانت
الصدقة مضافة الى يوم الفطر فكان سببا لوجوبها ولو عمل الصدقة على يوم الفطر لم يذ كر في ظاهر الرواية وروى
الحسن عن أبي حنيفة انه يجوز التعجيل سنة وستين وعن خلف بن أيوب انه يجوز تعجيلها اذا دخل رمضان
ولا يجوز قبله وذ كر الكرخي في مختصره انه يجوز التعجيل بيوم أو يومين وقال الحسن بن زياد لا يجوز تعجيلها
أصلا وجه قوله ان وقت وجوب هذا الحق هو يوم الفطر فكان التعجيل أداء الواجب قبل وجوبه وانه ممنوع
كتعجيل الاضحية قبل يوم النحر وجه قول خلف ان هذه فطرة عن الصوم فلا يجوز تقديمها على وقت الصوم
وما ذ كر الكرخي من اليوم أو اليومين فقد قيل انه ما أراد به الشرط فان أراد به الشرط فوجهه ان وجوبها
لاغناء الفقير في يوم الفطر وهذا المقصود يحصل بالتعجيل بيوم أو يومين لان الظاهر ان المجعل يبقى الى يوم
الفطر فيحصل الاغناء يوم الفطر وما زاد على ذلك لا يبقى فلا يحصل المقصود والصحيح انه يجوز التعجيل مطلقا
وذ كر السنة والسنين في رواية الحسن ليس على التقدير بل هو بيان لاستكثار المدة أي يجوز وان كثرت المدة كما في
قوله تعالى ان تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم ووجهه ان الوجوب ان لم يشبث فقد وجد سبب الوجوب وهو
رأس عونه ويلي عليه والتعجيل بعد وجود السبب جائز كتعجيل الزكاة والعشور وكفارة القتل والله أعلم

فصل وما وقت أدائها جميع العمر عند عامة أصحابنا ولا تسقط بالتأخير عن يوم الفطر وقال الحسن بن زياد
وقت أدائها يوم الفطر من أوله الى آخره واذا لم يؤدها حتى مضى اليوم سقطت وجه قول الحسن ان هذا حق
معرف بيوم الفطر فيخص أدائه به كالأضحية وجه قول العامة ان الأمر بادائها مطلق عن الوقت فيجب في مطلق
الوقت غير عين وانما يتعين بتعيينه فعلا أو بأخر العمر كالأمر بالزكاة والعشور والكفارات وغير ذلك وفي أي وقت
أدى كان مؤديا لا قاضيا كما في سائر الواجبات الموسومة غير ان المستحب ان يخرج قبل الخروج الى المصلى لأن
رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا كان يفعل واقوله صلى الله عليه وسلم اغنوهم عن المسئلة في مثل هذا اليوم فاذا
أخرج قبل الخروج الى المصلى استغنى المسكين عن السؤال في يومه ذلك فيصلى فارغ القلب مطمئن النفس

فصل وأما ركها فالقول النبي صلى الله عليه وسلم أدوا عن كل حر وعبدا الحديث والأداء هو القليل
فلا يتأدى بطعام الاباحة وما ليس بقليل أصلا ولا بما ليس بقليل مطلق والمسائل المبنية عليه ذ كرناها في زكاة
المال وشرائطها كن أيضا ما ذكرنا هناك غير ان اسلام المؤدى اليه ههنا ليس بشرط لجواز الاداء عند أبي حنيفة
ومحمد فيجوز دفعها الى أهل الذمة وعند أبي يوسف والشافعي شرط ولا يجوز الدفع اليهم ولا يجوز الدفع الى الحربى

المستأمن بالاجماع والمسئلة ذكرناها في زكاة المال ويجوز أن يعطى ما يجب في صدقة الفطر عن انسان واحد جماعة مساكين و يعطى ما يجب عن جماعة مساكين او احد الان الواجب زكاة فجاز جمعها وتفريقها كزكاة المال ولا يبعث الامام عليها ساعدا لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يبعث ولنا فيه قدوة

فصل واما مكان الاداء وهو الموضع الذي يستحب فيه اخراج الفطرة روى عن محمد انه يؤدي زكاة المال حيث المال ويؤدي صدقة الفطر عن نفسه وعبيده حيث هو وهو قول أبي يوسف الا ول ثم رجع وقال يؤدي صدقة الفطر عن نفسه حيث هو وعن عبيده حيث هم حتى الحاكم رجوعه وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي قول أبي حنيفة مع قول أبي يوسف واما زكاة المال فثبت المال في الروايات كلها وبكره اخراجها الى أهل غير ذلك الموضع الا رواية عن أبي حنيفة انه لا بأس أن يخرجها الى قرابته من أهل الحاجة ويبيعها اليهم وجه قول أبي يوسف ان صدقة الفطر أحد نوعي الزكاة ثم زكاة المال تؤدي حيث المال فكذلك زكاة الرأس ووجه الفرق لمحد واضح وهو أن صدقة الفطر تتعلق بذمة المؤدي لا بعمله بدليل انه لو هلك ماله لا تسقط الصدقة واما زكاة المال فانها تتعلق بالمال الا ترى أنه لو هلك النصاب تسقط فاذا تعلق الصدقة بذمة المؤدي اعتبر مكان المؤدي ولما تعلق الزكاة بالمال اعتبر مكان المال وروى عن أبي يوسف في الصدقة انه يؤدي عن العبد الحلي حيث هو وعن الميت حيث المولى لان الوجوب في العبد الحلي عنه فيعتبر مكانه وفي الميت لا فيعتبر مكان المولى

فصل واما بيان ما يسقطها بعد الوجوب فما يسقط زكاة المال يسقطها الاهلاك المال فانها لا تسقط به بخلاف زكاة المال والفرق ان صدقة الفطر تتعلق بالذمة وذمة قائمة بعد هلاك المال فكان الواجب قائما والزكاة تتعلق بالمال فتسقط بهلاكه والله أعلم

كتاب الصوم

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان أنواع الصيام وصفة كل نوع وفي بيان شرائطها وفي بيان أركانها ويتضمن بيان ما يفسدها وفي بيان حكمها اذا فسدت وفي بيان حكم الصوم المؤقت اذا فات عن وقته وفي بيان ما يسن وما يستحب للصائم وما يكره له أن يفعله اما الاول فالصوم في القسمة الأولى ينقسم الى لغوي وشرعي اما اللغوي فهو الامساك المطلق وهو الامساك عن أي شيء كان فيسمى الممسك عن الكلام وهو الصامت صائما قال الله تعالى اني نذرت للرحمن صوما أي صمتا ويسمى الفرس الممسك عن العلف صائما قال الشاعر

خيل صيام وخيل غير صائمة * تحت العجاج وأخرى تعلق اللجما

أي ممسكة عن العلف وغير ممسكة وأما الشرعي فهو الامساك عن أشياء مخصوصة وهي الاكل والشرب والجماع بشرائط مخصوصة نذكرها في مواضعها ان شاء الله تعالى ثم التمرعي ينقسم الى فرض وواجب وتطوع والقرض ينقسم الى عين ودين فالعين ماله وقت معين اما بتعيين الله تعالى كصوم رمضان وصوم التطوع خارج رمضان لان خارج رمضان متعين للنفل شرعا واما بتعيين العبد كالصوم المنذور به في وقت بعينه والدليل على فرضية صوم شهر رمضان الكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم اعملكم تتقون وقوله كتب عليكم أي فرض وقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم بنى الاسلام على خمس شهادة أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله واقام الصلاة وابتأ الزكاة وصوم رمضان وحج البيت من استطاع اليه سبيلا وقوله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع أيها الناس اعبدوا ربكم وصلوا واتمسكوا بصوموا وشهركم وحجوا يتر بكم وأدوا زكاة أموالكم طيبة بها أنفسكم تدخلوا الجنة ربكم وأما الاجماع فان الأمة أجمعت على فرضية شهر رمضان لا يجعدها الا كافر وأما المعقول فمن وجوه أحدها ان الصوم وسيلة الى شكر النعمة اذ هو كف النفس عن الاكل والشرب والجماع وأنها

من أجل النعم وأعلامها والامتناع عنها ما نأمن به يعرف قدرها إذا النعم مجهولة فإذا فقدت عرفت فيجعل ذلك على قضاء حقها بالشكر وشكر النعم فرض عقلا وشروعا واليه أشار الرب تعالى في قوله في آية الصيام لعلمكم تشكرون والثاني أنه وسيلة إلى التقوى لأنه إذا انتقلت نفسه للامتناع عن الحلال طمعت في مرضات الله تعالى وخوفاً من أليم عقابه فأولى أن تنقاد للامتناع عن الحرام فكان الصوم سبباً للامتناع عن محارم الله تعالى وأنه فرض واليه وقعت الإشارة بقوله تعالى في آخر آية الصوم أم لكم تتقون والثالث أن في الصوم قهر الطبع وكسر الشهوة لأن النفس إذا شبعت تمنعت الشهوات وإذا جاعت امتنعت عما سوى ولذا قال النبي صلى الله عليه وسلم من خشي منكم الباءة فليصم فإن الصوم له وجاء فكان الصوم ذريعة إلى الامتناع عن المعاصي وأنه فرض وأما صوم الدين فليس له وقت معين كصوم قضاء رمضان وصوم كفارة القتل والظهار واليمين والأفطار وصوم المتعة وصوم فدية الحلق وصوم جزاء الصيد وصوم النذر المطلق عن الوقت وصوم اليمين بأن قال والله لأصوم من شهر إنهم بعض هذه الصيامات المفروضة من العين والدين متتابع وبعضها غير متتابع بل صاحبها فيه بالخيار إن شاء تابع وإن شاء فرق أما المتتابع فصوم رمضان وصوم كفارة القتل والظهار والأفطار وصوم كفارة اليمين عندنا أما صوم كفارة القتل والظهار فلان المتتابع منه صوم عليه قال الله تعالى في كفارة القتل فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وقال عز وجل في كفارة الظهار فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتمسكوا بما صوم كفارة اليمين فقد قرأ ابن مسعود رضي الله عنه فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام متتابعات وعند الشافعي المتتابع فيه ليس بشرط وموضع المسئلة كتاب الكفارات وقال صلى الله عليه وسلم في كفارة الأفطار بالجماع في حديث الأعرابي صم شهرين متتابعين وأما صوم شهر رمضان فلان الله تعالى أمر بصوم الشهر بقوله عز وجل فمن شهد منكم الشهر فليصمه والشهر متتابع المتتابع أيامه فيكون صومه متتابعاً ضرورة وكذلك الصوم المنذور به في وقت بعينه بأن قال الله تعالى إن أصوم شهر رجب يكون متتابعاً لما ذكرنا في صوم شهر رمضان وأما غير المتتابع فصوم قضاء رمضان وصوم المتعة وصوم كفارة الحلق وصوم جزاء الصيد وصوم النذر المطلق وصوم اليمين لأن الصوم في هذه المواضع ذكر مطلقاً عن صفة المتتابع قال الله تعالى في قضاء رمضان فمن كان منك مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر أي فأفطر فليصم عدة من أيام أخر وقال عز وجل في صوم المتعة فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم وقال عز وجل في كفارة الحلق ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وقال سبحانه وتعالى في جزاء الصيد أو عدل ذلك صياماً لذوق وبال أمره ذلك الله تعالى الصيام في هذه الأبواب مطلقة عن شرط المتتابع وكذا الناذر والخالف في النذر المطلق واليمين المطلقة ذلك الصوم مطلقاً عن شرط المتتابع وقال بعضهم في صوم قضاء رمضان أنه يشترط فيه المتتابع لا يجوز إلا متتابعاً واحتجوا بقراءة أبي بن كعب رضي الله عنه أنه قرأ الآية فعدة من أيام أخر متتابعات فيزاد على القراءة المعروفة وصف المتتابع بقراءته كما زيد وصف المتتابع على القراءة المعروفة في صوم كفارة اليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ولأن القضاء يكون على حسب الأداء والأداء واجب متتابعاً فكذا القضاء (ولنا) ما روى عن جماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من نحو علي وعبد الله بن عباس وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة وعائشة وغيرهم رضي الله عنهم أنهم قالوا إن شاء تابع وإن شاء فرق غير أن علياً رضي الله عنه قال أنه يتابع لكنه إن فرق جاز وهوذا منه إشارة إلى أن المتتابع أفضل ولو كان المتتابع شرطاً لما احتمل الخفاء على هؤلاء الصحابة ولما احتمل مخالفتهم إياه في ذلك لو عرفوه وهذا الانجاع تبين أن قراءة أبي بن كعب لو ثبتت فهي على النذب والاستحباب دون الاشتراط ولو كانت ثابتة وصارت كاملة ولو كان المراد بها الاشتراط لما احتمل الخلاف من هؤلاء رضي الله عنهم به لاف ذلك المتتابع في صوم كفارة اليمين في حرف ابن مسعود رضي الله عنه لأنه لم يخالفه أحد من الصحابة في ذلك فصار كالمسألة في حق العمل به وأما قوله إن القضاء يجب على حسب الأداء والأداء واجب متتابعاً فنقول المتتابع في الأداء ماوجب

لمكان الصوم ليقل أيما كان الصوم كان التتابع شرطاً وانما وجب لاجل الوقت لانه وجب عليهم صوم شهر معين ولا يمكن من أداء الصوم في الشهر كله الا بصفة التتابع فكان لزوم التتابع لضرورة تحصيل الصوم في هذا الوقت وهذا هو الأصل ان كل صوم يؤمر فيه بالتتابع لاجل الفعل وهو الصوم يكون التتابع شرطاً فيه حيث دار الفعل وكل صوم يؤمر فيه بالتتابع لاجل الوقت ففوت ذلك الوقت يسقط التتابع وان بقي الفعل واجب القضاء فان من قال لله على صوم شعبان يلزمه أن يصوم شعبان متتابعاً لكنه ان فات شيء منه يقضى ان شاء متتابعاً وان شاء مفترقاً لان التتابع ههنا لمكان الوقت فيسقط بسقوطه وبمثله لو قال لله على ان أصوم شهر امتتابعاً يلزمه أن يصوم متتابعاً لا يخرج عن نذره الا به ولو أفطر يوماً في وسط الشهر يلزمه الاستقبال لان التتابع ذكر للصوم فكان الشرط هو وصل الصوم بعينه فلا يسقط عنه ابداً وعلى هذا صوم كفارة القتل والظهار واليمين لانهما وجب لعين الصوم لا يسقط ابداً الا بالاداء متتابعاً والفقهاء في ذلك ظاهر وهو انه اذا وجب التتابع لاجل نفس الصوم فسلم يؤده على وصفه لا يخرج عن عهده الواجب واذا وجب لضرورة قضاء حق الوقت أو شرط التتابع لوجب الاستقبال فيقع جميع الصوم في غير ذلك الوقت الذي أمر بعراه حقه بالصوم فيه ولو لم يجب لوقع عامة الصوم فيه وبعضه في غيره فكان أقرب الى قضاء حق الوقت والدليل على ان التتابع في صوم شهر رمضان لما قلنا من قضاء حق الوقت انه لو أفطر في بعضه لا يلزمه الاستقبال ولو كان التتابع شرطاً للصوم لوجب كافي الصوم المذكور به بصفة التتابع وكافي صوم كفارة الظهار واليمين والقتل وكذا لو أفطر أياماً من شهر رمضان بسبب المرض ثم برأ في الشهر وصام الباقي لا يجب عليه وصل الباقي بشهر رمضان حتى اذا مضى يوم الفطر يجب عليه أن يصوم عن القضاء منه الا بيوم الفطر كافي صوم كفارة القتل والافطار اذا أفطرت المرأة بسبب الحيض الذي لا يتصور خلوه شهر عنه انها كما طهرت يجب عليها أن تصل وتتابع حتى لو تركت يجب عليها الاستقبال وههنا ليس كذلك بل يثبت له الخيار بين أن يصوم شوال متصلاً وبين أن يصوم شهراً آخر فدل ان التتابع لم يكن واجباً لاجل الصوم بل لاجل لاجل الوقت فيسقط بفوات الوقت والله أعلم وأما الصوم الواجب فصوم التطوع بعد الشروع فيه وصوم قضائه عند الافساد وصوم الاعتكاف عندنا اما مسئلة وجوب الصوم بالشروع ووجوب القضاء بالافساد فقد مضت في كتاب الصلاة واما وجوب صوم الاعتكاف فنذكره في الاعتكاف واما التطوع فهو صوم النقل خارج رمضان قبل الشروع فهذه جملة أقسام الصيام والله أعلم

فصل في ما شرائطها فنوعان نوع بعم الصيامات كلها وهو شرط جواز الاداء ونوع يخص البعض دون البعض وهو شرط الوجوب اما الشرائط العامة فبعضها يرجع الى الصائم وهو شرط أهلية الاداء وبعضها يرجع الى وقت الصوم وهو شرط المحلية اما الذي يرجع الى وقت الصوم فنوعان نوع يرجع الى أصل الوقت ونوع يرجع الى وصفه من الخصوص والعموم اما الذي يرجع الى أصل الوقت فهو بياض النهار وذلك من حين يطلع الفجر الثاني الى غروب الشمس فلا يجوز الصوم في الليل لان الله تعالى أباح الجماع والاكل والشرب في الليالي الى طلوع الفجر ثم أمر بالصوم الى الليل بقوله تعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم الى قوله فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكأواشر بواحتى تبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر الى حتى تبين لكم بياض النهار من سواد الليل هكذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الخيط الابيض والاسود هما بياض النهار وظلمة الليل ثم أعوا الصيام الى الليل فكان هذا تعييناً لليالي الفطر والنهار للصوم فكان محل الصوم هو اليوم لا الليل ولأن الحكمة التي لها شرع الصوم وهو ما ذكرنا من التقوى وتعريف قدر النعم الحامل على شكرها لا يحصل بالصوم في الليل لان ذلك لا يحصل الا بفعل شاق على البدن يخالف للعادة وهوى النفس ولا يتحقق ذلك بالامساك في حالة النوم فلا يكون الليل محلاً للصوم واما الذي يرجع الى وصفه من الخصوص والعموم فنقول وبالله التوفيق اما صوم التطوع فالايام كالمحل له عندنا وهو رواية محمد عن أبي حنيفة ويجوز

صوم التطوع خارج رمضان في الأيام كلها لقول النبي صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم له إلا الصوم فإنه لي وأنا
أخبر به وقوله من صام من كل شهر ثلاثة أيام الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر فكان صام السنة كلها
فقد جعل السنة كلها محلا للصوم على الصوم وقوله من صام رمضان وأتبعه بست من شوال فكان صام الدهر
كأنه يصوم الدهر كله محلا للصوم عن غير فصل وقوله الصائم المتطوع أمير نفسه إن شاء صام وإن شاء لم يصم ولأن
المعاني التي لها كان الصوم حسنا وعبادة وهي ما ذكرنا موجودة في سائر الأيام فكانت الأيام كلها محلا للصوم إلا
أنه يكره الصوم في بعضها ويستحب في البعض أما الصيام في الأيام المكروهة فثلاثة صوم يوم العيد وأيام التشريق
وعند الشافعي لا يجوز الصوم في هذه الأيام وهو رواية أبي يوسف وعبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة واحتج
بالنبي الوارد عن الصوم فيها وهو ما روى أبو هريرة رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه
قال ألا تصوموا في هذه الأيام فأنها أيام أكل وشرب وبعال والنهي للتحريم ولأنه عين هذه الأيام لأضداد
الصوم فلا تنبغي محلا للصوم والجواب أن ما ذكرنا من النصوص والمعقول يقتضي جواز الصوم في هذه الأيام فيحصل
النهي على الكراهة ويجعل التعيين على التدب والاستحباب توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان وعندنا يكره الصوم
في هذه الأيام والمستحب هو الإفطار ومنها اتباع رمضان بست من شوال كذا قال أبو يوسف كانوا يكرهون أن
يتبعوا رمضان صوما خوفا أن يلحق ذلك بالفرضية وكذا روى عن مالك أنه قال أكره أن يتبع رمضان بست من
شوال وما رأيت أحدا من أهل الفقه والعلم يصومها ولم يبلغنا عن أحد من السلف وإن أهل العلم يكرهون ذلك
ويخافون بدعته وأن يلحق أهل الجاهل بمرضاها ما ليس منه والاتباع المكروه هو أن يصوم يوم الفطر ويصوم بعده
خمسة أيام فأما إذا أفطر يوم العيد ثم صام بعده ستة أيام فليس بمكروه بل هو مستحب وسنة ومنها صوم يوم السبت
بنية رمضان أو بنية مترددة أما بنية رمضان فللقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يصام اليوم الذي يشك فيه من
رمضان إلا تطوعا وعن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم أنهم كانوا ينفون عن صوم اليوم الذي يشك فيه من
رمضان ولأنه يزيد في رمضان وقد روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال لأن أفطر يوما من رمضان
ثم أقضيه أحب إلي أن أزيد فيه ما ليس منه وأما النية المترددة بأن نوى أن يكون صومه عن رمضان إن كان اليوم
من رمضان وإن لم يكن يكون تطوعا فلان النية المترددة لا تكون نية حقيقة لان النية تعين للعمل والتردد يمنع
التعيين وأما صوم يوم السبت بنية التطوع فلا يكره عندنا ويكره عند الشافعي واحتج بما روى عن النبي صلى الله
عليه وسلم أنه قال من صام يوم السبت فقد عصى أبا القاسم وإنما ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يصام
اليوم الذي يشك فيه من رمضان إلا تطوعا استثنى التطوع والمستثنى يخالف حكمه حكم المستثنى منه وأما الحديث
فالمراد منه صوم يوم السبت عن رمضان لأن المروي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم يوم السبت عن
رمضان وقال من صام يوم السبت فقد عصى أبا القاسم أي صام عن رمضان واختلف المشايخ في أن الأفضل أن
يصوم فيه تطوعا أو يفطر أو ينتظر قال بعضهم الأفضل أن يصوم لما روى عن عائشة وعلى رضي الله عنهما أنها
كانتا يصومان يوم السبت بنية التطوع وتقولان لأن نوى يوم ما من شعبان أحب إلينا من أن نطعم يوما من رمضان
فقد صاموا ونها على المعنى وهو أنه يحفل أن يكون هذا اليوم من رمضان ويحفل أن يكون من شعبان فلو صام
لدار الصوم بين أن يكون من رمضان وبين أن يكون من شعبان ولو أفطر لدار الفطر بين أن يكون في رمضان وبين
أن يكون في شعبان فكان الاحتياط في الصوم وقال بعضهم الإفطار أفضل وبه كان يفتي محمد بن سلمة وكان يضع
كوزا له بين يديه يوم السبت فإذا جاءه مستقنى عن صوم يوم السبت اقتناه بالفطر وشرب من الكوز بين يديه المستقنى
وأما كان يفعل كذلك لأنه لو اتقى بالصوم لاعتاده الناس فيضاف أن يلحق بالفريضة وقال بعضهم يصام سرا ولا
يفتي به العوام ثلاثا لظنه الجهال زيادة على صوم رمضان هكذا روى عن أبي يوسف أنه استفتى عن صوم يوم السبت
فأفتى بالفطر ثم قال للمستفتى تعال فدا دنا منه أخبره سرا فقال إن صائم وقال بعضهم ينتظر فلا يصوم ولا يفطر فإن تبين

قبل الزوال أنه من رمضان عزم على الصوم وإن لم يتبين أفطر لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال
 أصبحوا يوم المشك مفطرين متلومين أي غير أكهين ولا عازمين على الصوم إلا إذا كان صائما قبل ذلك فوصل
 يوم الشك به ومنها أن يستقبل الشهر بيوم أو يومين بأن تعد ذلك فان وافق ذلك صوما كان يصومه قبل ذلك
 فلا بأس به لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تتقدموا الشهر بيوم ولا بيومين إلا أن يوافق ذلك صوما
 كان يصومه أحدكم ولأن استقبال الشهر بيوم أو بيومين يؤهم الزيادة على الشهر ولا كذلك إذا وافق صوما
 كان يصومه قبل ذلك لأنه لم يستقبل الشهر وليس فيه وهم الزيادة وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 كان يصل شعبان برمضان ومنها صوم الوصال لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا صام من صام
 الدهر وروى أنه نهى عن صوم الوصال فسر أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الوصال بصوم يومين لا يفطر بينهما لأن
 الفطر بينهما يحصل بوجود زمان الفطر وهو الليل قال النبي صلى الله عليه وسلم إذا أقبل الليل من ههنا وأدبر النهار
 من ههنا فقد أفطر الصائم كل أوله كل وقيل في تفسير الوصال أن يصوم كل يوم من السنة دون أيلته ومعنى
 الكراهة فيه أن ذلك يضعفه عن أداء الفرائض والواجبات ويقعده عن الكسب الذي لا بد منه ولما روى
 أنه لما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الوصال وقيل له أنت تواصل يا رسول الله قال في لست كأحدكم في
 آيت عذري بي أعلمني ويسقيني أشار إلى المخصص وهو اختصاصه بفضل قوة النبوة وقال بعض الفقهاء من
 صام سائر الأيام وأفطر يوم الفطر والاضحى وأيام التشريق لا يدخل تحت نهى صوم الوصال ورد عليه أبو يوسف
 فقال ليس هذا عندي كما قال والله أعلم هذا قد صام الدهر كأنه أشار إلى أن النهى عن صوم الدهر ليس لمكان صوم
 هذه الأيام بل لما يضعفه عن الفرائض والواجبات ويقعده عن الكسب ويؤدي إلى التبتل المنهى عنه والله أعلم
 وأما صوم يوم عرفة ففي حق غير الحاج مستحب لكثرة الأحاديث الواردة بالندب إلى صومه ولأنه فضيلة على
 غيره من الأيام وكذلك في حق الحاج إن كان لا يضعفه عن الوقوف والدعاء لما فيه من الجمع بين القربتين وإن
 كان يضعفه عن ذلك يكره لأن فضيلة صوم هذا اليوم مما يمكن استدراكها في غير هذه السنة ويستدرك عادة
 فاما فضيلة الوقوف والدعاء فيه لا يستدرك في حق عامة الناس عادة إلا في العمر مرة واحدة فكان أحرازها أولى
 وكره بعضهم صوم يوم الجمعة بانقراده وكذا صوم يوم الاثنين والخميس وقال عامتهم أنه مستحب لأن هذه الأيام من
 الأيام الفاضلة فكان تعظيمها بالصوم مستحبا ويكره صوم يوم السبت بانقراده لأنه تشبه باليهود وكذا صوم يوم
 النيروز والمهرجان لأنه تشبه بالمجوس وكذا صوم السبت وهو أن يمسك عن الطعام والكلام جميعا لأن النبي صلى
 الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولأنه تشبه بالمجوس وكره بعضهم صوم يوم عاشوراء وحده لمكان التشبه باليهود ولم
 يكرهه عامتهم لأنه من الأيام الفاضلة فيستحب استدراك فضيلتها بالصوم وأما صوم يوم وأفطار يوم فهو مستحب
 وهو صوم سيدنا داود عليه الصلاة والسلام كان يصوم يوما ويفطر يوما ولأنه أشق على البدن إذا طبع ألوف
 وقال صلى الله عليه وسلم خير الأعمال أحزها أي أشقها على البدن وكذا صوم الأيام البيض لكثرة الأحاديث فيه
 منها ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من صام ثلاثة أيام من كل شهر الثالث عشر والرابع عشر
 والخامس عشر فكانت صام السنة كلها وأما صوم الدين فالأيام كلها محمل له ويجوز في جميع الأيام الاستسقاء
 يومى الفطر والاضحى وأيام التشريق ويوم الشك أما ما سوى صوم يوم الشك فلورود النهى عنه والنهى وإن كان
 عن غيره أو لغيره فلا شك أن ذلك الغير يوجد بوجود الصوم في هذه الأيام فأوجب ذلك نقصان فيه والواجب في
 ذمته صوم كامل فلا يتأدى بالناقص وبهذا تبين بطلان أحد قولى الشافعى في صوم المتعة أنه يجوز في هذه الأيام
 لأن النهى عن الصوم في هذه الأيام عام يتناول الصيامات كلها فيوجب ذلك نقصان فيه والواجب في ذمته كامل
 فلا ينوب الناقص عنه وأما يوم الشك فلا يجهل أن يكون من رمضان ويحتمل أن يكون من شعبان فإن كان
 من شعبان يكون قضاء وإن كان من رمضان لا يكون قضاء فلا يكون قضاء مع الشك وهل يصح النذر بصوم يومى

العبد وأيام التشريق روى محمد عن أبي حنيفة أنه يصح نذره لكن الأفضل أن يفطر فيها أو يصوم في أيام آخره ولو
صام في هذه الأيام يكون مسياً لكنه يخرج عنه النذر لأنه أوجب ناقصاً وأداءه ناقصاً وروى أبو يوسف عن أبي
حنيفة أنه لا يصح نذر ولا يلزمه شيء وهكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة وهو قول زفر والشافعي والمسئلة
مبنية على جواز صوم هذه الأيام وعدم جوازها وقد مرّت فيما تقدم ولو شرع في صوم هذه الأيام ثم أفسده لا يلزمه
القضاء في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يلزمه وجه قولهما أن الشروع في التطوع سبب الوجوب كالنذر
فاذا وجب المضي فيه وجب القضاء بالافساد كالوشرع في التطوع في سائر الأيام ثم أفسده ولا بى حنيفة أن الشروع
ليس سبب الوجوب وضماً وإنما الوجوب يثبت ضرورة صيانة لأودى عن البطالان والمؤدى ههنا لا يجب صيانته
لمكان النهي فلا يجب المضي فيه فلا يضمن بالافساد ولو شرع في الصلاة في أوقات مكروهة فأفسدها ففيه روايتان
عن أبي حنيفة في رواية لا قضاء عليه كافي الصوم وفي رواية عليه القضاء بخلاف الصوم وقد ذكرنا وجوه الفرق في
كتاب الصلاة وأما صوم رمضان فوقته شهر رمضان لا يجوز في غيره فيقع الكلام فيه في موضعين أحدهما في
بيان وقت صوم رمضان والثاني في بيان ما يعرف به وقته أما الأول فوقت صوم رمضان شهر رمضان لقوله تعالى
من شهد منكم الشهر فليصمه أي فليصم في الشهر وقول النبي صلى الله عليه وسلم وصوموا شهركم أي في شهركم
لأن الشهر لا يصام وإنما يصام فيه وأما الثاني وهو بيان ما يعرف به وقته فإن كانت السماء مصحبة يعرف برؤية
الهلال وإن كانت متغيمية يعرف بأكمل شعبان ثلاثين يوماً لقول النبي صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وأفطروا
لرؤيته فإن غم عليكم فأكلوا شعبان ثلاثين يوماً ثم صوموا وكذلك إن غم على الناس هلال شوال أكملوا عدة
رمضان ثلاثين يوماً لأن الأصل بقاء الشهر وكله فلا يترك هذا الأصل إلا بيقين على الأصل المعهود أن ما ثبت بيقين
لا يزول إلا بيقين مثله فإن كانت السماء مصحبة ورأى الناس الهلال صاموا وإن شهدوا برؤية الهلال لا تقبل
شهادته ما لم تشهد جماعة يقع العلم للقاضي بشهادتهم في ظاهر الرواية ولم يقدر في ذلك تقدير وروى عن أبي يوسف
أنه قدر عدد الجماعة بعدد القسامة خمسين رجلاً وعن خلف بن أيوب أنه قال جسمائة يبلغ قليل وقال بعضهم
ينبغي أن يكون من كل مسجد جماعة واحدة أو اثنان وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يقبل
فيه شهادة الواحد العدل وهو أحد قول الشافعي رحمه الله تعالى وقال في قول آخر تقبل فيه شهادة اثنين وجه رواية
الحسن رحمه الله تعالى أن هذا من باب الأخبار لا من باب الشهادة بدليل أنه تقبل شهادة الواحد إذا كان
بالسماوية ولو كان شهادة لما قبل لأن العدد شرط في الشهادات وإذا كان أخباراً لا شهادة فالعدد ليس بشرط في
الأخبار عن الديانات وإنما تشترط العدد فقط كما في رواية الأخبار عن طهارة الماء ونجاسته ونحو ذلك وجه ظاهر
الرواية أن خبر الواحد العدل إنما يقبل فيما لا يكذب الظاهر وههنا الظاهر يكذب لأن تفرد بالرؤية مع مساواة
جماعة لا يحصون آياه في الأسباب الموصلة إلى الرؤية وارتفاع الموانع دلائل كذبه أو غلطه في الرؤية وليس كذلك
إذا كان بالسماوية لأنه لا يمتنع التساوي في الرؤية لجواز أن قطعة من الغيم انشقت فظهر الهلال فرآه واحد ثم استتر
بالغيمة من ساعته قبل أن يراه غيره وسواء كان هذا الرجل من المصر أو من خارج المصر وشهد برؤية الهلال أنه
لا تقبل شهادته في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي أنه تقبل وجه رواية الطحاوي أن المطالع يختلف بالمصر وخارج
المصر في الظهور والخفاء لصفاء الهواء خارج المصر فتختلف الرؤية وجه ظاهر الرؤية أن المطالع لا يختلف إلا عند
المسافة البعيدة الفاحشة وعلى هذا الرجل الذي أخبر أن يصوم لأن عنده أن هذا اليوم من رمضان والإنسان
يؤخذ بما عنده فإن شهد فرداً لا مام شهادته ثم أفطرت بقضى لأنه أفسد صوم رمضان في زعمه فيعامل بما عنده
وهل تلزمه الكفارة قال أصحابنا لا تلزمه وقال الشافعي تلزمه إذا أفطرت بالجماع وإن أفطرت قبل أن يرد الأيام شهادته
فلا رواية عن أصحابنا في وجوب الكفارة واختلف المشايخ فيه قال بعضهم تجب وقال بعضهم لا تجب وجه قول
الشافعي أنه أنظر في يوم علم أنه من رمضان لوجود دليل العلم في حقه وهو الرؤية وعدم علم غيره لا يقدح في علمه

فيؤاخذ بعلمه فيوجب عليه الكفارة ولهذا أوجب عليه الصوم (ولنا) أنه أفطر في يوم هو من شعبان وأفطار يوم هو من شعبان لا يوجب الكفارة وإنما قلنا ذلك لأن كونه من رمضان إنما يعرف بالرؤية إذا كانت السماء مصحبة ولم تثبت رؤيته لما ذكرنا أن تفرد بالرؤية مع مساواة عامة الناس بإثباته في التقدم مع سلامة الآلات دليل عدم الرؤية وإذا لم تثبت الرؤية لم يثبت كون اليوم من رمضان فيبقى من شعبان والكفارة لا تجب بالأفطار في يوم هو من شعبان بالإجماع وأما وجوب الصوم عليه فمنوع فإن المحققين من مشايخنا قالوا لا رواية في وجوب الصوم عليه وإنما الرواية أنه يصوم وهو محمول على التنبأ احتياطاً وقال الحسن البصري أنه لا يصوم إلا مع الإمام ولو صام هذا الرجل وأكل ثلاثين يوماً لم ير هلال شوال فإنه لا يفطر إلا مع الإمام وإن زاد صومه على ثلاثين لأننا علمنا أمرناه بالصوم احتياطاً والاحتياط ههنا أن لا يفطر لا حقاً أن ما رأه لم يكن هلالاً بل كان خيالاً فلا يفطر مع الشك ولا نه لو أفطر لحقه التهمة بخالفته الجماعة فلا احتياط أن لا يفطر وإن كانت السماء متعينة تقبل شهادة الواحد بخلاف بين أصحابنا سواء كان حراً أو عبداً رجلاً أو امرأة غير محدود في قذف أو محدوداً نائباً بعد أن كان مسلماً عاقلاً بالغاً لا يفتقر إلى الشافعي في أحد قوايه لا تقبل إلا شهادة رجلين عدلين اعتباراً بسائر الشهادات (ولنا) ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه رجع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبصرت الهلال فقال أتشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله قال نعم قال قم يا بلال فأذن في الناس فليصوموا غداً فقد قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة الواحد على هلال رمضان وإنما في رسول الله صلى الله عليه وسلم أسوة حسنة ولأن هذا ليس بشهادة بل هو أخبار يدل أن حكمه يلزم الشاهد وهو الصوم وحكم الشهادة لا يلزم الشاهد والإنسان لا يتهم في إيجاب شيء على نفسه فدل أنه ليس بشهادة بل هو أخبار والعدد ليس بشرط في الأخبار إلا أنه أخبار في باب الدين فيشترط فيه الإسلام والعقل والبلوغ والعدالة كافي رواية الأخبار وذكراً الطحاوي في مختصره أنه يقبل قول الواحد عدلاً كان أو غير عدل وهذا خلاف ظاهر الرواية إلا أنه يريد به العدالة الحقيقية فيستقيم لأن الأخبار لا تشترط فيه العدالة الحقيقية بل يكتفي فيه بالعدالة الظاهرة والعدد والمرأة من أهل الأخبار لا ترى أنه محتمل روايتها وكذا المحدود في القذف فإن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قبلوا أخبار أبي بكر وكان محدوداً في قذف وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن شهادة رجلين لا تقبل والمصحح إنما يقبل وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لما ذكرنا أن هذا خبر وليس بشهادة وخبره مقبول وتقبل شهادة واحد عدل على شهادة واحد عدل في هلال رمضان بخلاف الشهادة على الشهادة في سائر الأحكام إنما لا تقبل ما لم يشهد على شهادة رجل واحد رجلان أو رجل واحد ما ذكرنا أن هذا من باب الأخبار لا من باب الشهادة ويجوز أخبار رجل عدل عن رجل عدل كافي رواية الأخبار ولو رد الإمام شهادة الواحد لتهمة الفسق فإنه يصوم ذلك اليوم لأن عنده أن ذلك اليوم من رمضان فيؤاخذ بعلمه عنده ولو أفطر بالجماع هل تلزمه الكفارة فهو على الاختلاف الذي ذكرنا وأما هلال شوال فإن كانت السماء مصحبة فلا يقبل فيه إلا شهادة جماعة يحصل العلم للقاضي بخبرهم كافي هلال رمضان كذا ذكر محمد بن نوادر الصوم وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقبل فيه شهادة رجلين أو رجل واحد سواء كان بالسماء علة أو لم يكن كما روى عن أبي حنيفة في هلال رمضان أنه يقبل فيه شهادة الواحد العدل سواء كان في السماء علة أو لم يكن وإن كان بالسماء علة فلا تقبل فيه إلا شهادة رجلين أو رجل واحد سواء كان مسلمين حريين عاقلين بالغين غير محدودين في قذف كافي الشهادة في الحقوق والأموال ما روى عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما أنهما قالوا إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة رجل واحد على رؤية هلال رمضان وكان لا يجيز الإفطار إلا بشهادة رجلين ولأن هذا من باب الشهادة لا ترى أنه لا يلزم الشاهد شيء بهذه الشهادة بل فيه نفع وهو إسقاط الصوم عن نفسه فكان متمماً فيشترط فيه العدد ونفي التهمة بخلاف هلال رمضان فإن هناك لا تهمة إذا لسان لا يتهم في الأضرار بنفسه بالتزام الصوم فإن غم على الناس هلال شوال فإن صاموا رمضان بشهادة شاهدين أفطروا

بقام العدة ثلاثين يوما بلا خلاف لان قولهما في الفطر يقبل وان صاموا بشهادة شاهد واحد فروى الحسن عن أبي حنيفة انهم لا يقطرون على شهادته برؤية هلال رمضان عند كمال العدد وان وجب عليهم الصوم بشهادته فثبتت المضائية بشهادته في حق الصوم لافي حق الفطر لانه لا شهادة له في الشرع على الفطر الا ترى انه لو شهد وحده مقصود الا تقبل بخلاف ما اذا صاموا بشهادة شاهدين لان لهما شهادة على الصوم والفطر جميعا الا ترى لو شهدا برؤية الهلال تقبل شهادتهما لان وجوب الصوم عليهم بشهادته من طريق الاحتياط والاحتياط ههنا في ان لا يفطروا بخلاف ما اذا صاموا بشهادة شاهدين لان الوجوب هناك ثبت بدليل مطلق فيظهر في الصوم والقمر جميعا وروى ابن سماعة عن محمد انهم يفطرون عند تمام العدد فأورد ابن سماعة على محمد اشكالا فقال اذا قبلت شهادة الواحد في الصوم تفطر على شهادته وحي أفطرت عند كمال العدد على شهادته فقد أفطرت بقول الواحد وهذا لا يجوز لاحتمال ان هذا اليوم من رمضان فاجاب محمد رحمه الله فقال لا أنهم المسلم أن يتجمل يوما مكان يوم ومعناه أن الظاهر انه ان كان صادقا في شهادته فالصوم وقع في اول الشهر فيختم بكمال العدد وقيل فيه بجواب آخر وهو ان جواز الفطر عند كمال العدد لم يثبت بشهادته مقصودا بل بمقتضى الشهادة وقد ثبت بمقتضى الشيء لا ما يثبت به مقصودا كالميراث بحكم النسب الثابت انه يظهر بشهادة القابلة بالولادة وان كان لا يظهر بشهادتها مقصودا والاستشهاد على مذهبهما لا على مذهب أبي حنيفة لان شهادة القابلة بالولادة لا تقبل في حق الميراث عنده (واما) هلال ذي الحجة فان كانت السماء مصحبة فلا يقبل فيه الا ما يقبل في هلال رمضان وهلال شوال وهو ما ذكرنا وان كان بالسماء علة فقد قال أصحابنا انه يقبل فيه شهادة الواحد وذكر الكرخي انه لا يقبل فيه الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين كافي هلال شوال لانه يتعلق بهذه الشهادة حكم شرعي وهو وجوب الاضحية على الناس فيشترط فيه العدد والصحيح هو الأول لان هذا ليس من باب الشهادة بل من باب الاخبار الا ترى ان الاضحية تجب على الشاهد ثم تنعدي الى غيره فكان من باب الخبر ولا يشترط فيه العدد ولورأى يوم الشك الهلالك بعد الزوال أو قبله فهو لليلة المستقبلية في قول أبي حنيفة ومحمد ولا يكون ذلك اليوم من رمضان وقال أبو يوسف ان كان بعد الزوال فكذلك وان كان قبل الزوال فهو لليلة الماضية ويكون ذلك اليوم من رمضان والمسئلة مختلفة بين الصحابة وروى عن عمر وابن مسعود وابن عمر وأمس مثل قولهما وروى عن عمر رضي الله عنه رواية أخرى مثل قوله وهو قول علي وعائشة رضي الله عنهم وعلى هذا الخلاف هلال شوال اذا رآه يوم الشك وهو يوم الثلاثين من رمضان قبل الزوال أو بعده فهو لليلة المستقبلية عندهما ويكون اليوم من رمضان وعنده ان رآه قبل الزوال يكون لليلة الماضية ويكون اليوم يوم الفطر والاصل عندهما انه لا يعتبر في رؤية الهلال قبل الزوال ولا بعده وانما العبرة لرؤيته قبل غروب الشمس وعنده يعتبر وجه قول أبي يوسف ان الهلال لا يرى قبل الزوال عادة الا أن يكون لليلتين وهذا يوجب كون اليوم من رمضان في هلال رمضان وكونه يوم الفطر في هلال شوال ولهما قول النبي صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته أمر بالصوم والفطر بعد الرؤية وفيما قاله أبو يوسف يتقدم وجوب الصوم والفطر على الرؤية وهذا خلاف النص ولو أن أهل مصر لم يروا الهلال فأكلوا شعبان ثلاثين يوما ثم صاموا وفيهم رجل صام يوم الشك بنية رمضان نهرأواهلال شوال عشية التاسع والعشرين من رمضان فصام أهل مصر تسعة وعشرين يوما وصام ذلك الرجل ثلاثين يوما فأهل مصر قد أصابوا وأحسنوا وأساء ذلك الرجل وأخطأ لانه خالف السنة اذا السنة ان يصام رمضان لرؤية الهلال اذا كانت السماء مصحبة أو بعد شعبان ثلاثين يوما كما نطق به الحديث وقد عمل أهل مصر بذلك وخالف الرجل فقد أصاب أهل مصر وأخطأ الرجل ولا قضاء على أهل مصر لان الشهر قد يكون ثلاثين يوما وقد يكون تسعة وعشرين يوما لقول النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وأشار الى جميع أصابع يده ثم قال الشهر هكذا وهكذا ثلاثا وحسب إجماعهم في المرة الثالثة فثبت ان الشهر قد يكون ثلاثين وقد يكون تسعة وعشرين وقد روى عن أنس رضي الله تعالى عنه انه قال صهنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

وسلم تسعة وعشرين يوماً أكثر مما صعدنا ثلاثين يوماً ولو صام أهل بلد ثلاثين يوماً وصام أهل بلد آخر تسعة وعشرين يوماً فإن كان صوم أهل ذلك البلد برؤية الهلال وثبت ذلك عند قاضيهم أو عدواً وشعبان ثلاثين يوماً ثم صاموا رمضان فعلى أهل البلد الآخر قضاء يوم لانهم أفطروا يوماً من رمضان لثبوت الرضاينة برؤية أهل ذلك البلد وعدم رؤية أهل البلد لا يقدح في رؤية أولئك إذا العدم لا يمارض الوجود وإن كان صوم أهل ذلك البلد بغير رؤية هلال رمضان أو لم تثبت الرؤية عند قاضيهم ولا عدواً وشعبان ثلاثين يوماً فقد أسأوا حيث تقدموا رمضان بصوم يوم وليس على أهل البلد الآخر قضاؤه لما ذكرنا أن الشهر قد يكون ثلاثين وقد يكون تسعة وعشرين هذا إذا كانت المسافة بين البلدين قريبة لا تختلف فيها المطالع فاما إذا كانت بعيدة فلا يلزم أحد البلدين حكم الآخر لأن مطالع البلاد عند المسافة الفاحشة تختلف فيعتبر في أهل كل بلد مطالع بلدهم دون البلد الآخر وحكي عن أبي عبد الله بن أبي موسى الضرير أنه استفتى في أهل أسكندرية أن الشمس تغرب ما ومن على منارهم يرى الشمس بعد ذلك بزمان كثير فقال يجعل لأهل البلد الفطر ولا يجعل لمن على رأس المنارة إذا كان يرى غروب الشمس لأن مغرب الشمس يختلف كما يختلف مطالعها فيعتبر في أهل كل موضع مغرب به ولو صام أهل مصر تسعة وعشرين وأفطروا للرؤية وفيهم مريض لم يصم فإن علم ما صام أهل مصر فعليه قضاء تسعة وعشرين يوماً لأن القضاء على قدر الفائت والفائت هذا القدر فعليه قضاء هذا القدر وإن لم يعلم هذا الرجل ما صنع أهل مصر صام ثلاثين يوماً لأن الأصل في الشهر ثلاثون يوماً والنقصان عارض فإذا لم يعلم عمل بالأصل وقالوا فيمن أفطر شهر العذر ثلاثين يوماً ثم قضى شهر بالهلال فكان تسعة وعشرين يوماً من عليه قضاء يوم آخر لأن المعتبر عدد الأيام التي أفطر فيها دون الهلال لأن القضاء على قدر الفائت والفائت ثلاثون يوماً فيقضى يوماً آخر تسعة وعشرين يوماً والذين يرجع إلى الصائم فيها الإسلام فإنه شرط جواز الاداء بخلاف وفي كونه شرط الوجوب خلاف سنن كره في موضعه ومنها الطهارة عن الحيض والنفاس فإنه شرط صحة الاداء باجماع الصحابة رضي الله عنهم وفي كونه شرط الوجوب خلاف نذكره في موضعه فاما البلوغ فليس من شرائط صحة الاداء فيه صح اداء الصوم من الصبي العاقل ويثاب عليه لكنه من شرائط الوجوب لما نذكره وكذا العقل والافاقة ليس من شرائط صحة الاداء حتى لو نوى الصوم من الليل ثم جن في النهار أو أغشى عليه أصبح صومه في ذلك اليوم ولا يصح صومه في اليوم الثاني لعدم أهلية الاداء بل لعدم النية لأن النية من المجنون والمغشى عليه لا تتصور وفي كونه من شرائط الوجوب كلام نذكره في موضعه ومنها النية والكلام في هذا الشرط يقع في ثلاث مواضع أحدها في بيان أصله والثاني في بيان كيفية الثالث في بيان وقته أما الأول فاصل النية شرط جواز الصيامات كلها في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر صوم رمضان في حق المقيم جائز بدون النية واحتج بقوله تعالى فن شهد منكم الشهر فليصمه أمر بصوم الشهر مطلقاً عن شرط النية والصوم هو الامسالك وقد أتى به فيخرج عن العهدة ولأن النية انما تشترط للتعين والحاجة إلى التعيين عند المزاحمة ولا مزاحمة لأن الوقت لا يحتمل الا صوماً واحداً في حق المقيم وهو صوم رمضان فلا حاجة إلى التعيين بالنية ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لا عمل لمن لا نية له وقوله الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى ولأن صوم رمضان عبادة والعبادة اسم لفعل يأتيه العبد باختياره خالصاً لله تعالى بأمره والاختيار والاختصاص لا يتحققان بدون النية وإما الآية فطلقت اسم الصوم ينصرف إلى الصوم الشرعي والامسالك لا يصير صوماً شرعاً بدون النية لما بينا وأما قوله أن النية شرط للتعين وزمان رمضان متعين لصوم رمضان فلا حاجة إلى النية فنقول لا حاجة إلى النية للتعين الوصف لكن تقع الحاجة إلى النية للتعين الأصل بيانه أن أصل الامسالك متردد بين أن يكون عادة أو حمية وبين أن يكون لله تعالى بل الأصل أن يكون فعل كل فاعل لنفسه مالم يجعله لغيره فلا بد من النية ليصير لله تعالى ثم إذا صار أصل الامسالك لله تعالى في هذا الوقت بأصل النية والوقت متعين لفرضه يقع عن الغرض من غير الحاجة إلى تعيين الوصف وأما الثاني في كيفية النية فإن كان الصوم عيناً وهو صوم

رمضان وصوم النفل خارج رمضان والمنذور به في وقت بعينه يجوز بنية مطلقة عندنا وقال الشافعي صوم النفل
 يجوز بنية مطلقة فاما الصوم الواجب فلا يجوز الا بنية معينة وجه قوله أن هذا صوم مفروض فلا يتأدى الابنية
 القرض كصوم القضاء والكفارات والنذور المطلقة وهذا لان الفرضية صفة ثلاثة على أصل الصوم يتعلق بها زيادة
 الثواب فلا بد من زيادة النية وهي نية القرض وانا قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهذا قد شهد الشهر
 وصامه فخرج عن النهدة ولان النية لو شرطت انما تشترط اما بصير الامس الله تعالى واما التمييز بين نوع ونوع
 ولا وجه الاول لان مطلق النية كان لصيرورة الامساك لله تعالى لانه يكتفي لقطع التردد واقول النبي صلى الله عليه
 وسلم ولكل امرئ ما نوى وقد نوى ان يكون امساك لله تعالى فلو لم يقع لله تعالى لا يكون له ما نوى وهذا خلاف
 النص ولا وجه الثاني لان مشروع الوقت واحد لا يتنوع فلا حاجة الى التمييز بتعيين النية بخلاف صوم القضاء
 والنذر والكفارة لان مشروع الوقت وهو خارج رمضان متنوع فوقع الحاجة الى التعيين بالنية فهو الفرق
 وقوله هذا صوم مفروض مسلم ولكن لم لا تتأدى نية القرض بدون نية القرض وقوله الفرضية صفة للصوم ثلاثة
 عليه فتتفرق الى نية ثلاثة ممنوع انما صفة ثلاثة على الصوم لان الصوم صفة واحدة لا تحتل صفة ثلاثة عليها قائمة بها
 بل هو وصف اضافي فيسمى الصوم مفروضا وفريضة لدخوله تحت فرض الله تعالى لا لفرضية قامت به واذا لم يكن
 صفة قائمة بالصوم لا يشترط له نية القرض وزيادة الثواب لفضيلة الوقت لانه زيادة صفة العمل والله اعلم ولو صام
 رمضان بنية النفل أو صام المنذور بعينه بنية النفل يقع صومه عن رمضان وعن المنذور عندنا وعند الشافعي لا يقع
 وكذا لو صام رمضان بنية واجب آخر من القضاء والكفارات والنذور يقع عن رمضان عندنا وعند لا يقع هو
 يقول لما نوى النفل فقد أعرض عن القرض والمريض عن فعل لا يكون آتيا به ونحن نقول انه نوى الاصل
 والوصف والوقت قابل للاصل غير قابل للوصف فبطلت نية الوصف وبقيت نية الاصل وانها كافية لصيرورة
 الامساك لله تعالى على ما بينا في المسئلة الاولى ولو نوى في النذر المعين واجبا آخر يقع عما نوى بالاجماع بخلاف
 صوم رمضان وجه الفرق ان كل واحد من الوقتين وان آتيا لصومه الا ان أحدهما وهو شهر رمضان معين بتعيين
 من له الولاية على الاطلاق وهو الله تعالى فثبت التعيين على الاطلاق فيظهر في حق فسخ سائر الصيامات والاخر
 معين بتعيين من له ولاية قاصرة وهو العبد فيظهر تعيينه فيما عينه له وهو صوم التمتع دون الواجبات التي هي حق
 الله تعالى في هذه الاوقات فثبت الاوقات محلها فاذا نواها صح هذا الذي ذكرنا في حق المقيم فاما المسافر فان
 صام رمضان بمطلق النية فكذلك يقع صومه عن رمضان بخلاف بين أصحابنا وان صام بنية واجب آخر يقع
 عما نوى في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يقع عن رمضان وان صام بنية التطوع فعند هذا يقع عن رمضان
 وعن أبي حنيفة فيه روايةان روى أبو يوسف عن أبي حنيفة انه يقع عن التطوع وروى الحسن عنه انه يقع عن
 رمضان قال القدوري الرواية الاولى هي الاصح وجه قوله ان الصوم واجب على المسافر وهو العزيمة والافطار
 له خصه فاذا اختار العزيمة وترك الرخصة صار هو المقيم سواء فيقع صومه عن رمضان كالمقيم ولا في حنيفة ان
 الصوم وان وجب عليه لكن رخص له في الافطار نظرا له فلان يرخص له اسقاط ما في ذمته والنظر له فيه أكثر
 أولى واما اذا نوى التطوع فوجه رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ان الصوم غير واجب على المسافر في رمضان
 بدليل انه يباح له الفطر فاشبه خارج رمضان ولو نوى التطوع خارج رمضان يقع عن التطوع كله كذا في رمضان
 وجه رواية الحسن عنه ان صوم التطوع لا يقع الى تعيين نية التطوع بل نية الصوم فيه كافية فتلغو نية التعيين
 ويبقى أصل النية فيصير صائما في رمضان بنية مطلقة فيقع عن رمضان واما قوله ان الصوم غير واجب على
 المسافر في رمضان فمنوع بل هو واجب الا انه يترخص فيه فاذا لم يترخص ولم ينو واجبا آخر بقي صوم رمضان
 واجبا عليه فيقع صومه عنه واما المريض الذي رخص له في الافطار فان صام بنية مطلقة يقع صومه عن رمضان بلا
 خلاف وان صام بنية التطوع فعامة مشايخنا قالوا انه يقع صومه عن رمضان لانه لما قدر على الصوم صار كالصحيح

والكرخي سوى بين المريض والمسافر وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه يقع عن التطوع ويشترط لكل يوم من رمضان نية على حدة عند عامة العلماء وقال مالك يجوز صوم جميع الشهر بنية واحدة وجه قوله أن الواجب صوم الشهر لقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه والشهر اسم لزمان واحدة فكان الصوم من أوله إلى آخره عبادة واحدة كالصلاة والحج فيتأدى بنية واحدة ولأن صوم كل يوم عبادة على حدة غير متعلقة باليوم لا تحوّل بل إن ما يفسد أحدهما لا يفسد الآخر فيشترط لكل يوم منه نية على حدة وقوله الشهر اسم لزمان واحد ممنوع بل هو اسم لازمة مختلفة بعضها محل للصوم وبعضها ليس بوقت له وهو الليالي فقد تخلل بين كل يومين ليس بوقت لهما فصار صوم كل يومين عبادتين مختلفتين كصلاتين ونحو ذلك وإن كان الصوم ديناً وهو صوم القضاء والكفارات والذنور المتعلقة لا يجوز إلا بتعيين النية حتى لو صام بنية مطلق الصوم لا يقع عما عليه لأن زمان خارج رمضان متعين للنفل شرعاً عند بعض مشايخنا والمطلق ينصرف إلى ما تبين له الوقت وعند بعضهم هو وقت الصيامات كلها على الإجماع فلا بد من تعيين الوقت للبعض بالنية لتعيين له أسكنه عند الإطلاق ينصرف إلى التطوع لأنه أدنى والادنى متيقن به فيقع الإمساك عنه ولو نوى بصومه قضاء رمضان والتطوع كان عن القضاء في قول أبي يوسف وقال محمد يكون عن التطوع وجهه قوله أنه عين الوقت لجهتين مختلفتين متنافيتين فسد طناً للعارض وبقي أصل النية وهو نية الصوم فيكون عن التطوع ولا يبي يوسف أن نية التعيين في التطوع لغو فلفت وبقي أصل النية فصارت نوى قضاء رمضان والصوم ولو كان كذلك يقع عن القضاء كذا هذا فإن نوى قضاء رمضان وكفارة الظهار قال أبو يوسف يكون عن القضاء استحساناً والقياس أن يكون عن التطوع وهو قول محمد وجهه القياس على نحو ما ذكرنا في المسئلة الأولى أن جهتي التعيين تعارضتان في فسدتا بحكم التعارض فبقي نية مطلق الصوم فيكون تطوعاً وجه الاستحسان أن الترجيح لتعيين جهة القضاء لأنه خلاص عن صوم رمضان وخالف الشيء يقوم مقامه كأنه هو وصوم رمضان أقوى الصيامات حتى تشدفع به نية سائر الصيامات ولأنه بدل صوم واجب بإيجاب الله تعالى ابتداء وصوم كفارة الظهار وجب بسبب وجده من جهة العبد فكان القضاء أقوى فلا يراه إلا ضعف وروى ابن سماعه عن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فصامه بنوى النذر وكفارة اليمين فهو عن النذر لعارض النيتين فتساقطا وبقي نية الصوم مطلقاً فيقع عن النذر المعين والله أعلم وأما الثالث وهو وقت النية فلا فضل في الصيامات كلها أن ينوى وقت طلوع الفجر إن أمكنه ذلك أو من الليل لأن النية عند طلوع الفجر تفارن أول جزء من العبادة حقيقة ومن الليل تفارنه تقديرًا وإن نوى بعد طلوع الفجر فإن كان الصوم ديناً لا يجوز بالاجتماع وإن كان عينا وهو صوم رمضان وصوم التطوع خارج رمضان والمنذور المعين يجوز وقال زفران كان مسافراً لا يجوز صومه عن رمضان بنية من النهار وقال الشافعي لا يجوز بنية من النهار إلا التطوع وقال مالك لا يجوز التطوع أيضاً ولا يجوز صوم التطوع بنية من النهار بعد الزوال عندنا وللشافعي فيه قولان أما الكلام مع مالك فوجه قوله أن التطوع تبع للفرض ثم لا يجوز صوم الفرض بنية من النهار فكذا التطوع ولنا ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينوي الصوم ثم يبدوله فيصوم وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدخل على أهله فيقول هل عندكم عن غداً فإن قالوا لا قال فاني صائم وصوم التطوع بنية من النهار قبل الزوال مروى عن علي وابن مسعود وابن عباس وأبي طلحة وأما الكلام فيما بعد الزوال فبناءً على أن صوم النفل عندنا غير متجزئ كصوم الفرض وعند الشافعي في أحد أقواله متجزئ حتى قال يصير صائماً من حين نوى لكن بشرط الإمساك في أول النهار وجهته ما روي عن ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما مطلقاً من غير فصل بين ما قبل الزوال وبعده وأما عندنا فالصوم لا يتجزأ فإرضاء كان أو نفلًا ويصير صائماً من أول النهار لكن بالنية الموجودة وقت الركن وهو الإمساك وقت الغداء المتعارف لما نذر كذا نوى بعد الزوال فقد خلا بعض الركن عن الشرط فلا يصير صائماً شرعاً والحديثان مجمولان على ما قبل الزوال بدليل طفر كذا وأما الكلام مع

الشافعي في صوم رمضان فهو محتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا صيام لمن لم يرم الصوم من الليل
ولان الامساك من أول النهار الى آخره ركن فلا بد له من النية ليصير لله تعالى وقد انعدمت في أول النهار فلم يقع
الامساك في أول النهار لله تعالى فقد شرطه فكذا الباقي لان صوم الفرض لا يتجزأ ولهذا لا يجوز صوم القضاء
والكفارات والنذور المطلقة بنية من النهار وكذا صوم رمضان ولذا قوله تعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى قوله
ثم أمروا الصيام الى الليل أباح للمؤمنين الا ثل والشرب والجماع في ليالي رمضان الى طلوع الفجر وأمر بالصيام عنها
بعد طلوع الفجر متأخرا عنه لان كلمة ثم للتعقيب مع التراخي فكان هذا أمر بالصوم متأخرا عن أول النهار والأمر
بالصوم أمر بالنية اذ لا صحة للصوم شرعا بدون النية فكان أمر بالصوم بنية متأخرة عن أول النهار وقد أتى به فقد
أتى بالمأمور به فيخرج عن العهدة وفيه دلالة ان الامساك في أول النهار يقع صوما وجدت فيه النية أو لم توجد لان
انعام الشيء يقتضي سابقة وجود بعض منه ولانه صام رمضان في وقت متعين شرعا للصوم رمضان لوجود ركن
الصوم مع شرائطه التي ترجع الى الاهلية والمحلية ولا كلام في سائر الشرائط وانما الكلام في النية ووقتها وقت
وجود الركن وهو الامساك وقت الغداء المتعارف والامساك في أول النهار شرط وليس ركن لان ركن العبادة
ما يكون شاقا على البدن مخالفا للعادة وهو النفس وذلك هو الامساك وقت الغداء المتعارف فأما الامساك في أول
النهار فاعتاد فلا يكون ركنا بل يكون شرطا لانه وسيلة الى تحقيق معنى الركن الا انه لا يعرف كونه وسيلة للحال
لجواز ان لا ينوي وقت الركن فاذا نوى ظهر كونه وسيلة من حين وجوده والنية تشترط لصيرورة الامساك الذي
هو ركن عبادة الى ما يصير عبادة بطريق الوسيلة على ما قررنا في الخلافات وأما الحديث فهو من الأحاد فلا
يصحح ناسخا للكتاب لكنه يصحح مكمل له فيحمل على نفي السكالات كقوله لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد ليكون
عملا بالدليلين بقدر الامكان وأما صيام القضاء والنذور والكفارات فاصاها في وقت متعين لها شرعا لان خارج
رمضان متعين للنفل موضوع له شرعا لا أن يعينه لغيره فاذا لم ينو من الليل صوما آخر بقي الوقت متعينا للتطوع
شرعا فلا يحل تغييره فأما هنا فالوقت متعين له صوم رمضان وقد صامه لوجود ركن الصوم وشرائطه على ما بينا
وأما الكلام مع زفر في المسافر اذا صام رمضان بنية من النهار فوجه قوله ان الصوم غير واجب على المسافر في
رمضان حقا ألا ترى ان له أن يفطر والوقت غير متعين له صوم رمضان في حقه فان له أن يصوم عن واجب آخر
فأشبهه صوم القضاء خارج رمضان وهذا يتأدى بنية من النهار كذا هذا ولان الصوم واجب على المسافر في رمضان
وهو العزيمة في حقه الا ان له أن يترخص بالافطار وله أن يصوم عن واجب آخر عند أبي حنيفة بطريق الرخصة
والتيسيرا أيضا لما فيه من استقاط الفرض عن ذمته على ما بينا فها تقدم فاذا لم يفطر ولم ينو واجبا آخر بقي صوم
رمضان واجبا عليه وقد صامه فيخرج عن العهدة كالقيم سواء ويتصل بهذين الفصلين وهو بيان كيفية النية
ووقت النية مسئلة الاسير في يد العدو اذا اشتبه عليه شهر رمضان فتحرى وصام شهرين عن رمضان وجملة
الكلام فيه انه اذا صام شهرين عن رمضان لا يجزأ ما ان وافق شهر رمضان أو لم يوافق بان تقدم أو تأخر فان وافق جاز
وهذا لا يشك لانه أدى ما عليه وان تقدم لم يجز لانه أدى الواجب قبل وجوبه وقبل وجود سبب وجوبه وان
تأخر فان وافق شوال يجوز لكن راعى فيه موافقة الشهرين في عدد الايام وتعيين النية ووجودها من الليل وأما
موافقة العدد فلان صوم شهر آخر بعده يكون قضاء والقضاء يكون على قدر الفائت والشهر قد يكون ثلاثين يوما
وقد يكون تسعة وعشرين يوما وأما تعيين النية ووجودها من الليل فلان صوم القضاء لا يجوز بمطلق النية ولا
بنية من النهار ما ذكرنا فها تقدم وهل تشترط نية القضاء ذكر القدوري في شرحه مختصرا الكرخي انه لا يشترط
وذكر القاضى في شرحه مختصرا الطحاوى انه يشترط والصحيح ما ذكره القدوري لانه نوى ما عليه من صوم
رمضان وعليه القضاء فكان ذلك منه تعيين نية القضاء وبيان هذه الجملة انه اذا وافق صومه شهر شوال ينظر ان كان
رمضان كاملا وشوال كاملا قضى يوما واحدا لاجل يوم الفطر لان صوم القضاء لا يجوز فيه وان كان رمضان كاملا

وشوال ناقصا قضى يومين يوما لاجل يوم الفطر ويومالا لاجل النقصان لان القضاء يكون على قدر الغائت وان كان رمضان ناقصا وشوال كاملا لا شئ عليه لانه اكمل عدد الغائت وان وافق صومه هلال ذى الحجة فان كان رمضان كاملا وذو الحجة كاملا قضى أربعة أيام يوما لاجل يوم النحر وثلاثة أيام لاجل أيام التشريق لان القضاء لا يجوز في هذه الايام وان كان رمضان كاملا وذو الحجة ناقصا قضى خمسة أيام يوما بالنقصان وأربعة أيام ليوم النحر وأيام التشريق وان كان رمضان ناقصا وذو الحجة كاملا قضى ثلاثة أيام لان الغائت ليس الا هذا التقدير وان وافق صومه شهرا آخر سوى هذين الشهرين فان كان الشهران كاملين أو ناقصين أو كان رمضان ناقصا والشهر الآخر كاملا فلا شئ عليه وان كان رمضان كاملا والشهر الآخر ناقصا قضى يوما واحدا لان الغائت يوم واحد ولو صام بالتحري سنين كثيرة ثم تبين انه صام في كل سنة قبل شهر رمضان فهل يجوز صومه في السنة الثانية عن الاولى وفي الثالثة عن الثانية وفي الرابعة عن الثالثة هكذا قال بعضهم يجوز لانه في كل سنة من الثانية والثالثة والرابعة صام صوم رمضان المنى عليه وليس عليه الا القضاء فيقع قضاء عن الاول وقال بعضهم لا يجوز وعليه قضاء الر مضانات لانه صام في كل سنة عن رمضان قبل دخول رمضان وفصل التقيمه أبو جعفر الهندواني رحمه الله في ذلك تفصيلا فقال ان صام في السنة الثانية عن الواجب عليه الا انه ظن انه من رمضان يجوز وكذا في الثالثة والرابعة لانه صام عن الواجب عليه والواجب عليه قضاء صوم رمضان الاول دون الثاني ولا يكون عليه الا قضاء رمضان الأخير خاصة لانه ما قضاء فعليه قضاؤه وان صام في السنة الثانية عن الثالثة وفي السنة الثالثة عن الرابعة لم يجز وعليه قضاء الر مضانات كلها أما عدم الجواز عن رمضان الاول فلانه ما نوى وتعيين النسبة في القضاء شرط ولا يجوز عن الثاني لانه صام قبله متقدما عليه وكذا الثالث والرابع وضرب له مثلا وهو رجل اقتدى بالامام على ظن انه يزيد فاذا هو عمر وصبح اقتداه به ولو اقتدى بزيد فاذا هو عمر ولم يصبح اقتداه به لانه في الاول نوى الاقتداء بالامام الا انه ظن ان الامام يذوق خطأ في ظنه فهذا لا يقدح في صحة اقتدائه بالامام وفي الثاني نوى الاقتداء بزيد فاذا لم يكن زيد تابن انه ما اقتدى بأحد كذلك ههنا اذا نوى في صوم كل سنة عن الواجب عليه تعلقت نيته بالواجب عليه لا بالاول والثاني الا انه ظن انه الثاني فاخطأ في ظنه فيقع عن الواجب عليه لا عما ظن والله أعلم وأما الشرائط التي تخص بعض الصيامات دون بعض وهي شرائط الوجوب فيها الاسلام فلا يجب الصوم على الكافر في حق أحكام الدنيا بخلاف حتى لا يخاطب بالقضاء بعد الاسلام وأما في حق أحكام الآخرة فكذلك عندنا وعند الشافعي يجب ولقب المسئلة ان الكفار غير مخاطبين بشرائع هي عبادات عندنا خلافا له وهي تعرف في أصول الفقه وعلى هذا يخرج الكافر اذا أسلم في بعض شهر رمضان انه لا يلزمه قضاء ما مضى لان الوجوب لم يثبت فيما مضى فلم يتصور قضاء الواجب وهذا النضر يج على قول من يشترط لوجوب القضاء سابقة وجوب الاداء من مشايخنا وأما على قول من لا يشترط ذلك منهم فاعمالا يلزمه قضاء ما مضى لمكان الحرج اذ لو لم يترك ذلك لزمه قضاء جميع ما مضى من الر مضانات في حال الكفر لان البعض ايسر بأولى من البعض وفيه من الحرج ما لا يخفى وكذا اذا أسلم في يوم من رمضان قبل الزوال لا يلزمه صوم ذلك اليوم حتى لا يلزمه قضاؤه وقال مالك يلزمه وأنه غير سديد لانه لم يكن من أهل الوجوب في أول اليوم أو لما في وجوب القضاء من الحرج على ما بينا ومنها البلوغ فلا يجب صوم رمضان على الصبي وان كان عاقلا حتى لا يلزمه القضاء بعد البلوغ لقول النبي صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفريق وعن النائم حتى يستيقظ ولان الصبي لضعف بنيته وقصور عقله واشتغاله باللهو واللعب يشق عليه تفهم الخطاب وأداء الصوم فاسقط الشرع عنه العبادات نظرا له فاذا لم يجب عليه الصوم في حال الصبا لا يلزمه القضاء لما بينا انه لا يلزمه لمكان الحرج لان مدة الصبا مديدة فكان في ايجاب القضاء عليه بعد البلوغ حرج وكذا اذا بلغ في يوم من رمضان قبل الزوال لا يجزئه صوم ذلك اليوم وان نوى وليس عليه قضاؤه اذ لم يجب عليه في أول اليوم لعدم أهلية الوجوب فيه والصوم لا يجزأ ويجزأ وجوازا والمبا فيه من الحرج

على ما ذكرنا وروى عن أبي يوسف في الصبي يبلغ قبل الزوال أو أسلم الكافر أن عليهما القضاء ووجهه انهما أدركا وقت النية فصار كأنهما أدركا من الليل والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا أن الصوم لا يتجزأ وجوباً فإذا لم يجب عليهما البعض لم يجب الباقي أو لما في إيجاب القضاء من الحرج وأما العقل فهل هو من شرائط الوجوب وكذا الأفاقة واليقظة قال عامة مشايخنا إنهم ليست من شرائط الوجوب ويجب به وم رمضان على المجنون والمغمى عليه والدائم لكن أصل الوجوب لا وجوب الاداء بناء على أن عندهم الوجوب نوعان أحدهما أصل الوجوب وهو اشتغال الذمة بالواجب وأنه ثبت بالاسباب لا بالخطاب ولا تشترط القدرة ثبوتاً بل ثبت جبراً من الله تعالى شاء العبد أو أبى والثاني وجوب الاداء وهو اسقاط ما في الذمة وتفرغها من الواجب وأنه ثبت بالخطاب وتشترط له القدرة على فهم الخطاب وعلى أدائه ما تناوله الخطاب لأن الخطاب لا يتوجه إلى العاجز عن فهم الخطاب ولا على العاجز عن فعل ما تناوله الخطاب والمجنون لعدم عقله أو لاستناره والمغمى عليه والنائم لعجزهما عن استعمال عقلهما عاجزون عن فهم الخطاب وعن أدائه ما تناوله الخطاب فلا يثبت وجوب الاداء في حقهم ويثبت أصل الوجوب في حقهم لأنه لا يعتمد القدرة بل يثبت جبراً وتقرر بهذا الأصل المعروف في أصول الفقه وفي الخلافات وقال أهل التحقيق من مشايخنا بما وراء النهر إن الوجوب في الحقيقة نوع واحد وهو وجوب الاداء فكل من كان من أهل الاداء كان من أهل الوجوب ومن لا قسلاً وهو اختيار أسناذي الشيخ الأجل الزاهد علاء الدين رئيس أهل السنة محمد بن أحمد السمرقندي رضي الله عنه لأن الوجوب المعقول هو وجوب الفعل كوجوب الصوم والصلاة وسائر العبادات فمن لم يكن من أهل أداء الفعل الواجب وهو التقدير على فهم الخطاب والقادر على فعل ما تناوله الخطاب لا يكون من أهل الوجوب ضرورة والمجنون والمغمى عليه والنائم عاجزون عن فعل الخطاب بالصوم وعن أدائه إذا الصوم الشرعي هو ألا مسألته تعالى وإن يكون ذلك بدون النية وهو لا يسوا من أهل النية فلم يكونوا من أهل الاداء فلم يكونوا من أهل الوجوب والذي دما لا وإين إلى القول بالوجوب في حق هؤلاء ما انعقد الإجماع عليه من وجوب القضاء على المغمى عليه والنائم بعد الأفاقة والانتباه بعد مضي بعض الشهر أو كله وما قد صرح من مذهب أصحابنا راجعهم الله في المجنون إذا أفاق في بعض شهر رمضان أنه يجب عليه قضاء ما مضى من الشهر فقالوا إن وجوب القضاء يستدعي فوات الواجب المؤقت عن وقته مع القدرة عليه وانتفاء الحرج فلا بد من الوجوب في الوقت ثم فواته حتى يمكن إيجاب القضاء فاضطرهم ذلك إلى إبطال الوجوب في حال الجنون والاعماء والنوم وقال الآخرون إن وجوب القضاء لا يستدعي سابقية الوجوب لأحالة وانما يستدعي فوات العبادات عن وقته والقدرة على القضاء من غير حرج ولذلك اختلفت طرقهم في المسئلة وهذا الذي ذكرنا في المجنون إذا أفاق في بعض شهر رمضان أنه يلزمه قضاء ما مضى جواب الاستحسان والقياس أن لا يلزمه وهو قول زفر والشافعي وأما المجنون جنونا مستوعباً بأن جن قبل دخول شهر رمضان وأفاق بعده مضيه فلا قضاء عليه عند عامة العلماء وعند مالك يقضى وجهه القياس أن القضاء هو تسليم مثل الواجب ولا وجوب على المجنون لأن الوجوب بالخطاب ولا خطاب عليه لعدم القدرتين ولهذا لم يجب القضاء في الجنون المستوعب شهراً وجه قول أصحابنا أمان قال بالوجوب في حال الجنون يقول فاته الواجب عن وقته وقد روى على قضائه من غير حرج فيلزمه قضاؤه قياساً على النائم والمغمى عليه ودليل الوجوب لهم وجود سبب الوجوب وهو الشهر إذا الصوم يضاف إليه مطلقاً يقال صوم الشهر وإضافة دليل السببية وهو قادر على القضاء من غير حرج وفي إيجاب القضاء عند الاستيعاب حرج وأمان أبي القول بالوجوب في حال الجنون يقول هذا شخص فاته صوم شهر رمضان وقد روى على قضائه من غير حرج فيلزمه قضاؤه قياساً على النائم والمغمى عليه ومعنى قولنا فاته صوم شهر رمضان أي لم يصم شهر رمضان وقولنا من غير حرج فلأنه لا حرج في قضاء نصف الشهر وتأخيرها من وجهين أحدهما أن الصوم عبادة والأصل في العبادات وجوبها على الدوام بشرط الامكان وانتفاء الحرج لما ذكرنا في

الخلافات الآن الشرع عين شهر رمضان من السنة في حق القادر على الصوم فبقى الوقت المطلق في حق العاجز عنه وقتائه والثاني أنه لما فاتته صوم شهر رمضان فقد فاته الثواب المتعلق به فيحتاج إلى استدراكه بالصوم في عدة من أيام أخر ليقوم الصوم فيها مقام الفائت فيجبر القوت بالقدر الممكن فإذا قدر على قضاءه من غير حرج أمكن القول بالوجوب عليه فيجب كافي المعنى عليه والثالث بخلاف الجنون المستوعب فإن هناك في إيجاب القضاء حرجا لأن الجنون المستوعب قلما يزول بخلاف الأغماء والنوم إذا استوعب لأن استيعابه نادر والنادر ملحق بالعدم بخلاف الجنون فإن استيعابه ليس بنادر ويستوى الجواب في وجوب قضاء ما مضى عند أحكامنا في الجنون العارض ما إذا أفاق في وسط الشهر أو في أوله حتى لو جن قبل الشهر ثم أفاق في آخر يوم منه يلزمه قضاء جميع الشهر ولو جن في أول يوم من رمضان فلم يبق إلا بعد مضى الشهر يلزمه قضاء كل الشهر الا قضاء اليوم الذي جن فيه إن كان نوى الصوم في الليل وإن كان لم ينو قضي جميع الشهر ولو جن في طرفي الشهر وأفاق في وسطه فعليه قضاء الطرفين وأما المجنون الأصلي وهو الذي بلغ مجنونا ثم أفاق في بعض الشهر فقد روى عن محمد أنه فرقه بينهما فقال لا يقضى ما مضى من الشهر وروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه سوى بينهما وقال يقضى ما مضى من الشهر وهكذا روى هشام عن أبي يوسف في صبي له عشر سنين جن فلم يزل مجنونا حتى أتى عليه ثلاثون سنة أو أكثر ثم صح في آخر يوم من شهر رمضان فالقياس أنه لا يجب عليه قضاء ما مضى لكن استحسن أن يقضى ما مضى في هذا الشهر وجسه قول محمد أن زمان الأفاقة في حيز زمان ابتداء التكليف فاشبهه الصغير إذا بلغ في بعض الشهر بخلاف الجنون العارض فإن هناك زمان التكليف سبق الجنون ألا أنه عجز عن الأداء بعارض فاشبهه المريض العاجز عن أداء الصوم إذا صح وجهه رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ما ذكرنا من الطريقتين في الجنون العارض وأو أفاق المجنون جنونا عارضا في نهار رمضان قبل الزوال فنوى الصوم أجزأه عن رمضان والجنون الأصلي على الاختلاف الذي ذكرنا ويجوز في الأغماء والنوم باختلاف بين أحكامنا وعلى هذا الطهارة من الحيض والنفاس أنه اشترط الوجوب عند أهل التحقيق من مشايخنا إذا الصوم الشرعي لا يتحقق من الحائض والنفساء فتذر القول بوجوب الصوم عليهما في وقت الحيض والنفاس إلا أنه يجب عليهما قضاء الصوم لقوات صوم رمضان عليهما ولقد رتبنا على القضاء في عدة من أيام أخر من غير حرج وليس عليهما قضاء الصلوات لما فيه من الحرج لأن وجوبها يتكرر في كل يوم خمس مرات ولا يلزم الحائض في السنة الا قضاء عشرة أيام ولا حرج في ذلك وعلى قول عامة المشايخ ليس بشرط واصل الوجوب ثابت في حالة الحيض والنفاس وإنما تسترط الطهارة لأهلية الأداء والأصل فيه ما روى أن امرأة سألت عائشة رضي الله عنها فقالت لم تقضي الحائض الصوم ولا تقضي الصلاة فقالت عائشة رضي الله عنها للسائلة أحرورية أنت هكذا كن النساء يفعلن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أشارت إلى أن ذلك ثبت تعبد المحضوا والظاهر أن فتواها بلغ الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهم منكر فيكون إجماعا من الصحابة رضي الله عنهم ولو طهرت أو طهرت قبل طلوع الفجر قبل الزوال لا يجزئهما صوم ذلك اليوم لا عن فرض ولا عن نفل لعدم وجوب الصوم عليهما ووجوده في أول اليوم فلا يجب ولا يوجد في الباقي لعدم التجزئ وعليهما قضاءه مع الأيام الأخرى لما ذكرنا وأن طهرت أو قبل طلوع الفجر ينظر إن كان الحيض عشرة أيام والنفاس أربعين يوما فعليهما قضاء صلاة العشاء ويجزئهما صومهما من الغد عن رمضان إذا توتا قبل طلوع الفجر لخروجهما عن الحيض والنفاس بمجرد انقطاع الدم فتقع الحاجة إلى النية لا غير وإن كان الحيض دون العشرة والنفاس دون الأربعين فإن بقي من الليل مقدار ما يسع الاغتسال ومقدار ما يسع النية بعد الاغتسال فكذلك وإن بقي من الليل دون ذلك لا يلزمهما قضاء صلاة العشاء ولا يجزئهما صومهما من الغد وعليهما قضاء ذلك اليوم ولو طهرت أو طهرت قبل طلوع الفجر لأن مدة الاغتسال فيما دون العشرة والأربعين من الحيض بإجماع الصحابة رضي عنهم ولو أسلم الكافر قبل طلوع الفجر بمقدار ما يمكنه النية فعليه صوم الغد والأفلا

وكذلك الصبي اذا بلغ وكذلك المجنون جنونا أصليا على قول محمد لأنه بمنزلة الصبا عنده
فصل وأما ركنه فالامساك عن الأكل والشرب والجماع لأن الله تعالى أباح الأكل والشرب والجماع
 في ليالي رمضان أتوله تعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى قوله فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم
 وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخطيط الأبيض من الخطيط الأسود من الفجر أي حتى يتبين لكم ضوء النهار من ظلمة
 الليل من الفجر ثم أمر بالامساك عن هذه الأشياء في النهار بقوله عز وجل ثم أتموا الصيام إلى الليل فدل أن ركن
 الصوم ما قلنا فلا يوجد الصوم بدونه وعلى هذا الأصل ينبغي بيان ما يفسد الصوم وينقضه لان انتقاض الشيء
 عند فوات ركنه أمر ضروري وذلك بالأكل والشرب والجماع سواء كان صورة ومعنى أو صورة لا معنى أو معنى
 لا صورة وسواء كان بغير عمد أو بذور وسواء كان عمدا أو خطأ طوعا أو كرها بعد أن كان ذا كراهية لا ناسيا ولا
 في معنى الناسي والقياس أن يفسد وان كان ناسيا وهو قول مالك لو جحد ضد الركن حتى قال أبو حنيفة لو لا قول
 الناس اقلعت يقضي أي لو لا قول الناس أن أبا حنيفة خالف الامراء لم يقضي لكان تركنا القياس بالنص وهو ما
 روى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فان الله عز
 وجل أطعمه وسقاه حكم بقاء صومه وعلل بانقطاع نسبة فعله عنه بإضافته إلى الله تعالى أو وقوعه من غير قصد
 وروى عن أبي حنيفة أنه قال لا قضاء على الناسي للأثر المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم والقياس أن يقضي
 ذلك ولكن أتباع الأثر أولى اذا كان صحيحا وحديث صحيحه أبو حنيفة لا يثبت لاحد فيه مطعن وكذا انتقده أبو
 يوسف حيث قال وليس حديث شاذ يجتزئ على رده وكان من صياغة الحديث وروى عن علي وابن عمر وأبي
 هريرة رضي الله عنهم مثل مذهبننا ولأن النسيان في باب الصوم مما يغلب وجوده ولا يمكن دفعه إلا بخرج فجعل
 عذاره فاعل المخرج وعن عطاء والثوري أنه ما فرقا بين الأكل والشرب وبين الجماع ناسيا فقل لا يفسد صومه في
 الجماع ولا يفسد في الأكل والشرب لأن القياس يقتضي الفساد في الكل لقوات ركن الصوم في الكل الا اننا تركنا
 القياس بالخبر وانه ورد في الأكل والشرب فبقي الجماع على أصل القياس وانا نقول نعم الحديث ورد في الأكل
 والشرب لكنه معلول بمعنى يوجد في الكل وهو أنه فعل مضاف إلى الله تعالى على طريق التخصيص بقوله فانما أطعمه
 الله وسقاه قطع اضافته عن العبد لوقوعه فيه من غير قصد واختباره وهذا المعنى يوجد في الكل والعلة اذا كانت
 منصوصا عليها كان الحكم منصوصا عليه ويتعمم الحكم بمجموع العلة وكذا معنى المخرج يوجد في الكل ولو أكل
 فليله انك صائم وهو لا يتبدل كراهه صائم ثم علم بعد ذلك فعليه القضاء في قول أبي يوسف وعند زفر والحسن بن
 زياد لا قضاء عليه وجه قولهما انه لما تذكر انه كان صائما تبين انه أكل ناسيا فلم يفسد صومه ولا يبي يوسف
 انه أكل متعمدا لان عنده أنه ليس بصائم فيبطل صومه ولو دخل الذباب حلقه لم يفطره لأنه لا يمكنه الاحتراز عنه
 فاشبه الناسي ولو أخذه فأكاه فطره لأنه تعمد أكاه وان لم يكن ما كولا كما لو أكل التراب ولو دخل الغبار
 أو الدخان أو الرائحة في حلقه لم يفطره لما قلنا وكذا ابتلع البلل الذي بقي بعد المضغضة في فمه مع البزاق أو ابتلع البزاق
 الذي اجتمع في فمه لما ذكرنا ولو بقي بين أسنانه شيء فابتلعه ذكر في الجامع الصغير أنه لا يفسد صومه وان أدخله
 حلقه منع داروي عن أبي يوسف أنه ان تعمد عليه القضاء ولا كفارة عليه ووفق ابن أبي مالك فقال ان كان
 مقدارا الحصاة أو أكثر يفسد صومه وعليه القضاء ولا كفارة كما قال أبو يوسف رحمه الله تعالى وقول أبي
 يوسف محمول عليه وان كان دون الحصاة لا يفسد صومه كما لو ذكر في الجامع الصغير والمذكور فيه محمول عليه
 وهو الأصح ووجهه ان مادون الحصاة يسير يبقى بين الأسنان عادة فلا يمكن التحرز عنه بمنزلة الريق فيشبه
 الناسي ولا كذلك قدر الحصاة فان بقاءه بين الأسنان غير معتاد فيمكن الاحتراز عنه فلا يلحق بالناسي وقال زفر عليه
 القضاء والكفارة وجه قوله انه أكل ما هو مأكول في نفسه الا انه من غير فاشبه اللحم الممتن وانا انه أكل ما لا يؤكل عادة
 اذ لا يقصد به الغذاء ولا الدواء فان تناوب فرفع رأسه إلى السماء فوقع في حلقه قطرة مطر أو ماء صلب في ميزاب فطره

لان الاحتراز عنه ممكن وقد وصل الماء الى جوفه ولو اراد على الاكل أو الشرب فاكل أو شرب بنفسه مكرها وهو
 ذا كرا صومه فسد صومه بالاخلاف عندنا وعند زفر والشافعي لا يفسد وجهه قولهما ان هذا أعذر من الناسي
 لان الناسي وجد منه الفعل حقيقة وانما انقطعت نسبتة عنه شرعا بالنص وهذا لم يوجد منه الفعل أصلا فكان
 أعذر من الناسي ثم لم يفسد صوم الناسي فهذا أولى ولنا ان معنى الركن قد فات لو وصل المفدى الى جوفه بسبب
 لا يغلّب وجوده ويمكن التحرز عنه في الجملة فلا يبقى الصوم كالواكل أو شرب بنفسه مكرها وهذا لان المقصود
 من الصوم معناه وهو كونه وسيلة الى الشكر والتقوى وقهر الطبع الباعث على الفساد على ما ينشأ ولا يحصل شيء
 من ذلك اذا وصل الغذاء الى جوفه وكذا النائمة الصائغة جامعها زوجها ولم تنبه أو المجنونة جامعها زوجها فسد
 صومها عندنا بخلاف زفر والكلام فيه على نحو ما ذكرنا ولو غضمض أو استنشق فسبق الماء حلقه ودخل جوفه
 فان لم يكن ذا كرا صومه لا يفسد صومه لانه لو شرب لم يفسد فهذا أولى وان كان ذا كرا فسد صومه عندنا وقال
 ابن أبي ليلى ان كان وضوءه للصلاة المكتوبة لم يفسد وان كان للتطوع فسد وقال الشافعي لا يفسد أيهما كان وقال
 بعضهم ان غضمض ثلاث مرات فسبق الماء حلقه لم يفسد وان زاد على الثلاث فسد وجهه قول ابن أبي ليلى ان
 الوضوء للصلاة المكتوبة يفرض فكل المضمضة والاستنشاق من ضرورات اكمال القرص فكان الخطأ فيهما عذرا
 بخلاف صلاة التطوع وجهه قول من فرق بين الثلاث وما زاد عليه ان السنة فيهما الثلاث فكان الخطأ فيهما من
 ضرورات اقامة السنة فكان عقوا وأما الزيادة على الثلاث فن باب الاعتداء على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم فن
 زاد أو نقص فقد تعدى وظلم فلم يضر فيه والكلام مع الشافعي على نحو ما ذكرنا في الأكره يؤيد ما ذكرنا ان الماء لا
 يسبق الحاق في المضمضة والاستنشاق عادة الا عند المبالغة فيهما والمبالغة مكرهة في حق الصائم قال النبي صلى الله
 عليه وسلم للقيط بن صبرة بالغ في المضمضة والاستنشاق الا أن تكون صائغا فكان في المبالغة متعديا فلم يضر بخلاف
 الناسي ولو احتلم في نهار رمضان فانزل لم يفطره لقول النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث لا يفطرن الصائم التي هي والحجامة
 والاحتلام ولانه لا صنع له فيه فيكون كالناسي ولو نظر الى امرأة وتفسكر فانزل لم يفطره وقال مالك ان تتابع نظره
 فطاره لان التتابع في النظر كالمباشرة ولنا انه لم يوجد الجماع لا صورة ولا معنى لعدم الاستمتاع بالنساء فاشبهه
 الاحتلام بخلاف المباشرة ولو كان يأكل أو يشرب ناسيا ثم تذكر فأتى القمة أو قطع الماء وكان يتسهر فطلع الفجر
 وهو يشرب الماء فقطعه أو يأكل فأتى القمة فصومه تام لعدم الاكل والشرب بعد التذكر والطلوع ولو كان يجامع
 امرأته في النهار ناسيا صومه فتذكر فنزع من ساعته أو كان يجامع في الليل فطلع الفجر وهو مخاطف فنزع من ساعته
 فصومه تام وقال زفر فسد صومه وعليه القضاء وجهه قوله ان جرأ من الجماع حصل بعد طلوع الفجر والتذكر زوانه
 يكفي لفساد الصوم لوجود المضادة وان قل ولنا ان الموجود منه بعد الطلوع والتسذكر هو النزع والتزجر ترك الجماع
 وترك الشيء لا يكون محصلا له بل يكون اشتغالا بضده فلم يوجد منه الجماع بعد الطلوع والتذكر أسافلا يفسد صومه
 ولهذا لم يفسد في الاكل والشرب كذا في الجماع وهذا اذا نزع بعد ما تذكر أو بعد ما طلع الفجر فاما اذا لم ينزع وبقى
 فعله القضاء ولا كفارة عليه في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه فرق بين الطلوع والتذكر فقال في الطلوع
 عليه الكفارة وفي التذكر لا كفارة عليه وقال الشافعي عليه القضاء والكفارة فيهما جميعا وجهه قوله انه وجد الجماع
 في نهار رمضان متمم الوجود بعد طلوع الفجر والتذكر فيوجب القضاء والكفارة وجهه رواية أبي يوسف وهو
 الفرق بين الطلوع والتذكر ان في الطلوع ابتداء الجماع كان عمدا والجماع جماع واحد بائنا وتمامه والجماع العمدا
 يوجب الكفارة وآ في التذكر كقائه ابتداء الجماع كان ناسيا وجماع الناسي لا يوجب فساد الصوم فضلا عن وجوب
 الكفارة وجهه ظاهر الرواية ان الكفارة انما تجب بافساد الصوم وفساد الصوم يكون بعد وجوده وبقاؤه في الجماع
 يمنع وجود الصوم فاذا امتنع وجوده استحال الافساد لا تجب الكفارة ووجوب القضاء لان عدم صومه اليوم لا
 لافساده بعد وجوده ولان هذا جماع لم يتعلق بائنا وهو وجوب الكفارة فلا يتعلق بالبقاء عليه لأن الكل فعل واحد

وله شبهة الاتحاد وهذه الكفارة لا تجب مع الشبهة لمساندة كرهه ولو أصبح جنباً في رمضان فصومه تام عنه عدمه
 الصحابة مثل علي وابن مسعود وزيد بن ثابت وأبي الدرداء وأبي ذر وابن عباس وابن عمر ومعاذ بن جبل رضي الله
 تعالى عنهم وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه لا صوم له واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من
 أصبح جنباً فلا صوم له محمد ورب الكعبة قاله راوي الحديث وأكده بالقسم وإمامة الصحابة قوله تعالى أحل لكم
 ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم إلى قوله فالآن باشروهن وابتهغوا ما كتب الله لكم وكاواوا بشرى يبتين
 لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر أحل الله عز وجل الجماع في ليالي رمضان إلى طلوع الفجر وإذا
 كان الجماع في آخر الليل بقي الرجل جنباً بعد طلوع الفجر لا محالة فدل أن الجنب لا تضر الصوم وأما حديث أبي
 هريرة فقد رده عائشة وأم سلمة فقالت عائشة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنباً من غير احتلام ثم
 يتم صومه ذلك من رمضان وقالت أم سلمة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنباً من قراء أي جماع
 مع أنه خبر واحد ورد مخالفاً للكتاب ولو نوى الصائم الفطر ولم يحدث شيئاً آخر سوى النية فصومه تام وقال الشافعي
 بطل صومه وجه قوله أن الصوم لا بد له من النية وقد نقض نية الصوم بنية ضده وهو الإفطار فبطل صومه لبطلان
 شرطه ولأن مجرد النية لا عبرة به في أحكام الشرع ما لم يتصل به الفعل لقول النبي صلى الله عليه وسلم إن الله تعالى
 عفا عن أمي ما تحدثت به أنفهم لم يتكلموا أو يفعلوا ونية الإفطار لم يتصل به الفعل وبه تبين أنه ما نقض نية
 الصوم بنية الفطر لأن نية الصوم نية اتصال به الفعل فلا تبطل بنية لم يتصل به الفعل على أن النية شرط انعقاد
 الصوم لا شرط بقائه منه فقد لا ترى أنه يبقى مع النوم والنسيان والغفلة ولو ذرعه التي لم يفطره سواء كان أقل من ملء
 الغم أو كان ملء الغم لقول النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث لا يطررن الصائم التي والحجامة والاحتلام وقوله من فاء
 فلا قضاء عليه ولأن ذرع التي محالاً يمكن التحرز عنه بل بأنه على وجه لا يمكن دفعه فاشبهه بالناسي ولأن الأصل
 أن لا يفسد الصوم بالذرع سواء ذرعه أو تقياً لأن فساد الصوم متعلق بالدخول شرعاً قال النبي صلى الله عليه وسلم
 الفطر عما يدخل والوضوء مما يخرج علق كل جنس الفطر بكل ما يدخل ولو حصل لا بالدخول لم يكن كل جنس
 الفطر معلقاً بكل ما يدخل لأن الفطر الذي يحصل مما يخرج لا يكون ذلك الفطر حاصلًا عما يدخل وهذا خلاف
 النص إلا أنه عرفنا الفساد بالاستيقاظ بنص آخر وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم ومن استيقظ فعليه القضاء فبقي
 الحكم في الذرع على الأصل ولأنه لا يصنع له في الذرع وهو سبق التي بل يحصل بغير قصده واختياره والإنسان
 لا يؤخذ بما لا يصنع له فيه فلماذا لا يؤخذ بالناسي بفساد الصوم فكذلك هذا لأن هذا في معناه بل أولى لأنه لا يصنع له فيه
 أصلاً بخلاف الناسي على ما مر فإن عاد إلى جوفه فإن كان أقل من ملء الغم لا يفسد بخلاف وإن كان ملء الغم
 فذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن في قول أبي يوسف يفسد وفي قول محمد لا يفسد وذكر القدروري في
 شرحه مختصر الكرخي الاختلاف على العكس فقال في قول أبي يوسف لا يفسد وفي قول محمد يفسد وجه قول من
 قال يفسد أنه وجد المفسد وهو الدخول في الجوف لأن التي ملء الغم له حكم الخروج بدليل انتقاض الطهارة
 والطهارة لا تنتقض إلا بخروج النجاسة فإذا عاد فقد وجد الدخول فبذلك تحت قول النبي صلى الله عليه وسلم
 والفطر عما يدخل وجه قول من قال لا يفسد أن العود ليس منه بل هو صنع الله تعالى على طريق التمهض يعني به
 مصنوعه لا صنع للعبد فيه رأساً فاشبه ذرع التي وأنه غير مفسد كذا عود التي فإن أعاده فإن كان ملء الغم ففسد
 صومه بالاتفاق لوجود الدخول متعمداً لما ذكرنا من أن التي ملء الغم حكم الخروج حتى يوجب انتقاض الطهارة فإذا
 أعاده فقد أدخله في الجوف عن قصد فيوجب فساد الصوم وإن كان أقل من ملء الغم ففي قول أبي يوسف لا يفسد
 وفي قول محمد يفسد وجه قول محمد أنه وجد الدخول إلى الجوف بصنعه فيفسد ولا في يوسف أن الدخول إنما
 يكون بعد الخروج وقليل التي ليس له حكم الخروج بدليل عدم انتقاض الطهارة به فلم يوجد الدخول فلا يفسد
 هذا الذي ذكرنا له إذا ذرعه التي فاما إذا استقاء فإن كان ملء الغم يفسد صومه بخلاف لقول النبي صلى الله عليه

وسلم ومن استقاء فعلية القضاء وإن كان أقل من ملء القم لا يفسد في قول أبي يوسف وعند محمد يفسد واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم ومن استقاء فعلية القضاء مطلقة من غير فصل بين القليل والكثير وجه قول أبي يوسف ما ذكرنا أن الأصل أن لا يفسد الصوم إلا بالدخول بالنص الذي روينا ولم يوجد هنا فلا يفسد والحديث محمول على الكثير توفيقاً بين الدليلين بقدر المكان ثم كثيراً المستقاء لا يتفرع عليه العود والعادة لأن الصوم قد فسد بالاستقاء وكذا قبله في قول محمد لأن عنده فساد الصوم بنفس الاستقاء وإن كان قليلاً وأما على قول أبي يوسف فإن عاد لا يفسد وإن أعاده ففقه عن أبي يوسف روايتان في رواية يفسد وفي رواية لا يفسد وما وصل إلى الجوف أو إلى الدماغ من المخارق الأصلية كالأنف والأذن والدبر بان استعط أو احتقن أو أقطر في أذنه فوصل إلى الجوف أو إلى الدماغ ففسد صومه أما إذا وصل إلى الجوف فلا شئ فيه لوجوده لا كل من حيث الصورة وكذا إذا وصل إلى الدماغ لأنه منقذ إلى الجوف فكان بمنزلة زاوية من زوايا الجوف وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للقيط ابن صبرة بالغ في المضغضة والاستنشاق إلا أن تكون صائماً ومعلوم أن استنشاءه حالة الصوم للاحتراز عن فساد الصوم والالم يكن للاستثناء معنى ولو وصل إلى الرأس ثم خرج لا يفسد بان استعط بالليل ثم خرج بالنهار لأنه لما خرج علم أنه لم يصل إلى الجوف أو لم يستقر فيه وأما ما وصل إلى الجوف أو إلى الدماغ عن غير المخارق الأصلية بان داوى الجائفة والآفة فإن داواها بدواء يابس لا يفسد لأنه لم يصل إلى الجوف ولا إلى الدماغ ولو علم أنه وصل يفسد في قول أبي حنيفة وإن داواها بدواء رطب يفسد عند أبي حنيفة وعندهما لا يفسد ههما باعتبار المخارق الأصلية لأن الوصول إلى الجوف من المخارق الأصلية متيقن به ومن غيرهما شكوك فيه فلا تحكم بالفساد مع الشك ولا أبي حنيفة إن الدواء إذا كان رطباً فالظاهر هو الوصول لوجود المنفذ إلى الجوف فيبني الحكم على الظاهر وأما الاقطار في الاحليل فلا يفسد في قول أبي حنيفة وعندهما يفسد قيل إن الاختلاف بينهم بناء على أمر خفي وهو كيفية خروج البول من الاحليل فعند ههما إن خروجه منه لأن له منفذاً فاقطر فيه يصل إلى الجوف كالاقطار في الأذن وعند أبي حنيفة إن خروج البول منه من طريق الترشح كترشح الماء من الخنزير الجدي فلا يصل بالاقطار فيه إلى الجوف والظاهر أن البول يخرج منه خروجه الشئ من منقذه كما قال ورؤى الحسن عن أبي حنيفة مثل قوله ما وعلى هذه الرواية اعتمد أستاذي رحمه الله وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وقول محمد مع أبي حنيفة وأما الاقطار في قبل المرأة فقد قال مشايخنا أنه يفسد صومها بالاجماع لأن لمساتها منقذ فيصل إلى الجوف كالاقطار في الأذن ولو طعن برح فوصل إلى جوفه أو إلى دماغه فإن أخرجه مع النصل لم يفسد وإن بقي النصل فيه يفسد وكذا قالوا فيمن ابتلع لحماً مرطوطاً على خيط ثم انتزعه من ساعته أنه لا يفسد وإن تركه ففسد وكذا روى عن محمد في الصائم إذا أدخل خشبة في المقعد أنه لا يفسد صومه إلا إذا غاب طرفها الخشبة وهذا يدل على أن استقرار الداخل في الجوف شرط فساد الصوم ولو أدخل أصبعه في دبره قال بعضهم يفسد صومه وقال بعضهم لا يفسد وهو قول الفقيه أبي الليث لأن الأصبع ليست بألة الجماع فصارت كالخشب ولو اكتحل الصائم لم يفسد وإن وجد طعمه في حلقه عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى يفسد وجه قوله أنه لما وجد طعمه في حلقه فقد وصل إلى جوفه (ولنا) ما روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان وعيناه مملوءتان كلالاً كتلتها أم سلمة ولأنه لا منفذ من العين إلى الجوف ولا إلى الدماغ وما وجد من طعمه فذاك أثره لا عينه وأنه لا يفسد كالغبار والدخان وكذا لو دهن رأسه أو أعضائه فتشرب فيه أنه لا يضره لأنه وصل إليه الأثر لا العين ولو أكل حصاة أو نواه أو خشباً أو خشبياً أو نحو ذلك مما لا يؤكل عادة ولا يحصل به قوام البدن يفسد صومه لوجوده لا كل صورة ولو جامع امرأته فجادون الفرج فأزله أو باشرها أو قبلها أو لمساها بشهوة فأزله يفسد صومه وعليه القضاء ولا كفارة عليه وكذا إذا فعل ذلك فأزلت المرأة لوجود الجماع من حيث المعنى وهو قضاء الشهوة بفعله وهو المس بخلاف النظر فإنه ليس بجماع أصلاً لأنه ليس بقضاء للشهوة بل هو سبب لحصول الشهوة على ما نطق به الحديث أياكم والنظرة فإنها تزيع في القلب

الشهوة ولو عاجل ذكره فامنى اختلاف المشايخ فيه قال بعضهم لا يفسد وقال بعضهم يفسد وهو قول محمد بن سلمة
والنهيبة أى اللبث لوجود قضاء الشهوة بفعله فكان جماعا من حيث المعنى وعن محمد بن عيسى أو يلج ذكره فى امرأته
قبل الصبح ثم خفى الصبح فانتزع منها فامنى بعد الصبح انه لا يفسد صومه وهو عزلة الاختلام ولو جامع به حجة أنزل
فسد صومه وعليه القضاء ولا كفارة عليه لانه وان وجد الجماع صورة ومعنى وهو قضاء الشهوة لكن على سبيل
التقصير لسعة المحل ولو جامعها ولم ينزل لا يفسد ولو حاضت المرأة أو نفست بعد طلوع الفجر فسد صومها لأن
الحيض والنفاس منافيان للصوم لمنافتهما أهلية الصوم شرعا بخلاف القياس باجماع الصحابة رضى الله عنهم
على ما ينفذ فيما تقدم بخلاف ما اذا جن انسان بعد طلوع الفجر أو أغشى عليه وقد كان نوى من الليل ان صومه
ذلك اليوم جائزا ذكرنا ان الجنون والاعماء لا ينافيان أهلية الاداء وانما ينافيان النية بخلاف الحيض
والنفاس والله أعلم

فصل في أحكام فساد الصوم فساد الصوم يتعلق به أحكام بعضها إيم الصيامات كلها وبعضها يخص البعض
دون البعض أما الذى يعم الكل فالأثم إذا أفسد بغير عذر لانه أبطل عمله من غير عذر وإبطال العمل من غير عذر
حرام لقوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم وقال الشافى كذلك الا فى صوم التطوع بناء على ان الشروع فى التطوع
موجب للاتمام عندنا وعند غيره ليس بموجب والمسئلة ذكرناها فى كتاب الصلاة وان كان بعذر لا يأثم واذا اختلف
الحكم بالعذر فلا بد من معرفة الاعذار المسقطه للأثم والمواخذة فبينها بتوفيق الله تعالى فتقول هى المرض
والسفر والاكره والحبل والرضاع والجوع والعطش وكبر السن لكن بعضها مخصص وبعضها مبيح مطلق
لا موجب كما فيه خوف زيادة ضرر دون خوف الهلاك فهو مخصص وما فيه خوف الهلاك فهو مبيح مطلق بل
موجب فبذكر جملة ذلك فتقول اما المرض فالمرخص منه هو الذى يخاف أن يزداد بالصوم وإليه وقعت الإشارة فى
الجامع الصغير فانه قال فى رجل خاف ان لم يطعمه تزداد عيائه وجعا أو جاه شدة أفطروا ذكر الكرخى فى مختصره ان
المرض الذى يبيح الإفطار هو ما يخاف منه الموت أو زيادة العلة كأنما كانت العلة وروى عن أبى حنيفة انه ان كان
بحال يباح له اداء صلاة الفرض قاعدا فلا بأس بأن يفطر والمبيح المطلق بل الموجب هو الذى يخاف منه الهلاك لان
فيه إلقاء النفس الى الهلكة لا لأقامة حق الله تعالى وهو الوجوب والوجوب لا يبقى فى هذه الحالة وانه حرام فكان
الإفطار مباحا بل واجبا وأما السفر فالمرخص منه هو مطلق السفر المقدر والاصل فيه ما قوله تعالى فمن كان منكم
مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فافطر به ذر المرض والسفر فعدة من
أيام أخر دل ان المرض والسفر سبب الرخصة ثم السفر والمرض وان أطلق ذكرهما فى الآية فالمراد منهما المقيد لان
مطلق السفر ليس بسبب الرخصة لان حقيقة السفر هو الخروج عن الوطن أو الظهور وذا يحصل بالخروج الى
الضيعة ولا يتعلق به الرخصة فعلم ان المرخص سفر مقدر بتقدير معلوم وهو الخروج عن الوطن على قصد مسيرة
ثلاثة أيام فصاعدا عندنا وعند الشافى يوم وليلة وقد مضى الكلام فى تقديره فى كتاب الصلاة وكذا مطلق المرض
ليس بسبب الرخصة لان الرخصة بسبب المرض والسفر لمعنى المشقة بالصوم تسير الهما وتخفيفا عليهما على
ما قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ومن الأمراض ما ينفعه الصوم ويخففه ويكون الصوم
على المريض أسهل من الاكل بل الاكل يضره ويشد عليه ومن التعبد الترخيص بما يسهل على المريض
تخصيله والتضييق بما يشد عليه وفى الآية دلالة وجوب القضاء على من أفطر بغير عذر لانه لما وجب القضاء
على المريض والمسافر مع انهما أفطرا بسبب العذر المبيح للإفطار فلان يجب على غير ذى العذر أو لى وسواء كان
السفر طاعة أو مباح أو معصية عندنا وعند الشافى سفر المصيبة لا يقيد الرخصة والمسئلة مضت فى كتاب
الصلاة والله أعلم وسواء سافر قبل دخول شهر رمضان أو بعده ان له أن يترخص فيفطر عند عامة الصحابة وعن
على وابن عباس رضى الله عنهما انه اذا اهل فى المصر ثم سافر لا يجوز له أن يفطروا وجه قولهما انه لما استهل فى الحضر

لزمه صوم الإقامة وهو صوم الشهر حتما فهو بالسفر يريد اسقاطه عن نفسه فلا يملك ذلك كالنوم الذي سافر فيه انه لا يجوز له أن يفطر فيه لما ينبت كذا هذا ولعلامة الصحابة رضي الله عنهم قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر جعل الله مطلق السفر سبب الرخصة ولأن السفر انما كان سبب الرخصة لما كان المشقة وانما توجد في الحالين فتثبت الرخصة في الحالين جميعا وأما وجه قولهما بالاهلال في الحضر لزمه صوم الإقامة فتقول نعم اذا أقام أما اذا سافر يلزمه صوم السفر وهو أن يكون فيه رخصة الإفطار لقوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فكان ما قلناه عملا بالآيتين فكان أولى بخلاف اليوم الذي سافر فيه لانه كان مقبلا في أول اليوم فدخل تحت خطاب المقيمين في ذلك اليوم فلزمه انما هو حقا فاما اليوم الثاني والثالث فهو مسافر فلا يدخل تحت خطاب المقيمين ولأن من المشايخ من قال ان الجزء الأول من كل يوم سبب لجوب صوم ذلك اليوم وهو كان مقيما في أول الجزء فكان الجزء الأول سببا لجوب صوم الإقامة وأما في اليوم الثاني والثالث فهو مسافر فيه فكان الجزء الأول في حقه سببا لجوب صوم السفر فيثبت الوجوب مع رخصة الإفطار ولو لم يترخص المسافر وصام رمضان جاز صومه وليس عليه القضاء في عدة من أيام أخر وقال بعض الناس لا يجوز صومه في رمضان ولا يعتد به ويلزمه القضاء وحكي القدوري فيه اختلافا بين الصحابة فقال يجوز صومه في قول أصحابنا وهو قول علي وابن عباس وعائشة وعثمان بن أبي العاص الثقفي رضي الله عنهم وعند عمرو بن عمرو وأبي هريرة رضي الله عنهم لا يجوز وجبة هذا القول ظاهر قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أمر المسافر بالصوم في أيام أخر مطلقا سواء صام في رمضان أو لم يصم اذا افطار غير مذكور في الآية فكان هذا من الله تعالى جعل وقت الصوم في حق المسافر أياما أخر واذا صام في رمضان فقد صام قبل وقته فلا يعتد به في منع لزوم القضاء وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من صام في السفر فقد عصى أبا القاسم والمعصية مضادة للعبادة وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الصائم في السفر كالمفطر في الحضر فقد حقق له حكم الانطار (ولنا) ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صام في السفر وروى انه أفطر وكذا روى عن الصحابة انهم صاموا في السفر وروى انهم أفطروا حتى روى ان عليا رضي الله عنه أهل هلال رمضان وهو يسير الى نهر وان فاصبح صائما ولأن الله تعالى جعل المرض والسفر من الاعذار المرخصة للإفطار تيسيرا وتخفيفا على أربابها وتوسيعا عليهم قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر فلوتحتم عليهم الصوم في غير السفر ولا يجوز في السفر ان كان فيه تعسير وتضييق عليهم وهذا ايضا موضوع الرخصة وينافي معنى التيسير فيؤدي الى التناقض في وضع الشرع تعالى الله عن ذلك ولأن السفر لما كان سبب الرخصة فلو وجب القضاء مع وجود الاداء اصاب ما هو سبب الرخصة سبب زيادة فرض لم يكن في حق غير صاحب العذر وهو القضاء مع وجود الاداء فية تناقض ولأن جواز الصوم للسافر في رمضان مجمع عليه فان التابعين أجمعوا عليه بعد وقوع الاختلاف فيه بين الصحابة رضي الله عنهم والخلاف في العصر الأول لا يمنع انعقاد الاجماع في العصر الثاني بل الاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عندنا على ما عرف في أصول الفقه وبه تبين ان الإفطار مضمر في الآية وعليه اجماع أهل التفسير وتقدرها فمن كان منكم مريضا أو على سفر فافطر فعدة من أيام أخر وعلى ذلك يجري ذكر الرخص على انه ذكر الحظر في القرآن قال الله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى قوله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه أي من اضطر فأكل لانه لا اثم بل حقه بنفسه الا اضطرار وقال تعالى وأتموا الحج والعمرة لله فان أحصرتم فما استيسر من الهدى أي فان أحصرتم فما حلتم فما استيسر من الهدى لانه معلوم انه على النسب من الحج مالم يوجد الا حلال وقال الله تعالى ولا تحلفوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أي فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه فخلق ودفع الأذى عن رأسه ففدية من صيام ونظائره كثيرة في القرآن والحديثان مجتولان على ما إذا كان الصوم بجهده وضعفه فاذا لم يفطر في السفر في هذه الحالة صار كالذي أفطر في الحضر لانه يجب عليه الإفطار في هذه الحالة لما في الصوم

في هذه الحالة من القاء النفس الى التهلكة وانه حرام ثم الصوم في السفر أفضل من الافطار عندنا اذ لم يجهد الصوم ولم يضعفه وقال الشافعي الافطار أفضل بناء على أن الصوم في السفر عندنا عزيمة والافطار رخصة وعند الشافعي على العكس من ذلك وذكر القدوري في المسئلة اختلاف الصحابة فقال روى عن حذيفة وعائشة وعروة بن الزبير مثل مذهبنا وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبه واحتج بما روي ثامن الحديثين في المسئلة الاولى ولنا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم الى قوله تعالى ولتكملوا العدة والاستدلال بالآية من وجوه أحدهما انه أخبر أن الصيام مكتوب على المؤمنين عاما أي مفروض اذ الكتابة هي الغرض لغة والثاني انه أمر بالقضاء عند الافطار بقوله عز وجل فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر والأمر بالقضاء عند الافطار دليل الفرضية من وجهين أحدهما أن القضاء لا يجب في الآداب وانما يجب في الفرائض والثاني أن القضاء يدل عن الأداء فيدل على وجوب الأصل والثالث أن الله تعالى من علينا باباحة الافطار بذكر المرض والسفر بقوله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر أي يريد الاذن لكم بالافطار للعدو ولولم يكن الصوم فرضا لم يكن للأمتان باباحة الفطر معنى لأن الفطر مباح في صوم النفل بالامتناع عنه والرابع أنه قال ولتكملوا العدة شرط اكمال العدة في القضاء وهو دليل لزوم حفظ المتروك لئلا يدخل التقصير في القضاء وانما يكون ذلك في الفرائض وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من كانت له حولة تأوى الى سبع فليصم رمضان حيث أدركه أمر المسافر بصوم رمضان اذ لم يجهد الصوم فثبت بهذه الدلائل أن صوم رمضان فرض على المسافر الا أنه رخص له الافطار وأثر الرخصة في سقوط المأثم لا في سقوط الوجوب فكان وجوب الصوم عليه هو الحكم الاصل وهو معنى العزيمة وروى عن أنس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال المسافر ان أفطر فرخصة وان يصم فهو أفضل وهذا الص في الباب لا يحتمل التأويل وما ذكرنا من الدلائل في هذه المسئلة حجة في المسئلة الاولى لانها تدل على وجوب الصوم على المسافر في رمضان وما لا يعتد به لا يجب والجواب عن تعلقه بالحديثين ما ذكرناه في المسئلة الاولى انهما يحملان على حال خوف التلف على نفسه لو صام عملا بالدلائل أجمع بقدر الامكان وهذا الذي ذكرناه من وجوب الصوم على المسافر في رمضان قول عامة مشايخنا وعند بعضهم لا وجوب على المسافر في رمضان والافطار مباح مطلق لانه ثبت رخصة وتيسير عليه ومعنى الرخصة وهو التيسير والسهولة في الاباحة المطلقة أكل لما فيه من سقوط الخطر والمواخاة جميعا الا أنه اذا ترك الترخيص واشتغل بالعزيمة يعود حكم العزيمة لكن مع هذا الصوم في حقه أفضل من الافطار لما روي ثامن حديث أنس رضي الله عنه وأما المبيح المطلق من السفر فما فيه خوف الهلاك بسبب الصوم والافطار في مثله واجب فضلا عن الاباحة لما ذكرنا في المرض وأما الاكراه على افطار صوم شهر رمضان بالقتل في حق الصحيح المقيم فرخص والصوم أفضل حتى لو امتنع من الافطار حتى قتل يثاب عليه لان الوجوب ثابت حالة الاكراه وأثر الرخصة في الاكراه في سقوط المأثم بالترك لا في سقوط الوجوب بل بقي الوجوب ثابتا والترك حراما واذا كان الصوم واجبا حالة الاكراه والافطار حراما كان حق الله تعالى قائما فهو بالامتناع بذل نفسه لاقامة حق الله تعالى طلبا لمرضاته فكان مجاهدا في دينه فيثاب عليه وأما في حق المريض والمسافر فلا كراه مبيح مطلق في حقهما بل موجب والأفضل هو الافطار بل يجب عليه ذلك ولا يسهه أن لا يفطر حتى لو امتنع من ذلك فقتل يآثم ووجه الفرق ان في الصحيح المقيم الوجوب كان ثابتا قبل الاكراه من غير رخصة الترك أصلا فاذا جاء الاكراه وانه من أسباب الرخصة فكان أثره في اثبات رخصة الترك لا في اسقاط الوجوب فكان الوجوب قائما فكان حق الله تعالى قائما فكان بالامتناع باذلا نفسه لاقامة حق الله تعالى فكان أفضل كافي الا كراه على اجراء كلمة الكفر والا كراه على اطلاق الغير فاما في المرض والمسافر فالوجوب مع رخصة الترك كان ثابتا قبل الاكراه فلا بد وان يكون للاكراه أثر آخر لم يكن ثابتا قبله وليس ذلك الاسقاط الوجوب رأسا واثبات الاباحة المطلقة فنزل منزلة الاكراه على كل الميتة وهناك يباح له

الاقبل بل يجب عليه كذا منا والله أعلم واما حمل المرأة وارضاها اذا خافتنا الضرر بولدها فمريض لقوله تعالى
 فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام آخر وقد بينا انه ليس المراد عين المرض فان المريض الذي لا يضره
 الصوم ليس له أن يفطر فكان ذكر المرض كناية عن أمر يضر الصوم معه وقد وجد ههنا قيد خلاص تحت رخصة
 الافطار وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال يفطر المريض والحمل إذا خافت أن تضع ولدها والمرضع
 إذا خافت الفساد على ولدها وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله وضع عن المسافر شطر الصلاة
 وعن الحبل والمرضع الصيام وعليهما القضاء ولا فدية عليهما عندنا وقال الشافعي عليهما القضاء والغدية لكل
 يوم مدمن حنطة والمسئلة مختلفة بين الصحابة والتابعين فروى عن علي من الصحابة والحسين من التابعين انهما
 يقضيان ولا يفديان وبه أخذ أصحابنا وروى عن ابن عمر من الصحابة ومجاهد من التابعين انهما يقضيان ويفديان
 وبه أخذ الشافعي احتج بقوله تعالى وعلى الذين يطيقون فدية طعام مسكين والجامل والمرضع يطيقان الصوم
 فدخلتا تحت الآية فتجب عليهما الفدية ولنا قوله تعالى فمن كان منكم مريضا الآية وأوجب على المريض القضاء
 فمن ضم اليه الفدية فقد زاد على النص فلا يجوز الا بدليل ولا نه لما لم يوجب غيره دل أنه كل حكم لحادثة لأن تأخير
 البيان عن وقت الحاجة لا يجوز وقد ذكرنا أن المراد من المرض المذكور ليس بصورة المرض بل معناه وقد وجد
 في الحامل والمرضع اذا خافتا على ولدهما فيدخلان تحت الآية فكان تقدير قوله تعالى فمن كان منكم مريضا
 كان منكم به معنى يضره الصوم او على سفر فعدة من ايام آخر وأما قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فقد قيل في
 بعض وجوه التأويل ان لا مضرة في الآية معناه وعلى الذين لا يطيقونه وانه جائز في اللغة قال الله تعالى بين الله لكم
 أن تصلوا أي لا تصلوا وفي بعض القراءات وعلى الذين يطيقونه ولا يطيقونه على أنه لا حجة في الآية لأن فهم انهم
 الغداء مع الصوم على سبيل التخيير دون الجمع بقوله تعالى وان تصوموا خير لكم وقد نسخ ذلك بوجوب صوم شهر
 رمضان حقا بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وعنده يجب الصوم والغداء جميعا دل أنه لا حجة له فيها
 ولان الفدية لو وجبت انما تجب جبر اللغات ومعنى الجبر يحصل بالقضاء ولهذا تجب على المريض والمسافر
 وأما الجوع والعطش الشديد الذي يخاف منه الهلاك فيجب مطلقا بمنزلة المرض الذي يخاف منه الهلاك بسبب الصوم
 لما ذكرنا وكذا كبر السن حتى يباح للشيخ الفاني أن يفطر في شهر رمضان لانه عاجز عن الصوم وعليه الفدية
 عند عامة العلماء وقال مالك لا فدية عليه وجه قوله ان الله تعالى أوجب الفدية على المطلق للصوم بقوله تعالى وعلى
 الذي يطيقونه فدية طعام مسكين وهو لا يطيق الصوم فلا تزمه الفدية وماله مالك خلاف إجماع السلف فان أصحاب
 رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجبوا الفدية على الشيخ الفاني فكان ذلك إجماعا منهم على أن المراد من الآية الشيخ
 الفاني اما على اضمار حرف لا في الآية على ما بينا واما على اضمار كانوا أي وعلى الذين كانوا يطيقونه أي الصوم
 ثم عجزوا عنه فدية طعام مسكين والله أعلم ولان الصوم لما فاتته مست الحاجة الى الجبر وتعذر جبره بالصوم فيجبر
 بالفدية وتجعل الفدية مثالا للصوم شرمافي هذه الحالة للضرورة كالقعدة في ضمان المتلفات ومقدار الفدية مقدار
 صدقة الفطر وهو ان يطعم عن كل يوم مسكينا مقدار ما يطعم في صدقة الفطر وقد ذكرنا ذلك في صدقة الفطر وذكرنا
 الاختلاف فيه ثم هذه الاعذار كما ترخص او تبسح الفطر في شهر رمضان ترخص او تبسح في المنذور في وقت بعينه حتى
 لوجاء وقت الصوم وهو مريض مرضا لا يستطيع معه الصوم أو يستطيع مع ضرر أفاطر وقضى وأما الذي يخص
 البعض دون البعض فاما صوم رمضان فينتقل بفساده فكأن احدهما وجوب القضاء والثاني وجوب الكفارة أما
 وجوب القضاء فانه ثبت بطلان الفساد سواء كان صورة ومعنى أو صورة لا معنى أو معنى لا صورة وسواء كان عمدا
 أو خطأ وسواء كان بعذرا وبغير عذر لان القضاء يجب جبر اللغات فيستدعي فوات الصوم لا غير الفوات يحصل
 بطلان الفساد فتقع الحاجة الى الجبر بالقضاء ليقوم مقام اللغات فيجبر الفوات معنى واما وجوب الكفارة فينتقل
 بافساد مخصوص وهو الافطار الكامل بوجود الاكل أو الشراب أو الجماع صورة ومعنى متعمدا من غير عذر

مبيح ولا مريض ولا شبهة الاباحة ونعني بصورة الاكل والشرب ومعناها اصال ما يقصد به التغذي أو
التداوي الى جوفه من القم لان به يحصل قضاء شهوة البطن على سبيل الكمال ونعني بصورة الجماع ومعناه ايلاج
الفرج في القبل لأن كمال قضاء شهوة الفرج لا يحصل الا به ولا خلاف في وجوب الكفارة على الرجل بالجماع
والاصل فيه حديث الا عرابي وهو ما روى ان اعرابا جاءوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله
هلكت وأهلك فقال ماذا صنعت قال وقعت امرأتى في نهار رمضان متعمدا وأنا صائم فقال أعتق رقبة وفي بعض
الروايات قال له من غير عذر ولا سفر قال نعم فقال أعتق رقبة وأما المرأة فكذلك يجب عليها عندنا اذا كانت
مطوعة وللشافعي قولان في قول لا يجب عليها أصلا وفي قول يجب عليها ويصحبها الرجل وجه قوله الاول أن
وجوب الكفارة عرف نصا بخلاف القياس لما نذكر والنص ورد في الرجل دون المرأة وكذا ورد بالوجوب
بالوطء وأنه لا يتصور من المرأة فأنها موطوءة وليست بواطئة فبقي الحكم فيها على أصل القياس وجه قوله
الثاني أن الكفارة انما وجبت عليها بسبب فعل الرجل فوجب عليه العمل كمن ماء الاغتسال ولنا
أن النص وان ورد في الرجل لكنه معلول بمعنى يوجد فيها وهو افساد الصوم رمضان بافطار كامل حرام محض
متعمدا فوجب الكفارة عليها بدلالة النص وبه تبين انه لا سبيل الى العمل لان الكفارة انما وجبت عليها
بفعلها وهو افساد الصوم ويجب مع الكفارة القضاء عند طامة العلماء وقال الاوزاعي ان كفر بالصوم فلا قضاء
عليه وزعم أن الصومين يتداخلان وهذا غير سديد لان صوم الشهرين يجب تكفيرا زجرا عن جنابة
الافساد اورقا لذنب الافساد وصوم القضاء يجب جبرا للقاءات فكل واحد منهما شرع لغير ما شرع له الا آخر
فلا يسقط صوم القضاء بصوم شهرين كما لا يسقط بالاغتيا وقد روى عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه
وسلم أمر الذي واقع امرأته ان يصوم يوما ولو جامع في الموضع المكروه فعليه الكفارة في قول أبي يوسف ومحمد
لانه يجب به الحد فلان تجب به الكفارة أولى وعن أبي حنيفة روايتان روى الحسن عنه أنه لا كفارة
عليه وروى أبو يوسف عنه اذا توارت الحشفة وجب الغسل أنزل أول ينزل وعليه القضاء والكفارة
وجه رواية الحسن انه لا يتعلق به وجوب الحد فلا يتعلق به وجوب الكفارة والجامع أن كل واحد
منهما شرع للزجر والحاجة الى الزجر فيما يغلب وجوده وهذا ينذر ولان المحل مكروه فاشبه وطء الميتة وجه رواية
أبي يوسف ان وجوب الكفارة يعتمد افساد الصوم بافطار كامل وقد وجد لوجود الجماع صورة ومعنى ولو أكل أو
شرب ما يصلح بالبدن اما على وجه التغذي أو التداوي متعمدا فعليه القضاء والكفارة عندنا وقال الشافعي
لا كفارة عليه وجه قوله ان وجوب الكفارة ثبت معدولا به عن القياس لان وجوبها لرفع الذنب والتوبة كافية
لرفع الذنب ولان الكفارة من باب المقادير والقياس لا يمتد الى تعيين المقادير وانما عرف وجوبها بالنص والنص
ورد في الجماع والاكل والشرب ليسا في معناه لان الجماع أشد حرمة منهما حتى يتعاق به وجوب الحد ونهما
فالنص الوارد في الجماع لا يكون واردا في الاكل والشرب فيقتصر على مورد النص ولنا ما روى عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال من أفطر في رمضان متعمدا فعليه ما على المظاهر وعلى المظاهر الكفارة بنص الكتاب فكذلك على
المفطر متعمدا ولنا أيضا الاستدلال بالمواقعة والقياس عليها الاستدلال بها فهو ان الكفارة في المواقعة وجبت
لكونها افساد الصوم رمضان من غير عذر ولا سفر على ما نلحق به الحديث والاكل والشرب افساد الصوم رمضان
متعمدا من غير عذر ولا سفر فكان ايجاب الكفارة هناك ايجابا بهندالة والدليل على ان الوجوب في المواقعة لما
ذكرنا وجهان أحدهما مجمل والاخر مفسر أما المجمل فلا استدلال بحديث الا عرابي وجهه ما ذكرناه في
الخلافات وأما المفسر فلان افساد الصوم رمضان ذنب ورفع الذنب واجب عقلا وشرعا لكونه قبيلها والكفارة
تصلح رافعة له لانها حسنة وقد جاء الشرع بكون الحسنات من التوبة والايمان والاعمال الصالحات رافعة
للسيئات الا ان الذنوب مختلفة المقادير وكذا الواقع لها لا يعلم مقاديرها الا الشارع للاحكام وهو الله تعالى ففي ورد

الشرع في ذنب خاص بإيجاب رافع خاص ووجد مثل ذلك الذنب في موضع آخر كان ذلك إيجاباً لذلك الرفع فيه ويكون الحكم فيه ثابتاً بالنص لا بالتعليل والقياس والله أعلم وجه القياس على الواقعة فهو أن الكفارة هناك وجبت للزجر عن إفساد صوم رمضان صيانة له في الوقت الشريف لا لتصلح زاجرة والحاجة مست إلى الزاجر أما الصلاحية فلأن من تأمل أنه لو أفطر يوماً من رمضان لزمه اعتناق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً لا تمتنع منه وإنما الحاجة إلى الزجر فلو جرد الداعي الطبى إلى الأكل والشرب والجوع وهو شهوة الأكل والشرب والجوع وهذا في الأكل والشرب أكثر لأن الجوع والعطش يقلل الشهوة فكانت الحاجة إلى الزجر عن الأكل والشرب أكثر فكان شرع الزاجر هناك شرعاً من طريق الأولى وعلى هذه الطريقة يمنع عدم جواز إيجاب الكفارة بالقياس لأن الدلائل المقنضية لكون القياس حجة لا يفصل بين الكفارة وغيرها ولو أكل ما لا يتغذى به ولا يتداوى كالحصاة والنواة والتراب وغيره فعليه القضاء ولا كفارة عليه عند عامة العلماء وقال مالك عليه الكفارة لأنه وجد الإفطار من غير عذر ولنا أن هذا إفطار صورة لا معنى لأن معنى الصوم وهو الكف عن الأكل والشرب الذي هو وسيلة إلى العواقب الحميدة قائم وإنما الفائت صورة الصوم إلا أننا ألحقنا الصورة بالحقيقة وحكنا بفساد الصوم احتياطاً ولو بلغ جوزة صحيحة يابسة أو لوزة يابسة فعليه القضاء ولا كفارة عليه لوجود الأكل صورة لا معنى لأنه لا يعتدأ كاه على هذا الوجه فاشبه أكل الحصى ولو مضغ الجوزة أو اللوزة اليابسة حتى يصل المضغ إلى جوفها حتى ابتلعه فعليه القضاء والكفارة كذا روى ابن سعادة عن أبي يوسف لأنه أكل بها إلا أنه ضم إليها ما لا يؤكل عادة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه لو أكل لوزة صغيرة فعليه القضاء والكفارة وقوله في اللوزة محمول على اللوزة الرطبة لأنها كوله كالأكل ولو أكل جوزة رطبة فعليه القضاء ولا كفارة عليه لأنه لا يؤكل عادة ولا يحصل به التغذي والتداوى ولو أكل عجيناً أو دقيقاً فعليه القضاء ولا كفارة عليه لأنه لا يقصد بهما التغذي ولا التداوى فلا يفوت معنى الصوم وذكر في الفتاوى رواية عن محمد أنه فرق بين الدقيق والحجين فقال في الدقيق القضاء والكفارة وفي الحجين القضاء دون الكفارة ولو ضم حنطة فعليه القضاء والكفارة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لأن هذا عما يقصد بالأكل ولو ابتلع أهليلجة روى ابن رستم عن محمد أن عليه القضاء ولا كفارة لأنه لا يتداوى بها على هذه الصفة وروى هشام عنه أن عليه الكفارة قال الكرخي وهذا أقبس عندي لأنه يتداوى بها على هذه الصفة وهكذا روى ابن سعادة عن محمد وكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن عليه الكفارة ولو أكل طيناً فعليه القضاء ولا كفارة لما قلنا إلا أن يكون أرميناً فعليه القضاء والكفارة وكذا روى ابن رستم عن محمد قال محمد لأنه بمنزلة الغاريقون أي يتداوى به قال ابن رستم فقلت له هذا الطين الذي يقلى يأكله الناس قال لا أدري ما هذا فكانه لم يعلم أنه يتداوى به أولاً ولو أكل ورق الشجر فإن كان مما يؤكل عادة فعليه القضاء والكفارة وإن كان مما لا يؤكل فعليه القضاء ولا كفارة عليه ولو أكل مسكاً أو غالية أو زعفران فعليه القضاء والكفارة لأن هذا يؤكل ويتداوى به وروى عن محمد فحين تناول سمسة قال فطرته ولم يذكر أن عليه الكفارة أولاً واختلف المشايخ فيه قال محمد بن مقاتل الرازي عليه القضاء والكفارة وقال أبو القاسم الصغار عليه القضاء ولا كفارة عليه وقد ذكرنا أن السمسة لو كانت بين أسنانه فابتلعها أنه لا يفسد لأنه لا يمكن العرج عنه وروى عن أبي يوسف فحين امتص سكرة بفية في رمضان متعمداً حتى دخل الماء حلقه عليه القضاء والكفارة لأن السكر هكذا يؤكل ولو مص أهليلجة فدخل الماء حلقه قال لا يفسد صومه ذكره في الفتاوى ولو خرج من بين أسنانه دم فدخل حلقه أو ابتلعه فإن كانت القلبية للدم فسد صومه وعليه القضاء ولا كفارة عليه وإن كانت القلبية للبراق فلا شيء عليه وإن كان سواها فالقياس أن لا يفسد وفي الاستحسان يفسد احتياطاً ولو أخرج البراق من فيه ثم ابتلعه فعليه القضاء ولا كفارة عليه وكذا إذا ابتلع رزاق غيره لأن هذا مما ينافى منه حتى لو ابتلع لعاب حبيبه أو صديقه ذكر الشيخ الإمام الزاهد شمس الأئمة الحلواني أن عليه القضاء والكفارة لأن الحبيب لا ينافى ريق حبيبه أو صديقه ولو أكل

لحاجة قديما فعليه القضاء والكفارة لانه يؤكل في الجيلة ولو اكل نحصا قديما الاختلاف المشايخ فيه قال بعضهم لا كفارة عليه لانه لا يؤكل وقال القميه ابو الليث ان عليه القضاء والكفارة كافي اللحم لانه يؤكل في الجيلة كاللحم القديد ولو اكل ميتة فان كانت قد انتنت ودودت فعليه القضاء ولا كفارة عليه وان كانت غير ذلك فعليه القضاء والكفارة ولو اوج ولم ينزل فعليه القضاء والكفارة لوجود الجماع صورة ومعنى اذا الجماع هو الايلاج فاما الانزال فمفراغ من الجماع فلا يعتبر ولو انزل فيعادون الفرج فعليه القضاء ولا كفارة عليه لقصور في الجماع لوجوده معنى لا صورة وكذلك اذا وطئ بهيمة فانزل لقصور في قضاء الشهوة لسعة المحل ونبوة الطبع ولو اخذ لقمة من الخبز لياكلها وهو ناس فلما مضى هاتذكرانه صائم فابتلعها وهو ذا كذا ذكر في هيون المسائل ان في هذه المسئلة أربعة اقوال للتأخيرين قال بعضهم لا كفارة عليه وقال بعضهم عليه الكفارة وقال بعضهم ان ابتلعها قبل أن يخرجها فلا كفارة عليه فان أخرجهما من فيه ثم أعادها فابتلعها فعليه الكفارة وقال بعضهم ان ابتلعها قبل أن يخرجها فعليه الكفارة وان أخرجهما من فيه ثم أعادها فلا كفارة عليه قال القميه ابو الليث هذا القول أصح لانه لما أخرجهما صار بحال يعاف منها وما دامت في فيه فانه يتلذذ بها ولو تسهر على ظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو طالع أو أفطر على ظن ان الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب فعليه القضاء ولا كفارة عليه لانه لم يفطر متعمدا بل خاطئا لا يرى انه لا ثم عليه ولو أصبح صائما في سفره ثم أفطر متعمدا فلا كفارة عليه لان السبب المبيح من حيث الصورة قائم وهو السفر فأورث شبهة وهذه الكفارة لا تجب مع الشبهة والأصل فيه ان الشبهة اذا استندت الى صورة دليل فان لم يكن دليل في الحقيقة بل من حيث الظاهر اعتبر في منع وجوب الكفارة والا فلا وقد وجدته ههنا وهي صورة السفر لا نه مريض أو مبيح في الجيلة ولو اكل أو شرب أو جامع ناسيا أو ذرعه التي فظن ان ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء ولا كفارة عليه لان الشبهة ههنا استندت الى ما هو دليل في الظاهر لوجود المضاد للصوم في الظاهر وهو الاكل والشرب والجامع حتى قال مالك بفساد الصوم بالاكل ناسيا وقال ابو حنيفة لولا قول الناس لقلت له يقضى وكذا التي لانه لا يخلو عن عود بعضها من الفم الى الجوف فكانت الشبهة في موضع الاشتباه فاعتبرت قال محمد لا أن يكون بلغه أي بلغه الخبر ان اكل الناسي والتي لا يفطر ان فجب الكفارة لانه ظن في غير موضع الاشتباه فلا يعتبر وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا كفارة عليه سواء بلغه الخبر وعلم أن صومه لم يفسد أو لم يبلغه ولم يعلم فان احتجم فظن ان ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمدا ان استغنى فقيهها فافناه بانه قد أفطر فلا كفارة عليه لان العاقل يلزمه تقليد العالم فكانت الشبهة مستندة الى صورة دليل وان بلغه خبر الحجة وهو المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أفطر الحاجم والمحجوم روى الحسن عن أبي حنيفة انه لا كفارة عليه لان ظاهر الحديث واجب العمل به في الأصل فأورث شبهة وروى عن أبي يوسف انه تجب عليه الكفارة لان الواجب على العاقل الاستفتاء من المقتضى لا العمل بظواهر الاحاديث لان الحديث قد يكون منسوخا وقد يكون ظاهره متروكا فلا يصير ذلك شبهة وان لم يستفت فقيهها ولا بلغه الخبر فعليه القضاء والكفارة لان الحجة لا تنافي في الصوم في الظاهر وهو الامساك عن الاكل والشرب والجامع فلم تكن هذه الشبهة مستندة الى دليل أصلا ولو لمس امرأة بشهوة أو قبلها أو ضاع بها ولم ينزل فظن ان ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمدا فعليه الكفارة لان ذلك لا ينافي ركن الصوم في الظاهر فكان ظنه في غير موضعه فكان ما عاقب بالعدم الا اذا تأول حديثا أو استغنى فقيهها فافطر على ذلك فلا كفارة عليه وان أخطأ القميه ولم يثبت الحديث لان ظاهر الحديث والفتوى يصير شبهة ولو اغتاب انسانا فظن ان ذلك يفطره ثم اكل بعد ذلك متعمدا فعليه الكفارة وان استغنى فقيهها أو تأول حديثا لانه لا يعتد بفتوى الفقيه ولا بتأويله الحديث ههنا لان ذلك مما لا يشبهه على من له سعة من الفقه وهو لا يجني على احد ان ليس المراد من المروى الغيبة تفطر الصائم حقيقة الا فطره فلم يصير ذلك شبهة وكذا لو دهن شاربه فظن ان ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمدا فعليه الكفارة وان استغنى فقيهها أو تأول حديثا قلنا والله أعلم ولو أفطر وهو مقيم فوجب عليه الكفارة ثم سافر في يومه ذلك

لم تسقط عنه الكفارة ولو مرض في يومه ذلك مرضا يرخس الاطعام او يبيحه تسقط عنه الكفارة ووجه الفرق ان في
المرض معنى يوجب تفسير الطبيعة عن الصحة الى الفساد وذلك المعنى يحدث في الباطن ثم يظهر اثره في الظاهر
فقد امرض في ذلك اليوم علم انه كان موجودا وقت الاطعام لكنه لم يظهر اثره في الظاهر فكان المرخس أو المبيح
موجودا وقت الاطعام فنع انفع اذا افطار موجبا للكفارة او وجودا أصلا أو وث شبهة في الوجوب وهذه الكفارة
لا تجب مع الشبهة وهذا المعنى لا يتحقق في السفر لانه اسم للخروج والانتقال من مكان الى مكان وانه يوجد مقصورا
على حال وجوده فلم يكن المرخس أو المبيح موجودا وقت الاطعام فلا يؤثر في وجوبها وكذلك اذا اضرمت المرأة ثم
حاضت في ذلك اليوم او نفست سقطت عنها الكفارة لان الحيض دم مجتمع في الرحم يخرج شيا قريبا فكان موجودا
وقت الاطعام لكنه لم يبرز فنع وجوب الكفارة ولو سافر في ذلك اليوم مكرهالا تسقط عنه الكفارة عند أبي يوسف
وعند زفر تسقط والصحيح قول أبي يوسف لما ذكرنا أن المرخس أو المبيح وجد مقصورا على الحال فلا يؤثر في
الخاص ولو جرح نفسه فرض مرضا شديدا مرضا لا يفطار أو مبيحا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يسقط وقال
بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لأن المرض ما حدث من الجرح وانما وجدت مقصورة على الحال فكان المرض
مقصورا على حال حدوثه فلا يؤثر في الزمان الماضي والله أعلم ومن أصبح في رمضان لا ينوي الصوم فاكل أو شرب
او جامع عليه قضاء ذلك اليوم ولا كفارة عليه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر عليه الكفارة بناء على أن صوم رمضان
يتأدى بدون النية عنده فوجد افساد صوم رمضان بشرائطه وعندنا لا يتأدى فلم يوجد الصوم فاستحال افساد
وروى عن أبي يوسف ان أكل قبل الزوال فعليه القضاء والكفارة وان أكل بعد الزوال فلا كفارة عليه كذا ذكر
القدوري الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف في شرحه مختصر النكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر
الطنحاوي الخلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه وجه قول من فصل بين ما قبل الزوال أو بعده أن المسالك قبل
الزوال كان بفرض أن يصير صوما قبل الأكل والشرب والجامع لجواز أن ينوي فاذا أكل فقد أبطل الفرضية وانخرجه
من أن يصير صوما فكان افساد الصوم معنى بخلاف ما بعد الزوال لأن الأكل بعد الزوال لم يقع ابطلا للفرضية
لبطلانها قبل الأكل وروى الحسن عن أبي حنيفة فحين أصبح لا ينوي صوما ثم نوى قبل الزوال ثم جامع في بقية
يومه فلا كفارة عليه وروى عن أبي يوسف أن عليه الكفارة وجه قوله أن صوم رمضان يتأدى بنية من النهار قبل
الزوال عند أصحابنا فكانت النية من النهار والليل سواء وجه ظاهر الرواية أنه لو جامع في أول النهار فلا كفارة
عليه فكذا اذا جامع في آخره لأن اليوم في كونه محصلا للصوم لا يتجزأ أو يوجب ذلك شبهة في آخر اليوم وهذه
الكفارة لا تجب مع الشبهة وذكر في المنتقى فحين أصبح ينوي الفطر ثم نوى على الصوم ثم أكل متعمدا أنه لا كفارة
عليه عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف عليه الكفارة والكلام من الجانبين على نحو ما ذكرنا ولو جامع في رمضان
متعمدا رابا ن جامع في يوم ثم جامع في اليوم الثاني ثم في الثالث ولم يكفر فعليه لجميع ذلك كله كفارة واحدة عندنا
وعند الشافعي عليه لكل يوم كفارة ولو جامع في يوم ثم كفر ثم جامع في يوم آخر فعليه كفارة أخرى في ظاهر الرواية
وروى زفر عن أبي حنيفة أنه ليس عليه كفارة أخرى ولو جامع في رمضان ولم يكفر لأول فعليه لكل جماع كفارة
في ظاهر الرواية وذكر محمد في الكيسانيات أن عليه كفارة واحدة وكذا حكى الطحاوي عن أبي حنيفة وجه قول
الشافعي أنه تكرر سبب وجوب الكفارة وهو الجامع عنده وافساد الصوم عندنا والحكم يشكر بتكرره سببه وهو
الأصل الا في موضع فيه ضرورة كافي العقوبات البدنية وهي الحد ولنا في التشكر من خوف الهلاك ولم يوجد
هنا فثبت تكرر الوجوب ولهذا تكرر في سائر الكفارات وهي كفارة القتل واليمين والظهار ولنا حديث الاعرابي
أنه لما قال واقعت امرأتى أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم لم باعتاق رقبة واحدة بقوله اعتق رقبة وان كان
قوله واقعت يحتمل المرة والتكرار ولم يستفسر فدل أن الحكم لا يختلف بالمرة والتكرار ولأن معنى الزجر لازم
في هذه الكفارة أعني كفارة الاطعام بدليل اختصاص وجوبها بالعمد المخصوص في الجناية الخاصة الخالية عن

الشبهة بخلاف سائر الكفارات والزجر يحصل بكفارة واحدة بخلاف ما إذا جامع فكفر ثم جامع لأنه لما جامع بعد ما كفر علم أن الزجر لم يحصل بالأول ولو أفطر في يوم فاعتق ثم أفطر في اليوم الثاني فاعتق ثم أفطر في اليوم الثالث فاعتق ثم استحققت الرقبة الأولى فلا شيء عليه لأن الثانية تجزئ عن الأولى وكذا لو استحققت الثانية لأن الثالثة تجزئ عن الثانية ولو استحققت الثالثة فعليه اعتناق رقبة واحدة لأن ما تقدم لا يجزئ عما تأخروا ولو استحققت الثانية أيضا فعليه اعتناق رقبة واحدة لليوم الثاني والثالث ولو استحققت الأولى أيضا فعليه كفارة واحدة لأن الاعتناق بالاستحقاق يلحق بالعدم وجعل كأنه لم يكن وقد أفطر في ثلاثة أيام ولم يكفر لشيء منها فتكفيه كفارة واحدة ولو استحققت الأولى والثالثة دون الثانية أعتق رقبة واحدة لليوم الثالث لأن الثانية اجزأت عن الأولى والأصل في هذا الجنس أن الاعتناق الثاني يجزئ عما قبله ولا يجزئ عما بعده وأما صيام غير رمضان فلا يتعلق بإفساد شيء منه وجوب الكفارة لأن وجوب الكفارة بإفساد صوم رمضان عرف بالتوقيف وأنه صوم شريف في وقت شريف لا يوازىهما غيرهما من الصيام والأوقات في الشرف والحرمة فلا يلحق به في وجوب الكفارة وأما وجوب القضاء فأما الصيام المفروض فإن كان الصوم متتابعاً كصوم الكفارة والمنذور متتابعاً فعليه الاستقبال لقوات الشرائط وهو التتابع ولو لم يكن متتابعاً كصوم قضاء رمضان والنذر المطلق عن الوقت والنذر في وقت بعينه لحكمه أن لا يمتد به عما عليه ويلحق بالعدم وعليه ما كان قبل ذلك في قضاء رمضان والنذر المطلق وفي المنذور في وقت بعينه عليه قضاء ما خسد وأما صوم التطوع فعليه قضاءه عندنا خلافاً للشافعي وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت أصبحت أنا وحفصة صائمتين متطوعتين فأهدى إلينا حبس فأكلنا منه فسألت حفصة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اقضيا يوماً مكانه والكلام في وجوب القضاء مبني على الكلام في وجوب المضى وقد ذكرناه في كتاب الصلاة واختلف أصحابنا في الصوم المظنون إذا أفسده بان شرع في صوم أو صلاة على ظن أنه عليه ثم تبين أنه ليس عليه فأفطر متعمداً قال أصحابنا الثلاثة لا قضاء عليه لكن الأفضل أن يعضى فيه وقال زفر عليه القضاء وحكي الطحاوي عن أبي حنيفة فيمن شرع في صلاة يظن أنها عليه مثل قول زفر وعلي هذا الخلاف إذا شرع في صوم الكفارة ثم أيسر في خلافه فأفطر متعمداً وجه قول زفر أنه لما تبين أنه ليس عليه تبين أنه شرع في النفل ولهذا ندب إلى المضى فيه والشرع في النفل ملزم على أصل أصحابنا فيلزمه المضى فيه ويلزمه القضاء إذا أفسد كما لو شرع في النفل ابتداء ولهذا كان الشرع في الحج المظنون ملزماً كذا الصوم ولنا أنه شرع مسقطاً لا موجباً فلا يجب عليه المضى ودليل ذلك أنه قصد بالشرع إسقاط ما في ذمته فإذا تبين أنه ليس في ذمته شيء من ذلك لم يصح قصداً والشرع في العبادة لا يصح من غير قصد إلا أنه استحبابه أن يعضى فيه لشرعه في العبادة في زعمه وتشبهه بالشارع في العبادة فيثاب عليه كإثاب المتشبه بالصائمين بمسالك بقية يومه إذا افطر بعد ذلك والاشتباه بما يكثر وجوده في باب الصوم فلما أوجبنا عليه القضاء لوقوع في الحرج بخلاف الحج فإن وقوع الشك والاشتباه في باب الحج نادر غاية النسبة فكان ملحقاً بالعدم فلا يكون في إيجاب القضاء عليه حرج والله أعلم

فصل وأما حكم الصوم المؤقت إذا فات عن وقته فالصوم المؤقت نوعان صوم رمضان والمنذور في وقت بعينه أما صوم رمضان فيتعلق بقواته أحكام ثلاثة وجوب امساك بقية اليوم تشبهاً بالصائمين في حال وجوب القضاء في حال وجوب الإبقاء في حال أما وجوب الامساك تشبهاً بالصائمين فكل من كان له عذر في صوم رمضان في أول النهار مانع من الوجوب أو مبيح للمطر ثم زال عذره وصار بحال لو كان عليه في أول النهار لوجب عليه الصوم ولا يباح له الفطر كالصبي إذا بلغ في بعض النهار وأسلم الكافر وأفاق المجنون وطهرت الحائض وقدم المسافر مع قيام الأهلية يجب عليه امساك بقية اليوم وكذا من وجب عليه الصوم في أول النهار لوجود سبب الوجوب والأهلية ثم عذر عليه المضى فيه بان أفطر متعمداً أو أصبح يوم الشك مفطراً ثم تبين أنه من رمضان أو تسهر على

ظن أن الفجر لم يطلع ثم تبين له أنه طلع فإنه يجب عليه الإمساك في بقية اليوم تشبها بالصائمين وهذا عندنا وأما
عندنا شافعي فكل من وجب عليه الصوم في أول النهار ثم تعذر عليه المضي مع قيام الأهلية يجب عليه إمساك
بقية اليوم تشبها ومن لا فلا فعله قوله لا يجب الإمساك على الصبي إذا بلغ في بعض النهار والكافر إذا أسلم والمجنون
إذا أفاق والحائض إذا طهرت والمسافر إذا قدم مصر لأنه لم يجب عليهم الصوم في أول النهار وجه قوله أن الإمساك
تشبها يجب خافعا عن الصوم والصوم لم يجب فلم يجب الإمساك خلفا ولهذا قال الله على أن أصوم اليوم الذي يقدم
فيه فلان فقدم بعدما أكل الناذر فيه أنه لا يجب الإمساك كذا ههنا ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
أنه قال في يوم عاشوراء الأمن أكل فلا يأكل بقية يومه وصوم عاشوراء كان فرضا يومئذ لأن زمان رمضان وقت
شريف فيجب تعظيم هذا الوقت بالقدر الممكن فإذا عجز عن تعظيمه بتحقيق الصوم فيه يجب تعظيمه بالتشبه
بالصائمين قضاء لحقه بالقدر الممكن إذا كان أهلا للتشبه ونفيا لتمرير بعض نفسه للتهمة وفي حق هذا المعنى الوجوب
في أول النهار وعدم الوجوب سواء وقوله التشبه وجب خلفا عن الصوم ممنوع بل يجب قضاء الحرمة الوقت بقدر
الامكان لا خلفا بخلاف مسألة النذر لأن الوقت لا يستحق التعظيم حتى يجب قضاء حقه بإمساك بقية اليوم وههنا
بجلافه وأما وجوب القضاء فالكلام في قضاء صوم رمضان يقع في مواضع في بيان أصل وجوب القضاء وفي بيان
شرائط وجوب القضاء وفي بيان وقت وجوبه وكيفية الوجوب وفي بيان شرائط جوازها أما أصل الوجوب فلقوله
تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر فأفطر فعدة من أيام أخر ولأن الأصل في العبادة
المؤقتة إذا فاتت عن وقتها أن تقضى لما ذكرنا في كتاب الصلاة وسواء فاتته صوم رمضان بعذر أو بغير عذر لأنه لما
وجب على المعذور فلان يجب على المقصر أولى ولأن المعنى يجمعهما وهو الحاجة إلى جبر الفاتت بل حاجة غير
المعذور أشد وأما بيان شرائط وجوبه فمنها القدرة على القضاء حتى لو فاتته صوم رمضان بعذر المرض أو السفر
ولم يزل مريضا أو مسافرا حتى مات لقي الله ولا قضاء عليه لأنه مات قبل وجوب القضاء عليه لكنه أن أوصى بأن
يطعم عنه صحته وصيته وإن لم يجب عليه ويطعم عنه من ثلث ماله لأن صحة الرعية لا تتوقف على الوجوب كما لو
أوصى بثلث ماله للفقراء أنه يصبح وإن لم يجب عليه شيء كذا هذا فان برأ المريض أو قدم المسافر وأدرك من الوقت
بقدر ما فاتته يلزمه قضاء جميع ما أدرك لأنه قد رعى القضاء لزال العذر فان لم يصم حتى أدرك الموت فعليه أن
يوصى بالقدية وهي أن يطعم عنه لكل يوم مسكينا لأن القضاء قد وجب عليه ثم عجز عنه بعد وجوبه بتقصيره منه
فينحول الوجوب إلى بدله وهو القدية والأصل فيه ما روي أبو مالك الأشجعي أن رجلا سأل رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن رجل أدرك رمضان وهو شديد المرض لا يطيق الصوم فمات هل يقضى عنه فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم إن مات قبل أن يطيق الصيام فلا يقضى عنه وإن مات وهو مريض وقد أطاق الصيام في
مرضه ذلك فليقض عنه والمراد منه القضاء بالقدية لا بالصوم لما روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه موقوفا عليه
ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يصوم من أحد عن أحد ولا يبلين أحد عن أحد ولأن ما لا يحتمل
النيابة حالة الحياة لا يحتمل بعد الموت كالمصلاة وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم مفسرا أنه قال من مات وعليه
قضاء رمضان أطعم عنه وليه وهو محمول على ما إذا أوصى أو على الندب إلى غير ذلك وإذا أوصى بذلك يعتبر من
الثالث وإن لم يوص فتبرع به الورثة جاز وإن لم تبرعوا لم يلزمهم وتسقط في حق أحكام الدنيا عندنا وعند
الشافعي يلزمهم من جميع المال سواء أوصى به أو لم يوص والاختلاف فيه كالاختلاف في الزكاة والصحيح
قولنا لأن الصوم عبادة والقدية بدل عنها والأصل لا يتأدى بطريق النيابة فكذا البدل والبدل لا يخالف الأصل
والأصل فيه أنه لا يجوز أداء العبادة عن غيره بغير أمره لأنه يكون جبرا والجبر يناقض معنى العبادة على ما بينا في كتاب
الزكاة هذا إذا أدرك من الوقت بقدر ما فاتته فمات قبل أن يقضى فاما إذا أدرك بقدر ما يقضى فيه البعض دون
البعض بأن صام المريض أياما ثم مات ذكر في الأصل أنه يلزمه القضاء بمقتضى ما صبح ولم يذكر الخلاف حتى لو مات

لا يجب عليه أن يوضي بالطعام لجميع الشهر بل ذلك القدر الذي لم يصمه وإن صامه فلا وصية عليه رأسا وذو
الطحاوي هذه المسألة على الاختلاف فقال في قول أبي حنيفة يلزمه قضاء الجميع إذا صبح يوما واحدا حتى يلزمه
الوصية بالطعام لجميع الشهر إن لم يصم ذلك اليوم وإن صامه لم يلزمه شيء بالاجتماع وعند محمد يلزمه بقدر ما أدركه
وذو القدر في شرحه مختصر الكرخي أن ما ذكره محمد في الأصل قول جميع أصحابنا وما أثبتته الطحاوي من
الاختلاف في المسألة غلط وإنما ذلك في مسألة النذور وهي أن المريض إذا قال لله على أن أصوم شهرا فان مات
قبل أن يصح لا يلزمه شيء وإن صح يوما واحدا يلزمه أن يوضي بالطعام لجميع الشهر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف
وعند محمد لا يلزمه إلا مقدار ما أصبح على ما ذكره القدر في قول أبي حنيفة والقضاء على الاتفاق على ما ذكره
القدر في فوجه هذا القول ظاهر لأن القدرة على الفعل شرط وجوب الفعل إذ لو لم يكن لكان الإيجاب تكليف
ملا يحتمله التوسع وأنه محال عقلا وموضوع شرعا ولم يقدّر إلا على الصوم ببعض الأيام فلا يلزمه إلا ذلك القدر فإن صام
ذلك القدر فقد أتى بما عليه فلا يلزمه شيء آخر وإن لم يصم فقد قصر فعلا ويجب عليه فيلزمه أن يوضي بالقضية لذلك
القدر ولا غير إذ لم يجب عليه من الصوم إلا ذلك القدر وإن كانت المسائل على الاختلاف على ما ذكره الطحاوي
فوجه قول محمد في المسائلين ما ذكرناه ولا يحتاج إلى الفرق بينهما لأن قوله فيهما واحد وهو أنه لا يلزمه من صوم
القضاء والصوم المنذوريه إلا قدر أيام الصحة حتى لا يلزمه الوصية بالطعام فيهما إلا ذلك القدر وأما وجه قوله
فهو أن قدر ما يقدر عليه من الصوم يصلح له الأيام كلها على طريق البدل لأن كل يوم صالح للصوم فيجوز أن كان قدر
على الكل فإذا لم يصم لزمته الوصية بالقضية للكل وإذا صام فيها قدر صام قدر ما صام مستحقا للوقت فلم يبق صالحا
لوقت آخر فلم يكن القول بوجوب الكل على البدل فلا يلزمه الوصية بالقضية للكل ومنها أن لا يكون في القضاء سرج
لأن المخرج من معنى الكتاب وأما وجوب الأداء في الوقت فهتل هو شرط وجوب القضاء خارج الوقت فقد
ذكرنا الاختلاف المشايخ في ذلك ونرجح ما يتصل به من المسائل على القولين ما فيه اتفاق وما فيه اختلاف وأما وقت
وجوبه فوق أدائه وبقدر كراهه وهو سائر الأيام خارج رمضان سوى الأيام الستة لقوله تعالى فمن كان منكم
مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أمر بالقضاء مطلقا عن وقت معين فلا يجوز تعيينه ببعض الأوقات الأدليل
والكلام في كيفية وجوب القضاء أنه على الفور وعلى التراخي كالكل في كيفية الوجوب في الأمر المطلق عن
الوقت أصلا كالأمر بالكفارات والنذور المطلقة ونحوها وذلك على التراخي عند عامة مشايخنا ومعنى التراخي
عندهم أنه يجب في مطلق الوقت غير معين وخيار التعيين إلى المكلف في أي وقت شرع فيه تعيين ذلك الوقت
للوجوب وإن لم يشرع بتعيين الوجوب عليه في آخر عمره في زمان يتمكن فيه من الأداء قبل موته وحكي
الكرخي عن أصحابنا أنه على الفور والصحيح هو الأول وعند عامة أصحاب الحديث الأمر المطلق يقتضي الوجوب
على الفور على ما عرفت في أصول الفقه وفي الحجج اختلاف بين أصحابنا نذكره في كتاب الحج إن شاء الله تعالى وحكي
القدر في عن الكرخي أنه كان يقول في قضاء رمضان أنه مؤقت بمائتين رمضانين وهذا غير سديد بل المذهب
عند أصحابنا أن وجوب القضاء لا يتوقف لما ذكرناه من الأمر بالقضاء مطلق عن تعيين بعض الأوقات دون بعض
فيجوز على إطلاقه ولما قال أصحابنا أنه لا يكره لمن عليه قضاء رمضان أن يتطوع ولو كان الوجوب على الفور
لكره له التطوع قبل القضاء لأنه يكون تأخير الواجب عن وقته المضيق وأنه مكروه وعلى هذا قال أصحابنا أنه إذا أخر
قضاء رمضان حتى دخل رمضان آخر فلا فدية عليه وقال الشافعي عليه الفدية كأنه قال بالوجوب على الفور مع
رخصة التأخير إلى رمضان آخر وهذا غير سديد لما ذكرناه من الأدلة في الأمر على تعيين الوقت فالتعيين يكون تحكما
على الدليل والقول بالفدية باطل لأنها يجب خاتمة عن الصوم عند العجز عن تحصيله عجزا لا ترجي معه القدرة
عادة كقوله في حق الشيخ الغاني ولم يوجد العجز لأنه قادر على القضاء فلا معنى لإيجاب الفدية وأما شرائط جواز القضاء
فأما شرط جواز أداء صوم رمضان فهو شرط جواز قضاءه إلا الوقت وتعيين النية من الليل فإنه يجوز القضاء

في جميع الاوقات الا الاوقات المستثناة ولا يجوز الابنية معينة من الليل بخلاف الاداء ووجه الفرق ما ذكرنا والله
الموفق وأما وجوب الفداء فشرطه العجز عن القضاء عجزاً لا ترجى معه القدرة في جميع عمره فلا يجب الا على الشيخ
الفاني ولا فداء على المريض والمساقر ولا على الحامل والمرضع وكل من يقطر لعذرتي معه القدرة لفقد شرطه
وهو العجز المستدام وهذا لان الفداء خلف عن القضاء والقدرة على الاصل تمنع المصير الى الخلف كما في سائر
الاخلاف مع أصولها ولهذا قلنا ان الشيخ الفاني اذا فدى ثم قدر على الصوم بطل الفداء وأما الصوم المذكور في وقت
بغية فهو كصوم رمضان في وجوب القضاء اذا فات عن وقته وقدر على القضاء وان فات بعضه يلزمه قضاء ما فات
لا غير ولا يلزمه الاستقبال كصوم رمضان بخلاف ما اذا أوجب على نفسه صوم شهر متتابعاً فاطر يومانه يلزمه
الاستقبال والفرق بينهما ما قد تقدم ولو مات قبل عمر الوقت فلا قضاء عليه لان الاجاب مضاف الى زمان متعين
فاذا مات قبله لم يجب عليه فلا يلزمه شيء كالومات قبل دخول رمضان وكذلك اذا أدرك الوقت وهو مريض ثم
مات قبل أن يبرأ فلا قضاء عليه فان برأ قبل الموت فعليه القضاء كما في صوم رمضان ولو نذر وهو صحيح وصام بعض
الشهر وهو صحيح ثم مرض فات قبل تمام الشهر يلزمه أن يوصى بالقدية لما بقي من الشهر ولو نذر وهو مريض ثم
مات قبل أن يبرأ لا يلزمه شيء بخلاف ولو صح يوماً يلزمه أن يوصى بالقدية لجميع الشهر في قول أبي حنيفة وأبي
يوسف وعند محمد بقدر ما صح وقد ذكرنا المسئلة والله أعلم

فصل وأما بيان ما يسن وما يستحب للصائم وما يكره له أن يفعله فتنه ليس للصائم السجود لما روى
عن عمرو بن العاص رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان فصلين صيامنا وصيام أهل الكتاب
أكلة السجود ولا يستعان به على صيام النهار. واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم في التدب الى السجود فقال
استعينوا بقائمه النهار على قيام الليل وبأكل السجود على صيام النهار والسنة فيها وان تأخير لان معنى الاستانة
فيه أبلغ وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث من سنن المرسلين تأخير السجود وتجميل الافطار
 ووضع العين على التماس تحت السرة في الصلاة وفي رواية قال ثلاث من أخلاق المرسلين ولو شئت في طلوع الفجر
فلمستحب له أن لا يأكل هكذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة انه قال اذا شئت في الفجر فأحب أن يدع الاكل
لانه يحتمل ان الفجر قد طلع فيكون الاكل افساد للصوم فيحذر زعنه والاصل فيه ما روى عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال لو ابصرت بن معبد الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشبهات فعد ما يربك الى ما لا يربك
ولو أكل وهو شاك لا يحكم عليه بوجوب القضاء عليه لان فساد الصوم مشكوك فيه لوقوع الشك في طلوع
الفجر مع ان الاصل هو بقاء الليل فلا يثبت النهار بالشك وهل يكره الاكل مع الشك روى هشام عن أبي يوسف
انه يكره وروى ابن سماعة عن محمد انه لا يكره والصحيح قول أبي يوسف وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة انه
اذا شئت فلا يأكل وان أكل فقد أساء لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الا ان لكل ملك حمى
الا وان حمى الله محارمه فمن حرم حول الحمى يوشك أن يقع فيه والذي يأكل مع الشك في طلوع الفجر يحوم حول
الحمى فيوشك أن يقع فيه فكان بالاكل معرضاً صومه للفساد فيكره له ذلك وعن الفقيه أبي جعفر الهندي انه
لو ظهر على اماراة الطلوع من ضرب الدباب والاذان يكره والا فلا ولا تمويل على ذلك لانه مما تقدم ويتأخر هذا
اذا سمع وهو شاك في طلوع الفجر فاما اذا سمعوا كبراً به ان الفجر طالع فذكر في الاصل وقال ان الاحب الي ان
يقضى وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يقضى وذكر القدوري ان الصحيح انه لا قضاء عليه وجه رواية الاصل انه على
يقين من الليل فلا يطل الا بيقين مثله وجه رواية الحسن ان غالب الرأي دليل واجب السمل به بل هو في حق
وجوب العمل في الاحكام عتلة ليقين وعلى رواية الحسن اعتقد شخنا رحمه الله ورسوله تسجيل الافطار اذا غربت
الشمس هكذا روى عن أبي حنيفة انه قال وتجميل الافطار اذا غربت الشمس أحب الي ما رويانا من الحديث
وهو قوله صلى الله عليه وسلم ثلاث من سنن المرسلين وذكر من جعلها تجميل الافطار وروى عن النبي صلى الله

عليه وسلم انه قال لا تزال أمتي يجترأ ما ينتظر والا فطار طلوع النجوم ولنا خير يؤدي اليه ولو شئت في غروب الشمس لا ينبغي له أن يفطر بل وازان الشمس لم تغرب فكان الافطار افساد للصوم ولو أفطر وهو شاك في غروب الشمس ولم يتبين الحال بعد ذلك انها غربت أم لا لم يذكر في الأصل ولا القدر في شرحه مختصر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر المناجاري انه يلزمه القضاء ففرق بينه وبين التسعر ووجه الفرق ان هناك الليل أصل فلا يثبت النهار بالشد فلا يبطل المنيقن به بالمشكوك فيه وههنا لم أر أصل فلا يثبت الليل بالشد فكان الافطار حاصلًا فيه الله حكم النهار فيجب قضاؤه ويجوز أن يكون ما ذكره القاضي جواب الاستحسان احتياطًا فاما في الحكم المروى هو ان لا يحكم بوجوب القضاء لان وجوب القضاء حكم حادث لا يثبت الا بسبب حادث وهو افساد الصوم وفي وجوده شك وعلى هذا يحمل اختلاف الروايتين في مسئلة التسعر بأن تسعروا كبر رأيهم ان الفجر طالع ولو أفطروا كبر رأيهم ان الشمس قد غربت فلا قضاء عليه لما ذكرنا ان غالب الرأي حجة موجبة للعمل به وانه في الأحكام بمنزلة ليقين وان كان غالب رأيهم انهم لم تغرب فلا شك في وجوب القضاء عليه لانه انصاف الى غلبة الظن حكم الأصل وهو بقاء النهار فوق افطاره في النهار فيلزمه القضاء واختلاف المشايخ في وجوب الكفارة قال بعضهم نحب لما ذكرنا ان غالب الرأي نزل منزلة اليقين في وجوب العمل كيف وقد انضم اليه شهادة الأصل وهو بقاء النهار وقال بعضهم لا نحب وهو الصحيح لان احتمال الغروب قائم فكانت الشبهة ثابتة وهذه الكفارة لا تنجب مع الشبهة والله أعلم ولا بأس أن يتكفل الصائم بالاعتد وغيره ولو فعل لا يفطره وان وجد طعمه في لقمه عنده عامة العلماء لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اكتحل وهو أتم ولما ذكرنا انه ليس للعين منفذ الى الجوف وان وجدته في لقمه فهو أثره لا عينه ولا بأس أن يدهن لما قلنا وكره أبو حنيفة أن يمضغ الصائم ذلك لانه لا يؤمن أن يفصل شيء منه فيدخل حلقه فكان المضغ أثر بضامومه للفساد فيكره ولو فعل لا يفسد صومه لانه لا يعلم وصول شيء منه الى الجوف وقيل هذا اذا كان مجنونًا فاما اذا لم يكن يفطره لانه يتفقت فيحصل شيء منه الى جوفه ظاهرًا وباطنًا ويكره للمرأة أن تمضغ لصبيتهما طعاما وهي صائمة لانه لا يؤمن أن يصل شيء منه الى جوفها الا اذا كان لا بد لها من ذلك فلا يكره للضرورة ويكره للصائم أن يذوق العسل أو الزيت ونحو ذلك بلسانه ليعرف انه جيد أو ردي وان لم يدخل لقمه ذلك وكذا يكره للمرأة أن تذوق المرققة لتعرف طعمها لانه يخاف وصول شيء منه الى الحلق فتفطر ولا بأس للصائم أن يستاك سواء كان السواك يابسًا أو رطبًا مبسولًا أو غير مبسول وقال أبو يوسف اذا كان مبسولًا لا يكره وقال الشافعي يكره السواك في آخر النهار كيف كان واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال خلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك والاستقبال يزيل الخلوف فيكره وجه قول أبي يوسف ان الاستباك بالمبول من السواك ادخال الماء في الفم من غير حاجة فيكره ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال خير خلال الصائم السواك والحديث حجة على أبي يوسف والشافعي لانه وصف الاستباك بالخيرية مطلقًا من غير فصل بين المبول وغير المبول وبين أن يكون في أول النهار وآخره لان المقصود منه تطهير الفم فيستوى فيه المبول وغيره وأول النهار وآخره كالمضمضة وأما الحديث فالمراد منه تفخيم شأن الصائم والترغيب في الصوم والتنبيه على كونه محبوبًا لله تعالى ومرضيه ونحن به نقول أو يجعل على أنهم كانوا يتعرجون عن الكلام مع الصائم لتغيره بالصوم فنهضهم عن ذلك ودعاهم الى الكلام ولا بأس للصائم أن يقبل ويباشر اذا آمن على نفسه ما سوى ذلك أما القبلة فلم يروى أن عمر رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال أرايت لو تمضمضت بماء ثم سجدت قال لا قال ففهم اذا وفي رواية أخرى عن عمر رضي الله عنه انه قال هتشت الى أهلي ثم أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت اني عملت اليوم عملاً عظيماً اني قبلت وأنا صائم فقال أرايت لو تمضمضت بماء كان يضرك قال لا قال ففهم اذا وهن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل

وهو صائم وروى ان شابا وشيخا سالا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فنهى الشاب وخص الشيخ
وقال الشيخ املك لاربه وانا املككم لاربي وفي رواية الشيخ علك نفسه واما المباشرة فاه اروى عن عائشة رضي
الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يباشر وهو صائم وكان املككم لاربه وروى عن أبي حنيفة انه كره
المباشرة ووجه هذه الرواية ان عند المباشرة لا يؤمن على ما سوى ذلك ظاهر او غالب الجحيم لاف القبلة وفي
حديث عائشة رضي الله عنها اشارة الى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مخصوصا بذلك حيث قالت وكان
أملككم لاربه قال أبو يوسف ويكره للصائم أن يتمضمض بغير الوضوء لانه يحتمل أن يسبق الماء الى حلقه ولا
ضرورة فيه وان كان للوضوء لا يكره لانه محتاج اليه لاقامه السنة واما الاستنشاق والغسل وصب الماء على
الرأس والتلفف بالثوب المبلول فقد قال أبو حنيفة انه يكره وقال أبو يوسف لا يكره واحتج بما روى ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم صب على رأسه ماء من شدة الحر وهو صائم وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يبيل الثوب
ويثلقف به وهو صائم ولانه ليس فيه الادفع اذى الحر فلا يكره كما لو استظل ولا في حنيفة ان فيه اظهار الضجر من
العبادة والامتناع عن تحمل مشقتها وفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم محمول على حال مخصوصة وهي حال
خوف الافطار من شدة الحر وكذا فعل ابن عمر رضي الله عنه محمول على مثل هذه الحالة ولا كلام فيه ولا تكره
الحجامة للصائم لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم وعن
أنس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم محرم ولو احتجم لا يفطره عند عامة العلماء
وعند أصحاب الحديث يفطره واحتجوا بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على معقل بن يسار وهو
يحتجم في رمضان فقال أفطر الحاجم والمحجوم ولما روى عن ابن عباس وأنس رضي الله عنهم ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم ولو كان الاحتجم يفطر فافطره وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
ثلاث لا يفطرن الصائم اتى بالحجامة والاحتلام واما ما روى من الحديث فقد قيل انه كان ذلك في الابتداء ثم
رخص بعد ذلك والثاني انه ليس في الحديث اثبات الفطر بالحجامة فيحتمل انه كان منهيما يوجب الفطر وهو
ذهاب ثوب الصوم كما روى عن ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر برجل يحتجم رجلا
وهما يفتان فقال أفطر الحاجم والمحجوم أي بسبب الغيبة منه على ما روى الغيبة تفطر الصائم ولان الحجامة
ليست الاخراج شيء من الدم والفطر مما يدخل والوضوء مما يخرج كذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس للمرأة
التي لها زوج أن تصوم تطوعا الا باذن زوجها لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لامرأة تؤمن
بالله واليوم الآخر ان تصوم صوم تطوع الا باذن زوجها ولان له حق الاستمتاع بها ولا يمكنه ذلك في حال الصوم
وله أن يمنعها ان كان يضره لما ذكرناه انه لا يمكنه استيفاء حقه مع الصوم فكان له منعها فان كان صيامها لا يضره بأن
كان سائما أو مريضا لا يقدر على الجماع فليس له أن يمنعها الا بالمنع كان لاستيفاء حقه فإذا لم يقدر على الاستمتاع
فلا معنى للانع و ليس لعبد ولا أمة ولا مدبر ولا مدبرة وأم ولد أن تصوم بغير اذن المولى لان منافعه مملوكة للمولى الا في
القدر المستثنى وهو الفرائض فلا يملك صرفها الى التطوع وسواء كان ذلك بضر المولى أو لا يضره بخلاف المرأة لان
المنع ههنا المكان الملك فلا يقف على الضرر والزواج أن يفطر المرأة اذا صامت بغير اذنه وكذا للمولى وتقضى المرأة اذا
أذن لها زوجها أو بانث منه ويقضى العبد اذا أذن له المولى أو أعتق لان الشرع في التطوع قد صرح منهما الا انهما
منع من المضى فيه حتى الزوج والمولى فاذا أفطر الزمهما القضاء واما الأجير الذي استأجره الرجل لخدمته فلا يصوم
تطوعا الا باذنه لان صومه يضر المستأجر حتى لو كان لا يضره فله أن يصوم بغير اذنه لان حقه في منفعته بقدر ما
يتأدى به الخدمة والخدمة حاصلة له من غير خلل بخلاف العبد ان له أن يمنع وان كان لا يضره صومه لان المانع
هناك ملك الرأس وانه يظهر في حق جميع المنافع سوى القدر المستثنى وههنا المانع ملك بعض المنافع وهو قدرا
تتأدى به الخدمة وذلك القدر حاصل من غير خلل فلا يملك منعه وأما بنت الرجل وأمه وأخته فله أن تطوع بغير

اذنه لانه لا حقه في منافعتها فلا يملك منع الاجنبية ولو اراد المسافر دخول مصره أو مصر آخر
 يروى فيه الإقامة بكره له أن يطر في ذلك اليوم وإن كان مسافراً في أوله لانه اجتمع المحرم للفطر وهو الاقامة
 والمرخص والمبيح وهو في يوم واحد فكان الترخيص للمحرم احتياطاً فإن كان أكبر رأيه أن لا يتفق دخوله
 المصر حتى تغيب الشمس فلا بأس بالفطر فيه ولا بأس بقضاء رمضان في عشر ذي الحجة وهو مذهب عمر وعامة
 الصحابة رضي الله عنهم الا شياً حكى عن علي رضي الله عنه أنه قال يكره فيها ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
 نهى عن قضاء رمضان في الشهر والصحيح قول الامامة اقله تعالى فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام
 آخر مطلقاً من غير فصل ولا نية وقت يستحب فيها الصوم فكان القضاء فيها أولى من القضاء في غيرها وما روى من
 الحديث غريب في حد الا حديث فلا يجوز تقييد مطلق الكتاب وتخصيصه بغيره أو يجعله على الرب في حق
 من اعتاد التنفل بالصوم في هذه الأيام فلا فصل في حقه أن يقضى في غيرها لثلاثوته فضاء بيلة صوم هذه الأيام
 ويقضى صوم رمضان في وقت آخر والله أعلم بالصواب

كتاب الاعتكاف

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان صفة الاعتكاف وفي بيان شرائط صحته وفي بيان ركنه ويتضمن بيان
 محظورات الاعتكاف وما يفسده وما لا يفسده وفي بيان حكمه اذا فسد وفي بيان حكمه اذا فسد عن وقته المعين له أما
 الاول فلا اعتكاف في الاصل سنة وإنما يصير واجباً بأحد أمرين أحدهما قول وهو النذر المطلق بان يقول الله على
 ان اعتكف يوماً أو شهراً أو نحو ذلك أو علقه بشرط بان يقول ان شئني الله مريض أو ان قدم فلان فله على أن
 اعتكف شهراً أو نحو ذلك والثاني فعل وهو الشرع لان الشرع في التطوع ملزم عندنا كالنذر والدليل على
 انه في الاصل سنة مواظبة النبي صلى الله عليه وسلم فانه روى عن عائشة وأبي هريرة رضي الله عنهما انهما قالوا كان
 رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتكف العشر الاخر من شهر رمضان حتى توفاه الله تعالى وعن الزهري انه قال
 عجب للناس تركوا الاعتكاف وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل الشيء وتركه ولم يترك الاعتكاف منذ
 دخل المدينة الى أن مات ومواظبة النبي صلى الله عليه وسلم عليه دليل كونه سنة في الاصل ولان الاعتكاف تقرب
 الى الله تعالى بمجاورة بيته والاهراض عن الدنيا والاقبال على خدمته لطلب الرحمة وطمع المغفرة حتى قال عطاء
 الخراساني مثل المعتكف مثل الذي ألقى نفسه بين يدي الله تعالى يقول لا أبرح حتى يغفر لي ولانه عبادتنا فيه من
 اظهار العبودية لله تعالى بملازمة الاماكن المنسوبة اليه والعزيمة في العبادات القيام بما يقدر الامكان وانتفاء
 المخرج وانما رخص تركها في بعض الاوقات فكان الاشتغال بالاعتكاف اشتغالا بالزينة حتى لو نذر به ياتحق
 بالزائم الموظفة التي لا رخصة في تركها والله أعلم

فصل في ما شرائط صحته فنوع يرجع الى المعتكف ونوع يرجع الى المعتكف فيه أما ما يرجع
 الى المعتكف ففيها الاسلام والقتل والطهارة عن الجنابة والحيض والنفاس وانما شرط الجواز في نوعي
 الاعتكاف الواجب والتطوع جميعاً لان الكافر ليس من أهل العبادات وكذا المجنون لان العبادات لا تؤدي الا
 بالنية وهو ليس من أهل النية والجنب والمائض والنفساء ممنوعون عن المسجد وهذه العبادات لا تؤدي
 الا في المسجد وأما البالوغ فليس بشرط لصحة الاعتكاف فيصبح من الصبي المأقلاً لانه من أهل العبادات كما
 يصح منه صوم التطوع ولا تشترط الذكورة والحرية فيصبح من المرأة والعبد باذن المولى والزوجة ان كان
 لها زوج لانها من أهل العبادات وانما المانع حق الزوج والمولى فاذا وجب الاذن فقد زال المانع ولو نذر
 المملوك اعتكافاً لمولى أن يعنه عنه فاذا أعتق قضاة وكذلك المرأة اذا نذرت فلزوجها أن يعنه عنها فاذا
 بانث قضاة لان الزوج ملك المنفعة فيها والمولى ملك الذات والمنفعة في المملوك وفي الاعتكاف تأخير

حقهما في استيفاء المنفعة فكان لهما المنع مادام في ملك الزوج والمولى فإذا بانث المرأة واعتق المملوك لزمهما
 قضاؤه ولان النذر منهما قد صبح لوجوده من الاهدل لكنهما لم ينالوا الحق المولى والزوج فإذا سقط حقهما بانعتق
 والبيئونة فقد زال المانع فيلزمهما القضاء واما المكاتب فليس لاولى أن يمنع من الاعتكاف الواجب والتطوع
 لان المولى لا يملك ما فاع كتابه فكان كالحرف في حق منافعه وإذا أذن الرجل لزوجته بالاعتكاف لم يكن له أن يرجع
 عنه لانه لما أذن لها بالاعتكاف فقد ملكها ما فاع الاستمتاع بها في زمان الاعتكاف وهي من أهل الملك فلا
 يملك الرجوع عن ذلك وانتهى عنه بخلاف المملوك اذا أذن له مولاه بالاعتكاف انه يملك الرجوع عنه لان هناك
 ما ملكه المولى منافعه لانه ليس من أهل الملك وانما أعاره منافعه وللمير أن يرجع في العارية متى شاء الا انه يكره له
 الرجوع لانه خلف في الوعد وغرور فيكره له ذلك ومنها النية لان العادة لا تصح بدون النية ومنها الصوم فانه شرط
 لصحة الاعتكاف الواجب بخلاف بين أصحابنا وعند الشافعي ليس بشرط ويصح الاعتكاف بدون الصوم
 والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم وروى عن ابن عباس وعائشة واحدي الروايتين عن علي رضي الله
 عنهم مثل مذهبتنا وروى عن علي وعبد الله بن مسعود مثل مذهبه وجه قوله ان الاعتكاف ليس الا للبيت
 والاقامة وإذا ايفتقر الى الصوم ولان الصوم عبادة مقصودة بنفسه فلا يصلح شرطاً لغيره لان شرط الشيء تبع له
 وفيه جعل المتبوع تبعاً وانته قلب الحقيقة ولما لم يشترط لاعتكاف التطوع وكذا يصح التسرع في الاعتكاف
 الواجب بدون ما قال الله على أن اعتكف شهر رجب فكم أرى الهلال يجب عليه الدخول في الاعتكاف ولا صوم
 في ذلك الوقت ولو كان شرطاً لما جاز بدون فضله عن الوجوب اذا تسرع في العبادة بدون شرطها لا يصح والدليل
 عليه انه لو قال الله على أن اعتكف شهر رمضان فصام رمضان واعتكف خرج عن عهدة النذر وان لم يجب عليه
 الصوم بالاعتكاف ولنا ما روى عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا اعتكاف الا بصوم
 ولان الصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع ثم أحذر كفى الصوم وهو الامساك عن الجماع شرط
 صحة الاعتكاف فكذلك الركن الآخر وهو الامساك عن الاكل والشرب لا يتواءم كل واحد منهما في كونه ركناً
 للصوم فاذا كان احدهما الركنين شرطاً كان الآخر كذلك ولان معنى هذه العبادة وهو ما ذكرنا من الاعراض
 عن الدنيا والقبال على الآخرة بعلامة بيت الله تعالى لا يتحقق بدون ترك قضاء الشهوتين لا بقدر الضرورة
 وهي ضرورة القوام وذلك بالاكل والشرب في اللبالي ولا ضرورة في الجماع وقوله لا اعتكاف ايسر اللبالي والمقام
 مسلم اكسر هذا لا يمنع أن يكون الامساك عن الاكل والشرب شرطاً لصحته كما يمنع أن يكون الامساك عن
 الاكل والشرب والجماع شرطاً لصحته والنية وكذا كون الصوم عبادة مقصودة بنفسه لا يتنافى أن يكون شرطاً
 لغيره ألا ترى ان قراءة القرآن عبادة مقصودة بنفسه ثم جعل شرطاً لجواز له صلاة حالة الاختيار كذاها وأما
 اعتكاف التطوع فقد روى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يصح بدون الصوم ومن مشايخنا من اعتمد على هذه الرواية
 واما على ظاهر الرواية فلان في الاعتكاف التطوع عن أصحابنا روايتان في رواية مقدر يوم وفي رواية غير مقدر
 أصلاً وهو رواية الأصل فاذا لم يكن مقدر او الصوم عبادة مقدره يوم فلا يصلح شرطاً للمساكن بمقدر بخلاف
 الاعتكاف الواجب فانه مقدر يوم لا يجوز الخروج عنه قبل تمامه فجاز أن يكون الصوم شرطاً لصحته واما اذا
 قال الله على أن اعتكف شهر رجب فانما أوجب عليه الدخول في الاعتكاف في الليل لان الليالي دخلت في
 الاعتكاف المضاف الى الشهر لضرورة اسم الشهر اذ هو اسم للأيام والليالي دخلت تبعاً لأصلها وتصوداً فلا يشترط
 لها ما يشترط للأصل كما اذا قال الله على أن اعتكف ثلاثة أيام انه يدخل في الليالي ويكون أول دخوله فيه من الليل
 لما قلنا كذاها واما النذر باعتكاف شهر رمضان فانما يصح لوجود شرطه وهو الصوم في زمان الاعتكاف
 وان لم يكن لزمه بالتزام الاعتكاف لان ذلك أفضل واما اعتكاف التطوع فالصوم ليس بشرط لجوازه في ظاهر الرواية
 وانما الشرط أحذر كفى الصوم عيناً وهو الامساك عن الجماع لقوله تعالى ولا تبشروهن وأتم ما كفون في

المساجد فاما الامساك عن الاكل والشرب فليس بشرط وروى الحسن عن أبي حنيفة انه شرط واختلاف الرواية فيه مبنى على اختلاف الرواية في اعتكاف التطوع انه مقدر بيوم أو غير مقدر ذكر محمد في الاصل انه غير مقدر ويستوى فيه القليل والكثير ولو ساعة وروى الحسن عن أبي حنيفة انه مقدر بيوم فلهذا لم يكن مقدر على رواية الاصل لم يكن الصوم شرطا له لان الصوم مدة ربيوم اذ صوم بعض اليوم ليس بمشروع فلا يصلح شرطا لما ليس بمقدر ولما كان مقدر ابيوم على رواية الحسن فالصوم يصلح ان يكون شرطا له والكلال فيه يأتي في موضعه وعلى هذا يخرج ما اذا قال الله على ان اعتكف يوما انه يصبح نذره وعليه ان يعتكف يوما واحدا بصوم والتعيين اليه فاذا اراد ان يؤدي يدخل المسجد قبل طلوع الفجر فيطلع الفجر وهو فيه فيعتكف يومه ذلك ويخرج منه بعد غروب الشمس لان اليوم اسم لياض النهار وهو من طلوع الفجر الى غروب الشمس فيجب ان يدخل المسجد قبل طلوع الفجر حتى يقع اعتكافه في جميع اليوم وانما كان التعيين اليه لانه لم يمين اليوم في النذر ولو قال الله على ان اعتكف ليلة لم يصح ولم يلزمه شيء عندنا لان الصوم شرط صحة الاعتكاف فالليل ليس بعمل للصوم ولم يوجد منه ما يوجب دخوله في الاعتكاف تبعاً للنذر لم يصادف محله وعند الشافعي يصح لان الصوم عنده ليس بشرط لصحة الاعتكاف وروى عن أبي يوسف انه ان نوى ليلة بيومها زمه ذلك ولم يذكر محمد هذا التفصيل في الاصل فاما ان يوفق بين الروايتين فيعمل المذكور في الاصل على ما اذا لم تكن له نية واما ان يكون في المسئلة روايتان وجه ما روى عن أبي يوسف اعتبار الفرد بالجمع وهو ان ذكر الليالي بلفظ الجمع يكون ذكر الايام كذا ذكر الليلة الواحدة يكون ذكر اليوم واحد والجواب ان هذا اثبات للغة بالقياس ولا سبيل اليه فلو قال الله على ان اعتكف ليلا ونهارا لزمه ان يعتكف ليلا ونهارا وان لم يكن الليل محلا للصوم لان الليل يدخل فيه تبعاً ولا يشترط للتبع ما يشترط للاصل ولو نذر اعتكاف يوم قدأكل فيه لم يصح ولم يلزمه شيء لان الاعتكاف الواجب لا يصح بدون الصوم ولا يصح الصوم في يوم قدأكل فيه واذا لم يصح الصوم لم يصح الاعتكاف ولو قال الله على ان اعتكف يومين ولا نية له يلزمه اعتكاف يومين بليتهما وتعيين ذلك اليه فاذا اراد ان يؤدي يدخل المسجد قبل غروب الشمس فيمكث تلك الليلة ويومها ثم الليلة الثانية ويومها الى ان تغرب الشمس ثم يخرج من المسجد وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وروى عن أبي يوسف الليلة الاولى لا تدخل في نذره وانما تدخل الليلة المتخللة بين اليومين فعلى قوله يدخل قبل طلوع الفجر وروى عن ابن سماعة ان المستحب له ان يدخل قبل غروب الشمس ولودخل قبل طلوع الفجر جاز وجه قوله ان اليوم في الحقيقة اسم لياض النهار الا ان الليلة المتخللة تدخل في ضرورة حصول التتابع والدوام ولا ضرورة في دخول الليلة الاولى بخلاف ما اذا ذكر الايام بلفظ الجمع حيث يدخل ما بارزها من الليالي لان الدخول هناك للعرف والعادة تقول الرجل كنعند فلان ثلاثة أيام ويريد به ثلاثة أيام وما بارزها من الليالي ومثل هذا العرف لم يوجد في التثنية ولهم ان هذا العرف ايضا ثابت في التثنية كلفي الجمع يقول الرجل كنعند فلان يومين ويريد به يومين وما بارزها من الليالي ويلزمه اعتكاف يومين متتابعين لكن تعيين اليومين اليه لانه لم يمين في النذر ولو نوى يومين خاصة دون ايلتهما صحته ويلزمه اعتكاف يومين بغير ليلة لانه نوى حقيقة كلامه وهو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق لانه ليس في لفظه ما يدل على التتابع واليومان متفرقان لخلل الليلة بينهما صار الاعتكاف ههنا كالصوم فيدخل في كل يوم المسجد قبل طلوع الفجر ويخرج منه بعد غروب الشمس وكذا لو قال الله على ان اعتكف ثلاثة أيام أو أكثر من ذلك ولا نية له انه يلزمه الايام مع لياليهن وتعيينها اليه لكن يلزمه مراعاة صفة التتابع وان نوى الايام دون الليالي صحته لما قلنا ان يلزمه اعتكاف ثلاثة أيام بغير ليلة له وله خيار التفریق لان القرية تعلق بالايام والايام متفرقة فلا يلزمه التتابع الا بالشرط كافي الصوم ويدخل كل يوم قبل طلوع الفجر الى غروب الشمس ثم يخرج ولو قال الله على ان اعتكف لياليتين ولا نية له يلزمه اعتكاف لياليتين مع يوميهما وكذلك لو قال ثلاث ليال أو أكثر من ذلك من الليالي ويلزمه متتابعاً لكن التعيين اليه لما قلنا ويدخل المسجد قبل

غروب الشمس ولو نوى الليل دون النهار صحت نيته لانه نوى حقيقة كلامه ولا يلزمه شيء لان الليل ليس وقتا للصوم والاصل في هذا ان الايام اذا ذكرت بلفظ الجمع يدخل ما بازائها من الليالي وكذا الليالي اذا ذكرت بلفظ الجمع يدخل ما بازائها من الايام لقوله تعالى في قصة زكريا عليه السلام ثلاثة ايام الارض اوقال عز وجل في موضع آخر ثلاث ليال سويا والقصة قصة واحدة فلما عبر في موضع باسم الايام وفي موضع باسم الليالي دل ان المراد من كل واحد منهما هو وما بازاء صاحبه حتى ان في الموضع الذي لم تكن الايام فيه على عدد الليالي افرد كل واحد منهما بالذ كر قال الله تعالى سبع ليال وثمانية ايام حسوما ولا يتبين حكم الجماعة ههنا لجران العرف فيه كافي اسم الجمع على ما بينا ولو قال الله على ان اعتكف ثلاثين يوما ولا نية له فهو على الايام والليالي متتابعين اليه ولو قال نويت النهار دون الليل صحت نيته لانه عني به حقيقة كلامه دون ما نقل عنه بالعرف والعرف ايضا باستعمال هذه الحقيقة باق فيصح نيته ثم هو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق لان اللفظ مطلق عن قيد التتابع وكذا ذات الايام لا تقتضي التتابع لخلل ما ليس بمحل للاعتكاف بين كل يومين ولو قال عني الليالي دون النهار لم يعمل بنيته ويلزمه الليل والنهار لانه لما نص على الايام فاذا قال نويت بها الليالي دون الايام فقد نوى ما لا يحقه كلامه فلا يقبل قوله ولو قال لله على ان اعتكف ثلاثين ليلة وقال عني به الليالي دون النهار لا يلزمه شيء لانه عني به حقيقة كلامه والليالي في اللغة اسم للزمان الذي كانت الشمس فيه غائبة الا ان عند الاطلاق تتناول ما بازائها من الايام بالعرف فاذا عني به حقيقة كلامه والعرف ايضا باستعمال هذه الحقيقة باق صحت نيته لمصادقته محلها ولو قال لله على ان اعتكف شهرا يلزمه اعتكاف شهر أي شهر كان متتابع في النهار والليالي جميعا سواء ذكر التتابع أولا وتعيين ذلك الشهر اليه فيدخل المسد قبل غروب الشمس فتغرب الشمس وهو فيه فيعتكف ثلاثين ليلة وثلاثين يوما ثم يخرج بعد استسكانها بعد غروب الشمس بخلاف ما اذا قال لله على ان أصوم شهرا ولم يعين ولم يذكر التتابع ولا نواه انه لا يلزمه التتابع بل هو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق وهذا الذي ذكرنا من لزوم التتابع في هذه المسائل مذهب أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يلزمه التتابع في شيء من ذلك الا بد كر التتابع أو بالنية وهو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق وجه قوله ان اللفظ مطلق عن قيد التتابع ولم ينو التتابع أيضا فيجوز على الإطلاق كافي الصوم ولنا الفرق بينهما ووجه الفرق ان الاعتكاف عبادة دائمة ومبناها على الاتصال لانه لم يلبث واقامة الليالي قابله للثبوت فلا بد من التتابع وان كان اللفظ مطلقا عن قيد التتابع لكن في لفظه ما يقتضيه وفي ذاته ما يوجب به بخلاف ما اذا نذر أن يصوم شهرا ولزمه أن يصوم شهرا غير معين انه اذا عين شهرا له ان يفرق لانه أوجب مطاقا عن قيد التتابع وليس مبنى حصوله على التتابع بل على التفريق لان بين كل عبادتين منه وقتا لا يصلح لها وهو الليل فلم يوجد فيه قيد التتابع ولا اقتضاء لفظه وتعيينه فبقي له الخيار ولهذا يلزم التتابع فجاءت بتقدير التتابع من الصيام المذكور في الكتاب كذا هذا ولو نوى في قوله لله على ان اعتكف شهرا النهار دون الليل لم يصح نيته ويلزمه الاعتكاف شهرا بالايام والليالي جميعا لان الشهر اسم لزمان مقدر بثلاثين يوما وليلة متركب من شيئين مختلفين كل واحد منهما أصل في نفسه كالبلق فاذا أراد أحدهما فقد أراد بالاسم ما لم يوضع له ولا احقه فبطل كمن ذكر البلق وعني به البياض دون السواد فلم تصادف النية محلها فلهذا وهذا بخلاف اسم الخاتم فانه اسم للحلقة بطريق الاصاله والقص كالتابع لها لانه متركب فيها زينة لها فكان كالوصف لها فجاز ان يذكر الخاتم ويراد به الحلقة فاما ههنا فكل واحد من الزمانين أصل فلم ينطلق الاسم على أحدهما بخلاف ما اذا قال لله على ان أصوم شهرا حيث انصرف الى النهار دون الليالي لان هناك أيضا لا نقول ان اسم الشهر تناول التمار دون الليالي لما ذكرنا من الاستعانة بل تناول النهار والليالي جميعا فكان مضيقا بالنذر بالصوم الى الليالي والنهار جميعا معا غير أن الليالي ليست محلا لاضافة النذر بالصوم اليها فلم تصادف النية محلها فلغاذر الليالي والنهار محل لذلك فصحت الاضافة اليها على الأصل المعهود ان التصرف بالمصادف لمحل يصح والمصادف لغير محله يلغو فاما في الاعتكاف فكل واحد منهما محل ولو قال لله

على ان اعتكف شهر النهار دون الليل يلزمه كما اتزم وهو اعتكاف شهر بالايام دون الليالي لانه لما قال النهار دون الليل فقد لفظا ذكر الشهر بنص كلامه كمن قال رأيت فرسا بلقي للبياض منه دون السواد وكان هو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق لانه تلفظ بالنهار والاصل فيه ان كل اعتكاف وجب في الايام دون الليالي فصاحبه فيه بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق وكل اعتكاف وجب في الايام والليالي جميعا يلزمه اعتكاف شهر بصومه متتابع او لو أوجب على نفسه اعتكاف شهر بعينه بان قال الله على ان اعتكفه رجب يلزمه ان يعتكف فيه بصومه متتابعاً وان أظفر يوماً أو يومين فعليه قضاء ذلك ولا يلزمه قضاء ما صح اعتكافه فيه كما اذا أوجب على نفسه صوم رجب على ما ذكرنا في كتاب الصوم فان لم يعتكف في رجب حتى مضى يلزمه اعتكاف شهر بصومه متتابعاً لانه لما مضى رجب من غير اعتكاف صار في ذمته اعتكاف شهر بغير عينه فيلزمه مراعاة صفة التتابع فيه كما اذا أوجب على نفسه اعتكاف شهر بغير عينه ابتداء بان قال الله على ان اعتكف شهر اولاً أو أوجب اعتكاف شهر بعينه فاعتكف شهر قبله عن نذره بان قال الله على أن اعتكف رجباً فاعتكف شهر ربيع الآخر أجزأه عن نذره عند أبي يوسف وعند محمد رجهما الله تعالى لا يجزئه وهو على الاختلاف في النذر بالصوم في شهر معين فصام قبله ونذر كالمسئلة في كتاب النذر ان شاء الله تعالى ولو قال الله على ان اعتكف شهر رمضان يصح نذره ويلزمه ان يعتكف في شهر رمضان كله لوجود الالتزام بالنذر فان صام رمضان واعتكف فيه خرج عن عهده النذر لوجود شرط صحة الاعتكاف وهو الصوم وان لم يكن لزومه بانترامه الاعتكاف لان ذلك ايسر بشرط انما الشرط وجوده معه كمن لزمه أداء الظهور وهو محدث يلزمه الطهارة ولودخل وقت الظهور وهو على الطهارة يصح أداء الظهور بها لان الشرط هو الطهارة وقد وجدت كذا هذا ولو صام رمضان كله ولم يعتكف يلزمه قضاء الاعتكاف بصوم آخر في شهر آخر متتابعاً كذا ذكر محمد في الجامع وروى عن أبي يوسف انه لا يلزمه الاعتكاف بل يسقط نذره وجه قوله ان نذره انما قد غير موجب للصوم وقد نذر باقائه كما ان قد سقط لعدم الفائدة في البقاء وجه قول محمد رجهما الله تعالى أن النذر بالاعتكاف في رمضان قد صح ووجب عليه الاعتكاف فيه فاذا لم يؤد بقى واجبا عليه كما اذا نذر بالاعتكاف في شهر آخر بعينه فلم يؤده حتى مضى الشهر واذ بقى واجبا عليه ولا يبق واجبا عليه الا بوجوب شرط صحته أدائه وهو الصوم فيبقى واجبا عليه بشرطه وهو الصوم وما قوله ان نذره ما انعقد موجب للصوم في رمضان فنعم لكن جاز ان يبقى موجب للصوم في غير رمضان وهذا لان وجوب الصوم لضرورة التمكن من الاداء ولا يمكن من الاداء في غيره الا بالصوم فيجب عليه الصوم ويلزمه متتابعاً لانه يلزمه الاعتكاف في شهر بعينه وقد فاته فيقضيه بمتتابعاً كما اذا أوجب اعتكاف رجب فلم يعتكف فيه انه يقضيه في شهر آخر متتابعاً كما اذا نذر الصوم رمضان ولم يعتكف فيه فعليه اعتكاف شهر متتابعاً بصوم وقضاء رمضان فان قضى صوم الشهر متتابعاً وقرن به الاعتكاف جازو يسقط عنه قضاء رمضان وخرج عن عهده النذر لان الصوم الذي وجب فيه الاعتكاف باق في نفسه ما يجبره بصوم شهر متتابعاً وهذا لان ذلك الصوم لما كان باقياً لا يستدعي وجوب الاعتكاف فيها صوماً آخر فيبقى واجبا الاداء بعين ذلك الصوم كما انعقد ولو صام ولم يعتكف حتى دخل رمضان الغايل فاعتكف قاضياً لما فاته بصوم هذا الشهر لم يصح لما ذكرنا ان قضاء وجوب الاعتكاف يستدعي وجوب صوم بصير شرط الادائه فوجب في ذمته صوم على حدة وما وجب في الذمة من الصوم لا يتأدى بصوم الشهر ولو نذر ان يعتكف يومى العيد وأيام النشريق فهو على الروايتين اللتين ذكرناهما في الصوم ان على رواية محمد عن أبي حنيفة يصح نذره لكن يقال له اقض في يوم آخر ويكفر الهين ان كان أراد به الهين وان اعتكف فيها جاز وخرج عن عهده النذر وكان مسياً وعلى رواية أبي يوسف وابن المباركة عن أبي حنيفة لا يصح نذره بالاعتكاف فيها أصلاً كما لا يصح نذره بالصوم فيها وانما كان كذلك لان الصوم من لوازم الاعتكاف الواجب فكان الجواب في الاعتكاف كالجواب في الصوم والله أعلم وأما الذي يرجع الى المعتكف فيه فالمجهد وانه شرط في

نوعى الاعتكاف الواجب والتطوع لقوله تعالى ولا تبشروهن وأتمن ما كفون في المساجد وصفهم بكونهم عاكفين في المساجد مع أنهم لم يباشروا الجماع في المساجد لينهوا عن الجماع فيها فدل أن مكان الاعتكاف هو المسجد ويستوى فيه الاعتكاف الواجب والتطوع لأن النص مطلق ثم ذكر الكرخي أنه لا يصح الاعتكاف إلا في مساجد الجماعات يريد به الرجل وقال الطحاوي أنه يصح في كل مسجد وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه لا يجوز إلا في مسجد تصلى فيه الصلوات كلها واختلفت الرواية عن ابن مسعود رضي الله عنه روى عنه أنه لا يجوز إلا في المسجد الحرام ومسجد المدينة ومسجد بيت المقدس أنه قال لا تشدد الرجال إلا ثلاث مساجد المسجد الحرام ومسجد المدينة والمسجد الأقصى وفي رواية ومسجد الأنبياء ولما عمم قوله تعالى ولا تبشروهن وأتمن ما كفون في المساجد ودون حذيفة رضي الله عنه أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الاعتكاف في كل مسجد له امام ومزدن والمروى أنه لا اعتكاف إلا في المسجد الحرام أن ثبت فهو على التنازع لأنه روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اعتكف في مسجد المدينة فصار منسوخا بدلالة فعله إذ فعل النبي صلى الله عليه وسلم يصلح ناسخا لقوله أو يجعل على بيان الأفضل كقوله لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد وعلى المجاورة على قول من لا يكرهها وأما الحديث الآخر أن ثبت فيجعل على الزيارة أو على بيان الأفضل فافضل الاعتكاف أن يكون في المسجد الحرام ثم في مسجد المدينة وهو مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم في المسجد الأقصى ثم في المسجد الجامع ثم في المساجد العظام التي كثر أهلها وعظم أمما المسجد الحرام ومسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال صلاة في مسجدى هذا تعدل ألف صلاة في غيره من المساجد ما خلا المسجد الحرام ولأن للمسجد الحرام من الفضائل ما ليس لغيره من كون الكعبة فيه ولزوم الطواف به ثم بعده مسجد المدينة لأنه مسجد أفضل الأنبياء والمرسلين صلى الله تعالى عليه وعليهم وسلم ثم مسجد بيت المقدس لأنه مسجد الأنبياء عليهم الصلاة والسلام ولا جماع المسلمين على أنه ليس بعد المسجد الحرام ومسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم مسجد أفضل منه ثم المسجد الجامع لأنه مجمع المسلمين لأقامة الجمعة ثم بعده المساجد الكبار لأنها في معنى الجوامع لكثرة أهلها وأما المرأة فذكر في الأصل أنها لا تعتكف إلا في مسجد بيتها ولا تعتكف في مسجد جماعة وروى الحسن بن أبي حنيفة أن لراة أن تعتكف في مسجد الجماعة وإن شئت اعتكفت في مسجد بيتها ومسجد بيتها أفضل لها من مسجد حبيها ومسجد حبيها أفضل لها من المسجد الأعظم وهذا لا يوجب اختلاف الروايات بل يجوز اعتكافها في مسجد الجماعة على الروايتين جميعا بخلاف بين أصحابنا والمذكور في الأصل محمول على نفى الفضيلة لا على نفى الجواز وفي قايين الروايتين وهذا عندنا وقال الشافعي لا يجوز اعتكافها في مسجد بيتها وجه قوله أن الاعتكاف قرينة خصت بالمساجد بالنص ومسجد بيتها ليس بمسجد حقيقة بل هو اسم للسكان المعدل للصلاة في حقها حتى لا يثبت له شيء من أحكام المسجد فلا يجوز إقامة هذا التفرقة فيه ونحن نقول بل هذه قرينة خصت بالمسجد لكن مسجد بيتها له حكم المسجد في حقها في حق الاعتكاف لأن له حكم المسجد في حقها في حق الصلاة لحاجتها إلى حرار فضيلة الجماعة فأعطى له حكم مسجد الجماعة في حقها حتى كانت صلاتها في بيتها أفضل على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال صلاة المرأة في مسجد بيتها أفضل من صلاتها في مسجد دارها وصلاتها في محن دارها أفضل من صلاتها في مسجد حبيها وإذا كان له حكم المسجد في حقها في حق الصلاة فكذلك في حق الاعتكاف لأن كل واحد منهما في اختصاصه بالمسجد سواء وليس لها أن تعتكف في بيتها في غير مسجد وهو الموضع المعدل للصلاة لأنه ليس لغير ذلك الموضع من بيتها حكم المسجد فلا يجوز اعتكافها فيه والله أعلم بغير فصل ~~في~~ وأما ركن الاعتكاف ومحظوراته وما يفسده وما لا يفسده فركن الاعتكاف هو اللبس والاقامة يقال اعتكف وعكف أي أقام وقال الله تعالى قالوا لن نبرح عليه عاكفين أي لن نزال عليه مقبضين ويقال فلان معتكف على

حرام أى مقيم عليه فسمى من أقام على العبادة في المسجد معتكفا وما كفا وإذا عرف هذا فنقول لا يخرج المعتكف من معتكفه في الاعتكاف الواجب ليلا ولا نهار الا لا بد له منه من الغائط والبول وحضور الجمعة لان الاعتكاف لما كان ليلا واقامة فالخروج يضاده ولا بقاء للشيء مع ما يضاده فكان ابطاله وابطال العبادة حرام لقوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم انا جواز ناله الخروج لحاجة الانسان اذ لا بد منها وتذوق قضاؤه في المسجد فدعت الضرورة الى الخروج ولان في الخروج لهذه الحاجة تحقيق هذه القرينة لانه لا يمكن المرء من اداء هذه القرينة الا بالبقاء ولا بقاء بدون القوت عادة ولا بد لذلك من الاستفراغ على ما عليه مجرى العادة فكان الخروج لها من ضرورات الاعتكاف ووسائله وما كان من وسائل الشيء كان حكمه حكم ذلك الشيء فكان المعتكف في حال خروجه عن المسجد لهذه الحاجة كانه في المسجد وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يخرج من معتكفه ليلا ولا نهار الا لحاجة الانسان وكذا في الخروج في الجمعة ضرورة لانها فرض عين ولا يمكن اقامتها في كل مسجد فيحتاج الى الخروج اليها كالحاجة الى الخروج الى انسان فلم يكن الخروج اليها مبطالا لاعتكافه وهذا عندنا وقال الشافعي اذا خرج الى الجمعة بطل اعتكافه وجه قوله ان الخروج في الاصل مضاد للاعتكاف ومناف له لما ذكرناه قرار واقامة والخروج انتقال وزوال فكان مبطالا لا فيما لا يمكن التحرز عنه كحاجة الانسان وكان يمكنه التحرز عن الخروج الى الجمعة بان يعتكف في المسجد الجامع ولنا ان اقامة الجمعة فرض لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله والا امر بالسعي الى الجمعة أمر بالخروج من المعتكف ولو كان الخروج الى الجمعة مبطالا لاعتكاف لما أمر به لانه يكون أمرا بابطال الاعتكاف وانه حرام ولان الجمعة لما كانت فرضا حاقا لله تعالى عليه والاعتكاف قرينة عليه ففى أوجه على نفسه بالنسبة لم يصح نذرته في ابطال ما هو حق لله تعالى عليه بل كان نذره عدما في ابطال هذا الحق ولان الاعتكاف دون الجمعة فلا يؤذن بترك الجمعة لاجله وقد خرج الجواب عن قوله ان الاعتكاف لبث والخروج يبطله لما ذكرنا ان الخروج الى الجمعة لا يبطله لما بينا واما وقت الخروج الى الجمعة ومقدار ما يكون في المسجد الجامع فذكر الكرخي وقال ينبغي أن يخرج الى الجمعة عند الاذان فيكون في المسجد مقدار ما يصلي قبلها أو بعادها أو يستأوى ويروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة مقدار ما يصلي قبلها أو بعادها أو بعادها وعلى الاختلاف في سنة الجمعة بعادها انهم أربع في قول أبي حنيفة وعندهما ستة على ما ذكرنا في كتاب الصلاة وقال محمد اذا كان منزله بعيدا يخرج حين يرى انه يبلغ المسجد عند النداء وهذا أمر يختلف بقرب المسجد وبعده فيخرج في أى وقت يرى أنه يدرك الصلاة والخطبة ويصلي قبل الخطبة أربع ركعات لان اباحة الخروج الى الجمعة اباحة لها بتوابعها وسننهامن توابعها بمنزلة الاذكار المسنونة فيها ولا ينبغي أن يقيم في المسجد الجامع بعد صلاة الجمعة الامتداد ما يصلي بعدها أو بما أوستا على الاختلاف ولو أقام يوما وليله الا ينتقض اعتكافه لكن يكره له ذلك اما عدم الانتقاض فلان الجامع لم يصلح لابتداء الاعتكاف فلان يصلح للبقاء أولى لان البقاء أسهل من الابتداء واما الكراهة فلان لما ابتداء الاعتكاف في مسجد فكانه عينه للاعتكاف فيه فيكره له التحول عنه مع امكان الاتمام فيه ولا يخرج اعيادة مريض ولا صلاة جنازة لانه لا ضرورة الى الخروج لان عيادة المريض ليست من الفرائض بل من الفضائل وصلاة الجنازة ليست بفرض عين بل فرض كفاية تسقط عنه بقيام الباقي بها فلا يجوز ابطال الاعتكاف لاجلها وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من الرخصة في عيادة المريض وصلاة الجنازة فقد قال أبو يوسف ذلك محمول عندنا على الاعتكاف الذي يتطوع به من غير إيجاب فله أن يخرج متى شاء ويجوز أن تحمل الرخصة على ما اذا كان خرج المعتكف لوجسه مباح كحاجة الانسان والجمعة ثم عاد مريضا وصلى على جنازة من غير أن كان خروجه لذلك قصدا وذلك جائز اما المرأة اذا اعتكفت في مسجد بيتها لا يخرج منه الى منزلها الا لحاجة الانسان لان ذلك في حكم المسجد لها على ما بينا فان خرج من المسجد الذي يعتكف فيه لعذر بان انهدم المسجد أو أخرجه السلطان مكرها أو غير السلطان

فدخل مسجد آخر غيره من ساعته لم يفسد اعتكافه استعصا أنا والقياس أن يفسد وجه القياس أنه وجد ضد
الاعتكاف وهو الخروج الذي هو ترك الإقامة فيبطل كالخروج عن اختيار وجه الاستحسان أنه خرج من غير
ضرورة ما عندنا هدم المسجد فظاهر لأنه لا يمكنه الاعتكاف فيه بعد ما تهدم فكان الخروج منه أمراً لا بد منه
بغزلة الخروج لحاجة اللسان وما عند الأكرام فلا نكرام من أسباب العذر في الجملة فكان هذا القدر من الخروج
ملحقاً بالعدم كما إذا خرج لحاجة الإنسان وهو عشي مشيار فيقفان خرج من المسجد لغير عذر ففسد اعتكافه
في قول أبي حنيفة وإن كان ساعة وعند أبي يوسف ومحمد لا يفسد حتى يخرج أكثر من نصف يوم قال محمد قول
أبي حنيفة أقبس وقول أبي يوسف وأوسع وجه قولهما أن الخروج القليل عفو وإن كان بغير عذر بدليل أنه لو خرج
لحاجة الإنسان وهو عشي متأني لم يفسد اعتكافه وما دون نصف اليوم فهو قليل فكان عفو ولا يبي حنيفة أنه ترك
الاعتكاف باشتغاله بضده من غير ضرورة فيبطل اعتكافه لقوات الركن وبطلان الشيء بقوات ركنه يستوي فيه
الكثير والقليل كالأكل في باب الصوم وفي الخروج لحاجة الإنسان ضرورة وأحوال الناس في المشي مختلفة لا يمكن
ضبطها فحقت اعتبار صفة المشي وههنا لا ضرورة في الخروج وعلى هذا الخلاف إذا خرج لحاجة الإنسان ومكث
بعد فراغه أنه ياتقضي اعتكافه عند أبي حنيفة قل مكثه أو أكثر وعندهما لا ينتقض ما لم يكن أكثر من نصف يوم ولو
صعد المئذنة لم يفسد اعتكافه بخلاف وإن كان باب المئذنة خارج المسجد لأن المئذنة من المسجد لا ترى أنه
يمنع فيه كل ما يمنع في المسجد من البول ونحوه ولا يجوز بيعها فاشبه زاوية من زوايا المسجد وكذا إذا كان داره مجنب
المسجد فأخرج رأسه إلى داره لا يفسد اعتكافه لأن ذلك ليس بخروج لا ترى أنه لو حلف لا يخرج من الدار ففعل
ذلك لا يحنث في عيونه وروى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخرج رأسه من
المسجد فيغسل رأسه وإن غسل رأسه في المسجد فيأثم لأبأس به إذا لم يلوث المسجد بالماء المستعمل فإن كان
بحيث يلوث المسجد يمنع منه لأن تنظيف المسجد واجب ولو توضأ في المسجد فيأثم وهو على هذا التفصيل
وأما اعتكاف التطوع فهل يفسد بالخروج لغير عذر كخروج لعبادة المريض وتشييع الجنازة فيه روايتان في
رواية الأصل لا يفسد وفي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة يفسد بناء على أن اعتكاف التطوع غير مقدر
على رواية الأصل فله أن يعتكف ساعة من نهار أو نصف يوم أو ما شاء من قليل أو كثيراً ويخرج فيكون معتكفاً
ما أقام تاركاً ما خرج وعلى رواية الحسن هو مقدر بيوم كالصوم ولهذا قال أنه لا يصح بدون الصوم كالأصح
الاعتكاف الواجب بدون الصوم وجه رواية الحسن أن الشرع في التطوع موجب للأتمام على أصل أصحابنا
صيانة للمؤدى عن البطالان كفي صوم التطوع وصلاة التطوع ومست الحاجة إلى صيانة المؤدى ههنا لأن القدر
المؤدى انقضى بقرينة فيحتاج إلى صيافته وذلك بالمضي فيه إلى آخر اليوم وجه رواية الأصل أن الاعتكاف لثب وإقامة
فلا يتقدر بيوم كامل كالوقوف بحرفة وهذا لأن الأصل في كل فعل تام بنفسه في زمان اعتباره في نفسه من غير
أن يقف اعتباره على وجود غيره وكل لثب وإقامة توجد فهو فعل تام في نفسه فكان اعتكافاً في نفسه فلا تقف صحته
واعتباره على وجود أمثاله إلى آخر اليوم هذا هو الحقيقة لا إذا جادل التغيير فتجعل الأفعال المتعددة المتغيرة
حقيقة متحدة حكماً كفي الصوم ومن ادعى التغيير ههنا يحتاج إلى الدليل وقوله الشرع فيه موجب مسلم لكن
بقدر ما اتصل به الأداء ولما خرج فما أوجب إلا ذلك القدر فلا يلزمه أكثر من ذلك ولو جامع في حال الاعتكاف
فسد اعتكافه لأن الجماع من محظورات الاعتكاف لقوله تعالى ولا تبشروهن وأنتم عاكفون في المساجد قيل
المباشرة كناية عن الجماع كذا روى عن ابن عباس رضي الله عنه أن ما ذكر الله عز وجل في القرآن من المباشرة
والرفق والغشيان فأنما عني به الجماع لكن الله تعالى حي كريم يكتفي بما شاء ذات الآية على أن الجماع محظور في
الاعتكاف فإن حظر الجماع على المعتكف ليس لمكان المسجد بل لمكان الاعتكاف وإن كان ظاهر النهي عن
المباشرة في حال الاعتكاف في المسجد بقوله عز وجل ولا تبشروهن وأنتم عاكفون في المساجد لأن الآية الكريمة

نزلت في قوم كانوا يعتكفون في المساجد وكانوا يخرجون يقضون حاجتهم في الجماع ثم يغتسلون ثم يرجعون الى
 معتكفهم لأنهم كانوا يجامعون في المساجد لينهوا عن ذلك بل المساجد في قلوبهم كانت أجل وأعظم من أن يجملوها
 ككانالوطه لسانهم فثبت ان النهي عن المباشرة في حال الاعتكاف لأجل الاعتكاف فكان الجماع من محظورات
 الاعتكاف فيوجب فسادهم سواء جامع إلا أو نهى إلا ان النص مطلق فكان الجماع من محظورات الاعتكاف ليلا
 ونهارا وسواء كان عامدا أو ناسيا بخلاف الصوم فان جماع الناسي لا يفسد الصوم والنسيان لم يجعل عذرا في باب
 الاعتكاف وجعل عذرا في باب الصوم والفرق من وجهين أحدهما ان الأصل أن لا يكون عذرا لان فعل الناسي
 مقدور الامتناع عنه في الجلة اذ الوقوع فيه لا يكون الا النوع تقصير ولهذا كان النسيان جارا للمؤاخذة عليه عندنا
 وانما رقت المؤاخذة ببركة دعاء النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا ولهذا لم يجعل عذرا
 في باب الصلوات الا انه جعل عذرا في باب الصوم بالنص فيقتصر عليه والثاني ان المحرم في الاعتكاف عين الجماع
 فيستوى فيه العمد والسهو والمحرم في باب الصوم هو الاطوار لا عين الجماع أو حرم الجماع لكونه اطارا لا لكونه جماعا
 فكانت حرمة غيره وهو الاطوار والافطار يختلف حكم بالعمد والنسيان ولو أكل أو شرب في النهار ما فسد
 صومه وفسد اعتكافه فساد الصوم ولو أكل ناسيا لا يفسد اعتكافه لانه لا يفسد صومه والأصل ان ما كان من
 محظورات الاعتكاف وهو ما منع عنه لأجل الاعتكاف لا لأجل الصوم يختلف فيه العمد والسهو والنهار والليل
 كالجماع والخروج من المسجد وما كان من محظورات الصوم وهو ما منع عنه لأجل الصوم يختلف فيه العمد والسهو
 والنهار والليل كالجماع والخروج من المسجد وكلا كل والشرب والفقهاء ما ينزلوا بشر فأنزل فساد اعتكافه لان
 المباشرة منه خصوص عليه في الآية وقد قيل في بعض وجوه التأويل ان المباشرة الجماع وما دونه ولان المباشرة مع
 الانزال في معنى الجماع فيلحق به وكذا لو جامع فيما دون الفرق فأنزل لما قلنا فان لم ينزل لا يفسد اعتكافه لانه بدون
 الانزال لا يكون في معنى الجماع لكنه يكون حراما وكذا التقييل والماء نقية واللمس انه ان أنزل في شيء من ذلك فسد
 اعتكافه والا فلا يفسد لكنه يكون حراما بخلاف الصوم فان في باب الصوم لا تحرم الدواعي اذا كان يأمن على نفسه
 والفرق على نحو ما ذكرنا ان عين الجماع في باب الاعتكاف محرم وتحريم الشيء يكون بتحريم الدواعي لانهم اتفقوا
 اليه فلم يحرم لادى الى التناقض وأما في باب الصوم فعين الجماع ليس محرمات ما الجماع هو الاطوار أو حرم الجماع لكونه
 اطارا وهذا لا يتعدى الى الدواعي فهو الفرق ولو نظر فأنزل لم يفسد اعتكافه لانه عدم الجماع صورة ومعنى فاشبهه
 الاحتلام والله الموفق ولا يأتي الزوج امراته وهي معتكفة اذا كانت اعتكفت باذن زوجها لان اعتكافها اذا
 كان باذن زوجها فانه لا يملك الرجوع عنه لما بينا فيما تقدم فلا يجوز وطؤها لما فيه من افساد عبادتها وفسد
 الاعتكاف بالردة لان الاعتكاف قرينة والكافر ليس من أهل القرينة ولهذا لم يجمع الكفر فلا يبقى مع الكفر أيضا
 ونفس الانغاء لا يفسده بخلاف حتى لا يقطع التتابع ولا يلزمه أن يستقبل الاعتكاف اذا أفان وان أغمى عليه
 أياما أو أصابه لم يفسد اعتكافه وعليه اذا برأ أن يستقبل لانه لزمه متتابع او قد فانت صفة التتابع فيلزمه الاستقبال كما
 في صوم كفارة الظهار فان تناول الجنون وبقى سنين ثم أفان هل يجب عليه أن يقضي أو يسقط عنه ففيه روايتان
 قياس واستحسان نذكرهما في موضعهما ان شاء الله تعالى ولو سكر ليلا لا يفسد اعتكافه عندنا وعند الشافعي يفسد
 وجه قوله ان السكران كالجنون والجنون يفسد الاعتكاف فكذا السكر (ولنا) ان السكر ليس الامعنى له أثر في
 العقل مدية يفسد الاعتكاف ولا يقطع التتابع كالانغاء ولو حضت المرأة في حال الاعتكاف فساد اعتكافها
 لان الحيض في أهلية الاعتكاف لمناقضتها الصوم ولهذا منعت من انعقاد الاعتكاف فتنع من البقاء ولو احتلم
 المعتكف لا يفسد اعتكافه لانه لا يصنع له فيه فلم يكن جماعا ولا في معنى الجماع ثم ان أمكنه الاغتسال في المسجد من غير
 أن يتلو المسجد فلا بأس به والا فيخرج فيغتسل ويعود الى المسجد ولا بأس للمعتكف أن يبيع ويشترى ويتزوج
 ويراجع ويابس ويطيب ويدهن ويأكل ويشرب بعد غروب الشمس الى طلوع الفجر ويحدث ما بداله بعد

أن لا يكون مأثماً ببناء في المسجد والمراد من البيع والشراء هو كلام الإيجاب والقبول من غير نقل الأمانة إلى المسجد لأن ذلك ممنوع عنه لأجل المسجد لما فيه من اتخاذ المسجد منبراً للأجل الاعتكاف وحكي عن مالك أنه لا يجوز البيع في المسجد كانه يشير إلى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وبيعكم وشراءكم ورفع أصواتكم وسل سيفوكم (ولنا) عمومات البيع والشراء من الكتاب الكريم والسنة من غير فصل بين المسجد وغيره وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال لا بن أخيه جعفر هلا شترت خادماً قال كنت معتكفاً قال وماذا عليك لو اشتريت أشار إلى جواز الشراء في المسجد وأما الحديث فمعمول على اتخاذ المساجد متاجراً كالسوق يباع فيها وتنقل الأمانة إليها ويحمل على الندب والاستعجاب توفيقاً بين الدلائل بقدر الامكان وأما النكاح والرجعة فلان نصوص النكاح والرجعة لا تفصل بين المسجد وغيره من نحو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء ونحو ذلك وقوله تعالى فامسكوهن بمعروف ونحو ذلك وكذا الأكل والشرب واللبس والطيب والنوم لقوله تعالى وكلوا واشربوا وقوله تعالى يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد وقوله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق وقوله عز وجل وجعلنا نؤمكم سبائاً وقد روى أن النبي كان يفعل ذلك في حال اعتكافه في المسجد مع ما أن الأكل والشرب والنوم في المسجد في حال الاعتكاف لو منع منه لمنع من الاعتكاف اذ ذلك أمر لا بد منه وأما التكلم بما لا مأم فيه فلقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديداً قليل في بعض وجوه التأويل أي صدقوا صواباً لا كذباً ولا خساً وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتحدث مع أصحابه ونسائه رضي الله عنهم وهو معتكف في المسجد فاما التكلم بما فيه مأم فإنه لا يجوز في غير المسجد ففي المسجد أولى وله أن يحرم في اعتكافه بجمع أو عمرة وإذا فعل لزمه الاحرام وأقام في اعتكافه إلى أن يفرغ منه ثم مضى في إحرامه إلا أن يخاف فوت الحج فيدع الاعتكاف ويحج ثم يستقبل الاعتكاف أما صحة الاحرام في حال الاعتكاف فلا نه لا تنافي بينهما ألا ترى أن الاعتكاف في مقدم الاحرام فيبقى معه أيضاً وإذا صح إحرامه فإنه يتم الاعتكاف ثم يشتغل بأعمال الحج لأنه يمكنه الجمع بينهما وأما إذا خاف فوت الحج فإنه يبدع الاعتكاف لأن الحج يفوت والاعتكاف لا يفوت فكان الاشتغال بالذي يفوت أولى ولأن الحج آكد وأهم من الاعتكاف فلا اشتغال به أولى وإذا ترك الاعتكاف بقضيه بعد الفراغ من الحج والله أعلم

فصل وما يبان حكمه إذا فسد الذي فسد لا يتناول ما أن يكون واجباً وأما أن يكون تطوعاً فإن كان واجباً يقضى إذا قدر على القضاء إلا الرد خاصة لأنه إذا فسد التحق بالعدم فصار قائماً معنى فيحتاج إلى القضاء جبراً للفوات ويقضى بالصوم لأنه فاته مع الصوم فيقضيه مع الصوم غير المنذور به أن كان اعتكاف شهر بعينه يقضى قد رما فسد لا غير ولا يلزمه الاستقبال كالصوم المنذور به في شهر بعينه إذا طرأ يومانه يقضى ذلك اليوم ولا يلزمه الاستئناف كافي صوم رمضان لما ذكرنا في كتاب الصوم وإذا كان اعتكاف شهر بغير عينه يلزمه الاستقبال لأنه يلزمه متتابعاً فإيراعى فيه صفة التتابع وسواء فسد بصنعه من غير عذر كالخروج والجماع والأكل والشرب في النهار إلا الرد أو فسد بصنعه لعذر كما إذا مرض فاحتاج إلى الخروج فخرج أو بغير صنعه رأساً كالحيض والجنون والاعتمام الطويل لأن القضاء يجب جبراً للفئات والحاجة إلى الجبر متحققة في الأحوال كلها إلا أن سقوط القضاء في الردة عرف بالنص وهو قوله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف وقول النبي صلى الله عليه وسلم الاسلام يجب ما قبله والقياس في الجنون الطويل ان يقط القضاء كافي صوم رمضان إلا أن في الاستحسان يقضى لأن سقوط القضاء في صوم رمضان إنما كان لدفع الحرج لأن الجنون إذا طال قلما يزول فيكرر عليه صوم رمضان فيخرج في قضائه وهذا المعنى لا يتحقق في الاعتكاف وأما اعتكاف التطوع إذا قطعه قبل تمام اليوم فلا شيء عليه في رواية الأصل وفي رواية الحسن يقضى بناء على أن اعتكاف التطوع غير معتد في رواية محمد عن أبي حنيفة وفي رواية الحسن عنه مقدر بيوم وقد ذكرنا الوجه للروايتين فيما تقدم وأما حكمه إذا

فان عن وقتها الميعين له بان نذر اعتكاف شهر بعينه انه اذا فات بعضه قضاؤه لا غمير ولا يلزمه الاستقبال كافي الصوم
وان فاته كله قضى الكل متتابعاً لانه لم يمتكف حتى مضى الوقت صار الاعتكاف ديناً في ذمته فصار كأنه أنشأ
النذر باعتكاف شهر بعينه فان قدر عن قضاؤه فلم يقضه حتى آيس من حياته يجب عليه أن يوصى بالفدية لكل
يوم طعام مسكين لاجل الصوم لاجل الاعتكاف كافي قضاء رمضان والصوم المنذور في وقت بعينه وان قدر على
البعض دون البعض فلم يمتكف فكذلك ان كان صحيحاً وقت النذر فان كان من يضا وقت النذر فذهب الوقت
وهو مريض حتى مات فلا شيء عليه وان صح يوماً فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الصوم المنذور في وقت بعينه
واذا نذر اعتكاف شهر بغير بعينه لجميع العمر وقته كافي النذر بالصوم في وقت بغير بعينه وفي أي وقت أدى كان
مؤدياً لا قاضياً لان الإيجاب حصل مطلقاً عن الوقت وانما يتضيق عليه الوجوب اذا آيس من حياته وعند
ذلك يجب عليه ان يوصى بالفدية كافي قضاء رمضان والصوم المنذور المطلق فان لم يوص حتى مات سقط عنه في
أحكام الدنيا عندنا حتى لا تؤخذ من تركته ولا يجب على الورثة الفدية الا أن يشعروا به وعندنا في لا تسقط
وتؤخذ من تركته وتعتبر من جميع المال والمسئلة مضت في كتاب الزكاة والله الموفق

﴿ كتاب الحج ﴾

الكتاب يشغل على فصلين فصل في الحج وفصل في العمرة أما فصل الحج فالكلام فيه يقع في مواضع في بيان فرضية
الحج وفي بيان كيفية فرضه وفي بيان شرائط الفرضية وفي بيان أركان الحج وفي بيان واجباته وفي بيان سننه وفي
بيان الترتيب في أفعاله من الفرائض والواجبات والسنن وفي بيان شرائط أركانه وفي بيان ما يفسده وبيان حكمه اذا
فسد وفي بيان ما يفوت الحج بعد الشروع فيه وفي بيان حكمه اذا فات عن عمره أصلاً أو رأساً أو ما لا أول فالحج فرضة
ثبتت فرضيته بالكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى والله على الناس حج البيت من
استطاع إليه سبيلاً في الآية دليل وجوب الحج من وجهين أحدهما انه قال والله على الناس حج البيت وعلى كلمة
إيجاب والثاني أنه قال تعالى ومن كفر قيل في التأويل ومن كفر بوجوب الحج حتى روى عن ابن عباس رضي الله عنه
انه قال أي ومن كفر بالحج فلم يرجحه برأولاً تركه ما تأويله تعالى لا إبراهيم عليه الصلاة والسلام وأذن في الناس
بالحج أي ادع الناس ونادهم الى حج البيت وقيل أي أعلم الناس ان الله فرض عليهم الحج دليله قوله تعالى يا أيها
رجال لا على كل ضامر وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم بني الاسلام على خمس شهادة أن لا إله الا الله وإقام الصلاة
وإيتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت من استطاع إليه سبيلاً وقوله صلى الله عليه وسلم اعبدوا ربكم وصلوا واتقوا
وصوموا واشهرتم وجوابت ربكم وأدوا زكاة أموالكم طيبة بها أنفسكم تدخلوا جنة ربكم وروى عنه عليه الصلاة
والسلام انه قال من مات ولم يحج حجته الاسلام من غير أن يمنعه سلطان جائر أو مرض حابس أو عدو ظاهر فليمت
ان شاء يهوديا وان شاء نصرانياً أو مجوسياً وروى انه قال من ملك زاداً واحلةً تبلغه الى بيت الله الحرام فلم يحج فلا
عليه أن يموت يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً فلان الأمة أجمعت على فرضيته وأما المعقول فهو ان العبادات
وجبت لحق العبودية أو لحق شكر النعمة اذ كل ذلك لازم في المعقول وفي الحج اظهار العبودية وشكر النعمة أما
اظهار العبودية فلان اظهار العبودية هو اظهار التذلل للمعبود وفي الحج ذلك لان الحاج في حال احرامه يظهر
الشعث ويرفض أسباب التزين والارتفاق ويتصور بصورة عبده سخط عليه مولاه فيتعرض بسوء حاله لطف
مولاه ومرحته اياه وفي حال وقوفه برفة بمنزلة عبده عصي مولاه فوقف بين يديه متضرعاً حامداً له مثنياً عليه
مستغفراً لآلته مستقبلاً لعثراته وبالطواف حول البيت يلزم المكان المنسوب الى ربه بمنزلة عبده معتكف على
باب مولاه لا تذبجنا به وأما شكر النعمة فلان العبادات بعضها بدنية وبعضها مالية والحج عبادة لا تقوم الا بالبدن
والمال ولهذا لا يجب الا عند وجود المال وصحة البدن فكان فيه شكر النعمتين وشكر النعمة ليس الاستعانة بها

في طاعة المنعم وشكر النعمة واجب عقلا وشرعا والله أعلم
فصل وأما كيفية فرضه فمنها أنه فرض عين لا فرض كفاية فيجب على كل من استجمع شرائط الوجوب عينا
لا يسقط بأقامة البعض عن الباقي بخلاف الجهاد فإنه فرض كفاية إذا قام به البعض سقط عن الباقي لأن الإيجاب
تناول كل واحد من آحاد الناس عينا والاصل أن الإنسان لا يخرج عن عهده ما عليه إلا بآدائه بنفسه إلا إذا حصل
المقصود منه بآداء غيره كالجهاد ونحوه وذلك لا يتحقق في الحج ومنها أنه لا يجب في العمر إلا مرة واحدة بخلاف
الصلاة والصوم والزكاة فإن الصلاة تجب في كل يوم وليسلة خمس مرات والزكاة والصوم يجبان في كل سنة مرة
واحدة لأن الأمر المطلق بالفعل لا يقتضي التكرار لما عرف في أصول الفقه والتكرار في باب الصلاة والزكاة
والصوم ثبت بدليل زائد لا يطلق الأمر ولما روي أنه لما نزلت آية الحج سأل الأقرع بن حابس رضي الله عنه
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله الحج في كل عام أم مرة واحدة فقال عليه الصلاة والسلام
مرة واحدة وفي رواية قال لما نزلت آية الحج ألعاننا هذا يا رسول الله أم لا بد فقال لا بد ولا نه عبادة لا تأدى إلا
بكافة عظيمة ومشقة شديدة بخلاف سائر العبادات فلو وجب في كل عام لأدى إلى الحرج وأنه مني شرعا ولأنه
إذا لم يمكن أداءه لا يخرج لا يؤدي فيلحق المأثم والعقاب إلى هذا أشار النبي صلى الله عليه وسلم لمساألة الأقرع
ابن حابس وقال ألعاننا هذا أم لا بد فقال عليه الصلاة والسلام لا بد ولو قلت في كل عام لوجب ولو وجب ثم
تركتم لأفئدتهم واختلف في وجوبه على الفور والتراخي ذكر الكرخي أنه على الفور حتى يأتى بالتأخير عن أول أوقات
الامكان وهي السنة الأولى عند استجماع شرائط الوجوب وذكر أبو سهل الزجاجي الخلاف في المسئلة بين أبي
يوسف ومحمد فقال في قول أبي يوسف يجب على الفور في قول محمد على التراخي وهو قول الشافعي وروى عن أبي
حنيفة مثل قول أبي يوسف وروى عنه مثل قول محمد وجه قول محمد أن الله تعالى فرض الحج في وقت مطلقا
لأن قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا مطلقا عن الوقت مميّن وقت الحج بقوله عز
وجعل الحج أشهر معلومات أي وقت الحج أشهر معلومات فصار المفروض هو الحج في أشهر الحج مطلقا من العمر
فتقيده بالفور تقييد المطلق ولا يجوز إلا بدليل وروى أن فتية مكة كان لسنة ثمان من الهجرة وحج رسول الله
صلى الله عليه وسلم في سنة العشر ولو كان وجوبه على الفور لما احتمل التأخير منه والدليل عليه أنه لو أدى
في السنة الثانية أو الثالثة يكون مؤديا لأفاضيا ولو كان واجبا على الفور وقدمات الفور فقد فات وقته فينبغي أن
يكون قاضيا لا مؤديا كالأوقات صلاة الظهر عن وقتها وصوم رمضان عن وقته ولهما أن الأمر بالحج في وقته مطلق
يحتمل الفور ويحتمل التراخي والحمل على الفور أحوط لأنه إذا حجل عليه يأتى بالفعل على الفور ظاهر أو ظاهرا
خوفا من الأثم بالتأخير فإن أريد به الفور فقد أتى بما أمر به فأمّن الضرر وإن أريد به التراخي لا يضره العمل على
الفور بل ينفعه لمساارعة إلى الخير ولو حجل على التراخي ربما لا يأتي به على الفور بل يؤخر إلى السنة الثانية والثالثة
فتلحقه المضرة إن أريد به الفور وإن كان لا يلحقه إن أريد به التراخي فكان الحمل على الفور حملا على أحوط
الوجهين فكان أولى وهذا قول امام المهدي الشيخ أبي منصور الماتريدي في كل أمر مطلق عن الوقت أنه
يجعل على الفور لكن محملا لا اعتقادا على طريق التعيين أن المراد منه الفور والتراخي بل يعتقد أن ما أراد
الله تعالى به من الفور والتراخي فهو حق وروينا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من ملك زاد أو رحلة تبلغه إلى
بيت الله الحرام فلم يحج فلا عليه أن يموت يهوديا أو نصرانيا لحق الوعيد عن آخر الحج عن أول أوقات الامكان
لأنه قال من ملك كذا فلم يحج وانفاه للتعقيب بلا فصل أي لم يحج عقيب ملك الزاد والرحلة بلا فصل وأما طريق
عامّة المشايخ فإن للحج وقتا معيننا من السنة يفوت عن تلك السنة بفوات ذلك الوقت فلو أخره عن السنة الأولى وقد
يعيش إلى السنة الثانية وقد لا يعيش فكان التأخير عن السنة الأولى تقويتا للحال لأنه لا يمكنه الإداء للحال إلى أن
يمضي وقت الحج من السنة الثانية وفي ادراك السنة الثانية شأن فلا يرتفع الغوات الثابت للحال بالشئ والتفويت

حرام وأما قوله ان الوجوب في الوقت ثبت مطلقا عن انور فسلم لكن المطلق يحتمل انور ويحتمل التراخي والحمل على الفور أولى لما بينا ويجوز تقييد المطلق عند قيام الدليل وأما تأخير رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج عن أول أوقات الامكان فقد قيل انه كان امذره ولا كلام في حال امذره بل على أنه لا خلاف في أن التعجيل أفضل والرسول صلى الله عليه وسلم لا يترك الأفضل الا لعذر على أن المانع من التأخير هو احتمال القوات ولم يكن في تأخير ذلك قوات له منه من طريق الوحي أنه يحج قبل موته قال الله تعالى لقد صدق الله رسوله الرؤيا بالحق لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين والنيا للتيمن والتبرك أولما أن الله تعالى خاطب الجماعة وقد علم أن بعضهم عوت قبل الدخول وأما قوله لو أدى في السنة الثانية كان مؤديا لا قاضيا فانما كان كذلك لان أثر الوجوب على الفور عملا في حقه الائم بالتأخير عن أول الوقت في الامكان لا في اخراج السنة الثانية والثالثة من أن يكون وقتا لواجب كافي باب الصلاة وهذا لأن وجوب التعجيل انما كان تعجزا عن القوات فاذا عاش الى السنة الثانية والثالثة فقد زال احتمال القوات فحصل الاداء في وقته كافي باب الصلاة والله أعلم

فصل وأما شرائط فرضيته فنوعان نوع يعم الرجال والنساء ونوع يخص النساء أما الذي يعم الرجال والنساء فمنها البلوغ ومنها العقل فلا حج على الصبي والمجنون لانه لا خطاب عليهما فلا يلزمهما الحج حتى لو حجناهما بلغ الصبي وأفاق المجنون فليعلم ما حجة الاسلام وما فعله الصبي قبل البلوغ يكون تطوعا وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما صبي حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ومنها الاسلام في حق أحكام الدنيا بالاجماع حتى لو حج الكافر ثم أسلم يجب عليه حجة الاسلام ولا يعتد بما حج في حال الكفر وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما عراقي حج ولو عشر حجج فعليه حجة الاسلام اذا هاجر يعني أنه اذا حج قبل الاسلام ثم أسلم ولأن الحج عبادة والكافر ليس من أهل العبادة وكذا لا حج على الكافر في حق أحكام الآخرة عندنا حتى لا يؤخذ بالتارك وعند الشافعي ليس بشرط ويجب على الكافر حتى يؤخذ بتركه في الآخرة وأصل المسئلة أن الكفار لا يخاطبون بشرائع هي عبادات عندنا وعندهم يخاطبون بذلك وهذا يعرف في أصول الفقه ولا حجة له في قوله تعالى والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا لان المراد منه المؤمنون بدليل سياق الآية وهو قوله ومن كفر فإن الله غني عن العالمين وبدليل عقلي يشمل الحج وغيره من العبادات وهو أن الحج عبادة والكافر ليس من أهل اداء العبادة ولا سبيلا الى الايجاب لقدرته على الاداء بتقديم الاسلام لما فيه من جعل المتبوع تبعا والتابع متبوعا وان قلب الحقيقة على ما بينا في كتاب الزكاة وتخصيص العام بدليل عقلي جائز ومنها الحرية فلا حج على المملوك لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما عبد حج عشر حجج فعليه حجة الاسلام اذا اعتق ولأن الله تعالى شرط الاستطاعة لوجوب الحج بقوله تعالى والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ولا استطاعة بدون ملك الزاد والراحلة لما تذكر ان شاء الله تعالى ولا ملك للعبد لأنه مملوك فلا يكون مالكا بالاذن فلم يوجد شرط الوجوب وسواء أذن له المولى بالحج أو لا لأنه لا يصير مالكا بالاذن فلم يجب الحج عليه فيكون ما حج في حال الرق تطوعا ولأن ما روي من الحديث لا يفصل بين الاذن وعدم الاذن فلا يقع حجه عن حجة الاسلام بحال بخلاف الفقهاء لأنه لا يجب الحج عليه في الابتداء ثم اذا حج بالسؤال من الناس يجوز ذلك عن حجة الاسلام حتى لو أسير لا يلزمه حجة أخرى لأن الاستطاعة بملك الزاد والراحلة ومنافع البدن شرط الوجوب لان الحج يقام بالمال والبدن جميعا والعبد لا يملك شيئا من ذلك فلم يجب عليه ابتداء وانتهاء والفقير يملك منافع نفسه اذا لا ملك لاحد فيها الا أنه ليس له ملك الزاد والراحلة وأنه شرط ابتداء الوجوب فامتنع الوجوب في الابتداء فاذا بلغ مكة وهو يملك منافع بدنه فقد قدر على الحج بالمشى وقليل زاد فوجب عليه الحج فاذا أدى وقع عن حجة الاسلام فأما العبد فنافع بدنه ملك مولاه ابتداء وانتهاء مادام عبدا فلا يكون قادرا على الحج ابتداء وانتهاء فلم يجب عليه ولهذا قلنا ان الفقهاء اذا حضروا القتال يضرب له بسهم كامل كسائر من فرض عليه القتال وان كان لا يجب

عليه الجهادا بتداء والعبد اذا شهد الواقعة لا يضرب له بسهم الحرب بل يرضخ له وما اقترا الا لما ذكرنا وهذا بخلاف
العبد اذا شهد الجمعة وصلى أنه يقع فرضا وان كان لا تجب عليه الجمعة في الا ابتداء لان منافع العبد مملوكة للمولى والعبد
مجبور عن التصرف في ملك مولاه نظر المولى الا قدر ما استثنى عن ملكه من الصلوات الخمس فانه مبقى فيها على
أصل الحرية لحكمة الله تعالى في ذلك وليس في ذلك كبير ضرر بالمولى لانها تتأدى بمنافع البدن في ساعات قليلة
فيكون فيه نفع العبد من غير ضرر بالمولى فاذا حضر الجمعة وفاتت المنافع بسبب السعي في بعد ذلك الظهر والجمعة
سواء فنظر المالك في جواز الجمعة اذ لو لم يجز له ذلك يجب عليه اداء الظهر ثانيا فيزيد الضرر في حق المولى بخلاف
الحج والجهاد فانهما لا يؤديان الا بالمال والنفس في مدة طويلة وفيه ضرر بالمولى بفوات ماله وتعطيل كثير من منافع
العبد فلم يجعل مبقى على أصل الحرية في حق هاتين العبادتين ولو قلنا بالجواز عن الفرض اذا وجد من العبد يتبادر
العبيد الى الاداء لكون الحج عبادة مرغوبة وكذا الجهاد فيؤدي الى الاضرار بالمولى فالشرع حجب عليهم وسد
هذا الباب نظر بالمولى - حتى لا يجب الا بملك الزاد والراحلة وملك منافع البدن ولو أحرمت الصبي ثم بلغ قبل الوقوف
بعرفة فان مضى على احرامه يكون حجه تطوعا عندنا وعند الشافعي يكون عن حجة الاسلام اذا وقف بعرفة
وهو بالغ وهذا بناء على أن من عليه حجة الاسلام اذا نوى النفل يقع عن النفل عندنا وعند غيره يقع عن الفرض
والمسئلة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى ولو جدد الاحرام بأن لم يأتى أو نوى حجة الاسلام ووقف بعرفة وطاف
طواف الزيارة يكون عن حجة الاسلام بلا خلاف ونذا المجنون اذا أفاق والكافر اذا أسلم قبل الوقوف
بعرفة جدد الاحرام ولو أحرمت العبد ثم عتق فأحرمت بحجة الاسلام بعد العتق لا يكون ذلك عن حجة الاسلام
بخلاف الصبي والمجنون والكافر والفرق أن احرام الكافر والمجنون لم ينقض أصلا لعدم الاهلية واحرام الصبي
العاقل وقع صحيحا لكنه غير لازم لكونه غير مخاطب - كان محملا للالتقاط فاذا جدد الاحرام بحجة الاسلام
انتقض فأما احرام العبد فانه وقع لازم لكونه أهلا للخطاب فانه قد احرامه تطوعا فلا يصح احرامه الثاني
الابفسخ الاول وانه لا يمحتمل الانفساخ ومنها حجة البدن فلا حج على المريض والزمن والمقعد والمفلوج والشيخ
الكبير الذي لا يثبت على الراحلة بنفسه والمحبوس والمنوع من قبل السلطان الجائر عن الخروج الى الحج لان
الله تعالى شرط الاستطاعة لوجوب الحج والمراد منها استطاعة التكليف وهي سلامة الاسباب والالات ومن
جمله الاسباب سلامة البدن عن الاكاث المانعة عن القيام بما لا بد منه في سفر الحج لان الحج عبادة بدنية فلا بد
من سلامة البدن ولا سلامة مع المانع وعن ابن عباس رضي الله عنه في قوله عز وجل من استطاع اليه سبيلا ان
السبيل أن يصح بدن العبد ويكون له نعم زاد وراحلة من غير أن يجحب ولان القرب والعبادات وجبت بحق الشكر
لما أنعم الله على المكلف فاذا منع السبب الذي هو النعمة وهو سلامة البدن أو المال كيف يكلف بالشكر ولا نعمة
وأما الاغمى فقد ذكر في الاصل عن أبي حنيفة انه لا حج عليه بنفسه وان وجد زاد وراحلة وقائدا وانما يجب
في ماله اذا كان له مال وروى الحسن عن أبي حنيفة في الاغمى والمقعد والزمن ان عليهم الحج بأنفسهم وقال
أبو يوسف ومحمد يجب على الاغمى الحج بنفسه اذا وجد زاد وراحلة ومن تكفيسه مؤنة سفره في خدمته ولا يجب
على الزمن والمقعد والمقطوع وجه قولهما ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الاستطاعة فقال
هي الزاد والراحلة فسر صلى الله عليه وسلم الاستطاعة بالزاد والراحلة وللأغمى هذه الاستطاعة فيجب عليه
الحج ولان الاغمى يجب عليه الحج بنفسه لانه لا يهتدى الى الطريق بنفسه ويهتدى بالقائدين فيجب عليه بخلاف
الزمن والمقعد ومقطوع اليد والرجل لان هؤلاء لا يقدر على الاداء بأنفسهم وجه رواية الحسن في الزمن
والمقعد انهما يقدران بغيرهما ان كانا لا يقدران بأنفسهما والقدر بالغير كافية لوجوب الحج كالقدرة بالزاد
والراحلة وكذا فسر النبي صلى الله عليه وسلم الاستطاعة بالزاد والراحلة وقد وجد وجه رواية الاصل لابي حنيفة
ان الاغمى لا يقدر على اداء الحج بنفسه لانه لا يهتدى الى الطريق بنفسه ولا يقدر على ما لا بد منه في الطريق

بنفسه من الركوب والنزول وغير ذلك وكذا الزمن والمقعد فلم يكونا قادرين على الاداء بأنفسهم بل بقدره غير مختار والقادر بقدره غير مختار لا يكون قادرا على الاطلاق لان فعل المختار يتعلق باختياره فلم تثبت الاستطاعة على الاطلاق ولهذا لم يجب الحج على الشيخ الكبير الذي لا يستقل على الرحلة وان كان ثمة غيره يحسكه لما قلنا كذا هذا وانما فسر النبي صلى الله عليه وسلم الاستطاعة بالزاد والراحلة لكونهما من الاسباب الموصلة الى الحج لا لاقتصار الاستطاعة عليهما الا ترى انه اذا كان بينه وبين مكة بحر زاحل لا سفينة ثمة أو عدد وحائل يحول بينه وبين الوصول الى البيت لا يجب عليه الحج مع وجود الزاد والراحلة فثبت أن تخصيص الزاد والراحلة ليس لاقتصار الشرط عليهما بل للتنبيه على أسباب الامكان فكلما كان من أسباب الامكان يدخل تحت تفسير الاستطاعة معنى ولان في إيجاب الحج على الاعمي والزمن والمقعد والمرضى والشيخ الكبير الذي لا يثبت على الرحلة بأنفسهم سرحا بينا ومشقة شديدة وقد قال الله عز وجل ما جعل عليكم في الدين من حرج ومنها ملك الزاد والراحلة في حق الدائي عن مكة والكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان انه من شرائط الوجوب والثاني في تفسير الزاد والراحلة اما الاول فقد قال عامة العلماء انه شرط فلا يجب الحج باباحة الزاد والراحلة سواء كانت الاباحة ممن له منة على المباح له أو كانت ممن لا منة له عليه كالأب وقال الشافعي يجب الحج باباحة الزاد والراحلة اذا كانت الاباحة ممن لا منة له على المباح له كالوالد بدل الزاد والراحلة لابنه وله في الاجنبي قولان ولو وهبه انسان ما لا يجب به لا يجب على الموهوب له القبول عندنا وللشافعي فيه قولان وقال مالك الراحلة ليست بشرط لوجوب الحج أصلا لا ملكا ولا باحة وملك الزاد شرط حتى لو كان صحيح البدن وهو يقدر على المشي يجب عليه الحج وان لم يكن له راحلة أما الكلام مع مالك فهو احتج بظاهر قوله تعالى والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ومن كان صحيح البدن قادرا على المشي وله زاد فقد استطاع اليه سبيلا فيلزمه فرض الحج (ولنا) ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة جميعا فلا تثبت الاستطاعة بأحدهما وبه تبين ان القدرة على المشي لا تكفي لاستطاعة الحج ثم شرط الراحلة انما راعى لوجوب الحج في حق من نأى عن مكة فأما أهل مكة ومن حولهم فان الحج يجب على القوى منهم القادر على المشي من غير راحلة لانه لا حرج يلحقه في المشي الى الحج كما يلحقه الحرج في المشي الى الجمعة وأما الكلام مع الشافعي فوجه قوله ان الاستطاعة المذكورة هي القدرة من حيث سلامة الاسباب والآلات والقدرة تثبت بالاباحة فلا معنى لاشتراط الملك اذا الملك لا يشترط اعينه بل للقدرة على استعمال الزاد والراحلة كالدور كوابا واذا ثبتت بالاباحة ولهذا استوى الملك والاباحة في باب الطهارة في المنع من جواز التيمم كذا همتا (ولنا) ان استطاعة الاسباب والآلات لا تثبت بالاباحة لان الاباحة لا تكون لازمة الا ترى ان البيع أن يمنع المباح له عن التصرف في المباح ومع قيام ولاية المنع لا تثبت القدرة المطلقة فلا يكون مستطيعا على الاطلاق فلم يوجد شرط الوجوب فلا يجب بخلاف مسألة الطهارة لان شرط جواز التيمم عدم الماء بقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا والعدم لا يثبت مع البذل والاباحة وأما تفسير الزاد والراحلة فهو أن يملك من المال مقدار ما يبلغه الى مكة ذاهبا وجائيا كمالا ماشيا بنفقة وسط لا اسراف فيها ولا تقير فاضلا عن مسكنه وخادمه وفرسه وسلاحه وثيابه وأثاثه ونفقة عياله وخدمه وكسوتهم وقضاء ديونه وروى عن أبي يوسف انه قال ونفقة شهر بعد انصرافه أيضا وروى الحسن عن أبي حنيفة انه فسر الراحلة فقال اذا كان عنده ما يفضل عما ذكرنا ما يكثرى به شق محمل أو زاملة أو رأس راحلة وينفق ذاهبا وجائيا فعليه الحج وان لم يكفه ذلك الا أن يعشى أو يكثرى عقبه فليس عليه الحج ماشيا ولا راكبا عقبه وانما اعتبرنا الفضل على ما ذكرنا من الخواص لانهم من الخواص اللازمة التي لا بد منها فكان المستحق بها ملحقا بالعدم وما ذكره بعض أصحابنا في تقدير نفقة العيال سنة والبعض شهرا فليس بتقدير لازم بل هو على حسب اختلاف المسافة في القرب والبعد لان قدر النفقة يختلف باختلاف المسافة فيعتبر في ذلك قدر ما يذهب ويعود الى مثله وانما لا يجب

عليه الحج اذ لم يكف ماله الا للعبقة لان المفروض هو الحج راكبا لا ماشيا والراكب عقبة لا يركب في كل الطريق بل يركب في البعض ويعشى في البعض وذکر ابن شجاع انه اذا كانت له دار لا يسكنها ولا يؤجرها ومتاع لا يفتنه وعبد لا يستخدمه وجب عليه ان يبيعه ويحج به وسرم عليه - اخذنا كذا اذ بلغ نصابا لا نه اذا كان كذلك كان فاضلا عن حاجته كسائر الاموال وكان مستطيعا فيلزمه فرض الحج فان أمكنه بيع منزله وان يشتري بثلثه منزلا دونه ويحج بالفضل فهو افضل لكن لا يجب عليه لانه محتاج الى سكنه فلا يعقب في الحاجة قدر مالا بد منه كالا يجب عليه بيع المنزل والاقتصار على السكنى وذکر الكرخي ان ابا يوسف قال اذ لم يكن له مسكن ولا خادم ولا قوت عياله وعنده دراهم تبلغه الى الحج لا ينبغي ان يجعل ذلك في غير الحج فان فعل اثم لانه مستطيع للملك الدراهم فلا يعذر في الترتك ولا يتضرر بترك شراء المسكن والخادم بخلاف بيع المسكن والخادم فانه يتضرر ببيعهما وقوله ولا قوت عياله مؤول وتأويله ولا قوت عياله ما يريه على مقدار الذهاب والرجوع فالما مقدار المحتاج اليه من وقت الذهاب الى وقت الرجوع فذلك مقدم على الحج لما بيننا (ومنها) أمن الطريق وانه من شرائط الوجوب عنده بعض اصحابنا بمنزلة الزاد والراحلة وهكذا روى ابن شجاع عن أبي حنيفة وقال بعضهم انه من شرائط الأداء لا من شرائط الوجوب وفائدة هذا الاختلاف اظهر في وجوب الوصية اذا خاف القوت فن قال انه من شرائط الأداء يقول انه يجب الوصية اذا خاف القوت ومن قال انه شرط الوجوب يقول لا يجب الوصية لان الحج لم يجب عليه ولم يصرف في ذمته فلا تلزمه الوصية وجه قول من قال انه شرط الأداء لا شرط الوجوب ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة ولم يذكر أمن الطريق وجه قول من قال انه شرط الوجوب وهو الصحيح ان الله تعالى شرط الاستطاعة والاستطاعة بدون أمن الطريق كالا استطاعة بدون الزاد والراحلة الا ان النبي صلى الله عليه وسلم بين الاستطاعة بالزاد والراحلة بيان كفاية يستدل بالنصوص عليه على غيره لاستوائهما في المعنى وهو اماكن الوصول الى البيت الا ترى انه كالم يذكر أمن الطريق لم يذكر صحة الجوارح وزوال سائر الموانع الحسية وذلك شرط الوجوب على ان الممنوع عن الوصول الى البيت لا زاده ولا راحلته معه فكان شرط الزاد والراحلة شرطا لا من الطريق ضرورة (وأما) الذي يخص النساء فشرطان أحدهما أن يكون معها زوجها أو محرم لها فان لم يوجد أحدهما لا يجب عليها الحج وهذا عندنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط ويلزمها الحج والخروج من غير زوج ولا محرم اذا كان معها نساء في الرفقة ثقافت واحتج بظاهر قوله تعالى والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وخطاب الناس يتناول الذكور والاناث بخلاف فاذا كان لها زاد وراحلة كانت مستطاعة واذا كان معها نساء ثقافت يؤمن الفساد عليها فيلزمها فرض الحج (ولنا) ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الا لا تحججن امرأة الا ومعهما محرم وعن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تسافر امرأة ثلاثة أيام الا ومعهما محرم أو زوج ولا نه اذ لم يكن معها زوج ولا محرم لا يؤمن عليها اذا النساء لحن على وضام الماذب عنه ولهذا لا يجوز لها الخروج وحدها والخوف عند اجتماعهن أكثر ولهذا سمرت الخلوة بالاجنبية وان كان معها امرأة أخرى والآية لا تتناول النساء حال عدم الزوج والمحرم معها لان المرأة لا تقدر على الركوب والنزول بنفسها فتحتاج الى من يركبها وينزلها ولا يجوز ذلك لغير الزوج والمحرم فلم تكن مستطاعة في هذه الحالة فلا يتناولها النص فان امتنع الزوج أو المحرم عن الخروج لا يجبران على الخروج ولو امتنع من الخروج لارادة زاد وراحلة هل يلزمها ذلك ذكر القدوري في شرحه مختصرا الكرخي انه يلزمها ذلك ويجب عليها الحج بنفسها وذکر القاضي في شرحه مختصرا ما حوى انه لا يلزمها ذلك ولا يجب الحج عليها وجه ما ذكره القدوري ان المحرم أو الزوج من ضرورات حجها بمنزلة الزاد والراحلة اذ لا يمكنها الحج بدونه كالا يمكنها الحج بدون الزاد والراحلة ولا يمكن الزام ذلك الزوج أو المحرم من مال نفسه فيلزمها ذلك كالا يلزمها الزاد والراحلة لنفسها وجه ما ذكره القاضي ان هذا من شرائط وجوب الحج عليها ولا يجب على الانسان تحصيل شرط

الوجوب بل ان وجد الشرط وجب والا فلا الا ترى ان الفقير لا يلزمه تحصيل الزاد والراحلة فيجب عليه الحج ولهذا قالوا في المرأة التي لا زوج لها ولا محرم انه لا يجب عليها أن تزوج عن محج بها كذا هذا ولو كان معها محرم فلها أن تخرج مع المحرم في الحجة القرية من غير إذن زوجها عندنا وعند الشافعي ليس لها أن تخرج بغير إذن زوجها وجه قوله ان في الخروج نفوت حقه المستحق عليها وهو الاستمتاع بها فلا تملك ذلك من غير رضاه (ولنا) انها اذا وجدت محرما فقد استطاعت الى حج البيت سبيلا لانها قدرت على الركوب والتزول وأمنت المخاوف لان المحرم يصونها وأما قوله ان حق الزوج في الاستمتاع بقوت بالخروج الى الحج فنقول منافعها مستثناة عن ملك الزوج في الفرائض كافي الصلوات الخمس وصوم رمضان ونحو ذلك حتى لو أرادت الخروج الى حجة التطوع فلا زوج أن يمنعها كما في صلاة التطوع وصوم التطوع وسواء كانت المرأة شابة أو عجوزا انها لا تخرج الا بزوج أو محرم لان ما روينا من الحديث لا يفصل بين الشابة والعجوز وكذا المعنى لا يوجب الفصل بينهما ما ذكرنا من حاجة المرأة الى من ركبها وينزلها بل حاجة العجوز الى ذلك أشد لانها أعجز وكذا يخاف عليها من الرجال وكذا لا يؤمن عليها من أن يطلع عليها الرجال حال ركوبها ونزولها فحتاج الى الزوج أو الى المحرم ليصونها عن ذلك والله أعلم ثم صفة المحرم أن يكون ممن لا يجوز له نكاحها على التأبيد إما بالقربة أو الرضاع أو الصهرية لان الحرمة المؤبدة تزيل التهمة في الخلوة ولهذا قالوا ان المحرم اذا لم يكن مأموئا عليه لم يجز لها أن تسافر معه وسواء كان المحرم حرا أو عبدا لان الرق لا ينافي الحرمة وسواء كان مسلما أو ذميا أو مشركا لان الذمي والمشرک يحفظان محارمهما الا أن يكون مجوسيا لانه يعتقد باحبة نكاحها فلا تسافر معه لانه لا يؤمن عايبا كالأجنبي وقالوا في الصبي الذي لم يحتلم والمجنون الذي لم ينفق انهما ليسا بمحرمين في السفر لانه لا يتأتى منهما حفظها وقالوا في الصبية التي لا يشتهى مثلها انها تسافر بغير محرم لانه يؤمن عليها فاذا بلغت حد الشهوة لا تسافر بغير محرم لانها صارت بحيث لا يؤمن عليها ثم المحرم أو الزوج انما يشترط اذا كان بين المرأة وبين مكة ثلاثة أيام فصاعدا فان كان أقل من ذلك حجت بغير محرم لان المحرم يشترط للسفر وما دون ثلاثة أيام ليس بسفر فلا يشترط فيه المحرم كالا يشترط للخروج من محلة الى محلة ثم الزوج أو المحرم شرط الوجوب أم شرط الجواز فقد اختلف أصحابنا فيه كما اختلفوا في أمن الطريق والصحيح انه شرط الوجوب لما ذكرنا في أمن الطريق والله أعلم والثاني أن لا تكون معتدة عن طلاق أو وفاة لان الله تعالى نهى المعتدات عن الخروج بقوله عز وجل ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن وروى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه انه رد المعتدات من ذي الحليفة وروى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه ردهن من الجلفة ولان الحج يمكن أدائه في وقت آخر فاما العدة فائما انما يجب قضاؤها في هذا الوقت خاصة فكان الجمع بين الأمرين أولى وان لم تمتها بعد الخروج الى السفر وهي مسافرة فان كان الطلاق رجعيا لا يفارقها زوجها لان الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية والا ففضل أن يراجعها وان كانت بائنا أو كانت معتدة عن وفاة فان كان الى منزلها أقل من مدة سفره الى مكة مدة سفره فانما تعود الى منزلها لانه ليس فيه انشاء سفر فصار كأنه في بلدها وان كان الى مكة أقل من مدة سفره الى منزلها مدة سفره مضت الى مكة لانها لا تحتاج الى المحرم في أقل من مدة السفر وان كان من الجانبين أقل من مدة السفر فهي بالخيار ان شاءت مضت وان شاءت رجعت الى منزلها فان كان من الجانبين مدة سفره فان كانت في المصر فليس لها أن تخرج حتى تنقضي عدها في قول أبي حنيفة وان وجدت محرما وعند أبي يوسف ومحمد لها أن تخرج اذا وجدت محرما وليس لها أن تخرج بلا محرم بلا خلاف وان كان ذلك في المغازة أو في بعض القرى بحيث لا تأمن على نفسها وما لها فانها أن تمضي فتدخل موضع الامن ثم لا تخرج منه في قول أبي حنيفة سواء وجدت محرما أولا وعندهما تخرج اذا وجدت محرما وهذه من مسائل كتاب الطلاق نذكرها بالمثلها في فصول العدة ان شاء الله تعالى ثم من لم يجب عليه الحج بنفسه ان ذكر كالمريض ونحوه وله مال يلزمه أن يحج رجلا عنه ويجزئه عن حجة الاسلام اذا وجد شرائط جواز الاجماع على ما ذكره ولو تكلف واحد من له عذر فخرج بنفسه أخرجه عن حجة الاسلام اذا كان

حاقلا بالتمسك الا انه من أهل الفرض الا انه لم يجب عليه لانه لا يمكنه الوصول الى مكة الا بخرج فاذا تحمل الخرج وقع موقعه كالقبر اذا حج والعبد اذا حضر الجمعة فاذا هالاه لانه اذا وصل الى مكة صار كاهل مكة فيلزمه الحج بخلاف العبد والصبي والمجنون فان العبد والصبي ليسا من أهل فرض الحج والمجنون ليس من أهل العبادة أصلا والله أعلم ثم ما ذكرناه من الشرائط لوجوب الحج من الزاد والراحلة وغير ذلك يعتبر وجوده اوقت خروج أهل بلده حتى لو ملك الزاد والراحلة في أول السنة قبل أشهر الحج وقبل أن يخرج أهل بلده الى مكة فهو في سعة من صرف ذلك الى حيث أحب لانه لا يلزمه التأهب للحج قبل خروج أهل بلده لانه لم يجب عليه الحج قبله ومن لا حج عليه لا يلزمه التأهب للحج فكان بسبيل من التصرف في ماله كيف شاء واذا صرف ماله ثم خرج أهل بلده لا يجب عليه الحج فاما اذا جاء وقت الخروج والمال في يده فليس له أن يصرفه الى غيره على قول من يقول بالوجوب على الفور لانه اذا جاء وقت خروج أهل بلده فقد وجب عليه الحج لوجود الاستطاعة فيلزمه التأهب للحج فلا يجوز له صرفه الى غيره كالمسافر اذا كان معه ماء للطهارة وقد قرب الوقت لا يجوز له استئلا كفي غير الطهارة فان صرفه الى غير الحج ثم عليه الحج والله تعالى أعلم

فصل وأما ركن الحج فشيان أحدهما الوقوف بعرفة وهو الركن الاصل للحج والثاني طواف الزبارة أما الوقوف بعرفة فالكلام فيه يقع في مواضع في بيان انه ركن وفي بيان مكانه وفي بيان زمانه وفي بيان مقداره وفي بيان سنه وفي بيان حكمه اذا فات عن وقته أما الاول فالدليل عليه قوله تعالى والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ثم فسر النبي صلى الله عليه وسلم الحج بقوله الحج عرفه أي الحج الوقوف بعرفة اذا الحج فعل وعرفة مكان فلا يكون حجاً فكان الوقوف مضمراً فيه فكان تقديره الحج الوقوف بعرفة والمجمل اذا التحق به التفسير يصير مفسراً من الاصل فيصير مكانه ، الى قال والله على الناس حج البيت والحج الوقوف بعرفة فظاهره يقتضي أن يكون هو الركن لا غير لانه يزاد عليه طواف الزبارة بدليل ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم في سياق التفسير من وقف بعرفة فقد تم حجه جعل الوقوف بعرفة اسماً للحج فدل انه ركن فان قيل هذا يدل على ان الوقوف بعرفة واجب وليس بفرض فضلاً عن أن يكون ركناً لانه علق تمام الحج به والواجب هو الذي يتعلق بوجوده القام لا الفرض فالجواب ان المراد من قوله فقد تم حجه ليس هو القام الذي هو ضد النقصان بل خروجه عن احتمال الفساد فقوله فقد تم حجه أي خرج من أن يكون محتملاً للفساد بعد ذلك لوجود المفسد حتى لو جامع بعد ذلك لا يفسد حجه لكن تلزمه الفدية على ما نذكر ان شاء الله تعالى وهذا لان الله تعالى فرض الحج بقوله والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسر النبي صلى الله عليه وسلم الحج بالوقوف بعرفة فصار الوقوف بعرفة فرضاً وهو ركن فلو جمل القام المذكور في الحديث على القام الذي هو ضد النقصان لم يكن فرضاً لانه يوجد الحج بدونه فيتناقض فحمل القام المذكور على خروجه عن احتمال الفساد عملاً بالدلائل صيانة لها عن التناقض وقوله عز وجل ثم أفيضوا من حيث أفاض الناس قبل ان أهل الحرم كانوا لا ينفون بعرفات ويقولون نحن أهل حرم الله لا نفيض كغيرنا ممن قصدنا فأنزل الله عز وجل الآية الكريمة يأمرهم بالوقوف بعرفات والافاضة من حيث أفاض الناس والناس كانوا يفيضون من عرفات وافاضتهم منها لا تكون الا بعد حصوهم فيها فكان الأمر بالافاضة منها أمراً بالوقوف بها ضرورة وروى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كانت قرش ومن كان على دينها ينفون بالمزدلفة ولا ينفون بعرفات فأنزل الله عز وجل قوله ثم أفيضوا من حيث أفاض الناس وكذا الأمة أجمعت على كون الوقوف ركناً في الحج وأما مكان الوقوف فعرفات كلها موقوف لقول النبي صلى الله عليه وسلم عرفات كلها موقوف الا بطن عرنة ولما روينا من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحج عرفه فن وقف بعرفة فقد تم حجه مطلقاً من غير تعيين موضع دون موضع الا انه لا ينبغي أن يقف في بطن عرنة لان النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن ذلك وأخبر انه وادى الشيطان وأما زمانه فزمان الوقوف من حين نزول الشمس من يوم عرفة الى طلوع الفجر الثاني من يوم

النحر حتى لو وقف بعرفة في غير هذا الوقت كان وقوفه وعدم وقوفه سواء لانه فرض مؤقت فلا يتأدى في غير وقته
كسائر الفرائض المؤقتة الا في حال الضرورة وهي حال الاشتباه استسما على ما ذكره ان شاء الله تعالى وكذا
الوقوف قبل الزوال لم يجز ما لم يقف بعد الزوال وكذا من لم يدرك عرفته بنهار ولا بليل فقد فاته الحج والا صل فيه
ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم وقف بعرفة بعد الزوال وقال خذوا عني مناسككم فكان بيانا لاول الوقت وقال
صلى الله عليه وسلم من أدرك عرفته فقد أدرك الحج ومن فاته عرفته بليل فقد فاته الحج وهذا بيان آخر الوقت فدل
ان الوقت يبقى ببقاء الليل ويفوت بفواته وهذا الذي ذكرنا قول عامة العلماء وقال مالك وقت الوقوف هو الليل فمن
لم يقف في جزء من الليل لم يجز وقوفه واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من أدرك عرفته بليل فقد
أدرك الحج علق ادراك الحج بادراك عرفته بليل فدل ان الوقوف بجزء من الليل هو وقت الركن ولنا ما روى عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من وقف معنا هذا الموقف وصلى معنا هذه الصلاة وكان وقف قبل ذلك بعرفة
ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه وقضى تقفه أخبر النبي صلى الله عليه وسلم عن تمام الحج بالوقوف ساعة من ليل
أو نهار فدل ان ذلك هو وقت الوقوف غير عين وروى يثا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من وقف بعرفة فقد تم
حجه مطلقا من الزمان الا ان زمان ما قبل الزوال وبعد انقجار الصبح من يوم النحر ليس بما روى بليل فبقى ما بعد
الزوال الى انقجار الصبح مراد اولان هذا نوع نسئ فلا يختص بالليل كسائر أنواع المناسك ولا حجة له في الحديث
لان فيه من أدرك عرفته بليل فقد أدرك الحج وليس فيه ان من لم يدركها بليل ماذا حكمه فكان متعلقا بالمسكوت فلا
يصح ولو اشتبه على الناس هلال ذي الحجة فوقفوا بعرفة بعد ان اكملوا عدة ذي القعدة ثلاثين يوما ثم شهدوا الشهود
انهم رأوا الهلال يوم كذا وتبين ان ذلك اليوم كان يوم النحر فوقفوا يوم التروية وأى فرق بين التقديم
والتأخير والاستحسان ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال صومكم يوم تصومون واضعكم يوم
تضعون وعرفتمكم يوم تعرفون وروى وحجكم يوم تحججون فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم وقت الوقوف أو
الحج وقت تقف أو تحجج فيه الناس والمعنى فيه من وجهين أحدهما ما قال بعض مشايخنا ان هذه شهادة قامت على
النفي وهي نفي جواز الحج والشهادة على النفي باطله والثاني ان شهادتهم جائزة مقبولة لكن وقوفهم جائز أيضا لان
هذا النوع من الاشتباه محال ولا يمكن التحرز عنه فلو لم تحكم بالجواز لوقع الناس في الحرج بخلاف ما اذا تبين
ان ذلك اليوم كان يوم التروية لان ذلك نادر غاية الندرة فكان ملحقا بالعدم ولا نهم بهذا التأخير بنوا على دليل
ظاهر واجب العمل به وهو وجوب اكمل العدة اذا كان بالسما علة فعدروا في الخطأ بخلاف التقديم فانه خطأ غير مبني
على دليل رأينا فمعدروا فيه نظيره اذا اشتبهت القبلة فتعمرى وصلى الى جهة ثم تبين أنه أخطأ جهة القبلة جازت
صلاته ولو لم يصروا على تبين أنه أخطأ لم يجز لما قلنا كذا هذا وهل يجوز وقوف الشهود روى هشام عن محمد انه يجوز
وقوفهم وحجهم أيضا وقد قال محمد اذا شهد عند الامام شاهدان عشية يوم عرفة برؤية الهلال فان كان الامام
لم يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس أو أكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة ووقف من الغد بعد الزوال لأنهم وان
شهدوا عشية عرفة لكن لما تعدد على الجماعة الوقوف في الوقت وهو ما بقي من الليل صاروا كأنهم شهدوا
بعد الوقت فان كان الامام يمكنه الوقوف قبل طلوع الفجر مع الناس أو أكثرهم بان كان يدرك الوقوف عامة
الناس الا انه لا يدركه ضعة الناس جاز وقوفه فان لم يقف فأت حجة لانه ترك الوقوف في وقته مع علمه به
والقدرة عليه قال محمد فان اشتبه على الناس فوق الامام والناس يوم النحر وقد كان من رأى الهلال وقف
يوم عرفة لم يجزه وقوفه وكان عليه أن يعيد الوقوف مع الامام لان يوم النحر صار يوم الحج في حق
الجماعة ووقت الوقوف لا يجوز ان يختلف فلا يعتد بما فعله بانفرادهم وكذا اذا أخرا الامام الوقوف لمعنى يسوغ
فيه الاجتهاد لم يجز وقوف من وقف قبله فان شهد شاهدان عند الامام هلال ذي الحجة فرد شهادتهما لانه

لا حلة بالسماء فوقه بشهادتهما قوم قبل الامام لم يجز وقوفهم لان الامام آخر الوقوف بسبب مجوز العمل عليه في الشرع فصار كالأول آخر بالاشباه والله تعالى أعلم واما قدره فنبين القدر المفروض والواجب أما القدر المفروض من الوقوف فهو كينونته بعرفة في ساعة من هذا الوقت حتى حصل اثباتها في ساعة من هذا الوقت تأدى فرض الوقوف سواء كان عالمها أو جاهلًا أو نائمًا أو يقظانًا أو مغيمًا عليه وقف بها أو مر وهو عشي أو على الدابة أو محمولًا لأنه أتى بالقدر المفروض وهو حصوله كاثباتها والأصل فيه ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من وقف بعرفة فقد تم حججه والمشى والسير لا يخلو عن وقفة وسواء نوى الوقوف عند الوقوف أو لم ينو يخلو الطواف وسند ذكر الفرق في فصل الطواف ان شاء الله وسواء كان محدثًا أو جنبًا أو حائضًا ونفساء لان الطهارة ليست بشرط لجواز الوقوف لأن حديث الوقوف مطلق عن شرط الطهارة ولما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لما شئ الله منها حين حاضت افعلى ما يفعله الحاج غير انك لا تطوف بالبيت ولا تنسلخ غير متعلق بالبيت فلا تشترط له الطهارة كرى الجمار وسواء كان قد صلى الصلواتين أو لم يصل لاطلاق الحديث ولان الصلواتين وهما الظهر والعصر لا تعلق لهما بالوقوف فلا يكون تركهما مانعا من الوقوف والله أعلم وأما القدر الواجب من الوقوف فن حين تزول الشمس الى أن تقرب فهذا القدر من الوقوف واجب عندنا وعند الشافعي ليس بواجب بل هو سنة بناء على انه لا فرق عنده بين الفرض والواجب فاذا لم يكن فرضا لم يكن واجبا ونحن نفرق بين الفرض والواجب كفرق ما بين السماء والارض وهو أن الفرض اسم لما ثبت وجوبه بدليل مقطوع به والواجب اسم لما ثبت وجوبه بدليل فيه شبهة العدم على ما عرف في أصول الفقه وأصل الوقوف ثبت بدليل مقطوع به وهو النص المفسر من الكتاب والسنة المتواترة المشهورة والاجماع على ما ذكرنا فاما الوقوف الى جزء من الليل فلم يقيم عليه دليل قاطع بل مع شبهة العدم أعني خبر الواحد وهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج أو غير ذلك من الأحاديث التي لا تثبت بمثلها الفرافض فضلا عن الأركان وإذا عرف أن الوقوف من حين زوال الشمس الى غروبها واجب فان دفع منها قبل غروب الشمس فان جاوز عرفة بعد الغروب فلا شيء عليه لانه ما ترك الواجب وان جاوزها قبل الغروب فعليه دم عندنا تركه الواجب فيجب عليه الدم كما لو ترك غيره من الواجبات وعند الشافعي لادم عليه لانه لم يترك الواجب اذ الوقوف المقدر ليس بواجب عنده ولو عاد الى عرفة قبل غروب الشمس وقبل ان يدفع الامام ثم دفع منها بعد الغروب مع الامام سقط عنه الدم عندنا لانه استدرك المتروك وعندنا لا يسقط وهو على الاختلاف في مجاوزة الميعات بغير احرام والكلام فيه على نحو الكلام في تلك المسئلة وسند ذكرها ان شاء الله في موضعها وان عاد قبل غروب الشمس بعد ما شج الامام من عرفة ذكر الكرخي أنه يسقط عنه الدم أيضا وكذا روى ابن شجاع عن أبي حنيفة ان الدم يسقط عنه أيضا لانه استدرك المتروك اذ المتروك هو الدفع بعد الغروب وقد استدركه وذكر في الأصل انه لا يسقط عنه الدم قال مشايخنا الاختلاف الرواية لمكان الاختلاف فيما لا يجلب الدم فعلى رواية الأصل الدم يجب لاجل دفعه قبل الامام ولم يستدرك ذلك وعلى رواية ابن شجاع يجب لاجل دفعه قبل غروب الشمس وقد استدركه بالعود والقدرى اعتد على هذه الرواية وقال هي الصحيحة والمذكور في الأصل مضطرب ولو عاد الى عرفة بعد الغروب لا يسقط عنه الدم بلا خلاف لانه لما غربت الشمس عليه قبل العود فقد تقرر عليه الدم الواجب فلا يجزئ قبل السقوط بالعود والله الموفق وأما بيان حكمه اذا فاتت حركته انه يقوت الحج في تلك السنة ولا يمكن استدراكه فيها لان ركن الشئ ذاته وبقاء الشئ مع فوات ذاته محال

فصل في طواف الزيارة فالكلام فيه في مواضع في بيان أنه ركن وفي بيان ركنه وفي بيان شرائطه وواجباته وسننه وفي بيان مكانه وفي بيان زمانه وفي بيان مقداره وفي بيان حكمه اذا فاتت عن أيام العرما الاول فالدليل على انه ركن قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق والمراد منه طواف الزيارة بالاجماع ولانه تعالى أمر الكل بالطواف

فبقيتضي الوجوب على الكل وطواف اللقاة لا يجب أصلا وطواف الصدر لا يجب على الكل لأنه لا يجب على أهل مكة فيتعين طواف الزيارة مراد بالآية وقوله تعالى والله على الناس حج البيت والحج في اللغة هو القصد وفي عرف الشرع هو زيارة البيت والزيارة هي القصد إلى الشيء للتقرب قال الشاعر

ألم تعلمي يا أم سعد بأعما * تخاطاني ريب الزمان لا كثيرا

واشهد من عوف حلولا كثيرة * يحججون بيت الزرقان المزعفرا

وقوله يحججون أي يقصدون ذلك البيت للتقرب فكان حج البيت هو القصد إليه للتقرب به وإعناية قصد البيت للتقرب بالطواف به فكان الطواف به ركنا والمراد به طواف الزيارة لما بيننا ولهذا يسمى في عرف الشرع طواف الركن فكان ركنا وكذا الأمة أجمعت على كونه ركنا ويجب على أهل الحرم وغيرهم له يوم قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق وقوله عز وجل والله على الناس حج البيت

فصل وأما ركنه فخصوله كائنا حول البيت سواء كان بفعل نفسه أو بفعل غيره وسواء كان عاجزا عن الطواف بنفسه فطاف به غيره بأمره أو بغير أمره أو كان قادرا على الطواف بنفسه فحمله غيره بأمره أو بغير أمره غير أنه إن كان عاجزا أجزأه ولا شيء عليه وإن كان قادرا أجزأه ولكن يلزمه الدم أما الجواز فلأن الفرض حصوله كائنا حول البيت وقد حصل وأما لزوم الدم فلتركه الواجب وهو المشي بنفسه مع القدرة عليه فدخله نقص فيجب جبره بالدم كما إذا طاف راكباً أو زحفاً وهو قادر على المشي وإذا كان عاجزا عن المشي لا يلزمه شيء لأنه لم يترك الواجب إذ لا وجوب مع العجز ويجوز ذلك عن الحامل والمحمول جميعا لما ذكرنا أن الفرض حصوله كائنا حول البيت وقد حصل كل واحد منهما كائنا حول البيت غير أن أحدهما حصل كائنا بفعل نفسه والآخر بفعل غيره فإن قيل إن مشي الحامل فعل والفعل الواحد كيف يقع عن شخصين فالجواب من وجهين أحدهما أن المفروض ليس هو الفعل في الباب بل حصول الشخص حول البيت بمنزلة الوقوف بعرفة أن المفروض منه حصوله كائنا بعرفة لأفعل الوقوف على ما بيننا فيما تقدم والثاني أن مشي الواحد جازان يقع عن اثنين في باب الحج كالبغير الواحد إذا ركبته اثنان فطافا عليه وكذا يجوز في الشرع أن يحمل فعل واحد حقيقة كفعلين معنى كالأب والوصى إذا باع مال نفسه من الصغير أو اشترى مال الصغير لنفسه ونحو ذلك كذا ههنا

فصل وأما شرطه وواجباته فشرطه النية وهو أصل النية دون التعيين حتى لو لم ينو أصلا بان طاف هارباً من سبع أو طالباً للغريم لم يجز فرق أصحابنا بين الطواف وبين الوقوف أن الوقوف يصح من غير نية الوقوف عند الوقوف والطواف لا يصح من غير نية الطواف عند الطواف كذا ذكره القدوري في شرحه مختصر السكري وأشار القاضي في شرحه مختصر الطحاوي إلى أن نية الطواف عند الطواف ليست بشرط أصلا وإن نية الحج عند الاحرام كافية ولا يحتاج إلى نية مفردة كافي سائر أفعال الحج وكافي أفعال الصلاة ووجه الفرق على ما ذكره القدوري أن الوقوف ركن يقع في حال قيام نفس الاحرام لأنعدام ما يضافه فلا يحتاج إلى نية مفردة بل تكفيه النية السابقة وهي نية الحج كالركوع والسجود في باب الصلاة لأنه لا يحتاج إلى أفرادها بالنية لا شغل نية الصلاة عليها كذا الوقوف فاما الطواف فلا يؤتى به في حال قيام نفس الاحرام لوجود ما يضافه لأنه تحليل لأنه يقع به التحليل ولا احرام حال وجود التحليل لأن الشيء حال وجوده موجود ووجوده يمنع الاحرام من الوجود فلا تشغل عليه نية الحج فتقع الحاجة إلى الأفراد بالنية كالتسليم في باب الصلاة إذ التسليم تحليل أو نقول إن الوقوف يوجد في حال قيام الاحرام المطلق لبقائه في حق جميع الاحكام فيتناول نية الحج فلا يحتاج إلى نية على حدة ولا كذلك الطواف فإنه يوجد حال زوال الاحرام من وجه لوقوع التحلل قبله من وجه بالخلق أو التقصير ألا ترى أنه يعمل له كل شيء إلا النساء فوقعت الحاجة إلى نية على حدة فاما تعيين النية حال وجوده في وقته فلا حاجة إليه حتى لو نفر في النفر الأول فطاف وهو لا يمين طوافا يقع عن طواف الزيارة لأن الصدر لا أيام النحر متعينة للطواف الزيارة فلا

فلا حاجة الى تعيين النية كالمصام رمضان بمطابق لنية انه يقع عن رمضان لكون الوقت متعينا الصوم كذا هذا وكذا النوى تطوعا يقع عن طواف الزيارة كالمصام رمضان بنية التطوع وكذلك كل طواف واجب أو سنة يقع في وقته من طواف القضاء وطواف الصدر فاما يقع عما يستحقه الوقت وهو الذي انعقد عليه الاحرام دون غيره سواء عين ذلك بالنية أو لم يعين فيقع عن الاول وان نوى الثاني لا يمسك بنية في تقديمه على الاول حتى ان المحرم اذا قدم مكة وطاف لا يعين شيئا أو نوى التطوع فان كان محرما بعمره يقع طوافه للعمرة وان كان محرما بمحجة يقع طوافه للقدوم لان عقد الاحرام انعقد عليه وكذلك الفان اذا طاف لا يعين شيئا أو نوى التطوع كان ذلك العمرة فان طاف طوافا آخر قبل أن يسمى لا يعين شيئا أو نوى تطوعا كان ذلك للحج والله أعلم فاما الطهارة عن الحدث والجنابة والحيض والنفاس فليست بشرط لجواز الطواف وليست بغرض عندنا بل واجبة حتى يجوز الطواف بدونها وعند الشافعي فرص لا يصح طواف بدونها واحتج بما روى عن ابي صلى الله عليه وسلم أنه قال الطواف صلاة الا ان الله تعالى اباح فيه الكلام واذا كان صلاة فالصلاة لا يجوز لها بدون الطهارة ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت التقي أمر بالطوف مطلقا عن شرط الطهارة ولا يجوز تقييد مطلق الكتاب بجبر الواحد فيحصل على التشبيه كافي قوله تعالى وازواجه أمهاتهم أي كاهناتهم ومعناه الطواف كالصلاة اما في الثواب أو في أصل الفرضية في طواف الزيارة لان كلام التشبيه لا عموم له فيعمل على المشابهة في بعض الوجوه عملا بالكتاب والسنة أو تقول الطواف يشبه الصلاة وليس بصلاة حقيقة فمن حيث انه ليس بصلاة حقيقة لا تقتضيه الطهارة ومن حيث انه يشبه الصلاة تجب له الطهارة عملا بالدليلين بالقدر الممكن وان كانت الطهارة من واجبات الطواف فاذا طاف من غير طهارة فساد ما عكة تجب عليه الاعادة لان الاعادة جبره بجنسه وجبر الشيء بجنسه أولى لان معنى الجبر هو التلافي فيه آثم ثم ان أعاد في أيام النحر فلا شيء عليه وان أخره عنه فعليه دم في قول أبي حنيفة والمسئلة تأتي ان شاء الله تعالى في موضعها وان لم يعد ورجع الى أهله فعليه الدم غير انه ان كان محدثا فعليه شاة وان كان نجسا فعليه بدنة لان الحدث يوجب نقصانا لا يرافقه كفي الشاة لجبره كالوترك شوطا فاما الجنابة فاما توجب نقصانا متما حاشا لانهم اكبر الحديث فيجب لها أعظم الجابرين وقد روى عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال البدنة تجب في الحج في موضعين أحدهما اذا طاف نجسا والثاني اذا جامع به بالوقوف واذا لم تكن الطهارة من شرائط الجواز فاذا طاف وهو محدث أو جنب رقع موقعه حتى لو جامع به بدنه لا يلزمه شيء لان الوطء لم يصادف الاحرام لحصول التحلل بالطواف هذا اذا طاف بعد أن حلق أو قصر ثم جامع فاما اذا طاف ولم يكن حلق ولا قصر ثم جامع فعليه دم لانه اذا لم يحلق ولم يقصر فالاحرام باق والوطء اذا صادف الاحرام يوجب الكفارة الا انه يلزمه الشاة لا البدنة لان الركن صار مؤدى فارتفعت الحرمة المطلقة فلم يبق الوطء جنابة محضة بل خف معنى الجنابة فيه فيكفيه اخف الجابرين فاما الطهارة عن النجس فليست من شرائط الجواز بالاجماع فلا يقتضيه تحصيلها ولا تجب أيضا لسكونه سنة حتى لو طاف وعلى ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم جاز ولا يلزمه شيء الا انه يكره واما ستر العورة فهو مثل الطهارة عن الحدث والجنابة أي انه ليس بشرط الجواز وليس يترتب لكنه واجب عندنا حتى لو طاف عريانا فعليه الاعادة مادام عكة فان رجع الى أهله فعليه الدم وعند الشافعي شرط الجواز كالطهارة عن الحدث والجنابة وحجته ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الطواف صلاة الا ان الله اباح فيه الكلام وستر العورة من شرائط جواز الصلاة وحجته ا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق أمر بالطواف مطلقا عن شرط الستر فيجوز على اطلاقه والجواب عن تعلقه بالحديث على نحو ما ذكرنا في الطهارة والفرق بين ستر العورة وبين الطهارة عن النجاسة ان المنع من الطواف مع الثوب النجس ليس لاجل الطواف بل لاجل المسجد وهو صيانته عن ادخال النجاسة فيه وصيانته عن تلويثه فلا يوجب ذلك نقصانا في الطواف فلا حاجة الى الجبر فاما المنع من الطواف عريانا فلاجل الطواف انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الطواف عريانا بقوله صلى الله عليه وسلم الا لا يبلون بعد

عاشى هذا مشرك ولا عربان وإذا كان النهى لمكان الطواف تمكن فيه النقص فيجب جبره بالدم لكن بالثبوت لا بالبدنة
لأن النقص فيه كالتقص بالحدث لا كالتقص بالجناية قال محمد ومن طاف طوافا على شئ من هذه الوجوه فاجب
البنان كان بمكة أن يعيد الطواف وإن كان قد رجع إلى أهله فعليه صدقة سوى الذى طاف وعلى ثوبه نجاسة لأن
التطوع يصير واجبا بالشروع فيه إلا أنه دون الواجب ابتداءً بإيجاب الله تعالى فكان النقص فيه أقل فيجبر بالصدقة
ومحاذاة المرأة الرجل في الطواف لأنه سد عليه طوافه لأن المحاذاة إنما عرفت مفسدة في الشرع على خلاف القياس
في صلاة مطلقة مشتركة والطواف ليس بصلاة حقيقة ولا اشتراك أيضا والمواالات في الطواف ليست بشرط حتى
لو خرج الطائف من طوافه لصلاة جزار أو مكتوبة أو تجديد وضوء ثم عاد بنى على طوافه ولا يلزمه الاستئناف لقوله
تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق مطلقا عن شرط المواالات وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه خرج
من الطواف ودخل السقاية فاستسقى فسقى فشرب ثم عاد وبنى على طوافه والله تعالى أعلم ومن واجبات الطواف
أن يطوف ماشيا لا راكبا إلا من عذر حتى لو طاف راكبا من غير عذر فعله الإعادة مادام بمكة وإن عاد إلى أهله
يلزمه الدم وهذا عندنا وعند الشافعي ليس بواجب فإذا طاف راكبا من غير عذر لا شئ عليه واحتج بما روى عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه طاف راكبا ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق والراكب ليس بطواف حقيقة
فأوجب ذلك نكافيه فوجب جبره بالدم وما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روى أن ذلك كان لعذر كذا روى
عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما أن ذلك كان بعد ما أسن وبدن ويحتمل أنه فعل ذلك لغيره آخر وهو التعليم
كذا روى عن جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم طاف راكبا ليراه الناس فيسألوه ويتبعوا مائة وهذا
عذر وعلى هذا أيضا يخرج ما إذا طاف زحفا أنه إن كان عاجزا عن المشي أجزأه ولا شئ عليه لأن التكليف بقدر
الوسع وإن كان قادرا عليه الإعادة إن كان بمكة والدم إن كان رجع إلى أهله لأن الطواف مشيا واجب عليه ولو
أوجب على نفسه أن يطوف بالبيت زحفا وهو قادر على المشي عليه أن يطوف ماشيا لأنه تعالى يتقاع العبادة
على وجه غير مشروع فالتفت الجهة وبقي النذر بأصل العبادة كما إذا نذر أن يطوف للحج على غير طهارة فإن طاف
زحفا أعاد إن كان بمكة وإن رجع إلى أهله فعليه دم لأنه ترك الواجب كذا ذكر في الأصل وذكر القاضي في شرحه
مختصر الطحاوى أنه إذا طاف زحفا أجزأه لأنه أدى ما أوجب على نفسه فبيزته كن نذر أن يصلى ركعتين في
الأرض المغموسة أو يصوم يوم النحر أنه يجب عليه أن يصلى في موضع آخر ويصوم يوما آخر ولو صلى في الأرض
المغموسة وصام يوم النحر أجزأه وخروج عن عهدة النذر كذا هذا وعلى هذا أيضا يخرج ما إذا طاف محمولا أنه إن
كان لعذر جاز ولا شئ عليه وإن كان لغير عذر جاز ويلزمه الدم لأن الطواف أما مشيا واجب عند القدرة على
المشي وترك الواجب من غير عذر يوجب الدم فأما الابتداء من الحجر الأسود فليس بشرط من شرائط جواز بل
هو سنة في ظاهر الرواية حتى لو افتتح من غير عذر أجزأه مع الكراهة لقوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق مطلقا
عن شرط الابتداء بالحجر الأسود إلا أنه لو لم يبدأ بذكره لأن ترك السنة وذكر محمد رحمه الله في الرقيات إذا افتتح
الطواف من غير الحجر لم يعتد بذلك الشوط إلا أن يصير إلى الحجر فيبدأ منه الطواف فهذا يدل على أن الافتتاح
منه شرط الجواز به أخذ الشافعي والدليل على أن الافتتاح من الحجر أما على وجه السنة أو القرض ما روى أن
إبراهيم صلى الله عليه وسلم لما انتهى في البناء إلى مكان الحجر قال لا سمع عجل عليه الصلاة والسلام اثنتى بحجر
أبعده علامة لابتداء الطواف فخرج وجاء بحجر فقال اثنتى بغيره فأنابه بحجر آخر فقال ثنتى بغيره فأنابه بثالث فأنابه
وقال جئتني بحجر من أغنانى عن حجرك فرأى الحجر الأسود في موضعه وأما الابتداء من عين الحجر لا من
يساره فليس من شرائط الجواز بلا خلاف بين أصحابنا حتى يجوز الطواف منكوسا بان افتتح الطواف عن يسار
الحجر ويمتد به وعند الشافعي هو من شرائط الجواز لا يجوز بدونه واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وسلم افتتح الطواف من عين الحجر لا من يساره وذلك تعليم منه صلى الله عليه وسلم مناسك الحج وقد قال عليه

الصلاة والسلام خذوا عني مناسككم فتجب البداية بما بدأ به النبي صلى الله عليه وسلم ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق مطلة من غير شرط البداية باليمين أو باليسار وفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم محمول على الوجوب وبه تقول انه واجب كذا ذكره الامام القاضي في شرحه مختصر المحامدي انه يجب عليه الاعادة مادام بمكة وان رجع الى أهله يجب عليه الدم وكذا ذكر في الأصل ووجهه انه ترك الواجب وهو قادر على استدراكه بجنسه فيجب عليه ذلك تلافا للتمتعير بأبلغ الوجوه واذا رجع الى أهله فقد عجز عن استدراكه فثبت بجنسه فيستدركه بخلاف جنسه جبراً للفائت بالقدر الممكن على ما هو الأصل في ضمان الفوائت في الشرع وذكر القدر في شرحه مختصر المكرخي ما يدل على انه سنة فانه قال أجزأه الطواف ويكرهه - اماراة السنة واماسننه فذكرها عند بيان سنن الحج ولا رمل في هذا الطواف اذا كان الطواف طواف اللقاء وسعى عقيبها وان كان لم يطف طواف اللقاء أو كان قد طاف لكنه لم يسع عقيبها فانه رمل في طواف الزيارة والأصل فيه ان الرمل سنة طواف عقيبها سعى وعل طواف يكون بعده سعى يكون فيه رمل والا فلا لما نذكر ان شاء الله عند بيان سنن الحج والترتيب بين أفعاله ويكره الشاذل الشرع والتحدث في الطواف لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الطواف بالبيت صلاة فاقولوا فيه الكلام وروى انه قال صلى الله عليه وسلم فمن نطق فيه فلا ينطق الا بخير ولان ذلك يشغله عن الدعاء ويكره أن يرفع صوته بالقرآن لانه يتأذى به غيره لما يشغله ذلك عن الدعاء ولا بأس بأن يقرأ القرآن في نفسه وقال مالك يكره وانه غير مسديد لان قراءة القرآن مندوب اليها في جميع الأحوال الا في حال الجنابة والحيض ولم يوجد ومن المشايخ من قال التسييح أولى لان محمداً رحمه الله ذكر لفظة لا بأس وهذه اللفظة انما تستعمل في الرخص ولا بأس أن يطوف وعليه خفاء أوله لانه اذا كانا طاهرين لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه طاف مع عليهما ولا نهجوز الصلاة مع الخفين والنعلين مع ان حكم الصلاة أضيّق فلان يجوز الطواف أولى ولا يرمل في هذا الطواف اذا كان طاف طواف اللقاء وسعى عقيبها وان كان لم يطف طواف اللقاء أو كان قد طاف لكنه لم يسع عقيبها فانه رمل في طواف الزيارة والأصل فيه ان الرمل سنة طواف عقيبها سعى فكل طواف بعد سعى يكون فيه رمل والا فلا لما نذكر عند بيان سنن الحج والترتيب في أفعاله ان شاء الله تعالى واماسننه فذكرها عند بيان سنن الحج ان شاء الله تعالى

فصل في أماكن الطواف في مكانه حول البيت لقوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق والطواف بالبيت هو الطواف حوله فيجوز الطواف في المسجد الحرام قريبا من البيت أو بعيدا عنه بعد أن يكون في المسجد حتى لو طاف من وراء زمزم قريبا من حائط المسجد أجزأه لوجود الطواف بالبيت لحصوله حول البيت ولو طاف حول المسجد وبينه وبين البيت حيطان المسجد لم يجز لان حيطان المسجد حائزتان فلم يطف بالبيت له - دم الطواف حوله بل طاف بالمسجد لوجود الطواف حوله لا حول البيت ولانه لو جاز الطواف حول المسجد مع حيلولة حيطان المسجد لجاز حول مكة والحرم وهذا لا يجوز كذا هذا ويطوف من خارج الحطيم لان الحطيم من البيت على ما انزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روى عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لها ان قومك قصر بهم - م النفقة فقصروا البيت عن قواعد ابراهيم عليه الصلاة والسلام وان الحطيم من البيت ولو لا حدان عهدهم بالجاهلية لردته الى قواعد ابراهيم ولعلنا له باين بابا شرقيا و بابا غربيا وروى ان رجلا نذر أن يصلي في البيت ركعتين فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يصلي في الحطيم ركعتين وروى أن عائشة رضي الله عنها نذرت بذلك فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تصلي في الحطيم ركعتين فان قيل اذا كان الحطيم من البيت فلم لا يجوز التوجه اليه في الصلاة فالجواب ان كون الحطيم من البيت ثبت بخبر الواحد ووجوب التوجه الى البيت ثبت بنص الكتاب العزيز وهو قوله تعالى وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره ولا يجوز ترك العمل بنص الكتاب بالأحاد وليس في الطواف من وراء الحطيم عملا بخبر الواحد ترك العمل بنص الكتاب بالانفراد وهو قوله تعالى وليطوفوا

بالبیت العتیق بل فیہ عمل ما جیبا ولو طاف فی داخل الحجر فعليه أن یعید لان الخطیم لما کان من البیت فاذا طاف فی داخل الخطیم فقد ترک الطواف ببعض البیت والمفروض هو الطواف بكل البیت لقوله تعالى ولیطوفوا بالبیت العتیق والأفضل ان یعید الطواف کما مراعاة للترتیب فان أعاد علی الحجر خاصة أجزأه لان المتروک هو لا غیر وقد استدرکوه ولو لم یعد حتی عاد الی أهله یجب علیه الدم لان الخطیم ریح البیت فقد ترک من طوافه ربه **فصل** واما زمانه ذالطواف وهو وقته فأوله حین یطلع الفجر الثاني من یوم النحر بلا خلاف بین أصحابنا حتی لا یجوز قبله وقال الشافعی أول وقته منتصف لیلۃ النحر وهو ذا غیر سدید لأن لیلۃ النحر وقت رکن آخر وهو الوقوف بعرفة فلا ینکون وقتا للطواف لان الوقت الواحد لا ینکون وقتا لکثرین ولبس لآخره زمان معین موقت به فرض بل جمیع الايام واللیالی وقته فرضا بلا خلاف بین أصحابنا لکنه موقت بأیام النحر وجوباً فی قول أبی حنیفة حتی لو أخره عنها فعليه دم عنده وفي قول أبی یوسف ومحمد غیر موقت أصلاً ولو أخره عن أيام النحر لاشی علیه وبه أخذ الشافعی واحتجوا بما روى أن رسول الله صلی الله علیه وسلم سئل عن ذبح قبل أن یرمی فقال ارم ولا حرج وما سئل یومئذ عن أفعال الحج قدم شیئ منها أو أخر الا قال افعل ولا حرج فهذا ینفی توقیت آخره وینفی وجوب الدم بالتأخیر ولانه لو نوت وقت آخره لاسقط بعضی آخره کالوقوف بعرفة فلم یسقط دل أنه لم یتوقت ولا بی حنیفة أن التأخیر بمنزلة التبرک فی حق وجوب الجبار بدلیل أن من جاوز المبیقات بغیر احرام ثم أحرم یلزمه دم ولو لم یوجد منه الا تأخیر النسل وكذلك تأخیر الواجب فی باب الصلاة بمنزلة التبرک فی حق وجوب الجبار وهو سجدتنا الله فکان الفقه فی ذلك أن اداء الواجب کما هو واجب فمراعاة محل الواجب واجب فکان التأخیر ترکاً للمراعاة الواجبة وهی مراعاته فی محله والترك ترکاً لواجبین أحدهما اداء الواجب فی نفسه والثانی مراعاته فی محله فاذا ترک هذا الواجب یجب جبره بالدم واذا توقت هذا الطواف بأیام النحر وجوباً عنده فاذا أخره عنها فقد ترک الواجب فأوجب ذلك نقصاناً فیہ فیجب جبره بالدم ولما لم یتوقت عندهما فی أى وقت فعله فقد فعله فی وقته فلا یتکون فیہ نقص فلا یلزمه شیء ولا حجة لهما فی الحديث لان فیہ نفي الحرج وهو نفي الاثم وانتفاء الاثم لا ینفی وجوب الکفارة کالوجع رأسه لا ذی فیہ أنه لا یأثم وعليه الدم کذا ههنا وقولهما انه لا یسقط بعضی آخر الوقت مسلم لکن هذا لا ینع کونه موقناً وأجافی الوقت کالصلاة المكتوبات انما لا ینسقط بخروج أوقاتها وان كانت وقته حتی تقضى کذا هذا والأفضل هو الطواف فی أول أيام النحر لقوله صلی الله علیه وسلم أيام النحر ثلاثة أولها أفضلها وقد روى أنه صلی الله علیه وسلم طاف فی أول أيام النحر وعلیهم انه کان یأتی بالعبادات فی أفضل أوقاتها ولأن هذا الطواف یقع به تمام التحلل وهو التحلل من النساء فکان فی تعجیله صيانة نفسه عن الوقوع فی الجماع ولزوم البدنة فکان أولى **فصل** واما مقداره فالمقدار المفروض منه هو اکثر الاشواط وهو ثلاثة أشواط وأكثر الشوط الرابع فاما الاکمال فواجب ولبس بفرض حتی لو جامع بعد الاثنین بأكثر اشواط قبل الاتمام لا یلزمه البدنة وانما تلزمه الشاة وهذا عندهنا وقال الشافعی ان فرض هو سبعة أشواط لا یتحلل بمادونها وجهه قوله أن مقدار العبادات لا تعرف بالرأى والاجتهاد وانما تعرف بالتوقیف ورسول الله صلی الله علیه وسلم طاف سبعة أشواط فلا یعتد بمادونها وانما قوله تعالى ولیطوفوا بالبیت العتیق والامر المطلق لا یقتضی التکرار الا أن الزیادة علی المرة الواحدة الی اکثر الاشواط ثبت بدلیل آخر وهو الاجماع ولا اجماع فی الزیادة علی اکثر الاشواط ولانه أتى بأكثر الطواف والا کثر یقوم مقام الكل فیمایقع به التحلل فی باب الحج کالذبح اذ لم یستوف قطع العروق الاربعة وانما کان المفروض هذا القدر فاذا أتى به فقد أتى بالقدر المفروض فیقع به التحلل فلا یلزمه البدنة بالجماع بعد ذلك لان ما زاد علیه الی تمام السبعة فهو واجب ولبس بفرض فیجب بترک الشاة دون البدنة کرمی الجمار والله تعالى أعلم

فصل في ما حكه اذا فات عن أيام التمر فهو أنه لا يسقط بل يجب أن يأتي به لأن سائر الأوقات وقته بخلاف
الوقوف بعرفة انه اذا فات عن وقته يسقط لانه موقت بوقت مخصوص ثم ان كان مكة يأتي به باحرامه الاول لانه
قائم اذا التحل بالطواف ولم يوجد عليه لآخره عن أيام التمر عن أبي حنيفة وان كان رجوع الى أهله فعليه
أن يرجع الى مكة باحرامه الاول ولا يحتاج الى احرام جديد وهو محرم عن النساء الى أن يعود فيطوف وعليه
للتأخر بدم عن أبي حنيفة ولا يجزئ عن هذا الطواف بدنة لانه ركن وأركان الحج لا يجزئ عنها البذل ولا
يقوم غيرها مقامها بل يجب الاتيان بعينها كالوقوف بعرفة وكذا لو كان طواف ثلاثة أشواط فهو والذي لم يطف
سواء لأن الأقل لا يقوم مقام الكل وان كان طواف جنباً أو على غير وضوء أو طواف أربعة أشواط ثم رجوع الى أهله
أما اذا طاف جنباً فعليه أن يعود الى مكة لا محالة هرازمة وباحرام جديد حتى يعيد الطواف أما وجوب العود
بطريق الزمعة فلتفحص النقصان بالجنباء فيؤمر بالعود كالتورك أكثر الأشواط وأما تجديد الاحرام فلانه
حصل التعلل بالطواف مع الجنباء على أصل أصحابنا والظاهر عن الحديث والجنباء ليست بشرط لجواز الطواف
فاذا حصل التحلل صار حلالاً والحلال لا يجوز له دخول مكة بغير احرام فان لم يعد الى مكة لكنه بعث بدنة جاز
لما ذكرنا أن البدنة تجزئ بالقبض بالجنباء لأن الزمعة هو العود لأن النقصان فاحش فكان العود أجبر له لانه
جبر بالجنس وأما اذا طاف محرماً أو طاف أربعة أشواط فان عاد وطاف جاز لانه جبر بالنقص بجنسه وان بعث شاة
جاز أيضاً لأن النقص سير فيجب بالمشاة والافضل أن يبعث بالمشاة لأن المشاة تجبر النقص وتنفع الفقراء وتدفع
عنه مشقة الرعي وان كان بمكة فالرجوع أفضل لانه جبر الشيء بجنسه فكان أولى والله تعالى أعلم

فصل في ما راجب الحج بغير السعي بين الصفا والمروة والوقوف بمزدلفة ورمي الجمار والخلق أو التقصير
وطواف الصدر أما السعي فالكلام فيه يقع في مواضع في بيان صفته وفي بيان قدره وفي بيان ركنه وفي بيان
شروط جوازه وفي بيان سننه وفي بيان وقته وفي بيان حكمه اذا تأخر عن وقته أما الاول فقد قال أصحابنا انه واجب
وقال الشافعي انه فرض حتى لو ترك الحاج خطوة منه أو أتى أقصى بلاد المسلمين لم يضر بأن يعود الى ذلك الموضع
فيضع قدمه عليه ويخطو تلك الخطوة وقال بعض الناس ليس بفرض ولا واجب واجب هو لا بقوله عز وجل
فمن حج البيت أراحه فلا جناح عليه أن يطوف بهما ركعة لا جناح لا يستعمل في القرائن والواجبات وبدل
عليه قراءة آتي فلا جناح عليه أن لا يطوف بهما ولا يجزئ الشافعي عما روي عن صفية بنت فلان انها سمعت امرأة
سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ان الله تعالى كتب عليكم السعي بين الصفا والمروة أي فرض
عليكم اذا الكتابة عبارة عن الفرض كما في قوله تعالى كتب عليكم الصيام وكتب عليكم القصاص وغير ذلك
ولما قوله عز وجل والله على الناس حج البيت وحج البيت هو زيارة البيت لما ذكرنا فيما تقدم فظاهره يقتضي
أن يكون طواف الزيارة هو الركن لا غير الا أنه يزعم عليه الوقوف بعرفة بدليل فمن ادعى زيادة السعي فعليه
الدليل وقول النبي صلى الله عليه وسلم الحج عرفة فظاهره يقتضي أن يكون الوقوف بعرفة على الركن الا أنه يزعم
عليه طواف الزيارة فمن ادعى زيادة السعي فعليه الدليل وعن عائشة رضي الله عنها قالت ماتم حج امرئى قط
الا بالسعي وفيه اشارة الى أنه واجب وليس بفرض لأنها وصفت الحج بدونه بالنقصان بالفساد وفوت الواجب
هو الذي يوجب النقصان فأما فوت الفرض فيوجب الفساد والبعالان ولان الفرضية انما ثبتت بدليل
مقطوع به ولا يوجد ذلك في محل الاجتهاد اذا كان الخلاف بين أهل الديانة وأما الآية فليس المراد منها رفع الجناح
على الطواف بهما مطلقاً بل على الطواف بهما لما كان الاضام التي كانت هناك لما قيل انه كان بالعقاصم
وبالمروة ومن قيل كان بين الصفا والمروة أضنام فتصروا عن الصعود عليهما والسعي بينهما احتراماً عن
التشبه بعبادة الاضنام والتشبه بأفعال الجاهلية فرفع الله عنهم الجناح بالطواف بهما أو بينهما مع كون الاضنام
هناك وأما قراءة أبي رضي الله عنه فيحمل أن تكون لا صلة لآية معناه لا جناح عليه أن يطوف بينهما لان لا قد

تزايد في الكلام صلة كقوله تعالى ما منع أن لا تسجد إذ أمرتكم به أن تسجد فكان كالقراءة المشهورة في المعنى
وأما الحديث فلا يصح تعلق الشافعي به على زعمه لأنه قال روت صفية بنت فلان فكانت مجهولة لا ندري من هي
والحجب منه أنه يابى مرة قبول المراسيل لتوهم الغلط ويحتاج بقوله أمرأة لا تعرف ولا يدرك اسمها على أنه ان ثبت
فلا حجة له فيه لأن السكينة قد تذكر ويراد بها الحكم قال الله تعالى وأولوا الأرحام به ضمهم أولى ببعض في كتاب
الله أي في حكم الله وقال عز وجل كتب الله عليكم أي حكم الله عليكم فان أريد بها الأول تكون حجة وإن أريد
بها الثاني لا تكون حجة لأن حكم الله تعالى لا يقتصر على الفرضية بل الوجوب والالتداب والاباحة من حكم
الله تعالى فلا يكون حجة مع الاحتمال أو تحملها على الوجوب دون الفرضية توفيقا بين الدلائل صيانة لها
عن التناقض وإذا كان واجبا فان تركه لعذر فلا شيء عليه وإن تركه لغيره فله دم لأن هذا حكم ترك الواجب
في هذا الباب أصله طواف الصدر وأصل ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من حج هذا البيت
فلم يكن آخر عهده بالبيت الطواف ورخص للحائض بخلاف الأركان فانه لا تسقط بالعدول عن ركن الشيء ذاته فإذا
لم يأت به فلم يوجد الشيء أصلا كالأركان الصلاة بخلاف الواجب ولو ترك أو بعة أشواط بغيره فله دم
والأصل أن كل ما وجب في جميعه دم يجب في أكثره دم أصله طواف الصدر ورعى الجمار ولو ترك ثلاثة أشواط
أطعم لكل شوط نصف صاع من بر مسكنا إلا أن يبلغه ذلك دمافله الخيار والأصل في ذلك أن كل ما يكون في جميعه
دم يكون في أقله صدقة لما نذر أن شاء الله تعالى ولو ترك الصعود على الصفا والمروة يكرهه ذلك ولا شيء عليه
لأن الصعود عليهم ماسة فيكره تركه ولكن لو ترك لا شيء عليه كالتورك الرمل في الطواف

فصل وأما قدره فبسبعة أشواط لأجتماع الأمانة وأفعول رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعد من الصفا إلى
المروة شوطا ومن المروة إلى الصفا شوطا آخر كذا ذكر في الأصل وقال الطحاوي من الصفا إلى المروة ومن المروة
إلى الصفا شوط واحد والصحيح ما ذكر في الأصل لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم طاف بينهما سبعة
أشواط ولو كان كما ذكره الطحاوي لكان أربعة عشر شوطا والدليل على أن المذهب ما قلنا أن محمد رحمه الله
ذكر في الأصل قال يتبدى بالصفا ويختم بالمروة وعلى ما ذكره الطحاوي يقع الختم بالصفا لا بالمروة فدل أن مذهب
أصحابنا ما ذكرنا

فصل وأما ركنه فكينوته بين الصفا والمروة سواء كان بفعل نفسه أو بفعل غيره عند عجزه عن السعي
بنفسه بأن كان مغمى عليه أو مريض فاسعى به بمحمولا أو سعى راكبا لحصوله كائنا بين الصفا والمروة وإن كان قادرا
على المشي بنفسه فحمل أو ركب يلزمه الدم لأن السعي بنفسه عند القدرة على المشي واجب فإذا تركه فقد ترك
الواجب من غير عذر فيلزمه الدم كالتورك المشي في الطواف من غير عذر

فصل وأما شرائط جوازه فمنها أن يكون بعد الطواف أو بعد أكثره لأن النبي صلى الله عليه وسلم هكذا
فعل وقد قال صلى الله عليه وسلم خذوا عني مناسككم ولأن السعي تبع للطواف وتبع الشيء كاسمه وهو أن
يتبعه فبما تقدمه لا يتبعه فلا يكون تبعاله إلا أنه يجوز بعد وجود أكثر الطواف قبل تمامه لأن اللا أكثر حكم
الكل ومنها البداية بالصفا والختم بالمروة في الرواية المشهورة حتى لو بدأ بالمروة وختم بالصفا لم يزمه إعادة
شوط واحد وروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن ذلك ليس بشرط ولا شيء عليه لو بدأ بالمروة وجه هذه
الرواية أنه أتى بأصل السعي وانعازك الترتيب فلا تلزمه إعادة كالتوضأ في باب الصلاة وترك الترتيب (ولنا)
أن الترتيب ههنا ما مور به لقول النبي صلى الله عليه وسلم ففعله أما قوله فلما روى أنه لما نزل قوله عز وجل إن
الصفا والمروة من شعائر الله قالوا بأيها نبدأ يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم ابدؤا بعبادة الله به وأما فعله صلى
الله عليه وسلم فانه بدأ بالصفا وختم بالمروة وأفعال النبي صلى الله عليه وسلم في مثل هذا موجهة لما تبين وإذا لزم
البداية بالصفا فإذا بدأ بالمروة إلى الصفا لا يمتد بذلك الشوط فإذا جاء من الصفا إلى المروة كان هذا أول شوط

فيجب عليه أن يعود بعد سنة من الصفا إلى المروة حتى يتم سبعة وأما الطهارة عن الجنابة والحيض فليست بشرط فيجوز سعي الجنب والحائض بعد أن كان طوافه بالبيت على الطهارة عن الجنابة والحيض لأن هذا نسأل غير متعلق بالبيت فلا تشترط له الطهارة عن الجنابة والحيض كالوقوف إلا أنه يشترط أن يكون الطواف على الطهارة عن الجنابة والحيض لأن السعي مرتب عليه ومن توابعه والطواف مع الجنابة والحيض لا يعتد به حتى تجب اعادته فكذا السعي الذي هو من توابعه ومرتب عليه فإذا كان طوافه على الطهارة عن الجنابة فقد وجد بشرط جوازه فجاز وجاز سعي الجنب والحائض تبعاله لوجود شرط جواز الأصل إذا التبع لا يفرد بالشرط بل يكفيه شرط الأصل فصار الحاصل أن حصول الطواف على الطهارة عن الجنابة والحيض من شرائط جواز السعي فإن كان طاهرا وقت الطواف جاز السعي سواء كان طاهرا وقت السعي أولا وإن لم يكن طاهرا وقت الطواف لم يجز سعيه رأسا سواء كان طاهرا أو لم يكن والله أعلم

فصل وأما سننه فالرمل في بعض كل شوط والسعي في البعض وسنن كراهي في بيان سنن الحج لأنها من السنن لا من الواجبات حتى لو رمل في الكل أو سعى في الكل لا شيء عليه لكنه يكون مسيئا تركه السنة والله أعلم

فصل وأما وقته فوقته الأصلي يوم النحر بعد طواف الزيارة لا بعد طواف اللقاء لأن ذلك سنة والسعي واجب فلا ينبغي أن يجعل الواجب تبعاً للسنة فأما طواف الزيارة ففرض والواجب يجوز أن يجعل تبعاً للفرص إلا أنه رخص السعي بعد طواف اللقاء وجعل ذلك وقته لا ترفيها بالحاج وتيسير له لا زدحام الاشتغال له يوم النحر فأما وقته الأصلي في يوم النحر عقب طواف الزيارة لما قلنا والله أعلم

فصل وأما بيان حكمه إذا تأخر عن وقته الأصلي وهي أيام النحر بعد طواف الزيارة فإن كان لم يرجع إلى أهله فإنه يسى ولا شيء عليه لأنه أتى بما وجب عليه ولا يلزمه بالتأخير شيء لأنه فعله في وقته الأصلي وهو ما بعد طواف الزيارة ولا يضره أن كان قد جامع أوقع التحلل بطواف الزيارة إذا سعى ليس ركن حتى يمنع التحلل وإذا صار حلالا بالطواف فلا فرق بين أن يسى قبل الجماع أو بعده غير أنه لو كان بمكة يسى ولا شيء عليه لما قلنا وإن كان يرجع إلى أهله فعليه دم لتركه السعي بغير عذر وإن أراد أن يعود إلى مكة يعود بإحرام جديد لأن إحرامه الأول قد ارتفع بطواف الزيارة أوقع التحلل به فيحتاج إلى تجديد الإحرام وإذا عاد وسى يسقط عنه الدم لأنه تدارك الترك وذكر في الأصل وقال والدم أحب إلى من الرجوع لأن فيه منفعة للفقراء والنقصان ليس بقاحش فصار كما إذا طاف محدثا ثم رجع إلى أهله على ما ذكرنا فبما تقدم والله أعلم

فصل وأما الوقوف بمزدلفة فالكلام فيه يقع في مواضع في بيان صفته وركنه ومكانه وزمانه وحكمه إذا فات عن وقته أما الأول فقد اختلف فيه أصحابنا قال بعضهم إنه واجب وقال الليث أنه فرض وهو قول الشافعي واحتج بقوله تعالى فإذا أنفضت من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام والمشعر الحرام هو المزدلفة والأمر بالذكرك عند ما يدل على فرضية الوقوف بها (ولنا) إن الفرضية لا تثبت إلا بدليل مقطوع به ولم يوجد لأن المسئلة اجتهادية بين أهل الديانة وأهل الديانة لا يختلفون في موضع هناك دليل قطعي ودليل الوجوب ما روي عن عروة بن المضر عن الطائي جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقال أتعبت مطيق فأمرت بشرف الاعلونه فهل لي من حج وفي بعض الروايات قال أتعبت راحتي وأجهدت نفسي وما تركت جبلا من جبال طى إلا وقفت عليه فهل لي من حج فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقف معنا هذا الوقوف وصلى معنا هذه الصلاة وقد كان وقف قبل ذلك بعرفة ساعة بليل أو نهار فقد تم حجه فقد علق تمام الحج بهذا الوقوف والواجب هو الذي يتعلق القيام بوجوده لا الفرض لأن المتعلق به أصل الجواز لا صفة القيام وقال النبي صلى الله عليه وسلم الحج عرفة من أدرك عرفة فقد أدرك الحج جعل الوقوف بعرفة كل الحج وظاهره يقتضي أن يكون كل الركن وكذا جعل مدركة عرفة مدركا للحج ولو كان الوقوف بمزدلفة ركنًا لم يكن الوقوف بعرفة كل الحج بل بعضه ولم يكن أيضا مدركا

للحج بدونه وهذا خلاف الحديث وظاهر الحديث يقتضي أن يكون الركن هو الوقوف بعرفة لا غير إلا أن طواف الزيادة عرف ركننا بدليل آخر وهو ما ذكرنا فيها تقدم ولأن ترك الوقوف بعرفة جائز أعذر على ما بين ولو كان فرضا لما جاز تركه أصلا كسائر الفرائض فدل أنه ليس بفرض بل هو واجب إلا أنه قد يسقط وجوبه لعذر من ضعف أو مرض أو حيض أو نحو ذلك حتى لو تجمل ولم يقف لأشئ عليه وأما الآية فقد قيل في تأويلها أن المراد من الذكر هو صلاة المغرب والعشاء بعرفة وقيل هو الدعاء وفرضيته لا تقتضي فرضية الوقوف على أن مطلق الأمر للوجوب لا للفرضية بل الفرضية ثبتت بدليل زائد والله أعلم

فصل وأما ركنه فكيثرت بعرفة سواء كان بفعل نفسه أو بفعل غيره بأن كان محمولا وهو قائم أو معتمدا عليه أو كان على دابة لحصوله كائنا بما وسواء علم بها أو لم يعلم لما قلنا ولأن الائمة ليس الاثنية وإنما ليست بشرط كافي الوقوف بعرفة وسواء وقف أو مر مارا لحصوله كائنا بعرفة وإن قل ولا تشتط له الطهارة عن الجنابة والحيض لأنه عبادة لا تعلق بالبيت فتصح من غير طهارة كالوقوف بعرفة ورمى الجمار والله أعلم

فصل وأما مكانه فجزء من أجزاء عرفة أي جزء كان وله أن ينزل في أي موضع شاء منها إلا أنه لا ينبغي أن ينزل في وادي محسر لقول النبي صلى الله عليه وسلم عرفات كلها موقف الابلن عرنة ومزدلفة كلها موقف الاوادي محسر وروى أنه قال مزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن المحسر فيكره النزول فيه ولو وقف به أجزاء مع الكراهة والأفضل أن يكون وقوفه خلف الإمام على الجبل الذي يقف عليه الإمام وهو الجبل الذي يقال له قرح لأنه روى أنه صلى الله عليه وسلم وقف عليه وقال خذوا عني مناسككم ولأنه يكون أقرب إلى الإمام فيكون أفضل والله أعلم

فصل وأما زمانه فما بين طلوع الفجر من يوم النحر وطلوع الشمس فمن حصل بعرفة في هذا الوقت فقد أدرك الوقوف سواء بات بها أولا ومن لم يحصل بها فيه فقد فاتته الوقوف وهذا عندنا وقال الشافعي يجوز في النصف الأخير من ليلة النحر كما قال في الوقوف بعرفة وفي جرة العقبة والسنة أن يبيت ليلة النحر بعرفة والبيتوتة ليست بواجبة إنما الواجب هو الوقوف والأفضل أن يكون وقوفه بعد الصلاة فيصلي صلاة الفجر بغاس ثم يقف عند المشعر الحرام فيدعو الله تعالى ويسأله حوائجه إلى أن يسفر ثم يقبض منها قبل طلوع الشمس إلى منى ولو أقاض بعد طلوع الفجر قبل صلاة الفجر فقد أساء ولا شئ عليه لتركه السنة والله أعلم

فصل وأما حكم فواته عن وقته أنه إن كان لعذر فلا شئ عليه لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم ضفة أهله ولم يأمرهم بالكفارة وإن كان فواته لغير عذر فعليه دم لأنه ترك الواجب من غير عذر وإنه يجب الكفارة والله عز وجل أعلم

فصل وأما رمي الجمار فالكلام فيه في مواضع في بيان وجوب الرمي وفي تفسير الرمي وفي بيان مكانه وفي بيان عدد الجمار وقدره وأرجسها وما أخذها ومقدار ما رمي كل يوم عند كل موضع وكيفيته الرمي وما يسر في ذلك ويستحب وما يكره وفي بيان حكمه إذا تأخر عن وقته أو فات عن وقته (أما) الأول فدل على وجوبه الإجماع وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعله أما الإجماع فلأن الأمة أجمعت على وجوبه وأما قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فما روى أن رجلا سأله وقال إن ذبحت ثم رميت فقال صلى الله عليه وسلم أرم ولا حرج وظاهر الأمر يقتضي وجوب العمل وأما فعله فلا أنه صلى الله عليه وسلم رمى وأعمال النبي صلى الله عليه وسلم فيها لم يكن بيانا للعمل الكتاب ولم يكن من حوائج نفسه ولأن أمور الدنيا محمول على الوجوب لورود النصوص بوجوب الاقتداء به والاتباع له ولزوم طاعته وحرمة مخالفتها فكانت أفعاله فيما قلنا محمولة على الوجوب لكن عملا لا اعتقادا على طريق التبيين لاحتمال الخصوص كفي بعض الواجبات فهو صلاة الليل وبعض المباحات وهو حل تسعة أسوة أو زيادة ما فيها فاهتدوا بالوجوب منها حينما يؤدي إلى اعتقاد غير الواجب واجبات حقه وغير

المباح مباح في حقه وهذا لا يجوز فاما القول بالوجوب عملا مع الاعتقاد ميمه ان ما أراد الله تعالى به فهو حق
 لا ضرر فيه لانه ان كان واجبا يخرج عن العهدة بفعله وان لم يكن واجبا يثبت على فعله فكان ما قلناه احترازا
 عن الضرر بقدر الامكان وانه واجب عقلا وشرعا والله أعلم

فصل وأما تفسير رمي الجمار فرمى الجمار في اللغة هو القذف بالاحجار الصغار وهي الحصى اذا جمار جمع
 جمره والجمرة هي الحجر الصخر وهي الحصاة وفي عرف الشرع هو القذف بالحصى في زمان مخصوص ومكان
 مخصوص وعدد مخصوص على ما تبين ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا قام عند الجمرة ووضع الحصاة
 عندها وضعا انه لم يجزه لعدم الرمي وهو القذف وان طرحها طرعا جزاءه اوجود الرمي الا انه رمى خفيف فيجزئه
 وسواء رمى بنفسه أو بغيره عند عجزه عن الرمي بنفسه كالمرضى الذي لا يستطيع الرمي فوضع الحصى في كفه
 فرمى بها أو رمى عنه غيره لان أفعال الحج تجري فيها النيابة كالطواف والوقوف بعرفة ومن دلفه والله أعلم

فصل وأما وقت الرمي فأيام الرمي أربعة يوم النحر وثلاثة أيام التشريق أما يوم النحر فاول وقت المستحب ما بعد طلوع الشمس قبل
 ما بعد طلوع الفجر الثاني من يوم النحر فلا يجوز قبل طلوعه وأول وقته المستحب ما بعد طلوع الشمس قبل
 الزوال وهذا عندنا وقال الشافعي اذا انتصف ليلة النحر دخل وقت الجمار كما قال في الوقوف بعرفة ومن دلفه
 فاذا طلعت الشمس وجب وقال سفيان الثوري لا يجوز قبل طلوع الشمس والصحيح قولنا لما روى عن
 النبي صلى الله عليه وسلم انه قدم ضفة أهله ليلة المزدلفة وقال صلى الله عليه وسلم لا ترموا جمرة العقبة حتى
 تكونوا مصبحين نهى عن الرمي قبل الصبح وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يلج أخذاً أغلجه نبي
 عبد المطلب وكان يقول لهم لا ترموا جمرة العقبة حتى تكونوا مصبحين فان قيل قدر روى أنه قال لا ترموا
 جمرة العقبة حتى تطلع الشمس وهذا حجة سفيان فالجواب ان ذلك محمول على بيان الوقت المستحب توفيقا
 بين الروايتين بقدر الامكان وبه نقول ان المستحب ذلك وأما آخره فآخر النهار كذا قال أبو حنيفة ان وقت
 الرمي يوم النحر عند المي غروب الشمس وقال أبو يوسف يمتد الى وقت الزوال فاذا زالت الشمس يفوت الوقت
 ويكون فيما بعده قضاء وجه قول أبي يوسف ان أوقات العبادة لا تعرف الا بالتوقيف والتوقيف ورد بالرمي في
 يوم النحر قبل الزوال فلا يكون ما بعده وقت الله أداء كافي سائر أيام النحر لانه لما جعل وقته فيما بعد الزوال لم يكن قبل
 الزوال وقتا له ولا في حنيفة الاعتبار بسائر الايام وهو ان في سائر الايام ما بعد الزوال الى غروب الشمس وقت الرمي
 فكذا في هذا اليوم لان هذا اليوم اعم بما يفرق سائر الايام في ابتداء الرمي لاني انتهائه فكان مثل سائر الايام في الانتهاء
 فكان آخره وقت الرمي كسائر الايام فان لم يرم حتى غربت الشمس فيرمي قبل طلوع الفجر من اليوم الثاني أجزاء
 ولا شيء عليه في قول أصحابنا وللشافعي فيه قولان في قول اذا غربت الشمس فقد فات الوقت وعليه القديرة في قول
 لا يفوت الا في آخر أيام التشريق والصحيح قولنا لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن للراعات ان يرموا
 بالبلل ولا يقال انه رخص لهم ذلك لعذر لاننا نقول ما كان لهم عذر لانه كان يمكنهم ان يستنيب بعضهم بعضا فيأتي
 بالنهار فيرمي فثبت ان الاباحة كانت لعذر فيدل على الجواز مطلقا فلا يجب الدم فان آخر الرمي حتى طلع الفجر من
 اليوم الثاني رمى وعليه دم لا تخير في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد لا شيء عليه والكلام فيه يرجع الى
 ان الرمي مؤقت عنده وعندهما ليس بمؤقت وهو قول الشافعي وهو على الاختلاف الذي ذكرنا في طواف الزيارة
 في أيام النحر انه مؤقت بما وجوبه عنده حتى يجب الدم بالتأخير عنها وعندهم ليس بمؤقت أصلا فلا يجب بالتأخير
 شيء والحجج من الجانبين وجواب أبي حنيفة عن تعلقهما بالخبر والمعنى ما ذكرنا في الطواف والله أعلم

فصل وأما وقت الرمي من اليوم الاول والثاني من أيام التشريق وهو اليوم الثاني والثالث من أيام الرمي
 فبعد الزوال حتى لا يجوز الرمي فيه ما قبل الزوال في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وروى عن أبي حنيفة ان
 الأفضل ان يرمي في اليوم الثاني والثالث بعد الزوال فان رمى قبله جاز وجه هذه الرواية ان قبل الزوال وقت

الرمي في يوم النحر فكذا في اليوم الثاني والثالث لان السكك أيام النحر وجه الرواية المشهورة ما روى عن جابر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى الجرة يوم النحر ضحى ورمى في بقية الايام بعد الزوال وهذا باب لا يعرف بالقياس بل بالتوقيف فان آخر الرمي فيهما الى اللبل فرمى قبل طلوع الفجر جاز ولا شيء عليه لان اللبل وقت الرمي في أيام الرمي لمساروينام الحديث فاذا رمى في اليوم الثاني من أيام التشريق بعد الزوال فاراد أن ينفر من منى الى مكة وهو المراد من النفر الاول فله ذلك لقوله تعالى فن تجمل في يومين فلاثم عليه أى من نفر الى مكة بعد ما رمى يومين من أيام التشريق وترك الرمي في اليوم الثالث فلاثم عليه في تجيله والافضل أن لا يتجمل بل يتأخر الى آخر أيام التشريق وهو اليوم الثالث منها فيستوفى الرمي في الايام كلها ثم ينفر وهو المعنى من النفر الثاني وذلك معنى قوله تعالى ومن تأخر فلاثم عليه وفي ظاهر هذه الآية الشرية اشكال من وجهين أحدهما انه ذكر قوله تعالى لاثم عليه في المتجمل والتأخر جميعا وهذا ان كان يستقيم في حق المتجمل لانه يترخص لا يستقيم في حق المتأخر لانه أخذ بالعزيمة والافضل والثاني انه قال تعالى في المتأخر فلاثم عليه لمن اتقى فسيده بالتقوى وهذا التقييد بالمتجمل أليق لانه أخذ بالرخصة ولم يذ كر فيه هذا التقييد والجواب عن الاشكال الاول ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال في هذه الآية فن تجمل في يومين غفرله ومن تأخر غفرله وكذا روى عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال في قوله تعالى فلاثم عليه رجوع مغفور له وأما قوله تعالى لمن اتقى فهو بيان أن ما سبق من وعده المغفرة للمتجمل والمتأخر بشرط التقوى ثم من أهل التأويل من صرف التقوى الى الاتقاء عن قتل الصيد في الاحرام أى لمن اتقى قتل الصيد في حال الاحرام وصرف أيضا قوله تعالى واتقوا الله أى فاتقوا الله ولا تستحلوا قتل الصيد في الاحرام ومنهم من صرف التقوى الى الاتقاء عن المعاصي كلها في الحج وفيما بقي من عمره ويحتمل أن يكون المراد منه التقوى عما حظر عليه الاحرام من الرفث والفسوق والجبدال وغيره والله أعلم وأما يجوز له النفر في اليوم الثاني والثالث مالم يطلع الفجر من اليوم الثاني فاذا طلع الفجر لم يجوز له النفر وأما وقت الرمي من اليوم الثالث من أيام التشريق وهو اليوم الرابع من أيام الرمي فالوقت المستحب له بعد الزوال ولورمى قبل الزوال يجوز في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد لا يجوز واحتجاج ما روى عن جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم رمى الجرة يوم النحر ضحى ورمى في بقية الايام بعد الزوال وأوقات المناسك لا تعرف قياسا فدل ان وقته بعد الزوال ولان هذا يوم من أيام الرمي فكان وقت الرمي فيه بعد الزوال كاليوم الثاني والثالث من أيام التشريق ولا في حنيفة ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال اذا افتتح النهار من آخر أيام التشريق جاز الرمي والظاهر انه قاله سمعا عن النبي صلى الله عليه وسلم اذهب باب لا يدرك بالرأى والاجتهاد فصار اليوم الاخير من أيام التشريق مخصوصا من حديث جابر رضي الله عنه بهذا الحديث أو يحتمل فله في اليوم الاخير على الاستحباب ولان له أن ينفر قبل الرمي ويترك الرمي في هذا اليوم رأسا فاذا جاز له ترك الرمي أصلا فلا يجوز له الرمي قبل الزوال أولى والله أعلم

فصل وأما مكان الرمي في يوم النحر عند جرة العقبة وفي الايام الاخر عند ثلاثة مواضع عند الجرة الاولى والوسطى والعقبة وينبغي في ذلك كاه مكان وقوع الجرة لا مكان الرمي حتى لو رماها من مكان بعيد فوقت الحصة عند الجرة أجزأه وان لم تقع عنده لم تجزها الا اذا وقعت بقرب منها لان ما يقرب من ذلك المكان كان في حكمه لكونه تبعاله والله أعلم

فصل وأما الكلام في عدد الجرار وقدرها وجنسها وما أخذها ومقدار ما رمى كل يوم عند كل موضع وكيفية الرمي وما يسن في ذلك وما يستحب وما يكره فيأتى ان شاء الله تعالى في بيان سنن أفعال الحج والله أعلم

فصل وأما بيان حكمه اذا تأخر عن وقته وأوقات فتنه قول اذا ترك من جمار يوم النحر حصاة أو حصتين أو ثلاثا نال القذفانه يرمى ما ترك أو يتصدق لكل حصاة نصف صاع من حنطة الا أن يبلغ قدر الطعام دما فينقص ما شاء ولا

يبلغ دما والاصل ان ما يجب في جميعه دم يجب في أقله صدقة لما نذر ان شاء الله تعالى وههنا ترك جميع الرمي
 الى الغد كان عليه دم عند أبي حنيفة فاذا ترك أقله نجب عليه الصدقة الا ان يبلغ دما المانذ كروان ترك الاكثر منها
 فعليه دم في قول أبي حنيفة لان في جميعه دم عنده فكذا في أكثره وعند أبي يوسف ومحمد لا يجب في جميعه دم فكذا
 في أكثره فان ترك رمى أحد الجار الثلاث من اليوم الثاني فعليه صدقة لانه ترك أقل وظيفة اليوم وهو رمى
 سبع حصيات فكان عليه صدقة الى أن يصير المتروك أكثر من نصف الوظيفة لان وظيفة كل يوم ثلاث جمار
 فكان رمى جرة منها أقلها ولو ترك الكل وهو الجار الثلاث فيه لزمه عنده دم فيجب في أقلها الصدقة بخلاف اليوم
 الاول وهو يوم النحر اذا ترك الجرة فيه وهو سبع حصيات انه يلزمه دم عنده لان سبع حصيات كل
 وظيفة اليوم الاول فكان تركه بمنزلة ترك كل وظيفة اليوم الثاني والثالث وذلك احد وعشرون حصاة وترك ثلاث
 حصيات فيه بمنزلة ترك جرة تامة من اليوم الثاني والثالث وهي سبع حصيات فان ترك الرمي كله في سائر
 الايام الى آخر أيام الرمي وهو اليوم الرابع فانه يرميها فيه على الترتيب وعليه دم عنده وعندهما لا دم عليه لما
 بينا ان الرمي مؤقت وعنده هما ليس بمؤقت ثم على قوله لا يلزمه الا دم واحد وان كان ترك وظيفة
 يوم واحد بانفراده بوجوب دما واحدا ومع ذلك لا يجب عليه لتأخير الكل الا دم واحد لان جنس الجنابة
 واحد حظرها احرام واحد من جهة غير متقومة فيكفي ادم واحد كما لو حلق المحرم ربع رأسه انه يجب
 عليه دم واحد ولو حلق جميع رأسه يلزمه دم واحد ايضا وكذلك الوطيط عضو واحد وطيط أعضائه كلها
 أو لبس ثوبا واحدا أو لبس ثيابا كثيرة لا يلزمه في ذلك كله الا دم واحد كذا ههنا بخلاف ما اذا نفل
 صبودا انه يجب عليه لكل صيد جزاؤه على حدة لان الجهة هناك متقومة فان ترك الكل حتى غربت الشمس
 من آخر أيام النحر بق وهو آخر أيام الرمي يسقط عنه الرمي وعليه دم واحد في قولهم جميعا أما سوط الرمي
 فلان الرمي عبادة مؤقتة والاصل في العبادات المؤقتة اذا فات وقتها ان تسقط وانما القضاء في بعض العبادات
 المؤقتة يجب بدليل مبتدأ ثم انما وجب هناك لمعنى لا يوجد ههنا وهو ان القضاء صرف ماله الى ما عليه
 فيستدعي ان يكون جنس الفائت مشر وعافي وقت القضاء فيمكنه صرف ماله الى ما عليه وهذا لا يوجد في الرمي
 لانه ليس في غير هذه الايام رمى مشروع على هيئة مخصوصة ليصرف ماله الى ما عليه فتعذر القضاء فسقط
 ضرورة ونظير هذا اذا فاتته صلاة في أيام النحر بق فقضاها في غيرها انه يقضيها بالتكبير لانه ليس في وقت القضاء
 تكبير مشروع ليصرف ماله الى ما عليه فسقط أصلا كذا ههنا وأما وجوب الدم فلتركه الواجب عن وقتها أما ما
 عند أبي حنيفة فظاهر لان رمى كل يوم مؤقت وعندهما ان لم يكن مؤقتا فهو مؤقت بايام الرمي فقد ترك
 الواجب عن وقتها فان ترك الترتيب في اليوم الثاني فبدأ بجمرة العقبة فرماها ثم بالوسطى ثم بالتي تلي المسجد ثم
 ذكر ذلك في يومه فانه ينبغي ان يعيد الوسطى وجمرة العقبة وان لم يعد جزاءه ولا يعيد الجرة الاولى أما إعادة الوسطى
 وجمرة العقبة فلتركه الترتيب فانه مسنون لان النبي صلى الله عليه وسلم رتب فاذا ترك المسنون تستحب
 الاعادة ولا يعيد الاولى لانه اذا اعاد الوسطى والعقبة صارت هي الاولى وان لم يعد الوسطى والعقبة جزء لان
 الرميات مما يجوز ان ينفرد بعضها من بعض بدليل ان يوم النحر يرمى فيه جمرة العقبة ولا يرمى غيرها
 من الجار وفيما جاز ان ينفرد البعض من البعض لا يشترط فيه الترتيب كالوضوء بخلاف ترتيب السعي على
 الطواف انه شرط لان السعي لا يجوز ان ينفرد عن الطواف بهما فان رمى كل جرة بثلاث حصيات ثم ذكر ذلك
 فانه يبدأ في رمي الاولى بربع حصيات حتى يتم ذلك لان رمى تلك الجرة غير مرتب على غيره فيجب عليه ان
 يتم ذلك بربع حصيات ثم يعيد الوسطى بسبع حصيات لان قدر ما فعل حصل قبل الاولى فيعيد مراعاة
 للترتيب الا ترى انه لو فعل الكل يعيد فاذا رمى الثلاث أولى أن يعيد وكذلك جرة العقبة فان كان قدر رمى كل واحدة
 بربع حصيات فانه يرمى كل واحدة بثلاث ثلاث لان الاربع أكثر الرمي فيقوم مقام الكل فصارت كانه رتب الثاني

على رمى كامل وكذا الثالث وان استقبل رمية فهو أفضل ليكون الرمي في الثلاث البواقى على الوجه المسنون
وهو الترتيب ولو نقص حصاة لا يدري من أين تنقصها عاد على كل واحدة منهم حصاة حصاة اسقاطا للواجب
عن نفسه ييقن كمن ترك صلاة واحدة من الصلوات الخمس لا يدري أينها هي أنه بعد خمس صلوات يخرج عن
العهد ييقن كذا هذا والله أعلم

فصل في ما خلق الله من خلقه من جنس النعمان والنعمة من جنس النعمان والنعمة من جنس النعمان والنعمة من جنس النعمان
بيان حكمه اذا وجد وفي بيان حكم تأخره عن وقته وفعله في غير مكانه اما الاول فالخلق او التخصيص واجب عندنا اذا
كان على رأسه شعر لا يتحلل بدونه وعند الشافعي ليس بواجب ويتحلل من الحج بالرمي ومن العبرة بالسعي اخراج
عمارى عن ابن عمر رضى الله عنه ان عمر رضى الله عنه خطب بعرفة وعلمهم امر الحج فقال لهم اذا جئتم منى
فمن رمى الجمرة فقد حل له ما حرم على الحاج الا النساء والطيب حتى يطوف بالبيت ولنا قوله تعالى ثم ليقضوا نكحتهم
وروى عن ابن عمر رضى الله عنه ان التفتح لاق الشعر وبالس الثياب وما يتبع ذلك وهو قول أهل التأويل بل انه
خلق الرأس وقص الاظافر والشارب ولان التفتح في اللغة الوسخ يقال امرأة تفتح اذا كانت خبيثة الرائحة وقوله
تعالى اقد صدق الله رسوله الرؤيا بالحق لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين محلقين رؤوسكم ومقصرين
فيسل في بعض وجوه التأويل ان قوله لتدخلن خبر بصيغة مفعلة ومعناه الامر اى ادخلوا المسجد الحرام ان شاء الله
آمنين محلقين رؤوسكم ومقصرين فيقتضى وجوب الدخول بصفة الخلق او التخصيص لان مطلق الأمر لوجوب العمل
والاستثناء على هذا التأويل يرجع الى قوله آمنين اى ان شاء الله ان تأمنوا تدخلوا وان شاء لا تأمنوا لا تدخلونه
وان كانت الآية على الاخبار والوعود على ما يقتضيه ظاهر الصيغة فلا بد وان يكون الخبر به على ما ذهبوا وهو
دخولهم محلقين ومقصرين وذلك متعلق باختيارهم وقد يوجد وقد لا يوجد فلا بد من الدخول ليكون
الوجوب حاملا لهم على التحصيل فيوجد الخبر به ظاهرا وظاهرا بالاستثناء على هذا التأويل يكون على طريق
التبيين والتبرك باسم الله تعالى او يرجع الى دخول بعضهم دون بعض لجواز ان يموت البعض او يمنع بمانع فيعمل
عليه لتلايؤدى الى الخلاف في الخبر وقوله محلقين رؤوسكم ومقصرين اى بعضكم محلقين وبعضكم مقصرين
لا جماعنا على انه لا يجمع بين الخلق والتقصير فدل ان الخلق او التخصيص واجب لكن الخلق أفضل لانه روى ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا للخلقين ثلاثا وللقصرين مرة واحدة فقال اللهم اغفر للخلقين فقبل له
والمقصرين فقال اللهم اغفر للمحلقين فقبل له والمقصرين فقال اللهم اغفر للمحلقين والمقصرين ولان في
الخلق تقصيرا وزيادة ولا خلق في التقصير اصلا فكان الخلق أفضل واما حديث عمر رضى الله عنه فيه ضم
فيه الخلق او التقصير بمعناه فمن رمى الجمرة وحلق أو قصر فقد حل ويجب حمله على هذا ليكون موافقا
للكتاب هذا اذا كان على رأسه شعر فاما اذا لم يكن أجرى موسى على رأسه لما روى عن ابن عمر أنه قال
من جاء يوم النحر ولم يكن على رأسه شعر أجرى موسى على رأسه والفردورى رواه مر فوما الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم ولانه اذا عجزوا عن تحقيق الخلق فلم يعجز عن التشبه بالخالفين وقد قال النبي صلى الله عليه
وسلم من تشبه بقوم فهو منهم فان خلق رأسه بالنورة أجزاء وموسى أفضل اما الجواز فله حصول المقصود وهو ازالة
الشعر واما أفضلية الخلق بالموسى فلقوله تعالى محلقين رؤوسكم واطلاق اسم الخلق يقع على الخلق بالموسى وكذا
النبي صلى الله عليه وسلم خلق بالموسى وكان يختار من الاعمال أفضلها وهذا اذا لم يكن محصرا فاما المحصر فلا خلق
عليه في قول أبي حنيفة ومحمد وفي قول أبي يوسف عليه الخلق وسند كالمسئلة ان شاء الله تعالى في بيان أحكام
الاحصار ولو وجب عليه الخلق او التقصير ففسل رأسه بالخطمي مقام الخلق لا يقوم مقامه وعليه الدم لغسل رأسه
بالخطمي في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد لادم عليه ذكر الطحاوى الخلاف وقال الجصاص
لا عرف فيه خلافا والصحيح انه يلزمه الدم لان الخلق او التقصير واجب لما ذكرنا فلا يقع التحلل الا باحدهما ولم

يوجد فكان احرامه باقيا فاذا غسل رأسه بالخطمي فقص أزال الثفت في حال قيام الاحرام فليزله الدم والله أعلم
ولا حلق على المرأة لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس على النساء
حلق وإنما عليهن تقصير وروى عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى المرأة أن يحلق رأسها ولا أن
الحلق في النساء مثله ولهذا لم تفعله واحدة من نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم وإنما تقصرن فتأخذ من أطراف
شعرها قدر أنملة لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه سئل فقيل له كم تقصر المرأة فقال مثل هذه وأشار إلى أنملة وليس
على الحاج إذا حلق أن يأخذ من لحية شيئا وقال الشافعي إذا حلق ينبغي أن يأخذ من لحية شيئا لله تعالى وهو ذا
ليس بشيء لأن الواجب حلق الرأس بالنص الذي قلنا ولأن حلق اللحية من باب المأثم لأن الله تعالى زين الرجال
باللحية والنساء بالذوائب على ما روى في الحديث أن الله تعالى ملائكة تسيبهم سبحانه من زين الرجال باللحية
والنساء بالذوائب ولأن ذلك تشبه بالنصارى فيكره

فصل وأما مقدار الواجب فأما الحلق فالأفضل حلق جميع الرأس لقوله عز وجل محلقين رؤسكم والرأس اسم
للجميع وكذا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حلق جميع رأسه فانه روى انه ربي ثم ذبح ثم دعا بالخلق
فاشار الي شقه الأيمن فخلقه وفرق شعره بين الناس ثم أشار الى الأيسر فخلقه وأعطاه لأم سليم وروى أنه قال صلى الله
عليه وسلم أول نسكنا في يومنا هذا الرمي ثم الذبح ثم الحلق والحلق المطابق يقع على حلق جميع الرأس ولو حلق بعض
الرأس فإن حلق أقل من الربع لم يجزه وإن حلق ربع الرأس أجزأه ويكره أما الجواز فلأن ربع الرأس يقوم مقام
كاه في القرب المتعلقة بالرأس كسح ربع الرأس في باب الوضوء وأما الكراهة فلأن المسنون هو حلق جميع الرأس
لما ذكرنا وترك المسنون مكروه وأما التقصير فالتقدير فيه بالأنملة لما روينا من حديث عمر رضي الله عنه
لكن أصحنا قالوا يجب أن يزيد في التقصير على قدر الأنملة لأن الواجب هذا القدر من أطراف جميع الشعر
وأطراف جميع الشعر لا يتساوى طولها عادة بل تتفاوت فلو قصر قدر الأنملة لا يصير مستوفيا قدر الأنملة من
جميع الشعر بل من بعضه فوجب أن يزيد عليه حتى يستيقن باستيفاء قدر الواجب فيخرج عن العهدة بيقين

فصل وأما بيان زمانه ومكانه فزمانه أيام النحر ومكانه الحرم وهذا قول أبي حنيفة أن الحلق يختص بالزمان
والمكان وقال أبو يوسف لا يختص بالزمان ولا بالمكان وقال محمد يختص بالمكان لا بالزمان وقال زفر
يختص بالزمان لا بالمكان حتى لو أخر الحلق عن أيام النحر أو حلق خارج الحرم يجب عليه الدم في قول أبي
حنيفة وعند أبي يوسف لا دم عليه فيهما جميعا وعند محمد يجب عليه الدم في المكان ولا يجب في الزمان
وعند زفر يجب في الزمان ولا يجب في المكان احتج زفر بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حلق عام
الحديبية وأمر أصحابه بالحلق وحديبية من الحل فاوختص بالمكان وهو الحرم لما جاز في غيره ولو كان كذلك
لما فعل بنفسه ولما أمر أصحابه فدل أن الحلق لا يختص بجوازه بالمكان وهو الحرم وهذا أيضا حجة أبي
يوسف في المكان ولأبي يوسف ومحمد في أنه لا يختص زمان ما روى أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال حاقت قبل أن أذبح فقال صلى الله عليه وسلم اذبح ولا حرج وجاءه آخر فقال ذبحت قبل أن أرى فقال
أرم ولا حرج فاستدل في ذلك اليوم عن تقديم نسك وتأخيرها الا قال افعلا ولا حرج ولأبي حنيفة أنه صلى الله عليه
وسلم حلق في أيام النحر في الحرم فصار فعله بيانا للمطلق الكتاب ويجب عليه بتأخير دم عنده لأن تأخير الواجب
بمثلة الترتيب حق وجوب الجابر لما ذكرنا في طواف الزيارة وأما حديث الحديبية فقد ذكرنا أن الحديبية بعضها
من الحل وبعضها من الحرم فيحتمل أنهم حلقوا في الحرم فلا يكون حجة مع الاحتمال مع ما نهى أن النبي صلى
الله عليه وسلم كان نزل بالحديبية في الحل وكان يصلي في الحرم فانظروا هل يحلق في الحل وله سبيل الحلق في الحرم
وأما الحديث الآخر فنقول عوجبه أنه لا حرج في التأخير عن المكان والزمان وهو الاثم لكن انتفاء الاثم لا يوجب
انتفاء الكفارة كما في كفارة الحلق عند الأذى وكفارة قتل الخطأ ولو لم يحلق حتى خرج من الحرم ثم عاد إلى الحرم

خلق أو قصر فلا دم عليه لوجود الشرط على قول من يجعل المكان شرطاً
﴿فصل﴾ وأما حكم الخلق فحكمه حصول التحلل وهو صيرورته حلالاً لا يباح له جميع ما حظر عليه من الاحرام الا
 النساء وهذا قول أصحابنا وقال مالك الا النساء والطيب وقال البيهقي الا النساء والصبي وقال الشافعي يحل له بالخلق
 الوطء فيما دون الفرج والمباشرة احتج مالك بخاروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا حلقتهم فقد حل لكم
 كل شيء الا النساء والطيب والصحيح قولنا لما روى عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
 من رعى ثم ذبح ثم حلقتهم فقد حل له كل شيء الا النساء والحديث عجة على الكل لان النبي صلى الله عليه وسلم أخبر
 أنه حل له كل شيء واستثنى النساء فبقى الطيب والصبي داخلين تحت نص المستثنى منه وهو احوال ما سوى النساء
 وخرج الوطء فيما دون الفرج والمباشرة عن الاحلال بنص الاستثناء وأما حديث عمر فقد قيل انه لما بلغ
 عائشة رضي الله تعالى عنها قالت يغفر الله لهذا الشيخ لقد طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خلق
﴿فصل﴾ وأما حكم تأخيرها عن زمانه ومكانه فوجوب الدم عند أبي حنيفة وأبو يوسف خالفه في الزمان
 والمكان ومحمد وافقه في المكان لا في الزمان وزفر وافقه في الزمان لا في المكان على ما ذكرنا والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما طواف الصدر فالكلالم فيه يقع في مواضع في بيان وجوبه وفي بيان شرائطه وفي بيان قدره
 وكيفيةه وما يسن له أن يفعله بعد فراغه منه وفي بيان وقتيه وفي بيان مكانه وحكمه اذا تكرر ولم يطف أما الاول
 فطواف الصدر واجب عندنا وقال الشافعي سنة وجه قوله مبني على أنه لا يفرق بين الفرض والواجب وليس
 بفرض بالاجماع فلا يكون واجباً لكنه سنة لفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم اياه على المواطبة وانه دليل
 السنة ثم دليل عدم الوجوب انا أجمعنا على أنه لا يجب على الحائض والنفساء ولو كان واجباً لوجب عليهما
 كطواف الزيارة ونحن نفرق بين الفرض والواجب على ما عرف ودليل الوجوب ما روى عن النبي صلى الله عليه
 وسلم أنه قال من حج هذا البيت فليكن آخر عهده به الطواف ومطلق الامر لوجوب العمل الا أن الحائض
 نخصت عن هذا العموم بدليل وهو ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص للنساء الحيض ترك طواف
 الصدر عند الحيض ولم يأمرهن بإقامته شيء آخر مقامه وهو الدم وهذا أصل عندنا في كل شيء جاز تركه لعذرانه
 لا يجب بتركه من المذور كفارة والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائطه فبعضها شرائط الوجوب وبعضها شرائط الجواز أما شرائط الوجوب فثلاث ان يكون من
 أهل الاتاق فليس على أهل مكة ولا من كان منزله داخل المواقيت الى مكة طواف الصدر اذا حجوا لان هذا
 الطواف انما وجب توديع البيت ولهذا يسمى طواف الوداع ويسمى طواف الصدر لوجوده عند صدور الحاج
 ورجوعهم الى وطنهم وهذا لا يوجد في أهل مكة لانهم في وطنهم وأهل داخل المواقيت في حكم أهل مكة فلا يجب
 عليهم كالأحباب على أهل مكة وقال أبو يوسف أحب الي أن يطوف المسكي طواف الصدر لانه وضع تختم أفعال
 الحج وهذا المعنى يوجد في أهل مكة ولو نوى الاتاق الإقامة بمكة أبداً بان توطن بها واتخذها داراً فهذا لا يخلو
 من أحد وجهين اما ان نوى الإقامة بها قبل ان يحل النفر الاول واما ان نوى بعد ما حل النفر الاول فان نوى
 الإقامة قبل ان يحل النفر الاول سقط عنه طواف الصدر أي لا يجب عليه بالاجماع وان نوى بعد ما حل النفر الاول
 لا يسقط وعليه طواف الصدر في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يسقط عنه الا اذا كان شرع فيه ووجه قوله
 انه لما نوى الإقامة صار كواحد من أهل مكة وليس على أهل مكة طواف الصدر الا اذا شرع فيه لانه وجب
 عليه بالشرع فلا يجوز له تركه بل يجب عليه المضي فيه ووجه قول أبي حنيفة انه اذا حل له النفر فقد وجب عليه
 الطواف لدخول وقتيه الا انه مرتب على طواف الزيارة كالوتر مع العشاء فنية الإقامة بعد ذلك لا تعمل كما
 اذا نوى الإقامة بعد خروج وقت الصلاة ومنها الطهارة من الحيض والنفاس فلا يجب على الحائض والنفساء
 حتى لا يجب عليهما الدم بالترك لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للحيض ترك هذا الطواف

لا إلى بدل فدل أنه غير واجب عليهم إذا لو كان واجبا لما جاز تركه لا إلى بدل وهو الدم فاما الطهارة عن الحدث والجنابة فليست بشرط لأوجب ويجب على المحدث والجنب لأنه يمكنهما إزالة الحدث والجنابة فلم يكن ذلك عذرا والله أعلم

فصل وأما شرط جوازها النية لأنه عبادة فلا بد له من النية فاما تعين النية فليس بشرط حتى لو طاف بعد طواف الزيارة لا يعين شيئا ونوى تطوعا كان للصدر لأن الوقت تعين له فتصرف مطلق النية إليه كافي صوم رمضان ومنها أن يكون بعد طواف الزيارة حتى إذا نقر في النفر الأول فطاف طوافا لا ينوي شيئا ونوى تطوعا أو الصدر يقع عن الزيارة لأن الصدر لأن الوقت له طواف وطواف الصدر مرتب عليه فاما النفر على فور الطواف فليس من شرائط جوازها حتى لو طاف للصدر ثم تشغل بمكة بعده لا يجب عليه طواف آخر فان قيل أليس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من حج هذا البيت فليكن آخر عهده به الطواف فقد أمر أن يكون آخر عهده الطواف بالبيت ولما تشغل بعده لم يقع الطواف آخر عهده به فيجب أن لا يجوز أن اذ لم يأت بالمأثور به فالجواب أن المراد منه آخر عهده بالبيت نسكا لا إقامة والطواف آخر مناسكه بالبيت وإن تشغل بغيره وروى عن أبي حنيفة أنه قال إذا طاف للصدر ثم أقام إلى العشاء فاحب إلى أن يطوف طوافا آخر لا يحول بين طوافه وبين نقره حائل وكذا الطهارة عن الحدث والجنابة ليست بشرط لجوازها فيجوز طوافه إذا كان محدثا أو جنبا ويعتد به ولا فضل أن يعيد طاهرا فان لم يعد جاز وعليه شاة أن كان جنبا لأن النقص كثير فيجب بالشاة كالوترك أكثر لا شروط وإن كان محدثا ففيه روايتان عن أبي حنيفة في رواية عليه صدقة وهي الرواية الصحيحة وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن النقص يسير فصار كشروط أو شوطين وفي رواية عليه شاة لأنه طواف واجب فاشبه طواف الزيارة وكذا ستر عورتها ليس بشرط للجواز حتى لو طاف مكشوف العورة قدر ما لا تجوز به الصلاة جاز ولكن يجب عليه الدم وكذا الطهارة عن العجاسة إلا أنه يكره ولا شيء عليه والفرق ما ذكرنا في طواف الزيارة والله أعلم

فصل وأما قدره وكيفيته فمثل سائر الاطوفات ذكر السنن التي تتعلق به في بيان سنن الحج إن شاء الله تعالى

فصل وأما وقته فقد روى عن أبي حنيفة أنه قال ينبغي للإنسان إذا أراد السفر أن يطوف طواف الصدر حين يريد أن ينفر وهذا بيان الوقت المستحب لا بيان أصل الوقت ويجوز في أيام الحرم وبسببها ويكون أداء القضاء حتى لو طاف طواف الصدر ثم أطال الإقامة بمكة ولم ينو الإقامة بها ولم يتخذها دارا جاز طوافه وإن أقام سنة بعد الطواف إلا أن الأفضل أن يكون طوافه عند الصدر لما قلنا ولا يلزمه شيء بالتأخير عن أيام الحرم بالإجماع

فصل وأما مكانه فحول البيت لا يجوز إلا به لقول النبي صلى الله عليه وسلم من حج هذا البيت فليكن آخر عهده به الطواف والطواف بالبيت هو الطواف حوله فان نقر ولم يطف فليكن عليه أن يرجع ويحيط بالبيت الميقات لأنه ترك طوافا واجبا وأمكنه أن يأتي به من غير الحاجة إلى تجديد الإحرام فيجب عليه أن يرجع ويأتي به وإن جاوز الميقات لا يجب عليه الرجوع لأنه لا يمكنه الرجوع إلا بالاتزام عمرة بالاتزام إحرامها ثم إذا أراد أن يمضي وعليه دم وإن أراد أن يرجع أحرم بعمرة ثم يرجع وإذا رجع مبتدئ بطواف العمرة ثم بطواف الصدر ولا شيء عليه لتأخيره عن مكانه وقالوا الأولى أن لا يرجع ويرى دما مكان الطواف لأن هذا نفع للفقراء ويسر عليه لمسافيه من دفع مشقة السفر وضرب التزام الإحرام والله أعلم

فصل وأما بيان سنن الحج وبيان الترتيب في أفعاله من الفرائض والواجبات والسنن فتقول وبالله التوفيق إذا أراد أن يحرم اغتسل أو توضأ والغسل أفضل لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بلغ ذا الحليفة اغتسل لأحرامه وسواء كان رجلا أو امرأة والمرأة طاهرة عن الحيض والنفس أو حائض أو نفساء لأن المقصود من إقامة هذه السنة النظافة فيستوى فيها الرجل والمرأة وحال طهر المرأة وحوضها ونفاسها والدليل عليه أيضا ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما نزل تحت الشجرة في بيعة الرضوان أتاه أبو بكر الصديق رضي الله عنه وقال

له ان اسماء قد نفست وكانت ولدت محمد بن أبي بكر رضى الله عنه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم مرها فتغتسل
وتحرم بالحج وكذا روى أن عائشة رضى الله عنها حاضت فامرهابا لاغتسال والا هلال بالحج والامر بالاغتسال
في الحديتين على وجه الاستحباب دون الايجاب لان الاغتسال عن الحيض والنفاس لا يجب حال قيام الحيض
والنفاس وانما كان الاغتسال أفضل لان النبي صلى الله عليه وسلم اختاره على الوضوء لأحرامه وكان يختار من
الاعمال أفضلها وكذا أمر به عائشة واسماء رضى الله عنهما ولأن معنى النظافة فيه أتم وأوفر ويلبس ثوبين
ازار او رداء لانه روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لبس ثوبين ازار او رداء ولأن المحرم ممنوع عن لبس المخيط ولا بد
من ستر العورة وما يتق به الحر والبرد وهذه المعاني تحصل بازاء رداء جديدين كانا أو غسيلين لان المقصود
يحصل بكل واحد منهما لان الجديد أفضل لانه أنظف وينبني لولى من أحرم من الصبيان العقل ان يجرد
ويلبسه ثوبين ازار او رداء لان الصبي في مراعاة لسنن كالبايع ويدهن باى دهن شاء ويتطيب باى طيب شاء
سواء كان طبيبا تبقى عينه بعد الاحرام أو لا تبقى في قول أبي خنيفة وأبي يوسف وهو قول محمد وألانهم رجوع وقال
يكره له ان يتطيب بطيب تبقى عينه بعد الاحرام وحكى عن محمد في سبب رجوعه انه قال كنت لا أرى به بأسا حتى
رأيت قوما أحضروا طيبا كثيرا ورأيت أمرا شنيعا فكرهته وهو قول مالك أحتج محمد بما روى أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال للأعرابي اغسل عند هذا الخوف وروى عن عمرو عثمان رضى الله عنهما انهما كرها ذلك ولأنه
إذا بقي عينه ينتقل من الموضع الذى طيبه الى موضع آخر فيصير كأنه طيب ذلك الموضع ابتداء بعد الاحرام ولأبي
خنيفة وأبي يوسف ما روى عن عائشة رضى الله عنهما انهما قالت طيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحرامه حين
أحرم ولا حاله حين أحل قبل ان يطوف بالبيت ولقد رأيت وبيص الطيب في مفارق رسول الله صلى الله عليه
وسلم بعد أحرامه ومعلوم ان وبيص الطيب انما يتبين مع بقاء عينه فدل أن الطيب كان بحيث تبقى عينه بعد
الاحرام. ولان التطيب بعد حصول مباح في الابتداء لمصلحة في غير حال الاحرام والبقاء على التطيب لا يسمى
تطيبا فلا يكره كما اذا حلق رأسه ثم أحرم وأما حديث الاعرابي فهو محمول على ما اذا كان عليه ثوب من عفر
والرجل يمنع من المزعفر في غير حال الاحرام في حال الاحرام أولى حملناه على هذا توفيقا بين الحديتين بقدر
الامكان وأما حديث عمرو عثمان فقد روى عن ابن عمر وعائشة رضى الله عنهما بخلافه فوقع التعارض فسقط
الاختصاص بقولهما وما ذكر من معنى الانتقال الى مكان آخر غير سديد لان اعتباره يوجب الجزاء لو انتقل وليس
كذلك بالاجماع ولو ابتداء الطيب بعد الاحرام فوجب عليه الكفارة فكفروا بقي عليه هل يلزمه كفارة أخرى
يبقى الطيب عليه اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يلزمه كفارة أخرى لان ابتداء الاحرام كان محظورا لوجوده
في حال الاحرام فكذا البقاء عليه بخلاف المسئلة الاولى وقال بعضهم لا يلزمه كفارة أخرى لان حكم الابتداء قد
سقط عنه بالكفارة والبقاء على الطيب لا يوجب الكفارة كفى المسئلة الاولى ثم يصلى ركعتين ما روى عن النبي صلى
الله عليه وسلم أنه قال أتاني آت من ربي وأنا بالعبقير وقال لي صل في هذا الوادى المبارك ركعتين وقل لبيك بعمره
وحجة لانه كان قارئا ثم بنوى الاحرام ويستحب له ان يتكلم بلسانه ما نوى بقلبه فيقول اذا أراد ان يحرم بالحج
اللهم انى أريد الحج فيسره لى وتقبله منى واذا أراد ان يحرم بالعمرة يقول اللهم انى أريد العمرة فيسر هالى وتقبلها
منى واذا أراد القران يقول اللهم انى أريد العمرة والحج فيسر هالى وتقبلها منى لان الحج عبادة عظيمة فيها كلفة
ومشقة شديدة فيستحب الدعاء بانيسير والتسهيل وبالقبول بعد التسهيل اذا كل عبادة تقبل الا ترى ان
ابراهيم واسماعيل عليهما الصلاة والسلام لما بنيا البيت على الوجه الذى أمر ابينا ناه سألار بهما قبول ما فالا فقالا
ربنا تقبل منا انك انت السميع العليم ويستحب ان يذكرا الحج والعمرة أوهما فى اهلاله ويقدم العمرة على الحج
فى الذكرا أهل بها فيقول لبيك بعمره وحجة لماروينا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أتاني آت من
ربى وأنا بالعبقير فقال صل في هذا الوادى المبارك ركعتين وقل لبيك بعمره وحجة وانما تقدم العمرة على الحج فى الذكر

لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر ان يقول كذلك ولان العمرة تقدم على الحج في الفعل فكذلك في الذكر ثم يلي في ذكر
 كل صلاة وهو الأفضل عندنا وقال الشافعي الأفضل ان يلي بعد ما استوى على راحلته وقال مالك بعد ما استوى
 على البيداء وانما اختلفوا فيه لاختلاف الرواية في أول تلبية النبي صلى الله عليه وسلم روى عن ابن عباس رضي
 الله عنه انه يلي بمرسلاته وروى عن ابن عمر رضي الله عنه انه يلي حين ما استوى على راحلته وروى جابر بن
 عبد الله رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم ابى حين استوى على البيداء وأصحابنا أخذوا رواية ابن عباس رضي
 الله عنه لانها محكمة في الدلالة على الأولية ورواية ابن عمر وجابر رضي الله عنهم محقة لجواز ان ابن عمر رضي الله
 عنه لم يشهد تلبية النبي صلى الله عليه وسلم بمرسلاته وانما شهد تليته حال استوائه على الراحلة فظن أن ذلك
 أول تليته فروى ما رأى وجابر لم يرتليته الا عند استوائه على البيداء فظن أنه أول تليته فروى ما رأى والدليل
 على صحة هذا التأويل ما روى عن سعيد بن جبير انه قال قلت لابن عباس كيف اختلف أصحاب رسول الله صلى الله
 عليه وسلم في اهلاله فقال انا أعلم بذلك صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مسجد ذي الحليفة ركعتين وأهل
 بالحج وكانت ناقته مسرجة على باب المسجد وابن عمر عندها فرآه قوم فقالوا أهل عقيب الصلاة ثم استوى على
 راحلته وأهل فكان الناس يأتونه برسالة فادركه قوم فقالوا انما أهل حين استوى على راحلته ثم ارتفع على البيداء
 فاهل فادركه قوم فقالوا انما أهل حين ارتفع على البيداء وإيم الله لقد أوجب في مصلاته ويكثر التلبية بعد ذلك في
 أدبار الصلوات فرائض كانت أو نوافل وذكر الطحاوي انه يكثر في أدبار المكتوبات دون النوافل والفوائت وأجراها
 مجرى التكبير في أيام التشريق والمذكور في ظاهر الرواية في أدبار الصلوات عام من غير تخصيص ولان فضيلة
 التلبية عقب الصلاة لا اتصالها بالصلاة التي هي ذكر الله عز وجل اذ الصلاة من أولها إلى آخرها ذكر الله تعالى
 وهذا يوجد في التلبية عقب كل صلاة وكلما عاشر فاولها بركبوا وكما استيقظ من منامه وبالأصهار
 لما روى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا كانوا يفعلون ويرفع صوته بالتلبية لما روى عن النبي صلى الله
 عليه وسلم انه قال أفضل الحج والعمرة هو رفع الصوت بالتلبية والنجح هو سيلان الدم وعن خلاد بن
 السائب الأنصاري عن أبيه رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أتاني جبريل وأمرني أن آمر أصحابي
 ومن معي ان يرفعوا أصواتهم بالتلبية فأنهم من شعائر الحج أمر برفع الصوت في التلبية وأشار إلى المعنى وهو أنهم من
 شعائر الحج والسبيل في اذكاره من شعائر الحج اشهارها وظاهرها كالآذان ونحوه والسنة ان يأتي بتلبية رسول
 الله صلى الله عليه وسلم وهي ان يقول لبيلك اللهم لبيلك لبيلك لا شريك لك لبيلك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك
 لك كذا روى عن ابن مسعود وابن عمر هذه اللفاظ في تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم فالتسنة ان يأتي بها ولا
 ينقص شيئا منها وان زاد عليها فهو مستحب عندنا وعند الشافعي لا يزيدها كما لا ينقص منها وهذا غير سديد لانه
 لو نقص منها ترك شيئا من السنة ولو زاد عليها فقد أتى بالسنة وزيادة والدليل عليه ما روى عن جماعة من الصحابة
 رضي الله عنهم انهم كانوا يزدون على تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ابن مسعود رضي الله تعالى عنه
 يزيده لبيلك عدد التراب لبيلك لبيلك ذال المارج لبيلك لبيلك الله الحق لبيلك وكان ابن عمر يزيده لبيلك وسعيد بن الخنيس
 كله يزيده لبيلك والربيعاء اليك ويروي واعمل والربيعاء اليك ولان هذا من باب الحمد لله تعالى والثناء عليه فالزيادة
 عليه تكون مستحبة لا مكروهة ثم اختلفت الرواية في تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذه الكلمة وهي
 قوله لبيلك ان الحمد والنعمة لك رويت بالكسر والفتح والاعسر أصح وهكذا ذكر محمد في الأصل أن الأفضل
 أن يقول بالكسر وانما كان كذلك لان معنى الفتح فيها يكون على التفسير والتأويل أي أباي يا ابن الحمد لك
 أو أباي لان الحمد لك أي لاجل ان الحمد لك واذا كسرتها صار ما بعدها ثناء وذكر ما ابتدأ تفسيره ولا تعديلا
 فكان أبلغ في الذكر والثناء فكان أفضل لما إذا قدم مكة فلا يضره لبيلك دخلها أو نهارا لما روى أن النبي صلى الله عليه
 وسلم دخلها نهارا وروى أنه دخلها ليلا وكذا روى عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها دخلت ليلا وروى أن

الحسن والحسين رضي الله تعالى عنهما دخلا ليلا وماروى عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه نهى عن دخول مكة ليلا فهو محمول على نهى الشفقة مخافة السرقة كذا أوله إبراهيم النخعي ولأنه إذا دخل ليلا لا يعرف موضع النزول فلا يدري أين ينزل وربما نزل في غير موضع النزول فيتأذى به ويدخل المسجد الحرام والافضل أن يدخل من باب بني شيبه ويقول اللهم افتح لي أبواب رحمتك وأعدني من الشيطان الرجيم وإذا وقع نظره على البيت يقول ويخفي سبحانه الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر اللهم هذا بيتك عظمته وشرفته وكرمه فزده تعظيما وتشريفا وتكريما ويدأ بالحجر الاسود فإذا استقبله كبر ورفع يديه كبر فعهما في الصلاة لكن حذو منكبيه لما روى عن مكحول أن النبي صلى الله عليه وسلم لما دخل المسجد بدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل وروينا عن النبي صلى الله عليه وسلم في كتاب الصلاة أنه قال لا ترفع لايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها عند استلام الحجر الاسود ثم يرسلهما أو يستلم الحجران أمكنه ذلك من غير أن يؤذى أحدا والافضل أن يقبله لما روى أن عمر رضي الله تعالى عنه انتمزه وقبله وقال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بك حنيا وروى أنه قال والله اني لأعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا اني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبلك ما قبلتك وفي رواية أخرى قال لولا اني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلم ما استلمت ثم استلمه وعن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استقبل الحجر فاستلمه ثم وضع شفتيه عليه فبكى طويلا ثم التفت فاذا هو بعمر يبكي فقال له ما يبكيك فقال يا رسول الله رأيتك تبكي فبكيت لبكائك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ههنا تسكب العبرات وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع على بعير يستلم الركن معججن ثم يرد الى فيه وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ليعثن الحجر يوم القيامة وله عينان يبصر بهما وأذانان يسمع بهما ولسان ينطق به فيشهد لمن استلمه بالحق وروى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستلمون الحجر ثم يقبلونه فيلتزمه ويقبله ان أمكنه ذلك من غير أن يؤذى أحدا لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لعمر يا أبا حفص انك رجل قوى وانك تؤذى الضعيف فاذا وجدت مسلكا فاستلم والا فسدع وكبر وهلل ولان الاسلام سنة وايداء المسلم حرام وترك الحرام أولى من الاتيان بالسنة واذا لم يمكنه ذلك من غير أن يؤذى استقبله وكبر وهلل وحمد الله وأثنى عليه وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم كما يصلى عليه في الصلاة ولم يذكر عن أصحابنا فيه دعاء بعينه لان الدعوات لا تحصى وعن مجاهد أنه كان يقول اذا أتيت الركن قل اللهم اني أسألك اجابة دعوتك وابتناء رضوانك واتباع سنة نبيك وعن عطاء رضي الله تعالى عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا مر بالحجر الاسود قال أعوذ برب هذا الحجر من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر ولا يقطع التلبية عند استلام الحجر ويقطعها في العمرة لما نذر ان شاء الله ثم يفتتح الطواف وهذا الطواف يسمى طواف اللقاة وطواف التحية وطواف أول عهد بالبيت وانه سنة عند طامة العلماء وقال مالك انه فرض واحتج بظاهر قوله عز وجل وليطوفوا بالبيت المتين أمر بالطواف بالبيت فدل على الوجوب والفرضية وانما أنه لا يجب على أهل مكة بالاجماع ولو كان ركنا لوجب عليهم لان الاركان لا تختلف بين أهل مكة وغيرهم كطواف الزيارة فلما لم يجب على أهل مكة دل أنه ليس بركن والمراد من الآية طواف الزيارة لاجماع أهل التفسير ولا نه خاطب الكل بالطواف بالبيت وطواف الزيارة هو الذي يجب على الكل فاما طواف اللقاة فانه لا يجب على أهل مكة دل على أن المراد هو طواف الزيارة وكذا سابق الآية دليل عليه لانه أمرنا بذيبح الهدايا بقوله عز وجل ليذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهجة الانعام وأمر بقضاء النفث وهو الحلق والطواف بالبيت عقيب ذبح الهدى لان كلمة ثم للترتيب مع التعقيب فيقتضى أن يكون الحلق والطواف مرتبين على الذبح والذبح يختص بأيام النحر لا يجوز قبلها فكذا الحلق والطواف وهو طواف الزيارة فاما طواف اللقاة فانه يكون سابقا على أيام

النحر فثبت أن المراد من الآية الكرعة طواف الزيارة وبه نقول أنه ركن وإذا افتتح الطواف بأخذ عن يمينه
 مما يلي الباب فيطوف بالبيت سبعة أشواط يرمل في الثلاثة الأول ويعشي على هيئته في الأربعة الباقية
 والأصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه استلم الحجر ثم أخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف
 بالبيت سبعة أشواط وأما الرمل فالأصل فيه أن كل طواف بعده سعى فمن سنه الاضطباع والرمل في الثلاثة
 الأشواط الأول منه وكل طواف ليس بعده سعى فلا رمل فيه وهذا قول عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم إلا
 ما حكى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن الرمل في الطواف ليس بسنة وجه قوله أن النبي صلى الله عليه
 وسلم انما رمل وندب أصحابه اليه لاظهار الجلد للمشركين وابداء القوة لهم من أنفسهم فانه روى أنه دخل رسول
 الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه مكة وكفار قرين قد صفت عند دار الندوة ينظرون اليهم ويستضعفونهم
 ويقولون أوهنتهم حتى يثرب فلما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم المسجد اضطبع بردائه ورمل ثم قال رحم
 الله امرأ أبدي من نفسه جادا وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال رحم الله امرأ أراهم اليوم من نفسه قوة وذلك
 المعنى قد زال فلم يبق الرمل سنة لكننا نقول الرواية عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا تصح لانه قد صح
 أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل بعد فتح مكة وروى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه قال كان رسول الله
 صلى الله عليه وسلم إذا طاف بالبيت الطواف الأول خبثا ومشى أربعين ثم إذا أصحبه رضي الله تعالى عنهم بعده
 رملوا وكذا المسلمون إلى يومنا هذا فصار الرمل سنة متواترة فاما ان يقال أن أول الرمل كان لذلك السبب وهو اظهار
 الجلالة وابداء القوة للكفرة ثم زال ذلك السبب وبقيت سنة الرمل على الأصل المعهودان بقاء السبب ليس بشرط
 لبقاء الحكم كالبيع والنكاح وغيرهما وأما أن يقال لما رمل النبي صلى الله عليه وسلم بعد زوال ذلك السبب صار
 الرمل سنة مبتدأة فتابع النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وإن كان لا نعقل معناه وإلى هذا أشار عمر رضي الله تعالى
 عنه حين رمل في الطواف وقال مالي أهرز كفتي وليس ههنا أحد رأيته لكن اتبع رسول الله صلى الله عليه وسلم
 أو قال لكن أفعل ما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ويرمل من الحجر إلى الحجر وهذا قول عامة العلماء وقال
 سعيد بن جبير وعطاء ومجاهد وطاوس رضي الله تعالى عنهم لا يرمل بين الركن اليماني وبين الحجر الأسود وإنما
 يرمل من الجانب الآخر وجه قولهم أن الرمل في الأصل كان لاظهار الجلالة للمشركين والمشركون إنما كانوا
 يطلعون على المسلمين من ذلك الجانب فإذا صاروا إلى الركن اليماني لم يطلعوا عليهم لصيرورة البيت حائلا
 بينهم وبين المسلمين ولنا ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل ثلاثا من الحجر إلى الحجر والجواب
 عن قولهم أن الرمل كان لاظهار القوة والجلالة أن الرمل الأول كان لذلك وقد زال وبقي حكمه أو صار الرمل
 بعد ذلك سنة مبتدأة لا لما شرع له الأول بل لمعنى آخر لا نعقله وأما الاضطباع فلما روي أن رسول الله صلى الله
 عليه وسلم كان يرمل مضطجعا بردائه وتفسير الاضطباع بالرداء هو أن يدخل الرداء من تحت إبطه الأيمن ويرد
 طرفه على يساره ويبدى منكبيه الأيمن وينطى الأيسر سعى اضطجعا لما فيه من الضبع وهو العضد لما فيه
 من ابداء الضبعين وهما العضدان فان زوحم في الرمل وقف فإذا وجد درجة رمل لانه ممنوع من فعله الأعلى
 وجه السنة فيقف إلى أن يمكنه فعله على وجه السنة ويستلم الحجر في كل شوط يفتتح به أن استطاع من غير أن
 يؤذى أحد لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان كلما امر بالحجر الأسود استلمه ولأن كل شوط
 طواف على حدة فكان استلام الحجر فيه مسنونا كالشوط الأول وإن لم يستطع استقبله وكبر وهلل وأما الركن
 اليماني فلم يذكروا في الأصل أن استلامه سنة ولكنه قال ان استلمه فحسن وإن تركه لم يضره في قول أبي حنيفة
 رحمه الله وهذا يدل على أنه مستحب وليس بسنة وقال محمد رحمه الله يستلمه ولا يتركه وهذا يدل على أن استلامه
 سنة ولا خلاف في أن تقبيله ليس بسنة وقال الشافعي يستلمه ويقبل يده وجه قول محمد ما روى عن عمر رضي الله
 تعالى عنه أنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما وعن ابن عباس

رضي الله عنهما قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلم الركن اليماني ويضع خده عليه وجهه ماذكر في
الاصل وهو أنه مستحب وليس بمنزلة من السنة تعجيله ولو كان مستحباً لكانت السنة تعجيله كالحجر الأسود
وعن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم استلم الركن اليماني ولم يقبله وهذا يدل على أنه مستحب
وليس بسنة وأما الركن الآخران وهما العراقي والشامي فلا يستلهمهما عند طاعة الصحابة رضي الله عنهم وهو
قولنا وعن معاوية وزيد بن ثابت وسويد بن غفلة رضي الله عنهم أنه يستلم الأركان الأربعة وعن ابن عباس
رضي الله عنهما أنه رأى معاوية وسويدا استلما جميع الأركان فقال ابن عباس لمعاوية إنما يستلم هذين الركنين
فقال معاوية ليس شيء من البيت مهجورا والصحيح قول العامة لأن الاستلام انما عرف سنة بفعل رسول
الله صلى الله عليه وسلم ورسول الله صلى الله عليه وسلم ما استلم غير الركنين لما روي عن عمر رضي الله عنه
أنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ولأن الاستلام لأركان البيت
والركن الشامي والعراقي لهما من الأركان حقيقة لأن ركن الشامي ناحيته وهما في وسط البيت لأن الحطيم من
البيت وجعل طوافه من وراء الحطيم فلو لم يجعل طوافه من ورائه لصار تاركا للطواف ببعض البيت ألا
أنه لا يجوز التوجه إليه في الصلاة لما ذكرنا فيما تقدم إذا فرغ من الطواف يصلي ركعتين عند المقام أو حيث
يسير عليه من المجدد وركعتا الطواف واجبة عندنا وقال الشافعي سنة بناء على أنه لا يعرف الواجب إلا
الفرض وليس سنة الفرض وقد واطب عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت سنة ونحن نفرق بين الفرض
والواجب وتقول الفرض ما ثبت وجوبه بدليل مقطوع به والواجب ما ثبت وجوبه بدليل غير مقطوع به
ودليل الواجب قوله عز وجل واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى قيل في بعض وجوه التأويل أن مقام إبراهيم
ما ظهر فيه آثار قدميه الشريفين عليه الصلاة والسلام وهو حجارة كان يقوم عليها حين نزوله وركوبه من الأبل
حين كان يأتي إلى الزيارة هاجر وولده اسماعيل فامر النبي صلى الله عليه وسلم بالتخاذل ذلك الموضع مصلى يصلي
عنده صلاة الطواف مستقبلا للكعبة على ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما قدم مكة قام إلى الركن اليماني يصلي
فقال عمر رضي الله تعالى عنه ألا تتخذ مقام إبراهيم مصلى فانزل الله تعالى واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى ومطلق
الامر لوجوب العمل وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما فرغ من الطواف أتى المقام وصلى عنده ركعتين وتلا
قوله تعالى واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى وروي عن عمر رضي الله عنه أنه لم يركعتي الطواف نقضاهما بندي
طوى فدل أنهما واجبة ثم يعود إلى الحجر الأسود فيستلمه ليكون افتتاح الحصى بين الصفا والمرورة باستلام الحجر
كما يكون افتتاح الطواف باستلام الحجر الأسود والأصل فيه أن كل طواف بعده سعى فانه يعود بعد الصلاة إلى
الحجر وكل طواف لا سعى بعده لا يعود إلى الحجر كذا روي عن عمرو بن عمرو وابن مسعود رضي الله عنهم وعن
عائشة رضي الله عنها أنه لا يعود وإن كان بعده سعى وهو قول عمر بن عبد العزيز والصحيح أنه يعود لما روي عن
جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما فرغ من طوافه صلى ركعتين خلف المقام وقرأ فيهما آيات من
سورة البقرة وقرأ فيهما واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى ورفع صوته يسمع الناس ثم رجع إلى الركن فاستلمه ولأن
السعي مراتب على الطواف لا يجوز قبله ويكره أن يفصل بين الطواف وبين السعي فصار ك بعض أشواط الطواف
والاستلام بين كل شوطين سنة وهذا المعنى لا يوجد في طواف لا يكون بعده سعى لأنه إذا لم يكن بعده سعى لا يوجد
الملحق له بالأشواط فلا يعود إلى الحجر ثم يخرج إلى الصفا لما روي جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم استلم الركن
وخرج إلى الصفا فقال نبذاً بما بدأ الله به وتلا قوله تعالى إن الصفا والمرورة من شعائر الله ولم يذكر في الكتاب أنه
من أي باب يخرج من باب الصفا أو من حيث يسير له وما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
خرج من باب الصفا فذلك ليس على وجه السنة عندنا وإنما خرج منه لقربه من الصفا وأما آخره فيصعد على
الصفا إلى حيث يرى الكعبة فيحول وجهه إليها ويكبر ويهمل ويحمد الله تعالى ويثنى عليه ويصلي على النبي صلى

الله عليه وسلم ويدعو الله تعالى بحوائجه ويرفع يديه ويجعل بطون كفيه الى السماء لما روى عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رقى على الصفا حتى بداه البيت ثم كبر ثلاثا وقال لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير لا اله الا الله أنجز وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده وجعل يدعو بعد ذلك ثم يهبط نحو المروة فيمشي على هينته حتى ينتهي الى بطن الوادي فإذا كان عند الميل الأخضر في بطن الوادي سعى حتى يجاوز الميل الأخضر فيسعى بين الميادين الأخضرين حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم لما فرغ من الدعاء مشى نحو المروة حتى إذا انتصبت قدماء في بطن الوادي سعى وقال في سعيه رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم ان أنت الا عزالأكرم وكان عمر رضي الله عنه إذا رمل بين الصفا والمروة قال اللهم استعجلني بسنة نبينا وتوفني على ملته واعذني من عذاب القبر ثم عسى على هينته حتى يأتي المروة فيصعد عليها ويقوم مستقبل القبلة فيحمد الله تعالى ويشني عليه ويكبر ويهلل ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويسأل الله تعالى بحوائجه فيفعل على المروة مثل ما فعل على الصفا لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم هكذا فعل ويطوف بينهما سبعة أشواط هكذا يبدأ بالصفا ويختتم بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط وبعد البداية شوطا والعود شوطا آخر خلا لما قاله الطحاوي أنهم ما بعدان جميعا شوطا واحدا وأنه خلاف ظاهر الرواية لما بينا فيما تقدم فإذا فرغ من السعي فإن كان محرما بالعمرة ولم يسق الهدى يعلق أو يقصر فيعمل لأن أفعال العمرة هي الطواف والسعي فإذا أتى بهما لم يبق عليه شيء من أفعال العمرة فيحتاج الى الخروج منها بالتكحل وذلك بالخلق أو التقصير كالسليم في باب الصلاة والخلق أفضل لما ذكرنا فيما تقدم فإذا خلق أو قصر حل له جميع محظورات الاحرام وهذا الذي ذكرنا قول أصحابنا وقال الشافعي يقع التكحل من العمرة بالسعي ومن الحج بالرمي والمسئلة قد مررت في بيان واجبات الحج وإن كان قد ساق الهدى لا يعلق ولا يقصر للعمرة بل يقيم حراما الى يوم النحر لا يحل له التكحل الا يومئذ وعندنا وعند الشافعي سوق الهدى لا يمنع من التكحل ونذكر المسئلة في التمتع إن شاء الله تعالى وإن كان محرما بالحج فإن كان مفردا به يقيم على احرامه ولا يتكحل لأن أفعال الحج عليه باقية فلا يجوز له التكحل الى يوم النحر ومن الناس من قال يجوز له ان يفتتح احرام الحج بفعل العمرة وهو الطواف والسعي والتكحل منها بالخلق أو التقصير لما روى عن جابر رضي الله عنه أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا أهلوا بالحج مفردين فقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم أحلوا من احرامكم بطواف البيت وبين الصفا والمروة وقصر وأنتم أقيها وحلالا حتى إذا كان يوم التروية أهلوا بالحج فاجاب أن ذلك كان ثم نسخ وعن أبي ذر رضي الله عنه أنه قال أشهد أن فسح الاحرام كان خاصا للركب الذين كانوا مع النبي صلى الله عليه وسلم وإن كان قارنا فإنه بطوف طوافين ويسعى سبعين عندنا فيبدأ أولا بالطواف والسعي للعمرة فيطوف ويسعى للعمرة ثم يطوف ويسعى للحج كلوصفنا وعند الشافعي يطوف لهما جميعا طوافا واحدا ويسعى لهما سعيًا واحدًا وهذا بناء على أن القارن عندنا محرم باحرامين باحرام العمرة واحرام الحج ولا يدخل احرام العمرة في احرام الحج وعنده يحرم باحرام واحد ويدخل احرام العمرة في احرام الحج لأن نفس العمرة لا تدخل في الحج ولا في الاحرام على أصله ركن لما نذكر فكان من أفعال الحج والافعال يجوز فيها التداخل كسجدة التلاوة والحدود وغيرها ولنا ما روى عن علي وعبد الله بن مسعود وعمران بن الحصين رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين الحج والعمرة وطاف لهما طوافين وسعى لهما سبعين ولأن القارن محرم بالعمرة ومحرم بالحج حقيقة حقيقة لأن قوله لبيل بعمرة وحجة معناه لبيل بعمرة ولبيد بحجة كقوله جاءني زيد وعمران معناه جاءني زيد وجاني عمرو وإذا كان محرما بكل واحد منهما يطوف ويسعى لكل واحد منهما طوافا على حدة وسعيًا على حدة وكذا تسمية القران يدل على ما قلنا إذا تقرر حقيقة يكون بين شيئين اذ هو ضم شيء الى شيء ومعنى الضم حقيقة فيما قلنا لا فيما قاله واعتبار الحقيقة أصل في الشريعة وأما الحديث فعنده دخل وقت العمرة في وقت الحج لأن سبب ذلك أنهم كانوا يعدون العمرة في وقت الحج من أجزاها فجور ثم

رخص لهم النبي صلى الله عليه وسلم فقال دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة أي دخل وقت العمرة في وقت
 الحج وهو أشهر الحج ويحفل ما قلنا ويحفل ما قاله فلا يكون حجة مع الاحتمال ولو طاف القارن طوافين
 متواليين وسعى سعيين متواليين أجزأه وقد أساء ما الجواز فلانه أي بوظيفة من الطوافين والسعيين وأما الاساءة
 فلتركه السنة وهي تقديم أفعال الحج على أفعال العمرة ولو طاف أو لا يصحته وسعى لها ثم طاف لعمرة وسعى لها
 فبنته لغو وطوافه الاول وسعيه يكونان للعمرة لما امران أفعال العمرة ترتب على ما أوجبه احرامه واحرامه
 أو جب تقديم أفعال العمرة على أفعال الحج فلفت نيته وإذا فرغ من أفعال العمرة لا يحلق ولا يقصر لانه بقي
 محرما بأحرام الحج وإن كان متمتعاً إذا قدم مكة فانه يطوف ويسعى لعمرة ثم يحرم بالحج في أشهر الحج ويلبس
 الازلة والرداء ويلبى بالحج لان هذا ابتداء دخوله في الحج للأحرام بالحج وله ان يحرم من جوف مكة أو من
 الاطح أو من أي حرم شاء وله ان يحرم يوم التروية عند الخروج الى منى وقيل يوم التروية وكذا قدم الاحرام
 بالحج على يوم التروية فهو أفضل عندنا وقال الشافعي الأفضل ان يحرم يوم التروية واحتج عاروي ان رسول
 الله صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه بالأحرام يوم التروية فدل ان ذلك أفضل ولنا ما روى عن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم انه قال من أراد الحج فليتبجّل وأدنى درجات الأمر التذب ولأن التعجيل من باب المسارعة
 الى العبادة فكان أولى ولانه أشق على البدن لانه اذا أحرم بالحج يحتاج الى الاجتناب عن محظورات الاحرام
 وأفضل الاعمال أحزمها على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما الحديث فاعتمدنا به الى الاحرام بالحج
 يوم التروية لركن خاص اختار لهم الابسر على الأفضل ألا ترى انه أمرهم بفسخ احرام الحج وانه لا يفسخ
 اليوم وإذا أحرم الممتع بالحج فلا يطوف بالبيت ولا يسعى في قول أبي حنيفة ومحمد لأن طواف القدوم للحج لمن
 قدم مكة بأحرام الحج والممتع انما قدم مكة بأحرام العمرة لا بأحرام الحج وانما يحرم للحج من مكة وطواف القدوم
 لا يكون بدون القدوم وكذلك لا يطوف ولا يسعى أيضاً لأن السعي بدون الطواف غير مشروع ولأن المحل الأصلي
 للسعي ما بعد طواف الزيارة لأن السعي واجب وطواف الزيارة فرض والواجب يصلح تبعاً للفرض فأما طواف
 القدوم فسنة والواجب لا يتبع السنة الا أنه رخص تقديمه على محله الأصلي عقيب طواف القدوم فصار واجباً
 عقبيه بطريق الرخصة وإذا لم يوجد طواف القدوم يؤخر السعي الى محله الأصلي فلا يجوز قبل طواف الزيارة وروى
 الحسن عن أبي حنيفة ان الممتع اذا أحرم بالحج يوم التروية أو قبله فان شاء طاف وسعى قبل ان يأتي الى منى
 وهو أفضل وروى هشام عن محمد انه ان طاف وسعى لأبأس به ووجه ذلك ان هذا الطواف ليس بواجب بل
 هو سنة وقد ورد الشرع بوجوب السعي عقبيه وإن كان واجبا رخصه وتيسير في حق المفرد بالحج والقارن
 فكذا الممتع والجواب نعم انه سنة لكنه سنة القدوم للحج لمن قدم بأحرام الحج والممتع لم يقدم مكة بأحرام الحج
 فلا يكون سنة في حقه وعن الحسن بن زياد انه فرق بينهما قبل الزوال وبعده فقال اذا أحرم يوم التروية بطواف
 وسعى الا أن يكون أحرم بعد الزوال ووجهه ان بعد الزوال يلزمه الخروج الى منى فلا يشتغل بغيره وقبل الزوال لا
 يلزمه الخروج فكان له ان يطوف ويسعى والجواب ما ذكرنا وإذا فرغ المفرد بالحج أو القارن من السعي يقيم على
 احرامه ويطوف طواف التطوع ماشياً الى يوم التروية لأن الطواف خير موضوع كالصلاة فمن شاء استقل ومن
 شاء استكثر وطواف التطوع أفضل من صلاة التطوع للفرابة وأما لاهل مكة فالصلاة أفضل لأن الغرابة
 يفوتهم الطواف اذا لم يكنهم الطواف في كل مكان ولا تفوتهم الصلاة لانه يمكن فعلها في كل مكان وأهل مكة
 لا يفوتهم الطواف ولا الصلاة فعند اجتماع الصلاة أفضل وعلى هذا الغازي الحارس في دار الحرب انه ان كان
 هناك من ينوب عنه في دار الحرب فصلاة التطوع أفضل له وإن لم يكن فالحراسة أفضل ولا يرم في هذا الطواف
 بل يسعى على هيئته ولا يسعى بعده بين الصفا والمروة غير السعي الاول ويسعى لكل أسبوع زكعتين في الوقت
 الذي لا يكره فيه التطوع ويكره الجمع بين أسبوعين من غير صلاة بينهما عند أبي حنيفة ومحمد سواء الصبر

عن شفع أو زوقال أبو يوسف لا بأس به إذا انصرف عن وتر نحو ان يصرف عن ثلاثة أسابيع أو عن خمسة أسابيع أو عن سبعة أسابيع واحتج بما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تجمع بين الطواف ثم تصلي بعده ثم فرق أبو يوسف بين انصرفه عن شفع أو عن وتر فقال إذا انصرف عن أسبوعين وذلك أربعة عشر أو أربعة أسابيع وذلك ثمانية وعشرون يكره ولو انصرف عن ثلاثة أو عن خمسة لا يكره لان الاول شفع والثاني وتر وأصل الطواف سبعة وهي وتر وهما ان ترتب الركعتين على الطواف كترتيب السعي عليه لان كل واحد منهما واجب ثم لو جمع بين أسبوعين من الطواف وآخر السعي يكره فكذا اذا جمع بين أسبوعين منه وآخر الصلاة وأما حديث عائشة رضي الله عنها فيحمل أنها فعلت ذلك لضرورة وعذر فإذا كان يوم التروية وهو اليوم الثامن من ذي الحجة يروح مع الناس الى منى فيصلي بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر لما روى عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال جاء جبريل الى ابراهيم عليه السلام يوم التروية فخرج به الى منى فصلى به الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم غدا به الى عرفات وروى عن جابر رضي الله عنه أنه قال لما كان يوم التروية توجه النبي صلى الله عليه وسلم الى منى فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح ثم مكث قليلا حتى طلعت الشمس وسار الى عرفات فان دفع منها قبل طلوع الشمس جاز والاول افضل لما روينا فيخرج الى عرفات على السكينة والوقار فإذا انتهى اليها نزل بها حيث أحب الا في بطن عرنة لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال عرفات كلها موقف الا بطن عرنة وغسل يوم عرفة وغسل يوم عرفة سنة كغسل يوم الجمعة والعيدين وعند الاحرام وذكر في الاصل ان اغتسل فحسن وهذا يشير الى الاستحباب ثم يغسل يوم عرفة لأجل يوم عرفة أو لأجل الوقوف فيحوز ان يكون على الاختلاف الذي ذكرنا في غسل يوم الجمعة في كتاب الطهارة فإذا زالت الشمس صعد الامام المنبر فاذا المؤذنون والامام على المنبر في ظاهر الرواية فاذا فرغوا من الاذان قام الامام وخطب خطبتين وعن أبي يوسف ثلاث روايات روى عنه مثل قول أبي نيفة ومحمد وروى عنه انه يؤذن المؤذن والامام في القس طائفة ثم يخرج بعد فراغ المؤذن من الاذان فيصعد المنبر ويخطب وروى الطحاوي عنه في باب خطب الحج أن الامام يبدأ بالخطبة قبل الاذان فاذا مضى صدر من خطبته أذن المؤذنون ثم يتم خطبته بعد الاذان اما تقديم الخطبة على الصلاة فلان النبي صلى الله عليه وسلم قدمها على الصلاة ولان المقصود من هذه الخطبة تعليم أحكام المناسك فلا بد من تقديمها ليعلموا ولا نهوا عنها يتبادر القوم الى الوقوف ولا يستمعون فلا يحصل المقصود من هذه الخطبة ثم هذه الخطبة سنة وليست بفريضة حتى لو جمع بين الظهر والعصر فصلاهما من غير خطبة أجزأه بخلاف خطبة الجمعة لانه لا تجوز الجمعة بدونها والفرق ان هذه الخطبة لتعليم المناسك لا لجواز الجمع بين الصلاتين وفريضة خطبة الجمعة لقصر الصلاة وقيامها مقام البعض على ما قالت عائشة رضي الله عنها انما قصرت الجمعة لكان الخطبة وقصر الصلاة ترك شرطها ولا يجوز ترك الفرض الا لأجل الفرض فكانت الخطبة فرضا ولا قصر ههنا لان كل واحد من الفرضين يؤدي على السكينة والقيام فلم تكن الخطبة فرضا الا انه يكون مسيا بترك الخطبة لانه ترك السنة ولو خطب قبل الزوال أجزأه وقد أساء اما الجواز فلان هذه الخطبة ليست من شرط الصلاة فلا يشترط لها الوقت وأما الاساءة فلتركه السنة اذا السنة ان تكون الخطبة بعد الزوال بخلاف خطبة يوم الجمعة فانه اذا خطب قبل الزوال لا تجوز الجمعة لان الخطبة هنالك من فرائض الجمعة لا ترى انه قصرت الجمعة لمكانها ولا يترك بعض الفرض الا لأجل الفرض واما الكلام في وقت صعود الامام على المنبر انه يصعد قبل الاذان أو بعده فوجه رواية أبي يوسف ان الصلاة التي تؤدي في هذا الوقت هي صلاة الظهر والعصر فيكون الاذان فيهما قبل خروج الامام كافي سائر الصلوات وكافي الظهر والعصر في غير هذا المكان والزمان وجه ظاهر الرواية ان هذه الخطبة لما كانت متقدمة على الصلاة كان هذا الاذان للخطبة فيكون بعد صعود الامام على المنبر كخطبة الجمعة وقد خرج الجواب عما قاله أبو يوسف ان

هذه صلاة الظهر والعصر لا نأقوله نعم لكن نقدم عليها الخطبة فيكون وقت الاذان بعد ما يصعد الامام المنبر للخطبة
 كما في خطبة الجمعة فاذا فرغ المؤذنون من الاذان قام الامام وخطب خطبة بين قائما يفصل بينهما بمجلسة خفيفة كما
 يفصل في خطبة الجمعة وصفة الخطبة هي ان يحمدا الله تعالى ويثنى عليه ويكبر ويهلل ويعظ الناس فيأمرهم بما
 أمرهم الله عز وجل وينهاهم عما نهاهم الله عنه ويعلمهم مسائل الحج لان الخطبة في الاصل وضعت لما ذكرنا من
 الحمد والثناء والتبليغ والتذكير والودع والتذكير ويزاد في هذه الخطبة تعليم معالم الحج لحاجة الحاج الى ذلك
 ليتعلم الوقوف بعرفة والافاضة منها والوقوف بعرفة فاذا فرغ من الخطبة أقام المؤذنون فصلى الامام بهم
 صلاة الظهر ثم يقوم المؤذنون فيقيمون للعصر فيصلى بهم الظهر والعصر باذان واحد واقامتين ولا يشتغل الامام
 والقوم بالنين والتطوع فيما بينهما لان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بينهما بعرفة يوم عرفة باذان واحد واقامتين
 ولم يشتغل قبلهما ولا بعدهما مع حرصه على النوافل فان اشتغلا فبما بينهما تطوع أو غيره أعادوا الاذان للعصر
 لان الاصل ان يؤذن لكل مكتوبة وانما عرف ترك الاذان بفعل النبي صلى الله عليه وسلم وانه لم يشتغل فيما بين
 الظهر والعصر بالتطوع ولا بغيره فبقى الامر عند الاشتغال على الاصل ويخفى الامام القراءة فيها بخلاف الجمعة
 والعيدين فانه يجهر فيها بالقراءة لان الجهر بالقراءة هناك من الشرائع والسبيل في الشرائع اثارها وفي الجهر زيادة
 اثار فشرعت تلك الصلاة كذلك فأما الظهر والعصر فهما على حالهما لم يتغيرا لانهما كظهر سائر الايام وعصر
 سائر الايام والحادث ليس الاجتماع للناس واجتماعهم للوقوف للصلاة وانما اجتماعهم في حق الصلاة حصل
 اتفاقا ثم ان كان الامام مقيما من أهل مكة يتم كل واحدة من الصلاتين أربعين ركعة والقوم يقيمون معه وان كانوا
 مسافرين لان المسافر اذا اقتدى بالمقيم في الوقت يلزمه الاتمام لانه بالاعتداء بالامام صار اجاله في هذه الصلاة
 وان كان الامام مسافرا صلى كل واحدة من الصلاتين ركعتين ركعتين فاذا سلم يقول لهم أعواصلاتكم يا أهل مكة
 فاناقوم سفر ثم لجواز الجمع أعني تقديم العصر على وقتها واداءها في وقت الظهر شرائط بعضها متفق عليه وبعضها
 مختلف فيه أما المتفق عليه فهو شرطان أحدهما أن يكون اداءها عقيب الظهر لا يجوز تدعيمها عليها لانها شرعت
 مرتبة على الظهر فلا يسقط الترتيب بالأسباب مسطرة ولم توجد فلا تسقط فليزم مراعاة الترتيب والثاني أن تكون
 مرتبة على ظهر جائزة استعسنا حتى لو صلى الامام بالناس الظهر والعصر في يوم غيم ثم استبان لهم أن الظهر
 وقعت قبل الزوال والعصر بعد الزوال فليهم إعادة الظهر والعصر جميعا استعسنا والقياس أن لا يكون هذا
 شرطا وليس عليه إعادة الظهر وجه القياس الاعتبار بآثار الايام فانه اذا صلى العصر في سائر الايام على ظن
 أنه صلى الظهر ثم تبين أنه لم يصلاها بعد الظهر خاصة كذاهما والجامع أنه صلى العصر على ظن أنه ليس عليه الا
 إعادة الظهر فاشبه الناسي والنسيان عذر مسقط للترتيب وجه الاستعسنا أن العصر مؤداة قبل وقتها حقيقة
 فلا يصل أن لا يجوز اداء العبادات المؤقتة قبل وقتها وانما عرفنا جوازها بالنص مرتبة على ظهر جائزة فاذا لم تجز
 بقى الامر فيها على الاصل وأما المختلف فيه فنحن أن يكون اداء الصلاتين بالجماعة عند أبي حنيفة حتى لو صلى
 العصر وحده أو الظهر وحده لا تجوز العصر قبل وقتها وعنده وعند أبي يوسف ومحمد هذا ليس بشرط ويجوز
 تقديمها على وقتها وجه قولهما أن جواز التقدمة لصيانة الوقوف بعرفة لان اداء العصر في وقتها يحول بينه وبين
 الوقوف وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين الواحد والجماعة ولا في حنيفة أن الجواز ثبت معدولا به عن الاصل
 لانها عبادة مؤقتة والعبادات المؤقتة لا يجوز تقديمها على أوقاتها إلا أن جواز تقديم العصر على وقتها ثبت بالنص
 غير معقول المعنى فيراعى فيه عين ما ورد به النص والنص ورد بجواز اداء العصر كاملا لم يتبا على ظهر كامل وهي
 المؤداة بالجماعة والمؤداة بالجماعة لا تساويا في الفضيلة فلا يكون في معنى المنصوص عليه وقولهما ان الجواز
 ثبت لصيانة الوقوف ممنوع ولا يجوز أن يكون معدولا به لان الالة لا تنافي الوقوف لانها في نفسها وقوف
 والنهي لا ينافي نفسه وانما ثبت نصا غير معقول المعنى فينبع فيه مورد النص وهو ما ذكرنا ولم يوجد ولو أدرك

ركعة من كل واحدة من الصلاتين مع الامام بأن أدرك ركعة من الظهر ثم قام الامام ودخل في العصر فقام الرجل وقضى ما فات من الظهر فلما فرغ من الظهر دخل في صلاة الامام في العصر وأدرك شيئا من كل واحدة من الصلاتين مع الامام جازله تقديم العصر بالاختلاف لانه أدرك فضيلة الجماعة فتقع العصر مرتبة على ظهر كامل ومنها أن يكون اداء الصلاتين بامام وهو الخليفة أو نائبه في قول أبي حنيفة حتى لو صلى الظهر بجماعة لكن لامع الامام والعصر مع الامام لم تجز العصر عنده وعندهما هذا ليس بشرط والصحيح قول أبي حنيفة لما ذكرنا أن جواز التقديم ثبت معدولا به عن الاصل مرتبة على ظهر كامل وهي المؤداة بالجماعة مع الامام أو نائبه فالمؤداة بجماعة من غير امام أو نائبه لا تكون مثلها في الفضيلة فلا تكون في معنى مورد النص ولو أحدث الامام بعد ما خطب فأمر رجلا بالصلاة جازله أن يصلي بهم الصلاتين جميعا سواء شهدا أو لم يشهدا بخلاف الجمعة لان الخطبة ليست هناك من شرائط جواز الجمعة وهما الخطبة ليست بشرط لجواز الجمع بين الصلاتين والفرق ما بينا فان لم يأمر الامام أحدا فتقدم واحد من عرض الناس وصلى بهم الصلاتين جميعا لم يجز الجمع في قول أبي حنيفة لان الامام أو نائبه شرط عنده ولم يوجد وعندهما يجوز وان كان المتقدم رجلا من ذوي سلطان كالقاضي وصاحب الشرط جاز لانه نائب الامام فان كان الامام سبقة الحدث في الظهر فاستخلف رجلا فانه يصلي بهم الظهر والعصر لانه قائم مقام الامام فان فرغ من العصر قبل أن يرجع الامام فان الامام لا يصلي العصر الا في وقتها لانه لما استخلف صار كواحد من المؤمنين والمؤمن اذا صلى الظهر مع الامام ولم يصل العصر معه لا يصلي العصر الا في وقتها كذا هذا ومنها أن يكون محرما بالحج حال اداء الصلاتين جميعا حتى لو صلى الظهر بجماعة مع الامام وهو حلال من أهل مكة ثم أحرم للحج لا يجوز له أن يصلي العصر الا في وقتها كذا ذكر في نوادر الصلاة وروى عن أبي حنيفة في غير رواية الاصول أنه يجوز وهو قول زفر والصحیح رواية النوادر لان العصر شرعت مرتبة على ظهر كامل وهو ظهر المحرم وظهر الحلال لا يكون مثل ظهر المحرم في الفضيلة فلا يجوز ترتيب العصر على ظهره في دون المنصوص عليه وعلى هذا اذا صلى الظهر بجماعة مع الامام وهو محرم لكن بإحرام العمرة ثم أحرم بالحج لا يجوز له العصر الا في وقتها وعند زفر يجوز كافي المسئلة الاولى والصحيح قولنا لان ظهر المحرم بالعمرة لا يكون مثل ظهر المحرم بالحج في الفضيلة فلا يكون اداء العصر في معنى مورد النص فلا تجوز الا في وقتها ولو نفر الناس عن الامام فصلى وحده الصلاتين أجرأ ودات هذه المسئلة على أن الشرط في الحقيقة هو الامام هند أبي حنيفة لا الجماعة فان الصلاتين جازتا للامام ولا جماعة فتبني المسائل عليه اذ هو اقرب الى الصيغة ولا يلزمه على هذا ما اذا سبق الامام الحدث في صلاة الظهر فاستخلف رجلا وذهب الامام ليتوضأ فصلى الخليفة الظهر والعصر ثم جاء الامام أنه لا يجوز له أن يصلي العصر الا في وقتها لان عدم الجواز هناك ليس لعدم الجماعة بل لعدم الامام لانه خرج عن ان يكون اماما فصار كواحد من المؤمنين أو يقال الجماعة شرط الجمع عند أبي حنيفة رجه الله تعالى لكن في حق غير الامام لا في حق الامام والله تعالى الموفق فان مات الامام فصلى بالناس خليفته جاز لان موت الامام لا يوجب بطلان ولاية خلفائه كولاية السلطنة والقضاء فاذا فرغ الامام من الصلاة اراح الى الموقف عقيب الصلاة وراح الناس معه لان النبي صلى الله عليه وسلم راح اليه عقيب الصلاة ويرفع الايدي بسطا يستقبل كما يستقبل الداعي بيده ووجهه لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يدعو بعرفات باسطا يديه في نحره كاستطعام المسكين فيقف الامام والناس الى غروب الشمس يكبرون ويهللون ويحمدون الله تعالى ويشنون عليه ويصلون على النبي صلى الله عليه وسلم ويهللون الله تعالى حواشيهم ويتضرعون اليه بالدعاء لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أفضل الدعاء دعاء أهل عرفة وأفضل ما قلت وقالت الانبياء قبل عشية يوم عرفة لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شيء قدير وعن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان أكثر دعائي ودعاء

الانبياء قبل عشيّة يوم عرفة لا اله الا الله وحده لا شريك له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير اللهم اجعل في قلبي نورا وفي سمعي نورا وفي بصري نورا اللهم اشرح لي صدري ويسر لي أمري وأعوذ بك من وسواس الصدور وسبات الامور وقتنة الفقر اللهم اني أعوذ بك من شر ما يلج في الليل وشر ما تنهب به الرياح وليس عن أصحابنا فيه دعاء موقت لان الانسان يدعو بما شاء ولان توقيت الدعاء يذهب بالركة لانه يجري على لسان من غير قصد فيبعد عن الاجابة ويلبى في موقفه ساعة بعد ساعة ولا يقطع التلبية وهذا قول عامة العلماء وقال مالك اذا وقف بعرفة يقطع التلبية والصحيح قول العامة لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يلب حتى روى حمزة العقبة وروى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه لم يلب حتى روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يلب حتى التلبية فقال لأجل الناس أم نسوا الذي بعث محمد بالحق لقد حججت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فما ترك التلبية حتى روى حمزة العقبة الا أن يخلها أو يخلطها بتكبير وتهليل ولان التلبية ذكر يؤتى به في ابتداء هذه العبادة وتكرار في اثنا عشر فاشبه التكبير في باب الصلاة وكان ينبغي أن يؤتى به الى آخر أركان هذه العبادة كالتكبير الا أن تأثر كمال القياس فيما بعد روى حمزة العقبة أو ما يقوم مقام الرمي في القطع بالاجماع فبقي الامر فيما قبل ذلك على أصل القياس وسواء كان مفردا بالحيج أو قارنا أو مجتمعين بخلاف المفرد بالهجرة أنه يقطع التلبية اذا استلم الحجر حين يأخذ في طواف العمرة لان الطواف ركن في العمرة فاشبه طواف الزيارة في الحج وهناك يقطع التلبية قبل الطواف كذا ههنا ولا فضل أن يكون في الموقف مستقبل القبلة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال خير المجاالس ما استقبال به القبلة وروى عن جابر رضي الله عنه أنه قال ركب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أتى الموقف فاستقبل به القبلة فلم يزل واقفا حتى غربت الشمس فان انحرف قليلا لم يضره لان الوقوف ليس بصلاة وكذا الوقوف وهو محدث أو جنب لم يضره لما روى أن الوقوف عبادة لا يتعلق بالبيت فلا يشترط له الطهارة كرمي الجمار ولا الفضل للامام أن يقف على راحلته لان النبي صلى الله عليه وسلم وقف راكبا وكما يقرب في وقوفه من الامام فهو أفضل لان الامام يعلم الناس ويدعو فكلما كان أقرب كان أمكن من السماع وعرفات كلها موقف الا بطن عرفته فانه يكره الوقوف فيه لما ذكرنا في بيان مكان الوقوف فيقف الى غروب الشمس فاذا غربت الشمس دفع الامام والناس معه ولا يدفع أحد قبل غروب الشمس لا الامام ولا غيره لما روى أن الوقوف الى غروب الشمس واجب وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه خطب عشيّة عرفة فقال أما بعد فان هذا يوم الحج الاكبر وان الجاهلية كانت تدفع من ههنا والشمس على رؤس الجبال مثل العمائم على رؤس الرجال خالفوهم وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالدفع منه بعد الغروب فان خاف بعض القوم الزحام أو كانت به علة فيقدم قبل الامام قليلا ولا يجاوز حد عرفة فلا بأس به لانه اذا لم يجاوز حد عرفة فهو في مكان الوقوف وقد دفع الضرر عن نفسه وان ثبت على مكانه حتى يدفع الامام فهو أفضل لقوله تعالى ثم أفيضوا من حيث أفاض الناس وينبغي للناس أن يدفعا وعليهم السكينة والوقار حتى يأتوا من دلفة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أفاض من عرفة وعليه السكينة حتى روى أنه كان يكبح ناقته وروى أنه لما دفع من عرفات فقال أيها الناس ان البر ليس في إيحاف الخيل ولا في ابضاع الابل بل على هينكم ولان هذا مشى الى الصلاة لانهم يأتون من دلفة ليصلوا بها المغرب والعشاء وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم اذا أتممت الصلاة فاتوها أو أنتم تمشون ولا تأتوها أو أنتم تسعون وعليكم السكينة والوقار فان ابطأ الامام بالدفع وتبين للناس الليل دفعوا قبل الامام لانه اذا تبين الليل فقد جاء أو ان الدفع والامام بالتأخير ترك السنة فلا ينبغي لهم أن يتركوها واذا أتى من دلفة ينزل حيث شاء عن عين الطريق أو عن يساره ولا ينزل على قارعة الطريق ولا في وادي محسر لقول النبي صلى الله عليه وسلم من دلفة كلها موقف الا وادي محسر وانما لا ينزل على الطريق لانه يمنع الناس عن الجواز فينأذون به فاذا دخل وقت العشاء يؤذن المؤذن ويقيم فيصلي الامام بهم صلاة المغرب في وقت صلاة العشاء ثم يصلي بهم صلاة العشاء بأذان واحد وإقامة واحدة في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر بأذان واحد وإقامتين وقال الشافعي

بأذانين وإقامة واحدة - سمع زفر بن عمار روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى المغرب والعشاء بمزدلفة بإقامتين
ولأن هذا أحد نوعي الجمع فيعتبر بالنوع الآخر وهو الجمع بعرفة والجمع هناك بأذان واحد وإقامتين كذا ههنا
ولما روى عن عبد الله بن عمر ونخعيمة بن ثابت رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى المغرب والعشاء
بمزدلفة بأذان واحد وإقامة واحدة وعن أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه أنه قال صليت مع رسول الله صلى الله
عليه وسلم بأذان واحد وإقامة واحدة وما احتج به زفر فيحمل على الأذان والإقامة فيسمى الأذان إقامة كما يقال
سنة العمرين ويراد به سنة أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وقال صلى الله عليه وسلم بين كل أذانين صلاة لمن شاء إلا
المغرب وأراد به الأذان والإقامة كذا ههنا والقياس على الجمع الآخر غير سديد لأن هناك الصلاة الثانية وهي
العصر تؤدي في غير وقتها فتقع الحاجة إلى إقامة أخرى للإعلام بالشروع فيها والصلاة الثانية ههنا وهي العشاء
تؤدي في وقتها فيستغنى عن تجديد الإعلان كالوتر مع العشاء ولا يتشاغل بينهما ما يتطوع ولا بغيره لأن النبي صلى الله
عليه وسلم لم يتشاغل بينهما بتطوع ولا بغيره فإن تطوع بينهما أو تشاغل بشيء أعاد الإقامة للعشاء لأنها انقطعت عن
الإعلام الأول فاحتاجت إلى إعلام آخر فإن صلى المغرب وحده والعشاء وحده أجزاء مختلفا الظهر والعصر بعرفة
على قول أبي حنيفة أنه لا يجوز إلا بجماعة عنده والفرق له أن المغرب تؤدي فيها هو وقتها في الجبلان لم يكن وقت
إدائها فكان الجمع ههنا تأخير المغرب عن وقت إدائها فيجوز فعلها واحدة كالوتر تأخرت عنه بسبب آخر فقصاها في
وقت العشاء وحده والعصر هناك تؤدي فيما ليس وقتها أصلا ولا سافلا يجوز إذا جاز الصلاة قبل وقتها وإنما عرفنا
جوازها بالشرع وانما ورد الشرع بها بجماعة فينبع مورد الشرع والأفضل أن يصلحها مع الإمام بجماعة لأن
الصلاة بجماعة أفضل ولو صلى المغرب بعد غروب الشمس قبل أن يأتي مزدلفة كان يمكنه أن يأتي مزدلفة قبل
طولع الفجر لم تجز صلاته وعليه أعادتها ما لم يطلع الفجر في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وقال أبو يوسف
تجزئه وقد أساء وعلى هذا الخلاف إذا صلى العشاء في الطريق بعد دخول وقتها وجه قوله أنه أدى المغرب والعشاء في
وقتها لانه ثبت كون هذا الوقت وقتا لهما بالكتاب العزيز والسنة المشهورة المطلقة عن المكان على ما ذكرنا في
كتاب الصلاة فيجوز كالأداء في غير ليلة المزدلفة إلا أن التأخير سنة وترك السنة لا يسلب الجواز بل يوجب
الاساءة ولهما ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما دفع من عرفات وكان أسامة بن زيد رضي الله عنه رديف
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فلما بلغ الشعب الأسير الذي دون المزدلفة اتناخ فبال ثم جاء فصليت عليه الوضوء
فتوضأ وضوءاً خفيفاً فقلت الصلاة يا رسول الله فقال الصلاة أمأمت وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال المصلي إذا مضى
فجاء مزدلفة فتوضأ فاسبغ الوضوء فدل الحديث على اختصاص جوازها في حال الاختيار والامكان بزمان ومكان
وهو وقت العشاء بمزدلفة ولم يوجد فلا يجوز ويؤمر بالعادة في وقتها ومكانها ما دام الوقت قائماً فإن لم يعد حتى طلع
الفجر أعاد إلى الجواز عندهما أيضاً إلا أن الكتاب الكريم والسنة المشهورة تقتضي الجواز لأنهما تقتضي كون الوقت
وقتاً لهما وإنما مطلقة عن المكان وحديث أسامة رضي الله عنه يقتضي عدم الجواز وأنه من أخبار الأتباع ولا يجوز
العمل بخبر الواحد على وجه يتضمن بطلان العمل بالكتاب والسنة المشهورة فيجمع بينهما فيعمل بخبر الواحد فيما
قبل طلوع الفجر ويؤمر بالعادة ويعمل بالكتاب العزيز والسنة المشهورة فيما بعد طلوعه فلأن أمره بالعادة
عمل باللائل بقدر الامكان هذا إذا كان يمكنه أن يأتي مزدلفة قبل طلوع الفجر فاما إذا خشى أن يطلع الفجر قبل
أن يصل إلى مزدلفة لأجل ضيق الوقت بأن كان في آخر الليل بحيث يطلع الفجر قبل أن يأتي مزدلفة فإنه يجوز بلا
خلاف هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة لأن طلوع الفجر يفوت وقت الجمع فكان في تقديم الصلاة صياتها عن
الفوات فإن كان لا يخشى الفوات لأجل ضيق الوقت ولكنه ضل عن الطريق لا يصل بل يؤخر إلى أن يخاف طلوع
الفجر لو لم يصل فعند ذلك يصل لما ذكرنا والله الموفق وبينت ليلة المزدلفة بمزدلفة لأن رسول الله صلى الله عليه
وسلم بات بها فإن مر بها ماراً بعد طلوع الفجر من غير أن يبيت بها فلا شيء عليه ويكون مسبباً وأعمالاً لا يلزمه شيء لأنه

أتى بالركن وهو كينوته عز دافعة بعد طلوع الفجر ليكنه يكون مسياً تركه السنة وهي البيتوتة بها فإذا طلع الفجر صلى
الامام بهم صلاة الفجر بغلس لما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال ما رأيت رسول الله صلى الله
عليه وسلم صلى صلاة غير مبيتها الا صلاة العصر بعرفة وصلاة المغرب بجميع وصلاة الفجر يومئذ فانه صلاه قبل
وقتها بغلس أي صلاه قبل وقتها المستحب بغلس ولان الفائت بالتغليس فضيلة الاسفار وانما يمكن الاستدراك في
كل يوم فاما فضيلة الوقوف فلا تستدرك في غير ذلك اليوم فإذا صلى الامام بهم وقف بالناس ووقفوا وراءه أو معه
والافضل أن يكون موقفهم على الجبل الذي يقال له قزح وهو تأويل ابن عباس للشعر الحرام أنه الجبل وما
حواله وعند طامة أهل التأويل المشعر الحرام هو مزدلفة فيقفون الى أن يسفر جدي دعون الله تعالى ويكبرون
ويهللون ويحمدون الله تعالى ويثنون عليه ويصلون على النبي صلى الله عليه وسلم ويسألون حوائجهم
ثم يدفع منها الى منى قبل طلوع الشمس لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الجاهلية كانت
تنفر من هذا المقام والشمس على رؤس الجبال خالفوهم فأفاض قبل طلوع الشمس وقد كانت الجاهلية تقول
بمزدلفة أشرق نبيركم انقروا وهو جبل عال تطلع عليه الشمس قبل كل موضع خالفه رسول الله صلى الله عليه وسلم
فدفع قبل طلوع الشمس وان دفع بعد طلوع الشمس قبل ان يصلي الناس الفجر فقد أساء ولا شيء عليه أما الاساءة
فلان السنة ان يصلي الفجر ويقف ثم يفيض فإذا لم يفعل فقد ترك السنة فيكون مسياً وأما عدم لزوم شيء فلانه
وحد منه الركن وهو الوقوف ولو ساعة وإذا أفاض من جمع دفع على هيئة لان النبي صلى الله عليه وسلم
كذا فعل وبأخذ حمى الجمار من مزدلفة أو من الطريق لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ابن عباس
رضي الله عنهما ان يأخذ الحمى من مزدلفة وعليه فعل المسلمين وهو أحد نوعي الاجماع وان رعى بحصة
أخذها من الجرة أخره وقد أساء وقال مالك لا تجزئه لانها حمى مستحالة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ارم ولا
خرج مطلقاً وتلبيح مالك لا يستقيم على أصله لان الماء المستعمل عنده طاهر وطهور حتى يجوز الوضوء به
فالجمرة المستعملة أولى وانما كره ذلك عندنا لما روى انه سئل ابن عباس فقيل له ان من عهد ابراهيم الى يومنا
هذا في الجاهلية والاسلام يرى الناس وليس ههنا الا هذا القدر فقال كل حصاة تقبل فانه سارفع ومالا يقبل فانه
يبقى ومثل هذا لا يعرف الا سماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فيكره ان يرى بحصاة لم تقبل فيأتي منى
فيرى جمرة العقبة سبع حصيات لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أتى منى لم يرجع على شيء حتى
رمى جمرة العقبة سبع حصيات ويقطع التلبية مع أول حصاة يرى بها جمرة العقبة لما روى أسامة بن زيد والفضل
ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع التلبية عند أول حصاة يرى بها جمرة العقبة وكان أسامة قد روى رسول الله
صلى الله عليه وسلم من عرفات الى مزدلفة والفضل كان رديفه من مزدلفة الى منى وروى ان ابن عباس سئل عن
ذلك فقال أخبرني أخي الفضل ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع التلبية عند أول حصاة يرى بها جمرة العقبة وكان
رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم وسواء كان في الحج الصحيح أو في الحج الفاسد انه يقطع التلبية مع أول حصاة
يرى بها جمرة العقبة لان أعمالها لا تختلف فلا يختلف وقت قطع التلبية وسواء كان مفرداً بالحج أو قارناً أو متعمداً
لان القارن والمتعمد كل واحد منهم المحرم بالحج فكان كالمفرد به ولا يقطع القارن التلبية اذا أخذ في طواف العمرة
لانه محرم بالحج وانما يقطع عند ما يقطع المفرد بالحجة لانه بعد ان يانه بالعمرة كالمفرد بالحج فاما المحرم
بالعمرة المفردة فانه يقطع التلبية اذا استلم الحجر وأخذ في طواف العمرة والفرق بين المحرم بالحج وبين المحرم
بالعمرة المفردة ذكرناه فيما تقدم وقال مالك في المفرد بالعمرة يقطع التلبية اذا رأى البيت وهذا غير سديد لان
قطع التلبية يتعلق بفعل هونسك كالرمي في حق المحرم بالحج ورؤية البيت ليس بنسك فلا يقطع عندنا فاما استلام
الحجر فنسك كالرمي فيقطع عنده لا عند الرؤية قال محمدان فائت الحج اذا تحلل بالعمرة يقطع التلبية حين يأخذ
في الطواف كذا هذا والقارن اذا فاته الحج يقطع التلبية في الطواف والثاني الذي يتحلل به من حجته لان العمرة

ماقاته اذ ليس لها وقت معين فيأتي بها فيطوف ويسعى كما كان يفعل لولم يفته الحج وانما فاته الحج فيفعل ما يفعله
فأنت الحج وهو ان يحلل بافعال العمرة وهي الطواف والسعي كالمقيم فيبضع التلبية اذا أخذ في طواف الحج والمحصر
يقطع التلبية اذا ذبح عنه هديه لانه اذا ذبح هديه فقد تحلل ولا تلبية بعد التحلل فان حلق الحاج قبل ان يرى حجرة
العقبة يقطع التلبية لانه بالخلق تحلل من الاحرام لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لمن حلق قبل الرمي
ارم ولا حرج فثبت ان التحلل من الاحرام يحصل بالخلق قبل الرمي ولا تلبية بعد التحلل فان زار البيت قبل
ان يرى ويحلق ويندب قطع التلبية في قول أبي حنيفة وروى عن أبي يوسف انه يلبي ما لم يحلق أو نزول الشمس
من يوم النحر وعن محمد ثلاث روايات في رواية مثل قول أبي حنيفة وروى هشام عنه وروى ابن سماعة عنه أن
من لم يرم قطع التلبية اذا غربت الشمس من يوم النحر وروى هشام عنه رواية أخرى انه يقطع التلبية اذا مضت
أيام النحر فظاهر روايته مع أبي حنيفة وجه قول أبي يوسف انه وان طاف فاحرامه قائم لم يتحل بهذا الطواف
اذا لم يحلق بدليل انه لا يباح له الطبيب واللبس فالعق الطواف بالعدم وصار كانه لم يطف فلا يقطع التلبية الا اذا
زالت الشمس لان من أصله ان هذا الرمي مؤقت بالزوال فاذا زالت الشمس بقوت وقته ويفعل بعده قضاء فصار
قواته عن وقته بمنزلة فعله في وقته وعند فعله في وقته يقطع التلبية كذا عند فواته عن وقته بخلاف ما اذا حلق قبل
الرمي لانه تحلل بالخلق وخرج عن احرامه حتى يباح له الطبيب واللبس لذلك اختلفوا هل هو ان الطواف وان كان
قبل الرمي والخلق والذبح فقد وقع التحلل به في حق النساء بدليل انه لو جامع بعده لا يلزمه بدنة فيكون التحلل
بالطواف كالتحلل بالخلق فيقطع التلبية به كما يقطع بالخلق وقد خرج الجواب عن قوله ان احرامه قائم بعد الطواف
لانا نقول نعم لكن في حق الطبيب واللبس لا في حق النساء فلم يكن قائما مطلقا والتلبية لم تشرع الا في الاحرام
المطلق ولو ذبح قبل الرمي يقطع التلبية في قول أبي حنيفة اذا كان قارنا أو متمتعا وهو احدى الروايتين عن
محمد وان كان مفردا بالحج لا يقطع لان الذبح من القارن والمنتمتع محل كالحلق ولا تلبية بعد التحلل فاما المفرد
فصله لا يقف على ذبحه الا ترى انه ليس بواجب عليه فلا يقطع عنده التلبية وروى ابن سماعة عن محمد انه
لا يقطع التلبية والتحلل لا يقع بالذبح على هذه الرواية عنده وانما يقع بالرمي أو بالخلق ويرى سبع حصيات مثل
حصي الخزف لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعبد الله بن عباس رضي الله عنهما اتقيا سبع
حصيات مثل حصي الخزف فانه من جعل يلقهن بيده ويقول مثلهن مثلهن لا تغلوا فاعا هلك من كان قبلكم
بالغلوف في الدين وقد قالوا لا يزيد على ذلك لما روى عن معاذ رضي الله عنه انه قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم
بني وعلمنا المناسك وقال ارموا سبع حصيات مثل حصي الخزف ووضع احدى سبائتيه على الاخرى كانه يخذف
ولانه لو كان أكبر من ذلك فلا يؤمن ان يصيب غيره لاذحام الناس فيتأذى به ويرى من بطن الوادي ويكبر مع
كل حصاة يرميها لما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه رمى حجرة العقبة بسبع حصيات من بطن الوادي
يكبر مع كل حصاة يرميها فقيل له ان ناسا يرمون من فوقها فقال عبد الله رضي الله عنه هذا والذي لا اله غيره مقام
الذي أنزلت عليه سورة البقرة وكذا روى عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يرى حجرة العقبة بسبع حصيات يتبع
كل حصاة بشكيرة ويقول ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك وعن ابنه سالم بن عبد الله انه استبطن
الوادي فرمى بالحجارة بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة الله أكبر الله أكبر اللهم اجعله خجاء مبرورا وذنباً مغفوراً وعمل
مشكورا وقال حدثني أبي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يرى حجرة العقبة من هذا المكان ويقول كما روى
بحصاة مثل ما قلت وان رمى من فوق العقبة أجره لكن السنة ما ذكرنا وكذا الوجه بدل التكبير سبعا أو تسعاً
جاز ولا يكون مسياً وقد قالوا اذا رمى للعقبة يجعل الكعبة عن يساره ومنى عن يمينه ويقوم فيها حيث يرى موقع
حصاه لما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه لما أتته إلى الجرة الكبرى جعل الكعبة عن
يساره ومنى عن يمينه وبأى شيء رمى أجزاء حجرا كان أو طينا أو غيرهما مما هو من جنس الارض وهذا عندنا

وقال الشافعي لا يجوز الا بالجحر وجبه قوله ان هذا امر يعرف بالتوقيف والتوقيف ورد بالخصي والخصي هي الاحجار الصغار ولنا ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ارم ولا حرج وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اول نسكنا في يومنا هذا الرمي ثم الذبح ثم الحلق وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من رمى وذبح وحلق فقد حل له كل شيء الا النساء ما لم يلقا عن صفة الرمي والرمي بالخصي من النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم محمول على الافضلية لا الجواز توفيقا بين الدلائل لما صح من مذهب أصحابنا أن المطلق لا يحمل على المقيد بل يجري المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده ما لم يكن وههنا يمكن بأن يحمل المطلق على أصل الجواز والمقيد على الافضلية ولا يقف عنده هذه الجرة للدعاء بل ينصرف الى رحله والاصل أن كل رمي ليس بعده رمي في ذلك اليوم لا يقف عنده وكل رمي بعده رمي في ذلك اليوم يقف عنده لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقف عند جرة العقبة ووقف عند الجمرتين ثم الرمي ماشيا أفضل أورا كما فقد روى عن أبي يوسف انه فصل في ذلك تفصيلا فانه حكى ان ابراهيم بن الجراح دخل على أبي يوسف وهو مريض في المرض الذي مات فيه فسأله أبو يوسف فقال أيهما أفضل الرمي ماشيا أورا كما فقال ماشيا فقال أخطأت ثم قال را كما فقال أخطأت وقال كل رمي بعده رمي فالمشي أفضل وكل رمي لا رمي بعده فالرا كب أفضل قال فخرجت من عنده فسمعت الناعي بعوته قبل أن يبلغ الباب ذكرنا هذه الحكاية ليعلم انه بلغ حرصه في التعليم حتى لم يسكت عنه في رمة فيقتدي به في التصر يرض على التعليم وهذا لما ذكرنا أن كل رمي بعده رمي فالسنة فيه هو الوقوف للدعاء والمشي أمكن للوقوف والدعاء وكل رمي لا رمي بعده فالسنة فيه هو الانصراف لا الوقوف والرا كب أمكن من الانصراف فان قيل أليس انه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رمى را كما وقال صلى الله عليه وسلم خذوا عني مناسككم لا أدري اعلى لا أحج بعد عامي هذا فالجواب أن ذلك محمول على رمي لا رمي بعده وعلى التعليم لبراء الناس فيعلموا منه مناسك الحج فان رمى احدى الجمار بسبع حصيات جبهه دفعة واحدة فهي هن واحدة ويرمى ستة أخرى لان التوقيف ورد بتفريق الرميات فوجب اعتباره وهذا بخلاف الاستنجاء انه اذا استنجد بحجر واحد وانقاه كفاه ولا يراعى فيه العدد عندئذ لان وجوب الاستنجاء ثبت من قولنا بمعنى التطهير فاذا حصلت الطهارة بواحد اكتفى به فاما الرمي فانهما يجب تعبد بمحض فإيراعى فيه ما ورد بالتعبد وانه ورد بالتفريق فيقتصر عليه فان رمى أكثر من سبع حصيات لم تضره الزيادة لانه أتى بالواجب وزيادة السنة ان يرمي بعد طلوع الشمس من يوم النحر قبل الزوال لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرم يوم النحر ضحى ورمى بعد ذلك بعد الزوال ولورمى قبل طلوع الشمس بعد انقجار الصبح أجزاء خلا فالسفيان والمثناة ذكرناهما فيما تقدم ولا يرمى يومئذ غيرها لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرم يوم النحر الا جرة العقبة فاذا فرغ من هذا الرمي لا يقف وينصرف الى رحله فان كان منفردا بالحج يحلق أو يقصر والحلق أفضل لما ذكرنا فيما تقدم ولا ذبح عليه وان كان قارنا أو متعتا يجب عليه ان يذبح ويحلق ويقدم الذبح على الحلق لقوله تعالى ليدكروا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الانعام فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تقضهم رتب قضاء التقى وهو الحلق على الذبح وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اول نسكنا في يومنا هذا الرمي ثم الذبح ثم الحلق وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه رمى ثم ذبح ثم دعا بالحلاق فان حلق قبل الذبح من غير احصاء فعله لحلقه قبل الذبح دم في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد وجماعة من أهل العلم انه لا شيء عليه وأجمعوا على أن المحصر اذا حلق قبل الذبح أنه يجب عليه الفدية احتج من خالفه بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن رجل حلق قبل ان يذبح فقال اذبح ولا حرج ولو كان الترتيب واجبا لكان في تركه حرج ولا في حنيفة الاستدلال بالمحصر اذا حلق قبل الذبح لا ذى في رأسه انه تلزمه الفدية بالنص فالذي يحلق رأسه بغير أذى به أولى ولهذا قال أبو حنيفة بزيادة التغليظ في حق من حلق رأسه قبل الذبح بغير أذى حيث قال لا يجزئه غير الدم وصاحب الاذى بخير بين الدم والطعام واصحاب ما خيره

الله تعالى وهذا هو المعقول لان الضرورة سبب لتخفيف الحكم وتيسيره فالمعقول ان يجب في حال الاختيار
بذلك السبب زيادة غلظ لم يكن في حال العذر فاما ان يسقط من الاصل في غير حالة العذر ويجب في حالة العذر
فممتنع ولا حجة لهم في الحديث لان قوله لا حرج المراد منه الاثم لا الكفارة وليس من ضرورة انتفاء الاثم انتفاء
الكفارة ألا ترى ان الكفارة تجب على من حلق رأسه لا ذى به ولا اثم عليه وكذا يجب على الخاطى فاذا حلق
الحاج أو قصر حل له كل شئ حذر عليه الاحرام الا النساء عند عامة العلماء لما ذكرنا فمما تقدم تميز وراييت
من يومه ذلك أو من الغد أو بعد الغد ولا يؤخرها عنها وأفضلها أولها لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم طاف
في أول أيام النحر فطوف أسبوعا لان النبي صلى الله عليه وسلم هكذا طاف وعليه عمل المسلمين ولا يرمي في هذا
الطواف لانه لا سعى عقبيه لانه قد طاف طواف اللقاء وسعى عقبيه حتى لو لم يكن طاف طواف اللقاء ولا سعى
فانه يرمي في طواف الزيارة ويسعى بين الصفا والمروة عقيب طواف الزيارة ولو أخره عن أيام النحر فعليه دم في
قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا شئ عليه والمسئلة قد مضت فاذا طاف طواف الزيارة كله أو أكثره
حل له النساء أيضا لانه قد خرج من العبادة وما بقي عليه شئ من أركانها والا صل ان في الحج احلايين الاحلال
الاول بالحلق أو بالة تصير ويحل به كل شئ الا النساء والاحلال الثاني بطواف الزيارة ويحل به النساء أيضا ثم يرجع
الى منى ولا يبيت بمكة ولا في الطريق هو السنة لان النبي صلى الله عليه وسلم هكذا فعل ويكره ان يبيت في غير منى
في أيام منى فان فعل لا شئ عليه ويكون مسبلا ان البيوتة بها ليست بواجبة بل هي سنة وعند الشافعي يجب
عليه الدم لانها واجبة عنده واحتج بفعل النبي صلى الله عليه وسلم وأفعاله على الوجوب في الاصل ولما روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم ارخص للعباس ان يبيت بمكة للساقية ولو كان ذلك واجبا لم يكن العباس يترك الواجب
لاجل الساقية ولا كان النبي صلى الله عليه وسلم يرخص له في ذلك وفعل النبي صلى الله عليه وسلم يحول على السنة
توفيقا بين الدليلين واذا بات بمنى فاذا كان من الغد وهو اليوم الاول من أيام التشريق والثاني من أيام الرمي فانه
يرمي الجمار الثلاث بعد الزوال في ثلاث مواضع أحدها المسمى بالجمرة الاولى وهي التي تلى مسجد الخيف وهو
مسجد ابراهيم عليه الصلاة والسلام فيرمى عندها سبع حصيات مثل حصي الخرف يكبر مع كل حصاة فاذا فرغ
منها يقف عندها فيكبر ويهلل ويحمد الله تعالى ويثنى عليه ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويسأل الله تعالى
حوائجه ثم يأتي الجمرة الوسطى فيفعل بها مثل ما فعل بالاولى ويرفع يديه عند الجمرتين بسطا ثم يأتي جمرة العقبة
فيفعل مثل ما فعل بالجرتين الاولتين الا انه لا يقف للدعاء بعد هذه الجمرة بل ينصرف الى رحله لما روي أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم رمى الجمار الثلاث في أيام التشريق وابتدأ بالتي تلى مسجد الخيف ووقف عند الجمرتين ولم يقف
عند الثالثة ومارفعا اليدين فلقول النبي صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جعلتها
وعند المقامين عند الجمرتين فاذا كان اليوم الثاني من أيام التشريق وهو اليوم الثالث من أيام الرمي رمى الجمار
الثلاث بعد الزوال ففعل مثل ما فعل أمس فاذا رمى فان اراد ان ينقر من منى ويدخل مكة فنقر قبل غروب الشمس
ولا شئ عليه لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه وان أقام ولم ينقر حتى غربت الشمس يكره له ان ينقر
حتى تطلع الشمس من اليوم الثالث من أيام التشريق وهو اليوم الرابع من أيام الرمي ويرمي الجمار الثلاث ولو
نقر قبل طلوع الفجر لا شئ عليه وقد ساء اما الجواز فلانه نقر في وقت لم يجب فيه الرمي بعد دليل انه لو رمى
فيه عن اليوم الرابع لم يجز فجاز فيه النقر كما لو رمى الجمار في الايام كلها ثم نقر واما الاساءة فلانه ترك السنة فاذا طلع
الفجر من اليوم الثالث من أيام التشريق رمى الجمار الثلاث ثم نقر فان نقر قبل الرمي فعليه دم لانه ترك الواجب
واذا اراد ان ينقر في النفر الاول أو في النفر الثاني فانه يحصل ثقله معه ويكره تقديمه لما روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال المرء من حيث رحله وروى المرء من حيث أهله ولانه لو فعل ذلك يشتغل قلبه بذلك ولا يجاوز
يهرر وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه كان يضرب على ذلك وحكى عن ابراهيم النخعي ان عمر رضي الله عنه

انما كان يضرب على تقديم الثقل مخافة السرقة ثم يأتي الابطح ويسمى المحصب وهو موضع بين منى وبين مكة
في نزل به ساعة فانه سنة عندنا لما روى عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم
وأبا بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم نزلوا بالابطح ثم يدخل مكة فيطوف طواف الصدرة ثم يبيت في هذا
يسمى طواف الوداع وانه واجب على أهل الآفاق عندنا لما ذكرنا فيها تقدم فيطوف سبعة أشواط لأرمل فيها
لانه طواف لاسمى بعده ويصلي ركعتين ثم يرجع إلى أهله لانه لم يبق عليه شيء من الأركان والواجبات كذا ذكر في
الأصل وذكر الطحاوي في مختصره عن أبي حنيفة انه اذا فرغ من طواف الصدرة يأتي المقام فيصلي عنده ركعتين
ثم يأتي زمزم فيشرب من مائها ويصب على وجهه ورأسه ثم يأتي الملتزم وهو ما بين الحجر الاسود والباب فيضع
صدره وجهته عليه ويتشبث باستار الكعبة ويدعو ثم يرجع وذكر في العميون كذلك الا انه قال في آخره ويستلم
الحجر ويكبر ثم يرجع وروى عن أبي حنيفة انه قال ان دخل البيت فحسن وان لم يدخل لم يضره ويقول عند
رجوعه آيئون ثابتون عابدون لرئيسنا حامدون صدق الله وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده والله الموفق
﴿فصل﴾ وأما شرائط أركانه ففيها الاسلام فانه كالمشروط الوجوب فهو شرط جواز الاداء لان الحج عبادة
والكافر ليس من أهل أداء العبادة ومنها العقل فلا يجوز أداء الحج من المجنون والصبي الذي لا يعقل كما لا يجب
عليه ما قاما بالبلوغ والحرية فليس من شرائط الجواز فيجوز زج الصبي العاقل باذن وليه والعبدة الكبير باذن مولاه
لكنه لا يقع عن حجة الاسلام اعدم الوجوب ومنها الإحرام عندنا والكلام في الإحرام يقع في بيان
انه شرط وفي بيان ما يصير به محرما وفي بيان زمان الإحرام وفي بيان مكانه وفي بيان ما يحرم به وفي بيان حكم المحرم
اذا منع عن المضى في موجب الإحرام وفي بيان ما يحظره الإحرام وما لا يحظره وفي بيان ما يجب بفعله المحظور منه
أما الأول فالإحرام شرط جواز أداء أفعال الحج عندنا وعند الشافعي ركن وعنى به أنه جزء من أفعال الحج وهو
على الاختلاف في تعريفة الصلاة ويتضمن الكلام في هذا الفصل بيان زمان الإحرام انه جميع السنة عندنا
وعنده أشهر الحج حتى يجوز الإحرام قبل أشهر الحج عندنا لكنه يكره وعنده لا يجوز رأسا وينعقد إحرامه
للعمره لا للحجة عنده وعندنا ينعقد للحجة ووجه البناء على هذا الأصل ان الإحرام لما كان شرطا للجواز أداء
أفعال الحج عندنا جاز وجوده قبل هجوم وقت أداء الأفعال كما تجوز الطهارة قبل دخول وقت الصلاة ولما كان
ركنا عنده لم يجز رأسا بقاءه لان أداء أفعال العبادة المؤقتة قبل وقتها لا يجوز كالصلاة وغيرها فتكلم في
المسئلة بناء وابتداء أما البناء فوجه قول الشافعي ان الذي أحرم بالحج يؤمر بالتمام وكذا المحرم للصلاة يؤمر
بالتمام الا بالابتداء فلو لم يكن الإحرام من أفعال الحج لا أمر بالابتداء لا بالانعام فدل انه ركن في نفسه وشرط
لجواز أداء ما بقى من الأفعال ولنا ان ركن الشيء ما يأخذ الاسم منه ثم قد يكون بمعنى واحد كالامساك في باب
الصوم وقد يكون معاني مختلفة كالقيام والقراءة والركوع والسجود في باب الصلاة والاحتجاب والقبول في
باب البيعة ونحو ذلك وشرطه ما يأخذ الاعتبار منه كالطهارة للصلاة والشهادة في النكاح وغير ذلك والحج يأخذ
الاسم من الوقوف بعرفة وطواف الزيارة لا من الإحرام قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع
اليه سبيلا وحج البيت هو زيارة البيت وقال النبي صلى الله عليه وسلم الحج عرفه أي الوقوف بعرفة ولم يطلق اسم
الحج على الإحرام وانما به اعتبار الركنين فكان شرط الاركنين ولهذا جعله الشافعي شرطا لاداء ما بقى من الأفعال
وأما قوله انه يؤمر بالانعام بعد الإحرام ممنوع بل لا يؤمر به مالم يؤد بعد الإحرام شيئا من أفعال الحج وأما الابتداء
فالشافعي احتج بقوله تعالى الحج أشهر معلومات أي وقت الحج أشهر معلومات اذا الحج نفسه لا يكون أشهر لانه
فعل والأشهر أزمنة فقد عين الله أشهر معلومات وقت الحج والحج في عرف الشرع اسم لجملة من الأفعال مع
شرائطها منها الإحرام فلا يجوز تقديمه على وقته ولنا قوله تعالى يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس
والحج ظاهر الآية يقتضي ان تكون الأشهر كلها وقفا للحج فيقتضي جواز الإحرام باداء أفعال الحج في الاوقات

كلها الا ان اعرفنا تعين هذه الاشهر لاداء الافعال بدليل آخر وهو قوله الحج أشهر معلومات فيعمل بالنصين فيعمل ما تولى على الاحرام الذي هو شرط ويجعل ما تولى على نفس الاعمال عملا بالنص بالقدر الممكن ولان الحج يختص بالمكان والزمان ثم يجوز الاحرام من غير مكان الحج بالاجماع فيجوز في غير زمان الحج الا انه يكره لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال من سنة الحج ان لا يحرم بالحج الا في أشهر الحج ومخالفة السنة مكروهة ثم اختلفوا في أن الكراهة لاجل الوقت أم لغيره منهم من قال الكراهة ليست لاجل الوقت بل لمخالفة الوقوع في محظورات الاحرام حتى ان من آمن ذلك لا يكرهه ومنهم من قال ان الكراهة لنفس الوقت فان ابن سماعة روى عن محمد انه قال أكره الاحرام قبل الاشهر ويجوز احرامه وهو لا بأس أو جالس في خلوة أو طيب وهذا الاطلاق يدل على أن الكراهة لنفس الوقت والله عز وجل أعلم

فصل وما يباين ما يصير به محرما بقول وبالله التوفيق لا خلاف في انه اذا نوى وقرن النية بقول وفعل هو من خصائص الاحرام أو دلالة انه يصير محرما بان يباين ما يباين بالحج ان أراد به الافراد بالحج أو العمرة ان أراد الافراد بالعمر أو العمرة والحج ان أراد الفران لان التلبية من خصائص الاحرام وسواء تكلم بلسانه ما نوى بقلبه أو لا لان النية عمل القلب لا عمل اللسان لكن يستحب أن يقول بلسانه ما نوى بقلبه فيقول اللهم اني أريد كذا فيسره لي وتقبله مني لما ذكرنا في بيان سنن الحج وذكرنا التلبية المستنونة ولو ذكرها كان التلبية التمهيد أو التسبيح أو التعميد أو غير ذلك مما يقصد به تعظيم الله تعالى مقرونا بالنية يصير محرما وهذا على أصل أبي حنيفة ومحمد في باب الصلاة أنه يصير شارعا في الصلاة بكل ذكر هو أو غيره من الله تعالى راد به تعظيمه لا غيره وظاهر الرواية عن أبي يوسف ههنا وفرق بين الحج والصلاة وروى عنه أنه لا يصير محرما الا بلفظ التلبية كما لا يصير شارعا في الصلاة الا بلفظ التكبير فأبو حنيفة ومحمد مراعى أصلهما أن الذكر الموضع لافتتاح الصلاة لا يختص بلفظ دون لفظ في باب الحج أولى ووجه الفرق لأبي يوسف على ظاهر الرواية عنه أن باب الحج أوسع من باب الصلاة فان أفعال الصلاة لا يقوم بعضها مقام بعض وبعض الافعال يقوم مقام البعض كالهدي فانه يقوم مقام كثير من أفعال الحج في حق المحصر وسواء كان بالعريية أو غيرها وهو يحسن العريية أولا يحسنها وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف في الصلاة ظاهر وهو ظاهر الرواية عن محمد في الحج وروى عنه أنه لا يصير محرما الا اذا كان لا يحسن العريية كافي باب الصلاة فهما را على أصلهما ومحمد على ظاهر الرواية منه فرق بين الصلاة والحج ووجه الفرق له على نحو ما ذكرنا لأبي يوسف في المسئلة الأولى وتجوز النيابة في التلبية عند العجز بنفسه بأمره بلا خلاف حتى لو توجه به بدخلة الاسلام فأنهى عليه فلي عنه أصحابه وقد كان أمرهم بذلك حتى لو عجز عنه بنفسه يجوز بالاجماع فان لم يأمرهم بذلك نصا فاهلوا عنه جاز أيضا في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يجوز فلا خلاف في أنه تجوز النيابة في أفعال الحج عند عجزه عنها بنفسه من الطواف والسعي والوقوف حتى لو طيف به وسعى ووقف جاز بالاجماع وجه قولهما قوله تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى ولم يوجد منه السعي في التلبية لأن فعل غيره لا يكون فعله حقيقة وانما يجعل فعله تقدير بأمره ولم يوجد بخلاف الطواف ونحوه فان الفعل هناك ليس بشرط بل الشرط حصوله في ذلك الموضع على ما ذكرنا وقد حصل والشرط ههنا هو التلبية وقول غيره لا يصير قول له الا بأمره ولم يوجد ولا في حنيفة أن الامر ههنا موجود دلالة وهي دلالة عقد المرافقة لان كل واحد من رفقائه المتوجهين الى الكعبة يكون آذنا لآخر باعانتهم فيما يجز عنه من أمر الحج فكان الأمر موجودا دلالة وسعى الانسان جاز أن يجعل سعي غيره بأمره فقلنا بموجب الآية بحمد الله تعالى ولو قلد بدته يريده الاحرام بالحج أو بالعمر أو بهما وتوجه معهما يصير محرما لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتحلوا شعائر الله ولا الشهر الحرام ولا الهدي ولا القلائد ثم ذكر تعالى بعده واذا حلتم فاصعدوا والحل يكون بعد الاحرام ولم يذكر الاحرام في الاول وانما ذكر التقليد بقوله عز وجل ولا القلائد فدل أن التقليد منهم مع التوجه كان احراما الا انه لا يدعيه النية بدليل آخر وعن جماعة

من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي وابن مسعود وابن عمر وجابر رضي الله عنهم أنهم قالوا إذا قلد فقد أحرم وكذا روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال إذا قلد وهو يريد الحج أو العمرة فقد أحرم ولأن التقليد مع التوجه من خصائص الاحرام فالنية اقترنت بها ومن خصائص الاحرام فاشبه التلبية فان قيل اليس أنه روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت لا يحرم الا من اهل ولي فهذا يقتضي أنه لا يصير محرما بالتقليد فالجواب ان ذلك محمول على ما اذا قلد ولم يخرج معها توفيقا بين الدلائل وبه تقول ان عجز التقليد لا يصير محرما على ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث يديه ويقف فلا يحرم عليه شيء والتقليد هو تعليق القلادة على عنق البدنة من عروة مزادة أو شراب نعل من آدم أو غير ذلك من الجلود وان قلد ولم توجه ولم يبعث على يد غيره لم يصير محرما وان يبعث على يد غيره فكذلك عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه يصير محرما بنفس التوجيه من غير توجه والصحيح قول عامة العلماء لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت اني كنت لا قتل فلا تلبس رسول الله صلى الله عليه وسلم فيبعثها ويكف عندنا حلالا بالمدينة لا يجنب ما يجنب المحرم ولان التوجيه من غير توجه ليس الا امر بالفعل فلا يصير به محرما كالأمر غيره بالتلبية ولو توجه بنفسه بعد ما قلد وبعث لا يصير محرما لم يلحقها ويتوجه معها فاذا لحقها وتوجه معها عند ذلك يصير محرما الا في هدى المتعة فان هناك يصير محرما بنفس التوجه قبل أن يلحقه والقياس أن لا يصير محرما ثم أيضا ما لم يلحق ويتوجه معه لان السير بنفسه بدون البدنة ليس من خصائص الاحرام ولا دليل أنه يريد الاحرام فلا يصير به محرما الا ان اتركنا القياس واستحسننا في هدى المتعة لما ان هدى فضل تأثير في البقاء على الاحرام ما ليس لغيره بدليل انه لو ساق الهدى لا يجوز له أن يتحلل وان لم يسق جازله التحلل فاذا كان له فضل تأثير في البقاء على الاحرام جازان يكون له تأثير في الابتداء وقد قالوا انه يصير محرما بنفس التوجه في أثر هدى المتعة وان لم يلحق الهدى اذا كان في أشهر الحج فاما في غير أشهر الحج فلا يصير محرما حتى يلحق الهدى لان أحكام التمتع لا تثب قبل أشهر الحج فلا يصير هذا الهدى للمتعة قبل أشهر الحج فكان هدى التطوع ولو جلد البدنة ونوى الحج لا يصير محرما وان توجه معها لان التجليل ليس من خصائص الحج لانه انما يفعل ذلك لدفع الحر والبرد عن البدنة وللتزيين ولو قلدا الشاة ينوى به الحج وتوجه معها لا يصير محرما وان نوى الاحرام لان تقليد الغنم ليس بسنة عندنا فلم يكن من دلائل الاحرام فضلا عن أن يكون من خصائصه والدليل على أن الغنم لا تقلد قوله تعالى ولا للهدى ولا القلاد عطف القلاد على الهدى والعطف يقتضي المغايرة في الاصل واسم الهدى يقع على الغنم والابل والبقر جميعا هذا يدل على أن الهدى نوعان ما يقلد وما لا يقلد ثم الابل والبقر يقلدان بالاجماع فتعين ان الغنم لا تقلد ليكون عطف القلاد على الهدى عطف الشيء على غيره فيصح ولو أشعر بدنته وتوجه معها لا يصير محرما لان الاشعار مكره عند أبي حنيفة لانه مثله وابلان الحيوان من غير ضرورة للحصول المقصود بالتقليد وهو الاعلام يكون المشعر هدايا لا تعرض له لوضول والاثيان بفعل مكره لا يصلح دليل الاحرام واختلف المشايخ على قول أبي يوسف ومحمد قال بعضهم ان أشعر وتوجه معها يصير محرما عندهما لان الاشعار سنة عندهما كالنقل في صلح ان يكون دليل الاحرام كالنقل وقال بعضهم لا يصير محرما عندهما أيضا لان الاشعار ليس بسنة عندهما بل هو مباح فلم يكن قرينة فلا يصلح دليل الاحرام وذكر في الجامع الصغير أن الاشعار عندهما حسن ولم يسمه سنة لانه من حيث انه اكمل لما شرع له التقليد وهو اعلام المقلد بانه هدى لما ان تمام الاعلام تحصل به سنة ومن حيث انه مثله بدعة فتزد بين السنة البدعة فسماء حسنا وعند الشافعي الاشعار سنة واحتج بما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أشعر والجواب أن ذلك كان في الابتداء حين كانت المثلة مشروعة ثم لما نهى عن المثلة انتسخ بنسخ المثلة وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك قطعاً ليدى المشركين عن التعرض للهدايا لوضعت لانهم كانوا ما يتعرضون للهدايا والتقليد ما كان يدل دلالة تامة انهم اهدى فكان يحتاج الى الاشعار ليعلموا انهم اهدى وقد زال هذا المعنى في زماننا فانتسخ بانه نسخ المثلة ثم الاشعار

تجاوزوها الى الجحفة فلا بأس بذلك وأحب الى أن يحرموا من ذى الخليفة لانهم اذا حصلوا في الميقات الاول لم يمتهم
 بمحاذقة حرمة فبكره لهم تركها ولو تجاوز ميقاتا من المواقيت الخمسة يريد الحج أو العمرة تجاوز به غير احرام ثم عاد
 قبل أن يحرم وأحرم من الميقات وجاوزه محرما لا يجب عليه دم بالاجماع لانه لما عاد الى الميقات قبل أن يحرم
 وأحرم التحقت تلك المجاوزة بالعدم وصار هذا ابتداء احرام منه ولو أحرم بعد ما تجاوز الميقات قبل أن يعمل شيئا
 من أفعال الحج ثم عاد الى الميقات ولي سقط عنه الدم وإن لم يلب لا يسقط وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف
 ومحمد يسقط لبي أو لم يلب وقال زفر لا يسقط لبي أو لم يلب وجه قول زفر أن وجوب الدم بخيائنه على الميقات
 بمجاوزته اياه من غير احرام وخيائنه لا تنعدم بعوده فلا يسقط الدم الذي وجب وجه قولهما أن حق الميقات
 في مجاوزته اياه محرما لا في انشاء الاحرام منه بدليل أنه لو أحرم من ديرة أهله وجاوز الميقات ولم يلب لاشي عليه
 فدل أن حق الميقات في مجاوزته اياه محرما لا في انشاء الاحرام منه وبعد ما عاد اليه محرما فقد تجاوز محرما فلا يلزمه
 الدم ولا في حنيفة ما روينا عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال الذي أحرم بعد الميقات أرجع الى الميقات فلب
 والافلاج لك أو جب التلبية من الميقات فلزم اعتبار ما رواه لان الفائت بالمجاوزة هو التلبية فلا يقع تدارك الفائت
 الا بالتلبية بخلاف ما إذا أحرم من ديرة أهله ثم تجاوز الميقات من غير انشاء الاحرام لانه اذا أحرم من ديرة
 أهله صار ذلك ميقاتا له وقد لبي منه فلا يلزمه تلبية وإذا لم يحرم من ديرة أهله كان ميقاته المكان الذي تجب التلبية
 منه وهو الميقات المعهود وما قاله زفر ان الدم انما وجب عليه بخيائنه على الميقات مسلم لكن لما عاد قبل دخوله في
 أفعال الحج فاجنى عليه بل ترك حقه في الحال فيحتاج الى التدارك وقد تداركه بالعود الى التلبية ولو تجاوز الميقات
 بغير احرام فأحرم ولم يعد الى الميقات حتى طاف شوطا أو شوطين أو وقف بعرفة أو كان احرامه بالحج ثم عاد الى
 الميقات لا يسقط عنه الدم لانه لما اتصل الاحرام بأفعال الحج تأكد عليه الدم فلا يسقط بالعود ولو عاد الى ميقات
 آخر غير الذي تجاوزه قبل ان يفعل شيئا من أفعال الحج سقط عنه الدم وعوده الى هذا الميقات والى ميقات آخر
 سواء وعلى قول زفر لا يسقط على ما ذكرنا روى عن أبي يوسف انه فصل في ذلك تفصيلا فقال ان كان الميقات
 الذي عاد اليه ميقاتا الاول أو بعد من الحرم يسقط عنه الدم والا فلا والصحيح جواب ظاهر الرواية لما
 ذكرنا ان كل واحد من هذه المواقيت الخمسة ميقات لاهله ولغير أهله بالنص مطلقا عن اعتبار المحاذاة ولو لم يعد الى
 الميقات لكنه أفسد احرامه بالجماع قبل طواف العمرة ان كان احرامه بالعمرة أو قبل الوقوف بعرفة ان كان
 احرامه بالحج سقط عنه ذلك الدم لانه يجب عليه القضاء وتجبر ذلك كله بالقضاء كن سهاتي صلاته ثم أفسدها
 فقضاءها انما لا يجب عليه سجود السهو وكذلك اذا فاته الحج فانه يتحلل بالعمرة وعليه قضاء الحج وسقط عنه ذلك
 الدم عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يسقط ولو تجاوز الميقات يريد دخول مكة أو الحرم من غير احرام يلزمه اما
 حجة واما عمرة لان مجاوزة الميقات على قصد دخول مكة أو الحرم بدون الاحرام لما كان حراما كانت المجاوزة
 التزاما للاحرام دلالة كانه قال الله تعالى على احرام ولو قال ذلك يلزمه حجة أو عمرة كذا اذا فعل ما يدل على الالتزام
 كن شرع في صلاة التطوع ثم أفسدها يلزمه قضاء ركعتين كما اذا قال الله تعالى على ان أصلي ركعتين فان أحرم
 بالحج أو بالعمرة قضاء لما عليه من ذلك لمجاوزته الميقات ولم يرجع الى الميقات فليده دم لانه جنى على الميقات
 لمجاوزته اياه من غير احرام ولم يتداركه فليزمه الدم جبرافان أقام بمكة حتى تحوالت السنة ثم أحرم يريد قضاء ما وجب
 عليه بدخوله مكة بغير احرام أجزاء في ذلك ميقات أهل مكة في الحج بالحرم وفي العمرة الحل لانه لما أقام بمكة
 صار في حكم أهل مكة فيجزئه احرامه من ميقاتهم فان كان حين دخل مكة عاد في تلك السنة الى الميقات فأحرم
 بحجة عليه من حجة الاسلام أو حجة ندر أو عمرة ندر سقط ما وجب عليه لدخوله مكة بغير احرام استحصانا
 والقياس ان لا يسقط الا ان ينوي ما وجب عليه لدخول مكة وهو قول زفر ولا خلاف في انه اذا تحوالت السنة ثم عاد
 الى الميقات ثم أحرم بحجة الاسلام انه لا يجزئه عماله ان لا يتبعين النية وجه القياس انه قد وجب عليه حجة أو

مرة بسبب المجاوزة فلا يسقط عنه بواجب آخر كالوئد بحجة انه لا تسقط عنه بحجة الاسلام وكذا لو فعل
 ذلك بعد ما تحولت السنة وجه الاستحسان أن لزوم الحجية أو العمرة ثبت تعظيمها للبيعة والواجب عليه
 تعظيمها بمطلق الاحرام لا باحرام على حدة بل لانه يجوز دخولها ابتداء باحرام حجة الاسلام فانه لو أحرم من
 الميقات ابتداء بحجة الاسلام أجره ذلك عن حجة الاسلام وعن حرمة الميقات وصار كمن دخل المسجد وأدى
 فرض الوقت قام ذلك مقام تحبسه المسجد وكذا لو نذر أن يعتكف شهر رمضان فصام رمضان معتكفا جاز وقام
 صوم رمضان مقام الصوم الذي هو شرط الاعتكاف بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه لما يتنص حق البيعة حتى
 تحولت السنة صار مفتوحة فصار ذلك ديناً عليه وصار أصلاً وصوداً بنفسه فلا يتأدى بغيره كمن نذر أن
 يعتكف شهر رمضان فلم يصم ولم يعتكف حتى قضى شهر رمضان مع الاعتكاف جاز فان صام رمضان ولم يعتكف
 فيه حتى دخل شهر رمضان القابل فاعتكف فيه قضاء عما عليه لا يجوز لان الصوم صار أصلاً وصوداً بنفسه
 كذا هذا وكذلك لو أحرم بعمره مندورة في السنة الثانية لم يجز له لانه يكره تأخير العمرة الى يوم النحر وأيام التشريق
 فاذا صار الى وقت يكره تأخير العمرة اليه صار تأخيرها كتنفوذها فان دخل مكة بغير احرام ثم خرج فعاد الى أهله ثم عاد
 الى مكة فدخلها بغير احرام وجب عليه لكل واحد من الدخولين حجة أو عمرة لان كل واحد من الدخولين سبب
 الوجوب فان أحرم بحجة الاسلام جاز عن الدخول الثاني اذا كان في سنته ولم يجز عن الدخول الاول لان
 الواجب قبل الدخول الثاني صار ديناً فلا يسقط الابتعين النية هذا اذا جاوز أحد هذه المواقيت الخمسة يريد الحج
 أو العمرة أو دخول مكة أو الحرم بغير احرام فاما اذا لم يرد ذلك وانما أراد أن يأتي بستان بنى عامر أو غيره لحاجة فلا
 شيء عليه لان لزوم الحج أو العمرة بالمجازة من غير احرام لحرمه الميقات تعظيمها للبيعة وتمييزها من بين سائر
 البقاع في الشرف والفضيلة فيصير ملتزماً للاحرام منه فاذا لم يرد البيت لم يصير ملتزماً للاحرام فلا يلزمه شيء فان
 حصل في البستان أو ما وراءه من الحل ثم بدله ان يدخل مكة لحاجة من غير احرام فله ذلك لانه بوضوئه الى أهل
 البستان صار كواحد من أهل البستان ولا هل البستان أن يدخل مكة لحاجة من غير احرام فكذلكه وقيل ان هذا
 هو الحيلة في اسقاط الاحرام عن نفسه وروى عن أبي يوسف أنه لا يسقط عنه الاحرام ولا يجوز له أن يدخل مكة
 بغير احرام ما لم يجاوز الميقات بنسبة أن يقيم بالبستان خمسة عشر يوماً فصاعداً لانه لا يشيب للبستان حكم الوطن في
 حقه الابنية مدة الإقامة وأقل مدة الإقامة خمسة عشر يوماً وأما الصنف الثاني فيقاتهم للحج أو العمرة دويرة
 أهلهم أو حيث شاؤا من الحل الذي بين دويرة أهلهم وبين الحرم أقوله عز وجل وأتموا الحج والعمرة لله فربنا
 على وابن مسعود رضي الله عنهما أنهم ما قالوا حين سئلوا عن هذه الآية تمامهما ان تحرم بهما من دويرة أهلهم فلا
 يجوز لهما أن يجاوزا ميقاتهم للحج أو العمرة الا محرمين والحل الذي بين دويرة أهلهم وبين الحرم كشيء واحد فيجوز
 احرامهم الى آخره الحل كالجواز احرام الا فاقى من دويرة أهله الى آخره ميقاته فلو جاوز أحد منهم ميقاته
 يريد الحج أو العمرة فدخل الحرم من غير احرام فعليه دم ولو عاد الى الميقات قبل أن يحرم أو بعدما أحرم فهو على
 التفصيل والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا في الاتفاق اذا جاوز الميقات بغير احرام وكذلك الاتفاق اذا حصل
 في البستان أو المكي اذا خرج اليه فاراد أن يحج أو يعتمر فحكمه حكم أهل البستان وكذلك البستاني أو المكي اذا
 خرج الى الاتفاق صار حكمه حكم أهل الاتفاق لا يجوز مجاوزة ميقات أهل الاتفاق وهو يريد الحج أو العمرة
 الا محرمين أو ينام الحديشين ويجوز لمن كان من أهل هذا الميقات وما بعده دخول مكة لغير الحج أو العمرة
 بغير احرام عندنا ولا يجوز ذلك في أحد قولي الشافعي وذكر في قوله الثالث اذا تكرر دخولهم بحج عليهم الاحرام في
 كل سنة مرة والصحيح قولنا لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه رخص للخطابين أن يدخلوا مكة بغير
 احرام وعادة الخطابين انهم لا يجاوزون الميقات وروى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه خرج من مكة الى قديد فبلغه
 خبر فتنه بالمدينة فرجع ودخل مكة بغير احرام ولان البستان من توابع الحرم فيلحق به ولان من أهل البستان

تتعلق بمكة فيجتازون الى الدخول في كل وقت فلم يمنعوا من الدخول الا باحرام لوقوعوا في الحرج وانه منى شرعا
 وأما الصنف الثالث فية اتهم للحج الحرم والعمره الحل فيحرم المكي من دويرة أهله للحج أو حيث شام من الحرم
 ويحرم العمره من الحل وهو التمتع أو غيره أما الحج فلقوله تعالى وآموا الحج والعمره لله وروينا عن علي وابن
 مسعود رضي الله عنهم ما أنهما قالوا انما هما أن يحرم بهما من دويرة أهله الا أن العمره صارت مخصوصة في حق
 أهل الحرم فبقي الحج مراد في حقهم وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أمر أصحابه بنسخ احرام
 الحج بعمل العمره أمرهم يوم التروية أن يحرموا بالحج من المسجد وفسخ احرام الحج بعمل العمره وان نسخ
 فالاحرام من المسجد لم ينسخ وان شاء أحرم من الابطح أو حيث شاء من الحرم لكن من المسجد أولى لان الاحرام
 عبادة واثبات العباد في المسجد أولى كالصلاة وأما العمره فلهما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد
 الافاضة من مكة دخل على عائشة رضي الله عنها وهي تبكي فقالت أكل نسائك يرجع بنسكين وأنا أرجع بنسك
 واحد فامر الخاء عبد الرحمن بن أبي بكر رضي الله عنه أن يعقر بهما من التمتع ولان من شأن الاحرام أن يجتمع في
 أفعال الحل والحرم فلو أحرم المكي بالعمره من مكة وأفعال العمره تؤدي بمكة لم يجتمع في أفعالها الحل والحرم بل
 يجتمع كل أفعالها في الحرم وهذا خلاف عمل الاحرام في الشرع والافضل أن يحرم من التمتع لان رسول الله صلى
 الله عليه وسلم أحرم منه وكذا أصحابه رضي الله عنهم كانوا يحرمون لعمرتهم منه وكذلك من حصل في الحرم من
 غير أهله فإراد الحج أو العمره فحكمه حكم أهل الحرم لانه صار منهم فإذا أراد أن يحرم بالحج أحرم من دويرة أهله
 أو حيث شاء من الحرم وإذا أراد أن يحرم بالعمره يخرج الى التمتع ويحل بالعمره في الحل ولو ترك المكي مبقائه
 فأحرم بالحج من الحل وللعمره من الحرم يجب عليه الدم الا اذا عاد وجسد التلبية أو لم يجد على التلبية
 والاختلاف الذي ذكرنا في الآفاق ولو خرج من الحرم الى الحل ولم يجاوز الميقات ثم أراد أن يعود الى مكة له أن
 يعود اليها من غير احرام لان أهل مكة يجتازون الى الخرج الى الحل للاحتطاب والاحتشاش والعود اليها فلو
 ألزمنهم الاحرام عند كل خروج لوقوعوا في الحرج

فصل وأما بيان ما يحرم به فمما يحرم به في الاصل ثلاثة أنواع الحج وحده والعمره وحدها والعمره مع الحج
 وعلى حسب تنوع المحرم به يتنوع المحرمون وهم في الاصل أنواع ثلاثة مفرد بالحج ومفرد بالعمره وجامع بينهما
 فالمفرد بالحج هو الذي يحرم بالحج لا غير والمفرد بالعمره هو الذي يحرم بالعمره لا غير وأما الجامع بينهما فنوعان
 قارن ومتنوع فلا بد من بيان معنى القارن والمتنوع في عرف الشرع وبيان ما يجب عليهما بسبب القارن والمتنوع
 وبيان الافضل من أنواع ما يحرم به أنه الافراد والقران أو المتنوع أما القارن في عرف الشرع فهو اسم لا فاق يجمع
 بين احرام العمره واحرام الحج قبل وجود ركن العمره وهو الطواف كله أو أكثره فيأتي بالعمره ولا ثم يأتي بالحج قبل
 أن يحل من العمره بالحل أو التمتع يرسوا جميع بين الاحرامين بكلام موصول أو مفصول حتى لو أحرم بالعمره
 ثم أحرم بالحج بعد ذلك قبل الطواف للعمره أو أكثره كان قارنا لوجود معنى القران وهو الجمع بين الاحرامين
 بشرطه ولو كان احرامه للحج بعد طواف العمره أو أكثره لا يكون قارنا بل يكون متنوعا لوجود معنى المتنوع
 وهو أن يكون احرامه بالحج بعد وجود ركن العمره كله وهو الطواف سبعة أشواط أو أكثره وهو أربعة
 أشواط على ما نذكر في تفسير المتنوع ان شاء الله تعالى وكذلك لو أحرم بالحجة أو لا ثم بعد ذلك أحرم بالعمره يكون
 قارنا لاثباته بمعنى القران الا أنه يكره له ذلك لانه مخالف للسنه اذ السنه تدرج احرام العمره على احرام الحج الا ترى
 أنه يقدم العمره على الحج في الفعل فكذا في القول ثم اذا فعل ذلك ينظر ان أحرم بالعمره قبل أن يطوف بالحجه
 عليه أن يطوف أولا لعمرته ويسمى لها ثم يطوف بالحجه ويسمى لها مرة أخرى لاثباته في الفعل فان لم يطف بالعمره
 ومضى الى عرفات ووقف بها صار احراما لعمرته لان العمره تفعل الارتفاض لا جعل الحججة في الجملة لما روى عن
 عائشة رضي الله عنها أنها قالت مكه معقرة فعاشت فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم ارفضي عمرتك وأهلي

بالحج واصنى في حجتك ما يصنع الحاج وهما اوجد دليل الارتفاع وهو الوقوف بعرفة لانه اشتغال بالركن
الاصلي للحج فيضمن ارتفاع العمرة ضرورة لفوات الترتيب في الفعل وهل يرتفع بنفس التوجه الى عرفات
ذكر في الجامع الصغير انه لا يرتفع وذكري كتاب المناسك فيه القياس والاستحسان فقال القياس ان يرتفع وفي
الاستحسان لا يرتفع عنى به القياس على اصل أبي حنيفة في باب الصلاة فيمن صلى الظهر يوم الجمعة في منزله
ثم خرج الى الجمعة انه يرتفع ظهره عنده كذا ههنا ينبغي ان ترتفع عثرته بالقياس على ذلك لانه استحسان وقال
لا يرتفع ما لم يقف بعرفات و فرق بين العمرة وبين الصلاة ووجه الفرق له ان السعي الى الجمعة من ضرورات اداء
الجمعة واداء الجمعة ينافي بقاء الظاهر فكذا ما هو من ضروراته اذ الثابت ضرورة شئ ملحق به وههنا التوجه الى
عرفات وان كان من ضرورات الوقوف بها لكن الوقوف لا ينافي بقاء العمرة صحيحة فان عمرة القارن والمقتنع تبقى
صحيحة مع الوقوف بعرفة وانما الحاجة ههنا الى مراعاة الترتيب في الافعال فالم توجد أركان الحج قبل أركان العمرة
لا يوجد فوات الترتيب وذلك هو الوقوف بعرفة فاما التوجه فليس بركن فلا يوجب فوات الترتيب في الافعال
وان كان طاف بالحج ثم أحرم بالعمرة فالمستحب له أن يرفض عمرته لمخالفته السنة في الفعل اذا السنة هي تقديم
أفعال العمرة على أفعال الحج فاذا ترك التقديم فقد تحققت البدعة فيستحب له أن يرفض لكن لا يؤمر بذلك
حقا لان المؤدى من أفعال الحج وهو طواف اللقاة ليس بركن ولو مضى عليها أجزأه لانه أتى بأصل النسك وانما
ترك السنة بترك الترتيب في الفعل وانه يوجب الاساءة دون الفساد وعليه دم القران لانه قارن لجمعه بين احرام
الحجة والعمرة والقران جائز مشروع ولو رفضها بقضيها لانها الزمت به بالشروع فيها وعليه دم لرفضها لان
رفض العمرة فسخ للاحرام بها وانه أعظم من ادخال النقص في الاحرام وذا يوجب الدم فهذا أولى والله تعالى أعلم
وأما المقتنع في عرف الشروع فهو اسم لا فاقى يحرم بالعمرة ويأتى بافعالها من الطواف والسعي أو يأتي بأكثر
ركتها وهو الطواف أربعة أشواط أو أكثر في أشهر الحج ثم يحرم بالحج في أشهر الحج ويحج من عامه ذلك قبل
أن يلم بأهله فيما بين ذلك المما معصيا فيحصل له النسيان في سفر واحد سواء حل من احرام العمرة بالحلق أو
التقصير أو لم يحل اذا كان سابق الهدى لمتعته فانه لا يجوز التحلل بينهما ويحرم بالحج قبل أن يحل من احرام
العمرة وهذا عندنا وقال الشافعي سوق الهدى لا يمنع من التحلل فصار المقتنع نوعين ممنع لم يسبق الهدى وممنع
سابق الهدى فالذي لم يسبق الهدى يجوز له التحلل اذا فرغ من أفعال العمرة بخلاف اذا تحلل صار حلالا
كسائر المخالين الى أن يحرم بالحج لانه اذا تحلل من العمرة فقد خرج منها ولم يبق عليه شئ فيقيم بمكة حلالا أي
لا يلم بأهله لان الامام بالاهل يفسد المقتنع وأما الذي سبق الهدى فانه لا يحل له التحلل الا يوم النحر بعد الفراغ
من الحج عندنا وعند الشافعي يحل له التحلل وسوق الهدى لا يمنع من التحلل والصحيح قولنا لما روى عن
أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما قدم مكة أمر أصحابه أن يحملوا الا من كان معه الهدى وفي
حديث اسماء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان معه هدى فليقم على احرامه ومن لم يكن معه هدى
فليحلق وروى انه لما أمر أصحابه ان يحملوا قالوا له انك لم تحل فقال اني سقت الهدى فلا أحل من احرامى الى يوم
النحر وقال صلى الله عليه وسلم لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لما سقت الهدى وتحللت كما أحلوا فقد أخبر
النبي صلى الله عليه وسلم ان الذي منعه من الحل سوق الهدى ولان لسوق الهدى أثر في الاحرام حتى يصير به
دخلا في الاحرام فجاز أن يكون له أثر في حال البقاء حتى يمنع من التحلل وسواء كان احرامه للعمرة في أشهر الحج
أو قبلها عندنا بعد أن يأتي بأفعال العمرة أو ركنها أو بأكثر الركن في الأشهر أنه يكون مقتنعا وعند الشافعي شرط
كونه مقتنعا بالاحرام بالعمرة في الأشهر حتى لو أحرم بها قبل الأشهر لا يكون متمتعا وان أتى بافعالها في الأشهر
والكلام فيه بناء على أصل قد ذكرناه فيما تقدم وهو ان الاحرام عند ركن فساكن من أفعال العمرة فلا بد
من وجود أفعال العمرة في أشهر الحج ولم يوجد بل وجد بعضها في الأشهر وعندنا ليس بركن بل هو شرط فتوجد

أفعال العمرة في الأشهر فيكون متمتعاً وليس لأهل مكة ولا لاهل داخل المواقيت التي بينها وبين مكة قرآن ولا تمتنع وقال الشافعي يصح قرائنهم وتمتعهم وجه قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى من غير فصل بين أهل مكة وغيرهم وإنما قوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام جعل التمتع لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام على الخصوص لأن اللام للاختصاص ثم حاضري المسجد الحرام هم أهل مكة وأهل الحل الذين منازلهم داخل المواقيت الخمسة وقال مالك هم أهل مكة خاصة لأن معنى الحضور لهم وقال الشافعي هم أهل مكة ومن كان بينهما وبين مكة مسافة لا تقصر فيها الصلاة لأنه إذا كان كذلك كان من توابع مكة والأفلا والصحيح قولنا لأن الذين هم داخل المواقيت الخمسة منازلهم من توابع مكة بدليل أنه يحل لهم أن يدخلوا مكة لحاجة بغير إحرام فكانوا في حكم حاضري المسجد الحرام وروى عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال ليس لأهل مكة تمتنع ولا قرآن ولا دخول العمرة في أشهر الحج ثبت رخصة لقوله تعالى الحج أشهر معلومات قيل في بعض وجوه التأويل أي للحج أشهر معلومات واللام للاختصاص فبقيت اختصاص هذه الأشهر بالحج وذلك بأن لا يدخل فيها غيره إلا أن العمرة دخلت فيها رخصة للآفاق ضرورة أعذار إنشاء السفر للعمرة نظراً له بأسقاط أحد السفيرين وهذا المعنى لا يوجد في حق أهل مكة ومن عتقناهم فلم تكن العمرة مشروعة في أشهر الحج في حقهم وكذا روى عن ذلك الصحابي أنه قال كنا نعد العمرة في أشهر الحج من أكرها الكبراء ثم رخص والثابت بطريق الرخصة يكون ثابتاً بطريق الضرورة والضرورة في حق أهل الآفاق لا في حق أهل مكة على ما ينافي بين العمرة في أشهر الحج في حقهم معصية ولأن من شرط التمتع أن تحصل العمرة والحج للتمتع في أشهر الحج من غير أن يلزم بأهله فيما بينهما وهذا لا يتحقق في حق المكي لأنه يلزم بأهله فيما بينهما لا محالة فلم يوجد شرط التمتع في حقه ولو جمع المكي بين العمرة والحج في أشهر الحج فعليه دم لكن دم كفارة الذنب لا دم لسبب شكر النعمة عندنا حتى لا يباح له أن يأكل منه ولا يقوم الصوم مقامه إذا كان معسراً وعند هدم نسك يجوز له أن يأكل منه ويقوم الصوم مقامه إذا لم يجد الهدى ولو أحرم الآفاق بالعمرة قبل أشهر الحج فدخل مكة محرماً بالعمرة وهو يريد التمتع فينبغي أن يقم محرماً حتى تدخل أشهر الحج فيأتي بأفعال العمرة ثم يحرم بالحج ويحج من عامه ذلك فيكون متمتعاً فان أتى بأفعال العمرة أو بأكثرها قبل أشهر الحج ثم دخل أشهر الحج فأحرم بالحج وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعاً لأنه لم يتم له الحج والعمرة في أشهر الحج ولو أحرم بعمرة أخرى بعد ما دخل أشهر الحج لم يكن متمتعاً في قولهم جميعاً لأنه صار في حكم أهل مكة بدليل أنه صار مية أنهم ميقاته فلا يصح له التمتع إلا أن يعود إلى أهله ثم يعود إلى مكة محرماً بالعمرة في قول أبي حنيفة وفي قولهما إلا أن يعود إلى أهله أو إلى موضع يكون لأهله التمتع والقرآن على ما نذكر ولو أحرم من لا تمتع له من المكي ونحوه بعمرة ثم أحرم بحجة يلزمه رفض أحدهما لأن الجمع بينهما معصية والنزوع عن المعصية لازم ثم ينظر أن أحرم بعمرة ثم أحرم بحجة قبل أن يطوف لعمرة رأساً فإنه يرفض العمرة لأنها أقل عملاً والحج أكثر عملاً فكانت العمرة أخف مؤنة من الحجة فكان رفضها أبسر ولأن المعصية حصلت بسببها لأنها هي التي دخلت في وقت الحج فكانت أولى بالرفض ويمضي على حجته وعليه لرفض عمرته دم وعليه قضاء العمرة لما نذكر وإن كان طواف لعمرة جميع الطواف أو أكثره لا يرفض العمرة بل يرفض الحج لأن العمرة مؤداة والحج غير مؤدى فكان رفض الحج امتناعاً عن الأداء ورفض العمرة بطلان العمل والامتناع عن العمل دون إبطال العمرة فكان أولى وإن كان طواف لها شوطاً أو شوطين أو ثلاثة يرفض الحج في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد يرفض العمرة وجه قولهما أن رفض العمرة أدنى وأخف مؤنة لا ترى أنها سميت بالحجة الصغرى فكانت أولى بالرفض ولا عبرة بالقدر المؤدى منها لأنه أقل والأكثر غير مؤدى والأقل بمقابلة الأكثر ملحق بالعدم فكانه لم يؤد شيئاً منها والله أعلم ولا يبي حنيفة أن رفض الحجة امتناع من العمل ورفض العمرة بطلان العمل والامتناع دون الإبطال فكان أولى وبين ذلك أنه لم يوجد للحج عمل لأنه لم يوجد له إلا إحرامه وأنه ليس من

الاداء في شئ لانه شرط وليس بركن عندنا على ما بينا فيه اتقدم فلا يكون رفض الحج ابطالا للعمل بل يكون امتناعا
فاما العمرة فقد أدى منها شيئا وان قل وكان رفضها ابطالا لذلك القدر من العمل فكان الامتناع أولى لما قلنا واذا
رفض الحجة عنه فعليه لرفضها دم وقضاء حجة وعمرة واذا رفض العمرة عندهما فعليه لرفضها دم وقضاء عمرة
والاصل في جنس هذه المسائل ان كل من لزمه رفض عمرة فرفضها فعليه لرفضها دم لانه تحلل منها قبل وقت التحلل
فيلزمه الدم كالمحصر وعليه عمرة مكانها قضاء لانها قد وجبت عليه بالشرع فاذا أفسدها يقضيها وكل من لزمه
رفض حجة فرفضها فعليه لرفضها دم وعليه حجة وعمرة أما لزوم الدم لرفضها فلما ذكرنا في العمرة وأما لزوم الحجة
والعمرة فاما الحجة فلوجوبها بالشرع وأما العمرة فلم يدم اتيانها بافعال الحجة في السنة التي أحرم فيها فصار
كفائت الحج فيلزمه العمرة كما يلزم فائت الحج فان أحرم بالحجة من سنته فلا عمرة عليه وكل من لزمه رفض
أحدهما انقضى فيها فعليه دم لان الجمع بينهما معصية فقد أدخل النقص في أحدهما فيلزمه دم لكنه يكون دم
كفارة لادم منته حتى لا يجوز له أن يأكل منه ولا يجزئه الصوم ان كان معسرا ومما يتصل بهذه المسائل ما اذا
أحرم بحجتين معا أو بعمرتين معا قل أبو حنيفة وأبو يوسف لزمناه جميعا وقال محمد لا يلزمه الا احدهما وبه أخذ
الشافعي وجه قول محمد انه اذا أحرم بعبادتين لا يمكنه المضي فيهما جميعا فلا ينقض احرامه بهما جميعا كالأحرام
بصلاتين أو صومين بخلاف ما اذا أحرم بحجة وعمرة لان المضي فيهما يمكن فيصبح احرامه بهما كالنوى صوما
وصلاة ولا يخيبة وأبي يوسف انه أحرم بما يقدر عليه في وقتين فيصبح احرامه كالأحرام بحجة وعمرة معا
وغرة هذا الاختلاف تظهر في وجوب الجزاء اذا قتل صيدا عندهما يجب جزاء أن لا تعقاد الا حرام بهما جميعا
وعنده يجب جزاء واحد لا تعقاد الا حرام باحدهما ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف في وقت ارتقاض احدهما
عند أبي يوسف يرتفع عقيب الاحرام بلا فصل وعن أبي حنيفة روايتان في الرواية المشهورة عنه يرتفع اذا
قصدمكة وفي رواية لا يرتفع حتى يتسدى بالطواف ولو أحرم الا فاقى بالعمرة فاذا هاء في أشهر الحج وفرغ منها
وحل من عمرته ثم عاد الى أهله حلالا ثم رجع الى مكة وأحرم بالحج وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعاً حتى لا يلزمه
الهدى بل يكون مفردا بعمرة ومفردا بحجة لانه لم يأهله بين الاحرامين الماسا جميعا وهذا يمنع القتع وقال
الشافعي لا أعرف الا الماس ونحن نقول ان كنت لا تعرف معناه لغة فعناه في اللغة القرب يقال ألم به أى قرب منه
وان كنت لا تعرف حكمه شرعا فلكه أن يمنع التمتع لما روى عن عمرو بن عمر رضي الله عنهما أن المتمتع اذا أقام
عكة صح تمتعه وان عاد الى أهله بطل تمتعه وكذا روى عن جماعة من التابعين مثل سعيد بن المسيب وسعيد بن
جببر وابراهيم الضحى وطاوس وعطاء رضي الله عنهم انهم قالوا كذلك ومثل هذا لا يعرف رأيا واجتهادا فالظاهر
سماعهم ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان التمتع في حق الآفاق ثبت رخصة ليجمع بين التمسكين
ويصل أحدهما بالآخر في سفر واحد من غير أن يتخلل بينهما ما ينافي النسك وهو الارتقاء ولما ألم بأهله فقد حصل
له مرافق الوطن فبطل الا اتصال والله تعالى أعلم ولو رجع الى مكة بعمرة أخرى وحج كان متمتعاً لان حكم العمرة
الاولى قد سقط بالماسه بأهله فيتمتع بالحكم بالثانية وقد جمع بينهما وبين الحجة في أشهر الحج من غير الماس فكان
متمتعاً ولو كان الماسه بأهله بعد ما طاف لعمرة قبل أن يخلق أو يقصر ثم حج من عامه ذلك قبل أن يحل من العمرة
في أهله فهو متمتع لان العود مستحق عليه لاجل الحلق لان من جعل الحرم شرطاً لجواز الحلق وهو أبو حنيفة
ومحمد لا بد من العود وعند من لم يجعله شرطاً وهو أبو يوسف كان العود مستحباً ان لم يكن مستحقاً وأما الماس
الفاقد الذي لا يمنع صحة التمتع فهو أن يسوق الهدى فاذا فرغ من العمرة عاد الى وطنه فلا يبطل تمتعه في قول أبي
حنيفة وأبي يوسف حتى لو عاد الى مكة فأحرم بالحج وحج من عامه ذلك كان متمتعاً في قولهما وعند محمد يبطل
تمتع حتى لو حج من عامه ذلك لم يكن متمتعاً وجه قول محمد ان المانع من صحة التمتع وهو الماس بالاهل قد
وجدوا العود غير مستحق عليه بدليل أنه لو بدله من التمتع جاز له ذبح الهدى ههنا واذا لم يستحق عليه العود

صار كان لم يسق الهدى ولو لم يسق الهدى يبطل تمتعه كذا هذا ولهما أن العود مستحق عليه مادام على نية
القتع فبمنع صحة الامام فلا يبطل تمتعه كالفارن اذا عاد الى أهله ثم ما ذكرنا من بطلان القتع بالامام الصحيح
اذا عاد الى أهله فاما اذا عاد الى غير أهله بأن خرج من الميقات وطلق بموضع لاهله القرآن والتمتع كالبصرة مثلا
أو نحوها واتخذ هنالك دارا أو لم يتخذ توطن بها أو لم يتوطن ثم عاد الى مكة ورجع من عامه ذلك فهل يكون مقتعا
ذكر في الجامع الصغير أنه يكون مقتعا ولم يذكر الخلاف وذكر القاضي أيضا أنه يكون مقتعا في قولهم وذكر
الساجي أنه يكون مقتعا في قول أبي حنيفة وهذا وما اذا اقام بمكة ولم يبرح منها سواء واما في قول أبي يوسف ومحمد
فلا يكون مقتعا وحقه بموضع لاهله القتع والقرآن وحقه بأهله سواء وجه قولهما أنه لما جاوز الميقات ووصل
الى موضع لاهله التمتع والقرآن فقد بطل حكم السفر الاول وخرج من أن يكون من أهل مكة لو جرد انشاء
سفر آخر فلا يكون متمعا كما لو رجع الى أهله ولا في حنيفة أن وصوله الى موضع لاهله القرآن والتمتع لا يبطل
السفر الاول ما لم يعد الى منزله لان المسافر مادام يتردد في سفره بعد ذلك كله منه سفر واحد ما لم يعد الى منزله ولم يعد
هنا فكان السفر الاول قائما فصار كأنه لم يبرح من مكة فيكون متمعا ويلزمه هدى المنة ولو أحرمت بالعمرة في
أشهر الحج ثم أفسدها وأتبعها على الفساد وحل منها ثم أحرمت بالحج ورجع من عامه ذلك قبل أن يقضيها لم يكن مقتعا
لأنه لا يصير مقتعا لا بحصول العمرة والحج ولما أفسد العدة فلم تحصل له العمرة والحج فلا يكون متمعا ولو
قضى عمرته ورجع من عامه ذلك فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه فان فرغ من عمرته الفاسدة وحل منها ورجع الى
أهله ثم عاد الى مكة وقضى عمرته وأحرمت بالحج ورجع من عامه ذلك فإنه يكون متمعا بالاجماع لأنه لما حل من عمرته
من أهل القتع وقد أتى به فكان مقتعا واذا فرغ من عمرته الفاسدة وحل منها لكنه لم يخرج من الحرم أو خرج
منه لكنه لم يجاوز الميقات حتى قضى عمرته وأحرمت بالحج لا يكون متمعا بالاجماع لأنه لما حل من عمرته
الفاسدة صار كواحد من أهل مكة ولا تمتع لأهل مكة ويكون مسيا وعليه لاساءته دم وان فرغ من عمرته الفاسدة
وحل منها وخرج من الحرم وجاوز الميقات حتى قضى عمرته وطلق بموضع لاهله القتع والقرآن كالبصرة وغيرهما
رجع الى مكة وقضى عمرته الفاسدة ثم أحرمت بالحج ورجع من عامه ذلك لم يكن مقتعا في قول أبي حنيفة كأنه لم يبرح
من مكة وفي قول أبي يوسف ومحمد يكون مقتعا كأنه لم يبرح بأهله وجه قولهما أنه لما حصل في موضع لاهله التمتع
والقرآن صار من أهل ذلك الموضع وبطل حكم ذلك السفر ثم اذا قدم مكة كان هذا انشاء سفر وقد حصل له
نسكان في هذا السفر وهو عمرة وحج فيكون مقتعا كما لو رجع الى أهله ثم عاد الى مكة وقضى عمرته في أشهر الحج
وأحرمت بالحج ورجع من عامه ذلك أنه يكون مقتعا كذا هذا بخلاف ما اذا اتخذ مكة دارا لأنه صار من أهل مكة
ولا تمتع لأهل مكة ولا في حنيفة ان حكم السفر الاول باق لان الانسان اذا خرج من وطنه مسافرا فهو على حكم
السفر ما لم يعد الى وطنه واذا كان حكم السفر الاول باقيا فلا عبرة بقدمه بالبصرة واتخاذ دارا بها فصار كأنه اقام
بمكة لم يبرح منها حتى قضى عمرته الفاسدة واذا كان كذلك لم يكن متمعا ويلزمه الدم لأنه لما أفسد العمرة لزمه أن
يقضيها من مكة وهو ان يحرم بالعمرة من ميقات أهل مكة للعمرة وذلك دليل الحاقه بأهل مكة فصارت عمرته
وحجته مكينين لصيرورة ميقاته للحج والعمرة ميقات أهل مكة فلا يكون مقتعا وجود الامام بمكة كافرغ
من عمرته وصار كالمكي اذا خرج الى أقرب الاقاق وأحرمت بالعمرة ثم عاد الى مكة وأتى بالعمرة ثم أحرمت بالحج
ورجع من عامه ذلك لم يكن مقتعا كذا هذا بخلاف ما اذا رجع الى وطنه لأنه اذا رجع الى وطنه فقد قطع حكم السفر
الاول بابتداء سفر آخر فانقطع حكم كونه بمكة فبعد ذلك اذا أتى مكة وقضى العمرة وحج فقد حصل له النسكان
في سفر واحد صار متمعا هذا اذا أحرمت بالعمرة في أشهر الحج ثم أفسدها وأتبعها على الفساد فاما اذا أحرمت بها قبل
أشهر الحج ثم أفسدها وأتبعها على الفساد فان لم يخرج من الميقات حتى دخل أشهر الحج وقضى عمرته في أشهر
الحج ثم أحرمت بالحج ورجع من عامه ذلك فإنه لا يكون مقتعا بالاجماع وحكمه كمنى تمتع لأنه صار كواحد من

أهل مكة لما ذكرنا و يكون مسياً وعليه لاساءته دم وان عاد الى أهله ثم عاد الى مكة محرماً بأحرام العمرة وقضى عمرته في أشهر الحج ثم أحرم بالحج وج من عامه ذلك يكون متمتعاً بالاجماع لما مروا من عادى غير أهله ولحق بموضع لأهله التمتع والقران ثم عاد الى مكة محرماً بأحرام العمرة وقضى عمرته في أشهر الحج ثم أحرم بالحج وج من عامه ذلك فهذا على وجهين في قول أبي حنيفة في وجه يكون متمتعاً وهو ما إذا رأى هلال شوال خارج الميقات ثم عاد الى مكة محرماً بأحرام العمرة وقضى عمرته في أشهر الحج ثم أحرم بالحج وج من عامه ذلك وفي وجه لا يكون متمتعاً وهو ما إذا رأى هلال شوال داخل الميقات وعند أبي يوسف ومحمد يكون متمتعاً في الوجهين جميعاً لهما أن لحوقه بذلك الموضع بمنزلة لحوقه بأهله ولو لحق بأهله يكون متمتعاً فكذا هذا ولا يخيّف أن في الوجه الأول أدركته أشهر الحج وهو من أهل التمتع لأنها أدركته خارج الميقات وفي الوجه الثاني أدركته وهو ليس من أهل التمتع لكونه ممنوعاً عن التمتع ولا يزول المنع حتى يلحق بأهله ولو اعتمر في أشهر الحج ثم عاد الى أهله قبل أن يحل من عمرته ولم يأهله وهو محرم ثم عاد الى مكة بذلك الاحرام وأنتم عمرته ثم حج من عامه ذلك فهذا على ثلاثة أوجه فان كان طاف لعمرة شوطاً وشوطين أو ثلاثة أشواط ثم عاد الى أهله وهو محرم ثم رجع الى مكة بذلك الاحرام وأنتم عمرته وج من عامه ذلك فانه يكون متمتعاً بالاجماع وان اعتمر وحل من عمرته ثم عاد الى أهله حللاً ثم عاد الى مكة وج من عامه ذلك لا يكون متمتعاً بالاجماع لان المسامه بأهله صحيح وأنه يمنع التمتع وان رجع الى أهله بعد ما طاف أكثر طواف عمرته أو كله ولم يحل بعد ذلك ولم يأهله محرماً ثم عاد وأنتم بقية عمرته وج من عامه ذلك فانه يكون متمتعاً في قول أبي يوسف وفي قول محمد لا يكون متمتعاً وجه قوله انه أدى العمرة بسفرين وأكثرها حصل في السفر الاول وهذا يمنع التمتع ولهما ان المسامه بأهله لم يصح بدليل انه يباح له العود الى مكة بذلك الاحرام من غير ان يحتاج الى احرام جديد فصاركانه أقام بمكة وكذا الواعتمر في أشهر الحج ومن ينهيه التمتع وساق الهدى لاجل نعمة فليست فرغ منها عاد الى أهله محرماً ثم عاد وج من عامه ذلك فانه يكون متمتعاً في قولهما لان المسامه بأهله لم يصح فصاركانه أقام بمكة وعند محمد لا يكون متمتعاً ولو خرج المكي الى الكوفة فأحرم بالعمرة ثم دخل مكة فأحرم بالحج لم يكن متمتعاً لانه حصل له الالمام بأهله بين الحج والعمرة فرفع التمتع كالكوافي اذا رجع الى أهله وسواء ساق الهدى أو لم يسق يعني اذا أحرم بالعمرة بعد ما خرج الى الكوفة وساق الهدى لم يكن متمتعاً وسواء ساق الهدى لا يمنع صحة المسامه بخلاف الكوفي لان الكوفي انما يمنع سوق الهدى صحة المسامه لان الهدى مستحق عليه فاما المكي فلا يستحق عليه العود فصاح المسامه مع السوق كما يصح مع عدمه ولو خرج المكي الى الكوفة ففقرن صح قرانه لان الفران يحصل بنفس الاحرام فلا يعتبر فيه الالمام فصاركانه عاد الى مكة كالكوافي اذا قرن ثم عاد الى الكوفة وذكر ابن سماعه عن محمد أن قران المكي بعد خروجه الى الكوفة انما يصح اذا كان خروجه من مكة قبل أشهر الحج فاما اذا دخلت عليه أشهر الحج وهو بمكة ثم خرج الى الكوفة ففقرن لم يصح قرانه لانه حين دخول الأشهر عليه كان على صفة لا يصح له التمتع ولا القران في هذه السنة لانه في أهله فلا يغير ذلك بالخروج الى الكوفة وفي نوادر ابن سماعه عن محمد بن عيسى أن عمرته في رمضان وأقام على احرامه الى شوال من قابل ثم طاف لعمرة في العام القابل من شوال ثم حج في ذلك العام انه متمتع لانه باق على احرامه ووقد أتى بأفعال العمرة والحج في أشهر الحج فصاركانه ابتداء الاحرام بالعمرة في أشهر الحج وج من عامه ذلك ولو فعل ذلك كان متمتعاً كذا هذا وبمثله من وجب عليه ان يتحلل من الحج بعمرة فآخر الى العام القابل فتحلل بعمرة في شوال وج من عامه ذلك لا يكون متمتعاً لانه ما أتى بأفعال العمرة لها بل للتحلل عن احرام الحج فلم تقع هذه الافعال معتداً بها عن العمرة فلم يكن متمتعاً بخلاف الفصل الاول

فصل في ما يجب على المتمتع والقران بسبب التمتع والقران اما المتمتع فيجب عليه الهدى بالاجماع والكلام في الهدى في مواضع في تفسير الهدى وفي بيان وجوبه وفي بيان شرط الوجوب وفي بيان صفة الواجب

وفي بيان مكان أقامته وفي بيان زمان الإقامة أما الأول فالهدى المذكور في آية التمتع اختلف فيه الصحابة رضي الله عنهم روى عن علي وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم أنهم قالوا هو شاة وعن ابن عمر وشاة رضي الله عنهم أنه بدنة أو بقرة والحاصل أن اسم الهدى يقع على الأبل والبقر والغنم لكن الشاة ههنا مرادة من الآية الكريمة بإجماع الفقهاء حتى أجمعوا على جوازها عن المتعة والدليل عليه أيضا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الهدى فقال صلى الله عليه وسلم أدناه شاة الآن البدنة أفضل من البقرة والبقرة أفضل من الشاة لقول النبي صلى الله عليه وسلم في تفسير الهدى أدناه شاة فقيهه إشارة إلى أن اعلام البدنة والبقرة وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال المبكر إلى الجمعة كالمهدي بدنة ثم كالمهدي بقرة ثم كالمهدي شاة وكذا النبي صلى الله عليه وسلم ساق البدن ومعناوم أنه كان يختار من الاعمال أفضلها ولأن البدنة أكثر لحاقا بقيمة من البقرة والبقرة أكثر لحاقا بقيمة من الشاة فكان أنفع للفقراء فكان أفضل وأما وجوبه فانه واجب بالإجماع وبقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى أي فعليه ذبيح ما استيسر من الهدى كافي قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية الآية أي فحلق فعليه فدية وقوله عز وجل فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر معناه فافطر فليصم في عدة من أيام أخر وأما شرط وجوبه فأن القدرة عليه لأن الله تعالى أوجب ما استيسر من الهدى ولا وجوب الأعلى القادر فإن لم يقدر فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله لقوله عز وجل فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم تلك عشرة كاملة معناه فمن لم يجد الهدى فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم ولا يجوز له أن يصوم ثلاثة أيام في أشهر الحج قبل أن يحرم بالعمرة بخلاف وهل يجوز له بعدما أحرم بالعمرة في أشهر الحج قبل أن يحرم بالحج قال أصحابنا يجوز سواء طاف للعمرة أو لم يطف بعد أن أحرم بالعمرة وقال الشافعي لا يجوز حتى يحرم بالحج كذا ذكره القميه أبو الليث الخلاف وذكر إمام الهدى الشيخ أبو منصور الماتريدي رحمه الله القياس أن لا يجوز ما لم يشرع في الحج وهو قول زفر لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وانما يكون في الحج بعد التشروع فيه وذلك بالأحرام ولأن على أصل الشافعي دم المتعة دم كفارة وجب جبر النقص وما لم يحرم بالحج لا يظهر النقص ولنا أن الأحرام بالعمرة سبب لوجود الأحرام بالحجة فكان الصوم تجبيل بعد وجود السبب فجاز قبل وجود العمرة لم يوجد السبب فلم يجز ولأن السنة في التمتع أن يحرم بالحج عشية التروية كذا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه بذلك وإذا كانت السنة في حقه الأحرام بالحج عشية التروية فلا يمكنه صيام الثلاثة الأيام بعد ذلك وانما بقي له يوم واحد لأن أيام النحر والتشريق قد نهى عن الصيام فيها فلا بد من الحكم بجواز الصوم بعد أحرام العمرة قبل التشروع في الحج وأما الآية فقد قيل في تأويلها أن المراد منها وقت الحج وهو الصبح إذا لم يصلح طرفا للصوم والوقت يصلح طرفا له فصار تحديرا لآية التشرية فصيام ثلاثة أيام في وقت الحج كافي قوله تعالى الحج أشهر معلومات أي وقت الحج أشهر معلومات وعلى هذا صارت الآية التشرية حجة لنا عليه لأن الله تعالى أوجب على المتمتع صيام ثلاثة أيام في وقت الحج وهو أشهر الحج وقد صام في أشهر الحج فجاز الآن زمان ما قبل الأحرام صار مخصوصا من النص والأفضل أن يصوم ثلاثة أيام آخرها يوم عرفة بأن يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لأن الله تعالى جعل صيام ثلاثة أيام بدلا عن الهدى وأفضل أوقات البدل وقت اليأس عن الأصل لما يحقل القدرة على الأصل قبله ولهذا كان الأفضل تأخير التجم إلى آخر وقت الصلاة لا حقل وجود الماء قبله وهذه الأيام آخر وقت هذا الصوم عندنا فإذا مضت ولم يصم فيها فقد فات الصوم وسقط عنه وعاد الهدى فإن لم يقدر عليه تحلل وعليه دمان دم القمعة ودم التحلل قبل الهدى وعند الشافعي لا يفوت بعض هذه الأيام ثم له قولان في قول يصومها في أيام التشريق وفي قول يصومها بعد أيام التشريق والصحيح قولنا لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج أي في وقت الحج لما يندنا عين وقت الحج لصوم هذه الأيام الآن يوم النحر خرج من أن

يكون وقتنا لهذا الصوم بالاجماع وما رواه ليس وقت الحج فلا يكون محلا لهذا الصوم وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال الممتنع عما يصوم قبل يوم النحر وعن عمر رضي الله عنه أن رجلا أتاه يوم النحر وهو ممتنع لم يصم فقال له عمر رضي الله عنه اذبح شاة فقال الرجل ما أجدها فقال له عمر سل قومك فقال ليس ههنا منهم أحد فقال عمر رضي الله عنه يا مغبث أعطه عنى ثمن شاة والظاهر أنه قال ذلك سمعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن مثل ذلك لا يعرف رأيا واجتهادا أو ما صوم السبعة فلا يجوز قبل الفراغ من أفعال الحج بالاجماع وهل يجوز بعد الفراغ من أفعال الحج بمكة قبل الرجوع إلى الأهل قال أصحابنا يجوز وقال الشافعي لا يجوز إلا بعد الرجوع إلى الأهل إلا إذا نوى الإقامة بمكة فيصومها بمكة فيجوز واحتج بقوله تعالى وسبعة أذاربعتم أي إذا رجعتم إلى أهليكم ولنا هذه الآية بعينها لأنه قال عز وجل إذا رجعتم مطلقا فيقتضى أنه إذا رجعت من منى إلى مكة وصامها يجوز وهكذا قال بعض أهل التأويل إذا رجعت من منى وقال بعضهم إذا فرغت من أفعال الحج وقبل إذا أتى وقت الرجوع ولو وجد الهدى قبل أن يشرع في صوم ثلاثة أيام أو في خلال الصوم أو بعد ما صام فوجده في أيام النحر قبل أن يحلق أو يقصر يلزمه الهدى ويسقط حكم الصوم عندنا وقال الشافعي لا يلزمه الهدى ولا يبطل حكم الصوم والصحيح قولنا لأن الصوم بدل عن الهدى وقد قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل فبطل حكم البدل كالوجود الماء في خلال التيمم ولو وجد الهدى في أيام الذبح أو بعد ما حلق أو قصر قبل أن يصوم السبعة صح صومه ولا يجب عليه الهدى لأن المقصود من البدل وهو التحلل قد حصل فالقدرة على الأصل بعد ذلك لا تبطل حكم البدل كالوصل بالتميم ثم وجد الماء واختلف أبو بكر الرازي وأبو عبد الله الجرجاني في صوم السبعة قال الجرجاني أنه ليس ببطل بدليل أنه يجوز مع وجود الهدى بالاجماع ولا جواز لبدل مع وجود الأصل كافي التراب مع الماء ونحو ذلك وقال الرازي أنه بدل لأنه لا يجب الأحال المحزر عن الأصل وجوازه حال وجود الأصل لا يخرج عنه كونه بدلا ولو صام ثلاثة أيام ولم يحل حتى مضت أيام الذبح ثم وجد الهدى فصومه ماض ولا هدى عليه كذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ذكره السرخسي في مختصره لأن الذبيح يتوقف بأيام الذبيح عندنا فإذا مضت فقد حصل المقصود وهو إباحة التحلل فكانه تحلل ثم وجد الهدى وأما صفة الواجب فقد اختلف فيها قال أصحابنا أنه دم نسك واجب شكرا لما وفق للجمع بين التمسك بسفر واحد فله أن يأكل منه ويطعم من شاء غنيا كان المطعم أو فقيرا ويستحب له أن يأكل الثلث ويتصدق بالثلث ويهدي الثلث لأقربائه وجيرانه سواء كانوا فقراء أو أغنياء كدم الأضحية لقوله عز وجل فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير وقال الشافعي أنه دم كفارة واجب جبر للنقص بترك إحدى السفرتين لأن الأفراد أفضل عنده لا يجوز للفقير أن يأكل منه وسبيله سبيل دماء الكفارات وأما الفارق في حكمه حكم المتمتع في وجوب الهدى عليه إن وجد الصوم إن لم يجد وإباحة الأصل من لحمه للفقير لأنه في معنى المتمتع فيما لا جله وجب الدم وهو الجمع بين الحججة والعمره في سفر واحد وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قارنا فنحرا البدن وأمر عليا رضي الله عنه فأخذ من كل بدنة قطعة فطبخها وأكل رسول الله صلى الله عليه وسلم من لحمها وحسام من مرقتها وأما مكان هذا الدم فالحرم لا يجوز في غيره لقوله تعالى والهدى معكوف أن يبلغ محله ومحله الحرم والمراد منه هدى المنتعة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى والهدى اسم لما يهدى إلى بيت الله الحرام أي يبعث وينقل إليه وأما زمانه فأيام النحر حتى لو ذبح قبلها لم يجز لأنه دم نسك عندنا فيثبوت بأيام النحر كالأضحية وأما بيان أفضل أنواع ما يحرم به فظاهر الرواية عن أصحابنا أن القرآن أفضل ثم المتمتع ثم الأفراد وروى عن أبي حنيفة أن الأفراد أفضل من التمتع وبه أخذ الشافعي وقال مالك التمتع أفضل وذو محمد في كتاب الرد على أهل المدينة أن حجة كوفية وعمره كوفية أفضل احتج الشافعي بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أفرج بالحج عام حجة الوداع فدل أن الأفراد أفضل أذهو صلى الله عليه وسلم كان يختار من الأعمال أفضلها ولنا أن المشهور أن النبي صلى الله عليه وسلم قرن بين الحج والعمرة رواه عمر وعلي وابن عباس

وجابر وأنس رضي الله عنهم وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال أتاني آت من ربي وأنا بالبعيق فقال قم فصل
 في هذا الوادي المبارك ركعتين وقل لي بك بعمره في حجة حتى روى عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله
 عليه وسلم كان يصرخ بهاصراخا ويقول لي بك بعمره في حجة فدل أنه صلى الله عليه وسلم كان قارنا وروى
 عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال تابعوا بين الحج والعمرة فإن المتابعة بينهما تزيدي في العمر وتنتي الفقر ولأن القرآن
 والتمتع جمع بين عبادتين باحرامين فكان أفضل من اتيان عبادة واحدة باحرام واحد وانما كان القرآن أفضل
 من التمتع لأن القارن حجته وعمرته آفاقيتان لأنه يحرم بكل واحدة منهما من الآفاق والتمتع عمرته آفاقية
 وحجته مكئية لأنه يحرم بالعمرة من الآفاق وبالْحِجَّة من مكة والحجة الآفاقية أفضل من الحجة المكئية لقوله
 تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وروينا عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنه قال لا تأمهما أن تحرم بهما من دويرة
 أهلك وما كان آمنا فهو أفضل وأما ما رواه الشافعي فالشهور وما روي بنا والعمل بالمشهور أولى مع ما أن فيمار وينا زيادة
 ليست في روايته والزيادة برواية العدل مقبولة على أنانجمع بين الروايتين على ما هو الأصل عند تعارض الدليلين
 أنه يعمل بهما بالقدرا الممكن فنقول كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قارنا لكنه كان يسمى العمرة والحجة
 في التلبية بهما مرة وكان صلى الله عليه وسلم يلبى بهما لكنه كان يسمى باحداهما مرة إذ تسمية ما يحرم به في التلبية
 ليس بشرط لصحة التلبية فراوي الأفراد معه يسمى بالحجة في التلبية فبني الأمر على الظاهر فظنه مفردا فروى
 الأفراد وراوي القرآن وقف على حقيقة الحال فروى القرآن

فصل وأما بيان حكم المحرم إذا منع عن المضى في الاحرام وهو المسمى بالمحصر في عرف الشرع فالكلام في
 الاحصار في الأصل في ثلاث مواضع في تفسير الاحصار انه ما هو ومم يكون وفي بيان حكم الاحصار وفي بيان حكم
 زوال الاحصار أما الأول فالمحصر في اللغة هو المنوع والاحصار هو المنع وفي عرف الشرع هو اسم لمن أحرم
 ثم منع عن المضى في موجب الاحرام سواء كان المنع من العدو أو المرض أو الحبس أو الكسر أو العرج وغيره من
 الموانع من اتمام ما أحرم به حقيقة أو شرعا وهو هذا قول أصحابنا وقال الشافعي لا احصار الا من العدو ووجه قوله أن
 آية الاحصار وهي قوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدي نزلت في أصحاب رسول الله صلى الله
 عليه وسلم حين أحصرهم من العدو وفي آخر الآية الشريفة دليل عليه وهو قوله عز وجل فاذا أمتهم والايمان
 من العدو ويكون وروى عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما أنهم قالوا لا احصار الا من عدو ولنا عموم قوله
 تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدي والاحصار هو المنع والمنع كما يكون من العدو ويكون من المرض وغيره
 والعبرة بعموم اللفظ عندنا لا بخصوص السبب إذا الحكم يتبع اللفظ لا السبب وعن الكسائي وأبي معاذان
 الاحصار من المرض والحصر من العدو وعلى هذا كانت الآية خاصة في المنوع بسبب المرض وأما قوله عز وجل
 فاذا أمتهم فالجواب عن التعلق به من وجهين أحدهما أن الايمان كما يكون من العدو يكون من زوال المرض لأنه إذا
 زال مرض الانسان أمن الموت منه أو أمن زيادة المرض وكذا بعض الامراض قد تكون أمانا من البعض كما قال النبي
 صلى الله عليه وسلم الزكام أمان من الجذام والثاني أن هذا يدل على ان المحصر من العدو مراد من الآية الربية
 وهذا لا ينبغي كون المحصر من المرض مراد منها وما روى عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما انه ان ثبت فلا
 يجوز ان ينسخ به مطلق الكتاب كيف وانه لا يرى نسخ الكتاب بالسنة وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
 قال من كسر أو عرج فقد حل وعليه الحج من قابل وقوله حل أي جازله أن يحل بغير دم لأنه لم يؤذن له بذلك شرعا
 وهو كقول النبي صلى الله عليه وسلم إذا أقبل الليل من ههنا وأدبر النهار من ههنا فقد أفطر الصائم ومعناه أي حل له
 الافطار فكذا ههنا معناه حل له أن يحل ولأنه انما رخص من العدو ومن خصاله التحلل لمعنى هو موجود
 في المرض وغيره وهو الحاجة الى الترفيه والتيسير لما يلحقه من الضرر والحرج بإبقائه على الاحرام مدة مديدة
 والحاجة الى الترفيه والتيسير من حقيقة في المريض ونحوه فيتحقق الاحصار ويثبت موجهه بل أولى لأنه يملك دفع

شر العدو عن نفسه بالقتال في دفع الا حصار عن نفسه ولا يمكنه دفع المرض عن نفسه فلما جعل ذلك عذرا فلان
يجعل هذا عذرا أولى والله اعلم وسواء كان العدو والمنايع كافرا أو مسلما التحقق الا حصار منها وهو المانع عن المضى في
موجب الاحرام فيدخل تحت عموم الآية وكذا ما ذكرنا من المعنى الموجب لثبوت حكم الا حصار وهو اباحة التحلل
وغيره لا يوجب الفصل بين الا حصار من المسلم ومن الكافر ولو سرقته نفقته أو هلكته را حلتها فان كان لا يقدر على
المشى فهو محصر لانه منع من المضى في موجب الاحرام فكان محصرا كالممنوعه المرض وان كان يقدر على المشى
فليس بمحصر لانه قادر على المضى في موجب الاحرام فلا يجوز له التحلل ويجب عليه المشى الى الحج ان كان محرما
بالحج ويجوز ان لا يجب على الانسان المشى الى الحج ابتداء ويجب عليه بعد الشروع فيه كالفقير الذي لا زاد له ولا
راحلة شرع في الحج انه يجب عليه المشى وان كان لا يجب عليه ابتداء قبل الشروع كذا ما قال أبو يوسف فان قدر
على المشى في الحال وخاف ان يجزأله التحلل لان المشى الذي لا يوصله الى المناسل وجوده والعدم بمنزلة واحدة
فكان محصر افيجوز له التحلل كالمولى يقدر على المشى اصلا وعلى هذا يخرج المرأة اذا احرمت ولا زوج لها ومعهما محرم
فما لم يحرمها أو احرمت ولا محرم معها ولكن معها زوجها فبات زوجها محصرا لانها ممنوعة شرعا من المضى
في موجب الاحرام بالزوج ولا محرم وعلى هذا يخرج ما اذا احرمت بحجة التطوع ولها محرم وزوج فنعها
زوجها انها محصورة لان الزوج أن يمنعها من حجة التطوع كأن له أن يمنعها عن صوم التطوع فصارت ممنوعة
شرعا بمنع الزوج فصارت محصورة كالممنوع حقيقة بالسد وغيره وان احرمت ومعهما محرم وليس لها زوج
فليست بمحصورة لانها غير ممنوعة عن المضى في موجب الاحرام حقيقة وشرعا وكذلك اذا كان لها محرم ولها
زوج فالحرمت باذن الزوج انها لا تكون محصورة وتمضى في احرامها لان الزوج اسقط حق نفسه بالاذن وان
احرمت وليس لها محرم فان لم يكن لها زوج فهي محصورة لانها ممنوعة عن المضى في موجب الاحرام بغير زوج
ولا محرم وان كان لها زوج فان احرمت بغير اذنه فكذلك لانها ممنوعة من المضى بغير اذن الزوج وان احرمت
باذنه لا تكون محصورة لانها غير ممنوعة وان احرمت بحجة الاسلام ولا محرم لها ولا زوج فهي محصورة لانها
ممنوعة عن المضى في موجب الاحرام لحق الله تعالى وهذا المنع أقوى من منع العباد وان كان لها محرم وزوج
ولها استطاعة عند خروج أهل بلدها فليست بمحصورة لانه ليس للزوج ان يمنعها من الفرائض كالصلوات
المكتوبة وصوم رمضان وان كان لها زوج ولا محرم معها فنعها الزوج فهي محصورة في ظاهرها رواية لان الزوج
لا يجبر على الخروج ولا يجوز لها الخروج بنفسها ولا يجوز للزوج أن يأذن لها بالخروج ولو أذن لا يعمل اذنه
فكانت محصورة وهل للزوج أن يحللها روى عن أبي حنيفة أن له أن يحللها لانها ماصارت محصورة ممنوعة عن
الخروج والمضى بمنع الزوج صار هذا كحج التطوع وهناك للزوج أن يحللها فكذا هذا ولو احرم العبد والامة
بغير اذن المولى فهو محصر لانه ممنوع عن المضى بغير اذنه ولولى أن يحله وان كان باذنه فلمولى أن يمنعه الا أنه
يكره له ذلك لانه خلف في الوعد ولا يكون الحاج محصرا بعد ما وقف بعرفة ويبقى محرما عن النساء الى أن يطوف
طواف الزيارة وانما قلنا انه لا يكون محصر بالقوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى أى فان أحصرتم
عن انعام الحج والعمرة لانه مبني على قوله وأنعموا بالحج والعمرة لله وقد تم حجه بالوقوف لقوله صلى الله عليه وسلم
الحج عرفة فمن وقف بعرفة فقد تم حجه وبعد انعام الحج لا يتحقق الا حصار ولا ان المحصر اسم لفئات الحج وبعد
وجود الركن الاصلى وهو الوقوف لا يتصور انقوات فلا يكون محصرا ولكنه يبقى محرما عن النساء الى أن يطوف
طواف الزيارة لان التحلل عن النساء لا يحصل بدون طواف الزيارة فان منع حتى مضى أيام النحر والنشر يقى ثم
خلى سبيله يسقط عنه الوقوف بعرفة ورمى الجمار وعليه دم ترك الوقوف بعرفة ودم ترك الرمي لان كل
واحد منهما واجب وعليه أن يطوف طواف الزيارة وطواف الصدر وعليه لتأخير طواف الزيارة عن أيام النحر
دم عند أبي حنيفة وكذا عليه لتأخير الجمار عن أيام النحر ودم عند مالك وعندهما لا شيء عليه والمسئلة مضت في

موضعها ولا احصار بعد ما قدم مكة أو الحرم ان كان لا يمنع من الطواف ولم يذكر في الاصل أنه ان منع من الطواف ما ذاك حكمة وذ كرا لخصاص انه ان قدر على الوقوف والطواف جميعاً وقدر على أحدهما فليس يحصر وان لم يقدر على واحد منهما فهو محصر وروى عن أبي يوسف أنه لا يكون الرجل محصر بعد ما دخل الحرم إلا أن يكون بمكة عدو غالب يحول بينه وبين الدخول الى مكة كحال المشركون بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين دخول مكة فإذا كان كذلك فهو محصر وروى عن أبي يوسف أنه قال سألت أبا حنيفة هل على أهل مكة احصار فقال لا فقلت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أحصر بالحديبية فقال كانت مكة إذ ذاك مشركاً وهو اليوم دار اسلام وليس فيها احصار والصحيح ما ذكره لخصاص من التفصيل انه ان كان يقدر على الوقوف أو على الطواف لا يكون محصر وان لم يقدر على واحد منهما يكون محصر أما إذا كان يقدر على الوقوف فلماذا كرنا وأما إذا كان يصل الى الطواف فلان التحلل بالنسب انما يخص المحصر لانه مذكور الطواف قائماً مقامه بدلا عنه بمنزلة فائت الحج أنه يتحلل بعمل العمرة وهو الطواف فإذا قدر على الطواف فقد قدر على الاصل فلا يجوز التحلل وأما إذا لم يقدر على الوصول الى أحدهما فلا نه في حكم المحصر في الحل فيجوز له أن يتحلل والله عز وجل أعلم ثم الاحصار كما يكون عن الحج يكون عن العمرة عند عامة العلماء وقال بعضهم لا احصار عن العمرة وجه قوله أن الاحصار لحوف الفوت والعمرة لا تحتمل الفوت لان سائر الاوقات وقت لها فلا يخاف فوتها بخلاف الحج فانه يحتمل الفوت فيتحقق الاحصار عنه ولذا قوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدي عقيب قوله عز وجل وأتموا الحج والعمرة لله فكان المراد منه والله أعلم فان أحصرتم عن أتمامهما فما استيسر من الهدي وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم حصروا بالحديبية خال كفاً قرش بينهم وبين البيت وكانوا معتمرين فحصرهم وهدمهم وحلقوا رؤسهم وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه عمرتهم في العام القابل حتى سميت عمرة القضاء ولان التحلل بالهدي في الحج لمعنى هو موجود في العمرة وهو ما ذكرنا من الضرر بامتداد الاحرام والله أعلم

فصل وأما حكم الاحصار فالاحصار يتعلق به أحكام لكن الاصل فيه حكمان أحدهما جواز التحلل عن الاحرام والثاني وجوب قضاء ما أحرم به بعد التحلل أما جواز التحلل فالكلام فيه في مواضع في تفسير التحلل وفي بيان جوازه وفي بيان ما يتحلل به وفي بيان مكانه وفي بيان زمانه وفي بيان حكم التحلل أما الاول فالتحلل هو فسخ الاحرام والخروج منه بالطريق الموضح له شرعاً وأما دليل جوازه فقوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدي وفيه اضمار ومعناه والله أعلم فان أحصرتم عن أتمام الحج والعمرة وأردتم أن تحلوا فاذبحوا ما تيسر من الهدي إذا احصار نفسه لا يوجب الهدي ألا ترى أن له أن لا يتحلل ويبقى محرماً كما كان إلى أن يزول المانع فيمضي في موجب الاحرام وهو كقوله تعالى فن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية معناه فن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه فخلق ففدية والافكون الأذى في رأسه لا يوجب الفدية وكذا قوله تعالى فن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر معناه فأفطر فعدة من أيام أخر والاففس المرض والسفر لا يوجب الصوم في عدة من أيام أخر وكذا قوله فن اضطر غير باغ ولا عاد فلاثم عليه معناه فأكل فلاثم عليه والاففس الاضطراب لا يوجب الاثم كذا ههنا ولان المحصر محتاج الى التحلل لانه منع عن المضى في موجب الاحرام على وجه لا يمكنه الدفع فلو لم يجز له التحلل لبقى محرماً لا يحل له ما حظره الاحرام إلى أن يزول المانع فيمضي في موجب الاحرام وفيه من الضرر والخرج ما لا يخفى فست الحاجة الى التحلل والخروج من الاحرام دفع الضرر والخرج وسواء كان الاحصار عن الحج أو عن العمرة وعنهما عند عامة العلماء لما ذكرنا والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يتحلل به فالمحصر نوعان نوع لا يتحلل إلا بالهدي ونوع يتحلل بغير الهدي أما الذي لا يتحلل إلا بالهدي فكل من منع من المضى في موجب الاحرام حقيقة أو منع شرعاً قل الله تعالى لا تحلق العبد على ما ذكرناه هذا لا يتحلل

الأبهدي وهو أن يبعث بالهدى أو يثمنه ليشترى به هدياً فيذبح عنه وما لم يذبح لا يحل وهذا قول عامة العلماء
 سواء كان شرط عند الأحرار أو عند المحصرين بشرط أو لم يشترط وقال بعض الناس المحصر يحل بغير
 هدى إلا إذا كان معه هدى فيذبحه ويحل وقيل أنه قول مالك وقال بعضهم إن كان لم يشترط عند الأحرار لا يحل
 عند المحصرين بغير هدى لا يحل إلا بالهدى وإن كان شرط عند الأحرار لا يحل عند المحصرين بغير هدى
 لا يحل إلا بالهدى احتج من قال بالتحلل من غير هدى بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حل
 عام الحديبية عن أحصاره بغير هدى لأن الهدى الذي نحره كان هدياً ساقه لعمرته لا لأحصاره فنحر هديه
 على النية الأولى وحل من أحصاره بغير دم فدل أن المحصر يحل بغير هدى يحقق ما قلنا أنه ليس في حديث صلح
 الحديبية أنه نحر دم من وأعماله نحر دم واحد ولو كان المحصر لا يحل إلا بدم النحر دم من وأنه غير منقول ولنا
 قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله معناه حتى يبلغ الهدى محله فيذبح نهي عز وجل عن حلق
 الرأس قبل ذبح الهدى في محله وهو الحرم من غير فصل بين ما إذا كان معه هدى وقت الأحصار أم لا شرط المحصر
 عند الأحرار لا يحل عند المحصرين بشرط فيجوز على إطلاقه ولأن شرع التحلل ثبت بطريق الرخصة
 لما فيه من فسخ الأحرار والخروج منه قبل أو أنه فمكان ثبوته بطريق الضرورة والضرورة تندفع بالتحلل
 بالهدى فلا يثبت التحلل بدونه وأما الحديث فليس فيه ما يدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم حل عام الحديبية
 عن أحصاره بغير هدى إذ لا يثبته على النبي صلى الله عليه وسلم أن يكون حل من أحصاره بغير هدى والله تعالى أمر
 المحصر أن لا يحل حتى ينحر هديه بنص الكتاب العزيز ولكن وجه ذلك والله أعلم وهو معنى المروي في حديث صلح
 الحديبية أنه نحر دم واحد أن الهدى الذي كان ساقه النبي صلى الله عليه وسلم كان هدى متعة أو قران فلما منع
 من البيت سقط عنه دم القران فجازله أن يجعله من دم الأحصار فإن قيل كيف قلتم إن النبي صلى الله عليه وسلم
 صرف الهدى عن سبيله وأنتم تزعمون أن من باع هدية التطوع فهو مسمى لما أنه صرفه عن سبيله فالجواب أنه
 لا مشابة بين الفصلين لأن الذي باعها صرفه عن سبيل التقرب به إلى الله تعالى رأساً فاما النبي صلى الله عليه وسلم
 فلم يصرف الهدى عن سبيل التقرب أصلاً ورأساً بل صرفه إلى ما هو أفضل وهو الواجب وهو دم الأحصار وما
 يدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الهدى لأحصاره ما روى أنه لم يحلق حتى نحر هديه وقال أيها الناس
 انحروا وحلوا والله عز وجل أعلم وإذا لم يتصل إلا بالهدى وأراد التحلل بحب أن يبعث الهدى أو نحره ليشترى به
 الهدى فيذبح عنه ويجب أن يواعدهم يوماً معلوماً يذبح فيه فيصل بعد الذبح ولا يحل قبله بل يحرم عليه كما يحرم
 على المحرم غير المحصر فلا يحلق رأسه ولا يفعل شيئاً من محظورات الأحرام حتى يكون اليوم الذي واعدهم فيه
 ويعلم أن هديه قد ذبح لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله حتى لو فعل شيئاً من محظورات الأحرام
 قبل ذبح الهدى بحب عليه ما يجب على المحرم إذا لم يكن محصر أو سئل كذا ذلك إن شاء الله تعالى في موضعه حتى لو
 حلق قبل الذبح تجب عليه الفدية سواء حلق لغير عذر أو لم يذبح لقوله تعالى فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه
 ففدية من صيام أو صدقة أو نسأ أي فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه فخلق ففدية من صيام أو صدقة
 أو نسأ لقوله تعالى فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر أي فافطر فعدة من أيام أخر وعن كعب
 ابن عجرة قال في نزول الآية وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم مر به والقمل يتناثر على وجهه فقال صلى الله عليه
 وسلم أيؤذبنكم أم رأيت فقلت نعم يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم احلقوا وطعموا ستة مساكين لكل مسكين
 نصف صاع من حنطة أو صم ثلاثة أيام وأنسلت نسبكم فترأت الآية وأنسلت جمع نسبكم والنسبكم النسبكم
 والمراد منه الشاة لاجتماع المسلمين على أن الشاة مجزئة في الفدية وفي بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه
 وسلم قال لكعب بن عجرة أنسلت شاة وإذا وجدت الفدية عليه إذا حلق رأسه لا ذى بالنسب فيجب عليه إذا حلق
 لا لا ذى بدلالة النص لأن العذر سبب تخفيف الحكم في الجملة فلما وجب في حال الضرورة ففي حال الاختيار

أولى ولا يجزئ دم القديق إلا في الحرم كدم الاحصار ودم المتعة والقران وأما الصدقة والصوم فانهما يجزئان
 حيث شاء وقال الشافعي لا تجزئ الصدقة إلا بكنة وجهه قوله ان الهدى يختص بكنة فكذا الصدقة والجامع بينهما ان
 أهل الحرم ينتفعون بذلك ولنا قوله تعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسئ مطلقا عن المكان إلا أن النسئ قيد
 بالمكان بدليل فمن ادعى تقييد الصدقة فعليه الدليل وأما قوله ان الهدى انما يختص بالحرم لانتفاع به أهل الحرم
 فكذا الصدقة فقول هذا الاعتبار فاسد لانه لا خلاف في انه لو ذبح الهدى في غير الحرم وتصدق بلحمه في الحرم
 انه لا يجوز ولو ذبح في الحرم وتصدق به على غير أهل الحرم يجوز والدليل على التفرقة بين الهدى والا طعام ان من
 قال لله على أن أهدي ليس له أن يذبح إلا بكنة ولو قال لله على اطعام عشرة مساكين أو لله على عشرة دراهم
 صدقة لانه لا يطعم ويتصدق حيث شاء فدل على التفرقة بينهما ولو حل على ظن انه ذبح عنه ثم تبين انه لم يذبح
 فهو محرم كما كان لا يحل ما لم يذبح عنه لعدم شرط الحل وهو ذبح الهدى وعليه لاحتلاله تناول محظور احرامه دم
 لانه جنى على احرامه فيلزمه الدم كفارة لذنبه ثم الهدى بدنة أو بقرة أو شاة أو ذئابة شاة لما روي ولان الهدى في
 اللغة اسم لما يهدى أي يبعث وينقل وفي الشرع اسم لما يهدى الى الحرم وظل ذلك مما يهدى الى الحرم والافضل هو
 البدنة ثم البقرة لما ذكرنا في المتمتع ولما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أحصر بالحديبية نحر
 البدن وكان يختار من الاعمال أفضلها وان كان قارنا لا يحل الا بدمين عندنا وعند الشافعي يحل بدم واحد
 بناء على أصل ذكرناه فيما تقدم ان القارن محرم باحرامين فلا يحل الا بهديين وهنده محرم باحرام واحد ويدخل
 احرام العمرة في الحجة فيكفيه دم واحد ولو بعث القارن بهديين ولم يبين أيهما للحج وأيهما للعمرة لم يضره
 لان الموجب لهما واحد فلا يشترط فيه تعيين النية كقضاء يومين من رمضان ولو بعث القارن بهدي واحد
 ليحلل من الحج ويبقى في احرام العمرة لم يحلل من واحد منهما لان تحلل القارن من أحد الاحرامين متعلق
 بتحلله من الآخر لان الهدى بدل عن الطواف ثم لا يتحلل بأحد الطوافين عن أحد الاحرامين فكذا بأحد
 الهديين ولو كان احرام بشئ واحد لا ينوي حجة ولا عمرة ثم أحصر يحل بهدي واحد وعليه عمرة استحبنا لان
 الاحرام بالمجهول صحيح لما ذكرنا فيما تقدم وكان البيان اليه ان شاء صر فله الى الحج وان شاء الى العمرة لانه هو
 الجمل فكان البيان اليه كافي الطلاق وغيره والقياس ان لا تتعين العمرة بالاحصار لعدم التعيين قولنا ولا فسد
 لان ذلك ان يأخذ في عمل أحدهما ولم يوجد الا انهم استحسنوا وقالوا تتعين العمرة بالاحصار لان العمرة
 أقلهما وهو متيقن ولو كان احرام بشئ واحد وسماه ثم نسبه وأحصر يحل بهدي واحد وعليه حجة وعمرة اما الحل
 بهدي واحد فلا نه محرم باحرام واحد أيهما كان فانه يقع التحلل منه بدم واحد واما لزوم حجة وعمرة فلا نه
 يحتمل انه كان قد أحرم بحجة ويحتمل بعمره فان كان احرامه بحجة فالعمرة لا تنوب منابها وان كان بالعمرة
 فالحجة لا تنوب منها فيلزمه ان يجمع بينهما احتياطا لیسقط الفرض عن نفسه بيقين كذا هذا وكذلك ان لم يحصر ووصل فعليه
 الخمس انه يجب عليه إعادة خمس صلوات ليسقط الفرض عن نفسه بيقين كذا هذا وكذلك ان لم يحصر ووصل فعليه
 حجة وعمرة ويكون عليه ما على القارن لانه جمع بين الحج والعمرة على طريق النسئ وأما مكان ذبح الهدى
 فالحرم عندنا وقال الشافعي له ان يذبح في الموضع الذي أحصر فيه احتج بما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 نحر الهدى عام الحديبية ولم يبلغنا انه نحر في الحرم ولان التحلل بالهدى ثبت برخصة ونسيرا وذلك في الذبح في أي
 موضع كان ولنا قوله تعالى ولا تحلفوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله ولو كان كل موضع محلا لم يكن لذكر التحلل
 فائدة ولانه عز وجل قال ثم محلها الى البيت العتيق أي الى البقعة التي فيها البيت بخلاف قوله تعالى ولا تطوفوا
 بالبيت العتيق ان المراد منه نفس البيت لان هناك ذكر بالبيت وهنا ذكر الى البيت وأما ما روي من الحديث
 فقد روي في رواية أخرى انه نحر هديه عام الحديبية في الحرم فتعارضت الروايات فلم يصح الاحتجاج به وعن ابن
 عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل الحديبية فخال المشركين بينه وبين دخول مكة فجاء

سهيل بن عمرو يعرض عليه الصلح وان يسوق البدن ويهجر حيث شاء فصالحه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يجهل أن يهجر رسول الله صلى الله عليه وسلم بدنه في الحل مع امكان النحر في الحرم وهو بقرب الحرم بل هو فيه وروى عن مروان والمصور بن مخزومة قال انزل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية في الحل وكان يصلي في الحرم فهذا يدل على أنه كان قادرا على أن يهجر بدنه في الحرم حيث كان يصلي في الحرم ولا يجهل أن يترك نحر البدن في الحرم وله سبيل النحر في الحرم ولأن الحديبية مكان يجمع الحل والحرم جميعا فلا يجهل أن يهجر في الحل مع كونه قادرا على النحر في الحرم ولو حل من احرامه على ظن أنهم ذبحوا عنه في الحرم ثم ظهر أنهم ذبحوا في غير الحرم فهو على احرامه ولا يجهل منه الا بذبح الهدى في الحرم لفقد شرط التعلل وهو الذبح في الحرم فبقي محرما كما كان وعليه لاحلاله في تناوله محظورات احرامه دم لما قلنا وكذلك لو بيعت الهدى وواعدتهم أن يذبحوا عنه في الحرم في يوم بعينه ثم حل من احرامه على ظن أنهم ذبحوا عنه فيه ثم تبين أنهم لم يذبحوا فانه يكون محرما لما قلنا ولو بيعت هديين وهو مفرد فانه يجهل من احرامه بذبح الاول منهما ويكون الاخر تطوعا لوجود شرط الحل عند وجود ذبح الاول منه - ما ولو كان قارنا لا يجهل الا بذبحهما ولا يجهل بذبح الاول لان شرط الحل في - قته الزمان فلم يوجد الا يجهل ولو أراد ان يتحلل بالهدى فلم يجده - يد يبيع ولا تمتنه هل يجهل بالصوم ويكون الصوم بدلا عنه قال أبو حنيفة ومحمد لا يجهل بالصوم وليس الصوم بدلا عن هدي المحصر وهو ظاهر قول أبي يوسف ويقسم حراما حتى يذبح الهدى عنه في الحرم أو يذهب الى مكة فيحصل من احرامه بافعال العمرة وهو الطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة ويحلق أو يقصر كما فعله اذا فاته الحج وهو - يد قول الشافعي وقال عطاء بن أبي رباح في المحصر لا يجعد الهدى قوم الهدى طعاما وتصدق به على المساكين فان لم يكن عنده طعام صام لكل نصفه اعي يوما وهو مروي عن أبي يوسف وقال الشافعي في قول ان الهدى للاحصار بدلا واختلف قوله في ماهية البدل فقال في قول البدل هو الصوم مثل صوم المتعة وفي قول البدل هو الاطعام وهل يقوم الصوم مقامه فيه قولان وجه قول من قال ان له بدلا ان هذا دم يقع به التعلل فإذا ان يكون له بدل كدم المتعة ولنا قوله تعالى ولا تحلفوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله أي حتى يبلغ الهدى محله فيذبح نهي الله عن حلق الرأس بمدودا الى غاية ذبح الهدى والحكم الممدود الى غاية لا ينتهي قبل وجود الغاية فيقتضي أن لا يتحلل ما لم يذبح الهدى سواء صام أو اطعم أولا ولان التعلل بالدم قبل اتمام ما يجب الاحرام عرف بالنص بخلاف القياس فلا يجوز اقامة غيره مقامه بالرأي واما الحلق فليس بشرط للتعلل ويجهل المحصر بالذبح بدون الحلق في قول أبي حنيفة ومحمد وان حلق حسن وقال أبو يوسف أرى عليه أن يحلق فان لم يفعل فلا شيء عليه وروى عنه أنه قال هو واجب لا يسعه تركه وذكر الجصاص وقال انما لا يجب الحلق عندهما اذا أحصر في الحل لان الحلق يختص بالحرم فأما اذا أحصر في الحرم يجب الحلق عندهما احتج أبو يوسف بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حلق عام الحديبية وأمر أصحابه بالحلق فدل أن الحلق واجب ولهما قوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى معناه فان أحصرتم وأردتم أن تتحللوا فاذبحوا ما استيسر من الهدى جعل ذبح الهدى في حق المحصر اذا أراد الحل كل موجب الاحصار فمن أوجب الحلق فقد جعله بعض الموجب وهذا خلاف النص ولأن الحلق للتعلل عن افعال الحج والمحصر لا يأتي بافعال الحج فلا حلق عليه وأما الحديث فعلى ما ذكره الجصاص لاحجة فيه لان الحديبية بعضها في الحل وبعضها في الحرم فيحتمل أنه أحصر في الحرم فأمر بالحلق واما على جواب المذكور في الاصل فهو محمول على الندب والاستحباب واما زمان ذبح الهدى فمطلق الوقت لا يتوقف بيوم العرس سواء كان الاحصار عن الحج أو عن العمرة وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان المحصر عن الحج لا يذبح عنه الا في أيام النحر لا يجوز في غيرها ولا خلاف في المحصر عن العمرة أنه يذبح عنه في أي وقت كان وجه قولهما ان هذا الدم سبب للتعلل من احرام الحج فيختص زمان التعلل كالحلق بخلاف العمرة فان التعلل من احرامها بالحلق لا يختص بزمان فكذا

بالهدى ولا يحنيفة ان التحلل من المحصر تحلل قبل أو ان التحلل يباح لضرورة دفع الضرر ببقائه محرما رخصة
 وتيسيرا فلا يختص بيوم النحر كالطواف الذي يتحلل به فؤث الحج اذا محصر فأنث الحج والله اعلم واما حكم التحلل
 فصيرونه حلالا يباح له تناول جميع ما حظه الاحرام لارتفاع الحظر فيه وحلالا كما كان قبل الاحرام واما
 الذي يتحلل به بغير ذبح الهدى فكل محصر منع عن المضى في موجب الاحرام شرعا لحق العبد كالمراة والعبد
 الممنوعين شرعا لحق الزوج والمولى بان احرمت المراة بغير اذن زوجها او احرمت العبد بغير اذن مولاه فلزوج
 والمولى ان يحللهما في الحال من غير ذبح الهدى فيقع الكلام في هذا في موضعين أحدهما في جواز هذا النوع
 من التحلل والثاني في بيان ما يتحلل به اما الجواز فلان منافع بضع المراة حق الزوج وملاكه عليها فيحتاج
 الى استيفاء حقه ولا يمكنه ذلك مع قيام الاحرام فيحتاج الى التحلل ولا سبيل الى توقيفه على ذبح الهدى في
 الحرم لمساقيه من ابطال حقه للحال فكان له ان يحللهما للحال وعلى المراة ان تبعت الهدى او نمته الى الحرم ليدبح
 عنها لانهما تحللت بغير طواف وعليها حجة وعمره كما على الرجل المحصر اذا تحلل بالهدى بخلاف ما اذا احرمت
 بحجة الاسلام ولا زوج لها ولا محرم أو كان لها زوج أو محرم فبات انها لا تحلل الا بالهدى لان المنع هناك لحق الله
 تعالى لا لحق العبد فكان تحللها جائزا لا حقها مستحقا عليها الا احدا لا ترى ان لها ان تبقى على احرامها ما لم تجسد
 محرما أو زوجها فكان تحللها بما هو الموضوع للتحلل في الاصل وهو ذبح الهدى فهو الفرق وكذا العبد بغير نفعه ملك
 المولى فيحتاج الى تصرفه في وجوه مصالحه ولا يمكنه ذلك مع قيام الاحرام فيحتاج الى التحلل في الحال لمساقيه من
 التوقيف على ذبح الهدى في الحرم من تعطيل مصالحه فيحلله المولى للحال وعلى العبد اذا عتق هدى الاحصار
 وقضاء حجة وعمره لان الحج وجب عليه بالشروع لكونه مخاطبا أهلا لا لأنه تعذر عليه المضى لحق المولى فاذا
 عتق زال حقه وتجب عليه العمرة لقوات الحج في عامه ذلك ولو كان احرم العبد باذن مولاه يكره للمولى أن يحلله
 بعد ذلك لانه رجوع عما وعد وخلف في الوعد فيكره ولو حلله جاز لان العبد بغير نفعه ملك المولى وروى عن أبي
 يوسف وزفر ان المولى اذا اذن للعبد في الحج ليس له أن يحلله لانه لما اذن له فقد أسقط حقه بالاذن فاشبهه الحر
 والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المحلل بعد الاذن قائم وهو الملك الا أنه يكره لما قلنا واذا حلله لا هدى عليه
 لان المولى لا يجب عليه لعبده شئ ولو احصر العبد بعد ما احرم باذن المولى ذكر القدر في شرحه مختصر
 الكرخي أنه لا يلزم المولى انفاذ هدى لانه لو لم يملكه لزمه لحق العبد ولا يجب للعبد على مولاه حق فان اعتقه وجب
 عليه أن يبعث الهدى لانه اذا اعتق صار بمن يثبت له عليه حق فصار كالحرا اذا حج عن غيره فاحصر أنه يجب
 على المحجوج عنه أن يبعث الهدى وذكر القاضي في شرحه مختصر المحاور أن على المولى أن يذبح عنه هديا في
 الحرم فيحلل لان هذا الدم وجب لبلى به العبد باذن المولى فصار بمنزلة الفقة والنفقة على المولى وكذا دم
 الاحصار ولهذا كان دم الاحصار في مال الميت اذا احصر الحاج عن الميت لا عليه كذاه ذاولوا احرم العبد أو
 الامه باذن المولى ثم باعه ما يجوز البيع ولشترى أن عنعهما ويحللهما في قول أصحابنا الثلاثة وفي قول زفر ليس له
 ذلك وله أن يردهما بالاعيب وعلى هذا الخلاف المراة اذا احرمت بحجة التطوع ثم تزوجت فلزوج أن يحللهما وعند
 زفر ليس له ذلك كذا حكى القاضي الخلاف في شرحه مختصر المحاور وذكر القدر في شرحه مختصر الكرخي
 الخلاف بين أبي يوسف وزفر وجه قول زفر أن الذي انتقل الى المشتري هو ما كان للبائع ولم يكن للبائع أن يحلله
 عنده لما ذكرنا أنه أسقط حق نفسه بالاذن كذا المشتري وانما أن الاحرام لم يقع باذن المشتري فصار كأنه احرم في
 ملكه ابتداء بغير اذنه ولو كان كذلك كان له أن يحلله كذا هذا وقال محمد اذا اذن الرجل لعبده في الحج ثم باعه
 لا أكره لاشترى أن يحلله لان الكراة في حق البائع لمساقيه من خلف الوعد ولم يوجد ذلك من المشتري وروى
 ابن سعادة عن محمد في أمه لها زوج اذن لها مولاه في الحج فاحرمت ليس لزوجها أن يحللهما لان التحلل انما
 ثبت للزوج عنهما من السفر ليستوفي حقه منها ومنع الامه من السفر الى مولاه دون الزوج ألا ترى أن المولى

لو سافر بها لم يكن للزوج منعها فكذا إذا أذن لها في السفر وأما بيان ما يحلل به فالحلل عن هذا النوع من
 الإحصار يقع بفعل الزوج والمولى أدنى محظورات الإحصار من قص نظرهما أو تطيبهما أو بفعلهما ذلك بأمر
 الزوج والمولى أو بامتناسط الزوجة رأسها بأمر الزوج أو قبيلها أو معانقتها ففعل بذلك والاصل فيه ما روى أن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضي الله عنها حين حاضت في العمرة امتشطى وأرفضى عند العمرة
 ولأن التحلل صار حقا عليهما للزوج والمولى بخلاف ما شرتهما أدنى ما يحظره الإحصار ولا يكون التحلل بقوله حللت
 لأن هذا التحليل من الإحصار فلا يقع بالقول كالرجل الحرا إذا أحصر فقال حللت نفسي وأما وجوب قضاء ما أحرم
 به بعد التحلل فجملة الكلام فيه أن المحصر لا يخلو ما كان أحرم بالحجة لا غير وأما أن كان أحرم بالعمرة لا غير
 وأما أن كان أحرم بهما بان كان قارنا فان كان أحرم بالحجة لا غير فان بقي وقت الحج عند زوال الإحصار وأراد أن
 يحج من عامه ذلك أحرم وحج وليس عليه نية القضاء ولا عمرة كذا ذكره محمد في الأصل وذكر ابن أبي مالك عن
 أبي يوسف عن أبي حنيفة وعليه دم لرفض الإحصار الأول وان تحولت السنة فعليه قضاء حجة وعمرة ولا تسقط عنه
 تلك الحجة إلا بنية القضاء وروى الحسن عن أبي حنيفة أن عليه قضاء حجة وعمرة في الرجلين جميعا وعليه نية
 القضاء فيهما وهو قول زفر ذكره القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وعلى هذا التفصيل والاختلاف ما إذا
 أحرمت المرأة بمحجة التطوع بغير إذن زوجها فنعها زوجها فحلها ثم أذن لها بالإحصار فحرمت في عامها ذلك أو
 تحولت السنة فحرمت وجهه قول زفر أن ما تحججه في هذا العام دخل في حد القضاء لأنه يؤدي بأحكام جديد
 لا نقساح الأول بالتحلل فيكون قضاءه فلا ينادى إلا بنية القضاء وعليه حجة وعمرة كالتحولات السنة ولنا أن
 القضاء اسم للفائت عن الوقت ووقت الحج باق فكان فعل الحج فيه أداء لا قضاء فلا يفتقر إلى نية القضاء ولا تلزمه
 العمرة لأن لزومها لفوات الحج في عامه ذلك ولم يفت وقال الشافعي عليه قضاء حجة لا غير وان تحولت السنة
 واحتج عاروي عن ابن عباس أنه قال حجة بمحجة وعمرة بعمرة وهو المعنى له في المسئلة أن القضاء يكون مثل
 الفائت والثالث هو الحجة لا غير فثلها الحجة لا غير وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كسر
 أو عرج حل وعليه الحج من قابل ولم يذكروا العمرة ولو كانت واجبة لذكرها ولنا أن النظر إنما الاثر فاروي
 عن ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهما أنهما قالوا في المحصر بمحجة يلزمه حجة وعمرة وأما النظر فلان الحج قد
 وجب عليه بالشرع ولم يحض فيه بل فاته في عامه ذلك وفأت الحج يتصل بأفعال العمرة فان قيل فأت الحج يتصل
 بالطواف لا بالدم والمحصر قد حل بالدم وقام الدم مقام الطواف من الذي يفوته الحج فكيف يلزمه طواف آخر
 فالجواب أن الدم الذي حل به المحصر ما وجب بدلا عن الطواف ليقال أنه قام مقام الطواف فلا يجب عليه طواف
 آخر وإنما وجب لتجديد الإحصار لأن المحصر لو لم يبعث هديا لبقى على إحرامه مدة مديدة وفيه حرج وضرر
 بفعل له أن يتجمل الخروج من إحرامه ويؤخر الطواف الذي يلزمه بدمه بريقه فحل بالدم ولم يبطل الطواف وإذا
 لم يبطل الدم عنه الطواف ولم يجعل بدلا عنه فعليه أن يأتي به بأحرام جديد فيكون ذلك عمرة والدليل على أن دم
 الإحصار ما وجب بدلا عن الطواف الذي يتحل به فأت الحج ان فأت الحج لو أراد أن يفسخ الطواف الذي يلزمه
 بدمه بريقه بدلا عنه ليس له ذلك بالاجماع ثبت أن دم الإحصار لتجديد الإحصار لا بدلا عن الطواف فاندفع
 الاشكال بحمد الله تعالى ومنه وأما حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن ثبت فهو متمسك بالمسكوت لأن قوله
 حجة بمحجة وعمرة بعمرة يقتضي وجوب الحجة بالحجة والعمرة بالعمرة وهذا لا ينافي وجوب العمرة والحجة
 بالحجة ولا يقتضي أيضا فكان مسكوتا عنه فيقف على قيام الدليل وقد قام دليل الوجوب وهو ما ذكرنا وهو
 كقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد والاثني لا ينافي قتل الحر بالعبد والاثني بالذكور بالاجماع كذا هذا
 ويحمل على فأت الحج وهو الذي لم يدرك الوقوف بعرفة بدليل أنه يتحل بأفعال العمرة وعليه قضاء الحج من
 قابل ولا عمرة عليه وان كان إحرامه بالعمرة لا غير قضاها لوجوبها بالشرع في أي وقت شاء لأنه ليس لها وقت

معين وان كان أحرم بالعمرة والحججة ان كان قارنا فعليه قضاء حجة وعمرتين أو قضاء حجة وعمره فلجوبهما بالشروع وأما عمرة أخرى فلقوات الحج في عامه ذلك وهذا على أصلنا فاما على أصل الشافعي فليس عليه الاحججة بناء على أصله أن القارن محرم بأحرام واحد ويدخل أحرام العمرة في الحججة فكان حكمه حكم المقر بالحج والمقر بالحج اذا أحصر لا يجب عليه الا قضاء حجة عنده فكذا القارن والله أعلم وأما حكم زوال الاحصار فلا حصار اذا زال لا يخلو من أحد وجهين اما ان زال قبل بعث الهدى أو بعد ما بعث فان زال قبل أن يبعث الهدى مضى على موجب احرامه وان كان قد بعث الهدى ثم زال الاحصار فهو ذال يخلو من أربعة أوجه اما ان كان يقدر على ادراك الهدى والحج أو لا يقدر على ادراكهما جميعا أو يقدر على ادراك الهدى دون الحج أو يقدر على ادراك الحج دون الهدى فان كان يقدر على ادراك الهدى والحج لم يجزله لتحلل ويجب عليه المضى فان اباحه التحلل لعذر الاحصار والعذر قد زال وان كان لا يقدر على ادراك واحد منهما لم يلزمه المضى وجاز له التحلل لانه لا فائدة في المضى فتقرر الا حصار فينتظر حكمه وان كان يقدر على ادراك الهدى ولا يقدر على ادراك الحج لا يلزمه المضى أيضا لعدم الفائدة في ادراك الهدى دون ادراك الحج اذا الذهاب لاجل ادراك الحج فاذا كان لا يدرك الحج فلا فائدة في الذهاب فكانت قدرته على ادراك الهدى والعذر معتلة واحدة وان كان يقدر على ادراك الحج ولا يقدر على ادراك الهدى قيل ان هذا الوجه الرابع انما يتصور على مذهب أبي حنيفة لان دم الاحصار عنده لا يتوقف بايام النحر بل يجوز قبلها فيتم وادراك الحج دون ادراك الهدى فاما على مذهب أبي يوسف ومحمد فلا يتصور هذا الوجه الا في المحصر عن العمرة لان دم الاحصار عندهما مؤقت بايام النحر فاذا أدرك الحج فقد أدرك الهدى ضرورة وانما يتصور عندهما في المحصر عن العمرة لان الاحصار عنهما لا يتوقف بايام النحر بل بخلاف واذا عرف هذا فقياس مذهب أبي حنيفة في هذا الوجه أنه يلزمه المضى ولا يجوز له التحلل لانه اذا قدر على ادراك الحج لم يجز عن المضى في الحج فلم يوجد عذر الاحصار فلا يجوز له التحلل ويلزمه المضى وفي الاستحسان لا يلزمه المضى ويجوز له التحلل الا أنه اذا كان لا يقدر على ادراك الهدى صار كان الاحصار زال عنه بالذبح فيصل بالذبح عنه ولان الهدى قد مضى في سبيله بدليل انه لا يجب الضمان بالذبح على من بعث على يده بدنه فصار كأنه قد قدر على الذهاب بعدما ذبح عنه والله أعلم

فصل وأما بيان ما يحظره الاحرام وما لا يحظره وبيان ما يجب بفعله المحظور فجملة الكلام فيه أن محظورات الاحرام في الأصل نوعان نوع لا يوجب فساد الحج ونوع يوجب فساد ما الذي لا يوجب فساد الحج فانواع بعضها يرجع الى اللباس وبعضها يرجع الى الطيب وما يجري مجرا من ازالة الشعث وقضاء النفت وبعضها يرجع الى توابع الجماع وبعضها يرجع الى الصيد أما الاول فالمحرم لا يلبس الخفيط جملته ولا قبضا ولا قبادة ولا جبة ولا سراويل ولا عمامة ولا فلسوة ولا يلبس خفيط الا أن لا يجده من لبس فلا بأس أن يقطعها أسفل الكعبين فيلبسها والاصل فيه ما روى عن عبد الله بن عمر أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم وقال ما يلبس المحرم من الثياب فقال لا يلبس القميص ولا العمامة ولا السراويل ولا البرانس ولا الخفاف الا أحد لا يجد النعلين فيلبس الخفين وليقطعهما أسفل من الكعبين ولا يلبس من الثياب شيئا مسه الزعفران ولا الورس ولا تنتقب المرأة ولا تلبس القفازين فان قيل في هذا الحديث ضرب اشكال لان فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم صلب عما يلبس المحرم فقال لا يلبس كذا وكذا من الخفيط فستل عن شيء فعديل عن محل السؤال وأجاب عن شيء آخر لم يستل عنه وهذا محيد عن الجواب أو يوجب أن يكون اثبات الحكم في مذکور دليل على أن الحكم في غيره بخلافه وهذا خلاف المذهب فالجواب عنه من وجوه أحدها أنه يحتمل أن يكون السؤال عما لا يلبسه المحرم وأضره لا في محل السؤال لان لا تارة تزداد في الكلام وتارة تمحذف عنه قال الله تعالى بين الله لكم أن تضلوا أي لا تضلوا فكان معنى الكلام أنه سئل عما لا يلبسه المحرم فقال لا يلبس المحرم كذا وكذا فكان الجواب مطابقا للسؤال والثاني يحتمل أن النبي صلى

الله عليه وسلم علم غرض السائل ومراعاة أنه طلب منه بيان ما لا يلبسه المحرم بعد إحرامه أما بقرينة حاله أو بدليل آخر أو بالوجه فأجاب عما في ضميره من غرضه ومقصوده ونظيره قوله تعالى خبرا عن إبراهيم عليه الصلاة والسلام رب اجعل هذا بلدا آمنا وارزق أهله من الثمرات من آمن منهم بالله واليوم الآخر فأجابه الله عز وجل بقوله ومن كفر فأمته قليلا ثم اضططره سؤال إبراهيم عليه الصلاة والسلام به عز وجل أن يرزق من آمن من أهله مكة من الثمرات فأجابه تعالى أنه يرزق الكافر أيضا لما علم أن مراد إبراهيم عليه الصلاة والسلام من سؤاله أن يرزق ذلك المؤمن منهم دون الكافر فأجابه الله تعالى عما كان في ضميره كذا هذا والثالث أنه لما خص الخيط أنه لا يلبسه المحرم بعد تقديم السؤال عما يلبسه دل أن الحكم في غير الخيط بخلافه والتنصيص على حكم في مذكور إنما لا يدل على تخصيص ذلك الحكم به بشرائط ثلاثة أحدها أن لا يكون فيه حيد عن الجواب عن لا يجوز عليه الحيد فاما إذا كان فانه يدل عليه صيانة المذهب النبي صلى الله عليه وسلم عن الحيد عن الجواب عن السؤال والثاني من المحتمل أن يكون حكم غير المذكور خلاف حكم المذكور وهما لا يحتمل لانه يقتضي أن لا يلبس المحرم أصلا وفيه تعرضه للهلاك بالحزأ والبرد والعقل يمنع من ذلك فكان المنع من أحد النوعين في مثله اطلاق النوع الآخر ونظيره قوله تعالى الله الذي جعل لكم الليل لتسكنوا فيه أن جعل الليل للسكون يدل على جعل النهار للكسب وطلب المعاش اذ لا بد من القوت للبقاء وكان جعل الليل للسكون تعيينا للنهار لطلب المعاش والثالث أن يكون ذلك في غير الامر والتمهي فاما في الامر والتمهي فبذل عليه لما قد صح من مذهب أصحابنا أن الامر بالتمهي عن ضده والتمهي عن الشيء أمر بضده والتنصيص ههنا في محل التهمي فكان ذلك دليلا على أن الحكم في غير الخيط بخلافه والله عز وجل الموفق ولان لبس الخيط من باب الارتفاق بمرافق المقربين والترفيه في اللبس وحال المحرم ينافيه ولان الحاج في حال إحرامه يريد أن يتوسل بسوء حاله الى مولاه يستعطف نظره ومراحمته بمنزلة العبد المسخوط عليه في الشاهد أنه يتعرض بسوء حاله لعطف سيده ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم المحرم الأشعث لا يغبروا عما يمنع المحرم من لبس الخيط اذ لبسه على الوجه المعتاد فاما اذ لبسه لاعلى الوجه المعتاد فلا يمنع منه بان اتشح بالقميص أو انزى بالسر أو بل لان معنى الارتفاق بمرافق المقربين والترفيه في اللبس لا يحصل به ولان لبس القميص والسر أو بل على هذا الوجه في معنى الارتداء والارتداد لا يحتاج الى تكلف كما يحتاج الى التكلف في حفظ الرداء والازار وما غير ممنوع عنه ولو أدخل منكبته في القباء ولم يدخل يديه في كفيه جاز له ذلك في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز وجهه قوله ان هذا لبس الخيط اذ اللبس هو التغطية وفيه تغطية أعضاء كثيرة بالخيط من المنكبين والظهر وغيرهما فممنوع من ذلك كادخال اليدين في الكمين ولنا أن الممنوع عنه هو اللبس المعتاد وذلك في القباء الاتقاء على المنكبين مع ادخال اليدين في الكمين ولان الارتفاق بمرافق المقربين والترفيه في اللبس لا يحصل الا به ولم يوجد فلا يمنع منه ولان القاء القباء على المنكبين دون ادخال اليدين في الكمين يشبه الارتداء والارتداد لا يحتاج الى حفظه عليه لتلاصقه الى تكلف كما يحتاج الى ذلك في الرداء والازار وهو ممنوع من ذلك كذا هذا بخلاف ما اذا أدخل يديه في كفيه لان ذلك لبس معتاد يحصل به الارتفاق به والترفيه في اللبس ويقع به الامن عن السقوط ولو القاه على منكبته وزره لا يجوز لانه اذا زرعه فقد ترفه في لبس الخيط الا ترى انه لا يحتاج في حفظه الى تكلف ولو لم يجد رداء وله قميص فلا بأس بان يشق قميصه ويرتدي به لانه لما شقه صار بمنزلة الرداء وكذا اذا لم يجد ازارا وله سراويل فلا بأس ان يفتق سراويله خلا موضع التكة ويأتر به لانه لما فتقه صار بمنزلة الازار وكذا اذا لم يجد نعلين وله خفان فلا بأس ان يقطعهما أسفل الكعبين فيلبسهما لحديث ابن عمر رضي الله عنه ورخص بعض مشايخنا المتأخرون لبس الصندلة قبا على الخف المقطوع لانه في معناه وكذا لبس الميثم لما قلنا ولا يلبس الجوربين لانهما في معنى الخفين ولا يغطي رأسه بالعمامة ولا غيرها مما يقصد به التغطية لان المحرم ممنوع عن تغطية رأسه بما يقصد به التغطية والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في

المحرم الذي وقفت به ناقته في أحافق حردان فبات لا تخمر ورأسه ولا تقربوه طيبا فإنه يبعث يوم القيامة
 مائيا ولو حل على رأسه شيأ فإن كان مما يقصد به التغطية من لباس الناس لا يجوز له ذلك لأنه كاللبس وإن كان
 مما لا يقصد به التغطية كاجانة أو عدل بزوضعه على رأسه فلا بأس بذلك لأنه لا يعد ذلك لباسا ولا تغطية وكذا
 لا يغطي الرجل وجهه ^{عنه} قال الشافعي يجوز له تغطية الوجه وأما المرأة فلا تغطي وجهها وكذا لا بأس أن تسدل
 على وجهها بثوب وتجافيه عن وجهها احتج الشافعي بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أحرام الرجل
 في رأسه وأحرام المرأة في وجهها جعل أحرام كل واحد منهما في محل خاص ولا خصوص مع الشركة ولهذا لما خص
 الوجه في المرأة بان أحرامها فيه لم يكن في رأسها فكذلك في الرجل ولأن مبنى أحوال المحرم على خلاف العادة
 وذلك فيها قل إلا أن إمامة هو اكتشف في الرجال فكان السر على خلاف العادة بخلاف النساء فإن العادة
 فيهن السر فكان الكشف خلاف الأداة ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أحرام الرجل في
 رأسه ووجهه ولا حجة فيما روى لأن فيه أن أحرام الرجل في رأسه وهذا لا ينبغي أن يكون في وجهه ولا يوجب
 أيضا فكان مذكورا عنه فيقف على قيام الدليل وقد قام الدليل وهو ما رويناه وهكذا نقول في المرأة أنا إنما عرفنا
 أن أحرامها ليس في رأسها لا بقوله وأحرام المرأة في وجهها بل بدليل آخر نذكره أن شاء الله تعالى ولا يلبس ثوبا
 أصبغ بورس أو زعفران وإن لم يكن مخيطا الخبر ابن عمر رضي الله عنه ولأن الورس والزعفران طيب والمحرم
 ممنوع من استعمال الطيب في بدنه ولا يلبس المصفر وهو المصبوغ بالمصفر عندنا وقال الشافعي يجوز واحتج
 بما روى أن عائشة رضي الله عنها لبست الثياب المصغرة وهي محرمة وروى أن عثمان رضي الله عنه أنكر على
 عبد الله بن جعفر لبس المصفر في الأحرام فقال على رضي الله عنه ما أرى أن أحدا يعلنا السنة ولنا ما روى
 أن عمر رضي الله عنه أنكر على طلحة لبس المصفر في الأحرام فقال طلحة رضي الله عنه إنما هو مشق مغفرة
 فقال عمر رضي الله عنه أنكم أنتم يقتدي بكم فدل أنكار عمر واعتذار طلحة رضي الله عنهما على أن المحرم ممنوع
 من ذلك وفيه إشارة إلى أن الممشق مكروه أيضا لأنه قال أنكم أنتم يقتدي بكم أي من شاهد ذلك ربما يظن أنه
 مصبوغ بغير المغفرة فيعتقد الجواز فكان سببا للوقوع في الحرام عسى فيكرهه ولأن المصفر طيب لأن له رائحة طيبة
 فكان كالورس والزعفران وأما حديث عائشة رضي الله عنها فقد روى عنها أنها كرهت المصفر في الأحرام
 أو يجعل على المصبوغ بمثل المصفر كالمغفرة ونحوها وهو الجواب عن قول على عمر رضي الله عنه على أن قوله
 معارض بقول عثمان رضي الله عنه وهو أنكاره فسقط الاحتجاج به للتعارض هذا إذا لم يكن مغسولا فاما إذا كان
 قد غسل حتى صار لا ينفض فلا بأس به لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه
 قال لا بأس أن يحرم الرجل في ثوب مصبوغ بورس أو زعفران قد غسل وليس له نقض ولا ردغ وقوله صلى الله
 عليه وسلم لا ينفض له تفسيران منقولان عن محمد روى عنه لا يثائر صبغه وروى لا يفوح ريحه والتعويل على
 زوال الرائحة حتى لو كان لا يثائر صبغه ولكن يفوح ريحه بمنع منه لأن ذلك دليل بقاء الطيب إذا الطيب
 ماله رائحة طيبة وكذا ما صبغ بلون المهر وروى لأنه صبغ خفيف فيه أدنى صفة لا توجد منه رائحة وقال أبو يوسف
 في الاملاء لا ينبغي للمحرم أن يتوسد ثوبا مصبوغا بالزعفران ولا الورس ولا ينام عليه لأنه يصير مستعملا
 للطيب فكان كاللبس ولا بأس بلبس الخبز والصوف والقصب والبرد وإن كان ملونا كالعدني وغيره لأنه ليس
 فيه أكثر من الزينة والمحرم غير ممنوع من ذلك ولا بأس أن يلبس الطليسان لأن الطليسان ليس مخيط ولا يزره
 كذا روى عن ابن عمر رضي الله عنه وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه لا بأس به والصحيح قول ابن عمر لأن
 الزرة مخيط في نفسها فاذا زره فقد اشتمل الخيط عليه فيمنع منه ولأنه إذا زره لا يحتاج في حفظه إلى تكلف فاشبه
 لبس الخيط بخلاف الرداء والازر وكره أن يخلل الأزار بالخلل وإن يعقد الأزار لما روى أن رسول الله صلى الله
 عليه وسلم رأى محرما قد عقد ثوبا به جبل فقال له انزع الجبل ويك وروى عن ابن عمر رضي الله عنه أنه كره أن

يعقد المحرم الثوب عليه ولا نه يشبه الخيط في عدم الحاجة في حفظه الى تكلف ولو فعل لاشئ عليه لانه ليس
 بمخيط ولا بأس أن يعززم بعنقه امة يشتملها ولا يعقدها لان اشتغال العمامة عليه اشتغال غير الخيط فاشبه
 الاتشاح بقميص فان عقدها كره له ذلك لانه يشبه الخيط كعقد الازار ولا بأس بالهميان والمنطقة للمحرم سواء كان
 في الهميان نفقته أو نفقة غيره وسواء كان شد المنطقة بالابزيم أو بالسيور وعن أبي يوسف في المنطقة ان شده
 بالابزيم يكره وان شده بالسيور لا يكره وقال مالك في الهميان ان كان فيه نفقته لا يكره وان كان فيه نفقة غيره
 يكره وجه قوله أن شد الهميان لمكان الضرورة وهي استيثاق النفقة ولا ضرورة في نفقة غيره وجه رواية أبي
 يوسف أن الابزيم مخيط فالتشبه يكون كزر الازار بخلاف السير ولنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها انها
 سئلت عن الهميان فقالت أوثق عليك نفقتك أطلق القضيبة ولم تستسر وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال
 رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في الهميان شده المحرم في وسطه اذا كانت فيه نفقته وعليه جماعة من التابعين
 وروى عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه أنه لا بأس بالهميان وهو قول سعيد بن جبيرة وعطاء وطاوس رضي الله
 تعالى عنهم ولان اشتغال الهميان والمنطقة عليه كاشتغال الازار فلا يمنع عنه ولا بأس أن يستظل المحرم
 بالفسطاط عند عامة العلماء وقال مالك يكره واحتج بما روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه كره ذلك ولنا ما روي عن
 عمر رضي الله عنه انه كان يلقى على شجرة ثوبا أو نطعا فيستظل به وروى انه ضرب امثمان رضي الله عنه فسطاط
 يعني فكان يستظل به ولان الاستغلال بما لا يحاسبه بمنزلة الاستغلال بالسقف وذا غير ممنوع عنه كذا اذا كان
 دخل تحت ستر الكعبة حتى غطاه فان كان الستر بصيب وجهه ورأسه يكره له ذلك لانه يشبه ستروجه ورأسه
 بثوب وان كان متجافا فلا يكره لانه بمنزلة الدخول تحت ظلة ولا بأس أن تغطي المرأة سائر جسدها وهي محرمة
 بما شأت من الثياب المخيطة وغيرها وان تلبس الخفين غير أنها لا تغطي وجهها اما ستر سائر بدنهما فلا بد من العورة
 وستر العورة بما ليس بمخيط متعذر فدعت الضرورة الى لبس الخيط وأما كشف وجهها فلم يروى ناعن النبي
 صلى الله عليه وسلم انه قال احرام المرأة في وجهها وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان الركبان يمرون بنا ونحن
 محرمات مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا حاذونا سدلت احدانا جلبابا من رأسها على وجهها فاذا جاوزنا
 رفعنا فدل الحديث على انه ليس للمرأة أن تغطي وجهها وانما الواسدت على وجهها شيئا وجافته عنه لا بأس بذلك
 ولا نهي اذا جافته عن وجهها صار كالوجه لمست في قبة أو استترت بفسطاط ولا بأس لها ان تلبس الحرير والذهب
 وتهللي بأى حلية شئت عند عامة العلماء وعن عطاء انه كره ذلك والصحيح قول العامة لما روي أن ابن عمر رضي الله
 عنه كان يلبس نساء الذهب والحرير في الاحرام ولان لبس هذه الاشياء من باب التزين والمحرم غير ممنوع من
 الزينة ولا يلبس ثوبا مصبوبا لان المانع ما فيه من الصبغ من الطيب لا من الزينة والمرأة ساوية الرجل في
 الطيب وأما لبس القفازين فلا يكره عندنا وهو قول علي وعائشة رضي الله عنهما وقال الشافعي لا يجوز واحتج
 بحديث ابن عمر رضي الله عنه فانه ذكر في آخره ولا تنتقب المرأة ولا تلبس القفازين ولان العادة في بدن الستر فيجب
 مخالفتها بالكشف كوجهها ولنا ما روي ان سعيد بن أبي وقاص رضي الله عنه كان يلبس ثيابه من محرمات القفازين
 ولان لبس القفازين ليس الا تغطية يديها بالخيط وانما غير ممنوعة عن ذلك فان لها ان تغطيها بقميصها وان كان
 مخيطا فكذلك بمخيط آخر بخلاف وجهها وقوله ولا تلبس القفازين نهي ندب حذاه عليه جماعة من الدلائل بقدر
 الامكان وأما بيان ما يجب بفعل هذا المحذور وهو لبس الخيط فالواجب به يختلف في بعض المواضع بحسب الدم عينا
 وفي بعضها الحجب الصدقة عينا وفي بعضها يجب أحد الاشياء الثلاثة غير عين الصيام أو الصدقة أو الدم وجهات
 التبيين الى من عليه كفاية الجين والاصل ان الارتفاق الكامل باللبس يوجب فداء كاملا فيعين فيه الدم لا يجوز
 غيره ان فعله من غير عذر وان فعله لعذر فعليه أحد الاشياء الثلاثة والارتفاق القاصي يوجب فداء قاصرا وهو
 الصدقة اثباتا للحكم على قدر العلة وبيان هذه الجملة اذا لبس الخيط من قميص أو حبة أو سراويل أو عمامة أو قلنسوة

أو خفين أو جوربين من غير عذر وضرورة يوما كاملا فعليه الدم لا يجوز غيره لأن لبس أحدهما لا يشاء يوما كاملا
ارتفاق كامل فيوجب كفارة كاملة وهي الدم لا يجوز غيره لأنه فعله من غير ضرورة وان لبس أقل من يوم لادم
عليه وعليه الصدقة وكان أبو حنيفة يقول أولا ان لبس أكثر اليوم فعليه دم وكذا روى عن أبي يوسف ثم رجع
وقال لادم عليه حتى يلبس يوما كاملا وروى عن محمد أنه إذا لبس أقل من يوم يحكم عليه بمقدار ما لبس من قيمة
الشاة ان لبس نصف يوم فعليه قيمة نصف شاة على هذا القياس وهكذا روى عنه في الحلق وقال الشافعي يجب عليه
الدم وان لبس ساعة واحدة وجه قوله ان اللبس ولو ساعة ارتفاق كامل لوجود اشتغال الخيط على يده فيلزمه
جزاء كامل وجه رواية محمد اعتبار البعض بالكل وجه قول أبي حنيفة الاول بان الارتفاق باللبس في أكثر اليوم
بمنزلة الارتفاق في كله لأنه ارتفاق كامل فان الانسان قد يلبس أكثر اليوم ثم يعود الى منزله قبل دخول الليل وجه
قوله الا حزان اللبس أقل من يوم ارتفاق ناقص لان المقصود منه دفع الحر والبرد وذلك باللبس في كل اليوم ولهذا
اتخذ الناس في العادة للنهار لباسا وللليل لباسا ولا يترعون لباس النهار الا في الليل فكان اللبس في بعض اليوم ارتقاقا
قاصرا فيوجب كفارة قاصرة وهي الصدقة كقص ظفر واحد ومقدار الصدقة نصف صاع من بر كذا روى ابن
سماعة عن أبي يوسف انه يطعم مسكينا نصف صاع من بر وكل صدقة تجب بفعل ما يحظره الاحرام فهي مقدرة
بنصف صاع الا ما يجب بقتل الفملة والجرازة وروى ابن سماعة عن محمد ان لبس ثوبا يوما لا ساعة فعليه
من الدم بمقدار ما لبس أي من قيمة الدم لما قلنا والصحيح قول أبي يوسف لان الصدقة المقدرة للمسكين في الشرع
لا تنقص عن نصف صاع كصدقة الفطر وكفارة البمين والفطر والظهار وكذا لو أدخل منكبته في القباء ولم يدخل
يديه في كفيه لكنه زره عليه أو زرع عليه طيلانايوما كاملا فعليه دم لوجود الارتفاق الكامل بلبس الخيط اذا المزور
مخيط وكذا لو غطي ربيع رأسه يوما فصاعدا فعليه دم وان كان أقل من الربع فعليه صدقة كذا ذكر في الأصل
وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد انه لادم عليه حتى يغطي الا أكثر من رأسه ولا أقول حتى يغطي رأسه
كله وجه رواية ابن سماعة عن محمد ان تغطية الأقل ليس بارتفاق كامل فلا يجب به جزاء كامل وجه رواية
الأصل ان ربيع الرأس له حكم الكل في هذا الباب كحلق ربيع الرأس وعلى هذا اذا غطت المرأة ربيع وجهها
وكذا لو غطي الرجل ربيع وجهه عندنا وعند الشافعي لا شيء عليه لأنه غير ممنوع عن ذلك عنده والمسئلة قد
تقدمت ولو عصب على رأسه أو وجهه يوما أو أكثر فلا شيء عليه لأنه لم يوجد ارتفاق كامل وعليه صدقة
لأنه ممنوع عن التغطية ولو عصب شيئا من جسده لئلا أو غيره لئلا شيء عليه لأنه غير ممنوع عن تغطية يده
بغير الخيط ويكره ان يفعل ذلك بغير عذر لان الشدة عليه يشبه لبس الخيط هذا اذا لبس الخيط يوما كاملا حالة
الاختيار فاما اذا لبسه لعذر وضرورة فعليه أي الكفارات شاء الصيام أو الصدقة أو الدم والأصل فيه قوله تعالى
في كفارة الحلق من مرض أو أذى في الرأس فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة
أو نسك وروى نافع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لكعب بن عجرة يؤذيك هوام رأسك قال نعم فقال احلق
واذبح شاة أو صم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع من بر والنص وان ورد بالتخير في الحلق
لكنه معلول بالنيسير والتسهيل للضرورة والعذر وقد وجد ههنا والنص الوارد هناك يكون واردا ههنا دلالة
وقيل ان عند الشافعي يتخير بين أحد الأشياء الثلاثة في حالة الاختيار أيضا وأنه غير سديد لان التخير في حال
الضرورة التيسير والتخفيف والجاني لا يستحق التخفيف ويجوز في الطعام التلبس والتكفين وهو طعام الاباحة في
قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز فيه الا اهليلج وتذكر المسئلة في كتاب الكفارات ان شاء الله تعالى
ويجوز في الصيام التتابع والتفرق لا إطلاق اسم الصوم في النص ولا يجوز الذبح الا في الحرم كذبح المتعة الا اذا ذبح
في غير الحرم وأصدق بلعنه على ستة مساكين على كل واحد منهم قدر قيمة نصف صاع من خنطة فيجوز على
طريق البدل عن الطعام ويجوز الصوم في الأماكن كلها بالاجماع وكذا الصدقة عندنا وعند الشافعي لا تجزبه

الا بركة نظر الاهل مكة لانهم ينتفعون به ولهذا لم يحجز الدم الا بركة ولنا ان نص الصدقة مطلق عن المكان فيجوز على
 اطلاقه والقياس على الدم بمعنى الانتفاع فاسد لما ذكرنا في الاحصار وانما عرف اختصاص جواز الذبح بركة
 بالنص وهو قوله تعالى حتى يبلغ الهدي محله ولم يوجد مثله في الصدقة وقد ذكرنا ان المحرم اذا لم يجد الا زار
 وامكنه فتق السر او بل والنسب به فتنقه فان لبسه يوما ولم يفتقه فعليه دم في قول أصحابنا وقال الشافعي يلبسه
 ولا شيء عليه وجهه قوله ان الكفارة انما تجب بلبس محظور ولبس السر او بل في هذه الحالة ليس بمحظور لانه
 لا يمكنه لبس غيره المخيط الا بالفتق وفي الفتق تنقبص ماله وانما ان حظر اسب الخيط ثبت بصفة الاحرام ويمكنه
 التسر بغيره الخيط في هذه الحالة بالفتق فيجب عليه الفتق والتسرب بالمفتق اولى فاذا لم يفعل فقد ارتكب محظور
 احرامه يوما كاملا فيلزمه الدم وقوله في الفتق تنقبص ماله مسلم لكن لا قامة حق الله تعالى وانه جائز كالزكاة وقطع
 الخفين اسفل من الكعبين اذا لم يجد العلمين ويستوى في وجوب الكفارة بلبس الخيط العمود والسهو والطوع
 والمكره عندنا وقال الشافعي لا شيء على الناسي والمكره ويستوى ايضا اذا لبس بنفسه أو باليه غيره وهو
 لا يعلم به عندنا خلافا له وجهه قوله ان الكفارة انما تجب بارتكاب محظور الاحرام لكونه جنابة ولا حظرمع
 النسيان والا كراه فلا يوصف فعله بالجنابة فلا تجب الكفارة ولهذا جعل النسيان عذرا في باب الصوم بالاجماع
 ولا كراه عندى ولنا ان الكفارة انما تجب في حال الذكرو والطوع لوجود ارتكابه الكامل وهذا يوجد في حال الكره
 والسهو وقوله فصل الناسي والمكره لا يوصف بالماظر ممنوع بل المحظر قائم حالة النسيان والا كراه وفصل الناسي
 والمكره موصوف بكونه جنابة وانما اثر النسيان والا كراه في ارتفاع المؤاخضة في الاخرة لان فعل الناسي
 والمكره جائز المؤاخضة عليه عقلا عندنا وانما عرفت المؤاخضة شرعا ببركة دعاء النبي صلى الله عليه وسلم بقوله
 ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو اخطانا وقوله رفع عن امة الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه والاعتبار بالصوم
 غير سديد لان في الاحرام احوالا مسددة كرهية يندر النسيان معها غاية الندرة فكان ملحقا بالعدم ولا مذكر للصوم
 بفعل عذر اذ لا يخرج ولهذا لم يجعل عذرا في باب الصلاة لان احوال الصلاة مذكرة كذا هذا ولوجع المحرم
 اللباس كله القميص والعمامة والخفين لزمه دم واحدا لانه لبس واحد وقع على جهة واحدة فيكفيه كفارة واحدة
 كالا يلابت في الجماع ولو اضر طر المحرم الى اسب ثوب فلبس ثوبين فان لبسهما على موضع الضرورة فعليه
 كفارة واحدة وهي كفارة الضرورة بان اضطر الى قميص واحد فلبس قميصين أو قميصا وجبة أو اضطر الى القلنسوة
 فلبس قلنسوة وعمامة لان اللبس حصل على وجه واحد فيوجب كفارة واحدة كما اذا اضطر الى اسب قميص فلبس
 جبة وان لبسهما على موضعين مختلفين موضع الضرورة وغير موضع الضرورة كما اذا اضطر الى اسب العمامة
 أو القلنسوة فلبسهما مع القميص أو غير ذلك فعليه كفارتان كفارة الضرورة للبس ما يحتاج اليه وكفارة الاختيار
 للبس ما لا يحتاج اليه ولو لبس ثوبا بالضرورة ثم زالت الضرورة فدام على ذلك يوما أو يومين فدام في شئ من
 زوال الضرورة لا يجب عليه الا كفارة واحدة كفارة الضرورة وان ثبت بان الضرورة قد زالت فعليه كفارتان
 كفارة ضرورة وكفارة اختيار لان الضرورة كانت ثابتة بيقين فلا يحكم بزوالها بالشئ على الاصل المعهود ان
 الثابت يقينا لا يزال بالشئ واذا كان كذلك فاللبس الثاني وقع على الوجه الذي وقع عليه الاول فكان لبسا واحدا
 فيوجب كفارة واحدة واذا استيقن بزوال الضرورة فاللبس الثاني حصل على غير الوجه الذي حصل عليه الاول
 فيوجب عليه كفارة أخرى ونظير هذا ما اذا كان به قرح أو جرح اضطر الى مداواته بالطيب انه ما دام باقيا فعليه
 كفارة واحدة وان كان تكرر عليه الداء لان الضرورة باقية فوق السكل على وجه واحد ولو برأ ذلك القرح
 أو الجرح وحدث قرح آخر أو جراحة أخرى فداوها بالطيب بلبسه كفارة أخرى لان الضرورة قد زالت فوق
 الثاني على غير الوجه الاول وكذا المحرم اذا مرض أو أصابته الحمى وهو يحتاج الى لبس الثوب في وقت ويستغنى
 عنه في وقت الحمى فعليه كفارة واحدة ما لم تنزل عنه تلك العلة لمصروا اللبس على جهة واحدة ولو زالت عنه تلك

الحمى واصابته حتى أخرى عرف ذلك أو زال عنه ذلك المرض وجاءه مرض آخر فعليه كفارتان سواء كفر للدول
أول يكفر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد عليه كفارة واحدة ما لم يكفر للدول فان كفر للدول فعليه كفارة
أخرى وسنذكر المسئلة ان شاء الله في بيان المحذور الذي به دالحج وهو الجماع بان جامع في مجلسين مختلفين ولو
جرح له قرح أو أصابه جرح وهو يداويه بالطبيب فخرجت فرجة أخرى أو أصابه جرح آخر والدول على حاله لم
يبرأ فداوى الثاني فعليه كفارة واحدة لان الاول لم يبرأ فالضرورة باقية فالمدواة الثانية حصلت على الجهة التي
حصلت عليها الاول فيكفيه كفارة واحدة ولو حصره عدو فاحتاج الى لبس الثياب فلبس ثم ذهب فترجع ثم عاد
فعاد أو كان العدو لم يرح مكانه فكان يلبس السلاح فيقاتل بالنهار وينزع بالليل فعليه كفارة واحدة ما لم يذهب هذا
العدو ويحجى عدو آخر لان العذر واحد والعدو الواحد لا يتعلق باللبس له الا كفارة واحدة والاصل في جنس هذه
المسائل انه ينظر الى اتحاد الجهة واختلافها الى صورة لبس فان لبس الخيط أيا ما كان لم ينزع ليلا ولا نهارا يكفيه
دم واحد بخلاف لان اللبس على وجه واحد وكذلك اذا كان يلبسه بالنهار وينزعه بالليل للزوم من غير ان
يعزم على تركه لا يلزمه الا دم واحد بالاجماع لانه اذا لم يلزم على الترك كان اللبس على وجه واحد فان لبس يوما
كاملا فأراق دما ثم دام على لبسه يوما كاملا فعليه دم آخر بخلاف لان الدوام على اللبس بمنزلة لبس مبتدئا
بدليل انه لو أحرم وهو مشتمل على الخيط فدام عليه بعد الاحرام يوما كاملا يلزمه دم ولو لبسه يوما كاملا ثم نزعه
وعزم على تركه ثم لبس بعد ذلك فان كان كفر للدول فعليه كفارة أخرى بالاجماع لانه لما كفر للدول فقد انقضت
اللبس الاول بالعدم فيعتبر الثاني لبسا آخر مبتدئا وان لم يكفر للدول فعليه كفارة كفارتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف
وفي قول محمد عليه كفارة واحدة وجه قول محمد انه ما لم يكفر للدول كان اللبس على حاله فاذا وجد الثاني فلا يتعلق
به الا كفارة واحدة واذا كفر للدول بطل الاول فيعتبر الثاني لبسا ثانيا فيوجب كفارة أخرى كما اذا جامع في يومين
من شهر رمضان ولهما انما نزع على عزم الترك فقد انقطع حكم اللبس الاول فيعتبر الثاني لبسا مبتدئا فينطبق
به كفارة أخرى والاصل عندهما أن النزع على عزم الترك يوجب اختلاف البستين في الحكم فخطاهما التكفير
أولا وعند لا يختلف الا اذا تخطاهما التكفير ولو لبس ثوبا مصبوغا بالورس أو الزعفران فعليه دم لان الورس
والزعفران لهما رائحة طيبة فقد استعمل الطيب في بدنه فيلزمه الدم وكذا اذا لبس المعصفر عندنا لانه محذور
الاحرام عندنا اذا المعصفر طيب لان له رائحة طيبة وعلى الفارن في جميع ما يوجب الكفارة مثلا ما على المفرد
من الدم والصدقة عندنا لانه محرم باحرامين فادخل النقص في كل واحد منهما فيلزمه كفارتان والله أعلم بالصواب
فصل في ما يرجع الى الطيب وما يجري مجراه من ازالة الشعث وقضاء النفث اما الطيب فنقول
لا يطيب المحرم لقول النبي صلى الله عليه وسلم المحرم الا شعث الاغبر والطيب: اني الشعث وروي أن رجلا
جا الى النبي صلى الله عليه وسلم وعليه مقطعان مضمخان بالخلوق فقال ما صنعت في حجتي يا رسول الله فسكت
النبي صلى الله عليه وسلم حتى أوحى الله اليه فلما سرى عنه قال صلى الله عليه وسلم أين السائل فقال الرجل
أنا فقال اغسل هذا الطيب عند راسك في حجتي ما كنت صائما في عمرتك وروينا ان محمدا وصفت به ناقته
فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تخمر وارأسه ولا تنزع بوه طيبا فانه يبعث يوم القيامة مليبا جعل كونه محرم
علة حرمة تخمير الرأس والطيب في حقه فان طيب عضوا كاملا كالرأس والفخذ والساق ونحو ذلك فعليه دم
وان طيب أقل من عضو فعليه صدقة وقال محمد يقوم ما يجب فيه الدم فيصدق بذلك القدر حتى لو طيب ربع
عضو فعليه من الصدقة قدر قيمة ربع شاة وان طيب نصف عضو صدق بقدر قيمة نصف شاة هكذا وذكر
الحاكم في المنتقى في موضع اذا طيب مثل الشارب أو بقدره من اللحية فعليه صدقة وفي موضع اذا طيب مقدار
ربع الرأس فعليه دم أعطى الربع حكم الكل كما في الحلق وقال الشافعي في قليل الطيب وكثيره دم لوجود
الارتفاق ومحمد اعتبر البعض بالكل والصحيح ما ذكر في الاصل لان تطيب عضو كامل ارتفاق كامل فكان

جناية كاملة فيوجب كفارة كاملة وتطيب مادونه ارتفاق قاصر فيوجب كفارة قاصرة اذا لحكم ثبت على قدر السبب فان طيب مواضع منفردة من كل عضو يجمع ذلك كله فاذا بلغ عضو واحد لا يجب عليه دم وان لم يبلغ فعليه صدقة لما قلنا وان طيب الاعضاء كلها فان كان في مجلس واحد فعليه دم واحد لان جنس الجناية واحد حظرها الاحرام واحد من جهة غير متقومة فيكفبه دم واحد وان كان في مجلسين مختلفين بان طيب كل عضو في مجلس على حدة فعليه لكل واحد دم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف سواء ذبح الاول أو لم يذبح كفر الاول أو لم يكفر وقال محمدان ذبح الاول فكذلك وان لم يذبح فعليه دم واحد والاختلاف فيه كالاختلاف في الجماع بان جامع قبل الوقوف بعرفة ثم جامع انه ان كان ذلك في مجلس واحد يجب على كل واحد منهما دم واحد وان كان في مجلسين مختلفين يجب على كل واحد منهما ادمان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمدان ذبح الاول فعليه دم آخر وان لم يذبح يكفي دم واحد قياسا على كفارة الافطار في شهر رمضان وسنذكر المسئلة ان شاء الله تعالى ولو ادهن بدهن فان كان الدهن مطيبا كدهن البنفسج والورد والزئبق والبان والحرى وسائر الادهان التي فيها الطيب فعليه دم اذا بلغ عضو كاملا وحكى عن الشافعي ان البنفسج ليس بطيب وانه غير سديد لانه دهن مطيب فاشبه البان وغيره من الادهان المطيبة وان كان غير مطيب بان ادهن بزيث أو بشيرج فعليه دم في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد عليه صدقة وقال الشافعي ان استعماله في شعره فعليه دم وان استعماله في بدنه فلا شيء عليه احتجاجا بمرور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ادهن بزيث وهو محرم ولو كان ذلك موجبا للدم لما فعل صلى الله عليه وسلم لانه ما كان يفعل ما يوجب الدم ولان غير المطيب من الادهان يستعمل استعمال الغذاء فاشبه اللحم والشحم والسمن الا انه يوجب الصدقة لانه يقتل الهوام لا لكونه طيبا ولا في حنيفة ما روى عن أم حبيبة رضي الله عنها انه لما نهي اليها وفاة أخيها قعدت ثلاثة أيام ثم استدعت بزنزة بنت مالى الى المطيب من حاجة لكنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجعل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحمد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا سمعت الزيث طيبا ولانه أصل الطيب بدليل انه يطيب بالقاء الطيب فيه فاذا استعماله على وجه الطيب كان كسائر الادهان المطيبة ولانه يزيل الشعث الذي هو علم الاحرام وشعاره على مناطق به الحديث فصار جارحا حرامه بازالة علمه فسكملت جنياته فيجب الدم والحديث محمول على حال الضرورة لانه صلى الله عليه وسلم كما كان لا يفعل ما يوجب الدم كان لا يفعل ما يوجب الصدقة وعندهما تجب الصدقة فكان المراد منه حالة العذر والضرورة ثم انه ليس فيه انه لم يكفر فيحتمل انه فعل وكفر فلا يكون حجة ولو داوى بالزيت بوجه أو شقوق رجله فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب بنفسه وان كان أصل الطيب لكنه ما استعماله على وجه الطيب فلا تجب به الكفارة بخلاف ما اذا داوى بالطيب لا للتطيب انه تجب به الكفارة لانه طيب في نفسه فيستوى فيه استعماله للتطيب أو لغيره وذكر محمد في الاصل وان دهن شقائق رجله طعن عليه في ذلك فقبل الصحيح شقوق رجله وانما قال محمد ذلك اقتداء بعمر بن الخطاب رضي الله عنه فانه قال هكذا في هذه المسئلة ومن سيرة أصحابنا الاقتداء بالفاظ الصحابة ومعاني كلامهم رضي الله عنهم وان ادهن بشحم أو سمن فلا شيء عليه لانه ليس بطيب في نفسه ولا أصل للطيب بدليل انه لا يطيب بالقاء الطيب فيه ولا يصير طيبا بوجه وقد قال أصحابنا ان الاشياء التي تستعمل في البدن على ثلاثة أنواع نوع هو طيب محض معد للتطيب به كالمسك والكافور والعنبر وغير ذلك وتجب به الكفارة على أي وجه استعماله حتى قالوا وداوى عينه بطيب تجب عليه الكفارة لان العين عضو كامل استعمال فيه الطيب فتجب الكفارة ونوع ليس بطيب بنفسه ولا فيه معنى الطيب ولا يصير طيبا بوجه كالشحم فسواء أكل أو ادهن به أو جعل في شقائق الرجل لا تجب الكفارة ونوع ليس بطيب بنفسه لكنه أصل الطيب يستعمل على وجه الطيب ويستعمل على وجه الادام كالزيت والشيرج فيعتبر فيه الاستعمال فان استعمال استعمال الادهان في البدن يعطى له حكم الطيب وان

استعمل في ما كحل أو شفاق رجل لا يعطى له حكم الطيب كأنهم ولو كان الطيب في طعام طبخ وتغير فلا شيء على
المحرم في أكله سواء كان يوجد ربحه أو لا لأن الطيب صار مستهلكا في الطعام بالطبخ وإن كان لم يطبخ يكره إذا
كان ربحه يوجد منه ولا شيء عليه لأن الطعام غالب عليه فكان الطيب مغمورا مستهلكا فيه وإن أكل عين
الطيب غير مختلط بالطعام فعليه الدماء إذا كان كثيرا وقالوا في المملح يجعل فيه الزعفران أنه إن كان الزعفران غالبا
فعليه الكفارة لأن المملح يصير تبعاله فلا يخرج عنه عن حكم الطيب وإن كان المملح غالبا فلا كفارة عليه لأنه ليس
فيه معنى الطيب وقد روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان يأكل الخس كناعج الأصفر وهو محرم ويقول لا بأس
بالخبيص الأصفر للمحرم فإن تدأوى المحرم عما لا يؤكل من الطيب لمرض أو علة أو أكل كحل طيب لعل عليه
أى الكفارات شاء لما ذكرنا أن ما يحظره الأحرام إذا فعله المحرم لضرورة وعذر فعليه إحدى الكفارات الثلاث
ويكره للمحرم أن يشم الطيب والريحان كذا روى عن ابن عمر وجابر رضي الله عنهما أنهما كرهتا شم الريحان
للمحرم وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه لا بأس به ولو شمعه لاشئ عليه عندنا وقال الشافعي يجب عليه
الفدية وجه قوله أن الطيب ماله رائحة والريحان له رائحة طيبة فكان طيبا وأنا نقول نعم أنه طيب لكنه لم
يلتزم ببدنه ولا بشئ منه وانما شم رائحته فقط وهذا لا يوجب الكفارة كما لو جلس عند الطارين فشم
رائحة العطر إلا أنه ذكره لما فيه من الارتفاق وكذا كل نبات له رائحة طيبة وكل ثمرة لها رائحة طيبة لأنه ارتفاق
بالرائحة ولو فعل لاشئ عليه لأنه لم يلتزم ببدنه ولا بشئ منه وحكى عن مالك أنه كان يأمر برفع الطارين بمكة
في أيام الحج وذلك غير سديد لأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم يفعلوا ذلك فإن شم المحرم رائحة طيب
أطيب به قبل الأحرام لا بأس به لأن استعمال الطيب حصل في وقت مباح فبقي شم نفس الرائحة فلا يمنع منه كما
لومر بالطارين وروى ابن سماعة عن محمد بن رجلا لودخل بيتا قد أجز وطال مكثه بالبيت فعلق في نوبه
شئ يسير فلا شيء عليه لأن الرائحة لم تتعلق بعين وعجزد الرائحة لا يمنع منها فإن استجمر بثوب فعلق بثوب به شئ كثير
فعليه دم لأن الرائحة ههنا تعلقت بعين وقد استعملها في بدنه فصار كما لو تطيب وذكر ابن رستم عن محمد بن
أكل كحل بكحل قد طيب مرة أو مرتين فعليه صدقة وإن كان كثيرا فعليه دم لأن الطيب إذا غلب الكحل فلا
فرق بين استعماله على طريق التدأوى أو التطيب فإن مس طيبا فزق بيده فهو بمنزلة التطيب لأنه طيب به يده
وإن لم يقصد به التطيب لأن القصد ليس بشرط لوجوب الكفارة وقالوا فيمن استلم الحجر فصاب يده من طيبه
أن عليه الكفارة لأنه استعمل الطيب وإن لم يقصد به التطيب ووجوب الكفارة لا يقف على القصد فإن دأوى
بحرا أو تطيب الله ثم حدث جرح آخر قبل أن يبرأ الأول فعليه كفارة واحدة لأن الذر الأول باق فكان جهة
الاستعمال واحدة فتكفيه كفارة واحدة كما قلنا في لبس المخيط ولا بأس بان يحتجم المحرم ويقصد ويبط القرحة
ويغصب عليه الخرقه ويجبر الكسرو وينزع الضرس إذا اشتكى منه ويدخل الحمام ويفتسل لما روى أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم محرم بالأمهات والقصد وبط القرحة والجرح في معنى الحجامة
ولأنه ليس في هذه الأشياء الا شق الجلد والمحرم غير ممنوع عن ذلك ولأنها من باب التدأوى والأحرام لا يمنع
من التدأوى وكذا جبر الكسر من باب العلاج والمحرم لا يمنع منه وكذا قلع الضرس وهو أيضا من باب إزالة الضرر
في شبه قطع اليد من الأكلة وهذا لا يمنع منه المحرم كذا هذا وأما الاغتسال فلما روى أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم اغتسل وهو محرم وقال ما فعل بأوساخنا فإن غسل رأسه ولحيته بالخطمي فعليه دم في قول أبي حنيفة
وعند أبي يوسف ومحمد عليه صدقة لهما أن الخطمي ليس بطيب وانما يزيل الوسخ فاشبه الاثنان فلا يجب
به الدم وتجب الصدقة لأنه يقتل الهوام لا لأنه طيب ولا في حنيفة أن الخطمي طيب لأن له رائحة طيبة فيجب
به الدم كسائر أنواع الطيب ولا يزيل الشعث ويقتل الهوام فاشبه الحلق فان خضب رأسه ولحيته بالخناء فعليه
دم لأن الخناء طيب لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالخناء وقال الخناء طيب

ولان الطيب ماله رائحة طيبة وللحناء رائحة طيبة فكان طيبا وان خضبت المحرمة يديهم بالحناء فعليها دم وان كان قليلا فعليها صدقة لان الارتفاق الكامل لا يحصل الا بتطيب عضو كامل والقسط طيب لان له رائحة طيبة ولهذا يتضر به ويتذبرائحته والوسمة ليس بطيب لانه ليس له رائحة طيبة بل كريهة وانما تدبر الشعر وذلك ليس من باب الارتفاق بل من باب الزينة فان خاف ان يقتل دواب الرأس تصدق بشئ لانه يزيل الثفت وروى عن أبي يوسف فيمن خضب رأسه بالوسمة ان عليه دما لا لاجل الخضاب بل لاجل تغطية الرأس والكحل ليس بطيب والمحرّم أن يكحل بكحل ليس فيه طيب وقال ابن أبي ليلى هو طيب و ليس للمحرّم أن يكحل به وهذا غير سديد لانه ليس له رائحة طيبة فلا يكون طيبا ويستوى في وجوب الجزاء بالتطيب الذكر والنسيان والموقع والكره عندنا كافي ليس الخيط خلافا للشافعي على ماهر الرجل والمرأة في الطيب سواء في الحظر ووجوب الجزاء لاستوائهما في الحظر والموجب للجزاء وكذا القارن والمفرد الا أن على القارن مثلي ما على المفرد عندنا لانه محرّم باحرامين فادخل قصافي احرامين فيؤاخذ بجزائرين ولا يحل للقارن والمفرد التطيب ما لم يحلقا أو يصر البقاء الاحرام قبل الحلق أو التقصير فكان الحاضر باقيا فيبقى الحظر وكذا المعتمر لما قلنا وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم والله أعلم

فصل وأما ما يجري مجرى الطيب من ازالة الشعث وقضاء الثفت خلق الشعر وقلم الظفر أما الحلق فتقول لا يجوز للمحرّم أن يحلق رأسه قبل يوم النحر لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله وقول النبي صلى الله عليه وسلم المحرم الاشعث الا عبر وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحاج فقال الشعث الثفت وحلق الرأس يزيل الشعث والثفت ولانه من باب الارتفاق عرافق المقيمين والمحرّم ممنوع عن ذلك ولانه نوع نبات استفاد الا من بسبب الاحرام فيحرم تعرض له كالنبات الذي استفاد الا من بسبب الحرم وهو الشجر والخلي وكذا لا يطلى رأسه بنورة لانه في معنى الحلق وكذا لا يزىل شعرة من شعر رأسه ولا يطلىها بالنورة لما قلنا فان حلق رأسه فان حلقه من غير عذر فليده دم لا يجوز به غيره لانه ارتفاق كامل من غير ضرورة وان حلقه لعذر فعليه أحد الاشياء الثلاثة لقوله عز وجل فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسأ ولما روينا من حديث كعب بن عجرة ولان الضرورة لها اثر في التخفيف فخير بين الاشياء الثلاثة تخفيفا وتيسيرا وان حلق ثلثة أور به فعليه دم وان حلق دون الربع فعليه صدقة كذا ذكر في ظاهر الرواية ولم يذكر الاختلاف وحكي الطحاوي في مختصره الاختلاف فقال اذا حلق ربع رأسه يجب عليه الدم في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد لا يجب ما لم يحلق أكثر رأسه وذكر القاسم في شرحه مختصر الحاكم اذا حلق ربع رأسه يجب عليه دم في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف اذا حلق أكثره يجب وعند محمد اذا حلق شعرة يجب وقال الشافعي اذا حلق ثلاث شعرات يجب وقال مالك لا يجب الا يحلق الكل وعلى هذا اذا حلق لحينه أو ثلثها أور بها احتج مالك بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله والرأس اسم لكل هذا المحدود وجه قول الشافعي أن الثلاث جمع صحيح فيقوم مقام الكل ولهذا قام مقام الكل في مسح الرأس ولان الشعر نبات استفاد الا من بسبب الاحرام فيستوى فيه فليده وكثيره كالنبات الذي استفاد الا من بسبب الحرم من لشجر والخلي وأما الكلام بين أصحابنا فبني على ان حلق الكثير يوجب الدم والتقليل يوجب الصدقة واختلفوا في الحد الفاصل بين القليل والكثير فجعل أبو حنيفة ما دون الربع قليلا والربع وما فوقه كثيرا وهما على ما ذكر الطحاوي جمل ما دون النصف قليلا وما زاد على النصف كثيرا والوجه لهما ان القليل والكثير من أسماء المقابلة وانما يعرف ذلك بمقابله فان كان مقابله قليلا فهو كثير وان كان كثيرا فهو قليل فيلزم منه ان يكون الربع قليلا لان ما يقابله كثير فكان هو قليلا والوجه لابي حنيفة ان الربع في حلق الرأس بمنزلة الكل الا ترى ان من عادة كثير من الاجيال من العرب والترك والكرد لا قصار على حلق ربع الرأس ولذا يقول القائل رأيت فلانا يكون صادقا في مقاتله وان لم ير الا احد جوانبه الاربع ولهذا أقیم مقام الكل في المسح وفي الخروج من الاسوام بان حلق ربع رأسه لا يهلل

والخروج من الاحرام انه يتصل ويخرج من الاحرام فكان حلق ربع الرأس ارتفاعا كاملا فكانت جنباه كاملة
في وجبه كفارة كاملة وكذا حلق ربع اللحية لاهل بعض البلاد معتادا كالعراق ونحوها فكان حلق الربع منها
كحلق الكل ولا حجة لما لك في الآية لان فيها نهيا عن حلق الكل وذال ابنى النهى عن حلق البعض فكان تمسكا
بالمسكوت فلا يصح وما قاله الشافعي غير سديد لان آخذ ثلاث شعرات لا يسمى حالقا في العرف فلا يتناوله نص
الحلق كالا يسمى ماسح ثلاث شعرات ماسحا في العرف حتى لم يتناوله نص المسح على أن وجوب الدم متعلق بارتفاع
كامل وحلق ثلاث شعرات ليس بارتفاع كامل فلا يوجب كفارة كاملة وقوله انه نبات استفاد الامن بسبب الاحرام
مسلم لكن هذا يقتضي حرمة التعرض لقليله وكثيره ونحن به نقول ولا كلام فيه وانما الكلام في وجوب الدم وهذا
يقف على ارتفاع كامل ولم يوجد وقد خرج الجواب عن قوله ما ان القليل والكثير يعرف بالمقابلة لما ذكرنا ان
الربع كثير من غير مقابلة في بعض المواضع فيعمل عليه في موضع الاحتياط ولو أخذ شيئا من رأسه أو لحيته أو ليس
شيئا من ذلك فانتثر منه شعرة فعليه صدقة لوجود الارتفاع بازالة النصف هذا اذا حلق رأس نفسه فأما اذا حلق رأس
غيره فعلى الخالق صدقة عندنا وقال مالك والشافعي لا شيء على الخالق وجه قولهما ان وجوب الجزاء لوجود الارتفاع
ولم يوجد من الخالق وانما المحرم كاهو ممنوع من حلق رأس نفسه ممنوع من حلق رأس غيره لقوله عز وجل ولا
تحمقوا رؤسكم حتى يبالغ الهدي محله والانسان لا يحلق رأس نفسه عادة الا أنه لما حرم عليه حلق رأس غيره
بحرم عليه حلق رأس نفسه من طريق الاولى فتجب عليه الصدقة ولا يجب عليه الدم لعدم الارتفاع في حقه
وسواء كان المحلق حلالا أو حراما قلنا غير أنه ان كان حلالا لا شيء عليه وان كان حراما فعليه الدم لحصول
الارتفاع الكامل له وسواء كان الخلق باهرا المحلق أو بغيره طائعا أو مكرها عندنا وقال الشافعي ان كان مكرها فلا
شيء عليه وان لم يكن مكرها لكنه سكت فقيه وجهان والصحيح قولنا لان كراهة لا بسلب الخطر وكما الارتفاع
موجود فيجب عليه كمال الجزاء وليس له ان يرجع به على الخالق وعن القاضي أبي حازم انه يرجع عليه بالكفارة لان
الخالق هو الذي أدخله في عهدة الضمان فكان له ان يرجع عليه كالمكره على اتلاف المال وانما الارتفاع
الكامل حصل له فلا يرجع على أحد اذا لورجع اسلم له العوض والمعوض وهذا لا يجوز كالمعوض اذا وطئ الجارية
وغرم العقر انه لا يرجع به على الفارق قلنا كذا هذا وان كان الخالق حلالا فلا شيء عليه وحكم المحلق ماذا كرنا وان
حلق شاربه فعليه صدقة لان الشارب تبع للحية الا ترى انه ثبت تبع للحية ويؤخذ تبع للحية أيضا ولانه قليل
فلا يتكامل معنى الجنابة وذكري الجامع الصغير محرم أخذ من شاربه فعليه حكومة عمدل وهي ان ينظر كم تكون
مقادير أدنى ما يجب في اللحية من الدم وهو الربع فتجب الصدقة بقدره حتى لو كان مثل ربع اللحية يجب
ربع قيمة الشاة لانه تبع للحية وقوله أخذ من شاربه إشارة الى القص وهو السنة في الشارب لا الخلق وذكري
الطحاوي في شرح الآثار ان السنة في الخلق ونسب ذلك الى أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله والصحيح
ان السنة فيه القص لما ذكرنا انه تبع للحية والسنة في اللحية القص لا الخلق كذا في الشارب ولان الخلق يشبهه
ويصير بمعنى المثله ولهذا لم يكن سنة في اللحية بل كان بدعة فكذا في الشارب ولو حلق الرقبة فعليه الدم لانه عضو
كامل مصدود بالارتفاع بحلق شعره فتجب كفارة كاملة كباقي حلق الرأس ولو نتف أحد الابطين فعليه دم لما قلنا
ولو نتف الابطين جميعا تكفيه كفارة واحدة لان جنس الجنابة واحد والظاهر واحد والجهة غير متقومة فتكفيها
كفارة واحدة ولو نتف من أحد الابطين أكثره فعليه صدقة لان أكثر فعله نظيره في البدن لا يقام مقام كله بخلاف
الرأس واللحية والرقبة ومالا نظيره في البدن ثم ذكر في الابط النتف في الاصل وهو إشارة الى أن السنة فيه النتف
وهو كذلك وذكري الجامع الصغير الخلق وهو إشارة الى انه ليس بحرام ولو حلق موضع المحاجم فعليه دم في قول
أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد فيه صدقة وجه قولهما ان موضع الحجامة غير مصاد بالخلق بل هو تابع فلا
يتعلق بمحلقه دم كخلق الشارب لانه اذا لم يكن مقصودا بالخلق لا يتكامل الجنابة بمحلقه فلا تجب به كفارة كاملة

ولانه انما يخلق للحجامة بالنفسه والحجامة لا توجب الدم لانه ليس من محظورات الاحرام على ما بينا فكذا ما يفعل لها ولا ان ما عليه من الشعر قليل فاشبه الصدر والساق ولا يجب بحلقها دم بل صدقة كذا هذا ولا يحنيفة ان هذا عضو مقصود بالخلق لمن يحتاج الى حلقه لان الحجامة امر مقصود لمن يحتاج اليها لاستفراغ المادة الدموية ولهذا لا يخلق تبعاً للرأس ولا للرقبة فاشبهه خلق الابط والعانة ويستوى في وجوب الجزاء بالخلق العمى والسهو والطوع والكراه عندنا والرجل والمرأة والمفرد والقارن غير ان القارن يلزمه جزا آن عندنا لكونه محرماً باحرامين على ما بينا وما قلم الظفر فنقول لا يجوز للمحرم قلم اظفاره لقوله تعالى ثم ليقضوا تقهم وقلم اظفار من قضاء النفس رب الله تعالى قضاء النفس على الذبح لانه ذكره بكلمة موضوعة للترتيب مع التراخي بقوله عز وجل ليدكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تقهم فلا يجوز الذبح ولانه ارتفاق بمرافق المقيمين والمحرم ممنوع عن ذلك ولانه نوع نبات استفاد الا من بسبب الاحرام فيصير التعرض له كالنوع الاخر وهو النبات الذي استفاد الا من بسبب الحرم فان قلم اظافر يداً أو رجلاً من غير عذر وضرورة فعليه دم لانه ارتفاق كامل فتمت كملت الجنابة فتجب كفارة كاملة وان قلم أقل من يداً أو رجلاً فعليه صدقة لكل ظفر نصف صاع وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر اذا قلم ثلاثة اظفار فعليه دم وجهه قوله ان ثلاثة اظفار من اليد أكثرها والاكثر يقوم مقام الكل في هذا الباب كما في خلق الرأس ولاصحابنا الثلاثة ان قلم مادون اليد ليس بارتفاق كامل فلا يوجب كفارة كاملة وأما قوله الاكثر يقوم مقام الكل فنقول ان اليد الواحدة قد أقيمت مقام كل الاطراف في وجوب الدم وما أقيم مقام الكل لا يقوم أكثره مقامه كما في الرأس أنه لما أقيم الزبع فيه مقام الكل لا ينام أكثر الزبع مقامه وهذا لانه لو أقيم أكثر ما أقيم مقام الكل مقامه لا قيم أكثره مقامه فيؤدي الى ابطال التقدير أصلاً ورأساً وهذا لا يجوز فان قلم خمسة اظفار من الاعضاء الاربعه متفرقة اليدين والرجلين فعليه صدقة لكل ظفر نصف صاع في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد عليه دم وكذلك لو قلم من كل عضو من الاعضاء الاربعه أربعة اظفار فعليه صدقة عندهما وان كان يبلغ جملة خمسة عشر ظفراً ويوجب في كل ظفر نصف صاع من بر الا اذا بلغت قيمة الطعام دما فينقص منه ما شاء وعند محمد عليه دم فمحمد اعتبر عدد الخمسة لا غير ولم يعتبر التفرق والاجتماع وأبو حنيفة وأبو يوسف اعتبر اجمع عدد الخمسة صفة الاجتماع وهو ان يكون من محل واحد وجه قول محمد ان قلم اظافر يداً واحدة أو رجلاً واحدة انما أوجب الدم لكونها ربع الاعضاء المتفرقة وهذا المعنى يستوى فيه المجتمع والمتفرق الا ترى أنهم استوى باقي الارش بان قطع خمسة اظفار متفرقة فكذا هذا ولهما أن الدم انما يجب بارتفاق كامل ولا يحصل ذلك بالقلم متفرقاً لان ذلك شين ويصير مثله فلا تجب به كفارة كاملة ويجب في كل ظفر نصف صاع من حنطة الا ان تبلغ قيمة الطعام دما فينقص منه ما شاء لانا انما نوجب عليه الدم لعدم تناهي الجنابة لعدم ارتفاق كامل فلا يجب ان يبلغ قيمة الدم فان اختار الدم فله ذلك وليس عليه غيره فان قلم خمسة اظفار من يداً واحدة أو رجلاً واحدة ولم يكفر ثم قلم اظافر يده الاخرى أو رجله الاخرى فان كان في مجلس واحد فعليه دم واحد استسحساناً والقياس ان يجب لكل واحد دم لما سئل عن ان شاء الله تعالى وان كان في مجلسين فعليه دمان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد عليه دم واحد ما لم يكفر الاول واجمعوا على انه لو قلم خمسة اظفار من يداً واحدة أو رجلاً واحدة وحلق ربيع رأسه وطيب عضواً واحداً ان عليه لكل جنس دما على حدة سواء كان في مجلس واحد أو في مجلسين مختلفين واجمعوا في كفارة القطر على انه اذا جامع في اليوم الاول وكل في اليوم الثاني وشرب في اليوم الثالث انه ان كفر الاول فعليه كفارة أخرى وان لم يكفر الاول فعليه كفارة واحدة فابو حنيفة وأبو يوسف جعلوا اختلاف المجلس كاختلاف الجنس ومحمد جعل اختلاف المجلس كاتحاده عند اتفاق الجنس وعلى هذا اذا قطع اظافر اليدين والرجلين انسان كان في مجلس واحد يكفيه دم واحد استسحساناً والقياس ان يجب عليه قلم اظافر كل عضو من يده

أو رجل دم وإن كان في مجلس واحد وجه القياس أن الدم إنما يجب لحصول الارتفاق الكامل لأن بذلك تشكامل الجنابة فتشكامل الكفارة وقلم أظافر كل عضو ارتفاق على حدة فيستدعي كفارة على حدة وجه الاستحسان أن جنس الجنابة واحد حظرها أحرام واحد بجهة غير متقومة فلا يوجب الأدماء واحدا كافي حلق الرأس إنهما إذا حلقا الربيع يجب عليه دم ولو حلق الكل يجب عليه دم واحد لما قلنا كذا هذا وإن كان في مجلس مختلفة يجب لكل من ذلك كفارة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف سواء كفر للأول أو لا وعند محمد إن يكفر للأول فعليه كفارة واحدة وجه قوله أن الكفارة تجب بهتلك حرمة الأحرام وقد انتهت حرمة بقلم أظافر العضو الأول وهتك المهنوك لا يتصور فلا يلزمه كفارة أخرى ولهذا لا يجب كفارة أخرى بالأفطار في يومين من رمضان لأن وجوبها بهتلك حرمة الشهر كلها وقد انتهت بإفساد الصوم في اليوم الأول فلا يتصور هتكها بالافساد في اليوم الثاني والثالث كذا هذا بخلاف ما إذا كفر للأول لأنه أوجب الهتك بالكفارة وجعل كأنه لم يكن فمادت حرمة الأحرام فإذا هتكها تجب كفارة أخرى جبرها كافي كفارة رمضان ولها أن كفارة الأحرام تجب بالجنابة على الأحرام والأحرام قائم فكان كل فعل جنابة على حدة على الأحرام فيستدعي كفارة على حدة إلا أن عند اتحاد المجلس جعلت الجنابات المتعددة حقيقة متحدة حكما لأن المجلس جعل في الشرع جامعة للأفعال المختلفة كما في أخبار المفيرة وسجدة التلاوة والایجاب والقبول في البيع وغير ذلك فإذا اختلف المجلس أعطى لكل جنابة حكم نفسها فيعتبر في الحكم المتعلق بها بخلاف كفارة الإفطار لأنها ما وجبت بالجنابة على الصوم بل جبر الهتك حرمة الشهر وحرمة الشهر واحدة لا تجزأ وقد انتهت حرمة الإفطار الأول فلا يحتل الهتك ثانيا ولو قلم أظافر بدلا في كفارة فطية أي الكفارات شاء لماذا كرنا أن ما حظره الأحرام إذا فعله المحرم عن ضرورة وعذر فكفارته أحد الأشياء الثلاثة والله عز وجل أعلم ولو أن كسر ظفر المحرم فأنقطعت منه شظية فقلعه لم يكن عليه شيء إذا كان مما لا يثبت لأنها كالأثداء ولا تخرج من احتفال النساء فاشبهت شجر الحرم إذا دبس فقطعه إنسان أنه لا ضمان عليه كذا هذا وإن قلم المحرم أظافر حلال أو محرم أو قلم الحلال أظافر محرم فحكمه حكم الحلق وقد كرنا ذلك كله والله أعلم والذكر والنسيان والطوع والكراهة في وجوب الفدية بالقلم سواء عندنا خلافا للشافعي وكذا يستوي فيه الرجل والمرأة والمفرد والقارن إلا أن على القارن ضعف ما على المفرد لما ذكرنا والله أعلم

فصل وأما الذي يرجع إلى توابع الجماع فيجب على المحرم أن يجتنب الدواحي من التقبيل واللمس بشهوة والمباشرة والجماع فيه مادون الفرج لقوله عز وجل فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج قيل في بعض وجوه التأويل أن الرفث جميع حاجات الرجال إلى النساء وسئلت عائشة رضي الله تعالى عنها عما يجب للمحرم من أمر أنه فقالت يحرم عليه كل شيء إلا الكلام فإن جامع في مادون الفرج أنزل أول ما ينزل أو قبل أو ليس بشهوة أو باشر فعليه دم لكن لا يفسد حجه أما عدم فساد الحج فلأن ذلك حكم متعلق بالجماع في الفرج على طريق التغليب وأما وجوب الدم فلحصول ارتفاق كامل مة صود وقد روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه قال إذا باشر المحرم امرأته فعليه دم ولم يرو عن غيره خلافاه وسواء فعل ذلك كرا أو ناسيا عندنا خلافا للشافعي ولو نظر إلى فرج امرأته عن شهوة فأمضى فلا شيء عليه بخلاف المس عن شهوة أنه يوجب الدم أمضى أو لم يمس وجه الفرق أن المس استمتاع بالمرأة وقضاء للشهوة فكان ارتفاقا كاملا فاما النظر فليس من باب الاستمتاع ولا قضاء الشهوة بل هو سبب لزوم الشهوة في القلب والمحرم غير ممنوع عما يزرع الشهوة كالأكل وذكر في الجامع الصغير إذا لمس بشهوة فأمضى فعليه دم وقوله أمضى ليس على سبيل الشرط لأنه ذكر في الأصل أن عليه دم أنزل أول ما ينزل

فصل وأما الذي يرجع إلى الصيد فنقول لا يجوز للمحرم أن يتعرض لصيد البر الماء كقول وغير الماء كقول عندنا إلا المؤذى المبتدئ بالأذى غالبا والكلام في هذا الفصل يقع في مواضع في تفسير الصيد أنه ما هو وفي بيان

أنواعه وفي بيان ما يحل اصطباؤه للحرم وما يحرم عليه وفي بيان حكم ما يحرم عليه اصطباؤه إذا اصطاده أما الأول فالصيد هو الممتنع المتوحش من الناس في أصل الخلقة أما بقوائمه أو بجناحه فلا يحرم على المحرم ذبح الأبل والبقر والغنم لأنهم ليست بصيد لعدم الامتناع والتوحش من الناس وكذا الدجاج والبط الذي يكون في المنازل وهو المسمى بالبط الكسكري لانعدام معنى الصيد فيهما وهو الامتناع والتوحش فأما البط الذي يكون عند الناس ويطير فهو صيد لو جرد من معنى الصيد فيه والحمام المسرول صيد وفيه الجزاء عند عامة العلماء وعند مالك ليس بصيد وجه قوله ان الصيد اسم للتوحش والحمام المسرول مستأنس فلا يكون صيدا كالدجاج والبط الذي يكون في المنازل ولنا ان جنس الحمام متوحش في أصل الخلقة وانما يستأنس البعض منه بالتولد والتأنيس مع بقائه صيدا كالفيلة المستأنسة والنعامة المستأنسة والطوطى ونحو ذلك حتى يجب فيه الجزاء وكذا المستأنس في الخلقة قد يصير مستوحشا كالابل اذا توحشت وليس له حكم الصيد حتى لا يجب فيه الجزاء فعلم أن العبرة بالتوحش والاستئناس في أصل الخلقة وجنس الحمام متوحش في أصل الخلقة وانما يستأنس البعض منه لعارض فكان صيدا بخلاف البط الذي يكون عند الناس في المنازل فان ذلك ليس من جنس المتوحش بل هو من جنس آخر والكلب ليس بصيد لانه ليس بمتوحش بل هو مستأنس سواء كان أهليا أو وحشيا لان الكلب أهلي في الأصل لكن ربما يتوحش لعارض فاشبهه الأبل اذا توحشت وكذا السنور الأهلي ليس بصيد لانه مستأنس وأما البري ففيه روايتان روى هشام عن أبي حنيفة ان فيه الجزاء وروى الحسن عنه انه لا شيء فيه كالأهلي وجهه رواية هشام انه متوحش فاشبهه الثعلب ونحوه وجه رواية الحسن ان جنس السنور مستأنس في أصل الخلقة وانما يتوحش البعض منه لعارض فاشبهه البعير اذا توحش ولا بأس بقتل البرغوث والبعوض والفيلة والذباب والحلم والقراد والزنبور لأنهم ليست بصيد لانعدام التوحش والامتناع الا ترى انها اطلب الانسان مع امتناعه منها وقد روى عن عمر رضي الله عنه انه كان يقر ببيعده وهو محرم ولان هذه الاشياء من المؤذيات المبتدئة بالأذى غالبا فالتصقت بالمؤذيات المنصوص عليها من الحية والعقرب وغيرهما ولا يقتل القملة لأنها صيد بل لما فيها من إزالة النفت لانه متولد من البدن كالشعر والمحرم منه عن إزالة النفت من بدنه فان قتلها تصدق بشيء كالأوزال شعرة ولم يذكر في ظاهر الرواية مقدار الصدقة وروى الحسن عن أبي حنيفة انه قال اذا قتل المحرم قملة أو الفأر أطمع كسرة وان كانتا اثنتين أو ثلاثا أطمع قبضة من الطعام وان كانت كبيرة أطمع نصف صاع وكذا لا يقتل الجرادة لانها صيد البر اما كونه صيدا فلا نه متوحش في أصل الخلقة واما كونه صيدا البر فلان تولده في البر ولذا لا يعيش الا في البر حتى لو وقع في الماء يموت فان قتلها تصدق بشيء من الطعام وقد روى عن عمر انه قال تمر خير من جرادة ولا بأس له بقتل هوام الارض من الفأرة والحية والعقرب والخنفس والجعلان وأم حنين وصباح الليل والصرصر ونحوها لانهم ليست بصيد بل من حشرات الارض وكذا القنفذ وابن عرس لانهم من الهوام حتى قال أبو يوسف ابن عرس من سباع الهوام والهوام ليست بصيد لانها لا تتوحش من الناس وقال أبو يوسف في القنفذ الجزاء لانه من جنس المتوحش ولا يبتدىء بالأذى

فصل وأما بيان أنواعه وبيان ما يحل اصطباؤه وما يحرم عليه من كل نوع فنقول وبالله التوفيق الصيد في الأصل نوعان بري وبحري فالبحري هو الذي تولده في البحر سواء كان لا يعيش الا في البحر أو يعيش في البحر والبر وما يكون تولده في البر سواء كان لا يعيش الا في البر أو يعيش في البر والبحر فالعبرة لتولد ما صيد البحر فصل اصطباؤه للحلال والمحرم جميعا ما كولا كان أو غير ما كولا لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللإيالة والمراد منه اصطباؤه ما في البحر لان الصيد مصدر ية قال صايد يصيد صيدا واستعماله في الصيد مجاز والكلام بحقيقته اباحة اصطباؤه ما في البحر ما وما صيد البر فتوعان ما كولا وغير ما كولا اما المأكل فلا يحل للحرم اصطباؤه نحو الظبي والارنب وجمار الوحش وبقرا الوحش والطير والحيوان

يؤكل لحومها بريّة كانت أو بحريّة لأن الطيور كلها بريّة لأن توأدها في البر أو ما يدخل بعضها في البحر لطلب
 الرزق والأصل فيه قوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ظاهر
 الآية ينين يقتضي تحريم صيد البر المحرم عاما أو مطلقا إلا ما خص أو قيد بدليل وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا
 ليس عليكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم والمراد منه الابتلاء بالنهي بقوله تعالى في سياق الآية فن
 اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم أي اعتدى بالاصطياد بعد تحريمه والمراد منه صيد البر لأن صيد البحر مباح
 بقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وكذا لا يجعل له الدلالة عليه والاشارة إليه بقوله صلى الله عليه وسلم الدال على
 الخير كفعله والدال على الشر كفعله ولأن الدلالة والاشارة سبب إلى القتل وتحريم الشيء تحريم لأسبابه
 وكذا لا يجعل له الإعانة على قتله لأن الإعانة فوق الدلالة والاشارة وتحريم الإحدى في تحريم الأعلى من طريق الأولى
 كالتأنيف مع الضرب والشتم وأما غير المأكول فتوابع نوع يكون مؤذيا طبعاً مبتدئاً بالآذي غالباً ونوع
 لا يبتدئ بالآذي غالباً أما الذي يبتدئ بالآذي غالباً فله محرم أن يقتله ولا شيء عليه وذلك نحو الأسد والذئب
 والتمر والفهد لأن دفع الآذي من غير سبب موجب للآذي واجب فضلاً عن الإباحة ولهذا أباح رسول الله صلى
 الله عليه وسلم قتل الخنثى الفواسق للحرم في الحل والحرم بقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الفواسق يقتلن
 المحرم في الحل والحرم الحية والعقرب والفأرة والكلب العقور والغراب وروى والحدأة وروى عن ابن عمر رضي
 الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال خمس يقتلن المحل والمحل والمجرم في الحل والحرم الحدأة والغراب والعقرب
 والفأرة والكلب العقور وروى عن عائشة رضي الله عنها قالت أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل خمس
 فواسق في الحل والحرم الحدأة والفأرة والغراب والعقرب والكلب العقور وعدة الإباحة فيها هي الابتداء
 بالآذي والعدو على الناس غالباً فإن من عادة الحدأة أن تفر على اللحم والكرش والعقرب قصص من تلذغه
 وتتبع حسه وكذا الحية والغراب يقع على دبر البعير وصاحبه قريب منه والفأرة تسرق أموال الناس والكلب
 العقور من شأنه العدو على الناس وعقرهم ابتداء من حيث الغالب ولا يكاد يهرب من بني آدم وهذا المعنى
 موجود في الأسد والذئب والفهد والتمر فكان ورود النص في تلك الأشياء وروداً في هذه دلالة قال أبو يوسف
 الغراب المسذكور في الحديث هو الغراب الذي يأكل الجيف أو يخلط مع الجيف وهذا النوع هو الذي يبتدئ
 بالآذي والعقرب ليس في معناه لأنه لا يأكل الجيف ولا يبتدئ بالآذي وأما الذي لا يبتدئ بالآذي غالباً كالضبع
 والثعلب وغيرهما فله أن يقتله إن عدى عليه ولا شيء عليه إذا قتله وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يلزمه
 الجزاء وجه قوله أن المحرم لا يقتل قائم وهو الأحرام فلو سقطت الحرمة انما سقطت بفعله وفعل العجاء جبار في
 محرم القتل كما كان كالجمل الصول إذا قتله إنسان أنه يضمن لما قلنا كذا هذا ولنا أنه لما عدى عليه وابتداء
 بالآذي العصى بالمؤذيات طبعاً فسقطت عصمته وقد روى عن عمر رضي الله عنه أنه ابتداء قتل ضبع فآذى
 جزاء ما قال أنا ابتداء أنا فقتله بابتدائه قتله إشارة إلى أنها لو ابتدأت لا يلزمه الجزاء وقوله الأحرام قائم مسلم
 لكن أثره في أن لا يتعرض للصيد لا في وجوب تحمل الآذي بل يجب عليه دفع الآذي لأنه من حيانة نفسه عن
 الهلاك وأنه واجب فسقطت عصمته في حال الآذي فلم يجب الجزاء بخلاف الجمل الصائل لأن عصمته ثبتت حقاً
 لما لك ولم يوجد منه ما يسقط العصمة فيضمن القاتل وإن لم يعد عليه لا يباح له أن يبتدئه بالقتل وإن قتله ابتداء
 فعلية الجزاء عندنا وعند الشافعي يباح له قتله ابتداء ولا جزاء عليه إذا قتله وجه قوله إن النبي صلى الله عليه وسلم
 أباح للمحرم قتل خمس من الدواب وهي لا يؤكل لحمها والضبع والثعلب لا يؤكل لحمه فكان ورود النص هناك
 وروداً ههنا ولنا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم وقوله وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما
 وقوله يا أيها الذين آمنوا ليس عليكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم عاماً ومطلقاً من غير فصل بين المأكول
 وغيره واسم الصيد يقع على المأكول وغيره المأكول لوجود حد الصيد فيهما جميعاً والدليل عليه قول الشافعي

صيد الملوكة أرباب ومعالج * وأذا ركبته فصيدى الأبطال

أطلق اسم الصيد على الثعلب إلا أنه خص منها الصيد العادي المتسدى بالأذى غالباً أو قُيدت بدليل فن ادعى
تخصيص غيره أو التقييد فعلية الدليل وقدر روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الضبع صيد وفيه شاة
إذا قتله المحرم وعن عمر وابن عباس رضي الله عنهما أنهما أوجبا في قتل المحرم الضبع جزاء وعن علي رضي الله
عنه أنه قال في الضبع إذا عُد على المحرم فليقتله فإن قتله قبل أن يعد وعليه فعلية شاة مسنة ولا حجة
للشافعي في حديث الجنس الفواسق لأنه ليس فيه أن أباحه قتلهم لأجل أنه لا يؤكل لحها بل فيه إشارة إلى أن علة
الإباحة فيها الابتداء بالأذى غالباً ولا يوجد ذلك في الضبع والثعلب بل من عاداتهم الحرب من بني آدم ولا يؤذيان
أحد حتى يتسديهما بالأذى فلم توجد علة الإباحة فيهما فلم تثبت الإباحة وعلى هذا الخلاف الضب
واليربوع والمهور والدلف والقرود والقبيل والخنزير لأنها صيد لوجود معنى الصيد فيها وهو الاغتنام والتوحش
ولا يتسدى بالأذى غالباً قد دخل تحت ما تناولنا من الآيات الكريمة وقال زفر في الخنزير أنه لا يجب الجزاء فيه
لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بعث بكسر المعازف وقتل الخنازير رند بنا صلى الله عليه وسلم
إلى قتله والتدب فوق الإباحة فلا يتعلق به الجزاء والحديث محمول على غير حال الاحرام وعلى حال العدو والابتداء
بالأذى جلا خير الواحد على موافقة الكتاب العزيز وعلى هذا الاختلاف سباع الطير والله أعلم

فصل في وأما بيان حكم ما يحرم على المحرم اصطياً إذا اصطاده فلا يمر لا يخلو ما من قتل الصيد وأما إن جرحه
وأما إن أخذه فلم يقتله ولم يجزعه فإن قتله فانتل لا يخلو ما من يكون مباشرة أو تسبياً فإن كان مباشرة فعليه قيمة
الصيد المقتول يقوم به ذوا عدل له بابصرة بقيمة الصيد فقيمة ما منه في المكان الذي أصابه إن كان موضعاً تباع
فيه الصيود وإن كان في مفازة يقوم به في أقرب الأماكن من العمران إليه فإن بلغت قيمته ثمن هدى فالقاتل
بأختيار إن شاء أهدي وإن شاء أطمع وإن شاء صام وإن لم يبلغ قيمته ثمن هدى فهو بالخيار بين الطعام والصدقة
سواء كان الصيد مما له نظير أو كان مما لا نظير له وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وحكي الطحاوي قول محمد بن
الخيار للحكيم إن شا أحكاماً عليه هدياً وإن شا أطعماً وإن شا أصاب ما من حكماء عليه هدياً ينظر القاتل إلى نظيره من
النعم من حيث الخلقة والصورة إن كان الصيد مما له نظير سواء كان قيمة نظيره مثل قيمته أو أقل أو أكثر لا ينظر
إلى القيمة بل إلى الصورة والهيئة فيجب في الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي حمار الوحش بقرة وفي النعامة بعير وفي
الأرنب عناق وفي اليربوع جفرة وإن لم يكن له نظير مما في ذبحه قرية كالحمام والعصفور وسائر الطيور تعتبر قيمته كما
قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وحكي الكرخي قول محمد بن الخيار للقاتل عنده أيضاً غير أنه إن اختار الهدى لا
يجوز له إلاخراج النظر فيما له نظير وعند الشافعي يجب عليه بقتل ما له نظير النظر ابتداء من غير اختيار أحد وله أن
يطعم ويكون الاطعام بدلاً عن النظر لا عن الصيد فيقع الكلام في موجب قتل صيده نظيره في مواضع منها أنه
يجب على القاتل قيمته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يجب عند محمد والشافعي والأصل فيه قوله عز وجل
ومن قتله منكم متعمداً جزاء مثل ما قتل من النعم أي فعلية جزاء مثل ما قتل أو جاز الله تعالى على القاتل جزاء
مثل ما قتل واختلف الفقهاء في المراد من المثل المذكور في الآية الشريفة قال أبو حنيفة وأبو يوسف المراد منه
المثل من حيث المعنى وهو القيمة وقال محمد والشافعي المراد منه المثل من حيث الصورة والهيئة وجه قولهما إن
الله تعالى أوجب على القاتل جزاء من النعم وهو مثل ما قتل من النعم لأنه ذكر المثل ثم فسر به بالنعم بقوله عز وجل
من النعم ومن ههنا التمييز الجنس فصارت تقدير الآية الشريفة ومن قتله منكم متعمداً جزاء من النعم وهو مثل
المقتول وهو أن يكون مثله في الخلقة والصورة وروى إن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر رضي الله
عنه أوجبوا في النعامة بدنة وفي الظبية شاة وفي الأرنب عناق أو هم كانوا أعرف بما في كتاب الله تعالى ولا يبي حنيفة
وأبي يوسف وجوه من الاستدلال بهذه الآية ولها أن الله عز وجل نهى المحرمين عن قتل الصيد ما لا يبيح الله تعالى

ذكر الصيد بالالف واللام بقوله عز وجل لا تأكلوا الصيد وأنتم حرم والالف واللام لاستغراق الجنس خصوصا عند عدم المعهود ثم قال تعالى ومن قتله منكم متعمدا جزاء مثل ما قتل والهاء كناية راجعة الى الصيد الموجود من اللفظ المعروف بلام التعريف فقد أوجب سبحانه وتعالى بقتل الصيد مثالا ينم ماله نظير وما لا نظيره وذلك هو المثل من حيث المعنى وهو القيمة لا المثل من حيث الخلقة والصورة لان ذلك لا يجب في صيد لا نظيره بل الواجب فيه المثل من حيث المعنى وهو القيمة بلا خلاف فكان صرف المثل المذكور بقتل الصيد على العموم اليه تخصيصا لبعض ما تناوله عموم الآية والعمل بعموم اللفظ واجب ما أمكن ولا يجوز تخصيصه بالبدليل والثاني ان مطلق اسم المثل ينصرف الى ما عرف مثلا في أصولا للشرع والمثل المتعارف في أصول الشرع هو المثل من حيث الصورة والمعنى أو من حيث المعنى وهو القيمة كما في ضمان المتلفات فان من أتلف على آخر خبطة يلزمه خبطة ومن أتلف عليه عرضا يلزمه القيمة فاما المثل من حيث الصورة والهيئة فلا نظيره في أصول الشرع فعند الاطلاق ينصرف الى المتعارف لا الى غيره والثالث انه سبحانه وتعالى ذكر المثل منكرافي موضع الاثبات في تناول واحد وأنه اسم مشترك يقع على المثل من حيث المعنى ويقع على المثل من حيث الصورة فالمثل من حيث المعنى يراد من الآية فيما لا نظيره فلا يكون الا تحريما اذا المشترك في موضع الاثبات لا عموم له والرابع ان الله تعالى ذكر عدالة الحكيم ومعلوم ان العدالة انما تشترط فيما يحتاج فيه الى النظر والتأمل وذلك في المثل من حيث المعنى وهو القيمة لان بها تحقق الصيانة عن الغلو والتقصير وتقرير الامر على الوسط فاما الصورة فشابهة لا تقتصر الى العدالة واما قوله تعالى من النعم فلا نسلم ان قوله تعالى من النعم خرج تفسير المثل وبيانه من وجهين أحدهما ان قوله جزاء مثل ما قتل كلام تام بنفسه مفيد بداته من غير وصلة بغيره لكونه مبتدأ وخبر او قوله من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة يمكن استعماله على غير وجه التفسير للمثل لانه كما يرجع الى الحكيم في تقويم الصيد المتلف يرجع اليه ما في تقويم الهدى الذي يوجد بذلك القدر من القيمة فلا يجعل قوله مثل ما قتل مر بوطاقوله عز وجل من النعم مع استغناء الكلام عنه هذا هو الاصل الا اذا قام دليل زائد يوجب الرب بغيره والثاني أنه وصل قوله من النعم بقوله يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة وقوله عز وجل أو كفارة طعام مساكين وقوله عز وجل أو عدل ذلك صياما جعل الجزاء أحد الاشياء الثلاثة لانه أدخل حرف التخيير بين الهدى والطعام وبين الطعام والصيام فلو كان قوله من النعم تفسير للمثل لكان الطعام والصيام مثالا لدخول حرف أو بينهما وبين النعم اذا فرق بين التقديم والتأخير في الذكر بأن قال تعالى جزاء مثل ما قتل طعاما أو صياما أو من النعم هديا لان التقديم في التلاوة لا يوجب التقديم في المعنى ولما لم يكن الطعام والصيام مثالا للمقتول دل أن ذكر النعم لم يخرج مخرج التفسير للمثل بل هو كلام مبتدأ غير موصول المراد بالاول وقول جماعة الصحابة رضي الله عنهم محمول على الايجاب من حيث القيمة توفيقا بين الدلائل مع ما ان المسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم روى عن ابن عباس مثل مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فلا يحتاج بقول البعض على البعض وعلى هذا ينبغي اعتبار مكان الاصابة في التقويم عندهم لان الواجب على القاتل القيمة وانها تختلف باختلاف المكان وعند محمد والشافعي الواجب هو النظر اما بحكم الحكيم أو ابتداء فلا يعتبر فيه المكان وقال الشافعي يقوم بمكة أو بمكة أو غيره سديد لأن العبرة في قيم المستهلكات في أصول الشرع مواضع الاستهلاك كفي استهلاك سائر الاموال ومنها أن الطعام يدل عن الصيد عندنا فيقوم الصيد بالدرهم ويشترى بالدرهم طعاما وهو مذهب ابن عباس وجماعة من التابعين وعن ابن عباس رواية أخرى أن الطعام يدل عن الهدى فيقوم الهدى بالدرهم ثم يشتري بقيمة الهدى طعاما وهو قول الشافعي والصحيح قولنا لان الله تعالى جعل جميع ذلك جزاء الصيد بقوله عز وجل الجزاء مثل ما قتل من النعم الى قوله أو كفارة طعام مساكين فلما كان الهدى من حيث كونه جزاء معتبرا بالصيد اما في قيمته أو نظيره على اختلاف القولين كان الطعام مثله ولان فيما لا مثل له من النعم اعتبار الطعام بقيمة الصيد

بلا خلاف فكذا فيماله مثل لان الآية عامة منتظمة للامرين جميعا ومنها ان كفارة جزاء الصيد على التخيير كذا
 روى عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو مذهب جماعة من التابعين مثل عطاء والحسن وابراهيم وهو قول
 أصحابنا وعن ابن عباس رواية أخرى انه على ترتيب الهدى ثم الاطعام ثم الصيام حتى لو وجد الهدى لا يجوز
 الطعام ولو وجد الهدى أو الطعام لا يجوز الصيام كافي كفارة الظهار والافطار انما على الترتيب دون التخيير واحتج
 من اعتبر الترتيب بما روى أن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم حكموا في الضيع بشاة ولم يذكروا غيره فدل ان
 الواجب على الترتيب ولنا ان الله تعالى ذكر حرف أو في ابتداء الاجاب وحرف أو اذا ذكر في ابتداء الاجاب يراد
 به التخيير لا الترتيب كافي قوله عز وجل في كفارة اليمين فكفارة اطعام عشرة مساكين من أوسط ما طعمون
 أهلكم أو كسوتهم أو تعزير برقبة وقوله تعالى في كفارة الحلق ففدية من صيام أو صدقة أو نسئ وغير ذلك هذا هو
 الحقيقة لا في موضع قام الدليل بخلافها كافي آية المحاربين انه ذكر فيها أو على ارادة الواو ومن ادعى خلاف
 الحقيقة ههنا فعليه الدليل ثم اذا اخار الهدى فان بلغت قيمة الصيد بدنة فحرمها وان لم تبلغ بدنة وبلغت بقرة
 ذبحها وان لم تبلغ بقرة وبلغت شاة ذبحها وان اشترى بقيمة الصيد اذا بلغت بدنة أو بقرة سبع شياه وذبحها
 أجزاء فان اخار شراء الهدى وفضل من قيمة الصيد فان بلغ هديين أو أكثر اشترى وان كان لا يبلغ هديا فهو
 بالخيار ان شاء صرف الفاضل الى الطعام وان شاء صام كافي صيد الصغير الذي لا تبلغ قيمته هديا وقد اختلف في السن
 الذي يجوز في جزاء الصيد قال أبو حنيفة لا يجوز الا ما يجوز في الاضحية وهدى المتعة والقران والاحصار وقال أبو
 يوسف ومحمد تجوز الجفرة والمناق على قدر الصيد واحتج بما روى عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم
 أوحبوا في البرج جفرة وفي الارنب عنافا ولا في خنيفة أن اطلاق الهدى ينصرف الى ما ينصرف اليه سائر
 الهدايا المطلقة في القرآن فلا يجوز دون السن الذي يجزى في سائر الهدايا وما روى عن جماعة من الصحابة حكاية حال
 لا محموله فيحمل على انه كان على طريق القبة على ان ابن عباس رضي الله عنهما يخالفهم فلا يقبل قول بعضهم
 على بعض الا عند قيام دليل ان ترجيح ثم اسم الهدى يقع على الابل والبقر والغنم على ما ينافيها تقدم ولا يجوز ذبح
 الهدى الا في الحرم لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة ولو جاز ذبحه في غير الحرم لم يكن لذكر بلوغه الكعبة معنى وليس
 المراد منه بلوغ عين الكعبة بل بلوغ قربها وهو الحرم ودات الآية الكريمة على ان من حلف
 لا يمر على باب الكعبة أو المسجد الحرام فربقرب بابها حنث وهو كقوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام
 بعد طهاتهم هذا والمراد منه الحرم لانهم منعوا بهذه الآية الكريمة عن دخول الحرم وعن ابن عباس رضي
 الله عنهما أنه قال الحرم كله مسجد ولان الهدى اسم لما يهدى الى مكان الهدايا أي ينقل اليها ومكان الهدايا
 الحرم لقوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق والمراد منه الحرم وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال مني كلها
 منصرف وخارج مكة كلها منصرف ولو ذبح في الحل لا يسقط عنه الجزاء بالذبح الا أن يتصدق بلحمه على الفقراء على كل
 فقير قيمة نصف صاع من بر فيجزئه على طريق البدل عن الطعام واذا ذبح الهدى في الحرم سقط الجزاء عنه
 بنفس الذبح حتى لو هلك أو سرق أو ضاع بوجه من الوجوه خرج عن العهدة لان الواجب هو اراقه الدم وان
 اخار الطعام اشترى بقيمة الصيد طعاما فاطعم كل مسكين نصف صاع من بر ولا يجوز به أقل من ذلك كافي كفارة
 اليمين وفدية الاذى ويجوز الاطعام في الاماكن كلها عندنا وعند الشافعي لا يجوز الا في الحرم كالا يجوز الذبح الا في
 الحرم فوسعة على أهل الحرم ولنا أن قوله تعالى أو كفارة طعام مساكين مطلق عن المسكن وقياس الطعام على الذبح
 بمعنى التوسعة على أهل الحرم قد ابطالناه فيها تقدم ولان الاراقه لم تعقل قربته بنفسها وانما عرفت قربته
 بالشرع والشرع ورد بها في مكان مخصوص أو زمان مخصوص فيتبع مورد الشرع فيتقيد بكونها قربته بالمكان
 الذي ورد الشرع بكونها قربته فيه وهو الحرم فاما الاطعام فيتعقل قربته بنفسه لانه من باب الاحسان الى المحتاجين
 فلا يتقيد بكونه قربته بمكان كالا يتقيد بزمان ويجوز فيه الاباحة والقليل لما نذكره في كتاب الكفارات ولا

يجوز للقاتل أن يأكل شيئا من لحم الهدى ولو أكل شيئا منه فعليه قبة ما أكل ولا يجوز دفعه ودفع الطعام إلى ولده
 وولده ولده وان سفلوا ولا إلى والده ووالده ووالده وان عدوا كما لا يجوز الزكاة ويجوز دفعه إلى أهل القبة في قول أبي
 حنيفة ومحمد ولا يجوز في قول أبي يوسف كافي صدقة الفطر والصدقة المنذورة بها على ما ذكرنا في كتاب الزكاة
 وإن اختار الصيام اشترى بقيمة الصيد طعاما وصام لكل نصف صاع من بر يومنا عندنا وهو قول ابن عباس
 وجاعة من التابعين مثل إبراهيم وعطاء ومجاهد وقال الشافعي يصوم لكل مديوما والصحيح قولنا الماروي عن
 ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال يصوم عن كل نصف صاع يومنا ومثل هذا لا يعرف بالاجتهاد فقهاء السماع
 من رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن فضل من الطعام أقل من نصف صاع فهو بالخيار إن شاء تصدق به وإن
 شاء صام عنه يومان لا يصوم بعض يوم لا يجوز ويجوز الصوم في الأيام كلها بخلاف ويجوز متتابعاً ومتفرقاً
 أموله تعالى أو ذلك صياماً مطلقاً عن المكان وصفة التتابع والتفرق وسواء كان الصيد مما يؤكل لحمه
 أو مما لا يؤكل لحمه عندنا بعد أن كان محرماً ولا اصطفاً على المحرم كالضبيح والعلب وسباع الطير وينظر إلى قيمته
 لو كان ما كول اللحم لهوم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء
 مثل ما قتل من النعم غير أنه لا يجاوز به دماً في ظاهر الرواية وذكر الكرخي أنه لا يباع دماً بل ينقص من ذلك بخلاف
 ما كول اللحم فإنه يجب قيمته بالغة ما بلغت وإن بلغت قيمته هدين أو أكثر وقال زفر يجب قيمته بالغة ما بلغت
 كافي ما كول اللحم وجه قوله أن هذا المصيد مضمون بالقيمة والمضمون بالقيمة يقترب كل قيمته كما كول ولنا
 أن هذا المضمون أنما يجب بقتله من حيث أنه صيد ومن حيث أنه صيد لا تزيد قيمة لحمه على لحم الشاة بحال
 بل لحم الشاة يكون خيراً منه بكثير فلا يجاوز به دماً بل ينقص منه كذا ذكر الكرخي ولأنه جزاء واجب بالتلف ما ليس
 بحال فلا يجاوز به دماً كحلق الشعر وقص الأظفار وقد خرج الجواب عما ذكره زفر ويستوي في وجوب الجزاء بقتل
 الصيد المبتدئ والعائد وهو أن يقتل صيداً ثم يعود ويقتل آخر ثم وثم أنه يجب لكل صيد جزاء على حدة وهذا
 قول عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن ابن عباس أنه لا جزاء على العائد وهو قول الحسن وشريح
 وإبراهيم وأحمد وأبو قولة تعالى ومن عاد فينتقم الله منه جعل جزاء العائد الاتقام في الآخرة فتنتفي الكفارة في الدنيا
 ولنا أن قوله تعالى ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يتناول القتل في كل مرة فيقتضي وجوب الجزاء
 في كل مرة كافي قوله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتمم بر رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ونحو ذلك وأما قوله
 تعالى ومن عاد فينتقم الله منه ففيه أن الله تعالى ينتقم من العائد وليس فيه أن ياتممه منه بماذا فيحتمل أنه ينتقم
 منه بالكفارة كذا قال بعض أهل التأويل فينتقم الله منه بالكفارة في الدنيا أو بالماذب في الآخرة على أن الوعيد
 في الآخرة لا ينفي وجوب الجزاء في الدنيا كما أن الله تعالى جعل حد المحاربين لله ورسوله جزاء لهم في الدنيا بقوله
 أنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا الآية ثم قال عز وجل في
 آخرها ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم ومنهم من صرف تأويل الآية الكريمة إلى استعمال
 الصيد فقال الله عز وجل عفا الله عما سلف في الجاهلية من استعمالهم الصيد إذا تاب ورجع عما استعمل من
 قتل الصيد ومن عاد إلى الاستعمال فينتقم الله منه بالنار في الآخرة وبه نقول هذا إذا لم يكن قتل الثاني والثالث
 على وجه الرفض والاحلال فاما إذا كان على وجه الرفض والاحلال لأحرامه فعليه جزاء واحد استعملنا
 والقياس أن يلزمه لكل واحد منهم مادم لان الموجود ليس الآية الرفض ونية الرفض لا يتعلق بها حكم لانه
 لا يصير حلالاً بذلك فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة لا أنهم استعملوا وقالوا لا يجب الأجزاء واحد لان
 الكل وقع على وجه واحد فاشبه الأجزاء في الجماع ويستوي فيه العمد والخطأ والذكر والنسيان عند عامة
 العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه لا كفارة على الخطي وقال الشافعي
 لا كفارة على الخطي والناسي والكلام في المسئلة بناءً وابتداءً أما البناء فاذكرنا فيما تقدم أن الكفارة إنما يجب

بطركاب محظور الاحرام والجنابة عليه ثم زعم الشافعي ان فعل الخطي والناسي لا يوصف بالجنابة والمحظور لان فعل الخطأ والنسيان مما لا يمكن التعرض عنه فكان عذرا وقتلنا نحن ان فعل الخطي والناسي جنابة وحرام لان فعلهما جائز المؤاخذه عليه عقلا وانما رفعت المؤاخذه عليه شرعا مع بقاء وصف الخطر والحرمه فامكن القول بوجوب الكفارة وكذا التعرض عنهما يمكن في الجملة اذ لا يقع الانسان في الخطأ والسهو الا لنوع تقصير منه فلم يكن عذرا منه ولهذا لم يعذر الناسي في باب الصلاة الا أنه جعل عذرا في باب الصوم لانه يغلب وجوده فكان في وجوب القضاء حرج ولا يغلب في باب الحج لان احوال الاحرام مذكرة فكان السبان معها نادرا على أن العذر في هذا الباب لا يمنع وجوب الجزاء كافي كفارة الخلق لمرض أو أذى بالرأس وكذا قوافل الحج لا يختلف حكمه للعذر وعدم العذر وأما الابتداء فاحتج بقوله عز وجل ومن قتله منكم متعمدا جزاء مثل ما قتل من النعم خص المتعمد بإيجاب الجزاء عليه فلو شارك الخطي والناسي في الوجوب لم يكن للتخصيص معنى ولنا وجوه من الاستدلال بالعمد أحدها أن الكفارات وجبت رافعة للجنابة ولهذا سماه الله تعالى كفارة بقوله عز وجل أو كفارة طعام مساكين وقد وجدت الجنابة على الاحرام في الخطأ الا ترى ان الله عز وجل سمي الكفارة في القتل الخطأ توبة بقوله تعالى في آخر الآية توبة من الله ولا توبة الا من الجنابة والحاجة الى رفع الجنابة موجودة والكفارة صالحة لرفعها لانها ترفع أعلى الجنابيتين وهي العمد وما صلح رافعا لأعلى الذنوب يصلح رافعا لادناها بخلاف قتل الأدي عمداً أنه لا يوجب الكفارة عندنا والخطأ يوجب لان النقص هناك وجب ورد بإيجاب الكفارة في الخطأ وذنوب الخطأ دون ذنب العمد وما يصلح لرفع الأدنى لا يصلح لرفع الأعلى فامتنع الوجوب من طريق الاستدلال لانعدام طريقه والثاني أن المحرم بالاحرام آمن الصيد عن التعرض والتزم ترك التعرض له فصار الصيد كالامانة عنده وكل ذى أمانة اذا أكلت الامانة يلزمه الغرم عمداً كان أو خطأ بخلاف قتل النفس عمداً لان النفس محفوظة بصاحبها وليست بامانة عند القتال حتى يستوى حكم العمد والخطأ في التعرض لها والثالث ان الله تعالى ذكر التخيير في حال العمد وموضوع التخيير في حال الضرورة لأنه في التوسع وذافي حال الضرورة كالتخيير في الخلق لمن به مرض أو به أذى من رأسه بقوله فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسلا ولا ضرورة في حال العمد فعلم أن ذكر التخيير فيه لتقدير الحكم به في حال الضرورة لولا ما ذكر التخيير فكان إيجاب الجزاء في حال العمد إيجابا في حال الخطأ ولهذا كان ذكر التخيير في الموضوع للتخفيف والتوسع في كفارة اليمين بين الاشياء الثلاثة حالة العمد ذكر في حالة الخطأ والنوم والجنون دلالة وأما تخصيص العامد فقد عرف من أصلنا أنه ليس في ذكر حكمه وبينه في حال دليل نفسه في حال أخرى فكان تمسكا بالمسكوت فلا يصح ويحتمل أن يكون تخصيص العامد لعظم ذنبه تنبيها على الإيجاب على من قصر ذنبه عنه من الخطي والناسي من طريق الأولى لان الواجب لما رفع أعلى الذنوب فلان يرفع الأدنى أولى وعلى هذا كانت الآية حجة عليه والله أعلم ويستوى في وجوب كمال الجزاء بقتل الصيد حال الانفراد والاجتماع عندنا حتى لو اشتترك جماعة من المحرمين في قتل صيد يجب على كل واحد منهم جزاء كامل عند أصحابنا وعند الشافعي يجب عليهم جزاء واحد وجه قوله أن المقتول واحد فلا يضمن الإيجزاء واحد كما اذ قتل جماعة رجلا واحدا خطأ أنه لا تجب عليهم الا دية واحدة وكذا جماعة من المحللين اذا قتلوا صيدا واحدا في الحرم لا يجب عليهم الا قيمة واحدة كذا هذا ولنا قوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا جزاء مثل ما قتل من النعم وكلمة من تناول كل واحد من القاتلين على حiale كافي قوله عز وجل ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاؤه جهنم وقوله تعالى ومن يظلم منكم نذقه عذابا كبيرا وقوله عز وجل ومن يكفر بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر وأقرب المواضع قوله عز وجل ومن قتل مؤمنا خطأ قصبر برقة مؤمنة حتى يجب على كل واحد من القاتلين خطأ كفارة على حدة ولا تلزمه الدية أنه لا يجب عليهم الا دية واحدة لأن ظاهر اللفظ وعمومه يقتضي وجوب الدية على كل واحد منهم وانما صغرنا وجوب دية واحدة بالاجماع وقد ترك ظاهر اللفظ بدليل

والشافعي نظر الى المحل فقال المحل وهو المقتول متعبد فلا يجب الاضمان واحد وأما ما تناظرنا الى العمل فقالوا
 الفعل متعدد فمتعدد الجزاء ونظرنا أقوى لان الواجب جزاء الفعل لان الله تعالى سواه جزاء بقوله بجزاء مثل
 ما قتل من النعم والجزاء يقي بال الفعل لا المحل وكذا سمي الواجب كفارة بقوله عز وجل أو كفارة طعام مساكين
 والكفارة جزاء الجناية بخلاف الدية فانها بدل المحل فتعبد بالتحاد المحل وتعدد بتعدد وهو الجواب عن صبيدا الحرم
 لان ضمانه يشبه ضمان الاموال لانها محجوب بالجناية على الحرم والحرم واحد فلا تجب الاقيمة واحدة ولو قتل صيدا
 معلما كالباري والشاهين والصقور والحمام الذي يجي من مواضع بعيدة ونحو ذلك يجب عليه قيمتان قيمته معلما
 لصاحبه بالغة ما بلغت وقيته غير معلم حقا لله لانه جنى على حقين حق الله تعالى وحق العبد والتعليم وصف مرغوب
 فيه في حق العباد لانهم ينتفعون بذلك والله عز وجل تعالى عن أن ينتفع بشيء ولان الضمان الذي هو حق الله
 تعالى يتعلق بكونه صيدا او كونه معلما وصف زائد على كونه صيدا فلا يعتبر ذلك في وجوب الجزاء وقد قالوا في الحامة
 المصوتة انه يضمن قيمتها مصوتة في رواية وفي رواية غير مصوتة وجه ال رواية الاولى ان كونها مصوتة من باب
 الحسن والملاحة والعبد مضمون بذلك كالموتل صيدا حسنا لم يلحها زيادة قيمة تجب قيمته على تلك الصفة
 وكالموتل حسنة مطوقة وفاخته مطوقة وجه ال رواية الاخرى على نحو ما ذكرنا ان كونها مصوتة لا يرجع الى
 كونه صيدا فلا يلزم المحرم ضمان ذلك وهذا يشكل بالمطوقة والصبيدا الحسن الملبس ولو أخذ بيض صبيدا فشواه
 أو كسره فعليه قيمته يتصدق به لما روى عن الصحابة رضي الله عنهم انهم حكوا في بيض النعامة بقيمته ولانه
 أصل الصيد اذا الصيد بثولد منه فيعطى له حكم الصيد احتياطا فان شوى يبيضا أو جرادا فضمنه لا يحرم أكله
 ولو أكله أو غيره حلالا كان أو محرما لا يلزمه شيء بخلاف الصيد الذي قتله المحرم انه لا يحل أكله ولو أكل المحرم
 الصائد منه بعد ما أدى جزاءه يلزمه قيمة ما أكل في قول أبي حنيفة لان الحرمة هناك لكونه ميتة لعدم الذكاة
 لخروجه عن أهلية الذكاة والحرمة ههنا ليست لمكان كونه ميتة لانه لا يحتاج الى الذكاة فصار كالجوسي اذا
 شوى يبيضا أو جرادا انه يحل أكله كذا هـ. مذا فان كسر البيض فخرج منه فخرج ميت فعليه قيمته حيا أو أخذ
 فيه بالثقة وقال مالك عليه نصف عشر قيمته واعتبره بالجنين لان ضمانه ضمان الجنائيات وفي الجنين نصف عشر
 قيمته كذا فيه ولنا ان الفرج صبيدا لانه يفرض أن يصير صيدا فيعطى له حكم الصيد ويحتمل انه مات بكسره
 ويحتمل انه كان ميتا قبل ذلك وضمان الصيد يؤخذ فيه بالاحتياط لانه وجب حقا لله تعالى وحقوق الله تعالى
 يحتاج في ايجابها وكذلك اذا ضرب بطن طيبة فالقتل جناية ثم ماتت الطيبة فعليه قيمتها يؤخذ في ذلك كله
 بالثقة اما قية الام فلانه قتله أو اما قية الجنين فلانه يحتمل انه مات بفعله ويحتمل انه كان ميتا فيحكم بالاضمان
 احتياطا فان قتل طيبة حاملا فعليه قيمتها حاملا لان الحمل يجري مجرى صفاتها وحسنا وملاحتها وسمها
 والصبيد مضمون باوصافه ولو حلب صيدا فعليه مائة نصه الحلب لان اللبن جزء من أجزاء الصيد فاذا نصبه
 الحلب يضمن كالموتل تلف جزأ من أجزاءه كالموتل المملوك وأما اذا قتل الصيد تسبيبا فان كان متعددا في النسب
 يضمن والا فلا يبان ذلك انه اذا نصب شبكة فتعقل به صيد ومات أو حفر حفرة لاصيد فوقع فيها فعطب يضمن
 لانه متعد في التسبب ولو ضرب فطاطا لنفسه فتعقل به صيد فمات أو حفر حفرة للواء وللخبر فوقع فيها صيد
 فمات لا شيء عليه لان ذلك مباح له فلم يكن متعديا في التسبب وهذا كمن حفر بئرا على قارعة الطريق فوقع فيها
 انسان أو بهيمة ومات يضمن ولو كان الحفر في دار نفسه فوقع فيها انسان لا يضمن لانه في الاول متعد بالتسبب وفي
 الثاني لا كذا هذا ولو أتان محرما محرما أو حلالا على صبيد يضمن لان الاغاة على الصيد تسبب الى قتله وهو متعد
 في هذا التسبب لانه تعاون على الاثم والعدوان وقد قال الله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولودل عليه
 أو أشار اليه فان كان المدلول يرى الصيد أو يعلم به من غير دلالة أو إشارة فلا شيء على الدال لانه اذا كان يراه
 أو يعلم به من غير دلالة فلا أثر لدلالته في تقييد الاثم على الصيد فلم تقع الدلالة تسبيبا لانه يكره ذلك فقتله

بدلته لانه نوع تحرير على اصطياده وان رآه المدلول بدلالته فقتله فعليه الجزاء عند أصحابنا وقال الشافعي
لاجزاء عليه وجه قوله ان وجوب الجزاء متعلق بقتل الصيد ولم يوجد وانما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال الدال على الشيء كفعله وروى الدال على الخير كفعله والدال على الشر كفعله فظاهر الحديث يقتضي أن
يكون للدلالة حكم الفعل الا ما خص بدليل وروى ان أبا قتادة رضي الله عنه شدة على حمار وحش وهو حلال فقتله
وأصحابه محرّمون فمنهم من أكل ومنهم من أبي فسألوا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم
هل أشركتم هل أعنتم فقالوا لا فقالوا اذا فلولوا ان الحكم يختلف بالامانة والاشارة والا لم يكن للفحص عن ذلك
معنى ودل ذلك على حرمة الامانة والاشارة وذابل على وجوب الجزاء وروى ان رجلا سأل عمر رضي الله عنه
فقال اني أشركت في طيبة فقتلها صاحبي فسال عمر عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنهم فقال ما ترى فقال
أرى عليه شاة فقال عمر رضي الله تعالى عنه وأنا أرى مثل ذلك وروى ان رجلاً أشار الى بيضة نعامة فكسرها
صاحبه فسأل عن ذلك عليا وابن عباس رضي الله عنهم اجمعين فكذلكهم وعبد الرحمن رضي
الله عنهما يجهول على القبة ولان المحرم قد أمن الصيد باحرامه والدلالة تزيل الامن لان أمن الصيد في حال
قدرته وبقيته يكون بتوحشه عن الناس وفي حال عجزه ونوميه يكون باختفائه عن الناس والدلالة تزيل
الاختفاء فيزول الامن فكانت الدلالة في ازالة الامن كالاصطياد ولان الامانة والدلالة والاشارة تسبب الى القتل
وهو متعد في هذا السبب لكونه مزيل للامن وانه محظور الاحرام فاشبهه نصب الشبكة ونحو ذلك ولا نهما
أمن الصيد عن التعرض بفقد الاحرام والتزم ذلك صار به الصيد كالامانة في يده فاشبهه المودع اذا دل سارقاً على
سرقة الودعة ولو استعار محرم من محرم سكنى البذخ به صيداً فاعاره اياه فذبح به الصيد فلاجزاء على صاحب
السكين كذا في محمد في الاصل من المشايخ من فصل في ذلك تفصيلاً فقال ان كان المستعير يتوصل الى قتل الصيد
بغيره لا يضمن وان كان لا يتوصل اليه الا بذلك السكين يضمن المعير لانه يصير كالمدال ونظير هذا ما قالوا وان محرماً
رأى صيداً له قوس أو سلاح يقتل به ولم يعرف ان ذلك في أي موضع فذله محرم على سكنته أو على قوسه فأخذه
فقتله به انه ان كان يجده غير ما دله عليه مما يقتله به لا يضمن الدال وان لم يجد غيره يضمن ولا يحل للمحرم أن يكل
ما ذبحه من الصيد ولا غيره من المحرم والحلال وهو بمنزلة الميتة لانه بالاحرام خرج من أن يكون أهلاً للذكاة
فلا تنصرون منه الذكاة كالمجوسى اذا ذبح وكذا الصيد خرج من أن يكون محللاً للذبح في حقه لقوله تعالى وحرم
عليكم صيد البر ما دمتم حرماً والتحريم المضاف الى الاعيان يوجب خروجه عن محلبة التصرف شرعاً كتحريم
الميتة وتحريم الامهات والنصرف الصادر من غير الاهل وفي غير محله يكون ملحقاً بالعدم فان كل المحرم الذابح
منه فعليه الجزاء وهو قيمته في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى ليس عليه الا
التوبة والاستغفار ولا خلاف في أنه لو أكله غيره لا يلزمه الا التوبة والاستغفار وجه قولهم انه أكل ميتة فلا
يلزمه الا التوبة والاستغفار كالأكل غيره ولا يبي حنيفة رحمه الله تعالى انه تناول محظوراً احرامه فيلزمه
الجزاء وبيان ذلك ان كونه ميتة لعدم الاهلية والمحلية وعدم الاهلية والمحلية بسبب الاحرام فكانت
الحرمة بهذه الوساطة مضافة الى الاحرام فاذا أكله فقد ارتكب محظوراً احرامه فيلزمه الجزاء بخلاف ما اذا أكله
محرم آخره لا يجب عليه جزاء ما أكل لان ما أكله ليس محظوراً احرامه بل محظوراً احرام غيره وكما لا يحل له لا يحل
لغيره محرماً كان أو حلالاً عندنا وقال الشافعي يحل لغيره أكله وجه قوله ان الحرمة لمكان انه صيد لقوله تعالى
وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً وهو صيده لا صيد غيره فيحرم عليه لا على غيره ولنا ان حرمة لكونه ميتة
لعدم اهلية الذكاة ومحليته فيحرم عليه وعلى غيره كذبيحة المجوسى هذا اذا أدى الجزاء ثم أكل فما اذا أكل
قبل أداء الجزاء فقد ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوى ان عليه جزاء واحد ويدخل ضمان ما أكل في
الجزاء وذكر القدروري في شرحه مختصر الكرخي انه لا رواية في هذه المسئلة فيجوز ان يقال يلزمه جزاء آخر

الجزء بالجناية على الاحرام والنبات والودالى ما كان لا ينبى من ان الجناية لم تكن فلا يسقط الجزء ولا يى حنيفة
ان وجوب الجزء لمكان التقصان وقد زال فيزول الضمان كالموقع سن طي لم ينغر (وأما) حكم أخذ الصيد
فالمحرم اذا أخذ الصيد يجب عليه ارساله سواء كان في يده أو في قفص معه أو في بيته لان الصيد استحق الا من
باحرامه وقد فوت عليه الا من بال أخذ فيجب عليه اعادته الى حالة الا من وذلك بال ارسال فان أرسله محرم من
يده فلا شئ على المرسل لان الصائد مالك الصيد فلم يصير بال ارسال متلقا ملكه وانما وجب عليه ال ارسال
ليعود الى حالة الا من فاذا أرسل فقد فعل ما وجب عليه وان قتله فعلى كل واحد منهم ما جزاء اما القاتل فلانه محرم
قتل صيد او اما لا اتخذ فلانه فوت الا من على الصيد بالاخذ وانه سبب لوجوب الضمان الا انه يسقط بال ارسال
فاذا تعذر ال ارسال لم يسقط ولا اخذان يرجع عما ضمن على القاتل عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يرجع وجه
قوله ان المحرم لم يملك الصيد بالاخذ فكيف يملك بدله عند الاتلاف (ولنا) ان الملك له وان لم يثبت فقد وجد
سبب الثبوت في حقه وهو الاخذ قال النبي صلى الله عليه وسلم الصيد لمن أخذه الا انه تعذر حمله سبب الملك غير
الصيد فيجعل سبب الملك بدله فيملك بدله عند الاتلاف ويجعل كان الاصل كان ملكه كن غصب سدا رجاء انسان
وقتله في يد الغاصب أو غصبه من يده فضمن المالك الغاصب فان الغاصب أن يرجع بالضمان على الغاصب
والقاتل وكذا هذا في غصب أم الولد وان لم يملك المدبر وأم الولد لما قلنا كذا هذا ولو أصاب الحلال صيداً ثم أحرم
فان كان محسباً كايده فعليه ارساله ليعوده الى الا من الذي استحقه بالاحرام فان لم يرسله حتى هلك في يده يضمن
قيمته وان أرسله انسان من يده ضمن له قيمته في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يضمن وجه قولهما
ان ال ارسال كان واجبا على المحرم حق الله فاذا أرسله الأجنبي فقد احتسب بال ارسال فلا يضمن كالمأخذه وهو
محرم فأرسله انسان من يده ولا يى حنيفة انه أتلف صيداً لم يملكه فليضمن كالمأتلف قبل الاحرام والدليل على ان
الصيد ملكه انه أخذه وهو حلال وأخذ الصيد من الحلال سبب الثبوت الملك لقوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن
أخذه واللام للملك والعارض وهو الاحرام أثره في حرمة التعرض لا في زوال الملك بعد ثبوته واما قولهما ان المرسل
احتسب بال ارسال لانه واجب فقول الواجب هو ال ارسال على وجه يفوت يده عن الصيد أصلاً ورأساً وعلى
وجه يزول يده الحقيقية عنه ان قال على وجه يفوت يده أصلاً ورأساً ممنوع وان قال على وجه يزول يده الحقيقية
عنه فسلم لكن ذلك يحصل بال ارسال في بيته وان أرسله في بيته فلا شئ عليه بخلاف ما اذا اصطاده وهو محرم
فأرسله غيره من يده لان الواجب على الصائد هناك ارسال الصيد على وجه يعود اليه به الا من الذي استحقه
باحرامه وفي الامساك في القفص أو في البيت لا يعود الا من بخلاف المسئلة الاولى لان الصيد هناك ما استحق
الا من وقد أخذه وصار ملكاً له وانما يحرم عليه التعرض في حال الاحرام فيجب ازالة التعرض وذلك يحصل
بزوال يده الحقيقية فلا يحرم عليه ال ارسال في البيت أو في القفص والدليل على التفرقة بينهما في الفصل الاول
لو أرسله ثم وجدته بعد ما حل من احرامه في يده آخره ان يسترده منه وفي الفصل الثاني ليس له ان يسترده وان كان
الصيد في قفص معه أو في بيته لا يجب ارساله عندنا وعند الشافعي يجب حتى انه لو لم يرسله فمات لا يضمن عندنا
وعنده يضمن والكلام فيه مبنى على ان من احرم وفي ملكه صيد لا يزول ملكه عنه عندنا وعند زول والصحيح
قولنا لما بينا انه كان ملكاً له والعارض وهو حرمة التعرض لا يوجب زوال الملك ويستوى فيها يوجب الجزء
الرجل والمرأة والمفرد والقارن غير ان القارن يلزمه جزاً آن عندنا لكونه محرم باحرامين فيصير جانيا عليهما
فيلزمه كفارتان وعند الشافعي لا يلزمه الاجزاء واحداً لكونه محرم باحرام واحد (وأما) الذي يوجب فساد الحج
فالجباة لقوله عز وجل فلا رفث ولا فسوق عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما انه الجباة وانه مفسد للحج لما
نذكر في بيان ما يفسد الحج وبيان حكمه اذا فسد ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا بيان ما يخص المحرم من المحظورات
وهي محظورات الاحرام والله أعلم

﴿فصل﴾ ويتصل به - ذابيان ما يعم المحرم والحلال جميعا وهو محظورات الحرم فنذكرها فنقول وبالله التوفيق
محظورات الحرم نوعان نوع يرجع الى الصيد ونوع يرجع الى النبات اما الذي يرجع الى الصيد فهو انه لا يحل
قتل صيد الحرم للمحرم والحلال جميعا الا المؤذيات المبتدئة بالاذى غالبا وقد بينا ذلك في صيد الاحرام والاصل
فيه قوله تعالى اولم يروا انا جعلنا حراما آمنا وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرمة وقوله تعالى
وسم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وهذا يقتل صيد الاحرام والحرم جميعا لانه يقال أحرم اذا دخل في الاحرام
وأحرم اذا دخل في الحرم كما يقال نجس اذا دخل نجس وانهم اذا دخل تهامة وأعرق اذا دخل العراق وأحرم اذا دخل
في الشهر الحرام ومنه قول الشاعر في عثمان رضى الله عنه

قتل ابن عفان الخليفة محرما * ودعا فلم أر مثله مخذولا

الخليفة محرما أى في الشهر الحرام واللفظ وان كان مشتركا لكن المشترك في محل النفي يعم لعدم التنافي الا ان
الدخول في الشهر الحرام ليس بمراد بالاجماع لان أخذ الصيد في الاشهر الحرم لم يكن محظورا ثم قد نسخت
الاشهر الحرم فبقى الدخول في الحرم والاحرام مراد بالآيتين الا ما خص بدليل وقول النبي صلى الله عليه وسلم
الا ان مكة حرام حرمة الله تعالى يوم خلق السموات والارض لم تحل لاحد قبلى ولا تحل لاحد بعدى وانما
أحلت لي ساعة من نهار ثم عادت حراما الى يوم القيامة لا يحتل خلاها ولا يمسد شجرها ولا ينفر صيدها
والاستدلال به من وجوه أحدها قوله مكة حرام والثاني قوله حرمة الله تعالى والثالث قوله ولا تحل لاحد
بعدى والرابع قوله ثم عادت حراما الى يوم القيامة والخامس قوله لا يحتل خلاها ولا يمسد شجرها ولا ينفر
صيدا فان قتل صيد الحرم فعليه الجزاء محرما كان القاتل أو حللا لقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فجزاء
مثل ما قتل وبجراؤه ما هو بجراؤه قاتل صيد الاحرام وهو ان تجب عليه قيمته فان بلغت هدياله ان يشتري بها هديا
أو طعاما الا انه لا يجوز الصوم هكذا ذكر في الاصل وهكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوى ان حكمه حكم
صيد الاحرام الا انه لا يجوز فيه الصوم وذكر القندوري في شرحه مختصر الكرخي ان الاطعام يجزئ في صيد
الحرم ولا يجزئ الصوم عند أصحابنا الثلاثة وعند فريجي وبه أخذ الشافعي وفي الهدى روايتان وجه قول
زفر الا اعتبار بصيد الاحرام لان كل واحد من الضمانين يجب حقه الله تعالى ثم يجزئ الصوم في أحدهما كذا في
الآثر (ولنا) الفرق بين الصيدين والضمانين وهوان ضمان صيد الاحرام وجب لمعنى يرجع الى الفاعل
لانه وجب جزاءه على جنائته على الاحرام فالما ضمان صيد الحرم فانما وجب لمعنى يرجع الى المحل وهو تقويت
أمن الحرم رعاية لحرمة الحرم فكان بمنزلة ضمان سائر الاموال وضمان سائر الاموال لا يدخل فيه الصوم كذا
هذا واما الهدى فوجه رواية عدم الجواز ما ذكرنا ان هذا الضمان يشبه ضمان سائر الاموال لان وجوبه لمعنى
في المحل فلا يجوز فيه الهدى كما لا يجوز في سائر الاموال الا ان تكون قيمته مذبوحا مثل قيمة الصيد فيجزئ عن
الطعام وجه رواية الجواز ان ضمان صيد الحرم له شبه بأصلين ضمان الاموال وضمان الافعال اما شبهه بضمان
الاموال فلما ذكرنا واما شبهه بضمان الافعال وهو ضمان الاحرام فلانه يجب حقه الله تعالى فيعمل بالشبهين فنقول
انه لا يدخل فيه الصوم اعتبارا بالشبه الاموال ويدخل فيه الهدى اعتبارا بالشبه الافعال وهو الاحرام عملا بالشبهين
بالتقدير الممكن اذ لا يمكن القول بالعكس ولان الهدى مال فكان بمنزلة الاطعام والصوم ليس بمال ولا فيه معنى المال
فاقتراوا لوقتل المحرم صيدا في الحرم فعليه ما على المحرم اذا قتل صيدا في الحلال وليس عليه لاجل الحرم شئ وهذا
استحسنه والقياس ان يلزمه كفارتان لوجود الجنابة على شيئين وهما الاحرام والحرم فاشبه القارن الا انهم
استحسنوا وأوجبوا كفارة الاحرام لا غير لان حرمة الاحرام أقوى من حرمة الحرم فاستنبع الاقوى الاضعف
وبيان أن حرمة الاحرام أقوى من وجوه أحدها أن حرمة الاحرام ظهرت أثرها في الحرم والحل جميعا حتى حرم
على المحرم الصيد في الحرم والحل جميعا وحرمة الاحرام لا يظهر أثرها الا في الحرم حتى يباح للحلال الاصطياد

لصيد الحرم اذا خرج الى الحل والثاني أن الاحرام يحرم الصيد وغيره مما ذكرنا من محظورات الاحرام والحرم لا يحرم الا الصيد وما يحتاج اليه الصيد من الخلى والشجر والثالث أن حرمة الاحرام تلزم حرمة الحرم وجودا لان المحرم يدخل الحرم لا محالة وحرمة الحرم لا تلزم حرمة الاحرام وجودا فثبت أن حرمة الاحرام أقوى فاستتبع الادنى بخلاف القارن لأن نعمة كل واحدة من الحرمتين اعني حرمة احرام الحج وحرمة احرام العمرة اصل الا ترى أنه يحرم احرام العمرة ما يحرمه احرام الحج فكان كل واحدة منهما أصلا بنفسها فلا تستتبع احدهما صاحبتها ولو اشترك حلالا لان قتل صيد في الحرم فعلى كل واحد منهما نصف قيمته فان كانوا أكثر من ذلك بقسم الضمان بين عددهم لان ضمان صيد الحرم يجب للمعنى في المحل وهو حرمة الحرم فلا يتعدد بتعدد الفاعل كضمان سائر الاموال بخلاف ضمان صيد الاحرام فان اشترك محرم وحلال فعلى المحرم جميع القيمة وعلى الحلال النصف لان الواجب على المحرم ضمان الاحرام لما بينا وذلك لا تجزأ والواجب على الحلال ضمان المحل وأنه متجزئ وسواء كان شرى الحلال ممن يجب عليه الجزاء أو لا يجب كالكافر والصبي أنه يجب على الحلال بقدر ما يخصه من القيمة لان الواجب بفعله ضمان المحل فيستوى في حقه الشرى الذي يكون من أهل وجوب الجزاء ومن لا يكون من أهله فان قتل حلال وقارن صيدا في الحرم فعلى الحلال نصف الجزاء وعلى القارن جزأان لان الواجب على الحلال ضمان المحل والواجب على المحرم جزاء الجنابة والقارن جنى على احرامين فيلزمه جزأان ولو اشترك حلال ومفرد وقارن في قتل صيد فعلى الحلال ثلث الجزاء وعلى المفرد جزاء كامل وعلى القارن جزأان لما قلنا وان صاد حلال صيدا في الحرم فقتله في يده - لال آخر فعلى الذي كان في يده جزاء كامل وعلى القاتل جزاء كامل أما القاتل فلا شئ فيه لانه أثلف صيدا في الحرم حقيقة وأما الصائد فلان الضمان قد وجب عليه باصطياده وهو أخذه لتفويته الا من عليه بالآخذ وأنه سبب لوجوب الضمان الا أنه يسقط بالارسال وقد تعذر الارسال بالقتل فتقرر توقيت الا من نصار كانه مات في يده وهذا بخلاف المقصوب اذا أثلفه انسان في يد الغاصب انه لا يجب الا ضمان واحد يطالب المالك أيهما شاء لان ضمان الغصب ضمان المحل وليس فيه معنى الجزاء لانه يجب حق المالك والمحل الواحد لا يقابله الا ضمان واحد وضمن صيدا الحرم وان كان ضمان المحل لكن فيه معنى الجزاء لانه يجب حقا لله تعالى فجاز أن يجب على القاتل والاخذ ولا أخذ أن يرجع على القاتل بالضمان أما على أصل أبي حنيفة فلا يشكك لانه يرجع عليه في صيد الاحرام عنده فكذلك في صيد الحرم والجامع أن القاتل فوت على الاخذ ضمانا كان بقدر على اسقاطه بالارسال وأما على أصلهما فيحتاج الى الفرق بين صيد الحرم والاحرام لانهم ما قالوا في صيد الاحرام انه لا يرجع ووجه الفرق أن الواجب في صيد الحرم ضمان يجب للمعنى يرجع الى المحل وضمان المحل يحتمل الرجوع كافي الغصب والواجب في صيد الاحرام جزاء فعليه لا بدل المحل الا ترى أنه لا يملك الصيد بالضمان واذا كان جزاء فعليه لا يرجع به على غيره ولو دل حلال حلالا على صيد الحرم أو دل محرما فلا شئ على الدال في قول أصحابنا الثلاثة وقد أساء وأثم وقال زفر على الدال الجزاء وروى عن أبي يوسف مثل قول زفر وعلى هذا الاختلاف الاثر والمشهور وجه قول زفر اعتبار الحرم بالاحرام وهو اعتبار صحيح لان كل واحد منهما سبب لحرمة الاصطياد نعم الدلالة في الاحرام توجب الجزاء كذا في الحرم ولنا الفرق بينهما وهو أن ضمان صيد الحرم يجري مجرى ضمان الاموال لانه يجب للمعنى يرجع الى المحل وهو حرمة الحرم لا للمعنى يرجع الى القاتل والاموال لا تضمن بالدلالة من غير عقد وانما صار مسيأ آثم لكون الدلالة والاشارة والامر حراما لانه من باب المعاونة على الاثم والعدوان وقد قال الله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولو أدخل صيدا من الحل الى الحرم وجب ارساله وان ذبحه فعليه الجزاء ولا يجوز بيعه وقال الشافعي يجوز بيعه وجه قوله أن الصيد كان ملكه في الحل وادخله في الحرم لا يوجب زوال ملكه فكان ملكه فاعتماف كان محلا للبيع ولنا أنه لما حصل الصيد في الحرم وجب تركه التعرض له رهابة لحرمة الحرم كالأحرام والصيد في يده وذكر محمد في الاصل وقال لا خير فيما

٢٠٩
 ٢٠٩
 يترخص به أهل مكة من الحجل واليعاقب ولا يدخل شئ منه في الحرم حيا لما ذكرنا أن الصيد إذا حصل في الحرم
 وجب اظهار حرمة الحرم بترك التعرض له بالارسال فان قيل ان أهل مكة يبيعون الحجل واليعاقب وهي كل
 ذكروا شئ من القبيح من غير تكبر ولو كان حراما لظهر التكبر عليهم فالجواب ان ترك التكبر عليهم ليس لكونه
 حلالا بل لكونه محلا للاجتهاد فان المسئلة مختلفة بين عثمان وعلى رضي الله عنهما ولا نكار لا يلزم في محله
 الاجتهاد اذا كان الاختلاف في الفروع وأما وجوب الجزاء بذبحه فلا نه ذبح صيد المستحق الارسال وأما فساد
 البيع فلان ارساله واجب والبيع ترك الارسال ولو باعه يجب عليه فسخ البيع واسترداد المبيع لانه يبيع فاسد
 والبيع الفاسد مستحق الفسخ حقا للشرع فان كان لا يقدر على فسخ البيع واسترداد المبيع فعليه الجزاء لانه وجب
 عليه ارساله فاذا باعه وتعذر عليه فسخ البيع واسترداد المبيع فكاه أن يذبحه فيجب عليه الضمان وكذلك ان أدخل
 صقرا أو بازيا فعليه ارساله لما ذكرنا في سائر اصيود فان أرسله فجعل يذبح حمام الحرم لم يكن عليه في ذلك شئ
 لان الواجب عليه الارسال وقد أرسل فلا يلزمه شئ بعد ذلك كالأرسل في الحل ثم دخل الحرم فجعل يقتل صيد
 الحرم ولو أرسل كلبا في الحل على صيد في الحل فاتبه الكلب فأخذه في الحرم فقتله فلا شئ على المرسل ولا يؤكل
 الصيد أما عدم وجوب الجزاء فلان العبرة في وجوب الضمان بحالة الارسال اذا لارسال هو السبب الموجب
 للضمان والارسال وقع مباهما لوجوده في الحل فلا يتعلق به الضمان وأما حرمة أكل الصيد فلان فعل
 الكلب ذبح للصيد وأنه حصل في الحرم فلا يحل أكله كالأرسل في الحرم فقتله الكلب لا يكون أعلى من فعل
 الأدي ولوروى صيدا في الحل فنفر الصيد فوق السهم به في الحرم فعليه الجزاء قال محمد في الأصل وهو قول أبي
 حنيفة رحمه الله فيما أعلم وكان القياس فيه أن لا يجب عليه الجزاء كالأرسل الكلب لان كل
 واحد منهما مأذون فيه لحصوله في الحل والاخذ والاصابة كل واحد منهما يضاف الى المرسل والراي وخاصة على
 أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى فانه يعتبر حال الرمي في المسائل حتى قال فيمن رمى الى مسلم فارتد المرمى اليه ثم أصابه
 السهم مثلاً أنه تجب عليه الدية اعتبارا بحالة الرمي الا أنهم استحسنوا فوجبوا الجزاء في الرمي ولم يوجبوا
 في الارسال لان الرمي هو المؤثر في الاصابة بعجري العادة اذا لم يتخلل بين الرمي والاصابة فعل اختياري يقطع نسبة
 الاثر اليه شرعا بقيت الاصابة مضافة اليه شرعا في الاحكام فصار كانه ابتداء الرمي بعد ما حصل الصيد في
 الحرم وهم ناقضون لخلل بين الارسال والاخذ فعل فاعل مختار وهو الكلب فنفع اضافة الاخذ الى المرسل وصار كالأرسل
 ارسلا بازيا في الحرم فاخذ حمام الحرم وقتله أنه لا يضمن لما قلنا كذا هذا ولو أرسل كلبا على ذئب في الحرم وأنصب
 له شركا فاصاب الكلب صيدا أو وقع في الشراك صيد فلا جزاء عليه لان الارسال على الذئب ونصب الشبكة له مباح
 لان قتل الذئب مباح في الحل والحرم للمحرّم والحلال جميعا لكونه من المؤذيان المبشدة بالاذي عادة فلم يكن
 متعديا في التسبب فيضمن ولو نصب شبكة أو حفر حفرة في الحرم للصيد فاصاب صيدا فعليه جزاء لانه غير
 مأذون في نصب الشبكة والحفر اصيد الحرم فكان متعديا في التسبب فيضمن ولو نصب خيمة فتعقل به صيدا أو
 حفر لئلا يقع فيه صيد الحرم لا ضمان عليه لانه غير متعد في التسبب وقالوا فيمن أخرج طيبة من الحرم فادى
 جزاءها ثم ماتت ومات أولادها لا شئ عليه لانه متى أدى جزاءها ملكها فحدثت الاولاد على ملكه
 وروى ابن سعادة عن محمد بن رجل أخرج صيدا من الحرم الى الحل ان ذبحه ولا انتفاع بلحمه ليس بحرام سواء
 كان أدى جزاءه أو لم يؤد غير اني أكره هذا الصنيع وأحب الى ان يتزهر عن أكله أما حل الذئب فلا نه صيد حل في
 الحل فلا يكون ذبحه حراما أو أكرهه هذا الصنيع فلان الانتفاع به يؤدي الى استئصال صيد الحرم لان كل من
 احتاج الى شئ من ذلك أخذه وأخرجه من الحرم وذبحه وانتفع بلحمه وأدى قيمته فان انتفع به فلا شئ عليه لان
 الضمان سبب لملك المضمون على أصلنا فاذا ضمن قيمته فقد ملكه فلا يضمن بالانتفاع به وان باعه واستعان

بثمنه في جزائه كان له ذلك لان الكراهة في حق الاكل خاصة وكذا اذا قطع شجر الحرم حتى ضمن قيمته يكره له الانتفاع به لان الانتفاع به يؤدي الى استئصال شجر الحرم على ما ينبت في الصيد ولو اشتراه انسان من القاطع لا يكره له الانتفاع به لانه تناوله بعد انقطاع النماء عنه والله الموفق

فصل وأما الذي يرجع الى النبات فكل ما ينبت بنفسه مما لا ينبت به الناس عادة وهو رطب وجملة الكلام فيه أن نبات الحرم لا يخلو إما أن يكون مما لا ينبت به الناس عادة وإما أن يكون مما ينبت به الناس عادة فإن كان مما لا ينبت به الناس عادة اذ انبت بنفسه وهو رطب فهو محظور القطع والقلع على المحرم والحلال جميعا نحو الخشيش الرطب والشجر الرطب الا ما فيه ضرورة وهو الاذخر فإن قلعه انسان أو قطعه فعليه قيمته لله تعالى سواء كان محرما أو حلالا بعد ان كان مخاطبا بالشرايع والاصل فيه قوله تعالى أولم يروا انا جعلنا حرما آمنا أخبر الله تعالى أنه جعل الحرم آمنا مطلقا فيجب العمل باطلاقة الاما قيد بدليل وقول النبي صلى الله عليه وسلم الا ان مكة حرام حرما الله تعالى الى قوله لا يتختل خلاها ولا يعصد شجرها نهي عن اختلاؤ كل خلى وعصد كل شجر فيجوز على عموم الاما خص بدليل وهو الاذخر فإنه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لمساق الحديث الى قوله لا يتختل خلاها ولا يعصد شجرها فقال العباس رضي الله عنه الا الاذخر يا رسول الله فإنه متاع لاهل مكة لحبهم وميتهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم الا الاذخر والمعنى فيه ما أشار اليه العباس رضي الله عنه وهو حاجة اهل مكة الى ذلك في حياتهم وميتهم فان قيل ان النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن اختلاؤ كل خلى مكة عاما فكيف استثنى الاذخر باستثناء العباس وكان صلى الله عليه وسلم لا ينطق عن الهوى وقد قيل في الجواب عنه من وجهين أحدهما يحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في قلبه هذا الاستثناء الا أن العباس رضي الله عنه سبقه به فظاهر النبي صلى الله عليه وسلم بلسانه ما كان في قلبه والثاني يحتمل أن الله تعالى أمره أن يجزئ بصرى كل خلى مكة الا ما يستثنيه العباس وذلك غير ممنوع ويحتمل وجه ثالثا وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم عم القضية بصرى كل خلى فسأله العباس الرخصة في الاذخر لحاجة اهل مكة ترفيها بهم فجاء جبريل عليه السلام بالرخصة في الاذخر فقال النبي صلى الله عليه وسلم الا الاذخر فان قيل من شرط صحة الاستثناء والتحاقي بالكلام الاول أن يكون متصلا به ذكر او هذا من فصل لانه ذكر بعد انقطاع الكلام الاول وبعد سؤال العباس رضي الله عنه الاستثناء بقوله الا الاذخر والاستثناء المنفصل لا يصح ولا يلحق المستثنى منه فالجواب ان هذا ليس باستثناء حقيقة وان كانت صيغته صيغة الاستثناء بل هو امتصاص والتخصيص المتراخي عن العام جائز عند مشايخنا وهو النسخ والنسخ قبل التمكن من الفعل بعد التمكن من الاعتقاد جائز عندنا والله الموفق وانما يستوى فيه المحرم والحلال لانه لا فصل في النصوص المقتضية للامن ولان حرمة التعرض لاجل الحرم فيستوى فيه المحرم والحلال واذا وجب عليه قيمته فبيدها سبيل جزاء صيد الحرم انه ان شاء اشترى بها طعاما يتصدق به على الفقراء على كل فقير نصف صاع من رزق وان شاء اشترى بها هديا ان بلغت قيمته هديا على رواية الاصل والطحاوي في ذبح في الحرم ولا يجوز فيه الصوم عندنا خلافا لفرع على ما مر في صيد الحرم واذا أدى قيمته يكره له الانتفاع بالمقلوع والمقطوع لأنه وصل اليه بسبب خبيث ولان الانتفاع به يؤدي الى استئصال نبات الحرم لانه اذا احتاج الى شيء من ذلك يقطع ويقطع ويؤدي قيمته على ما ذكرنا في الصيد فان باعه يجوز ويتصدق بثمنه لانه ممن مبيع حصه بسبب خبيث ولا بأس بقلع الشجر اليابس والانتفاع به وكذا الخشيش اليابس لانه قد مات وخرج عن حد التمر ولا يجوز رعي خشيش الحرم في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بأس بالرعي وجه قوله ان الهدايا تحمل الى الحرم لا يمكن حفظها من الرعي فكان فيه ضرورة ولها انه لما منع من التعرض لخشيش الحرم استوى فيه التعرض بنفسه وبارسال الهبة عليه لان فعل الهبة مضاف اليه كافي الصيد فإنه لما حرم عليه التعرض لصيده استوى فيه اصطفاؤه بنفسه وبارسال الكلب كذا هذا وان كان مما ينبت به الناس عادة من الزروع والاشجار التي ينبتونها فلا بأس بقطعها وقلعها لاجماع

الامة على ذلك فان الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يزعمون في الحرم ويحصدونه من
 غير تكبير من أحد وكذا ما لا ينبته الناس عادة اذا أنبتة احد مثل شجر أم غيلان وشجر الأراك ونحوهما فلا
 بأس بقطعه واذا قطعه فلا ضمان عليه لاجل الحرم لانه مذكور بالانبات فلم يكن من شجر الحرم فصار كالذي ينبته
 الناس عادة شجرة أصلها في الحرم وأغصانها في الحل فهي من شجر الحرم وان كان أصلها في الحل وأغصانها في
 الحرم فهي من شجر الحل ينظر في ذلك الى الأصل لا الى الأغصان لان الأغصان تابعة للأصل فيعتبر فيه موضع
 الأصل لا التابع وان كان بعض أصلها في الحرم والبعض في الحل فهي من شجر الحرم لانه اجتمع فيه الحظر
 والاباحة فيرجع الحظر احتياطاً وهذا بخلاف الصيد فان الاعتبار فيه موضع قوائم الطير اذا كان مستقراً به فان
 كان الطير على غصن هو في الحرم لا يجوز له أن يرميه وان كان أصل الشجر في الحل وان كان على غصن هو في
 الحل فلا بأس له أن يرميه وان كان أصل الشجر في الحرم ينظر الى مكان قوائم الصيد لا الى أصل الشجر لان قوام
 الصيد بقوائمه حتى لو رمى صيداً قوائمه في الحرم ورأسه في الحل فهو من صيد الحرم لا يجوز للحلال أن يقتله
 ولو رمى صيداً قوائمه في الحل ورأسه في الحرم فهو من صيد الحل ولا بأس بالحلال أن يقتله وكذا اذا كان بعض قوائمه
 في الحرم وبعضها في الحل فهو صيد الحرم ترجيحاً لجانب الحرم احتياطاً هذا اذا كان قائماً فجعل قوائمه
 في الحل ورأسه في الحرم فهو من صيد الحرم لان القوائم انما تعتبر اذا كان مستقراً بها وهو غير مستقر بقوائمه بل
 هو كالملق على الارض واذا بطل اعتبار القوائم فاجتمع فيه الحظر والمبيح فيترجح جانب الحظر احتياطاً ولا بأس
 بأخذ كفاة الحرم لان الكفاة ليست من جنس النبات بل هي من ودائع الارض وقال أبو حنيفة لا بأس باخراج حجارة
 الحرم وزيادته الى الحل لان الناس يخرجون القدر من مكة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من
 غير تكبير ولا نه يجوز استهلاكه باستعماله في الحرم فيجوز اخراجه الى الحل وعن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما
 كراهة ذلك بقوله عز وجل أولم يروا أننا جعلنا ما آمنوا بالله تعالى نفس الحرم آمناً ولان الحرم لما أفادنا من
 لغيره فلان يفيد نفسه أولى ثم انما يجب على المهرم اجتناب محظورات الاحرام والحرم وثبت أحكامها اذا فعل اذا
 كان مخاطباً بالشرايع فاما اذا لم يكن مخاطباً كالصبي العاقل لا يجب ولا يثبت حتى لو فعل شيئاً من محظورات الاحرام
 والحرم فلا شيء عليه ولا على وليه لان الحرم بسبب الاحرام والحرم ثبت حقا لله تعالى والصبي غير مؤاخذ بحقوق
 الله تعالى ولكن ينبني للولي أن يجنبه ما يجنبه المحرم تاديباً وتوداً كما يأمره بالصلاة وأما العبد اذا أحرم بإذن مولاه
 فانه يجب عليه الاجتناب لانه من أهل الخطاب فان فعل شيئاً من المحظورات فان كان مما يجوز فيه الصوم يصوم
 وان كان مما لا يجوز فيه الا الفدية أو الاطعام لا يجب عليه ذلك في الحال وانما يجب بعد العتق ولو فعل في حال الرق
 لا يجوز لانه لا ملك له وكذا لو فعل عنه مولاه أو غيره لانه ليس من أهل الملك فلا يملكه وان ملك واذا فرغنا من
 فصول الاحرام وما يتصل به فلنرجع الى ما كنا فيه وهو بيان شرائط الاركان وقد ذكرنا جملة منها فمنها الاسلام
 ومنها العقل ومنها النية ومنها الاحرام وقد ذكرناه بجميع فصوله وعلاقته وما اتصل به ومنها الوقت فلا يجوز
 الوقوف بعرفة قبل يوم عرفة ولا طواف الزيارة قبل يوم النحر ولا أداء شيء من أفعال الحج قبل وقته لان الحج
 عبادة مؤقتة قال الله تعالى الحج أشهر معلومات والعبادات المؤقتة لا يجوز أداؤها قبل أوقاتها كالصلاة والصوم
 وكذا اذا فات الوقوف بعرفة عن وقته الذي ذكرناه فيما تقدم لا يجوز الوقوف في يوم آخر ويقوت الحج في تلك
 السنة الا اضطرورة لا شبهة استسهلنا بان اشتبه عليهم هلال ذى الحجة فوقوا ثم تبين انهم وقفوا يوم النحر على
 ما ذكرناه فيما تقدم وأما طواف الزيارة اذا فات عن أيام النحر فانه يجوز في غير هالكين بلزمه الدم في قول أبي حنيفة
 بإتخاذ يوم النحر وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذى الحجة كذا روى عن جماعة من الصحابة رضي
 الله عنهم منهم عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم وكذا روى عن جماعة من
 التابعين مثل الشعبي ومجاهد وبرايم وينبغي أيضاً على معرفة أشهر الحج الاحرام بالحج قبل أشهر الحج وقد ذكرنا

أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجزئ ذلك عن الآثم نستحسن وتدع القياس فيه ولا يضمن فيه دم القرآن على الحاج وجه قولهما أنه فعل المأمور به وزاد خيرا فكان مأذونا في الزيادة دلالة فلم يكن مخالفا كمن قال لرجل اشتر لي هذا العبد بألف درهم فاشتره بخمس مائة أو قال ببع هذا العبد بألف درهم فباعه بألف وخمسمائة يجوز وينفذ على الآثم لما قلنا كذا هذا وعليه دم القرآن لأن الحاج إذا قرن بأذن المحجوج عنه كان الدم على الحاج لما نذكر ولا بي حنيفة أنه لم يأت بالمأمور به لأنه أمر يسفر يصرفه إلى الحج لا غير ولم يأت به فقد خالف أمر الآثم فضمن ولو أمره أن يحج عنه فاعتمر ضمن لأنه خالف ولو اعتمر ثم حج من مكة يضمن النفقة في قوله لم يجمعها لا أمره بالحج بسفر وقد أتى بالحج من غير سفر لأنه صرف سفره الأول إلى العمرة فكان مخالفا فيضمن النفقة ولو أمره بالحج عنه فجمع بين إحرام الحج والعمرة فأحرم بالحج عنه وأحرم بالعمرة عن نفسه فحج عنه واعتقر عن نفسه صار مخالفا في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وعن أبي يوسف أنه يقسم النفقة على الحج والعمرة وي طرح عن الحج ما أصاب العمرة ويجوز ما أصاب الحج وجه رواية أبي يوسف أن المأمور بفعل ما أمر به وهو الحج عن الآثم وزاده احسانا حيث أسقط عنه بعض النفقة وجه ظاهر الرواية أنه أمره بصرف كل السفر إلى الحج ولم يأت به لأنه أدى بالسفر حجاج عن الآثم وعمرة عن نفسه فكان مخالفا وبه تبين أنه فعل ما أمر به وقوله أنه أحسن إليه حيث أسقط عنه بعض النفقة غير سديد لأن غرض الآثم في الحج عن الغير هو ثواب النفقة فأسقطه لا يكون احسانا بل يكون إساءة ولو أمره أن يعتقر فأحرم بالعمرة واعتتمر ثم أحرم بالحج بعد ذلك وحج عن نفسه لم يكن مخالفا لأنه فعل ما أمر به وهو أداء العمرة بالسفر وانما فعل بعد ذلك الحج فاشتغاله به كاشتغاله بعمل آخر من التجارة وغيرها إلا أن النفقة مقدار مقامه للحج من ماله لأنه عمل لنفسه وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله في الرقيات إذا حج عن الميت وطاف لحجه وسعى ثم أضاف إليه عمرة عن نفسه لم يكن مخالفا لأن هذه العمرة واجبة الرضا لو وقعها على مخالفة السنة على ما ذكرنا في فصل القرآن فكان وجودها والعدم عتلة واحدة ولو كان جمع بينهما ثم أحرمهما ثم لم يناف حتى وقف بعرفة ورفض العمرة لم ينفعه ذلك وهو مع ذلك مخالف لأنه لما أحرمهما جميعا فقد صار مخالفا في ظاهر الرواية على ما ذكرنا فوقعته الحجة عن نفسه فلا يحتمل التغير بعد ذلك برفض العمرة ولو أمره رجل أن يحج عنه حجة وأمره رجل آخر أن يحج عنه فأحرم بحجة فهذا لا يتخلو عن أحد وجهين إيمان أحرم بحجة عنهما جميعا وإيمان أحرم بحجة عن أحدهما فإن أحرم بحجة عنهما جميعا فهو مخالف ويقع الحج عنه ويضمن النفقة له إيمان كان أتفق من مالهما لأن كل واحد منهما أمر به بحج تام ولم يفعل فصار مخالفا لا أمرهما فلم يقع حجه عنهما فيضمن لهما لأن كل واحد منهما لم يرض باتفاق ماله فيضمن وانما وقع الحج عن الحاج لأن الأصل أن يقع كل فعل عن فاعله وانما يقع لغيره بجعله فإذا خالف لم يصرف لغيره فبقي فعله ولو أراد أن يجعله لأحدهما لم يملك ذلك بخلاف ابن ابن إذا أحرم بحجة عن أبو به أنه يجزئه أن يجعله عن أحدهما لأن ابن غير مأمور بالحج عن الأبوين فلا تحقق مخالفة الآثم وانما جعل ثواب الحج الواقع عن نفسه في الحقيقة لا بوجه وكان من عزمه أن يجعل ثواب حجه لهما ثم تقضى عزمه وجعله لأحدهما وهما بخلافه لأن الحاج متصرف بحكم الآثم وقد خالف أمرهما فلا يقع حجه لهما ولا لأحدهما وإن أحرم بحجة عن أحدهما فإن أحرم لأحدهما عينا وقع الحج عن الذي عينه ويضمن النفقة للآخر وهذا ظاهر وإن أحرم بحجة عن أحدهما غير عين فله أن يجعلها عن أحدهما أي ما شاء ما لم يتصل بها الأداء في قول أبي حنيفة ومحمد استحسننا والتمسنا أن لا يجوز له ذلك ويقع الحج عن نفسه ويضمن النفقة لهما وجه القياس أنه خالف الأمر لأنه أمر بالحج لمعين وقد حج لمعين والمبنيهم غير المبني فصار مخالفا ويضمن النفقة ويقع الحج عن نفسه لما ذكرنا بخلاف ما إذا أحرم الابن بالحج عن أحد أبويه فإنه يصح وإن لم يكن معينا لما ذكرنا أن الابن في حجه لا بوجه ليس متصرفا بحكم الآثم حتى يصير مخالفا للأمر بل هو يحج عن نفسه ثم يجعل ثواب حجه لأحدهما وذلك جائز وهما بخلافه وجه الاستحسان أنه قد صح من أصل أصحابنا أن الأحرام ليس

من الاداء بل هو شرط جواز اداء افعال الحج فيقتضي تصور الاداء والاداء متصور بواسطة التعيين فاذا جعله
عن أحدهما قبل أن يتصل به شيء من أفعال الحج تعين له فيقع عنه فان لم يجعلها عن أحدهما حتى طاف
شوطاً ثم أراد أن يجعلها عن أحدهما لم تجز عن واحد منهما لانه اذا اتصل به الاداء تعذر تعيين القدر المؤدى لان
المؤدى قد مضى وانقضى فلا يتصور تعيينه فيقع عن نفسه وصار احرامه واقعاله لاتصال الاداء به وان أمره
أحدهما بحجة وأمره الآخر بعمره فان أذنا له بالجمع وهو القران فجمع جاز لانه أمره بغير ينصرف بعضه الى
الحج وبعضه الى العمره وقد فعل ذلك فلم يصير مخالفاً وان لم يذنا له بالجمع فجمع ذكر الكرخي انه يجوز ذكر القدر
في شرحه مختصراً الكرخي انه لا يجوز على قول أبي حنيفة لانه خالف لانه أمره بغير ينصرف كله الى الحج وقد
صرفه الى الحج والعمره فصار مخالفاً وانما يصح هذا على ما روى عن أبي يوسف ان من حج عن غيره واعتقر عن
نفسه جاز ولو أمره أن يحج عنه فحج عنه ماشياً بضم لا لانه خالف لان الأمر بالحج ينصرف الى الحج المتعارف
في الشرع وهو الحج راكباً لان الله تعالى أمر بذلك فعند الاطلاق ينصرف اليه فاذا حج ماشياً فقد خالف فيضمن
لما قلنا ولان الذي يحصل للآمر من الأمر بالحج هو ثواب النفقة والنفقة في الركوب أكثر فكان الثواب فيه
أوفر ولهذا قال محمد بن حجاج على حمار كرهت له ذلك والجل أفضل لان النفقة في ركوب الجمل أكثر فكان حصول
المقصود فيه أكل فكان أولى واذا فعل الأمور بالحج ما يوجب الدم أو غيره فهو عليه ولو قرن عن الأمر
بأمره فدم القران عليه والحاصل ان جميع الدماء المتعلقة بالاحرام في مال الحاج الا دم الاحصار خاصة فانه في
مال المحجوج عنه كذا ذكر القدر في شرحه مختصراً الكرخي دم الاحصار ولم يذكر الاختلاف وكذا ذكر
القاضي في شرحه مختصراً الطحاوي ولم يذكر الخلاف وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير انه على الحاج عند أبي
يوسف اما ما يجب بالجناية فلانه هو الذي جنى فكان عليه الجزاء ولانه أمره بحج خال عن الجناية فاذا جنى فقه خالف
فدفعه ضمان الخلاف وامادم القران فلانه دم نسك لانه يجب شكره واسائر افعال النسك على الحاج فكذا هذا
النسك وامادم الاحصار فلان المحجوج عنه هو الذي أدخله في هذه العهدة فكان من جنس النفقة والمزنة وذلك
عليه كذا هذا فان جامع الحاج عن غيره قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعضى فيه والنفقة في ماله ويضمن ما أنفق
من مال المحجوج عنه قبل ذلك وعليه القضاء من مال نفسه اما فسد ادالحج فلان الجساع قبل الوقوف بعرفة مفسد
للحج لمساند كران شاء الله تعالى في موضعه والحجة القاسدة بحج المضى فيها ويضمن ما أنفق من مال المحجوج
عنه قبل ذلك وعليه القضاء من مال نفسه ويضمن ما أنفق من مال الآخر قبل ذلك لانه خالف لانه أمره بحجة
صحبة وهي الخالية عن الجساع ولم يفعل ذلك فصار مخالفاً فيضمن ما أنفق وما بقي ينفق فيه من ماله لان الحج وقع له
ويقتضى لان من أفسد حجه يلزمه قضاؤه فان فاته الحج يصنع ما يصنع فأنفد الحج بعد شروعه فيه وسند كره
في موضعه ان شاء الله ولا يضمن النفقة لانه فاته بغير صنعه فلم يوجد منه الخلاف فلا يجب الضمان وعليه عن نفسه
الحج من قابل لان الحجية قد وجبت عليه بالشرع فاذا فاتت لزمه قضاؤها وهذا على قول محمد بن حنبل لان الحج
عنده يقع عن الحاج وقالوا فيه حج عن غيره فرض في الطريق لم يجز له أن يدفع النفقة الى من يحج عن الميت الا
أن يكون اذن له في ذلك لانه أمور بالحج لا بالاحجاج كان لم يبلغ المال المدفوع اليه النفقة فانفق من مال نفسه
ومال الآخر ينظر فان باغ مال الآخر الكراء وعامة النفقة فالحج عن الميت لا يكون مخالفاً والافهوضامن
ويكون الحج عن نفسه ويرد المال والاصل فيه أن يعتبر الاكثر ويجعل الاقل تبعاً لالاكثر وقليل الانفاق من مال
نفسه مما لا يمكن التصرع عنه من شربة ماء أو قليل زاد فلو اعتبر القليل مانعاً من وقوع الحج عن الآخر يؤدي الى
سد باب الاحجاج فلا يثبت بهو يعتبر الكثير ولو أحج رجلاً يؤدي الحج ويقوم عكاً جاز لان فرض الحج صار مؤدياً
بالقراغ عن أفعاله والافضل أن يحج ثم يعود اليه لان الحاصل للآمر ثواب النفقة فهو ما كانت النفقة أكثر كان
الثواب أكثر وأوفر واذا فرغ المأمور بالحج من الحج ونوى الاقامة خمسة عشر يوماً فاعدا أنفق من مال نفسه

لاننية الإقامة قد سحبت فصارت كالسفر فلم يكن مأذونا بالاتفاق من مال الآمر ولو أنفق ضمن لانه أنفق مال غيره بغير إذنه فان أقام بها أياما من غيرنية الإقامة فقد قال أصحابنا انه ان أقام إقامة معتادة فالنفقة في مال المحجوج عنه وان زاد على المعتاد فالنفقة من ماله حتى قالوا اذا أقام بعد الفراغ من الحج ثلاثة أيام بنفق من مال الآمر وان زاد بنفق من مال نفسه وقالوا في الخراساني اذا جاء حاجا عن غيره فدخل بغداد فاقام بها إقامة معتادة مقدر ما يقيم الناس بها عادة فالنفقة في مال المحجوج عنه وان أقام أكثر من ذلك فالنفقة في ماله وهذا كان في زمانهم لانه كان زمان آمن يتمكن الحاج من الخروج من مكة وحده أو مع نفر يسير فتقدر اقامة الإقامة بها بعد الفراغ من الحج كما أذن النبي صلى الله عليه وسلم للهاجر أن يقيم بمكة فاما في زماننا فلا يمكن الخروج للأفراد والاتحاد ولا لجماعة قليلة من مكة الا مع القافلة فسادام منتظرا خروج القافلة فنفقته في مال المحجوج عنه وكذا هذا في اقامته ببغداد انه مادام منتظرا لخروج القافلة فالنفقة في مال الآمر لتعذر سبقه بالخروج لمأقبيه من تعريض المال والنفس للهلاك فاتعويل في الذهاب والاياب على ذهاب القافلة وإياها فان نوى إقامة خمسة عشر يوما فصاعدا حتى سقطت نفقته من مال الآمر ثم رجع بعد ذلك هل تعود نفقته في مال الآمر ذكر القدر في شرحه مختصر الكرخي انه تعود ولم يذكر الخلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان على قول محمد تعود وهو ظاهر الرواية وعند أبي يوسف لا تعود وهذا اذا لم يكن اتخذ مكة دارا فاما اذا اتخذها دارا ثم عاد لا تعود النفقة في مال الآمر بخلاف وجه قول أبي يوسف انه اذا نوى الإقامة خمسة عشر يوما فصاعدا فقد انقطع حكم السفر فلا تعود بذلك كالأخذ بمكة دارا وجه ظاهر الرواية ان الإقامة ترك السفر لا قطعها والمتروك يعود فاما اتخاذ مكة دارا والتوطن بها فهو قطع السفر والمنقطع لا يعود ولو تجمل المأمور بالحج ليكون شهر رمضان بمكة فدخل محرما في شهر رمضان أو في ذي القعدة فنفقته في مال نفسه الى عشر الاضحية فاذا جاء عشر الاضحية أنفق من مال الآمر كذا روى هشام عن محمد لان المقام بمكة قبل الوقت الذي يدخلها الناس لا يحتاج اليه لاداء المناسك غالبا فلا تكون هذه الإقامة مأذونا فيها كالأقامة بعد الفراغ من الحج أكثر من المعتاد ولا يكون بمأجل مخالفا لان الآمر ما عين له وقتا والتجارة والابارة لا يمنعان جواز الحج ويجوز حج التاجر والاجر والمكاري لقوله عز وجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم قبل الفضل التجارة وذلك ان أهل الجاهلية كانوا يخرجون من التجارة في عشر ذي الحجة فلما كان الاسلام امتنع أهل الاسلام عن التجارة خوفا من أن يضر ذلك حجهم فرخص الله سبحانه وتعالى لهم طلب الفضل في الحج بهذه الآية وروى ابن رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنه فقال انا قوم نكروى وزعم ان ليس لنا حج فقال أستمحرمون قالوا بلى قال فأتهم حجج جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فسأله عما سألتني عنه فقرا هذه الآية ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم ولان التجارة والابارة لا يمنعان من أركان الحج وشرايطها فلا يمنعان من الجواز والله أعلم

فصل في بيان ما يفسد الحج وبيان حكمه اذا فسد اما الاول فالذي يفسد الحج الجماع لكن عند وجود شرطه فيقع الكلام فيه في موضعين في بيان ان الجماع يفسد الحج في الجملة وفي بيان شرط كونه مفسدا اما الاول فالدليل عليه ما روى عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم انهم قالوا فيمن جامع امرأته وهو محرمان مضيا في احرامهما وعليهما هدى ويقضيان من قابل ويقترقان ولان الجماع في نهاية الارتفاق بمراقق المقيمين فكان في نهاية الجنابة على الاحرام فكان مفسدا للاحرام (وأما) شرط كونه مفسدا فشيآن أحدهما أن يكون الجماع في الفرج حتى لو جامع في بادون الفرج أو اس بشهوة أو عاتق أو قبل أو باشر لا يفسد حجه لانعدام الارتفاق البالغ لكن تزمه الكفارة سواء أنزل أو لم ينزل لوجود استمتاع مقصود على ما ينال فيها تقدم وفرقنا بين اللبس والنظر عن شهوة ولو وطئ بهيمة لا يفسد حجه لما قلنا ولا كفارة عليه الا اذا أنزل لانه ليس باستمتاع مقصود بخلاف الجماع في بادون الفرج واما الوطء في الموضع المذكور فاما على أصلهما يفسد الحج لانه في معنى الجماع

في القبل عندهما حتى قالوا بوجوب الحد وعن أبي حنيفة فيهما رويان في رواية يفسد لانه مثل الوطء في القبل في قضاء الشهوة ويوجب الاغتسال من غير ازال وفي رواية لا يفسد لعدم كمال الارتفاق لقصور قضاء الشهوة فيه لسوء المحل فاشبه الجماع فيادون الفرج ولهذا قال محمد رحمه الله انه لا يجب الحد والثاني أن يكون قبل الوقوف بعرفة فان كان بعد الوقوف بها لا يفسد الحج عندنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط وفسد الحج قبل الوقوف وبعبده (وجهه) قوله ان الجماع انما عرف مفسدا للحج لكونه مفسدا للأحرام والاحرام بعد الوقوف باق لبقاء ركن الحج وهو طواف الزبارة ولا يتصور بقاء الركن بدون الاحرام فصار الحال بعد الوقوف كالحال قبل (ولنا) ان الركن الاصل للحج هو الوقوف بعرفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم الحج عرفة أى الوقوف بعرفة فمن وقف بعرفة فقد تم حجه أخبر عن تمام الحج بالوقوف ومعلوم انه ليس المراد منه التمام الذي هو ضد النقصان لان ذلك لا يثبت بنفس الوقوف فعلم أن المراد منه خروجه عن احتمال الفساد والقوات ولان الوقوف ركن مستقل بنفسه وجودا ومحملة لا ينفك وجوده ومحملة على الركن الآخر وما وجد ومضى على الصحة لا يبطل الا بالردة ولم توجد واذا لم يفسد الماضي لا يفسد الباقي لان فساده فساد له ولكن يلزمه بدنة لما ذكره ويستوى في فساد الحج بالجماع الرجل والمرأة لاستوائهما في المعنى الموجب للفساد وهو ما بينا وما ذكرنا أن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أفتوا بفساد حجها حيث أوجبوا القضاء عليهما ويستوى فيه العامد والخطيئ والذاكر والناسي عند أصحابنا وقال الشافعي لا يفسد الخطأ والنسيان والكلام فيه بناء على أصل ذكرناه غير مرة وهوان فساد الحج لا يثبت الا بفعل محذور فزعم الشافعي أن الخطأ لا يثبت مع الخطأ والنسيان وقلنا نحن يثبت وانما المرفوع هو المؤاخذة عليهما على ما ذكرنا فيما تقدم ويستوى فيه الطوع والاكره لان الاكره لا يزيل الخطأ ولو كانت المرأة مكرهة فأنما لا ترجع بما لمزها على المكره لانه حصل لها استمتاع بالجماع فلا ترجع على أحد كالغمر وراذا وطئ الجارية ولزمه الغرم انه لا يرجع به على الفار كذا هذا ويستوى فيه كون المرأة المحرمة مستيقظة أو نائمة حتى يفسد حجها في الحالين سواء كان الجماع لها محرما أو حلالا لان النائمة في معنى الناسية والنسيان لا يمنع فساد الحج كذا النوم ويستوى فيه كون الجماع عاقلا بالغا أو مجنوناً أو صبياً بعد ان كانت المرأة المحرمة عاقلة بالغة حتى يفسد حجها لان التمكين محذور عليها (وأما) بيان حكمه اذا فسد فساد الحج يتعلق به أحكام منها وجوب الشاة عندنا وقال الشافعي وجوب بدنة (وجهه) قوله ان الجماع بعد الوقوف انما أوجب البدنة لتغليظ الجنابة والجنابة قبل الوقوف أغلظ لوجودها حال قيام الاحرام المطلق لبقاء ركني الحج وبعد الوقوف لم يبق الا أحدهما فلما وجبت البدنة بعد الوقوف فلان يجب قبله أولى ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال البدنة في الحج في موضعين أحدهما اذا طاف الزبارة جنباً ورجع الى أهله ولم يعد والثاني اذا جامع بعد الوقوف وروينا عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم قالوا وعليهما هدي واسم الهدى وان كان يقع على الغنم والابل والبقر لكن الشاة أدنى والادنى متيقن به فحمله على الغنم أولى على أنه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الهدى فقال أدناه شاة ويجزى فيه شركة في جز ورا وبقرة لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أشرك بين أصحابه رضي الله عنهم في البدن عام الحديبية فلبحوا البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة واعتباره بما قبل الوقوف غير سد بدلان الجنابة قبل الوقوف أخف من الجنابة بعده لان الجماع قبل الوقوف أوجب القضاء لانه أوجب فساد الحج والقضاء خلف عن الفائت فيعبر معنى الجنابة فتخفف الجنابة فيوجب نقصان الموجب وبعد الوقوف لا يفسد الحج عندنا لما ذكرنا فلم يجب القضاء فلم يوجد ما يجب به الجنابة فبقيت متغلظة فتغلظ الموجب ولو جامع قبل الوقوف بعرفة ثم جامع فان كان في مجلس لا يجب عليه الا دم واحداً استحسننا والقياس ان يجب عليه لكل واحد دم على حدة لان سبب الوجوب قد تكرر فتكرر الواجب الا أنهم استحسنوا

فأوجبوا الادما واحدا لان أسباب الوجوب اجتمعت في مجلس واحد من جنس واحد فيكفي بكفارة واحدة لان المجلس الواحد يجمع الافعال المتفرقة كما يجمع الاقوال المتفرقة كايلاجات في جماع واحداتها لا توجب الا كفارة واحدة وان كان كل ايلاجة لو اقردت أو جبت الكفارة كذا هذا وان كان في مجلسين مختلفين يجب دمان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجب دم واحد الا اذا كان كفرا للاول كما في كفارة الاطفار في شهر رمضان (وجه) قول محمدان الكفارة انما وجبت بالجماع الاول جزاء لهتك حرمة الاحرام والحرمة حرمة واحدة اذا انتهكت مرة لا يتصور انهما كاهانيا كما في صوم شهر رمضان وكما اذا جامع ثم جامع في مجلس واحد واذا كفر فقد جبر الهتك فالتحق بالعدم وجعل كأنه لم يوجد فلم يتحقق الهتك ثانيا ولهما ان الكفارة تنجب بالجنابة على الاحرام وقد تعددت الجنابة في تعدد الحكم وهو الاصل الا اذا قام دليل يوجب جعل الجنابات المتعددة حقيقة متحدة حكما وهو انما هو المجلس ولم يوجد ههنا بخلاف الكفارة للصوم فانها لا تنجب بالجنابة على الصوم بل جبر الهتك حرمة الشهر على ما ذكرناه فيما تقدم ولا يجب عليه في الجماع الثاني الاشارة واحدة لان الاول لم يوجب الاشارة واحدة فالثاني أولى لان الاول صادف احراما صحيحا والثاني صادف احراما مجر وحا فلما لم يجب للاول الاشارة واحدة فالثاني أولى ولو جامع بعد الوقوف بعرفة ثم جامع ان كان في مجلس واحد لا يجب عليه الا بدنة واحدة وان كان في مجلسين يجب عليه بدنة للاول وللثاني شاة على قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قول محمدان كان ذبح للاول بدنة يجب للثاني شاة والا فلا يجب وهو على ما ذكرنا من الاختلاف فيما قبل الوقوف هذا اذا لم يرد بالجماع بعد الجماع رفض الاحرام فاما اذا أراد به رفض الاحرام والاحلال فعليه كفارة واحدة في قولهم جميعا سواء كان في مجلس واحد او في مجلسين مختلفين لان الكل مفعول على وجه واحد فلا يجب بها الا كفارة واحدة كالا يلاجات في الجماع الواحد ومنها وجوب المضى في الحجبة الفاسدة لقول جماعة من الصحابة رضى الله عنهم بمضى في احرامهما ولان الاحرام عقد لازم لا يجوز التحلل عنه الا بأداء أفعال الحج أو اضرورة الاحصار ولم يوجد أحد ههنا فيلزمه المضى فيه فيفعل جميع ما يفعله في الحجبة الصحيحة ويحتمل جميع ما يجتنبه في الحجبة الصحيحة ومنها وجوب القضاء لقول الصحابة رضى الله عنهم يقضيان من قابل ولانه لم يأت بالمأمور به على الوجه الذي أمر به لانه أمر بحج خال عن الجماع ولم يأت به فيق الواجب في ذمته فيلزمه تهرىغ ذمته عنه ولا يجب عليه العمرة لانه ليس بفائت الحج ألا ترى انه لم تسقط عنه أفعال الحج بخلاف المحصر اذا حل من احرامه بذبح الهدى انه يجب عليه قضاء الحجبة والعمره أما قضاء الحجبة فظاهر وأما قضاء العمره فلفقوا الحج في ذلك العام وهل يلزمهم الافتراق في القضاء قال أصحابنا الثلاثة لا يلزمهما ذلك لكنهما ان خافا معاودة يستحب لهما ان يفترقا وقال زفر ومالك والشافعي يفترقان واحتجوا بما روي من قول جماعة من الصحابة رضى الله عنهم يفترقان ولان الاجتماع فيه خوف الوقوع في الجماع ثانيا فيجب التحرر عنه الافتراق ثم اختلفوا في مكان الافتراق قال مالك اذا خرجا من بلد هما يفترقان حسما للمادة وقال الشافعي اذا بلغا الموضع الذي جامعها فيه لانهما يتدكران ذلك فرعما يقعا فيه وقال زفر يفترقان عند الاحرام لان الاحرام هو الذي حظر عليه الجماع فاما قبل ذلك فقد كان مباحا ولنا انهما ز وجبة علة الاجتماع لا الافتراق وأما ما ذكرنا من خوف الوقوع يبطل بالابتداء فانه لم يجب الافتراق في الابتداء مع خوف الوقوع وقول الشافعي يتدكران ما فعلا فيه فاسد لانهم ما قديتدكران وقد لا يتدكران اذ ليس كل من يفعل فعلا في مكان يتدكر ذلك الفعل اذا وصل اليه ثم ان كانا يتدكران ما فعلا فيه يتدكران ما لزمهما من وبال فعلهما فيه أيضا فيمنعهما ذلك عن الفعل ثم يبطل هذا بلبس الخيط والتطيب فانه اذا لبس الخيط أو تطيب حتى لزمه الدم يباح له امساك الثوب الخيط والتطيب وان كان ذلك يذكره لبس الخيط والتطيب فدل ان الافتراق ليس بلازم لكنه

مندوب اليه ومستحب عند خوف الوقوع فيما وقع فيه وعلى هذا يحمل قول الصحابة رضي الله عنهم بغير قان والله الموفق هذا اذا كان مفردا بالحج فاما اذا كان قارنا فالقارن اذا جامع فان كان قبل الوقوف وقبل الطواف للعمرة أو قبل الكثرة فسدت عمرته وحجته وعليه دمان لكل واحد منهما شاة وعليه المضى فيهما واتمامهما على الفساد وعليه قضاءهما ويسقط عنه دم القران أما فساد العمرة فلوجود الجماع قبل الطواف وانه مفسد للعمرة كما في حال الافراد وأما فساد الحجة فلحصول الجماع قبل الوقوف بعرفة وانه مفسد للحج كما في حال الافراد وأما وجوب الدمين فلان القارن محرم بأحرار من عندنا فالجماع حصل جنابة على أحرار من فوجب نقصا في العبادتين فيوجب كفارتين كالقيم اذا جامع في رمضان وأما لزوم المضى فيهما فلما ذكرنا أن وجوب الاحرام عقد لازم وأما وجوب قضائهما فلا فسادهما فية تضي عمرة مكان عمرة وحجة مكان حجة وأما سقوط دم القران عنه فلانه أفسدتهما والاصل ان القارن اذا أفسد حجه وعمرته أو أفسد أحدهما يسقط عنه دم القران لان وجوبه ثبت بشكر النعمة الجمع بين القريتين وبالفساد بطل معنى القرية فسقط الشكر ولو جامع بعد ما طاف لعمرته أو طاف أكثره وهو أربع أشواط أو بعد ما طاف لها وسعى قبل الوقوف بعرفة فسدت حجته ولا تنسد عمرته أما فساد حجته فلما ذكرنا وهو حصول الجماع قبل الوقوف بعرفة وأما عدم فساد عمرته فلحصول الجماع بعد وقوع الفراغ من ركنها فلا يوجب فسادها كما في حال الافراد وعليه دمان أحدهما لفساد الحجة بالجماع والاخر لوجود الجماع في احرام العمرة لان احرام العمرة باق عليه وعليه المضى فيهما واتمامهما لما ذكرنا وعليه قضاء الحج دون العمرة لان الحجة هي التي فسدت دون العمرة ويسقط عنه دم القران لانه فسد أحدهما وهو الحج ولو جامع بعد طواف العمرة وبعد الوقوف بعرفة فلا يفسد حجه ولا عمرته أما عدم فساد الحج فلان الجماع وجد بعد الوقوف بعرفة وانه لا يفسد الحج وأما عدم فساد العمرة فلانه جامع بعد الفراغ من ركن العمرة وعليه اتمامها لانه لما وجب اتمامها على الفساد فعلى الصحة والجواز أولى وعليه بدنة وشاة البدنة لاجل الجماع بعد الوقوف والشاة لان الاحرام للعمرة باق والجماع في احرام العمرة يوجب الشاة وههنا لا يسقط عنه دم القران لانه لم يوجد فساد الحج والعمرة ولا فساد أحدهما فأمكن إيجاب الدم بشكر فان جامع مرة بعد أخرى فهو على ما ذكرنا من التفصيل في المفرد بالحج انه ان كان في مجلس واحد فلا يجب عليه غير ذلك وان كان في مجلس آخر فعليه دمان على الاختلاف الذي ذكرنا فان جامع أول مرة بعد الحلق قبل الطواف للزيارة فعليه بدنة وشاة لان القارن يتحلل من الاحرامين معا ولم يحل له النساء بعد احرام الحجة فكذا في احرام العمرة كما يقع له التحلل من غير النساء بالحلق فيهما جميعا ولو جامع بعد ما طاف طواف الزيارة كله أو أكثره فلا شيء عليه لانه قد حل له النساء فلم يبق له الاحرام رأسا الا اذا طاف طواف الزيارة قبل الحلق والتقصر فعليه شاتان لبقاء الاحرام لهما جميعا وروى ابن سماعة عن محمد بن الرقيات فبين طاف طواف الزيارة جنبا أو على غير وضوء وطاف أربعة أشواط طاهرا ثم جامع النساء قبل أن يعيده قال محمد ما في القياس فلا شيء ولكن أبا حنيفة استحسن فيما اذا طاف جنبا ثم جامع ثم أعاده طاهرا انه يوجب عليه دما وكذا قول أبي يوسف وقولنا (وجه) القياس انه قد صبح من مذهب أصحابنا ان الطهارة ليست بشرط لجواز الطواف واذا لم تكن شرطا فقد وقع التحلل بطوافه والجماع بعد التحلل من الاحرام لا يوجب الكفارة (وجه) الاستحسان انه اذا أعاده وهو طاهر فقد اتسخ الطواف الاول على طريق بعض مشايخ العراق وصار طوافه المعتبر هو الثاني لان الجنابة توجب تقصيرا فاحشاشين ان الجماع كان حاصلا قبل الطواف فيوجب الكفارة بخلاف ما اذا طاف على غير وضوء لان التقصير هناك يسير فلم يتسخ الاول فبقى جماعه بعد التحلل فلا يوجب الكفارة وذكر ابن سماعة عن محمد بن الرقيات فبين طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة في جوف الحجر أو فصل ذلك في طواف العمرة ثم جامع انه تفسد العمرة وعليه

عمرة مكاتها وعليه في الحج بدنة لأن الركن في الطواف أكثر الاشواط وهو أربعة فاذا طاف في جوف الحجر فلم يأت بأكثر الاشواط فحصل الجماع قبل الطواف وروى ابن سماعة عن محمد بن فهد عن فاته الحج فجامع أنه يمضي على احرامه وعليه دم للجماع والقضاء للقوات أما وجوب المضي فلبقاء الاحرام وأما وجوب الدم للجماع فلوجود الجماع في الاحرام وليس عليه قضاء العمرة لأن هذا محل بمثل أفعال العمرة وليس بعمرة بل هو بقية أفعال حج قد وجب قضاءه بخلاف العمرة المبتدأة والله أعلم وأما المتمتع اذا جامع فحكمه حكم المفرد بالحج والمفرد بالعمرة لأنه يحرم بعمرة أو لا ثم يحرم بحجة وقد ذكرنا حكم المفرد بالحجة وسند ذكرنا شاء الله تعالى حكم المفرد بالعمرة في موضعه

فصل * وأما بيان ما يفوت الحج بعد الشروع فيه بفواته وبيان حكمه اذا فات بعد الشروع فيه فالحج بعد الشروع فيه لا يفوت الا بفوات الوقوف بعرفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم الحج عرفه فن وقف بعرفة فقد تم حجه والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه جعل الحج الوقوف بعرفة فاذا وجد فقد وجد الحج والثاني الواحد في زمان واحد لا يكون موجودا وفائتا والثاني أنه جعل تمام الحج الوقوف بعرفة وليس المراد منه التمام الذي هو ضد النقصان لأن ذلك لا يثبت بالوقوف وحده فيدل أن المراد منه خروجه عن احتمال القوات وقول النبي صلى الله عليه وسلم من أدرك عرفة بليلى فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليلى فقد فاته الحج جعل مدرك الوقوف بعرفة مدركا للحج والمدرك لا يكون فائتا وأما حكم فواته بعد الشروع فيه فيتعلق بفواته بعد الشروع فيه أحكام منها أنه يتحلل من احرامه بعمل العمرة وهو الطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة والحلق أو التقصير إن كان مفردا بالحج ويجب عليه ذلك لما روى الدارقطني بإسناده عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من فاته عرفة بليلى فقد فاته الحج فليحل بعمرة من غير دم وعليه الحج من قابل وعن عمر وزييد بن ثابت وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا فيمن فاته الحج يحل بعمل العمرة من غير هدى وعليه الحج من قابل ثم اختلف أصحابنا فيما يتحلل به فائت الحج من الطواف لأنه يلزمه ذلك باحرام الحج أو باحرام العمرة قال أبو حنيفة ومحمد باحرام الحج وقال أبو يوسف باحرام العمرة وينقلب احرامه احرام عمرة واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث الدارقطني فليحل بعمرة سماء عمرة ولا عمرة الا باحرام العمرة فدل أن احرامه ينقلب احرام عمرة ولأن المؤدى أفعال العمرة فكانت عمرة ولهما قول الصحابة رضي الله عنهم يحل بعمل العمرة أضاف العمل إلى العمرة والثاني لا يضاف إلى نفسه هو الاصل ولأنه أحرم بالحج لا بالعمرة حقيقة لأنه مفرد بالحج واعتبار الحقيقة أصل في الشرع فالقول بانقلاب احرام الحج احرام العمرة تغيب الحقيقة من غير دليل مع أن الاحرام عقد لازم لا يحتمل الانقاس وفي الانقلاب انقاس وهذا لا يجوز والدليل على صحة ما ذكرنا أن فائت الحج لو كان من أهل مكة يتحلل بالطواف كما يتحلل أهل الآفاق ولا يلزمه الخرج إلى الحل ولو انقلب احرامه احرام عمرة وصار معتمرا للزمه الخرج إلى الحل وهو التمتع أو غيره وكذا فائت الحج اذا جامع ليس عليه قضاء العمرة ولو كان عمرة لوجب عليه قضاءها كالعمرة المبتدأة فيثبت بما ذكرنا من الدلائل أن احرامه بالحج لم ينقلب احرام عمرة وبه تبين أن المؤدى ليس أفعال العمرة بل مثل أفعال العمرة تؤدي باحرام الحجة والحديث محمول على عمل العمرة توفيقا بين الدليلين ومنها أن عليه الحج من قابل لما روى الحديث وقول الصحابة رضي الله عنهم ولا نه اذا فاته الحج من هذه السنة بعد الشروع فيه بقي الواجب عليه على حاله فيلزمه الاتيان به ولا دم على فائت الحج عندنا وقال الحسن بن زياد عليه دم وبه أخذ الشافعي (وجهه) قول الحسن أنه يتحلل قبل وقت التحلل فيلزمه دم كالمحصر ولنا ما روى عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم قالوا فيمن فاته الحج يحل بعمرة من غير هدى وكذا في حديث الدارقطني جعل

النبي صلى الله عليه وسلم التحلل والحج من قابل كل الحكم في فائت الحج بقوله من فاته الوقوف بعرفة بليل فقد فاته الحج وليجعل بعرة وعليه الحج من قابل فن ادعى زيادة الدم فقد جعل الكل بعضها وهو نسخ أو تغيير فلا بد له من دليل وقوله تحلل قبل الوقوف مسلم لكن يأفعال العمرة وهو فائت الحج والتحلل بأفعال العمرة من فائت الحج كالمهدي في حق المحصر وليس على فائت الحج طواف الصدر لانه طواف عرف وجوبه في الشرع بعد الفراغ من الحج على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم من حج هذا البيت فليكن آخر عهده به الطواف وهذا لم يحج فلا يجب عليه وان كان فائت الحج قارنا فانه يطوف للعمرة ويسعى لها ثم يطوف طوافا آخر لقوات الحج ويسعى له ويحلق أو يقصر وقد بطل عنه دم القران أما الطواف للعمرة والسعي لها فلان القارن محرم بعمره وحجته والعمرة لا تهوت لان جميع الاوقات وقتها فأتى بها كما يأتي المدرك للحج وأما الطواف والسعي للحج فلان الحجة قد فاته في هذه السنة بعد الشرع فيها وفائت الحج بعد الشرع وع فيه لا يتحلل بأفعال العمرة فيطوف ويسعى ويحلق أو يقصر وأما سقوط دم القران يجب للجمع بين العمرة والحج ولم يوجد فلا يجب ويقطع التولية اذا أخذ في الطواف الذي يتحلل به على ما ذكرنا فيما تقدم وان كان متمسقا بالساق المهدى بطل تمتعه ويصنع كما يصنع القارن لان دم المتمتع يجب للجمع بين العمرة والحجة ولم يوجد للجمع لان الحجة فاته

فصل وأما بيان حكم فوات الحج عن العمرة فتقول من عليه الحج اذا مات قبل ادائه فلا يجزئ ما ان مات من غير وصية واما ان مات عن وصية فان مات من غير وصية يأثم بالاخلاف أما على قول من يقول بالوجوب على الفور فلا يشكل وأما على قول من يقول بالوجوب على التراخي فلان الواجب بضيق عليه في آخر العمر في وقت يحتمل الحج وحرم عليه التأخير فيجب عليه أن يفعل بنفسه ان كان قادرا وان كان عاجزا عن الفعل بنفسه يجوز اقراره او يمكنه الاداء بما له بانابة غيره مناب نفسه بالوصية فيجب عليه أن يوصي به فان لم يوص به حتى مات اثم بفقده الفرض عن وقته مع امكان الاداء في الجملة فيأثم لكن يسقط عنه في حق أحكام الدنيا عندنا حتى لا يلزم الوارث الحج عنه من تركته لانه عبادة والعبادات تسقط بموت من عليه سواء كانت بدنية أو مالية في حق أحكام الدنيا عندنا وعند الشافعي لا تسقط ويؤخذ من تركته قدر ما يحج بهو يعتبر ذلك من جميع المال وهذا على الاختلاف في الزكاة والصوم والعشر والندور والكفارات ونحو ذلك وقد ذكرنا المسئلة في كتاب الزكاة وان أحب الوارث أن يحج عنه حج وأرجو أن يحجز به ذلك ان شاء الله تعالى كذا ذكر أبو حنيفة أما الجواز فلما روى أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله ان أمي ماتت ولم تحج أفأحج عنها فقال نعم فقد أجاز النبي صلى الله عليه وسلم حج الرجل عن أمه ولم يستفسر أمماتت عن وصية أو لا عن وصية ولو كان الحكم يختلف لا يستفسر وأما قران الاستثناء بالاجزاء فلان الحج كان واجبا على الميت قطعا والواجب على الانسان قطعا لا يسقط الا بدليل موجب للسقوط قطعا والموجب لسقوط الحج عن الميت بفعل الوارث بغير أمره من أخبار الاحاد وخبر الواحد يوجب علم العمل لا علم الشهادة لاحتمال عدم الثبوت وان كان احتمالا مرجوحا لكن الاحتمال المرجوح يعتبر في علم الشهادة وان كان لا يعتبر في علم العمل فعلق الاجزاء والسقوط بمشئته الله تعالى احتراز عن الشهادة على الله تعالى من غير علم قطعي وهذا من كمال الورع والاحتياط في دين الله تعالى ولان الظاهر من حال من عليه الحج اذا عجز عن الاداء بنفسه حتى أدركه الموت وله مال انه يأمر وارثه بالحج عنه تقريرا لزمته عن عهده الواجب فكانت الوصية موجودة دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا لكن الحق الاستثناء به لاحتمال العدم فان قيل لو كان الامر على ما ذكرتم هلا الحق الاستثناء بكل ما ثبت بخبر الواحد فالجواب أنك أبعدت في القياس اذ لا كل خبر يرد بمثل هذا الحكم وهو سقوط الفرض ومحل سقوط الاستثناء هذا فان ثبت الاطلاق منه في مثله في موضع من غير نصريح بالاستثناء فذلك لوجود النية منه عليه في الحج فتقع

الغنية عن الافصاح به في كل موضع وان مات عن وصية لا يسقط الحج عنه ويجب أن يحج عنه لان الوصية بالحج قد صحت واذا حج عنه بجوز عند اجتماع شرائط الجواز وهي نية الحج عنه وان يكون الحج بمال الموصي أو بأكثره لا تطوعا وان يكون راكبا لا ماشيا لما ذكرنا فيما تقدم ويحج عنه من ثلث ماله سواء قيد الوصية بالثلث بأن يحج عنه ثلث ماله أو أطلق بأن أوصى أن يحج عنه اما اذا قيد فظاهر وكذا اذا أطلق لان الوصية تنفذ من الثلث ويحج عنه من بلده الذي يسكنه لان الحج مفر وض عليه من بلده فطلق الوصية ينصرف اليه ولهذا قال محمد رحمه الله روى ابن رستم عنه في خراساني أدركه الموت بمكة فأوصى أن يحج عنه يحج عنه من خراسان وروى هشام عن أبي يوسف في مكى قدم الرى فحضره الموت فأوصى أن يحج عنه يحج عنه من مكة فان أوصى أن يقرن عنه قرن عنه من الرى لانه لا قران لاهل مكة فتحمل الوصية على ما يصح وهو القران من حيث مات هذا اذا كان ثلث المال يبلغ أن يحج عنه من بلده حج عنه فان كان لا يبلغ يحج من حيث يبلغ استحسانا وكذا اذا أوصى أن يحج عنه بمال سمي مبلغه ان كان يبلغ أن يحج عنه من بلده حج عنه والا فيحج عنه من حيث يبلغ استحسانا والقياس أن تبطل الوصية لانه تعذر تنفيذها على ما قصده الموصي وهذا يوجب بطلان الوصية كما اذا أوصى بعق نسيئة فلم يبلغ ثلث المال من النسيئة (وجه) الاستحسان ان غرض الموصي من الوصية بالحج تفرغ ذمته عن عهدة الواجب وذلك في التصحيح لا في الابطال ولو حمل ذلك على الوصية بالحج من بلده لبطلت ولو حمل على الوصية من حيث يبلغ لصحت فيحمل عليه تصحيحها وفي الوصية بغنى النسيئة تعذر التصحيح أصلا وأسابطت فان خرج من بلده الى بلد أقرب من مكة فان كان خرج لغير الحج حج عنه من بلده في قولهم جميعا وان كان خرج للحج فمات في بعض الطريق وأوصى أن يحج عنه فكذلك في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ (وجه) قولهما ان قدر ما قطع من المسافة في سفره بنسيئة الحج معتد به من الحج لم يبطل بالموت لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله فسقط عنه ذلك القدر من فرض الحج وبقي عليه اتمامه ولا بنسيئة ان القدر الموجود من السفر يعتبر لكن في حق أحكام الآخرة وهو الثواب لا في حق أحكام الدنيا لان ذلك يتعلق بأداء الحج ولم يتصل به الاداء فبطل بالموت في حق أحكام الدنيا ان لم يبطل به في حق أحكام الآخرة وكلنا في حق أحكام الدنيا ولو خرج للحج فأقام في بعض البلاد حتى دارت السنة ثم مات وقد أوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده بلا خلاف أما عند أبي حنيفة فظاهر وأما عندهما فلان ذلك السفر لم يتصل به عمل الحجة التي سافر لها فلم يعتد به عن الحج وان كان ثلث ماله لا يبلغ أن يحج به عنه الا ماشيا فقال رجل أنا حج عنه من بلده ماشيا روى هشام عن محمد رحمه الله انه لا يجزيه ولو كان يحج عنه من حيث يبلغ راكبا وروى الحسن عن أبي حنيفة أن أحجوا عنه من بلده ماشيا جاز وان أحجوا من حيث يبلغ راكبا جاز وأصل هذه المسئلة أن الموصي بالحج اذا اتسعت نفقته للركوب فاحجوا عنه ماشيا لم يجز لان المفروض هو الحج راكبا فاطلاق الوصية ينصرف الى ذلك كانه أوصاه بذلك وقال أحجوا عني راكبا ولو كان كذلك لا يجوز ماشيا كذا هذا (وجه) رواية الحسن ان فرض الحج له تعلق بالركوب وله تعلق ببلده ولا يمكن مراعاتهما جميعا وفي كل واحد منهما كمال من وجه وتقصان من وجه فيجوز أيهما كان وان كان ثلث ماله لا يبلغ أن يحج عنه من بلده فحج عنه من موضع يبلغ وفضل من الثلث وتبين انه كان يبلغ من موضع أبعد منه بضمنه الوصى ويحج عن الميت من حيث يبلغ لانه تبين أنه خالف الا اذا كان الفاضل شيئا يسيرا من زاد أو كسوة فلا يكون مخالفا ولا ضامنا ويرد الفضل الى الورثة لان ذلك ملكهم وان كان للموصي وطان فأوصى أن يحج عنه من أقرب الوطنين لان الأقرب دخل في الوصية يتبين وفي دخول الأبعد شك فيؤخذ باليقين وفيما ذكرنا من المسائل التي وجب الحج من بلده اذا أحج الوصى من غير بلده يكون ضامنا ويكون الحج له ويحج

عن الميت ثانياً لأنه خالف إلا إذا كان المكان الذي أحج عنه قريباً إلى وطنه بحيث يبلغ إليه ويرجع إلى الوطن قبل الليل فينثقل لا يكون مخالفاً ولا ضامناً ويكون كاختلاف المحل ولومات في محلة فالحج واجب عنه من محلة أخرى جاز كذاه فان قال الموصي أحجوا عني بثلاث مائة وثلاث مائة يبلغ حججاً صحيحاً عنه حججاً كذا روى القدر روى في شرحه مختصر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه إذا أوصى أن يحج عنه بثلاث مائة وثلاث مائة يبلغ حججاً صحيحاً عنه حجة واحدة من وطنه وهي حجة الإسلام إلا إذا أوصى أن يحج عنه بجميع الثلث فيحج عنه حججاً بجميع الثلث وما ذكره القاضي أثبت لأن الوصية بالثلث وبجميع الثلث واحد لأن الثلث اسم لجميع هذا السهم ثم الوصي بالخيار أن شاء أحج عنه الحجج في سنة واحدة وإن شاء أحج عنه في كل سنة واحدة والأفضل أن يكون في سنة واحدة لأن فيه تعجيل تنفيذ الوصية والتعجيل في هذا أفضل من التأخير وإن أوصى أن يحج عنه من موضع كذا من غير بلد يحج عنه من ثلث ماله من ذلك الموضع الذي بين قرب من مكة أو بعد عنها لأن الاحتجاج لا يجوز إلا بأمره فيتعذر بقدر أمره وما فضل في يد الحاج عن الميت بعد النفقة في ذهابه ورجوعه فإنه يرد على الورثة لا يسمع أن يأخذ شيئاً مما فضل لأن النفقة لا تصير ملكاً للحاج بالاحتجاج وإنما يتفق قدر ما يحتاج إليه في ذهابه وإيابه على حكم ملك الميت لأنه لو ملك إنما يملك بالاستئجار والاستئجار على الطاعات لا يجوز عندنا فكان الفاضل ملك الورثة فيجب عليه رده إليهم ولو قاسم الورثة وعزل قدر نفقة الحج ودفع بقية التركة إلى الورثة فهلك المعزول في يد الوصي أو في يد الحاج قبل الحج بطلت النسبة في قول أبي حنيفة وهلك ذلك القدر من الجملة ولا تبطل الوصية ويحج له من ثلث المال الباقي حتى يحصل الحج أو ينوي المال في قول أبي حنيفة وجعل أبو حنيفة الحج بمنزلة الموصي له الغائب وقسمة الوصي مع الورثة على الموصي له الغائب لا يجوز حتى لو قاسم مع الورثة وعزل نصيب الموصي له ثم هلك في يده قبل أن يصل إلى الموصي له الغائب يملك من الجملة ويأخذ الموصي له ثلث الباقي كذلك الحج وعند أبي يوسف أن يبقى من ثلث ماله شيء يحج عنه مما بقي من ثلثه من حيث يبلغ وأنه لم يبق من ثلثه شيء بطلت الوصية وقال محمد قسمة الوصية جائزة وتبطل الوصية بهلاك المعزول سواء بقي من المعزول شيء أو لم يبق شيء فإن لم يملك ذلك المال ولكن مات المجهر في بعض طريق مكة فما أنفق المجاهر إلى وقت الموت نفقة مثله فلا ضمان عليه لأنه لم ينفق على الخلاف بل على الوفاق وما بقي في يد المجهر القياس أن يضم إلى مال الموصي فيعزل ثلث ماله ويحج عنه من وطنه وهو قول أبي حنيفة وفي الاستحسان يحج بالباقي من حيث تبلغ وهو قولهما

فصل في الحج كما هو واجب بإيجاب الله تعالى ابتداءً على من استجمع شرائط الوجوب وهو حجة الإسلام فقد يجب بإيجاب الله تعالى لكن بناؤه على وجود سبب الوجوب من العبد وهو النذر بأن يقول الله على حجة لأن النذر من أسباب الوجوب في العبادات والقرب المقصودة قال النبي صلى الله عليه وسلم من نذر أن يطيع الله فليطعه وكذا لو قال على حجة فهذا وقوله لله على حجة سواء لأن الحج لا يكون إلا لله تعالى وسواء كان النذر مطلقاً أو معلقاً بشرط بأن قال إن فعلت كذا فله على أن أحج حتى يلزمه الوفاء به إذا وجد الشرط ولا يخرج عنه بالكفارة في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وسند كذا فله على أن شاء الله تعالى المسئلة في كتاب النذر ولو قال لله على إحرام أو قال على إحرام صبح وعليه حجة أو عمرة والتعيين إليه وكذا إذا كرلفظاً يدل على التزام الإحرام بأن قال لله على المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة أو إلى مكة جاز وعليه حجة أو عمرة ولو قال إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام لم يصح ولا يلزمه شيء في قول أبي حنيفة وعندهما يصح ويلزمه حجة أو عمرة ولو قال إلى الصفا والمروة لا يصح في قولهم جميعاً ولو قال على الذهاب إلى بيت الله أو الخروج أو السفر أو الاتيان لا يصح في قولهم ودلائل هذه المسائل تدكر أن شاء الله تعالى في كتاب النذر فإنه كتاب مفرد وإنما نذكره هنا بعض ما يختص بالحج فان

قال الله على هدى أو على هدى فيه الخياران شاء ذبح شاة وإن شاء نحر جزورا وإن شاء ذبح بقرة لأن اسم الهدى يقع على كل واحد من الأشياء الثلاثة لقوله فما استيسر من الهدى قيل في التفسير إن المراد منه الشاة وإذا كانت الشاة ما استيسر من الهدى فلا بد وأن يكون من الهدى ما لا يكون مستيسرا وهو الأبل والبقرة وقد روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لما سئل عن الهدى أدناه شاة وإذا كانت الشاة أدنى الهدى كان أعلاه الأبل والبقرة ضرورة وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال الهدى من ثلاثة والبدنة من اثنين ولأن مأخذ الاسم دليل عليه لأن الهدى اسم لما هدى أي يتقل ويحول وهذا المعنى يوجد في الغنم كما يوجد في الأبل والبقرة ويجوز سبع البدنة عن الشاة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال البدنة تجزى عن سبعة والبقرة تجزى عن سبعة ولو قال الله على بدنة فإن شاء نحر جزورا وإن شاء ذبح بقرة عندنا وقال الشافعي لا يجوز إلا الجزور (وجه) قوله إن البدنة في اللغة اسم للجمل والدليل عليه قوله تعالى والبدن جعلناها لكم من شعائر الله ثم فسرناها بالأبل بقوله عز وجل فاذكروا اسم الله عليها صواف أي قائمة مصطفة والأبل هي التي تنحر كذلك فاما البقرة فأنها تدعى مضجعة وروينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال البدنة تجزى عن سبعة والبقرة تجزى عن سبعة حتى قال جابر نحرنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة ميز بين البدنة والبقرة فدل أنها غيران (ولنا) ما روينا عن علي رضي الله عنه أنه قال الهدى من ثلاثة والبدنة من اثنين وهذا نص وعن ابن عباس رضي الله عنه أن رجلا سأله وقال إن رجلا صاحبا لنا أوجب على نفسه بدنة أفجزئ به البقرة فقال له ابن عباس رضي الله عنه م صاحبكم قال من بني رباح فقال متى اقتنت بنوار باح البقرة إنما البقر للآزد وإنما وهم صاحبكم الأبل ولولم يقع اسم البدنة على البقر لم يكن لسؤاله معنى ولما سأله فقد وقع الاسم على الأبل والبقرة لكن أوجب على الناذر الأبل لأرادته ذلك ظاهرا ولأن البدنة مأخوذة من البدانة وهي الضخامة وإنما توجد فيهما ولهذا استويا في الجواز عن سبعة ولا حجة له في الآية لأن فيها جواز إطلاق اسم البدنة على الأبل ونحن لا ننكر ذلك وأما قوله أنه وقع التيسير بين البدنة والبقرة في الحديث فممنوع لأن ذكر البقرة ما خرج على التمييز بل على التأكيد كما في قوله عز وجل وإذا أخذنا من النبيين ميثاقهم ومنك ومن نوح وإبراهيم وموسى وعيسى بن مريم وكما في قول القائل جاني أهل قرية كذا فلان وفلان على أن ظاهرا العطف أن أول على التفسير والتسوية بينهما في جواز كل واحد منهما عن سبعة يدل على الاتحاد في المعنى ولا حجة مع التعارض ولو قال الله على جزور فعليه أن ينحر بعيرا لأن اسم الجزور لا يقع إلا على الأبل ويجوز إيجاب الهدى مطلقا ومعلقا بشرط بأن يقول إن فعلت كذا فله على هدى ولو قال هذه الشاة هدى إلى بيت الله أو إلى الكعبة أو إلى مكة أو إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام أو إلى الصفا والمروة فالجواب فيه كالجواب في قوله على المشي إلى بيت الله تعالى أو إلى كذا وكذا على الاتفاق والاختلاف ولو أوجب على نفسه أن يهدي ما لا يعينه من الثياب وغيرهما مساوي النعم جاز وعليه أن يتصدق به أو بقيمة والأفضل أن يتصدق على فقراء مكة ولو تصدق بالكوفة جاز وأما في النعم من الأبل والبقرة والغنم فلا يجوز ذبحه إلا في الحرم فيزدحم في الحرم ويتصدق بلحمه على فقراء مكة هو الأفضل ولو تصدق على غير فقراء مكة جاز كذا ذكر في الأصل وإنما كان كذلك لأن معنى القرية في الثياب في غيرها وهو التصديق بها والصدقة لا تختص بمكان كسائر الصدقات فاما معنى القرية في الهدى من النعم في الأراقة شرعا والأراقة لم تعرف قرية في الشرع إلا في مكان مخصوص أو زمان مخصوص والشرع أوجب الأراقة ههنا في الحرم بقوله تعالى هديا بالغ الكعبة حتى إذا ذبح الهدى جازله أن يتصدق بلحمه على فقراء غير أهل مكة لأنه لما صار لحما صار معنى القرية فيه في الصدقة كسائر الأموال ولو جعل شاة هديا أجزأه أن يهدي قيمتها في رواية أبي سليمان وفي رواية أبي حفص لا يجوز (وجه) رواية أبي سليمان اعتبار البدنة

بالامر ثم فيما أمر الله تعالى من اخراج الزكاة من الغنم يجوز اخراج القيمة فيه كذا في النذور (وجه) رواية
 أبي حفص ان القرية تعلقت بشيئين اراقه الدم والتصدق باللحم ولا يوجد في القيمة الا أحدها وهو التصدق
 ويجوز ذبح الهدايا في أى موضع شاء من الحرم ولا يختص بمعى ومن الناس من قال لا يجوز الا بمعى والصحيح
 قولنا لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال منى كلها منحر وبجاء مكة كلها منحر وعن ابن عمر
 رضى الله عنه أنه قال الحرم كله منحر وقد ذكرنا أن المراد من قوله عز وجل ثم محلها الى البيت العتيق الحرم
 وأما البدنة اذا أوجها بالنذر فانه ينحرها حيث شاء الا اذا نوى أن ينحر بمكة فلا يجوز نحرها الا بمكة وهذا
 قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أرى أن ينحر البدن بمكة لقوله عز وجل ثم محلها الى البيت العتيق أى
 الحرم (ولهما) أنه ليس في لفظ البدنة ما يدل على امتياز المكان لانه مأخوذ من البدنة وهى الضخامة يقال بدن
 الرجل أى ضخيم وقد قيل في بعض وجوه التأويل لقوله تعالى ذلك ومن يعظم شعائر الله أن تعظمها استسماها
 ولو أوجب جزأفه من الابل خاصة ويجوز أن ينحر في الحرم وغيره ويتصدق بلحمه ويجوز ذبح الهدايا
 قبل أيام النحر والجملة فيه ان دم النذر والكفارة وهدى التطوع يجوز قبل أيام النحر ولا يجوز دم المتعة والقران
 والاضحية ويجوز دم الاحصار في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يجوز وأدى السن الذى يجوز في
 الهدايا ما يجوز في الضحايا وهو البقر والمعز والجدع من الضأن اذا كان عظيما وبيان ما يجوز
 في ذلك وما لا يجوز من بيان شرائط الجواز موضعه كتاب الاضحية ولا يحل الاتفاغ بظهورها ووصفها ولبنها الا في
 حال الاضطرار لقوله تعالى لكم فيها منافع الى أجل مسمى ثم محلها الى البيت العتيق قيل في بعض وجوه
 التأويل لكم فيها منافع من ظهورها وألبانها وأصوافها الى أجل مسمى أى الى أن تقلد وتمدى ثم محلها الى
 البيت العتيق أى ثم محلها اذا قلدت واهدت الى البيت العتيق لانها ما لم تبلغ محلها فالقرية فى التصدق بها فاذا
 بلغت محلها فيئذ تنعين القرية فيها بالا رادة فان قيل روى أن رجلا كان يسوق بدنة فقال له النبي صلى الله عليه
 وسلم اركبها ويحك فقال انها بدنة يا رسول الله فقال اركبها ويحك وقيل ويحك كلمة تهدد
 فقد أباح رسول الله صلى الله عليه وسلم ركوب الهدى والجواب انه روى أن الرجل كان قد أجهد السير
 فرخص له النبي صلى الله عليه وسلم وعندنا يجوز الاتفاغ بها في مثل تلك الحالة بيدل لانه يجوز الاتفاغ
 بملك الغير في حالة الاضطرار بيدل وكذا في الهدايا اذا ركبها وحمل عليها للضرورة يضم ما تقصها الحبل والركوب
 وينضح ضرعها لانه اذا لم يجز له الاتفاغ بلبنها فليؤذيها فينضح بالماء حتى يقلص ويرقى لبنها وما حلب قبل
 ذلك يتصدق به ان كان قائما وان كان مستهلكا يتصدق بقيمته لان اللبن جزء من أجزائها فيجب صرفه الى
 القرية كما لو ولدت ولدا انها تبيع ويذبح ولدها كذا هذا فان عطب الهدى في الطريق قبل أن يبلغ محلها فان كان
 واجبا نحره وهو لصاحبه يصنع به ما شاء وعليه هدى مكانه وان كان تطوعا نحره وغمس نعله بدمه ثم ضرب
 صفقة سنامه وخلي بينه وبين الناس يأكلونه ولا يأكل هو بنفسه ولا يطعم أحدا من الاغنياء والفقير بين الواجب
 والتطوع انه اذا كان واجبا فالقصد منه إسقاط الواجب فاذا أنصرف من تلك الجهة كان له ان يفعل به ما شاء
 وعليه هدى آخر مكانه لان الاول لما لم يقع عن الواجب التحق بالمعدم فبقى الواجب في ذمته بخلاف التطوع
 ولان القرية قد تعينت فيه وليس عليه غير ذلك وانما قلنا انه ينحره ويفعل به ما ذكرنا لما ذكرنا ولم يروى عن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم انه بعث هديا على يد ناجية بن جندب الاسلمي فقال يا رسول الله ان أرحف منها
 أى قامت من الاعياء وفي رواية قال ما فعل بما يقوم على فقال النبي صلى الله عليه وسلم انحرها واصبغ نعلها
 بدمها ثم اضرب به صفقة سنامها واخل بينها وبين الفقراء ولا تأكل منها أنت ولا أحد من رفقتك وانما لا يحل
 له أن يأكل منها وله أن يطعم الاغنياء لان القرية كانت في ذمته اذا بلغ محلها فاذا لم يبلغ كانت القرية فى التصدق

ولا يجب عليه مكانه آخر لأنه لم يكن واجبا عليه ويتصدق بجلاله وخطامها الماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعلى رضى الله عنه تصدق بجلاله وخطامها ولا تعط الجزار منها شيئا ولا يجوز له أن يأكل من دم النذر شيئا وجلة الكلام فيه أن الدماء نوعان نوع يجوز لصاحب الدم أن يأكل منه وهو دم المتعة والقران والاضحية وهدى التطوع إذا بلغ محله ونوع لا يجوز له أن يأكل منه وهو دم النذر والكفارات وهدى الاحصار وهدى التطوع إذا لم يبلغ محله لأن الدم في النوع الاول دم شكر فكان نسكا فكان له أن يأكل منه ودم النذر دم صدقة وكذا دم الكفارة في معناه لأنه وجب تكفير الذنب وكذا دم الاحصار لوجود التحلل والخروج من الاحرام قبل أو أنه وهدى التطوع إذا لم يبلغ محله بمعنى القرية في التصديق به فكان دم صدقة وكل دم يجوز له أن يأكل منه لا يجب عليه التصديق بلحه بعد الذبح لأنه لو وجب عليه التصديق به لما جازأكله لما فيه من ابطال حق الفقراء وكل ما لا يجوز له أن يأكل منه يجب عليه التصديق به بعد الذبح لأنه اذا لم يجزأكله ولا يتصدق به يؤدي الى اضاعته المال وكذا لو هلك المذبح بعد الذبح لا ضمان عليه في النوعين لأنه لا يصنع له في الهلاك وان استهلكه بعد الذبح فان كان مما يجب عليه التصديق به يضمن قيمته فيتصدق بها لأنه تعلق به حق الفقراء فبالاستهلاك تعدى على حقهم فيضمن قيمته ويتصدق بها لانها بدل أصل مال واجب التصديق به وان كان مما لا يجب التصديق به لا يضمن شيئا لأنه لم يوجد منه التعدى بالتلافى حق الفقراء لعدم تعلق حقهم به ولو باع اللحم يجوز بيعه في النوعين جميعا لأن ملكه قائم الا أن في لا يجوز له أكله ويجب عليه التصديق به يتصدق بشمته لأن غنمه مبيع واجب التصديق به لتعلق حق الفقراء به فيتمكن في غنمه حنث فكان سبيله التصديق به والله تعالى أعلم

فصل وأما العمرة فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان صفتها أنها واجبة أم لا وفي بيان شرائط وجوبها ان كانت واجبة وفي بيان ركناها وفي بيان شرائط الركن وفي بيان واجباتها وفي بيان سنتها وفي بيان ما يفسدها وفي بيان حكمها اذا فسدت (أما) الاول فقد اختلف فيها قال أصحابنا انها واجبة كصدقة الفطر والاضحية والوتر ومنهم من أطلق اسم السنة وهذا الاطلاق لا ينافي الواجب وقال الشافعي انها فريضة وقال بعضهم هي تطوع واحتج هؤلاء بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الحج مكتوب والعمرة تطوع وهذا نص وعن جابر رضى الله عنه أن رجلا قال يا رسول الله العمرة أمى واجبة قال لا وان تعتمر خير لك واحتج الشافعي بقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله والامر للفرضية وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال العمرة هي الحجة للصغرى وقد ثبت فرضية الحج بنص الكتاب العزيز ولنا على الشافعي قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ولم يذكر العمرة لأن مطلق اسم الحج لا يقع على العمرة فن قال انها فريضة فقد زاد على النص فلا يجوز الابدال وكذا حديث الاعرابي الذي جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسأله عن الايمان والشرائع فبين له الايمان وبين له الشرائع ولم يذكر فيها العمرة فقال الاعرابي هل على شئ غير هذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا الا أن تطوع فظاهره يقتضى انتفاء فريضة العمرة وأما الآية الكريمة فلا دلالة فيها على فرضية العمرة لأنها قرئت برفع العمرة والعمرة لله وأنه كلام تام بنفسه غير معطوف على الامر بالحج أخبر الله تعالى ان العمرة لله ردا لزعم الكفرة لانهم كانوا يجعلون العمرة للاصنام على ما كانت عبادتهم من الاشرار وأما على قراءة العامة فلا حجة فيها أيضا لان فيها أمرا باتمام العمرة واتمام الشئ يكون بعد الشروع فيه وبه قول أنها بالشروع تصير فريضة مع ما أنهر روى عن علي وابن مسعود رضى الله عنهما أنها قالان في تأويل الآية اتمامها أن تحرم بهما من ديرة أهلك على أن هذا ان كان أمرا بانشاء العمرة فما الدليل على أن مطلق الامر يفيد الفرضية بل الفرضية عندنا ثبتت بدليل زائد وراء نفس الامر وانما يحمل على الوجوب احتياطوا به بقول ان العمرة واجبة ولكنها ليست بفريضة وتسميتها حجة صغرى في الحديث يحتمل أن يكون في حكم الثواب لانها ليست بحجة حقيقة

ألا ترى أنها عطفت على الحججة في الآية والثى لا يعطف على نفسه في الأصل ويقال حجج فلان وما اعتمر على أن وصفها بالصغر دليل انحطاط رتبها عن الحج فاذا كان الحج فرضا فيجب أن تكون هي واجبة ليظهر الانحطاط إذ الواجب دون الفرض وإطلاق اسم التطوع عليها في الحديث يصلح حجة على الشافعي لا علينا لأنه يقول بفرضية العمرة والتطوع لا يمحتمل أن يكون فرضا ونحن نقول بوجوب العمرة والواجب ما يمحتمل أن يكون فرضا ويحتمل أن يكون تطوعا فكان إطلاق اسم التطوع محمولا على أحد الاحتمالين وليس للفرض هذا الاحتمال فلا يصح الإطلاق وقول السائل في الحديث السابق أي واجبة محمول على الفرض إذ هو الواجب على الإطلاق عملا واعتقادا عينا فقول النبي صلى الله عليه وسلم لا نفي له وبه يقول (وأما) شرائط وجوبها فهي شرائط وجوب الحج لأن الواجب ملحق بالفرض في حق الأحكام وقد ذكرنا ذلك في فصل الحج (وأما) ركنها فالطواف لقوله عز وجل وليطوفوا بالبيت العتيق ولا جماع الامة عليه (وأما) شرائط الركن فإذ كان في الحج الاوقات فان السنة كلها وقت للعمرة ونحو ذلك غير أشهر الحج وفي أشهر الحج لكنه يكره فعلها في يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق أما الجواز في الاوقات كلها لقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله مطلقا عن الوقت وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت ما اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرة الا شهدتها وما اعتمر الا في ذي القعدة وعن عمران بن حصين رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم اعتمر مع طائفة من أهله في عشر ذي الحجة فدل الحديثان على أن جوازها في أشهر الحج وماروى عن عمر رضي الله عنه أنه كان ينهى عنها في أشهر الحج فهو محمول على نهى الشفقة على أهل الحرم لثلاث يكون الموسم في وقت واحد من السنة بل في وقتين لتوسع المعيشة على أهل الحرم الا أنه يكره في الايام الخمسة عندنا في ظاهرها رواية وروى عن أبي يوسف أنه لا يكره يوم عرفة قبل الزوال وقال الشافعي لا يكره في هذه الايام أيضا واحتج بما تلونا من هذه الآية وما روينا من الحديثين لأنه دخل يوم عرفة ويوم النحر فيها (وجه) رواية أبي يوسف أن ما قبل الزوال من يوم عرفة ليس وقت الوقوف فلا يشغله عن الوقوف في وقته ولنا ما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت وقت العمرة السنة كلها الا يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق والظاهر أنها قالت سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه باب لا يدرك بالاجتهاد ولا في هذه الايام أيام شغل الحاج بأداء الحج والعمرة فيها تشغلهم عن ذلك وربما يقع الخلل فيه فيكره ولا حجة له فيما ذكرنا ذلك يدل على الجواز وبه نقول وانما الكلام في الكراهة والجواز لا ينفها وقد قام دليل الكراهة وهو ما ذكرنا وكذا يختلفان في الميقات في حق أهل مكة فيقاتهم للحج من ديرة أهلهم وللعمرة من الحل انتعيم أو غيره ومحظورات العمرة ما هو محظورات الحج وحكم ارتكابها في العمرة ما هو الحكم في الحج وقد مضى بيان ذلك كله في الحج (وأما) واجباتها فشيئان السعي بين الصفا والمروة والحلق أو التقصير فاما طواف الصدر فلا يجب على المعتمر وقال الحسن بن زباد يجب عليه كذا ذكر الكرخي وجه قوله أن طواف الصدر طواف الوداع والمعتمر يحتاج الى الوداع كالحاج ولنا أن الشرع علق طواف الصدر بالحج بقول النبي صلى الله عليه وسلم من حج هذا البيت فليكن آخر عهده به الطواف (وأما) سننها فإذ كان في الحج غير أنه إذا استلم الحجر يقطع التلبية عند أول شروط من الطواف عند عامة العلماء وقال مالك أن كان احرامه للعمرة من المدينة يقطع التلبية إذا دخل الحرم وإن كان احرامه لها من مكة يقطع إذا وقع بصره على البيت والصحيح قول العامة لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يلبي في العمرة حتى يستلم الحجر وعن عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم اعتمر ثلاث عمرى ذي القعدة وكان يلبي في ذلك حتى يستلم الحجر ولأن استلام الحجر نسك ودخول الحرم ووقوع البصر على البيت ليس بنسك فقطع التلبية عند ما هو نسك أولى ولهذا يقطع التلبية في الحج عند الرمي لأنه نسك كذا هذا والله أعلم

(وأما) بيان ما يفسدها وبيان حكمها اذا فسدت فالذي يفسدها الجماع لكن عند وجود شرط كونه مفسدا وذلك شيان أحدهما الجماع في الفرج لما ذكرنا في الحج والثاني أن يكون قبل الطواف كله أو أكثره وهو أربعة أشواط لأن ركنها الطواف فالجماع حصل قبل أداء الركن فيفسدها كما لو حصل قبل الوقوف بعرفة في الحج وإذا فسدت بمعنى فيها ويقضيها وعليه شاة لاجل الفساد عندنا وقال الشافعي بدنة كما في الحج فإن جامع بعد ما طاف أربعة أشواط أو بعد ما طاف الطواف كله قبل السعي أو بعد الطواف والسعي قبل الحلق لا تقسد عمرته لأن الجماع حصل بعد أداء الركن وعليه دم لحصول الجماع في الاحرام وإن جامع بعد الحلق لأشئ عليه طحروجه عن الاحرام بالحلق فإن جامع ثم جامع فهو على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا في الحج والله الموفق

✽ كتاب النكاح ✽

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في أربعة مواضع في بيان صفة النكاح المشروع وفي بيان ركن النكاح وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم النكاح أما الاول فتقول لاختلاف أن النكاح فرض حالة التوقان حتى أن من تأقت نفسه الى النساء بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأنم واختلف فيما اذا لم تنق نفسه الى النساء على التفسير الذي ذكرنا قال نقاة القياس مثل داود بن علي الاصفهاني وغيره من أصحاب الظواهر أنه فرض عين بمنزلة الصوم والصلاة وغيرهما من فروض الايمان حتى أن من تركه مع القدرة على المهر والنفقة والوطء يأنم وقال الشافعي أنه مباح كالبيع والبراءة واختاف أصحابنا فيه قال بعضهم أنه مندوب ومستحب واليه ذهب من أصحابنا الكرخي وقال بعضهم أنه فرض كفاية اذا قام به البعض سقط عن الباقي بمنزلة الجهاد وصلاة الجنائز وقال بعضهم أنه واجب ثم القائلون بالوجوب اختلفوا في كيفية الوجوب قال بعضهم أنه واجب على سبيل الكفاية كد السلام وقال بعضهم أنه واجب عيناً لكن عملاً لا اعتقاداً على طريق التبيين كصدقة الفطر والاضحية والوتر احتج أصحاب الظواهر بظواهر النصوص من نحوه قوله عز وجل فأنكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله عز وجل وأنكحوا الايامي منكم والصالحين من عبادكم وامائكم وقول النبي صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق بمنزلة عرش الرحمن وقوله صلى الله عليه وسلم تناكحوا تكثر واغنى أباهي بكم الامم يوم القيامة أمر الله عز وجل بالنكاح مطلقاً لا امر المطلق للفرضية والوجوب قطعاً إلا أن يقوم الدليل بخلافه ولأن الامتناع من الزنا واجب ولا يتوصل اليه إلا بالنكاح وما لا يتوصل اليه الواجب إلا به يكون واجباً واحتج الشافعي بقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تتنكحوا بما مولاكم أخبر عن احلال النكاح والمحلل والمباح من الاسماء المترافعة ولا نه قال وأحل لكم ولقظ لكم تعمل في المباحات ولأن النكاح سبب يتوصل به الى قضاء الشهوة فيكون مباحاً كشراء الجارية للتسرى بها وهذا لأن قضاء الشهوة يقابل النفع الى نفسه وليس يجب على الانسان ابصال النفع الى نفسه بل هو مباح في الاصل كالاكل والشرب واذا كان مباحاً لا يكون واجباً ما بينهما من التنافي والدليل على أن النكاح ليس بواجب قوله تعالى وسيدا وحصورا وبنياً من الصالحين وهذا خرج مخرج المدح ليحيى عليه الصلاة والسلام بكونه حصورا والحصور الذي لا يأتي النساء مع القدرة ولو كان واجباً لما استحق المدح بتركه لأن ترك الواجب لا ينم عليه أولى من أن يمدح واحتج من قال من أصحابنا أنه مندوب اليه ومستحب بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من استطاع منكم الباءة فليزوج ومن لم يستطع فليصم فإن الصوم له وجاء أقام الصوم مقام النكاح والصوم ليس بواجب فدل أن النكاح ليس بواجب أيضاً لأن غير الواجب لا يقوم مقام الواجب ولأن في الصحابة رضي الله عنهم من لم تكن له زوجة ورسول الله صلى الله عليه وسلم علم منه بذلك ولم يشكر عليه فدل أنه ليس بواجب ومن قال منهم أنه

فرض أو واجب على سبيل الكفاية احتج بالأوامر الواردة في باب النكاح والامر المطلق للفرضية والوجوب قطعاً والنكاح لا يَحْتَمِلُ ذلك على طريق التعيين لأن كل واحد من آحاد الناس لو تركه لا يَأْتُمُّ فيحمل على الفرضية والوجوب على طريق الكفاية فاشبه الجهاد وصلاة الجنازة ورد السلام ومن قال منهم أنه واجب علينا لكن عملاً لا اعتقاداً على طريق التعيين يقول صيغة الامر المطلقة عن القرينة تحتل الفرضية وتحتل الندب لأن الامر دعاء وطلب ومعنى الدعاء والطلب موجود في كل واحد منهما فيؤتي بالفعل لا بحالة وهو تفسير وجوب العمل ويعتقد على الإيهام على أن ما أراد الله تعالى بالصيغة من الوجوب القطعي أو الندب فهو حق لأنه إن كان واجباً عند الله فخرج عن الهدية بالفعل فيأمن الضرر وإن كان مندوباً يحصل له الثواب فكان القول بالوجوب على هذا الوجه أخذاً بالثقة والاحتياط واحترازاً عن الضرر بالقدرة الممكنة وأنه واجب شرعاً وعقلاً وعلى هذا الأصل بنى أصحابنا من قال منهم أن النكاح فرض أو واجب لأن الاشتغال به مع أداء الفرائض والسنن أولى من التخلي لنوافل العبادات مع ترك النكاح وهو قول أصحاب الظواهر لأن الاشتغال بالفرض والواجب كيف ما كان أولى من الاشتغال بالنطوع ومن قال منهم أنه مندوب ومستحب فإنه يرجح على النوافل من وجوه أخر أحدها أنه سنة قال النبي صلى الله عليه وسلم النكاح سنن والسنن مقدمة على النوافل بالاجماع ولأنه أوعد على ترك السنة بقوله فمن رغب عن سنن فليس مني ولا وعيد على ترك النوافل والثاني أنه فعلاً رسول الله صلى الله عليه وسلم واطب عليه أي داوم وثبت عليه بحيث لم يخل عنه بل كان يزيد عليه حتى تزوج عدداً مما أبيع له من النساء ولو كان التخلي للنوافل أفضل لما فعل لأن الظاهر أن الأنبياء عليهم الصلاة والسلام لا يتركون الأفضل فيما له حد معلوم لأن الأفضل فيما له حد معلوم عذر له منهم وإذا ثبت أفضلية النكاح في حق النبي صلى الله عليه وسلم ثبت في حق الأمة لأن الأصل في الشرائع هو العموم والخصوص بدليل والثالث أنه سبب يتوصل به إلى مقصود وهو مفضل على النوافل لأنه سبب لصيانة النفس عن الفاحشة وسبب لصيانة نفسها عن الهلاك بالفقه والسكنى واللباس لجزها عن الكسب وسبب لحصول الولد الموحّد وكل واحد من هذه المقاصد مفضل على النوافل فكذلك السبب الموصول إليه كالجهاد والقضاء وعند الشافعي التخلي أولى وتخرج المسئلة على أصله ظاهر لأن النوافل مندوب إليها فكانت مقدمة على المباح وما ذكره من دلائل الإباحة والحل فنحن نقول بموجبها أن النكاح مباح وحلال في نفسه لكنه واجب لغيره أو مندوب ومستحب لغيره من حيث أنه صيانة للنفس من الزنا ونحو ذلك على ما بينا ويجوز أن يكون الفعل الواحد حلالاً بجهة واجباً أو مندوباً إليه بجهة إذ لا تنافي عند اختلاف الجهتين وأما قوله عز وجل وسيدا وحصولاً ونيباً من الصالحين فاحتمل أن التخلي للنوافل كان أفضل من النكاح في شريعته ثم نسخ ذلك في شريعته بما ذكرنا من الدلائل والله أعلم

فصل وأما ركن النكاح فهو الإيجاب والقبول وذلك بألفاظ مخصوصة أو ما يقوم مقام اللفظ فيقع الكلام في هذا الفصل في أربعة مواضع أحدها في بيان اللفظ الذي ينعقد النكاح به بمر وفه والثاني في بيان صيغة ذلك اللفظ والثالث في بيان أن النكاح هل ينعقد بعاقده واحد أو لا ينعقد إلا بعاقدين والرابع في بيان صفة الإيجاب والقبول أما بيان اللفظ الذي ينعقد به النكاح بمر وفه فنقول وبالله التوفيق لا خلاف أن النكاح ينعقد بلفظ الانكاح والتزويج وهل ينعقد بلفظ البيع والهبة والصدقة والتملك قال أصحابنا رحمهم الله ينعقد وقال الشافعي لا ينعقد إلا بلفظ الانكاح والتزويج واحتج بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اتقوا الله في النساء فإنهم عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحلتم فروجهن بكلمة الله وكلتهن التي أحل بها الله فرجاً في كتابه الكريم لفظ الانكاح والتزويج فقط قال الله تعالى وأنكحوا الأيامى منكم وقال سبحانه وتعالى

زوجنا كهاولان الحكم الاصلى للنكاح هو الازدواج والملك يثبت وسيلة اليه فوجب اختصاصه بلفظ يدل على الازدواج وهو لفظ التزويج والازدواج لا غير ولذا أنه انعقد نكاح رسول الله صلى الله عليه وسلم بلفظ الحبلة فينقده نكاح أمته ودلالة الوصف قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك معطوفا على قوله يا أيها النبي انا أحللتنا لك أزواجك أخبر الله تعالى ان المرأة المؤمنة التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم عند استنكاحه اياها حلال له وما كان مشروعا في حق النبي صلى الله عليه وسلم يكون مشروعا في حق أمته هو الاصل حتى يقوم دليل الخصوص فان قيل قد قام دليل الخصوص ههنا وهو قوله تعالى خالصة لك من دون المؤمنين فالجواب أن المراد منه خالصة لك من دون المؤمنين بغير أجر فالخلوص يرجع الى الاجر لا الى لفظ الحبلة لوجوه أحدها ذكره عقبيه وهو قوله عز وجل قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم فدل أن خلوص تلك المرأة له كان بالنكاح بلا فرض منه والثاني أنه قال تعالى لثلاث يكون عليك حرج ومعلوم أنه لا حرج كان بلحقه في نفس العبارة وانما الحرج في اعطاء اليدل والثالث أن هذا خرج مخرج الامتنان عليه وعلى أمته في لفظ الحبلة ليست تلك في لفظة التزويج فدل أن المنية فيما صارت له بلا مهر فانصرف الخلوص اليه ولان الانعقاد بلفظ النكاح والتزويج لكونه لفظا موضوعا لحكم أصل النكاح شرعا وهو الازدواج وان لم يشرع بدون الملك فاذا أتى به ثبت الازدواج باللفظ ويثبت الملك الذي يلازمه شرعا ولفظ التمليك موضوع لحكم آخر أصلى للنكاح وهو الملك وانه غير مشرووع في النكاح بدون الازدواج فاذا أتى به وجب أن يثبت به الملك ويثبت الازدواج الذي يلازمه شرعا استدلالا لاحد اللفظين بالآخر وهذا لانهما حكمان متلازمان شرعا ولم يشرع أحدهما بدون الآخر فاذا ثبت أحدهما ثبت الآخر ضرورة ويكون الرضا بأحدهما رضا بالآخر وأما الحديث فنقول بموجبه لكن لم قلتم ان استحلال الفروج بهذه الالفاظ استحل بغير كلمة الله فيرجع الكلام الى تفسير الكلمة المذكورة فنقول كلمة الله تعالى نحمل حكم الله عز وجل كقوله تعالى ولولا كلمة سبقت من ربك فلم قلتم بأن جواز النكاح بهذه الالفاظ ليس حكم الله تعالى والدليل على أنه حكم الله تعالى ما ذكرنا من الدلائل مع ما أن كل لفظ جعل عاملا على حكم شرعي فهو حكم الله تعالى واطراف الكلمة الى الله تعالى باعتبار أن الشارع هو الله تعالى فهو الجاعل للفظ سببا لثبوت الحكم شرعا فكان كلمة الله تعالى في هذا الوجه على الاستحلال بكلمة الله لا يبنى الاستحلال لا بكلمة الله تعالى فكان مسكونا عنه فلا يصح الاحتجاج به ولا ينقذ النكاح بلفظ الاجارة عند عامة مشايخنا والاصل عندهم أن النكاح لا ينقذ الا بلفظ موضوع لتمليك العين هكذا روى ابن رستم عن محمد أنه قال كل لفظ يكون في اللغة تمليك الرقبة فهو في الحرمة نكاح وحكى عن الكرخي أنه ينقذ بلفظ الاجارة لقوله تعالى فاتوهن أجورهن سمي الله تعالى المهر أجرا ولا أجرا الا بالاجارة فلم تكن الاجارة نكاحا لم يكن المهر أجرا (وجه) قول العامة ان الاجارة عقد موقت بدليل أن التأيد يبطئها والنكاح عقد مؤبد بدليل أن التوقيت يبطئه وانقضاء العقد بلفظ يتضمن المنع من الانعقاد ممنوع ولان الاجارة تمليك المنفعة ومنافع البضع في حكم الاجزاء والاعيان فكيف يثبت ملك العين بتمليك المنفعة ولا ينقذ بلفظ الاعارة لان الاعارة ان كانت اباحة المنفعة فالنكاح لا ينقذ بلفظ الاباحة لانعدام معنى التمليك أصلا وان كانت تمليك المنفعة فالنكاح لا ينقذ الا بلفظ موضوع لتمليك الرقبة ولم يوجد واختلف المشايخ في لفظ القرض قال بعضهم لا ينقذ لانه في معنى الاعارة وقال بعضهم ينقذ لانه يثبت به الملك في العين لان المستقرض يصير ملكا للمستقرض وكذا اختلفوا في لفظ السلم قال بعضهم لا ينقذ لان السلم في الحيوان لا يصح وقال بعضهم ينقذ لانه يثبت به ملك الرقبة والسلم في الحيوان ينقذ عندنا حتى لو اتصل به القبض يعد الملك ملكا فاسدا لكن ليس كل ما يفسد البيع يفسد النكاح واختلفوا أيضا في لفظ الصرف قال بعضهم لا ينقذ به لانه موضع لاثبات الملك في

الدرهم والدنانير التي لا تمنع بالتميين والمعقود عليه ههنا يمين بالتميين وقال بعضهم ينقذ لانه يثبت به ملك العين في الجملة وأما لفظ الوصية فلا ينقذ به عند عامة مشايخنا لان الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت والنكاح المضاف الى زمان في المستقبل لا يصح وحكى عن الطحاوي انه ينقذ لانه يثبت به ملك الرقبة في الجملة وحكى أبو عبد الله البصري عن الكرخي ان قيد الوصية بالحال بأن قال أو صبت لك بابنتي هذه الا أن ينقذ لانه اذا قيد بالحال صار مجازا عن التمليك ولا ينقذ بلفظ الاحلال والا باحالة لانه لا يدل على الملك أصلا ألا ترى أن المباح له الطعام يتناول على حكم ملك المبيع حتى كان له حق الحجر والمنع ولا ينقذ بلفظ المتعة لانه لم يوضع للتمليك ولان المتعة عقد مفسوخ لما تبين ان شاء الله في موضعه ولو أضاف الهبة الى الامة بأن قال رجل وهبت أمتي هذه منك فان كان الحال يدل على النكاح من احصار الشهود وتسمية المهر مؤجلا ومعجلا ونحو ذلك ينصرف الى النكاح وان لم يكن الحال دليلا على النكاح فان نوى النكاح فصدقه الموهوب له فكذلك وينصرف الى النكاح بقرينة النية وان لم ينو ينصرف الى ملك الرقبة والله عز وجل اعلم ثم النكاح كما ينقذ بهذه الالفاظ بطريق الاصل لا ينقذ بها بطريق النيابة بالوكالة والرسالة لان تصرف الوكيل كتصرف الموكل وكلام الرسول كلام المرسل والاصل في جواز الوكالة في باب النكاح ما روي أن النجاشي زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم حبيبة رضي الله عنها فلا يخلو ذلك اما ان فعله بأمر النبي صلى الله عليه وسلم أولا بأمره فان فعله بأمره فهو وكيله وان فعله بغير أمره فقد أجاز النبي صلى الله عليه وسلم عقده والاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وكما ينقذ النكاح بالعبارة ينقذ بالاشارة من الاخرس اذا كانت اشارته معلومة وينقذ بالكتابة لان الكتاب من الغائب خطابه والله تعالى أعلم وأما بيان صيغة اللفظ الذي ينقذ به النكاح فنقول لا خلاف في أن النكاح ينقذ بلفظين يعبر بهما عن الماضي كقوله زوجت وترجعت وما يجري مجراه وأما بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالاخر عن المستقبل كما اذا قال رجل لرجل زوجني بنتك أو قال جئت بك خاتما بنتك أو قال جئت بك لترجوني بنتك فقال الاب قد زوجتك أو قال لامرأة أترجوني بنتك أو قال جئت بك فقلت قد زوجتك على ذلك أو قال له زوجني أو انكحيني فمسك فقلت زوجتك أو انكحت ينقذ استحسانا والقياس أن لا ينقذ لان لفظ الاستقبال عدة والامر من فروع الاستقبال فلم يوجد الاستقبال فلم يوجد الايجاب الا أنهم تركوا القياس لما روي أن بلال رضي الله عنه خطب الى قوم من الانصار فأبوا أن يزوجه فقال لولا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أخطب اليكم لما خطبت فقالوا له ملكك ولم ينقل ان بلالا أعاد القول ولو فعل لنقل ولان الظاهر انه أراد الايجاب لان المساومة لا تتحقق في النكاح عادة فكان محمولا على الايجاب بخلاف البيع فان السوم معتاد فيه فيحمل اللفظ عليه فلا بد من لفظ آخر يتأدى به الايجاب والله الموفق وأما بيان ان النكاح هل ينقذ بعاقدا واحدا ولا ينقذ الا بعاقدين فقد اختلف في هذا الفصل قال أصحابنا ينقذ بعاقدا واحدا اذا كانت له ولاية من الجانبين سواء كانت ولايته أصلية كالولاية الثابتة بالملك والقربة أو دخیلة كالولاية الناتجة بالوكالة بأن كان العاقد مالكا من الجانبين كالولي اذا زوج أمته من عبده أو كان وليا من الجانبين كالجد اذا زوج ابن ابنه الصغير من بنت ابنه الصغيرة والاخ اذا زوج بنت أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير أو كان أصيلا وليا كابن العم اذا زوج بنت عمه أو كان وكیلا من الجانبين أو رسولا من الجانبين أو كان وليا من جانب ووكیلا من جانب آخر أو وكلت امرأة رجلا ليزوجهما من نفسه أو وكل رجل امرأة لزوج نفسها منه وهذا مذهب أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا ينقذ النكاح بعاقدا واحدا أصلا وقال الشافعي لا ينقذ الا اذا كان وليا من الجانبين ولقب المسئلة أن الواحد هل يجوز أن يقوم بالنكاح من الجانبين أم لا (وجهه) قول زفر والشافعي أن ركن النكاح اسم لشطرين مختلفين وهو الايجاب والقبول فلا يقوم الا بعاقدين كشطري البيع الا أن الشافعي يقول في

الولى ضرورة لان النكاح لا ينعقد بلاولى فاذا كان الولى متعينا فلولم يحجز نكاح المولى لا تمتنع نكاحها أصلا وهذا لا يجوز وهذه الضرورة منعدمة فى الوكيل ونحوه ولنا قوله تعالى ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن وما ينلى عليكم فى الكتاب فى يتامى النساء اللاتى لا تتوفونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن قيل نزلت هذه الآية فى يتيمة فى حجر وليها وهى ذات مال (وجه) الاستدلال بالآية الكريمة ان قوله تعالى لا تتوفونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن خرج مخرج العتاب فيدل على أن الولى يقوم بنكاح وليته وحده اذ لو لم يقم وحده به لم يكن للعتاب معنى لما فيه من الحاق العتاب بأمر لا يتحقق وقوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم أمر سبحانه وتعالى بالنكاح مطلقا من غير فصل بين النكاح من غيره أو من نفسه ولان الوكيل فى باب النكاح ليس بما قبل هو سفير عن العاقد ومعب عنه بدليل أن حقوق النكاح والعقد ترجع الى الوكيل واذا كان معبرا عنه وله ولاية على الزوجين فكانت عبارته كعبارة الموكل فصار كلامه ككلام شخصين فيعتبر ابجابه كلاما للمرأة كأنها قالت زوجت نفسى من فلان وقبوله كلاما للزوج كأنه قال قبلت فيقوم العقد باثنين حكما والثابت بالحكم ملحق بالثابت حقيقة وأما البيع فالواحد فيه اذا كان وليا يقوم بطرفى العقد كالاب يشتري مال الصغير لنفسه أو يبيع مال نفسه من الصغير أو يبيع مال ابنه الصغير من ابنه الصغير أو يشتري الا أنه اذا كان وكلا لا يقوم بهما لان حقوق العقد مقتصرة على العاقد فلا يصير كلام العاقد كلام الشخصين ولان حقوق البيع اذا كانت مقتصرة على العاقد وللبيع أحكام متضادة من التسليم والتبض والمطالبة فلو تولى طرفى العقد لصار الشخص الواحد مطالبا ومطلوبا ومسلما ومتسلما وهذا امتنع والله عز وجل اعلم (وأما) صفة الاجاب والقبول فهى أن لا يكون أحدهما لازما قبل وجود الآخر حتى لو وجد الاجاب من أحد المتعاقدين كان له أن يرجع قبل قبول الآخر كفى البيع لانهم جميعا ركن واحد فكان أحدهما بعض الركن والمركب من شيئين لا وجود له بأحدهما

فصل وأما شرائط الركن فأشواطع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط الجواز والنفاذ وبعضها شرط الزوم (أما) شرط الانعقاد فنوعان نوع يرجع الى العاقد ونوع يرجع الى مكان العقد بالفعل فلا ينعقد نكاح المجنون والصبي الذى لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرف فأما البلوغ فشرط النفاذ عندنا لا شرط الانعقاد على ما نذكر ان شاء الله تعالى وأما تعذر العاقد فليس بشرط لان انعقاد النكاح خلا فالزفر على ما مر (وأما) الذى يرجع الى مكان العقد فهو اتحاد المجلس اذا كان العاقدان حاضرين وهو أن يكون الاجاب والقبول فى مجلس واحد حتى لو اختلف المجلس لا ينعقد النكاح بأن كانا حاضرين فأوجب أحدهما فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس لا ينعقد لان انعقاده عبارة عن ارتباط أحد الشطرين بالآخر فكان القياس وجودهما فى مكان واحد لان اعتبار ذلك يؤدى الى سد باب العقود فجعل المجلس جامعا للشطرين حكما مع تفرقهما حقيقة للضرورة والضرورة تندفع عند اتحاد المجلس فاذا اختلف تفرق الشطران حقيقة وحكما فلا ينتظم الركن (وأما) الفور فليس من شرائط الانعقاد عندنا وعند الشافعى هو شرط والمسئلة ستأتى فى كتاب البيوع ونذكر الفرق هناك وعلى هذا يخرج ما اذا تناكحوا بهما بمشيان أو سيران على الدابة وهو على التفصيل الذى نذكر ان شاء الله تعالى فى كتاب البيوع ونذكر الفرق هناك بين المشى والسير على الدابة وبين جريان السفينة هذا اذا كان العاقدان حاضرين فأما اذا كان أحدهما غائبا لم ينعقد حتى لو قالت امرأة بمحضرة شاهد من زوجت نفسى من فلان وهو غائب فبلغه الخبر فقال قبلت أو قال رجل بمحضرة شاهد من زوجت فلانة وهى غائبة فبلغها الخبر فقالت زوجت نفسى منه لم يحجز وان كان القبول بمحضرة ذينك الشاهدين وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ينعقد ويتوقف على اجازة الغائب (وجه) قول أبى يوسف ان كلام الواحد يصلح أن يكون عقدا فى

باب النكاح لان الواحد في هذا الباب يقوم بالعقد من الجانبين وكما لو كان مالكا من الجانبين أو وليا أو وكلا
فكان كلامه عقدا لا شطرا فكان محتملا للتوقف كما في الخلع والطلاق والاعتاق على مال (وجه) قولهما ان
هذا شطر العقد حقيقة لا كله لانه لا يملك كله لانعدام الولاية وشرط العقد لا يقف على غائب عن المجلس كالبائع
وهذا لان الشطر لا يحتمل التوقف حقيقة لان التوقف في الاصل على خلاف الحقيقة لصدوره عن الولاية على
الجانبين فيصير كلامه بمنزلة كلامين وشخصه كشخصين حكما فاذا انعدمت الولاية ولا ضرورة الى تعيين
الحقيقة فلا يقف بخلاف الخلع لان من جانب الزوج يمين لانه تعليق الطلاق بقبول المرأة وانه يمين فكان عقدا
تاماً ومن جانب المرأة معاوضة فلا يحتمل التوقف كالبائع وكذلك الطلاق والاعتاق على مال ولو أرسل اليها
رسولا وكتب اليها بذلك كتابا قبلت بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب جاز ذلك لا تمعاد
المجلس من حيث المعنى لان كلام الرسول كلام المرسل لانه ينقل عبارة المرسل وكذا الكتاب بمنزلة الخطاب
من الكاتب فكان سماع قول الرسول وقراءة الكتاب سماع قول المرسل وكلام الكاتب معنى وان لم يسمعا
كلام الرسول وقراءة الكتاب لا يجوز عندهما وعند أبي يوسف اذا قالت زوجت نفسي يجوز وان لم يسمعا
كلام الرسول وقراءة الكتاب بناء على ان قولهما زوجت نفسي شطر العقد عندهما والشهادة في شطر العقد
شرط لانه يصير عقدا بالشرطين فاذا لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب فلم توجد الشهادة على العقد وقول
الزوج بانقراده عقد عنده وقد حضر الشاهدان وعلى هذا الخلاف الفضولي الواحد من الجانبين بأن قال الرجل
زوجت فلانة من فلان وهما غائبان لم ينفع عندهما حتى لو بلغهما الخبر فأجاز لم يجز وعنده ينفع ويجوز
بالاجازة ولو قال فضولي زوجت فلانة من فلان وهما غائبان فقبل فضولي آخر عن الزوج ينفع بخلاف
بين أمهما بنا حتى اذا بلغهما الخبر وأجاز اجاز ولو فسخ الفضولي العقد قبل اجازة من وقف العقد على اجازة صح
الفسخ في قول أبي يوسف وعند محمد لا يصح (وجه) قوله انه بالفسخ متصرف في حق غيره فلا يصح
ودلالة ذلك ان العقد قد انعقد في حق المتعاقدين وتعلق به حق من توقف على اجازة لان الحكم عند الاجازة ثبت
بالعقد السابق فكان هو بالفسخ متصرفا في محل تعلق به حق الغير فلا يصح فسخه بخلاف الفضولي اذا باع
ثم فسخ قبل اتصال الاجازة به انه يجوز لان الفسخ هناك تصرف دفع الحقوق عن نفسه لانه عند الاجازة تعلق
حقوق العقد بالوكيل فكان هو بالفسخ دافعا للحقوق عن نفسه فيصح كالمالك اذا أوجب النكاح أو البائع
أنه يملك الرجوع قبل قبول الآخر لما قلنا كذا هذا (وجه) قول أبي يوسف ان العقد قبل الاجازة
غير منعقد في حق الحكم وانما انعقد في حق المتعاقدين فقط فكان الفسخ منه قبل الاجازة تصرفا في كلام نفسه
بالتقص بخلاف كافي البائع

فصل وأما بيان شرائط الجواز والنفاذ فأشياء منها أن يكون العاقد بالغاً فان نكاح الصبي الماقل وان
كان منعقداً على أصل أمهما بنا فهو غير نافذ بل نفاذه يتوقف على اجازة وليه لان نفاذ التصرف لا شتماله على وجه
المصلحة والصبي لقله تأمله لا شتماله باللهو واللعب لا يقف على ذلك فلا ينفذ تصرفه بل يتوقف على اجازة وليه فلا
يتوقف على بلوغه حتى لو بلغ قبل أن يجزئه الولي لا ينفذ بالبلوغ لان العقد انعقد موقفاً على اجازة الولي ورضاه
لستقوط اعتبار رضا الصبي شرعاً وبالبلوغ زالت ولاية الولي فلا ينفذ ما لم يجزه بنفسه وعند الشافعي لا تنعقد
تصرفات الصبي أصلاً بل هي باطلة وقد ذكرنا المسئلة في كتاب المأذون ومنها أن يكون حراً فلا يجوز نكاح
مملوك بالغ عاقل الا باذن سيده والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ايماعبدتزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر
والكلام في هذا الشرط يقع في مواضع في بيان ان اذن المولى شرط جواز نكاح المملوك لا يجوز من غير اذنه
أو اجازته وفي بيان ما يكون اجازة له وفي بيان ما يملكه من النكاح بعد الاذن وفي بيان حكم المهر في نكاح المملوك

أما الأول فلا يجوز نكاح مملوك بغير إذن مولاه وإن كان مقلداً بالغاً سواء كان قنناً أو مدبراً أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتباً أو مكاتبة أما القن فان كان أمة فلا يجوز نكاحها بغير إذن سيدها بخلاف لان منافع البضع مملوكة لسيدها ولا يجوز التصرف في ملك الغير بغير إذنه وكذلك المدبرة وأم الولد لما قلنا وكذا المكاتب لانها ملك المولى رقية وملك المتعة يتبع ملك الرقية الا أنه منعه من الاستمتاع بها لان ملك اليد وفي الاستمتاع اثبات ملك اليد ولان من الجائز انما تجوز قدر الى الرق فتعود قسمة كما كانت فتبين ان نكاحها صايف المولى فلا يصح وان كان عبد فلا يجوز نكاحه أيضاً عند عامة العلماء وقال مالك يجوز (وجه) قوله ان منافع البضع العبد لا تدخل تحت ملك المولى فكان المولى فيها على أصل الحرية والمولى أجنبي عنها فيملك النكاح كالحر بخلاف الامة لان منافع بضعها ملك المولى فتنت من التصرف بغير إذنه ولنا أن العبد بجميع أجزائه ملك المولى لقوله تعالى ضرب لكم مثلاً من أنفسكم هل لكم مما مملكت أيمانكم من شركاء فيارزقناكم فأنتم فيه سواء أخبر سبحانه وتعالى ان العبيد ليسوا شركاء فيارزق السادات ولا هم بسواء في ذلك ومعلوم أنه ما أراد به نفي الشركة في المنافع لا اشتراكهم فيها دل أنه أراد به حقيقة الملك وقوله تعالى ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء والعبد اسم لجميع أجزائه ولان سبب الملك أضيف الى كله فيثبت الملك في كله الا أنه منعه من الانتفاع ببعض أجزائه بنفسه وهذا لا يمنع ثبوت الملك له كالامة المجوسية وغير ذلك وكذلك المأذون في التجارة لانه عبد مملوك ولانه كان محجوراً قبل الاذن بالتجارة والنكاح ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال والنكاح معاوضة البضع بالمال والدليل عليه أن المرأة اذا زوجت نفسها على عبد تنوى أن يكون العبد للتجارة لم يكن للتجارة ولو كان النكاح من التجارة لكان بدل البضع للتجارة كالبيع فكان هو بالنكاح متصرفاً في ملك مولاه فلا يجوز نكاح الامة والدليل عليه قوله تعالى لا يقدر على شيء وصف العبد المملوك بأنه لا يقدر على شيء ومعلوم انه انما أراد به القدرة الحقيقية لانها تامة له فتعين القدرة الشرعية وهي اذن الشرع واطلاقه فكان نفي القدرة الشرعية نفياً للاذن والاطلاق ولا يجوز اثبات التصرف الشرعي بغير اذن الشرع وكذلك المدبر لانه عبد مملوك وكذلك المكاتب لان المكاتب عبد مابقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه كان محجوراً عن الزوج قبل الكتابة وعند الكتابة ما أفاد له الا الاذن بالتجارة والنكاح ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال والنكاح معاوضة البضع بالمال والدليل عليه ان المرأة اذا زوجت نفسها على عبد تنوى ان العبد يكون للتجارة لم يكن للتجارة ولو كان النكاح من التجارة لكان بدل البضع للتجارة كالبيع وأما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند أبي حنيفة لانه بمنزلة المكاتب عنده وعند أبي يوسف ومحمد يجوز لانه بمنزلة حر عليه دين عندهما ولو تزوج بغير اذن المولى واحد من ذكرنا أنه لا يجوز تزوجه لا باذن المولى ثم ان أجاز المولى النكاح جاز لان المقدس صدر من الاهرل في المحل الا أنه امتنع النفاذ لحق المولى فاذا أجاز فقد زال المانع ولا يجوز للعبد أن يتسرى وان أذن له مولاه لان حل الوطء لا يثبت الا بأحد المالكين قال الله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ولم يوجد أحد هما وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يتسرى العبد ولا يسريه مولاه ولا يملك العبد ولا المكاتب شيئاً الا الطلاق وهذا نص وأما بيان ما يكون اجازة فلا جازة قد ثبتت بالنص وقد ثبتت بالدلالة وقد ثبتت بالضرورة أما النص فهو الصريح بالاجازة وما يجزى مجرد اهانته أو يقول أجزت أو رضيت أو أذنت ونحو ذلك وأما الدلالة فهي قول أو فعل يدل على الاجازة مثل أن يقول المولى اذا أخبر بالنكاح حسن أو صواب أو لا بأس به ونحو ذلك أو يسوق الى المرأة المهر أو شيئاً منه في نكاح العبد ونحو ذلك مما يدل على الرضا ولو قال له المولى طلقها أو فارقتها لم يكن اجازة لان قوله طلقها أو فارقتها يحتمل حقيقة الطلاق والمفارقة ويحتمل المتاركة لان النكاح الفاسد والنكاح الموقوف يسمى طلاقاً ومفارقة

فوقم الشك والاحتمال في ثبوت الاجازة فلا يثبت بالشك والاحتمال ولو قال له طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو اجازة لا ارتفاع الترداد اذ لا رجعة في المتاركة للنكاح الموقوف وفسخه وأما الضرورة فتحوان يعتق المولى العبد أو الامة فيكون الاعتراف اجازة ولو أذن بالنكاح لم يكن الاذن بالنكاح اجازة ووجه الفرق بينهما وجهين أحدهما انه لو لم يجعل الاعتراف اجازة لكان لا يخلو اما أن يبطل بالنكاح الموقوف واما أن يبقى موقفا على الاجازة ولا سبيل الى الاول لان النكاح صدر من الاهل في المحل فلا يبطل الا بابطال من له ولاية الا بطل ولا سبيل الى الثاني لانه لو بقي موقفا على الاجازة فاما ان يبقى موقفا على اجازة المولى أو على اجازة العبد لوجه الاول لان ولاية الاجازة لا تثبت الا بالملك وقد زال بالاقرار ولا وجه للثاني لان العقد وجد من العبد فكيف يقف عقد الانسان على اجازته واذا بطلت هذه الاقسام وليس ههنا قسم آخر لزم أن يجعل الاعتراف اجازة ضرورة وهذه الضرورة لم توجد في الاذن بالنكاح والثاني ان امتناع النفاذ مع صدور التصرف من الاهل في المحل لقيام حق المولى وهو الملك نظرا لدفع الضرر عنه وقد زال ملكه بالاقرار فزال المانع من النفاذ والاذن بالتزوج لا يوجب زوال المانع وهو الملك لكنه بالاذن اقامه مقام نفسه في النكاح كانه هو ثم ثبت ولاية الاجازة له لم تكن اجازة ما لم يجز فكذا العبد ثم اذا لم يكن نفس الاذن من المولى بالنكاح اجازة لذلك العقد فان اجازة العبد جاز استحصانا والقياس أن لا يجوز وان اجازة وجه القياس انه مأذون بالعقد والاجازة مع العقد متغايران اسما وصوره وشرطا أما الاسم والصوره فلا شك في تغايرها وأما الشرط فان محل العقد عليه ومحل الاجازة نفس العقد وكذا الشهادة شرط العقد لا شرط الاجازة والاذن بأحد المتغايرين لا يكون اذنا بالآخر وجه الاستحصان ان العبد أتى ببعض ما هو مأذون فيه فكان متصرفا عن اذن فيجوز تصرفه ودلالة ذلك ان المولى اذن له بعقد نافذ فكان مأذونا بتحصيل أصل العقد وصفه وهو النفاذ وقد حصل النفاذ فيحصل ولهذا لوز وج فصولي هذا العبد امرأة بغير اذن المولى فأجاز العبد نفذ العقد دل ان تنفيذ العقد بالاجازة مأذون فيهم قبل المولى فينفذ باجازه ثم اذا نفذ النكاح بالاقرار وهي أمة فلا خيار لها لان النكاح نفذ بعد العتق فلا عتاق لم يصادفها وهي منكوبة والمهر لها ان لم يكن الزوج دخل بها قبل الاعتراف وان كان قد دخل بها قبل الاعتراف فالمهر للمولى هذا اذا اعتقها وهي كبيرة فأما اذا كانت صغيرة فاعتقها فان الاعتراف لا يكون اجازة ويبطل العقد عند زفر وعندنا يبقى موقفا على اجازة المولى اذا لم يكن لها عصبية فان كان لها عصبية يتوقف على اجازة العصبية ويجوز باجازه العصبية ثم ان كان المجيز غير الاب أو الجد فلها خيار الادراك لان العقد نفذ عليها في حالة الصغر وهي حرة وان كان المجيز أبوها أو جد لها فلا خيار لها ولو مات المولى قبل الاجازة فان ورثها من يحل له وطؤها بطل النكاح الموقوف لان الحل النافذ قدر أعلى الموقوف لوجود سبب الحل وهو الملك قال الله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ومن ضرورة ثبوت الحل له ارتفاع الموقوف وان ورثها من لا يحل له وطؤها بأن كان الوارث ابن الميت وقد وطئها أبوه أو كانت الامة أخته من الرضاع أو ورثها جماعة فللوارث الاجازة لانه لم يوجد طريان الحل فبقى الموقوف على حاله وكذلك اذا باعها المولى قبل الاجازة فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الوارث وعلى هذا قالوا فيمن تزوج جارية غيره بغير اذنه وطئها ثم باعها المولى من رجل ان المشتري الاجازة لان وطء الزوج يمنع حل الوطء للمشتري وأما العبد اذا تزوج بغير اذن المولى فبات المولى أو باعه قبل الاجازة فللوارث والمشتري الاجازة لانه لا يتصور حل الوطء ههنا فلم يوجد طريان حل الوطء فبقى الموقوف بحاله وهذا الذي ذكرنا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز باجازه الوارث والمشتري بل يبطل والاصل فيه ان العقد الموقوف على اجازة انسان يحتمل الاجازة من قبل غيره عندنا وعندنا لا يحتمل وجه قوله ان الاجازة إنما تلحق الموقوف لانها تنفيذ الموقوف فاعلم تلحقه على الوجه الذي وقف وانما وقف على الاول لا على الثاني فلا يملك الثاني تنفيذه

(ولنا) أنه انما وقف على اجازة الاول لان الملك له وقد صار الملك الثاني فتنقل الاجازة الى الثاني وهذا لان المالك يملك انشاء النكاح بأصله ووصفه وهو النفاذ فلان يملك تنفيذ النكاح الموقوف وانه اثبات الوصف دون الاصل أولى ولو زوجت المكاتبه نفسها بغير اذن المولى حتى وقف على اجازته فأعتقها هذا العقد والاخبار فيه كما ذكرنا في الامه القنه وكذلك اذا أدت فعتقت وان عجزت فان كان بضمها يحل للمولى يبطل العقد وان كان لا يحل بأن كانت أخته من الرضاع أو كانت مجوسية توقف على اجازته ولو كان المولى هو الذي عقد عليها بغير رضاها حتى وقف على اجازتها فأجازت جازا لمقدوان أدت فعتقت أو أعتقها المولى توقف العقد على اجازتها ان كانت كبيرة وان كانت صغيرة فهو على ما ذكرنا من الاختلاف في الامه وتوقف على اجازة المولى عندنا اذا لم يكن لها عصبه غير المولى فان كان فاجاز واجاز واذا أدركت فلها خيار الادراك اذا كان المجر غير الاب والجد على ما ذكرنا وان لم يعتقها حتى عجزت بطل العقد وان كان بضمها يحل للمولى وان كان لا يحل له فلا يجوز الا باجازه وأما بيان ما يملكه من النكاح بعد الاذن فتقول اذا أذن المولى للعبد بالتزويج فلا يجوز الا بالاذن بالزوج أو بغيره فان خص بأن قال له تزوج لم يجز له ان يتزوج الامراه واحدة لان الامر المطلق بالفعل لا يقتضي التكرار وكذا اذا قال له تزوج امرأتين لان قوله امرأة اسم لواحدة من هذا الجنس وان عم بأن قال تزوج ماشئت من النساء جاز له ان يتزوج ثنتين ولا يجوز له ان يتزوج أكثر من ذلك لانه اذن له بنكاح ماشاء من النساء بلفظ الجمع فينصرف الى جميع ما يملكه العبد من النساء وهو التزوج بـثنتين قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتزوج العبد أكثر من اثنتين وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم - وروى عن الحكم أنه قال اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن العبد لا يجمع من النساء فوق اثنتين ولان مالكية النكاح تشعر بكمال الحال لانها من باب الولاية والعبد ناقص حالا من الحر فيظهر أثر النقصان في عدد الملو له في النكاح كما ظهر أثره في القسم والطلاق والعدة والحدود وغير ذلك وهل يدخل تحت الاذن بالتزوج النكاح الفاسد قال أبو حنيفة يدخل حتى لو تزوج العبد امرأة نكاحا فاسدا ودخل بها لم يفسد المهر في الحال وقال أبو يوسف ومحمد لا يدخل ويتبع بالمهر بعد العتق (وجه) قولهما ان غرض المولى من الاذن بالنكاح وهو حل الاستمتاع ليحصل به عفة العبد عن الزنا وهذا لا يحصل بالنكاح الفاسد لانه لا يفيد الحل فلا يكون مراد من الاذن بالتزوج ولهذا وحلف لا يتزوج ينصرف الى النكاح الصحيح حتى لو نكح نكاحا فاسدا لا يحنث كذا هذا ولا يحنث في حنيفة ان الاذن بالتزوج مطلق فينصرف الى الصحيح والفساد كالاذن بالبيع مطلقا وفي مسألة اليمين انما لم ينصرف لفظ النكاح الى الفاسد لقريظة عريضة الا ان الايمان محمولة على العرف والعادة والمتعارف والمتعديما يقصد باليمين الامتناع عن الصحيح لا الفساد لان فساد المحلوف عليه يكفي مانعا من الاقدام عليه فلا حاجة الى الامتناع باليمين والدليل على صحة هذا الترخيع أن يمين الخالف لو كانت على الفعل الماضي ينصرف الى الصحيح والفساد جميعا ويتفرع على هذا أنه اذا تزوج امرأة نكاحا فاسدا ثم أراد أن يتزوج أخرى نكاحا صحيحا ليس له ذلك عند أبي حنيفة لان الاذن انتهى بالنكاح وعندها له ذلك لان الاذن قد بقي ولو أذن له بنكاح فاسد نصبا ودخل بها لم يفسد المهر في الحال في قولهم جميعا اما على أصل أبي حنيفة فظاهر واما على أصلهما فلان الصرف الى الصحيح لضرب دلالة أوجبت اليه فاذا جاء النص بخلافه بطلت الدلالة والله عز وجل الموفق وأما بيان حكم المهر في نكاح المملوك فتقول اذا كانت الاجازة قبل الدخول بالامه لم يكن على الزوج الامهر واحد وان كان بعد الدخول بها فالقياس ان يلزمه مهران مهر بالدخول قبل الاجازة ومهر بالاجازة (وجه) القياس انه وجد سبب وجوب مهرين أحدهما الدخول لان الدخول في النكاح الموقوف دخول في نكاح فاسد وهو بمنزلة الدخول في نكاح فاسد وذابوجب المهر كذا هذا والثاني النكاح الصحيح لان النكاح قد صح بالاجازة والاستحسان وجهان

أحدها أن النكاح كان موقوفاً على إذن المالك كنكاح الفضولي والعقد الموقوف إذا اتصلت به الإجازة تستند الإجازة إلى وقت العقد وإذا استندت الإجازة إليه صار كانه عقده باذنه إذ الإجازة اللاحقة كالإذن السابق فلا يجب الإمهر واحد والثاني أن مهر المثل لو وجب لكان لوجوده تعلقاً بالعقد لانه لولا لكان الفعل زناً وكان الواجب هو الحد لا المهر وقد وجب المسمى بالعقد فلو وجب به مهر المثل أيضاً لوجب بمقتد واحد مهران وأنه ممتنع ثم كل ما وجب من مهر الامة فهو للمولى سواء وجب بالعقد أو بالدخول وسواء كان المهر مسمى أو مهر المثل وسواء كانت الامة قنينة أو مدبرة أو أم ولد لا المكتوبة والمعتق بعضهم أضاف المهر لهما لأن المهر وجب عوضاً عن المتعة وهي منافع البضع ثم إن كانت منافع البضع ملحقة بالجزاء والاعيان فعوضها يكون للمولى كالارش وإن كانت مبنية على حقيقة المنفعة فبذلك يكون للمولى أيضاً كالأجرة بخلاف المكتوبة لأن هناك الارش والأجرة لهما فكان المهر لهما أيضاً وكل مهر لزم العبد فإن كان قنواً والنكاح باذن المولى يتعلق بكسبه ورقبته تباع فيه إن لم يكن له كسب عندنا لأنه دين ثابت في حق العبد ظاهر في حق المولى ومثل هذا الدين يتعلق برقبة العبد على أصل أصحابنا والمسئلة ستأتي في كتاب المأذون وإن كان مدبراً أو مكاتباً فانهما يسعيان في المهر فيستوفى من كسبهما لتعذر الاستيفاء من رقبتهما بخبر وجههما عن احتمال البيع بالتدبير والكتابة وما لزم العبيد من ذلك بغير إذن المولى اتبعوا به بعد العتق لأنه دين تعلق بسبب لم يظهر في حق المولى فأشبهه الدين الثابت باقرار العبد المحجور أنه لا يلزمه للحال ويتبع به بعد العتق لما قلنا كذا هذا والله أعلم ومنها الولاية في النكاح فلا ينعقد نكاح من لا ولاية له والكلام في هذا الشرط يقع في مواضع في بيان أنواع الولاية وفي بيانه سبب ثبوت كل نوع وفي بيان شرط ثبوت كل نوع وما يتصل به أما الأول فالولاية في باب النكاح أنواع أربعة ولاية الملك وولاية القرابة وولاية الولاء وولاية الامامة أما ولاية الملك فسبب ثبوتها الملك لأن ولاية النكاح ولاية نظر والملك داعي إلى الشفقة والنظر في حق المملوك فكان سبباً لثبوت الولاية ولولا ولاية للمملوك لعدم الملك له إذ هو مملوك في نفسه فلا يكون مالكا وأما شرائط ثبوت هذه الولاية فثبوتها على الملك ومنها بلوغه فلا يجوز النكاح من المجنون والصبي الذي لا يعقل ولا من الصبي العاقل لأن هؤلاء ليسوا من أهل الولاية لأن أهلية الولاية بالقدر على تحصيل النظر في حق المولى عليه وذلك بكامل الرأي والعقل ولم يوجد إلا ترى أنه لا ولاية لهم على أنفسهم فكيف يكون على غيرهم ومنها الملك المطلق وهو أن يكون المولى عليه مملوك كالملك رقبة ويدأ على هذا يخرج نكاح الرجل أمة أو مدبرته أو أم ولده أو عبده أو مدبره أنه جائز سواء رضى به المملوك أو لا ولا يجوز نكاح المكاتب والمكتوبة إلا برضاها أما نكاح الامة والمدبرة وأم الولد فلا خلاف في جوازه صغيرة كانت أو كبيرة وأما نكاح العبد فإن كان صغيراً يجوز وإن كان كبيراً فقد ذكر في ظاهر الرواية أنه يجوز من غير رضاه وروى عن أبي حنيفة أنه لا يجوز إلا برضاؤه وبه أخذ الشافعي (وجه) هذه الرواية أن منافع العبد لم تدخل تحت ملك المولى بل هو أجنبي عنها والإنسان لا يملك التصرف في ملك غيره من غير رضاه ولهذا لا يملك نكاح المكاتب والمكتوبة بخلاف الامة لأن منافع بضعها مملوكة للمولى ولأن نكاح المكره لا ينفذ ما وضع له من المقاصد المطلوبة منه لأن حصولها بالدوام على النكاح والقرار عليه ونكاح المكره لا يدوم بل يزيله العبد بالطلاق فلا يفيد فائدة (وجه) ظاهر الرواية قوله تعالى وأنكحوا الإياحي منكم والصالحين من عبادكم وأما ثكم أمر الله سبحانه وتعالى المولى بالنكاح العبيد والاماء مطلقاً عن شرط الرضا في شرطه يحتاج إلى الدليل ولأن نكاح المملوك من المولى تصرف لنفسه لأن مقاصد النكاح ترجع إليه فإن الولد في نكاح الامة له وكذلك في نكاح أمة من عبده ومنفعة العقد عن الزنا الذي يوجب نقصان مالية مملوكة حصل له أيضاً فكان هذا النكاح تصرفاً لنفسه ومن تصرف في ملك نفسه لنفسه ينفذ

ولا يشترط فيه رضا المتصرف فيه كما في البيع والاجارة وسائر التصرفات ولان العبد ملكه بجميع أجزائه مطلقا لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم وكل مالك ولاية التصرف في ملكه اذا كان التصرف مصلحة وانكاح العبد مصلحة في حقه لما فيه من صيانة ملكه عن التقصان بواء طة الصيانة عن الزنا وقوله منافع البضع غير مملوكة لسيده ممنوع بل هي مملوكة الا أن مولاه اذا كانت أمة منعت من استيفائها لما فيه من الفساد وهذا لا يمنع ثبوت الملك كالجارية المجوسية والاخت من الرضاغة أنه يمنع المولى من الاستمتاع به مع قيام الملك كذا هذا والمالك المطلق لم يوجد في المكاتب لزوال ملك اليد بالكتابة حتى كان أحق بالكتابة ولهذا لم يدخل تحت مطلق اسم المملوك في قوله كل مملوك لي فهو حر الا بالنسبة بقيام ملك الرقبة ان اقتضى ثبوت الولاية فانعدام ملك اليد يمنع من الثبوت فلا تثبت الولاية بالشك ولان في التزويج من غير رضا المكاتب ضرر لان المولى بعقد الكتابة جعله أحق بكسبه ليتوصل بها الى شرف الحرية فالزويج من غير رضاه يوجب تعلق المهر والنفقة بكسبه فلا يصل الى الحرية فيتضرر به بشرط رضاه دفعا للضرر عنه وقوله لا فائدة في هذا النكاح ممنوع فان في طبع كل غل التوقان الى النساء فالظاهر هو قضاء الشهوة خصوصاً عند عدم المانع وهو الحرمة وكذا الظاهر من حال العبد الامتناع من بعض تصرف المولى احتراماً له فيبقى النكاح فيفيد فائدة تامة والله الموفق وأما ولاية القرابة فبسبب ثبوتها هو أصل القرابة وذاتها لا كمال القرابة وانما الكمال شرط التقدم على ما ذكرنا وهذا عند أصحابنا وعند الشافعي السبب هو القرابة القرابية وهي قرابة الولاد وعلى هذا يبنى أن لغير الاب والجد كالاخ والعلم ولاية النكاح عندنا خلافاً له واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر وحقيقة اسم اليتيمة للصغيرة لغة قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم ثم صلى الله عليه وسلم عن انكاح اليتيمة ومده الى غاية الاستمرار ولا تصير أهلاً للاستمرار الا بعد البلوغ فيتضمن البلوغ كانه قال صلى الله عليه وسلم حتى تبلغ وتستأمر ولان النكاح عقد اضرائاً في جانب النساء لما ذكرنا ان شاء الله تعالى في مثله انكاح البنت البالغة ومثل هذا التصرف لا يدخل تحت ولاية المولى كالطلاق والعتاق والمهبة وغيرها الا انه تثبت الولاية للاب والجد بالنص والاجماع لكامل شفقتهم واشفقة غير الاب والجد قاصرة وقد ظهر أثر القصور في سلب ولاية التصرف في الحال بالاجماع وسلب ولاية الزوم عندكم فتعذر اللاحاق ولنا قوله تعالى وأنكحوا الايامي منكم هذا خطاب لعامة المؤمنين لانه بني على قوله تعالى وتو بوا الى الله جميعاً أيها المؤمنون لعلكم تفلحون ثم خص منه الاجانب فبقيت الاقارب تحته الا من خص بدليل ولان سبب ولاية التنفيذ في الاب والجد هو مطلق القرابة لا القرابة القرابية وانما قرب القرابة بسبب زيادة الولاية وهي ولاية الزام لان مطلق القرابة حاصل على أصل الشفقة أعني به شفقة زائدة على شفقة الجنس وشفقة الاسلام وهي داعية الى تحصيل النظر في حق المولى عليه وشرطها عجز المولى عليه عن تحصيل النظر بنفسه مع حاجته الى التحصيل لان مصالح النكاح مضمة تحت الكفاءة والكف عجز الوجود فيحتاج الى احرازه للحال لاستيفاء مصالح النكاح بعد البلوغ وفائدها وقوعها وسيلة الى ما وضع النكاح له وكل ذلك موجود في انكاح الاخ والعلم فينفذ الا أنه لم يلزم تصرفه لانعدام شرط الزوم وهو قرب القرابة ولم تثبت له ولاية التصرف في المال لعدم الفائدة لانه لا سبيل الى القول بالزوم ولان قرابة غير الاب والجد ليست بملزمة ولا سبيل الى التولي بالنفاذ بدون الزوم لانه لا يفيد اذ المقصود من التصرف في المال وهو الرجح لا يحصل الا بتكرار التجارة ولا يحصل ذلك مع عدم الزوم ولانه اذا اشترى شيئاً يحتاج الى أن يمسه الى وقت البلوغ فلا يحصل المقصود فسقطت ولاية التصرف في المال بطريق الضرورة وهذه الضرورة منعدمة في ولاية الانكاح فثبتت ولاية الانكاح وأما الحديث فالمراد منه اليتيمة البالغة بدلالة الاستمرار وهذا وان كان مجازاً لكن فيما ذكره

أيضا اضمار فوقعت المعارضة فسقط الاحتجاج به أو نحملة على ما قلنا توفيقا بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض
ثم اذا زوج الصغير أو الصغيرة فلهما الخيار اذا بلغا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا خيار لهما ونذكر
المسئلة ان شاء الله تعالى في شرائط الزوم واما شرائط ثبوت هذه الولاية فنوعان في الاصل نوع هو شرط
ثبوت أصل الولاية ونوع هو شرط التقدم أما شرط ثبوت أصل الولاية فأشياء بعضها يرجع الى الولي
وبعضها يرجع الى المولى عليه وبعضها يرجع الى نفس التصرف أما الذي يرجع الى الولي فأشياء منها عقل
المولى ومنها بلوغه فلا تثبت الولاية للجنون والصبي لانهما ليسا من أهل الولاية لما ذكرنا في ولاية الملك ولهذا
لم تثبت لهما الولاية على أنفسهما مع أنهما أقرب اليهما فلان تثبت على غيرها أولى ومنها أن يكون بمن يرث
الخروج لان سبب ثبوت الولاية والوراثة واحد وهو القرابة وكل من يرثه يلى عليه ومن لا يرثه لا يلى عليه
وهذا يطرده على أصل أبي حنيفة خاصة وينعكس عند الكل فيخرج عليه مسائل فنقول لا ولاية للملوك على
أحد لانه لا يرث أحد اولان الملوك ليس من أهل الولاية ألا ترى أنه لا ولاية له على نفسه ولان الولاية تنبى عن
المالكية والشخص الواحد كيف يكون مالكاً ومملوكاً كافي زمان واحد لان هذه ولاية نظر ومصلحة ومصالح
النكاح لا يتوقف عليها الا بالتأمل والتدبر والملوك لا يشتغلون بخدمة مولاه لا يفرغ للتأمل والتدبر فلا يعرف
كون انكاحه مصلحة والله عز وجل الموفق ولا ولاية للمرتد على أحد لا على مسلم ولا على كافر ولا على
مرتد مثله لانه لا يرث أحد اولان الولاية له على نفسه حتى لا يجوز نكاحه أحد الامسلا ولا كافر ولا مرتدا
مثله فلا يكون له ولاية على غيره ولا ولاية للكافر على المسلم لانه لا مرات بينهما قال النبي صلى الله عليه وسلم
لا تتوارث أهل ملتين شيئاً ولان الكافر ليس من أهل الولاية على المسلم لان الشرع قطع ولاية الكافر على
المسلمين قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً وقال صلى الله عليه وسلم الاسلام يعملو
ولا يعمل ولان اثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر باذلال المسلم من جهة الكافر وهذا لا يجوز ولهذا صيغت
المسئلة عن نكاح الكافر وكذلك ان كان الولي مسلماً والمولى عليه كافراً فلا ولاية له عليه لان المسلم لا يرث
الكافر كما أن الكافر لا يرث المسلم قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن الا أن
ولد المرتد اذا كان مؤمناً صار مخصوصاً عن النص وأما اسلام الولي فليس بشرط ثبوت الولاية في الجملة فيلى
الكافر على الكافر لان الكفر لا يقدح في الشفقة الباعثة عن تحصيل النظر في حق المولى عليه ولا في الوراثة فان
الكافر يرث الكافر ولهذا كان من أهل الولاية على نفسه فكذلك على غيره وقال عز وجل الذين كفروا وبعضهم
أولياء بعض وكذا العدالة ليست بشرط ثبوت الولاية عند أصحابنا وللناسق أن يزوج ابنه وابنته الصغيرين
وعند الشافعي شرط وليس للفاسق ولاية التزويج واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال
لانكاح الابوي مرشد والمرشد بمعنى الرشيد كالمصاح بمعنى الصالح والفاسق ليس برشيد ولان الولاية من باب
الكرامة والفسق سبب الاهانة ولهذا لم أقبل شهادته ولنا عموم قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم وقوله صلى
الله عليه وسلم زوجوا بناتكم الا كفءاً من غير فصل ولنا اجماع الامة أيضاً فان الناس عن آخرهم عامهم
وخاصهم من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير تكريم من أحد خصوصاً
الاعراب والاكراد والأتراك ولان هذه ولاية نظر والفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر ولا في الداعي
اليه وهو الشفقة وكذا لا يقدح في الوراثة فلا يقدح في الولاية كالمعدل ولان الفاسق من أهل الولاية على نفسه
فيكون من أهل الولاية على غيره كالمعدل ولهذا قبلنا شهادته ولا نه من أهل أحد نوعي الولاية وهو ولاية الملك حتى
يزوج أمته فيكون من أهل النوع الآخر وأما الحديث فقد قيل انه لم يثبت بدون هذه الزيادة فكيف يثبت
مع الزيادة ولو ثبت فتقول بموجبه والفاسق مرشد لانه يرشد غيره لوجود آلة الارشاد وهو العقل فكان هذا نفي

الولاية للمجنون وبه يقول ان المجنون لا يصلح وليا والمحدود في القذف اذا تاب فله ولاية الانكاح بلا خلاف
لانه اذا تاب فقد صار عدلا وان لم يثبت فهو على الاختلاف لانه فاسق والله الموفق واما كون المولى من
العصبات فهل هو شرط ثبوت الولاية أم لا فتقول وبالله التوفيق جملة الكلام فيه انه لا خلاف في أن للاب
والجد ولاية الانكاح الا شئ يحكى عن عثمان بن عفان النبي وابن شبرمة انهما قالوا ليس لهما ولاية التزويج (وجه) قوله
ان حكم النكاح اذا ثبت لا يقتصر على حال الصغر بل يدوم ويبقى الى ما بعد البلوغ الى أن يوجد ما يبطله وفي هذا
ثبوت الولاية على البالغة ولا نه استبدأ وكأنه انشأ الانكاح بعد البلوغ وهذا لا يجوز ولنا قوله تعالى وأنكحوا
الايمانى منكم والايام اسم لا تسمى بنات آدم عليه الصلاة والسلام كبيرة كانت أو صغيرة لازوج لها وكلمة من
ان كانت للتبعيض يكون هذا خطأ بالآباء وان كانت للتجنيس يكون خطأ بالجنس المؤمنين وعموم الخطاب
يتناول الاب والجد وأنكح الصديق رضى الله عنه عائشة رضى الله عنها وهى بنت ست سنين من رسول الله
صلى الله عليه وسلم وتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوج على ابنته أم كلثوم وهى صغيرة من
عمر بن الخطاب رضى الله عنه وزوج عبد الله بن عمر ابنته وهى صغيرة عروبة بن الزبير رضى الله عنهم وبه
تبين أن قولهم ما خرج مخالفا لاجماع الصحابة وكان مردودا وأما قولهم ان حكم النكاح يبق بعد البلوغ
فنعم ولكن بالانكاح السابق لا بالنكاح مبتدأ بعد البلوغ وهذا جائز كما في البيع فان لهما ولاية بيع
مال الصغير وان كان حكم البيع وهو الملك يبقى بعد البلوغ لما قلنا كذا وهذا للاب قبض صداق ابنته
البكر صغيرة كانت أو بالغة ويبرأ الزوج بقبضه أما الصغيرة فلا شك فيه لان له ولاية التصرف في مالها
وأما البالغة فلانها تستحق من المطالبة به بنفسها كما تستحق عن التكلم بالنكاح فجعل سكوتها رضا
بقبض الاب كما جعل رضا بالنكاح ولان الظاهر أنها ترضى بقبض الاب لانه قبض مهرها فيضم
اليه أمثاله فيجهزها به هذا هو الظاهر فكان مأذونا بالقبض من جهته لا لته حتى لو نهته عن القبض لا يتملك
القبض ولا يبرأ الزوج وكذا الجد يقوم مقامه عند عدمه وان كانت ابنته عاقلة وهى ثيب فالقبض اليها
لا الى الاب ويبرأ الزوج بدفعه اليها ولا يبرأ بالدفع الى الاب وما سوى الاب والجد من الاولياء
ليس لهم ولاية القبض سواء كانت صغيرة أو كبيرة الا اذا كان الولي وهو الوصى فله حق القبض اذا كانت
صغيرة كما يقبض سائر ديونها وليس للوصى حق القبض الا اذا كانت صغيرة واذا ضمن الولي المهر صرح ضمائه
لان حقوق العقد لا تتعلق به فصار كالاجنبي بخلاف الوكيل بالبيع اذا ضمن عن المشتري الثمن والمرأة الخيار في
مطالبة زوجها أو وليها لوجود ثبوت سبب حق المطالبة من كل واحد منهم ما هو العقد من الزوج والضمان
من الولي ولا خلاف بين أصحابنا في أن لغير الاب والجد من العصبات ولاية الانكاح والاقراب فالأقرب على
ترتيب العصبات في الميراث واختلفوا في غير العصبات قال أبو يوسف ومحمد لا يجوز انكاحه حتى لم يتوارثا
بنلك النكاح ويقف على اجازة العصبية وعن أبي حنيفة فيه روايتان وهذا يرجع الى ما ذكرنا ان عصبوبة
الولي هل هى شرط لثبوت الولاية مع اتفاقهم على أنها شرط التقديم فعندها هى شرط ثبوت أصل الولاية وهى
رواية الحسن عن أبي حنيفة فانه روى عنه انه قال لا يزوج الصغيرة الا بالعصبية وروى أبو يوسف ومحمد عن
أبي حنيفة أنها ليست بشرط لثبوت أصل الولاية وانما هى شرط التقديم على قرابة الرحم حتى انه اذا كان هناك
عصبية لا تثبت لغير العصبية ولاية الانكاح وان لم يكن ثمة عصبية فلغير العصبية من القرابات من الرجال والنساء
نحو الام والاخت والحالة ولاية التزويج الاقرب فالأقرب اذا كان المزوج من يرث المزوج وهو الولاية
المشهورة عن أبي حنيفة (وجه) قولهم ما روى عن علي رضى الله عنه أنه قال النكاح الى العصبات فوض
كل نكاح الى كل عصبية لانه قابل الجنس بالجنس أو بالجمع فيقتضى مقابلة الفرد بالفرد ولان الأصل في

الولاية هم العصبات فان كان الرأى وتدبير القليلة وصيانتها عما يوجب العار والشين اليهم فكانوا هم الذين يحرزون عن ذلك بالنظر والتأمل في أمر النكاح فكانوا هم المحققين بالولاية ولهذا كانت قرابة التعصيب مقدمة على قرابة الرحم بالاجماع ولا بد من حنيفة عموم قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من غير فصل بين العصبات وغيرهم فتثبت ولاية الانكاح على العموم الامن خص بدليل ولان سبب ثبوت الولاية هو مطلق القرابة وذاتهما لما بيننا أن القرابة حاملة على الشفقة في حق القريب داعية اليها وقد وجد ههنا فوجد السبب ووجد شرط الثبوت أيضا وهو عجز المولى عليه عن المباشرة بنفسه وانما العصبوبة وقرب القرابة شرط التقدم لاشترط ثبوت أصل الولاية فلا جرم العصبية تتقدم على ذى الرحم والا قرب من غير العصبية يتقدم على الا بعد ولان ولاية الانكاح مرتبة على استحقاق الميراث لا لتحاد سبب ثبوتها وهو القرابة فكل من استحق من الميراث استحق الولاية ألا ترى أن الاب اذا كان عبدا لولاه له لان العبد لا يرث أحدا وكذا اذا كان كافرا والمولى عليه مسلم لا ولاية له لانه لا يرثه وكذا اذا كان مسلما والمولى عليه كافرا لا ولاية له لانه لا ميراث له منه فتثبت أن الولاية تدور مع استحقاق الميراث فتثبت لكل قريب يرث زوج ولا يلزم على هذه القاعدة المولى انه يزوج ولا يرث وكذا الامام يزوج ولا يرث لان هذا عكس العلة لان طرد ما قلنا ان كل من يرث زوج وهذا مطرد على أصل أبي حنيفة وعكسه ان كل من لا يرث لا يزوج والشرط في العسل الشرعية الاطراد دون الانعكاس لجواز اثبات الحكم الشرعى بعسل ثم نقول ما قلناه منعكس أيضا ألا ترى أن للمولى الولاء في مملوكه وهو نوع ارث وأما الامام فهو نائب عن جماعة المسلمين وهم يرثون من لاولى له من جهة الملك والقرابة والولاء ألا ترى أن ميراثه لبيت المال وبيت المال مالهم فكانت الولاية في الحقيقة لهم وانما الامام نائب عنهم فيتزوجون ويرثون أيضا فاطردها هذا الاصل وانعكس بحمد الله تعالى وأما قول على رضي الله عنه النكاح الى العصبات فالمراد منه حال وجود العصبية لاستحالة تهويض النكاح الى العصبية ولا عصبية ونحن به نقول ان النكاح الى العصبيات حال وجود العصبية ولا كلام فيه والله أعلم

فصل * وأما الذى يرجع الى المولى عليه فنقول الولاية بالنسبة الى المولى عليه نوعان ولاية حتم وإيجاب وولاية تدب واستحباب وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وأما على أصل محمد فهى نوعان أيضا ولاية استبداد وولاية شركة وهى قول أبي يوسف الآخر وكذا نقول الشافعى الآن بينهما اختلاف في كيفية الشركة على ما نذكر ان شاء الله وأما ولاية الحتم والإيجاب والاستبداد فشرط ثبوتها على أصل أصحابنا كون المولى عليه صغيرا أو صغيرة أو مجنونا كبيرا أو مجنونة كبيرة سواء كانت الصغيرة بكرة أو ثيبا فلا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل ولا على العاقلة البالغة وعلى أصل الشافعى شرط ثبوت ولاية الاستبداد في النكاح هو الصغر وفي الجارية البكارة سواء كانت صغيرة أو بالغة فلا تثبت هذه الولاية عنده على الثيب سواء كانت بالغة أو صغيرة والاصل ان هذه الولاية على أصل أصحابنا تدور مع الصغر وجودا وعدمه في الصغير والصغيرة وعنده في الصغير كذلك اما في الصغيرة فانها تدور مع البكارة وجودا وعدمها وفي الكبير والكبيرة تدور مع الجنون وجودا وعدمه سواء كان الجنون أصليا بأن بلغ مجنونا أو عارضا بأن طرأ بعد البلوغ عندنا وقال زفر اذا طرأ الجنون لم يجز للمولى التزوج وعلى هذا يبنى أن الاب والجد لا يملكان انكاح البكر البالغة بغير رضاها عندنا وقال الشافعى يملكانه ولا خلاف في أنهما لا يملكان انكاح الثيب البالغة بغير رضاها (وجه) قوله ان البكر وان كانت عاقلة بالغة فلا تعلم بمصالح النكاح لان العلم بها يقف على التجربة

والممارسة وذلك بالثبابة ولم توجد فالتحقت بالبكر الصغيرة فبقيت ولاية الاستبداد عليها ولهذا ملك الاب قبض
 صداقها من غير رضاها بخلاف الثيب البالغة لانها علمت بمصالح النكاح وبالممارسة ومصاحبة الرجال
 فاقطعت ولاية الاستبداد عنها ولنا أن الثيب البالغة لا تروج الابرضها فكذا البكر البالغة والجامع بينهما
 وجهان أحدهما طريق أبي حنيفة وأبي يوسف الأول والثاني طريق محمد وأبي يوسف الآخر أما
 طريق أبي حنيفة فهو أن ولاية الحتم والایجاب في حالة الصغر انما تثبت بطريق الثبابة عن الصغيرة لعجزها
 عن التصرف على وجه النظر والمصلحة بنفسها وبالبلوغ والعقل زال العجز وثبتت القدرة حقيقة
 ولهذا صارت من أهل الخطاب في أحكام الشرع الا انها مع قدرتها حقيقة عاجزة عن مباشرة النكاح عجز
 ندب واستعجاب لانها تحتاج الى المحر وج الى محافل الرجال والمرأة مخدرة مستورة والخروج الى محفل
 الرجال من النساء عيب في العادة فكان عجزها عجز ندب واستعجاب لا حقيقة فثبتت الولاية عليها على حسب
 العجز وهي ولاية ندب واستعجاب لا ولاية حتم وإيجاب اثباتا للحكم على قدر المصلحة وأما طريق محمد فهو أن
 الثابت بعد البلوغ ولاية الشركة لا ولاية الاستبداد فلا بد من الرضا بكافي الثيب البالغة على ما ذكره
 ان شاء الله تعالى في مسألة النكاح بغير ولي وانما ملك الاب قبض صداقها لوجود الرضا بذلك منها دلالة لان
 العادة أن الاب يضم الى الصداق من خالص ماله ويجهز بنته البكر حتى لو نهته عن القبض لا يملك بخلاف الثيب
 فان العادة ما جرت بشكر اراجهاز واذا كان الرضا في نكاح البالغة شرط الجواز فاذا زوجت بغير اذنها
 توقف التزويج على رضاها فان رضيت جاز وان ردت بطل ثمن ان كانت ثيبا فرضاها يعرف بالقول تارة وبالفعل
 أخرى أما القول فهو التنصيص على الرضا وما يجزى مجراه نحو أن تقول رضيت أو أجزت ونحو ذلك والاصل
 فيه قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور وقوله صلى الله عليه وسلم الثيب يعرب عنها لسانها وقوله صلى
 الله عليه وسلم تستأمر النساء في ابضاعهن وقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر والمراد
 منه البالغة وأما الفعل فتحوا التمكين من نفسها والمطالبة بالمهر والنفقة ونحو ذلك لان ذلك دليل الرضا والرضا
 يشيت بالنص مرة بالدليل أخرى والاصل فيه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لبريرة ان
 وطئك زوجك فلا خيار لك وان كانت بكرا فان رضاها يعرف بهذين الطريقين وبثالث وهو السكوت
 وهذا استحسان والقياس أن لا يكون سكوتها رضا (وجهه) القياس أن السكوت يحتمل الرضا
 ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الرضا مع الشك والاحتمال ولهذا لم يجعل دليلا اذا كان المزوج أجنبيا أو
 وليا غيره أولى منه (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال تستأمر النساء في ابضاعهن فقالت
 عائشة رضي الله عنها ان البكر تستحي يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم اذنها صماتها وروى سكوتها رضاها
 وروى سكوتها اقرارها وكل ذلك نص في الباب وروى البكر تستأمر في نفسها فان سككت فقد رضيت وهذا
 أيضا نص ولان البكر تستحي عن النطق بالاذن في النكاح لما فيه من اظهار رغبته في الرجال فتنسب الى
 الوقاحة فلم يجعل سكوتها اذنا ورضا بالنكاح دلالة وشرطا استنطاقها وانما لا تنطق عادة لفانت عليها مصالح
 النكاح مع حاجتها الى ذلك وهذا لا يجوز وقوله السكوت يحتمل مسلم لكن ترجع جانب الرضا على جانب
 السخط لانها لو لم تكن راضية لردت لانها ان كانت تستحي عن الاذن فلا تستحي عن الرد فلا سكتت ولم
 ترد دل انما راضية بخلاف ما اذا زوجها أجنبيا أو وليا غيره أولى منه لان هناك اذا واحتمال السخط لانها
 يحتمل انما سكتت عن جوابه مع انها قادرة على الرد تنقيها لله وعدم المبالاة بكلامه وهذا أمر معلوم بالعادة
 فبطل رجحان دليل الرضا لانها انما تستحي من الاولياء لا من الاجانب والابعد عند قيام الاقرب وحضوره
 أجنبيا فكانت في حق الاجانب كالثيب فلا بد من فعل أو قول يدل عليه ولان المزوج اذا كان أجنبيا واذا كان

الولى الابد كان جواز النكاح من طريق الو كالة لا من طريق الولاية لانعدامها والوكالة لا تثبت الا بالقول
واذا كان وليا فالجواز بطريق الولاية فلا يفتقر الى القول ولو بلغها النكاح فضحكت كان اجازة لان
الانسان انما يضحك مما يسهه فكان دليل الرضا ولو بكت روى عن أبي يوسف انه يكون اجازة وروى عنه
رواية أخرى انه لا يكون اجازة بل يكون ردا وهو قول محمد (وجه) الرواية الاولى ان البكاء قد يكون للحزن
وقد يكون لشدة الفرح فلا يجعل ردا ولا اجازة للتعارض فصار كأنها سكنت فكان رضا (وجه) الرواية
الآخرى وهو قول محمد ان البكاء لا يكون الا من حزن عادة فكان دليل السخط والكره لا دليل الاذن
والاجازة ولو زوجها وليان كل منهما رجلا فبلغها ذلك فان أجازت أحد العقدين جاز الذي أجازته
وبطل الآخر وان أجازتهما باطلا لان الاجازة منها بمنزلة الانشاء كأنها تزوجت بز وجهين وذلك
باطل كذا هذا وان سكنت روى عن محمد ان ذلك لا يكون ردا ولا اجازة حتى يجزأ أحدهما بالقول أو بفعل
يدل على الاجازة وروى عنه رواية أخرى انها اذا سكنت بطل العقدان جميعا (وجه) هذه الرواية ان
السكوت من البكر كالا اجازة فكانها أجازت العقدين جميعا (وجه) الرواية الأخرى ان هذا
السكوت لا يمكن أن يجعل اجازة لانه لو جعل اجازة فاما أن يجعل اجازة للعقدين جميعا واما أن
يجعل اجازة لاحدهما لا شيل الى الاول لان انشاء العقدين جميعا ممتنع فامتنعت اجازتهما لا شيل الى الثاني
لانه ليس أحد العقدين بأولى بالاجازة من الآخر فالتحقق السكوت بالعدم وقف الامر على الاجازة بقول أو
بفعل يدل على الاجازة لاحدهما وكذلك اذا استؤثرت البكر فسكنت في الابتداء فهو اذن اذا كان المستأذن
ولياما ذكرنا لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان اذا خطب احدى بناته دنا من خدرها
وقال ان فلانا يذ كرفلانة ثم يز وجهها فدل ان السكوت عند استئثار الولي اذن دلالة لوقا لوالى الولي اذا قال للبكر انى
أريد أن أز وجك فلانا فقالت غيره أولى منه لم يكن ذلك اذنا ولو زوجها ثم أخبرها فقالت قد كان غيره
أولى منه كان اجازة لان قولها فى الفصل الاول اظهر عدم الرضا بالتزوج من فلان وقولها فى الفصل
الثاني قبول أو سكوت عن الرد وسكوت البكر عن الرد يكون رضا ولو قال الولي أريد أن أز وجك من رجل
ولم يسمه فسكنت لم يكن رضا كذا روى عن محمد لان الرضا بالشئ بدون العلم به لا يتحقق ولو قال أز وجك
فلانا أو فلانا حتى عدا جماعة فسكنت فن أهمز وجهها جاز ولو سمي لها الجماعة مجعلا بأن قال أريد أن أز وجك
من جبيرانى أو من بنى عى فسكنت فان كانوا يحصون فهو رضا وان كانوا لا يحصون لم يكن رضا لانهم اذا
كانوا يحصون يعلمون فيتملى الرضا بهم واذا لم يحصوا لم يعلموا فلا يتصور الرضا لان الرضا بغير المعلوم محال
والله تعالى الموفق وذكر فى الفتاوى أن الولي اذا سمى الزوج ولم يسم المهرانه كم هو فسكنت فسكونها لا يكون
رضا لان تمام الرضا لا يثبت الا بذكر الزوج والمهر ثم الاجازة من طريق الدلالة لا تثبت الا بعد العلم بالنكاح
لان الرضا بالنكاح قبل العلم به لا يتصور واذا زوج الثيب البالغة ولى فقالت لم أرض ولم آذن وقال الزوج
قد آذنت فالقول قول المرأة لان الزوج يدعى عليها حدوث أمر لم يكن وهو الاذن والرضا وهى تنكر فكان
القول قولها (وأما) البكر اذا تزوجت فقال الزوج بلغك العقد فسكنت فقالت رددت فالقول قولها عند
أصحنا الثلاثة وقال زفر القول قول الزوج (وجه) قوله ان المرأة تدعى أمرا حادنا وهو الرد والزواج ينكر
القول فكان القول قول المنكر (ولنا) ان المرأة وان كانت مدعية ظاهرا فهى منكرة فى الحقيقة لان
الزوج يدعى عليها جواز العقد بالسكوت وهى تنكر فكان القول قولها كالمودع اذا قال رددت الودعة كان
القول قوله وان كان مدعيا لرد ظاهر لكونه منكرا للضمان حقيقة كذا هذا ثم فى هذين الفصلين لا يمين عليها
فى قول أبي حنيفة وفى قولهما عليها اليمين وهو الخلاف المعروف ان الاستحسان المعروف لا يجرى فى الاشياء

السة عنده وعندهما يجري والمسئلة تذكر ان شاء الله تعالى في كتاب الدعوى ثم اذا اختلف الحكم في البكر
 البالغة والثيب البالغة في الجملة حتى جعل السكوت رضا من البكر دون الثيب وللأب ولاية قبض صداق
 البكر بغير اذنها الا اذا نكحته نصا وليس له ولاية قبض مهر الثيب الا باذنها فلا بد من معرفة البكارة والثيابة
 في الحكم لا في الحقيقة لان حقيقة البكارة بقاء العذرة وحقيقة الثيابة زوال العذرة وأما الحكم غير مبني على
 ذلك بالاجماع فتقول لا خلاف في أن كل من زالت عذرتها بوثبة أو طفرة أو حيضة أو طول التعيس أنها في
 حكم الابكار تزوج كما تزوج الابكار ولا خلاف أيضا ان من زالت عذرتها بوطاء يتعلق به ثبوت النسب
 وهو الوطاء بمقد جائز أو فاسد أو شبهة عقد وجب لها مهر بذلك الوطاء أنها تزوج كما تزوج الثيب (وأما)
 اذا زالت عذرتها بالزنا فأنها تزوج كما تزوج الابكار في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي
 تزوج كما تزوج الثيب احتجاجا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال البكر تستأمر في نفسها
 والثيب تشاور وقال صلى الله عليه وسلم والثيب يعرب عنها لسانها وهذه ثيب حقة لان الثيب حقيقة
 من زالت عذرتها وهذه كذلك فيجري عليها أحكام الثيب ومن أحكامها أنه لا يجوز نكاحها بغير اذنها نصا
 فلا يكتفى بسكوتها ولا بى حنيفة ان علة وضع النطق شرعا واقامة السكوت مقامه في البكر هو الحياء وقد وجد
 ودلالة ان العلة ما قلنا اشارة النص والمعقول أما الاول فلما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال
 تستأمر النساء في أبضاعهن فقالت عائشة رضي الله عنها لان البكر تستحيي يا رسول الله فقال صلى الله عليه
 وسلم اذنها صماتها فلا استدلال به أن قوله صلى الله عليه وسلم اذنها صماتها خرج جوابا لقول عائشة
 رضي الله عنها ان البكر تستحيي أى عن الاذن بالنكاح نطقا والجواب بمقتضى اعادة السؤال لان الجواب
 لا يتم بدون السؤال كانه قال صلى الله عليه وسلم اذا كانت البكر تستحيي عن الاذن بالنكاح نطقا فاذنها
 صماتها فهذا اشارة الى أن الحياء علة وضع النطق وقيام الصمات مقام الاذن علة منصوصة وعلة النص لا تنقيد
 بمحل النص كالطواف في المهر ونحو ذلك وأما المعقول فهو أن الحياء في البكر مانع من النطق بصريح الاذن
 بالنكاح لما فيه من اظهار رغبته في الرجال لان النكاح سبب الوطاء والناس يستقبحون ذلك منها ويذمونها
 وينسبونها الى الوقاحة وذلك مانع لها من النطق بالاذن الصريح وهي محتاجة الى النكاح فلو شرط استنطاقها
 وهي لا تنطق عادة لفات عليها النكاح مع حاجتها اليه وهذا لا يجوز والحياء موجود في حق هذه وان كانت
 ثيبا حقيقة لان زوال بكارته لم يظهر للناس فيستقبحون منها الاذن بالنكاح صريحا ويعدونه من باب الوقاحة
 ولا يزول ذلك ما لم يوجد النكاح ويشهر الزنا فينشد لا يستقبح الاظهار بالاذن ولا يعد عيبا بل الامتناع عن
 الاذن عند استئثار الولي يعد عونه منها الحصول العلم للناس بظهور رغبته في الرجال (وأما الحديث) فالمراد
 منه الثيب التي تعارفها الناس ثيبا لان مطلق الكلام ينصرف الى المتعارف بين الناس ولهذا لم تدخل البكر
 التي زالت عذرتها بالطفرة والوثبة والحيضة ونحو ذلك في هذا الحديث وان كانت ثيبا حقيقة والله أعلم وعلى
 هذا يخرج انكاح الاب والجد والثيب الصغيرة أنه جائز عند أصحابنا وعند الشافعي أنه لا يجوز انكاحها للحال
 ويتأخر الى ما بعد البلوغ فيزوجه الولي بعد البلوغ باذنها صريحا لا بالسكوت واحتج بما روى عن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر واليتيمة اسم للصغيرة في اللغة ولان الثيابة
 دليل العلم بمصالح النكاح ولان حدوثها يكون بعد العقل والتمييز عادة وقد حصل لها بالتجربة والممارسة
 وهذا ان لم يصلح لا ثبات الولاية لها يصلح دافعا ولاية الولي عنها للحال والتأخير الى ما بعد البلوغ بخلاف البكر
 البالغة لان البكارة دليل الجهل بمنافع النكاح ومضاره فالتحق عقلها بالعدم على ما مر ولان النكاح في جانب
 النساء ضرر قطع لما نذكر ان شاء الله تعالى فلا مصلحة الا عند الحاجة الى قضاء الشهوة لان مصالح النكاح

يقف عليه ولم يوجد في الثيب الصغيرة والجواز في البكر ثبت بفعل النبي صلى الله عليه وسلم واجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما ذكرنا فيما تقدم (ولنا) قوله تعالى وأنكحوا الأباكم والأباكم منكم ولا تثنى لزوج لها كبيرة أو صغيرة فيقتضى ثبوت الولاية عاما لا من خص بدليل ولان الولاية كانت ناجزة قبل زوال البكارة لوجود سبب ثبوت الولاية وهو القرابة الكاملة والشقة الوافرة ووجود شرط الثبوت وهي حاجة الصغيرة الى النكاح لاستيفاء المصالح بعد البلوغ وعجزها عن ذلك بنفسها وقدرة الولي عليه والعارض ليس الا الثبابة وأثرها في زيادة الحاجة الى الانكاح لانها مارست الرجال وصحبتهم وللصغيرة أثر في الميل الى من تعاشره معاشرة جميلة فلما ثبتت الولاية على البكر الصغيرة فلان تبقى على الثيب الصغيرة أولى والمراد من الحديث البالغة لما مر والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة تزوج كما يزوج الصغير والصغيرة عند أصحابنا الثلاثة أصليا كان المجنون أو طارئا بعد البلوغ وقال زفر ليس للولي ان يزوج المجنون جنونا طارئا (وجه) قوله ان ولاية الولي قد زالت بالبلوغ عن عقل فلا تعود بعد ذلك بطريان المجنون كما لو بلغ معنى عليه ثم زال الانغماء (ولنا) انه وجد سبب ثبوت الولاية وهو القرابة وشرطه وهو عجز المولى عليه وهو حاجته وفي ثبوت الولاية فائدة فثبتت ولهذا اثبتت في الجنون الاصل كذا في الطارئ وثبتت ولاية التصرف في ماله كذا في نفسه والله أعلم

فصل * وأما الذي يرجع الى نفس التصرف فهو أن يكون التصرف نافعا في حق المولى عليه لا ضارا في حقه فليس للاب والوصي والجسد أن يزوج عبد الصغير والصغيرة حرة ولا أمة لغيرهما لان هذا التصرف ضار في حق المولى عليه لان المهر والنفقة يتعلقان برقة العبد من غير أن يحصل للصغير مال في مقابله والاضرار لا يدخل تحت ولاية الولي كالطلاق والعناق والتبرعات وكذا كل من يتصرف على غيره بالاذن لا يملك انكاح العبد كالمكاتب والشريك والمضارب والمأذون لان اطلاق التصرف لهؤلاء مقيّد بالنظر وأما تزويج الامة حرا أو عبدا لغيرها فيملكه الاب والجسد والوصي والمكاتب والمفاوض والقاضي وأمين القاضي لانه نفع محض لكونه تحصيل مال من غير أن يقابل به مال فيملكه هؤلاء الا ترى انهم يملكون البيع مع أنه مقابلة المال بالمال فبدأ أولى فاما شريك العنان والمضارب والمأذون فلا يملكون تزويج الامة في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يملكون (وجه) قول أبي يوسف أن هذا التصرف نافع لانه تحصيل مال لا يقابل به مال فيملكه كشرائك المفاوضة (وجه) قوله ان التصرف هو لا يختص بالتجارة والنكاح ليس من التجارة بدليل ان المأذون لا تزوج نفسها ولو كان النكاح تجارة لملك لان التجارة معاوضة المال بالمال والنكاح معاوضة البضع بالمال فلم يكن تجارة فلا يدخل تحت ولا ينهم بخلاف المفاوض لان تصرفه مختص بالنفع لا بالتجارة وهذا نافع ولو تزوج امته من عبداً بنه قال أبو يوسف يجوز وقال زفر لا يجوز (وجه) قول زفر ان تزويج عبده الصغير لم يدخل تحت ولاية الاب فكان الاب فيه كالأجنبي واحتمال الضرر ثابت لجواز أن يبيع الامة فيتعلق المهر والنفقة برقة العبد فيتضرر به الصغير فيصير كأنه زوجه أمة الغير (ولنا) ان ثبوت الولاية موجود فلا يمنع الثبوت الا لمكان الضرر وهذا نفع لا مضرة فيه لان الاولاد له ولا يتعلق المهر والنفقة برقة العبد فكان نفعاً محضاً فيملكه قوله لا يحتمل ان يبيعه قلنا ويحتمل أن لا يبيعه فلا يجوز تعطيل الولاية المحففة للحال لا امر يحتمل الوجود والعدم وعلى هذا يخرج ما اذا زوج الاب أو الجسد الصغيرة من كف بدون مهر المثل أو زوج ابنته الصغيرة امرأة بأكثر من مهر مثلها انه ان كان ذلك مما يتغابن الناس في مثله لا يجوز بالاجماع وان كان مما لا يتغابن الناس في مثله يجوز في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد لا يجوز وذكر هشام عنهما ان النكاح باطل ولو زوج ابنته الصغيرة بمهر مثلها من غير كف فهو على هذا الخلاف ولو قل غير الاب والجسد شيئاً ما ذكرنا لا يجوز في قولهم جميعاً (وجه) قوله ان ولاية الانكاح تثبت نظراً في حق المولى عليه

ولا نظري في الخط على مهر المثل في انكاح الصغيرة ولا في الزيادة على مهر المثل في انكاح الصغير بل فيه ضرر بهما
والا ضرارا لا يدخل تحت ولاية الولي ولهذا لا يملك غير الاب والجد كذا هذا ولا في حنيفة ما روي أن أبا بكر
الصديق رضي الله عنه زوج عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة من رسول الله صلى الله عليه وسلم على خمسمائة
درهم وتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك ومعلوم أن مهر مثلها كان أضعاف ذلك ولأن الاب
وافر الشفقة على ولده ينظر له ما لا ينظر لنفسه والظاهر أنه لا يهمل ذلك الا لتوفير مقصود من مقاصد النكاح هو
أنفع وأجدي من كثير من المال من مواقة الاخلاق وحسن الصحبة والمعاشرة بالمعروف ونحو ذلك من
المعاني المقصودة بالنكاح فكان تصرفه والحالة هذه نظرا للصغير والصغيرة لا ضررا بهما بخلاف غير الاب
والجد لان وجه الضرر في تصرفهما ظاهر وليس ثمة دليل يدل على اشتماله على المصلحة الباطنة الخفية
التي تريد على الضرر الظاهر لان ذلك انما يعرف بوفور الشفقة ولم يوجد بخلاف ما اذا باع الاب أمة لهما
بأقل من قيمتهما لا يتغابن الناس فيه أنه لا يجوز لان البيع معاوضة المال بالمال والمقصود من المعاوضات
المالية هو الوصول الى عوض المالى ولم يوجد بخلاف ما اذا زوج أمته بأقل من مهر مثلها أنه لا يجوز
لأنه أنفع لهما فيما يحصل للامة من حظ الزوج وانما منفعتهما في حصول عوض بضع الامة لهما وهو مهر المثل ولم
يحصل وعلى هذا الخلاف التوكيل بأن وكل رجل رجلا بأن يزوج امرأة فزوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها
مقدار ما لا يتغابن الناس في مثله أو وكلت امرأة رجلا بأن يزوجها من رجل فزوجه من رجل بدون صداق
مثلها أو من غير كف فهو على اختلاف الوكيل بالبيع المطلق ونذكر المسئلة ان شاء الله تعالى في كتاب الوكالة
وعلى هذا الوكيل بالتزويج من جانب الرجل أو المرأة اذا زوج الموكل من لا تقبل شهادة الوكيل له فهو على
الاختلاف في البيع ونذكر ذلك كله ان شاء الله تعالى في كتاب الوكالة وعلى هذا الخلاف الوكيل من جانب
الرجل بالتزويج اذا زوج أمة لغيره أنه يجوز عند أبي حنيفة لا طلاق اللفظ ولسقوط اعتبار الكفاءة من جانب
النساء وعندها لا يجوز لان المطلق ينصرف الى المتعارف وتعتبر الكفاءة من جانبين عندهما في مثل هذا الموضع
لمكان العرف استحسانا على ما نذكر ان شاء الله تعالى في موضعه ولو أقر الاب على ابنته الصغيرة بالنكاح أو على
ابنته الصغيرة لا يصدق في اقراره حتى يشهد شاهدان على نفس النكاح في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد
يصدق من غير شهود وصورة المسئلة في موضعين أحدهما ان تدعى امرأة نكاح الصغير أو تدعى رجل نكاح
الصغيرة والاب ينكر ذلك فيقيم المدعى بينة على اقرار الاب بالنكاح فعند أبي حنيفة لا تقبل هذه الشهادة حتى
يشهد شاهدان على نفس العقد وعندهما تقبل ويظهر النكاح والثاني أن يدعى رجل نكاح الصغيرة أو امرأة
نكاح الصغير بعد بلوغهما أو هما منكران ذلك فأقام المدعى البينة على اقرار الاب بالنكاح في حال الصغير وعلى
هذا الخلاف الوكيل بالنكاح اذا أقر على موكله أو على موكلته بالنكاح والمولى اذا أقر على عبده بالنكاح
أنه لا يقبل عند أبي حنيفة وعندهما يقبل وأجمعوا على أن المولى اذا أقر على أمته بالنكاح أنه يصدق من غير
شهادة (وجه) قوله ما أنه ان أقر بعقد يملك انشاءه فيصدق فيه من غير شهود كما لو أقر بتزويج أمته ولا شك
أنه أقر بعقد يملك انشاءه لانه يملك انشاء النكاح على الصغير والصغيرة والعبد ونحو ذلك واذا ملك انشاءه لم يكن
منهما في الاقرار فيصدق كالمولى اذا أقر بالنكاح في مدة الايلاء وزوج المعتدة اذا قال في العدة راجعتك لما قلنا
كذا هذا ولا في حنيفة قول النبي صلى الله عليه وسلم لانكاح الابشهودني النكاح بغير شهود من غير فصل
بين الانقضاء والظهور بل الحمل على الظهور أولى لان فيه عملا بحقيقة اسم الشاهد اذ هو اسم لفاعل الشهادة وهو
المؤدى لها والحاجة الى الاداء عند الظهور لا عند الانقضاء ولانه أقر على الغير فيما لا يملكه بعقد لا يتم به وحده
وانما يتم به بشهادة الآخرين فلا يصدق الا بمساعدة آخرين قياسا على الوكلاء الثلاثة في النكاح والبيع

ودلالة الوصف أنه أقر بالنكاح والاقرار بالنكاح اقرار بمنافع البضع وانها غير مملوكة ألا ترى أنها لو وطئت بشبهة كان المهر لها لا للاب بخلاف الامة فان منافع بضعها مملوكة فكان ذلك اقرارا بما ملك فأبو حنيفة اعتبر ولاية العقد وملك المعقود عليه وهما اعتبروا ولاية العقد فقط والله عز وجل اعلم

فصل وأما ولاية النكاح والاستحباب فهي الولاية على الحرية البالغة العاقلة بكرة كانت أو ثيبا في قول أبي حنيفة وزفر وقول أبي يوسف الأول وفي قول محمد وأبي يوسف الآخر الولاية عليهم ولاية مشتركة وعند الشافعي هي ولاية مشتركة أيضا لا في العبادة فانها للمولى خاصة وشرط ثبوت هذه الولاية على أصل أمحانها هو رضا المولى عليه لا غير وعند الشافعي هذا وعبارة المولى أيضا وعلى هذا يبنى الحرية البالغة العاقلة اذا زوجت نفسها من رجل أو وكلت رجلا بالتزويج فتزوجها أو زوجها فوضولي فأجازت جاز في قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف الأول سواء زوجت نفسها من كف أو غير كف بمهر وافر أو قاصر غير أنها اذا زوجت نفسها من غير كف فلا وليا حق الاعتراض وكذا اذا زوجت بمهر قاصر عند أبي حنيفة خلافا لما وسأني المسئلة ان شاء الله في موضعها وفي قول محمد لا يجوز حتى يحيزه المولى والحال كما فلا يحمل للزوج وطؤها قبل الاجازة ولو وطئها يكون وطأ حراما ولا يقع عليها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ولو مات أحدها لم يرثه الآخر سواء زوجت نفسها من كف أو غير كف وهو قول أبي يوسف الآخر روى الحسن بن زياد عنه وروى عن أبي يوسف رواية أخرى انها اذا زوجت نفسها من كف تنفذ وتثبت سائر الاحكام وروى عن محمد انه اذا كان للمرأة ولي لا يجوز نكاحها الا باذنه وان لم يكن لها ولي جاز ان نكحها على نفسها وروى عن محمد انه رجع الى قول أبي حنيفة وقول الشافعي مثل قول محمد في ظاهر الرواية انه لا يجوز نكاحها بدون المولى الا انها اختلفا فقال محمد ينقذ لنكاح بعبارتها وينفذ باذن المولى واجازته وينفذ بعبارته المولى وينفذ باذنها واجازتها فعند الشافعي لا عبارة للنساء في باب النكاح أصلا حتى لو تزوجت امرأة بنكاح امرأة من وليها فتزوجت لم يحجز عنده وكذا اذا زوجت بنتها باذن القاضي لم يحجز احتج الشافعي بقوله تعالى وأنكحوا الايامي منكم هذا خطاب للاولياء والايام اسم لامرأة لا زوج لها بكرة كانت أو ثيبا ومتى ثبتت الولاية عليها كانت هي مولى عليها ضرورة فلا تكون والية وقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوج النساء الا الاولياء وقوله صلى الله عليه وسلم لا نكح الا بولي لان النكاح من جانب النساء عقد اضرار بنفسه وحكمه ومثله أمان نفسه فانه رق وأسر قال النبي صلى الله عليه وسلم النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته وقال عليه الصلاة والسلام اتقوا الله في النساء فانهن عندكم عورة أي أسيرات والارفاق اضرار وأما حكمه فانه ملك فالزوج يملك التصرف في منافع بضعها استيفاء بالوطء واسقاطا بالطلاق ويملك حجرها عن الخروج والبروز وعن التزوج بزوجة وأما ثمرته فلا استفراس كرها وجبرا ولا شك ان هذا اضرا لا أنه قد ينقلب مصلحة وينجبر ما فيه من الضر اذا وقع وسيلة الى المصالح الظاهرة والباطنة ولا يستدرك ذلك الا بالرأى الكامل ورأيها ناقص لتقصان عقلها فبقي النكاح مضرة فلا تملكه واحتج محمد رحمه الله بما روى عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أيما امرأة تزوجت بغير إذن وليها فنكاحها باطل والباطل من التصرفات الشرعية مالا حكم له شرعا كالبيع الباطل ونحوه ولان الاولياء حقاق في النكاح بدليل أن لهم حق الاعتراض والتفسيق ومن لاحق له في عقد كيف يملك فسخره والتصرف في حق الانسان يقف جوازه على جواز صاحب الحق كالامة اذا زوجت نفسها بغير إذن وليها (وجه) ما روى عن أبي يوسف انها اذا زوجت نفسها من كف تنفذ لان حق الاولياء في النكاح من حيث صيانتهم عما يوجب حقوق العار والشين بهم بنسبة من لا يكافئهم بالصهرية اليهم وقد بطل هذا المعنى بالتزويج من كف بحقيقة انها لو وجدت كفأ وطلبت من المولى الانكاح منه لا يحمل له الامتناع ولو امتنع بصير ماضلا

فصار عقدها والحالة هذه بمنزلة عقده بنفسه (وجه) ما روى عن محمد بن الفرق بين ما إذا كان لها ولي وبين ما إذا لم يكن لها ولي أن وقوف العقد على إذن الولي كان لحق الولي لا لحقها فإذا لم يكن لها ولي فلا حق للولي فكان الحق لها خاصة فإذا عقدت فقد تصرفت في خالص حقها فنفذ وأما إذا زوجت نفسها من كف وبلغ الولي فامتنع من الإجازة فرفضت أمرها إلى الجاهل كما أنه يجزئه في قول أبي يوسف وقال محمد يستأنف العقد (وجه) قوله أن العقد كان موقوفاً على إجازة الولي فإذا امتنع من الإجازة فقد رده فيرتد ويبطل من الأصل فلا بد من الاستئناف (وجه) قول أبي يوسف أنه بالامتناع صار عاضلاً إذ لا يحل له الامتناع من الإجازة إذا زوجت نفسها من كف فإذا امتنع فقد عضلها فخرج من أن يكون ولياً واقتلبت الولاية إلى الجاهل كما ولاي حنيفة الكتاب العزيز والسنة والاستدلال أما الكتاب فقوله تعالى وأمرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها فالآية الشريفة نص على انعقاد النكاح بعبارتها وانعقادها بلفظ الحبة فكانت حجة على المخالف في المسئتين وقوله تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه أضاف النكاح إليها فيقتضي تصور النكاح منها والثاني أنه جعل نكاح المرأة غاية الحرمة فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها بنفسها وعنده لا تنهى وقوله عز وجل فلا جناح عليهما أن يراجعا أي ينكحا كالأضاف النكاح إليهما من غير ذكر الولي وقوله عز وجل وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن الآية والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه أضاف النكاح إليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي والثاني أنه نهى الأولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهن من أزواجهن إذا تراضى الزوجان والتمس يقتضي تصوير المنهي عنه وأما السنة فخاروى عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للولي مع الشيب أمر وهذا قطع ولاية الولي عنها وروى عنه أيضاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يم أحق بنفسها من وليها والإيماسم لامرأة لا زوج لها وأما الاستدلال فهو أنها لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في النكاح فلا تبقى مولياً عليها كالصبي العاقل إذا بلغ والجامع أن ولاية الانكاح انما تثبت للاب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعاً لكون النكاح تصرفاً نافعاً متضمناً مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالاً وما لا وكونها عاجزة عن احراز ذلك بنفسها وكون الاب قادراً عليه بالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة وقد رتب على التصرف في نفسها حقيقة فزول ولاية الغير عنها وتثبت الولاية لها لان النيابة الشرعية انما تثبت بطريق الضرورة نظراً فزول وال الضرورة مع أن الحرية منافية لثبوت الولاية للحر على الحر وثبوت الشيء مع المنافي لا يكون الا بطريق الضرورة ولهذا المعنى زالت الولاية عن انكاح الصغير العاقل إذا بلغ وتثبت الولاية له وهذا المعنى موجود في الفرع ولهذا زالت ولاية الاب عن التصرف في مالها وتثبت الولاية لها كذا هذا وإذا صارت ولي نفسها في النكاح لا تبقى مولياً عليها بالضرورة لما فيه من الاستحالة وأما الآية فالخطاب للأولياء بالانكاح ليس يدل على أن الولي شرط جواز الانكاح بل على وفاق العرف والعادة بين الناس فإن النساء لا يتولين النكاح بأنفسهن عادة لما فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال وفيه نسبتهم إلى الوقاحة بل الأولياء هم الذين يتولون ذلك عليهم برضاهم فخرج الخطاب بالأمر بالانكاح مخرج العرف والعادة على التدب والاستحباب دون الحتم والإيجاب والدليل عليه ما ذكر سبحانه وتعالى عقيب وهو قوله تعالى والصالحين من عبادكم وأما أنكم تهم لم يكن الصلاح شرطاً للجواز ونظيره قوله تعالى فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً أو تحمل الآية الكريمة على انكاح الصغار عملاً بالدلائل كلها وعلى هذا يحمل قوله صلى الله عليه وسلم لا يزوج النساء الا الأولياء أن ذلك على التدب والاستحباب وكذا قوله صلى الله عليه وسلم لا نكح الابولى مع ما حكى عن

بعض الثقلة ان ثلاثة أحاديث لم تصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعدم من جعلها هذا ولهذا لم يخرج في الصحيحين على اننا نقول بموجب الاحاديث لكن لما قلتم ان هذا انكاح بغير ولي بل المرأة ولية نفسها لما ذكرنا من الدلائل والله أعلم وأما قوله صلى الله عليه وسلم النكاح عقد ضرر فممنوع بل هو عقد منفعة لاشتماله على مصالح الدين والدنيا من السكن والالف والمودة والتناسل والعفة عن الزنا واستيفاء المرأة بالنفقة الآن هذه المصالح لا تحصل الا بضرب ملك عليها اذ لو لم تكن لا تصير ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج بزواج آخر وفي الخروج والبروز فساد السكن لان قلب الرجل لا يطمئن اليها وفي التزوج بزواج آخر فساد الفراش لانها اذا جاءت بولد يشبهه النسب ويضيع الولد فالشرع ضرب عليها نوع ملك ضرورة حصول المصالح فكان الملك وسيلة الى المصالح والوسيلة الى المصلحة مصلحة وتسمية النكاح رقاب طريق التثليل لا بطريق التحقيق لانعدام حقيقة الرق وقوله عقلها ناقص قلنا هذا النوع من التقصان لا يمنع العلم بمصالح النكاح فلا يسلب أهلية النكاح ولهذا لا يسلب أهلية سائر التصرفات من المعاملات والديانات حتى يصبح منها التصرف في المال على طريق الاستبداد وان كانت تجرى في التصرفات المالية خيانات خفية لا تدرك الا بالتأمل ويصبح منها الاقرار بالحدود والقصاص ويؤخذ عليها الخطاب بالايمان وسائر الشرائع فدل ان ما لها من العقل كاف والدليل عليه انه اعتبر عقلها في اختيار الازواج حتى لو طلبت من الولي أن يزوجهما من كفء يفترض عليه التزوج حتى لو امتنع بصير عاصلا وينوب القاضي منابه في التزوج وأما حديث عائشة رضي الله عنها فقد قيل ان مسداده على الزهري فعرض عليه فأنكره وهذا يوجب ضعفه في الثبوت يحقق الضعف ان راوى الحديث عائشة رضي الله عنها ومن مذهبها جواز النكاح بغير ولي والدليل عاياه ما روى انه ما زوجت بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير واذا كان مذهبها في هذا الباب هذا فكيف تروى حديثا لا تعمل به ولئن ثبت فنحمله على الامة لانه روى في بعض الروايات ايما امرأة نكحت بغير إذن مواليها ذلك كرموا على ان المراد من المرأة الامة فيكون عملا بالدلائل أجمع وأما قول محمد بن الولي حقا في النكاح فنقول الحق في النكاح لها على الولي لا للولي عليها بدليل انها تزوج على الولي اذا غاب غيبة منقطعة واذا كان حاضر ايجبر على التزوج اذا أبي وعرضل تزوج عليه والمرأة لا تجبر على النكاح اذا أبت وأراد الولي فدل ان الحق لها عليه ومن ترك حق نفسه في عقده قبل غيره لم يوجب ذلك فسادا على انه ان كان للولي فيه ضرب حق لكن أثره في المنع من الزوم اذا زوجت نفسها من غير كفء لا في المنع من النفاذ والجواز لان في حق الاولياء في النكاح من حيث صياتهم مما يلحقهم من الشين والعار بنسبة عدا الكفء اليهم بالصهرية فان زوجت نفسها من كفء فقد حصلت الصيانة فزال المانع من الزوم فيلزم وان تزوجت من غير كفء ففي النفاذ ان كان ضرر بالا ولياء وفي عدم النفاذ ضررها بابطال أهليتها والاصل في الضررين اذا اجتمعا أن يدفع ما أمكن وههنا أمكن دفعهما بأن نقول بنفاذ النكاح دفعا للضرر عنها وبعدم الزوم وثبوت ولاية الاعتراض للاولياء دفعا للضرر عنهم ولهذا نظير في الشريعة فان العبد المشترك بين اثنين اذا كاتب أحدهما نصيبه فقد دفع الضرر عنه حتى لو أدى بدل الكتابة يمتنع ولكنه لم يلزمه حتى كان للشريك الآخر حق فسخ الكتابة قبل أداء البديل دفعا للضرر وكذا العبد اذا أحرم بمحبة أو بعمرة صبح احرامه حتى لو أعتق بمضى في احرامه لكنه لم يلزمه حتى ان للولي أن يحلله دفعا للضرر عنه وكذا الشفيع حق تملك الدار بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه ثم لو وهب المشتري الدار فهدت هبته دفعا للضرر عنه لكنها لا تلزم حتى الشفيع حق قبض الهبة والاخذ بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه كذا هذا

فصل * وأما شرط التقدم فشيئان أحدهما العصبوبة عند أبي حنيفة فتقدم العصبوبة على ذوى الرحم

سواء كانت العصبية أقرب أو أبعد وعندهما هي شرط ثبوت أصل الولاية على ما مر والثاني قرب القرابة يتقدم
 الاقرب على الابد سواء كان في العصبية أو في غيرها على أصل أبي حنيفة وعلى أصلهما هذا شرط التقدم
 لكن في العصبية خاصة بناء على أن العصبية شرط ثبوت أصل الولاية عندهما وعند عدم العصبية تثبت
 غيرهم من القرابات فإدام عصبية فالولاية لهم يتقدم الاقرب منهم على الابد وعند عدم العصبية تثبت
 الولاية لذوي الرحم الاقرب منهم يتقدم على الابد وانما اعتبر الاقرب فالاقرب في الولاية لان هذه ولاية
 نظر وتصرف الاقرب انظر في حق المولى عليه لانه أشفق فكان هو أولى من الابد ولان القرابة ان كانت
 استحقاقها بالتعصيب كما قالوا فالابد لا يكون عصبية مع الاقرب فلا يلي معه ولئن كان استحقاقها بالوراثة
 كما قال أبو حنيفة فالابد لا يرث مع الاقرب فلا يكون وليا معه وإذا عرف هذا فنقول اذا اجتمع الاب والجد
 في الصغير والصغيرة والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة فالاب أولى من الجد اب الاب لوجود العصبية
 والقرب والجد اب الاب وان علا أولى من الاخ لاب وأم والاخ أولى من العم هكذا وعند أبي يوسف ومحمد الجد
 والاخ سواء كما في الميراث فان الاخ لا يرث مع الجد عنده فكان بمنزلة الاجنبي وعندهما يشتركان في الميراث
 فكانا كالاخوين وان اجتمع الاب والابن في المجنونة فالابن أولى عند أبي يوسف وذكر القاضي في شرحه
 مختصر الطحاوي قول أبي حنيفة مع قول أبي يوسف وروى المولى عن أبي يوسف أنه قال أيهما زوج جاز وان
 اجتماعا قلت للاب زوج وقال محمد الاب أولى به (وجه) قوله ان هذه الولاية تثبت نظرا للمولى عليه وتصرف
 الاب انظر لها لانه أشفق عليها من الابن ولهذا كان هو أولى بالتصرف في مالها ولان الاب من قومها والابن
 ليس منهم ألا ترى أنه ينسب إلى أبيه فكان اثبات الولاية عليها لقرابتها أولى (وجه) قول أبي يوسف ان
 ولاية الزوج مبنية على العصبية والاب مع الابن اذا اجتماعا فالابن هو العصبية والاب صاحب فرض فكان
 كالاخ لام مع الاخ لاب وأم (وجه) رواية المولى انه وجد في كل واحد منهما ما هو سبب التقدم أما الاب
 فلانه من قومها وهو أشفق عليها وأما الابن فلانه يرثها بالتعصيب وكل واحد من هذين سبب التقدم فأيهما
 زوج جاز وعند الاجتماع يقدم الاب تعظيما واحتراما له وكذلك اذا اجتمع الاب وابن الابن وان سفل فهو على
 هذا الخلاف والافضل في المسئلتين ان يفوز الابن الانسكاخ الى الاب احتراماً للاب واحتراماً لزاغن موضع
 الخلاف وعلى هذا الخلاف اذا اجتمع الجد والابن قال أبو يوسف الابن أولى وقال محمد الجد أولى والوجه
 من الجانبين على نحو ما ذكرنا فالأخ والجد فهو على الخلاف الذي ذكرنا بين أبي حنيفة وصاحبيه وأما من
 غير العصبية فكل من يرث زوج عند أبي حنيفة ومن لا فلا ويان من يرث منهم ومن لا يرث يعرف في
 كتاب القرائن ثم انما يتقدم الاقرب على الابد اذا كان الاقرب حاضراً أو غائباً بغية غير منقطعة فاما اذا كان
 غائباً بغية منقطعة فلا بعد أن يزوج في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا ولاية للابعد مع قيام الاقرب بحال
 وقال الشافعي يزوجها السلطان واختلف مشايخنا في ولاية الاقرب أنها تزول بالغيبة أو تبقى قال بعضهم
 انها باقية الا ان حدثت للابعد ولاية لغيبة الاقرب فيصير كان لها وليس مستويين في الدرجة كالاخوين
 والعين وقال بعضهم تزول ولايته وتنقل الى الابد وهو الاصح (وجه) قول زفر ان ولاية الاقرب قائمة
 لقيام سبب ثبوت الولاية وهو القرابة القريبة ولهذا لوزوجها حيث هو يجوز قيام ولايته تمنع الانتقال الى
 غيره والشافعي يقول ان ولاية الاقرب باقية كما قال زفر الا أنه امتنع دفع حاجتها من قبل الاقرب مع قيام ولايته
 عليها بسبب الغيبة فثبت الولاية للسلطان كما اذا خطبها كف وامتنع المولى من تزويجها منه ان للقاضي ان
 يزوجها والجامع بينهما دفع الضرر عن الصغيرة (ولنا) ان ثبوت الولاية للابعد زيادة نظري في حق العاجز
 فثبت له الولاية كما في الاب مع الجد اذا كانا حاضرين ودلالة ما قلنا ان الابد أقدر على تحصيل النظر للعاجز

لان مصالح النكاح مضمونة تحت الكفاءة والمهر ولا شك ان الابدع متمكن من احراز الكف الحاضر بحيث
 لا يفوته غالباً والا قرب الغائب غيبة منقطعة لا يقدر على احرازه غالباً لان الكف الحاضر لا ينتظر حضوره
 واستطلاع رأيه غالباً وكذا الكف المطلق لان المرأة تخطب حيث هي عادة فكان الابدع أقدر على احراز الكف
 من الاقرب فكان أقدر على احراز النظر فكان أولى بثبوت الولاية له اذ المرجوح في مقابلة الراجح ملحق
 بالعدم في الاحكام كما في الاب مع الجسد وأما قوله ان ولاية الاقرب قائمة فمنوع ولا نسلم أنه يجوز انكاحه بل
 لا يجوز زفوله منقطعة بواحدة وقد روى عن أصحابنا ما يدل على هذا فانهم قالوا ان الاقرب اذا كتب كتاباً
 الى الابدع ليقدّم رجلاً في الصلاة على جنازة الصغير فان للابدع ان يمنع عن ذلك ولو كانت ولاية الاقرب قائمة
 لما كان له الامتناع كما اذا كان الاقرب حاضراً فقدّم رجلاً ليس للابدع ولاية المنع والمعقول يدل عليه وهو
 أن ثبوت الولاية لحاجة المولى عليه ولا مدفع لحاجته برأى الاقرب لغير وجه من أن يكون مستغفراً بالغيبة فكان
 ملحقاً بالعدم فصار كأنه جن أو مات اذ الموجود الذي لا ينفع به والعدم الاصل سواء لان القول بثبوت الولاية
 للابدع مع ولاية الاقرب يؤدي الى الفساد لان الاقرب برمايز وجهاً من انسان حيث هو ولا يعلم الابدع بذلك
 فيزوجه من غير فيطوؤها الزوج الثاني ويحيى بالاولاد ثم يظهر أنها زوجة الاول وفيه من الفساد ما لا يخفى
 ثم ان سماعنا على قول بعض المشايخ فلا تنافي بين الولايتين فايهما زوج جاز كما اذا كان لها اخوان أو عمان في
 درجة واحدة وفيه كمال النظر في حق العاجز لان الكف ان اتفق حيث الابدع زوجاً منه وان اتفق حيث
 الاقرب زوجاً منه فيكمل النظر الآن في حال الحضرة يرجح الاقرب باعتبار زيادة الشفقة وزيادة القرابة
 وبه تبين ان قبل الولاية الى السلطان باطل لان السلطان ولي من لا ولي له وههنا لما ولي أو وليان فلا تثبت
 الولاية للسلطان الا عند العزل من الولي ولم يوجد والله الموفق واختلفت الاقوال في تحديد الغيبة المنقطعة
 وعن أبي يوسف وإيمان في رواية قال ما بين بغداد والري وفي رواية مسيرة شهر فصاعداً وما دونه ليس بغيبة
 منقطعة وعن محمد بن إسماعيل أيضاً روى عنه ما بين الكوفة والري وروى عنه من الرقة الى البصرة وذكر
 ابن شجاع اذا كان غائباً في موضع لا تصل اليه القوافل والرسول في السنة الامرة واحدة فهو غيبة منقطعة واذا
 كانت القوافل تصل اليه في السنة غير مرة فليست بمنقطعة وعن الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري
 انه قال ان كان الاقرب في موضع يفوت الكف الخاطب باستطلاع رأيه فهو غيبة منقطعة وان كان لا يفوت
 فليست بمنقطعة وهذا أقرب الى الفقه لان التعويل في الولاية على تحصيل النظر للمولى عليه ودفع الضرر عنه
 وذلك فيما قاله هذا اذا اجتمع في الصغير والصغيرة والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة وليان أحدهما أقرب
 والاخر أبعد فما اذا كانا في الدرجة سواء كالاخوين والعين ونحو ذلك فكل واحد منهما على حiale ان
 يزوجه رضى الاخر أو سخط بعد ان كان الزوج من كف به مهر وافر وهذا قول عامة العلماء وقال مالك
 ليس لاحد الا ولاء ولاية الانكاح مالم يجتمعوا بناء على أن هذه الولاية ولاية شركة عنده وعندنا وعند العامة
 ولاية استبداد (وجه) قوله ان سبب هذه الولاية هو القرابة وانها مشتركة بينهم فكانت الولاية مشتركة لان
 الحكم ثبت على وفق العلة وصار كولاية الملك فان الجارية بين اثنين اذا زوجها أحدهما لا يجوز من
 غير رضا الاخر لما قلنا كذا هذا (ولنا) ان الولاية لا تتجزأ لأنها ثابتة بسبب لا يتجزأ وهو القرابة وما لا يتجزأ
 اذا ثبت بجماعة سبب لا يتجزأ ثبت لكل واحد منهم على الكمال كانه ليس معه غيره كولاية الامان بخلاف
 ولاية الملك لان سببها الملك وأنه متجزئ فيقدر الملك فان زوجها كل واحد من الوليين رجلاً على حدة
 فان وقع العقدان معا بطلا جميعاً لانه لا سبيل الى الجمع بينهما وليس أحدهما أولى من الاخر وان وقع امرتبا
 فان كان لا يدري السابق فكذلك لما قلنا ولا نه لو جاز لجاز بالتجزئ ولا يجوز العمل بالتجزئ في الفروج

وان علم السابق منهما من اللاحق جاز الاول ولم يجز الا آخر وقدر روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا نكح الوليان فلاول أحق وأما اذا زوج أحدا لاولياء الحرية البالغة العاقلة برضاها من غير كفء بغير رضا الباقي فحكمه يذكر ان شاء الله تعالى في شرائط الزوم

فصل * وأما ولاية الولاة فسبب ثبوتها الولاء قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاة حجة كل حمة النسب ثم النسب سبب لثبوت الولاية كذا الولاة والولاة نوعان ولاعتاقه وولاة موالاة أما ولاء العتاقة فولاية ولاء العتاقة نوعان ولاية حتم وإيجاب وولاية نذب واستحباب عند أبي حنيفة وعند محمد ولاية استبداد وولاية شركة على ما بينا في ولاية القرابة بشرط ثبوت هذه الولاية ما هو شرط ثبوت تلك الولاية إلا أن هذه الولاية اختصت بشرط وهو أن لا يكون للمعتق عصبة من جهة القرابة فان كان فلا ولاية للمعتق لانه لا ولاء له لاسيما في العتاقة آخر المضبات وان لم يكن ثمة عصبة من جهة القرابة فله أن يزوج سواء كان المعتق ذكرا أو أنثى وامامولى الموالاة له ولاية التزويج في قول أبي حنيفة عند استجماع سائر الشرائط وانعدام سائر الورثة لانه آخر الورثة وعند أبي يوسف ومحمد ليس له ولاية التزويج أصلا ورأسا لان العصبية شرط عندهما ولم توجد

فصل * وأما ولاية الامامة فسيبها الامامة وولاية الامامة نوعان أيضا كولاية القرابة وبشرطها ما هو شرط تلك الولاية في النوعين جميعا ولها شرطان آخران أحدهما بيع النوعين جميعا وهو أن لا يكون هنالك ولي أصلا لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له والثاني يخص أحدهما وهو ولاية النذب والاستحباب أو ولاية الشركة على اختلاف الاصل وهو لعضل من الولي لان الحرية البالغة العاقلة اذا طلبت الانكاح من كفء وجب عليه التزويج منه لانه منهى عن العضل والنهي عن الشيء أمر بضده فاذا امتنع فقد أضربها والامام نصب لدفع الضرر فتنقل الولاية اليه وليس للوصى ولاية الانكاح لانه يتصرف بالامر فلا يعد وموضع الامر كالوكيل وان كان الميت أوصى اليه لا يملك أيضا لانه أراد بالوصاية اليه نقل ولاية الانكاح وانها لا تحتل النقل حال الحياة كذا بعد الموت وكذا الفصولى لانعدام سبب ثبوت الولاية في حقه أصلا ولو أنكح يتعقد موقفا على الاجازة عندنا وعند الشافعي لا يتعقد أصلا والمسئلة ستأتى في كتاب البيوع

فصل * ومنها الشهادة وهي حضور الشهود والكلام في هذا الشرط في ثلاث مواضع أحدها في بيان أن أصل الشهادة شرط جواز النكاح أم لا والثاني في بيان صفات الشاهد الذي ينعتق النكاح بحضوره والثالث في بيان وقت الشهادة أما الاول فقد اختلف أهل العلم فيه قال عامة العلماء ان الشهادة شرط جواز النكاح وقال مالك ليست بشرط وانما الشرط هو الاعلان حتى لو عقد النكاح وشرط الاعلان جاز وان لم يحضره شهود ولو حضرته شهود وشرط عليهم الكتمان لم يجز ولا خلاف في أن الاشهاد في سائر العقود ليس بشرط ولكنه مندوب اليه ومستحب قال الله تعالى في باب المدائنة يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه والكتابة لا تكون لنفسها بل للاشهاد ونص عليه في قوله واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال عز وجل في باب الرجعة وأشهدوا ذوي عدل منكم (وجهه) قول مالك ان النكاح انما يمتاز عن السفاح بالاعلان فان الزنا يكون سرا فيجب أن يكون النكاح علانية وقدر روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن نكاح السر والنهي عن السر يكون أمرا بالاعلان لان النهي عن الشيء أمر بضده وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال أعلنوا النكاح ولو بالدف (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بشهود وروى لا نكاح الا بشاهدين وعن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الزانية التي تنكح نفسها بغير بينة ولو لم تكن الشهادة شرط لم تكن

تكن زانية بدونها ولان الحاجة مست الى دفع تهمة الزنا عنها ولا تندفع الا بالشهود لانها لا تندفع الا بظهور النكاح واشتهاره ولا يشتهر الا بقول الشهود وبه تبين ان الشهادة في النكاح ما شرطت الا في النكاح للحاجة الى دفع الجحود والانسكار لان ذلك يندفع بالظهور والاشتهار لكثرة الشهود على النكاح بالسماع من العاقدين وبالتسامع وبهذا فارق سائر العقود فان الحاجة الى الشهادة هناك لدفع احتمال الشهود النسيان أو الجحود والانسكار في الثاني اذ ليس بعدها ما يشهرها ليندفع به الجحود فتقع الحاجة الى الدفع بالشهادة فتدب اليها وما روى أنه منى عن نكاح السر فتقول بموجبه لكن نكاح السر ما لم يحضره شاهدان فاما محضره شاهدان فهو نكاح علانية لان نكاح سرا اذا جاء زائنين خرج من أن يكون سرا قال الشاعر

وسرك ما كان عند امرئ * وسر الثلاثة عبر الخفي

وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم أعلنوا النكاح لانهما اذا أحضره شاهدين فقد أعلنه وقوله صلى الله عليه وسلم ولو بالدف ندب الى زيادة علانه وهو مندوب اليه والله عز وجل الموفق

فصل * وأما صفات لشاهد الذي يتعقده النكاح وهي شرائط تحمل الشهادة للنكاح ففيها العقل ومنها البلوغ ومنها الحرية فلا ينعقد النكاح بمحضرة المحانين والصبيان والماليك فنانا كان المملوك أو مدبرا أو مكاتباً من مشيخنا من أصل في هذا أصلاً فقال كل من صالح أن يكون وإيا في النكاح بولاية نفسه يصلح شاهداً فيه ولا فلا وهذا الاعتبار صحيح لان الشهادة من باب الولاية لانها تنفيذ القول على الغير والولاية هي نفاذ المشيئة وهؤلاء ليس لهم ولاية الا نكاح لانه لا ولاية لهم على أنفسهم فكيف يكون لهم ولاية على غيره مالا المكاتب فانه زوج أمته لكن لا بولاية نفسه بل بولاية مولاه بتسليطه على ذلك به قد اكتابه وكان لنزويج من المولى من حيث المعنى فلا يصلح شاهداً ومنهم من قال كل من يملك قبول عقد بنفسه ينعقد ذلك العقد بحضوره ومن لا فلا وهذا الاعتبار صحيح أيضاً لان الشهادة من شرائط ركن العقد وركنه وهو الإيجاب والقبول ولا وجود للركن بدون القبول فكذلك لا وجود للركن بدون القبول حقيقة لا وجود له شرعاً بدون الشهادة وهؤلاء لا يملك قبول العقد بأنفسهم فلا ينعقد النكاح بحضورهم والدليل على أنهم ليسوا من أهل الشهادة ان قاضي الوقيضى بشهادتهم ينسخ قضاؤه عليه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه أصل في أصله وقال كل من جاز الحكم بشهادته في قول بعض الفقهاء ينعقد النكاح بحضوره ومن لا يجوز الحكم بشهادته عند أحد لا يجوز بحضوره وهذا الاعتبار صحيح أيضاً لان الحضور لله ثمة الحكم بها عند الاداء فاذا جاز الحكم بها في الجملة كان الحضور مفيداً ولا يجوز الحكم بشهادة هؤلاء عند البعض من الفقهاء ألا ترى ان قاضي الوقيضى بشهادتهم ينسخ عليه قضاؤه

فصل * ومنها الاسلام في نكاح المسلم المسلم فلا ينعقد نكاح المسلم المسلمة بشهادة الكفار لان الكافر ليس من أهل الولاية على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً وكذا لا يملك الكافر قبول نكاح المسلم ولو قضي قاض بشهادته على المسلم بنية قضائه وأما المسلم اذا تزوج ذمية بشهادة ذميين فانه يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف سواء كانا موافقين له في الملة أو مخالفين وقال محمد وزفر والشافعي لا يجوز نكاح المسلم الذمية بشهادة الذميين أما الكلام مع الشافعي فهو مبني على أن شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة على أصلنا وعلى أصله غير مقبولة وأما الكلام مع محمد وزفر فانها احتجاجاً بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والمراد منه عدالة الدين لا عدالة التعاطي لاجتماع على أن فسق التعاطي لا يمنع انعقاد النكاح ولان الاشهاد شرط جواز العقد والعقد يتعلق بوجوده بالطرفين طرف الزوج وطرف المرأة ولم يوجد الا لشهادتي الطرفين لان شهادة الكافر حجة في حق

الكافر ليست بحجة في حق المسلم فكانت شهادته في حقه ملحقة بالعدم فلم يوجد الا شهادة في جانب الزوج
فصار كأنهما سمعا كلام المرأة دون كلام الرجل ولو كان كذلك لم يكن النكاح كذا هذا ولهما
عمومات النكاح من الكتاب والسنة نحو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله وأحل لكم
ما وراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم وقول النبي صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا وقوله صلى الله عليه
وسلم تناكحوا وغير ذلك مطلقا عن غير شرط الا أن أهل الشهادة واسلام الشاهد صار شرطاً في
نكاح الزوجين المسلمين بالاجماع فمن ادعى كونه شرطاً في نكاح المسلم الذمية فعليه الدليل وروى عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بشهود وروى لا نكاح الا بشاهدين والاستثناء من
النفي اثبات ظاهر وهذا نكاح بشهود لان الشهادة في اللغة عبارة عن الاعلام والبيان والكافر من
أهل الاعلام والبيان لان ذلك يقف على العقل واللسان والعلم بالشهود به وقد وجد الا أن شهادته على
المسلم خصت من عموم الحديث فبقيت شهادته للمسلم داخل تحتها ولان الشهادة من باب الولاية لما بينا
والكافر الشاهد يصلح ولبا في هذا العقد بولاية نفسه ويصلح قابلاً لهذا العقد بنفسه فيه يصلح شاهداً
وكذا يجوز للقاضي الحكم بشهادته هذه للمسلم لانه محل الاجتهاد على ما نذكر ولو قضى لا ينفذ قضاءه
فينفذ النكاح بحضوره وأما الحديث فقد قيل انه ضعيف ولين ثبت فنحمله على نفي النكاح والاستثناء من باب
توفيقا بين الدلائل وأما قوله العقد خلا عن الاشارة في جانب الزوج لان شهادة الكافر ليست بحجة في حق
المسلم فنقول شهادة الكافر ان لم تصلح حجة للكافر على المسلم فتصلح حجة للمسلم على الكافر لانها انما لا تصلح
حجة على المسلم لانها من باب الولاية وفي جعلها حجة على المسلم اثبات الولاية للكافر على المسلم وهذا لا يجوز
وهذا المعنى لم يوجد ههنا لانا اذا جعلناها حجة للمسلم ما كان فيه اثبات الولاية للكافر وهذا جائز على انان
سلمنا قوله ليس بحجة في حق المسلم لكن حضوره على ان قوله حجة ليس بشرط لان عقد النكاح فانه ينقصد
بمحضه ومن لا تقبل شهادته عليه على ما نذكر ان شاء الله تعالى وهل يظهر نكاح المسلم الذمية بشهادة
ذمين عند الدعوى ينظر في ذلك ان كانت المرأة هي المدعية للنكاح على المسلم والمسلم منكر لا يظهر بالاجماع
لان هذه شهادة الكافر على المسلم وانها غير مقبولة وان كان الزوج هو المدعي والمرأة منكراً فعلى أصل
أبي حنيفة وأبي يوسف يظهر سواء قال الشاهدان كان معناه عند العقد رجلا من مسلمان أو لم يقل ذلك
واختلف المشايخ على أصل محمد قال بعضهم يظهر كما قالوا وقال بعضهم لا يظهر سواء قالوا كان معناه رجلا من
مسلمان أو لم يقل ذلك وهو الصحيح من مذهبه وجهه ان هذه شهادة قامت على نكاح فاسد وعلى اثبات
فعل المسلم لانها ان شهدا على نكاح حضرا فقط لا تقبل شهادتهما لان هذه شهادة على نكاح فاسد عنده
وان شهدا على انهما حضرا ومعهما رجلا من مسلمان لا تقبل أيضا لان هذه ان كانت شهادة الكافر
على الكافر لكن فيها اثبات فعل المسلم فيكون شهادة على مسلم فلا تقبل كسليم ادعى عبد في يد ذمي فجحد
الذمي دعوى المسلم وزعم أن العبد عنده فأقام المسلم شاهدين ذميين على ان العبد عنده وقضى له به على هذا
الذمي قاض فلا تقبل شهادتهما وان كان هذا شهادة الكافر على الكافر لكن لما كان فيها اثبات
فعل المسلم بشهادة الكافر وهو قضاء القاضي لم تقبل كذا هذا (وجه) الكلام لابي حنيفة وابي يوسف
على نحو ما ذكرنا في جانب الاعتقاد أن الشهادة من باب الولاية وللکافر ولاية على الكافر ولو كان الشاهدان
وقت التحمل كافرين وقت الاداء مسلمين فشهد الزوج فعلى أصلهما لا يشكل انه تقبل شهادتهما
لانهم مالو كانا في الوقتين جميعا كافرين تقبل فهنا أولى واختلف المشايخ على أصل محمد قال بعضهم تقبل
وقال بعضهم لا تقبل فن قال تقبل نظر الى وقت الاداء ومن قال لا تقبل نظر الى وقت التحمل

﴿فصل﴾ ومنها سماع الشاهدين كلام المتعاقدين جميعا حتى لو سمعا كلام أحدهما دون الآخر أو سمع أحدهما كلام أحدهما والاخر كلام الآخر لا يجوز النكاح لان الشهادة أعني حضور الشهود شرط ركن العقد وركن العقد هو الإيجاب والقبول فيما لم يسمعا كلامهما لا تتحقق الشهادة عند الركن فلا يوجد شرط الركن والله أعلم

﴿فصل﴾ ومنها العدد فلا ينعقد النكاح بشاهد واحد لقوله صلى الله عليه وسلم لانكاح الابشهود وقوله لانكاح الابشاهدين وأما عدالة الشاهد فليست بشرط لان عقد النكاح عندنا فينعقد بحضور الفاسقين وعند الشافعي شرط ولا ينعقد الا بحضور من ظاهره العدالة واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لانكاح الابولى وشاهدى عدل ولان الشهادة خبر يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب والرجحان انما يثبت بالعدالة ولان أن عومات النكاح مطلقة عن شرط ثم اشترط أصل الشهادة بصفاتها المجمع عليها ثبت بالدليل فن ادعى شرط العدالة فعليه البيان ولان الفسق لا يقدح في ولاية النكاح بنفسه لما ذكرنا في شرائط الولاية وكذا يجوز للحاكم الحكم بشهادته في الجملة ولو حكم لا ينقض حكمه لانه محل الاجتهاد فكان من أهل تحمل الشهادة والفسق لا يقدح في أهلية التحمل وانما يقدح في الاداء فيظهر أثره في الاداء لا في الانعقاد وقد ظهر حتى لا يجب على القاضي القضاء بشهادته ولا يجوز أيضا الا اذا تخرجى القاضي الصدق في شهادته وكذا كون الشاهد غير محدود في القذف ليس بشرط لان عقد النكاح فينعقد بحضور المحدود في القذف غير انه ان كان قد تاب بعد ما حدين عقد النكاح بالاجماع وان كان لم يتب لا تقبل شهادته عندنا على التأييد خلافا للشافعي لان كونه مردودا للشهادة على التأييد يقدح في الاداء لا في التحمل ولا به يصالح وليا في النكاح بولاية نفسه ويصح القبول منه بنفسه ويجوز القضاء بشهادته في الجملة فينعقد النكاح بحضوره وان حدد ولم يتب ولم يتب ولم يحد ينعقد عندنا خلافا للشافعي وهي مسألة شهادة الفاسق وكذا بصر الشاهد ليس بشرط فينعقد النكاح بحضور الاعمى لما ذكرنا ولان العمى لا يقدح في الاداء لتعذر التمييز بين المشهود عليه وبين المشهود له ألا ترى انه لا يقدح في ولاية النكاح ولا في قبول النكاح بنفسه ولا في المنع من جواز القضاء بشهادته في الجملة فكان من أهل أن ينعقد النكاح بحضوره وكذا ذكر كورة الشاهدين ليست بشرط عندنا وينعقد النكاح بحضور رجل وامرأتين عندنا وعند الشافعي شرط ولا ينعقد الا بحضور رجلين ونذكر المسئلة في كتاب الشهادات وكذا اسلام الشاهدين ليس بشرط في نكاح الكافرين فينعقد نكاح الزوجين الكافرين بشهادة كافرين وكذا تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض سواء اتفقت ملهم أو اختلفت وهذا عندنا وعند الشافعي اسلام الشاهد شرط لانه ينعقد نكاح الكافر بشهادة الكافر ولا تقبل شهادتهم أيضا والكلام في القبول ندكره في كتاب الشهادات وتكلم ههنا في انعقاد النكاح بشهادته واحتج الشافعي بالمروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لانكاح الابولى وشاهدى عدل ولا عدالة مع الكفر لان الكفر أعظم الظلم وأخفسه فلا يكون الكافر عدلا فلا ينعقد النكاح بحضوره ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لانكاح الابشهود وقوله لانكاح الابشاهدين والاستثناء من النفي اثبات من حيث الظاهر والكفر لا يمنع كونه شاهدا لما ذكرنا وكذا لا يمنع أن يكون وليا في النكاح بولاية نفسه ولا قابلا للعقد بنفسه ولا جواز القضاء بشهادته في الجملة وكذا كون شاهد النكاح مقبول الشهادة عليه ليس بشرط لان عقد النكاح بحضوره وينعقد النكاح بحضور من لا تقبل شهادته عليه أصلا كما اذا تزوج امرأة بشهادة ابنه منها وهذا عندنا وعند الشافعي لا ينعقد (وجه) قوله ان الشهادة في باب النكاح للحاجة الى صيافته عن الجحود والانكار والصيانة لا تحصل الا بالقبول فاذا لم يكن مقبول الشهادة لا تحصل الصيانة ولنا أن

الاستهارة في النكاح لدفع تهمة الزنا لا لصيانة العقد عن الجحود والانكار والتهمة تندفع بالحضور من غير قبول على ان معنى الصيانة يحصل بسبب حضورهما وان كان لا تقبل شهادتهما لان النكاح يظهر ويشتهر بحضورهما فاذا ظهر واشتهر تقبل الشهادة فيه بالتسامح فتحصل الصيانة وكذا اذا تزوج امرأة بشهادة ابنه لامنها او ابنيها لانه يجوز لما قلنا ثم عند وقوع الحجر والانكار ينظر ان وقعت شهادتهما لواحد من الابوين لا تقبل وان وقعت عليه تقبل لان شهادة الابن لا يوجب غير مقبولة وشهادتهما عليه مقبولة ولو تزوج الاب ابنته من رجل بشهادة ابنه وهما أخو المرأة فلا يشك انه يجوز النكاح واذا وقع الجحود بين الزوجين فان كان الاب مع الجاحد منهما أيهما كان تقبل شهادتهما لان هذه شهادة على الاب فتقبل وان كان الاب مع المدعي منهما أيهما كان لا تقبل شهادتهما عند أبي يوسف وعند محمد تقبل فأبو يوسف نظر الى الدعوى والانكار فقال اذا كان الاب مع المنكر فشهادتهما تقع على الاب فتقبل واذا كان مع المدعي فشهادتهما تقع للاب لان الزوج كان من الاب فلا تقبل ومحمد نظر الى المنفعة وعدم المنفعة فقال ان كان للاب منفعة لا تقبل سواء كان مدعيا أو منكرا وان لم يكن له منفعة تقبل وههنا لا منفعة للاب فتقبل والصحيح نظر محمد لان المانع من القبول هو التهمة وانها تنشأ عن النفع وكذلك هذا الاختلاف فيما اذا قل رجل لعبد ان كلك زيد فانت حر ثم قال العبد كلك زيد وانكر المولى فشهد للعبد ابنا زيدا بانها قد كلبه والمولى ينكر تقبل شهادتهما في قول محمد سواء كان زيد يدعي الكلام أولا يدعي لانه لا منفعة لزيد في الكلام وعند أبي يوسف ان كان زيد يدعي الكلام لا تقبل وان كان لا يدعي تقبل وكذلك هذا الاختلاف فيمن توكل عن غيره في عقد ثم شهد ابنا الوكيل على العقد فان كان حقوق العقد لا ترجع الى العاقد تقبل شهادتهما عند محمد سواء ادعى الوكيل أو لم يدع لانه ليس فيه منفعة وعند أبي يوسف ان كان يدعي لا تقبل وان كان منكرا تقبل

فصل في ما يبان وقت هذه الشهادة وهي حضور الشهود وقتها وقت وجود ركن العقد وهو الايجاب والقبول لا وقت وجود الاجازة حتى لو كان العقد موقوفا على الاجازة فحضر واعقد الاجازة ولم يحضر وا عند العقد لم تجز لان الشهادة شرط ركن العقد فيشترط وجودها عند الركن والاجازة ليست بركن بل هي شرط النفاذ في العقد الموقوف وعند وجود الاجازة ثبت الحكم بالعقد من حين وجوده فتعتبر الشهادة في ذلك الوقت والله تعالى الموفق

فصل في منها أن تكون المرأة محملة وهي أن لا تكون محرمة على التأييد فان كانت محرمة على التأييد فلا يجوز نكاحها لان النكاح احوال واحلال المحرم على التأييد محال والمحرمات على التأييد ثلاثة أنواع محرمات بالقربة ومحرمات بالمصاهرة ومحرمات بالرضاع أما النوع الاول فالمحرمات بالقربة سبع فرق الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت قال الله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وأمهاتكم اللاتي أَرْضَعْنَكُمْ الآية أخبر الله تعالى عن تحريم هذه المذكورات فاما أن يعمل بحقيقة هذا الكلام حقيقة ويقال بحرمة الاعيان كما هو مذهب أهل السنة والجماعة وهي منع الله تعالى الاعيان عن تصرفها فيها باخراجهما من أن تكون محلا لذلك شرعا وهو التصرف الذي يعتاد ايقاعه في جنسها وهو الاستمتاع والنكاح واما أن يضمر فيه الفعل وهو الاستمتاع والنكاح في تحريم كل واحد منهما بتحريم الآخر لانه اذا حرم الاستمتاع وهو المقصود بالنكاح لم يكن النكاح مفيدا لخلوه عن العاقبة الحميدة فكان تحريم الاستمتاع تحريما للنكاح واذا حرم النكاح وانه شرع وسيلة الى الاستمتاع والاستمتاع هو المقصود فكان تحريم الوسيلة تحريما للمقصود بالطريق الاولى واذا عرف هذا فنقول يحرم على الرجل أمه بنص الكتاب وهو قوله تعالى حرمت عليكم

أمهاتكم وتحرم عليه جداته من قبل أبيه وأمه وإن علون بدلالة النص لأن الله تعالى حرم العمات
والخاللات وهن أولاد الأجداد والجدات فكانت الجدات أقرب منهن فكان تحريمهن تحريم الجدات من
طريق الأولى كتحریم التأنيف نصا يكون تحريم اللشتم والضرب دلالة وعليه إجماع الأمة أيضا وتحرم
عليه بناته بالنص وهو قوله تعالى وبناتكم سواء كانت بنته من النكاح أو من السفاح لعموم النص وقال
الشافعي لا تحرم عليه البنت من السفاح لأن نسبها لم يثبت منه فلا تكون مضافة إليه شرعا فلا تدخل تحت نص
الآرث والنفقة في قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم وفي قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن كذا ههنا ولا نقول
بنت الإنسان اسم لا نثى مخوفة من مائه حقيقة والكلام فيه فكانت بنته حقيقة إلا أنه لا يجوز الإضافة شرعا إليه
لما فيه من إشاعة الفاحشة وهذا لا ينفي النسبة الحقيقية لأن الحقائق لا مرد لها وهكذا نقول في الآرث والنفقة
أن النسبة الحقيقية ثابتة لأن الشرع اعتبر هناك ثبوت النسب شرعا لجرى بان الآرث والنفقة لمعنى ومن ادعى
ذلك ههنا فعليه البيان وتحرم بنات بناته وبنات أبنائه وإن سفلن بدلالة النص لأنهن أقرب من بنات الأخ
وبنات الاخت ومن الأخوات أيضا لأن الأخوات أولاد أبيه وهن أولاد أوداه فكان ذكر الحرمة
هناك ذكر الحرمة ههنا دلالة وعليه إجماع الأمة أيضا وتحرم عليه أخواته وعماته وخالاته بالنص وهو قوله
عز وجل وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم سواء كنن لآب وأم أو لآب أو لآم لا طلاق اسم الاخت والعمة
والخاله ويحرم عليه عمة أبيه وخالته لآب وأم أو لآب أو لآم وعمة أمه وخالته لآب وأم أو لآب أو لآم بالاجماع
وكذا عمة جده وخالته وعمه خالته وخالته لآب وأم أو لآب أو لآم بالاجماع وتحرم عليه بنات الأخ
وبنات الاخت بالنص وهو قوله تعالى وبنات الأخ وبنات الاخت وبنات بنات الأخ والاخت وإن
سفلن بالاجماع ومنهم من قال إن حرمة الجدات وبنات البنات ونحوهن ممن ذكرنا ثبت بالنص أيضا
لانطلاق الاسم عليهن فإن جدة الإنسان تسمى أماله وبنت بنته تسمى بنتاله فكانت حرمتهم ثابتة بعين النص
لكن هذا لا يصح الأعلى قول من يقول يجوز أن يراد الحقيقة والمجاز من لفظ واحد إذ لا يمكن حكيمهما منافاة
لأن إطلاق اسم الأم على الجدة وإطلاق اسم البنت على بنت البنت بطريق المجاز لا ترى أن من نفي اسم الأم والبنت
عنهما كان صادقا في النفي وهذا من العلامات التي يفرق بها بين الحقيقة والمجاز وقد ظهر أمر هذه التفرقة في
الشرع أيضا حتى إن من قال لرجل لست أنت بآب فلان لجده لا يصير قاذفاله حتى لا يؤخذ بالحد ولأن نكاح
هؤلاء يقضى إلى قطع الرحم لأن النكاح لا يخلو عن مباديات تجري بين الزوجين عادة وبسببها تجري الحشونة
بينهما وذلك يقضى إلى قطع الرحم فكان النكاح سببا لقطع الرحم مفضيا إليه وقطع الرحم حرام والمفضى إلى
الحرام حرام وهذا المعنى يعم الفرق السبع لأن قرابتهن محرمات القطع واجبة الوصل ويخص الأمهات بمعنى
آخر وهن احترام الأم وتعظيمها واجب ولهن أم الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف وخفض الجناح لهما
والقول الكريم ونهى عن التأنيف لهما فلو جاز النكاح والمرأة تكون تحت أمر الزوج وطاعته وخدمته مستحقة
عليها للزمها ذلك وأنه ينفي الاحترام فيؤدي إلى التناقض وتعمل له بنت العمة والخاله وبنت العم والخال لأن الله
تعالى ذكر المحرمات في آية التحريم ثم أخبر سبحانه وتعالى أنه أحل ما وراء ذلك بقوله وأحل لكم ما وراء ذلكم
وبنات الأعمام والعمات والأخوال والخاللات لم يذكرن في المحرمات فكن مما وراء ذلك فكن محلات وكذا
عمومات النكاح لا توجب الفصل ثم خص عنها المحرمات المذكورات في آية التحريم فبقى غيرهن تحت
العموم وقد ورد نص خاص في الباب وهو قوله تعالى يا أيها النبي أنا أحل لنا لك أزواجك إلى قوله عز وجل
وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك إلا أني هاجر من معك الآية والأصل فيما ثبت
للنبي صلى الله عليه وسلم أن يثبت لامته والخصوص بدليل والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما النوع الثاني فالمحرمات بالمصاهرة أربع فرق الفرقة الاولى أم الزوجة وجداتها من قبل أبيها وأمهاتها وان علون فيحرم على الرجل أم زوجته بنص الكتاب العزيز وهو قوله عز وجل وأمهات نسائكم معطوفاً على قوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم سواء كان دخل بزوجه أو كان لم يدخل بها عند عامة العلماء وقال مالك وداود الاصفهاني ومحمد بن شعاع الباقى وبشر المريسي أن أم الزوجة لا تحرم على الزوج بنفس العقد ما لم يدخل بينهما حتى ان من تزوج امرأة ثم طلقها قبل الدخول بها أو ماتت لا يجوز له ان يتزوج أمها عند عامة العلماء وعندهم يجوز والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم روى عن عمر وعلى وابن عباس وزيد بن ثابت وعمران بن حصين رضى الله عنهم مثل قول العامة وروى عن عبد الله بن مسعود وجابر رضى الله عنهما مثل قولهم وهو احدى الروايتين عن علي وزيد بن ثابت وعن زيد بن ثابت انه فصل بين الطلاق والموت قال في الطلاق مثل قولهما وفي الموت مثل قول العامة وجعل الموت كالدخول لانه بمنزلة الدخول في حق المهر وكذا في حق التحريم احتجوا بقوله تعالى وأمهات نسائكم وبأنبائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ذكر أمهات النساء وعطفر بأبائ النساء عليهن في التحريم يحذف العطف ثم عقب الجملتين بشرط الدخول والاصل ان الشرط المذكور والاستثناء بمشئئة الله تعالى عقيب جمل معطوف بعضها على بعض يحذف العطف كل جملة مبتدأ وخبره ينصرف الى الكل لا الى ما يليه خاصة كمن قال عبده حر وأمرأته طالق وعليه حج بيت الله تعالى ان فعل كذا أو قال ان شاء الله تعالى فهذا كذلك فينصرف شرط الدخول الى الجملتين جميعاً فلا تثبت الحرمة بدونه ولنا قوله تعالى وأمهات نسائكم كلام تام بنفسه منفصل عن المذكور بعده لانه مبتدأ وخبره هو معطوف على ما تقدم ذكره من قوله حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم الى قوله عز وجل وأمهات نسائكم والمعطوف يشارك المعطوف عليه في خبره ويكون خبر الاول خبراً للثاني كقوله جاءني زيد وعمر ومعناه جاءني عمر وكان معني قوله تعالى وأمهات نسائكم أي وحرمت عليكم أمهات نسائكم وانه مطلق عن شرط الدخول فمن ادعى أن الدخول المذكور في آخر الكلمات منصرف الى الكل فعليه الدليل وروى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا نكح الرجل امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فله أن يتزوج ابنتها وليس له أن يتزوج الام وهذا نص في المسئلتين وعن عمر بن شبيب عن أبيه عن جده رضى الله عنهم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده فلا بأس أن يتزوج بنتها أو أيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده فلا يحل له أن يتزوج أمها وهذا نص في المسئلتين وعن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما أنه قال في هذه الآية الكريمة أبهم أمهم الله تعالى أي أطلقوا ما أطلق الله تعالى وكذا روى عن عمران ابن حصين أنه قال الآية مبهمه أي مطلقة لا يفصل بين الدخول وعدمه وما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه فقد روى الرجوع عنه فانه روى أنه أفتى بذلك في الكوفة فلما أتى المدينة ولقي أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فذا كرههم رجع الى القول بالحرمة حتى روى أنه لما أفتى الكوفة ثم من كان أفتاه بذلك فقبل أمها ولدت أولاداً فقال أنها وان ولدت ولان هذا النكاح يفضى الى قطع الرحم لانه اذا طلق بنتها وتزوج بأمها حملها ذلك على الضميمة التي هي سبب القطيعة فيما بينهما وقطع الرحم حرام فما أفضى اليه يكون حراماً لهذا المعنى حرم الجمع بين المرأة وبنتها وبين المرأة وأمها وبين عمها وخالتها على ما نذكر ان شاء الله تعالى بخلاف جانب الام حيث لا تحرم بنتها بنفس العقد على الام لان اباحة النكاح هناك لا تؤدي الى القطع لان الام في ظاهر العادات تؤثر بنتها على نفسها في الحظوظ والحقوق والبنت لا تؤثر أمها على نفسها مع لموم ذلك بالعادة واذا جاء الدخول تثبت الحرمة لانه تأكدت مودتها لاستيفائها حظها فاحتجها الغضاضة فيؤدي الى القطع ولان الحرمة

ثبت بالدخول بالاجماع والعقد على البنت سبب الدخول بها والسبب يقوم مقام المسبب في موضع الاحتياط
ولهذا ثبتت الحرمة بنفس العقد في منكوحة الاب وحليلة الابن كان ينبغي ان تحرم الرتبة بنفس العقد على الام
الا ان شرط الدخول هناك عرفناه بالنص في الحكم في الآية على أصل القياس (وأما) قولهم ان الشرط
المدكور في آخر كلمات معطوف بعضها على بعض والاستثناء بمشبهة الله تعالى ملحق بالكل فنقول هذا
الاضل مسلم في الاستثناء بمشبهة الله تعالى والشرط المصرح به فاما في الصفة الداخلة على المذكور في آخر
الكلام فمنوع بل يقتصر على ما يليه فانك تقول جاني زيد ومحمد العالم فتقتصر صفة العلم على الذي يليه دون زيد وقوله
عز وجل الذي دخلتم من وصف اياهن بالدخول بهن لا شرط من ادعى الحاق الوصف بالشرط فمليه الدليل
على أنه محتمل أن يكون بمعنى الشرط فيلحق الكل ويحتمل أن لا يكون فيقتصر على ما يليه فلا يلحق بالشك
والاحتمال واذا وقع الشك والشبهة فيه فالقول لما فيه الحرمة أولى احتياطاً على أن هذه الصفة ان كانت في معنى
الشرط لكن اللفظ متى قرن به شرط أو صفة لا يثبت حكم يقتضي وجوده عند وجوده اما لا يقتضي عدمه عند
عدمه بل عدمه ووجوده عند عدم الشرط والصفة يكون موقوفاً على قيام الدليل وفي نفس هذه الآية الكريمة
ما يدل عليه فانه قال عز وجل وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم من هن فان لم تكونوا دخلتم
من فلا جناح عليكم ولو كان التقيد بالوصف نافياً للحكم في غير الموصوف لكان ذلك القدر كافياً ونحن نقول
بحرمة الام عند الدخول بالربيبة وبجرمة الربيبة عند الدخول بالام بظاهر الآية الكريمة وليس فيها في الحرمة
عند عدم الدخول ولا اثباتها فيقف على قيام الدليل وقد قام الدليل على حرمة الام بدون الدخول بينها وهو
ما ذكرنا فثبتت الحرمة ولم يبق الدليل على حرمة الربيبة قبل الدخول بالام فلا تثبت الحرمة والله عز وجل أعلم
وأما جندات الزوجة من قبل أباها وأمهاتها فاعرفت حرمتهم بالاجماع ولما ذكرنا من المعنى في الامهات
لا يمين النص الاعلى قول من يحيز اشتمال اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز عند عدم التنافي بين حكميهما على
ما ذكرنا ثم انما تحرم الزوجة وجنداتهن بنفس العقد اذا كان صحيحاً فاما اذا كان فاسداً فلا تثبت الحرمة
بالعقد بل بالوطء أو ما يقوم مقامه من المس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة على ما ذكرنا لان الله
تعالى حرم على الزوج أم زوجته مضافاً اليه والاضافة لا تنعقد الا بالعقد الصحيح فلا تثبت الحرمة
الابه والله الموفق

فصل وأما الفرقة الثانية فثبتت الزوجة وبناتها وبنات بناتها وبناتها وان سفلن اما بنت زوجته فحرم
عليه بنص الكتاب العزيز اذا كان دخل بزوجه فان لم يكن دخل بها فلا تحرم لقوله وربائبكم اللاتي في
حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم من هن فان لم تكونوا دخلتم من هن فلا جناح عليكم وسواء كانت بنت زوجته في
حجره أو لا عند عامة العلماء وقال بعض الناس لا تحرم عليه الا أن تكون في حجره ويرى ذلك عن علي بن أبي
طالب رضي الله عنه نصاً لظاهر الآية قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم حرم الله عز وجل بنت الزوجة
ووصف كونها في حجر زوجها فيقتيد التحريم بهذا الوصف ألا ترى أنه لما أضافها الى الزوجة قيد التحريم
بمحق لا يحرم على ربيته غير الزوجة كذا هذا ولنا أن التنصيص على حكم الموصوف لا يدل على أن الحكم في
غير الموصوف بخلافه اذا التنصيص لا يدل على التخصيص فتثبت حرمة بنت زوجته الرجل التي دخل بها
وهي في حجره بهذه الآية واذا لم تكن في حجره ثبت حرمتها بدليل آخر وهو كون نكاحها مفضياً الى قطيعة
الرحم سواء كانت في حجره أو لم تكن على ما بينا فاقدم الا أن الله تعالى ذكر الحجر بناء على أن عرف الناس
وعادتهم ان الربيبة تكون في حجر زوجها أمها عادة فاخرج الكلام مخرج العادة كما في قوله عز وجل ولا
تقتلوا أولادكم خشية املاق وقوله عز وجل فان خفتم أن لا تعدوا فواحدة ونحو ذلك وأما بنات الربيبة

و بنات أبنائهما وان سفلن فتثبت حرمتهم بالاجماع وبما ذكرنا من المعنى المعقول لا بعين النص الاعلى قول من يرى الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد عند إمكان العمل بهما

فصل وأما الفرقة الثالثة فحليلة الابن من الصلب وابن الابن وابن البنت وان سفل فتحرّم على الرجل حليلة ابنته من صلبه بالنص وهو قوله عز وجل وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وذكر الصلب جاز أن يكون لبيان الخاصية وان لم يكن الابن الامن الصلب لقوله تعالى ولا طائر يطير بجناحيه وان كان الطائر لا يطير الا بجناحيه وجاز أن يكون لبيان القسمة والتنويع لان الابن قد يكون من الصلب وقد يكون من الرضاع وقد يكون بالتبني أيضا على ما ذكر في سبب تزول الآية لان النبي صلى الله عليه وسلم لما تزوج امرأة يزيد ابن حارثة بعد ما طلقها زيد وكان ابنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم بالتبني فعابه المنافقون على ذلك وقالوا انه تزوج بحليلة ابنه فنزل قوله تعالى وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وكذلك قوله تعالى فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكمها لكيلا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم اذا قضوا منهن وطرا ولان حليلة الابن لو لم تحرم على الاب فاذا طلقت الابن ربما يندم على ذلك ويريد العود اليها فاذا تزوجها أبوه أو رث ذلك الضغينة بينا والضغينة تورث القطيعة وقطع الرحم حرام فيجب أن يحرم حتى لا يؤدي الى الحرام ولهذا حرمت منكوحة الاب على الابن كذا هذاسواء كان دخل بها الابن أو لم يدخل بها لان النص مطلق عن شرط الدخول والمعنى لا يوجب الفصل أيضا على ما ذكرنا ولان العقد سبب الى الدخول والسبب يقام مقام السبب في موضع الاحتياط على ما مر وحليلة ابن الابن وابن البنت وان سفل تحرم بالاجماع أو بما ذكرنا من المعنى لا بعين النص لان ابن الابن يسمى ابنا مجازا لا حقيقة فاذا صارت الحقيقة مرادة لم يبق المجاز مرادا لنا الاعلى قول من يقول انه يجوز أن يراد من لفظ واحد والله الموفق

فصل وأما الفرقة الرابعة فنكوحة الاب وأجداده من قبل أبيه وان علوا أمام منكوحة الاب فتحرم بالنص وهو قوله ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء والنكاح يذكر ويراد به العقد وسواء كان الاب دخل بها أولا لان اسم النكاح يقع على العقد والوطء فتحرم بكل واحد منهما على ما نذكر ولان نكاح منكوحة الاب يفرض الى قطيعة الرحم لانه اذا فارقها أبوه لعله يندم فيريد أن يعيدها فاذا نكحها الابن أو وحشه ذلك وأورث الضغينة وذلك سبب التباعد بينهما وهو نفسير قطيعة الرحم وقطع الرحم حرام فكان النكاح سبب الحرام وانه تناقض فيحرم دفعا للتناقض الذي هو أثر السفه والجهل جل الله تعالى عنهما وأمام منكوحة أجداده فتحرم بالاجماع وبما ذكرنا من المعنى لا بعين النص الاعلى قول من يرى الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد عند عدم النافي ثم حرمة المصاهرة تثبت بالعقد الصحيح وتثبت بالوطء الحلال بملك اليمين حتى ان من وطئ جاريته تحرم عليها أمها وابنتها وجداتها وان علون وبنات بناتها وان سفلن وتحرم هي على أب الواطئ وابنته وعلى أجداد أجداد الواطئ وان علوا وعلى أبنائها وان سفلوا وكذا تثبت بالوطء في النكاح الفاسد وكذا بالوطء عن شبهة بالاجماع وتثبت بالمس فيهما عن شهوة وبالنظر الى فرجها عن شهوة عندنا ولا تثبت بالنظر الى سائر الاعضاء بشهوة ولا بمس سائر الاعضاء الا عن شهوة بلا خلاف وتفسير الشهوة هي أن يشتهي بقلبه ويعرف ذلك باقراره لانه باطن لاوقوف عليه لغيره ونحرك الآية وانتشارها هل هو شرط تحقيق الشهوة اختلف المشايخ فيه قال بعضهم شرط وقال بعضهم ليس بشرط هو الصحيح لان المس والنظر عن شهوة يتحقق بدون ذلك كالغنين والمحجوب ونحو ذلك وقال الشافعي لا تثبت حرمة المصاهرة بالنظر وله في المس قولان وتثبت حرمة المصاهرة بالزنا والمس والنظر بدون النكاح والملك وشبهته وعند الشافعي لا تثبت الحرمة بالزنا فأولى أن لا تثبت بالمس والنظر بدون الملك احتج الشافعي بقوله تعالى وربنا أثبتكم

اللاقى في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلنكم بهن حرم الزنا بائب المضافة الى نساء المدخولات وانما تكون المرأة مضافة اليها بالنكاح فكان الدخول بالنكاح شرط ثبوت الحرمة وهذا دخول بلا نكاح فلا تثبت به الحرمة ولا تثبت بالنظر أيضا لانه ليس بمعنى الدخول ألا ترى أنه لا يفسد به الصوم ولا يجب به شيء في الاحرام وكذلك المس في قول وفي قول يثبت لانه استمتاع به من وجهه فكان بمعنى الوطء ولهذا حرم بسبب الاحرام كما حرم الوطء وروى عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الرجل يتبع المرأة حراما أينكح ابنتها أو يتيم البنت حراما أينكح أمها فقال لا يحرم الحرام الحلال انما يحرم ما كان نكاحا حلالا والتحريم بالنكاح يحرم الحرام الحلال ولنا قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء والنكاح يستعمل في العقد والوطء فلا يحل ما أن يكون حقيقة لها على الاشتراك وانما أن يكون حقيقة لا أحدهما مجازا لا آخر وكيف ما كان يجب القول بتحريمهما جميعا اذ لا تنافي بينهما كما قال عز وجل ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء عقدا ووطئا وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من نظر الى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا ابنتها وروى حرمت عليه أمها وابنتها وهذا نص في الباب لانه ليس فيه ذكر النكاح وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها ولولم يكن النظر الاول محرما لثاني وهو النظر الى فرج ابنتها لم يلحقه اللعن لان النظر الى فرج المرأة المنكوحه نكاحا صحيحا مباح فكيف يستحق اللعن فاذا ثبتت الحرمة بالنظر في الدخول أولى وكذا بالمس لان النظر دون المس في تعلق الاحكام بهما ألا ترى انه يفسد الصوم بالانزال عن المس ولا يفسد بالانزال عن النظر الى الفرج وفي الحج يلزمه بالمس عن شهوة الدم أنزل أو لم ينزل ولا يلزمه شيء بالنظر الى الفرج عن شهوة أنزل أو لم ينزل فلما ثبتت الحرمة بالنظر في المس أولى ولان الحرمة انما تثبت بالنكاح لكونه سببا داعيا الى الجماع اقامة للسبب مقام المسبب في موضع الاحتياط كما أقيم النوم المفضي الى الحدث مقام الحدث في انتقاض الطهارة احتياطاً لامر الصلاة والقبلة والمباشرة في التسبب والدعوة أبلغ من النكاح فكان أولى باثبات الحرمة ولان الوطء الحلال انما كان محرما للبنت بمعنى هو موجود هنا وهو انه يصير جامعا بين المرأة وبنتها في الوطء من حيث المعنى لان وطء أحدهما يذكره وطء الاخرى فيصير كأنه قاض وطره منهما جميعا وبحوز أن يكون هذا معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها وهذا المعنى موجود في الوطء الحرام وأما الآية الكريمة فلا حجة له فيها بل هي حجة عليه لانه تقتضي حرمة من يبتها التي هي بنت امرأته التي دخل بها مطلقا سواء دخل بها بعد النكاح أو قبله بالزنا واسم الدخول يقع على الحلال والحرام ويحتمل أن يكون المراد الدخول بعد النكاح ويحتمل أن يكون قبله فكان الاحتياط هو القول بالحرمة واذا احتمل هذا واحتمل هذا فلا يصح الاحتجاج به مع الاحتمال على أن في هذه الآية اثبات الحرمة بالدخول في النكاح وهذا ينفي الحرمة بالدخول بلا نكاح فكان هذا احتجا بالمس كونه عنه وانه لا يصح على أن في هذه الآية احتجنا على اثبات الحرمة بالمس لانه ذكر الدخول بهن وحقيقة الدخول بالشيء عبارة عن ادخاله في العورة الى الحصن فكان الدخول بها هو ادخاله في الحصن وذلك بأخذ يدها أو شيء منها ليكون هو الداخل بها فأما بدون ذلك فالمرأة هي الداخلة بنفسها فدل أن المس موجب للحرمة أو يحتمل الوطء ويحتمل المس فيجب القول بالحرمة احتياطاً وأما الحديث فقد قيل انه ضعيف ثم هو خبر واحد يخالف الكتاب واثنان ثبت فتقول بموجبه لان المذكور فيه هو الاتباع لا الوطء واتباعها أن يردها عن نفسها وهذا لا يحرم عندنا اذا المحرم هو الوطء ولا ذكره في الحديث والله عز وجل الموفق (وأما) النوع الثالث وهو المحرمات بالرضاعة فوضع بيها كتاب الرضاع فشكل من حرم لقراءة من الفرق السبع الذين وصفهم الله تعالى يحرم بالرضاعة إلا أن الله تعالى بين

المهرات بالقرابة بيان بلاغ وبين المحرمات بالرضاعة بيان كفاية حيث لم يذ كر على التصريح والتنصيص
 الا الامهات والاخوات بقوله تعالى وأمهاتكم اللائي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ليعلم حكم غير
 المذكور بطريق الاجتهاد بالاستدلال ووجه الاستدلال نذ كره في كتاب الرضاع ان شاء الله تعالى
 والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وعليه الاجماع أيضا وكذا كل من
 يحرم من ذكرا من الفرق الاربع بالمصاهرة يحرم بالرضاع فيحرم على الرجل أم زوجته وبنتها من الرضاع
 الا أن الام تحرم بنفس العقد اذا كان صحيحا والبت لا تحرم الا بالدخول بالا حرام وكذا جدات الزوج
 لا يهاو أمها وان علون وبنات بناتها وبنات أبنائها وان سفلن من الرضاع وكذا يحرم حليمة ابن الرضاع وابن
 ابن الرضاع وان سفل على أبي الرضاع وأبى أبيه وتحرم منكوحة أبي الرضاع وأبى أبيه وان علا على ابن الرضاع
 وابن ابنه وان سفل وكذا يحرم بالوطء أم الموطوءة وبنتها من الرضاع على الواطئ وكذا جداتها وبنات بناتها
 وتحرم الموطوءة على أبي الواطئ وابنه من الرضاع وكذا على أجداده وان علوا وعلى أبناء أبنائه وان سفلوا سواء
 كان الوطء حلالا بأن كان بملك اليمين أو كان الوطء بنكاح فاسد أو شبهة نكاح أو كان زنا ولا اصل انه يحرم
 بسبب الرضاع ما يحرم بسبب النسب وسبب المصاهرة الا في مسئلتين يختلف فيها حكم المصاهرة والرضاع
 نذ كرها في كتاب الرضاع ان شاء الله تعالى

فصل ومنها أن لا يقع نكاح المرأة التي تزوجها جميعا بين ذوات الارحام ولا بين أكثر من أربع
 نسوة في الاجنبيات وجملة الكلام في الجمع ان الجمع في الاصل نوعان جمع بين ذوات الارحام وجمع بين الاجنبيات
 أما الجمع بين ذوات الارحام فنوعان أيضا جمع في النكاح وجمع في الوطء ودواعيه بملك اليمين أما الجمع بين
 ذوات الارحام في النكاح فنقول لا خلاف في أن الجمع بين الاختين في النكاح حرام لقوله تعالى وأن تجمعوا
 بين الاختين معطوفا على قوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم ولان الجمع بينهما يفضى الى قطعة الرحم لان
 المداوة بين الضرتين ظاهرة وأنها تفضى الى قطعة الرحم وقطعة الرحم حرام فكذا المفضى وكذا الجمع بين
 المرأة وبنتها لما قلنا بل أولى لان قرابة الولاد مفترضة الوصول لا خلاف واختلف في الجمع بين ذواتي رحم
 محرم سوى هذين الجمعين بين امرأتين لو كانت احدهما رجلا لا يجوز له نكاح الاخرى من الجانبين جميعا
 أيهما كانت غير عيين كالجمع بين امرأة وعمتها والجمع بين امرأة وخالتها ونحو ذلك قال عامة العلماء لا يجوز وقال
 عثمان البتي الجمع فيما سوى الاختين وسوى المرأة وبنتها ليس بمحرام واحتج بقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم
 ذكرا المحرمات وذكرا فيما حرم الجمع بين الاختين وأحل ما وراء ذلك والجمع فيما سوى الاختين لم يدخل في
 التحريم فكان داخلا في الاحلال الا أن الجمع بين المرأة وبنتها حرم بدلالة النص لان قرابة الولاد أقوى فالتص
 الوارد ثمة يكون واردا ههنا من طريق الاولى ولنا الحديث المشهور وهو ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه
 عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح المرأة على عمها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على
 ابنة أخيها وزاد في بعض الروايات لا الصغرى على الكبرى ولا الكبرى على الصغرى الحديث أخبر أن
 من تزوج عمته ثم بنت أخيها أو خالة ثم بنت أخيها لا يجوز ثم أخبر أنه اذا تزوج بنت الاخ أو بنت
 الاخت أو بنت عمته ثم بنت أخيها لا يجوز أيضا للتأشير ان حرمة الجمع يجوز أن تكون مختصة بأحد الطرفين دون
 الآخر كنكاح الامهات على الحرمة أنه لا يجوز ويجوز نكاح الحرمة على الامهات ولان الجمع بين ذواتي محرم في
 النكاح سبب لقطعة الرحم لان الضرتين يتنازعا ويختلفان ولا يأتلفان هذا امر معلوم بالعرف والعادة وذلك
 يفضى الى قطع الرحم وانه حرام والنكاح سبب فيحرم حتى لا يؤدي اليه وهذا المعنى أشار النبي صلى الله
 عليه وسلم في آخر الحديث فيما روى أنه قال انكم لو فعلتم ذلك لقطعتم أرحامهم وروى في بعض الروايات

فأنهم يتقاطعون وفي بعضها أنه بوجوب القطيعة وروى عن أنس رضي الله عنه أنه قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يكرهون الجمع بين القرابة في النكاح وقالوا انه يورث الضغائن وروى عن عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه أنه كره الجمع بين بنتي عمين وقال لا أحرم ذلك لكن أكرهه أما الكراهة فلنكان القطيعة وأما عدم الحرمة فلان القرابة بينهما ليست بمفترضة الوصل أما الآية فيعتمد أن يكون معنى قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أي ما وراء ما حرمه الله تعالى والجمع بين المرأة وعمتها وبنتها وبين خالتها مما قد حرمة الله تعالى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي هو وحى غير متلوع على أن حرمة الجمع بين الاختين معلولة بقطع الرحم والجمع ههنا يفضي إلى قطع الرحم فكانت حرمة ثابتة بدلالة النص فلم يكن ما وراء ما حرم في آية التحريم ويجوز الجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل أو بين امرأة وزوجة كانت لابها وبها واحد لانه لا رحم بينهما فلم يوجد الجمع بين ذواتي رحم وقال زفر وابن أبي ليلى لا يجوز لان البنت لو كانت رجلا لكان لا يجوز له أن يتزوج الاخرى لانها منكوحه أبيه فلا يجوز الجمع بينهما كما لا يجوز الجمع بين الاختين وانا نقول الشرط أن تكون الحرمة ثابتة من الجانبين جميعا وهو أن يكون كل واحدة منهما إيتما كانت بحيث لو قدرت رجلا لكان لا يجوز له نكاح الاخرى ولم يوجد هذا الشرط لان الزوجة منهما لو كانت رجلا لكان يجوز له أن يتزوج الاخرى لان الاخرى لا تكون بنت الزوج فلم تكن الحرمة ثابتة من الجانبين فجاء الجمع بينهما كالجمع بين الاختين ولو تزوج الاختين معا فسد نكاحهما لان نكاحهما حصل جمعا بينهما في النكاح وليست احدهما بفساد النكاح بأولى من الاخرى فيفرق بينهما ثم ان كان قبل الدخول فلا مهر لهما ولا عدة عليهما لان النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول وان كان قد دخل بهما فلكل واحدة منهما العقر وعليهما العدة لان هذا حكم الدخول في النكاح الفاسد على ما ذكره ان شاء الله تعالى في موضعه وان تزوج احدهما بعد الاخرى جاز نكاح الاولى وفسد نكاح الثانية ولا يفسد نكاح الاولى لفساد نكاح الثانية لان الجمع حصل بنكاح الثانية فاقصر الفساد عليه ويفرق بينه وبين الثانية فان كان لم يدخل بها فلا مهر ولا عدة وان كان دخل بها فلها المهر وعليها العدة لما ينسأ ولا يجوز له أن يطأ الاولى ما لم تنقض عدة الثانية لما ذكر ان شاء الله تعالى وان تزوج أختين في عقدتين لا يدري أيتهما أولى لا يجوز له التحري بل يفرق بينهما وبنهما لان نكاح احدهما فاسد يتيقن وهي مجهولة ولا يتصور حصول مقاصد النكاح من المجهولة فلا بد من التفریق ثم ان ادعت كل واحدة منهما أنها هي الاولى ولا يثبت لها يقضى لها بنصف المهر لان النكاح الصحيح أحدها وقد حصلت الفسقة قبل الدخول لا يصنع المرأة فكان الواجب نصف المهر ويكون بينهما لعدم الترجيح اذ ليست احدهما بأولى من الاخرى وروى عن أبي يوسف أنه لا يلزم الزوج شيء وروى عن محمد أنه يجب عليه المهر كاملا وان قالنا لا ندري أيتهما الاولى لا يقضى لهما بشيء لكون المدعيه منهما مجهولة الا اذا اضطلحت على شيء فحينئذ يقضى لها وكذلك المرأة وعمتها وخالتها في جميع ما وصفنا وكما لا يجوز للرجل ان يتزوج امرأة في نكاح أختها لا يجوز له ان يتزوجها في عدة أختها وكذلك الزوج بامرأة هي ذات رحم محرمة من امرأة بعد مقدمه والاصل ان ما يمنع صلب النكاح من الجمع بين ذواتي المحارم فالعدة تمنع منه وكذا لا يجوز له ان يتزوج أرعا من الاجنبيات والخامسة تعتد منه سواء كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن أو ثلاث أو بالمهرمية الطارئة بعد الدخول أو بالدخول في نكاح فاسد أو بالوطء في شبهة وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز الا في عدة من طلاق رجعي وروى عن جماعة من الصعابة رضي الله عنهم مثل قولنا نحو

على وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت رضي الله عنهم (وجهه) قوله ان المحرم هو الجمع بين الاختين في النكاح والنكاح قد زال من كل وجه لوجود المزيل له وهو الطلاق الثلاث أو البائن ولهذا الوطئها بعد الطلاق الثلاث مع العلم بالحرمة لزمه الحد فلم يمتنع في الجمع في النكاح فلا تثبت الحرمة ولنا ان ملك الحبس والعبد قائم فان الزوج يملك منعها من الخروج والبروز وحرمة الزوج بزوج آخر ثابتة والفراس قائم حتى لو جاءت بولد الى سنتين من وقت الطلاق وقد كان قد دخل بها ثبت النسب فلو جاز النكاح لكان النكاح جمعا بين الاختين في هذه الاحكام فيدخل تحت النص ولان هذه احكام النكاح لانها شرعت وسيلة الى احكام النكاح فكان النكاح قائما من وجه بقاء بعض احكامه والثابت من وجه ما حق بالثابت من وجهه في باب الحرمة احتياطا لا ترى انه ألحقت الام والبنت من وجه بالرضاعة بالام والبنت من كل وجه بالقرابة وألحقت المنكوحه من وجه وهي المعتدة بالمنكوحه من كل وجه في حرمة النكاح كذا هذا ولان الجمع قبل الطلاق انما حرم لكونه مفضيا الى قطيعة الرحم لانه يورث الضغينة وانها تهضي الى القطيعة والضغينة ههنا أشد لان معظم النعمة وهو ملك الحل الذي هو سبب اقتضاء الشهوة قد زال في حق المعتدة ونكاح الثانية يصير جميع ذلك لها وتقوم مقامها وتبقى هي محررة والحظ للحال من الازواج فكانت الضغينة أشد فكانت أدعى الى القطيعة بخلاف ما بعد اقتضاء العدة لان هناك لم يبق شيء من علائق الزوج الاول فكان له اسبيل الوصول الى زوج آخر فتستوفي حظها من الثاني فتسلي به فلا تلحقها الضغينة أو كانت أقل منه في حال قيام العدة فلا يستقيم الاستدلال ولو خلا ما رآه ثم طلقها لم يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها لانه وجبت عليها العدة بالخلو فيمنع نكاح الاخت كما لو وجبت بالدخول حقيقة

فصل وأما الجمع في الوطئ بملك اليمين فلا يجوز عند عامة الصحابة مثل عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم وروى عن عثمان رضي الله عنه انه قال كل شيء حرمه الله تعالى من الحرائر حرمه الله تعالى من الاماء الا الجمع أي الجمع في الوطئ بملك اليمين وروى ان رجلا سأل عثمان رضي الله عنه عن ذلك فقال ما أحب ان أحله ولكن أحلتها آية وحرمتها آية وأما أنا فلا أفعله فخرج الرجل من عنده فاني عليا فذكر له ذلك فقال لو أن لي من الامر شيء لم جعلت من فعل ذلك نكالا وقول عثمان رضي الله عنه ما أحلتها آية وحرمتها آية عنى بآية التحليل قوله عز وجل الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين وبآية التحريم قوله عز وجل وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف وذلك منه اشارة الى تعارض دليلي الحل والحرمة فلا تثبت الحرمة مع التعارض ولعمامة الصحابة رضي الله عنهم الكتاب العزيز والسنة اما الكتاب فقوله عز وجل وان تجمعوا بين الاختين والجمع بينهما في الوطئ جع فيكون حراما وأما السنة فبارى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجتمعن ماءه في رحم أختين واما قول عثمان رضي الله عنه أحلتها آية وحرمتها آية فلا أخذ بالحرم أولى عند التعارض احتياطا للحرمة لانه يلحقه المأثم بارتكاب المحرم ولا مأثم في ترك المباح ولان الاصل في الابضاع هو الحرمة والاباحة بدليل فاذا تعارض دليل الحسل والحرمة تدافعا فيجب العمل بالاصل وكما لا يجوز الجمع بينهما في الوطئ لا يجوز في الدواعي من المس والتقبيل والنظر الى الفرج عن شهوة لان الدواعي الى الحرام حرام اذا عرف هذا فتقول اذا ملك أختين فله أن يطأ احدهما لان الامة لا تصير فراسا بالملك واذا وطئ احدهما ليس له ان يطأ الاخرى بعد ذلك لانه لو وطئ لصار جامعا بينهما ما في الوطئ حقيقة وكذا اذا ملك جارية فوطئها ثم ملك أختها كان له ان يطأ الاولى لما قلنا وليس له ان يطأ الاخرى بعد ذلك ما لم يحرم فخرج الاولى على نفسه اما بالاستزواج أو بالاخراج عن ملكه بالاعتاق أو بالبيع أو بالهبة أو بالصدقة لانه لو وطئ الاخرى لصار جامعا بينهما

في الوطء حقيقة وهذا لا يجوز ولو كانتا يحمل له وطء الاخرى في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه قال لا يحمل لانه بالكتابة لم يملك وطأها غيره وقال في هذه الرواية أيضا انه لو ملك فرج الاولى غيره لم يكن له ان يطأ الاخرى حتى تحيض الاولى حيضة بعد وطئها لجواز أن تكون حاملا فيكون جامعاء في رحم أختين فيستبرئها بحيضة حتى يعلم انها ليست بحامل (وجه) ظاهر الرواية انه حرم فرجها على المولى بالكتابة الا ترى انه لو وطئها لزمه العقر ولو وطئت بشبهة أو نكاح كان المهر لها للمولى فلا يصير بوطء الاخرى جامعائيهما في الوطء ولو تزوج جارية ولم يطأها حتى ملك أختها فليس له أن يطأ المشتراة لانه الفرائش يثبت بنفس النكاح ولان ملك النكاح يقصده الوطء والولد فصارت المنكوحة موطوءة حكما فلو وطئ المشتراة لصار جامعائيهما في الوطء ولو كانت في ملكه جارية قد وطئها ثم تزوج أختها وتزوج أخت أم ولده جاز النكاح عند عامة العلماء ولكن لا يطأ الزوجة المالم يحرم فرج الامه التي في ملكه أو أم ولده وقال مالك لا يجوز النكاح (وجه) قوله ان النكاح بمنزلة الوطء بدليل انه به النسب كالوطء وبدليل انه لا يجوز له أن يطأ المملوكة ههنا بعد نكاح أختها فلو لم يكن بمنزلة الوطء لجاز واذا كان النكاح بمنزلة الوطء يصير بالنكاح جامعالمائيهما في الوطء وانه لا يجوز ولنا ان النكاح ليس بوطء حقيقة وليس بمنزلة الوطء أيضا لان النكاح يلا في الاجنبية ولا يجوز وطء الاجنبية فلا يكون نكاحا جامعائيهما في الوطء الا ان النكاح اذا انعقد يجعل الوطء موجودا حكما بعد الانعقاد لما أن الحكم المختص بالنكاح هو الوطء ونعمته المطلوبه منه الولد ولا حصول له عادة بدون الوطء فجعله الشارع حكما واطثا بعد انعقاد النكاح والحق الولد بالفراش فلو وطئ المملوكة لصار جامعائيهما وطأ ولان الامه لا تصير فراشا بنفس الوطء عندنا حتى لا يثبت النسب بدون الدعوة فلا يكون نكاح أختها جمعائيهما في الفراش فلا يمنع منه وأم الولد فراشا ضعيف حتى يتنقن نسب ولده بمجرد قوله وهو مجرد النفي من غير لمان وكذا يحتصل النقل الى غيره فلا يتحقق النكاح جمعائيهما في الفراش مطلقا فلا يمنع نسب ولده بمجرد قوله وهو مجرد النفي من غير لمان والله عز وجل أعلم ولا يجوز أن يتزوج أخت أم ولده التي تعتمد منه بأنه أعتقها ووجبت عليها العدة في قول أبي حنيفة رحمه الله ويجوز أن يتزوج أربعا في عدتها وقال أبو يوسف ومحمد يجوز كلاهما وقال زفر لا يجوز كلاهما (وجه) قوله ان هذه معتدة فلا يجوز الزوج بأختها وأربع سواها كالحرة المعتدة (وجه) قوله لمان الحرمة في الحرمة لكان الجمع بينهما في النكاح من وجه ولم يوجد في أم الولد لانعدام النكاح أصلا ولان العدة في أم الولد أثر فراش الملك وحقيقة الفراش فيها لا يمنع النكاح حتى لو تزوج أخت أم ولده وأربع نسوة قبل أن يعتقه جاز فإذا لم يكن فراش الملك حقيقة مانعا فآثره أولى ان لا يمنع ولا بي حنيفة انه انما جاز نكاح أخت أم الولد قبل الاعتاق لضعف فراشها على ما بينا فاذا اعتقها قوي فراشها فكان نكاح أختها جمعائيهما في الفراش وهو استلحاق نسب ولديها ولا يجوز استلحاق نسب ولد أختين في زمان واحد ولهذا التزوج أخت أم ولده لا يحمل له وطء المنكوحة حتى يزول فراش أم الولد ونكاح الاربع وان كان جمعائيهن وبينها في الفراش لكن الجمع ههنا في الفراش جائز الا ترى انه جاز قبل الاعتاق فانه اذا تزوج أربعا قبل الاعتاق يحمل له وطؤهن ووطء أم الولد فكذا بعد الاعتاق والله عز وجل أعلم

فصل وما بالجمع بين الاجنبيات فنوعان أيضا جميع في النكاح وجميع في الوطء ودواعيه بملك اليمين اما الجمع في النكاح فنقول لا يجوز للحران يتزوج أكثر من أربع زوجات من الحرائر والاماء عند عامة العلماء وقال بعضهم يباح له الجمع بين التسع وقال بعضهم يباح له الجمع بين ثمانية عشر واحتجوا بظاهر قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فالاولون قالوا ان الله تعالى ذكر هذه الاعداد بحرف الواو وانه للجمع وجملتها تسعة فيقتضى اباحة نكاح تسع واستدلوا أيضا بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم انه تزوج

تسع نسوة وهو قدوة الامة والا تخرون قالوا المثنى ضعف الاثنين والثلاث ضعف الثلاثة والرابع ضعف الاربعة فجمعت ثمانية عشر ولما روى ان رجلا أسلم وتحت ثمان نسوة فأسلمن فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اختر منهن أر بعاً وفارق البواقي أمره صلى الله عليه وسلم بمفارقة البواقي ولو كانت الزيادة على الاربع حلالا لما أمره فدل انه منتهى العدد المشروع وهو الاربع ولان في الزيادة على الاربع خوف الجور عليهم بالمعجز عن القيام بحقوقهن لان الظاهر انه لا يقدر على الوفاء بحقوقهن واليه وقعت الاشارة بقوله عز وجل فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أى لا تعدلوا في القسم والجماع والنفقة في نكاح المثنى والثلاث والرابع فواحدة بخلاف نكاح رسول الله صلى الله عليه وسلم لان خوف الجور منه غير موهوم لكونه مؤيداً على القيام بحقوقهن بالتأييد الالهي فكان ذلك من الايات الدالة على نبوته لانه آثر الفقر على الغنى والضيق على السعة وتحمل الشدائد والمشاق على الهوينان من لعبادات والامور الثقيلة وهذه الاشياء أسباب قطع الشهوات والحاجة الى النساء ومع ذلك كان يقوم بحقوقهن دل انه صلى الله عليه وسلم أحسن قدر على ذلك بالله تعالى واما الآية فلا يمكن العمل بظاهرها لان المثنى ليس عبارة عن الاثنين ولا الثلاث عن الثلاث والرابع عن الاربع بل أدنى ما يراد بالمثنى مرنان من هذا العدد وأدنى ما يراد بالثلاث ثلاث مرات من العدد وكذا الرابع وذلك يزيد على التسعة وثمانية عشر ولا قائل به دل ان العمل بظاهر الآية متعذر فلا بد لها من تأويل ولها تأويلان أحدهما أن يكون على التخيير بين نكاح الاثنين والثلاث والاربع كأنه قال عز وجل مثنى أو ثلاث أو رابع واستعمال الواو ممكن أو جائز والثاني أن يكون ذكر هذه الاعداد على التداخل وهو أن قوله وثلاث تدخل فيه المثنى وقوله عز وجل ورابع يدخل فيه الثلاث كما في قوله أنتم كنتم تكفرون بالذي خلق الارض في يومين ثم قال عز وجل وجعل فيها راسي من فوقها وبارك فيها وقدر فيها أقواتها في أربعة أيام واليومان الا ولان داخلان في الاربع لانه لو لم يكن كذلك لكان خلق هذه الجنة في ستة أيام ثم أخبر عز وجل انه خلق السموات في يومين بقوله عز وجل فقضاهن سبع سموات في يومين فيكون خلق الجميع في ثمانية أيام وقد أخبر الله تعالى انه خلق السموات والارض في ستة أيام فيؤدى الى الخلف في خبر من يستحيل عليه الخلف فكان على التداخل فكذا ههنا جاز أن يكون العدد الاول داخل في الثاني والثاني في الثالث فكان في الآية اباحة نكاح الاربع ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنين لما رويان من الحديث وذكرنا من المعنى فيما تقدم

فصل وأما الجمع في الوطء ودوا عيه بملك اليمين فجائز وان كثرت الجوارى لعوله تعالى فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم أى ان خفتم أن لا تعدلوا في نكاح المثنى والثلاث والرابع بإفناء حقوقهن فانكحوها واحدة وان خفتم أن لا تعدلوا في واحدة فما ملكت أيمانكم كأنه قال سبحانه وتعالى هذا أو هذا أى الزيادة على الواحدة الى الاربع عند القدرة على المعادلة وعند خوف الجور في ذلك الواحدة من الحرائر وعند خوف الجور في نكاح الواحدة هو شراء الجوارى والتسرى بهن وذلك قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانكم ذكره مطلقاً عن شرط العدد وقال تعالى الاعلى أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين من غير شرط العدد وقال عز وجل والمحصنات من النساء الاما ملكت أيمانكم مطلقاً ولان حرمة الزيادة على الاربع في الزوجات لخوف الجور عليهم في القسم والجماع ولم يوجد هذا المعنى في الاماء لانه لاحق لمن قبل المولى في القسم والجماع

فصل ومنها أن لا يكون تحتها حرة هو شرط جواز نكاح الامة فلا يجوز نكاح الامة على الحرية والاصل فيه ما روى عن علي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح الامة على الحرية وقال علي رضي الله عنه وتنكح الحرة على الامة وللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولان الحرية

تنبى عن الشرف والعزة وكمال الحال فنكاح الامة على الحرية ادخال على الحرية من لا يساويها في القسم وذلك
يشعر بالاستهانة والحق الشين ونقصان الحال وهذا لا يجوز وسواء كان المتزوج حراً أو عبداً عندنا لان
ما روينا من الحديث وذكرنا من المعنى لا يوجب انفصال وعند الشافعي يجوز للعبد أن يتزوج أمة على حرية بناء
على أن عدم الجواز للحر عنده لعدم شرط الجواز وهو عدم طول الحرية وهذا شرط جواز نكاح الامة عنده
في حق الحر لا في حق العبد لما نذكر ان شاء الله تعالى وكذا ادخلوا الحرية عن العدة شرط جواز نكاح الامة عند
أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز أن يتزوج أمة على حرية تعتد من طلاق بائن أو ثلاث (وجه) قولهما
ان المحرم ليس هو الجمع بين الحرية والامة بدليل أنه لو تزوج أمة ثم تزوج حرية جاز وقد حصل الجمع وانما
المحرم هو نكاح الامة على الحرية وقال صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرية ولا يتحقق النكاح عليها
بعد البينة ألا ترى أنه لو حلف لا يتزوج على امرأته فتزوج بعد ما بأنها في عدتها لا يحنث ولا يبي حنيفة
ان نكاح الامة في عدة الحرية نكاح عليها من وجهه لان بعض آثار النكاح قائم فكان النكاح قائماً
من وجهه فكان نكاحها عليها من وجهه والثابت من وجهه ملحق بالثابت من كل وجهه في باب
الحرمان احتياطاً فيحرم نكاح الاخت في عدة الاخت ونحو ذلك مما بينا في تقدمه وأما عدم طول
الحرية وهو القدرة على مهر الحرية وخشية العنت فليس من شرط جواز نكاح الامة عند أصحابنا والحاصل ان
من شرائط جواز نكاح الامة عند أبي حنيفة أن لا يكون في نكاح المتزوج حرية ولا في عدة حرية وعندهما خلو
الحرية عن عدة البينة ليس بشرط لجواز نكاح الامة وعند الشافعي من شرائط جواز نكاح الامة أن لا يكون
في نكاحه حرية وأن لا يكون قادراً على مهر الحرية وأن يخشى العنت حتى اذا كان في ملكه أمة يطؤها بملك
اليمن جاز له أن يتزوج أمة عندنا وعند أبي حنيفة لا يجوز لعدم خشية العنت وكذلك الحر يجوز له أن يتزوج أكثر من
أمة واحدة عندنا وعند أبي حنيفة لا يجوز له أن يتزوج أمة أخرى لزوال خشية العنت بالواحدة
ولا خلاف في أن طول الحرية لا يمنع العبد من نكاح الامة احتج الشافعي بقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طويلاً
أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ومن كلمة شرط فقد جعل الله
عز وجل العجز عن طول الحرية شرطاً لجواز نكاح الامة فيتعلق الجواز به كما في قوله تعالى فمن لم يستطع
فاطعام ستين مسكيناً ونحو ذلك وقال تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم وهو الزنا شرط سبحانه وتعالى خشية
العنت لجواز نكاح الامة فيقتيد الجواز بهذا الشرط أيضاً ولا جواز نكاح الامة في الأصل ثبت بطريق
الضرورة لما يتضمن نكاحهن من ارقاق الحر لان ماء الحر حر تبعاً له وكان في نكاح الحر الامة ارقاق حر جزأً
والى هذا أشار عمر رضي الله عنه فيما روى عنه أنه قال أيمأ حر تزوج أمة فقد أرق نصفه وأيمأ عبد تزوج
حرية فقد أعتق نصفه ولا يجوز ارقاق الجزء من غير ضرورة ولهذا اذا كان تحت حرية لا يجوز نكاح الامة
وهذا لان ارقاق اهلاك لا يخرج به من أن يكون منتفعاً به في حق نفسه ويصير ملحقاً بالهائم وهلاك
الجزء من غير ضرورة لا يجوز كقطع اليد ونحو ذلك ولا ضرورة لارتفاع الضرورة بالحرية بخلاف ما اذا كان المتزوج عبداً
لان نكاحه ليس ارقاق الحر لان ماءه رقيق تبعاً له وارقاق الرقيق لا يتصور ولنا عمومات النكاح نحو قوله
تعالى وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وأمائكم وقوله عز وجل فانكحوهن باذن أهلهن
وقوله عز وجل وأحل لكم ما وراء ذلكم من غير فصل بين حال القدرة على مهر الحرية وعدمها ولا نكاح
عقد مصلحة في الأصل لا شتمه على المصالح الدينية والدنيوية فكان الأصل فيه هو الجواز اذا صدر من الأهل
في المحلل وقد وجدوا الآية فيها اباحة نكاح الامة عند عدم طول الحرية وهذا لا يبنى الا بآية عند وجود

لطول فالتعليق بالشرط عندنا يقتضى الوجود عند وجود الشرط اما لا يقتضى العدم عند عدمه قال الله تعالى فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة ثم اذا تزوج واحدة جاز وان كان لا يخاف الجور في نكاح المثنى والثلاث والرابع وقال تعالى في الاماء فاذا أحصن فان أتى بها حاشة فعملهن نصف ما على المحصنات من العذاب وهذا لا يدل على نفى الحد عنهن عند عدم الاحصان وهو التزوج وهو الجواب عن قوله عز وجل ذلك لمن خشى العنت منكم على أن العنت يذكروا ويراد به الضيق كقوله عز وجل ولو شاء الله لا عنتكم أى لضيق عليكم أى من يضيق عليه النفقة والاسكان لترك الحرة بالطلاق وتزوج الامة فالطول المذكور يحتمل أن يراد به القدرة على المهر ويحتمل أن يراد به القدرة على الوطء لان النكاح يذكروا ويراد به الوطء بل حقيقة الوطء على ما عرف فكان معناه فمن لم يقدر منكم على وطء المحصنات وهى الحرائر والقدرة على وطء الحرة انما يكون في النكاح ونحن نقول به ان من لم يقدر على وطء الحرة بأن لم يكن في نكاحه حرة يجوز له نكاح الامة ومن قدر على ذلك بأن كان في نكاحه حرة لا يجوز له نكاح الامة وتقل هذا التأويل عن على رضى الله عنه فلا يكون حجة مع الاحتمال على أن فيها اباحة نكاح الامة عند عدم طول الحرة وهذا تقديم وتأخير في الجواب عن التعليق بالآية وأما قوله نكاح الامة يتضمن ارقاق الحر لان ماء الحر حر فتقول ان عنى به اثبات حقيقة الرق فهذا لا يتصور لان الماء جاد لا يوصف بالرق والحرية وان عنى به التسبب الى حدوث ررق الولد فهذا مسلم لكن أثر هذا في الكراهة لا في الحرية فان نكاح الامة في حال طول الحرة في حق العبد جائز بالاجماع وان كان نكاحها مباشرة سبب حدوث الرق عندنا فذكره نكاح الامة مع طول الحرة ولو تزوج أمة وحرة في عقد واحد جاز نكاح الحرة وبطل نكاح الامة لان كل واحدة منهما على صاحبها مدخولة عليها فيعتبر حالة الاجتماع بحال الانفراد فيجوز نكاح الحرة لان نكاحها على الامة حالة الانفراد جائز فكذا حالة الاجتماع ويطل نكاح الامة لان نكاحها على الحرة وادخالها عليها لا يجوز حالة الانفراد فكذا عند الاجتماع بخلاف ما اذا تزوج أختين في عقد واحد لان المحرم هناك هو الجمع بين الأختين والجمع حصل بهما فبطل نكاحهما وهما المحرم هو ادخال الامة على الحرة لا الجمع ألا ترى أنه لو كان نكاح الامة متقدما على نكاح الحرة جاز نكاح الحرة وان وجد الجمع فكذلك اذا اقترن الامران والله عز وجل اعلم وكذلك اذا جمع بين أجنبية وذات محارمه جاز نكاح الاجنبية وبطل نكاح المحرم ويعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد وهل ينقسم المهر عليهم ما في قول أبي حنيفة لا ينقسم ويكون كله للاجنبية وعندهما ينقسم المسمى على قدر مهر مثلها .

فصل ومنها أن لا تكثر منكوحة الغير لقوله تعالى والمحصنات من النساء معطوفا على قوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم الى قوله والمحصنات من النساء وهن ذوات الازواج وسواء كان زواجهما مساما أو كافرا الا المسبية التي هي ذات زوج سببت وحدها لان قوله عز وجل والمحصنات من النساء عام في جميع ذوات الازواج ثم استثنى تعالى منها الملوكات بقوله تعالى الا ما ملكت أيمانكم والمراد منها المسيبات اللاتي سبين وهن ذوات الازواج ليكون المستثنى من جنس المستثنى منه فيقتضى حرمة نكاح كل ذات زوج الا التي سببت كذا روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال في هذه الآية كل ذات زوج ايمانها زنا الا ما سببت والمراد منه التي سببت وحدها وأخرجت الى دار الاسلام لان القرعة ثبتت بتباين الدارين عندنا لا بنفس السبي على ما نذكر ان شاء الله تعالى وصارت هي في حكم الذمينة ولان اجتماع رجلين على امرأة واحدة يفسد القران لانه يوجب اشتباه النسب وتضييع الولد وفوات السكن والالفة والمودة فيفوت ما وضع النكاح له

فصل ومنها أن لا تكون معتدة الغير لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله أى ما كتب عليهما من الترهس ولان بعض أحكام النكاح حالة العدم قائم فكان النكاح قائما من وجه والثابت

من وجهه كالشابت من كل وجه في باب الحرمان ولا نه لا يجوز التصريح بالخطبة في حال قيام العدة ومعلوم ان خطبتها بالنكاح دون حقيقة النكاح فالم تحز الخطبة فلان لا يجوز العقد أولى وسواء كانت العدة عن طلاق أو عن وفاة أو دخول في نكاح فاسد أو شبهة نكاح لما ذكرنا من الدلائل ويجوز لصاحب العدة أن يتزوجها اذ لم يكن هناك مانع آخر غير العدة لان العدة حقه قال الله سبحانه وتعالى في الحكم عليهن من عدة تعتدونها أضاف العدة الى الأزواج فدل أنها حق الزوج وحق الانسان لا يجوز أن يمنع من التصرف وانما يظهر أثره في حق الغير ويجوز نكاح المسيبة بغير السابى اذا سببت وحدها دون زوجها وأخرجت الى دار الاسلام بالاجماع لانه وقعت الفرقة بينهما ولا عدة عليها لقوله عز وجل والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيما تكم والمراد منه المسيبات اللاتي هن ذوات الأزواج فقد أحل الله تعالى المسيبة للمولى السابى اذا استثناء من التحريم اباحة من حيث الظاهر وقد أحلها عز وجل مطلقا من غير شرط انقضاء العدة فدل أنه لا عدة عليها وكذلك المهاجرة وهي المرأة خرجت اليان من دار الحرب مسلمة مراغمة لزوجها يجوز نكاحها ولا عدة عليها في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد عليها العدة ولا يجوز نكاحها (وجه) قوله ما ان الفرقة وقعت بتيان الدار فتقع بعد دخولها دار الاسلام وهي بعد الدخول مسلمة وفي دار الاسلام فتجب عليها العدة كسائر المسلمات ولا في حنيفة قوله تعالى بأبيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله عز وجل ولا جناح عليكم أن تنكحوهن اذا آتيتهن وهن أجورهن أباح تعالى نكاح المهاجرة مطلقا من غير ذكر العدة وقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر هي الله تعالى المسلمين عن الامساك والامتناع عن نكاح المهاجرة لاجل عصمة الزوج الكافر وحرمة فلا امتناع عن نكاحها للعدة والعدة في حق الزوج يكون امساكا وتمسكا بعصمة زوجها الكافر وهذا منهي عنه ولان العدة حق من حقوق الزوج ولا يجوز أن يبقى للحربي على المسلمة الخارجة الى دار الاسلام حق والدليل عليه أن لا عدة على المسيبة وان كانت كافرة على الحقيقة لكن اليست في حكم الذمية تجري عليها أحكام الاسلام ومع ذلك ينقطع عنها حق الزوج الكافر فالمهاجرة المسلمة حقيقة لان ينقطع عنها حق الزوج الكافر أولى هذا اذا هاجرت اليان وهي حائل فاما اذا كانت حاملا ففيه اختلاف الرواية عن أبي حنيفة وسند كرها ان شاء الله تعالى

فصل ومنها أن لا يكون بها حمل ثابت النسب من الغير فان كان لا يجوز نكاحها وان لم تكن معتدة كمن تزوج أم ولد انسان وهي حامل من مولاه لا يجوز وان لم تكن معتدة لوجود حمل ثابت النسب وهذا لان الحمل اذا كان ثابت النسب من الغير وماؤه محرم لزم حفظ حرمة مائه بالمتنع من النكاح وعلى هذا يخرج ما اذا تزوج امرأة حاملا من الزنا انه يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد ولكن لا يطؤها حتى تضع وقال أبو يوسف لا يجوز وهو قول زفر (وجه) قول أبي يوسف ان هذا الحمل يمنع الوطء فيمنع العقد أيضا كالحمل الثابت النسب وهذا لان المقصود من النكاح هو حل الوطء فاذا لم يحل له وطؤها لم يكن النكاح مفيدا فلا يجوز ولهذا لم يجوز اذا كان الحمل ثابت النسب كذا هذا (ولهما) أن المتنع من نكاح الحامل حملا ثابت النسب لحرمة ماء الوطء ولا حرمة الماء الزنا بدليل أنه لا يثبت به النسب قال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر فاذا لم يكن له جرم لا يمنع جواز النكاح الا أنها لا توطأ حتى تضع لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره ورأى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يحل لرجلين يؤمنا بالله واليوم الآخر ان يجتمعا على امرأة في طهر واحد وحرمة الوطء بعارض طارئ على المحل لا ينافي النكاح لبقاء ولا ابتداء كالخبيض والنفاس وأما المهاجرة اذا كانت حاملا فمن أبي حنيفة روايتان روى محمد عنه أنه لا يجوز نكاحها وهو احدى روايتي أبي يوسف عنه وعن أبي يوسف

رواية أخرى عن أبي حنيفة أنه يجوز نكاحها ولو كانت لا توطأ حتى تضع (وجه) هذه الرواية أن ماء الحرب لا حرمة له فكان بمنزلة ماء الزاني ولا يمنع جواز النكاح كذا هذا إلا أنها لا توطأ حتى تضع لما روينا (وجه) الرواية الأخرى أن هذا محل ثابت بالنسب لأن أنساب أهل الحرب ثابتة فيمنع جواز النكاح كسائر الاحمال الثابتة بالنسب والطحاوي اعتمد رواية أبي يوسف والكرخي رواية محمد وهي المعتمد عليها لأن حرمة نكاح الحامل ليست لمكان العدة لا محالة فإنها قد تثبت عند عدم العدة كام الولد إذا كانت حاملا من مولاهما بل لثبوت نسب الحمل كما في أم الولد والحمل ههنا ثابت بالنسب فيمنع النكاح وعلى هذا نكاح المسبية دون الزوج إذا كانت حاملا وأخرجت إلى دار الإسلام يجب أن يكون على اختلاف الرواية ولا خلاف في أنه لا يحل وطؤها قبل الوضع ولا قبل الاستبراء بمحيضة إذا كانت حاملا والأصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في سبأيا أو طاس إلا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحبالى حتى يستبرأن بمحيضة

فصل ومنها أن يكون للزوجين ملة يقران عليها فإن لم يكن بأن كان أحدهما مرتدا لا يجوز نكاحه أصلا لا بمسلم ولا بكافر غير مرتد والمرتد مثله لأنه ترك ملة الإسلام ولا يقر على الردة بل يحجر على الإسلام أما بالقتل إن كان رجلا بالاجماع وأما بالحبس والضرب إن كانت امرأة عندنا إلى أن تموت أو تسلم فكانت الردة في معنى الموت لكونها سببا مفضيا إليه والميت لا يكون محلا للنكاح ولأن ملك النكاح ملك معصوم ولا عصمة مع المرتدة ولأن نكاح المرتد لا يقع وسيلة إلى المقاصد المطلوبة منه لأنه يحجر على الإسلام على ما بينا فلا يفيد فائدته فلا يجوز والدليل عليه أن الردة لو اعترضت على النكاح رفعت فاذا قارنته تمنعه من الوجود من طريق الأولى كالرضاع لأن المنع أسهل من الرفع

فصل ومنها أن لا تكون المرأة مشركة إذا كان الرجل مسلما فلا يجوز للمسلم أن ينكح المشركة لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن ويجوز أن ينكح الكتابية لقوله عز وجل والمحصنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم والفرق أن الأصل أن لا يجوز للمسلم أن ينكح الكافرة لأن ازدواج الكافرة والمخالطة معهما مع قيام العداوة الدينية لا يحصل السكن والمودة الذي هو قوام مقاصد النكاح إلا أنه يجوز نكاح الكتابية لرجاء إسلامها لأنها آمنت بكتب الأنبياء والرسل في الجملة وإنما قصضت الجملة بالتفصيل بناء على أنها أخبرت عن الأمر على خلاف حقيقته فالظاهر أنها متى نبتت على حقيقة الارتداد نبتت وتأتى بالإيمان على التفصيل بناء على حسب ما كانت أتت به على الجملة وهذا هو الظاهر من حال التي بنى أمرها على الدليل دون الهوى والطبع والزوج يدعوها إلى الإسلام وينبها على حقيقة الأمر فكان في نكاح المسلم إياها رجاء إسلامها فجوز نكاحها لهذه العاقبة الحسنة بخلاف المشركة فإنها في اختيارها الشرك ما ثبت أمرها على الحقبة بل على التقليد بوجود الأباء عن ذلك من غير أن ينتهي ذلك الخبر فمن يجب قبول قوله واتباعه وهو الرسول فالظاهر أنها لا تنظر في الحقبة ولا تلتفت إليها عند الدعوة فيبقى ازدواج الكافر مع قيام العداوة الدينية المانعة عن السكن والازدواج والمودة خاليين عن العاقبة الحسنة فلم يجز نكاحها وسواء كانت الكتابية جرة أو أمة عندنا وقال الشافعي لا يجوز نكاح الأمة الكتابية ويحل وطؤها بملك اليمين واحتج بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن والكتابية مشركة على الحقيقة لأن المشرك من يشرك بالله تعالى في الألوهية وأهل الكتاب كذلك قال الله تعالى وقالت اليهود عزير بن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله وقالت النصارى إن الله ثالث ثلاثة سبحانه وتعالى عما يقولون فعموم النص يقتضي حرمة نكاح جميع المشركات إلا أنه خص منه الحرائر من الكتابيات بقوله تعالى والمحصنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم وهن الحرائر فبقيت الأماء منهن على ظاهر العموم ولأن جواز نكاح الأماء في الأصل ثبت بطريق الضرورة لما ذكرنا فها قد قدم والضرورة تندفع بنكاح الأمة المؤمنة

ولنا عمومات النكاح نحو قوله عز وجل وأحل لكم ما وراء ذلكم وقوله عز وجل فأنكحوهن باذن أهلهن وقوله عز وجل فأنكحوا ما طاب لكم من النساء وغير ذلك من غير فصل بين الأمة المؤمنة والأمة الكافرة الكتابية إلا ما خص بدليل وأما الآية فهي في غير الكتابيات من المشركات لأن أهل الكتاب وإن كانوا مشركين على الحقيقة لكن هذا الاسم في متعارف الناس يطلق على المشركين من غير أهل الكتاب قال الله تعالى ما يؤد الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين وقال تعالى إن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركون في نار جهنم فصل بين الفريقين في الاسم على أن الكتابيات وإن دخلن تحت عموم اسم المشركات بحكم ظاهر اللفظ لكنهن خصصن عن العموم بقوله تعالى والمحصنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم وأما الكتابيات إذا كن غنائف يستحقن هذا الاسم لأن الأصل في كلام العرب عبارة عن المنع ومعنى المنع يحصل بالعفة والصلاح كما يحصل بالحر بقول الإسلام والنكاح لأن ذلك مانع المرأة عن ارتكاب الفاحشة فيتناولن عموم اسم المحصنات وقوله الأصل في نكاح الماء نفسه ممنوع بل الأصل في النكاح هو الجواز حرة كانت المنكوحة أو أمة مسلمة أو كتابية لما مر أن النكاح عقد مصلحة والأصل في المصالح إطلاق الاستيفاء والمنع عنه لمعنى في غيره على ما عرف ولا يجوز للسلم نكاح المجوسية لأن المجوس ليسوا من أهل الكتاب قال الله تبارك وتعالى وهذا كتاب أنزلنا مبارك إلى قوله أن يقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا معناه والله أعلم أي أنزلت عليكم لثلاث طوائف فيؤدى إلى الخلف في خبره عز وجل وذلك محال على أن هذا لو كان حكاية عن قول المشركين لكان دليلا على ما قلنا لأنه حكى عنهم القول ولم يعقبه بالانكار عليهم والتكذيب إياهم والحكيم إذا حكى عن منكر غيره والأصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير أنكم ليسوا نساءهم ولا آكل ذبائحهم ودل قوله سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب على أنهم ليسوا من أهل الكتاب ولا يحل وطؤها بملك اليمين أيضا والأصل أن لا يحل وطء كافرة بنكاح ولا بملك يمين إلا الكتابية خاصة لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن واسم النكاح يقع على العقد والوطء جميعا فيحرمان جميعا ومن كان أحداً بويه كتابيا ولا آخر مجوسيا كان حكمه حكم أهل الكتاب لأنه لو كان أحداً بويه مسلما يعطى له حكم الإسلام لأن الإسلام يعمل ولا يبلى فكذلك إذا كان كتابيا يعطى له حكم أهل الكتاب ولأن الكتابية له بعض أحكام أهل الإسلام وهو المناكحة وجواز الذبيحة والإسلام يعمل بنفسه وبأحكامه ولأن رجاءه الإسلام من الكتابية أكثر فكان أولى بالاستتباع وأما الصبايات فقد قال أبو حنيفة أنه يجوز للسلم نكاحهن وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز وقيل ليس هذا باختلاف في الحقيقة وإنما الاختلاف لا شتبا مذهبهم فعند أبي حنيفة هم قوم يؤمنون بكتاب فأنهم يقرؤن الزبور ولا يعبدون أنكوا كب ولكن يعظمونها كتعظيم المسلمين السكينة في الاستقبال إليها إلا أنهم يخالفون غيرهم من أهل الكتاب في بعض دياناتهم وهذا يمنع المناكحة كاليهود مع النصارى وعند أبي يوسف ومحمد أنهم قوم يعبدون الكواكب وعابد الكواكب كعابد الوثن فلا يجوز للمسلمين مناكحتهم

فصل ومنها سلام الرجل إذا كانت المرأة مسلمة فلا يجوز أن نكح الكافر لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولأن في نكاح المؤمنة الكافر خوف وقوع المؤمنة في الكفر لأن الزور يبدعها إلى دينه والنساء في العادات يتبعن الرجال فيما يؤمرن من الأفعال ويقلدنهم في الدين إليه وقعت الإشارة في آخر الآية بقوله عز وجل أولئك يدعون إلى النار لأنهم يدعون المؤمنين إلى الكفر والدعاء إلى الكفر دعاء إلى النار لأن الكفر يوجب النار فكان نكاح الكافر المسلمة سبياداعيا إلى الحرام فكان حراما والنص وإن ورد

في المشركين لكن العلة وهي الدعاء الى النار يحرم الكفرة أجمع فيتعلم الحكم بعموم العلة فلا يجوز انكاح المسلمة الكتابي كما لا يجوز انكاحها الوثني والمجوسي لان الشرع قطع ولاية الكافرين عن المؤمنين بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فلو جاز انكاح الكافر المؤمنة لثبت له عليها سبيل وهذا لا يجوز وأما أنكحة الكفار غير المرتدين بعضهم لبعض فحائز في الجملة عند عامة العلماء وقال مالك أنكحتهم فاسدة لان للنكاح في الاسلام شرائط لا يراعونها فلا يحكم بصحة أنكحتهم وهذا غير سديد لقوله عز وجل وامرأته حالة الخطب سماها الله تعالى امرأته ولو كانت أنكحتهم فاسدة لم تكن امرأته حقيقة ولان النكاح سنة آدم عليه الصلاة والسلام فهم على شريعته في ذلك وقال النبي صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح ولم أولد من سفاح وان كان أبواه كافرين ولان القول بفساد أنكحتهم يؤدي الى أمر قبيح وهو الطعن في نسب كثير من الانبياء عليهم الصلاة والسلام لان كثير منهم ولدوا من أبوين كافرين والمذهب تمتحن بعبادها فلما أفضى الى قبيح عرف فسادها ويجوز نكاح أهل الذمة بعضهم لبعض وان اختلفت شرائعهم لان الكفر كله كاملة واحدة اذ هو تكذيب الرب سبحانه وتعالى عما يقولون علوا كبيرا فيأمر أنزل على رسله صلوات الله وسلامه عليهم وقال الله عز وجل لكم دينكم ولي دين واختلفا فيهم في شرائعهم بمنزلة اختلاف كل فريق منهم فيما بينهم في بعض شرائعهم وهذا لا يمنع جواز نكاح بعضهم لبعض كذا هذا

فصل ومنها أن لا يكون أحد الزوجين ملكا صاحبه ولا ينتقص منه ملكه فلا يجوز للرجل أن يتزوج بجاريته ولا بجارية مشتركة بينه وبين غيره وكذلك لا يجوز للمرأة أن تتزوج عبدا ولا العبد المشترك بينها وبين غيرها لقوله تعالى والذين هم لفر وجهم حافظون الاعلى أز واجهم أو ما ملكت أيمانهم الآية ثم أباح الله عز وجل الوطء للأبأحد أمرين لان كلمة تتناول أحدا المذكورين فلا تجوز الاستباحة بهما جميعا ولان للنكاح حقوقا تثبت على الشركة بين الزوجين منها مطالبة المرأة الزوج بالوطء ومطالبة الزوج الزوجة بالتكفين وقيام ملك الرقبة بمنع من الشركة واذا لم تثبت الشركة في ثمرات النكاح لا يفيد النكاح فلا يجوز ولان الحقوق الثابتة بالنكاح لا يجوز ان تثبت على المولى لامته ولا على الحرة لعبدها لان ملك الرقبة يقتضي أن تكون الولاية للمالك وكون المملوك يولى عليه وملك النكاح يقتضي ثبوت الولاية للمملوك على المالك فيؤدي الى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد واليا وموليا عليه في شيء واحد وهذا محال ولان النكاح لا يجوز من غير مهر عندنا ولا يجب للمولى على عبده دين ولا للعبد على مولاه وكذا لا يجوز أن يتزوج مسدرة ومكاتبته لان كل واحد منهما مملوك فكذا اذا اعترض ملك اليمين على نكاح يبطل النكاح بأن ملك أحد الزوجين صاحبه أو شقصا منه لما نذر ان شاء الله تعالى في موضعه

فصل ومنها التأيد فلا يجوز النكاح المؤقت وهو نكاح المتعة وانه نوعان أحدهما أن يكون بلفظ التمتع والثاني أن يكون بلفظ النكاح والتزويج وما يقوم مقامهما أما الاول فهو أن يقول أعطيك كذا على أن أمتع منك يوما أو شهرا أو سنة ونحو ذلك وانه باطل عند عامة العلماء وقال بعض الناس هو جائز واحتجوا بظاهر قوله تعالى فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة والاستدلال بهما من ثلاثة أوجه أحدها أنه ذكر الاستمتاع ولم يذكر النكاح والاستمتاع والتمتع واحد والثاني انه تعالى أمر بابتاء الاجر وحقيقة الاجارة والمتعة عند الاجارة على منفعة البضع والثالث انه تعالى أمر بابتاء الاجر بعد الاستمتاع وذلك يكون في عقد الاجارة والمتعة فأما المهر فانه يجب في النكاح بنفس المقدور وخدازوج بالمهر أولا ثم يمكن من الاستمتاع فدللت الآية الكريمة على جواز عقد المتعة ولنا الكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب الكريم فقوله عز وجل والذين هم لفر وجهم حافظون الاعلى أز واجهم أو ما ملكت أيمانهم حرم تعالى الجماع الا بأحد شيئين والمتعة

ليست بنكاح ولا بملك يمين فيبقى التعريم والدليل على أنها ليست بنكاح أنها ترتفع من غير طلاق ولا فرقة ولا
يجرى التوارث بينهم فدل أنها ليست بنكاح فلم تكن هي زوجه له وقوله تعالى في آخر الآية في ابنتي وراء
ذلك فأولئك هم العادون سمي مبتني ما وراء ذلك عاديا فدل على حرمة الوطء بدون هذين الشئتين وقوله عز
وجل ولا تكرر هو افتياتكم على البغاء وكان ذلك منهم اجازة الاماء هي الله عز وجل عن ذلك وسميها بغاء
فدل على الحرمة وأما السنة فإروى عن علي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء
يوم خيبر وعن أكل لحوم الجمر الانسية وعن سرقة الجهنمي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن
متعة النساء يوم فتح مكة وعن عبد الله بن عمر أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن متعة النساء
وعن لحوم الجمر الاهلية وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قائما بين الركن والمقام وهو يقول اني
كنت أذنت لكم في المتعة فن كان عنده شيء فليفارقوه ولا تأخذوا بما آتيتموهن شيئا فان الله قد حرمها لي يوم
القيامة وأما الاجماع فان الامة بأسرها امتنعوا عن العمل بالمتعة مع ظهور الحاجة لهم إلى ذلك وأما المعقول
فهو أن النكاح ما شرع لاقتضاء الشهوة بل لا غرض ومقاصد يتوسل به اليها واقتضاء الشهوة بالمتعة لا يقع
وسيلة الى المقاصد فلا يشرع وأما الآية الكريمة فمعنى قوله فيها استمتعتم به منهن أي في النكاح لان المذكور
في أول الآية وآخرها هو النكاح فان الله تعالى ذكر أجناسا من المحرمات في أول الآية في النكاح وأباح
ما وراءها بالنكاح بقوله عز وجل وأحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا بأموالكم أي بالنكاح وقوله تعالى
محصنين غير مسافحين أي غير متناكحين غير زانين وقال تعالى في سياق الآية الكريمة ومن لم يستطع منكم
طولا أن ينكح المحصنات ذكر النكاح لا الاجارة والمتعة فيصرف قوله تعالى فيها استمتعتم به الى الاستمتاع
بالنكاح وأما قوله سمي الواجب أجرا فتم المهر في النكاح يسمى أجرا قال الله عز وجل فانكحوهن باذن
أهلن وآتوهن أجورهن أي مهورهن وقال سبحانه وتعالى يا أيها النبي انا أحللت لك أزواجك التي آتيت
أجورهن وقوله أمرتعالى يا ابتاء الاجر بعد الاستمتاع بهن والمهر يجب بنفس النكاح ويؤخذ قبل الاستمتاع
قلنا قد قيل في الآية الكريمة تقديم وتأخير كانه تعالى قال فاتوهن أجورهن اذا استمتعتم بهن أي اذا أردتم
الاستمتاع بهن كقوله تعالى يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لمدنهن أي اذا أردتم تطليق النساء على أنهن
كان المراد من الآية الاجارة والمتعة فقد صارت منسوخة بما تلونا من الآيات وروينا من الاحاديث وعن
ابن عباس رضي الله عنهما أن قوله فيها استمتعتم بهن نسخته بقوله عز وجل يا أيها النبي اذا طلقتم النساء وعن
ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال المتعة بالنساء منسوخة بنسخة آية الطلاق والصداق والعدة والموايرث
والحقوق التي يجب فيها النكاح أي النكاح هو الذي ثبت به هذه الاشياء ولا يثبت شيء منها بالمتعة والله
أعلم وأما الثاني فهو أن يقول أنز وجك عشرة أيام ونحو ذلك وأنه فاسد عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر النكاح
جائز وهو مؤبد والشرط باطل وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال اذا ذكر من المدة مقدار ما يعيشان
الى تلك المدة فالنكاح باطل وان ذكر من المدة مقدار ما لا يعيشان الى تلك المدة في الغالب يجوز النكاح
كانهما ذكر الابد (وجه) قوله انه ذكر النكاح وشرط فيه شرطا فاسدا والنكاح لا يبطله الشرط
الفاسد فبطل الشرط وبقي النكاح صحيحا كما اذا قال تزوجتلك الى أن أطلقك الى عشرة أيام (ولنا) أنه
لوجاز هذا العقد لكان لا يخلو اما ان يجوز مؤقتا بالمدة المذكورة واما ان يجوز مؤبد لا سبيل الى الاول
لان هذا معنى المتعة الا أنه عبر عنها بلفظ النكاح والتزوج والمعتبر في العقود ومعانيها الالفاظ كالكفالة
بشرط براءة الاصيل انها حوالة معنى لوجود الحوالة وان لم يوجد لفظها والمتعة منسوخة ولا وجه للثاني لان
فيه استحقاق البضع عليها من غير رضاها وهذا لا يجوز وأما قوله أني بالنكاح ثم أدخل عليه شرطا فاسدا

فمنوع بل أي بنكاح مؤقت والنكاح المؤقت نكاح متعة والمتعة منسوخة وصار هذا كالنكاح المضاف أنه لا يصح ولا يقال يصح النكاح وتبطل الاضافة لان المأني به نكاح مضاف وأنه لا يصح كذا هذا بخلاف ما اذا قال تزوجتك على أن أطلقك الى عشرة أيام لان هناك أبد النكاح ثم شرط قطع التأيد بذكر الطلاق في النكاح المؤبد لانه على ان كلمة شرط والنكاح المؤبد لا تبطله الشروط والله عز وجل أعلم

فصل ومنها المهر فلا جواز للنكاح بدون المهر عندنا والكلام في هذا الشرط في مواضع في بيان أن المهر هل هو شرط جواز النكاح أم لا وفي بيان أدنى المقدار الذي يصلح مهرا وفي بيان ما يصح تسميته مهرا وما لا يصح وبيان حكم محبة التسمية وفسادها وفي بيان ما يجب به المهر وبيان وقت وجوبه وكيفية وجوبه وما يتعلق بذلك من الاحكام وفي بيان ما يتأكده كل المهر وفي بيان ما يسقط به الكل وفي بيان ما يسقط به النصف وفي بيان حكم اختلاف الزوجين في المهر أما الاول فقد اختلف فيه قال أصحابنا ان المهر شرط جواز نكاح المسلم وقال الشافعي ليس بشرط ويجوز النكاح بدون المهر حتى ان من تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا بأن سكنت عن ذكر المهر أو تزوجها على أن لا مهر لها ورضيت المرأة بذلك فيجب مهر المثل بنفس العقد عندنا حتى ثبت لها ولاية المطالبة بالتسليم ولو ماتت المرأة قبل الدخول يؤخذ مهر المثل من الزوج ولو مات الزوج قبل الدخول تستحق مهر المثل من تركته وعنده لا يجب مهر المثل بنفس العقد وانما يجب بالفرض على الزوج أو بالدخول حتى لو دخل بها قبل الفرض يجب مهر المثل ولو طلقها قبل الدخول بها وقبل الفرض لا يجب مهر المثل بخلاف وانما يجب المتعة ولو مات الزوجان لا يقضى بشئ في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد يقضى له رثتها بمهر مثلها ويستوفى من تركته الزوج ولا خلاف في أن النكاح يصح من غير ذكر المهر ومع فيه لقوله تعالى لا جناح عليكم ان تطلقن النساء ما لم تسوهن أو تقرضوا لهن فريضة رفع سبحانه الجناح عن طلق في نكاح لا تسمية فيه والطلاق لا يكون الا بعد النكاح فدل على جواز النكاح بلا تسمية وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تسوهن والمراد منه الطلاق في نكاح لا تسمية فيه بدليل أنه أوجب المتعة بقوله فتعوهن والمتعة انما تجب في نكاح لا تسمية فيه فدل على جواز النكاح من غير تسمية ولانه متى قام الدليل على أنه لا جواز للنكاح بدون المهر كان ذكره ذكر المهر ضرورة احتج الشافعي بقوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة سمي الصداق نحلة والنحلة هي العطية والعطية هي الصلة فدل أن المهر صلة زائدة في باب النكاح فلا يجب بنفس العقد ولان النكاح عقد ازدواج لان اللفظ لا يبنى الا عنه فيقتضى ثبوت الزوجية بينهما وحل الاستمتاع لكل واحد منهما بصاحبه تحقيقا لمقاصد النكاح الا أنه ثبت عليها نوع ملك في منافع البضع ضرورة تحقق المقاصد ولا ضرورة في إثبات ملك المهر لها عليه فكان المهر عهدة زائدة في حق الزوج صلة لها فلا يصير عوضا لا بالتسمية والدليل على جواز النكاح من غير مهرا ان المولى اذا زوج أمته من عبده يصح النكاح ولا يجب المهر لانه لو وجب عليه لوجب للمولى ولا يجب للمولى على عبده دين وكذا الذي اذا تزوج ذمية بغير مهر جاز النكاح ولا يجب المهر وكذا اذا ماتا في هذه المسئلة قبل الفرض لا يجب شئ عند أبي حنيفة (ولنا) قوله تعالى وأحل لكم ما وراءكم ان تبغوا بأموالكم أخبر سبحانه وتعالى انه أحل ما وراء ذلك بشرط الابتغاء بالمال دل انه لا جواز للنكاح بدون المال فان قيل الاحلال بشرط ابتغاء المال لا يبنى الاحلال بدون هذا الشرط خصوصاً على أصلكم ان تعليق الحكم بشرط لا يبنى وجوده عند عدم الشرط فالجواب أن الاصل في الابضاع والنفوس هو الحرمة والاباحة تثبت بهذا الشرط فعند عدم الشرط تبقى الحرمة على الاصل لاحكام التعليق بالشرط فلم يفتاقض أصلنا بحمد الله تعالى وروى عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن رجلا كان يختلف اليه شهراسا لله عن

امرات عنها زوجها ولم يكن فرض لها شيئا وكان يتردد في الجواب فلما تم الشهر قال للسائل لم أجد ذلك في كتاب الله ولا فيما سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن اجتهد برأي فان أصبت فمن الله وان أخطأت فمن أم عبد وفي رواية فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمن ومن الشيطان والله ورسوله منه بريتان أرى لها مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان وقال اني أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بر وع بنت واشق الاشجعية مثل قضائك هذا ثم قام أناس من أشجع وقالوا انا نشهد بمثل شهادته ففرح عبد الله رضي الله عنه فرح ما لم يفرح مثله في الاسلام لمواقفة قضائه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان ملك النكاح لم يشرع لعينه بل لمقاصد لا حصول لها الا بالدوام على النكاح والقرار عليه ولا يدوم الا بوجوب المهر بنفس العقد لما يجري بين الزوجين من الاسباب التي تحمل الزوج على الطلاق من الوحشة والخشونة فلولا لم يحب المهر بنفس العقد لا يبالى الزوج عن ازالة هذا الملك بأدنى خشونة تحدث بينهما لانه لا يشق عليه ازالته لما لم يخف لزوم المهر فلا تحصل المقاصد المطلوبة من النكاح ولان مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل الا بالمواقفة ولا تحصل المواقفة الا اذا كانت المرأة عزيزة مكرومة عند الزوج ولا عزرة الا بانسداد طريق الوصول اليها بالامال له خطر عنده لان ماضيا طريق اصابته يعز في الاعين فيعز به امساكه وما يتيسر طريق اصابته يموت في الاعين فيموت امساكه ومتى هانت في أعين الزوج تلحقها الوحشة فلا تقع المواقفة فلا تحصل مقاصد النكاح ولان الملك ثابت في جانبها اما في نفسها واما في المنفعة وأحكام الملك في الحرمة تشعر بالذل والهوان فلا بد وان يقابلها مال له خطر لينجبر للذل من حيث المعنى والدليل على صحة ما قلنا وفساد ما قال انها اذا طلبت الفرض من الزوج يجب عليه الفرض حتى لو امتنع فالفرض يجبره على ذلك ولو لم يفعل ناب القاضي منابه في الفرض وهذا دليل الوجوب قبل الفرض لان الفرض تقدير ومن المحال وجوب تقدير ما ليس بواجب وكذا لها ان تجبس نفسها حتى يفرض لها المهر ويسلم اليها بعد الفرض وذلك كله دليل الوجوب بنفس العقد وأما الآية فالتحفة كما تدكر بمعنى العطية تدكر بمعنى الدين يقال ما فعلتلك أي ما دينك فكان معنى قوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة أي ديناً أي اتحلوا ذلك وعلى هذا كانت الآية حجة عليه لانها تقتضي أن يكون وجوب المهر في النكاح ديناً فيقع الاحتمال في المراد بالآية فلا تكون حجة مع الاحتمال وأما قوله النكاح بني عن الازدواج فقط فنعلم لكنه شرع لمصالح لا تصليح الا بالمهر فيجب المهر الا ترى أنه لا يني عن الملك أيضا لكن لما كان مصالح النكاح لا تحصل بدونه ثبت بمحصيلا للمصالح كذا المهر وأما المولى اذا زوج أمته من عبده فقد قيل ان المهر يجب ثم سقط وفائدة الوجوب هو جواز النكاح وأما الذي اذا تزوج ذمية من غير مهر فعلى قولهما يجب المهر وأما على قول أبي حنيفة فيجب أيضا الا ان لا نتعرض لهم لانهم يدينون ذلك وقد أمرنا بتركهم وما يدينون حتى انهم لو ترفعوا الى القاضي فرض القاضي لها المهر وكذا اذا مات الزوجان يقضى بمهر المثل لورثة المرأة عندها وعند أبي حنيفة انما لا يقضى لوجود الاستيفاء دلالة لان موتهم مامعاً في زمان واحد نادراً وانما الغالب موتهم على التعاقب فاذا لم تجز المطالبة بالمهر دل ذلك على الاستيفاء أو على استيفاء البعض والبراء عن البعض مع ما أنه قد قيل ان قول أبي حنيفة محمول على ما اذا تقدم العهد حتى لم يبق من نساء من يعتبر به مهر مثلها كذا ذكره أبو الحسن الكرخي وأبو بكر الرازي وعند ذلك يتعدى القضاء بمهر المثل والى هذا أشار محمد لا في حنيفة أرايت لو أن ورثة على ادعوا على ورثة عمهم مهر أم كلثوم رضي الله عنهم أكنت أقضى به وهذا المعنى لم يوجد في موت أحدها فيجب مهر المثل

فصل في بيان أدنى المقدار الذي يصلح مهر فأدناه عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم وهذا

عندنا وعند الشافعي المهر غير مقدر يستوى فيه القليل والكثير وتصلح الدائق والحبة مهر واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعطى في نكاح ملء كفيه طعاما أو دقيقا أو سويقا فقد استحل وروى عن أنس رضي الله عنه أنه قال تزوج عبد الرحمن بن عوف امرأة على وزن نواة من ذهب وكان ذلك بمحض من الصعابة رضي الله عنهم فدل أن التقدير في المهر ليس بلازم ولأن المهر ثبت حقا للعبد وهو حق المرأة بدليل أنها تملك التصرف فيه استيفاء واستقاطا فكان التقدير فيه إلى العاقدین (ولنا) قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم شرط سبحانه وتعالى أن يكون المهر مالا والحبة والدائق ونحوهما لا يبعدان مالا فلا يصلح مهرا وروى عن جابر رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا مهر دون عشرة دراهم وعن عمر وعلي وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم أنهم قالوا لا يكون المهر أقل من عشرة دراهم والظاهر أنهم قالوا ذلك توقيفا لأنه باب لا يوصل إليه بالاجتهاد والقياس ولأنه لما وقع الاختلاف في المقدار يجب الأخذ بالمتيقن وهو العشرة وأما الحديث ففيه اثبات الاستحلال إذا ذكر فيه مال قليل لا تبلغ قيمته عشرة وعندنا الاستحلال صحيح ثابت لأن النكاح صحيح ثابت ألا ترى أنه يضح من غير تسمية شيء أصلا فعند تسمية مال قليل أولى إلا أن المسمى إذا كان دون العشرة تكمل عشرة وليس في الحديث نفي الزيادة على القدر وعندنا قدام دليل الزيادة إلى العشرة لما نذكر فيكمل عشرة ولا حجة له فيما روى من الآثار أن فيه وزن نواة من ذهب وقد تكون مثل وزن دينار بل تكون أكثر في العادة فإن قيل روى أن قيمة النواة كانت ثلاثة دراهم فالجواب أن المقوم غير معلوم أنه من كان فلا يصح أن يجعل قول ذلك حجة على الغير حتى يعلم أنه من هو مع ما أنه قد قال قوم إن النواة كان بلغ وزنها قيمة عشرة دراهم وبه قال إبراهيم النخعي على أن القدر المذكور في الخبر والآخر أن يكون محتمل أن يكون معجلا في المهر لا أصل المهر على ما جرت العادة بتعجيل شيء من المهر قبل الدخول ويحتمل أن يكون ذلك كله في حال جواز النكاح بغير مهر على ما قيل إن النكاح كان جائزا بغير مهر إلى أن نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الشغار وأما قوله إن المهر حق العبد فكان التقدير فيه إلى العبد فتقول نعم هو في حالة البقاء حقا على المخلص فاما في حالة الثبوت فحق الشرع متعلق به بانه لخطر البضع صيانة له عن شبهة الابتذال باليجاب مال له خطر في الشرع كما في نصاب السرقة فإن كان المسمى أقل من عشرة يكمل عشرة عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لها مهر المثل (وجه) قوله إن ما دون العشرة لا يصلح مهرا ففسدت التسمية كما لو سمي خيرا أو خنزيرا فيجب مهر المثل (ولنا) أنه لما كان أدنى المقدار الذي يصلح مهرا في الشرع هو العشرة كان ذكر بعض العشرة ذكرا للكل لأن العشرة في كونها مهرا لا يتجزأ وذكر البعض فيما لا يتبعض يكون ذكرا لكلا في الطلاق والمفوع عن القصاص وأما قوله إن ما دون العشرة لا يصلح مهرا ففسدت التسمية فتقول التسمية إنما تفسد إذا لم يكن المسمى مالا أو كان مجهولا وههنا المسمى مال وإن قل فهو معلوم إلا أنه لا يصلح مهرا بنفسه لا بغيره فكان ذكره ذكرا لما هو الأدنى من المصلح بنفسه وفيه تصحيح تصرفه بالقدر الممكن فكان أولى من الحاقه بالعدم وفيه أخذ باليقين أيضا فكان أحق بخلاف ما إذا ذكر خيرا أو خنزيرا لأن المسمى ليس بمال فلم يصلح مهرا بنفسه ولا بغيره ففسدت التسمية فوجب الموجب الأصلي وهو مهر المثل ولو تزوجها على ثوب معين أو على موصوف أو على مكيل أو موزون معين فذلك مهرها إذا بلغت قيمته عشرة وتعتبر قيمته يوم العقد لا يوم التسليم حتى لو كانت قيمته يوم العقد عشرة فلم يسلمه إليها حتى صارت قيمته ثمانية فليس لها إلا ذلك ولو كانت قيمته يوم العقد ثمانية فلم يسلمه إليها حتى صارت قيمته عشرة فلها ذلك ودرهمان وذو كرا الحسين عن أبي حنيفة أنه فرق بين الثوب وبين المكيل والموزون فقال في الثوب تعتبر قيمته يوم التسليم وفي المكيل والموزون يوم العقد وهذا الفرق لا يعقل له وجه في المعين لأن الزوج يجبر على تسليم

المعين فيهما جميعا وجه الفرق بينهما في الموصوف أن المكيل والموزون إذا كان موصوفا في الذمة فالزوج مجبور على دفعه ولا يجوز دفع غيره من غير رضاها فكان مستقرا مهرا بنفسه في ذمته فتعبر قيمته يوم الاستقرار وهو يوم العقد فالماثل الثوب وإن وصف فلم يتقرر مهرا في الذمة بنفسه بل الزوج مخير في تسليمه وتسليم قيمته في أحدي الر واثنين على ما نذكر أن شاء الله تعالى وإنما يتقرر مهرا بالتسليم فتعبر قيمته يوم التسليم (وجه) ظاهر الرواية أن ما جعل مهرا لم يتغير في نفسه وإنما التغير في رغبات الناس بحدوث فتور فيها ولهذا لو غصب شيئا قيمته عشرة فيعتبر سعره وصار يساوي خمسة فرده على المالك لا يضمن شيئا ولأنه لما سمي ما هو أدنى مالية من العشرة كان ذلك تسمية للعشرة لأن ذكر البعض فيما لا يتجزأ ذكر كله فصار كأنه سمي ذلك درهمين ثم ازدادت قيمته والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان ما يصح تسميته مهرا وما لا يصح وبيان حكم صحة التسمية وفسادها فنقول لصحة التسمية شرائط منها أن يكون المسمى مالا متقوما وهذا عندنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط ويصح التسمية سواء كان المسمى مالا أو لم يكن بعد أن يكون مما يجوز أخذه العوض عنه واحتج بما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله اني وهبت نفسي لك فقال عليه الصلاة والسلام ما بي في النساء من حاجة فقام رجل وقال زوجنيها يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عندك فقال ما عندي شيء أعطيتها فقال لو خاتم من حديد فقال ما عندي فقال هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة كذا فقال زوجتكها بما معك من القرآن ومعلوم أن المسمى وهو السورة من القرآن لا يوصف بالمالية فدل أن كون التسمية مالا ليس بشرط لصحة التسمية ولنا قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم شرط أن يكون المهر مالا فلا يكون مالا لا يكون مهرا فلا تصح تسميته مهرا وقوله تعالى فنصف ما فرضتم أمر بتنصيف المهر وض في الطلاق قبل الدخول فيقتضي كون المهر وض محتملا للتنصيف وهو المال وأما الحديث فهو في حد الآحاد ولا يترك نص الكتاب بخبر الواحد مع ما ن ظاهره متروك لأن السورة من القرآن لا تكون مهرا بالاجماع وليس فيه ذكر تعليم القرآن ولا ما يدل عليه ثم تأويلها زوجتكها بسبب ما معك من القرآن وبمهرته وبركنه لأنه كان ذلك النكاح بغير تسمية مال وعلى هذا الأصل مسائل إذا تزوج على تعليم القرآن أو على تعليم الحلال والحرام من الأحكام أو على الحج والعمرة ونحوها من الطاعات لا تصح التسمية عندنا لأن المسمى ليس بمال فلا يصير شيء من ذلك مهرا ثم الأصل في التسمية أنها إذا صحت وتقرر يجب المسمى ثم ينظر أن كان المسمى عشرة فصاعد فليس لها إلا ذلك وإن كان دون العشرة تكمل العشرة عند أصحابنا الثلاثة خلافا لفرق والمسئلة قد مرت وإذا فسدت التسمية أو زلت يجب مهر المثل لأن العوض الأصلي في هذا الباب هو مهر المثل لأنه قيمة البضع وإنما يعدل عنه إلى المسمى إذا صحت التسمية وكانت التسمية تقديرا لتلك القيمة فإذا لم تصح التسمية أو زلت لم يصح التقدير فإذا لم يصح التقدير فوجب المصير إلى الفرض الأصلي ولهذا كان المبيع يباع فاسدا مضمونا بالقيمة في ذوات القيم لا بالثمن كذا هذا والنكاح جائز لأن جوازه لا يقف على التسمية أصلا فإنه جائز عند عدم التسمية رأسا فعدم التسمية إذا لم يمنع جواز النكاح فسادها أولى أن لا يمنع ولأن التسمية إذا فسدت التحقت بالعدم فصار كأنه تزوجها ولم يسم شيئا وهناك النكاح صحيح كذا هذا ولأن تسمية ما ليس بمال بشرط فاسد والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة بخلاف البيع والفرق أن الفساد في باب البيع لمكان الر باو الر بالا يتحقق في النكاح فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحا وعنده تصح التسمية ويصير المذكور مهرا لأنه يجوز أخذه العوض عنه بالاستئجار عليه عنده فتصح تسميته مهرا وكذلك إذا تزوج امرأة على طلاق امرأة أخرى أو على العفو عن القصاص عنها لأن الطلاق ليس بمال

وكذا القصاص وعنده تصح التسمية لانه يجوز أخذ العوض عن الطلاق والقصاص وكذلك اذا تزوجها على أن لا يخرجها من بلدها أو على أن لا يتزوج عليها فان المذكور ليس بمال وكذا الوتر وج المسلم المسلمة على ميتة أو دم أو خمر أو خنزير لم تصح التسمية لان الميتة والدم ليسا بمال في حق أحد والخمر والخنزير ليسا بمال متقوم في حق المسلم فلا تصح تسمية شيء من ذلك مهر أو على هذا يخرج نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجل أخته لا تخر على أن يزوجه إلا تخر أخته أو يزوجه ابنته أو يزوجه أمته وهذه التسمية فاسدة لان كل واحد منهما جعل بضع كل واحد منهما مهر الأخرى والبضع ليس بمال ففسدت التسمية ولكل واحدة منهما مهر المثل لما قلنا والنكاح صحيح عندها وعند الشافعي فاسد واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن نكاح الشغار واليهى بوجوب فساد المهرى عنه ولأن كل واحد منهما جعل بضع كل واحدة من المرأتين نكاحا وصدقا وهذا لا يصح ولنا أن هذا النكاح مؤبد أدخل فيه شرطاً فاسداً حيث شرط فيه أن يكون بضع كل واحد منهما مهر الأخرى والبضع لا يصلح مهر أو النكاح لا تبطله الشروط الفاسدة كما اذا تزوجها على أن يطلقها أو على أن ينقلها من منزلها ونحو ذلك وبه تبين أنه لم يجتمع النكاح والصداق في بضع واحد لان جعل البضع صداقاً لم يصح فأما النهى عن نكاح الشغار فنكاح الشغار هو النكاح الخالي عن العوض مأخوذ من قولهم شغل البلد اذا خلا عن السلطان وشغل الكلب اذا رفع احدى رجله وعندنا هو نكاح بموضع وهو مهر المثل فلا يكون شغاراً على أن النهى ليس عن عين النكاح لانه تصرف مشروط ومشتمل على مصالح الدين والدنيا فلا يحتل النهى عن اخلاء النكاح عن تسمية المهر والدليل عليه ما روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة بالمرأة ليس لواحدة منهما مهر وهو اشارة الى أن النهى لمكان تسمية المهر لا لعين النكاح فبقي النكاح صحيحاً ولو تزوج حر امرأة على أن يخدمها سنة فالتسمية فاسدة ولها مهر مثلها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد التسمية صحيحة ولها قيمة خدمة سنة وعند الشافعي التسمية صحيحة ولها خدمة سنة وذكرا بن سماعة في نوادره انه اذا تزوجها على أن يرضى غنمها سنة أن التسمية صحيحة ولها رضى غنمها سنة ولفظ رواية الاصل يدل على انها لا تصح في رضى الغنم كما لا تصح في الخدمة لان رضى غنمها خدماً من مشايخنا من جعل في رضى غنمها روايتين ومنهم من قال يصح في رضى الغنم بالاجماع وانما الخلاف في خدمته لها ولا خلاف في أن العبد اذا تزوج باذن المولى امرأة على أن يخدمها سنة أن تصح التسمية ولها المسمى أما الشافعي فقد مر على أصله أن كل ما يجوز أخذ العوض عنه يصح تسميته مهر أو منافع الحريم يجوز أخذ العوض عنها لان اجارة الحرة جائزة بلا خلاف فتصح تسميتها كما تصح تسمية منافع العبد وأما الكلام مع أصحابنا فوجه قول محمد أن منافع الحر مال لانها مال في سائر العقود حتى يجوز أخذ العوض عنها فكذا في النكاح واذا كانت مالا صححت التسمية الا انه تعذر التسليم لما في التسليم من استخدام الحرية وزوجها وانه حرام لما نذر كرفي يجب الرجوع الى قيمة الخدمة كما لو تزوجها على عبد فاستحق العبد انه يجب عليه قيمة العبد لان تسمية العبد قد صححت لكونه مالا لكن تعذر تسليمه بالاستحقاق فوجب عليه قيمته لا مهر المثل لما قلنا كذا هذا وجه قولهما أن المنافع ليست بأموال متقومة على أصل أصحابنا ولهذا لم تكن مضمونة بالنصب والاتلاف وانما يثبت لها حكم التقوم في سائر العقود شرعاً ورة دفعا للحاجة بها ولا يمكن دفع الحاجة بها ههنا لان الحاجة لا تندفع الا بالتسليم وانه ممنوع عنه شرعاً لان استخدام الحرية وزوجها الحرام لكونه استهانة واذ لا وهذا لا يجوز ولهذا لا يجوز لابن أن يستأجر أياه للخدمة فلا تسلم خدمته لها شرعاً فلا يمكن دفع الحاجة بها فلم يثبت لها التقوم فبقيت على الأصل فصار كما لو سمي مالا قيمة له كخنزير وخنزير وهناك لا تصح التسمية ويجب مهر المثل كذا ههنا حتى لو كان المسمى فعلاً لاستهانة فيه

ولا مذلة على الرجل كرمي دوابها وزراعة أرضها والأعمال التي خارج البيت تصح بالتسمية لأن ذلك من باب القيام بأمرها لا من باب الخدمة بخلاف العبد لأن استخدام زوجته يراه ليس بمحرام لأنه عرضة للاستخدام والابتدال لكونه مملوكا ملحقا بالبهائم ولأن مبنى النكاح على الاشتراك في القيام بمصالح المعاش فكان لها في خدمته حق فإذا جعل خدمته لها مهرا فكانه جعل ما هو لها مهرا فلم يجوز كالأب إذا استأجر ابنه بخدمته أنه لا يجوز لأن خدمة الأب مستحقة عليه كذا هذا بخلاف العبد لأن خدمته خالص ملك المولى فصحت التسمية ولو تزوجها على منافع سائر الأعيان من سكنى داره وخدمة عبيده وركوب دابته والحل عليها وزراعة أرضه ونحو ذلك من منافع الأعيان مدة معلومة صحت التسمية لأن هذه المنافع أموال أو التحقت بالأموال شرعا في سائر العقود لمكان الحاجة والحاجة في النكاح متحققة وإمكان الدفع بالتسليم ثابت بتسليم محالها إذ ليس فيه استخدام المرأة زوجها فجعلت أموالا والتحقت بالأعيان فصحت تسميتها وعلى هذا يخرج ما إذا قال تزوجتك على هذا العبد فإذا هو حر وجملة الكلام فيه أن الأمر لا يخلو إما أن يسمى ما يصلح مهرا وأشار إلى ما لا يصلح مهرا وإما أن يسمى ما لا يصلح مهرا فأشار إلى ما يصلح مهرا فإن سمي ما يصلح مهرا وأشار إلى ما لا يصلح مهرا بأن قال تزوجتك على هذا العبد فإذا هو حر وعلى هذه الشاة الذكية فإذا هي ميتة أو على هذا الزرق الخلل فإذا هو خمر فالتسمية فاسدة في جميع ذلك ولها مهر المثل في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف تصح التسمية في الكل وعليه في الحر قيمة الحر ولو كان عبدا وفي الشاة قيمة الشاة ولو كانت ذكية وفي الخمر مثل ذلك الدن من خل وسط ومحمد فرق فقال مثل قول أبي حنيفة في الحر والميتة ومثل قول أبي يوسف في الخمر (وجه) قول أبي يوسف أن المسمى مال لأن المسمى هو العبد والشاة الذكية والخل وكل ذلك مال فصحت التسمية إلا أنه إذا ظهر أن المشار إليه خلاف جنس المسمى في صلاحية المهر تعذر التسليم فتجب القيمة في الحر والشاة لأنهما ليسا من المثليات وفي الخمر يجب مثله خلا لأنه مثلي كما لو هلك المسمى أو استحق (وجه) قول محمد في الفرق أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا في العقود فإن كان المشار إليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار إليه وإن كان من خلاف جنسه يتعلق العقد بالمسمى هذا أصل يجمع عليه في البيع على ما نذكر في البيوع والحر من جنس العبد لا محاد جنس المنفعة وكذا الشاة الميتة من جنس الشاة الذكية فكانت العبرة بالإشارة والتحقت التسمية بالعدم والمشار إليه لا يصلح مهرا فصار كأنه اقتصر على الإشارة ولم يسم بأن قال تزوجتك على هذا وسكت فأما الخل مع الخمر فجنسان مختلفان لا اختلاف جنس المنفعة فتعلق العقد بالمسمى لكن تعذر تسليمه وهو مثلي فيجب مثله خلا ولا يحنيفة أن الإشارة والتسمية كل واحد منهما موضعت للتعريف إلا أن الإشارة أبلغ في التعريف لأنها تحضر العين وتقطع الشركة والتسمية لا توجب احضار العين ولا تقطع الشركة فسقط اعتبار التسمية عند الإشارة وبقيت الإشارة والمشار إليه لا يصلح مهرا لأنه ليس بمال فيجب مهر المثل كما لو أشار إلى الميتة والدم والخمر والخنزير ولم يسم وحقيقة الفقه لا يحنيفة أن هذا حر سمي عبدا وتسمية الحر عبدا باطل لأنه كذب فالتحقت التسمية بالعدم وبقيت الإشارة والمشار إليه لا يصلح مهرا لأنه ليس بمال فالتحقت الإشارة بالعدم أيضا فصار كأنه تزوجها ولم يسم لها مهرا وهذا فقه واضح بمحمد الله تعالى هذا إذا سمي ما يصلح مهرا وأشار إلى ما لا يصلح مهرا فأما إذا سمي ما لا يصلح مهرا وأشار إلى ما يصلح مهرا بأن قال تزوجتك على هذا الحر فإذا هو عبدا وعلى هذه الميتة فإذا هي ذكية أو على هذا الدن الخمر فإذا هو خل فقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن التسمية فاسدة ولها المشار إليه وروى محمد عنه أن لها مهر المثل ورواية أبي يوسف أصح الرأيين لأن الأصل عند أبي حنيفة أن التسمية لا حكم لها مع الإشارة في باب النكاح فكانت العبرة بالإشارة والمشار إليه يصلح مهرا لأنه مال فكان لها المشار إليه (وجه) ما روى محمد

عنه انه مسمى ما لا يصلح مهر او أشار الى ما يصلح مهرا فقد هزل بالتسمية والمأزل لا يتعلق بتسميته حكم فبطل كلامه رأسا ولو تزوجها على هذا الدن انخر وقيمة الظرف عشرة دراهم فصاعدا روى ابن سماعة عن محمد بن هذه المسئلة وايتين روى عنه أن لها الدن لا غير وروى عنه أيضا أن لها مهر المثل (وجه) الرواية الاولى انه سمي ما يصلح مهرا وهو الظرف وما لا يصلح مهرا وهو انخر فيلغو ما لا يصلح مهرا كما لو تزوجها على الخلل وانخر وقيمة الخلل عشرة أنه يكون لها الخلل لا غير لما قلنا كذا هذا (وجه) الرواية الاخرى أن الظرف لا يقصد بالعقد عادة بل هو تابع وانما المقصود هو المظر وف فاذا بطلت التسمية في المقصود تبطل فيما هو تبع له والله أعلم ولو تزوجها على هذين العبدان فاذا أحدهما حر فليس لها الا العبد الباقي اذا كانت قيمته عشرة دراهم في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا وقال محمد بن نظر الى العبدان بلغت قيمته مهر مثلها فليس لها الا العبد وان كانت قيمته أقل من مهر مثلها تبلغ الى ثمن مهر مثلها وهو قول زفر وهذا بناء على الاصول التي ذكرناها لم يفتن أصل أبي يوسف ان جعل الحر مهرا صحيح اذا سمي عبدا ويتعلق بقيمته أن لو كان عبدا فيتعلق العقد بالمسمين جميعا بقدر ما يحتمل كل واحد منهما التعليق به فيتعلق بالعبد بعينه لانه يمكن ويتعلق بالحر بقيمته لو كان عبدا لانه لا يحتمل التعليق بعينه ومن أصل محمد أن المشار اليه اذا كان من جنس المسمى فالعقد يتعلق بالمشار اليه والحر من جنس العبد لا اتحاد جنس المنفعة فيتعلق العقد بهما الا أنه لا سبيل الى الجمع بين المسمى وبين مهر المثل فيجب مهر المثل الا ترى انه لو كانا حرين يوجب مهر المثل عنده ومتى وجب مهر المثل امتنع وجوب المسمى ولا في حنيفة أصلا أن أحدهما ما ذكرنا ان الحر اذا جعل مهرا وسمى عبدا لا يتعلق بتسميته شيء وجعل ذكره والعدم بمنزلة واحدة والثاني أن العقد اذا أضيف الى ما لا يصلح يلغو ما لا يصلح ويستقر ما يصلح كمن جمع بين امرأة نخل له وامرأة نخل له وتر وجههما في عقدة واحدة بمسمى يجب كل المسمى بمقابلة الخلال وانقادنه كاحها صحيحا للعقد والتسمية بقدر الامكان وتقرر للعقد فيما يمكن تقرر به والغاؤه فيما لا يمكن تصحيحه فيه والعبده والصالح لكونه مهرا نصحت تسميته وبصير مهرا لها اذا بلغت قيمته عشرة فصاعدا وعلى هذا الخلاف اذا تزوجها على بيت وخادم والخادم حر ولو تزوجها على هذين الدينين من الخلل فاذا أحدهما خمر لها الباقي لا غير في قول أبي حنيفة اذا كان يساوي عشرة دراهم كفي العبدان وعندهما لها الباقي ومثل هذا الدن من الخلل وقد ذكرنا الاصل ولو سمي مالا وضم اليه مالا ليس بمال لكن له فيه منفعة مثل طلاق امرأة أخرى وامساكها في بلد هاء والمفوع عن القصاص فان وفي بالمنفعة فليس لها الا ما سمي اذا كان يساوي عشرة فصاعدا لانه سمي ما يصلح مهرا بنفسه وشرط لها منفعة وقد وفي بمشروط لها فصحت التسمية وصارت العشرة مهرا وان لم يف بالمنفعة فلها مهر مثلها ثم نظر ان كان ماسمي لها من المال مثل مهر مثلها أو أكثر فلا شيء لها الا ذلك وان كان ماسمي لها أقل من مهر مثلها تم لها مهر مثلها عندنا وقال زفر ان كان المضموم مالا كما اذا شرط أن يهدى لها هدية فلم يف لها تم لها مهر المثل وان كان غير مال كطلاق امرأة أخرى وأن لا يخرجها من بلد هاء فليس لها الا ما سمي (وجه) قول زفر أن ما ليس بمال لا يتقوم فلا يكون فواته مضمونا بعوض وما هو مال يتقوم فاذا لم يسلم لها حاز لها الرجوع الى تمام العوض ولنا أن الموجب الاصل في هذا الباب هو مهر المثل فلا يعدل عنه الا عند استحكام التسمية فاذا وفي بالمنفعة فقد تقرر التسمية فوجب المسمى واذا لم يف به لم تنقور لانها ماضية بالمسني من المال عوضا بنفسه بل بمنفعة أخرى مضمومة اليه وهي منفعة أخرى مرغوب فيها خلال الاستيفاء شرعا فاذا لم يسلم لها تقرر التسمية فبقي حقها في العوض الاصل وهو مهر المثل فان كان أقل من مهر مثلها أو أكثر فليس لها الا ذلك لانه وصل اليها قدر حقها وان كان أقل من مهر مثلها يكمل لها مهر مثلها أيضا لا الى الحق المستحق فرق

بين هذا وبين ما اذا تزوجها على مهر صحيح وأرطال من خمر أن المهر ما يسمى لها إذا كان عشرة فصاعداً ويبطل الحرام وليس لها تمام مهر مثلها أو أكثر فليس لها إلا ذلك لأنه وصل إليها قدر حقها وإن كان أقل من مهر مثلها يكمل لها مهر مثلها أيضاً لأن تسمية الخمر لم تصح في حق الانتفاع بها في حق المسلم إلا لمنفعة للمسلم فيها الحرمة الانتفاع بها في حق المسلم فلا يجوز أن يجزأ عنها عوضاً فالتحقق تسميتها بالعدم وصار كأنه لم يسم إلا المهر الصحيح فلا يجب لها إلا المهر الصحيح بخلاف المسئلة الأولى وعلى هذا يخرج ما إذا اعتق أمته على أن تزوج نفسها منه فقبلت عتقت لأنه أعتقها بعوض فيزول ملكه بقبول العوض كما لو باعها وكما إذا قال لها أنت حرة على ألف درهم بخلاف ما إذا قال لعبده أن أدبت إلى ألفاً فانت حرة لأنه لا يعتق بالقبول ما لم يؤد لأن ذلك ليس بمعاوضة بل هو تعليق وهو تعليق الحرية بشرط الاداء إليه ولم يوجد الشرط ثم إذا اعتقت بالقبول فبعد ذلك لا يخلو أماناً زوجت نفسها منه وأما أن أبت التزويج فإن زوجت نفسها منه بنظر أن كان قد سمي لها مهر آخر وهو مال سوى الاعتاق فلها المسمى لهذا كان عشرة دراهم فصاعداً وإن كان دون العشرة تكمل عشرة وإن لم يسم لها سوى الاعتاق فلها مهر مثلها في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف صداقها اعتاقها ليس لها غير ذلك (وجهه) قوله أن العتق بمعنى المال وبدليل أنه يجوز أخذ العوض عنه بأن أعتق عبده على مال بخلاف أن يكون مهر أو لهما أن العتق ليس بمال حقيقة لأن الاعتاق إبطال المالكية فكيف يكون العتق مالا إلا أنه يجوز أخذ عوض هو مال عنه وهذا لا يدل على كونه مالا بنفسه ألا ترى أن الطلاق ليس بمال ولا يجوز أخذ العوض عنه وكذا القصاص وأخذ البذل عنه جائز ونفس الحرة ليست بمال وإن أبت أن تزوج نفسها منه لا يجبر على ذلك لأنها حرة ملكت نفسها فلا يجبر على النكاح لكن ما تسعى في قيمته للمولى عند أمحاننا الثلاثة وقال زفر لا سعاية عليها (وجهه) قوله أن السعاية إنما تجب لتخليص الرقبة وهذه حرة خالصة فلا تلزمها السعاية (ولنا) أن المولى مريض بزوال ملكه عن رقبته لا ينفع بقاله وهو تزويج نفسها منه وهذه منفعة مرغوب فيها وقد تذر عليه استيفاء هذه المنفعة بمعنى من جهتها وهو باؤها فيقام بدل قيمتها بمقامها فعلاً للضرر عنه وأما قوله السعاية إنما تجب لكالك الرقبة وتخليصها وهي حرة خالصة فتقول السعاية قد تكون لتخليص الرقبة وهذا المستسعى يكون في حكم المكاتب على أصل أبي حنيفة وقد تكون لحق في الرقبة لكالك الرقبة كالعبد المرحون إذا أعتقه الراهن وهو معسر كما إذا قال لعبده أنت حرة على قيمة رقبته قبيل قبيل حتى عتق كذا هذا ولو تزوج امرأة على عتق أبيها أو ذى رحم محرم منها أو على عتق عبد أجنبي عنها فهذا لا يخلو أماناً ذكر فيه كلمة عنها بأن قال أترى وجك على عتق أبيك عتقك أو على عتق هذا العبد عتقك وأشار إلى عبد أجنبي عنها وأما أن لم يذكر فإن لم يذكر وقبلت عتق العبد والولاء الزوج لا لهما لأن العتق هو الزوج والولاء لمن أعتق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولها مهر مثلها إن لم يكن سمي لها مهر آخر هو مال وإن كان قد سمي لها المسمى لأنه علق العتق بقبولها النكاح فإذا قبلت عتق والعبد لا يصلح مهرًا لأنه ليس بمال فإن كان هناك مال مسمى وجب ذلك لأنه صحت تسميته مهرًا فوجب المسمى وإن لم يكن فتسميته العتق مهرًا لم يصح لأنه ليس بمال فيجب مهر المثل هذا إذا لم يذكر عنها فاما إذا ذكرت فقبلت عتق العبد عنها وثبت الولاء لها وصار ذلك مهرًا لأنه لما ذكر العتق عنها ولا يكون العتق عنها إلا بعد سبق الملك لها فلكنه أولاً ثم عتق عنها كمن قال لا أترى عتق عبدك عني عن كفارة عيني على ألف درهم يجوز ويقع العتق عن الآخر وحال ما ملكته كان مالا فصلح أن يكون مهرًا وهذا إذا تزوجها على العتق فاما إذا تزوجها على الاعتاق بأن تزوجها على أن يعتق هذا العبد فهذا أيضاً لا يخلو من أحد وجهين أماناً ذكر فيه عنها وأما أن لم يذكر فإن لم يذكر فقبلت صح النكاح ولا يعتق العبد ههنا بقبولها لأنه وعد أن يعتق والعتق لا يثبت بوعد

الاعتاق وانما يثبت بالاعتاق فالمرتضى لا يعتق بخلاف الفصل الاول لان الزواج هناك كان على العتق
لا على الاعتاق ثم اذا اعتقه فعتق فلا يخلو اما ان ذكر كلمة عنها أو لم يذكر فان كان لم يذكر ثبتت الولاية منه
لانها لان الاعتاق منه لا منها والولاية للعتق ولها مهر مثلها ان لم يكن هناك مهر آخر مسمى وهو مال وان
كان فلها ذلك المسمى لان الاعتاق ليس بمال بل هو ابطال المالية سواء كان العبد أجنبيا أو ذارحم محرم منها
وان ذكر كلمة عنها ثبتت الولاية منها لان الاعتاق منها لانه اعتق عنها ويصير العبد ملكا لها بمقتضى الاعتاق
ثم ان كان ذارحم محرم منها عتق عليها كما ملكته فملكه فيعتق عليها وان كان أجنبيا يصير الزوج وكيل عنها
في الاعتاق ومنها اذا عتق كما وعد فان أبي لا يجبر على ذلك لانه حر مالك الا أنه ينظر ان لم يكن ثمة مسمى هو
مال فلها مهر مثلها الماذكرنا ان تسمية الاعتاق مهرا لم يصبح ولم يوجد تسمية شيء آخر هو مال فتعين مهر المثل
موجب وان كان قد سمي لها شيئا آخر هو مال فان كان المسمى مثل مهر المثل أو أكثر فلها ذلك المسمى لان الزوج
رضى بالزيادة وان كان أقل من مهر مثلها فان كان العبد أجنبيا فلها ذلك المسمى لا غير لانه شرط لها شرطا
لا منفعة لها فيه فلا يكون غارا لها بترك الوفاء بما شرط لها وان كان ذارحم محرم منها يبلغ به تمام مهر مثلها
لانها اعمارضيت بدون مهر مثلها بما شرط ولم تكن راضية فصار غارا لها وهذا اذا لم يقل عنها فاما اذا قال ذلك
بأن تزوجها على ان يعتق هذا العبد عنها فقبلت صبح النكاح وصار العبد ملكا ثم ان كان ذارحم محرم منها
عتق عليها لانها ملك ذارحم محرم منها وكان ذلك مهرا لها لانها تملكه ثم يعتق عليها وان كان أجنبيا
يكون الزوج وكيل عنها بالاعتاق فان اعتق قبل العزل فقد وقع العتق عنها وان عزلته في ذلك صبح
العزل والله أعلم

فصل ومنها أن لا يكون مجهولا جهالة تزيد على جهالة مهر المثل وجلة الكلام فيه أن المهر في الاصل
لا يخلو اما أن يكون معيناً مشاراً اليه واما أن يكون مسمى غير معين مشاراً اليه فان كان معيناً مشاراً اليه
سميت سواء كان معيناً بالتعيين في عقود المعاوضات من العروض والمقار والحيوان وسائر المكيلات
والموزونات سوى الدراهم والدنانير أو كان مجهولاً بالتعيين في عقود المعاوضات كالدرهم لانه مال لاجهالة
فيه الا أنه ان كان معيناً بالتعيين ليس للزوج ان يحبس العين ويدفع غيرهما من غير رضا المرأة لان المشار
اليه قد تعين للعقد فتعلق حقها بالعين فوجب عليه تسليم عينه وان كان مجهولاً بالتعيين له ان يحبسها ويدفع مثله جنساً
ونوعاً وقد اوصف لان التعيين اذا لم يصح صار مجازاً عوضاً من الجنس والنوع والقدر والصفة وان كان تبراً
مجهولاً أو تركة ذهباً وفضة يجبر على تسليم عينه في رواية لانه يتعين بالتعيين كالعرض ولا يجبر في رواية لانه
لا يتعين بالتعيين كالمضروب وان كان المسمى غير عين فالمسمى لا يخلو اما أن يكون مجهولاً بالجنس
والنوع والقدر والصفة واما أن يكون معلوم الجنس والنوع والقدر والصفة فان كان مجهولاً بالحيوان
والدابة والشوب والدار بأن تزوج امرأة على حيوان أو دابة أو ثوب أو دار ولم يعين لم تصبح التسمية وللمرأة
مهر مثلها بالغاً ما بلغ لان جهالة الجنس متفاحشة لان الحيوان اسم جنس تحته أنواع مختلفة وتحت كل نوع
أشخاص مختلفة وكذا الدابة وكذا الثوب لان اسم الثوب يقع على ثوب القطن والكتان والخزير والخرز والبز
وتحت كل واحد من ذلك أنواع كثيرة مختلفة وكذا الدار لانها تختلف في الصغر والكبر والهيئة والتقطيع
وتختلف قيمتها باختلاف البلاد والمحال والسكك اختلافاً فاحشاً فتفاحشت الجهالة فالتحقق بجهالة الجنس
والاصل أن جهالة العوض تمنع صحة تسميته كما في البيع والاجارة لكونها مفضية الى المنازعة الا أنه يتحمل
ضرب من الجهالة في المهر بالاجماع فان مهر المثل قد يجب في النكاح الصحيح ومعلوم أن مهر المثل مجهول
ضرباً من الجهالة فكل جهالة في المسمى مهر مثل جهالة مهر المثل أو أقل من ذلك يتحمل ولا يمنع صحة التسمية

استدلالاً بمهر المثل وكل جهالة تريد على جهالة مهر المثل يبقى الأمر فيها على الأصل فيمنع صحة التسمية كما في سائر
 الاعراض اذا ثبت هذا فنقول لا شك ان جهالة الحيوان والدابة والثوب والدار أكثر من جهالة مهر المثل لان
 بمسداً اعتبار تساوي المراتين في المال والجمال والسن والعقل والدين والبلد والعفة يقل التفاوت بينهما فقل
 الجهالة فاما جهالة الجنس والنوع فجهالة متفاحشة فكانت أكثر جهالة من مهر المثل فتمنع صحة التسمية وان كان
 المسمى معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة والقدر كما اذا تزوجها على عبد أو أمة أو فرس أو جمل أو حمار أو نوب
 مروى أو هر وى صحت التسمية ولها الوسط من ذلك وللزوجة الخيار ان شاء أعطاها الوسط وان شاء أعطاها
 قيمته وهذا عندنا وقال الشافعي لا تصح التسمية (وجه) قوله ان المسمى مجهول الوصف فلا تصح تسميته
 كما في البيع وهذا لان جهالة الوصف تنفي الى المنازعة كجهالة الجنس ثم جهالة الجنس تمنع صحة التسمية
 فكذا جهالة الوصف (ولنا) أن النكاح معاوضة المال بما ليس بمال والحيوان الذي هو معلوم الجنس
 والنوع مجهول الصفة يحوز ان يثبت ديناً في الذمة بدلا عما ليس بمال كما في الذمة قال النبي صلى الله عليه
 وسلم في النفس المؤمنة مائة من الابل والبضع ليس بمال فجاز ان يثبت الحيوان ديناً في الذمة بدلا عنه ولان
 جهالة الوسط من هذه الاصناف مثل جهالة مهر المثل أو أقل فذلك الجهالة لما لم تمنع صحة تسمية البديل فكذا هذه
 الا أنه لا تصح تسميته ثمناً في البيع لان البيع لا يمتثل جهالة البديل أصلاً قلت أو كثرت والنكاح يمتثل
 الجهالة اليسيرة مثل جهالة مهر المثل وانما كان كذلك لان معنى البيع على المضايقة والمسا كسفة فالجهالة فيه
 وان قلت تنفي الى المنازعة ومعنى النكاح على المساخمة والمروءة فجهالة مهر المثل فيه لا تنفي الى المنازعة
 فهو الفرق وأما وجوب الوسط فلان الوسط هو العدل لما فيه من مراعاة الجانبين لان الزوجة يتضرر بإيجاب
 الجيد والمرأة تتضرر بإيجاب الرديء فكان العدل في إيجاب الوسط وهذا معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم
 خير الامور أوسطها والاصل في اعتبار الوسط في هذا الباب ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه
 قال أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن موالها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها مهر مثل نسائها لا وكس ولا
 شطط وكذلك قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في المفوضة أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط
 والمعنى ما ذكرنا وأما ثبوت الخيار بين الوسط وبين قيمته فلان الحيوان لا يثبت في الذمة بثبوتاً مطلقاً ألا ترى أنه
 لا يثبت ديناً في الذمة في معاوضة المال بالمال ولا يثبت في الذمة في ضمان الاتلاف حتى لا يكون مضموماً بالمثل
 في الاستهلاك بل بالقيمة فمن حيث انه يثبت في الذمة في الجلة قلنا بوجوب الوسط منه ومن حيث انه لا يثبت بثبوتاً
 مطلقاً قلنا يثبت الخيار بين تسليمه وبين تسليم قيمته عملاً بالشهين جميعاً ولان الوسط لا يعرف الا بواسطة القيمة
 فكانت القيمة أصلاً في الاستحقاق فكانت أصلاً في التسليم وأما ثبوت الخيار للزوج والمرأة فلانه المستحق
 عليه فكان الخيار له وكذلك ان تزوجها على بيت وخدام فلها بيت ووسط مما يجهز به النساء وهو بيت الثوب
 لا المبنى فينصرف الى فرش البيت في أهل الامصار وفي أهل البادية الى بيت الشعر ولها خادم ووسط لان المطلق
 من هذه الاصناف ينصرف الى الوسط لان الوسط منها معلوم بالعادة وجهالة مهر المثل أو أقل فلا
 تمنع صحة التسمية كما لو نص على الوسط ولو وصف شيئاً من ذلك بأن قال جيداً أو وسطاً أو رديءاً فلها الموصوف
 ولو جاء بالقيمة تجبر على القبول لان القيمة هي الأصل ألا ترى أنه لا يعرف الجيد والوسط والرديء الا باعتبار
 القيمة فكانت القيمة هي المعرفة بهذه الصفات فكانت أصلاً في الوجوب فكانت أصلاً في التسليم فاذا جاء بها
 تجبر على قبولها ولو تزوجها على وصيف صحت التسمية ولها الوسط من ذلك ولو تزوجها على وصيف أبيض
 لا شك أنه تصح التسمية لانه تصح بدون الوصف فاذا وصف أولى ولها الوصف الجيد لان الابيض عندهم
 اسم للجيد ثم الجيد عندهم هو الرديء والوسط السندي والرديء الهندي وأما عندنا فالجيد هو التركي والوسط

لروى والردى الهندى وقد قال أبو حنيفة قيمة الخادم الجيد خمسون دينارا وقيمة الوسط أربعون وقيمة الردى ثلاثون وقيمة البيت الوسط أربعون دينارا وقال أبو يوسف ومحمد إن زاد السعر أو نقص فبحسب التسليم والرخس وهذا ليس باختلاف فى الحقيقة ففى زمن أبي حنيفة كانت القيم مسعرة وفى زمانها تغيرت القيمة فأجاب كل على عرف زمانه والمعتبر فى ذكر القيمة بلا خلاف ولو تزوجها على بيت وخادم حتى وجب الوسط من كل واحد منهما ثم صالحت من ذلك زوجها على أقل من قيمة الوسط ستين دينارا أو سبعين دينارا أجاز الصلح لأنها بهذا الصلح أسقطت بعض حقها لأن الواجب فيها ثمانون فإذا صالحت على أقل من ذلك فقد أسقطت البعض ومن له الحق إذا أسقط بعض حقه واستوفى الباقي جاز ويجوز ذلك بالقد والتسوية لما ذكرنا أن الصلح وقع على عين الحق بإسقاط البعض فكان الباقي عين الواجب فجاز فيه التأجيل فإن صالحت على مائة دينار فالفضل باطل لأن المسمى إذا لم يكن مسعرا فالقيمة واجبة بالمقدوم ومن وجب له حق فصالح على أكثر من حقه لم يجز وإن كان المسمى معلوم الجنس والنوع والقدر والصفة كما إذا تزوجها على مكمل موصوف أو موزون موصوف سوى الدراهم والدنانير صحت التسمية لأن المسمى مال معلوم لاجهالة فيه بوجه ألا ترى أنه ثبت دينار فى الذمة ثبوتاً مطلقاً فإنه يجوز البيع به والسلم فيه ويضمن بالمثل فيجبر الزوج على دفعه ولا يجوز دفع عوضه إلا برضا المرأة ولو تزوجها على مكمل أو موزون ولم يصف صحت التسمية لأنه مال معلوم الجنس والنوع فتصح تسميته فإن شاء الزوج أعطها الوسط من ذلك وإن شاء أعطها قيمته كذا ذكر الكرخى فى جامعه وذكر الحسن عن أبي حنيفة أنه يجزى على تسليم الوسط (وجه) ما ذكره الكرخى أن القيمة أصل فى إيجاب الوسط لأن بها يعرف كونه وسطاً فكان أصله فى التسليم كما فى العبد (وجه) رواية الحسن أن الشرع لما أوجب الوسط فقد تعين الوسط بتعيين الشرع فصار كما لو عينه بالتسمية ولو سمي الوسط بجبر على تسليمه كذا هذا بخلاف العبد فإن هناك لو سمي الوسط ونص عليه لا يجبر على تسليمه فكذا إذا أوجب به الشرع والله أعلم وأما الثياب فقد ذكر فى الأصل أنه إذا تزوجها على ثياب موصوفة أنه بالخيار أن شاء سلمها وإن شاء سلم قيمتها ولم يفصل بين ما إذا سمي لها أجلاً ولم يسم وقال أبو يوسف إن أجلها يجبر على دفعها وإن لم يؤجلها فلها القيمة وروى عن أبي حنيفة أنه يجبر على تسليمها من غير هذا التفصيل وهو قول زفر (وجه) ما ذكر فى الأصل أن الثياب لا تثبت فى الذمة ثبوتاً مطلقاً لأنها ليست من ذوات الأمثال ألا ترى أنها مضمونة بالقيمة لا بالمثل فى ضمان العدو ولا تثبت فى الذمة بنفسها فى عقود المعاوضات بل بواسطة الأجل فكانت كالعبد وهناك لا يجبر على دفع العبد وله أن يسلم القيمة كذا ههنا وأبو يوسف يقول إذا أجلها فقد صارت بحيث تثبت فى الذمة ثبوتاً مطلقاً ألا ترى أنها تثبت فى الذمة فى السلم فيجبر على الدفع بل أولى لأن البدل فى البيع لا يحتمل الجهالة رأساً والمهر فى النكاح يحتمل ضرراً من الجهالة فلما تثبت فى الذمة فى البيع فلا تثبت فى النكاح أولى (وجه) الرواية الأخرى لأبي حنيفة أن امتناع ثبوتها فى الذمة لمكان الجهالة فإذا وصفت فقد زالت الجهالة فيصبح ثبوتها فى الذمة مهراً فى النكاح وإنما لا يصبح السلم فيها الأمراً لجلال العلم بها يقف على التأجيل بل لأن السلم لم يشرع للأمور جلاً ولا أجل ليس بشرط فى المهر فكان ثبوتها فى المهر غير مؤجلة كثبوتها فى السلم مؤجلة فيجبر على تسليمها ولو قال تزوجتك على هذا العبد أو على ألف أو على الفين فالتسمية فاسدة فى قول أبي حنيفة وبحكم مهر مثلها فإن كان مهر مثلها مثل الادون أو أقل فلها الادون إلا أن يرضى الزوج بالرفع وإن كان مهر مثلها مثل الارتفاع فلها الارتفاع إلا أن يرضى المرأة بالادون وإن كان مهر مثلها فوق الادون أو أقل من الارتفاع فلها مهر مثلها وقال أبو يوسف ومحمد التسمية صحيحة ولها الادون على كل حال (وجه) قولهما إن المصير إلى مهر المثل عند تعذر إيجاب المسمى ولا تعذر ههنا لأنه يمكن إيجاب الأقل لكونه متيقناً وفى الزيادة شك فيجب

المتيقن به وصار كما اذا اعتق عبده على ألف أو ألفين أو خالع امرأته على ألف أو ألفين أنه تصح التسمية وتجب
الألف كذا هذا ولا يبي حنيفة أنه جعل المهر أحد المذكورين غير عشرين لأن كلمة أو تتناول أحد المذكورين غير
عين واحد ما غير عشرين مجهول فكان المسمى مجهولاً وهذه الجهالة أكثر من جهالة مهر المثل ألا ترى أن كلمة أو
تدخل بين أقل الاشياء وأكثرها فتمنع صحة التسمية فيحكم مهر المثل لأنه الموجب الاصل في هذا الباب فلا
يعدل عنه الا عند صحة التسمية ولا صحة الا بتعيين المسمى ولم يوجد فيجب مهر المثل لأنه لا ينقص عن الادون
لأن الزوج رضى بذلك القدر ولا يزد على الرفع لرضا المرأة بذلك القدر ولا يلزم على هذا ما اذا تزوجها على
هذا العبد أو على هذا العبدان الزوج بالخيار في أن يدفع أيهما شاء أو على أن المرأة بالخيار في ذلك تأخذ أيهما
شاءت أنه تصح التسمية وان كان المسمى مجهولاً لأن تلك الجهالة يمكن رفعها ألا ترى أنها ترفع باختيار من له
الخيار فقلت الجهالة فكانت كجهالة مهر المثل أو أقل من ذلك فلا تمنع صحة التسمية ههنا لا سبيل الى ازالة هذه
الجهالة لأنه اذا لم يكن فيه خيار كان لكل واحد منهما ان يختار غير ما يختاره صاحبه ففحشت الجهالة ففقت
صحة التسمية بخلاف الاعتراف والخلع لأنه ليس لهما موجب أصلي يصار اليه عند وقوع الشك في المسمى فوجب
المتيقن من المسمى لأن إيجابه أولى من الإيقاع بمجاناً بلا عوض أصلاً لعدم رضا المولى والزوج بذلك وفيما
نحن فيه له موجب أصلي فلا يعدل عنه الا عند تعيين المسمى ولا تعين مع الشك بادخال طه الشك فالتحقق التسمية
بالعدم فيبقى الموجب الاصل واجب المصير اليه وتلزم زوج امرأة على ألف ان لم يكن له امرأة وعلى ألفين ان كانت
له امرأة أو تزوجها على ألف ان لم يخرجها من بلدها وعلى ألفين ان أخرجها من بلدها أو تزوجها على ألف ان
كانت مولاة وعلى ألفين ان كانت عريسة وما أشبه ذلك فلا شك في أن النكاح جائز لأن النكاح
المؤبد الذي لا توقيت فيه لا تبطله الشروط الفاسدة لما قلنا ان الشروط لو أثرت لا أثرت في المهر
بفساد التسمية وفساد التسمية لا يكون فوق العدم ثم عدم التسمية رأساً لا يوجب فساد النكاح ففسادها
أولى وأما المهر فالشرط الاول جائز بلا خلاف فان وقع الوفاء به فلها ما سمي على ذلك الشرط وان لم يقع
الوفاء به فان كان على خلاف ذلك أو فعل خلاف ما شرط لها فلها مهر مثلها لا ينقص من الاصل ولا يزداد
على الاكثر وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان وهذه فرعة
مسهلة مشهورة في الاجارات وهو أن يدفع رجل ثوباً الى الخياط فيقول ان خيطته اليوم فلك درهم وان خيطته
غدا فلك نصف درهم (وجه) قول زفر ان كل واحد من الشرطين يخالف الآخر فأوجب ذلك جهالة
التسمية فتصح التسميتان كما اذا قال للخياط ان خيطته وميا فبدرهم وان خيطته فارسياف نصف درهم ولا يبي
حنيفة أن الشرط الاول وقع صحيحاً بالاجماع وموجباً ومهر المثل ان لم يقع الوفاء به فكانت التسمية الاولى
صحيحة فلو صح الشرط الثاني لكان نافياً موجب الشرط الاول والتسمية الاولى والتسمية بعدم ما صححت لا يجوز
نفي موجبها فبطل الشرط الثاني ضرورة وقال ان ما شرط الزوج من طلاق المرأة وترك الحرج من البلد
لا يلزمه في الحكم لأن ذلك وعد وعدها فلا يكلف به وعلى هذا يخرج ما اذا تزوجها على حكمه أو حكم أجنبي
أن التسمية فاسدة لأن المحكوم به مجهول وجهالة أكثر من جهالة مهر المثل فيمنع صحة التسليم ثم ان كان الزوج
على حكم الزوج ينظر ان حكم بمهر مثلها أو أكثر فلها ذلك لأنه رضى بسد الزيادة وان حكم بأقل من مهر مثلها
فلها مهر مثلها الا أن ترضى بالاقل وان كان الزوج على حكمها فان حكمت بمهر مثلها أو أقل فلها ذلك لأنها
رضيت باسقاط حقها وان حكمت بأكثر من مهر مثلها لم تجز الزيادة لأن المستحق هو مهر المثل الا اذا رضى
الزوج بالزيادة وان كان الزوج على حكم أجنبي فان حكم بمهر المثل جاز وان حكم بأكثر من مهر المثل توقف
على رضا الزوج وان حكم بأقل من مهر المثل توقف على رضا المرأة لأن المستحق هو مهر المثل والزوج لا يرضى

بالزيادة والمرأة لا ترضى بالتقصان فذلك توقفت الامر في الزيادة والتقصان على رضاها فان تزوجها على ما يكسب العام أو يرث فهذه تسمية فاسدة لان جهالة هذا أكثر من جهالة مهر المثل وقد انضم الى الجهالة الخطر لانه قد يكسب وقد لا يكسب ثم الجهالة بنفسها تمنع صحة التسمية في الخطر أولى ولو تزوج امرأتين على صداق واحد يجوز الا أن يقول تزوجتكما على ألف درهم فقبلنا فالتكاح جائز لا شك فيه ويقسم الالف بينهما على قدر مهر مثلهما لانه جعل الالف بدلا عن بضعهما والبذل قسم على قدر قيمة المبدل والمبدل هو البضع فيقسم البذل على قدر قيمته وقيمته مهر المثل كما لو اشترى عبدان بألف درهم انه يقسم الثمن على قدر قيمتهما كذا هذا فان قبلت احدهما دون الاخرى جاز النكاح في التي قبلت بخلاف البيع فانه اذا قل بعث هذا العبد منكما قبل احدهما ولم يقبل الاخر لم يجز البيع أصلا والفرق انه لما قال تزوجتكما فقد جعل قبول كل واحدة منهما شرطاً لقبول الاخرى والنكاح لا يحتمل التعليق بالشرط فكان ادخال الشرط فيه فاسداً والنكاح لا يفسد بالشرط الفاسد والبيع يفسده واذا جاز النكاح تقسم الالف على قدر مهر مثلهما لما قلنا فما أصاب حصته التي قبلت فلها ذلك القدر والباقي يعود الى الزوج وان كانت احدهما ذات زوج أو في عدة من زوج أو كانت ممن لا يحل له نكاحها فان جميع الالف التي صبح نكاحها في قول أبي حنيفة وعندها تقسم الالف على قدر مهر مثلها فما أصاب حصته التي صبح نكاحها فلها ذلك والباقي يعود الى الزوج (وجه) قولهما انه جعل الالف مهر لهما جميعا وكل واحدة منهما اصل للنكاح حقيقة لكونها قابلة للتفاصد المطلوب منه حقيقة الا أن المحرمة منهما لا تراحم صاحبته في الاستحقاق لخروجها من أن تكون محل لذلك شرعا مع قيام المحلوبة حقيقة فيجب اظهار أثر المحلوبة الحقيقية في التقسيم ولا في حنيفة أن المهر يقابل ما يستوفي بالوطء وهو منافع البضع وهذا العقد في حق المحرمة لا يمكن من استيفاء المنافع لخروجها من أن تكون محل للعقد شرعا والموجود الذي لا ينتفع به والعدم الاصل سواء فيجعل ذلك المهر بمقابلة الاجنبية كما اذا جمع بين المرأة والاثان وقال تزوجتكما على ألف درهم فان دخل الزوج بالتى فسد نكاحها في قياس قول أبي حنيفة فله مهر مثلها بالغما بل لانه لا تعتبر التسمية في حقها فالتحقت التسمية بالعدم وفي قياس قول أبي يوسف ومحمد لهما مهر مثلها لا يجاوز حصتها من الالف لانهما لا يعتبران التسمية في حقهما في حق التقسيم والله عز وجل اعلم وعلى هذا يخرج تسمية المهر على السمعة والرياء انها تصح أو لا تصح وجملة الكلام فيه أن السمعة في المهر اما أن تكون في قدر المهر واما أن تكون في جنسه فان كانت في قدر المهر بأن تواضع في السر والباطن واتفقا على أن يكون المهر ألف درهم لكنهما يظهران في العقد ألفين لا مخرج لهما على ذلك فان لم يقلوا ألف منهما سمعة فالمهر ما ذكرناه في العلانية وذلك لان لان المهر ما يكون مذكوراً في العقد والالفان مذكورتان في العقد فاذا لم يجعل الالف منهما سمعة صححت تسمية الالفين وان قال الالف منهما سمعة فالمهر ما ذكرناه في السر وهو الالف في ظاهر الارياءة عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ومحمد وروي عن أبي حنيفة أن المهر ما أظهره وهو الالفان (وجه) هذه الارياءة أن المهر هو المذكور في العقد لانه اسم لما يملك به البضع والذي يملك به البضع هو المذكور في العقد وانه يصلح أن يكون مهر لانه مال معلوم فتصح تسميته ويصير مهره ولا تعتبر المواضع السابقة (وجه) ظاهر الارياءة انهما لما قال الالف منهما سمعة فقد هزلا بذلك قدر الالف حيث لم يقصدا به مهر او المهر مما يدخله الجدل والهزل ففسدت تسميته قدر الالف والتحقت بالعدم في العقد على ألف وان كانت السمعة من جنس المهر يات تواضعا واتفقا في السر والباطن على أن يكون المهر ألف درهم ولكنهما يظهران في العقد مائة دينار فان لم يقلوا رياء وسمعة فالمهر ما تعاقد عليه لما قلنا وان قالوا رياء وسمعة فتعاقد على ذلك فلها مهر مثلها في ظاهر الارياءة عن أبي حنيفة وروي عنه أنه لمهر العلانية مائة دينار (وجه) هذه الارياءة على نحو ما ذكرنا أن المائة

دينار هي المذكورة في العقد والمهر اسم للذكور في العقد لا ينافي اعتبار المذكور ولا تعتبر المواضعة السابقة (وجه)
 ظاهره راية أن ما تواضعا عليه وهو الالف لم يذكراه في العقد وما ذكراه وهو المائة دينار ما تواضعا عليه فلم توجد
 التسمية فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهر هذا الذي ذكرنا إذا لم يتعاقد في السر والباطن على
 أن يكون للمهر قدر أوجنس ثم يتعاقد على ما تواضعا واتفقا عليه فأما إذا تعاقد في السر على قدر من المهر أو جنس منه
 ثم اتفقا وتواضعا في السر على أن يظهر في عقد العلانية أكثر من ذلك أو جنسا آخر فإن لم يذكرا في المواضعة السابقة
 أن ذلك سمعة فالمهر ما ذكراه في العلانية في قول أبي حنيفة ومحمد ويكون ذلك زيادة على المهر الأول سواء كان
 من جنسه أو من خلاف جنسه فإن كان من خلاف جنسه ففيه يكون زيادة على المهر الأول وإن كان من
 جنسه فقد رزى زيادة على المهر الأول يكون زيادة وروى عن أبي يوسف أنه قال المهر مهر السر (وجه)
 قوله أن المهر ما يكون منذ كور في العقد والعقد هو الأول لأن النكاح لا يحتمل الفسخ والأقالة فالثاني لا يرفع
 الأول فلم يكن الثاني عقدا في الحقيقة فلا يعتبر المذكور عنده فكان المهر هو المذكور في العقد الأول (وجه)
 قولهما أنهم أقصد اثنين استئناف العقد وزيادة في المهر واستئناف العقد لا يصح لأن النكاح لا يحتمل الفسخ
 والزيادة صحيحة فصبار كأنه زاد ألفا أخرى أو مائة دينار وإن ذكرا في المواضعة السابقة أن الزيادة أو الجنس
 الآخر سمعة فالمهر هو المذكور في العقد الأول والمذكور في العقد الثاني لغو لأنهما هزلا به حيث جملاه
 سمعة والمهزل يعمل في المهر فيبطله والله أعلم

فصل ومنها أن يكون النكاح صحيحا فلا تصح التسمية في النكاح الفاسد حتى لا يلزم المسمى لأن
 ذلك ليس بنكاح لما ندكر أن شاء الله تعالى إلا أنه إذا وجد الدخول يجب مهر المثل لكن بالوطء لا بالعقد
 على ما نبينه في موضعه إن شاء الله تعالى ولو تزوج امرأة على جارية بعينها واستثنى ما في بطنها فلها الجارية وما في
 بطنها ذكراه الكرخي والطحاوي من غير خلاف لأن تسمية الجارية بمهر أقد صحت لأنها مال معلوم واستثناء
 ما في بطنها لم يصح لأن الجنين في حكم جزء من أجزائها فإطلاق العقد على الأم يتناولها فاستثناءه يكون بمنزلة شرط
 فاسد والنكاح لا يحتمل شرطا فاسدا فيلغو الاستثناء ويلتحق بالعدم كأنه لم يستثن رأسا وكذلك إذا وهب
 جارية واستثنى ما في بطنها أو خالع أو صالح من دم العمد لأن هذه التصرفات لا تبطلها الشرط الفاسد ولو تزوج
 امرأة على جارية فاستحقت وهلك قبل التسليم فلها قيمتها لأن التسمية قد صحت لكون المسمى مالا متقوما
 معلوما فالعقد انعقد موجب التسليم بالاستحقاق والملاك أنه لا يجوز عن تسليمها فتجب قيمتها بخلاف البيع إذا
 هلك المبيع قبل التسليم إلى المشتري أنه لا يفرم البائع قيمته وإنما يسقط الثمن لا غير لأن هلاك المبيع موجب
 بطلان البيع وإذا بطل البيع لم يبق وجوب التسليم فلا تجب القيمة ثم تفسير مهر المثل هو أن يعتبر مهرها بمهر مثل
 نسائها من أخواتها لا بياها وأمهاتها ولا بياها وعماتها وبنات أعمامها في بلدها وعصرها على ما لها وجما لها وسنّها
 وعقلها ودنياها لأن الصداق يختلف باختلاف البلدان وكذا يختلف باختلاف المال والجمال والسن والعقل
 والدين فيزداد مهر المرأة لزيادة مالها وجما لها وعقلها ودنياها وحادثة سنّها فلا بد من المائة بين المراتين في هذه
 الأشياء ليكون الواجب لها مهر مثل نسائها إذا لا يكون مهر المثل بدون المائة بينهما ولا يعتبر مهرها بمهر أمها
 ولا بمهر خالتها إلا أن تكون من قبيلتها من بنات أعمامها لأن المهر يختلف بشرف النسب والنسب من الآباء
 لا من الأمهات فأنما يحصل لها شرف النسب من قبيل أبيها وقبيلته لا من قبل أمها وعشيرتها والله أعلم

فصل وأما بيان ما يجب به المهر وبيان وقت وجوبه وكيفية وجوبه وما يتعلق بذلك من الأحكام
 فتقول والله التوفيق المهر في النكاح الصحيح يجب بالعقد لأنه أحد أركان الملك والمهر يجب بمقتضى أحد أركان
 الملك ولأنه عقد معاوضة وهو معاوضة البضيع بالمهر فيقتضي وجوب العوض كالبضيع سواء كان المهر مفرضا

في العقد أولم يكن عندنا وعند الشافعي ان كان مفر وضالاً يجب بنفس العقد وانما يجب بالفرض أو بالدخول على ما ذكرنا فيما تقدم وفي النكاح الفاسد يجب المهر لكن لا بنفس العقد بل بواسطة الدخول لعدم حدوث الملك قبل الدخول أصلاً وعدم حدوثه بعد الدخول مطلقاً ولا لعدم المعاوضة قبل الدخول رأساً وانعدامها بعد الدخول مطلقاً لما ذكره ان شاء الله تعالى في موضعه ويجب عقيب العقد بلا فصل لما ذكرنا انه يجب باحداث الملك والملك يحدث عقيب العقد بلا فصل ولان المعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين في وقت واحد وقد ثبت الملك في أحد العوضين وهو البضع عقيب العقد فيبث في العوض الآخر عقيبه تحقيقاً للمعاوضة المطلقة الا أنه يجب بنفس العقد وجوباً موسعاً وانما يتضييق عند المطالبة كالثمن في باب البيع انه يجب بنفس البيع وجوباً موسعاً وانما يتضييق عند مطالبة البائع واذا طالبت المرأة بالمهر يجب على الزوج تسليمه أولاً لان حق الزوج في المرأة متعين وحق المرأة في المهر لم يتعين بالعقد وانما يتعين بالقبض فوجب على الزوج التسليم عند المطالبة ليتعين كما في البيع ان المشتري يسلم الثمن أولاً ثم يسلم البائع المبيع الا ان الثمن في باب البيع اذا كان ديناً يقدم تسليمه على تسليم المبيع ليتعين وان كان عينا يسلمان معا وهما يقدم تسليم المهر على كل حال سواء كان ديناً أو عيناً لان القبض والتسليم ههنا معا متعذر ولا تعذر في البيع واذا ثبت هذا فنقول للمرأة قبل دخول الزوج بها ان تمنع الزوج عن الدخول حتى يعطيها جميع المهر ثم تسلم نفسه الى الزوجها وان كانت قد انتقلت الى بيت زوجها لما ذكرنا ان بذلك يتعين حقها فيكون تسليمها بتسليم ولان المهر عوض عن بضعها كالثمن عوض عن المبيع والبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فكان للمرأة حق حبس نفسها لاستيفاء المهر وليس للزوج منعها عن السفر والخروج من منزلها وزياره أهلها قبل إيفاء المهر لان حق الحبس انما يثبت لاستيفاء المستحق فاذا لم يجب عليها تسليم النفس قبل إيفاء المهر لم يثبت للزوج حق الاستيفاء فلا يثبت له حق الحبس واذا أوفاه المهر فله أن يمنعها من ذلك كله الا من سفر الحج اذا كان عليها حجة الاسلام ووجدت محرماً وله أن يدخل بها لانه اذا أوفاه حقه يثبت له حق الحبس لاستيفاء المعقود عليه فان أعطاه المهر الادرها واحداً فله أن تمنع نفسها وان تخرج من مصرها حتى يقبضه لان حق الحبس لا يتجزأ فلا يبطل الا بتسليم كل البذل كما في البيع ولو خرجت لم يكن للزوج ان يسترد منها ما قبضت لانها قبضته بحق لكون المقبوض حقها والمقبوض بحق لا يحتمل النقص هذا اذا كان المهر معجلاً بأن تزوجها على صداق عاجل أو كان مسكوتاً عن التماجيل والتأجيل لان حكم المسكوت حكم المعجل لان هذا عقد معاوضة فيقتضي المساواة من الجانبين والمرأة عين حق الزوج فيجب أن يعين الزوج حقها وانما يتعين بالتسليم فاما اذا كان مؤجلاً بأن تزوجها على مهر آجل فان لم يذكر الوقت لشي من المهر أصلاً بأن قال تزوجتك على ألف مؤجلة أو ذكر وقتاً مجهولاً جهالة متفاحشة بأن قال تزوجتك على ألف الى وقت الميسرة أو هبوب الريح أو الى أن تخطر السماء فكذلك لان التأجيل لم يصب لتفاحش الجهالة فلم يثبت الاجل ولو قال نصفه معجل ونصفه مؤجل كما جرت العادة في ديارنا ولم يذكر الوقت للمؤجل اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز الاجل ويجب حالاً كما اذا قال تزوجتك على ألف مؤجلة وقال بعضهم يجوز ويقع ذلك على وقت وقوع الفرقة بالطلاق أو الموت وروى عن أبي يوسف ما يؤيد هذا القول وهو أن رجلاً كمل لامرأة عنز وجهاً نفقة كل شهر ذكر في كتاب النكاح انه يلزمه نفقة شهر واحد في الاستحسان وذكر عن أبي يوسف انه يلزمه نفقة كل شهر مادام النكاح قائماً بينهما فكذلك ههنا وان ذكر وقتاً معلوماً للمهر فليس لها أن تمنع نفسها في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أخيراً لها أن تمنع نفسها سواء كانت المدة قصيرة أو طويلة بعد ان كانت معلومة أو مجهولة جهالة متقاربة كجهالة الحصاد والدياس (وجه) قول أبي يوسف ان من حكم المهر أن يتقدم تسليمه على تسليم النفس بكل حال الا ترى

انه لو كان معينا أو غير معين وجب تقديمه فلما قبل الزوج التأجيل كان ذلك رضا بتأخير حقه في القبض بخلاف
البائع اذا أجل الثمن انه ليس له ان يحبس المبيع ويطل حقه في الحبس بتأجيل الثمن لانه ليس من حكم الثمن تقديم
تسليمه على تسليم المبيع لانه لا يرى أن الثمن اذا كان عينا يسلمان معا فلم يكن قبول المشتري التأجيل رضا منه
باسقاط حقه في القبض وجه قولهما أن المرأة بالتأجيل رضيت باسقاط حق نفسها فلا يسقط حق الزوج كالبائع
اذا أجل الثمن انه يسقط حق حبس المبيع بخلاف ما اذا كان التأجيل الى مدة مجهولة جهالة مضاعفة لان التأجيل ثمة
لم يصح فلم يثبت الاجل فبقى المهر حالا وأما قوله من شأن المهر أن يتقدم تسليمه على تسليم النفس فنقول نعم اذا كان
معجلا أو مسكوتا عن الوقت فاما اذا كان مؤجلا تأجيلا صحيحا فمن حكمه ان يتأخر تسليمه عن تسليم النفس لان
تقديم تسليمه ثبت حقا لانه ثبت تحقيقا للمعاوضة المتضمنة للمساواة حقا لها فاذا أجلته فقد أسقطت حق نفسها فلا
يسقط حق زوجها لانعدام الاسقاط منه والرضا بالسقوط لهذا المعنى سقط حق البائع في الحبس بتأجيل الثمن
كذا هذا ولو كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا أجلا معلوما فله أن يدخل بها اذا أعطاها الحال بالاجماع أما عندهما
فلان الكل لو كان مؤجلا لكان له أن يدخل بها فاذا كان البعض معجلا وأعطاه ذلك أولى والفقهاء ما ذكرنا أن الزوج
مارضى باسقاط حقه فلا يسقط حقه وأما عند أبي يوسف فلا نه لم يجعل البعض فلم يرض بتأخير حقه عن القبض
لانه لو رضى بذلك لم يكن لشرط التعجيل فائدة بخلاف ما اذا كان الكل مؤجلا لانه لما قبل التأجيل فقد رضى
بتأخير حقه ولو لم يدخل بها حتى حل أجل الباقي فله ان يدخل بها اذا أعطاها الحال لما قلنا ولو كان الكل مؤجلا أجلا
معلوما وشرط أن يدخل بها قبل أن يعطيها كله فله ذلك عند أبي يوسف أيضا لانه لما شرط الدخول لم يرض بتأخير
حقه في الاستمتاع ولو كان المهر مؤجلا أجلا معلوما فخل الاجل ليس لها أن تمنع نفسها لتستوفي المهر على أصل أبي
حنيفة ومحمد لان حق الحبس قد سقط بالتأجيل والساقط لا يحتمل العود كالثمن في المبيع وعلى أصل أبي يوسف لها
أن تمنع نفسها لان لها أن تمنع قبل حلول الاجل فبعده أولى ولو كان المهر حالا فاخرته شهرا ليس لها أن تمنع عندهما
وعندها لذلك لان هذا تأجيل طارى فكان حكمه حكم التأجيل المقارن وقد مر الكلام فيه ولودخل الزوج بها
برضاها وهي مكثفة فلها أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر ولها أن تمنعه أن يخرجها من بدنها في قول أبي حنيفة وقال أبو
يوسف ومحمد ليس لها ذلك وعلى هذا الخلاف اذا خلاها وجه قولهما انها بالوطء مرة واحدة أو بالخلوة
الصحيحة سلمت جميع العقود عليه برضاها وهي من أهل التسليم فبطل حتمها في المنع كالبائع اذا سلم المبيع ولا
شك في الرضا وأهلية التسليم والدليل على انها سلمت جميع العقود عليه أن العقود عليه في هذا الباب في حكم
العين ولهذا يتأكد جميع المهر بالوطء مرة واحدة ومعلوم أن جميع البدل لا يتأكد بتسليم بعض العقود
عليه وما يكرر من الوطآت ملتحق بالاستخدام فلا يقابل به شيء من المهر ولا في حنيفة أن المهر مقابل بجميع
ما يستوفي من منافع البضع في جميع الوطآت التي توجد في هذا الملك لا بالمستوفي بالوطأة الاولى خاصة
لانه لا يجوز اخلاء شيء من منافع البضع عن بدل يقابل به احترام البضع وابانة لخطره فكانت هي بالمنع متمتعة عن تسليم
ما يقابل به بدل فكان لها ذلك بالوطء في المرة الاولى فكان لها أن تمنعه عن الاول حتى تأخذ مهرها فكذا عن
الثاني والثالث الا أن المهر يتأكد بالوطء مرة واحدة لانه موجود معلوم وما وراءه معدوم مجهول فلا تراحمه في
الانقسام ثم عند الوجود يتعين قطعا فيصير مزاحما فيأخذ قسطا من البدل كالعبد اذا جنى جناية بمجب دفعه بها فان
جنى جناية أخرى فالثانية تراحم الاولى عند وجودها في وجوب الدفع بها وكذا الثالثة والرابعة الى ما لا يتناهى
بخلاف البائع اذا سلم المبيع قبل قبض الثمن أو بعد ما قبض شيئا منه ثم أراد أن يسترد أنه ليس له ذلك لانه سلم كل المبيع
فلا يملك الرجوع فيما سلم وهما ما سلمت كل العقود عليه بل البعض دون البعض لان العقود عليه منافع البضع وما
سلمت كل المنافع بل بعضها دون البعض فهي بالمنع تمنع عن تسليم ما لم يحصل مسلما بعد فكان لها ذلك كالبائع اذا

سلم بعض المبيع قبل استيفاء الثمن كان له حق حبس الباقي ليستوفي الثمن كذا هذا وكان أبو القاسم الصنفار يفتي في منعها نفسها بقول أبي يوسف ومحمد وفي السفر بقول أبي حنيفة و بعد إيفاء المهر كان له أن ينقلها حيث شاء وحكى الفقيه أبو جعفر الهندواني عن محمد بن سلامة أنه كان يفتي أن بعد تسليم المهر ليس لزوجها أن يسافر بها قال أبو يوسف ولو وجدت المرأة المهرز يوقاً واستوقا فرددت أو كان المقبوض عرضاً اشتريته من الزوج بالمهر فاستحق بعد القبض وقد كان دخل بها فليس لها أن تمنع نفسها في جميع ذلك وهذا على أصلهما مستقيم لأن من أصلهما أن التسليم من غير قبض المهر يبطل حق المنع وهذا تسليم من غير قبض لأن ذلك القبض بالرد والاستحقاق انتقض والتحقق بالعدم فصار كأنها لم تقبضه وقبل القبض الجواب هكذا عندهما وأما عند أبي حنيفة فينبغي أن يكون لها أن تمنع نفسها ثم فرق أبو يوسف بين هذا وبين المنع أنه إذا استحق الثمن من يد البائع أو وجدته يوقاً واستوقا فرده له أن يسترد المبيع فيحبسه لأن البائع بعد الاسترداد يمكنه الحبس على الوجه الذي كان قبل ذلك وأما هنا لا يمكنه لأنه استوفى بعض منافع البضع فلا يكون هذا الحبس مثل الأول فلا يعود حتماً في الحبس ومما يلتحق بهذا الفصل أن للمرأة أن تهب مهرها للزوج ودخل بها أو لم يدخل لقوله عز وجل فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً وليس لأحد من أوليائها الاعتراض عليها سواء كان أباً وغيره لأنها وهبت خالص ملكها وليس لأحد في عين المهر حق فيجوز ويلزم بخلاف ما إذا زوجت نفسها وقصرت عن مهر مثلها أن للولي الاعتراض في قول أبي حنيفة لأن الأمهارة حق الأولياء فقد تصرف في خالص حقهم ولأنها ألحقت الضرر بالاولياء بالحق العار والشار بهم فلم يدفع هذا الضرر بالاعتراض والقسح وليس للاب أن يهب مهر ابنته عند عامة العلماء وقال بعضهم له ذلك ونسكوا بقوله تعالى أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح والاب بيده عقدة النكاح ولنا أن المهر ملك المرأة وحققاً لا يبدل بضمها وبضمها حقها وملكها والدليل عليه قوله عز وجل وآتوا النساء صدقاتهن نحلة أضاف المهر إليها فدل أن المهر حقها وملكها وقوله عز وجل فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً وقوله تعالى منه أي من الصداق لأنه هو المسمى السابق بأباح للزوج تناول من مهر النساء إذا طابت أنفسهن بذلك ولذا علق سبحانه وتعالى الإباحة بطيب أنفسهن فدل ذلك كله على أن مهرها ملكها وحققاً وليس لأحد أن يهب ملك الإنسان بغير إذنه ولهذا لا يملك الولي هبة غير من أموالها فكذا المهر وأما الآية الشريفة فقد قيل أن المراد من الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج كذا روى عن علي رضي الله عنه وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما ويجوز أن يحمل قول من صرف التأويل إلى الولي على بيان نزول الآية على ما قبل أن حين النزول كان المهور للاولياء ودليله قول شعيب لموسى عليهما الصلاة والسلام اني أريد أن أتكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجاج شرط المهر لنفسه لا لابنته ثم نسخ بما تلونا من الآيات وللمولى أن يهب صداق أمته ومدبرته وأم ولدته من زوجها لأن المهر ملكه وليس له أن يهب مهر مكاتبته ولو وهب لغير الزوج ولا يدفعه إلى المولى لأن مهر المكاتبه لها للمولى لأنه من أكسابها وكسب المكاتب له للمولاة ونحوه الزيادة في المهر إذا تراضيا بها والخط عنه إذا رضيت به لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد القرية رفع الجناح فيما تراضيا به الزوجان بعد القرية وهو التسمية وذلك هو الزيادة في المهر والخط عنه وأحق ما تصرف إليه الآية الزيادة لأنه ذكر لفظة التراضي وأنه يكون بين اثنين ورضا المرأة كان في الخط ولأن الزيادة تلحق العقد ويصير كأن العقد ورد على الأصل وإن زيادة جميعاً كالخيار في باب البيع والاجل فيه فإن من اشترى من آخر عبداً بآباءة ثم إن أحدهما جعل لصاحبه الخيار يوماً جاز ذلك حتى لو نقض البيع جاز نقضه ويصير ذلك كالخيار المشروط في أصل البيع وكذا إذا اشترى عبداً بألف درهم حاله ثم إن البائع أجل المشتري في الثمن شهراً أجاز التأجيل ويصير كأنه كان مسمى في العقد كذا هنا ولا يثبت خيار الرؤية في المهر حتى لو تزوج امرأة على عبد بعينه أو جارية بعينها ولم تره ثم رآته ليس لها أن تردده بخيار الرؤية لأن النكاح لا يفسخ برده، فلوردت رجعت عليه بعد آخر وثبت لها فيه خيار الرؤية فترده ثم ترجع عليه بآخر

الى ما لا يتناهى فلم يكن الرد مفيداً لخلوه عن العاقبة الحميدة فكان سفهاً فلا يثبت له حق الرد وكذلك الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد لما قلنا بخلاف البيع انه يثبت فيه خيار الرؤية لان البيع ينفسخ برد المبيع ويرجع بالتمن فكان الرد مفيداً لذلك افتراضاً وهل يثبت خيار العيب في المهر ينظر في ذلك ان كان العيب يسيراً لا يثبت وان كان فاحشاً يثبت وكذلك هذا في بدل الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد بخلاف البيع والاجارة وبديل الصلح على مال انه يرد بالعيب اليسير والفاحش لان هناك ينفسخ العقد برده وههنا لا ينفسخ واذا لم ينفسخ في قبض مثله فربما يجب فيه عيباً يسيراً أيضاً لان الاعيان لا تخلو عن قليل عيب عادة فيرده ثم يقبض مثله فيؤدى الى ما لا يتناهى فلا يفيد الرد وهذا المعنى لا يوجد في البيع والاجارة لانه ينفسخ العقد بالرد فكان الرد مفيداً أولاً لان حق الرد بالعيب انما يثبت استندراً كالفئات وهو صفة السلامة المستحقة بالعقد والعيب اذا كان يسيراً لا يعرف القوات بيقين لان العيب اليسير يدخل تحت تقويم المقومين لا يخلو عنه فمن يقوم يقوم به بدون العيب بألف ومن يقوم يقوم به مع العيب بألف أيضاً فلا يعلم قوات صفة السلامة بيقين فلا حاجة الى الاستدراك بالرد بخلاف العيب الفاحش لانه لا يختلف فيه المقومون فكان القوات حاصلاً بيقين فتقع الحاجة الى استدراك الفئات بالرد الا ان هذا المعنى الاخير يشكل بالبيع واخوانه فان العيب اليسير فيها يوجب حق الرد وان كان هذا المعنى موجوداً فيها فالاصح هو الوجه الاول ولا شفعة في المهر لان من شرائط ثبوت حق الشفعة معاوضة المال بالمال لما ذكره في كتاب الشفعة ان شاء الله تعالى والنكاح معاوضة البضع بالمال فلا يثبت فيه حق الشفعة

(فصل ١٠) (وأما) بيان ما يتأ كدبه المهر فالمهر يتأ كد بأحد معان ثلاثة الدخول والخلوة الصحيحة وموت أحد الزوجين سواء كان مسمى أو مهر المثل حتى لا يسقط شيء منه بعد ذلك الا بالبراءة من صاحب الحق أما التأ كد بالدخول فتشقق عليه والوجه فيه أن المهر قد وجب بالعقد وصار ديناً في ذمته والدخول لا يسقطه لانه استيفاء المعقود عليه واستيفاء المعقود عليه يقرر البذل لأن يسقطه كما في الاجارة ولان المهر يتأ كد بتسليم المبدل من غير استيفائه لما ذكره فلا يتأ كد بالتسليم مع الاستيفاء أولى (وأما) التأ كد بالخلوة فذهبنا وقال الشافعي لا يتأ كد المهر بالخلوة حتى لو خلاها خلوة صحيحة ثم طلقها قبل الدخول بهافي نكاح فيه تسمية يجب عليه كمال المسمى عندنا وعند منصف المسمى وان لم يكن في النكاح تسمية يجب عليه كمال مهر المثل عندنا وعند منصف يجب عليه المتعة وعلى هذا الاختلاف وجوب العدة بعد الخلوة قبل الدخول عندنا يجب وعند من لا يجب واحتج بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم أوجب الله تعالى نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية لان المراد من المس هو الجماع ولم يفصل بين حال وجود الخلوة وعدمها فن أوجب كل المفروض فقد خالف النص وقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو ترضواهن أى ولم ترضواهن فريضة فتعوهن أوجب تعالى لهن المتعة في الطلاق في نكاح لا تسمية فيه مطلقاً من غير فصل بين حال وجود الخلوة وعدمها وقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فإلكن عليهن من عدة تعتدوهن فدللت الآية الشريفة على نفي وجوب العدة ووجوب المتعة قبل الدخول من غير فصل ولان تأ كد المهر يتوقف على استيفاء المستحق بالعقد وهو منافع البضع واستيفاءها بالوطء ولم يوجد ولا ضرورة لها في التوقف لان الزوج لا يخلو إما أن يستوفى أو يطلق فان استوفى تأ كد حقها وان طلق يفوت عليها نصف المهر لكن بموضع هو خير لها لان المعقود عليه يعود عليها سلباً مع سلامة نصف المهر لها بخلاف الاجارة انه تتأ كد الاجارة فيها بنفس التخلية ولا يتوقف التأ كد على استيفاء المنافع لان في التوقف هناك ضرراً بالآجر لان الاجارة مدة معلومة في الجائز أن يمنع المستأجر من استيفاء المنافع مدة الاجارة بعد التخلية فلو توقف تأ كد الاجارة على حقيقة الاستيفاء وزعمنا لا يستوفى لفات المنافع عليه مجازاً

بلاعوض فيتضرر به الاجر فاقيم التمكن من الانتفاع مقام استيفاء المنفعة دفعا للضرر عن الاجر وهما لا ضرر في التوقف على ما بينا فتوقف التأكد على حقيقة الاستيفاء ولم يوجد فلا يتأكد ولنا قوله عز وجل وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا تأخذونه بهتاناً وأثماً مبیناً وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض نهى سبحانه وتعالى الزوج عن أخذ شيء مما ساق اليها من المهر عند الطلاق وأبان عن معنى النهى لوجود الخلوة كذا قال القراء ان الافضاء هو الخلوة دخل بها أو لم يدخل وما أخذ اللفظ دليل على أن المراد منه الخلوة الصحيحة لان الافضاء مأخوذ من القضاء من الارض وهو الموضع الذي لا نبات فيه ولا بناء فيه ولا حاجز يمنع عن ادراك ما فيه فكان المراد منه الخلوة على هذا الوجه وهي التي لا حائل فيها ولا مانع من الاستمتاع عملاً بمقتضى اللفظ فظاهر النص يقتضي أن لا يستقطب شيء منه بالطلاق إلا أن سقوط النصف بالطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة في نكاح فيه تسمية واقامة المنفعة مقام نصف مهر المثل في نكاح لا تسمية فيه ثبت بدليل آخر فبق حال ما بعد الخلوة على ظاهر النص وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كشف خمار امرأته ونظر اليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل وهذا نص في الباب وروى عن زرارة بن أبي أوفى أنه قال قضى الخلفاء الراشدون المهديون انه اذا أرخى الستور وأغلق الباب فلها الصداق كاملاً وعليها العدة دخل بها أو لم يدخل بها وحكى الطحاوي في هذه المسألة اجماع الصحابة من الخلفاء الراشدين وغيرهم ولان المهر قد وجب بنفس العقد أما في نكاح فيه تسمية فلا شك فيه وأما في نكاح لا تسمية فيه فلما ذكرنا في مسألة المفوضة إلا أن الوجوب بنفس العقد ثبت موسعاً ويتضيق عند المطالبة والدين المضيق واجب القضاء قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين مضيق ولان المهر متى صار ملكاً بانفس العقد فالملك الثابت لا نسيان لا يجوز أن يزول إلا بإزالة المالك أو بعجزه عن الانتفاع بالملوك حقيقة اما لمعنى يرجع الى المالك أو لمعنى يرجع الى الحل ولم يوجد شيء من ذلك فلا يزول الا عند الطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة سقط النصف باسقاط الشرع غير معقول المعنى الا بالطلاق لان الطلاق فعل الزوج والمهر ملكها والانسان لا يملك اسقاط حق الغير عن نفسه ولا نهاسلمت المبدل الى زوجها فيجب على زوجها تسليم المبدل اليها كافي البيع والاجارة والدليل على انها سلمت المبدل ان المبدل هو ما يستوفى بالوطء وهو المنافع إلا أن المنافع قبل الاستيفاء معدومة فلا يتصور تسليمها لكن لها محل موجود وهو العين وانها متصور التسليم حقيقة في مقام تسليم العين مقام تسليم المنفعة كافي الاجارة وقد وجد تسليم الحل لان التسليم هو جعل الشيء سالماً للتسليم اليه وذلك برفع الموانع وقد وجد لان الكلام في الخلوة الصحيحة وهي عبارة عن التمكن من الانتفاع ولا يتحقق التمكن الا بعد ارفاع الموانع كلها فثبت انه وجد منها تسليم المبدل فيجب على الزوج تسليم المبدل لان هذا مقدم معاوضة وانه يقتضي تسليمها بازاء التسليم كما يقتضي ملكها بازاء ملك تحقيقاً بحكم المعاوضة كافي البيع والاجارة وأما الآية فقال بعض أهل التأويل ان المراد من المسيس هو الخلوة فلا تكون حجة على ان فيها إيجاب نصف المفروض لا اسقاط النصف الباقي ألا ترى ان من كان في يده عبد فقال نصف هذا العبد فلان لا يكون ذلك قهراً للنصف الباقي فكان حكم النصف الباقي مسكوتاً عنه فثبت على قيام الدليل وقد قام الدليل على البقاء وهو ما ذكرنا فيبقى وأما قوله التأكد كما ثبت باستيفاء المستحق فمنوع بل كما ثبت باستيفاء المستحق يثبت بتسليم المستحق كافي الاجارة وتسليمه بتسليم محله وقد حصل ذلك بالخلوة الصحيحة على ما بينا ثم تفسير الخلوة الصحيحة هو أن لا يكون هناك مانع من الوطء لا حقيقي ولا شرعي ولا طبعي أما المانع الحقيقي فهو أن يكون أحدهما مريضاً مرضاً يمنع الجماع أو صغيراً لا يجمع مثله أو صغيرة لا يجمع مثلاً أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء لان الرتق والقرن يمنعان من الوطء وتصح خلوة الزوجان ان كان الزوج عتيقاً أو خصياً لان العنة والخصاء لا يمنعان من الوطء فكانت خلوتهما كخلوة غيرهما وتصح خلوة المجبوب في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا تصح (وجهه) قوله ان الحب يمنع من الوطء فيمنع صحة الخلوة كالقرن والرتق ولا في حنيفة انه

يتصور منه السحق والايلاذ بهذا الطريق ألا ترى لوجاهات امرأته بولدي ثبت النسب منه بالاجماع واستحقت كمال المهران طلقها وان لم يوجد منه الوطء المطلق فيتصور في حقها ارتفاع المانع من وطء مثله فتصح خلوته وعليها العدة اما عنده فلا يشك لان الخلوة اذا صحت أقيمت مقام الوطء في حق تأكد المهر في حق العدة اولى لانه محتاط في ايجابها واما عندهما فقد ذكر الكرخي ان عليها العدة عندهما أيضا وقال أبو يوسف ان كان المحبوب ينزل فعليها العدة لان المحبوب قد يقذف بالماء فيوصل الى الرحم ويثبت نسب ولده فتجب العدة احتياطا فان جاءت بولد ما بينها وبين سنتين لزمه ووجب لها جميع الصداق لان الحكم بثبات النسب يكون حكما بالدخول فيتأكد المهر على قولها أيضا وان كان لا ينزل فلا عدة عليها فان جاءت بولد لا يقل ستة اشهر ثبت نسبه والا فلا ثبت كالمطلقة قبل الدخول وكالمعتدة اذا أقرت بانقضاء العدة وأما المانع الشرعي فهو ان يكون أحدهما صابغا صوم رمضان أو محرما بحجة فريضة أو قسلا أو بعمة أو تكون المرأة حائضا أو نفساء لان كل ذلك يحرم للوطء فكان مانعا من الوطء شرعا والحيض والنفساء يمنعان منه طبعيا أيضا لانهما اذى والطبع السليم ينفر عن استعمال الاذى وأما في غير صوم رمضان فقد روى بشر عن أبي يوسف ان صوم التطوع وقضاء رمضان والكفارات والنذور لا يمنع صحة الخلوة وذكر الحاكم الجليل في مختصره ان نفل الصوم كفرضه فصارت في المسئلة روايتان (وجهه) رواية المختصر ان صوم التطوع يحرم الفطر من غير عذر فصارت كحج التطوع وذا يمنع صحة الخلوة كذا هذا (وجهه) رواية بشر ان صوم غير رمضان مضمون بالقضاء لا غير فلم يكن قويا في معنى المنع بخلاف صوم رمضان فانه يجب فيه القضاء والكفارة وكذا حج التطوع فتوى المانع (وجهه) آخر من الفرق بين صوم التطوع وبين صوم رمضان ان تحريم الفطر في صوم التطوع من غير عذر غير مقطوع به لكونه محل الاجتهاد وكذا لزوم القضاء بالفطر فلم يكن مانعا بيقين وحرمة الافطار في صوم رمضان من غير عذر مقطوع بها وكذا لزوم القضاء فكان مانعا بيقين (وأما) المانع الطبيعي فهو ان يكون معهما ثالث لان الانسان يكره ان يجامع امرأته بحضرة ثالث ويستحي فينقبض عن الوطء بمشهد منه وسواء كان الثالث بصيرا أو أعمى يظن انهما بالغا أو صبيبا بعد أن كان عاقلا رجلا أو امرأة أجنبية أو منكوحته لان الاعمى ان كان لا يبصر فيحس والنائم يحتمل أن يستيقظ ساعة فساعة فينقبض الانسان عن الوطء مع حضوره والصبي العاقل بمنزلة الرجل يحتشم الانسان منه كما يحتشم من الرجل واذ لم يكن عاقلا فهو ملحق بالهائم لا يمنع الانسان عن الوطء لمكانه ولا يلتفت اليه والانسان يحتشم من المرأة الأجنبية ويستحي وكذا لا يحل لها النظر اليهما فينقبضان لمكانها واذا كان هناك منكوحه له أخرى أو تزوج امرأتين فحلبا فلها النظر اليهما فينقبض عنها وقد قالوا انه لا يحل لرجل أن يجامع امرأته بمشهد امرأة أخرى ولو كان الثالث جارية له فقد روى ان محمدا كان يقول ألا تصح خلوته ثم رجع وقال لا تصح (وجهه) قوله الاول ان الامة ليست لها حرمة الحرمة فلا يحتشم المولى منها ولذا يجوز لها النظر اليه فلا تمنعه عن الوطء (وجهه) قوله الاخير ان الامة ان كان يجوز لها النظر اليه لا يجوز لها النظر اليها فتنبض المرأة لذلك وكذا قالوا لا يحل له الوطء بمشهد منها كما لا يحل بمشهد امرأته الاخرى ولا خلوة في المسجد وال طريق والصحراء وعلى سطح لا حجاب عليه لان المسجد يجمع الناس للصلاة ولا يؤمن من الدخول عليه ساعة فساعة وكذا الوطء في المسجد حرام قال الله عز وجل ولا تبشروهن واتم عاكفون في المساجد وال طريق يمر الناس لا تخلو عنهم عادة وذلك يوجب الاحتياط فيمنع الوطء وكذا الصحراء والسطح من غير حجاب لان الانسان ينقبض عن الوطء في مثله لاحتمال ان يحصل هناك ثالث أو ينظر اليه أحد معلوم ذلك بالعادة ولو خلا بها في حجلة أو قبة فارخى الستر عليه فهو خلوة صحيحة لان ذلك في معنى البيت ولا خلوة في النكاح الفاسد لان الوطء فيه حرام فكان المانع الشرعي قائما ولان الخلوة ممايتأكد به المهر وتأكده بعد وجوبه يكون ولا يجب بالنكاح الفاسد شي فلا يتصور التأكد والله عز وجل أعلم ثم في كل موضع حمت الخلوة وتأكد المهر وجبت العدة

لان الخلوة الصحيحة لما أوجبت كمال المهر فلان توجب العدة أولى لان المهر خالص حق العبد وفي العدة حق الله تعالى
 فيحتاط فيها وفي كل موضع فسدت فيه الخلوة لا يجب كمال المهر وهل تجب العدة ينظر في ذلك ان كان الفساد لما نفع
 حقيق لا تجب لانه لا يتصور الوطء مع وجود المانع الحقيقي منه وان كان المانع شرعياً أو طبعياً تجب لان الوطء مع
 وجود هذا النوع من المانع ممكن فيهما في الوطء فتجب العدة عند الطلاق احتياطاً والله عز وجل الموفق وأما
 التأكد بموت أحد الزوجين فنقول لا خلاف في ان أحد الزوجين اذا مات حتف أمه قبل الدخول في نكاح فيه
 تسمية انه يتأكد المسمى سواء كانت المرأة حرة أو أمة لان المهر كان واجباً بالعقد والعقد لم يفسخ بالموت بل انتهى
 نهايته لانه عقد للعمر فنتهي نهايته عند انتهاء العمر واذا انتهى يتأكد في الماضي ويتقرر بمنزلة الصوم يتقرر بمجيء
 الليل فيتقرر الواجب ولان كل المهر لما وجب بنفس العقد صار ديناً عليه والموت لم يعرف مسقطاً للدين في أصول
 الشرع فلا يسقط شيء منه بالموت كسائر الديون وكذا اذا قتل أحدهما سواء كان قتله أجنبي أو قتل أحدهما صاحبه
 أو قتل الزوج نفسه فاما اذا قتلت المرأة نفسها فان كانت حرة لا يسقط عن الزوج شيء من المهر بل يتأكد المهر عندنا
 وعند زفر والشافعي يسقط المهر (وجهه) قولهما انها بالقتل فوتت على الزوج حقه في المبدل فيسقط حقها في
 المبدل كما اذا ارتدت قبل الدخول أو قبلت ابن زوجها أو أباه (ولنا) ان القتل انما يصير تهوياً للحق عند زهوق
 الروح لانه انما يصير قتلاً في حق المحل عند ذلك والمهر في تلك الحالة ملك الورثة فلا يحتمل السقوط بفعلها كما اذا قتلها
 زوجها أو أجنبي بخلاف الردة والتبديل لان المهر وقت التبديل والردة كان ملكها فاحتمل السقوط بفعلها كما اذا
 قتلها زوجها أو قتل المولى أمته سقط مهرها في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يسقط بل يتأكد (وجهه)
 قولهما ان الموت مؤكد للمهر وقد وجد الموت لان المقتول ميت باجسه فيتأكد بالموت كما اذا قتلها أجنبي أو قتلها
 زوجها كالحررة اذا قتلت نفسها ولان الموت انما أكد المهر لانه يشتهى به النكاح والشيء اذا انتهى نهايته يتقرر وهذا
 المعنى موجود في القتل لانه يشتهى به النكاح فيتقرر به المبدل وتقرر المبدل بوجوب تقرر المبدل ولا يبي حنيفة ان من له
 المبدل فوت المبدل على صاحبه وتقويت المبدل على صاحبه بوجوب سقوط المبدل كالبائع اذا أتلّف المبيع قبل
 القبض انه يسقط الثمن لما قلنا كذا هذا ولا شك انه وجد تقويت المبدل من يستحق المبدل لان المستحق للمبدل هو
 المولى وقد أخرج المبدل عن كونه مملوك كالزوج والدليل على ان هذا بوجوب سقوط المبدل ان الزوج لا يرضى بملك
 المبدل عليه بعد فوات المبدل عن ملكه فكان ايفاء المبدل عليه بعد زوال المبدل عن ملكه اضراً به والا صل في
 الضرر ان لا يكون فكان اقدام المولى على تهوئ المبدل عن ملك الزوج والحالة هذه اسقاطاً للمبدل دلالة فصار كالمولى
 أسقطه نصاً بالبراء بخلاف الحررة اذا قتلت نفسها لانها وقت فوات المبدل لم تكن مستحقة للمبدل لانتقاله
 الى الورثة على ما بينا والانسان لا يملك اسقاط حق غيره وهما بخلافه ولان المهر وقت فوات المبدل على الزوج
 ملك المولى وحقه والانسان يملك التصرف في ملك نفسه استيقاعاً واسقاطاً فكان محتملاً للسقوط بتقويت المبدل
 دلالة كما كان محتملاً للسقوط بالاسقاط نصاً بالبراء وهو الجواب عما اذا قتلها زوجها أو أجنبي لانه لا حق
 للاجنبي ولا للزوج في مهرها فلا يحتمل السقوط باسقاطهما ولهذا لا يحتمل السقوط باسقاطهما نصاً فكيف
 يحتمل السقوط من طريق الدلالة والدليل على التفرقة بين هذه القصول ان قتل الحررة نفسها لا يتعلق به حكم من
 أحكام الدنيا فصار كموته حتف أمه حتى قال أبو حنيفة ومحمد انها تفسل ويصلى عليها كالموات حتف أمه
 وقتل المولى أمته يتعلق به وجوب الكفارة وقتل الاجنبي اياها يتعلق به وجوب القصاص ان كان عمداً
 والدية والكفارة ان كان خطأ فلم يكن قتلها بمنزلة الموت هذا اذا قتلها المولى فاما اذا قتلت نفسها فمن أبي حنيفة فيه
 روايتان روى أبو يوسف عنه انه لا مهر لها وروى محمد عنه ان لها المهر وهو قولهما (وجهه) الرواية الاولى ان قتلها
 نفسها بمنزلة قتل المولى اياها بدليل ان جنايتها كجنايته في باب الضمان لانها مضمونة بمال المولى ولو قتلها المولى يسقط المهر

عنده فكذا اذا قتلت نفسها (وجه) الرواية الاخرى ان البدل حق المولى وملسكه فتفويت المبدل منها لا يوجب بطلان حق المولى بخلاف جناية المولى والدليل على الفرق بين الجنيتين ان جنائنها على نفسها هدر بدليل انه لا يتعلق بها حكم من أحكام الدنيا فالتحقق بالعدم وصارت كأنها ماتت حتفت أنفها بخلاف جناية المولى عليها فانها مضمونة بالكفارة وهي من أحكام الدنيا فكانت جنائنه عليها معتيرة فلا تجمل بمنزلة الموت والله عز وجل الموفق واذا تأكد المهر باحد المعاني التي ذكرناها لا يسقط بعد ذلك وان كانت الفرقة من قبلها لان البدل بعد تأكده لا يحتمل السقوط الا بالابراء كالثمن اذا تأكد قبض المبيع واما اذا مات أحد الزوجين في نكاح لا تسمية فيه فانه يتأكد مهر المثل عند أصحابنا وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وعن علي رضي الله عنه ان لها المتعة وبه أخذ الشافعي الا انه قال متعتها ما استحققت من الميراث لا غير احصح من قال بوجوب المتعة بقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفضوهن فرضة ومتعهن وقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات الى قولهم عز وجل فتعوهن أمر سبحانه وتعالى بالمتعة من غير فصل بين حال الموت وغيرها والنص وان ورد في الطلاق لكنه يكون واردا في الموت ألا ترى ان النص ورد في صريح الطلاق ثم ثبت حكمه في الكنايات من الابانة والتسريح والتحریم ونحو ذلك كذا ههنا (ولنا) ما روينا عن معقل بن سنان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في روع بنت واشق وقدمات عنهاز وجهها قبل ان يدخل بها بمهر المثل ولان المعنى الذي له وجب كل المسمى بعد موت أحد الزوجين في نكاح فيه تسمية موجود في نكاح لا تسمية فيه وهو ما ذكرنا فيما تقدم ولا حجة له في الآية لان فيها ايجاب المتعة في الطلاق لا في الموت فن ادعى الحاق الموت بالطلاق فلا بد له من دليل آخر

﴿فصل﴾ واما بيان ما يسقط به كل المهر فالمهر كله يسقط باسباب أربعة منها الفرقة بغير طلاق قبل الدخول بالمرأة وقبل الخلوة بها فكل فرقة حصلت بغير طلاق قبل الدخول وقبل الخلوة تسقط جميع المهر سواء كانت من قبل المرأة أو من قبل الزوج وانما كان كذلك لان الفرقة بغير طلاق تكون فسحا للمقدوفسخ العقد قبل الدخول بوجوب سقوط كل المهر لان فسح العقد رفعه من الاصل وجعله كأن لم يكن وسنبين الفرقة التي تكون بغير طلاق والتي تكون بطلاق ان شاء الله تعالى في موضعها ومنها الابراء عن كل المهر قبل الدخول وبعده اذا كان المهر دينان لان الابراء اسقاط ولا اسقاط ممن هو من أهل الاسقاط في محل قابل للسقوط بوجوب السقوط ومنها الخلع على المهر قبل الدخول وبعده ثم ان كان المهر غير مقبوض سقط عن الزوج وان كان مقبوضا ردت على الزوج وان كان خالها على مال سوى المهر يلزمها ذلك المال ويرأ الزوج عن كل حق وجب لها عليه بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية في قول أبي حنيفة لان الخلع وان كان طلاقا بموضع عندنا لكن فيه معنى البراءة لما ذكره ان شاء الله تعالى في مسألة الخالعة والمبارأة في كتاب الطلاق في بيان حكم الخلع وعمله ان شاء الله تعالى ومنها هبة كل المهر قبل القبض عينا كان أو ديناً وبعده اذا كان عينا وجملة الكلام في هبة المهر ان المهر لا يخلو اما ان يكون عينا وهو ان يكون معيناً مشاراً اليه مما يصح تعيينه واما ان يكون ديناً وهو ان يكون في الذمة كالدرهم والدنانير معينة كانت أو غير معينة والمكيلات والموزونات في الذمة والحيوان في الذمة كالبدن والفرس والعرض في الذمة كالثوب والمهر وى والحال لا يخلو اما ان يكون قبل القبض واما ان يكون بعد القبض وهبت كل المهر أو بعضه فان وهبت كل المهر قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول بها فلا شيء له عليها سواء كان المهر عينا أو ديناً في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع عليها بنصف المهر ان كان ديناً وبه أخذ الشافعي (وجه) قول زفر انها بالهبة تصرف في المهر بالاسقاط واسقاط الدين استهلاك والاستهلاك يتضمن القبض فصار كأنها قبضت ثم وهبت ولنا ان الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل القبض عاد اليه من جهتها بسبب لا يوجب الضمان لانه يستحق نصف المهر فقد عاد اليه بالهبة

والهبة لا توجب الضمان فلا يكون له حق الرجوع عليها بالنصف كالنصف الآخر وان وهبت بعد القبض فان كان الموهوب عيناً فقبضه ثم وهبه منها لم يرجع عليها بشئ لأن ما استحقه بالطلاق قبل الدخول هو نصف الموهوب بعينه وقد رجع اليه بعقد لا يوجب الضمان فلم يكن له الرجوع عليها وان كانت ديناً في الذمة فان كان حيواناً أو عرضاً فكذلك لا يرجع عليها بشئ لأن الذي تستحقه بالطلاق قبل الدخول نصف ذلك الشئ بعينه من العبد والثوب فصار كأنه تعين بالعقد وان كان دراهم أو دنانير معينة أو غير معينة أو مكيلاً أو موزناً أو سواها من الدراهم والدنانير فقبضته ثم وهبته منه ثم طلقها يرجع عليها بمثل نصفه لأن المستحق بالطلاق ليس هو الذي وهبته بعينه بل مثله بدليل انها كانت مخيرة في الدفع ان شاءت دفعت ذلك بعينه وان شاءت دفعت مثله كما كان الزوج مخيراً في الدفع اليها بالعقد فلم يكن العائد اليه عين ما استحقه بالطلاق قبل الدخول فصار كأنها وهبت مالا آخر ولو كان كذلك لرجع عليها بمثل نصف الصداق كذا هذا وقال زفر في الدراهم والدنانير اذا كانت معينة فقبضتها ثم وهبها ثم طلقها انه لا رجوع للزوج عليها بشئ بناء على ان الدراهم والدنانير عنده تعين بالعقد فتعين بالقسح أيضاً كالعرض وعندنا لا تعين بالعقد فلا تعين بالقسح والمسئلة ستأتي في كتاب البيوع وكذلك اذا كان المهر ديناً فقبضت الكل ثم وهبت البعض فالزوج ان يرجع عليها بنصف المقبوض لأن له ان يرجع عليها اذا وهبت الكل فاذا وهبت البعض أولى واذا قبضت النصف ثم وهبت النصف الباقي أو وهبت الكل ثم طلقها قبل الدخول بها قال أبو حنيفة لا يرجع الزوج عليها بشئ وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليها ربع المهر (وجهه) قوله ان المستحق للزوج بالطلاق قبل الدخول نصف المهر فاذا قبضت النصف دون النصف فقد استحق النصف مشاعاً في ذمته وفيما قبضت فكان نصف النصف وهو ربع الكل في ذمته ونصف النصف فيما قبضت الا انها اذا لم تكن وهبته حتى طلقها لم يرجع عليها بشئ لانه صار مافي ذمته قصاصاً بما له عليها فاذا وهبت بقى حقه في نصف مافي يدها وهو اربع فيرجع عليها بذلك ولا يحنيفة ان الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول مافي ذمته بدليل انها لو لم تكن وهبت وطلقها لم يرجع عليها بشئ وقد عاد اليه ما كان في ذمته بسبب لا يوجب الضمان وهو الهبة فلا يكون له الرجوع بشئ ولو كان المهر جارية فولدت بعد القبض أوجني عليها فوجب الاطرش أو كان شجرافاً ثم ادخله عيباً ثم وهبته منه ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف القيمة لأن حق الزوج ينقطع عن العين بهذه العوارض بدليل انه لا يجوز له أخذها مع الزيادة واذا كان حقه منقطعاً عنها لم يعد اليه بالهبة ما استحقه بالطلاق فكان له قيمتها واذا حدث به عيب فالحق وان لم ينقطع عن العين به لكن يجوز له تركه مع العيب فلم يكن الحق متعلقاً بالعين على سبيل اللزوم ولم يكن الواصل الى الزوج عين ما يستحقه بالطلاق ولو كانت الزيادة في بدنها فوهبته له ثم طلقها كان له ان يضمها في قول أبي يوسف وأبي حنيفة خلافاً لمحمد بناء على ان الزيادة المتصلة لا تمنع التنصيف عندهما وعندنا تمنع واذا باعته المهر أو وهبته على عوض ثم طلقها رجع عليها بمثل نصفه فيما لم يمتثل ونصف القيمة فيما لا يمتثل له لأن المهر عاد الى الزوج بسبب يتعلق به الضمان فوجب له الرجوع واذا ثبت له الرجوع ضمها كالمال باعته من أجنبي ثم اشتراه الزوج من الأجنبي ثم ان كانت باعته قبل القبض فعليها نصف القيمة يوم البيع لانه دخل في ضمانها بالبيع وان كانت قبضت ثم باعته فعليها نصف القيمة يوم القبض لانه دخل في ضمانها بالقبض والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان ما يسقط به نصف المهر فما يسقط به نصف المهر نوعان نوع يسقط به نصف المهر صورة ومعنى ونوع يسقط به نصف المهر معنى والكل صورة اما النوع الاول فهو الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية المهر والمهر دين لم يقبض بعد وجملة الكلام فيه ان الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية قد يسقط به عن الزوج نصف المهر وقد يعود به اليه النصف وقد يكون له به مثل النصف صورة ومعنى أو معنى لا صورة وبيان هذه الجملة ان المهر المنسحب اما ان يكون ديناً واما ان يكون عيناً وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون مقبوضاً واما ان يكون غير

مقبوض فان كان ديناً فلم يقبضه حتى طلقها قبل الدخول بها سقط نصف المسمى بالطلاق وبقى النصف هذا طريق عامة المشايخ وقال بعضهم ان الطلاق قبل الدخول يسقط جميع المسمى وانما يجب نصف آخر ابتداء على طريقة المتعة لا بالعقد الا ان هذه المتعة مقدرة بنصف المسمى والمتعة في الطلاق قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه غير مقدرة بنصف مهر المثل والى هذا الطريق ذهب الكرخي والرازي وكذا روى عن ابراهيم النخعي انه قال في الذي طلق قبل الدخول وقد سمي لها ان نصف المهر وذلك متعتها واحتجوا بقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فالكتم عليهن من عدة تعتدونها فتموهن وسرحوهن اوجب الله تعالى المتعة في الطلاق قبل الدخول من غير فصل بين ما اذا كان في النكاح تسمية أو لم يكن إلا ان هذه المتعة قدرت بنصف المسمى بدليل آخر وهو قوله عز وجل فنصف ما فرضتم ولان النكاح افسخ بالطلاق قبل الدخول لان المعقود عليه عادسلياً الى المرأة وسلامة المبدل لاحد المتعاقدين يقتضى سلامة المبدل للآخر كما في الاقالة في باب البيع قبل القبض وهذا لان المبدل اذا عادسلياً الى المرأة فلم تسلم البدل الى الزوج لاجتمع البدل والمبدل في ملك واحد في عقد المأوضة وهذا لا يجوز ولهذا المعنى سقط الثمن عن المشتري بالاقالة قبل القبض كذا المهر ولعامة المشايخ قوله عز وجل وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم اوجب سبحانه وتعالى نصف المقر وض فاجاب بنصف آخر على طريق المتعة ايجاب ما ليس بفروض وهذا خلاف النص ولان الطلاق تصرف في الملك بالابطال وضماً لانه موضوع لرفع القيد وهو الملك فكان تصرفاً في الملك ثم اذا بطل الملك لا يبقى النكاح في المستقبل وينتهى لعدم فائدة البقاء ويتقرر فيما مضى بمنزلة الاعتاق لانه إسقاط الملك فيكون تصرفاً في الملك ثم السبب ينتهي في المستقبل لعدم فائدة البقاء ويتقرر فيما مضى كذا الطلاق وكان ينبغي ان لا يسقط شيء من المهر كما لا يسقط بالموت الا ان سقوط النصف ثبت بدليل ولان المهر يجب باحداث ملك المتعة جبراً للذلل بالقدر الممكن وبالطلاق لا يتبين ان الملك لم يكن الا انه سقط بالنص وأما النص فقد قيل انه منسوخ بالنص الذي في سورة البقرة وهو قوله عز وجل وان طلقتموهن الآية أو يحمل الامر بالتمتع على التدب والاستحباب أو يحمل على الطلاق في نكاح لا تسمية فيه عملاً بالدلائل وقولهم الطلاق فسخ النكاح ممنوع بل هو تصرف في الملك بالقطع والابطال فيظهر أثره في المستقبل كالاعتاق وبه تبين ان المعقود عليه ما عاد الى المرأة لان المعقود عليه هو ملك المتعة وانه لا يعود الى المرأة بل يبطل ملك الزوج عن المتعة بالطلاق ويصير لها في المستقبل الا ان يعود أو يقال ان الطلاق قبل الدخول يشبه الفسخ لما قالوا ويشبه الابطال لما قلنا وشبهه الفسخ يقتضى سقوط كل البدل كما في الاقالة قبل القبض وشبهه الابطال يقتضى ان لا يسقط شيء من البدل كما في الاعتاق قبل القبض فيتنصف توفير الحكم على الشبهين عملاً بهما بقدر الامكان والدليل على صحة هذا الطريق ما ظهر من القول عن أصحابنا فيمن تزوج امرأة على خمس من الابل السائمة وسلمها الى المرأة فخال عليها الحول ثم طلقها قبل الدخول بها انه يسقط عنها نصف الزكاة ولو سقط المسمى كله ثم وجب نصفه بسبب آخر لسقط كل الزكاة ولان القول بسقوط كل المهر ثم وجب نصفه غير مفيد والشرع لا يرد عملاً فائدة فيه والله عز وجل أعلم ولو شرط مع المسمى الذي هو مال ما ليس بمال بان تزوجها على الف درهم وعلى ان يطلق امرأته الاخرى أو على ان لا يخرجها من بلدها ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى وسقط الشرط لان هذا شرط اذا لم يقع الوفاء به يجب تمام مهر المثل ومهر المثل لا يثبت في الطلاق قبل الدخول فسقط اعتباره فلم يبق الا المسمى فيتنصف وكذلك ان شرط مع المسمى شيئاً مجهولاً كما اذا تزوجها على الف درهم وكرامتها أو على الف درهم وان يهدي اليها هدية ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى لانه اذا لم يهدى بالكرامة والهدية يجب تمام مهر المثل ومهر المثل لا مدخل له في الطلاق قبل الدخول فسقط اعتباره هذا الشرط وكذلك لو تزوجها على الف أو على الفين حتى وجب مهر المثل في قول أبي حنيفة وفي قولهما الاقل ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الف بالاجماع

أما عند أبي حنيفة فلا أن الواجب هو مهر المثل وأنه لا يثبت في الطلاق قبل الدخول وأما عندهما فلا أن الواجب هو الأقل فيتنصف وكذلك لو تزوجها على ألف إن لم يكن له امرأه وعلى الفين إن كانت له امرأة حتى فسد الشرط التالي عند أبي حنيفة فطلقها قبل الدخول فلها نصف الأقل لما قلنا وعندهما الشرطان جائزان فإيهما وجد فلها نصف ذلك بالطلاق قبل الدخول ولو تزوجها على أقل من عشرة ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف ما سمى وتما خمس دراهم لأن تسمية ما دون العشرة تسمية للعشرة عندنا فكانه تزوجها على ذلك الشيء وتما عشرة دراهم وإن كان قد قبضته فإن كان دراهم أو دنانير معينة أو غير معينة أو كان مكيلًا أو موزونًا في الذمة فقبضته وهو قائم في يدها فطلقها فعليها نصف المقبوض وليس عليها رد عين ما قبضت لأن عين المقبوض لم يكن واجبا بالعقد فلا يكن واجبا بالفسخ وأما على أصل زفر الدرام والدنانير تمين بالعقد فتعين بالفسخ فعليها رد نصف عين المقبوض إن كان قائمًا وإن كان عبدًا أو سطرًا أو ثوبًا أو سطرًا فسامه إليها ثم طلقها قبل الدخول بها فعليها رد نصف المقبوض لأن العبد لا مثل له والأصل فيما لا مثل له أنه لا يجب في الذمة إلا أنه وجب الوسيط منه في الذمة وتحملت الجاهلية فيه لما ذكرنا فيما تقدم فاذا تعين بالقبض كان إيجاب نصف العين أعدل من إيجاب المثل أو القيمة فوجب عليها رد نصف عين المقبوض كالألو كان معينًا فقبضته ولا يملكه الزوج بنفس الطلاق لما ذكرنا وهذا إذا كان المهر دينًا فقبضته أو لم تقبضه حتى ورد الطلاق قبل الدخول فاما إذا كان عينًا بان كان معينًا مضافًا إليه مما يحتمل التمين كالعبد والجارية وسائر الأعيان فلا يخلو أمان كان بحاله لم يزد ولم ينقص وأما إن زاد أو نقص فإن كان بحاله لم يزد ولم ينقص فإن كان غير مقبوض فطلقها قبل الدخول بها عاد الملك في النصف إليه بنفس الطلاق ولا يحتاج للعود إليه إلى الفسخ والتسليم منها حتى لو كان المهر أمة فاعتقها الزوج قبل الفسخ والتسليم بنفذ اعتاقه في نصفها بلا خلاف وإن كان مقبوضًا لا يعود الملك في النصف إليه بنفس الطلاق ولا يفسخ ملكها في النصف حتى يفسخه الحاكم أو تسلمه المرأة وذلك في الزيارات وزاد عليه الفسخ من الزوج وهو أن يقول قد فسخت هذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يفسخ ملكها في النصف بنفس الطلاق وهو قول زفر حتى لو كان المهر أمة فاعتقها قبل الفسخ والتسليم جاز اعتاقها في جميعها ولا يجوز اعتاق الزوج فيها وعلى قول أبي يوسف لا يجوز اعتاقها إلا في النصف ويجوز اعتاق الزوج في نصفها (وجه) قول أبي يوسف أن الموجب للعود هو الطلاق وقد وجد في مذهب مالك الزوج كالبائع إذا فسخ قبل القبض أنه يعود ملك البائع بنفس الفسخ كذا هذا وجه قولهما أن العقد وانفسخ بالطلاق فقد بقي القبض بالتسليط الحاصل بالعقد وأنه من أسباب الملك عندنا فكان سبب الملك قائمًا فكان الملك قائمًا فلا يزول إلا بالفسخ من القاضي لأنه فسخ سبب الملك أو بتسليمها لأن تسليمها نقض للقبض حقيقة أو بفسخ الزوج على رواية الزيارات لأنه بمنزلة المقبوض بحكم عقد فاسد وكل واحد من العاقلين سبيل من فسخ عقد البيع الفاسد وصار كما لو اشترى عبدًا بجارية فقبض العبد ولم يسلم الجارية حتى هلكت الجارية في يده أنه ينفسخ العقد في الجارية ويبقى الملك في العبد المقبوض إلى أن يسترد، كأنه مقبوض بحكم عقد فاسد كذا هذا ولأن المهر بدل يملك بالعقد ملكًا مطلقًا فلا ينفسخ الملك فيه بفعل أحد العاقلين كالثمن في باب البيع بخلاف ما قبل القبض لأن غير المقبوض ليس بمملوك ملكًا مطلقًا هذا إذا كان المهر بحاله لم يزد ولم ينقص فاما إذا زاد فالز يادة لا تخلو أما إن كانت في المهر أو على المهر فإن كانت على المهر بان سمي الزوج لها القائم زادها بعد العقد مائة ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الألف وبطلت الز يادة في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أن لها نصف الألف ونصف الز يادة أيضًا (وجه) رواية أبي يوسف قوله عز وجل وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم والز يادة مفروضة فيجب تنصيفها في الطلاق قبل الدخول ولأن الز يادة تتحقق بأصل العقد على أصل أصحابنا كالز يادة في الثمن في باب البيع ويجعل كان العقد ورد على الأصل والز يادة جميعًا فيتنصف بالطلاق قبل الدخول كالأصل وجه ظاهر الرواية إن هذا الز يادة لم تكن مساواة في العقد حقيقة وما لم يكن مسمى في العقد فورود

الطلاق قبل الدخول يبطله كهر المثل وأما قوله الزيادة تلتحق بأصل العقد قلنا الزيادة على المهر لا تلتحق بأصل العقد لأنها وجدت متأخرة عن العقد حقيقة والحاق المتأخر عن العقد بالعقد خلاف الحقيقة فلا يصار إليه إلا الحاجة والحاجة إلى ذلك في باب البيع لكونه عقد معاينة ومبادلة المال بالمال فتقع الحاجة إلى الزيادة دفعا للخسران وليس النكاح عقد معاينة ولا مبادلة المال بالمال ولا يحتز به عن الخسران فلا ضرورة إلى تغيير الحقيقة وأما النص فالمراد منه القرض في العقد لأنه هو المتعارف فينصرف المطلق إليه والدليل عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم فدل أن الزيادة ليست بفرصة وإن كانت في المهر فالمهر لا يخلو إما أن يكون في بدال زوج وإما أن يكون في بدال المرأة فإن كان في بدال زوج فالزيادة لا تخلو إما أن كانت متصلة بالأصل وإما أن كانت منفصلة عنه والمتصلة لا تخلو من أن تكون متولدة من الأصل كالسمن والكبر والجمال والبصر والسمع والنطق كأنجلأ بياض العين وزوال الخرس والصمم والشجر إذا أثمر والارض إذا زرع أو غير متولدة منه كالثوب إذا صبغ والارض إذا بنى فيها بناء وكذا المنفصلة لا تخلو. وإما أن كانت متولدة من الأصل كالولد والوبر والصوف إذا جزوا الشعر إذا أزيل والتمر إذا جدد والزرع إذا حصد أو كاشت في حكم المتولدة منه كالارث والعقر وإما أن كانت غير متولدة منه ولا في حكم المتولدة كالهبة والكسب فإن كانت الزيادة متولدة من الأصل أو في حكم المتولدة فهي مهر سواء كانت متصلة بالأصل أو منفصلة عنه حتى لو طلقتها قبل الدخول بها يتنصف الأصل والزيادة جميعا بالاجماع لأن الزيادة تابعة للأصل لكونها نعمة الأصل والارث بدل جزء هو مهر فليقوم مقامه والعقر بدل ما هو في حكم الجزء فكان بمنزلة المتولد من المهر فاذا حدث قبل القبض والقبض شبه بالعقد فكان وجودها عند القبض كوجودها عند العقد فكانت محللا للفسخ وإن كانت غير متولدة من الأصل فإن كانت متصلة بالأصل فإنها تمنع التنصيف وعليها نصف قيمة الأصل لأن هذه الزيادة ليست بمهر لا مقصودا ولا تبعاً لأنها لم تولد من المهر فلا تكون مهرأ فلا تنصف ولا يمكن تنصيف الأصل بدون تنصيف الزيادة فامتنع التنصيف فيجب عليها نصف قيمة الأصل يوم الزيادة لأنها بالزيادة صارت قابضة للأصل فتعتبر قيمته يوم حكم القبض وإن كانت منفصلة عن الأصل فالزيادة ليست بمهر وهي كلها للمرأة في قول أبي حنيفة ولا تنصف ويتنصف الأصل وعند أبي يوسف ومحمد مهر فتتنصف مع الأصل (وجه) قولهما أن هذه الزيادة تملك بالأصل فكانت تابعة للأصل فتتنصف مع الأصل كالزيادة المتصلة والمنفصلة المتولدة من الأصل كالسمن والولد ولا يحنيفة أن هذه الزيادة ليست بمهر لا مقصودا ولا تبعاً إمام مقصوداً فظاهر لأن العقد ما ورد عليها مقصوداً وكذا هي غير مقصودة بملك الجارية لأنه لا يقصد بملك الجارية الهبة لها وأما تبعاً فلأنها ليست بمتولدة من الأصل فدل أنها ليست بمهر لا مقصوداً ولا تبعاً وإنما هي مال المرأة فاشبهت سائر أموالها بخلاف الزيادة المتصلة المتولدة والمنفصلة المتولدة لأنها نعمة المهر فكانت جزءاً من أجره فتتنصف كما يتنصف الأصل ولو أجر الزوج المهر بغير إذن المرأة فالأجرة له لأن المنافع ليست بأموال متقومة بأنفسها عندنا وإنما تأخذ حكم المالية والتقوم بالعقد والعقد صدر من الزوج فكانت الأجرة له كالمأصبا إذا أجر المفعوب ويتصدق بالأجرة لأنها مال حصل بسبب محظور وهو التصرف في ملك الغير بغير إذنه فيتمكن فيه الخبث فكان سبيله التصديق بهذا إذا كان المهر في بدال زوج فحدثت فيه الزيادة فاما إذا كان في بدال المرأة أي قبل القرعة فإن كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل فإنها تمنع التنصيف في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وللزوج عليها نصف القيمة يوم سلمه إليها وقال محمد لا تمنع ويتنصف الأصل مع الزيادة واحتج بقوله تعالى وإن طلقتن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم جعل سبحانه وتعالى في الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه فرض نصف المفروض فمن جعل فيه نصف قيمة المفروض فقد خالف النص وأوجب تنصيف أصل المفروض ولا يمكن تنصيفه إلا بتنصيف الزيادة فيجب تنصيف الزيادة ضرورة ولأن هذه الزيادة

تابعة للاصل من كل وجه لانها قائمة به والاصل مهر فكذلك الزيادة بخلاف الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل لانها ليست بتابعة محضة لان الولد بالا فصال صار أصلاً بنفسه فلم يكن مهر أو بخلاف الزيادة المتصلة في الهبة انها تمنع من الرجوع والاسترداد لان حق الرجوع في الهبة ليس بثابت بيقين لكونه محل الاجتهاد فلا يمكن الحاق الزيادة بحالة العقد فتعذر ايراد الفسخ عليها فيمنع الرجوع وجه قولهما أن هذه الزيادة لم تكن موجودة عند العقد ولا عند ماله شبهة بالعقد وهو القبض فلا يكون لها حكم المهر فلا يمكن فسخ العقد فيها بالطلاق قبل الدخول لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه العقد والعقد لم يرد عليه أصلاً فلا يرد عليه الفسخ كالزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل ولانه لو نقض العقد فاما ان يرد نصف الاصل مع نصف الزيادة أو بدون الزيادة لا سبيل الى الثاني لانه لا يتصور رد الاصل بدون رد الزيادة المتصلة ولا سبيل الى الاول لانه يؤدي الى الراباها اذا لم تكن محل الفسخ لعدم ورود العقد عليها كان أخذ الزيادة منها أخذ مال بلا عوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الراباوي يجب نصف قيمة المفروض لا نصف المفروض لان المفروض صار بمنزلة المالك وأما الآية الكريمة فلا حجة له فيها لان مطلق المفروض ينصرف الى المفروض المتعارف وهو الاثمان دون السلع والاثمان لا تحتمل الزيادة والنقصان وعلى هذا الاختلاف الزيادة المتصلة في البيع اذا اختلفا انها تمنع التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا تمنع ولو هلكت هذه الزيادة في يد الزوج ثم طلقها فلها نصف الاصل لان المانع من التنصيف قد ارتفع وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل فانها تمنع التنصيف وعليها نصف قيمة الاصل لما بينا فيما تقدم وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فانها تمنع التنصيف في قول أصحابنا الثلاثة وعليها رد نصف قيمة الاصل الى الزوج وقال زفر لا تمنع ويتنصف الاصل مع الزيادة وان كانت منفصلة غير متولدة من الاصل ففيها خاصة والاصل بينهما نصفان بالاجماع (وجه) قول زفر ان الزيادة تابعة للاصل لانها متولدة منه فتتنصف مع الاصل كالزيادة الحادثة قبل القبض (ولنا) أن هذه الزيادة لم تكن عند العقد ولا عند القبض فلم تكن مهر أو الفسخ انما يرد على ماله حكم المهر فلا تنصف وتبقى على ملك المرأة كما كانت قبل الطلاق ولا يمكن تنصيف الاصل بدون الزيادة وهو رد نصف الجارية بدون الولد لانها لا يصير لها فضل أصل فسخ العقد فيه ما لم يكن لها ذلك والاصل أن لا تبدل من غير بدل وذلك وصف الرابا وانه حرام فاذا تم رد نصف المفروض لمكان الرابا يجعل المفروض كالمالك لانه في حق كونه معجوز التسليم الى الزوج بمنزلة المالك فيجب نصف القيمة لزول معنى الرابا والله عز وجل أعلم وكذلك لو ارتدت أو قبلت ابن زوجها قبل الدخول بها بعد ما حدثت الزيادة في يد المرأة فذلك كله لها وعليها رد قيمة الاصل يوم قبضت كذا ذكر أبو يوسف في الاصل وهو قول محمد وروى عن أبي يوسف انها ترد الاصل والزيادة ففرق بين الردة والتقيل وبين الطلاق فقال في الطلاق ترد نصف قيمة الاصل وفي الردة والتقيل ترد الاصل والزيادة جميعاً (وجه) الفرق أن الردة والتقيل فسخ العقد من الاصل وجعل اياه كان لم يكن فصارت كمن باع عبداً بحرية وقبض الجارية ولم يدفع العبد حتى ولدت ثم مات العبد قبل أن يدفعه أنه يأخذ الجارية وتولد لها ففسخ العقد من الاصل بموت العبد في يد بائه كذا هذا بخلاف الطلاق فانه اطلاق وحل العقد وليس بفسخ فينحل العقد وتطلق أو يرتفع من حين الطلاق لا من الاصل (وجه) ظاهر الرواية أن المعقود عليه في الفصلين جميعاً أعني الطلاق والردة يعود سلباً الى المرأة كما كان الا ان الطلاق قبل الدخول طلاق من وجه وفسخ من وجه فأوجب عود نصف البدل عملاً بالشهين والردة والتقيل كل واحد منهما فسخ من كل وجه فيوجب عود الكل الى الزوج هذا كله اذا حدثت الزيادة قبل الطلاق فاما اذا حدثت بعد الطلاق بأن طلقها ثم حدثت الزيادة فلا يخلو اما ان حدثت بعد القضاء بالنصف للزوج واما ان حدثت قبل القضاء وكل ذلك قبل القبض أو بعده فان حدثت قبل القبض فالاصل والزيادة بينهما نصفان سواء وجد القضاء أو لم يوجد لانه كما وجد الطلاق عاد نصف المهر الى الزوج بنفس الطلاق وصار بينهما نصفين فالزيادة حدثت على

ملكهما فتكون بينهما وان حدثت بعد القبض فان كانت بعد القضاء بالنصف للزوج فكذلك الجواب لانه لا
 قضى به فقد عان نصف المهر الى الزوج فحصلت الزيادة على المالكين فكانت بينهما وان كان قبل القضاء بالنصف
 للزوج فالمهر في بداهة كالمقبوض بمقد فاسد لان الملك كان لها وقد فسخ ملكها في النصف بالطلاق حتى لو كان
 المهر عدا فاعتقه بعد الطلاق قبل القضاء بالنصف للزوج جازا اعتاقها ولو اعتهه الزوج لا ينفذ وان قضى القاضي له بعد
 ذلك كالبائع اذا اعتق العبد المبيع بيما فاسداً انه لا ينفذ عتقه وان رد عليه بعد ذلك كذاهنا هذا الذي ذكرنا حكم
 الزيادة (واما) حكم النقصان فحدث النقصان في المهر لا يخلو اما ان يكون في بد الزوج واما ان يكون في بد المرأة فان كان
 في بد الزوج فلا يخلو من خمسة اوجه اما ان يكون بفعل اجنبي واما ان يكون باقصة سواية واما ان يكون بفعل الزوج
 واما ان يكون بفعل المهر واما ان يكون بفعل المرأة وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون قبل قبض المهر أو بعده والنقصان
 فاحش أو غير فاحش فان كان النقصان بفعل اجنبي وهو فاحش قبل القبض فالمرأة بالخيار ان شاءت أخذت
 العبد الناقص واتبعت الجاني بالارش وان شاءت تركت وأخذت من الزوج قيمة العبد يوم العقد ثم يرجع الزوج
 على الاجنبي بضمان النقصان وهو الارش اما ثبت الخيار فلان المقود عليه وهو المهر قد تغير قبل القبض لانه صار
 بعضه قيمة و يعتبر المقود عليه قبل القبض فوجب الخيار كتغير المبيع قبل القبض فان اختارت أخذ العبد اتبعت
 الجاني بالارش لان الجنابة حصلت على ملكها وان اختارت أخذ القيمة اتبعت الزوج الجاني بالارش لانه يملك العين
 باداء الضمان مقام المرأة فكان الارش له وليس لها ان تأخذ العبد ناقصاً وتضمن الزوج الارش لانها اختارت
 أخذه فقد أبرأت الزوج من ضمانه وان كان النقصان باقصة سواية فالمرأة بالخيار ان شاءت أخذته ناقصاً ولا شيء لها
 غير ذلك وان شاءت تركته وأخذت قيمته يوم العقد لان المهر مضمون على الزوج بالعقد والوصاف لا تضمن
 بالعقد لعدم ورود العقد عليها موصوفاً فلا يظهر الضمان في حقها وانما يظهر في حق الاصل لورود العقد عليه وانما
 ثبت لها الخيار لتغير المقود عليه وهو المهر عما كان عليه وهذا ثبت الخيار كالمبيع اذا انتقص في يد البائع انه يتخير
 المشتري فيه كذا هذا وان كان النقصان بفعل الزوج ذكر في ظاهر الرواية ان المرأة بالخيار ان شاءت أخذته ناقصاً
 وأخذت معمارش النقصان وان شاءت أخذت قيمته يوم العقد كذا ذكر في ظاهر الرواية و الفرق بين هذا وبين
 البائع اذا جنى على المبيع قبل القبض وروى عن أبي حنيفة ان الزوج اذا جنى على المهر ففي الخيار ان شاءت أخذته
 ناقصاً ولا شيء لها غير ذلك وان شاءت أخذت القيمة وسوى بينه وبين المبيع (ووجه) التسوية بينهما ان المهر
 مضمون على الزوج بالنكاح لم يستقر ملكها فيه كالمبيع في يد البائع ثم الحكم في البيع هذا كذا في النكاح (ووجه)
 الفرق في ظاهر الرواية ان الاوصاف وهي الاتباع ان كانت لا تضمن بالعقد فانها تضمن بالانلاف لانها تصير
 مقصودة بالانلاف فتصير مضمونة الا ان المبيع لا يمكن جملة مضموناً بالقيمة لانه مضمون بضمان آخر وهو الثمن
 والحل الواحد لا يكون مضموناً بضمانين والمهر غير مضمون على الزوج بملك النكاح بل بالقيمة ألا ترى انه لو أُلِف
 المهر لا يبطل ملك النكاح ولكن تجب عليه القيمة فكذا اذا أُلِف الجزء وان كان النقصان بفعل المهر بأن جنى المهر
 على نفسه فغير روايتان في رواية حكم هذا النقصان ما هو حكم النقصان باقصة سواية لان جنابة الانسان على
 نفسه هدر فالتحقت بعدم فكانت كالأقصة السواية وفي رواية حكمه حكم جنابة الزوج لان المهر مضمون
 في يد الضامن وهو الزوج وجنابة المضمون في يد الضامن كجنابة الضامن كالعبد المضمون اذا جنى على نفسه
 في يد الغاصب وان كان النقصان بفعل المرأة فقد صارت قابضة بالجنابة فجعل كان النقصان حصل في بداهة
 كالمشتري اذا جنى على المبيع في يد البائع انه يصير قابضاً كذاهنا هذا اذا كان النقصان فاحشاً فاما اذا كان سيراً
 فلا خيار لها كما اذا كان هذا الميب به يوم العقد ثم ان كان هذا النقصان باقصة سواية أو بفعل المرأة أو بفعل
 المهر فلا شيء لها وان كان بفعل الاجنبي تتبعه بنصف النقصان وكذا ان كان بفعل الزوج هذا اذا حدث النقصان

في يد الزوج فاما اذا حدث في يد المرأة فهذا أيضا لا يخلو من الاقسام التي وصفناها فان حدث بفعل أجنبي وهو فاحش قبل الطلاق فالارش لها فان طلقها الزوج فله نصف القيمة يوم قبضت ولا سبيل له على المين لان الارش بمنزلة الولد فيمنع التنصيف كالولد وان كانت جناية الاجنبي عليه بعد الطلاق فللزوجة نصف العبد وهو بالخيار في الارش ان شاء أخذ نصفه من المرأة واعتبرت القيمة يوم القبض وان شاء اتبع الجاني وأخذ منه نصفه لان حق الفسخ وعود النصف اليه استقر بالطلاق وتوقف على قضاء القاضي أو التراضي فصارت يدها كالمقبوض ببيع فاسد فصار مضمونا عليها وكذلك ان حدث بفعل الزوج فجنايته كجناية الاجنبي لانه جنى على ملك غيره ولا يده فيه فصار كالاجنبي والحكم في الاجنبي ما وصفنا وان حدث بأقفة سماوية قبل الطلاق فالزوج بالخيار ان شاء أخذ نصفه ناقصا ولا شيء له غير ذلك وان شاء أخذ نصف القيمة يوم القبض لان حقه معها عند الفسخ كحقه معها عند العقد ولو حدث نقصان في يده بأقفة سماوية كان لها الخيار بين ان تأخذ ناقصا أو قيمته فكذا حق الزوج معها عند الفسخ وان كان ذلك بعد الطلاق فللزوج ان يأخذ نصفه ونصف الارش لما ذكرنا انه بعد الطلاق يبقى في يدها كالمقبوض بحكم بيع فاسد لان الملك لها وحق الغير في الفسخ مستقر فصار بمنزلة المقبوض ببيع فاسد وان شاء أخذ قيمته يوم قبضت وكذلك ان حدث بفعل المرأة فالزوج بالخيار ان شاء أخذ نصفه ولا شيء له من الارش وان شاء أخذ نصف قيمته عدا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر للزوج ان يضمها الارش (وجه) قوله ان المهر مضمون عليها بالقبض والاوصاف وهي الاتباع فتضمن بالقبض ولا تضمن بالعقد وكذلك يقول زفر في النقصان الحادث بغير فعلها لهذا المعنى (ولنا) ان المرأة جنت على ملك نفسها وجناية الانسان على ملك نفسه غير مضمونة عليه بخلاف ما اذا حدث بفعل الزوج على الرواية المشهورة لان الزوج جنى على ملك غيره وجناية الانسان على ملك غيره مضمونة عليه وقد خرج الجواب عما قال زفر لان قبضها صادف ملك نفسها وقبض الانسان ملك نفسه لا يوجب الضمان عليه وان كان ذلك بعد الطلاق فعليها نصف الارش لما ذكرنا ان حق الفسخ قد استقر وكذلك ان حدث بفعل المهر فالزوج بالخيار على الروايتين جميعا ان شاء أخذ نصفه ناقصا وان شاء أخذ نصف القيمة لانا ان جعلنا جناية المهر كالأقفة السماوية لم تكن مضمونة وان جعلناها كجناية المرأة لم تكن مضمونة أيضا فلم تكن مضمونة أيضا على الروايتين هذا اذا كان النقصان فاحشا فاما ان كان غير فاحش فان كان بفعل الاجنبي أو بفعل الزوج لا ينصف لان الارش يمنع التنصيف وان كان بأقفة سماوية أو بفعلها أو بفعل المهر أخذ النصف ولأخيار له والله تعالى الموفق (وأما) النوع الثاني وهو ما يسقط به نصف المهر معنى والكل صورة فهو كل طلاق تجب فيه المتعة فيقع الكلام في مواضع في بيان الطلاق الذي تجب فيه المتعة والذي تستحب فيه وفي تفسير المتعة وفي بيان من تعتبر المتعة بحاله اما الاول فالطلاق الذي تب في فيه المتعة نوعان أحدهما ان يكون قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه ولا فرض بعده أو كانت التسمية فيه فاسدة وهذا قول عامة العلماء وقال مالك لا تجب المتعة ولكن تستحب فما لك لا يرى وجوب المتعة أصلا واحتج بان الله سبحانه وتعالى قيد المتعة بالمتى والحسن بقوله حقا على الحسنين حقا على المتقين والواجب لا يختلف فيه الحسن والمتى وغيرهما فدل انها ليست بواجبة (ولنا) قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو ترضوا لهن فريضة ومتعوهن ومطلق الامر لوجوب العمل والمراد من قوله عز وجل أو ترضوا أى ولم ترضوا ألا ترى انه عطف عليه قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ولو كان الاول بمعنى ما لم تمسوهن وقد فرضوا لهن أو لم يرضوا الماعطف عليه المفروض وقد تكون أو بمعنى الواو قال الله عز وجل ولا تطع منهما أتما أو كفورا أى ولا كفورا وقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وعلى كلمة ايجاب وقوله تعالى حقا على الحسنين وليس في ألفاظ الالجاب كلمة أو كدم قولنا حق عليه لان الحقيقة تقتضى الثبوت وعلى كلمة الزام وثابت فالجمع بينهما يقتضى التأكيد وما ذكره مالك كما يلزمنا

يلزمه لان المندوب اليه أيضاً لا يختلف فيه المتق والحسن وغيرهما ثم نقول الايجاب على المحسن والمتق لا ينفي
 الايجاب على غيرهما الا ترى انه سبحانه وتعالى أخبر ان القرآن هدى للمتقين ثم لم ينف ان يكون هدى للناس كلهم
 كذا هذا والدليل على ان المتعة ههنا واجبة انها بدل الواجب وهو نصف مهر المثل وبدل الواجب واجب لانه
 يقوم مقام الواجب ويحكي حكايته الا ترى ان التيمم لما كان بدلا عن الوضوء والوضوء واجب كان التيمم واجبا
 والدليل على ان المتعة تجب بدلا عن نصف المهر ان بدل الشيء ما ينجب بسبب الاصل عند عدمه كالتييمم مع الوضوء
 وغير ذلك والمتعة بالسبب الذي يجب به مهر المثل وهو النكاح لا الطلاق لان الطلاق مسقط للحقوق لا موجب لها لكن
 عند الطلاق يسقط نصف مهر المثل فتجب المتعة بدلا عن نصفه وهذا طريق محمد فان الرهن بمهر المثل يكون رهنا
 بالمتعة عنده حتى اذا هلك تلك المتعة واما أبو يوسف فانه لا يجعل رهنا بها حتى اذا هلك الرهن يهلك بغير شيء والمتعة باقية
 عليه فلا يكون وجوبها بطريق البدل عنده بل بوجوبها ابتداء بظواهر النصوص التي ذكرنا أو بوجوبها بدلا عن البضع
 بالاستدلال بنصف المسمى في نكاح فيه تسمية والثاني ان يكون قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه المهر وانما فرض
 بعده وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاخير وكان يقول أولا يجب نصف المهر ورض كذا اذا كان
 المهر مفر وضا في العقد وهو قول مالك والشافعي واحتجوا بقوله عز وجل وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد
 فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم أو جب تعالى نصف المهر ورض في الطلاق قبل الدخول مطلقا من غير فصل
 بين ما اذا كان القرض في العقد أو بعده ولأن القرض بعد العقد كالقرض في العقد ثم المهر ورض في العقد يتنصف فكذا
 المقر ورض بعده ولهما قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فالكمل عليهن
 من عدة تعتدوهن أو جب المتعة في المطلقات قبل الدخول عاما ثم خصت منه المطلقة قبل الدخول في نكاح
 فيه تسمية عند وجوده فبقيت المطلقة قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه عند وجوده على أصل العموم وقوله تعالى
 لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن أي ولم تفرضوا لهن فريضة لاذكرنا
 فيما تقدم وهو منصرف الى القرض في العقد لان الخطاب ينصرف الى المتعارف والمتعارف هو القرض في العقد
 لا متأخر عنه وبه تبين ان القرض المذكور في قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة
 منصرف الى المقر ورض في العقد لانه هو المتعارف وبه نقول ان المقر ورض في العقد يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولان
 مهر المثل قد وجب بنفس العقد لاذكرنا فيما تقدم فكان القرض بعده تقديرا لما وجب بالعقد وهو مهر المثل ومهر المثل
 يسقط بالطلاق قبل الدخول وتجب المتعة فكذا ما هو بيان وتقدير له اذ هو تقدير لذلك الواجب وكذا القرعة
 بالايلاء واللعان والحب والعنة فكل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه فتوجب المتعة
 لانها توجب نصف المسمى في نكاح فيه تسمية والمتعة عوض عنه كدرة الزوج واباية الاسلام وكل فرقة جاءت من
 قبل المرأة فلا تمتع لها لانه لا يجب بها المهر أصلا فلا تجب بها المتعة والخيرة اذا اختارت نفسها قبل الدخول في نكاح
 لا تسمية فيه فلها المتعة لان القرعة جاءت من قبل الزوج لان البينة مضافة الى الابانة السابقة وهي فعل الزوج (واما)
 الذي تستحب فيه المتعة فهو الطلاق بعد الدخول والطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية وهذا عندنا وقال
 الشافعي المتعة في الطلاق بعد الدخول واجبة واحتج بقوله تعالى والمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين جعل
 سبحانه وتعالى للمطلقات متاعا بلام الملك عاما الا انه خصصت منه المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية فبقيت
 المطلقة قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه والمطلقة بعد الدخول على ظاهر العموم ولنا ما ذكرنا ان المتعة وجبت
 بالنكاح بدلا عن البضع اما بدلا عن نصف المهر أو ابتداء فاذا استحققت المسمى أو مهر المثل بعد الدخول فلو وجبت
 المتعة لادى الى ان يكون للملك واحد بدلا من الجمع بين البدل والاصل في حالة واحدة وهذا ممتنع ولان المطلقة قبل
 الدخول في نكاح فيه تسمية لا تجب لها المتعة بالاجماع فالمطلقة بعد الدخول أولى لان الأولى تستحق بعض المهر

والثانية تستحق الكل فاستحقاق المتعة فاستحقاق الكل أولى وأما الآية الكريمة
 فيحمل ذكر المتاع فيها على الندب والاستحباب ونحن به نقول انه يندب الزوج الى ذلك كما يندب الى اداء المهر على
 الكمال في غير المدخول بها أو يحمل على النفقة والكسوة في حال قيام العدة ولأن كل ذلك متاع اذا المتاع اسم لما ينتفع به
 عملاً بالدلائل كلها بقدر الامكان وكل فرقة جاءت من قبل الزوج بعد الدخول تستحب فيها المتعة الا ان يرتد أو يابى
 الاسلام لان الاستحباب طلب الفضيلة والكافر ليس من أهل الفضيلة (واما) تفسير المتعة الواجبة فقد قال أصحابنا
 انها ثلاثة أبواب درع وخمار وملحفة وهكذا روى عن الحسن وسعيد بن المسيب وعطاء والشعبي وعن عبد الله بن
 عباس رضي الله عنهما انه قال أرفع المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة ثم دون ذلك النفقة وقال الشافعي ثلاثون درهما
 له ماروى عن أبي جازائه قال قلت لابن عمر رضي الله عنهما أخبرني عن المتعة وأخبرني عن قدرها فاني موسر فقال
 اكس كذا اكس كذا اكس كذا قال فحسبت ذلك فوجدته قدر ثلاثين درهما فدل انها مقدرة بثلاثين درهما
 (ولنا) قوله تعالى في آية المتعة متاعا بالمعروف حقا على المحسنين والمتاع اسم للعروض في العرف ولأن لا يحجب
 الاثواب نظيرا في أصول الشرع وهو الكسوة التي تجب لها حال قيام النكاح والعدة وأدنى ما تنكس به المرأة
 وتستتر به عند الخروج ثلاثة أثواب ولا نظير لايحجب الثلاثين فكان ايجاب ماله نظير أولى وقول عبد الله
 ابن عمر دليلنا لانه أمره بالكسوة لا بدراهم مقدرة الا انه اتفق ان قيمة الكسوة بلغت ثلاثين درهما
 وهذا لا يدل على ان التقدير فيها بالثلاثين ولو أعطاهها قيمة الاثواب دراهم أو دنانير تجبر على القبول لان
 الاثواب ما وجبت لعينها بل من حيث انها مال كالشاة في خمس من الابل في باب الزكاة وأما بيان
 من تعتبر المتعة بحاله فقد اختلف العلماء فيه قال بعضهم قدر المتعة يعتبر بحال الرجل في يساره واعساره وهو
 قول أبي يوسف وقال بعضهم تعتبر بحال المرأة في يسارها واعسارها وقال بعضهم تعتبر بحالهما جميعا وقال بعضهم
 المتعة الواجبة تعتبر بحالها والمستحبة تعتبر بحالها (وجه) قول من اعتبر حال الرجل قوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره
 وعلى المقتر قدره جعل المتعة على قدر حال الرجل في يساره واعساره (وجه) قول من قال باعتبار حالها أن المتعة بدل
 بعضها فيعتبر حالها وهذا ايضا وجه من يقول المتعة الواجبة تعتبر بحالها وقوله المتعة المستحبة تعتبر بحالها لا معنى له لان
 التقدير في الواجب لا في المستحب (وجه) من اعتبر حالها أن الله تعالى اعتبر في المتعة شيئين أحدهما حال الرجل في
 يساره واعساره بقوله عز وجل على الموسع قدره وعلى المقتر قدره والثاني أن يكون مع ذلك بالمعروف بقوله متاعا
 بالمعروف فلو اعتبرنا فيها حال الرجل دون حالها عسى أن لا يكون بالمعروف لانه يقتضى أنه لو تزوج رجل امرأتين
 احدهما شريفة والاخرى مولاة ذينة ثم طلقهما قبل الدخول بهما ولم يسم لهما أن يستويا في المتعة باعتبار حال الرجل
 وهذا منكرف في عادات الناس لا مبرر فيكون خلاف النص ثم المتعة الواجبة لا تزداد على نصف مهر المثل بل هو نهاية
 المتعة لا مزيد عليه لان الحق عند التسمية أكيد وأثبت منه عند عدم التسمية لان الله تعالى أوجب المتعة على قدر
 احتمال ملك الزوج قوله عز وجل على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فوجب نصف المسمى مطلقا احتمله وسع
 الزوج وملكه أولا وكذا في وجوب كمال مهر المثل وسقوطه ووجوب المتعة في نكاح لا تسمية فيه وعدم أحد
 الزوجين اختلاف بين العلماء ولا خلاف في وجوب كمال المسمى من ذلك في نكاح فيه تسمية دل أن الحق أو كد
 وأثبت عند التسمية ثم لا يزداد هناك على نصف المسمى فلان لا يزداد هنا على نصف مهر المثل أولى ولأن المتعة بدل
 عن نصف مهر المثل ولا يزداد البديل على الاصل ولا ينقص من خمسة دراهم لاتها تجب على طريق العوض وأقل
 عوض يثبت في النكاح نصف العشرة والله أعلم

فصل وأما حكم اختلاف الزوجين في المهر فجاء في الكلام فيه أن الاختلاف في المهر إما أن يكون في حال حياة
 الزوجين وإما أن يكون بعد موت أحدهما بين الحى منهما وورثة الميت وإما أن يكون بعد موتهما بين ورثتهما فان كان

في حال حياة الزوجين فاما ان كان قبل الطلاق واما ان كان بعده فان كان قبل الطلاق فان كان الاختلاف في أصل التسمية يجب مهر المثل لان الواجب الاصل في باب النكاح هو مهر المثل لانه قيمة البضع وقيمة الشئ مثله من كل وجه فكان هو العدل وانما التسمية تقدير لمهر المثل فاذا لم تثبت التسمية لوقوع الاختلاف فيها وجب المصير الى الموجب الاصل وان كان الاختلاف في قدر المسمى أو جنسه أو نوعه أو وصفته فالمهر لا يخلو اما أن يكون ديناً واما أن يكون عيناً فان كان ديناً فاما أن يكون من الاثمان المطلقة وهي الدراهم والدنانير واما ان كان من المكيلات والموزونات والمذروعات الموصوفة في الذمة فان كان من الاثمان المطلقة فاختلاف في قدره بان قال الزوج تزوجتك على الف درهم وقالت المرأة تزوجتني على الفين أو قال الزوج تزوجتك على مائة دينار وقالت المرأة على مائتي دينار فخالفاً ويبدأ بيمين الزوج فان نكل اعطاها الفين وان حلف تخلف المرأة فان نكلت أخذت ألفاً وان حلفت يحكم لها بمهر المثل ان كان مهر مثلها مثل ما قالت أو أكثر فلها ما قالت وان كان مهر مثلها مثل ما قال الزوج أو أقل فلها ما قال وان كان مهر مثلها أقل مما قالت وأكثر مما قال فلها مهر مثلها وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يصح لقان والقول قول الزوج في هذا كله الا أن يأتي بمستنكر جسد أو الحاصل أن أباحنيفة ومحمد يحكمان مهر المثل وينهيان الأمر اليه وأبو يوسف لا يحكمه بل يجعل القول قول الزوج مع يمينه الا أن يأتي بشئ مستنكر وقد اختلف في تفسير المستنكر قيل هو أن يدعي انه تزوجها على أقل من عشرة دراهم وهذا التفسير يروي عن أبي يوسف رحمه الله لان هذا القدر مستنكر شرعاً لا مهر في الشرع أقل من عشرة وقيل هو أن يدعي انه تزوجها على ما لا يزوج مثلها به عادة وهذا يحكى عن أبي الحسن لان ذلك مستنكر عرفاً وهو الصحيح من التفسير لانها اختلفا في مقدار المهر المسمى وذلك اتفاق منهما على أصل المهر المسمى وما دون العشرة لم يعرف مهر في الشرع باختلاف بين أصحابنا وقد روى عن أبي يوسف في المتبايعين اذا اختلفا في مقدار الثمن والسلعة هلكة ان القول قول المشتري ما لم يأت بشئ مستنكر وجه قول أبي يوسف أن القول قول المنكر في الشرع والمنكر هو الزوج لان المرأة تدعى عليه زيادة مهر وهو ينكر ذلك فكان القول قوله مع يمينه كما في سائر المواضع والدليل عليه أن المتعاقدين في باب الاجارة اذا اختلفا في مقدار المسمى لا يحكم بأجر المثل بل يكون القول قول المستأجر مع يمينه لما قلنا كذا هذا ولهما أن القول في الشرع والعقل قول من يشهده الظاهر والظاهر يشهد لمن يوافق قوله مهر المثل لان الناس في العادات الجارية يقدرون المسمى بمهر المثل وبنونه عليه لا برضا الزوج بل بزيادة عليه والمرأة أو ولياؤها لا يرضون بالنقصان عنه فكانت التسمية تقدير المهر المثل وبناء عليه فكان الظاهر شاهد لمن يشهده مهر المثل فيحكم مهر المثل فان كان القين فلها ذلك لان الظاهر شاهد لها وان كان أكثر من القين لا يزداد عليه لانها رضى بالنقصان وان كان مهر مثلها ألفاً فلها ألف لان الظاهر شاهد للزوج وان كان أقل من ذلك لا ينقص عن ألف لان الزوج رضى بالزيادة وان كان مهر مثلها أكثر مما قال وأقل مما قالت فلها مهر المثل لانه هو الواجب الاصل وانما التسمية تقدير لمهر المثل فلا يعدل عنه الا عند ثبوت التسمية وصحتها فاذا لم تثبت لوقوع الاختلاف وجب الرجوع الى الموجب الاصل وتحكيمه وانما يتحالفان لان كل واحد منهما مدعى من وجه ومنكر من وجه أما الزوج فلان المرأة تدعى عليه زيادة ألف وهو منكر وأما المرأة فلان الزوج يدعى عليها تسليم النفس عند تسليم الألف البها وهي تنكر فكان كل واحد منهما مدعى من وجه ومنكر من وجه فيتحالفان لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر ويبدأ بيمين الزوج لانه أشد انكاراً أو أسبق انكاراً من المرأة لانه منكر قبل تسليم النفس وبعده ولا انكار من المرأة بعد تسليم النفس وقبل التسليم هو أسبق انكاراً لان المرأة قبض المهر أولاً ثم تسلم نفسها فتطالب به بآداء المهر البها وهو ينكر فكان هو أسبق انكاراً فكانت البداية بالتحليف منه أولاً لما قلنا في اختلاف المتبايعين ذكر الكرخي التحالف في هذه القصول الثلاثة وأنكر الجصاص التحالف الا في فصل واحد وهو ما اذا لم يشهد مهر المثل لدعواهما بأن كان مهر مثلها أكثر مما قال الزوج وأقل مما قالت المرأة وكذا في الجامع الصغير

لم يذكر التحالف الا في هذا الفصل وجهه ان الحاجة الى التحالف في الاشهاد للظاهر فاذا كان مهر المثل مثل ما يدعيه
أحدهما كان الظاهر شاهدا له فلا حاجة الى التحالف والظاهر لا يشهد لأحدهما في الثالث فتقع الحاجة الى التحالف
وجه ما ذكره الكرخي ان مهر المثل لا يثبت الا بعد سقوط اعتبار التسمية والتسمية لا يسقط اعتبارها الا بالتحالف
لان الظاهر لا يكون حجة على الغير فتقع الحاجة الى التحالف ثم اذا وجب التحالف وبدى بين الزوج فان نكل
يقضى عليه بالعين لان النكول حجة يقضى بها في باب الاموال بلا خلاف بين أصحابنا ولا خيار للزوج وهوان يعطيها
مكان الدرهم دنانير لان تسمية الالفين قد تثبت بالنكول لانه بمنزلة الاقرار ومن شأن المسمى أن لا يكون للزوج
المدول عنه الى غيره الا برضا المرأة وان حلف تحلف المرأة فان نكلت لم يقض على الزوج الا بالالف ولا خيار له لما قلنا
في نكول الزوج وان حلفت بحكم مهر المثل فان كان مهر مثلها الفاقضى لها على الزوج بالف ولا خيار له لان تسمية
الالف قد تثبت بتصادقهما فيمنع الخيار وان كان مهر مثلها الفين قضى لها بالفين وله الخيار في اخذ الالفين دون الآخر
لثبوت تسمية أحد الالفين بتصادقهما دون الآخر وان كان مهر مثلها الف وخمسمائة قضى لها بالف وخمسمائة ولا خيار له
في قدر الالف بتصادقهما وله الخيار في قدر الخمسمائة لانه لم تثبت تسمية هذا القدر فكان سبيلها سبيل مهر المثل فكان
له الخيار فيها ولا يفسخ العقد بعد التحالف في قول عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى يفسخ كافي البيع لان كل واحد منهما
عقد لا يجوز بغير بدل ولنا الفرق بين البيع والنكاح وهوانه لما سقط اعتبار التسمية في باب البيع يبقى البيع بلائع
والبيع بلائع يفسخ فاسد واجب الرفع رفع الفساد وذلك بالفسخ بخلاف النكاح فان ترك التسمية أصلا في النكاح
لا يوجب فساد فسقوط اعتباره بجهالة المسمى بالتعارض أولى فلا حاجة الى التفسير فوالفرق هذا اذا لم يقم لأحدهما
بينة فاما اذا قامت لأحدهما بينة فانه يقضى ببينته لانهما قامت على أمر جائز الوجود ولا معارض لها فتقبل ولا يحكم مهر
المثل لان تحكيمه ضروري ولا ضرورة عند قيام البينة ولا خيار للزوج لان التسمية تثبت بالبينة وانما تمنع الخيار وان
أقام جميع البينة فان كان مهر مثلها الف درهم يقضى ببينته لانهما تظهر زيادة الف فكانت مظهرة وبينة الزوج لم تظهر
شيئا لانهما قامت على ألف والالف كان ظاهرا بتصادقهما أو تقول بينة المرأة أكثر اظهارا فكان القضاء بها أولى ولا
خيار للزوج في الالفين لان تسمية أحد الالفين تثبت بتصادقهما وتسمية الآخر تثبت بالبينة والتسمية تمنع الخيار
وان كان مهر مثلها الفين فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يقضى ببينتها أيضا لانهما تظهر زيادة الف لم تكن ظاهرة
بتصادقهما وان كانت ظاهرة بشهادة مهر المثل لكن هذا الظاهر لا يكون حجة على الغير ألا ترى انه لا يقضى به بدون
اليمين أو البينة وتصادقهما حجة بنفسه فكانت بينتها في المظهرة أو كانت أكثر اظهارا وبينة الزوج ليست بمظهرة لان
الالف كان ظاهرا بتصادقهما أو هي أقل اظهارا فكان القضاء ببينتها أولى وقال بعضهم يقضى ببينة الزوج لان بينة
الزوج تظهر حط الالف عن مهر المثل وذلك لان ثبوت الالفين بشهادة مهر المثل فيظهر حط عن مهر المثل بشهادته
و بينتها لا تظهر شيئا لان أحد الالفين كان ظاهرا بتصادقهما والآخر كان ظاهرا بشهادة مهر المثل أو يظهر صفة
التعيين للالفين لان الثابت بشهادة مهر المثل أو يظهر صفة التعيين لهما و بينته مظهرة للاصل فكان القضاء ببينته
أولى وان كان مهر مثلها ألف وخمسمائة بطلت اليمينتان للتعارض لان مهر المثل لا يشهد لأحدهما فكانت كل واحدة
منهما مظهرة وليس القضاء بأحدهما أولى من الاخرى فبطلت فبقى الحكم بمهر المثل ولا خيار له في قدر الالف لان
البينتين تحتان بالعدم للتعارض فبقى هذا القدر مسمى بتصادقهما وله خيار في قدر الخمسمائة لثبوتها على وجه مهر المثل
وكذلك ان كان دينام موصوف في الذمة بأن تزوجها على مكيل موصوف أو موزون موصوف أو مذرع موصوف
فاختلفا في قدر الكيل أو الوزن أو الذرع فالأختلاف فيه كالأختلاف في قدر الدرهم والدنانير ولهذا يتحالفان ويحكم
مهر المثل في قول أبي حنيفة ومحمد لان القدر في المكيل والموزون معقود عليه وكذا في المذرع اذا كان في الذمة وان لم
يكن معقودا عليه بل كان جاريا يجرى الصفة اذا كان عينان ما في الذمة غائب مذكور يختلف أصله باختلاف

وصفه فجرى الوصف فيما في الذمة مجرى الاصل ولهذا كان الاختلاف في صفة المسلم فيه موجبا للتحالف فكان
اختلافهما في الوصف بمنزلة اختلافهما في الاصل وذلك يوجب التحالف كذا هذا وعند أبي يوسف لا يتحالفان
والقول قول الزوج مع عيने وان كان الاختلاف في جنس المسمى بان قال الزوج تزوجتك على عبد فقالت على جارية
أو قال الزوج تزوجتك على كرسعير فقالت على كرحنطة أو على ثياب هروية أو قال على ألف درهم وقالت على مائة
دينار أو في نوعه كالتركي مع الرومي والدنانير المصرية مع الصورية أو في صفة من الجودة والرداءة فلا اختلاف فيه
كالاختلاف في العينين إلا الدراهم والدنانير فان الاختلاف فيهما كالاختلاف في الألف والالفين وانما كان كذلك
لان كل واحد من الجنس والنوعين والموصوفين لا يملك إلا بالتراضي بخلاف الدرهم والدنانير فانهما وان كانا جنسين
مختلفين لكنهما في باب مهر المثل يقضى من جنس الدراهم والدنانير فجاز أن يستحق المائة دينار من غير تراض بخلاف
العبد لان مهر المثل لا يقضى من جنسه فلم يحز أن يملك من غير تراض فيقضى بقدر قيمته هذا اذا كان المهر دينارا فاما اذا
كان عينا فان اختلافه في قدره فان كان مما يتعلق العقد بقدره بان تزوجها على طعام بعينه فاختلاف في قدره فقال الزوج
تزوجتك على هذا الطعام بشرط أنه كره وقالت المرأة تزوجتني عليه بشرط أنه كره في مثل الاختلاف في الألف
والالفين وان كان مما لا يتعلق العقد بقدره بان تزوجها على ثوب بعينه كل ذراع منه يساوي عشرة دراهم فاختلاف فقال
الزوج تزوجتك على هذا الثوب بشرط أنه ثمانية أذرع فقالت بشرط أنه عشرة أذرع لا يتحالفان ولا يحكم مهر المثل
والقول قول الزوج بالاجماع ووجه الفرق بين الطعام والثوب أن القدر في باب الطعام معتقود عليه حقيقة وشرعا أما
الحقيقة فلان المعقود عليه عين وذات حقيقة وأما الشرع فانه اذا اشترى طعاما على أنه عشرة أقدرة فوجده احد عشر
لا يطيب له الفضل والاختلاف في المعقود عليه يوجب التحالف فاما القدر في باب الثوب وان كان من اجزاء الثوب
حقيقة لكنه جار مجرى الوصف وهو صفة الجودة شرعا لانه يوجب صفة الجودة لغيره من الاجزاء ألا ترى ان من
اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده احد عشر طاب له الفضل والاختلاف في صفة المعقود عليه اذا كان عينا
لا يوجب التحالف كما اذا اختلف في صفة الجودة في العين والاصل ان ما يوجب فوات بعضه قصانا في البتية
فهو جار مجرى الصفة وما لا يوجب فوات بعضه نقصانا في الباقي لا يكون جار مجرى الصفة وان اختلف في
جنسه وعينه كالعبد والجارية بان قال الزوج تزوجتك على هذا العبد وقالت المرأة على هذا الجارية فهو مثل
الاختلاف في الألف والالفين الا في فصل واحد وهو ما اذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة
الجارية لا عينها لان تملك الجارية لا يكون إلا بالتراضي ولم يتفق على تملكها فلم يوجب الرضا من صاحب الجارية
بتملكها فاعتذر التسليم فيقضى بقيمتها بخلاف ما اذا اختلفا في الدراهم والدنانير فقال الزوج تزوجتك على ألف درهم
وقالت المرأة على مائة دينار ان الاختلاف فيه كالاختلاف في الألف والالفين على معنى أن مهر مثلها ان كان مثل
مائة دينار أو أكثر فلها المائة دينار لما مر أن مهر المثل يقضى من جنس الدراهم والدنانير فلا يشترط فيه التراضي بخلاف
العبد فان مهر المثل لا يقضى من جنسه فلا يجوز أن يملك من غير رضا ولا يكون لها أكثر من قيمتها وان كان مهر مثلها
أكثر من قيمتها لانها رضيت بهذا القدر وما كان القول فيه أي من العين قول الزوج فهلك فاختلف في قدر قيمته
فالقول فيه قول الزوج أيضا لان المسمى مجمع عليه فكانت القيمة دينارا عليه والاختلاف اذا وقع في قدر الدين فالقول
قول المديون كما في سائر الديون هذا كله اذا اختلفا قبل الطلاق ولو اختلفا بعد الطلاق فان كان بعد الدخول أو قبل
الدخول بعد الخلوة فالجواب في القبول كلها كالجواب فيما لو اختلفا حال قيام النكاح لان الطلاق بعد الدخول أو قبل
الدخول بعد الخلوة مما لا يوجب سقوط مهر المثل وان كان قبل الدخول بها وقبل الخلوة فان كان المهر دينارا فاختلفا
في الألف والالفين فالقول قول الزوج ويتنصف ما يقول الزوج كذا ذكر في كتاب النكاح والطلاق ولم يذكر
الاختلاف كذا ذكر الطحاوي انه يتنصف ما يقول الزوج ولم يذكر الخلاف وذكر الكرخي وحكي الاجماع فقال

لها نصف الالف في قولهم وذكركم في الجامع الصغير وقال ينبغي أن يكون القول قول المرأة الى متعة مثلها والقول قول الزوج في الزيادة على قياس قول أبي حنيفة ووجهه ان المسمى لم يثبت لوقوع الاختلاف فيه والطلاق قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه يوجب المتعة ويحكم متعة مثلها لان المرأة ترضى بذلك والزوج لا يرضى بالزيادة فكان القول قوله في الزيادة والصحيح هو الاول لانه لا سبيل الى تحكيم مهر المثل ههنا لان مهر المثل لا يثبت في الطلاق قبل الدخول فتعذر تحكيمه فوجب اثبات المتيقن وهو نصف الالف ومتعة مثلها لا تبلغ ذلك عادة فلا معنى لتحكيم المتعة على اقرار الزوج بالزيادة وقيل لا خلاف بين الراييتين في الحقيقة وانما اختلفت الجواب لاختلاف وضع المسئلة فوضع المسئلة في كتاب النكاح في الالف والاثني ولا وجه لتحكيم المتعة لان الزوج اقرها بخمسةائة وهي تزيد على متعة مثلها عادة فقد اقر الزوج لها بمتعة مثلها وزيادة فكان لها ذلك ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة بان قال الزوج تزوجتك على عشرة دراهم وقالت المرأة تزوجتني على مائة درهم ومتعة مثلها عشرون ففي هذه الصورة يكون الزوج مقرها بخمسة دراهم وذلك أقل من متعة مثلها عادة فكان لها متعة مثلها وان كان المهر عينا كما في مسئلة العبد والجارية فلها المتعة الا أن يرضى الزوج ان يأخذ نصف الجارية بخلاف ما اذا اختلف في الالف والاثني لان نصف الالف هناك ثابتة بيقين لا تقاها على تسمية الالف فكان القضاء بنصفها حكما بالمتيقن والملك في نصف الجارية ليس بثابت بيقين لانها لم يتفقا على تسمية أحدهما فلم يمكن القضاء بنصف الجارية بالاختيار هما فاذا لم يوجد سقط البدل لان فوجب الرجوع الى المتعة هذا اذا كان الاختلاف في حياة الزوجين فان كان في حياة أحدهما بعد موت الآخر ينسب وبين ورثة الميت فكذلك الجواب ان القول قول المرأة الى تمام مهر مثلها ان كانت حية وقول وريتها ان كانت ميتة والقول قول الزوج وورثته في الزيادة عندهما وعند أبي يوسف القول قول ورثة الزوج الا أن يأتوا بشئ مستنكر وان كان الاختلاف بين ورثة الزوجين فان اختلفوا في أصل التسمية وكونها فقد قال أبو حنيفة لأقضى بشئ حتى تقوم البينة على أصل التسمية وعندهما يقضى بمهر المثل كما في حال الحياة وجه قولهما ان التسمية اذا ثبتت لا تختلفا فوجب مهر المثل بالعقد فيبقى بعد موتها كالمسمى وصار كأنه تزوجها ولم يسم لها مهر آثم ماتا وجواب أبي حنيفة هناك أنه لا يقضى بشئ حتى تقوم البينة على التسمية أما قولهما ان مهر المثل يجب بالعقد عند عدم التسمية فالجواب عنه من وجهين أحدهما أنه وجب لكنهم يبقوا المهر لا يبقى بعد موت الزوجين عادة وهذا قول أبي حنيفة في المسئلة بل الظاهر هو الاستيفاء والبراءة هذا هو العادة بين الناس فلا يثبت البقاء الا بالبينة والثاني لأن سألنا انه بقي لكنه تعذر القضاء به لان موضوع المسئلة عند التقادم وعند التقادم لا يدري ما حالها ومهر المثل يقدر بحالها فتعذر التقدير على ان اعتبار مهرها بمهر مثل نساء عشرينها فاذا ماتا فالظاهر موت نساء عشرينها فلا يمكن التقدير (وجه) قول أبي حنيفة في هذه المسئلة مشكل ولو اختلفت الورثة في قدر المهر فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف القول قول ورثة الزوج الا أن يأتوا بشئ مستنكر جرداً وعند محمد القول قول ورثة المرأة الى قدر مهر مثلها كما في حال الحياة ولو بعث الزوج الى امرأته شياً فاختلفا قالت المرأة هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قول الزوج الا في الطعام الذي يؤكل لان الزوج هو المملك فكان أعرف بحجة تملكه فكان القول قوله الا فيما يكذبه الظاهر وهو الطعام الذي يؤكل لانه لا يبعث مهر إعادة

فصل في ما يتصل بهذا اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بينة لأحدهما وجملة الكلام فيه أن الاختلاف في متاع البيت اما ان يكون بين الزوجين في حال حياتهما واما ان يكون بين ورثتهما بعد وفاتهما واما ان يكون في حال حياة أحدهما وموت الآخر فان كان في حال حياتهما فاما ان يكون في حال قيام النكاح واما ان يكون بعدزواله بالطلاق فان كان في حال قيام النكاح فما كان يصلح للرجال كالعمامة والقلنسوة والسلاح وغيرها فالقول فيه قول الزوج لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء مثل الخمار والملحفة والمنزل ونحوها فالقول فيه قول الزوج لان الظاهر شاهد لها

وما يصلح لهما جميعا كالدرهم والدنانير والعروض والبسط والحبوب ونحوها فالقول فيه قول الزوج وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف القول قول المرأة الى قدر جهاز مثلها في الكل والقول قول الزوج في الباقي وقال زفر في قول المشكل بينهما نصفان وفي قول آخر وهو قول مالك والشافعي الكل بينهما نصفان وقال ابن أبي ليلى القول قول الزوج في الكل الا في ثياب بدن المرأة وقال الحسن القول قول المرأة في الكل الا في ثياب بدن الرجل (وجه) قول الحسن أن يد المرأة على ما في داخل البيت أظهر منه في يد الرجل فكان الظاهر لها شاهد الا في ثياب بدن الرجل لان الظاهر يكذبها في ذلك ويصدق الزوج (وجه) قول ابن أبي ليلى أن الزوج أخص بالتصرف في البيت فكان الظاهر شاهدا له الا في ثياب بدنهما فان الظاهر يصدقها فيه ويكذب الرجل (وجه) قول زفر أن يد كل واحد من الزوجين اذا كانا خربن ثابتة على ما في البيت فكان الكل بينهما نصنين وهو قياس قوله الا أنه خص المشكل بذلك في قول لان الظاهر يشهد لأحدهما في المشكل (وجه) قول أبي يوسف أن الظاهر يشهد للمرأة الى قدر جهاز مثلها لان المرأة لا تخلو عن الجهاز عادة فكان الظاهر شاهدا لها في ذلك القدر فكان القول في هذا القدر قولها والظاهر يشهد للرجل في الباقي فكان القول قوله في الباقي (وجه) قولهما أن يد الزوج على ما في البيت أقوى من يد المرأة لان يده يد متصرفه ويدها يد حافظة ويد التصرف أقوى من يد الحفظ كاتنين يتنازعان في دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها أن الركاب أولى الآن فيما يصلح لها عارض هذا الظاهر ما هو أظهر منه فسقط اعتباره وان اختلفا بعد ما طلقا ثلاثا أو بائنا فالقول قول الزوج لانهما صارت أجنبية بالطلاق فزالت يدها والصحقت بسائر الاجانب هذا اذا اختلف الزوجان قبل الطلاق أو بعده (فاما) اذا ماتا فاختلف ورثتهما فالقول قول ورثة الزوج في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف القول قول ورثة المرأة الى قدر جهاز مثلها وقول ورثة الزوج في الباقي لان الوارث يقوم مقام المورث فصارت الورثة المورثين اختلفا بنفسهما ومما حيان وان مات أحدهما واختلف الحى وورثة الميت فان كان الميت هو المرأة فالقول قول الزوج عند أبي حنيفة ومحمد لانها لو كانت حية لكان القول قوله فيعد الموت أولى وعند أبي يوسف القول قول ورثتهما الى قدر جهاز مثلها وان كان الميت هو الزوج فالقول قولها عند أبي حنيفة في المشكل وعند أبي يوسف في قدر جهاز مثلها وعند محمد القول قول ورثة الزوج (وجه) قولهما ظاهرا لان الوارث قائم مقام المورث ولا يبيح أن المتاع كان في يدهما في حياتهما لان الحرمة من أهل الملك واليد فينبغي أن يكون بينهما نصفين كما قال زفر لان يد الزوج كانت أقوى فسقطت يدها بيد الزوج فاذا مات الزوج فقد زال المانع فظهرت يدها على المتاع ولو طلقها في مرضه ثلاثا أو بائنا فمات ثم اختلفت هي وورثة الزوج فان مات بعد انقضاء العدة فالقول قول ورثة الزوج لان القول قول الزوج في المشكل بعد الطلاق فكان القول قول ورثته بعده أيضا وان مات قبل انقضاء العدة فالقول قولها عند أبي حنيفة في المشكل وعند أبي يوسف في قدر جهاز مثلها وعند محمد القول قول ورثة الزوج لان العدة اذا كانت قائمة كان النكاح قائما من وجه فصارت كالومات الزوج قبل الطلاق وبقيت المرأة وهناك القول قولها عند أبي حنيفة في المشكل وعند أبي يوسف في قدر جهاز مثلها وعند محمد القول قول ورثة الزوج كذا ههنا هذا كله اذا كان الزوجان حريين أو مملوكين أو مكاتبين فاما اذا كان أحدهما حرا والآخر مملوكا أو مكاتبيا فنسند أبي حنيفة القول قول الحر وعندهما ان كان المملوك محجورا فكذلك وأما اذا كان مأذونا أو مكاتبيا فالجواب فيه وفيما اذا كانا خربن سواء (وجه) قولهما ان المكاتب في ملك اليد بمنزلة الحر بل هو حر يدا ولهذا كان أحق بمكاسبه وكذا المأذون المديون فصارت كالواختلفا ومما حاران ولا يبيح حنيفة أن كل واحد منهما مملوك أما المأذون فلا شك فيه وكذا المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم والعبد اسم للمملوك والمملوك لا يكون من أهل الملك فلا يصلح يده دليلا على الملك فلا يصلح معارضة ليد الحر فيقتل يده دليل الملك من غير معارض بخلاف الحرين ولو كان الزوج حرا والمرأة أمة أو مكاتبية أو مدبرة أو أم ولد فاعتقت ثم اختلفا في متاع البيت فما أحد ثامن الملك قبل العتق فهو

للزواج لانه حدث في وقت لم تكن المرأة فيه من أهل الملك وما أحد ثامن الملك بعد العتق فالجواب فيه وفي الحرين سواء ولو كان الزوج مسلما والمرأة ذمية فالجواب فيه كالجواب في الزوجين المسلمين لان الكفر لا ينافي أهلية الملك بخلاف الرق وكذا لو كان البيت ملكا لا أحدهما لا يختلف الجواب لان العبرة بالملك هذا كله اذا لم تقرأ المرأة أن هذا المتاع اشتراه لي زوجي فان أقرت بذلك سقط قولها لانها أقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال فلا يثبت الانتقال الا بدليل وقد مرّت المسألة

فصل ومنها الكفاءة في انكاح غير الاب والجد من الاخ والعلم ونحوهما الصغير والصغيرة وفي انكاح الاب والجد اختلاف أبي حنيفة مع صاحبيه وأما الطوع فليس بشرط لجواز النكاح عندنا خلافا للشامي فيجوز نكاح المكروه عندنا وعندنا لا يجوز وهذه من مسائل كتاب الاكراه وكذلك الجد ليس من شرائط جواز النكاح حتى يجوز نكاح الهازل لان الشرع جعل الجد والهزل في باب النكاح سواء قال النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جده وهزلهن جد الطلاق والعاق والنكاح وكذلك العمد عندنا حتى يجوز نكاح الخطاى وهو الذى يسبق على لسانه كلمة النكاح من غير قصده وعند الشافعي شرط والصحيح قولنا لان الثابت بالخطأ ليس الا القصد وانه ليس بشرط لجواز النكاح بدليل نكاح الهازل وكذلك الحل أعنى كونه حلالا لا غير محرم أو كونها حلالا لا غير محرمة ليس بشرط لجواز النكاح عندنا وعند الشافعي شرط حتى يجوز نكاح المحرم والمحرمة عندنا لكن لا يحل وطؤها في حال الاحرام وعندنا لا يجوز (وجهه) قوله أن الجماع من محظورات الاحرام فكذا النكاح لانه سبب دعاء الى الجماع ولهذا حرمت الدواعى على المحرم كما حرم عليه الجماع ولنا ما روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة رضى الله عنها وهو حرام وأدنى ما يستدل بفعل النبي صلى الله عليه وسلم هو الجواز ولا يعارض هذا ما روى زيد بن الاصم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال بسرف واجمعوا على أنه ما تزوجها المرأة واحدة فيقع التمارض لان الاخذ برواية ابن عباس رضى الله عنهما أولى لوجهين أحدهما أنه ثبت أمر عارضها وهو الاحرام اذا الحل أصل والاحرام عارض فتحمل رواية زيد على أنه نبي الامر على الأصل وهو الحل تحسينا للفظ بالروايتين فكان راوى الاحرام معتمدا على حقيقة الحال وراوى الحل بآية الامر على الظاهر فكانت رواية من اعتمد حقيقة الحال أولى ولهذا رجحنا قول الجراح على المزكى كذا هذا والثاني أن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما أفقه وأتقن من زيد والترجيح بفقهاء الراوى وإتقانه ترجيح صحيح على ما عرف في أصول الفقه ولان المعانى التى لها حسن النكاح في غير حال الاحرام موجودة في حال الاحرام فكان الفرق بين الحالين في الحكم مع وجود المعنى الجامع بينهما مناقضة وما ذكره من المعنى يبطل بنكاح الخائض والنفساء فانه جائز بالاجماع وان كان النكاح سببا داعيا الى الجماع والله عز وجل أعلم

فصل ثم كل نكاح جاز بين المسلمين وهو الذى استجمع شرائط الجواز التى وصفناها فهو جائز بين أهل الذمة وأما ما فسد بين المسلمين من الانكحة فانها منقسمة في حقهم منها ما يصح ومنها ما يفسد وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر كل نكاح فسد في حق المسلمين فسد في حق أهل الذمة حتى لو أظهروا النكاح بغير شهود يعترض عليهم ويحملون على أحكامنا وان لم يرفعوا البنا وكذا اذا أسلموا يفرق بينهما عندنا ولا يفرق بينهما وان تحاكما البنا أو أسلما بل يقران عليه (وجهه) قولهم انهم لما قبلوا عقد الذمة فقد التزموا أحكامنا ورضوا بها ومن أحكامنا أنه لا يجوز النكاح بغير شهود ولهذا لم يميز نكاحهم المحارم في حكم الاسلام ولان تحريم النكاح بغير شهود في شريعتنا ثبت بخطاب الشرع على سبيل العموم بقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود والكفار مخاطبون بشرائعهم حرمت في الصحيح من الاقوال فكانت حرمة النكاح بغير شهود ثابتة في حقهم (ولنا) انهم كانوا يتدينون بالنكاح بغير شهود والكلام فيه ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون الا ما استثنى من عقودهم كالزنا وهذا غير مستثنى منها

فيصح في حقهم كما يصح منهم تلك الخمر والخنزير وتليهما فلا يعترض عليهم كما لا يعترض في الخمر والخنزير ولأن
 الشهادة ليست بشرط بقاء النكاح على الصحة بدليل أنه لا يبطل بموت الشهود فلا يجوز أن يكون شرط ابتداء العقد في
 حق الكافر لأن في الشهادة معنى العبادة قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله فلا يؤخذ الكافر بمراعاة هذا الشرط في العقد
 ولأن نصوص الكتاب العزيز مطلقة عن شرط الشهادة والتقيد بالشهادة في نكاح المسلم ثبت بدليل فن ادعى التقيد
 بها في حق الكافر يحتاج إلى الدليل (وأما) قوله أنهم بالذمة ألزموا أحكام الاسلام فنعلم لكن جواز انكحتهم بغير شهود
 من أحكام الاسلام وقوله تحريم النكاح بغير شهود عام ممنوع بل هو خاص في حق المسلمين لوجود المخصص لاهل
 الذمة وهو عموماً الكتاب ولو تزوج ذمي ذمية في عدة من ذمي جاز النكاح في قول أبي حنيفة وهذا والنكاح بغير
 شهود سواء عندنا حتى لا يعترض عليهما بالتفريق وان ترافاً لينا ولو أسلما يقران على ذلك وقال أبو يوسف ومحمد
 وزفر والشافعي النكاح فاسد يفرق بينهما (وجه) قولهم على نحو ما ذكرنا لفرق في النكاح بغير شهود وهو أنهم يقبلون الذمة
 ألزموا أحكامنا ومن أحكامنا المجمع عليهما فساد نكاح المعتدة ولأن الخطاب بصريح نكاح المعتدة عام قال تعالى ولا
 تمز مواعدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله والكفار مخاطبون بالحرمان وكلام أبي حنيفة على نحو ما تقدم أيضاً لأن
 في دياتهم عدم وجوب العدة والكلام فيه فلم يكن هذا نكاح المعتدة في اعتقادهم ونحن أمرنا بأن تركهم وما يدينون
 وكذا عموماً النكاح من الكتاب العزيز والسنة مطلقة عن هذه الشريطة أعني الخلوع من العدة وانما عرف شرطاً في
 نكاح المسلمين بالاجماع وقوله عز وجل ولا تمز مواعدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله خطاب للمسلمين أو يحمل
 عليه عملاً بالدلائل كلها صيانة لها عن التناقض ولأن العدة فيها معنى العبادة هي حق الزوج أيضاً من وجهه قال الله تعالى
 فالكم عليهن من عدة تعتدونها فن حيث هي عبادة لا يمكن إيجابها على الكافرة لأن الكفار لا يخاطبون
 بشرائع هي عبادات أو قربات وكذا من حيث هي حق الزوج لأن الكافر لا يعتدده حقاً لنفسه بخلاف المسلم إذا تزوج
 كتابية في عدة من مسلم أنه لا يجوز لأن المسلم يعتد العدة حقاً واجباً فيمكن الإيجاب لحقه أن كان لا يمكن لحق الله
 تعالى من حيث هي عبادة ولهذا قلنا أنه ليس للزوج المسلم أن يجبر امرأته الكافرة على التسليم من الجنابة والحيض
 والنفاس لأن التسليم من باب القرية وهي ليست مخاطبة بالقربات وله أن يمنعهما من الخروج من البيت لأن الاسكان
 حقه وأما نكاح المحارم والجمع بين خمس نسوة والجمع بين الاختين فقد ذكرنا الكرخي أن ذلك كله فاسد في حكم الاسلام
 بالاجماع لأن فساد هذه النكحة في حق المسلمين ثبت لفساد قطعة الرحم وخوف الجور في قضاء الحقوق من الثقة
 والسكنى والكسوة وغير ذلك وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين المسلم والكافر إلا أنه مع الحرمة والفساد لا يعترض
 لهم قبل المرافعة وقبل الاسلام ولا منهم دأوا ذلك ونحن أمرنا أن تركهم وما يدينون كما لا يعترض لهم في عبادة غير الله
 تعالى وإن كانت محرمة وإذا ترافاً إلى القاضي فالقاضي يفرق بينهما كما يفرق بينهما بعد الاسلام لانهما إذا ترافا
 فقد تركا ما دانه ورضيا بحكم الاسلام وقوله تعالى فان جاؤك فاحكم بينهما وأما إذا لم يترافعا ولم يوجد الاسلام أيضاً فقد
 قال أبو حنيفة ومحمد انهما يقران على نكاحهما ولا يعترض عليهما بالتفريق وقال أبو يوسف يفرق بينهما الحاكم إذا
 علم ذلك سواء ترافاً لينا أو لم يترافعا ولو رفع أحدهما دون الآخر قال أبو حنيفة لا يعترض عليهما ما لم يترافعا جميعاً وقال
 محمد إذا رفع أحدهما يفرق بينهما أما الكلام في المسئلة الأولى فوجه قول أبي يوسف ظاهر قوله تعالى وأن احكم بينهم بما
 أنزل الله ولا تتبع أهواءهم أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحكم بينهم بما أنزله مطلقاً عن شرط المرافعة وقد أنزل
 سبحانه وتعالى حرمة هذه النكحة فيلزم الحكم بها مطلقاً ولأن الاصل في الشرائع هو العموم في حق الناس كافة إلا
 أنه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وأمكن في دار الاسلام فلزم التنفيذ فيها وكان النكاح فاسداً والنكاح
 الفاسد زانماً وجهه فلا يمكنون منه كما لا يمكنون من الزنا في دار الاسلام ولا في حنيفة ومحمد قوله تعالى فان جاؤك
 فاحكم بينهم أو أعرض عنهم والآية حجة له في المسئلتين جميعاً أما في المسئلة الأولى فلأنه شرط الحجي للحكم عليهم وأثبت

سبحانه وتعالى التخيير بين الحكم والاعراض الا انه قام الدليل على نسخ التخيير ولا دليل على نسخ شرط الحجيء فكان حكم الشرط باقيا ويحمل المطلق على المقيد لتعزير العمل بهما وامكان جعل المقيد بيا للمطلق وأما في المسئلة الثانية فلانه سبحانه وتعالى شرط مجيئهم للحكم عليهم فاذا جاء أحد هما دون الآخر فلم يوجد الشرط وهو مجيئهم فلا يحكم بينهم وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هرا ما أن تذر والربا أو تأذونا بحرب من الله ورسوله ولم يكتب اليهم في أن نكحتهم شيئا ولو كان التفريق مستحقا قبل المرافعة لكتب به كما كتب بترك الربا وروى أن المسلمين لما فتحوا بلاد فارس لم يتعرضوا لأنكحتهم وماروى ان عمر رضي الله عنه كتب أن يفرق بينهم وبين أمهاتهم لا يكاد يثبت لانه لو ثبت لنقل على طريق الاستفاضة لتوفر الدواعي الى نقلها فلما لم ينقل دل أنه لم يثبت أو يحمل على أنه كتب ثم رجع عنه ولم يعمل به ولا نترك التعرض والاعراض ثبت حقا لهما فاذا رفع أحدهما فقد أسقط حق نفسه بقي حق الآخر (وجهه) قول محمد أنه لما رفع أحدهما فقد رضى بحكم الاسلام فيلزم اجراء حكم الاسلام في حقه فيتعدى الى الآخر كما اذا أسلم أحدهما الا أن أباحنية يقول الرضا بالحكم ليس نظير الاسلام بدليل أنه لو رضى ثم رجع عنه قبل الحكم عليه لم يلزمه بحكم الاسلام وبعدهما أسلم لا يمكنه أن يأبى الرضا بأحكام الاسلام واذا لم يكن ذلك أمر الزمان ضرور فلا يتعدى الى غيره وجعل رضاه في حق الغير كالعدم بخلاف الاسلام وذكرا القاضي الامام أبو زيد ان نكاح المحارم صحيح فيما بينهم في قول أبي حنيفة بدليل ان الذي اذا تزوج بمحارمه ودخل بها لم يسقط احصائه عنده حتى لو قد فاته انسان بالزنا بعد ما أسلم بمحذافه عنده ولو كان النكاح سدا لاسقط احصائه لان الدخول في النكاح الفاسد يسقط الاحصان كما في سائر الا نكحة الفاسدة وكذلك لو ترافعا الينا فطلبت المرأة الفسقة فان القاضي يقضي بالفسقة في قول أبي حنيفة فدل ان نكاح المحارم وقع صحيحا فيما بينهم في حكم الاسلام وافقوا على انه لو تزوج حر بن أختين في عقد واحدة أو على التعاقب ثم فارق احداهما قبل الاسلام ثم أسلم ان نكاح الباقي صحيح ومعلوم ان الباقي غير الثابت ولو وقع نكاحها فاسدا حال وقوعه لما أقر عليه بعد الاسلام وكذلك لو تزوج خمس في عقد متفرقة ثم فارق الاولى منهن ثم أسلم بقي نكاح الاربع على الصحة ولو وقع فاسدا من الاصل لما انقلب صحيحا بالاسلام بل كان يتأكد الفساد فثبت ان هذه النكحة وقعت صحيحة في حقهم في حكم الاسلام ثم يفرق بينهما بعد الاسلام لانه لا صحة لها في حق المسلمين ولو طلق الذي امرأته ثلاثا أو خالها ثم قام عليها كقيامه عليها قبل الطلاق يفرق بينهما وان لم يترافعا لان العقد بطل بالطلقات الثلاث وبالخلع لانه يدين بذلك فكان اقراره على قيامه عليها اقرارا على الزنا وهذا لا يجوز ولو تزوج ذي ذمية على أن لا مهر لها وذلك في دينهم جائز صحيح ذلك ولا شيء لها في قول أبي حنيفة سواء دخل بها أو لم يدخل بها طلقها أو مات عنها أسلم أو أسلم أحدهما وعند أبي يوسف ومحمد لها مهر مثلها ثم ان طلقها بعد الدخول أو بعد الخلوة بها أو مات عنها تأكد ذلك وان طلقها قبل الدخول بها أو قبل الخلوة سقط مهر المثل ولها المتعة كالمسلمة ولو تزوج حر بن حريصة في دار الحرب على أن لا مهر لها جاز ذلك ولا شيء لها في قولهم جميعا والكلام في الجانبين على نحو ما ذكرنا في المسائل المتقدمة هما يقولان ان حكم الاسلام قد لزم الزوجين الذميين لانهما أحكامنا ومن أحكامنا انه لا يجوز النكاح من غير مال بخلاف الحر بين لانهما أحكامنا وأبو حنيفة يقولان في ديانهم جواز النكاح بلا مهر ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون الا فيما وقع الاستثناء في عقودهم كالربا وهذا يقع الاستثناء عنه فلا نعرض لهم ويكون جائزا في حقهم في حكم الاسلام كما يجوز لهم في حكم الاسلام تلك الخمر والخنازير وتعليقها هذا اذا تزوجها وبقى المهر فأما اذا تزوجها وسكت عن تسميته بأن تزوجها ولم يسم لها مهرا فلها مهر المثل في ظاهر رواية الاصل فانه ذكر في الاصل ان الذي اذا تزوج ذمية بمئة أو ديم أو بغير شيء ان النكاح جائز ولها مهر مثلها فظاهر قوله أو بغير شيء يشعر بالسكوت عن التسمية لا بالنفي فيدل على وجوب مهر المثل حال السكوت عن التسمية ففرق أبو حنيفة بين السكوت وبين النفي وحكى عن السرخي انه قال قياس قول أبي حنيفة انه

لا فرق بين حالة السكوت وبين النفي ووجهه انه لما جاز النكاح في دياتهم بمهر و بغير مهر لم يكن في نفس العقد ما يدل على التزام المهر فلا بد لوجوبه من دليل وهو التسمية ولم توجد فلا يجب بخلاف نكاح المسلمين لانه لا جواز له بدون المهر فكان ذلك العقد التزاما للمهر (وجهه) الفرق بين السكوت وبين النفي على ظاهر الرواية انه لما سكنت عن تسمية المهر لم تعرف ديانتها للنكاح بلا مهر فيجمل اقامه على النكاح التزاما للمهر كما في حق المسلمين واذا نفي المهر نصا يدل انه يدين النكاح ويعتقده جائزا بلا مهر فلا يلزمه حكم نكاح اهل الاسلام بل يترك وما يدينه فهو الفرق ثم ما صلح مهرأ في نكاح المسلمين فانه يصلح مهر في نكاح اهل الذمة لا شك فيه لانه لما جاز نكاحنا عليه كان نكاحهم عليه أجوز وما لا يصلح مهر في نكاح المسلمين لا يصلح مهر في نكاحهم أيضا الا الخمر والخنزير لان ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الشاة والخل في حق المسلمين فيجوز ان يكون مهر في حقهم في حكم الاسلام فان تزوج ذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلم أو أسلم أحدهما فان كان الخمر والخنزير بعينه ولم يقبض فليس لها العين وان كان بغير عينه بأن كان في الذمة فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر مثلها وهو قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لها مهر مثلها سواء كان بعينه أو بغير عينه وقال محمد لها القيمة سواء كان بعينه أو بغير عينه ولا خلاف في أن الخمر والخنزير اذا كان ديناً في الذمة ليس لها غير ذلك (وجهه) قولهما في أنه لا يجوز أن يكون لها العين ان الملك في العين وان ثبت لها قبل الاسلام لكن في القبض معنى التملك لانه مؤكد للملك لان ملكها قبل القبض واه غير متأكد ألا ترى انه لو هلك عند الزوج كان الهلاك عليه وكذا لو تعيب وبعد القبض كان ذلك كله عليها فثبت ان الملك قبل القبض غير متأكد فكان القبض مؤكداً للملك والتأكد اثبات من وجهه فكان القبض تملكاً من وجهه والمسلم منهى عن ذلك ولهذا لو اشترى ذمي من ذمي خمر أو أسلم أو أسلم أحدهما قبل القبض ينتقض البيع ولا يبي حنيفة ان المرأة تملك المهر قبل القبض ملكاً تاماً اذ الملك نوعان ملك رقبه وملك يد وهو ملك التصرف ولا شك ان ملك الرقبه ثابت لها قبل القبض وكذلك ملك التصرف لانها تملك التصرف في المهر قبل القبض من كل وجه فلم يبق الا صورة القبض والمسلم غير منهى عن صورة قبض الخمر والخنزير واقباضهما كما اذا غصب مسلم من مسلم خمر او الفاسد يكون مأموراً بالتسليم والمنعصوب منه يكون مأذوناً له في القبض وكذا الذمي اذا غصب منه الخمر ثم أسلم وكسمل أو دعه الذمي خمر أو أسلم الذمي ان له أن يأخذ الخمر من المودع ببق هذا القدر وهو انه دخل المهر في ضمانها بالقبض لكن هذا لا يوجب ثبوت ملك لها لما ذكرنا ان ملكها تام قبل القبض مع ما ان دخوله في ضمانها أمر عليها فكيف يكون ملكها بخلاف المبيع فان ملك الرقبه وان كان ثابتاً قبل القبض فلك التصرف لم يثبت وانما ثبت بالقبض وفيه معنى التملك والملك الاسلام يمنع من ذلك هذا اذا كانا عيين فان كانا دينين فليس لها الا العين بالاجماع لان الملك في هذه العين التي تأخذها ما كان ثابتاً لها بالعقد بل كان ثابتاً في الدين في الذمة وانما ثبت الملك في هذا المعين بالقبض والقبض تملك من وجهه والمسلم ممنوع من ذلك (وجهه) قول أبي يوسف ان الاسلام لما منع القبض والقبض حكم العقد جعل كأن المنع كان ثابتاً وقت العقد فيصير الى مهر المثل كما لو كانا عند العقد مسلمين ووجه قول محمد ان العقد وقع صحيحاً والتسمية في العقد قد سحت الا أنه تعذر التسليم بسبب الاسلام لما في التسليم من التملك من وجهه على ما بينا والمسلم ممنوع من ذلك فيوجب القيمة كما لو هلك المسمى قبل القبض وأبو حنيفة يوجب القيمة في الخمر لما قاله محمد وهو القياس في الخنزير أيضاً الا أنه استحسن في الخنزير أيضاً وأوجب مهر المثل لان الخنزير حيوان ومن تزوج امرأة على حيوان في الذمة يخير بين تسليمه وبين تسليم قيمة الوسط منه بل القيمة هي الاصل في التسليم لان الوسط يعرف بها على ما ذكرنا فيما تقدم فكان ايفاء قيمة الخنزير بعد الاسلام حكم ايفاء الخنزير من وجهه ولا سبيل الى ايفاء العين بعد الاسلام فلا سبيل الى ايفاء القيمة بخلاف الخمر لان قيمتها لم تكن واجبة قبل الاسلام ألا ترى انه لو جاء الزوج بالقيمة لا تحير المرأة على القبول فلم يكن لبقائها حكم بقاء الخمر من وجهه لذلك افترق هذا كله اذا لم يكن المهر مقبوضاً قبل الاسلام فان كان مقبوضاً فلا شيء

للمرة لأن الاسلام متى ورد والحرام مقبوض يلاقيه بالقبول لأن الملك قد ثبت على سبيل الكمان بالعقد والقبض في حال الكفر فلا يثبت بعد الاسلام ملك وانما يوجد دوام الملك والاسلام لا ينافيه كسلم تخمر عصيره أنه لا يؤمر بإبطال ملكه فيها وكما في نزول تحريم الربا وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما دخل مكة أبطل من الربا ما لم يقبض ولم يتعرض صلى الله عليه وسلم لما قبض بالقسخ وهو أحد تأويلات قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين أمر سبحانه بترك ما بقي من الربا والامر بترك ما بقي من الربا هو النهي عن قبضه والله عز وجل الموفق ولو تزوجها على ميتة أو دم ذكر في الأصل أن لها مهر مثلها وذكر في الجامع الصغير أنه لا شيء لها منهم ووفق بين الروايتين فجعل ما ذكره في الأصل على الذميين وما ذكره في الجامع على الحرين ومنهم من جعل في المسئلة روايتين (وجه) رواية الأصل أنه لما تزوجها على الميتة والدم فلم يرض باستحقاق بضعها إلا ببدل وقد تعذر استحقاق المسمى لأنه ليس بمال في حق أحد فكان لها مهر المثل كالمسألة (وجه) رواية الجامع الصغير أنها لما رضيت بالميتة مع أنها ليست بمال كان ذلك منها دلالة الرضا باستحقاق بضعها بغير عوض أصلاً كما إذا تزوجها على أن لا مهر لها والله عز وجل أعلم

فصل ثم كل عقد إذا عقده الذمي كان فاسداً فإذا عقده الحرني كان فاسداً أيضاً لأن المعنى المفسد لا يوجب الفصل بينهما وهو ما ذكرنا فيما تقدم ولو تزوج كافر بخمس نسوة أو باختين ثم أسلم فإن كان تزوجهن في عقدة واحدة فرق بينه وبينهن وإن كان تزوجهن في عقد متفرقة صح نكاح الاربع وبطل نكاح الخامسة وكذا في الاختين يصبح نكاح الاولى وبطل نكاح الثانية وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يختار من الخمس أربعاً ومن الاختين واحدة سواء تزوجهن في عقدة واحدة أو في عقد استحسننا وبه أخذ الشافعي احتج محمد بما روى أن غيلان أسلم وتحتة عشر نسوة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار أربعاً منهن وروى أن قيس ابن الحارث أسلم وتحتة ثمان نسوة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً وروى أن فيروز الديلمي أسلم وتحتة أختان فخير رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يستفسر أن نكاحهن كان دفعة واحدة أو على الترتيب ولو كان الحكم يختلف لاستفسر فدل أن حكم الشرع فيه هو التخيير مطلقاً ولا يبيح حنيفة وأبي يوسف أن الجمع محرم على المسلم والكافر جميعاً لأن حرمة تثبت لمعنى معقول وهو خوف الجور في إيفاء حقوقهن والإفضاء إلى قطع الرحم على ما ذكرنا فيما تقدم وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين المسلم والكافر لأنه لا يتعرض لأهل الذمة مع قيام الحرمة لأن ذلك دياتهم وهو غير مستثنى من عهودهم وقد نهينا عن التعرض لهم عن مثله بعد إعطاء الذمة وليس لنا ولاية التعرض لأهل الحرب فإذا أسلم فقد زال المانع فلا يمكن من استيفاء الجمع بعد الاسلام فإذا كان تزوج الخمس في عقدة واحدة فقد حصل نكاح كل واحدة منهن جميعاً إذ ليست إحداهن بأولى من الأخرى والجمع محرم وقد زال المانع من التعرض فلا بد من الاعتراض بالتفريق وكذلك إذا تزوج الاختين في عقدة واحدة لأن نكاح واحدة منهما جمل جميعاً إذ ليست إحداهما بأولى من الأخرى والاسلام يمنع من ذلك ولا مانع من التفريق فيفريق فأما إذا كان تزوجهن على الترتيب في عقد متفرقة فنكاح الاربع منهن وقع صحيحاً لأن الحر يملك الزوج بأربع نسوة مسلمات كان أو كافراً ولم يصبح نكاح الخامسة لحصوله جمعاً فيفريق بينهما بعد الاسلام وكذلك إذا كان تزوج الاختين في عقدتين فنكاح الاولى وقع صحيحاً إذا لا مانع من الصحة وبطل نكاح الثانية لحصوله جمعاً فلا بد من التفريق بعد الاسلام وأما الأحاديث ففيها اثبات الاختيار للزوج المسلم لكن ليس فيها أنه لا يختار ذلك بالنكاح الاول أو بنكاح جديد فاحتمل أنه أثبت له الاختيار لتجدد العقد عليهن ويحتمل أنه أثبت له الاختيار ليمسكن بالعقد الاول فلا يكون حجة مع الاحتمال مع ما أنه قد روى أن ذلك قبل تحريم الجمع فإنه روى في الخبر أن غيلان أسلم وقد كان تزوج في الجاهلية وروى عن مكحول أنه قال كان ذلك قبل نزول القران وتحریم الجمع ثبت بسورة النساء الكبرى وهي

مدنية وروى أن فريز لما هاجر إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال له إن تحتي أختين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ارجع فطلق أحدهما ومعلوم أن الطلاق إنما يكون في النكاح الصحيح فدل أن ذلك العقد وقع صحيحاً في الأصل
فدل أنه كان قبل تحریم الجمع ولا كلام فيه وعلى هذا الخلاف إذا تزوج الحر بى باربع نسوة ثم سبى هو وسبين معه
أن عند أبى حنيفة وأبى يوسف يفرق بينهما وبين الكل سواء تزوجهن في عقدة واحدة أو في عقد متفرقة لأن نكاح
الاربعة وقع صحيحاً لأنه كان حراً وقت النكاح والحر يملك الزوج باربع نسوة مسلماً كان أو كافراً إلا أنه تعذر
الاستيفاء بعد الاسترقاق لحصول الجمع من العبد في حال البقاء بين أكثر من اثنتين والعبد لا يملك الاستيفاء فيقع
جمعا بين الكل ففرق بينهما وبين الكل ولا يغير فيه كما إذا تزوج رضيعتين فأرضعتها امرأة بطل نكاحهما ولا يغير
كذا هذا وعند محمد يغير فيه فيختار اثنتين منهن كما يغير الحر في أربع نسوة من نسائه ولو كان الحر بى زوج أما بنتا
ثم أسلم فإن كان تزوجهما في عقدة واحدة فنكاحهما باطل وإن كان تزوجهما متفرقاً فنكاح الأولى جائز ونكاح
الأخرى باطل في قول أبى حنيفة وأبى يوسف كما قال في الجمع بين الخمس والجمع بين الأختين وقال محمد نكاح البنت
هو الجائز سواء تزوجهما في عقدة واحدة أو في عقدتين ونكاح الأم باطل لأن مجرد عقد الأم لا يحرم البنت وهذا
إذا لم يكن دخل بواحدة منهما ولو أنه كان دخل بهما جميعاً فنكاحهما جميعاً باطل بالاجماع لأن مجرد الدخول يوجب
التحریم سواء دخل بالأم أو بالبنت ولو لم يدخل بالولى ولكن دخل بالثانية فإن كانت الأولى بنتاً والثانية أما
فنكاحهما جميعاً باطل بالاجماع لأن نكاح البنت يحرم الأم والدخول بالأم يحرم البنت ولو كان دخل بأحدهما فإن
كان دخل بالولى ثم تزوج الثانية فنكاح الأولى جائز ونكاح الثانية باطل بالاجماع ولو تزوج الأم أولاً ولم يدخل
بها ثم تزوج البنت ودخل بها فنكاحهما جميعاً باطل في قول أبى حنيفة وأبى يوسف إلا أنه يحل له أن يتزوج بالبنت
ولا يحل له أن يتزوج بالأم وعند محمد نكاح البنت هو الجائز وقد دخل بها وهي أمه ونكاح الأم باطل

فصل في ما شرائط الزوم فنوعان في الأصل نوع هو شرط وقوع النكاح لازماً ونوع هو شرط بقاءه على
الزوم (أما) الأول فأنواع منها أن يكون الولي في انكاح الصغير والصغيرة هو الأب أو الجد فإن كان غير الأب والجد
من الأولياء كالإخ والعم لا يلزم النكاح حتى يثبت لهما الخيار بعد البلوغ وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف
هذا ليس بشرط ويلزم نكاح غير الأب والجد من الأولياء حتى لا يثبت لهما الخيار (وجه) قول أبى يوسف أن
هذا النكاح صدر من ولي فيلزم كما إذا صدر عن الأب والجد وهذا لأن ولاية النكاح ولاية نظر في حق المولى عليه
فيدل ثبوتها على حصول النظر وهذا يمنع ثبوت الخيار لأن الخيار لو ثبت إنما يثبت لنفي الضرر ولا ضرر فلا يثبت
الخيار ولهذا لم يثبت في نكاح الأب والجد كذا هذا ولهما ما روى أن قدامة بن مظعون زوج بنت أخيه عثمان بن
مظعون من عبد الله بن عمر رضي الله عنه فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد البلوغ فاخترت نفسها حتى روى
أن ابن عمر قال أنها انزعجت مني بعدما ملكتها وهذا نص في الباب ولأن أصل القرابة أن كان يدل على أصل النظر
لكونه دليلاً على أصل الشفقة فقصورها يدل على قصور النظر لقصور الشفقة بسبب بند القرابة فيجب اعتبار أصل
القرابة بآثار أصل الولاية واعتبار القصور بآثار الخيار تكميلاً للنظر وتوفيراً في حق الصغير بتلافي التقصير لو وقع
ولا يتوهم التقصير في نكاح الأب والجد لو فور شفتهم لذلك لزم انكاحهما ولم يلزم انكاح الإخ والعم على أن
القياس في نكاح الأب والجد أن لا يلزم إلا أنهم استحسنوا في ذلك لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوج
عائشة رضي الله عنها وبلغت لم يعلمها بالخيار بعد البلوغ ولو كان الخيار ثابتاً لها وذلك حتى لا علمها به وهل يلزم إذا
زوجها إلخ كما ذكر في الأصل ما يدل على أنه لا يلزم فانه قال إذا تزوجها غير الأب والجد فلها الخيار وإلخاكم غير الأب
والجد هكذا قول محمد أن لها الخيار وروى خالد بن صبيح المروزي عن أبى حنيفة أنه لا خيار لها (وجه) هذه
الرواية أن ولاية إلخاكم أعم من ولاية الإخ والعم لأنه يملك التصرف في النفس والمال جميعاً فكانت ولايته شبيهة بولاية

الاب والجد وولايتهم ملزمة كذلك ولاية الحاكم (وجه) رواية الاصل أن ولاية الاخ والعلم أقوى من ولاية الحاكم بدليل انهما يتقدمان عليه حتى لا يزوج الحاكم مع وجودهما ثم ولايتهم غير ملزمة فولاية الحاكم أولى واذا ثبت الخيار لكل واحد منهما وهو اختيار النكاح أو الفقرة فيقع الكلام بعد هذا في موضعين أحدهما في بيان وقت ثبوت الخيار والثاني في بيان ما يبطل به الخيار أما الأول فالخيار يثبت بعد البلوغ لا قبله حتى لو رضيت بالنكاح قبل البلوغ لا يعتبر ويثبت الخيار بعد البلوغ لأن أهلية الرضا تثبت بعد البلوغ لا قبله فيثبت الخيار بعد البلوغ لا قبله وأما الثاني فما يبطل به الخيار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الرضا بالنكاح نحو أن تقول رضيت بالنكاح واخترت النكاح أو أجزته وما يجزى هذا المجزى فيبطل خيار الفقرة ويلزم النكاح وأما الدلالة فتعني السكوت من البكر عقيب البلوغ لأن سكوت البكر دليل الرضا بالنكاح لما ذكرنا فثبت تقدم أن البكر لعلبة حياتها تستحى عن اظهار الرضا بالنكاح فاما سكوت الثيب فإن كان وطئها قبل البلوغ فبلغت وهي ثيب فسكتت عقيب البلوغ فلا يبطل به الخيار لأنها لا تستحى عن اظهار الرضا بالنكاح عادة لأن بالثيب قبل حياتها فلا يصح سكوتها دليل على الرضا بالنكاح فلا يبطل خيارها إلا بصريح الرضا بالنكاح أو بفعل أو بقول يدل على الرضا نحو التمكن من الوطء وطلب المهر والنفقة وغير ذلك وكذا سكوت الغلام بعد البلوغ لأن الغلام لا يستحى عن اظهار الرضا بالنكاح إذا ذلك دليل الرجولية فلا يسقط خياره إلا بنص كلامه أو بما يدل على الرضا بالنكاح من الدخول بها وطلب التمكن منها وإدراك النفقة عليها ونحو ذلك ثم العلم بالنكاح شرط بطلان الخيار من طريق الدلالة حتى لو لم تكن علامة بالنكاح لا يبطل الخيار لأن بطلان الخيار لوجود الرضا منه دالة والرضا بالشئ قبل العلم به لا يتصور إذ هو استحسان الشئ ومن لم يعلم بشئ كيف يستحسنه فإذا كانت علامة بالنكاح ووجد منها دليل الرضا بالنكاح بطل خيارها ولا يمتد هذا الخيار إلى آخر المجلس بل يبطل بالسكوت من البكر بخلاف خيار العتق وخيار المخيرة لأن التخيير هناك وجن من العبد وهو الزوج أو المولى أما في الزوج فظاهر وكذا في المولى لأن الخيار يثبت بالعتق والعتق حصل باعتاقه والتخيير من العبد تملك فيقتضى جواباً في المجلس فيمتد إلى آخر المجلس كخيار القبول في البيع بخلاف خيار البلوغ لأنه ما ثبت بصنع العبد بل باتباع الشرع فلم يكن تملكاً فلا يمتد إلى آخر المجلس وإن لم تكن علامة بالنكاح فلها الخيار حين تعلم بالنكاح ثم خيار البلوغ يثبت للذكر والانثى وخيار العتق لا يثبت إلا للمعتقة لأن خيار البلوغ يثبت اقصور الولاية وإذا اختلفت بالذكورة والانوثة وخيار العتق ثبت لزيادة الملك عليها بالعتق وإذا اختلفت بها وكذا خيار البلوغ للذكر والانثى إذا كانت الانثى ثيباً لا يبطل بالقيام عن المجلس وخيار العتق والمخيرة يبطل والفرق على نحو ما ذكرنا من خيار البكر وخيار العتق وخيار المخيرة أن الأول يبطل بالسكوت والثاني لا يبطل وأما العلم بالخيار فليس بشرط والجهل به ليس بعذر لأن دار الاسلام دار العلم بالشرائع فيمكن الوصول إليها بالتعلم فكان الجهل بالخيار في غير موضعه فلا يعتبر ولهذا لا يعذر العوام في دار الاسلام بمجهلهم بالشرائع بخلاف خيار العتق فإن العلم بالخيار هناك شرط والجهل به عذر وإن كان دار الاسلام دار العلم بالشرائع والأحكام لأن الوصول إليها ليس من طريق الضرورة بل بواسطة التعلم والامة لا تمكن من التعلم لأنها لا تنفرغ لذلك لاشتغالها بخدمة مولاهما بخلاف الحرّة ثم إذا اختار أحد هما الفقرة فهذه الفقرة لا تثبت إلا بقضاء القاضي بخلاف خيار العتق فإن المعتقة إذا اختارت نفسها تثبت الفقرة بغير قضاء القاضي (وجه) الفرق أن أصل النكاح هنا ثابت وحكمه نافذ وأما الغائب وصف الكمال وهو صفة اللزوم فكان الفسخ من أحد الزوجين رفع الأصل فوات الوصف وفوات الوصف لا يوجب رفع الأصل لما فيه من جعل الأصل تبعاً للوصف وليس له هذه الولاية وبه حاجة إلى ذلك فلا بد من رفعه إلى من له الولاية العامة وهو القاضي ليرفع النكاح دفعاً لحاجة الصغير الذي بلغ ونظراً له بخلاف خيار العتق لأن الملك إذا زاد عليها بالعتق ولها أن لا ترضى بالزيادة فكان لها أن تدفع الزيادة ولا يمكن دفعها إلا

باندفاع ما كان ثابتاً فيندفع الثابت ضرورة دفع الزيادة وهذا يمكن اذ ليس بعض الملك تابعا لبعض فلا تقع الحاجة الى قضاء القاضي ونظير الفصلين الرد بالعيب قبل القبض وبعده ان الاول ثبت بدون قضاء القاضي والثاني لا يثبت عند عدم التراضي منهما الا بقضاء القاضي والله عز وجل أعلم ولو زوج ابنته ابن أخيه فلا خيار لها بالاجماع لان النكاح صدر عن الاب وأما ابن الاخ فله الخيار في قول أبي حنيفة ومحمد لصدد النكاح عن العم وعند أبي يوسف لا خيار له والمسألة قد مرت ولو أعتق أمته ثم زوجها وهي صغيرة فلها خيار البلوغ لان ولاية الولاء دون ولاية القرابة فلما ثبت الخيار ثمة فلان يثبت ههنا أولى ولو زوجها ثم أعتقها وهي صغيرة فلها اذا بلغت خيار العتق لا خيار البلوغ لان النكاح صادفها وهي رقيقة

فصل ومنها كفاءة الزوج في انكاح المرأة الحرة البالغة العاقلة نفسها من غير رضا الاولياء بمثلها فيقع الكلام في هذا الشرط في أربعة مواضع أحدها في بيان ان الكفاءة في باب النكاح هل هي شرط لزوم النكاح في الجملة أم لا والثاني في بيان النكاح الذي الكفاءة من شرط لزومه والثالث في بيان ما تعتبر فيه الكفاءة والرابع في بيان من يعتبر له الكفاءة أما الاول فقد قال عامة العلماء انها شرط وقال الكرخي ليست بشرط أصلا وهو قول مالك وسفيان الثوري والحسن البصري واحتجوا بما روي ان أبا طيبة خطب الى بني بياضة فأبوا ان يزوجه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انكحوا أبا طيبة ان لا تفعلوا تكن فتنة في الارض وفساد كبير وروي أن بلالا رضي الله عنه خطب الى قوم من الانصار فأبوا ان يزوجه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قل لهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمركم ان تزوجوني أمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتزوج ويح عند عدم الكفاءة ولو كانت معتبرة لما أمر لان التزوج من غير كف غير مأثور به وقال صلى الله عليه وسلم ليس لربي على عجمي فضل الا بالتقوى وهذا نص ولان الكفاءة لو كانت معتبرة في الشرع لكان أولى الابواب بالاعتبار بها باب الدماء لانه يحتاط فيه مالا يحتاط في سائر الابواب ومع هذا لم يعتبر حتى يقتل الشريف بالوضيع فههنا أولى والدليل عليه انها لم تعتبر في جانب المرأة فكذا في جانب الزوج (ولنا) ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاءة ولا مهر اقل من عشرة دراهم ولان مصالح النكاح تخل عند عدم الكفاءة لانها لا تحصل الا بالاستفراش والمرأة تستنكف عن استفراش غير الكف وتغير بذلك فتختل المصالح ولان الزوجين يجري بينهما مباحات في النكاح لا يبقى النكاح بدون تحملها عادة والتحمل من غير الكف أمر صعب يشغل على الطباع السليمة فلا يدوم النكاح مع عدم الكفاءة فلزم اعتبارها ولا حجة لهم في الحديثين لان الامر بالتزوج يحتمل أنه كان نداهم الى الافضل وهو اختيار الدين وترك الكفاءة فيما سواه والاقتصار عليه وهذا لا يمنع جواز الامتناع وعندنا الافضل اعتبار الدين والاقتصار عليه ويحتمل أنه كان أمر ايجاب أمرهم بالتزوج منهم مع عدم الكفاءة فتخصيصها بهم بذلك كما خص أبا طيبة بالتمكين من شرب دمه صلى الله عليه وسلم وخص خزيمة بقبول شهادته وحده ونحو ذلك ولا شركة في موضع الخصوصية حملنا الحديثين على ما قلنا توفيقا بين الدلائل وأما الحديث الثالث فالمراد به أحكام الآخرة اذ لا يمكن حمله على أحكام الدنيا لظهور فضل العربي على العجمي في كثير من أحكام الدنيا فيحمل على أحكام الآخرة وبه قول والقياس على القصاص غير سديد لان القصاص شرع لمصلحة الحياة واعتبار الكفاءة فيه يؤدي الى تقويت هذه المصلحة لان كل أحد يقصد قتل عدوه الذي لا يكافئه فتقوت المصلحة المطلوب بقم القصاص وفي اعتبار الكفاءة في باب النكاح تحقيق المصلحة المطلوب بقم النكاح من الوجه الذي بينا فبطل الاعتبار وكذا الاعتبار بجانب المرأة لا يصح أيضا لان الرجل لا يستنكف عن استفراش المرأة الدنيئة لان الاستنكاف عن المستفرش لا عن المستفرش والزوج مستفرش فيستفرش الوطى والغش

فصل وأما الثاني فالنكاح الذي الكفاءة فيه شرط لزومه هو انكاح المرأة نفسها من غير رضا الاولياء ولا يلزم

حتى لو زوجت نفسها من غير كف عن غير رضا الاولياء لا يلزم وللأولياء حق الاعتراض لان في الكفاءة حقاً
للأولياء لانهم ينتفعون بذلك ألا ترى أنهم يتفاخرون بعلو نسب الخلق ويتعبرون بدناءة نسبه فيتضررون بذلك
فكان لهم أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم بالاعتراض كالمشتري اذا باع الشقص المشقوق ثم جاء الشفيع كان له أن
يفسخ البيع ويأخذ المبيع بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه كذا هذا ولو كان الزوج يرضاهم يلزم حتى لا يكون لهم حق
الاعتراض لان الزوج من المرأة تصرف من أهل في محل هو خالص حقها وهو نفسها وامتناع اللزوم كان لحقهم
المتعلق بالكفاءة فاذا رضوا فقد أسقطوا حق أنفسهم وهم من أهل الاسقاط والحل قابل للسقوط فيسقط ولورضى
به بعض الأولياء سقط حق الباقي في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يسقط وجه قوله أن حقهم في الكفاءة
ثبت مشتركين الكل فاذا رضى به أحد لم يفسد حق نفسه فلا يسقط حق الباقي كالدين اذا وجب لجماعة
فأبرأ بعضهم لا يسقط حق الباقي لما قلنا كذا هذا ولو كان رضا أحد لا يكون أكثر من رضاها فان زوجت نفسها
من غير كف بغير رضاهم لا يسقط حق الأولياء رضاها فلان لا يسقط رضا أحد من أوليها ولها أن هذا حق
واحد لا يتجزأ ثبت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة واسقاط بعض ما لا يتجزأ اسقاط لكله لانه لا بعض له فاذا
أسقط واحد منهم لا يتصور بقاؤه في حق الباقي كالتصاوص اذا وجب لجماعة فعفا أحد لم يفسد حق
الباقي كذا هذا ولو كان حقهم في الكفاءة ثابت لعينه بل لدفع الضرر والزوج من غير كف وقع اضراراً بالأولياء من
حيث الظاهر وهو ضرر عدم الكفاءة فالظاهر انه لا يرضى به أحد من الأولياء بصدقه بمصلحة حقيقية هي أعظم من
مصلحة الكفاءة وقف هو عليها وغفل عنها الباقيون لولا ما رضى وهي دفع ضرر الوقوع في الزنا على تقدير الفسخ
وأما قوله الحق ثبت مشتركين فقول على الوجه الاول ممنوع بل ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه
غيره لان ما لا يتجزأ لا يتصور فيه الشركة كحق التصاوص والامان بخلاف الدين فانه يتجزأ فتصور فيه الشركة
وبخلاف ما اذا زوجت نفسها من غير كف بغير رضا الاولياء لان هناك الحق متعدد فحقها خلاف جنس حقهم
لان حقها في نفسها وفي نفس العقد ولا حق لهم في نفسها ولا في نفس العقد وانما حقهم في دفع الشين عن أنفسهم واذا
اختلف جنس الحق فسقوط أحد ما لا يوجب سقوط الآخر وأما على الوجه الثاني فسلم لكن هذا الحق
ما ثبت لعينه بل لدفع الضرر وفي ابقائه لزوم أعلى الضرر ينفسق ضرورة وكذلك الأولياء لو زوجوها من غير
كف برضاها يلزم النكاح لما قلنا ولو زوجها أحد الأولياء من غير كف برضاها من غير رضا الباقي يجوز عند عامة
العلماء خلافا لما لك بناء على أن ولاية الانكاح ولاية مستقلة لكل واحد منهم عندنا وعند ولاية مشتركة وقد
ذكرنا المسئلة في شرائط الجواز وهل يلزم قال أبو حنيفة ومحمد يلزم وقال أبو يوسف وزفر والشافعي لا يلزم وجه
قولهم على نحو ما ذكرنا فقام تقدم ان الكفاءة حق ثبت لكل على الشركة واحد الشر يمكن اذا اسقط حق نفسه
لا يسقط حق صاحبه كالدين المشترك وجه قولهما ان هذا حق واحد لا يتجزأ ثبت بسبب لا يتجزأ ومثل هذا الحق
اذا ثبت لجماعة ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره كالتصاوص والامان ولو ان اقدامه على النكاح
مع كمال الرأي برضاها مع التزام ضرر ظاهر بالقبيلة وبنفسه وهو ضرر عدم الكفاءة بل حقوق العار والشين دليل كونه
مصلحة في الباطن وهو اشتباهه على دفع ضرر أعظم من ضرر عدم الكفاءة وهو ضرر عار الزنا وغيره لولا ما فعل وأما
انكاح الاب والجد الصغير والصغيرة فالكفاءة فيه ليست بشرط للزوم عند أبي حنيفة كما انها ليست بشرط
الجواز عنده فيجوز ذلك ويلزم لصدوره من له كمال نظر لكمال الشفقة بخلاف انكاح الاخ والعمة من غير الكف
انه لا يجوز بالاجماع لانه ضرر محض على ما بينا في شرائط الجواز واما انكاحهما من الكف فجاز عندنا خلافا
للشافعي لكنه غير لازم في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لازم والمسئلة قد مر

فصل في بيان ما تعتبر فيه الكفاءة وما تعتبر فيه الكفاءة أشياء منها النسب والاصل فيه قول النبي

صلى الله عليه وسلم قر يش بعضهم أ كفاء لبعض والعرب بعضهم أ كفاء لبعض حتى و قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أ كفاء لبعض رجل رجل لان التفاخر والتعير يقان بالانساب فتلحق النقيصة بدناءة النسب فتعتبر فيه الكفاءة ققر يش بعضهم أ كفاء لبعض على اختلاف قبائلهم حتى يكون القرشي الذي ليس بهاشمي كاليميني والاموي والعدوي ونحو ذلك كفاء للهاشمي ا قوله صلى الله عليه وسلم قر يش بعضهم أ كفاء لبعض وقر يش تشمل على بنى هاشم والعرب بعضهم أ كفاء لبعض بالنص ولا تكون العرب كفاء لقر يش لفضية قر يش على سائر العرب ولذلك اختصت الامامة بهم قال النبي صلى الله عليه وسلم الا ائمة من قر يش بخلاف القرشي انه يصلح كفاء للهاشمي وان كان للهاشمي من الفضيلة ما ليس للقرشي لكن الشرع أسقط اعتبار تلك القضية في باب النكاح عرفنا ذلك بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج ابنته من عثمان رضي الله عنه وكان أموياً لا هاشمياً وزوج على رضي الله عنه ابنته من عمر رضي الله عنه ولم يكن هاشمياً بل عدوياً فدل ان الكفاءة في قر يش لا تختص ببطن دون بطن واستثنى محمد رضي الله عنه بيت الخلافة فلم يجعل القرشي الذي ليس بهاشمي كفاء له ولا تكون الموالى أ كفاء للعرب لفرض العرب على العجم والموالى بعضهم أ كفاء لبعض بالنص وموالى العرب أ كفاء لموالى قر يش لمعوم قوله والموالى بعضهم أ كفاء لبعض رجل رجل ثم مفارقة العجم بالاسلام لا بالنسب ومن له أب واحد في الاسلام لا يكون كفاء له آباء كثيرة في الاسلام لان تمام التعريف بالجد والزيادة على ذلك لانه لا نهاية لها وقيل هذا اذا كان في موضع قد طال عهد الاسلام وامتد فاما اذا كان في موضع كان عهد الاسلام قرياً بحيث لا يعبر بذلك ولا يعد عيباً يكون بعضهم كفاء لبعضهم لان التعير اذا لم يحجر بذلك ولم يعد عيباً بلحق الشين والنقيصة فلا يتحقق الضرر

﴿فصل﴾ ومنها الحرية لان النقص والشين بالرق فوق النقص والشين بدناءة النسب فلا يكون القن والمدير والمكاتب كفاء لحرية بحال ولا يكون مولى العتاقة كفاء لحرية الاصل ويكون كفاء لثله لان التفاخر يقع بالحرية الاصلية والتعير يجري في الحرية العارضة المستفادة بالاعتاق وكذا من له أب واحد في الحرية لا يكون كفاء له أبوان فصاعداً في الحرية ومن له أبوان في الحرية لا يكون كفاء له آباء كثيرة في الحرية كما في اسلام الآباء لان أصل التعريف بالأب وتعامه بالجد وليس وراء التمام شيء وكذا مولى الوضيع لا يكون كفاء لمولاه الشريف حتى لا يكون مولى العرب كفاء لمولاة بنى هاشم حتى لو زوجت مولاة بنى هاشم نفسها من مولى العرب كان لمعتقها حق الاعتراض لان الولاء بمنزلة النسب قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لحمه كلحمه النسب

﴿فصل﴾ ومنها المال فلا يكون الفقير كفاء للغني لان التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره عادة وخصوصاً في زماننا هذا لان النكاح تعلقاً بالمهر والثقة تعلقاً لازماً فانه لا يجوز بدون المهر والثقة لازمة ولا تعلق له بالنسب والحرية فلما اعتبرت الكفاءة ثمة فلان تعتبر ههنا أولى والمعتبر فيه القدرة على مهر مثلها والثقة ولا تعتبر الزيادة على ذلك حتى ان الزوج اذا كان قادراً على مهر مثلها وتفتها يكون كفاء لها وان كان لا يساويها في المال هكذا روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد في ظاهر الروايات وذكر في غير رواية الاصول ان تساويهما في الغنا شرط لتحقيق الكفاءة في قول أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف لان التفاخر يقع في الغنا عادة والصحيح هو الاول لان الغنا لا ثبات له لان المال غادر وأما فلا تعتبر المساواة في الغنا ومن لا يملك مهر ولا ثقة لا يكون كفاء لان المهر عوض ما يملك بهذا المقدراً فمن القدرة عليه وقيام الازدواج بالثقة فلا بد من القدرة عليها ولان من لا قدرة له على المهر والثقة يستحققر ويستهان في العادة كمن له نسب دنيء فتختل به المصالح كما تختل عند دناءة النسب وقيل المراد من المهر قدر المعجل عرفاً وعادة دون ما في الذمة لان ما في الذمة يسامح فيه بالتأخير الى وقت اليسار فلا يطلب به الحال عادة والمال غادر رائج وروى عن أبي يوسف انه اذا ملك الثقة يكون كفاء وان لم يملك المهر هكذا روى الحسن بن أبي

مالك عنه فانه روى عنه انه قال سألت أبا يوسف عن الكف فقال الذي يملك المهر والنفقة فقلت وان كان يملك المهر دون النفقة فقال لا يكون كفاً فقلت فان ملك النفقة دون المهر فقال يكون كفاً وانما كان كذلك لان المرء بعد قادراً على المهر بقدره أليه عادة ولهذا لم يجز دفع الزكاة الى ولد الغني اذا كان صغيراً وان كان فقيراً في نفسه لانه يعد غنياً بحال أبيه ولا يعد قادراً على النفقة بغنا أبيه لان الاب يتحمل المهر الذي على ابنه ولا يتحمل نفقة زوجته عادة وقال بعضهم اذا كان الرجل ذا جاه كالسلطان والعالم فانه يكون كفاً وان كان لا يملك من المال الا قدر النفقة لما ذكرنا ان المهر تجري فيه المسامحة بالتأخير الى وقت اليسار والمال يغدو ويروح وحاجة المعيشة تندفع بالنفقة

فصل ومنها الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف حتى لو ان امرأته من بنات الصالحين اذا تزوجت نفسها من فاسق كان للاولياء حق الاعتراض عندهما لان التفاخر بالدين أحق من التفاخر بالنسب والحريّة والمال والتعبير بالفسق اشد وجوه التعبير وقال محمد لا تعتبر الكفاءة في الدين لان هذا من أمور الآخرة والكفاءة من احكام الدنيا فلا يقدح فيها الفسق الا اذا كان شيئاً فاحشاً بأن كان الفاسق ممن يسخر منه ويضحك عليه ويصفع فان كان ممن يهاب منه بان كان أميراً لا يكون كفاً لان هذا الفسق لا يعد شيئاً في العادة فلا يقدح في الكفاءة وعن أبي يوسف ان الفاسق اذا كان معلناً لا يكون كفاً وان كان مستتراً يكون كفاً

فصل وأما الحرفة فقد ذكرنا كراخي ان الكفاءة في الحرف والصناعات معتبرة عند أبي يوسف فلا يكون الخائف كفاً للجوهرى والصيرى وذكرنا أن أبا حنيفة بنى الاسر فيها على عادة العرب ان مواليهم يعملون هذه الاعمال لا يقصدون بها الحرف فلا يعبرون بها وأجاب أبو يوسف على عادة أهل البلاد انهم يتخذون ذلك حرفة فيعبرون بالدين من الصنائع فلا يكون بينهم خلاف في الحقيقة وكذا ذكرنا القاضى في شرحه مختصر الطحاوى اعتبار الكفاءة في الحرفة ولم يذكرنا خلاف فتثبت الكفاءة بين الحرفيين في جنس واحد كالبراز مع البزاز والخائف مع الخائف وتثبت عند اختلاف جنس الحرف اذا كان يقارب بعضها بعضاً كالبراز مع الصانع والصانع مع المطار والخائف مع الخائف والحجام مع الدباغ ولا تثبت فيما لا متقاربة بينهما كالمطار مع البيطار والبراز مع الخراز وذكرنا في بعض نسخ الجامع الصغير ان الكفاءة في الحرف معتبرة في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف غير معتبرة الا أن تكون فاحشة كالحياكة والحجامة والدباغة ونحو ذلك لانها ليست بأمر لازم واجب الوجود الا ترى انه يقدر على تركها وهذا يشكل بالحياكة واخواتها فانه قادر على تركها ومع هذا يقدح في الكفاءة والله تعالى الموفق وأهل الكفر بعضهم أكفاء لبعض لان اعتبار الكفاءة لدفع النقيصة ولا تقيصة أعظم من الكفر

فصل وأما بيان من تعتبر له الكفاءة فالكفاءة تعتبر للنساء لا للرجال على معنى انه تعتبر الكفاءة في جانب الرجال للنساء ولا تعتبر في جانب النساء للرجال لان النصوص وردت بالا اعتبار في جانب الرجال خاصة وكذا المعنى الذي شرعت له الكفاءة بوجوب اختصاص اعتبارها بجانبهم لان المرأة هي التي تستنكف لا الرجل لانها هي المستغرشة فاما الزوج فهو المستغرش فلا تلحقه الا نفقة من قبلها ومن مشايخنا من قال ان الكفاءة في جانب النساء معتبرة أيضاً عند أبي يوسف ومحمد استدلالاً بمسئلة ذكرها في الجامع الصغير في باب الوكالة وهي أن أميراً أمر رجلاً ان تزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره قال جاز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز ولا دلالة في هذه المسئلة على ما زعموا لان عدم الجواز عندهما محتمل أن يكون لمعنى آخر وهو ان أصلهما أن التوكيل المطلق يتقيد بالعرف والعادة فينصرف الى المتعارف كما في الوكيل بالبيع المطلق ومن أصل أبي حنيفة انه يجري على إطلاقه في غير موضع الضرورة والتهمة ويحتمل أن يكون عدم الجواز عندهما لا اعتبار الكفاءة في تلك المسئلة خاصة محملاً للمطلق على المتعارف كما هو أصلهما اذا المتعارف هو التزويج بالكفاءة فاستحسننا اعتبار الكفاءة في جانبهم في مثل تلك الصورة لمكان العرف والعادة وقد نص محمد رحمه الله على القياس والاستحسان في تلك المسئلة في وكالة الاصل فلم تكن هذه المسئلة دليلاً

على اعتبار الكفاءة في جانبهن أصلاً عندهما ولا تكون دليلاً على ذلك على الإطلاق بل في تلك الصورة خاصة استحسبنا المعروف ولو أظهر رجل نسبه لامرأة فزوجت نفسها منه ثم ظهر نسبه على خلاف ما أظهره فلا امر لا يخلو أما ان يكون المكتوم مثل المظهر وأما ان يكون أعلى منه وأما ان يكون أدون فان كان مثله بان أظهر انه تبي ثم ظهر أنه عدوى فلا خيار لها لان الرضا بالشئ يكون رضاً بمثله وان كان أعلى منه بان أظهر انه عربي فظهر انه قرشي فلا خيار لها أيضاً لان الرضا بالأدنى يكون رضاً بالأعلى من طريق الأولى وعن الحسن بن زياد ان لها الخيار لان الأعلى لا يحتمل منها ما يحتمل الأدنى فلا يكون الرضا منها بالمظهر رضا بالأعلى منه وهذا غير سديد لان الظاهر انها ترضى بالكفء وان كان الكفء لا يحتمل منها ما يحتمل غير الكفء لان غير الكفء ضرره أكثر من نفعه فكان الرضا بالمظهر رضا بالأعلى منه من طريق الأولى وان كان أدون منه بان أظهر انه قرشي ثم ظهر انه عربي فلها الخيار وان كان كفءاً لها بان كانت المرأة عربية لأنها انما رضيت بشرط الزيادة وهي زيادة مرغوب فيها ولم تحصل فلا تكون راضية بدونها فكان لها الخيار وروى انه لا خيار لها لان الخيار لدفع النقص ولا تقيصة لانه كفء طاهراً اذا فعل الرجل ذلك فاما اذا فعلت المرأة بان أظهرت امرأة نسبها لرجل فزوجها ثم ظهر بخلاف ما أظهرت فلا خيار للزوج سواء تبين انها حرة أو أمة لان الكفاءة في جانب النساء غير معتبرة ويتصل بهذا ما اذا تزوج رجل امرأة على انها حرة فولدت منه ثم أقام رجل البينة على انها أمة فان المولى بالخيار ان شاء أجاز النكاح وان شاء أبطله لان النكاح حصل بغير اذن المولى فوقف على اجازته ويزعم العقول لانه وطى جارية غير مملوكة له حقيقة فلا يخلو عن عقوبة أو غرامة ولا سبيل الى ايجاب العقوبة للشبهة فتجب الغرامة وأما الولد فان كان المهر وحرراً فالولد حر بالقيمة لا بجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فانه روى عن عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعاً ولان الاستيلاء حصل بناء على ظاهر النكاح اذ لا علم للمستولد بحقيقة الحال فكان المستولد مستحقاً للنظر والمستحق مستحق للنظر أيضاً لانه ظهر كون الجارية ملكاً له فتجب مراعاة الحقين بقدر الامكان فراعىنا حق المستولد في صورة الاولاد وحق المستحق في معنى الاولاد رعاية للجائين بقدر الامكان وتعتبر قيمته يوم الخصومة لانه وقت سبب وجوب الضمان وهو منع الولد عن المستحق لانه علق عبداً في حقه ومنع عنه يوم الخصومة ولومات الولد قبل الخصومة لا يفرم قيمته لان الضمان يجب بالمنع ولم يوجد المنع من المهرور ولانه لا يصنع له في موته وان كان الابن ترك ما لا فهو ميراث لبيه لانه ابنه وقدمات حراً فيرثه ولا يفرم للمستحق شيئاً لان الميراث ليس يسدل عن الميت وان كان الابن قتل رجل وأخذ الاب الدية فانه يفرم قيمته للمستحق لان الدية بدل عن المقتول فتقوم مقامه كانه حي وان كان رجل ضرب بطن الجارية فالت جنيماً ميتاً يفرم الضارب الفرة خمسمائة ثم يفرم المستولد للمستحق فان كان الولد ذكراً فنصف عشر قيمته وان كان انثى فعشر قيمتها وان كان المهرور عبداً فالاولاد يكونون أرقاء للمستحق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يكونون أحراراً ويكونون اولاداً للمهرور (وجه) قول محمد ان هذا ولد المهرور حقيقة لا لخلقه من مائه وولد المهرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولهما ان القياس ان يكون الولد ملك المستحق لان الجارية تبين انها مملوكة فيتبين ان الولد حدث على ملكه لان الولد يتبع الام في الحرية والرق الا ان تركنا القياس باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهم اتفقوا بحرية الولد في المهرور الحرفي الا في غيره مردود الى أصل القياس ثم المهرور هل يرجع بما غرم على الغار والغار لا يخلو اما ان يكون أجنبياً وأما ان يكون مولى الجارية وأما ان يكون هي الجارية فان كان أجنبياً فان كان حراً ففره بأن قال تزوجها فاتها حرة أو لم يأمره بالتزويج لكنه زوجها على انها حرة أو قال هي حرة وزوجها منه فانه يرجع على الغار بقيمة الاولاد لانه صار ضماناً له ما يلحقه من الغرامة في ذلك النكاح فيرجع عليه بحكم الضمان ولا يرجع عليه بالعقر لانه ضمنه بفعل نفسه فلا يرجع على أحد ولو قال هي حرة ولم يأمره بالتزويج ولم يزوجها منه لا يرجع على المخبر بشئ لان

معنى الضمان والالتزام لا يتحقق بهذا القدر وان كان الفاعل عبد الرجل فان كان مولاه لم يأمره بذلك يرجع عليه بعد العتاق وان كان أمره بذلك يرجع عليه للحال الا اذا كان مكاتباً أو مكاتبة فانه يرجع عليه بعد العتاق لان أمر المولى بذلك لا يصح وان كان المولى هو الذي غره فلا يضمن المهر ومن قيمة الا ولا دشيلاً لانه لو ضمن للمولى لكان له ان يرجع على المولى بما ضمن فلا يفيد وجوب الضمان وان كانت الامسة هي التي غرته فان كان المولى لم يأمرها بذلك فان المهر ور يرجع على الامة بعد العتاق للحال لانه دين لم يظهر في حق المولى وان كان أمرها بذلك يرجع على الامة للحال لانه ظهر وجوبه في حق المولى هذا اذا غره أحد اماً اذا لم يغره أحد ولكنه ظن انها حرة فتر وجمها فاذا هي أمة فانه لا يرجع بالمهر على أحد اقلنا والا ولا دارقاه لمولى الامة لان الجارية ملكه والله أعلم

﴿فصل﴾ ومنها كمال مهر المثل في انكاح الحرة العاقلة البالغة نفسها من غير كفء بغير رضا الا ولياء في قول أبي حنيفة حتى لو زوجت نفسها من كفء باقل من مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن فيه الناس بغير رضا الا ولياء فلا ولياء حتى الاعتراض عنده فاما ان يبلغ الزوج الى مهر مثلها أو يفرق بينهما وعند أبي يوسف ومحمد هذا ليس بشرط ويلزم النكاح بدونه حتى ثبتت للاولياء حق الاعتراض وهاتان المسئلتان أعني هذه المسئلة والمسئلة المتقدمة عليهما وهي ما اذا زوجت نفسها من غير كفء بغير رضا الا ولياء لا شك انها يفرعان على أصل أبي حنيفة وزفر واحد الروايتين عن أبي يوسف ورواية الرجوع عن محمد لان النكاح جائز واما على أصل محمد في ظاهر الرواية عنه واحد الروايتين عن أبي يوسف فلا يجوز هذا النكاح فيشكل التفريع فتصور المسئلة فيما اذا أذن الولي لها بالتزويج فزوجت نفسها من غير كفء أو من كفء باقل من مهر مثلها وكفي الاصل صورة أخرى وهي ما اذا أكره الولي والمرأة على النكاح من غير كفء أو من كفء باقل من مهر مثلها ثم زال الاكراه في المسئلة الاولى لكل واحد منهما أعني الولي والمرأة حتى الاعتراض وان رضى أحدهما لا يبطل حق الآخر وفي المسئلة الثانية لها حق الاعتراض فان رضيت بالنكاح والمهر فالولي ان يفسخ في قول أبي حنيفة وفي قول محمد وأبي يوسف الاخير ليس له ان يفسخ وتصور المسئلة على أصل الشافعي فيما اذا أمر الولي رجلاً بالتزويج فزوجها من غير كفء بغير رضاها أو من كفء بمهر قاصر برضاها (وجه) قول أبي يوسف ومحمد ان المهر حقه على الخلوص كالتن في البيع والاجرة في الاجارة فكانت هي بالنقص متصرفه في خالص حقه فيصح ويلزم كما اذا أبرأت زوجها عن المهر ولهذا اجاز البراءة عن الثمن في باب البيع والبيع ثمن بخس كذا هذا ولا يبي حنيفة ان للاولياء حق في المهر لانهم يفتخرون بغلاء المهر ويتعبرون ببخسه فيلحقهم الضرر بالبخس وهو ضرر التعيير فكان لهم دفع الضرر عن أنفسهم بالاعتراض ولهذا اثبت لهم حق الاعتراض بسبب عدم الكفاءة كذا هذا ولانها بالبخس عن مهر مثلها أضرت بنساء قبيلتها لان مهر مثلها عند تقادم العهد تعتبر بها فكانت بالنقص ملحقة الضرر بالقبيلة فكان لهم دفع هذا الضرر عن أنفسهم بالفسخ والله أعلم

﴿فصل﴾ ومنها خلو الزوج عن عيب الحب والعنة عند عدم الرضا من الزوجة بهما عند عامة العلماء وقال بعضهم عيب العنة لا يمنع زوم النكاح واحتجوا بما روى ان امرأة رفاعة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله اني كنت تحت رفاعة فطلقني آخر التطليقات الثلاث وتزوجت عبد الرحمن بن الزبير فوالله ما وجدت معه الا مثل الهدبة فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لعليك تريدين ان ترجعي الى رفاعة لاني قد تزوجت عسيلة ويزوق عسيلة فوجه الاستدلال ان تلك المرأة ادعت العنة على زوجها ورسول الله صلى الله عليه وسلم لم يثبت لها الخيار ولو لم يقع النكاح لازماً لا ثبت ولان هذا العيب لا يوجب فوات المستحق بالعقد يتيقن فلا يوجب الخيار كسائر أنواع العيوب بخلاف الحب فانه يفوت المستحق بالعقد يتيقن (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى عن عمر رضي الله عنه انه قضى في العنين انه يؤجل سنة فان قدر عليها والا أخذت منه الصداق كاملاً وفرق بينهما وعليها العدة وروى عن ابن مسعود رضي الله عنه مثله وروى عن علي رضي الله عنه انه قال يؤجل سنة فان وصل اليها والافرق بينهما

بينهما وكان قضاءهم يحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهم أحد منهم فيكون اجماعا ولان الوطاء
مرة واحدة مستحق على الزوج للمرأة بالعقد وفي الزام العقد عند تقرر العجز عن الوصول تقويت المستحق بالعقد
عليها وهذا ضرر بها وظلم في حقها وقد قال الله تعالى ولا يظلم بك أحد او قال النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا
اضرار في الاسلام فيؤدى الى التناقض وذلك محال لان الله تعالى أوجب على الزوج الامساك بالمرء أو التسريح
بالاحسان بقوله تعالى عز وجل فامساك بمعرف أو تسريح بإحسان ومعلوم ان استيفاء النكاح عليها مع كونها
محرمة الحظ من الزوج ليس من الامساك بالمرء في شيء فتعين عليه التسريح بالاحسان فان سرح بنفسه والا
ناب القاضي منابه في التسريح ولان المهر عوض في عقد النكاح والعجز عن الوصول يوجب عيبا في العوض لانه يمنع
من تأكده بيقين لجواز ان يختصا الى قاض لا يرى تأكد المهر بالخلوة فيطلقها ويعطيها نصف المهر فيتمكن في المهر
عيب وهو عدم التأكد بيقين والعيب في العوض يوجب الخيار كافي البيع ولا حجة لهم في الحديث لان تلك المقالة منها
لم تكن دعوى العنة بل كانت كناية عن معنى آخر وهو دقة القضيبي والاعتبار بسائر العيوب لا يصح لانها لا توجب
فوات المستحق بالعقد لاند كفي تلك المسألة ان شاء الله تعالى وهذا يوجب ظاهرا وغالبا لان العجز يتقرر بعدم
الوصول في مدة السنة ظاهر ايفوت المستحق بالمقد ظاهر اقبطل الاعتبار واذا عرف هذا فاذا رفعت المرأة زوجها
وادعت انه عني وطلبت الفرقة فان القاضي يسأله هل وصل اليها أو لم يصل فان أقر انه لم يصل أجله سنة سواء كانت
المرأة بكر أو ثيبا وان أنكر وادعى الوصول اليها فان كانت المرأة ثيبا فاقول قوله مع يمينه انه وصل اليها لان الثبينة دليل
الوصول في الجملة والمانع من الوصول من جهته عارض اذ الاصل هو السلامة عن العيب فكان الظاهر شاهدا له الا
انه يستحلف دفعا للثبينة وان قالت أنا بكر نظر اليها النساء وامرأة واحدة تحزى لان البكارة باب لا يطلع عليه الرجال
وشهادة النساء بافترادهن في هذا الباب مقبولة للضرورة وتقبل فيه شهادة الواحدة كشهادة القابلة على الولادة ولان
الاصل حرمة النظر الى العورة وهو العزيمة لقوله تعالى وقل للمؤمنات يفضضن من أبصارهن وحق الرخصة يصير
مقتضيا بالواحدة ولان الاصل ان ما قبل قول النساء فيه بافترادهن لا يشترط فيه العدد كرواية الاخبار عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم والثنتان أو ثلث لان غلبة الظن بخبر العدد أقوى فان قلن هي ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه
قلنا وان قلن هي بكر فالقول قولها وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان القول قولها من غير يمين لان البكارة فيها
أصل وقد نفوت شهادتهن بشهادة الاصل واذا ثبت انه لم يصل اليها ما بقراره أو بظهور البكارة أجله القاضي حولا
لانه ثبت عنته والعين يؤجل سنة لاجماع الصحابة على ذلك ولان عدم الوصول قبل التأجيل يحتمل ان يكون للعجز
عن الوصول ويحتمل ان يكون لبغضه اياها مع القدرة على الوصول فيؤجل حتى لو كان عدم الوصول للبغض بطوفا في
المدة ظاهر او غالبا دفعا للعار والشين عن نفسه وان لم يطأها حتى مضت المدة يعلم ان عدم الوصول كان للعجز واما
التأجيل سنة فلان العجز عن الوصول يحتمل ان يكون خلقا ويحتمل ان يكون من داء أو طبيعة غالبية من الحرارة أو
البرودة أو الرطوبة أو اليبوسة والسنة مشتملة على الفصول الاربع والفصول الاربع مشتملة على الطبائع الاربع
فيؤجل سنة لما عسى ان يوافقه بعض فصول السنة فيزول المانع ويقدر على الوصول وروى عن عبد الله بن نوفل
انه قال يؤجل عشرة أشهر وهذا القول مخالف لاجماع الصحابة رضى الله عنهم فانهم أجلوا العين سنة وقد اختلف
الناس في عبد الله بن نوفل انه صحابي أو تابعي فلا يقدح خلافا في اجماع مع الاحتمال ولان التأجيل سنة لرجاء
الوصول في الفصول الاربع ولا تكمل الفصول الا في سنة تامة ثم يؤجل سنة شمسية بالايام أو قمرية بالاهلة ذكر
القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان في ظاهر الرواية يؤجل سنة قمرية بالاهلة قال وروى الحسن عن أبي حنيفة
انه يؤجل سنة شمسية وحكى الكرخي عن اصحابنا انهم قالوا يؤجل سنة شمسية ولم يذكر الخلاف (وجهه) هذا
القول وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ان الفصول الاربع لا تكمل الا بالسنة الشمسية لانها تزيد على القمرية


بأيام فيحتمل زوال العارض في المدة التي بين الشمسية والقمرية فكان التأجيل بالسنة الشمسية أولى ولظاهر الرواية
 الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى يسئلك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج جعل الله عز وجل
 بفضلهم ورحمته الهلال معر فالخلق الاجل والاوقات والمدد ومعرفة وقت الحج لانه لو جعل معرفة ذلك بالايام
 لاشتد حساب ذلك عليهم ولتعدر عليهم معرفة السنين والشهور والايام واما السنة فمأروى ان النبي صلى الله عليه
 وسلم خطب في الموسم وقال صلى الله عليه وسلم في خطبته الا ان الزمان قد استدار كهيئته يوم خلق الله السموات
 والارض السنة اثنا عشر شهرا اربعة حرم ثلاث متواليات ذوالقعدة وذو الحجة والحرم ورجب مضر الذي بين
 جمادى وشعبان ثلاثة سردو واحد فرد والشهر في اللغة اسم للهِلال يقال رأيت الشهر أى رأيت الهلال وقيل سمي
 الشهر شهراً لشهرته والشهرة للهلال فكان تأجيل الصحابة رضى الله عنهم العنين سنة والسنة اثنا عشر شهراً أو الشهر
 اسم للهلال تأجيلاً للهلالية وهي السنة القمرية ضرورة وأول السنة حين يترافعان ولا يحسب على الزوج ما قبل
 ذلك لما روى ان عمر رضى الله عنه كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنة من يوم يرتفع اليه لما ذكرنا ان عدم الوصول
 قبل التأجيل يحتمل ان يكون للعجز ويحتمل ان يكون لكراهته اياها مع القدرة على الوصول فاذا أجله الحاكم فالظاهر
 انه لا يمتنع عن وطئها الا لعجزه خشية العار والشين فاذا أجل سنة فشهر رمضان وأيام الحيض تحسب عليه ولا يجعل
 له مكانها لان الصحابة رضى الله عنهم أجلوا العنين سنة واحدة مع علمهم بان السنة لا تخلو عن شهر رمضان ومن زمان
 الحيض فلو لم يكن ذلك محسوباً من المدة لا جواز زيادة على السنة ولومرض الزوج في المدة مرضاً لا يستطيع معه الجماع
 أو مرضت هي فان استوعب المرض السنة كلها يستأنف له سنة أخرى وان لم يستوعب فقد روى ابن سبعة
 عن أبي يوسف ان المرض ان كان نصف شهراً أو أقل احتسب عليه وان كان أكثر من نصف شهر لم يحتسب عليه
 بهذه الايام وجعل له مكانها وكذلك الغيبة وروى ابن سبعة عنه رواية أخرى انه اذا صح في السنة يوماً أو يومين
 أو صحت هي احتسب عليه بالسنة وروى ابن سبعة عن محمد بن النضر ان كان أقل من شهر لم يحتسب عليه وان كان
 شهر أفصاه لا يحتسب عليه بايام المرض ويجعل له مكانها والا صل في هذا ان قليل المرض مما لا يمكن اعتباره لان
 الانسان لا يخلو عن ذلك عادة ويمكن اعتبار الكثير فجعل أبو يوسف على احدى الروايتين وهي الرواية الصحيحة
 عنه نصف الشهر وما دونه قليلاً والاكثر من النصف كثيراً استدلالاً بشهر رمضان فانه محسوب عليه ومعلوم انه
 انما يقدر على الوطء في الليالي دون النهار والليالي دون النهار تكون نصف شهر وكان ذلك دليلاً على أن المانع اذا
 كان نصف شهر فما دونه يعتد به وهذا الاستدلال بوجوب الاعتداد بالنصف فادونه اما لا يثبت الاعتداد بما فوقه
 واما على الرواية الأخرى فنقول انه لما صح زماناً يمكن الوطء فيه فاذا لم يطأها فالتصير جاء من قبله فيجعل كانه صح
 جميع السنة بخلاف ما اذا مرض جميع السنة لانه لم يجد زماناً يتمكن من الوطء فيه فتعذر الاعتداد بالسنة في حقه ومحمد
 جعل ما دون الشهر قليلاً والشهر فصاعداً كثيراً لأن الشهر أدنى الاجل وأقصى العاجل فكان في حكم الكثير وما
 دونه في حكم القليل وقال أبو يوسف ان حجت المرأة حجة الاسلام بعد التأجيل لم يحتسب على الزوج مدة الحج لانه
 لا يقدر على منعها من حجة الاسلام شرعاً فلم يتمكن من الوطء فيها شرعاً وان حج الزوج احتسبت المدة عليه لانه يقدر
 على ان يخرجها مع نفسه أو يؤخر الحج لان جميع العمر وقته وقال محمد بن النضر انه لو طأها فالتصير جاء من قبله فيجعل كانه صح
 لانه لا يتمكن من الوطء شرعاً مع الاحرام فتبتدأ المدة من وقت يمكنه الوطء فيه شرعاً وهو ما بعد الاحلال وان خاصته
 وهو مظاهر فان كان يقدر على الاعتاق أجل سنة من حين الخصومة الا انه اذا كان قادراً على الاعتاق كان قادراً على
 الوطء بتقديم الاعتاق كالحديث قادر على الصلاة بتقديم الطهارة وان كان لا يقدر على ذلك أجل اربعة عشر شهراً
 لانه يحتاج الى تقديم صوم شهرين ولا يمكنه الوطء فيها فلا يعتد بهما من الاجل ثم يمكنه الوطء بعدهما فان أجل
 سنة وليس بظاهر ثم ظاهر في السنة لم يزد على المدة بشيء لانه كان يقدر على ترك الظهار فلما ظاهر فقد منع نفسه عن

الوطء باختياره فلا يجوز اسقاط حق المرأة وان كانت امرأة العنين رتقاء أو قرناء لا يؤجل لانه لاحق للمرأة في الوطء لوجود المانع من الوطء فلا معنى للتأجيل وان كان الزوج صغيرا لا يجامع مثله والمرأة كبيرة ولم تعلم المرأة فطلبت بالتأجيل لا يؤجل بل ينتظر الى ان يدرك فاذا أدرك يؤجل سنة لانه اذا كان لا يجامع لا يفيد التأجيل ولان حكم التأجيل اذا لم يصل اليها في المدة هو ثبوت خيار الفرقة وفرقة العنين طلاق والصبي لا يملك الطلاق ولان للصبي زمانا يوجد منه الوطء فيه ظاهر او غائبا وهو ما بعد البلوغ فلا يؤجل للحال وان كان الزوج كبيرا مجنوناً فوجدته عتيباً قالوا انه لا يؤجل كذا ذكر الكرخي لان التأجيل للتفريق عند عدم الدخول وفرقة العنين طلاق والمجنون لا يملك الطلاق وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه ينتظر حولا ولا ينتظر الى افاقته بخلاف الصبي لان الصغر مانع من الوصول فيستأنى الى ان يزول الصغر ثم يؤجل سنة فاما المجنون فلا يمنع الوصول لان المجنون يجامع فيؤجل للحال والصحيح ما ذكره الكرخي انه لا يؤجل أصلاً لما ذكرنا واذا مضى أجل العنين فسأل القاضي ان يؤجله سنة أخرى لم يفعل الا برضا المرأة لانه قد ثبت لها حق التفريق وفي التأجيل تأخير حقها فلا يجوز من غير رضاها ثم اذا أجل العنين سنة وتمت المدة فان اتفقا على انه قد وصل اليها فهي زوجته ولا خيار لها وان اختلفا وادعت المرأة انه لم يصل اليها وادعى الزوج الوصول فان كانت المرأة ثيباً فالقول قوله مع يمينه لما قلنا وان كانت بكر انظر اليها النساء فان قلن هي بكر فالقول قولها وان قلن هي ثيب فالقول قوله لما ذكرنا وان وقع للنساء شك في أمرها فانهما تمتحن واختلف المشايخ في طريق الامتحان قال بعضهم تؤمر بان تبول على الجدار فان أمكنها بان ترمى ببوطها على الجدار فهي بكر والا فهي ثيب وقال بعضهم تمتحن ببضبة الديك فان وسعت فيها فهي ثيب وان لم تسع فيها فهي بكر واذا ثبت انه لم يطأها ما باعترافه واما بظهور البكارة فان القاضي يخبرها فان الصحابة رضي الله عنهم خيروا امرأة العنين ولنا فيهم قدوة فان شئت اختارت الفرقة وان شئت اختارت الزوج اذا استجمعت شرائط ثبوت الخيار فيقع الكلام في الخيار في مواضع في بيان شرائط ثبوت الخيار وفي بيان حكم الخيار وفي بيان ما يبطله

فصل اما شرائط الخيار فثلاثة عدم الوصول الى هذه المرأة أصلاً ورأساً في هذا النكاح حتى لو وصل اليها مرة واحدة فلا خيار لها لانه وصل اليها حقها بالوطء مرة واحدة والخيار لتقويت الحق المستحق ولم يوجد فان وصل الى غير امرأته التي أجل لها وكان وصل الى غيرها قبل ان ترافعه فوصله الى غيرها لا يبطل حقها في التأجيل والخيار لانه لم يصل اليها حقها فكان لها التأجيل والخيار ومنها ان لا تكون عالمة بالعيب وقت النكاح حتى لو تزوجت وهي تعلم انه عنين فلا خيار لها لانها اذا كانت عالمة بالعيب لدى الزوج فقد رضيت بالعيب كالشترى اذا كان عالماً بالعيب عند البيع والرضا بالعيب يمنع الرد كما في البيع وغيره فان تزوجت وهي لا تعلم فوصل اليها مرة ثم عن قفارتها ثم تزوجته بعد ذلك فلم يصل اليها فلها الخيار لان العجز لم يتحقق فلم تكن راضية بالعيب والوصول في أحد العقدين لا يبطل حقها في العقد الثاني فان أجله القاضي فلم يصل ففرق بينهما ثم تزوجها فلا خيار لها لان العيب قد قرر بعدم الوصول في المدة فتقرر العجز فكان الزوج بعد استقرار العيب والعلم به دليل الرضا بالعيب

فصل واما حكم الخيار فهو تخيير المرأة بين الفرقة وبين النكاح فان شئت اختارت الفرقة وان شئت اختارت الزوج فان اختارت المقام مع الزوج بطل حقها ولم يكن لها خصومة في هذا النكاح أبداً لما ذكرنا انها رضيت بالعيب فسقط خيارها وان اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما كذا ذكر الكرخي ولم يذكر الخلاف وظاهر هذا الكلام يقتضي انه لا تقع الفرقة بنفس الاختيار وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه تقع الفرقة بنفس الاختيار في ظاهر الرواية ولا يحتاج الى القضاء كخيار المعتقة وخيار الخيرة وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا تقع الفرقة ما لم يقل القاضي فرقت بينهما وجعله بمنزلة خيار البلوغ هكذا ذكر وذكر في بعض المواضع ان في قول أبي حنيفة ما روى الحسن عنه وما ذكره الحسن عنه وما ذكر في ظاهر الرواية قولهما (وجه) رواية الحسن ان هذه الفرقة فرقة

بطلان بلا خلاف بين أصحابنا وانما المخالف فيه الشافعي فانما فسخ عنده والمسألة ان شاء الله تعالى تأتي في موضعها من هذا الكتاب والمرأة لا تملك الطلاق وانما يملكه الزوج الا ان القاضي يقوم مقام الزوج ولان هذه الفرقة يختص بسببها القاضي وهو التأجيل لان التأجيل لا يكون الا من القاضي فكذا الفرقة المتعلقة به كفرقة اللعان (وجه) المذكور في ظاهر الرواية ان تخير المرأة من القاضي فهو يرض الطلاق اليها فكان اختيارها الفرقة تهر يقامن القاضي من حيث المعنى لا منها والقاضي يملك ذلك لقيامه مقام الزوج وهذه الفرقة تطليقة بئس لان الغرض من هذا التفريق تخليصها من زوج لا يتوقع منه ايفاء حقها دفعا للظلم والضرر عنها وذا لا يحصل الا بالبائن لانه لو كان رجعيًا راجعها الزوج من غير رضا فيحتاج الى التفريق ثانياً وثالثاً فلا يفيد التفريق فائده ولها المهر كاملاً وعليها العدة بالاجماع ان كان الزوج قد خلاها وان كان لم يخل بها فلا عدة عليها ولها نصف المهر ان كان مسمى والمتعة ان لم يكن مسمى واذا فرق القاضي بالعنة وجبت العدة فجاءت بولد ما بينها وبين سنتين لزمه الولد لان المعتدة اذا جاءت بولد من وقت الطلاق الى سنتين ثبت النسب لان الحكم بوجود العدة حكم بشغل الرحم وشغل الرحم يمتد الى سنتين عندنا فيثبت النسب الى سنتين فان قال الزوج كنت قد وصلت اليها فان ابا يوسف قال يبطل الحاكم الفرقة وكفى بالولد شاهداً ومعنى هذا الكلام انه لما ثبت النسب فقد ثبت الدخول وانه يوجب ابطال الفرقة ولا نه لو شهد شاهدان بالدخول بعد تفريق القاضي لا يبطل الفرقة وكذا هذا وكذا اذا ثبت النسب لان شهادة النسب على الدخول أقوى من شهادة شاهدين عليه وكذلك لو فرق القاضي بينهما وبين المحبوب فجاءت بولد بينهما وبين سنتين ثبت نسبه لان خلوة المحبوب توجب العدة والنسب يثبت من المحبوب الا انه لا تبطل الفرقة ههنا لان ثبوت النسب من المحبوب لا يدل على الدخول لانه لا يتصور منه حقيقة وانما يقذف بالماء فكان العلوق بقذف الماء فاذا لم يثبت الدخول لم تثبت الفرقة فان فرق بالعنة فان اقام الزوج البينة على اقرار المرأة قبل الفرقة انه قد وصل اليها بطل الفرقة لان الشهادة على اقرارها بمنزلة اقرارها عند القاضي ولو كانت اقرت قبل التفريق لم يثبت حكم الفرقة وكذا اذا شهد على اقرارها بان اقرت بعد الفرقة انه كان وصل اليها قبل الفرقة لم تبطل الفرقة لان اقرارها تضمن ابطال قضاء القاضي فلا تصدق على القاضي في ابطال قضائه فلا تقبل وان كان زوج الامة عتيباً فاختار في ذلك الى المولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد الخيار الى الامة (وجه) قوله ان الخيار انما يثبت لقوات الوطء وذلك حق الامة فكان الخيار اليها كالحره ولها ان المقصود من الوطء هو الولد والولد ملك المولى وحده ولان اختيار الفرقة والمقام مع الزوج تصرف منها على نفسها ونفسها بجميع أجزائها ملك المولى فكان ولاية التصرف له

فصل  واما بيان ما يبطل به الخيار فببطل به الخيار نوعان نص ودلالة فالنص هو التصريح باسقاط الخيار وما يجري مجراه نحو ان يقول أسقطت الخيار أو رضيت بالنكاح أو اخترت الزوج ونحو ذلك سواء كان ذلك بعد تخيير القاضي أو قبله والدلالة هي ان تفعل ما يدل على الرضا بالمقام مع الزوج بان خيرها القاضي فاقامت مع الزوج مطاوعة له في المضجع وغير ذلك لان ذلك دليل الرضا بالنكاح والمقام مع الزوج ولو فعلت ذلك بعد مضي الاجل قبل تخيير القاضي لم يكن ذلك رضاً لان اقامتها معه بعد المدة قد تكون لا اختياره وقد تكون للاختيار بحاله فلا تكون دليل الرضا مع الاحتمال وهل يبطل خيارها بالقيام عن المجلس ذكر الكرخي ان ابن سماعه و بشراقالا عن أبي يوسف اذا خيرها الحاكم فاقامت معه أو قامت من مجلسها قبل ان تختار أو قام الحاكم أو اقامها عن مجلسها بعض أعوان القاضي ولم تقل شيئاً فلا خيار لها وهذا يدل على ان خيارها يتقيد بالمجلس وهو مجلس التخيير ولم يذكر الخلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يقتصر على المجلس في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ومحمد انها قال لا يقتصر على المجلس كخيار الخيرة (وجه) ما روى عن أبي يوسف ومحمد ان تخيير القاضي ههنا قائم تمام تخيير الزوج ثم خيار الخيرة بتخيير الزوج يبطل بقيامها عن المجلس فكذا خيار هذه وكذا اذا قام الحاكم عن المجلس قبل ان تختار لان مجلس التخيير قد بطل بقيام

الحاكم وكذا اذا أقامها عن مجلسها بعض أعوان القاضى قبل الاختيار لانها كانت قادرة على الاختيار قبل الإقامة فدل امتناعها مع القدرة على الرضا بالنكاح وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين هذا الخيار وبين خيار الخيرة ان خيار الخيرة انما اقتصر على المجلس لان الزوج بالتخير ملكها بالطلاق اذ المالك للشيء هو الذى يتصرف فيه باختياره ومشيتته فكان التخير من الزوج تملكاً للطلاق وجواب التملك يقتصر على المجلس لان المملك يطلب جواب التملك فى المجلس عادة ولهذا يقتصر القبول على المجلس فى البيع كذا ههنا والتخير من القاضى هو رضى الطلاق وليس بتمليك لانه لا يملك الطلاق بنفسه لان الزوج مملكه الطلاق وانما فوض اليه التطبيق وولاه ذلك فيل التوفىض لا التملك واذا لم يملك بنفسه فكيف يملكه من غيره فهو الفرق بين التخير بين والله أعلم والمؤخذ والخصى فى جميع ما وصفتنا مثل العنين لوجود الالة فى حقهما فكانا كالعينين وكذلك الخنثى وأما المجبوب فانه اذا عرف انه محبوب اما باقراره أو بالمس فوق الا زار فان كانت المرأة عالمة بذلك وقت النكاح فلا خيار لها الرضا بذلك وان لم تكن عالمة به فانهما تخير للحال ولا يؤجل حولاً لان التأجيل رجاء الوصول ولا يرجى منه الوصول فلم يكن التأجيل مفيداً فلا يؤجل وان اختارت الفرقة وفرق القاضى بينهما أو لم يفرق على الاختلاف الذى ذكرنا فلها كمال المهر وعليها كمال العدة ان كان قد خلى بها فى قول أبى حنيفة وعندهما نصف المهر وعليها كمال العدة وان كان لم يخل بها فلها نصف المهر ولا عدة عليها بالا جماع وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم

فصل وأما خلوا الزوج عما سوى هذه العيوب الخمسة من الجب والعنة والتأخذ والخصاء والخنثى فهل هو شرط لزوم النكاح قال أبو حنيفة وأبو يوسف ليس بشرط ولا يفسخ النكاح به وقال محمد خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضر رك الجنون والجذام والبرص شرط لزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح وخلوه عما سوى ذلك ليس بشرط وهو مذهب الشافعى (وجهه) قول محمد ان الخيار فى العيوب الخمسة انما ثبت لدفع الضرر عن المرأة وهذه العيوب فى الحاق الضرر بها فوق تلك لانها من الادواء المتعدية عادة فلما ثبت الخيار بتلك فلان ثبت بهذه أولى بخلاف ما اذا كانت هذه العيوب فى جانب المرأة لان الزوج وان كان يتضرر بها لكن يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق فان الطلاق بيده والمرأة لا يمكنها ذلك لانها لا تملك الطلاق فتعين القسح طريقا لدفع الضرر ولهما ان الخيار فى تلك العيوب ثبت لدفع ضرر فوات حقها المستحق بالعقد وهو الوطء مرة واحدة وهذا الحق لم يفوت بهذه العيوب لان الوطء يتحقق من الزوج مع هذه العيوب فلا يثبت الخيار هذا فى جانب الزوج (وأما) فى جانب المرأة فلوها عن العيب ليس بشرط للزوم النكاح بلا خلاف بين أصحابنا حتى لا يفسخ النكاح شيء من العيوب الموجودة فيها وقال الشافعى خلو المرأة عن خمسة عيوب بها شرط للزوم وفسخ النكاح بها وهى الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن واحتج بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال فر من الجذوم فرارك من الاسد والقسح طريق القرار ولولزم النكاح لما أمر بالقرار وروى أنه صلى الله عليه وسلم زوج امرأة فوجد بها ضايقا كشحها فردها وقال لها الحقى باهلك ولو وقع النكاح لازما لم ارد ولا مصالح النكاح لا تقوم مع هذه العيوب أو تختل بها لان بعضها مما ينفر عنها الطباع السليمة وهو الجذام والجنون والبرص فلا تحصل الموافقة فلا تقوم المصالح أو تختل وبعضها مما يمنع من الوطء وهو الرتق والقرن وعامة مصالح النكاح يقف حصولها على الوطء فان العفة عن الزنا والسكن والولد لا يحصل الا بالوطء ولهذا يثبت الخيار فى العيوب الاربع كذا ههنا (ولنا) ان النكاح لا يفسخ بسائر العيوب فلا يفسخ بهذه العيوب أيضا لان المعنى مجمعها وهوان العيب لا يفوت ما هو حكم هذا العقد من جانب المرأة وهو الازدواج الحكيم وملك الاستمتاع وانما تختل ويفوت به بعض ثمرات العقد وفوات جميع ثمرات هذا العقد لا يوجب حق القسح بان مات أحد الزوجين عقيب العقد حتى يحجب عليه كمال المهر فقوات بعضها أولى وهذا لان الحكم الاصلى للنكاح هو الازدواج الحكيم وملك الاستمتاع شرع مؤكداً والمهر يقابل

احداث هذا الملك وبالفسخ لا يظهر أن احداث الملك لم يكن فلا يرتفع ما يقابل وهو المهر فلا يجوز الفسخ ولا شك ان هذه العيوب لا تمنع من الاستمتاع اما الجنون والجذام والبرص فلا يشكل وكذلك الرق والقرن لان اللحم يقطع والقرن يكسر فيمكن الاستمتاع بواسطة هذا المعنى لم يفسخ بسائر العيوب كذا هذا واما الحديث الاول فنقول بموجبه انه يجب الاجتناب عنه والقرار يمكن بالطلاق لا بالفسخ وليس فيه تعيين طريق الاجتناب والقرار وأما الثاني فالصحيح من الرواية انه قال لها الحق باهلك وهذا من كنيات الطلاق عندنا والكلام في الفسخ والرد المذكور فيه قول الراوى فلا يكون حجة او نحمله على الرد بالطلاق عملاً بالدلائل صيانة لها عن التناقض والله تعالى الموفق وخلو النكاح من خيار الرؤية ليس بشرط للزوم النكاح حتى لو تزوج امرأة ولم يرها لا خيار له اذا رآها بخلاف البيع وكذا خلوه عن خيار الشرط سواء جعل الخيار للزوج أو للمرأة أو لهما ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر حتى لو تزوج بشرط الخيار بطل الشرط وجاز النكاح

فصل وأما الثاني فشرط بقاء النكاح لازماً نوعان نوع يتعلق بالزوج في نكاح زوجته ونوع يتعلق بالمولى في نكاح أمته أما الذي يتعلق بالزوج في نكاح زوجته فعدم تملكه الطلاق منها أو من غيرها بان يقول لا امر اختارى أو امرك بيدك ينوى الطلاق أو طلق نفسك أو أنت طالق ان شئت أو يقول لرجل طلق امرأتى ان شئت كذا عدم التطليق بشرط والاضافة الى وقت لانه بالتملك جعل النكاح بحال لا يتوقف والله على اختياره بعد الجعل وكذا بالتعليق والاضافة وهذا معنى عدم بقاء النكاح لازماً (وأما) الذى يتعلق بالمولى في نكاح أمته فهو ان لا يعتق أمته المنكوحة حتى لو أعتقها لا يبقى العقد لازماً وكان لها الخيار وهو المسمى بخيار العتاقة والكلام فيه في مواضع في بيان شرط ثبوت هذا الخيار وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان ما يبطل به أما الاول فثبوت هذا الخيار شرائط منها وجود النكاح وقت الاعتناق حتى لو أعتقها ثم تزوجها من انسان فلا خيار لها لانعدام النكاح وقت الاعتناق ولو أعتقها ثم تزوجها وهي صغيرة فلها خيار البلوغ لا خيار العتق لما قلنا ومنها ان يكون التزويج نافذا حتى لو زوجت الامة فسهامان انسان بغير اذن مولاهما ثم أعتقها المولى فلا خيار لها واما كون الزوج رقيقاً وقت الاعتناق فهل هو شرط ثبوت الخيار لها قال أصحابنا ليس بشرط ويثبت الخيار لها سواء كان زوجها حراً أو عبداً وقال الشافعي شرط ولا خيار لها اذا كان زوجها حراً واحتج بما روى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت زوج بريرة كان عبداً فخبرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان حراً ما خيرها وهذا نص في الباب والظاهر انها لما قالت ذلك سماعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الخيار في العبد انما ثبت لدفع الضرر وهو ضرر عدم الكفاءة وضرر لزوم نفقة الاولاد وضرر نقصان المعاشرة لكون العبد مشغولاً بخدمة المولى وشئ من ذلك لم يوجد في الحر فلا يثبت الخيار (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لبريرة حين أعتقت ملكك بضعتك فاختارى وروى ملكك أمرك وروى ملكك نفسك والاستدلال به من وجهين أحدهما بنصه والاخر بعلّة النص أما الاول فهو انه خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أعتقت وقدرى أن زوجها كان حراً فان قيل روي بنان عن عائشة رضي الله عنها ان زوجها كان عبداً فتمارضت الرابطة فستقط الاحتجاج بهما فالجواب ان ما روي بنان مثبت للحرية وما روي بمبق للرق والمثبت أولى لان البقاء قد يكون باستصحاب الحال والثبوت يكون بناء على الدليل لا محالة فن قال كان عبداً احتمل انه اعتمد استصحاب الحال ومن قال كان حراً بنى الامر على الدليل لا محالة فصارك لزم كين جرح أحدهما شاهداً والاخر زكاه أنه يؤخذ بقول الجارح لما قلنا كذا هذا ولان ما روي بنان موافق للقياس وما روي بمبق مخالف له لما ذكره ان شاء الله تعالى فالموافق للقياس أولى (وأما) الثاني فهو أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل ملكها بضعها أو امرها أو نفسها علة لثبوت الخيار لها لانه أخبر انها ملكك بضعها ثم أعقبه بآيات الخيار لها بحرف التعقيب وملكها نفسها مؤثر في رفع الولاية في الجملة لان الملك اختصاص ولا اختصاص مع ولاية العير والحكم اذا ذكر عقيب وصف له أثر

في الجملة في جنس ذلك الحكم في الشرع كان ذلك تعليقا لذلك الحكم بذلك الوصف في أصول الشرع كما في قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وقوله عز وجل الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وكرهى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سها فسجد وروى أن ما عزا زنا فرج ونحو ذلك والحكم يتعمم بعموم العلة ولا يتخصص بمخصوص المحل كما في سائر العلل الشرعية والعقيلة وزوج بريرة وإن كان عبد السكن النبي صلى الله عليه وسلم لما بنى الخيار فيه على معنى عام وهو ملك البضع يعتبر عموم المعنى لا خصوص المحل والله الموفق ولأن الاعتاق يزاد ملك النكاح عليها لأنه يملك عليها عقدة زائدة لم يكن يملكها قبل الاعتاق بناء على أن الطلاق البناء على أصل أصحابنا والمسئلة فرعية ذلك الأصل ولها أن لا ترضى بالزيادة لأنها تنضرب بها ولها ولاية رفع الضرر عن نفسها ولا يمكنها رفع الزيادة إلا برفع أصل النكاح فبقيت لها ولاية رفع النكاح وفسخه ضرورة رفع الزيادة وقد خرج الجواب عن قوله أنه لا ضرر فيه لما بينا من وجه الضرر ولأنه لو لم يثبت لها الخيار وبقي النكاح لازما لآدى ذلك إلى أن يستوفي الزوج منافع بضع حرة جبراً ببدل استحقته غيرها بالعقد وهذا لا يجوز كما لو كان الزوج عبداً ولأن القول ببقاء هذا النكاح لازماً يؤدي إلى استيفاء منافع بضع الحرة من غير بدل تستحقه الحرة وهذا لا يجوز لأنها لا ترضى باستيفاء منافع بضعها إلا ببدل تستحقته هي فلم يثبت الخيار لها لصار الزوج مستوفياً منافع بضعها وهي حرة جبراً عليها من غير رضاها ببدل استحقته مولاه وهذا لا يجوز لهذا المعنى ثبت لها الخيار إذا كان زوجها عبداً كذا إذا كان حراً وكذا اختلف في أن كونها رقيقة وقت النكاح هل هو شرط أم لا قال أبو يوسف ليس بشرط ويثبت لها الخيار سواء كانت رقيقة وقت النكاح اعتقها المولى أو كانت حرة وقت النكاح ثم طرأ عليها الرق فاعتقها حتى إن الحرة إذا تزوجت في دار الحرب ثم سبها معاً ثم اعتقت فلها الخيار عنده وقال محمد هو شرط ولا خيار لها وكذا المسلمة إذا تزوجت مسلماً ثم ارتدوا لحقاً بدار الحرب ثم سبيت وزوجها معها فاسلمت ثم اعتقت الأمة فهو على هذا الاختلاف فمحمد فرق بين الرق الطارئة على النكاح وبين المقارن إياه وأبو يوسف سوي بينهما وجه الفرق لمحمد أنها إذا كانت رقيقة وقت النكاح فالنكاح ينقدهم وجباً للخيار عند الاعتاق وإذا كانت حرة فنكاح الحرة لا ينقدهم وجباً للخيار فلا يثبت الخيار بطر يان الرق بعد ذلك لأنه لا يوجب خلافاً في الرضا ولا يوجب أن الخيار يثبت بالاعتاق لأن زيادة الملك تثبت به لأنها توجب العتق والعتق موجب الاعتاق ولا يثبت بالنكاح لأن النكاح السابق ما انقدهم وجباً للزيادة لأنه صادف الأمة ونكاح الأمة لا يوجب زيادة الملك فالخيار أن أبا يوسف يجعل زيادة الملك حكم الاعتاق ومحمد يجعلها حكم العقد السابق عند وجود الاعتاق وعلى هذا الأصل يخرج قول أبي يوسف أن خيار العتق يثبت مرة بعد أخرى وقول محمد أنه لا يثبت إلا مرة واحدة حتى لو اعتقت الأمة فاخترت زوجها ثم ارتد الزوجان معا ثم سبيت وزوجها معها فاعتقت فلها أن تختار نفسها عند أبي يوسف وعند محمد ليس لها ذلك لأن عند أبي يوسف الخيار يثبت بالاعتاق وقد تكرر الاعتاق فيتكرر الخيار وعند محمد يثبت بالعقد وأنه لم يكرر فلا يثبت الخيار واحد

﴿فصل﴾ وأما وقت ثبوته فوقت علمها بالعتق وبالخيار وأهلية الاختيار فيثبت لها الخيار في المجلس الذي تعلم فيه بالعتق وبأن لها الخيار وهي من أهل الاختيار حتى لو اعتقها ولم تعلم بالعتق أو علمت بالعتق ولم تعلم بأن لها الخيار فلم تختبر بطل خيارها ولها بمجلس العلم إذا علمت بهما بخلاف خيار البلوغ فإن العلم بالخيار فيه ليس بشرط وقد بينا الفرق بينهما فيما تقدم وكذلك إذا اعتقها وهي صغيرة فلها خيار العتق إذا بلغت لأنها وقت الاعتاق لم تكن من أهل الاختيار وليس لها خيار البلوغ لأن النكاح وجد في حالة الرق والله عز وجل أعلم ولو تزوجت مكاتبه بآذن المولى فاعتقت فلها الخيار عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا خيار لها (وجهه) قوله أنه لا ضرر عليها لأن النكاح وقع لها والمهر مسلم لها (ولنا) ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة وكانت مكاتبته ولأن علة النص عامة على ما بينا وكذا الملك يزاد عليها كما يزاد على القنة

﴿فصل﴾ وأما ما يبطل به فهذا الخيار يبطل بالابطال نصا ودلالة من قول أو فعل يدل على الرضا بالنكاح على ما بينا في خيار الادراك ويبطل بالقيام عن المجلس لانه دليل الاعراض كخيار الخيرة ولا يبطل بالسكوت بل يمتد الى آخر المجلس اذ لم يوجد منه دليل الاعراض كخيار الخيرة لان السكوت يحتمل ان يكون رضاه بالمقام معه ويحتمل أن يكون للتأمل لان بالتعق اذداد الملك عليها فتحتاج الى التأمل ولا بد للتأمل من زمان فقد رد ذلك بالمجلس كما في خيار الخيرة وخيار القبول في البيع بخلاف خيار البلوغ انه يبطل بالسكوت من البكر لان بالبلوغ ما زاد اذداد الملك فلا حاجة الى التأمل فلم يكن سكوتها للتأمل فكان دليل الرضا وفي خيار الخيرة ثبت المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم غير معقول ولانه لما اذداد الملك عليها جعلها العقد السابق في حق الزيادة بمنزلة انشاء النكاح فيتعيد بالمجلس واذا اختارت نفسها حتى وقعت الفرقة كانت فرقة بغير طلاق لما ذكرنا شاء الله تعالى فلا تفتقر هذه الفرقة الى قضاء القاضي بخلاف الفرقة بخيار البلوغ ووجه الفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم والله عز وجل اعلم وأما بقاء الزوج قادر على النفقة فليس بشرط بقاء النكاح لازما حتى لو عجز عن النفقة لا يثبت لها حق المطالبة بالتفريق وهذا عندنا وعند الشافعي شرط ويثبت لها حق المطالبة بالتفريق احيح بقوله عز وجل فامسالك بمعروف أو تسريح بإحسان أمر عز وجل بالامسالك بالمعروف وقد عجز عن الامسالك بالمعروف لان ذلك بايها حتمها في الوطء والنفقة فتعين عليه التسريح بالا حسان فان فعل والا ناب القاضي منابه في التسريح وهو التفريق ولان النفقة عوض عن ملك النكاح وقد فوات العوض بالعجز فلا يبقى النكاح لازما كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا والدليل عليه أن فوات العوض بالجلب والعنة يمنع بقاءه لازما فكذا فوات العوض لان النكاح عقد معاوضة (ولنا) أن التفريق ابطال ملك النكاح على الزوج من غير رضاه وهذا في الضرر فوق ضرر المرأة بعجز الزوج عن النفقة لان القاضي يرض النفقة على الزوج اذا طابت المرأة القرض ويأمرها بالافاق من مال نفسها ان كان لها مال وبالا استدانة ان لم يكن الى وقت اليسار فتصير النفقة دينيا في ذمته بقضاء القاضي فتخرج المرأة عليه بما أفتت اذا أسرار الزوج في آخر حرقها الى يسار الزوج ولا يبطل وضرر الا بطل فوق ضرر التأخير بخلاف التفريق بالجلب والعنة ولان هناك الضرر من الجانبين جميعا ضررا بطل الحق لان حق المرأة يفوت عن الوطء وضررها أقوى لان الزوج لا يتضرر بالتفريق كثير ضرر لعجزه عن الوطء فاما المرأة فانها محل صالح للوطء فلا يمكنها استيقاء حفظها من هذا الزوج ولا من زوج آخر لمكان هذا الزوج فكان الرجحان لضررها فكان أولى بالدفع وأما الآية الكريمة فقد قيل في التفسير ان الامسالك بالمعروف هو الرجعة وهوان راجعها على قصد الامسالك والتسريح بالا حسان هوان يتركها حتى تنقضي عدتها مع ما ان الامسالك بالمعروف يختلف باختلاف حال الزوج ألا ترى الى قوله عز وجل على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فالامسالك بالمعروف في حق العاجز عن النفقة بالتزام النفقة على انه ان كان عاجزا عن الامسالك بالمعروف فاما يجب عليه التسريح بالا حسان اذا كان قادرا ولا قدرة له على ذلك لان ذلك بالتطبيق مع ايفاء حتمها في نفقة المدة وهو عاجز عن نفقة الحال فكيف يتسدر على نفقة المدة على ان لفظ التسريح محتمل يحتمل أن يكون المراد منه التفريق بابطال النكاح ويحتمل أن يكون المراد منه التفريق والتبعيد من حيث المكان وهو تخلية السبيل وازالة اليد اذ حقيقة التسريح هي التخلية وذلك قد يكون بازالة اليد والحبس وعندنا لا يبقى له ولاية الحبس فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما قوله النفقة عوض عن ملك النكاح فمنوع فان العوض ما يكون مذكورا في العقد نصا والنفقة غير منصوص عليها فلا تكون عوضا بل هي بمقابلة الاحتباس وعندنا ولاية الاحتباس تزول عند العجز ثم ان سلمنا أنه عوض لكن بقاء العوض مستحقا يقف على استحقاق العوض في الجلسة لا على وصول العوض للحال والنفقة ههنا مستحقة في الجملة وان كانت لا تنصل اليها الحال فيبقى العوض حقا للزوج والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم النكاح فنقول وبالله التوفيق الكلام في هذا الفصل في موضعين في الاصل أحدهما

في بيان حكم النكاح والثاني في بيان ما رفع حكمه أما الأول فالنكاح لا يخلو (أما) ان يكون صحيحا (وأما) ان يكون فاسدا ويتعلق بكل واحد منهما أحكام (أما) النكاح الصحيح فله أحكام بعضها أصلي وبعضها من التوابع أما الأصلية منها فحل الوطء إلا في حالة الحيض والنفس والاحرام وفي الظهار قبل التكفير لقوله سبحانه وتعالى والذين هم لقروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين نفي اللوم عن لا يحفظ فرجه على زوجته فدل على حل الوطء إلا أن الوطء في حالة الحيض خص بقوله عز وجل ويسئلونك عن الحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في الحيض ولا تقر بوهن حتى يطهرن والنفس أخو الحيض وقوله عز وجل نسأؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أني شئتم والآنسان بسبيل من التصرف في حرثه مع ما نه قد أناب اتيان الحرث بقوله عز وجل فأتوا حرثكم أني شئتم وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله في النساء فانهم عندكم عوان لا يملكن شيئا أخذنموهن بأمانة الله واستحلتم فروجهن بكلمة الله وكلمة الله المذكورة في كتابه العزيز لفظة الا نكاح والتزويج فدل الحديث على حل الاستمتاع بالنساء بلفظة الا نكاح والتزويج وغيرهما في معناهما فكان الحل ثابتا ولان النكاح ضم وتزويج لعة فيقتضي الانضمام والازدواج ولا يتحقق ذلك إلا بحل الوطء والاستمتاع لان الحرية تمنع من ذلك وهذا الحكم وهو حل الاستمتاع مشترك بين الزوجين فان المرأة كما تحل لزوجها فزوجهما يحل لها قال عز وجل لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وللزوج أن يطالبها بالوطء متى شاء الا عند اعتراض أسباب مانعة من الوطء كالحيض والنفس والظهار والاحرام وغير ذلك وللزوجة أن تطالب زوجها بالوطء لان حله لها حقها كما ان حلها له حقه وإذا طالبت به يجب على الزوج ويحبر عليه في الحكم مرة واحدة والزياة على ذلك تجب فيما بينه وبين الله تعالى من باب حسن المعاشرة واستدامة النكاح فلا يجب عليه في الحكم عند بعض أصحابنا وعند بعضهم يجب عليه في الحكم

﴿فصل﴾ ومما حل النظر للمس من رأسها الى قدميها في حالة الحياة لان الوطء فوق النظر والمس فكان احلاله احلالا للمس والنظر من طريق الأولى وهل يحل الاستمتاع بها بمعدون الفرج في حالة الحيض والنفس فيه خلاف ذكرناه في كتاب الاستحسان وأما بمعد الموت فلا يحل له للمس والنظر عندنا خلافا للشافعي والمسألة ذكرناها في كتاب الصلاة

﴿فصل﴾ ومنها ملك المتعة وهو اختصاص الزوج بمنافع بضعها وسائر أعضائها استمتاعا أو ملك الذات والنفس في حق التمتع على اختلاف مشايخنا في ذلك لان مقاصد النكاح لا تحصل بدونه الا ترى أنه لو لا الاختصاص الحاجر عن التزويج بزوجة أخرى لا يحصل السكن لان قلب الزوج لا يطمئن اليها ونفسه لا تسكن معها ونفسه القراش لا يشتباه النسب ولان المهر لا زم في النكاح وأنه عوض عن الملك لما ذكرنا فيما تقدم فيدل على لزوم الملك في النكاح أيضا تحقيقا للمعوضة وهذا الحكم على الزوجة للزوج خاصة لانه عوض عن المهر والمهر على الرجل وقيل في تأويل قوله عز وجل وللرجال عليهن درجة ان الدرجة هي الملك

﴿فصل﴾ ومنها ملك المجلس والقيد وهو صيرورتها ممنوعة عن الخروج والبروز لقوله تعالى أسكنوهن والامر بالاسكان نهى عن الخروج والبروز والاخراج اذا الامر بالقمل نهى عن ضده وقوله عز وجل وقرن في بيوتكن وقوله عز وجل ولا تخرجنوهن من بيوتهن ولا تخرجن ولا نهالو لم تكن ممنوعة عن الخروج والبروز لا خصل السكن والنسب لان ذلك مما يرب الزوج ويحمله على نفي النسب

﴿فصل﴾ ومنها وجوب المهر على الزوج وانه حكم أصلي للنكاح عندنا لا وجود له بدونه شرعا وقد ذكرنا المسألة فيما تقدم ولان المهر عوض عن الملك لانه يجب بمقابلة احداث الملك على مامر وثبوت العوض يدل على ثبوت المعوض

﴿فصل﴾ ومنها ثبوت النسب وان كان ذلك حكم الدخول حقيقة لكن سببه الظاهر هو النكاح لكون

الدخول أمر باطنا في مقامه في اثبات النسب ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفرش وللعاشر الحجر وكذا الزوج المشرق بمنزلة فجاءت بولد يثبت النسب وان لم يوجد الدخول حقيقة لوجود سببه وهو النكاح
فصل ومنها وجوب النفقة والسكنى لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله وقوله أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا سر بالأسكان أمر بالافاق لانها لا تمكن من الخروج للكسب لكونها عاجزة بأصل الحلقة لضعف بنيتها والكلام في سبب وجوب هذه النفقة وشرط وجوبها ومقدار الواجب منها ذكره ان شاء الله تعالى في كتاب النفقة

فصل ومنها حرمة المصاحرة وهي حرمة أنكحة فرق معلومة ذكرناهم فيما تقدم وذكرنا دليل الحرمة الآن في بعضها ثبتت الحرمة بنفس النكاح وفي بعضها يشترط الدخول وقد بينا جملة ذلك في مواضعها
فصل ومنها الارث من الجانبين جميعا لقوله عز وجل ولكم نصف ما ترك أزواجكم الى قوله عز وجل ولهن الثلث مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين

فصل ومنها وجوب العدل بين النساء في حقوقهن وجملة الكلام فيه ان الرجل لا يخلو اما ان يكون له أكثر من امرأة واحدة واما ان كانت له امرأة واحدة فان كان له أكثر من امرأة فعليه العدل بينهما في حقوقهن من القسم والنفقة والكسوة وهو التسوية بينهما في ذلك حتى لو كانت تحتها امرأتان حران أو أمتان يجب عليه أن يعدل بينهما في المأكل والمشرب والملبوس والسكنى والبيتوتة والأصل فيه قوله عز وجل فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة عقيب قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع أى ان خفتم أن لا تعدلوا في القسم والنفقة في نكاح المثنى والثلاث والرابع فواحدة ندب سبحانه وتعالى الى نكاح الواحدة عند خوف ترك العدل في الزيادة وانما يخاف على ترك الواجب فدل ان العدل بينهما في القسم والنفقة واجب واليه أشار في آخر الآية بقوله ذلك أدنى أن لا تعملوا أى تجوزوا والجور حرام فكان العدل واجبا ضرورة ولان العدل مأمور به لقوله عز وجل ان الله يأمر بالعدل والاحسان على العموم والاطلاق الا ما خص أو قيد بدليل وروى عن أبي قلابة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل بين نسائه في القسمة ويقول اللهم هذه قسمتي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما تملك أنت ولا أملك وعن أبي هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان له امرأتان فال الى احدهما دون الاخرى جاء يوم القيامة وشقه مائل ويستوى في القسم البكر والثيب والشابة والعجوز والقديمة والحديثة والمسلمة والكتانية لما ذكرنا من الدلائل من غير فصل ولانهما يستويان في سبب وجوب القسم وهو النكاح فيستويان في وجوب القسم ولا قسم للمملوكات ملك النيمين أى لا ليلة لهن وان كثرن لقوله عز وجل فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت ايما نكم قصر الاباحة في النكاح على عدل لتحقيق الجور في الزيادة ثم ندب سبحانه وتعالى الى نكاح الواحدة عند خوف الجور في الزيادة وأباح من ملك النيمين من غير عدل فدل أنه ليس فيه خوف الجور وانما لا يكون اذا لم يكن لهن قسم اذلو كان لكان فيه خوف الجور كما في المنكوحه ولان سبب الوجوب هو النكاح ولم يوجد ولو كانت احدهما حرة والاخرى أمة فللحره يومان وللأمة يوم لماروى عن علي رضى الله عنه موقفا عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للحره الثلثان من القسم وللأمة الثلث ولانهما ما استويا في سبب الوجوب وهو النكاح فانه لا يجوز نكاح الأمة بعد نكاح الحره ولا مع نكاحها وكذا لا يجوز للعبد أن يتزوج بأكثر من اثنتين ولحران يتزوج بربع نسوة فلم يتساويا في السبب فلا يتساويان في الحكم بخلاف المسلمة مع الكتانية لان الكتانية يجوز نكاحها قبل المسلمة وبعدها ومعهما وكذا للذمي أن يجمع بين أربع نسوة كالحرمي المسلم فتساويان في سبب الوجوب فيستويان في الحكم ولان الحرية تنبئ عن الكمال والرق يشعر بنقصان الحال وقد ظهر أثر النقصان في الشرع في المالكية وحل الحلية والعدة والحد وغير ذلك فكذلك في القسم وهذا التفاوت في السكنى والبيتوتة يسكن عند الحره ليلتين وعند الأمة ليلة فاما في المأكل

والمشروب والملبوس فانه يسوى بينهما لان ذلك من الحاجات اللازمة فيستوى فيه الحر والامة والمريض في وجوب القسم عليه كالصحيح لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذن نساءه في مرض موته أن يكون في بيت عائشة رضي الله عنها فلو سقط القسم بالمرض لم يكن للاستئذان معنى ولا قسم على الزوج اذا سافر حتى لو سافر باحداهما وقدم من السفر وطلبت الاخرى أن يسكن عندها مدة السفر فليس لها ذلك لان مدة السفر ضائعة بدليل أن له أن يسافر وحده دونهن لكن الأفضل أن يقرع بينهما فيخرج بمن خرجت فربتها تطيبا لقلوبهن دفعا للهمة الميل عن نفسه هكذا كان يفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أراد السفر أقرع بين نسائه وقال الشافعي ان سافر بها بقرعة فكذلك فاما اذا سافر بها بقرعة فانه يقسم للباقيات وهذا غير سديد لان بالقرعة لا يعرف أن لها حقاً في حالة السفر أو لا فانها لا تصلح لظهار الحق أبداً لا اختلاف عملها في نفسها فانها لا تخرج على وجه واحد بل مرة هكذا ومرة هكذا والمختلف فيه لا يصلح دليلاً على شيء ولو وهبت احداهما قسمها لصاحبها أو وصيت بترك قسمها جاز لانه حق ثبت لها فلها أن تستوفي ولها ان تترك وقد روى أن سودة بنت زمعة رضي الله عنها لما كبرت وخشيت أن يطلقها رسول الله صلى الله عليه وسلم جعلت يومها عائشة رضي الله عنها وقيل فيها نزل قوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما مصلحاً والصلح خير والمراد من الصلح هو الذي جرى بينهما كذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما فان رجعت عن ذلك وطلبت قسمها فلها ذلك لان ذلك كله كان اباحة منها والاباحة لا تكون لازمة كالإباحة للطعام أنه علك المبيع منعه والرجوع عن ذلك ولو بذلت واحدة منهن مالا للزوج ليكمل لها في القسم أكثر مما تستحقه لا يحل للزوج أن يفعل ويرد ما أخذ منها لانه رشوة لانه أخذ المال لمنع الحق عن المستحق وكذلك لو بذل الزوج لواحدة منهن مالا لتجعل نوبتها لصاحبها أو بذلت هي لصاحبها مالا لتترك نوبتها لاجبوز شيء من ذلك ويسترد المال لان هذا معاوضة القسم بالمال فيكون في معنى البيع وأنه لا يجوز كذا هذا اذا كان له امرأتان أو أكثر من ذلك فاما اذا كانت له امرأة واحدة فطالبت به بالواجب لها ذكر القدوري رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه قال اذا تشاغل الرجل عن زوجته بالصيام أو بالصلاة أو بأمة اشتراها قسم لامرأته من كل أربعين يوماً ومن كل أربع ليال ليلة وقيل له تشاغل ثلاثة أيام وثلاث ليال بالصوم أو بالامة وهكذا كان الطحاوي يقول انه يجعل لها يوماً واحداً يسكن عندها وثلاثة أيام ولياليتها يتفرغ للعبادة وأشغاله (وجه) هذا القول ما ذكره محمد في كتاب النكاح أن امرأة رفعت زوجها الى عمر رضي الله عنه وذكرت أنه يصوم النهار ويقوم الليل فقال عمر رضي الله عنه ما أحسنك ثناء على بعلك فقال كعب بأمر المؤمنين انها تشكو اليك زوجها فقال عمر رضي الله عنه وكيف ذلك فقال كعب انه اذا صام النهار وقام الليل فكيف يتفرغ لها فقال عمر رضي الله عنه لكعب احكم بينهما فقال أراها احدي نساءه الاربع يفطر لها يوماً يصوم ثلاثة أيام فاستحسن ذلك منه عمر رضي الله عنه وولاه قضاء البصرة ذكر محمد هذا في كتاب النكاح ولم يذكر أنه يأخذ بهذا القول وذكر الجصاص أن هذا ليس مذهبا لان المزاحمة في القسم انما تحصل بمشاركات الزوجات فاذا لم يكن له زوجة غيرهما لم تتحقق المشاركة فلا يقسم لها وانما يقال له لا تندوم على الصوم ووف المرأة حقها كذا قاله الجصاص وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان اباحية كان يقول أولاً كما روى الحسن عنه لما أشار اليه كعب وهو أن للزوج أن يستقط حقها عن ثلاثة أيام بأن يزوج ثلاثاً آخر سواها فلما لم يزوج فقد جعل ذلك لنفسه فكان الخيار له في ذلك فان شاء صرف ذلك الى الزوجات وان شاء صرفه الى صيامه وصلاته وأشغاله ثم رجع عن ذلك وقال هذا ليس بشيء لانه لو تزوج أربعاً فطالبت بالواجب منه يكون لكل واحدة منهن ليلة من الاربع فلو جعلنا هذا حق الكل واحدة منهن لا يتفرغ لعماله فلم يوقت في هذا وقتاً وان كانت المرأة أمة فلي قول أبي حنيفة أخيراً ان صح الرجوع لاشك أنه لا يقسم لها كما لا يقسم للحر من طريق الاولى وعلى قوله الاول وهو قول الطحاوي يجعل لها ليلة من كل سبع ليال لان للزوج حق اسقاط حقها عن ستة أيام والاقتصار على يوم

واحد بأن يتزوج عليها ثلاث حرائر لأن الحررة ليلتين وللأمة ليلة واحدة فلما لم يتزوج فقد جعل ذلك لنفسه فكان بالخيار أن شاء صرف ذلك إلى الزوجات وإن شاء صرفه إلى الصوم والصلاة وإلى أشغال نفسه والاشكال عليه ما نقل عن أبي حنيفة وما ذكره الجصاص أيضا والله عز وجل الموفق

﴿فصل﴾ ومنها وجوب طاعة الزوج على الزوجة إذا دعاها إلى الفراش لقوله تعالى ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف قيل لها المهر والنفقة وعليها أن تطيعه في نفسها وتحفظ غيبته ولأن الله عز وجل أمر بتأديبهن بالهجر والضرب عند عدم طاعتهم ونهى عن طاعتهم بقوله عز وجل فإن أطعكم فلا تبغوا عليهن سبيلا فدل أن التأديب كان لتترك الطاعة فيدل على لزوم طاعتهم الأزواج

﴿فصل﴾ ومنها ولاية التأديب للزوج إذا لم تطعه فيما يلزم طاعته بان كانت ناشرة فله أن يؤدبها لكن على الترتيب فيعظمها أولا على الرفق واللين بأن يقول لها كوني من الصالحات القانتات الحافظات للغيب ولا تكوني من كذا وكذا فاعمل تقبل الموعظة فتترك النشوز فإن نجحت فيها الموعظة ورجعت إلى الفراش والأجرها وقيل بخوفها بالهجر أولا والاعتزال عنها وترك الجماع والمضاجعة فإن تركت والأجرها لعل نفسها لا تحتمل الهجر ثم اختلف في كيفية الهجر قيل يهجرها بأن لا يجامعها ولا يضاجعها على فراشه وقيل يهجرها بان لا يكلمها في حال مضاجعتها أيها لان يترك جماعها ومضاجعتها لان ذلك حق مشترك بينهما فيكون في ذلك عليه من الضرر ما عليها فلا يؤدبها بما يضر بنفسه ويبطل حقه وقيل يهجرها بأن يفارقها في المضجع ويضاجع أخرى في حقها وقسمها لان حقها عليه في القسم في حال الموافقة وحفظ حدود الله تعالى لافي حال التضبيع وخوف النشوز والتنازع وقيل يهجرها بترك مضاجعتها وجماعها لوقت غلبة شهوتها وحاجتها لافي وقت حاجته اليها لان هذا للتأديب والجزر فينبغي أن يؤدبها لان يؤدب نفسه بامتناعه عن المضاجعة في حال حاجته اليها فاذا هجرها فان تركت النشوز والاضر بها عند ذلك ضرر بأغير مبرح ولا شأن والاصل فيه قوله عز وجل واللاتي يخافون نشوزهن فعضوهن واحجروهن في المضجع واضربوهن فظاهر الآية وان كان بحر فإلزام الموضوع للجمع المطلق لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب والواو تحتل ذلك فان تقع الضرب والافعال إلى القاضى ليوجه اليها حكيم حكمان أهلها وحكمان أهلها كما قال الله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكمان من أهله وحكمان من أهلها أن يريد الاصلاحا يوفق الله بينهما وسبيل هذا سبيل الامر بالمعروف والنهي عن المنكر في حق سائر الناس ان الأمر بيد الموعظة على الرفق واللين دون التغليظ في القول فان قبلت والاغلظ القول به فان قبلت والابسط يده فيه وكذلك اذا ارتكبت محظورا سوى النشوز ليس فيه حد مقدر قل زوج أن يؤدبها تمزيرها لان للزوج ان يعزر زوجته كما للمولى أن يعزر مملوكه

﴿فصل﴾ ومنها المعاشرة بالمعروف وانه مندوب اليه ومستحب قال الله تعالى وعاشروهن بالمعروف قيل هي المعاشرة بالفضل والاحسان قولاً وفعلًا وخلقا قال النبي صلى الله عليه وسلم خيركم خيركم لا هله وأنا خيركم لا هلى وقيل المعاشرة بالمعروف هي ان يعاملها بما لو فعل بك مثل ذلك لم تنكره بل تعرفه وتقبله وترضى به وكذلك من جانبها هي مندوبة إلى المعاشرة الجميلة مع زوجها بالاحسان باللسان واللفظ في الكلام والقول المعروف الذي يطيب به نفس الزوج وقيل في قوله تعالى ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ان الذي عليهن من حيث الفضل والاحسان هو ان يحسن إلى أزواجهن بالبر باللسان والقول بالمعروف والله عز وجل أعلم ويكره للزوج أن يعزل عن امرأته الحررة بغير رضاها لان الوطء عن انزال سبب لحصول الولد ولها في الولد حق وبالعزل يفوت الولد فكانه سببا لقوات حقها وان كان العزل برضاها لا يكره لانها رضيت بقوات حقها ولما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اعزلوهن أولا تعزلوهن ان الله تعالى اذا أراد خلق نسمة فهو خالقها الا ان العزل حال عدم الرضا صار مخصوصا وكذلك اذا كانت المرأة أمة الغير أنه يكره العزل عنها من غير رضا لكن يحتاج إلى رضاها أو رضا مولاهما قال أبو حنيفة الاذن في ذلك

ذلك الى المولى وقال أبو يوسف ومحمد اليها (وجه) قولهما أن قضاء الشهوة حقها والعزل يوجب نقصاناً في ذلك ولا في حقيقته أن كراهة العزل لصيانة الولد والولد له لاهلها والله عز وجل أعلم

فصل وأما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل الدخول وأما بعد الدخول فيتعلق به أحكام منها ثبوت النسب ومنها وجوب العدة وهو حكم الدخول في الحقيقة ومنها وجوب المهر والاصل فيه أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة لا نعدام محله أعني محل حكمه وهو الملك لأن الملك يثبت في المنافع ومنافع البضع ملحقة بالجزاء والحر بجميع أجزائه ليس محلاً للملك لأن الحرية خلوص والملك ينافي الخلوص ولأن الملك في الآدمي لا يثبت إلا بالبرق والحرية تنافي الرق إلا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي في النكاح الصحيح لحاجة الناس الى ذلك وفي النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة النكاح الى درء الحد وصيانة مائه عن الضياع بثبات النسب ووجوب العدة وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة توجب المهر فجعل منعقد أفي حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع وهو ما قبل الدخول فلا يجعل منعقد قبله ثم الدليل على وجوب مهر المثل بعد الدخول ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أيمأ امرأة أنكحت نفسها بغير إذن موالها فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها مهر مثلها جعل صلى الله عليه وسلم لها مهر المثل فيما له حكم النكاح الفاسد وعلقه بالدخول فدل أن وجوبه متعلق به ثم اختلف في تقدير هذا المهر وهو المسمى بالعقر قال أصحابنا الثلاثة يجب الأقل من مهر مثلها ومن المسمى وقال زفر يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ وكذا هذا الخلاف في الاجارة الفاسدة (وجه) قول زفر أن المنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد جميعاً كالأعيان فيلزم اظهار أثر التقوم وذلك بإيجاب مهر المثل بالغاً ما بلغ لانه قيمة منافع البضع وإنما العدول الى المسمى عند صحة التسمية ولم تصح لهذا المعنى أوجبنا كمال القيمة في العقد الفاسد كذا ههنا (ولنا) أن العاقدين ما قوماً المنافع أكثر من المسمى فلا تتقوم بأكثر من المسمى فخصات الزيادة مستوفاة من غير عقد فلم تكن لها قيمة إلا أن مهر المثل إذا كان أقل من المسمى لا يبلغ به المسمى لأنها رخصت بذلك القدر لرضاها بمهر مثلها واختلف أيضاً في وقت وجوب العدة أنهما من أي وقت تعتبر قال أصحابنا الثلاثة أنها تجب من حين يفرق بينهما وقال زفر من آخر وطء وطئها حتى لو كانت قد حاضت ثلاث حيض بعد آخر وطء وطئها قبل التفرق فقد انقضت عدتها عنده (وجه) قوله أن العدة تجب بالوطء لأنها تجب لاستبراء الرحم وذلك حكم الوطء ألا ترى أنها لا تجب قبل الوطء وإذا كان وجوبها بالوطء تجب عقيب الوطء بلا فصل كاحكام سائر العلل (ولنا) أن النكاح الفاسد بعد الوطء منعقد في حق الفراش لما بينا والفراش لا يزول قبل التفرق بدليل أنه لو وطئها قبل التفرق لاحد عليه ولا يجب عليه بتكرار الوطء إلا مهر واحد ولو وطئها بعد التفرق يلزمه الحد ولو دخلته شبهة حتى امتنع وجوب الحد يلزمه مهر آخر فكان التفرق في النكاح الفاسد بمنزلة الطلاق في النكاح الصحيح فيعتبر ابتداء العدة منه كما تعتبر من وقت الطلاق في النكاح الصحيح والخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة لانه ليس بنكاح حقيقة إلا أنه الحق بالنكاح في حق المنافع المستوفاة حقيقة مع قيام المنافع لحاجة النكاح الى ذلك فيبقى في حق غير المستوفى على أصل العدم ولم يوجد استيفاء المنافع حقيقة بالخلوة ولأن الموجب للعدة في الحقيقة هو الوطء لأنها تجب لتعرف براءة الرحم ولم يوجد حقيقة إلا أنا أقنأ التمكن من الوطء في النكاح الصحيح مقامه في حق حكم محتاط فيه لوجود دليل التمكن وهو الملك المطلق ولم يوجد هنا بخلاف الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح أنها توجب العدة إذا كان متمكناً من الوطء حقيقة وإن كان ممنوعاً عنه شرعاً بسبب الحيض أو الاحرام أو الصوم أو نحو ذلك لأن هناك دليل الاطلاق شرعاً موجود وهو الملك المطلق إلا أنه منع منه لغيره فكان التمكن ثابتاً ودليله موجود فبقا مقام المدلول في موضع الاحتياط وهما بخلافه ولا يوجب المهر أيضاً لانه لما لم يجب بها العدة فالمهر أولى لأن العدة محتاط في وجوبها ولا محتاط في وجوب المهر

(فصل ١٠) (وأما) بيان ما يرفع حكم النكاح فيما به بيان ما تقع به الفرقة بين الزوجين ولوقوع الفرقة بين الزوجين أسباب لكن الواقع ببعضها فرقة بطلاق وبعضها فرقة بغير طلاق وفي بعضها يقع فرقة بغير قضاء القاضي وفي بعضها لا يقع الا بقضاء القاضي فندكر جملة ذلك بتوفيق الله عز وجل منها الطلاق بصريحه وكنائاته وله كتاب مفرد ومنها اللعان ولا تقع الفرقة الا بتفريق القاضي عند أصحابنا وكذا في كيفية هذه الفرقة خلاف بين أصحابنا نذكره ان شاء الله تعالى في كتاب اللعان ومنها اختيار الصغير أو الصغيرة بعد البلوغ في خيار البلوغ وهذه الفرقة لا تقع الا بتفريق القاضي بخلاف الفرقة باختيار المرأة نفسها في خيار العتق انما تثبت بنفس الاختيار وقد بينا وجه الفرق فيما تقدم والفرقة في الخيار بين جميعا تكون فرقة بغير طلاق بل تكون فسخا حتى لو كان الزوج لم يدخل بها فلا مهر لها اما في خيار العتق فلا شك فيه لان الفرقة وقعت بسبب وجودها وهو اختيارها نفسها واختيارها نفسها لا يجوز ان يكون طلاقا لانها لا تملك الطلاق الا اذا ملكت كالخيرة فكان فسخا وفسخ العقد رفعه من الاصل وجعله كان لم يكن ولو لم يكن حقيقة لم يكن لها مهر فكذا اذا التحق بالعدم من الاصل وكذا في خيار البلوغ اذا كان من له الخيار هو المرأة فاخترت نفسها قبل الدخول بها لمساقلنا واما اذا كان من له الخيار هو العلام فاخترت نفسه قبل الدخول بها فلا مهر لها أيضا وهذا فيه نوع اشكال لان الفرقة جاءت من قبل الزوج فيجب ان تكون فرقة بطلاق ويتعلق بها نصف المهر والا تقصا ان الشرع أثبت له الخيار فلا بد أن يكون مفيدا ولو كان ذلك طلاقا وجب عليه المهر لم يكن لاثبات الخيار معنى لانه يملك الطلاق فاذا افادته في الخيار الاسقوط المهر وان كان قد دخل بها لا يسقط المهر لان المهر قد تآكد بالدخول فلا يحتمل السقوط بالفرقة كما لا يحتمل السقوط بالموت ولان الدخول استيفاء منافع البضع وانه امر خفي فلا يحتمل الارتفاع من الاصل بالفسخ بخلاف العقد فانه امر شرعي فكان محتملا للفسخ ولانه لو فسخ النكاح بعد الدخول لوجب عليه رد المنافع المستوفاة لانه عاد البذل اليه فوجب ان يعود المبدل اليها وهو لا يقدر على ردها فلا يفسخ واذا لم يقدر على ردها يرم قيمتها وقيمتها هو المهر المسمى فلا يفيد ولانه لما استوفى المنافع فقد استوفى المعقود عليه وهو المبدل فلا يسقط البذل ومنها اختيار المرأة نفسها العيب الجب والعنة والخصاء والخنثى والتأخذ بتفريق القاضي أو بنفس الاختيار على ما بينا وانه فرقة بطلاق لان سبب ثبوتها حصل من الزوج وهو المنع من ايفاء حقها المستحق بالنكاح وانه ظلم وضرر في حقها الا أن القاضي قام مقامه في دفع الظلم والاصل أن الفرقة اذا حصلت بسبب من جهة الزوج مختص بالنكاح ان تكون فرقة بطلاق حتى لو كان ذلك قبل الدخول بها وقبل الخلوة فلها نصف المسمى ان كان في النكاح تسمية وان لم يكن فيه تسمية فلها المتعة ومنها التفريق لعدم الكفاءة أو لتقصا المهر والفرقة به فرقة بغير طلاق لانها فرقة حصلت لا من جهة الزوج فلا يمكن ان يجعل ذلك طلاقا لانه ليس لغير الزوج ولاية الطلاق فيجعل فسخا ولا تكون هذه الفرقة الا عند القاضي لما ذكرنا في الفرقة بخيار البلوغ ومنها اباء الزوج الاسلام بعدما أسلمت زوجته في دار الاسلام ومنها اباء الزوجة الاسلام بعدما أسلم زوجها المشرك أو المجوسي في دار الاسلام وجملة الكلام فيه أن الزوجين الكافرين اذا أسلم أحدهما في دار الاسلام فان كانا كتابيين فأسلم الزوج فالنكاح بحاله لان الكتبية محل لنكاح المسلم ابتداء فكذا بقاء وان أسلمت المرأة لا تقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا ولكن يرض الاسلام على زوجها فان أسلم بقي على النكاح وان أبي الاسلام فرق القاضي بينهما لانه لا يجوز أن تكون المسلمة تحت نكاح الكافر ولهذا لم يحز نكاح الكافر المسلمة ابتداء فكذا في البقاء عليه وان كانا مشركين أو مجوسيين فأسلم أحدهما أيهما كان يرض الاسلام على الآخر ولا تقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا فان أسلم فهما على النكاح وان أبي الاسلام فرق القاضي بينهما لان المشرك لا تصلح لنكاح المسلم غير ان الاباء ان كان من المرأة يكون فرقة بغير طلاق لان الفرقة جاءت من قبلها وهو الاباء من الاسلام والفرقة من قبل المرأة لا تصلح طلاقا لانها لا تملك الطلاق فيجعل فسخا وان كان الاباء من الزوج يكون فرقة بطلاق

في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يكون فرقة بغير طلاق وهذا كله مذهب أصحابنا وقال الشافعي إذا أسلم أحد الزوجين وقعت الفرقة بنفس الاسلام غير أنه إن كان ذلك قبل الدخول تقع الفرقة للحال فاما بعد الدخول فلا تقع الفرقة حتى تمضي ثلاث حيض فان أسلم الآخر قبل مضيتها فالنكاح بحاله وإن لم يسلم بانتهى بمضيتها أما الكلام مع الشافعي فوجه قوله أن كفر الزوج يمنع من نكاح المسلم ابتداء حتى لا يجوز للكافر أن ينكح المسلمة وكذلك شرك المرأة وتنجسها مانع من نكاح المسلم ابتداء بدليل أنه لا يجوز للمسلم نكاح المشركة والمجوسية فاذا طرأ على النكاح يبطله فاشبه الطلاق (ولنا) إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روي أن رجلاً من بني تغلب أسلمت امرأته فمرض عمر رضي الله عنه عليه الاسلام فامتنع ففرق بينهما وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم فيكون إجماعاً ولو وقعت الفرقة بنفس الاسلام لما وقعت الحاجة إلى التفریق ولأن الاسلام لا يجوز أن يكون مبطلاً للنكاح لأنه عرف حاصلاً للملاك فكيف يكون مبطلاً لها ولا يجوز أن يبطل بالكفر أيضاً لأن الكفر كان موجوداً أمهما ولم يمنع ابتداء النكاح فلان لا يمنع البقاء وأنه أسهل أولى الأناولو بقينا النكاح بينهما لا يحصل المقاصد لأن مقاصد النكاح لا تحصل إلا بالاستقرار والكافر لا يمكن من استقرار المسلمة والمسلم لا يحل له استقرار المشركة والمجوسية لخبثهما فلم يكن في بقاء هذا النكاح فائدة فيفرق القاضي بينهما عند إباء الاسلام لأن اليأس عن حصول المقاصد يحصل عنده وأما الكلام مع أصحابنا في كيفية الفرقة عند إباء الزوج الاسلام بعدما أسلمت امرأته المشركة أو المجوسية أو الكتابية فوجه قول أبي يوسف أن هذه فرقة يشترك في سببها الزوجان ويستويان فيه فإن الإباء من كل واحد منهما سبب الفرقة ثم الفرقة الحاصلة بابائها فرقة بغير طلاق فكذلك إباءها لا يستويان في السببية كما إذا ملك أحدهما صاحبه ولهما أن الحاجة إلى التفریق عند الإباء لقوات مقاصد النكاح ولأن مقاصد النكاح إذا لم تحصل لم يكن في بقاء النكاح فائدة فتقع الحاجة إلى التفریق والاصل في التفریق هو الزوج لأن الملك له والقاضي ينوب منابه كما في الفرقة بالجلب والعنة فكان الأصل في الفرقة هو فرقة الطلاق فيجعل طلاقاً ما أمكن وفي إباء المرأة لا يمكن لأنها لا تملك الطلاق فيجعل فسخاومنها ردة أحد الزوجين لأن الردة بمنزلة الموت لأنها سبب مفض إليه والميت لا يكون محلاً للنكاح ولهذا لم يجوز نكاح المرتد لا حذراً في الابتداء فكذلك في حال البقاء ولا نه لا عصمة مع الردة وملك النكاح لا يبتى مع زوال العصمة غير أن ردة المرأة تكون فرقة بغير طلاق بخلاف وأما ردة الرجل فهي فرقة بغير طلاق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد فرقة بطلاق (وجه) قوله ظاهر لأن الأصل أن الفرقة إذا حصلت بمعنى من قبل الزوج وأمكن أن تجعل طلاقاً تجعل طلاقاً لأن الأصل في الفرقة هو فرقة الطلاق وأصل أبي يوسف ما ذكرنا أنه فرقة حصلت بسبب يشترك فيه الزوجان لأن الردة من كل واحد منهما سبب لثبوت الفرقة ثم الثابت بردها فرقة بغير طلاق كذا برده ولا في حنيفة أن هذه الفرقة وإن كانت بسبب وجد من الرجل وهو ردة إلا أنه لا يمكن أن تجعل الردة طلاقاً لأنها بمنزلة الموت وفرقة الموت لا تكون طلاقاً لأن الطلاق تصرف يختص بما يستفاد بالنكاح والفرقة الحاصلة بالردة فرقة واقعة بطريق التنافي لأن الردة تنافي عصمة الملك وما كان طريقه التنافي لا يستفاد بملك النكاح فلا يكون طلاقاً بخلاف الفرقة الحاصلة بإباء الزوج لأنها تثبت بقوات مقاصد النكاح وثمراته وذلك مضاف إلى الزوج فيلزمه الامساك بالمعروف والالتزام بالاحسان فإذا امتنع عنه ألزمه القاضي الطلاق الذي يحصل به التسريح بالاحسان كأنه طلق بنفسه والدليل على التفرقة بينهما أن فرقة الإباء لا تحصل إلا بالقضاء وفرقة الردة تثبت بنفس الردة ليعلم أن ثبوتها بطريق التنافي ثم الفرقة بردة أحد الزوجين تثبت بنفس الردة فتثبت في الحال عندنا وعند الشافعي إن كان قبل الدخول فكذلك وإن كان بعد الدخول تتأجل الفرقة إلى مضي ثلاث حيض وهو على الاختلاف في اسلام أحد الزوجين هذا إذا ردت أحد الزوجين فاما إذا ارتد معاً لا تقع الفرقة بينهما استحساناً حتى لو أسلم معاً فاعلى نكاحهما والقياس أن تقع الفرقة وهو قول زفر وجه القياس أنه لو ارتد أحدهما وقعت الفرقة

فكذلك اذا ارتد الان في ردتهم اعادة أحدهما وزيادة والاستحسان اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان العرب لما ارتدت في زمن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ثم أسلموا لم يفرق بينهم وبين نسائهم وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم فان قيل لم يعلم هناك انهم ارتدوا وأسلموا معاً فالجواب انه لما لم يفرق بينهم وبين نسائهم فيعلم القرآن بل احتمال التقدم والتأخر في الردة والاسلام قفياً علم أولى ان لا يفرق ثم قول الاصل في كل أمرين حادثين اذا لم يعلم تاريخ ما بينهما ان يحكم بوقوعهما معاً كالفرق والحرق والهدم ولو تزوج مسلم كتابية يهودية أو نصرانية فتمجست تثبت الفرقة لان الجوسية لا تصلح لنكاح المسلم ألا ترى انه لا يجوز له نكاحها ابتداء ثم ان كان ذلك قبل الدخول بها فلا مهر لها ولا نفقة لانها فرقة بغير طلاق فكانت فسخاوان كان بعد الدخول بها فلها المهر لما بيننا فيا تقدم ولا نفقة لها لان الفرقة جاءت من قبلها والاصل ان الفرقة اذا جاءت من قبلها فان كان قبل الدخول بها فلا نفقة لها ولا مهر وان جاءت من قبله قبل الدخول يجب نصف المسمى ان كان المهر مسمى وان لم يكن تجب الممتعة وبعد الدخول يجب كل المهر والنفقة ولو كانت يهودية فتنصرت أو نصرانية فتهودت لم تثبت الفرقة ولم يعترض عليه عندنا وقال الشافعي لا يمكن من القرار عليه ولكن يجبر على ان تسلم أو تعود الى دينها الاول فان لم تفعل حتى مضت ثلاث حيض وقعت الفرقة كما في المرتد وجه قوله انها كانت مقررة بان الدين الذي انتقلت اليه باطل فكان ترك الاعتراض قهراً على الباطل وانه لا يجوز (ولنا) انها انتقلت من باطل الى باطل والجبر على العود الى الباطل باطل ولو كانت يهودية أو نصرانية فصارت لم تثبت الفرقة في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد تثبت الفرقة بناء على انه يجوز للمسلم نكاح الصابئة عنده وعندهما لا يجوز والمسا لتمررت في موضعها ومنها اسلام أحد الزوجين في دار الحرب لكن لا تقع الفرقة في الحال بل تقف على مضي ثلاث حيض ان كانت ممن تحيض وان كانت ممن لا تحيض ثلاثة اشهر فان أسلم الباقي منهما في هذه المدة فهما على النكاح وان لم يسلم حتى مضت المدة وقعت الفرقة لان الاسلام لا يصلح سبباً لثبوت الفرقة بينهما ونفس الكفر أيضاً لا يصلح سبباً لما ذكرنا من المعنى فيما تقدم ولكن يعرض الاسلام على الآخر فاذا أبي حينئذ يفرق وكانت الفرقة حاصلة بالاباء ولا يعرف الاباء الا بالعرض وقد امتنع العرض لانعدام الولاية وقد مست الحاجة الى التفریق اذا اشرك لا يصلح لنكاح المسلم فيقام شرط البينونة وهو مضي ثلاث حيض اذ هو شرط البينونة في الطلاق الرجعي مقام العلة واقامة الشرط مقام العلة عند تعدد اعتبار العلة جائز في أصول الشرع فاذا مضت مدة العدة وهي ثلاث حيض صار مضي هذه المدة بمنزلة تفریق القاضي وتكون فرقة بطلاق على قياس قول أبي حنيفة ومحمد وعلى قياس قول أبي يوسف بغير طلاق لانه فرقة بسبب الاباء حكماً وتقديراً واذا وقعت الفرقة بعد مضي هذه المدة هل تجب العدة بعد مضيتها بان كانت المرأة هي المسلمة فخرجت الى دار الاسلام فتمت الحيض في دار الاسلام لا عدة عليها عند أبي حنيفة وعندهما عليها العدة والمسئلة مذكورة فيما تقدم وان كان المسلم هو الزوج فلا عدة عليها بالاجماع لانها حرة ومنها اختلاف الدارين عندنا بان خرج أحد الزوجين الى دار الاسلام مسلماً أو ذمياً وترك الآخر كافراً في دار الحرب ولو خرج أحدهما مستأمناً بقي الآخر كافراً في دار الحرب لا تقع الفرقة بالاجماع وقال الشافعي لا تقع الفرقة باختلاف الدارين وهذا بناء على أصل وهو ان اختلاف الدارين علة لثبوت الفرقة عندنا وعندنا ليس بعلة وانما العلة هي السبي واحتج بما روي أن زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجرت من مكة الى المدينة وخلفت زوجها أبا العاص كافراً بمكة فردها عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنكاح الاول ولو ثبتت الفرقة باختلاف الدارين لما رد بل جدد النكاح ولان تأثير اختلاف الدارين في انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يوجب انقطاع النكاح فان النكاح يتيقن بين أهل العدل والبنى والولاية منقطعة (ولنا) ان عندنا اختلاف الدارين يخرج الملك من أن يكون مستمتعاً به لعدم التمكن من الانتفاع عادة فلم يكن في بقائه فائدة فيزول كالمسلم اذا ارتد عن الاسلام ولحق بدار الحرب انه يزول ملكه عن أمواله وتعتق أمهات أولاده ومدر ومالقلنا كذا هذا باختلاف

أهل البني مع أهل العدل لأن أهل البني من أهل الاسلام ولا تهم مسلمون فيخاطبون أهل العدل فكان امكان الانتفاع بآبائنا في النكاح وههنا بخلافه وأما الحديث فقد روى أنه ردها عليه بنكاح جديد فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج به مع ما أن العمل بهذه الرواية أولى لأنها ثبتت أمراً لم يمكن فكان راوى الرد بالنكاح الاول استصحب الحال فظن أنه ردها عليه بذلك النكاح الذي كان وراوى النكاح الجديد اعتمد حقيقة الحال وصار كاحتمال الجرح والتعديل ثم ان كان الزوج هو الذي خرج فلا عدة على المرأة بخلاف لما ذكرناه حرية وان كانت المرأة هي التي خرجت فلا عدة عليها في قول أبي حنيفة خلافاً لهما وكذلك اذا خرج أحد هماً ذمياً وقمت الفرقة لانه صار من أهل دار الاسلام فصاركما لو خرج مسلماً بخلاف ما اذا خرج أحد هماً بامان لان الحرب المستأمن من أهل دار الحرب وانما دخل دار الاسلام على سبيل العارية لقضاء بعض حاجاته لا للتوطن فلا يبطل حكم دار الحرب في حقه كالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان لانه لا يصير بالدخول من أهل دار الحرب لما قلنا كذا هذا ولو أسلما معافى دار الحرب أو صار اذميين معاً أو خرجا مستأمنين فالنكاح على حاله لانعدام اختلاف الدارين عندنا وانعدام السبي عنده وعلى هذا يخرج ما اذا سبي أحد هماً وأحرز بدار الاسلام انه تقع الفرقة بالاجماع لكن على اختلاف الاصلين عندنا باختلاف الدارين وعنده بالسبي وعندنا لا تثبت الفرقة قبل الاحراز بدار الاسلام ولو سبيا معاً لا تقع الفرقة عندنا لعدم اختلاف الدارين وعنده بالسبي واحتج بقوله تعالى والمحصنات من النساء لا مملكت أيمانكم حرم المحصنات وهن ذوات الازواج اذ هو معطوف على قوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم واستننى المملوكات والاستثناء من الخطر اباحة ولم يفصل بين ما اذا سبيت وحدها أو مع زوجها ولان السبي سبب لثبوت ملك المتعة للسبي لانه استيلاء ورد على محل غير معصوم وانه سبب لثبوت الملك في الرقبة ولهذا ثبتت الملك في المسيبة بالاجماع وملك الرقبة يوجب ملك المتعة ومتى ثبت ملك المتعة للسبي يزول ملك الزوج ضرورة بخلاف ما اذا اشترى أمة هي منكوحه الغير انه لا يثبت للمشتري ملك المتعة وان ثبت له ملك الرقبة بالشراء لان ملك الزوج في الامة ملك معصوم وان ثبت اليد على محل معصوم لا يكون سبباً لثبوت الملك (ولنا) ان ملك النكاح للزوج كان ثابتاً بدليله مطلقاً وملك النكاح لا يجوز ان يزول الا بالزلة أو لعدم فائدة البقاء اما لقوات المحل حقيقة بالهلاك او تقديره الخروجه من أن يكون منتفعاً به في حق المالك واما لقوات حاجة المالك بالموت لان الحكم بالزوال حينئذ يكون تناقضاً والشرع منزه عن التناقض ولم توجد الزالة من الزوج والمحل صالح والمالك صالح حتى يحتاج الى الملك وامكان الاستمتاع ثابتاً ظاهراً وغالباً اذا سبيا معاً ولا يكون نادراً وكذا اذا سبي أحد هماً والسبي في دار الحرب لان احتمال الاشتداد من الكفرة أو استنقاذ الاسراء من الغزاة ليس بنادر وان لم يكن غالباً بخلاف ما اذا سبي أحدهما وأخرج الى دار الاسلام لان هناك لا فائدة في بقاء الملك لعدم التمكن من اقامة المصالح بالملك ظاهر او غالباً باختلاف الدارين وأما قوله السبي ورد على محل غير معصوم فنعم لكن الاستيلاء الوارد على محل غير معصوم انما يكون سبباً لثبوت الملك اذا لم يكن مملوكاً لغيره وملك الزوج ههنا قائم لما بينا فلم يكن السبي سبباً لثبوت الملك للسبي فلا يوجب زوال ملك الزوج والاية محمولة على ما اذا سبيت وحدها لما ذكرناه من الدلائل ومنها الملك الطارىء لاحد الزوجين على صاحبه بان ملك أحدهما صاحبه بعد النكاح أو ملك شق صامنه لان الملك المقارن يمنع من انعقاد النكاح الطارىء عليه يبطله والفرقة الواقعة به فرقة بغير طلاق لانها فرقة حصلت بسبب لا من قبل الزوج فلا يمكن ان تجعل طلاقاً فتجعل فسحاً ولا يحتاج الى تريق القاضي لانها فرقة حصلت بطريق التنافي لما بينا في المسائل المتقدمة ان الحقوق الثابتة بالنكاح لا يصح اثباتها بين المالك والمملوك فلا تقتصر الى القضاء كالفرقة الحاصلة بردة أحد الزوجين وعلى هذا قالوا في القن والمدير والمأذون اذا اشترى زوجته لم يبطل النكاح لان الشراء لا يفيد له ملك المتعة فلا يوجب بطلان النكاح وقالوا أيضاً في المكاتب اذا اشترى زوجته لا يبطل نكاحها لانه لا يملكها وانما ثبت له فيها حق الملك وحق الملك يمنع ابتداء

النكاح ولا يمنع البقاء كالعدة وهذا لان حق الملك هو الملك من وجه فكان ملكه فيها ثابتا من وجه دون وجه فالنكاح اذا لم يكن منعقد يقع الشك في انعقاده فلا ينقذ بالشك واذا كان منعقدا يقع الشك في زواله فلا يزول بالشك على الاصل المهور وان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك والثابت بيقين لا يزول بالشك لهذا المعنى منعت العدة من ابتداء النكاح ولم تمنع البقاء كذا هذا وقالوا فيمن زوج ابنته من مكاتبه ثم مات لا يبطل النكاح بينهما حتى يعجز عن أداء بدل الكتابة وقال الشافعي ينفسخ النكاح بناء على ان المكاتب لا يورث عندنا فلا يثبت الملك للوارث في المكاتب حقيقة وانما يثبت له حق الملك وانه لا يمنع بقاء النكاح وعنده يورث فيثبت الملك لها في زوجها فيبطل النكاح (وجه) قوله ان الوارث يقوم مقام المورث في أملا كذا فيثبت له ما كان ثابتا للمورث وملكه في المكاتب كان ثابتا فينتقل الى الوارث فيصير مملوكا له فينفسخ النكاح (ولنا) ان الحاجة مست الى ابقاء ملك الميت في المكاتب لان عقد الكتابة أوجب له حق الحرية للحال على وجه يصير ذلك الحق حقيقة عند الاداء ولهذا يثبت الولاء من قبله فلو قلنا الملك من الميت الى الوارث لتعذر اثبات حقيقة الحرية عند الاداء لانعدام تعليق الحرية منه بالاداء فست الحاجة الى استبقاء ملك الميت فيه لاجل الحق المستحق للمكاتب فيمنع ثبوت الملك حقيقة للوارث ويثبت له حق الملك لوجود سبب الثبوت وهو القرابة وشرطه وهو الموت وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء لما ذكرنا الا اذا عجز عن اداء بدل الكتابة لانه اذا عجز ثبت الملك حقيقة للوارث فيرفع النكاح وامام معتق البعض اذا اشترى زوجته لا يبطل النكاح في قول أبي حنيفة وعندهما يبطل بناء على ان معتق البعض بمنزلة المكاتب عنده وعندهما جرح عليه دين والله أعلم ومنها الرضاع الطارىء على النكاح كمن تزوج صغيرة فارضعتها أمه بانت منه لانها صارت أختا له من جهة الرضاع وكذا اذا تزوج صبيتين رضعتين فجاءت امرأة فارضعتهم بانتا منه لانهما صارتا أختين وحرمة الاخت من الرضاع يستوي فيها السابق والطارىء وكذا حرمة الجمع بين الاختين من الرضاة ونذكر ان شاء الله تعالى ما يتعلق بالرضاع المقارن والطارىء من المسائل في كتاب الرضاع ومنها المصاهرة الطارئة بان وطئ أم امرأته أو ابنتها والفرقة بها فرقة بغير طلاق لانها حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والفرق في هذه الوجوه كلها بأنة لان المقصود في بعضها التخلص وانه لا يحصل الا بالإن وفي بعضها الحل ليس بقابل لبقاء النكاح فافهم والله الموفق

تم الجزء الثاني ويليه الجزء الثالث وأوله كتاب الايمان



(الجزء الثاني من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

صحيفة	صحيفة
٢ كتاب الزكاة	٣٨ فصل وأما القدر المأخوذ مما يمر به التاجر على العاشر
٣ فصل وأما كيفية فرضيتها	٣٩ فصل وأما ركن الزكاة
٤ فصل وأما سبب فرضيتها فالمال	٤٠ فصل وأما شرائط الركن
٤ فصل وأما شرائط الفرضية فأنواع	٤١ فصل وأما الذي يرجع إلى المؤدى
٩ فصل وأما الشرائط التي ترجع إلى المال	٤٣ فصل وأما الذي يرجع إلى المؤدى إليه
١٦ فصل أما الائتمان المطلقة وهي الذهب والفضة	٥٠ فصل وأما حولان الحول فليس من شرائط جواز
١٦ فصل وأما صفة النصاب في الفضة	أداء الزكاة
١٨ فصل وأما مقدار الواجب فيها	٥١ فصل وأما شرائط الجواز فتلاثة
١٨ فصل هذا إذا كان له فضة مفردة	٥٢ فصل وأما حكم المعجل إذا لم يقع زكاة
١٨ فصل وأما صفة نصاب الذهب	٥٢ فصل وأما بيان ما يستقطبها بعد وجوبها
١٨ فصل وأما مقدار الواجب فيه	٥٣ فصل وأما زكاة الزروع والثمار
٢٠ فصل وأما أموال التجارة فتقدر بالنصاب فيها	٥٤ فصل وأما الكلام في كيفية فرضية هذا النوع
٢١ فصل وأما صفة هذا النصاب	وسبب فرضيته
٢١ فصل وأما مقدار الواجب من هذا النصاب	٥٤ فصل وأما شرائط الفرضية
٢١ فصل وأما صفة الواجب في أموال التجارة	٥٧ فصل وأما شرائط المحلية فأنواع
٢٦ فصل وأما نصاب الابل	٦٢ فصل وأما بيان مقدار الواجب
٢٨ فصل وأما نصاب البقر	٦٣ فصل وأما صفة الواجب
٢٨ فصل وأما نصاب النعم	٦٣ فصل وأما وقت الوجوب
٣٠ فصل وأما صفة نصاب السائمة	٦٤ فصل وأما بيان ركن هذا النوع
٣٢ فصل وأما مقدار الواجب في السوائم	٦٥ فصل وأما بيان ما يستقطب بعد الوجوب
٣٣ فصل وأما صفة الواجب في السوائم	٦٥ فصل هذا الذي ذكرنا حكم الخارج من الارض
٣٤ فصل وأما حكم الخيل	٦٨ فصل وأما بيان ما يوضع في بيت المال من المال
٣٥ فصل وأما بيان من له المطالبة بأداء الواجب في	وبيان مصارفها
السوائم والأموال الظاهرة	٦٩ فصل وأما الزكاة الواجبة وهي زكاة الرأس
٣٦ فصل وأما شرط ولاية الآخذ	٦٩ فصل وأما كيفية وجوبها

صحيفة	صحيفة
١٣٤ فصل وأما ركنه	٦٩ فصل وأما بيان من تجب عليه
١٣٤ فصل وأما شرائط جوازه	٧٠ فصل وأما بيان من تجب عليه
١٣٥ فصل وأما سننه	٧٢ فصل وأما بيان جنس الواجب وقدره وصفته
١٣٥ فصل وأما وقته فوقته الاصيل	٧٤ فصل وأما وقت وجوب صدقة الفطر
١٣٥ فصل وأما بيان حكمه اذا تأخر	٧٤ فصل وأما وقت أدائها
١٣٥ فصل وأما الوقوف بمزدلفة	٧٤ فصل وأما ركنها
١٣٦ فصل وأما ركنه فكيونته بمزدلفة	٧٥ فصل وأما مكان الاداء
١٣٦ فصل وأما مكانه فجزء من أجزاء مزدلفة	٧٥ فصل وأما بيان ما يسقطها
١٣٦ فصل وأما زمانه فبين طلوع الفجر من يوم النحر وطلوع الشمس	٧٥ ﴿كتاب الصوم﴾
١٣٦ فصل وأما حكم فواته عن وقته	٧٧ فصل وأما شرائط الصوم فنوعان
١٣٦ فصل وأما رمي الجمار	٩٠ فصل وأما ركنه فلا مساك
١٣٧ فصل وأما تفسير رمي الجمار	٩٤ فصل وأما حكم فساد الصوم
١٣٧ فصل وأما وقت الرمي فأيام الرمي أربعة	١٠٢ فصل وأما حكم الصوم المؤقت
١٣٧ فصل وأما وقت الرمي من اليوم الاول والثاني	١٠٥ فصل وأما بيان ما يسن وما يستحب للصائم وما يكره
١٣٨ فصل وأما مكان الرمي ففي يوم النحر	١٠٨ ﴿كتاب الاعتكاف﴾
١٣٨ فصل وأما الكلام في عدد الجمار وقدرها	١٠٨ فصل وأما شرائط صحته فنوعان
١٣٨ فصل وأما بيان حكمه اذا تأخر عن وقته	١١٣ فصل وأما ركن الاعتكاف ومحظوراته وما يفسده وما لا يفسده
١٤٠ فصل وأما الخلق أو التقصير	١١٧ فصل وأما بيان حكمه اذا فسد
١٤١ فصل وأما مقدار الواجب	١١٨ ﴿كتاب الحج﴾
١٤١ فصل وأما بيان زمانه ومكانه	١١٩ فصل وأما كيفية فرضه
١٤٢ فصل وأما حكم الخلق	١٢٠ فصل وأما شرائط فرضيته فنوعان
١٤٢ فصل وأما حكم تأخيره عن زمانه	١٢٥ فصل وأما ركن الحج فشيئان
١٤٢ فصل وأما طواف الصدر	١٢٧ فصل وأما طواف الزيارة
١٤٢ فصل وأما شرائطه	١٢٨ فصل وأما ركنه
١٤٣ فصل وأما شرائط جوازه	١٢٨ فصل وأما شرطه وواجباته
١٤٣ فصل وأما قدره وكيفيته	١٣١ فصل وأما مكان الطواف
١٤٣ فصل وأما وقته	١٣٢ فصل وأما زمان هذا الطواف
١٤٣ فصل وأما مكانه فحول البيت	١٣٢ فصل وأما مقداره
١٤٣ فصل وأما بيان سنن الحج وبيان ترتيبه	١٣٣ فصل وأما حكمه اذا فات
١٤٠ فصل وأما شرائط أركانه	١٣٣ فصل وأما واجبات الحج فخمسة
١٦١ فصل وأما بيان ما يصير به محرما	١٣٤ فصل وأما قدره فسبعة أشواط
١٦٣ فصل وأما بيان مكان الاحرام	

صفحة	صفحة
٢٥٦ فصل وأما بيان وقت هذه الشهادة	١٦٧ فصل وأما بيان ما يحرم به
٢٥٦ فصل ومنها أن تكون المرأة محلة	١٧٢ فصل وأما بيان ما يجب على المتمتع
٢٥٨ فصل وأما النوع الثاني	١٧٥ فصل وأما بيان حكم المحرم
٢٥٩ فصل وأما الفرقة الثانية	٢٧٧ فصل وأما حكم الإحصار
٢٦٠ فصل وأما الفرقة الثالثة	١٨٣ فصل وأما بيان ما يحظره الأحرار
٢٦٠ فصل وأما الفرقة الرابعة	١٨٩ فصل وأما الذي يرجع إلى الطيب
٢٦٢ فصل ومنها أن لا يقع نكاح المرأة	١٩٢ فصل وأما ما يجري مجرى الطيب
٢٦٤ فصل وأما الجمع في الوطء بملك الميم	١٩٥ فصل وأما الذي يرجع إلى توابع الجماع
٢٦٥ فصل وأما الجمع بين الاجنبيات فنوعان	١٩٥ فصل وأما الذي يرجع إلى الصيد
٢٦٦ فصل وأما الجمع في الوطء ودواعيه	١٩٦ فصل وأما بيان أنواعه
٢٦٦ فصل ومنها أن لا يكون تحته حرة	١٩٨ فصل وأما بيان حكم ما يحرم على المحرم
٢٦٨ فصل ومنها أن لا تكون منكوحه الغير	٢٠٧ فصل ويتصل بهذا بيان ما يعم المحرم والحلال جميعاً
٢٦٨ فصل ومنها أن لا تكون معتدة الغير	٢١٠ فصل وأما الذي يرجع إلى النبات
٢٦٩ فصل ومنها أن لا يكون بها حمل	٢١٦ فصل وأما بيان ما يفسد الحج
٢٧٠ فصل ومنها أن يكون للزوجين ملة يقران عليها	٢٢٠ فصل وأما بيان ما يفوت الحج بعد الشروع
٢٧٠ فصل ومنها أن لا تكون المرأة مشركة إذا كان	٢٢١ فصل وأما بيان حكم فوات الحج
الرجل مسلماً	٢٢٣ فصل ثم الحج كما هو واجب بإيجاب الله تعالى
٢٧١ فصل ومنها اسلام الرجل	٢٢٦ فصل وأما العمرة والكلام فيها
٢٧٢ فصل ومنها أن لا يكون أحد الزوجين ملك صاحبه	٢٢٨ فصل (كتاب النكاح)
٢٧٢ فصل ومنها التأيد	٢٢٩ فصل وأما ركن النكاح
٢٧٤ فصل ومنها المهر	٢٣٢ فصل وأما شرائط الركن فأنواع
٢٧٥ فصل وأما بيان أدنى المقدار	٢٣٣ فصل وأما بيان شرائط الجواز
٢٧٧ فصل وأما بيان ما يصح تسميته مهراً	٢٤١ فصل وأما الذي يرجع إلى المولى عليه
٢٨٢ فصل ومنها أن لا يكون مجهولاً	٢٤٥ فصل وأما الذي يرجع إلى نفس التصرف
٢٨٧ فصل ومنها أن يكون النكاح صحيحاً	٢٤٧ فصل وأما ولاية التدب
٢٨٧ فصل وأما بيان ما يجب به المهر وبيان وقت وجوبه	٢٤٩ فصل وأما شرط التقدم فشيآن
٢٩١ فصل وأما بيان ما يتأكد به المهر	٢٥٢ فصل وأما ولاية الولاء
٢٩٥ فصل وأما بيان ما يستقطبه كل المهر	٢٥٢ فصل وأما ولاية الإمامة
٢٩٦ فصل وأما بيان ما يسقط به نصف المهر	٢٥٢ فصل ومنها الشهادة وهي حضور الشهود
٣٠٤ فصل وأما حكم اختلاف الزوجين في المهر	٢٥٣ فصل وأما صفات الشاهد
٣٠٨ فصل ومما يتصل بهذا اختلاف الزوجين في	٢٥٣ فصل ومنها الاسلام
متاع البيت	٢٥٥ فصل ومنها سماع الشاهدين
٣١٠ فصل ومنها الكفاءة	٢٥٥ فصل ومنها العدد

صحيفة	صحيفة
٣٢٨ فصل وأما الثاني فشرط بقاء النكاح لازماً	٣١٠ فصل ثم كل نكاح جاز بين المسلمين
٣٢٩ فصل وأما وقت ثبوته	٣١٤ فصل ثم كل عقد اذا عقده الذمى كان فاسداً
٣٣٠ فصل وأما ما يبطل به	٣١٥ فصل وأما شرائط لزوم فتوعان
٣٣١ فصل وأما بيان حكم النكاح	٣١٧ فصل ومنها كفاءة الزوج في نكاح المرأة
٣٣١ فصل ومنها حل النظر	٣١٧ فصل وأما الثاني فالنكاح لذى الكفاءة فيه شرط
٣٣١ فصل ومنها ملك المتعة	لزومه
٣٣١ فصل ومنها ملك الحبس والقيود	٣١٨ فصل وأما الثالث في بيان ما تعتبر فيه الكفاءة
٣٣١ فصل ومنها وجوب المهر على الزوج	٣١٩ فصل ومنها الحرية
٣٣١ فصل ومنها ثبوت النسب	٣١٩ فصل ومنها المال
٣٣٢ فصل ومنها وجوب النفقة والسكنى	٣٢٠ فصل ومنها الدين
٣٣٢ فصل ومنها حرمة المصاهرة	٣٢٠ فصل وأما الحرفة
٣٣٢ فصل ومنها الارث من الجانبين جميعاً	٣٢٠ فصل وأما بيان من تعتبر له الكفاءة
٣٣٢ فصل ومنها وجوب العدل بين النساء في حقوقهن	٣٢٢ فصل ومنها كمال مهر المثل
٣٣٤ فصل ومنها وجوب طاعة الزوج على الزوجة اذا دعاها الى الفراش	٣٢٢ فصل ومنها خلو الزوج
٣٣٤ فصل ومنها ولاية التاذيب للزوج اذا لم تطعه	٣٢٥ فصل وأما شرائط الخيار
٣٣٤ فصل ومنها المعاشرة بالمعروف وأنه مندوب اليه	٣٢٥ فصل وأما حكم الخيار
٣٣٥ فصل وأما النكاح الفاسد	٣٢٦ فصل وأما بيان ما يبطل به الخيار
٣٣٦ فصل وأما بيان ما يرفع حكم النكاح	٣٢٧ فصل وأما خلو الزوج عما سوى هذه العيوب الخمسة

كِتَابُ بَدَائِعِ الصَّحَا فِي تَرْغِيبِ الشَّرَائِعِ

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء الثالث

الطبعة الثانية

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الايمان ﴾

الكلام في هذا الكتاب في أربعة مواضع في بيان أنواع اليمين وفي بيان ركن كل نوع وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكمه وفي بيان ان اليمين بالله تعالى على نية الحالف أو المستحلف أما الاول فاليمين في القسم الاول ينقسم الى قسمين يمين بالله سبحانه وهو المسمى بالقسم في عرف اللغة والشرع ويمين بغير الله تعالى وهذا قول عامة العلماء وقال أصحاب الظاهر هي قسم واحد وهو اليمين بالله تعالى فاما الحلف بغير الله عز وجل فليس بيمين حقيقة وانما يسمى بها مجازاً حتى ان من حلف لا يحلف فحلف بالطلاق أو العتاق يحنث وعند عامة العلماء لا يحنث وجه قولهم ان اليمين انما يقصد بها تعظيم القسم به ولهذا كانت عادة العرب القسم بما جل قدره وعظم خطره وكثر نفعه عند الخلق من السماء والارض والشمس والقمر والليل والنهار ونحو ذلك والمستحق للتعظيم بهذا النوع هو الله تعالى لان التعظيم بهذا النوع عبادة ولا تجوز العبادة الا لله تعالى ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف بطلاق أو عتاق واستثنى فلا حنث عليه سماه حلفاً والحالف واليمين من الاسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد والاصل في اطلاق الاسم هو الحقيقة فدل ان الحلف بالطلاق والعتاق يمين حقيقة وكذا ما أخذ الاسم دليل عليه لانها أخذت من القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين أى بالقوة ومنه سميت اليد اليمين يميناً لفضل قوتها على الشمال عادة قال الشاعر

رأيت عرابة الاوسى يسمو * الى الخيرات منقطع القرين

اذا ماراية رفعت * لمجد تلفها عرابة باليمين

أى بالقوة ومعنى القوة يوجد في النوعين جميعاً وهو ان الحالف يتقوى بها على الامتناع من المروءة وعلى التحصيل

في المرغوب وذلك ان الانسان اذا ادعاه طبعه الى فعل ما يتعلق به من اللذة الحاضرة فمقله يزجره عنه ما يتعلق به من العاقبة
الوخيمة وربما لا يقاوم داعيه فيحتاج الى ان يتقوى على الجرى على موجب العقل فيحلف بالله تعالى لما عرف من
قيح هتك حرمة اسم الله تعالى وكذا اذا ادعاه عقله الى فعل يحسن عاقبته وطبعه يستنقل ذلك فيمنعه عنه فيحتاج الى اليمين
بالله تعالى ليتقوى بها على التحصيل وهذا المعنى يوجد في الحلف بالطلاق والعناق لان الحالف يتقوى به على الامتناع
من تحصيل الشرط خوفا من الطلاق والعناق الذي هو مستنقل على طبعه فثبت ان معنى اليمين يوجد في النوعين فلا
معنى للفصل بين نوع ونوع والدليل عليه ان محمداً سمى الحلف بالطلاق والعناق في أبواب الايمان من الاصل
والجامع مبنياً وقوله حجة في اللغة ثم اليمين بالله تعالى منقسم ثلاثة أقسام في عرف الشرع عين الغموس وبين اللغو وبين
معهودة وذكر محمد في أول كتاب الايمان من الاصل وقال الايمان ثلاثة يمين مكفرة وبين لا تكفر وبين نرجو
ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها وفسر الثالثة بيمين اللغو وانما أراد محمد بقوله الايمان ثلاث الايمان بالله تعالى لاجنس
الايمان لان ذلك كثير فان قيل كيف أخبر محمد عن انتفاء المؤاخذة بلغو اليمين بلفظة الترجي وانتفاء المؤاخذة بهذا
النوع من اليمين مقطوع به بنص الكتاب وهو قوله عز وجل لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم فالجواب عنه من
وجهين أحدهما ان يمين اللغو هي اليمين الكاذبة لكن لا عن قصد بل خطأ أو غلطاً على ما ذكر تفسيرها ان شاء الله تعالى
والثاني عن فعله ممكن في الجملة وحفظ النفس عنه مقدور فكان جائز المؤاخذة عليه لكن الله تعالى رفع المؤاخذة
عليه رحمة وفضلاً ولهذا يجب الاستغفار والتوبة عن فعل الخطأ والسيان كذلك فذكر محمد لفظ الرجاء ليعلم ان الله
تفضل برفع المؤاخذة في هذا النوع بعدما كان جائز المؤاخذة عليه والثاني ان المؤاخذة وان كانت منتفية عن هذا
النوع قطعاً لكن العلم بمراد الله تعالى من اللغو المذكور غير مقطوع به بل هو محل الاجتهاد على ما ذكر ان شاء الله
تعالى والعلم الحاصل عن اجتهاد علم غالب الرأي وأكثر الظن لا علم القطع فاستعمل محمد لفظة الرجاء لاحتمال ان
لا يكون مراد الله تعالى من اللغو المذكور ما أفضى اليه اجتهاد محمد فكان استعمال لفظ الرجاء في موضعه وذكر
الكرخي وقال اليمين على ضربين ماض ومستقبل وهذه القسمة غير صحيحة لان من شرط صحتها ان تكون محيطة
بجميع أجزاء المقسوم به ولم يوجد بلخر وج الحال عنها وانها داخلية في يمين الغموس وبين اللغو على ما ذكر تفسيرها
فكانت القسمة ناقصة والنقصان في القسمة من عيوب القسمة كالزيادة فكانت القسمة الصحيحة ما ذكرنا
لوقوعها حاصرة جميع أجزاء المقسوم بحيث لا يشذ عنها جزء وكذا ما ذكر محمد صحيح الا انه بين كل نوع بنفسه وحكمه
دفعاً واحدة ونحن أخرنا بيان الحكم عن بيان النوع سقاً للكلام على الترتيب الذي ضمناه أما يمين الغموس فهي
الكاذبة قصداً في الماضي والحال على النفي أو على الاثبات وهي الخبر عن الماضي أو الحال فعلاً أو تركاً متعمداً
للكذب في ذلك مقرر وتابذ كراسم الله تعالى نحو ان يقول والله ما فعلت كذا وهو يعلم انه فعله أو يقول والله لقد
فعلت كذا وهو يعلم انه لم يفعله أو يقول والله ما لهذا على دين وهو يعلم انه عليه دين فهذا تفسير يمين الغموس وأما
يمين اللغو فقد اختلفت في تفسيرها قال أصحابنا هي اليمين الكاذبة خطأ أو غلطاً في الماضي أو في الحال وهي ان يخبر عن
الماضي أو عن الحال على الظن ان الخبر به كما أخبر وهو بخلافه في النفي أو في الاثبات نحو قوله والله ما كلمت زيداً وفي
ظنه انه لم يكلمه أو والله لقد كلمت زيداً وفي ظنه انه كلمه وهو بخلافه أو قال والله ان هذا الجاني لزيدان هذا الطائر
لغراب وفي ظنه انه كذلك ثم تبين بخلافه وهكذا روى ابن رستم عن محمد انه قال اللغو ان يحلف الرجل على الشيء
وهو يرى انه حق وليس بحق وقال الشافعي يمين اللغو هي اليمين التي لا يقصدها الحالف وهو ما يجري على السنن
الناس في كلامهم من غير قصد اليمين من قولهم لا والله وبلى والله سواء كان في الماضي أو الحال أو المستقبل وأما عندنا
فلا لغو في المستقبل بل اليمين على أمر في المستقبل يمين معقودة وفيها الكفارة اذا حنث قصد اليمين أو لم يقصد وانما
اللغو في الماضي والحال فقط وما ذكر محمد على أثر حكايته عن أبي حنيفة ان اللغو ما يجري بين الناس من قولهم لا والله
وبلى والله فذلك محمول عندنا على الماضي أو الحال وعندنا ذلك لغو فيرجع حاصل الخلاف بيننا وبين الشافعي في يمين

لا يقصد هذا الخالف في المستقبل عندنا ليس بلغوا وفيها الكفارة وعنده هي لغوا ولا كفارة فيها وقال بعضهم عمن اللغو هي
 اليمين على المعاصي نحو ان يقول والله لا أصلي صلاة الظهر ولا أصوم صوم شهر رمضان أولاً أكلم أبوي أو يقول
 والله لا شرب الخمر أولاً زني أولاً قتل فلاناً منهم من يوجب الكفارة اذا حنث في هذه اليمين ومنهم من لا يوجب
 وجه قول هؤلاء ان اللغو هو الائم في اللغة قال الله تعالى واذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه أي كلاماً فيه اثم فقالوا ان معنى
 قوله تعالى لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم أي لا يؤخذكم الله بالائم في أيمانكم على المعاصي بنقضها والحنث فيها
 لان الله تعالى جعل قوله في سورة البقرة لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم صلة قوله عز وجل ولا تجعلوا الله عرضة
 لايمانكم ان تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس وقيل في القصة ان الرجل كان يحلف ان لا يصنع المعروف ولا يبر ولا
 يصل أقرباه ولا يصلح بين الناس فاذا أمر بذلك يتعلل ويقول اني حلفت على ذلك فاخبر الله تعالى بقوله سبحانه
 لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم الآية لانه لا مأثم عليهم بنقض ذلك اليمين وتحنث النفس فيها وان المؤاخذه بالائم فيها
 بحفظها والاصرار عليها بقوله ولكن يؤخذكم بما كسبت قلوبكم بقوله تعالى ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان ثم
 منهم من أوجب الكفارة لقوله تعالى في هذه الآية فكفارتها الى قوله ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفت أي حلفت
 وحسنت ومنهم من لم يوجب فيها الكفارة أصلاً لما نذكر ان شاء الله تعالى في بيان حكم اليمين وجه قول الشافعي
 ما روى عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت عن عمن اللغو قالت هي ان يقول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله وعن
 عطاء رضي الله عنه انه سئل عن عمن اللغو فقال قالت عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هو
 كلام الرجل في بيته لا والله وبلى والله فثبت موقوفاً ومرفوعاً عن تفسير عمن اللغو ما قلنا من غير فصل بين الماضي
 والمستقبل فكان لغواً على كل حال اذا لم يقصد هذا الخالف ولان الله تعالى قابل عمن اللغو باليمين المكسوبة بالقلب بقوله
 عز وجل لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤخذكم بما كسبت قلوبكم والمكسوبة هي المقصودة فكان غير
 المقصودة داخل في قسم اللغو تحقيقاً للمقابلة (ولنا) قوله تعالى لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤخذكم
 بما عقدتم الايمان قابل عمن اللغو باليمين المعقودة ووفق بينهما في المؤاخذه وهيها فيجب ان تكون عمن اللغو غير
 اليمين المعقودة تحقيقاً للمقابلة واليمين في المستقبل عمن معقودة سواء وجد القصد أولاً ولان اللغو في اللغة اسم للشيء
 الذي لا حقيقة له قال الله تعالى لا يسمعون فيها لغواً ولا تأثيماً أي باطلاً وقال عز وجل خبراً عن الكفرة والغوا فيه
 لعلكم تغلبون وذلك فيما قلنا وهو الخلف بما لا حقيقة له بل على ظن من الخالف ان الامر كما حلف عليه والحقيقة
 بخلافه وكذا ما يجري على اللسان من غير قصد لكن في الماضي أو الحال فهو مما لا حقيقة له فكان لغواً ولان اللغو
 لما كان هو الذي لا حقيقة له كان هو الباطل الذي لا حكم له فلا يكون ميمناً معقودة لان لها حكماً ألا ترى ان المؤاخذه
 فيها ثابته وفيها الكفارة بالنص فدل ان المراد من اللغو ما قلنا وهكذا روى عن ابن عباس رضي الله عنهما في تفسير
 عمن اللغو هي أن يحلف الرجل على اليمين الكاذبة وهو يرى انه صادق وبه تبين أن المراد من قول عائشة رضي الله عنها
 وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان عمن اللغو ما يجري في كلام الناس لا والله وبلى والله في الماضي لا في المستقبل
 والتليل عليه أنها فسرتها بالماضي في بعض الروايات وروى عن مطر عن رجل قال دخلت أنا وعبد الله بن عمر على
 عائشة رضي الله عنها فساألتها عن عمن اللغو قالت قول الرجل فعلنا والله كذا وصنعنا والله كذا فتحمل تلك الرواية على
 هذا توفيقاً بين الروايتين اذا حمل محمول على التفسير وأما قوله ان الله سبحانه وتعالى قابل اللغو باليمين المكسوبة فنقول
 في تلك الآية قابلها بالمكسوبة وفي هذه الآية قابلها بالمعقودة ومتى أمكن حمل الآيتين على التوافق كان أولى من الحمل
 على التعارض فنجمع بين حكم الآيتين فنقول عمن اللغو التي هي غير مكسوبة وغير معقودة والخالف عطل إحدى
 الآيتين فكنا أسعد حالاً منه وأما قوله تعالى ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم أن تبروا والاية فقد روى عن ابن عباس
 رضي الله عنهما ان ذلك نهى عن الحلف على الماضي معناه ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم ان تبروا أي لا تحلفوا ان

لا تبرأوا بحوزا حروف لافي موضع القسم وغيره قال الله تعالى ولا تأتوا أولو الفصل منكم والسعة ان يؤتوا أولى
القرى أى لا يؤتوا ويحتمل ان تكون الآية عامة أى لا تخلفوا الكى تبرأوا فتجعلوا الله عرضة بالحث بعد ذلك بترك
التعظيم بترك الوفاء باليمين يقال فلان عرضة للناس أى لا يعظمونه ويقعون فيه فيكون هذا نهياً عن الحلف بالله
تعالى اذا لم يكن الحالف على يقين من الاصرار على موجب اليمين وهو البرأ وغالب الرأى والله عز وجل أعلم وأما
اليمين المعقودة فهي اليمين على أمر في المستقبل شيئاً أو اثباتاً نحو قوله والله لا أفعل كذا وكذا وقوله والله لا أفعلن كذا
﴿فصل﴾ وأما ركن اليمين بالله تعالى فهو اللفظ الذى يستعمل في اليمين بالله تعالى وانه مركب من القسم عليه
والمقسم به ثم المقسم به قد يكون اسماً وقد يكون صفة والاسم قد يكون مذكراً وقد يكون مذكراً وقد يكون كور قد يكون
صريحاً وقد يكون كنايةً أما الاسم صريحاً فهو ان يذكر اسماً من أسماء الله تعالى أى اسم كان سواء كان اسماً خاصاً
لا يطلق الا على الله تعالى نحو الله والرحمن أو كان يطلق على الله تعالى وعلى غيره كالعليم والحكيم والكريم والحليم ونحو
ذلك لان هذه الاسماء وان كانت تطلق على الخلق ولكن تعين الخالق مراداً بدلالة القسم اذ القسم بغير الله تعالى
لا يجوز فكان الظاهر انه أراد به اسم الله تعالى حملاً لكلامه على الصحة الا ان ينوى به غير الله تعالى فلا يكون يمينا
لانه نوى ما يحتمله كلامه فيصدق في أمر بينه وبين ربه وحكى عن بشر المريسي فيمن قال والرحمن انه ان قصد اسم
الله تعالى فهو حالف وان أراد به سورة الرحمن فليس بحالف فكانه حلف بالقرآن وسواء كان القسم بحرف الباء أو
الواو أو التاء بان قال بالله أو والله أو تالله لان القسم بكل ذلك من عادة العرب وقد ورد به الشرع أيضاً قال الله تعالى والله
ر بنما كنا مشركين وقال وتالله لا كيدن أصنامكم وقال تعالى خبرا عن اخوة يوسف قالوا تالله تقتلن ذكر يوسف
وقال عز وجل تالله لقد أرسلنا الى أمم من قبلك وقال عز وجل واقسموا بالله وقال عز وجل ويخلفون بالله تعالى وقد
روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تخلفوا بآئكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو وليدع
الا أن الباء هي الاصل وما سواها دخيل قائم مقامها فقول الحالف بالله أى احلف بالله لان الباء حرف الصاق وهو
الصاق الفعل بالاسم و ربط الفعل بالاسم والنحويون يسمون الباء حرف الصاق وحرف الربط وحرف الالة
والتسيب فانك اذا قلت كتبت بالقلم فقد الصقت الفعل بالاسم وربطت أحدهما بالآخر فكان القلم آلة الكتابة وسببها
يتوصل به اليها فاذا قال بالله فقد الصق الفعل المحذوف وهو قوله احلف بالاسم وهو قوله بالله وجعل اسم الله آلة للحلف
وسببها يتوصل به اليه الا انه لما كثرت استعمال هذه اللفظة أسقط قوله احلف واكتفى بقوله بالله كما هو دأب العرب من
حذف البعض وابقاء البعض عند كثرة الاستعمال اذا كان فيما بقي دليلاً على المحذوف كما في قولهم باسم الله ونحو ذلك
وانما خفض الاسم لان الباء من حروف الخفض والواو قائم مقامه فصارت كأن الباء هو المذكور وكذا التاء قائم مقام
الواو فكان الواو هو المذكور لان الباء تستعمل في جميع ما يقسم به من أسماء الله وصفاته وكذا الواو فاما التاء فانه
لا يستعمل الا في اسم الله تعالى تقول تالله ولا تقول تالرحمن وتعمة الله تعالى لمعنى يذكر في النحو ولولم يذكر شيئاً من هذه
الادوات بان قال الله لا أفعل كذا يكون يمينا لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ركانة بن زيد أو زيد
ابن ركانة حين طلق امرأته البتة وقال الله ما أردت بالبتة الا واحدة وبه تبين أن الصحيح ما قاله الكوفيون وهو ان
يكون بالكسر لان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الله بالكسر وهو أفصح العرب صلى الله عليه وسلم وكذا روى عن
ابن عمر وغيره من الصحابة انه سأل واحد وقال له كيف أصبحت قال خير عافاك الله بكسر الراء ولو قال لله هل يكون
يمينا لم يذكر هذا في الاصل وقالوا انه يكون يمينا لان الباء توضع موضع اللام يقال آمن بالله وآمن له بمعنى قال الله تعالى في
قصة فرعون آمنتم له وفي موضع آخر آمنتم به والقصة واحدة ولو قال وربي ورب العرش أو رب العالمين كان حالفاً لان
هذا من الاسماء الخاصة بالله تعالى لا يطلق على غيره (وأما) الصفة فصفت الله تعالى مع انها كلها الذات على ثلاثة أقسام
منها ما لا يستعمل في عرف الناس وعاداتهم الا في الصفة نفسها فالحلف بها يكون يمينا ومنها ما يستعمل في الصفة وفي

غيرها استعمالا على السواء فالخلف بها يكون يمينا أيضا ومنها ما يستعمل في الصفة وفي غيرها لكن استعمالها في غير الصفة هو الغالب فالخلف بها لا يكون يمينا وعن مشايخنا من قال ما تعارفه الناس يمينا يكون يمينا إلا ما ورد الشرع بالنهي عنه وما لم يتعارفوه يمينا لا يكون يمينا وبيان هذه الجملة إذا قل وعزة الله وعظمة الله وجلاله وكبريائه يكون حائلا لان هذه الصفات إذا ذكرت في العرف والعادة لا يراد بها إلا نفسها فكان مراد الخلف بها الخلف بالله تعالى وكذا الناس يتعارفون بالخلف بهذه الصفات ولم يرد الشرع بالنهي عن الخلف بها وكذا الوقال وقدرة الله تعالى وقوته وإرادته ومشيتته ورضاه ومحبتة وكلامه يكون حائلا لان هذه الصفات وإن كانت تستعمل في غير الصفة كما تستعمل في الصفة لكن الصفة تعينت مرادة بدلالة القسم إذا يجوز القسم بغير اسم الله تعالى وصفاته فالظاهر إرادة الصفة بقرينة القسم وكذا الناس يقسمون بها في المتعارف فكان الخلف بها يمينا ولو قال ورحمة الله أو غضبه أو سخطه لا يكون هذا يمينا لانه يراد بهذه الصفات آثارها عادة لا نفسها فالرحمة يراد بها الجنة قال الله تعالى ففي رحمة الله هم فيها خالدون والغضب والسخط يراد به أثر الغضب والسخط عادة وهو العذاب والعقوبة لا نفس الصفة فلا يصير به حائلا إلا إذا نوى به الصفة وكذا العرب ما تعارف القسم بهذه الصفات فلا يكون الخلف بها يمينا وكذا وعلم الله لا يكون يمينا استحضانا والقياس أن يكون يمينا وهو قول الشافعي لأن علم الله تعالى صفة كالعزة والعظمة (ولنا) انه يراد به المعلوم عادة يقال اللهم اغفر لنا علمك فينا أي معلومك منا ومن زلاتنا يقال هذا علم أي حنيفة أي معلومه لأن علم أبي حنيفة قائم بأبي حنيفة لا يزياله ومعلوم الله تعالى قد يكون غير الله تعالى من العالم بأعيانها وأعراضها والمعدومات كلها لان المعلوم معلوم فلا يكون الخلف به يمينا إلا إذا أراد به الصفة وكذا العرب لم تتعارف القسم بعلم الله تعالى فلا يكون يمينا بدون النية وسئل محمد عن قال وسلمان الله فقال لا أرى من يخلف بهذا أي لا يكون يمينا وذكر القدرى انه ان أراد بالسلطان القدرة يكون حائلا كما لو قال وقدرة الله وان أراد المقدور لا يكون حائلا لانه حلف بغير الله ولو قال وأمانة الله ذكر في الاصل انه يكون يمينا وذكر ابن سماعة عن أي يوسف انه لا يكون يمينا وذكر الطحاوي عن أصحابنا جميعا انه ليس يمين وجهه ما ذكره الطحاوي أن أمانة الله فرائضه التي تعبد عباده بها من الصلاة والصوم وغير ذلك قال الله تعالى إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان فكان حلقا بغير اسم الله عز وجل فلا يكون يمينا (وجهه) ما ذكره في الاصل ان الأمانة المضافة الى الله تعالى عند القسم يراد بها صفة ألا ترى ان الامين من أسماء الله تعالى وانه اسم مشتق من الأمانة فكان المراد بها عند الاطلاق خصوصاً في موضع القسم صفة الله ولو قال وعهد الله فهو يمين لان العهد يمين لما يذ كر فصار كانه قال ويمين الله وذلك يمين فكذا هذا ولو قال باسم الله لا فعل كذا يكون يمينا كذا روى عن محمد لان الاسم والمسمى واحد عند أهل السنة والجماعة فكان الخلف بالاسم حلقا بالذات كانه قال بالله ولو قال ووجه الله فهو يمين كذا روى ابن سماعة عن أي يوسف عن أبي حنيفة لان الوجه المضاف الى الله تعالى يراد به الذات قال تعالى كل شيء هالك الا وجهه أي ذاته وقال عز وجل ويبقى وجه ربك ذو الجلال والإكرام أي ذاته وذكر الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ان الرجل إذا قال ووجه الله لا فعل كذا ثم فصل انها ليست يمين وقال ابن شجاع انها ليست من إيمان الناس انما هي حلف السفلة وروى المعلى عن محمد إذا قال لا اله الا الله لا أقفل كذا وكذا لا يكون يمينا إلا أن ينوى يمينا وكذا قوله سبحانه الله والله أكبر لا أقفل كذا لان العادة ما جرت بالقسم بهذا اللفظ وانما يذ كر هذا قبل الخبر على طريق التعجب فلا يكون يمينا إلا إذا نوى اليمين فكانه حذف حرف القسم فيكون حائلا وعن محمد بن قيس قال وملكوت الله وجبروت الله انه يمين لانه من صفاته التي لا تستعمل الا في الصفة فكان الخلف به يمينا كقوله وعظمة الله وجلاله وكبريائه ولو قال وعمر الله لا أقفل كذا كان يمينا لان هذا حلف ببقاء الله وهو لا يستعمل الا في الصفة وكذا الخلف به متعارف قال الله عز وجل لعمر ك انهم لن يسكرتهم بمعون وقال طرفة

لعمرك ان الموت ما أخطأ الفتي * لك الطول المرجى وتنباه باليد
ولو قال وايم الله لا أفعل كذا كان يمينا لان هذا من صلوات اليمين عند البصريين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
في زيد بن حارثة رضى الله عنه حين أمره في حرب موته وقد بلغه الطعن وايم الله خلقي للامارة وعند الكوفيين هو
جمع اليمين تقديره وايم الله الا ان النون أسقطت عند كثرة الاستعمال للتخفيف كما في قوله تعالى حنيفا ولم يك من
المشركين والايم جمع يمين فكانه قال ويمين الله وانه حلف بالله تعالى لان العرب تعارفته يمينا قال امرؤ القيس

فقلت يمين الله أبرح قاعداً * وان قطعت رأسي لديك وأوصالي

حلفت لها بالله حلقة فاجر * لنا موافا ان من حديث ولا صالي

وقالت عنزة

فقلت يمين الله مالك حيلة * وما ان أرى عنك الغواية تنجلي

فقد استعمل امرؤ القيس يمين الله وسماه حلفا بالله ولو قال وحق الله لا يكون حلفا في قول أبي حنيفة ومحمد واحد
الروايتين عن أبي يوسف وروى عنه رواية أخرى انه يكون يمينا ووجه ان قوله وحق الله وان كان اضافة الحق الى
الله تعالى لكن الشئ قد يضاف الى نفسه في الجملة والحق من أسماء الله تعالى فكانه قال والله الحق ولهما ان الاصل ان
يضاف الشئ الى غيره لا الى نفسه فكان خلتا بغير الله تعالى فلا يكون يمينا ولان الحق المضاف الى الله تعالى يراد به
الطاعات والعبادات لله تعالى في عرف الشرع ألا ترى أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فليل له ما حق الله على
عباده فقال ان يعبدوه ولا يشركوا به شيئا والحلف بعبادة الله وطاعته لا يكون يمينا ولو قال والحق يكون يمينا لان الحق
من أسماء الله تعالى قال الله تعالى ويعلمون ان الله هو الحق المبين وقيل ان نوى به اليمين يكون يمينا والا فلا لان اسم
الحق كما يطلق على الله تعالى يطلق على غيره فيقف على النية ولو قال حقا لرواية فيه واختلف المشايخ قال محمد بن
سلمة لا يكون يمينا لان قوله حقا بمنزلة قوله صدقا وقال أبو مطيع هو يمين لان الحق من أسماء الله تعالى فقوله حقا كقوله
والحق ولو قال اقسم بالله أو احلف أو اشهد بالله أو اعزم بالله كان يمينا عندنا وعند الشافعي لا يكون يمينا الا اذا نوى
اليمين لانه يحتمل الحال ويحتمل الاستقبال فلا بد من النية ولنا أن صيغة افعل للحال حقيقة وللإستقبال بقرينة
السين وسوف وهو الصحيح فكان هذا اخبارا عن حلقة بالله للحال وهذا اذا ظهر المقسم به فان لم يظهر بان قال اقسم
أو احلف أو اشهد أو اعزم كان يمينا في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يكون يمينا (وجه) قوله انه اذا لم يذكر الحلف به
فيحتمل انه أراد به الحلف بالله ويحتمل انه أراد به الحلف بغير الله تعالى فلا يجعل حلفا مع الشك (ولنا) ان القسم للملحظ
الأبالة عز وجل كان الاخبار عنه اخبارا عاما لا يجوز بدونه كما في قوله تعالى واسأل القرية التي كنا فيها ونحو ذلك
ولان العرب تعارف الحلف على هذا الوجه قال الله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم ولم يقل بالله وقال سبحانه وتعالى
اذ اجاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله فالله سبحانه وتعالى سواه يمينا بقوله تعالى اتخذوا ايمانهم جنة وقال تعالى
اذ اقسموا ليصرونهم مصبحين ولم يذكر بالله ثم سواه قسما والقسم لا يكون الا بالله تعالى في عرف الشرع واستدل محمد
بقوله ولا يستنون فقال أفيكون الاستثناء الا في اليمين وفيه نظر لان الاستثناء لا يستدعي تقدم اليمين لاحالة وانما
يستدعي الاخبار عن أمر يفعله في المستقبل كما قال تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله وقوله
اعزم معناه أوجب فكان اخبارا عن الايجاب في الحال وهذا معنى اليمين وكذا لو قال عزمت لا أفعل كذا كان
حالفا وكذا لو قال آليت لا أفعل كذا لان الآلية هي اليمين وكذا لو قال على نذرا ونذرا لله فهو يمين لقوله صلى الله
عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمي ومن نذر ولم يسم فعليه كفارة يمين وقال صلى الله عليه وسلم النذر يمين
وكفارته كفارة اليمين وروى أن عبد الله بن الزبير قال لتنتهين عائشة عن بيع ربا عا أو لا تحجرن عليها فبلغ ذلك عائشة
فقال أو قال ذلك قالوا نعم فقالت لله على نذر ان كلمته أبدأ فاعتق عن يمينها عبدا وكذا قوله على يمين أو يمين الله في قول

أصحابنا الثلاثة وقال زفر له على يمين لا يكون يمينا (وجه) قوله على ماذا كذا فيما تقدم ان اليمين قد يكون بالله وقد يكون بغير الله تعالى فلا ينعقد يمينا بالشك (ولنا) أن قوله على يمين أي يمين الله ألا يجوز اليمين بغير الله تعالى وقوله يمين الله دون قوله على يمين فكيف معه أو يقال معنى قوله على يمين أو يمين الله أي على موجب يمين الله ألا أنه حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه طلبا للتخفيف عند كثرة الاستعمال ولوقال على عهد الله أو ذمة الله أو ميثاقه فهو يمين لان اليمين بالله تعالى هي عهد الله على تحقيق أو نفيه ألا ترى الى قوله تعالى واوفوا بالعهد اذا عاهدتم ثم قال سبحانه وتعالى ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وجعل العهد يمينا والذمة هي العهد ومنه أهل الذمة أي أهل العهد والميثاق والعهد من الاسماء المترادفة وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيشا قال في وصيته يا هم وان أرادوكم ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم أي عهد الله وعهد رسوله ولوقال ان فعل كذا فهو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو برىء عن الاسلام أو كافر أو يعبد من دون الله أو يعبد الصليب أو نحو ذلك مما يكون اعتقاده كفرا فهو يمين استحسانا والقياس انه لا يكون يمينا وهو قول الشافعي وجه القياس انه علق الفعل المحلوف عليه بما هو معصية فلا يكون حلقا كما لو قال ان فعل كذا فهو شارب خمر أو آكل ميتة وجه الاستحسان ان الحلف بهذه الالفاظ متعارف بين الناس فانهم يحلفون بهام لن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبر ولولم يكن ذلك حلقا لما تعارفوا لان الحلف بغير الله تعالى معصية فدل تعارفهم على انهم جعلوا ذلك كناية عن الحلف بالله عز وجل وان لم يعقل وجه الكناية فيه كقول العرب لله على ان أضرب ثوبي حطيم الكعبة ان ذلك جعل كناية عن التصديق في عرفهم وان لم يعقل وجه الكناية فيه كذا هذا اذا أضاف اليمين الى المستقبل فاما اذا أضاف الى الماضي بان قال هو يهودي أو نصراني ان فعل كذا لشي قد فعله فهذا يمين العموس بهذا اللفظ ولا كفارة فيه عندنا لكنه هل يكفر لم يذكر في الاصل وعن محمد بن مقاتل الرازي انه يكفر لانه علق الكفر بشي يعلم انه موجود فصار كانه قال هو كافر بالله وكتب نصر بن يحيى الى ابن شجاع يسأله عن ذلك فقال لا يكفر وهكذا روى عن أبي يوسف انه لا يكفر وهو الصحيح لانه ما قصد به الكفر ولا اعتقده وانما قصد به ترويح كلامه وتصديقه فيه ولوقال عصيت الله ان فعلت كذا أو عصيته في كل ما افترض على فليس يمين لان الناس ما اعتادوا الحلف بهذه الالفاظ ولوقال هو يأكل الميتة أو يستحل الدم أو لحم الخنزير أو يترك الصلاة والزكاة ان فعل كذا فليس شي من ذلك يمينا لانه ليس بايجاب بل هو اخبار عن فعل المعصية في المستقبل بخلاف قوله هو يهودي أو نحوه لان ذلك ايجاب في الحال وكذلك لو دعي على نفسه بالموت أو عذاب النار بان قال عليه عذاب الله ان فعل كذا أو قال أمانة الله ان فعل كذا لان هذا ليس بايجاب بل دعاء على نفسه ولا يحلف بالآباء والامهات والابناء ولو حلف بشي من ذلك لا يكون يمينا لانه حلف بغير الله تعالى والناس وان تعارفوا الحلف بهم لكن الشرع نهى عنه وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تحلفوا بائكم ولا بالطواغيت فن كان حلقا في حلف بالله أوليذر وروى عنه انه قال صلى الله عليه وسلم من حلف بغير الله فقد أشرك ولان هذا النوع من الحلف لتعظيم المحلوف وهذا النوع من التعظيم لا يستحقه الا الله تعالى ولوقال ودين الله أو طاعته أو شرعته أو أنبيائه وملائكته أو عرشه لم يكن يمينا لانه حلف بغير الله ومن الناس من قال الحلف بالانبياء عليهم الصلاة والسلام وغيرهم يمين وهذا غير سديد للحديث ولانه حلف بغير الله فلا يكون قسما كالحلف بالكعبة كذا لوقال وبيت الله أو حلف بالكعبة أو بالمشعر الحرام أو بالصفا أو بالمروة أو بالصلاة أو بالصوم أو بالحج لان كل ذلك حلف بغير الله عز وجل وكذا الحلف بالحجر الاسود والقبر والمنبر لقلنا ولا يحلف بالسماء ولا بالارض ولا بالشمس ولا بالقمر والنجوم ولا بكل شي سوى الله تعالى وصفاته العلية لقلنا وقد قال أبو جنيمة لا يحلف الا بالله متجردا بالتوحيد والاخلاص ولوقال وعبادة وحمد الله فليس يمين لانه حلف بغير الله ألا ترى ان العبادة والحمد فلك ولوقال بالقرآن أو بالمصحف أو بسورة كذا من القرآن فليس يمين لانه حلف بغير الله تعالى وأما المصحف فلا شك فيه وأما

القرآن وسورة كذا فلان المتعارف من اسم القرآن الحروف المنظومة والاصوات المقطعة بتطبيع خاص لا كلام الله الذي هو صفة أزلية قائمة بذاته تنافي السكوت والافاق ولو قال بحدود الله لا يكون يمينا كذا ذكر في الاصل واختلقوا في المراد بحدود الله قال بعضهم يراد به الحدود والمعروف من حد الزنا والسرقة والسرب والقذف وقال بعضهم يراد بها القرائن مثل الصوم والصلاة وغيرهما وكل ذلك حلف بغير الله تعالى فلا يكون يمينا وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت ولا بحدود الله ولا تحلفوا الا بالله ومن حلف له بالله فليس ومن لم يرض فليس منا ولو قال عليه غضب الله أو سخطه أو لعنته ان فعل كذا لم يكن يمينا لانه دعاء على نفسه بالعذاب والعقوبة والطرد عن الرحمة فلا يكون حالفا كما لو قال عليه عذاب الله وعقابه وبعده عن رحمته ومن مشايخنا بالمرأى من قال في تخرجه القسم بالصفات ان الصفات على ضربين صفة للذات وصفة للفعل وفصل بينهما بالنفي والاثبات وهوان ما ثبت ولا ينفي فهو صفة للذات كالعلم والقدرة ومحوهما وما ثبت وينفي فهو صفة للفعل كالتكوين والاحياء والرزق ونحو ذلك وجعل الرحمة والغضب من صفات الفعل فجعل صفة الذات قديمة وصفة الفعل حادثة فقال الحلف بصفة الذات يكون حلفا بالله فيكون يمينا والحلف بصفة الفعل يكون حلفا بغير الله تعالى فلا يكون يمينا والبول بحدوث صفات الفعل مذهب المعتزلة والاشعرية لانهم اختلفوا في الحد الفاصل بين الصفتين فحصلت المعتزلة بما ذكره هذا القائل من النفي والاثبات والاشعرية فصلت بلزوم التقيصة وعدم اللزوم وهوانه ما يلزم بنفيه تقيصة فهو من صفات الذات وما لا يلزم بنفيه تقيصة فهو من صفات الفعل مع اتفاق الفريقين على حدوث صفات الفعل وانما اختلفت عباراتهم في التحديد لاجل الكلام فكلام الله تعالى محدث عند المعتزلة لانه ينفي وثبت فكان من صفات الفعل فكان حادثا وعند الاشعرية أزلي لانه يلزم بنفيه تقيصة فكان من صفات الذات فكان قديما ومذهبنا وهو مذهب أهل السنة والجماعة ان صفات الله أزلية والله تعالى موصوف بها في الازل سواء كانت راجعة الى الذات أو الى الفعل فهذا التخيير وقع معدولا به عن مذهب أهل السنة والجماعة وانما الطريقة الصحيحة والحجة المستقيمة في تخرج هذا النوع من المسائل ما سلكتنا والله تعالى الموفق للسداد والهادي الى سبيل الرشاد وهذا الذي ذكرنا اذا ذكر اسم الله تعالى في القسم مرة واحدة فاما اذا كرر جملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان ذكر القسم به وهو اسم الله تعالى ولم يذكر القسم عليه حتى ذكر اسم الله تعالى ثانيا ثم ذكر القسم عليه واما ان ذكرهما جميعا ثم أعادهما جميعا وكل ذلك لا يخلو من أن يكون بحرف العطف أو يكون بدون فان ذكر اسم الله تعالى ولم يذكر القسم عليه حتى ذكر اسم الله تعالى ثم ذكر القسم عليه فان لم يدخل بين الاسمين حرف العطف كان يمينا واحدة بلا خلاف سواء كان الاسم مختلفا أو متقفا فالتخلف نحو ان يقول والله الرحمن ما فعلت كذا وكذا لانه لم يذكر حرف العطف والثاني يصلح صفة للاول علم انه اراد به الصفة فيكون حالفا بذات موصوف لا باسم الذات على حدة باسم الصفة على حدة والمتفق نحو ان يقول الله والله ما فعلت كذا لان الثاني لا يصلح نعتا للاول ويصلح تكريرا وتأكيده فيكون يمينا واحدة الا أن ينوي به يمينين ويصير قوله الله ابتداء يمين بحذف حرف القسم وانه قسم صحيح على ما بينا فأتقدم وان أدخل بين القسمين حرف عطف بأن قال والله الرحمن لأفصل كذا ذكر محمد في الجامع انهما يمينا وهو احدي الروايتين عن أبي حنيفة وأبي يوسف وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه يكون يمينا واحدة وبه أخذ زفر وقد روى هذا أيضا عن أبي يوسف في غير رواية الاصول وجه رواية المذكور في الجامع انه لما عطف أحد الاسمين على الآخر فكان الثاني غير الاول لان الممطوف غير الممطوف عليه فكان كل واحد منهما يمينا على حدة بخلاف ما اذا لم يعطف لانه اذا لم يعطف أحدهما على الآخر يجعل الثاني صفة للاول لانه يصلح صفة لان الاسم يختلف ولهذا يستحلف القاضي بالاسماء والصفات من غير حرف العطف فيقول والله الرحمن الرحيم الطالب المدرك ولا يجوز أن يستحلف مع حرف العطف لانه ليس على المدعى عليه الا يمين واحدة وجه رواية

الحسن ان حرف العطف قد يستعمل للاستئناف وقد يستعمل للصفة فانه يقال فلان العالم والزاهد والجواد
والشجاع فاحتمل المغايرة واحتمل الصفة فلا تثبت يمين أخرى مع الشك والحاصل ان أهل اللغة اختلفوا في هذه
المسألة في ان هذا يكون يمينا واحدة أو يكون يمينين ولقب المسألة ان ادخال القسم على القسم قبل تمام الكلام هل يجوز
قال بعضهم لا يجوز وهو قول أبي علي القسوى والخليل حتى حكى سيبويه عن الخليل ان قوله عز وجل والليل اذا يقضى
والنهار اذا تجلى يمين واحدة وقال بعضهم يجوز وهو قول الزجاج والفراء حتى قال الزجاج ان قوله عز وجل ص قسم
وقوله عز وجل والقرآن ذى الذكر قسم آخر والحجج وتعرف ترجيح أحد القولين على الآخر تعرف في كتب
النحو وقد قيل في ترجيح القول الاول على الثانى انا اذا جعلنا يمينا واحدة لا نحتاج الى ادراج جواب آخر بل
يصير قوله لا أفعل مقسما عليه بالاسمين جميعا ولو جعلنا كل واحد منهما مقسما على حدة لا نحتاج الى ادراج ذكر المقسم
عليه لاحد الاسمين فيصير كانه قال والله والله لا أفعل كذا فعلى قياس ما ذكر محمد بن الجاهل يكون يمينين وروى محمد
بن النوادر انه يمين واحدة كانه استحسن وحمله على التكرار لتعارف الناس وهكذا ذكر في المنتقى عن محمد بن اذ قال
والله والله والله لا أفعل كذا القياس ان يكون ثلاثة ايمان بمنزلة قوله والله والرحمن والرحيم وفيه قبح و يبنى في
الاستحسان ان يكون يمينا واحدة هكذا ذكر ولو قال والله والله لا أفعل كذا ذكر محمد بن القياس ان يكون عليه
كفارتان ولكنى استحسن فأجعل عليه كفارة واحدة وهذا كله في الاسم المتفق ترك محمد القياس وأخذ
بالاستحسان لمكان العرف لما زعم أن معانى كلام الناس عليه هذا اذا ذكر المقسم به ولم يذكر المقسم عليه حتى ذكر
اسم الله ثانيا فاما اذا ذكرهما جميعا ثم أعادهما فان كان بحرف العطف بان قال والله لا أفعل كذا والرحمن لا أفعل كذا
أوقال والله لا أفعل كذا والله لا أفعل كذا فلا شك انهما يمينان سواء كان ذلك في مجلسين أو في مجلس واحد حتى لو
فعل كان عليه كفارتان وكذا لو أعادهما بدون حرف العطف بان قال والله لا أفعل كذا وقال والله لا أفعل كذا لانه
لما أعاد المقسم عليه مع الاسم الثانى علم أنه أراد به يمينا أخرى اذ لو أراد الصفة أو التأكيده لم أعاد المقسم عليه ولو قال والله
لا أفعل كذا أوقال والله لا أفعل كذا أوقال أردت بالثاني الخبر عن الاول ذكر الكرخى انه يصدق لان الحكم
المتعلق باليمين بالله تعالى هو وجوب الكفارة وانه أمر بينه وبين الله تعالى ولفظه محتمل في الجملة وان كان خلاف
الظاهر فكان مصدقا فيما بينه وبين الله عز وجل وروى عن أبي حنيفة انه لا يصدق فان المولى روى عن أبي يوسف
انه قال في رجل حلف في مقعد واحد باربعة ايمان أو أكثر أو باقل فقال أبو يوسف سألت أبا حنيفة عن ذلك فقال
لكل يمين كفارة ومقعد واحد ومقعد مختلف واحد فان قال عني بالثانية الاولى لم يصدق في اليمين بالله تعالى ويصدق
في اليمين بالحج والعمرة والهدية وكل يمين قال فيها على كذا والفرق ان الواجب في اليمين القرب في لفظ الخالف لان
لفظه يدل على الوجوب وهو قوله على كذا وصيغة هذا صيغة الخبر فاذا أراد بالثانية الخبر عن الاول صح بخلاف
اليمين بالله تعالى فان الواجب في اليمين بالله تعالى ليس في لفظ الخالف لان لفظه لا يدل على الوجوب وانما يجب
بحرمة اسم الله وكل يمين منفردة بالاسم فينفرد بحكمها فلا يصدق انه أراد بالثانية الاولى وروى عن محمد بن اذ قال في رجل
قال هو يهودى ان فعل كذا وهو نصرانى ان فعل كذا وهو مجوسى ان فعل كذا وهو مشرك ان فعل كذا لشيء
واحد قال عليه لكل شئ من ذلك يمين ولو قال هو يهودى هو نصرانى هو مجوسى هو مشرك فهو يمين واحدة وهذا
على الاصل الذى ذكرناه اذا ذكر المقسم به مع المقسم عليه ثم أعاده فالثاني غير الاول في قولهم جميعا واذا ذكر المقسم به
وكرر من غير حرف العطف فهو يمين واحدة في قولهم جميعا

فصل ١٠ وأما شرائط ركن اليمين بالله تعالى فانواع بعضها يرجع الى الخالف وبعضها يرجع الى المحلوف عليه
وبعضها يرجع الى نفس الركن أما الذى يرجع الى الخالف فانواع منها ان يكون عاقلا بالغيا يصح يمين الصبي
والجنون وان كان عاقلا لانها تصرف ايجاب وهما ليسا من أهل الايجاب ولهذا لم يصح نذرهما ومنها ان يكون مسلما

فلا يصح يمين الكافر وهذا عندنا وعند الشافعي ليس بشرط حتى لو حلف الكافر على يمين ثم أسلم فحنت فلا كفارة عليه عندنا وعند غيره يجب الكفارة إلا أنه إذا حنت في حال الكفر لا يجب عليه الكفارة بالصوم بل بالمال وجه قوله أن الكافر من أهل اليمين بالله تعالى بدليل أنه يستحلف في الدعاوى والخصومات وكذا يصبح إيلاءه ولو لم يكن أهلاً لما انعقد كإيلاء الصبي والمجنون وكذا هو من أهل اليمين بالطلاق والعناق فكان من أهل اليمين بالله تعالى كالمسلم بخلاف الصبي والمجنون (ولنا) أن الكفارة عبادة والكافر ليس من أهلها والدليل على أن الكفارة عبادة أنها لا تنادي بدون النية وكذا لا تسقط بإداء الغير عنه وهما حكمان محتصان بالعبادات إذ غير العبادة لا تشترط فيه النية ولا يختص سقوطه بإداء من عليه كالديون ورد المصوب ونحوها والدليل عليه أن للصوم فيها مدخل على وجه البذل وبدل العبادة يكون عبادة والكافر ليس من أهل العبادات فلا يجب بيمينه الكفارة فلا تعتد بيمينه كيمين الصبي والمجنون وإنما يستحلف في الدعاوى لأن المقصود من الاستحلاف التحرج عن الكذب كالمسلم فاستويا فيه وإنما يفارق المسلم فيما هو عبادة وهكذا نقول في الإيلاء أنه لا يصح في حق وجوب الكفارة لأن الإيلاء يتضمن حكماً وجوب الكفارة على تقدير القربان ووقوع الطلاق بعد انقضاء المدة إذا لم يقر بها في المدة والكفارة حق الله تعالى فلا يؤاخذ به الكافر والطلاق حق العبد فيؤاخذ به وأما الحرية فليست بشرط فتصح يمين المملوك إلا أنه لا يجب عليه الحلال الكفارة بل المال لأنه لا مالك له وإنما يجب عليه التكفير بالصوم والسوى أن يمينه من الصوم وكذا كل صوم وجب بمباشرة سبب الوجوب من العبد كالصوم المنذور به لأن المولى يتضرر بصومه والعبد لا يملك الإضرار بالمولى ولو أعتق قبل أن يصوم يجب عليه التكفير بالمال لأن استفاد أهلية المالك بالعق وكذا الطواغيت ليست بشرط عندنا فيصح من المكروه أنهما من التصرفات التي لا تحتل القسح فلا يؤثر فيه الإكراه كالطلاق والعناق والنذر وكل تصرف لا يحتل القسح وعند الشافعي شرط وهي مسائل الإكراه وكذا الجحد والعمد فتصح من الخاطئ والمأزول عندنا خلافاً للشافعي (وأما) الذي يرجع إلى الخلف عليه فهو أن يكون متصوراً للوجود حقيقة عند الحلف هو شرط انعقاد اليمين على أمر في المستقبل وبقاؤها أيضاً متصوراً للوجود حقيقة بعد اليمين شرط بقاء اليمين حتى لا يعتد اليمين على ما هو مستحيل الوجود حقيقة ولا يبقى إذا صار بحال يستحيل وجوده وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وزفر وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط لان انعقاد اليمين ولا لبقائها وإنما الشرط إن تكون اليمين على أمر في المستقبل وأما كونه متصوراً للوجود عادة فهل هو شرط انعقاد اليمين قال أصحابنا الثلاثة ليس بشرط فيعتقد على ما يستحيل وجوده عادة بعد أن كان لا يستحيل وجوده حقيقة وقال زفر هو شرط لان انعقاد اليمين به ونه وبيان هذه الجملة إذا قال والله لا شرب الماء الذي في هذا الكوز فإذا لاماء فيه لم تعتد اليمين في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر لعدم شرط الانعقاد وهو تصور شرب الماء الذي حلف عليه وعند أبي يوسف تعتد لوجود الشرط وهو الإضافة إلى أمر في المستقبل وإن كان يعلم أنه لا ماء فيه تعتد عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا تعتد وهو رواية عن أبي حنيفة أنه لا تعتد علم أو لم يعلم وعلى هذا الخلاف إذا وقت وقال والله لا شرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم ولا ماء في الكوز أنه لا تعتد عند أبي حنيفة ومحمد وزفر وعند أبي يوسف تعتد وعلى هذا الخلاف إذا قال والله لا قتل فلان أو فلان ميت وهو لا يعلم بموته أنه لا تعتد عندهم خلافاً لأبي يوسف وإن كان عالماً بموته تعتد عندهم خلافاً لزفر ولوقال والله لا مسن السماء أو لا صعدن السماء أو لا حولن هذا الحجر ذهبنا تعتد عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا تعتد أما الكلام مع أبي يوسف فوجه قوله أن الخالف جعل شرط عدم حثه القتل والشرب في المطلق وفي الوقت عدم الشرب في المدة وقد تأكد عدم فتأكد شرط الحنث في حنث كما في قوله والله لا مسن السماء أو لا حولن هذا الحجر ذهبنا ولهما أن اليمين تعتد للبر لأن البر هو موجب اليمين وهو المصمود الأصلي من اليمين أيضاً لأن الخالف بالله تعالى يقصد بيمينه تحقيق البر والوفاء بما عهد وأنجز ما وعد ثم

الكفارة تجب لدفع الذنب الحاصل بتفويت البر وهو الحنث فإذا لم يكن البر متصورا لوجود حقيقة لا يتصور الحنث فلم يكن في انعقاد اليمين فائدة فلا تنعقد والدليل على ان البر غير متصور الوجود من هذه اليمين حقيقة انه اذا كان عنده ان الكوز ماء وان الشخص حي فيمينه تقع على الماء الذي كان فيه وقت اليمين وعلى ازالة الحياة قائمة وقت اليمين والله تعالى وان كان قادرا على خلق الماء في الكوز ولكن هذا المخلوق لا يكون ذلك الماء الذي وقعت يمينه عليه وفي مسألة القتل زالت تلك الحياة على وجه لا يتصور عودها بخلاف ما اذا كان عالما بذلك لانه اذا كان عالما به فانما انعقد يمينه على ماء آخر يخلفه الله تعالى وعلى حياة أخرى يحدثها الله تعالى الا ان ذلك على نقض العادة فكان المعجز عن تحقيق البر ثابتا عادة فيحنث بخلاف قوله والله لا مسن السماء ونحوه لان هناك البر متصور الوجود في نفسه حقيقة بان يقدره الله تعالى على ذلك كما أقدر الملائكة وغيرهم من الانبياء عليهم الصلاة والسلام الا انه عاجز عن ذلك عادة فلتصور وجوده حقيقة انعقدت وللمعجز عن تحقيقه عادة حنث ووجبت الكفارة وأما الكلام مع زفر في اليمين على مس السماء ونحوه فهو يقول المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة وفي المستحيل حقيقة لا تنعقد كذا في المستحيل عادة ولنا ان اعتبار الحقيقة والعادة واجب ما أمكن وفيما قلناه اعتبار الحقيقة والعادة جميعا وفيما قلناه اعتبار العادة واهدار الحقيقة فكان ما قلناه أولى ولو قال والله لا مسن السماء اليوم يحنث في آخر اليوم عند أبي حنيفة ومحمد وفي قياس قول أبي يوسف انه يحنث في الحال وقدر روى عن أبي يوسف ما يدل عليه فانه قال في رجل حلف ليشرب ماء دجلة كله اليوم قال أبو حنيفة لا يحنث حتى يمضي اليوم وقال أبو يوسف يحنث الساعة فان قال في يمينه غدا لم يحنث حتى يمضي اليوم في قول أبي حنيفة لان الانعقاد يتعلق بآخر اليوم عنده فاما أبو يوسف فقال يحنث في أول جزء من أجزاء الغد لان شرط البر غير متظر فكانه قال لها أنت طالق في غد والله عز وجل أعلم هذا اذا لم يكن المحلوف عليه متصور الوجود حقيقة أو عادة وقت اليمين حتى انعقدت اليمين بلا خلاف ثم فالتحلف لا يخلو اما ان يكون مطلقا عن الوقت واما ان يكون موقتا بوقت وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون في الاثبات أو في النفي فان كان مطلقا في الاثبات بان قال والله لا كلن هذا الرغيف أو لا شربن الماء الذي في هذا الكوز أو لا دخلن هذه الدار أو لا آتين البصرة فإدام الخالف والمحلوف عليه قائمين لا يحنث لان الحنث في اليمين المطلقة يتعلق بفوات البر في جميع البر فإداما قائمين لا يقع اليأس عن تحقيق البر فلا يحنث فاذا هلك أحدهما يحنث لوقوع العجز عن تحقيقه غير انه اذا هلك المحلوف عليه يحنث وقت هلاكه واذا هلك الخالف يحنث في آخر جزء من أجزاء حياته لان الحنث في الحالين بفوات البر ووقت فوات البر في هلاك المحلوف عليه وقت هلاكه وفي هلاك الخالف آخر جزء من أجزاء حياته وان كان في النفي بان قال والله لا أكل هذا الرغيف أو لا أشرب الماء الذي في هذا الكوز فلم يأكل ولم يشرب الماء حتى هلك أحدهما فقد بر في يمينه لوجود شرط البر وهو عدم الاكل والشرب وان كان موقتا بوقت فالوقت نوعان موقت نصا وموقت دلالة أما الموقت نصا فان كان في الاثبات بان قال والله لا كلن هذا الرغيف اليوم أو لا شربن هذا الماء الذي في هذا الكوز اليوم أو لا دخلن هذه الدار ونحو ذلك فإدام الخالف والمحلوف عليه قائمين والوقت قائما لا يحنث لان البر في الوقت مرجوفت في اليمين وان كان الخالف والمحلوف عليه قائمين ومضى الوقت يحنث في قولهم جميعا لان اليمين كانت مؤقتة بوقت فاذا لم يفعل المحلوف عليه حتى مضى الوقت وقع اليأس عن فعله في الوقت ففوات البر عن الوقت فيحنث وان هلك الخالف في الوقت والمحلوف عليه قائم فمضى الوقت لا يحنث بالاجماع لان الحنث في اليمين المؤقتة بوقت يقع في آخر أجزاء الوقت وهو ميت في ذلك الوقت والميت لا يوصف بالحنث وان هلك المحلوف عليه والخالف قائم والوقت باقي فيبطل اليمين في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر وعند أبي يوسف لا تبطل ويحنث واختلفت الروايات عنه في وقت الحنث انه يحنث للحال أو عند غروب الشمس روى عنه انه يحنث عند غروب الشمس وروى عنه انه يحنث للحال قيل وهو الصحيح من مذهبه وان كان

في النبي فضي الوقت والخالف والحلوف عليه قائمان فقد بر في عيونه لوجود شرط البر وكذلك ان هلك الخالف والحلوف عليه في الوقت لما قلنا وان فعل الخلوف عليه في الوقت حنث لوجود شرط الحنث وهو الفعل في الوقت والله عز وجل أعلم (وأما) الموقت دلالة فهو المسمى عين القور وأول من اهتدى الى جوابها أبو حنيفة ثم كل من سمعه استحسنته ومارآة المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وهو أن يكون اليمين مطلقا عن الوقت نصا ودلالة الحال تدل على تقييد الشرط بالقور بان خرج جواب الكلام أو بناء على أمر نحو ان يقول لا آخر تعالى فتقدمي فقال والله لا أتعدى فلم يتقدم معه ثم رجع الى منزله فتعدى لا يحنث استحسنا والقياس ان يحنث وهو قول زفر وجه القياس انه يمنع نفسه عن التعدى عما فصرفه الى البعض دون البعض تخصيص للعموم (ولنا) ان كلامه خرج جوابا للسؤال فينصرف الى ما وقع السؤال عنه والسؤال وقع عن الغداء المدعو اليه فينصرف الجواب اليه كانه أعاد السؤال وقال والله لا أتعدى الغداء الذي دعوتني اليه وكذا اذا قامت امرأته لتخرج من الدار فقال لها ان خرجت فانت طالق فقعدت ثم خرجت بعد ذلك لا يحنث استحسنا لان دلالة الحال تدل على التقييد بتلك الخرجة كانه قال ان خرجت هذه الخرجة فانت طالق ولو قال لها ان خرجت من هذه الدار على القور رأوفي هذا اليوم فانت طالق بطل اعتبار القور لانه ذكر ما يدل على انه ما أراد به الخرجة المقصود اليها وانما أراد الخرج المطلق عن الدار في اليوم حيث زاد على قدر الجواب وعلى هذا يخرج ما اذا قيل له انك تغتسل الليلة في هذه الدار من جنبه فقال ان اغتسلت فعبدى حرمت اغتسل لاجن جنابة ثم قال عنيته به الاغتسال عن جنبه انه يصدق لانه أخرج الكلام مخرج الجواب ولم يأت بما يدل على اعراضه عن الجواب فيقيد بالكلام السابق ويجعل كانه اعاده ولو قال ان اغتسلت فيها الليلة عن جنبه فانت حر أو قال ان اغتسلت الليلة في هذه الدار فعبدى حر ثم قال عنيته الاغتسال عن جنبه لا يصدق في القضاء لانه زاد على القدر المحتاج اليه من الجواب حيث أتى بكلام مفيد مستقل بنفسه فخرج عن حد الجواب وصار كلاما مبتدأ فلا يصدق في القضاء لكن يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمل انه أراد به الجواب ومع هذا زاد على قدره وهذا وان كان بخلاف الظاهر لكن كلامه يحتمله في الجملة وعلى هذا يخرج ما قاله ابن سبابة سمعت محمدا يقول في رجل قال لا آخر ان ضربتني ولم أضربك وما أشبه ذلك فهذا على القور وقال وقوله لم يكون على وجهين على قبل وعلى بعد فان كانت على بعد فهي على القور ولو قال ان كلمتني فلم أجبك فهذا على بعد وهو على القور وان قال ان ضربتني ولم أضربك فهو عندنا على ان يضرب الخالف قبل ان يضرب الخلوف عليه فان أراد به بعد ونوى ذلك فهو على القور وهكذا روى عن محمد وجملة هذا ان هذه اللفظة قد تدخل على الفعل الماضي وقد تدخل على المستقبل فما كان معاني كلام الناس عليه حمل عند الاطلاق عليه وان كانت مستعملة في الوجهين على السواء يتميز أحدهما بالنية فاذا قال ان ضربتني ولم أضربك فقد حمله محمد على الماضي كانه رأى معاني كلام الناس عليه عند الاطلاق فكانه قال ان ضربتني من غير مجازة لما كان مني من الضرب فعبدى حر ويحتمل الاستقبال أيضا فاذا نواه حمل عليه وقوله ان كلمتني ولم أجبك فهذا على المستقبل لان الجواب لا يتقدم الكلام فحمل على الاستقبال ويكون على القور لانه يراد به القور عادة وروى عن محمد فيمن قال كل جارية يشتريها فلا يطؤها فهي حرة قال هذا يطؤها ساعة يشتريها فان لم يفعل فهي حرة لان القاء يقتضي التعقيب ولو قال مكان هذا ان لم يطأها فهذا على ما بينه وبين الموت فتى وطئها بران كلمة ان كلمة شرط فلا تقتضي التعجيل قال هشام عن أبي يوسف فان قال لعلامة ان لم تأتني حتى أضربك فانت حر فداء من ساعته فلم يضرب به قال متى ماضر به فانه يبر في عيونه ولا يعتق الا ان ينوى ساعة أمره بذلك لما ذكرنا ان ان للشرط فلا تقتضي التعجيل اذا لم يكن في الكلام ما يدل عليه ولو قال ان لم أشتري اليوم عبدا فاعتقه فعلى كذا فاشتري عبدا فوهبه ثم اشتري آخر فاعتقه قال محمد انما وقعت يمينه على العبد الاول فاذا أمسى ولم يعتقه حنث لان تقدير كلامه ان اشتريت عبدا فعلى عتقه فان لم أعتقه فعلى حجة وهذا اذا استجته الاول فلم يدخل الثاني في اليمين قال

هشام عن محمد فيمن قال لا آخر ان مت ولم أضربك فكل مملوك لي حركات الخالف ولم يضرب به قال محمد لا يعتقون
 لان من شرط الحنث ان يكون بعد الموت ولا ملك له في ذلك الوقت فلا يعتقون وان قال ان لم أضربك فكل مملوك لي
 حر لا يحنث حتى يخرج نفسه فيحنث قبل خروج نفسه يعني في آخر جزء من أجزاء حياته فيعتقون حينئذ لان شرط
 الحنث ترك الضرب وانه يتحقق في تلك الحالة ولو قال ان لم أدخل هذه الدار حتى أموت فعلا منه حر فلم يدخلها حتى
 مات لم يعتق وكذلك قال محمد فيمن قال ان لم أضربك فيما بيني وبين ان أموت فعبدى حر فلم يضرب به حتى مات عتق
 العبد قبل ان يموت لان في الاول حنث بعد الموت وقال محمد في الر يادات فيمن قال لرجل امر أنه طالق ان لم يخبر
 فلانا بما صنعت حتى يضربك فعبدى حر فاخبره فلم يضرب به بر في عيونه لانه جعل شرط البر الاخبار لانه سبب
 صالح للضرب جزاءه على صنعه والاخبار مما لا يمتد ولا يضرب له المدة فتعذر جعله للغاية فجعل للجزاء وقوله حتى
 يضربك بيان الغرض بمعنى ليضربك فيصير معناه ان لم أتسبب للضر بكَ فاذا أخبر بصنيعه فقد سبب للضر به فبر في
 عيونه وكذلك اذا قال ان لم آت ك حتى تغدبني أو ان لم أضربك حتى تضربني فعبدى حر فاته فلم يغدبه أو ضربه ولم
 يضرب به بر في عيونه لان التعدي لا تصاح غاية للاتيان لكونها اداعية الى زيادة الاتيان وكذلك الضرب يدعوى الى زيادة
 الضرب لا الى تركه وانما هو فلا يجعل غاية ويجعل جزءا لوجود شرطه ولو قال ان لم ألزمك حتى تقضي بي حتى أو لم
 أضربك حتى يدخل الليل أو حتى تشتكي يدي أو حتى تصيح أو حتى يشفع لك فلان أو حتى ينهاني فلان فترك
 الملازمة قبل ان يقضى حتمه أو ترك الضرب قبل وجود هذه الاسباب حنث لان كلمة حتى ههنا للغاية اذا اعتقد عليه
 فعل ممتد وهو الملازمة والضرب في قضاء الدين مؤثر في انهاء الملازمة اذ هو المقتضود من الملازمة والشفاعة والصياح
 والنهي وغيرهما مؤثر في ترك الضرب وانما نه نصارت للغاية لوجود شرطها ولو نوى به الجزاء يصدق فيما بينه وبين الله
 تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ولا يصدق في القضاء لانه أراد به التخفيف على نفسه فكان متهمًا وان قال ان لم آت ك
 اليوم حتى أتعدى عندك أو ان لم آت ك حتى أضربك فعبدى حر فاته فلم يتعد عنه أو لم يضرب به حتى مضى اليوم حنث
 لان كلمة حتى ههنا للعطف لان القاعين جميعا من جانب واحد وهو الخالف فيصير كانه قال ان لم آت ك اليوم فاضر بك
 أو فاتعدى عندك فان لم يوجد جميعا لا يبر بخلاف قوله حتى تغدبني لان هناك أحد الفعلين من غيرهما فكان عوض
 فعله فلا يحنث بعده وان لم يوقت باليوم فاته ولم يتعد لم يحنث لان البر موجود بان يأتيه ويتعدى أو يتعدى من غير
 اتيان ووقت البر متسع فلا يحنث كما لو صرح به وقال ان لم آت ك فاتعدى عندك ولو قال ذلك لا يحنث مادام حيا
 كذلك هذا وحكي هشام عن أبي يوسف ان من قال لامته ان لم تحييني الليلة حتى أجامعك مرتين فانت حرة فجاءته
 لجامعها مرة أو أصبح حنث في عيونه وهذا وقوله ان لم تحييني الليلة فاجامعك مرتين سواء فيصير الحجي والجامعة مرتين
 شرط للبر فاذا انعدم يحنث فان لم يوقت بالليل لا يحنث وله أن يجامعها في أى وقت شاء لان وقت البر يتسع عند عدم
 التوقيت وقال ابن سماعه عن محمد اذا قال ان ركبت دابتك فلم أعطك دابتي فعبدى حر قال هذا على الفور اذا ركب
 دابته فينبغي أن يعطيه دابة نفسه ساعتئذ وكذلك اذا قال ان دخلت دارك فلم أجلس فيها لان الغاء للعقب فيقتضى
 وجود ما دخلت عليه غيب الشرط قال ولو قال ان رأيت فلانا فلم آت بك به فعبدى حر فراه أول ما رآه مع الرجل
 الذي قال له ان رأيت فلانا فأت بك به فان الخالف حانث الساعة لان عيونه وقعت على أول رؤيته ويستحيل أن يأتيه من
 هو معه قال القدوري وقد كان يجب ان لا يحنث عند أبي حنيفة ومحمد كما قال فيمن قال له ان رأيت فلانا فلم أعلمك
 بذلك فعبدى حر فراه أول ما رآه مع الرجل الذي قال له ذلك لم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد لان العلم بمن قد علمه محال
 وكذلك الاتيان بمن معه فيصير كمن قال لا شر بن الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه ولو ان رجلا قال ان لقيتك فلم
 أسلم عليك فان سلم عليه ساعة يلقاه والاحنث وكذلك ان قال ان استمرت دابتك فلم تمرني لان هذا على الحجازايدا
 بيد وليس هذا مثل قوله ان دخلت الدار فان لم أكلم فلانا فهذا متى ما كلمه بر والا صل فيه ان يحجب في هذا الباب

أمر تشبهه فان لم في معنى فلم يحمل على معظم معاني كلام الناس ولو قال ان أتيتني فلم آتتك أو ان زرتني فلم أزرك أو ان أكرمته فلم أكرمتك فهذا على الابد وهو في هذا الوجه مثل فان لم لان الزيارة لا تتعقب الزيارة عادة فكان المقصود هو الفعل فان قيل أتيتني فلم آتتك فالامر في هذا مشبه قد يكون بمعنى ان لم آتتك قبل آتيانك وقد يكون بمعنى ان لم آتتك بعد آتيانك فكان محتملا للامر بن فيحمل على ما كان الغالب من معاني كلام الناس عليه فان لم يكن فهو على ما نوى أي ذلك نوى من قبل أو بعد حمل على ما نوى وان لم تكن له نية يلحق بالمشتبه الذي لا يعرف له معنى فاما الذي يعرف من معناه انه قبل أو بعد فهو على الذي يعرف في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى اذ لم يكن له نية فان نوى خلاف ما يعرف لم يدين في الحكم ودين فيما بينه وبين الله تعالى فالذي الظاهر منه قبل كقوله ان خرجت من باب لدار ولم أضربك والذي ظاهره بعد مثل قوله ان أعطيتني كذا ولم أكافئك بمثله واحتمل كقوله ان كلمتك ولم تكلمني فهذا محتمل قبل وبعد فايهما فعل لم يكن للحالف فيه وان كان نوى أحد الفعلين فهو على ما نوى وان كان قبل ذلك فطق يكون هذا جوابا له فهو على الجواب والله عز وجل الموفق (وأما) الذي يرجع الى نفس الركن فخلوه عن الاستثناء نحو ان يقول ان شاء الله تعالى او الا ان يشاء الله أو ما شاء الله أو الا أن يبدولى غير هذا أو الا ان أرى غير هذا أو الا ان أحب غير هذا أو قال ان أعاني الله أو يسر الله أو قال بعمونة الله أو يتيسره ونحو ذلك فان قال شيئا من ذلك موصولا لم تنعقد اليقين وان كان مفصولا انعقدت وسيأتي الكلام في الاستثناء وشرايطه في كتاب الطلاق ولو قال الا ان أستطيع فان عني استطاعة الفعل وهو المعنى الذي يقصد فلا يحنث أبدا لانها مقارنة للفعل عند نافلا توجد ما لم يوجد الفعل وان عني به استطاعة الاسباب وهي سلامة الآلات والاسباب والجوارح والاعضاء فان كانت له هذه الاستطاعة فلم يفعل حنث والا فلا وهذا لان لفظ الاستطاعة يحتمل كل واحد من المعنيين لانه يستعمل فيهما قال الله تعالى ما كانوا يستطيعون وقال انك لن تستطيع معي صبرا والمراد منه استطاعة الفعل وقال الله تعالى والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وقال عز وجل فن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا والمراد منه استطاعة سلامة الاسباب والآلات فاي ذلك نوى صحت نيته وان لم يكن له نية يحمل على استطاعة الاسباب وهو ان لا يمنع مانع من العوارض والاشتغال لانه يراد بها ذلك في العرف والعادة فعند الاطلاق ينصرف اليه والله عز وجل أعلم

فصل وأما حكم اليمين بالله تعالى فيختلف باختلاف اليمين اما يمين الغموس فحكمها وجوب الكفارة لكن بالتوبة والاستغفار لانها جرة عظيمة حتى قال الشيخ أبو منصور الماتريدي كان القياس عندي ان المتعمد بالخلف على الكذب يكفر لان اليمين بالله تعالى جعلت للتعظيم لله تعالى والحالف بالغموس مجترى على الله عز وجل مستخف به ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحلف بالآباء والطواغيت لان في ذلك تعظيها لهم وتبجيلا فالوزر له في الجراءة على الله أعظم وهذا لان التعمد بالخلف كاذبا على المعرفة بان الله عز وجل يسمع استشهاده بالله كاذبا مجترى على الله سبحانه وتعالى ومستخف به وان كان غيره يزعم انه ذكرك على طريق التعظيم وسبيل هذا سبيل أهل النفاق ان اظهروا ايمانهم بالله سبحانه وتعالى واستخفافا بالله تعالى لما كان اعتقادهم بخلاف ذلك وان كان ذلك القول تعظيما في نفسه وصدقا في الحقيقة تلزمهم العقوبة لما فيه من الاستخفاف وكذا هذا ولكن نقول لا يكفر بهذا لان فعله وان خرج مخرج الجرأة على الله تعالى والاستخفاف به من حيث الظاهر لكن غرضه الوصول الى مناه وشهوته لا القصد الى ذلك وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في سؤال السائل ان العاصي يطيع الشيطان ومن أطاع الشيطان فقد كفر كيف لا يكفر العاصي فقال لان فعله وان خرج مخرج الطاعة للشيطان لكن ما فعله قصد الى طاعته وانما يكفر بالقصد اذا كفر بعمل القلب لا بما يخرج فعله فعل معصية فكذلك الاول وأما الكفارة المعهودة وهي الكفارة بالمال فلا تجب عندنا وعند الشافعي تجب احتج بقوله تعالى لا يؤخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤخذكم بما كسبت قلوبكم نبي المؤاخذه باليمين اللغو في

الايمن وأثبتها بما كسب القلب ويمين الغموس مكسوبة القلب فكانت المؤاخذة ثابتة بها إلا أن الله تعالى أبهم المؤاخذة في هذه الآية الشريفة أنها بالاثم أو بالكفارة المعهودة لكن فسر في الأخرى أن المؤاخذة بالكفارة المعهودة وهي قوله عز وجل ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان فكفارتها الآية فعمل أن المراد من المؤاخذة المذكورة في تلك الآية هذه المؤاخذة وقوله عز وجل ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان فكفارتها الآية أثبت المؤاخذة في اليمين المعقودة بالكفارة المعهودة ويمين الغموس معقودة لأن اسم العقد يقع على عقد القلب وهو العزم والقصد وقد وجد قوله عز وجل في آخر الآية الكرمة ذلك كفارة ما كنتم إذا حلقتهم جعل الكفارة المعهودة كفارة الإيمان على العموم خص منه يمين اللغو فن ادعى تخصيص العموم فعليه الدليل مع ما أن أحق ما يراد به الغموس لأنه علق الوجوب بنفس الحلف دون الحنث وذلك هو الغموس إذا وجوب في غيره يتعلق بالحنث (ولنا) قوله سبحانه وتعالى أن الذين يشترون بعهد الله وإيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم في الآخرة الآية وروى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقطع بها مالا لقي الله وهو عليه غضبان وروى عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من حلف على منزى هذا يمين آثمة تبوأ مقعده من النار والاستدلال بالنصوص أن الله تعالى جعل موجب الغموس العذاب في الآخرة فمن أوجب الكفارة فقد زاد على النصوص فلا يجوز الابتهاج وما روى عن نبي الرحمة صلى الله عليه وسلم أنه قال للمتلاعنين بعد فراغهما من اللعان الله يعلم أن أحكما كاذب فهل منكما تائب دعاهما إلى التوبة لا إلى الكفارة المعهودة ومعلوم أن حاجتهما إلى بيان الكفارة المعهودة لو كانت واجبة كانت أشد من حاجتهما إلى بيان كذب أحدهما وإيجاب التوبة لأن وجوب التوبة بالذنب يعرفه كل عاقل بمجرد العقل من غير معونة السمع والكفارة المعهودة لا تعرف إلا بالسمع فلما لم يبين مع أن الحال حال الحاجة إلى البيان دل أنها غير واجبة وكذا الحديث الذي روى في الخصمين أنه قضى لأحدهما وكرهه للوعيد الشديد أن يأخذه وهو غير الحق في ذلك ثم أمرهما صلى الله عليه وسلم بالاستهام وإن يحلل كل واحد منهما صاحبه ولم يبين الكفارة والموضع موضع الحاجة إلى البيان لو كانت واجبة فعمل أنها غير واجبة ولأن وجوب الكفارة المعهودة حكم شرعي فلا يعرف إلا بدليل شرعي وهو النص أو الإجماع أو القياس ولم يوجد أقوى الدلائل في نفي الحكم نفي دليله أما الإجماع فظاهر الاتقاء وكذا النص القاطع لأن أهل الديانة لا يختلفون في موضع فيه نص قاطع والنص الظاهر وجب العمل به أيضا وإن كان لا يجب الاعتقاد قطعا فلا يقع الاختلاف ظاهرا نفي الاستدلال باليمين المعقودة ومن شرطه التساوي ولم يوجد لأن الذنب في يمين الغموس أعظم وما يصلح لدفع أدنى الذنوب لا يصلح لرفع أعلاهما ولهذا قال اسحق في يمين الغموس أجمع المسلمون على أنه لا يجب الكفارة فيها فقول من يوجبها ابتدأ شرع ونصب حكم على الخلق وهو لم يشرك في حكمه أحدا ولا حجة له في قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم لان مطلق المؤاخذة في الجنائيات يراد بها المؤاخذة في الآخرة لأنها حقيقة المؤاخذة والجزاء فأما المؤاخذة في الدنيا فقد تكون خيرا وتكفيرا فلا تكون مؤاخذة معنى ونحن به نقول أن المؤاخذة يمين الغموس ثابتة في الآخرة ولأن قوله تعالى يؤاخذكم أخبار أنه يؤاخذ فأما قضية المؤاخذة فليست بمذكورة فيستدعي نوع مؤاخذة والمؤاخذة بالاسم مرادة من هذه الآية فلا يكون غيره مرادا إذا وأما قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم بما عقدتم الإيمان فالمراد منه اليمين على أمر في المستقبل لأن العقد هو الشد والربط في اللغة ومنه عقد الحبل وعقد الحمل وانقاد الرق وهو ارتباط بعضه ببعض وقد يذكر ويراد به العهد وكل ذلك لا يصحق إلا في المستقبل ولأن الآية قرئت بقرائنين بالتشديد والتخفيف والتشديد لا يحتمل إلا عقد اللسان وهو عقد القول والتخفيف يحتمل العقد باللسان والعقد بالقلب وهو العزم والقصد فكانت قراءة التشديد محكمة في الدلالة على إرادة العقد باللسان والقراءة بالتخفيف محتملة فيرد المحتمل إلى الحكم ليكون عملا بالقراءتين على الموافقة

والدليل على أن المراد من الآية الكريمة البين على أمر في المستقبل أنه عاق الكفارة فيها بالخلف والحنث عرفنا ذلك بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه إذا حلفتم وحنثتم والحنث لا يتصور إلا في اليمين على أمر في المستقبل وكذا قوله تعالى واحفظوا أيمانكم وحفظ اليمين إنما يتصور في المستقبل لأن ذلك تحقيق البر والوفاء بالمهد والنجاز الوعد وهذا لا يتصور في الماضي والحال والله عز وجل الموفق (وأما) يمين اللغو فلا كفارة فيها بالتوبة ولا بالمال بلا خلاف بيننا وبين الشافعي لأن قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم أدخل كلمة النفي على المؤاخذة فيدل على انتفاء المؤاخذة فيها بالإثم والكفارة جميعاً وإنما اختلفوا في تفسيرها واختلف قول من فسرها باليمين على المعاصي في وجوب الكفارة على ما بينا ثم اختلف بالخالف باللغو إنما لا يؤاخذ في اليمين بالله تعالى فأما اليمين بغير الله تعالى من الطلاق والعناق فإنه يؤاخذ به حتى يقع الطلاق والعناق وإن كان ظاهر الآية الكريمة في نفي المؤاخذة عما عرفنا ذلك بالخبر والنظر أما الخبر فقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جد من جد وهن جد ومن جدود ذكر الطلاق والعناق واللاغي لا يمدو هذين فدل أن اللغو غير داخل في اليمين بالطلاق والعناق وأما النظر فهو أن الطلاق والعناق مما يقع معلقاً ومنجزاً ومتمي على بشرط كان يميناً فأعظم ما في اللغو أنه يمنع انعقاد اليمين وارتباط الجزاء بالشرط فيبقى مجرد ذكر صيغة الطلاق والعناق من غير شرط فيعمل في إفادة موجهها بخلاف اليمين بالله تعالى فإن هناك إذا العالحولف عليه يبقى مجرد قوله والله فلا يجب به شيء فثبت بما ذكرنا أن المراد بالآية اللغو في اليمين بالله تعالى لا في اليمين بغير الله تعالى من الطلاق والعناق وسائر الاجزاية (وأما) حكم اليمين المعقودة وهي اليمين على المستقبل فاليمين على المستقبل لا يخلو إما أن يكون على فعل واجب وإما أن يكون على ترك المندوب وإما أن يكون على ترك المباح أو فعله فإن كان على فعل واجب بأن قال والله لأصلي صلاة الظهر اليوم أو لأصوم رمضان فإنه يجب عليه الوفاء به ولا يجوز له الامتناع عنه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف أن يطيع الله فليطعه ولو امتنع يأنم ويحنث ويلزمه الكفارة وإن كان على ترك الواجب أو على فعل معصية بأن قال والله لأصلي صلاة القرض أو لأصوم رمضان أو قال والله لا شرب الخمر أو لا زني أو لا قتل فلاناً أو لا أكلم والدي ونحو ذلك فإنه يجب عليه للحال الكفارة بالتوبة والاستغفار ثم يجب عليه أن يحنث نفسه ويكون بالمال لأن عقد هذه اليمين معصية فيجب تكفيرها بالتوبة والاستغفار في الحال كسائر الجنائيات التي ليس فيها كفارة معصودة وعلى هذا يحمل ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه ثم ليأت الذي هو خير أي عليه أن يحنث نفسه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف أن يعصى الله تعالى فلا يعصه وترك المعصية بتحنيث نفسه فيها فيحنث به ويكفر بالمال وهذا قول عامة العلماء وقال الشعبي لا تجب الكفارة المعصودة في اليمين على المعاصي وإن حنث نفسه فيها لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا حلف أحدكم على يمين فرأى ما هو خير منها فليأته فإنه لا كفارة بها ولأن الكفارة شرعت لرفع الذنب والحنث في هذه اليمين ليس بذنب لأنه واجب فلا تجب الكفارة لرفع الذنب ولا ذنب (ولنا) قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إلى قوله ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم من غير فصل بين اليمين على المعصية وغيرها والحديث المعروف وهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه وما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه فقد روى عنه خلافه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا حلف أحدكم يمين ثم رأى خيراً مما حلف عليه فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير فوقع التعارض بين حديثيه فبقي الحديث المعروف لنا بلا تعارض ولأن الأمانة أجمعت على أن الكفارة لا تمتنع وجوبها عند زني الحانث بل يتعلق بمطلق الحنث سواء كان الحانث ساهياً أو خاطئاً أو نائماً أو مغمى عليه أو مجنوناً فلا يمتنع وجوبها لأجل المعصية ولأن الكفارة إنما وجبت في اليمين على المباحات أما لأن الحنث فيها يقع خلقاً في الوعد وتقضا المهد لأن الخالف وعدان يفعل وعهد الله على ذلك فإذا حنث فقد صار بالحنث مخلخاً في الوعد ناقضاً للمهد

فوجب الكفارة ليصير الحلف مستورا كأنه لم يكن أولان الحنث منه يخرج مخرج الاستخفاف بالاستشهاد باسم الله تعالى من حيث الصورة متى قوبل ذلك بعقده السابق لا من حيث الحلية إذا المسلم لا يباشر المعصية قصد المخالفة الله تعالى وإرادة الاستخفاف بأمره ونهيه فوجب عليه التكفير جبرا لما هتك من حرمة اسم الله تعالى صورة لا حقيقة وسترا وكل واحد من الوجهين موجود ههنا فيجب وأما قولهم الكفارة شرعت لرفع الذنب فنعم لكن لم قائم أنه لا ذنب وقولهم الحنث واجب قلنا بلى لكن من حيث أنه ترك المعصية لا من حيث أنه نقض اليمين التي هي عهد مع الله تعالى بل الحنث من هذه الجهة ذنب فيحتاج إلى التكفير بالمال وإن كان على ترك المنسوب بأن قال والله لا أصلي نافلة ولا أصوم تطوعا ولا أعود مريضا ولا أشيع جنازة ونحو ذلك فلا فضل له أن يفعل ويكفر عن يمينه بالحديث الذي روي أن كان على مباح تركا أو فعلا كدخول الدار ونحوه فلا فضل له البر وله أن يحنث نفسه ويكفر ثم الكفارة تجب في اليمين المعقودة على المستقبل سواء قصد اليمين أو لم يقصد عندنا بان كانت على أمر في المستقبل وعند الشافعي لا بد من قصد اليمين لتجب الكفارة واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاث جدهن جد وهزلن جد الطلاق والعتاق والنكاح فتخصيص هذه الأشياء بالذكر في التسوية بين الجد والهزل منهاد ليل على أن حكم الجد والهزل يختلف في غيرها ليكون التخصيص مفيدا (ولنا) قوله تعالى ولكن يؤخذكم بما عقدتم الإيمان فكفارتها أثبت المؤاخذه بالكفارة المعقودة في اليمين المعقودة مطلقا عن شرط القصد إذ العقد هو الشد والربط والعهد على ما بينا وقوله عز وجل ذلك كفارة أيما كنتم إذا حلفتم أي حلفتم وحنثتم جعل أحد الأشياء المذكورة كفارة الإيمان على العموم عند وجود الحلف والحنث وقد وجد (وأما) الحديث فقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاث جدهن جد وهزلن جد النكاح والطلاق واليمين مع ما أن روايته الأخرى مسكوتة عن غير الأشياء المذكورة إذ لا يتعرض لغيرها بالنفي ولا بالإثبات فلا يصح الاحتجاج به والله عز وجل أعلم ثم وقت وجوب الكفارة في اليمين المعقودة على المستقبل هو وقت وجود الحنث فلا يجب إلا بعد الحنث عند عامة العلماء وقال قوم وقته وقت وجود اليمين فتجب الكفارة بعقد اليمين من غير حنث واحتجوا بقوله تعالى ولكن يؤخذكم بما عقدتم الإيمان وقوله عز وجل ذلك كفارة أيما كنتم إذا حلفتم وقوله عز وجل فكفارتها أي كفارة ما عقدتم من الإيمان لأن الإضافة تستدعي مضافا إليه سابقا ولم يسبق غير ذلك العقد فيصرف إليه وكذا في قوله ذلك كفارة أيما كنتم أضاف الكفارة إلى اليمين وعلى ذلك تنسب الكفارة إلى اليمين فيقال كفارة اليمين والإضافة تدل على السببية في الأصل وما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكنفر عن يمينه ثم ليأت الذي هو خير والاستدلال بالحديث من وجهين أحدهما أنه أمر بالتكفير بعد اليمين قبل الحنث ومطلق الأمر يحمل على الوجوب والثاني أنه قال عليه الصلاة والسلام فليكنفر عن يمينه أضاف التكفير إلى اليمين فكذا في الرواية الأخرى فليأت الذي هو خير وليكنفر يمينه أمر بتكفير اليمين لا بتكفير الحنث فدل أن الكفارة لليمين ولأن الله تعالى نهى عن الوعد إلا بالاستثناء بقوله عز وجل ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله ومعلوم أن ذلك النهي في اليمين أو كد وأشد من حلف على شيء بلانثيا فقد صار عاصي لبيان ما نهى عنه فتجب الكفارة لدفع ذلك الائم عنه (ولنا) أن الواجب كفارة والكفارة تكون للسيئات أذن البعيد تكفير الحسنات فالسيئات تكفير بالحسنات قال الله سبحانه وتعالى إن الحسنات يذهبن السيئات وعقد اليمين مشروع قد أقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم في غير موضع وكذا الرسل المتقدمة عليهم الصلاة والسلام قال الله تعالى خبرا عن إبراهيم عليه الصلاة والسلام أنه قال وتالله لا كيدن أصنامكم وقال خبرا عن أولاد يعقوب عليهم الصلاة والسلام أنهم قالوا والله تفتؤنذكر يوسف وكذا أيوب عليه الصلاة والسلام كان حلف أن يضرب امرأته فأمره الله سبحانه وتعالى بالوفاء بقوله تعالى وخذي بيديك ضعفا فاضرب به ولا تحنث والانباء عليهم الصلاة والسلام معصومون عن

الكبائر والمعاصي فدل أن نفس اليمين ليست بذنب وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا حلفت فاحلفوا بالله وقال صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بأبائكم ولا بالطواغيت فت كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر أمر صلى الله عليه وسلم باليمين بالله تعالى فدل أن نفس اليمين ليس بذنب فلا يجب التكفير لها وإنما يجب للحنث لأنه هو المأثم في الحقيقة ومعنى الذنب فيه أنه كان عاهد الله تعالى أن يفعل كذا فالحنث يخرج مخرج نقض العهد منه فيأثم بالنقض لا بالعهد ولذلك قال الله تعالى وأوفوا بعهدهم إذا عاهدتم ولا تنقضوا الإيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الآية ولان عقد اليمين يخرج مخرج التعظيم والتبجيل لله تعالى وجعله مفرعاً إليه ومأمناً عنه فيمتنع أن تجب بالكفارة محوالة وسترا وتبين بطلان قولهم أن الحالف يصير عاصياً بترك الاستثناء في اليمين لأن الأنبياء صلوات الله عليهم تركوا الاستثناء في اليمين ولم يجز وصفهم بالمعصية فدل أن ترك الاستثناء في اليمين ليس بمحرام وإن كان تركه في مطلق الوعد منها عنه كراهة وذلك والله عز وجل أعلم لوجهين أحدهما أن الوعد إضافة الفعل إلى نفسه بأن يقول أفعل غداً كذا وكل فعل فعله تحت مشيئة الله تعالى فإن فعله لا يتحقق لاحداً لا بعد تحقيق الله تعالى منه ولا يتحقق منه إلا كتساب لذلك إلا باقداره فيندب إلى قرآن الاستثناء بالوعد ليوفق على ذلك ويعصم عن الترك وفي اليمين يذكر الاستشهاد باسم الله تعالى على طريق التعظيم قد استغاث بالله تعالى وإليه فرع فيتحقق التعظيم الذي يحصل به الاستثناء وزيادة فلا معنى للاستثناء الثاني أن اليمين شرعت لتأكيده الحلف عليه خصوصاً في البيعة وقرآن الاستثناء في مثل ذلك يبطل المعنى الذي وضع له العقد بخلاف الوعد المطلق وأما الآية الكريمة فتأويلها من وجهين أحدهما أي يؤاخذكم الله بحفاظة ما عقدتم من الإيمان والوفاء بها كقوله عز وجل ولا تنقضوا الإيمان بعد توكيدها فإن تركتم ذلك فكفارته كذا وكذلك قوله ذلك كفارة إيمانكم إذا حلفتم فتركتم الحفاظة ألا ترى أنه قال عز وجل واحفظوا إيمانكم والحفاظة تكون بالبر والثاني أن يكون على إضمار الحنث أي ولكن يؤاخذكم بحنثكم فيما عقدتم وكذا في قوله ذلك كفارة إيمانكم إذا حلفتم أي إذا حلفتم وحنثتم كإي قوله فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك معناه حلف ففدية من صيام وقوله عز وجل فإن أحصرتم فاستيسروا الهدى معناه فتحلل وقوله عز وجل فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر أي فاطر فعدة من أيام أخر لان ظاهر الملقوظ وهو القدر الذي هو سبب التخفيف لا يصلح سبباً للوجوب فصار استعمال الرخصة مضمراً فيه كذلك هنا لا تصلح اليمين التي هي تعظيم الرب جل جلاله سبباً للوجوب التكفير فيجب إضمار ما هو صالح وهو الحنث وأما إضافة الكفارة إلى اليمين فليست للوجوب بها بل على إرادة الحنث كإضافة كفارة الفطر إلى الصيام وإضافة الدم إلى الحج والسجود إلى السهو وإن لم يكن ما أضيف إليه سبباً كذا هذا أو أما الحديث فقد روى بروايات روى فليأت الذي هو خير ثم ليكفر يمينه وهو على الروايات كلها حجة عليهم لا لهم لأن الكفارة لو كانت واجبة بنفس اليمين لقال عليه الصلاة والسلام من خلف على يمين فليكفر من غير التعرض لما وقع عليه اليمين أنه ماذا ولما لزم الحنث إذا كان خيراً ثم بالتكفير فلما خص اليمين على ما كان الحنث خيراً من البر بالنقض والكفارة علم أنها تختص بالحنث دون اليمين نفسها وإنما لا تجب بعقد اليمين دون الحنث واختلف في جوازها قبل الحنث قال أصحابنا لا يجوز وقال الشافعي يجوز التكفير بالمال قبل الحنث فأما التكفير بالصوم فلا يجوز قبل الحنث بالإجماع وجه قوله أنه كفر بعد وجود سبب الوجوب فيجوز كإلو كفر بالمال بعد الجرح قبل الموت والدليل على أنه كفر بعد وجود سبب الوجوب أن اليمين سبب وجوب الكفارة بدليل أن الكفارة تضاف إلى اليمين يقال كفارة اليمين وقال الله تعالى ذلك كفارة إيمانكم إذا حلفتم والحكم إنما يضاف إلى سببه هو الأصل فدل أن اليمين سبب وجوب الكفارة فكان هذا تكفيراً بعد وجود سبب الوجوب فيجوز كإي موضع الإجماع والدليل على جواز التكفير بالمال قبل الحنث ما روى أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم كفر قبل الحنث وذلك أنه لما رأى حمزة رضي الله عنه سيد الشهداء قد مثل وجرح جراحات عظيمة اشتد ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأقسم أن يفعل كذلك بكذا كذا من قر يش فنزل النهي عن الوفاء بذلك وكفر عن يمينه وذلك تكفير قبل الحنث لأن الحنث في مثل هذه اليمين لا يتحقق الا في الوقت الذي لا يحتمل البر فيه حقيقة وذلك عند موته فدل على جواز التكفير للامة قبل الحنث اذ هو صلى الله عليه وسلم قدوة ولنا ان السبب ما يكون مفضيا الى المسبب اذ هو في اللغة اسم لما يتوصل به الى الشيء واليمين ما نعمة من الحنث لكون الحنث خلفا في الوعد ونقضا للعهد وقد قال الله تعالى وأوفوا بعهدهم اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعدتوكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا ان الله يعلم ما تعملون ولا تكونوا كالتى قضت غزوها من بعد قوة أن كانوا ولكونه استخفافا باسم الله تعالى من حيث الصورة وكل ذلك ما نفع من الحنث فكانت اليمين ما نعمة من الحنث فكانت ما نعمة من الوجوب اذ الوجوب شرط الحنث بخلاف يبتنا كيف يكون سببا للوجوب ولهذا المبحر تعجيل التكفير بالصوم كذا بالمال بخلاف التكفير بعد الجرح قبل الموت لان الجرح سبب للموت لكونه مفضيا الى فوات الحياة عادة فكان تكفيرا بعد وجود السبب فجاز وأما اضافة الكفارة الى اليمين فعلى اضرار الحنث فيكون الحنث بعد اليمين سببا لا قبله والحنث يكون سببا والدليل عليه انه سماه كفارة لقوله عز وجل ذلك كفارة أيما تكفروا باسم لا يكفر بالذنوب ولا ذنب الا ذنب الحنث فكان المراد منه اذا حلفتم وحشتم كما قرأ ابن مسعود رضي الله عنه فان قيل الكفارة تجب بنفس اليمين أصل الوجوب لكن يجب أدائها عند الحنث كان كاة تجب عند وجود التصاب لكن يجب الاداء عند الحول وقوله صلى الله عليه وسلم لاز كاة في مال حتى يحول عليه الحول لنفي وجوب الاداء لاني أصل الوجوب فالجواب انه لا وجوب الا وجوب الفعل فاما وجوب غير الفعل فامر لا يعقل على ما عرف في موضعه على انه لو كان كذلك لجاز التكفير بالصوم لانه صام بعد الوجوب فعلم ان الوجوب غير ثابت أصلا ورأسا فان قيل يجوز ان يسمى كفارة قبل وجوبها كما يسمى ما يعجل من المال كاة قبل الحول وكما يسمى المعجل كفارة بعد الجراحة قبل الموت فلا حاجة الى الحنث في جوازها فالجواب انه لا خلاف في ان الكفارة الحقيقية هي الكفارة الواجبة بعد الحنث مرادة بالا آية فامتنع ان يراد بها ما يسمى كفارة مجازا العرضية الوجوب لاستحالة كون اللفظ الواحد منتظما للحقيقة والحجاز وأما تكفير النبي صلى الله عليه وسلم فنقول ذلك في المعنى كان تكفيرا بعد الحنث لانه تكفير بعد المعجز عن تحصيل البر فيكون تكفيرا بعد الحنث من حيث المعنى كمن حلف لا تبن البصرة فمات يلزمه الكفارة لتحقيق المعجز بالموت وبيان ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم معصوم عن المعصية والوفاء بتلك اليمين معصية اذ هو نهي عن ذلك فكانت يمينه قبل النهي عن الذي حلف عليه فكانت منعقدة على فعل مباح ولما نهى صلى الله عليه وسلم عن تحصيل ذلك الفعل وصار ذلك معصية صار انشاء وعاجز أعن البر فصار حائثا وان كان ذلك الفعل ممكن الوجود في نفسه فكان وقت يأسه وقت النهي لا وقت الموت أما في حق غير النبي صلى الله عليه وسلم وقت اليأس والمعجز حقيقة هو وقت الموت اذ غير النبي صلى الله عليه وسلم غير معصوم عن المعاصي فلا يتحقق المعجز لتصور وجود البر مع وصف العصيان فهو الفرق والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان ان اليمين بالله عز وجل على نية الخالف أو المستحلف فقد روى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه قال اليمين على نية الخالف اذا كان مظلوما وان كان ظالما فعلى نية المستحلف وذكر الكرخي ان هذا قول أصحابنا جميعا وذكر القدوري انه ان أراد به اليمين على الماضي فهو صحيح لان المؤاخذه في اليمين على الماضي بالاثم فتى كان الخالف ظالما كان آثما في يمينه وان نوى به غير ما حلف عليه لا يتوصل باليمين الى ظلم غيره وقد روى أبو امامة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اقتطع حق امرئ مسلم يمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب عليه النار قالوا وان كان شيئا يسيرا قال صلى الله عليه وسلم وان كان قضيبا من أراك قالها

ثلاثا وروى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقي الله تعالى وهو عليه غضبان وأما اذا كان مظلوما فهو لا يقتطع يمينه حقا فلا يأتى وان نوى غير الظاهر قال وأما اليمين على المستقبل اذا قصد بها الخالف معنى دون معنى فهو على نيته دون نية المستحلف لانه عقد وهو العاقد فينقد على ما عقده

﴿فصل﴾ وأما اليمين بغير الله عز وجل فهي في الاصل نوعان أحدهما ما ذكرنا وهو اليمين بالآباء والابناء والانباء والملائكة صلوات الله عليهم والصوم والصلاة وسائر الشرائع والكعبة والحرم وزمن والقبور والمنبر ونحو ذلك ولا يجوز الحلف بشئ من ذلك لما ذكرنا وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا حلفت فاحلفوا بالله ولو حلف بذلك لا يعتد به ولا حكم له أصلا والثاني بالشرط والجزاء وهذا النوع ينقسم الى قسمين يمين بالقرب ويمين بغير القرب أما اليمين بالقرب فهي أن يقول ان فعلت كذا ففعلتي صلاة أو صوم أو حجة أو عمرة أو بدنة أو هدى أو عتق رقبة أو صدقة ونحو ذلك وقد اختلف في حكم هذه اليمين انه هل يجب الوفاء بالمسمى بحيث لا يخرج عن عهده الا به أو يخرج عنها بالكفارة مع الاتفاق على انها يمين حقيقة حتى انه لو حلف لا يحلف فقال ذلك يحنث بلا خلاف لوجود ركن اليمين وهو ما ذكره ووجود معنى اليمين أيضا وهو القوة على الامتناع من تحصيل الشرط خوفا من لزوم المذکور ونذكر حكم هذا النوع ان شاء الله في كتاب النذر لان هذا التصرف يسمى أيضا نذرا معلقا بالشرط لوجود معنى النذر وهو التزامه القربة عند وجود الشرط (وأما) اليمين بغير القرب فهي الحلف بالطلاق والعتاق فلا بد من بيان ركنه وبيان شرائط الركن وبيان حكمه وبيان ما يبطل به الركن أما الركن فهو ذلك الشرط وجزاءه مربوط بالشرط معلق به في قدر الحاجة الى معرفة المسمى بالشرط والجزاء معرفة معناه أما المسمى بالشرط فادخل فيه حرف من حروف الشرط وهي ان واذا واذا ما ومتى ومتى ما ومهما وأشياء أخر ذكرها أهل النحو واللغة وأصل حرف وفدان الخفيفة وغيرها داخل عليها لانها لا تستعمل الا في الشرط وما سواها من الحروف يستعمل فيه وفي غيره وهو الوقت وهذا أمانة الاصاله والتبعية وذكرا كرخي مع هذه الحروف كلما وعد بها من حروف الشرط وانها ليست بشرط في الحقيقة فان أهل اللغة لم يعدوها من حروف الشرط لكن فيها معنى الشرط وهو توقف الحكم على وجود ما دخلت عليه لذلك سماه شرطا وفي قوله كل امرأه أنز وجها في طالق وقوله كل عبد اشترت به فهو حر انما توقف الطلاق والعتاق على الزوج والشراء على طريق التعليق بالشرط بل لانه أوقع الطلاق والعتاق على امرأة متصفة بانه تزوجها وعلى عبد متصف بانه اشتراه ويحصل الاتصاف بذلك عند الزوج والشراء وأما معنى الشرط فهو العلامة ومنه اشراط الساعة أي علاماتها ومنه الشرطي والشرائط والشرط فسمى ما جعله الخالف علة لئلا يزل الجزاء شرطا حتى لو ذكره ملة تصود آخر لا يكون شرطا على ما ذكرنا ان شاء الله تعالى وأما المسمى بالجزاء فدخل فيه حرف التعليق وهي حرف الفاء اذا كان متأخرا في الذكرك عن الشرط كقوله ان دخلت الدار فانت طالق فاما اذا كان الجزاء متقدما فلا حاجة الى حرف الفاء بل يتعلق بالشرط بدون حرف التعليق لانه قد يعقب قوله أنت طالق ما يبين انه يمين فيخرج به من ان يكون تطليقا الى كونه يميना وتعليقا فلا حاجة في مثل هذا الى حرف التعليق بخلاف حروف الشرط فانها لازمة للشرط سواء تقدم ذكرها على الجزاء أو تأخر وانما اختلفت الفاء بالجزاء لانها حرف يقتضى التعقيب من غير تراخي كقول القائل جاءني زيد فعمرو والجزاء يتعقب الشرط بلا تراخي وأما معنى الجزاء فجزاء الشرط معلق بالشرط ثم قد يكون مانعا من تحصيل الشرط اذا كان الشرط مرغوبا عنه لوقاحة عاقبته وقد يكون حاملا على تحصيله لحسن عاقبته لكن الحمل والمنع من الاغراض المطلوبة من اليمين ومن ثمراتها بمنزلة الربح بالبيع والولد بالنكاح فانهما لا يخرجان عن كونهما يمينين كانهما الربح في البيع والولد في النكاح لان وجود التصرف بوجود ركنه لا للحصول المقصود منه كوجود البيع والنكاح وغيرهما

وركن اليمين هو الشرط والجزاء فاذا وجد كان التصرف يمينا ولان المرجع في معرفة الاسامي الى اهل اللغة وانهم يسمون الشرط والجزاء يمينا من غير مراعاة معنى الحمل والمنع دل ان ذلك ليس بشرط لوقوع التصرف يمينا وبيان هذه الجملة في مسائل اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق أو قال لعبدته ان دخلت الدار فانت حرا أو قال اذا ما أومتى أو متى ما أوجيتا أو مهما كان يمينا لوجود الشرط والجزاء حتى لو حلف لا يحلف فقال ذلك يحنث ولو قال أنت طالق غدا أو رأس شهر كذا لا يكون يمينا لانعدام حر وف الشرط بل هو اضافة الطلاق الى الغد والشهر لانه جعل الغد والشهر ظرفا لوقوع الطلاق لان معناه في غدا وفي شهر ولا يكون ذلك ظرفا لوقوع الطلاق لوقوع الطلاق ولو قال اذا جاء غدا فانت طالق أو قال اذا مضى غدا أو اذا جاء رمضان أو اذا ذهب رمضان أو اذا طلعت الشمس أو غربت كان يمينا عند أصحابنا وعند الشافعي لا يكون يمينا لانعدام معنى اليمين وهو المنع أو الحمل اذ لا يقدر الخالف على الامتناع من جىء الغد ولا على الاتيان به فلم يكن يمينا بخلاف دخول الدار وكلام زيد ولان الشرط ما في وجوده في المستقبل خطر وهو ان يكون فيما يجوز ان يوجد ويجوز ان لا يوجد والغديا في الاحالة فلا يصلح شرط فلم يكن يمينا (ولنا) انه وجد كشرط وجزاء معلق بالشرط فكان يمينا ومعنى المنع أو الحمل من اعراض اليمين وثمراتها وحتائق الاسامي تتبع حصول المسميات بذواتها وذلك باركانها لا بمقاصدها المطلوبة منها على ما بينا والله عز وجل الموفق وأما قوله ان الشرط ما في وجوده في المستقبل خطر وهو ان يكون مما يجوز ان يوجد ويجوز ان لا يوجد والغديا في الاحالة فالجواب عنه من وجهين أحدهما ممنوع ان هذا من شرط كونه شرط بل من شرط أن يكون جائزا لوجوده في المستقبل ونفي به ان لا يكون مستحيل الوجود وقد وجد ههنا فكان التصرف يمينا على ان جواز العدم ان كان شرطا فهو موجود ههنا لان جىء الغد ونحوه ليس مستحيل العدم حقيقة لجواز قيام الساعة في كل لحظة كما قال تعالى وما أمر الساعة الا كلمح البصر أو هو أقرب وهذا لان الساعة وان كان لها شرائط لا تقوم الا بعد وجودها ولم يوجد شيء من ذلك في يومنا هذا فيقع الامن عن قيام الساعة قبل جىء الغد ونحو ذلك لكن هذا يوجب الامن عن القيام اما لا يمنع تصور القيام في نفسه لان خبر الصادق عن امر أنه لا يوجد يقتضي انه لا يوجد أما لا يقتضي ان لا يتصور وجوده في نفسه حقيقة ولهذا قلنا ان خلاف المعلوم مقدور والعبد حتى يتعلق به التكليف وان كان لا يوجد فكان جىء الغد جائزا لعدم في نفسه لاستحالة العدم فكان شرط كونه شرطا وهو جواز العدم حقيقة موجودا فكان يمينا ولو قال لامرأته أنت طالق ان شئت أو أردت أو أحببت أو رضيت أو هويت لم يكن يمينا حتى لو كان حلف لا يحلف لا يحنث بهذه المقالة لما ذكرنا ان الشرط معناه العلامة وهو ما جعله الخالف علما لنزول الجزاء والخالف ههنا ما جعل قوله ان شئت علما لوقوع الطلاق بل جعله لتعليك الطلاق منها كانه قال ملكتك طلاقك أو قال لها اختارى أو امرك بيدك ألا ترى انه اقتصر على المجلس وما جعل علما لوقوع الطلاق لا يقتصر على المجلس كقوله أنت طالق ان دخلت الدار أو ان كلمت فلانا وهذا لان العلم المحض ما يدل على حصول الطلاق فحسب فاما ما يتعلق بوجوده به فانه لا يكون علما بل يكون علة لحصوله والمشيئة مما يحصل به الطلاق بدليل ان الزوج لو قال لزوجه ان شئت طلاقك فطلق واذا لم يوجد معنى الشرط لم تكن المشيئة المذكوكة شرطا فلم يوجد أحد ركني اليمين وهو الشرط فلم توجد اليمين فلا يحنث وكذلك لو قال لها أنت طالق ان شئت أنا لم يكن يمينا حتى لا يحنث في يمينه اذا حلف لا يحلف ولو قال لها اذا حضت وطهرت فانت طالق لم يكن يمينا لان الخالف ما جعل هذا الشرط علما لنزول الجزاء بل جعله ايقاع الطلاق على وجه السنة لان مثل هذا الكلام يذكرا عادة كانه قال أنت طالق للسنة وكذا اذا قال اذا حضت حيضة فانت طالق لان الحيضة اسم للكامل فصارت بمنزلة قوله اذا حضت وطهرت فانت طالق وما زاد على هذا يعرف في الجامع ولو حلف لا يحلف فقال كل امرأة تدخل هذه الدار فهي طالق أو قال لامرأته كلما دخلت هذه الدار فانت طالق يحنث لا لوجود تعليق الطلاق بالدخول لتعذر التعليق لانعدام حرفه بل لضرورة

وجود الاتصاف على ما بينا والتعليق بالدخول ظرف في وجود الاتصاف فصار من حيث انه تعلق به بواسطة الاتصاف شبه الشرط لان يكون شرطاً في كلمة كل اذا دخلت مرة فطلقت ثم دخلت ثانياً لم تطلق وفي كلمة كلما تطلق في كل مرة تدخل وانما كان كذلك لان كلمة كل كلمة عموم واحاطة لما دخلت عليه وفي المسئلة الاولى دخلت في العيين وهي المرأة لا في الفعل وهو الدخول فاذا دخلت مرة فقد انحلت اليمين فلا يبحث بدخولها ثانياً وأما في المسئلة الثانية فانما دخلت الكلمة على فعل الدخول لان كلمة ما ترجع مع ما بعدها من الفعل مصدر الفة يقال بلغني ما قلت وأعجبنى ما صنعت أى قولك وصنعتك فصارت الكلمة داخلة على المصدر لا على من وقع عليه المصدر فيقتضى تميم المصدر قال الله تعالى كلما نصبت جلودهم بدلناهم جلوداً غير ما يتجدد التبدل عند تجدد النضج وان كان الحل متحد افصار الطلاق متعلقاً بكل دخول وقد وجد الدخول في المرة الثانية والثالثة فطلقت ثلاثاً فلوانها تزوجت بزواج آخر بعد ذلك ثم تزوجها الاول فدخلت الدار لا يقع الطلاق عند أصحنا الثلاثة خلافاً لزموسند كرم المسئلة في كتاب الطلاق ولو عقد اليمين على التزوج بكلمة كلما فطلقت ثلاثاً بكل تزوج ثم تزوجها بعد تزوج آخر طلقت لانه أضاف الطلاق الى الملك والطلاق المضاف الى الملك يتعلق بوجود الملك بخلاف الدخول ولو قال لامرأته أنت طالق لو دخلت الدار كان يميناً كما لو قال ان دخلت الدار واذا دخلت لان كلمة لو تذكر لتوقف المذكر على وجود ما دخلت عليه قال الله تعالى ولو كنت فظاً غليظ القلب لا نهضوا من حولك وقال عز وجل ولو ردوا لعادوا لما نهوا عنه فكانت في معنى الشرط لتوقف الجزاء على وجود الشرط وان لم يكن شرطاً حقيقياً ولو قال أنت طالق لو حسن خلقك سوف أراجعك لم يكن يميناً ويقع الطلاق الساعة لان لو ما دخلت على الطلاق وانما دخلت على ترقب الرجعة فيقع الطلاق في الحال كما لو قال أنت طالق ان حسن خلقك راجعتك وكذلك لو قال أنت طالق لو قدم أبوك راجعتك كما لو قال أنت طالق ان دخلت الدار راجعتك وهذا كله ليس يمين بل هو عدة وروى ابن سماعة عن أبي يوسف اذا قال لامرأته أنت طالق لو دخلت الدار لطلقتك لم تطلق الساعة وان دخلت الدار لم تطلق حتى يطلقها فان لم يطلقها طلقت قبل موته أو موتها بلا فصل لان هذا رجل حلف بطلاق امرأته لطلقها اذا دخلت الدار فان لم يطلقها فهي طالق كانه قال لا طلقك اذا دخلت الدار فان دخلت الدار فلم أطلقك فأنت طالق ولو قال ذلك لا تطلق للحال واذا دخلت الدار ولم يطلقها حتى ماتت أو ماتت طلقت في آخر جزء من أجزاء حياته لهوات شرط البر في ذلك الوقت فيقع الطلاق ذلك الوقت كما لو قال لها أنت طالق ان لم آت البصرة فأت قبل أن يأتيها كذا هذا ونظيره اذا قال لامرأته عدى حر لو دخلت الدار لا ضرب بك اذ معناه لا ضرب بك اذا دخلت الدار فان دخلت ولم أضربك فعدى حر والله عز وجل الموفق وروى المعلى عن محمد اذا قال لامرأته أنت طالق لو لا دخولك الدار أو أنت طالق لو لا مهر ك على أو أنت طالق لو لا شرفك فهذا كله استثناء ولا يقع عليها الطلاق ومعناه انه في معنى الاستثناء من حيث انه يمنع وقوع الطلاق كالا استثناء يمنع ثبوت الحكم في المستثنى والا صل ان هذه الكلمة تستعمل في امتناع الشيء لوجود غيره قال الله عز وجل ولو لا ان يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن ليوهم سقفاً من فضة ومعارج عليها يظهر من الآية وقال سبحانه وتعالى ولو لا رهطك لرجمناك ويقال في العرف لو لا المطر لجئتكم فصار معنى هذا الكلام لو لا دخولك الدار لطلقتك فلا يقع عليها الطلاق وكذلك لو قال لطلقتك لو لا دخولك الدار وكذلك لو قال لو لا دخولك الدار قد طلقتك أمس وكذلك لو كان مكان قد لقي في هذه الوجوه كلها وكذلك لو قال أنت طالق أمس لو لا دخولك الدار أى لو لا دخولك الدار أمس لطلقتك وقال ابن سماعة سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لامرأته أنت طالق ان دخلت الدار فهذا يخبر انه دخل الدار وأكذلك باليمين كانه قال أنت طالق ان لم أكن دخلت الدار فان كان لم يدخل طلقت وان كان دخل لم تطلق لان هذا ليس بشرط بل هو خبر عن الماضي أكده باليمين فان كان كاذباً طلقت وان كان صادقاً لم تطلق ولو قال أنت طالق لا دخلت الدار فهذا مثل قوله أنت طالق ان

دخلت الدار فلا تطلق حتى تدخل لأن لا حرف نفي كدبه بالخالف فكانه نفي دخولها أو كدذلك بتعليق الطلاق بدخولها ولو قال أنت طالق إن دخلت الدار فأنتم تطلق الساعة لأن قوله دخلت ليس بتعليق بل هو اخبار عن دخولها الدار كأنه جعل الدخول علة لكنه حذف حرف العلة وسواء كانت دخلت الدار أو لم تدخل يقع الطلاق لأن التعليق بعلة لم توجد لا يمنع وقوع الطلاق لأن العلة لم تصبح وبقى الإيقاع صحيحاً وروى ابن سماعة عن محمد بن رجل قال لا مرأته أنت طالق وإن دخلت الدار فهي طالق الساعة لما يذكروا لو قال أنت طالق الساعة وإن دخلت الدار كانت طالق الساعة واحدة وإن دخلت الدار أخرى لأنه طلقتها بتطبيق الساعة وعطف الشرط عليها بلاجزاء فيضمن فيه الجزاء فيصير كأنه قال أنت طالق الساعة وطلق إن دخلت الدار فيقع في الحال واحدة وبعد الدخول أخرى ولو قال أنت طالق لدخولك الدار فهي طالق الساعة واحدة لأنه أوقع الطلاق ثم جعل الدخول المتقدم عليه علة لا يقع الطلاق ومن أوقع الطلاق لعلة وقع وجدت العلة أو لم توجد لما يبيننا وكذلك لو قال أنت طالق لحيضتك لما قلنا ولو قال بحيضتك أو في حيضتك أو بدخولك الدار أو لدخولك الدار لم تطلق حتى تحيض أو تدخل لأن الباء حرف الصاق فيتمضي الصاق الطلاق بالحیضة والدخول فيتعلق بهما وفي كلمة ظرف دخلت على ما لا يصلح ظرفاً فتجعل شرطاً لمناسبة بينهما مذكرة في كتاب الطلاق وذکر محمد في الجامع إذا قال لا مرأته إن دخلت الدار فانت طالق تطلق في القضاء حين تكلمه به وجملة الكلام في هذا أن الأمر لا يخلو إما أن قدم الشرط أو إماماً أن أخر فإن قدم فهو على أربعة أوجه إما أن قال إن دخلت الدار فانت طالق أو قال إن دخلت الدار أنت طالق أو قال إن دخلت الدار وأنت طالق أو قال إن دخلت الدار أنت طالق وإن أخر الشرط فهو على ثلاثة أوجه إما أن قال أنت طالق إن دخلت الدار أو قال أنت طالق وإن دخلت الدار أو قال أنت طالق فإن دخلت الدار فانت طالق أو قال إن دخلت الدار أنت طالق فالجواب ما ذكره محمد أنها تطلق في القضاء حين تكلم به لأنه ما علق الطلاق لا نعدم حرف التعليق وهو حرف الفاء وكان تنجيها لا تعليقاً وإن عني به التعليق دين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه عني ما يحتمله كلامه نحو ما حرف الفاء في الجزاء قال الشاعر

من يفعل الحسنات الله يشكرها * والشر بالشر عند الله مثلاًن

أي قاله يشكرها ولا يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر وهذا جواب ظاهر الزاوية وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنها لا تطلق حتى تدخل الدار ووجهه أن يحذف حرف الجزاء تصحيحاً للشرط إذ لو لم يحذف للغا ولو قال إن دخلت الدار وأنت طالق تطلق للحال لا نعدم حرف التعليق والواو غير موضوعة للتعليق ولو عني به التعليق لا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما لا يحتمله كلامه لأن الواو لا تحتل التعليق ولو أدرج فيه الفاء بصيرت قدر كلامه أنت دخلت الدار فأنت طالق وهذا نحو ولو قدم وأخر لا يستقيم أيضاً لأنه يصير كأنه قال وأنت طالق إن دخلت الدار والواو لا يبتدأ بها وما يذكروه أهل اللغة أن الواو قد تكون للاستئناف فإدم أن يبتدأ كلام بعد تقدم جملة مفيدة من غير أن تكون الجملة الثانية تشارك الأولى فاما ابتداء الكلام من غير أن يتقدمه شيء بالواو فغير موجود ولا جائز وإن قال وإن دخلت الدار أنت طالق طلقت للحال لا نعدم دلالة التعليق وحرفه على أن الواو في مثل هذا تتركب للتحقيق كما يقال لا تسافرن وإن كان الطريق مخوفاً ولو نوى التعليق لا يصدق القاضى لأنه عدول عن الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله كلامه لأنه نوى إضمار حرف الفاء فصارك أنه قال وإن دخلت الدار فانت طالق وتلغوا الواو وهذا إذا قدم الشرط فاما إذا أخر فقال أنت طالق إن دخلت الدار لا تطلق ما لم تدخل الدار لأنه عقب الإيجاب بما أخرجه عن كونه إيجاباً إلى كونه يميناً فلا حاجة في مثل هذا إلى حرف التعليق ولو قال أنت طالق وإن دخلت الدار فهي طالق حين تكلم به لأن هذا يوجب التأكيد على ما يبيننا يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم من قال لا إله إلا الله دخل الجنة وإن زنا وإن سرق ولو قال عني به

التعليق لا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لما ذكرنا أن الواو لا تحتمل التعليق وذكرنا كذا في كذا أنه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأن الواو تجعل زائدة كما في قوله تعالى حتى إذا فتحت يا جوج إلى قوله واقترب الوعد قليل معناه اقترب الوعد والواو زائدة لأن قوله اقترب جواب حتى إذا والجواب عن هذا أن الواو في كلام العرب لم تجب زائدة في موضع تصلح للعطف أو للتحقيق فلا يمكن أن تجعل ههنا زائدة على أنا نقول أن كثيرا من محقق أهل اللغة جعل الواو زائدة في موضع ما وكانوا يقولون تقديرا لا ية عندهم حتى إذا فتحت يا جوج وما جوج وهم من كل حذب ينسلون فتحت واقترب الوعد فكانت الواو للعطف على الجواب المضمير ولو قال أنت طالق فان دخلت الدار لارواية لهذا قالوا ولقائل أن يقول تطلق للحال لأن القاء صارت فاصلة لأنها كانت لغوا أو اللغوم الكلام يجعل بمنزلة السكوت ولقائل أن يقول يتعلق الطلاق بالدخول لأن القاء وان كان مستغنى عنها في الحال إلا أنها في الجملة حرف تعليق فلا يجوز أن تجعل مانعة من التعليق موجبة للاقتضال ولو قال أنت طالق ان ولم يذكر فعلا هل يتعلق أم لا هذه المسألة في ظاهر الرواية وذكر في النوادر على قول محمد يقع الطلاق للحال لأنه لم يذكر ما يتعلق به وعلى قول أبي يوسف لا يقع الطلاق للحال لأنه لما ذكر حرف الشرط علم أنه لم يرد به التطبيق وإنما أراد به اليمين والتعليق والله عز وجل أعلم ولو قال لا مر أنه أنت طالق في الدار أو في مكة فالأصل فيه أن كلمة في كلمة ظرف فان دخلت على ما يصلح ظرفا تجري على حقيقتها وان دخلت على ما لا يصلح ظرفا فجعل مجازا عن الشرط لمناسبة بين الظرف وبين الشرط ثم الظرف نوعان ظرف زمان وظرف مكان فان دخلت على المكان وقع الطلاق في ذلك المكان وفي غيره بان قال لا مر أنه أنت طالق في الدار أو في مكة وقع الطلاق وان لم تكن المرأة في الدار ولا في مكة لأن الطلاق لا يختص بمكان دون مكان فاذا وقع في مكان وقع في الأما كن كلها وان دخلت على الزمان فان كان ما ضيا يقع الطلاق في الحال نحو ان يقول أنت طالق في المساء أو في العام الماضي لأن انشاء الطلاق في الزمان الماضي لا يتصور فيجعل اخبارا أو تلوفا الاضافة إلى الماضي ويبقى قوله أنت طالق فيقع في الحال وكذلك اذا كان حاضر أبان قال أنت طالق في هذا الوقت أو في هذه الساعة يقع في الحال وان كان مستقبلا لا يقع حتى يأتي بان قال أنت طالق في غد أو في الشهر الآتي لأن الطلاق يحتمل الاختصاص بوقت دون وقت فاذا جعل العذر ظاهرا لا يقع قبله ولو قال أنت طالق في دخولك الدار أو في قيامك أو في عودك يتعلق بهذه الأفعال لأن الفعل لا يصلح ظرفا ولا يصلح شرطاً فتحمل الكلمة على الشرط مجازا وكذا لو قال أنت طالق في ذهابك إلى مكة لأن الذهاب فعل وكذا اذا قال بذهابك لأن الباء حرف الصاق فيقتضي الصاق الطلاق بالذهاب وذلك بتعليقه به فيتعلق به ولو قال أنت طالق في الشمس وهي في الظل كانت طالقاً لأن الشمس لا تصلح ظرفاً للطلاق ولا شرطاً فاما أن تلغو ويراد بها مكان الشمس والطلاق لا يحتمل التخصيص بمكان دون مكان ولو قال أنت طالق في صومك كانت طالقاً حين يطلع الفجر اذا نوت الصوم لأن الصوم فعل وهو الامسالك وانه لا يصلح ظرفاً فتجمل الكلمة مجازاً عن الشرط والفعل يصلح شرطاً فاذا وجد في أول الجز مع النية في وقته من أهله فقد وجد الصوم الشرعي فوجد الشرط فيقع الطلاق ولو قال أنت طالق في صلاتك لم تطلق حتى ترك وتسجد سجدة لأن الصلاة فعل أيضاً فلا تصلح ظرفاً كالصوم إلا أنها اسم لأفعال مختلفة من القيام والقراءة والركوع والسجود والمتركب من أشياء مختلفة لا ينطلق عليه الاسم بوجود بعضها كالأبلى المتركب من السواد واليباض والسكنجبين المتركب عن السكر والخسل ونحو ذلك فاما توجب الأفعال التي وصفنا لا ينطلق عليها اسم فعل الصلاة فلا يحتمل بنفس الشروع بخلاف الصوم فإنه اسم لأفعال متفقة الأجزاء وهي الامساك وما تركب من أجزاء متفقة متجانسة ينطلق اسم كله على بعضها لغة كاسم الماء أنه كما ينطلق على ماء البحر ينطلق على قطرة منه فكان الامساك في أول النهار امساكاً حقيقياً فيقع الطلاق بمجرد الشروع فهو الفرق بينهما ولو قال أنت طالق في حيضك أو في طهرك فان كان موجودا وقع والا فلا يقع ويوقف على وجوده لأن المراد منه وقت الحيض والطهر أي في الوقت الذي تكونين حائضاً وطاهرة فيه

ونظير هذه المسائل ما ذكره محمد في الجامع اذا قال أنت طالق في ثلاثة أيام طلقت حين تكلم به ولو قال أنت طالق في
أكثر من ذلك لا يقع الطلاق ما لم تفرغ من أكل جميع الرغيف والفرق أن في المسألة الأولى دخلت كلمة الطرف
على الزمان وهو يصلح ظرفاً فجعل جميع الوقت ظرفاً لكونها طالقاً ولا يكون كذلك الا اذا كان وقع الطلاق في أوله
وفي الثانية علق الطلاق بفعل الاكل لان الفعل لا يصلح ظرفاً ويصلح شرطاً فصار معلقاً الطلاق بفعل الاكل
والمعلق بالشرط لا ينزل ما لم ينزل كمال شرطه وما يقوله مشايخنا ان الطلاق متى أضيف الى وقت ممتد يقع عند أوله ومتى
علق بفعل ممتد يقع عند آخره هذا صورته وعلته ولو قال لها أنت طالق في بحى ثلاثة أيام فان قال ذلك ليلاً فكما طلع
الفجر من اليوم الثالث يقع الطلاق لانه علق الطلاق بحى ثلاثة أيام ولا يوجد ذلك الا بحى وكل واحد منها وبحى
اليوم يكون بطول الفجر ولو قال ذلك في ضحوة من يوم حلف فانما يقع الطلاق عند وجود طلوع الفجر من اليوم
الرابع لان اليوم الذي حلف فيه لم يكن معتبراً لتقديم بحيه على الشرط والشئ يتعلق بما يحى ولا بما مضى ولو قال
أنت طالق في مضي ثلاثة أيام ان قال ذلك ليلاً لا يقع الطلاق ما لم تغرب الشمس من اليوم الثالث لان مضي الشئ
يكون باقضاء جزئه الاخير فمضى الايام يكون باقضاء الجزء الاخير منها وذلك يوجد في هذه الساعة وان قال ذلك في
وقت ضحوة من النهار لا تطلق حتى يحى تلك الساعة من اليوم الرابع لانه به يتم مضي ثلاثة أيام بالساعات فالعبرة في
المضي به لا بالايام الكاملة وفي الحى لا والله هذا هو المتعارف ولو قال ان شئت في المسجد فبعدى حر فانه يعتبر في
هذا كون الشئ في المسجد حتى يحث سواء كان المشتوم في المسجد أو غيره ولو قال ان ضربتك أو قتلتك في المسجد
يعتبر فيه مكان الم ضرب والمقتول ان كان في المسجد حدث والا فلا والاصل فيه أن كل فعل له أثر في المفعول يعتبر
فيه مكان المفعول وما لا أثر له يظهر في المفعول لا يعتبر فيه مكانه بل مكان الفاعل وعلة هذا الاصل نذكر في الجامع
ان شاء الله تعالى

فصل وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى الخالف وبعضها يرجع الى المحلوف عليه وهو الشرط
وبعضها يرجع الى المحل الخلو فبطلانه وعناقه وبعضها يرجع الى نفس الركن أما الذي يرجع الى الخالف فـ
ذكرنا في الطلاق والعناقه وكلها هو شرط جواز الطلاق والعناقه فهو شرط انعقاد اليمين بهما وما لا فلا وسنين جملة
ذلك في كتاب الطلاق والعناقه (وأما) الذي يرجع الى المحلوف عليه وهو الشرط فتأني أن يكون أمر في المستقبل
فلا يكون التعليق بامر كائن بمينا بل يكون تنجيذا حتى لو قال لا مرأته أنت طالق ان كانت السماء فوقنا يقع الطلاق في
الحال وعلى هذا يخرج ما اذا قال لا مرأته وهي حائض أو مريضة اذا حضت أو مرضت فانت طالق ان ذلك على
حيض مستقبل ومرض مستقبل وهو حيض آخر يوجد في المستقبل أو مرض آخر لا على الحال فان عينت
ما يحدث من هذا الحيض وما يزيد من هذا المرض فهو كإنوى لان الحيض ذو أجزاء تحدث حالا فخالا وكذلك
المرض يزداد ويكون ذلك حيضا ومرضاً فاذا نوى ذلك فقد نوى ما يحتمله لفظه فيصدق فان قال فان حضت غداً
فانت طالق وهو يعلم انها حائض فهذا على هذه الحيضة اذا دام الحيض منها الى أن ينشق الفجر من القدر بعد أن تكون
تلك الساعة تمام الثلاثة أو أكثر لانه اذا علم بحيضها استحال ان يعينه حدوث حيضة أخرى في غد فتعين انه
اراد استمرار هذه الحيضة ودوامها وانما اعتبر بتلك الساعة تمام الثلاثة أو أكثر لان الحيض اذا قطع فيما دونها فليس
بحيض فلا يوجد شرط اليمين وان كان لا يعلم بحيضها فهو على حيض مستقبل و يدين في القضاء لانه اذا لم يعلم بحيضها
فالظاهر انه اراد حدوث الحيض وكذلك هذه الوجوه في المرض وكذلك المحموم اذا قال ان حميت أو المصدوع
اذا قال ان صدعت وكذلك الرعاف وان كان صحيحاً فقال ان صحيت فامرأتي طالق وكان صحيحاً حين سكت طلقت
امرأته وهو كصير قال ان أبصرت وكسميع قال ان سمعت لان الصحة عرض يحدث ساعة فساعة فالوجود في
الزمان الثاني غير الموجود في الزمان الاول وقد حدث له الصحة حين ما فرغ من هذا الكلام فوجد شرط الحنث ولا

يمكن شرط محبة أخرى في المستقبل كالحيض والمرض فتتبع يمينه على ما يحدث عقيب الكلام وعلى هذا يخرج ما إذا قال لا مرأته إذا قت أو قعدت أو ركبته أو لبست فانت طالق وهي قائمة أو قاعدة أو رابية أو لاسية أنه إذا مكث ساعة بعد اليمين مقدار ما يقدر على تركها حنث وكذلك السكنى إذا لم يأخذ في النقلة من ساعته لأن الدوام على هذه الأفعال يعني به تجدد أمثاله يسمى باسم هذه الأفعال فقد وجد ما تناوله الاسم عقيب اليمين في حنث وأما الدخول بان قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق وهي داخلة فهذا لا يكون الا على دخول مستقبل فان نوى الذي هو فيه لا يحنث لان الدخول هو الاقصال من خارج الى داخل وهذا لا يحتمل التجدد فلا يثبت الاسم في حالة البقاء أعني الثاني في زمان وجوده وكذلك إذا قال لها ان خرجت وهي خارجة لان الخروج ضد الدخول وهو الاقصال من داخل الى خارج وأنه لا يتجدد في الثاني من زمان وجوده فلا يثبت الاسم بخلاف القيام والركوب واللبس ونحوها يوضح الفرق أنه يقال قمت يوما وركبت يوما ولبست يوما ولا يقال دخلت الدار يوما ولا خرجت من الدار يوما على ارادة المكث وكذلك الحبل إذا قال للحبلى اذا حبلى فانت طالق فهذا يقع على حبل مستقبل لانه يراد به ابتداء العلوق عرفا وعادة ولو قال ان أكلت أو ضربت فهو على الحادث كل شيء أكله بعد يمينه أو ضربه بعد يمينه يحنث لان الضرب يتجدد وذكرك في الاصل إذا قال لها أنت طالق ما لم تحيضى أو ما لم تحبلى وهي حبلى أو حائض في حال الحلف فهي طالق حين سكت الا أن يكون ذلك منها حين سكت لانه جعل حدوث الحيض والحبل شرط البرفالم يوجد عقيب اليمين يحنث وان عني به ما فيه من الحيض دين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في الحبل لان الحيض ذو أجزاء فجاز ان يسمى ما يحدث من أجزائه باسم الابتداء فاما الحبل فليس بذى اجزاء ألا ترى ان الحيض يزاد والحبل ليس بمعنى يحتمل الزيادة فلا يصدق أصلا والله عز وجل اعلم (ومنها) ان يكون المذكور في المستقبل متصورا لوجود حقيقة لا عادة هو شرط انعقاد اليمين فان كان مما يستحيل وجوده حقيقة لا ينعقد كما إذا قال لا مرأته ان ولج الجمل في سم الخياط فانت طالق وان اجتمع الضدان فانت طالق لان مثل هذا الكلام يذكرك لتأكيد النفي أى طلاقك أمر لا يكون أصلا ورأسا كما لا يبلغ الجمل في سم الخياط ولا يجتمع الضدان قال الله تعالى ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط اى لا يدخلونها رأسا وعلى هذا يخرج ما إذا قال ان لم اشرب الماء الذى في هذا الكوز فمرأته طالق او عبده حر أو قال ان لم اقتل فلانا ولا ماء في الكوز وفلان ميت وهو يعلم بذلك ولا يعلم به وقد ذكرنا جملة هذا وتفصيله وما فيه من الاتفاق والاختلاف وما يتصل بذلك من المسائل في اليمين بالله تعالى وأما الذى يرجع الى الحل المحلوف بطلاقة وعताقه فقيام الملك فيه والاضافة الى الملك أو الى سبب الملك وسنين ذلك في كتاب الطلاق والعناق ونذكر ذلك كله (وأما) الذى يرجع الى نفس الركن فمأذركنا في اليمين بالله تعالى وهو عدم ادخال الاستثناء عليه فإذا دخل عليه الاستثناء بطله بان قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق ان شاء الله تعالى او قال ما شاء الله تعالى أو قال بمشيئة الله تعالى أو قال الا أن يشاء الله أو قال بإرادة الله أو بقضاء الله تعالى أو بقدرته ولو قال ان اعطنى الله أو بمعونة الله وأراد به الاستثناء يكون مستثنى فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لان الشيء بعد وجوده لا يحتمل الاعانة عليه فلا يمكن حمله على التعليق بالشرط فيجعل مجازا عن الاستثناء وكذلك إذا قال ان يسر الله تعالى أو قال بتيسير الله تعالى ونوى الاستثناء وسند كشرائط صحة الاستثناء في كتاب الطلاق ونذكر ان منها ان يكون الاستثناء موصولا بالكلام المتقدم وهو ان لا يكون بينهما فاصل الا أن يكون الفصل لضرورة وعلى هذا ما روى عن ابن سماعه عن أبي يوسف فيمن قال لا مرأته ان خرجت من هذه الدار فانت طالق ثلاثا فاعلمى ذلك الا باذنى أو قال ان شاء الله انه يصح الاستثناء فلا تطلق وان خرجت من الدار لان حرف الفاء حرف عطف فيقتضى تعلق ما دخلت عليه الجملة المتقدمة فيصير الكل كلاما واحدا فلا يكون فاصلا وان قال اعلمى ذلك أو اذهبي ليصبح الاستثناء لانه لم يوجد ما يوجب تحقق المذكور بالكلام الاول فصار كلاما مبتدأ فكان

فاصلا قاطعا للاستثناء فيتعلق الطلاق بالخروج وقال القدوري وينبغي على قول أبي حنيفة أن لا يصح الاستثناء
 ويقع الطلاق في الفصلين جميعا بناء على أصله فيمن قال لا امرأته أنت طالق ثلاثا وثلاثين شاء الله تعالى (ومنها)
 أن لا يدخل بين الشرط والجزاء حائل فإذا دخل لم يكن عينا وتعليقا بل يكون تنجزا وعلى هذا يخرج ادخال النداء
 في وسط الكلامين أنه يكون فاصلا مانعا من التعليق أولا وجملة الكلام فيه أن النداء أنواع ثلاثة نداء بالقذف بأن
 يقول يا زانية ونداء بالطلاق بأن يقول يا طالق ونداء بالعلم بأن يقول يا زنى أو يا عمرة وكل واحد من الأنواع
 الثلاثة على ثلاثة أوجه أما أن ذكر النداء في أول الكلام وأما أن ذكره في أوسطه وأما أن ذكره في آخره وكل
 ذلك ينقسم إلى قسمين أما أن يعلق بشرط وهو دخول الدار ونحوه وأما أن يحذفه وأدخل فيه الاستثناء فقال إن شاء
 الله تعالى أما النداء بالقذف إذا ذكره في أول التعليق بالشرط لا يمنع من التعليق ويكون قذفا صحيحا بأن قال لا امرأته
 يا زانية أنت طالق إن دخلت الدار لأن قوله يا زانية وإن كان موضوعا للنداء لكنه وصف لها بالزنا من حيث المعنى
 لأنه اسم مشتق من حيث المعنى وهو الزنا والاسم المشتق من معنى يقتضي وجود ذلك المعنى لا محالة كسائر الاسماء
 المشتقة من المعاني من المتحرك والساكن ونحو ذلك سواء كان الاسم موضوعا للنداء أو غيره فصار بوصفه إياها بالزنا
 ونسبة الزنا إليها قاذفا لها بالزنا وهي زوجته وموجب قذف الزوجات اللعان عند استجماع شرائط اللعان ثم صار
 معلقا طلاقا بدخول الدار بقوله أنت طالق إن دخلت الدار فيتعلق به وهذا لأنه ناداها لتنتبه لسماع كلامه فلما تنبهت
 خاطبها باليمين وهي تعليق طلاقا بدخول الدار وكذا لو قال يا زانية أنت طالق إن شاء الله تعالى صار قاذفا لما قلنا ولا
 يقع الطلاق لدخول الاستثناء فيه ولو بدأ بالنداء في الطلاق فقال يا طالق أنت طالق إن دخلت الدار وقع الطلاق
 بقوله يا طالق لأنه وصفها بالطلاق فيقتضي تقدم ثبوت الطلاق على وصفه إياها بالضرورة صحة الوصف وتعلق طلاق
 آخر بدخول الدار لما ذكرنا في الفصل الأول وكذا لو قال يا طالق أنت طالق إن شاء الله تعالى يقع الطلاق بقوله
 يا طالق ولم يقع الثاني لدخول الاستثناء عليه ولو بدأ بالنداء بالعلم فقال يا عمرة أنت طالق إن دخلت الدار لا يقع شيء
 وتعلق الطلاق بالدخول لأنه بنده إياها بالعلم نهيها على سماع كلامه ثم علق طلاقا بالدخول وكذا لو قال يا عمرة أنت
 طالق يا عمرة إن شاء الله تعالى لا يقع شيء لما ذكرناه إذا بدأ بالنداء أما بالقذف أو بالطلاق أو بالعلم فاما إذا أتى بالنداء
 في وسط الكلام في التعليق بالشرط بأن قال لها أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار فقد روى ابن سبيعة عن محمد أنه
 لا يصير فاصلا ويتعلق الطلاق بدخول الدار ويصير قاذفا ويجب اللعان وكان أبو يوسف يقول بهذا القول ثم رجع
 وقال يقع الطلاق للحال ولا يصير قاذفا حتى لا يجب اللعان وذكر محمد في الجامع أن الطلاق يتعلق بدخول الدار ولا
 يصير النداء فاصلا بين الشرط والجزاء مانعا من التعليق ولا يصير قاذفا ولا يجب اللعان قال المشايخ ما ذكره ابن سبيعة
 عن محمد هو قوله الأخير وما ذكره محمد في الجامع قول أبي حنيفة فصل في المسئلة ثلاثة أقوال على قول أبي حنيفة تعلق
 القذف وبطل في نفسه وتعلق الطلاق وعلى قول محمد تعلق الطلاق ولم يتعلق القذف بل تحقق للحال وعلى قول أبي
 يوسف تعلق القذف فبطل في نفسه ولم يتعلق الطلاق بل تنجز (وجه) قول أبي يوسف أنه لما ذكر قوله إن دخلت الدار
 عقيب قوله يا زانية فقد علق القذف بالشرط والقذف لا يتعلق بالشرط لأنه وصف الشخص بالزنا كقوله قائمة وقاعدة
 أنه وصفها بالقيام والقعود ووصف الشيء بصفة يكون أخبارا عن وجود الصفة فيه والأخبار عما لا يتعلق بالشرط
 حتى يكون صادقا عند وجوده كاذبا عند عدمه أو مخبرا عند وجوده غير مخبر عند عدمه وإذا لم يتعلق صار لغوا فصار
 حائلا بين الشرط والجزاء فينزل الجزاء لكن مع هذا لا يصير قاذفا لأنه قصد تعليق القذف بالشرط ومن قصد تعليق
 شيء بشرط لا يكون مثبتا له في الحال فلم يصير قاذفا وعند وجود الشرط لا يصير قاذفا أيضا لأنه لم يتعلق به حتى ينزل عند
 وجوده (وجه) ما روى ابن سبيعة عن محمد أن قوله يا زانية وإن لم يتعلق ولكنه مع هذا لا يصير لغوا لأنه لما قيد الخطاب
 الموجود بقوله أنت طالق فصار مؤكدا للباب الخطاب فالتحق به فصار كأنه قال أنت يا زانية إن دخلت الدار طالق

فتعلق الطلاق بالدخول وبقى القذف متحققا لا ترجى انه لو قال أنت طالق يا عمرتان دخلت الدار صرح التعليق ولم يصح
قوله يا عمره فاصلا كذا ههنا (وجه) قول أبي حنيفة ان تعليق الطلاق بالشرط قد صح لما مر في كلام محمد والقذف
لم يتحقق لانه ذكر عقبيه الشرط والقذف متى علق بالشرط لا يقصد الا انسان لتحقيقه للحال واليا بعد وجود الشرط
على ما مر وكان القاضي الجليل يقول تعليق القذف بالشرط يكون تبعية الفعل لا تبعية القول الرجل ان فعلت كذا فامر أنه
زانية أو أمه زانية يريد بذلك تبعية الفعل ولن يتحقق تبعية الفعل الا بتبعية التصرف بالزنا عن أمه وامر أنه ومثل هذا
يحصل الوصف بالا حصان دون الوصف بالزنا والحاق العار به والله عز وجل أعلم وكذا لو قال أنت طالق يا زانية ان
شاء الله تعالى فهو على هذا الخلاف ولو كان النداء بالطلاق بأن قال أنت طالق يا طالق ان دخلت الدار هذا أيضا على
الخلاف بين أبي يوسف ومحمد الا ان أبا حنيفة يفرق بين هذا وبين النداء بالزنا بقوله يا زانية ويقول يقع الطلاق منجزا
بقوله أنت طالق ولا يتعلق بدخول الدار ويصير كقوله يا طالق فاصلا ووجه الفرق ان قوله يا طالق وان كان نداء فهو
إيقاع الطلاق فكان قوله أنت طالق يا طالق إيقاعا عقيب إيقاع من غير عطف البعض على البعض والشرط اتصل بآخر
الايقاعين دون الاول منهما فبقى الاول تنجزا بخلاف قوله يا زانية فانه نداء وتكيد لما تقدم من نداء الخطاب لا إيقاع
فلم يتعلق به فلم يصح حاله فلم يمنع من تعليق الشرط بالجزاء ولو قال أنت طالق يا طالق ان شاء الله هذا أيضا على ما ذكرنا
من الخلاف بينهم والفرق لا يحنيفة بين هذا وبين قوله أنت طالق يا زانية ان شاء الله ولو كان النداء بالعلم بان قال أنت
طالق يا عمره ان دخلت الدار فهنا يتعلق الطلاق بالشرط بالاجماع وأبو يوسف يحتاج الى الفرق بين هذا وبين قوله
يا زانية والفرق ان قوله يا عمره لا يفيد الا ما يفيد قوله أنت فكان تأكيده لا تحقق به فلم يصح فاصلا (وأما) قوله
يا زانية فقيه زيادة أمر لا يفيد نداء الخطاب وهو اثبات وصف الزنا ويتعلق به شرعا حكم وهو الحد أو اللعان في الجملة
فلا يمكن أن يجعل تكرار النداء الموضوع للخطاب فكان معتبرا في نفسه فلم يصح ملحقا بقاء الخطاب فبقى فاصلا
فاما فيما نحن فيه فيخلافه على ما مر ولو قال أنت طالق يا عمره ان شاء الله لا يقع الطلاق لما مر هذا اذا أتى بالنداء
في أول الكلام أو وسطه فاما اذا أتى به في آخر الكلام أما في النداء بالزنا بان قال أنت طالق ان دخلت الدار يا زانية
فان الطلاق يتعلق بالدخول لانه علق الطلاق بالدخول ثم ناداها بعد ذلك فصارت قاذفا ولم يوجد بعد القذف شرط ليقال
انه قصد تعليق القذف بعد تحقيقه وكذا في قوله أنت طالق ان شاء الله يا زانية بطل الطلاق وتحقق القذف وفي قوله
أنت طالق ان دخلت الدار يا طالق تعلق الاول بالدخول ووقع بقوله يا طالق طلاق لدخول الشرط في الاول دون
قوله يا طالق وكذا لو قال أنت طالق ان شاء الله يا طالق وكذا قوله أنت طالق ان دخلت الدار يا عمره فهذا رجل علق
الطلاق بدخول الدار ثم ناداها ونهها بالنداء على اليمين والخطاب فصيح التعليق وكذا لو قال أنت طالق ان شاء الله يا عمره
لا يقع شيء لما مر قال أبو حنيفة ولو قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق يا زانية ثلاثا ولا حد ولا لعان
وقال أبو يوسف هي طالق واحدة وعليه الحد أبو حنيفة لم يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها لان قوله يا زانية نداء
فلا يفصل بين العدد وهو قوله ثلاثا وبين أصل الإيقاع وهو قوله أنت طالق واذا لم يفصل فيوقف الوقوع على آخر
الكلام وهو قوله ثلاثا فبين فلا يمكن الحاق اللعان بعد اليقونة وأبو يوسف يقول ان قوله يا زانية يفصل بين الإيقاع
والعد فبان بقوله أنت طالق فصادفها قوله يا زانية وهي أجنبية فيجب عليه الحد ويلغو قوله ثلاثا قال أبو يوسف
ولا يشبه هذا المدخول بها اذا قال لها أنت طالق يا زانية ثلاثا انها تبين ثلاثا ولا حد ولا لعان لا وان اعتبرنا قوله
يا زانية فاصلا فانه لا يمنع الحاق الثلاث به فانه لو قال لها أنت طالق وسكت فليل له كم قتال ثلاثا فكذا اذا فصل بقوله
يا زانية وقال أبو حنيفة وأبو يوسف اذا قال لها قبل الدخول بها أنت طالق ثلاثا وقال أنت طالق ان دخلت الدار
فانت بعد قوله أنت طالق قبل قوله ان دخلت الدار فهذا باطل لا يلزمه طلاق لان العدد اذا قرن بالتطبيق كان
الواقع هو العدد وهي عند ذلك ليست بمجمل لوقوع الطلاق عليها والشرط اذا لحق بآخر الكلام يتوقف اول الكلام

على آخره ولا يفصل آخر الكلام عن أوله وقد حصل آخر الكلام وهي اجنبية ولو قال أنت طالق ثلاثا يا عمرة فماتت قبل ان يقول يا عمرة فالطلاق لازم لان قوله يا عمرة نداء ليس بشرط ولا عدد يتوقف الوقوع عليه فلا يتوقف والله عز وجل أعلم

فصل وأما حكم هذه اليمين في حكمها واحد وهو وقوع الطلاق أو العتاق المعلق عند وجود الشرط فتبين ان حكم هذه اليمين وقوع الطلاق والعتاق المعلق بالشرط ثم نبين أعيان الشروط التي تعلق بها الطلاق والعتاق على التفصيل ومعنى كل واحد منهما حتى اذا وجد ذلك المعنى يوجب الشرط فيقع الطلاق والعتاق والا فلا أما الاول فلان اليمين بالطلاق والعتاق هو تعليق الطلاق والعتاق بالشرط ومعنى تعليقهما بالشرط وهو ايقاع الطلاق والعتاق في زمان ما بعد الشرط لا يعقل له معنى آخر فاذا وجد ركن الايقاع مع شرائطه لا بد من الوقوع عند الشرط فأما عدم الوقوع عند عدم الشرط فليس حكم التعليق بالشرط عندنا بل هو حكم العدم الاصيل لان الوقوع لم يكن ثابتا في الاصل والثبوت على حسب الاثبات والحالف لم يثبت الا بعد الشرط فبقى حكمه باقيا على أصل العدم لأن يكون العدم موجب التعليق بالشرط بل موجه الوقوع عند وجود الشرط فقط ثم الشرط ان كان شيئا واحدا يقع الطلاق عند وجوده بان قال لا مرة ان دخلت هذه الدار فانت طالق أو أنت طالق ان دخلت هذه الدار يستوي فيه تقديم الشرط في الذكر وتأخيرها وسواء كان الشرط معينا أو مبهما بان قال ان دخلت هذه الدار أو هذه فانت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار أو هذه وكذلك اذا كان وسط الجزاء بان قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق أو هذه الدار لان كلمة أو ههنا تقتضي التخيير فصار كل فعل على حiale شرطاً فأيهما وجد وقع الطلاق وكذلك لو أعاد الفعل مع آخر بان قال ان دخلت هذه الدار أو دخلت هذه سواء أخر الشرط أو قدمه أو وسطه وروى ابن سماعة عن محمد بن قيس قال ان دخلت هذه الدار أو هذه الدار وان دخلت هذه فبعدي حران اليمين على ان يدخل احدى الاولين ويدخل الثالثة فأى الاولين يدخل ويدخل الثالثة حنث لانه جعل شرط حنثه دخول احدى الاولين ودخول الثالثة لانه ذكر احدى الاولين بكلمة أو فیتناول احدهما ثم جمع دخول الثالثة الى دخول احدهما لوجود حرف الجمع وهو الواو في قوله وان دخلت هذه فصار دخول الثالثة مع دخول احدى الاولين شرطاً واحداً فاذا وجد حنث هذا اذا دخل كلمة أو بين شرطين في يمين واحدة فأما اذا أدخلها بين ايقاع ويمين أو بين يمينين كآوى ابن سماعة وشرعن أبى يوسف فيمن قال لا مرة أنت طالق ثلاثا أو والله لا ضربن هذا الخادم اليوم فضرب الخادم من يومه فقد بر في يمينه وبطل الطلاق لانه خير نفسه بين الطلاق وبين الضرب في اليوم فاذا وجد أحد هاتين الآخر فاذا مضى اليوم قبل ان يضرب الخادم فقد حنث في يمينه ويخير فان شاء أوقع الطلاق وان شاء ألزم نفسه اليمين لانه قد حنث في أحد الأمرين وهو المبهم فكان اليه التعمين فان قال في اليوم قبل مضيه قد اخترت ان أوقع الطلاق لزمه وبطلت اليمين لانه خير نفسه بين الايقاع وبين اليمين فاذا أوقع فقد سقطت اليمين ولو قال قد اخترت التزام اليمين وبطلت الطلاق فان الطلاق لا يبطل حتى لو مضى اليوم قبل ان يضرب الخادم حنث في يمينه لان اختيار التزام اليمين لا يبطل اليمين لان اليمين لا يجب على الانسان بالالتزام حتى يبطل بالاختيار فبقيت اليمين على حالها ولو قال لا مرة أنت طالق ثلاثا أو والله لا ضربن فلانة فماتت فلانة قبل ان يضربها فقد حنث في يمينه وهو مخير ان شاء ألزم نفسه الطلاق وان شاء الكفارة لانه شرط البرقات بموتها فحنث في احدى اليمينين ولو كان الرجل هو الميت والمحلو على ضربها حية فقد وقع الحنث على الرجل والطلاق وقدمات قبل ان يبين فلا يقع الطلاق عليها ولها الميراث لانها لم تكن مخيرة بين الطلاق والتزام الكفارة لا يقع الطلاق بالشك ولا يجبره الحالك على البيان لان أحدهما هو الكفارة لا يدخل تحت الحكم فلا يقدر الحالك على الزامه ولكن يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى ولو كان بدل الكفارة طلاق أخرى فقال أنت طالق ثلاثا أو هذه فهنا يجبره الحالك حتى يبين لان الواقع طلاق وانه

مما يدخل في الحكم ولو قال أنت طالق أو على حجة أو عمة لم يحجره الحاكم على الاختيار إنما يفترق في الوقوع أن يقع
 أيهما شاء ويطل الأخرى ولو قال أنت طالق ثلاثاً أو فسلانة على حرام يعني اليمين فانه يخير تخيير الفتوى ولا يحجره
 القاضي حتى يمضي أربعة أشهر قبل أن يقرب لانه لا يقدر على أن يسقط ذلك عن نفسه بالكفارة فإذا مضت أربعة
 أشهر قبل أن يقرب بخير تخيير حكم ويقال له أوقع طلاق الأيلاء على التي حرمت أو طلاق الكلام على التي تكلمت
 بطلاقها لان الطلاق لابد أن يقع على احدهما تخيير فيه تخيير الحاكم وقال محمد في الجامع إذا قال والله لا أدخل هذه الدار
 أولاً أدخل هذه فان دخل احدهما حنث لان كلمة أو إذا دخلت بين شيئين تناولت كل واحد على الاخر اذ قال الله
 تعالى ولا تطع منهم آثماً أو كفوراً ولو قال والله لا أدخل هذه الدار أبداً أو لا أدخل هذه الدار الاخرى اليوم فان دخل
 الاولى حنث وان لم يدخلها ولم يدخل الاخرى حتى مضى اليوم حنث لانه خير نفسه في اليمين ان لا يدخل الدار
 الاولى أو يدخل الاخرى في اليوم فان دخل الاخرى في اليوم برى يمينه وان مضى اليوم حنث في احدى اليمينين
 قال ابن سماعه في نوادره سمعت محمداً قال في رجل قال عبده حران لم يدخل هذه الدار اليوم فان لم يدخلها اليوم دخل
 هذه قال محمد ليس هذا باستثناء واليمين على حالها ولا بأبالي وصل هذا الكلام أو فصله فان لم يدخل الدار الاولى اليوم
 حنث لان قوله فان لم يدخلها ليس بلفظ تخيير فبقيت اليمين الاولى بحالها والله عز وجل أعلم هذا اذا كان الشرط شيئاً
 واحداً فان كان شيئين بان عطف أحدهما على الآخر بحرف العطف لا يزل الا عند وجود الشرطين لانه علقهما
 بهما فلو نزل عند وجود أحدهما نزل من غير صنفه وهذا لا يجوز سواء قدم الشرطين على الجزاء في الذكر أو آخرهما أو
 وسط الجزاء بان قال لها ان دخلت هذه الدار وهذه الدار فأنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار وهذه
 الدار أو قال ان دخلت هذه الدار فأنت طالق وهذه الدار لا يقع الطلاق الا عند دخول الدارين جميعاً أما اذا قدم
 الشرطين على الجزاء أو آخرهما عنه فلانه جمع بين الشرطين بحرف الجمع والجمع بحرف الجمع كالجاء بلفظ الجمع
 ولو جمع بينهما بلفظ الجمع بان قال ان دخلت هاتين الدارين فأنت طالق أو أنت طالق ان دخلت هاتين الدارين
 لا يقع الطلاق الا عند دخول الدارين جميعاً كذا هذا وانما استوى فيه تقديم الشرطين وتأخيرهما لان الجزاء يتعلق
 بالشرط كيفما كان فكان التقديم والتأخير فيه سواء وأما اذا وسط الجزاء فلان الشيء يعطف على جنسه لا على
 غير جنسه فلا يصح عطف الشرط على الجزاء فيجعل معطوفاً على الشرط وكذلك اذا كان العطف بحرف الفاء
 بان قال ان دخلت هذه الدار فهذه الدار أنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار فهذه الدار أو قال ان دخلت
 هذه الدار فأنت طالق فهذه الدار فهذا كله سواء ولا يقع الطلاق الا عند دخول هذين الدارين جميعاً كما في الفصل
 الاول الا أن هناك ليراعى الترتيب في دخول الدارين وهما براعى وهو ان تدخل الدار الثانية بعد دخولها الاولى
 والا فلا يقع الطلاق لان الواو والقاء وان كانت كل واحدة منهما حرف عطف وجمع لكن الواو للجمع المطلق
 والفاء للجمع المقيد وهو الجمع على سبيل التعقيب لذلك لزم مراعاة الترتيب في الثاني دون الاول وكذلك ان كان
 العطف بكلمة ثم بان قال ان دخلت هذه الدار ثم هذه الدار فأنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار ثم هذه
 الدار أو قال ان دخلت هذه الدار فأنت طالق ثم هذه الدار فهذه والقاء سواء في أنه يراعى الترتيب في الدخول في كل
 واحدة منهما الا أن ههنا لا بد وأن يكون دخول الدار الثانية متراخياً عن دخول الاولى لان كلمة ثم للترتيب والتعقيب
 مع التراخي هذا اذا كرر حرف العطف بدون الفعل فان كرر مع الفعل فان كان بالواو بان قال ان دخلت هذه الدار
 ودخلت هذه الدار فأنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار ودخلت هذه الدار فهذا وما اذا كرر حرف
 العطف بدون الفعل سواء لان الواو للجمع المطلق فيقتضي اجتماع الشرطين فيستوى فيه إعادة الفعل وعدم الامادة
 وان كانت بالفاء فقال ان دخلت هذه الدار فدخلت هذه الدار الاخرى فأنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت
 هذه الدار فدخلت هذه الدار الاخرى فقد ذكر ابن سماعه عن أبي يوسف أنه فرق بين القاء وبين الواو في هذه الاوجه

فقال في الاول يقع الطلاق عند دخول الدارين من غير مراعاة الترتيب وفي الثاني لا يقع الا أن يكون المذكور بالقاء
آخر حتى لو دخلت الدار الثانية قبل الاولى ثم دخلت الاولى لا يحنث ووجه الفرق ما ذكرنا أن الواو تقتضي الجمع
المطلق من غير شرط الترتيب والفاء تقتضي التعقيب فيستدعي تأخر الفعل الثاني عن الاول وقد ذكر ابن سماعه عن
محمد في هذا زيادة تفصيل فقال في رجل قال لامرأته ان دخلت دار فلان فدخلت هذه الدار فأنت طالق ولم يدخل بها
ثم طلقها فدخلت دار فلان ثم تزوجها فدخلت الدار الثانية لم تطلق كأنه جعل دخول دار فلان شرطاً لانعدام اليمين
فانما يصير حالها حين دخلت الدار الاولى ولا ملك له في ذلك الوقت فيصير حالها بطلاق امرأته لا يملكها فلا تطلق
وان دخلت الدار الثانية وهي امرأته لم تنعد اليمين وقد روي عن أبي يوسف مثل هذه في مسألة أخرى فقال اذا
قال لامرأته ان اغشيت هذه فاذا غشيت هذه الاخرى فعبدى حر فليس الحلف على الاولى انما تنعقد عليه
اليمين في الثانية اذا غشى الاولى ويكون مولياً من الثانية اذا غشى الاولى والقاء في هذه المواضع لا تشبه الواو فدل ذلك
على أنه جعل غشيان الاولى شرطاً لانعدام اليمين في الثانية ولو قال لامرأته قبل الدخول بها أنت طالق ان دخلت
هذه الدار وان دخلت هذه الدار أو وسط الجزاء بان قال ان دخلت هذه الدار فأنت طالق وان دخلت هذه الدار
فان أبو يوسف ومحمد اقالا أي الدارين دخلت طلقت وسقطت اليمين ولا تطلق بدخول الدار الاخرى لانهما أعاد
حرف الشرط مع الفعل فلم يكن عطفاً على الاولى في الشرط بل صار ذلك يميناً أخرى أضمر فيها الجزاء فأيهما وجد
نزل الجزاء وانحلت اليمين لان جزاء الثاني لم يبق وان قدم الشرطين على الجزاء فقال ان دخلت هذه الدار وان دخلت
هذه الدار فأنت طالق فانها لا تطلق حتى تدخل الدارين جميعاً وهو قول محمد وروي ابن سماعه عنه وذكر محمد في الجامع
وقال هو احدى الروايتين عن أبي يوسف وروي ابن سماعه عن أبي يوسف أنه سوي بين ذلك فقال أي الدارين
دخلت طلقت كما في الاولى وجه قول محمد أنه لما عطف الشرط على الشرط قبل الجزاء دل ذلك على أنها يمين واحدة
لان الكلام الاول وهو قوله ان دخلت هذه الدار ليس بتمام لانه لا جزاء له بقوله بعد ذلك وان دخلت هذه الدار
يكون شرطاً على حدة الا أنه لم يذكر له جزاء فكان جزاء الاول جزاء الثاني فأيهما وجد نزل الجزاء وتبطل اليمين
الاخرى لانه لم يبق لها جزاء بخلاف الفعل الاول لان هناك اليمين قد تمت بذكر الجزاء فلما أعاد حرف الشرط مع
الفعل دل ذلك على أنه كلام مبتدأ وجه قول أبي يوسف أن تقديم الشرط على الجزاء وتأخير عنه في باب اليمين سواء
ولو قدمه كان الجواب هكذا فكذا اذا أخر والله عز وجل أعلم ولو كرر الشرط وعلق به جزاء واحد فان كرر
بدون حرف العطف بان قال ان تزوجت فلانة ان تزوجت فلانة فهي طالق فاليمين انعقدت بالقول الثاني والقول
الاول لغو وكذلك اذا امتى وان اذا وان متى وكذلك ان بدأ بأذا وأخيراً أو قال اذا ثم قال متى لان الشرط لا يتعلق
به حكم الا بانضمام الجزاء اليه وقد ضم الجزاء الى الشرط الثاني لانه موصول بحقيقة فيقطع عن الاول فبقى الاول من
غير جزاء فلما وان قدم الجزاء فقال أنت طالق ان تزوجتك انعقدت اليمين بالكلام الاول والكلام الثاني لغو لان
الجزء يتعلق بالشرط الاول والثاني غير معطوف عليه فبقى شرطاً لا جزاء له فلما ولو قال اذا تزوجتك فأنت طالق ان
تزوجتك فانما انعقدت اليمين بالكلام الآخر والكلام الاول لغو لان ان شرط محض ألا ترى أنه لا يستعمل
الا في الشرط واذا قد يستعمل في الوقت ولا بد من تعليق الطلاق بأحدهما فتعليقه بالشرط المحض أولى وذكر محمد في
الجامع في رجل قال لدار واحدة ان دخلت هذه الدار فعبدى حر ان دخلت هذه الدار فدخلها دخلة واحدة فانه ينيح
في القياس ان لا يحنث حتى يدخل الدار دخليتين ولكننا نستحسن ونجعله حائثاً بالدخلة الاولى (وجه) القياس أن
تكرار الشرط يمكن ان يحمل على فائدة وهو أنه أراد به العطف الا أنه حذف حرف العطف فصار الشرط دخوله امرأتين
(وجه) الاستحسان أن التكرار يجعل رد الكلام الاول لان الفرض من هذه اليمين المنع والظاهر أن الانسان
يمنع نفسه من أصل الدخول دون التكرار الا ان معنى دخلتين فيكون على ما عني لان الظاهر ان الانسان لا يتكلم

بشيء إلا لفائدة تتعلق به فقد نوى ظاهر كلامه فيصدق وإن كرر بحرف العطف فقال إن تزوجتك وإن تزوجتك أو قال إن تزوجتك فإن تزوجتك أو إذا تزوجتك ومتى تزوجتك لا يقع الطلاق حتى يزوجه مرتين لأنه لما عطف أحد الشرطين على الآخر فقد علق الجزاء بهما فيتعلق بهما ولو قدم الطلاق فقال أنت طالق إن تزوجتك فإن تزوجتك فهذا على تزويج واحد وهو مخالف للباب الأول لأن الكلام الأول تم بالجزاء والشرط فإذا أعاد الشرط بعد تمام الكلام لم يتعلق به حكم ولو قال إن تزوجتك فأنت طالق وإن تزوجتك طلقت بكل واحد من التزويجين لأنه عطف التزويج على الجزاء فصار الجزاء مضمرا فيه كأنه قال إن تزوجتك فأنت طالق والله عز وجل أعلم ولو قال كلما دخلت هذه الدار وكلمت فلانا فبعد من عبيدي حر فدخلت الدار دخلت وكلمت فلانا مرة واحدة لا يعتق إلا عبداً واحداً لأنه جعل شرط العتق دخول الدار وكلام فلان فإذا أتى أحد الشرطين ولم يوجد الآخر للمرة واحدة فقد تم شرط يمين واحدة وجد بعض شرط يمين أخرى فلا يعتق إلا عبداً واحداً ولو قال كلما دخلت هذه الدار فإن كلمت فلانا فأنت طالق فدخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت أمراً أنه ثلاثاً لأنه جعل الجملة المذكورة بعد حرف الفاء من ذكر الشرط والجزاء جزاء الدخول والجزاء يتكرر بتكرار الشرط إذا كان الشرط مذكورياً بكلمة كلما ويصير كأنه علق عند كل دخول طلاقاً بكلامها فإذا كلمت فلانا مرة طلق ثلاثاً إذا الفعل الواحد يصلح شرطاً في إيمان كثيرة فيحدث في جميعها ويرى ابن سباعة عن أبي يوسف ما يجري مجرى الشرح للمستغلة الأولى أنه قال لو قال كلما دخلت هذه الدار وكلمت فلانا فأنت طالق فهذا عليهما جميعاً فإن دخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت واحدة لأن الواو للجمع فيصير الدخول والكلام جميعاً شرطاً وتكرر بعض الشرط لا يتعلق به حنث فإن عادت فكلمت فلانا قبل أن تدخل الدار الرابعة طلقت أخرى لأنه تم شرط يمين أخرى فإن عادت فكلمت فلانا الثالثة طلقت أخرى لتتمام شرط اليمين الثالثة قال وكذلك لو بدأت بكلام فلان فكلمته ثلاث مرات ثم دخلت الدار دخلت طلقت واحدة فإن عادت فدخلتها الثانية قبل الكلام طلقت أخرى فإن عادت فدخلت الثالثة طلقت أيضاً اثنتين لأنه لا يراعى فيه الترتيب وأنه لا فرق بين تقديم أحد الشرطين على الآخر وبين تأخيريه وقال ابن سباعة عن أبي يوسف ما يجري مجرى شرح المسئلة الثانية أنه قال لو قال كلما دخلت هذه الدار فإن كلمت فلانا فأنت طالق فإن اليمين في هذا كله انما تنعقد بدخول الدار فكلمتها فدخلت دخلت انعدت يمين فإن كلمت فلانا طلقت فإن عادت فدخلت الدار ثم كلمت فلانا طلقت أخرى فإن عادت فدخلت الدار ثم كلمت فلانا طلقت أخرى ولو بدأت فدخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت ثلاث مرات لأنه جعل دخول الدار شرط انعقاد اليمين فينعد عند كل دخلة يمين لمكان كلمة كلما فقد انعدت عليها إيماناً فاحتمل بشرط واحد قال ولو بدأت بكلام فلان لم ينعد به يمين ولم يقع به طلاق حتى تكلم فلانا بعد دخول الدار لأنه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين فلم تدخل لا ينعد فلا يقع بالكلام طلاق قال وسعدت أبا يوسف قال ولو قال كلما دخلت هذه الدار فكلمت فلانا فأنت طالق قال فهذا عليها ويكون الفاء جزاءً فإن بدأت فدخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت ثلاثاً ولو دخلت الدار ثم كلمت فلانا ثلاث مرات طلقت ثلاثاً لأن اليمين قد انعدت بدخول الدار فإذا أتى شرطها يتكرر الحنث لأن كلما للتكرار والله عز وجل أعلم ولو قال كل امرأة أتت وجهاً فمضى طالق وفلانة لا مرأته طلقت أمراً أنه طلقت أمراً الساعة ولا ينتظر به التزويج لأن كلمة كل ليست كلمة شرط لما قلنا لكن فيها معنى الشرط من حيث إنه يتوقف نزول الجزاء على امرأة موصوفة بصفة أنها متزوجة وفلانة غير موصوفة بهذه الصفة فلا يقف طلاقها عليها ولو قال كل امرأة من نسائي تدخل الدار فمضى طالق وفلانة سمي بعض نسائه فإن الطلاق يقع عليها الساعة قبل أن تدخل الدار لما ذكرنا فإن دخلت الدار وهي في العدة طلقت أخرى لأنها قد دخلت في عموم قوله كل امرأة من نسائي تدخل الدار ولو قال أنت ومن دخل الدار من نسائي طالق

كانت طالفا ساعة سكنت لما ذكرنا أنه أوقع الطلاق على الموصوف وهذه غير موصوفة ولو دخلت هي في هذه العدة طلقت أخرى لما بينا ولو قال لامرأته أنت طالق وفلانة أن تزوجتها لم يقع الطلاق على امرأته حتى تزوج بالآخرى لأنه علق طلاقها بالشرط وهو الزوج لا تيانا بكلمة الشرط نصا فيتمتع به بخلاف الفصل الأول ولو قال لعبدته أنت حر ومن دخل الدار من عبيدي عتق الأول للحال لما ذكرنا فان عني ان عتقه معلق بدخول الدار لم يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر لانعدام التعليق بالشرط حقيقة وهو متهم فيه لما فيه من التخفيف عليه فلا يصدق القاضى والله تعالى الموفق وذ كر محمد في الجامع في رجل له امرأتان فقال لاحداهما أنت طالق ان دخلت هذه الدار لا بل هذه فان دخلت الاولى الدار طلقنا ولا تطلق الثانية قبل ذلك لان قوله لاحداهما أنت طالق ان دخلت هذه الدار تعليق طلاقها بشرط الدخول وقوله لا رجوع عن تعليق طلاقها بالشرط وقوله بل اثبات تعليق طلاق هذه بالشرط والرجوع لا يصح والاثبات صحيح فثبت تعليق طلاقها بالشرط ولو قال ان تزوجت فلانة فهي طالق لا بل غلامى فلان حر عتق عبده الساعة لان قوله لا بل غلامى فلان حر جملة تامة لكونها مبتدأ وخبر افلا تقتصر الى ما تقدم من الشرط فلا يتعلق به بخلاف ما اذا قال ان تزوجت فلانة فهي طالق لا بل فلانة وهي امرأته ان امرأته لا تطلق الساعة لان قوله لا بل فلانة غير مستقل بنفسه بل هو مقترن الى الكلام الاول وذلك متعلق بالشرط فيتعلق هذا أيضا ولو قال لعبدته أنت حر ان دخلت الدار لا بل فلان لعبدته آخر لا يعتق الثانى الا بعد دخول الدار لانه استدرك بكلام غير مستقل فتعلق بالشرط وقال ابن سباعة عن أبى يوسف في نوادره لو ان رجلا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وطالق وطالق لا بل هذه فدخلت الاولى الدار طلقنا ثلاثا لان قوله لا بل هذه غير مستقل فاضمر فيه الشرط فصار طلاقها جزءا لدخول كطلاق الاولى والجزء في حق الاولى ثلاث تطليقات كذا في حق الثانية ولو قال أنت طالق وطالق وطالق لا بل هذه وقع على الثانية واحدة وعلى الاولى ثلاث لانه يضر في حق الثانية ما يستقل به الكلام والكلام يستقل باضمار تطليقة واحدة ألا ترى ان التطليقات ههنا متفرقة فصار كأنه قال لا بل هذه طالق بخلاف الفصل الاول لان هناك علق الثلاث جملة بالدخول فلا بد من اعتبارها جملة واحدة على حسب التعليق فصارت تلك الكلمة مستدركة في حق الثانية ولو قال لامرأته أنت طالق ان كلمت فلانا لا بل هذه فكان على الكلام لا على الطلاق وهذا خلاف ما ذكره محمد في الجامع ويجوز ان يكون قول أبى يوسف لانه نسقها على الكلام فتعلق طلاقها بكلام فلان فان قال ان كلمت فلانا فانت طالق لا بل هذه فقوله لا بل هذه على الطلاق لانه نسقها على الجزاء فتعلق طلاقها بما يتعلق به طلاق الاخرى قال بشر عن أبى يوسف فيمن قال كل امرأة أنز وجها فهي طالق ان دخلت الدار فزوج امرأته ثم دخل الدار ثم تزوج أخرى فان الطلاق يقع على التي تزوج قبل الدخول ولا يقع على التي تزوج بعد الدخول وكذلك ذكر محمد في الجامع لانه أوقع الطلاق على امرأة موصوفة بانه تزوجها قبل الدخول والموصوفة بهذه الصفة التي تزوجها قبل الدخول لا بعد الدخول فلا تطلق المتزوجة بعد الدخول ونظيره اذا قال كل امرأة الى عمياء طالق ان دخلت الدار فدخلت الدار فدخلت ثم عميت امرأته لا تطلق كذا هذا ولو بدأ بالدخول فقال ان دخلت الدار فكل امرأة أنز وجها فهي طالق فزوج امرأته ثم دخل الدار ثم تزوج أخرى فان الطلاق يقع على التي تزوج بعد الدخول ولا يقع على التي تزوج قبل الدخول لانه جعل دخول الدار شرطا انعقاد العين الثانية فصار كأنه قال عند الدخول كل امرأة أنز وجها فهي طالق فلا بد من ذلك ما تزوج من قبل قال أبو يوسف فان نوى ما تزوج قبل أو بعد في المستثنين جميعا فليس يقع على ما نوى ولا يلزمه ذلك لانه نوى ما لا يحتمله لفظه قال بشر ولو قال كل امرأة أنز وجها فهي طالق ان دخلت الدار فدخل الدار ثم تزوج لا يقع الطلاق فان دخل الدار ثانيا وقع الطلاق لانه عقد العين على دخول بعد التزوج لا على دخول قبله فلم يكن الدخول قبل التزوج معقودا عليه فلا تحل به العين فاذا وجد الدخول الثانى وهو المعقود عليه وقع به الطلاق ولو قال كل امرأة أنز وجها الى ستة فهي طالق ان كلمت فلانا فهو

على ما يتزوج في الوقت سواء كان قبل الكلام أو بعده كذا ذكر محمد في الجامع لأنه لما قال كل امرأة أتزوجها إلى سنة فلا بد أن يكون للتوقيت فائدة فلو اختلفت اليمين بما يتزوج قبل الكلام بطل معنى التوقيت فيصير الكلام شرطاً لوقوع الطلاق المعلق بالتزوج ولو بدأ بالكلام فقال إن كلمت فلان فكل امرأة أتزوجها إلى سنة فهي طالق فهذا يقع على ما بعد الكلام والتوقيت وعدم التوقيت فيه سواء لأنه لما بدأ بالكلام فقد جعل الكلام شرطاً انعقاد اليمين فلا يدخل فيه المزدوجة قبل الكلام ويكون فائدة التوقيت تخصيص المعقدين تزوج في المدة دون ما بعدها والله عز وجل أعلم ولو عطف الخالف على يمينه بعد السكوت فلا يصل فيه ما روى عن أبي يوسف أنه قال إذا عطف على يمينه بعد السكوت ما يوسع على نفسه لم يقبل قوله كما لا يقبل في الاستثناء بعد السكوت وإن عطف بما شدد على نفسه جاز وإذا ثبت هذا الأصل فقال ابن سماعه سمعت أبا يوسف قال في رجل قال إن دخلت فلانة الدار فهي طالق ثم سكنت سكنت ثم قال وهذه يعني امرأة له أخرى فأنها تدخل في اليمين لأن الواو للجمع فكانه قال وهذه طالق إن دخلت تلك الدار وفي هذا تشديد على نفسه وكذلك إن قال إن دخلت هذه الدار لا نه عطف على الشرط وفيه تشديد لأن هذا يقتضي وقوع الطلاق على الأولى بدخول كل واحدة من الدارين وفي هذا تشديد على نفسه وكذلك لو نجز فقال هذه طالق ثم سكنت ثم قال وهذه طلقت الثانية لأنه جمع بينهما في الإيقاع وهذا تشديد على نفسه ولو قال لا مرأته أنت طالق إن دخلت الدار ثم سكنت ثم قال وهذه يعني داراً أخرى فليس له ذلك فإن دخلت الأولى طلقت لأن قوله وهذه يعني داراً أخرى يقتضي زيادة في شرط اليمين الأولى لأنه إذا علق الطلاق بدخول دارين لا يقع باحدهما وهو لا يملك تغيير شرط اليمين بعد السكوت ولأن في هذا توسيعاً على نفسه فلا يجوز بعد السكوت كالاستثناء والله عز وجل أعلم (وأما) بيان أعيان الشروط التي تعلق بها الطلاق والعناق فالشروط التي تعلق بها الطلاق والعناق لا سبيل إلى حصرها لكثرة تعلقها باختيار القاعل فذكر القدر الذي ذكره أصحابنا في كتبهم والمذكور من الشروط في كتبهم نوعان أفعال حسية وأمو شرعية أما النوع الأول فالدخول والخروج والكلام والظهار والإفشاء والإعلام والكنم والأسرار والأخفاء والبشارة والقراءة ونحوها والأكل والشرب والنزوق والغداء والعشاء واللبس والسكنى والمسكنة والابواء والبيتوتة والاستخدام والمعرفة وقبض الحق والاقضاء والهدم والضرب والقتل وغيرها والنوع الثاني وهو الخلف على أمر شرعية وما يقع منها على الصحيح والفاسد وعلى الصحيح دون الفاسد كالعطية والهبة والكسوة والركوب والجلوس والصدقة والاعارة والقرض والبيع والأجارة والشراء والتزوج والصلاة والصوم وأشياء أخر متفرقة نجمعها في فصل واحد في آخر الكتاب والأصل في هذه الشروط أن يراعى فيها لفظ الخالف في دلالة على المعنى لغة وما يقتضيه من الإطلاق والتشديد والتعميم والتخصيص إلا أن يكون معاني كلام الناس بخلافه فيحمل اللفظ عليه ويكون ذلك حقيقة عرفية وإنها تقتضي على الحقيقة الوضعية والأصل فيه ما روى أن رجلاً جاء إلى ابن عباس رضي الله عنهما وقال إن صاحباً لنا مات وأوصى ببدنة أفبيحزى عنه البقرة فقال ابن عباس رضي الله عنهما من صاحبكم فقال السائل من بني رباح فقال ابن عباس رضي الله عنهما ما يقتنت بنو رباح البقر أعما البقر للزاد وذهب وهم صاحبكم إلى الأبل فهذا الحديث أصل أصيل في حمل مطلق الكلام على ما يذهب إليه أو هام الناس ولأن العرف وضع طارئ على الوضع الأصلي والاصطلاح جار من أهل اللغة فالظاهر أن المتكلم يقصد بكلامه ذلك فيحمل عليه مطلق اللفظ وبهذا يبطل قول الشافعي أن الإيمان محمول على الحقائق يؤيد ما قلنا أن العريم يقول لعريمه والله لا جرنك في الشوك يريد به شدة المظل دون الحقيقة وقول مالك الإيمان محمول على ألفاظ القرآن غير سديد أيضاً بدليل أن من حلف لا يجلس في سراج فجلس في الشمس لا يحنث وإن سمي الله تعالى الشمس سراجاً بقوله عز وجل وجعلنا الشمس سراجاً وكذا من حلف لا يجلس على بساط فجلس على الأرض لا يحنث وإن سماها الله سبحانه وتعالى في القرآن العظيم بساطاً بقوله عز وجل والله الذي

جعل لكم الأرض بساطا وكذا من حلف لا يمسه وتذا ففس جبلا لا يحنت وإن سمي الله عز وجل الجبل وتذا بقوله تعالى والحبال أوتاداً ثبتت أن ما قاله مالك غير صحيح والله أعلم

فصل أما الحلف على الدخول فالدخول اسم لا تقصص من العورة إلى الحصن فإن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها فكث بعد يمينه لا يحنت استحسانا والقياس أن يحنت ذكر القياس والاستحسان في الأصل وجه القياس أن الدوام على الفعل حكم أنشأه كفاي الركوب واللبس بأن حلف لا يركب ولا يلبس وهو راكب ولا بس فكث ساعة أنه يحنت لما قلنا كذا هذا وجه الاستحسان الفرق بين الفصلين وهو أن الدوام على الفعل لا يتصور حقيقة لأن الدوام هو البقاء والفعل المحدث عرض والعرض مستحيل البقاء فيستحيل دوامه وإنما يراد بالدوام تجدد أمثاله وهذا يوجد في الركوب واللبس ولا يوجد في الدخول لأنه اسم للانتقال من العورة إلى الحصن والمكث قرار فيستحيل أن يكون انتقالا يحققه الانتقال حركة والمكث سكون وهما ضدان والدليل على التفرقة بين الفصلين أنه يقال ركبت أمس واليوم ولبست أمس واليوم من غير ركوب ولبس مبتدأ ولا يقال دخلت أمس واليوم إلا لدخول مبتدأ وكذا من دخل دار يوم الخميس ومكث فيها إلى يوم الجمعة فقال والله ما دخلت هذه الدار يوم الجمعة برقي يمينه لذلك افترقا ولو حلف لا يركب أو لا يلبس وهو راكب أو لا بس فزول من ساعته أو نزول من ساعته لا يحنت عندنا خلافاً لغير وجه قوله أن شرط حنته الركوب واللبس وقد وجد منه بعد يمينه وإن قل (ولنا) أن ما لا يقدر الحالف على الامتناع من يمينه فهو مستثنى منه دلالة لأن قصد الحالف من الحلف البر والبر لا يحصل إلا باستثناء ذلك القدر وسواء دخل تلك الدار ماشياً أو راكباً لأن اسم الدخول ينطلق على الكل ألا ترى أنه يقال دخلت الدار ماشياً ودخلتها راكباً ولو أمر غيره ففعله فأدخله حنت لأن الدخول فعل لا حقوق له فكان فعل المأمور مضاعفاً إليه كالذبح والضرب ونحو ذلك على ما ذكره أن شاء الله تعالى في موضعه وإن احتمله غيره فأدخله بغير أمره لم يحنت لأن هذا يسمى ادخالا لا دخولا لما ذكرنا أن الدخول انتقال والادخال نقل ولم يوجد ما يوجب الإضافة إليه وهو الأمر وسواء كان راضياً بنقله أو ساخطاً لأن الرضا لا يجعل الفعل مضاعفاً إليه فلم يوجد منه الشرط وهو الدخول وسواء كان قادراً على الامتناع أو لم يكن قادراً عليه عند عامة مشايخنا وقال بعضهم إن كان يقدر على الامتناع فلم يمتنع يحنت لأنه لما لم يمتنع مع القدرة كان الدخول مضاعفاً إليه والصحيح قول العامة لأنه لم يوجد منه الدخول حقيقة وامتناعه مع القدرة أن جاز أن يستدل به على رضاه بالدخول لكن الرضا يكون بالامر وبدون الامر لا يكفي لإضافة الفعل إليه فأندم الدخول حقيقة وتقديراً وسواء دخلها من باب أو من غيره لأنه جعل شرط الحنت مطلق الدخول وقد وجد ولو نزل على سطحها حنت لأن سطح الدار من الدار إذا دار اسم لما أحاط به الدائرة والدائرة أحاطت بالسطح وكذا لو أقام على حائط من حيطانها لأن الحائط مما تدور عليه الدائرة فكان كسطحها ولو أقام على ظلة لها شارة أو كنيف شارع فإن كان مفتوح ذلك إلى الدار يحنت والافلا لأنه إذا كان مفتوحاً إلى الدار يكون منسوباً إلى الدار فيكون من جملة الدار والافلا وإن قام على أسكفة الباب فإن كان الباب إذا أغلق كانت الأسكفة خارجة عن الباب لم يحنت لأنه خارج وإن كان أغلق الباب كانت الأسكفة داخلية الباب حنت لأنه داخل لأن الباب يغلق على ما في داخل الدار لا على ما في الخارج وإن أدخل الحالف إحدى رجله ولم يدخل الأخرى لم يحنت لأنه لم ينتقل كله بل بعضه وقد روى عن بريدة رضي الله عنه أنه قال كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم في المسجد فقال لي أني لا أعلم آية تنزل على نبي بعد سليمان بن داود عليه الصلاة والسلام الأعلى فقلت وما هي يا رسول الله فقال لا أخرج من المسجد حتى أعلم كما قلباً أخرج إحدى رجله فقلت في نفسي لعله قد نسي فقال لي بم تفتتح القراءة فقلت بسم الله الرحمن الرحيم فقال صلى الله عليه وسلم هي هي فلو كان هذا القدر خيراً وأخير التعليم إليه خلفاً في الوعد ولا يتوهم ذلك بالأنبياء عليهم الصلاة والسلام ودل الحديث على أن التسمية آية من القرآن لأن النبي صلى الله عليه وسلم سهاها آية ومن

اصحابنا من قال موضوع هذه المسئلة في دار داخلها وخارجها سطح واحد فان كانت الدار منبسطة فادخل اليها احدى رجله حنث لان اكثره حصل فيها ولا اكثر حكم الكل فان ادخل رأسه ولم يدخل قدميه أو تناول منها لم يحنث لان ذلك ليس بدخول ألا ترى ان السارق لو فعل ذلك لا يقطع ولو حلف لا يدخل دارا فدخل خرابا قد كان دارا وذهب بناؤها لا يحنث ولو كانت حيطانها قائمة فدخل يحنث ولو عين فقال ادخل هذه الدار فذهب بناؤها لا يحنث ولو كانت حيطانها قائمة ودخل يحنث ولو عين فقال لا ادخل هذه الدار فذهب بناؤها بعد عينه ثم دخلها يحنث في قولهم لان قوله دارا وان ذكر مطلقا السكن المطلق ينصرف الى المتعارف وهي الدار المبنية في راعى فيه الاسم والصفة وهي البناء لانه جار مجرى الصفة فلم يوجد لا يحنث وقوله هذه الدار اشارة الى المعين الحاضر في راعى فيه ذات المعين لاصفته لان الوصف للتعريف والاشارة كافية للتعريف وذات الدار قائمة بعد الانهدام لان الدار في اللغة اسم للعرصة والعرصة قائمة والدليل على ان الدار اسم للعرصة بدون البناء قول النابتة

يادارية بالعلياء فالسند * أقوت فطال عليها سالف الأبد

الا اوارى لا يابا بينها * والنوى كالحوض بالظلومة الجلد

سماها دارا بعد ما حلت من أهلها وخر بت ولم يبق فيها الأ وارى والنوى ولو أعيد البناء فدخلها يحنث أما في المعين فلا شك فيه لانه لو دخلها بدون البناء يحنث فع البناء أولى وأما في المنكر فلو جود الاسم والصفة وهي البناء وان بنيت مسجدا أو حماما أو بستانا فدخله لا يحنث لان اسم الدار قد بطل ألا ترى انه لا يسمى دارا فبطلت اليمين ولو أعادها دارا فدخلها لا يحنث لانهما غير الدار الأولى وعن أبي يوسف اذا قال والله لا ادخل هذا المسجد فهدم فصار محرا ثم دخله فانه يحنث قال هو مسجد وان لم يكن مبنيا ولان المسجد عبارة عن موضع السجود وذلك موجود في الخراب ولهذا قال أبو يوسف ان المسجد اذا خرب واستغنى الناس عنه انه يبقى مسجدا الى يوم القيامة ولو حلف لا يدخل هذا البيت أو بيتا فدخله بعد ما انهدم ولا بناء فيه لا يحنث لان البيت اسم مشتق من البيتوة يسمى بيتا لانه يبات فيه ولا يبات الا في البناء ولهذا تسمى العرب الاخبية بيوتا فصار البناء فيه في حق استحقاق الاسم ملحقا بذات المسمى كاسم الطعام للمائدة والشراب للكأس والعروس للاركة فيزول الاسم بزواله ولو بنى بيتا آخر فدخله لا يحنث أيضا في المعين لان المعادين أخرى غير الاول فلا يحنث بالدخول فيه وفي غير المعين يحنث لوجود الشرط وهو دخول البيت ولو انهدم السقف وحيطانه قائمة فدخله يحنث في المعين ولا يحنث في المنكر لان السقف بمنزلة الصفة فيه وهي في الحاضر لغو وفي الغائب معتبرة ولو حلف لا يدخل في هذا القسطاط وهو مضروب في موضع قلع وضرب في موضع آخر فدخل فيه يحنث وكذلك القبة من العيدان ونحوه وكذلك درج من عيدان بدار أو منبر لان الاسم في هذه الاشياء لا يزول بنقلها من مكان الى مكان ومن هذا الجنس من حيث المعنى اذا حلف لا يجلس الى هذه الاسطوانة أو الى هذا الحائط فهدمها ثم بنى بنقضها لم يحنث لان الحائط اذا هدم زال الاسم عنه وكذا الاسطوانة فبطلت اليمين وكذا اذا حلف لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم رآه فكتب به لان غير المبرى لا يسمى قلمًا وانما يسمى أنبوًا فاذا كسر فقد زال الاسم فبطلت اليمين وكذلك اذا حلف على مقص فكسره ثم جمعه مقصا غير ذلك لان الاسم قد زال بالكسر وكذلك كل سكن وسيف وقدر كسر ثم صنع مثله ولو نزع مسمار المقيض ولم يكسره ثم أعاد فيه مسمارا آخر حنث لان الاسم لم يزل بزوال المسمار وكذلك اذا نزع نصاب السكين وجعل عليه نصابا آخر لان السكين اسم للحديد ولو حلف على قميص لا يلبسه أو قباء محشوا أو مبطنا أو جبة مبطنة أو محشوة أو قلنسوة أو خفين فتقض ذلك كله ثم أعاده يحنث لان الاسم يبق بعد النقض قال قميص منقوض وجبة منقوضة واليمين المنقذة على العين لا تبطل بتغير الصفة مع بقاء اسم العين وكذلك لو حلف لا يركب هذا السرج فتقضه ثم أعاده ولو حلف لا يركب هذه السفينة فتقضها ثم استأنف بذلك الخشب فركبها لا يحنث لانها لا تسمى سفينة بعد النقض

وزوال الاسم يبطل اليمين ولو حلف لا ينام على هذا الفراش ففتقه وغسله ثم حشاه بحشو وخاطه ونام عليه حنث
 لأن فتق الفراش لا يزيل الاسم عنه ولو حلف لا يلبس شقة خبز بعينها فتنقضها وغزلت وجهلت شقة أخرى لم
 يحنث لأنها إذا انقضت صارت خيوطاً وزال الاسم عن المحلوف عليه ولو حلف على قميص لا يلبسه فقطعه جبة
 محشوة فلبسه لا يحنث لأن الاسم قد زال فزال اليمين ولو حلف لا يقرأ في هذا المصحف فخلعه ثم لف ورقه
 وغرز دفتيه ثم قرأ فيه يحنث لأن اسم المصحف باق وان فرق ولو حلف على نعل لا يلبسها فقطع شراكها وشركها بغيره
 ثم لبسها حنث، لأن اسم النعل يتناولها بعد قطع الشراك ولو حلفت امرأة لا تلبس هذه الملحفة فخيطة جانبها
 فجعلت درعاً وجعل لها جيباً لم يستهال تحنث لأنها درع وليست بملحفة فان أعيدت ملحفة فلبستها حنثت
 لأنها عادت ملحفة بغير تأليف ولا زيادة ولا نقصان فهي على ما كانت عليه وقال ابن سماعه عن محمد بن رجل
 حلف لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه طائفة فدخلها لم يحنث لأن اليمين وقعت على بقعة معينة فلا يحنث بغيرها ولو قال
 مسجد بني فلان ثم زيد فيه فدخل ذلك الموضع الذي زيد فيه حنث وكذلك الدار لأنه عقد يمينه على الإضافة وذلك
 موجود في الزيادة ولو حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً أو بيعة أو كنيسة أو بيت ناراً أو دخل الكعبة أو حماماً أو
 دهليزاً أو ظلة باب دار لا يحنث لأن هذه الأشياء لا تسمى بيتاً على الإطلاق عرفاً وعادة وإن سمي الله عز وجل الكعبة
 بيتاً في كتابه في قوله تعالى إن أول بيت وضع للناس للذي ببكة وسمى المساجد بيوتاً حيث قال تعالى في بيوت اذن
 الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه لأن مبنى الإيمان على العرف والعادة لا على نفس إطلاق الاسم ألا ترى أن من حلف
 لا يأكل لحماً فأكل سمكاً لا يحنث وإن ساء الله تعالى للحافى كتابه الكريم بقوله عز وجل لتأكلوا منه لحماً طرياً بالم اسم
 للحافى عرف الناس وعاداتهم كذا هذا وقيل الجواب المذكور في مثل الدهليز في دهليز يكون خارج باب الدار لأنه
 لا يبات فيه فإن كان داخل البيت وتمكن فيه البيتوتة يحنث والصحيح ما أطلق في الكتاب لأن الدهليز لا يبات فيه
 عادة سواء كان خارج الباب أو داخله ولو دخل ضفة يحنث كذا ذكر في الكتاب وقيل إنما وضع المسألة على عادة
 أهل الكوفة لأن صفافهم تعلق عليها الأبواب فكانت بيوتاً لوجود معنى البيت وهو ما يبات فيه عادة ولذا سمي ذلك
 بيتاً عرفاً وعادة فاما على عادة أهل بلادنا فلا يحنث لأن عدم معنى البيت وانعدام العرف والعادة والتسمية أيضاً
 ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير الباب لم يحنث لعدم الشرط وهو الدخول من الباب فإن نقب
 للدار باباً آخر فدخل يحنث لأنه عقد يمينه على الدخول من باب منسوب إلى الدار وقد وجد والباب الحادث كذلك
 في حنث وإن عني به الباب الأول يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأن لفظه يحتمله ولا يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر
 حيث أراد بالمطلق المقيد وإن عني الباب فقال لا أدخل من هذا الباب فدخل من باب آخر لا يحنث وهذا مما لا شك فيه
 لأنه لم يوجد الشرط ولو حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً يسكنها فلان بملك أو إجارة أو إجارة فهو سواء يحنث في
 يمينه ذلك أبو يوسف وذكر محمد في الأصل وضع المسألة في المستأجر وهذا قول أصحابنا وقال الشافعي لا يحنث
 وجه قوله أن قوله دار فلان إضافة ملك إذا ملك في الدار للأجر وإنما المستأجر ملك المنفعة فلا يتناول اليمين (ولنا) أن
 الدار المسكونة بالإجارة والإعارة تضاف إلى المستأجر والمستعير عرفاً وعادة والدليل عليه أيضاً ما روى عن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم أنه مر بمحائط فأعجبه فقال لمن هذا فقال رافع بن خديج لي يا رسول الله استأجرته إضافة إلى نفسه
 ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبتت الإضافة عرفاً وشراً فاما إذا حلف لا يدخل داراً فلان فدخل
 داراً قد أجزها لغيره قال محمد يحنث لأنه حلف على دار يملكها فلان والملك له سواء كان يسكنها أو لا يسكنها وروى
 هشام عن محمد أنه لا يحنث لأنها تضاف إلى الساكن بالسكنى فيسقط إضافة الملك والجواب أنه غير متجمع أن تضاف دار
 واحدة إلى المالك بجهة الملك وإلى الساكن بجهة السكنى لأن عند اختلاف الجهة تذهب الاستحالة فإن قال لا أدخل
 حانوتاً فلان فدخل حانوتاً له قد أجزه فإن كان فلان ممن له حانوت يسكنه فإنه لا يحنث بدخول هذا الحانوت لأنه

يضاف الى سا كنه ولا يضاف الى مالكه وان كان المحلوف عليه لا يعرف سكنى حانوت يحنث لانا نعلم أنه أراد به
 اضافة الملك لا اضافة السكنى كما يقال حانوت الامير وان كان لا يسكنها الامير وان حلف لا يدخل دار فلان قد دخل
 داراً بين فلان وبين آخر فان كان فلان فيها سا كناه حنث وان لم يكن سا كناه لا يحنث لانه اذا كان سا كناه فيها كانت
 مضافة اليه بالسكنى وان لم يملك شيئاً منها فاذا ملك نصفه أولى واذا لم يسكن فيها كانت الاضافة اضافة الملك والكل غير
 مضاف اليه و فرق بين هذا وبين ما اذا حلف لا يزرع أرضاً لفلان فزرع أرضاً بينه وبين غيره انه يحنث لان كل جزء
 من الأرض يسمى أرضاً وبغض الدار لا يسمى داراً ولو حلف لا يدخل بيت فلان ولانية له قد دخل داره وفلان
 فيها سا كن لا يحنث حتى يدخل البيت لان البيت اسم لموضع بيوت فيه عادة ولا يبات في محن الدار عادة فان نواه
 يصدق لانه شدد على نفسه وقال ابن رستم قال محمد في رجل حلف لا يدخل دار رجل بعينه مثل دار عمرو بن
 حريث وغيرهما من الدور المشهورة بار بابها قد دخل الرجل وقد كان باعها عمرو بن حريث أو غيره ممن تنسب قبل
 اليمين اليه ثم دخلها الخالف بعد ذلك حنث لان الدور المشهورة انما تضاف الى أربابها على طريق النسبة لا على طريق
 الملك وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين وان كانت هذه اليمين على دار من هذه الدور التي ليست لها نسبة تعرف
 بها لم يحنث في عينه لانه يراد بهذه الاضافة الملك لا النسبة فاذا زال الملك زالت الاضافة وقال ابن رستم عن محمد في رجل
 حلف لا يدخل هذه الحجرة فكسرت الحجرة قد دخلها بعدما كسرت لا يحنث وليست الحجرة كالدار لان الحجرة
 اسم لما حجر بالبناء فكان كالبيت فاذا تهدمت فقد زال الاسم وقال ابن رستم عن محمد في رجل حلف لا يدخل دار
 فلان فصعد السطح يحنث لان سطح الدار منها الا أن يكون نوى محن الدار فلا يحنث فيما بينه وبين الله لانهم قد
 يذكرون الدار ويريدون به الصحن دون غيره فقد نوى ما يحتمله كلامه ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فصعد فوقه
 حنث لان سطح المسجد من المسجد ألا ترى لو انتقل المعتكف آليه لا يبطل اعتكافه فان كان فوق المسجد مسكن
 لا يحنث لان ذلك ليس بمسجد ولو انتقل المعتكف اليه بطل اعتكافه ولو حلف لا يدخل هذه الدار لا يجتزأ قال ابن
 سماعه روى عن أبي يوسف أنه ان دخل وهو لا يريد الجلوس فانه لا يحنث لانه عقد يمينه على كل دخول واستثنى
 دخوله بصفة وهو ما يقصده الاجتياز وقد دخل على الصفة المستثناة فان دخل يعود من رياءه الجلوس عنده
 حنث لانه دخل لا على الصفة المستثناة فان دخل لا يريد الجلوس ثم بدله بعد ما دخل فجلس لا يحنث لانه لم يحنث
 حين دخوله لوجوده على الوصف المستثنى ولم يوجد الدخول بعد ذلك اذا مكث ليس بدخول فلا يحنث وذكر في
 الاصل اذا حلف لا يدخل هذه الدار الا عابرسبيل قد دخلها ليقعد فيها أو ليعود من رياءها أو ليطعم فيها ولم يكن له نية
 حين حلف فانه يحنث ولكن ان دخلها مجتازاً ثم بدله فقعدها لم يحنث لان عابرسبيل هو المجتاز فاذا دخلها لغير اجتياز
 حنث قال الا أن ينوى لا يدخلها يريد التزول فيها فان نوى ذلك فانه يسعه لانه قد يقال دخلت عابرسبيل بمعنى اني لم
 أدم على الدخول ولم أستتر فقد نوى ما يحتمله كلامه ولو حلف لا يطأ هذه الدار بقدمه قد دخلها كما يحنث لانه قد
 يراد به الدخول في العرف لا مباشرة قدمه الأرض ألا ترى أنه لو كان في رجله حذاء نعل يحنث فعلم أن المراد منه
 الدخول وان حلف لا يضع قدمه في هذه الدار قد دخلها كما يحنث لان وضع القدم في عرف الاستعمال صار عبارة
 عن الدخول فان كان نوى أن لا يضع قدمه ما شيا فهو على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه فيصدق وكذلك اذا دخلها
 ماشياً وعليه حذاء أو لا حذاء عليه لما قلنا وروى هشام عن محمد فيمن حلف لا يدخل هذه الدار قد دخل حانوتاً مشرعاً
 من هذه الدار الى الطريق وليس له باب في الدار فانه يحنث لانه من جملة ما أحاطت به الدائرة قال هشام وسألت أبا
 يوسف ان دخل بستاناً في تلك الدار قال لا يحنث وهذا محمول على بستان متصل بالدار فان كان في وسط الدار يحنث
 لاحاطة الدائرة به هكذا روى عن محمد وقال ابن سماعه في نوادره عن محمد في رجل حلف لا يدخل دار فلان فحفر سرباً
 فبلغ داره وحفر تحت دار فلان حتى جاوزها قد دخل الخالف ذلك السرب حتى مضى فيه تحت دار فلان فانه لا يحنث

الآن يكون من هذه القنائة مكان مكشوف الى الدار يستقي منه أهل الدار فدخل الخالف القنائة فبلغ ذلك المكشوف فيحنت وان لم يبلغ لم يحنت وان كان المكشوف شيئا قليلا لا ينتفع به أهل الدار وانما هو للضوء فخر الخالف بالقنائة حتى بلغ الموضع فليس يحث لان القنائة تحت الدار اذا لم يكن منفذ لا تعد من الدار لان المقصود من دخول داره اما كرامة واما هتك حرمة وذلك لا يوجد فيها لا منفذ له واذا كان لها منفذ يستقي منه الماء فانه يعد من مرافق الدار بمنزلة بئر الماء فاذا بلغ اليه كان كمن دخل في بئر داره واذا كان لا ينتفع به الا للضوء لا يكون من مرافق الدار فلا يصير بدخوله داخل في الدار فلا يحنت ولو دخل فلان سر بالتحنت داره وجعله بيوتا وجعل له ابوابا الى الطريق فدخلها رجل حلف لا يدخل دار فلان فهو حائن لان السرب تحت الدار من بيوت الدار ولو عمد فلان الى بيت من داره أو بيتين فسد ابوابهما من قبل داره وجعل ابوابهما الى دار الخالف فدخل الخالف هذين البيتين فانه لا يحنت لانما جعل ابوابهما الى دار الخالف فقد صارت منسوبة الى الدار الاخرى وقال ابن سماعة في السرب اذا كان بابه الى الدار ومحنته في دار أخرى أنه من الدار التي مدخله اليها وبابه اليها لانه بيت من بيوتها وقال ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل حلف لا يدخل بغداد فأتى الموصلي في سفينة فمر بدجلة لا يحنت فان خرج فضي فشى على الجسر حنت وان قدم الى الشط ولم يخرج لم يحنت ولم يكن مقيما ان كان أهله ببغداد وان خرج الى الشط حنت وقال ابن سماعة عن محمد اذا انحدر في سفينة من الموصلي الى البصرة فمر في شط الدجلة فهو حائن فصارت المسألة مختلفة بينهما وجه قول محمد ان الدجلة من البلد دليل أنه لو عقد عليها جسر كانت من البلد فكذا اذا حصل في هذا الموضع في سفينة ولا بي يوسف أن موضع الدجلة ليس موضع قرار فلا يكون مقصودا بمقد اليه على الدخول فلا تنصرف اليه قال بشر عن أبي يوسف في رجل قال لا مر أنه ان دخلت هذه الدار ولم تعطني ثوب كذا فأتى طالق فدخلت الدار ثم اعطته الثوب بعد ذلك فان الطلاق يقع عليها وان كانت اعطته الثوب قبل أن تدخل لم يقع عليها الطلاق لانه جعل شرط وقوع الطلاق دخوله الدار لا على صفة الاعطاء وهو أن لا يكون الزوج معطى حال الدخول لان هذه الواو للحال بمنزلة قوله ان دخلت الدار وانت راكبة أنه يعتبر كونها راكبة حال الدخول ولا يعتبر الركب بعده كذا هذا وكذلك لو قال ان خرجت ولم تأكلني أو خرجت وليس عليك ازار أو خرجت ولم تخمري لما قلنا ولو قال لها ان لم تعطني هذا الثوب ودخلت هذه الدار فأتى طالق ولا نية له فان الطلاق لا يقع عليها حتى يجتمع الامران جميعا وهو ان لا تعطيه الثوب الى أن يموت أحدهما أو يهلك الثوب ويدخل الدار فاذا اجتمع هذان وقع الطلاق والا فلا لانه جعل ترك العطية والدخول جميعا شرطا لوقوع الطلاق لان قوله ودخلت الدار شرط مبطوف على ترك العطية وليس بوصفه له فيتعلق وقوع الطلاق بوجودهما ثم لا يتحقق الترك الا بموت أحدهما أو بهلاك الثوب فاذا مات أحدهما أو هلك الثوب ودخلت الدار فقد وجد الشرطان فيحنت ولو قال والله لا تدخلين هذه الدار ولا تعطيني هذا الثوب فأيهما فعلت حنت لان كلمة النفي دخلت على كل واحد منهما على الافراد فيقتضي انتفاء كل واحد منهما على الافراد كما في قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج ومن هذا الجنس ما روى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال والله لا أشتري بهذا الدرهم غير لحم فاشترى بنصفه لحما وبنصفه خبز أبحنت استحسانا ولا يحنت في القياس وجه القياس انه جعل شرط حنته أن يشتري بجميع الدرهم غير اللحم وما اشترى بجميعه بل ببعضه فلم يوجد شرط الحنت فلا يحنت وجه الاستحسان ان مبنى الايمان على العادة وعادة الناس انهم يريدون بمثل هذا الكلام أن يشتري الخالف بجميع الدرهم اللحم ولم يشتري بجميعه اللحم فيحنت فان كان نوى أن لا يشتري به كله غير اللحم لم يحنت ويدين في القضاء لانه نوى ظاهر كلامه فيصدق ولو قال والله لا أشتري بهذا الدرهم اللحم فلا يحنت حتى يشتري بالدرهم كله غير لحم وهذا يؤيد وجه القياس في المسألة الاولى لان الاو غير كلامهما من الفاظ الاستثناء وانا نقول قضية القياس هذا في المسألة الاولى ألا يرى أنه لو نوى أن يشتري به كله غير اللحم صدق في القضاء لا تار كنا هذا القياس هناك

للعرف والعادة ولا عرف ههنا يخالف القياس فعمدنا للقياس فيه ولو قال والله لا أشتري بهذا الدرهم الا ثلاثة أرطال
لحم فاشترى ببعض الدرهم لحماً أقل من ثلاثة أرطال وبقيته غير لحم حنث لان قوله والله لا أشتري بهذا الدرهم يقع
على كل شراء بهذا الدرهم ثم استثنى من هذه الجملة شراء بصفة وهو ان يشتري به ثلاثة أرطال ولم يوجد فلم يوجد المستثنى
فبقى ما شراه داخل في اليمين فيحنث به ومن هذا القبيل ما اذا قال لرجلين والله لا تبيتان الا في بيت فبات أحدهما في
بيت والاخر في بيت آخر حنث لانه جعل شرط حنثه بيتوتهما جميعاً في غير بيت واحد وقد بانافي غير بيت واحد
لانهما بانافي بيتين فوجد شرط الحنث فهو الفرق وذكر محمد في الجامع في رجل قال ان كنت ضربت هذين الرجلين
الا في دار فلان فبعدي حر وقد ضرب واحدا منهما في دار فلان وواحدا في غيرها فانه لا يحنث لانه جعل شرط حنثه
ضرب بهما في غير دار فلان ولم يوجد ولو قال ان لم أكن ضربته هذين السوطيين في دار فلان فبعدي حر والمسألة بحالها
حنث لان شرط الحنث أن يجتمع الشرطان في دار فلان ولم يجتمعا فيحنث ولو حلف لا يدخل على فلان فدخل عليه
بيته فان قصده بالدخول يحنث وان لم يقصده لا يحنث وكذلك اذا دخل عليه بيت غيره وانما اعتبر القصد ليكون
داخلا عليه لان الانسان انما يحلف ان لا يدخل على غيره استخفافاً به وتركاً لكرامه عادة وذا لا يكون الامع القصد
وذكر الكرخي عن ابن سماعة في نوادره خلاف هذا فقال في رجل قال والله لا أدخل على فلان بيتاً فدخل بيتاً على قوم
وفهم فلان ولم يعلم به الخالف فانه حانث بدخوله فلم يعتبر القصد للدخول على فلان لاستحالة القصد بدون العلم
ووجهه انه جعل شرط الحنث الدخول على فلان والعلم بشرط الحنث ليس بشرط في الحنث كمن حلف لا يكلم
زيداً فكلّمه وهو لا يعرف أنه زيد وظاهر المذهب ما تقدم ولو علم أنه فيهم فدخل بنوى الدخول على القوم لا عليه
لا يحنث فيما بينه وبين الله عز وجل لانه اذا قصد غيره لم يكن داخلاً عليه ولا يصدق في القضاء لان الظاهر دخوله على
الجماعة وما في اعتقاده لا يعرفه القاضي فان دخل عليه في مسجد أو سقيفة أو دهليز دار لم يحنث لان ذلك يقع على
الدخول المعتاد وهو الذي يدخل الناس بعضهم على بعض ولا يكون ذلك الا في البيوت فان دخل عليه في فسطاط أو
خيمة أو بيت شعر لم يحنث الا أن يكون الخالف من أهل البادية لانهم يسمون ذلك بيتاً والتعويل في هذا الباب
على العرف والعادة وقال ابن سماعة عن محمد اذا حلف لا يدخل على فلان هذه الدار فدخل الدار وفلان في بيت من
الدار لا يحنث وان كان في محض الدار يحنث لانه لا يكون داخلاً عليه الا اذا شاهده ألا ترى ان السقايد دخل دار الامير
ولا يقال انه دخل على الامير وفي الاول شاهده وفي الثاني لم يشاهده وكذا لو حلف لا يدخل على فلان هذه القرية
أنه لا يكون داخلاً عليه الا اذا دخل في بيته وتخصيص القرية بمنع وقوع الحنث بالدخول في غيرها وقال ابن رستم
عن محمد اذا قال والله لا أدخل على فلان ولم يذكر بيتاً ولا غيره فدخل عليه فسقطاً أو داراً حنث وهذا المحمول على أن
من عادة فلان أن يدخل عليه في الفساطيط وان دخل عليه في المسجد أو الكعبة أو الحمام لا يحنث لان المقصود
بهذه اليمين الامتناع من الدخول في المواضع التي يكرم الناس بالدخول عليه فيها وهذا لا يوجد في الحمام والكعبة
والمسجد قال محمد ولو دخل على فلان بيته وهو يريد رجلاً غيره يزوره لم يحنث لانه لم يدخل على فلان لما لم يقصده
وان لم يكن له نية حنث لانه يكون داخلاً على كل من في الدار فيحنث كمن حلف لا يسلم على رجل فسلم على جماعة
وهو فيهم ولانية لانه قال بشر سمعت أبا يوسف يقول فيمن قال لا مرأته ان دخلت هذه الدار وخرجت منها فانت
طالق فاحتملها انسان وهي كارهة فادخلها ثم خرجت من قبل نفسها ثم دخلها ولم تخرج وقع الطلاق لان الواو
لا تقتضي الترتيب لانها للجمع المطلق ولا عافة في تقدم أحد الشرطين على الآخر فيتعلق الطلاق بوجودهما من غير
مراعاة الترتيب وكذلك القيام والقعود والسكوت والكلام والصوم والافطار ونحو ذلك لما قلنا ولو قال لها ان
خضت وطهرت فانت طالق فطهرت من هذا الحيض ثم حاضت لم يقع الطلاق حتى تطهر ولا يقع الطلاق في هذا
الموضع حتى يتقدم الحيض الطهر وكذلك اذا قال لها اذا حبلت وولدت وهي حبلى وكذلك اذا قال اذا زعت

وحصنت لا بد من تقدم الزرع الحصاد والحمل الولادة والحيض الطهر لان احدا لا مرين يتعقب الا خر عادة
فلزم مراعاة الترتيب بالعادة ولو قال لا مر أنه ان تزوجتك وطلقتك فعبدي حر ولا نية له فطلقها واحدة بائنة ثم تزوجها
عقب عبده لانها لا تحتمل التزوج للحال لكونها زوجة له وتحتمل الطلاق فيراعى فيه معنى الجمع المطلق لا الترتيب ومتى
طلقها وتزوجها فقد جمع بينهما فوجد الشرط

فصل وأما الحلف على الخروج فالخروج هو الا تفصال من الحصن الى العورة على مضادة الدخول فلا
يكون المكث بعد الخروج كما لا يكون المكث بعد الدخول دخولا لا ندام حده وحقيقته ثم الخروج كما
يكون من البلدان والدور والمنازل والبيوت يكون من الاخبية والقسايط والحميم والسفن لوجود حده كالدخل
والخروج من الدور المسكونة أن يخرج الحالف بنفسه ومتاعه وعياله كما اذا حلف لا يسكن والخروج من البلدان
والقرى أن يخرج الحالف بيده خاصة وهذا يشهد لقول من قال من أحببنا ان من حلف لا يسكن في بلد فخرج بنفسه
دون عياله لا يحنث والتعميل في هذا على العرف فان من خرج من الدار وأهله ومتاعه فيها لا يعد خارجا من الدار
ويقال لم يخرج فلان من الدار اذا كان أهله ومتاعه فيها ومن خرج من البلد يعد خارجا من الدار وان كان أهله ومتاعه
فيه وقال هشام سمعت أبا يوسف قال اذا قال والله لا أخرج وهو في بيت من الدار فخرج الى محن الدار لم يحنث لان
الدار والبيت في حكم قطعة واحدة فالخلف على الخروج المطلق يقتضي الخروج منهما جميعا لم يوجد لا يحنث الا أن
تكون نيته أن لا يخرج من البيت فاذا خرج الى محن الدار حنث لانه نوى ما يحتمله لفظه وهو الا تفصال من داخل
الى خارج وفيه تشديد على نفسه فان قال نويت الخروج الى مكة أو اخر وجامن البلد فانه لا يصدق في القضاء ولا فيما
بينه وبين الله تعالى لانه نوى تخصيص المكان وهو ليس بمذكور وغير المذكور لا يحتمل نية التخصيص وكذلك
قال محمد في الجامع لو قال ان خرجت فعبدي حر وقال عنت به السفر الى بغداد دون ما سواها لم يدين في القضاء ولا فيما
بينه وبين الله تعالى لما قلنا وقال هشام سألت محمدا عن رجل حلف لا يخرج من الري الى الكوفة فخرج من الري
يريد مكة وطريقه على الكوفة قال محمد ان كان حين خرج من الري نوى ان يمر بالكوفة فهو حانث وان كان حين
خرج من الري نوى أن لا يمر بها ثم بدله بعد ما خرج وضار من الري الى الموضع الذي تقصر فيه الصلاة أن يمر
بالكوفة فخرج بها لم يحنث لان النية تمت حين الخروج وفي الفصل الاول وجدت نية الخروج الى الكوفة لانه لما نوى
أن يخرج الى مكة ويمر فقد نوى الخروج الى الكوفة والى غيرها فيحنث وفي الفصل الثاني لم توجد النية وقت الخروج
فلا يحنث وان كان نيته أن لا يخرج الى الكوفة خاصة ليست الى غيرها ثم بدله الحج فخرج ونوى أن يمر بالكوفة
قال محمد هذا لا يحنث فيما بينه وبين الله عز وجل لانه نوى تخصيص ما في لفظه وقال ابن سبابة عن أبي يوسف في
رجل قال لا مر أنه ان خرجت من هذه الدار الا الى المسجد فانت طالق فخرجت تريد المسجد ثم بدالها فذهبت الى
غير المسجد لم تطلق لانه جعل الخروج الى المسجد مستثنى من اليمين ولما خرجت تريد المسجد فقد تحقق الخروج
الى المسجد فوجد الخروج المستثنى فبعد ذلك وان قصدت غير المسجد لكن لا يوجد الخروج بل المكث في
الخارج وانه ليس بخروج لعدم حده فلا يحنث وقال عمر بن أسد سألت محمدا عن رجل حلف ليخرجن من البلدة
ما بالخروج قال اذا جعل البيوت خلف ظهره لان من حصل في هذه المواضع جازله القصر ولا يجوز له القصر الا بالخروج
من البلد فعلم انه خرج من البلد قال عمر سألت محمدا عن رجل قال لا مر أنه ان خرجت في غير حق فانت طالق
فخرجت في جنازة والدها أو أخ لا تطلق وكذلك كل ذي رحم محرم وكذلك خروجها الى العرس أو خروجها فيما يجب
عليها لان الحق المذكور في هذا الموضع لا يراد به الواجب عادة وانما يراد به المباح الذي لا ماثم فيه ولو قال لها ان خرجت
من هذه الدار فانت طالق فخرجت منها من الباب أي باب كان ومن أي موضع كان من فوق حائط أو سطح أو قبة
حنث لوجود الشرط وهو الخروج من الدار ولو قال ان خرجت من باب هذه الدار فخرجت من أي باب كان من

الباب القديم أو الحادث بعد اليقين حنث لوجود الشرط وهو الخروج من باب الدار ولا يحنث بالخروج من السطح أو فوق الحائط أو النقب لعدم الشرط ولوعين بابي اليقين يتعين ولا يحنث بالخروج من غيره لأن التعيين مقيد في الجلسة فيعتبر ولو قال ان خرجت من هذه الدار الا في أمر كذا فهدأ وقوله الا باذن واحد وسند كره ان شاء الله تعالى ولو قال ان خرجت من هذه الدار مع فلان فانت طالق فخرجت وحدها أو مع فلان آخر ثم خرج فلان ولحقها لم يحنث لأن كلمة مع للقران فيقتضي مقارنتها في الخروج ولم يوجد لان المسكت بعد الخروج ليس بخروج لانعدام حده ولو قال ان خرجت من هذه الدار فانت طالق فصعدت الصحراء الى بيت علو أو كنيف شارع الى الطريق الاعظم لا يحنث لان هذا في العرف لا يسمى خروجاً من الدار ولو حلف لا يخرج من هذه الدار فخرج منها ما شياؤا كبا أو أخرجه رجل بأمرة أو بغير أمرة أو أخرجه احدى رجله فالجواب فيه كالجواب في الدخول وقد ذكرناه ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج من بلده يريد مكة حنث لان خروجه من بيته هو انفصال من داخل بلده الى خارجه على نية الحج وقد وجد وقد ذكرنا تفسير خروج وجه من بلده وهو ان يحمل بيوت بلده خلف ظهره ولو قال لا آتي مكة فخرج اليها لا يحنث ما لم يدخلها لان اتيان الشيء هو الوصول اليه ولو قال لا يذهب الى مكة فلا رواية فيه واختلف المشايخ قال بعضهم هو الخروج سواء وقال بعضهم هو الا تيان سواء ولو قال أنت طالق ان خرجت من هذه الدار الا باذن أو بامر أو رضائي أو بعلمي أو قال ان خرجت من هذه الدار بغير اذن أو امر أو رضائي أو بعلمي فهو على كل مرة عندهم جميعاً وهذا ثلاث مسائل احداها هذه والثانية أن يقول أنت طالق ان خرجت من هذه الدار حتى آذن لك أو أمر أو رضائي أو بعلمي أو الثالثة أن يقول أنت طالق ان خرجت من هذه الدار الا ان آذن لك أو أمر أو بعلمي أو أراضى أما المسئلة الاولى فالجواب ما ذكرنا ان ذلك يقع على الاذن في كل مرة حتى لو آذن له مرة فخرجت ثم عادت ثم خرجت بغير اذن حنث وكذلك لو آذن له مرة فقبل أن يخرجها عن الخروج ثم خرجت بعد ذلك يحنث وانما كان كذلك لانه جعل كل خروج شرطاً لوقوع الطلاق واستثنى خروجاً موصوفاً بكونه ملتصقاً بالاذن لان الباء في قوله الا باذن حرف الصاق هكذا قال أهل اللغة ولا بد من شيئين يلتصقان بآلة الصاق كما في قولك كتبت بالقلم وضربت بالسيف التصق الضرب بالسيف والكتابة بالقلم وليس ههنا شيء مظهر يلتصق به الاذن فلا بد من ان يضمير كما في قوله بسم الله انه يضمير فيه ابتدئ وفي باب الحلف بقوله بالله لا فعلن كذا انه يضمير فيه أقسم لتكون الباء ملتصقة للاسم بقوله ابتدئ واسم الله في باب الحلف بقوله أقسم بالله ولا بد لكل مضمير من دليل عليه اما حال واما لفظ مذكور لان الوصول الى ما خفي غير ممكن الا بواسطة الحال ولا حال ههنا يدل على اضمار شيء فاضمر ما دلت عليه اللفظ المذكور في صدر الكلام وهو قوله ان خرجت وليس ذلك الا الخروج فصارت تقدير الكلام ان خرج فلان من هذه الدار خروجا الاخر وجابا باذن والمصدر الاول في موضع النسب فيم فيصبح استثناء الثاني منه لانه بعض المستثنى منه وهو خروج موصوف بصفة الالتصاق بالاذن فقد نفى كل خروج واستثنى خروجاً موصوفاً بكونه ملتصقاً بالاذن فسقط كل خروج غير موصوف بهذه الصفة تحت المستثنى منه وهو الخروج العام الذي هو شرط وقوع الطلاق فاذا وجد خروج اتصل به الاذن لم يكن شرطاً لوقوع الطلاق واذا وجد خروج غير متصل به الاذن كان شرطاً لوقوع الطلاق كما اذا قال لها أنت طالق ان خرجت من هذه الدار الا لمصلحة ان كل خروج يوصف بهذه الصفة وهو ان يكون بمصلحة يكون مستثنى من اليقين فلا يحنث به وكل خروج لا يكون بهذه الصفة يبقى تحت عموم اسم الخروج فيحنث به كذا هذا فان أراد بقوله الا باذن مرة واحدة يدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء أيضاً في قول أبي حنيفة ومحمد واحدي الروايتين عن أبي يوسف وروى أيضاً عنه انه لا يدين في القضاء لانه نوى خلاف الظاهر لان ظاهر هذا الكلام يقتضي تكرار الاذن في كل مرة لم ينأ (وجه) ظاهر البرواية ان تكرار الاذن ما ثبت بظاهر اللفظ وانما ثبت باضمار الخروج فاذا نوى مرة واحدة فقد نوى ما يقتضيه ظاهر كلامه

فيصدق ثم في قوله الاباذنى لو أراد الخروج لا يحنث وتقدر المرأة على الخروج في كل وقت من غير حنث فالحيلة فيه ان يقول الزوج لها اذنت لك أبدا أو اذنت لك الدهر كله أو كلما شئت الخروج فقد اذنت لك وكذلك لو قال لها اذنت لك عشرة أيام فدخلت مرارا في العشرة لا يحنث فلوانه اذن لها اذنا عاما ثم نهاها عن الخروج هل يعمل نهيه قال محمد يعمل نهيه ويبطل اذنه حتى انها لو خرجت بعد ذلك بغير اذنه يحنث وقال أبو يوسف لا يعمل فيه نهيه ورجوعه عن الاذن (وجه) قول محمد انه لو اذن لها مرة ثم نهاها صح نهيه حتى لو خرجت بعد النهي يحنث فكذا اذا اذن لها في كل مرة وجب أن يعمل نهيه ويرتفع الاذن بالنهي (وجه) قول أبي يوسف ان الاذن الموجود على طريق العموم في الخرجات كلها يبطل الشرط لان شرط وقوع الطلاق الخروج الذي ليس بموصوف بكونه ملتصقا بالاذن وهذا لا يتصور بعد الاذن العام لان كل خروج يوجد بعده لا يوجد الامتصقا بالاذن فخرج الشرط من ان يكون متصور الوجود ولا بقاء لليمين بدون الشرط كإلا بقاء لها بدون الجزاء لانها تتركب من الشرط والجزاء فلم يبق اليمين فوجد النهي العام ولا يمين فلم يعمل بخلاف الاذن الخاص بمرة واحدة ثم النهي عنها لان هناك بالاذن بالخروج مرة ثم ترتفع اليمين فجاء النهي واليمين باقية فصح النهي وأما المسئلة الثانية فاجابها ان ذلك على الاذن مرة واحدة حتى لو اذن لها مرة فخرجت ثم عادت ثم خرجت بغير اذن لا يحنث وكذا اذا اذن لها مرة ثم نهاها قبل أن يخرج ثم خرجت بعد ذلك لا يحنث لان كلمة حتى كلمة غاية وهي بمعنى الى وكلمة الى كلمة انتهاء الغاية فكذا كلمة حتى الا ترى انه لا فرق بين قوله حتى اذن وبين قوله الى ان اذن ومعنى قوله حتى ان اذن وكلمة ان مضمرة لان حتى لما كانت من عوامل الاسماء وما كان من عوامل الاسماء لا يدخل الافعال البتة فلم يكن بد من اضمار ان تصير هي بالفعل الذي هو صلتها بمنزلة المصدر تقول أحب أن تقوم أي أحب قيامك فيكون قوله حتى اذن أي حتى اذني وهو قوله الى اذني ولهذا ادخلوا كلمة ان بعد الى فقالوا الى ان اذن الا ان هناك اعتادوا الاظهار مع الى وهنما مع حتى اعتادوا الاظهار واذا كان كذلك صار وجود الاذن منه غاية لخطر الخروج والمضروب له الغاية ينتهي عند وجود الغاية فينتهي حظر الخروج ومنعه باليمين عند وجود الاذن مرة واحدة بخلاف الاول فان أراد بقوله حتى اذن في كل مرة فهو على ما نوى في قولهم جميعا ويجمل حتى مجازا عن الى لوجود معنى الانتهاء في الاستثناء على ما بينا وفيه تشديد على نفسه فيصدق (وأما) المسئلة الثالثة فلا يجوز فيها فالجواب في قوله حتى اذن في قول العامة وقال القراء الجواب فيها كالجواب في قوله الاباذنى وجه قوله ان كلمة الاستثناء فلا بد من تقديم المستثنى منه عليها وتأخير المستثنى عنها وان مع الفعل المستقبل بمنزلة المصدر على ما مر فصار تقدير الكلام ان خرجت من الدار الاخر وجاباذا هذا ليس بكلام مستقيم فلا بد من ادراج حتى يصح الكلام فندرج الباء ويجعل معناه الاخر وجاباذا واسقاط الباء في اللفظ مع ثبوتها في التقدير جائز في اللغة كما روى عن رؤية بن العجاج انه قيل له كيف أصبحت فقال خير عافاك الله أي بخير وكذا يحذفون الباء في القسم فيقولون الله مكان قولهم بالله وانما اختلفوا في الخفض والنصب واذا كان هذا جائزا أدرجت لضرورة تصحيح الكلام والدليل عليه قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوت النبي الا أن يؤذن لكم أي الاباذن لكم حتى كان محتاجا الى الاذن في كل مرة فكذا فينا نحن فيه ولنا ان هذا الكلام لما لم يكن بنفسه صحيحا لما قاله القراء ولا بد من القول بتصحيحه ولكن تصحيحه على التقدير الذي قاله القراء وأمكن تصحيحه أيضا بجعله الابعنى حتى والى لان كلمة الا كلمة استثناء وما وراء كلمة الاستثناء وهو المستثنى منه ينتهي عند كلمة الاستثناء وعند وجود المستثنى فصارت كلمة الاستثناء على هذا التقدير للغاية فاقم مقام الغاية فصار كأنه قال ان خرجت من هذه الدار الى اذني أو حتى اذني وهذا أولى مما قاله القراء لان تصحيح الكلام بجعل كلمة قائمة مقام أخرى أولى من التصحيح بطريق الاضمار لان جعل الكلمة قائمة مقام أخرى وان كان فيه ضرب تغيير لكن التغيير تصرف في الوصف والاضمار اثبات أصل الكلام والتصرف في الوصف بالتغيير والتبديل أولى

من اثبات الاصل بلا شك فكان هذا أولى على ان فيا قاله اضمأر شيئين أحدهما الباء والآخر الجالب للباء وهو قوله الآخر وجا وليس فيما ذهبنا اليه ادراج شئ بل إقامة ما فيه معنى الغاية مقام الغاية ولا شك ان هذا أذن فكان التصحيح به أولى ولهذا كان معنى قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا بيته في قلوبهم إلا أن تقطع قلوبهم أى الى ان تقطع قلوبهم والله عز وجل أعلم أى الى وقت تقطع قلوبهم وهو حالة الموت وفي قوله عز وجل إلا أن يؤذن لكم انما احتيج الى الاذن في كل مرة لا بمقتضى اللفظ بل بدليل آخر وهو أن دخول دار الغير بغير اذنه حرام الا يرى انه قال عز وجل في آخر قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذى النبي ومعنى الاذى موجود في كل ساعة فشرط الاذن في كل مرة والله عز وجل أعلم فان قال الا باذن فلان فأت الحلف على اذنه بطلت اليمين عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هي على حالها وهذا فرع اختلافهم فيمن حلف ليشرب الماء الذي في هذا الكوز وليس في الكوز ماء انه لا تنعقد اليمين في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تنعقد بناء على أصل ذكرناه فيما تقدم ان تصور وجود الحلف عليه حقيقة في المستقبل شرط انعقاد اليمين وبقاؤه متصور الوجود حقيقة شرط بقاء اليمين عندهما وعنده ليس بشرط فان أذن لها بالخروج من حيث لا تسمع فخرجت بغير الاذن يحنث عند أبي حنيفة ومحمد ولا يحنث عند أبي يوسف وجهه قوله ان الاذن يتعلق بالاذن لانه كلامه وقد وجد فاما السماع فاما يتعلق بالمأذون فلا يعتبر لوجود الاذن كما لو وقع الاذن بحيث يجوز ان تسمع وهي نائمة لانه كلامه ولان شرط الحنث خروج غير مأذون فيه مطلقا وهذا مأذون فيه من وجه لوجود كلام الاذن فلم يوجد بشرط الحنث ولان المقصود من الاذن أن لا تخرج وهو كاره وقد زالت الكراهة بقوله أذنت وان لم تسمع ولهما ان الاذن اعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أى اعلام وقوله أذنت لك بحيث لا تسمع لا يكون اعلاما فلا يكون اذنا فلم يوجد خروج مأذون فيه فلم يوجد الخروج المستثنى فيحنث ولان هذه اليمين اشتملت على الحظر والاطلاق فان قوله ان خرجت من هذه الدار يجرى مجرى الحظر والمنع وقوله الا باذن يجرى مجرى الاطلاق وحكم الحظر والاطلاق من الشارع والشرائع لا تثبت بدون البلوغ كذا من الخالف الا ترى انه قيل في قوله تعالى ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا اذا ما اتقوا وآمنوا وعملوا الصالحات انه نزل في قوم شربوا الخمر بعد نزول تحريم الخمر قبل علمهم به وذكر محمد في الزادات أن الوكيل لا يصير وكيل قبل علمه بالوكالة حتى يقف تصرفه على اجازة الموكل والتوكيل اذن واطلاق ولهما أن الاذن اعلام قال الله تعالى واذان من الله ورسوله أى اعلام وقوله أذنت لك بحيث لا تسمع لا يكون اعلاما فلا يكون اذنا فلم يوجد خروج مأذون فيه فلم يوجد الخروج المستثنى فيحنث ولان الخروج مذكور في محل النفي فيعم كل خروج الا الخروج المستثنى وهو الخروج المأذون فيه مطلقا وهو ان يكون مأذونا فيه من كل وجه ولم يوجد فلم يكن هذا آخر وجامستثنى فبقى داخلا تحت عموم الخروج فيحنث بخلاف ما اذا ما كانت نائمة فاذن لها بحيث يجوز ان تسمع لان مثل هذا يعد سماعا عارفا وعادة كما اذا أذن لها وهي تسمع الا انها غافلة ومستلثنا مفروضة فيما اذا اذن لها من حيث لا تسمع عادة ومثل هذا لا يعد سماعا في العرف فهو الفرق بين الفصلين وقيل ان النائم يسمع لان ذلك بوصول الصوت الى صماخ أذنه والنوم لا يمنع منه وانما يمنع من فهم المسموع فصارت كما لو كلمه وهو يقظان لكنه غافل وحكى ابن شجاع انه لا خلاف في هذه المسئلة انه لا يحنث لانه قد عقد على نفسه بالاذن وقد أذن قال وانما الخلاف بينهم في الامر وروى نصر بن يحيى عن أبي مطيع عن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف الا ان أبا سليمان حكى الخلاف في الاذن والله عز وجل أعلم وقال ابن سباعة عن محمد لو ان رجلا قال لعبده ان خرجت من هذه الدار الا باذن فأت حر ثم قال له أطلع فلا تأني جميع ما أمرك به فأمره فلان بالخروج فخرج فالمولى حانث لوجود شرط الحنث وهو الخروج بغير اذن المولى لان المولى لم يأذن له بالخروج وانما أمره بطاعة فلان وكذلك لو قال المولى لرجل إن اذن له في الخروج فاذن له الرجل فخرج لانه لم يأذن له بالخروج وانما أمره فلا نأ بالاذن وكذلك لو قال له قل يا فلان مولاي قد أذن لك في

الخروج فقال له فخرج فان المولى حانث لانه لم يأذن له وانما أمر فلانا بالاذن ولوقال المولى لعبده بعد يمينه ما أمرتك به فلان فقد أمرتك به فأمره الرجل بالخروج فخرج فالمولى حانث لان مقصود المولى من هذا انه لا يخرج الابرضاء فإذا قال ما أمرتك به فلان فقد أمرتك به فهو لا يعلم ان فلانا يأمره بالخروج والرضا بالشئ بدون العلم به لا يتصور فلم يعلم كون هذا الخروج مرضيا به فلم يعلم كونه مستثنى فبقي تحت المستثنى منه ولوقال المولى للرجل قد أذنت له في الخروج فأخبر الرجل به العبد لم يحث المولى لان الاذن من المولى قد وجد الا انه لم يبلغ العبد فاذا أخبره به فقد بلغه فلا يحث ولوقال لامرأته ان خرجت الا باذني ثم قال لها ان بعث خادمك فقد أذنت لك لم يكن منه هذا اذ نالانه مخاطرة يجوز ان تبيع ويجوز ان لا تبيع فلا يعد ذلك رضا وقال ابن سبيعة عن أبي يوسف اذا قال لها ان خرجت الا بأمرى فالامر على ان يأمرها أو يسمعها أو يرسل بذلك رسوله اليها فان أشهد قوما انه قد أمرها ثم خرجت فهو حانث فقد فرق أبو يوسف بين الاسرو بين الاذن حيث لم يشترط في الاذن اسما عنها وارسال الرسول به وشرط ذلك في الامر ووجه الفرق له ان حكم الامر لا يتوجه على المأمور بدون العلم به كافي أمر الشرع والمقصود من الاذن هو الرضا وهوان لا يخرج مع كراهته وهذا يحصل بنفس الاذن بدون العلم به قال محمد ولو غضبت وتبهاأت للخروج فقال دعوها تخرج ولا نية له فلا يكرهه هذا اذا ان الاذن ينوي الاذن لان قوله دعوها ليس باذن نصا بل هو أمر بترك العرض لها وذلك بان لا تمنع من الخروج أو بتخيلة سبيلها فلا يحصل اذنا بدون النية ولوقال لها في غضبه اخرجي ولا نية له كان على الاذن لانه نص على الامر الا أن ينوي به اخرجي حتى تطلق فيكون تهديدا أو الامر بمحتمل التهديد كافي أمر الشرع قال الله تعالى اعملوا ما شئتم فاذا نوى التهديد وفيه تشديد عليه بحيث نيته ولوقال عبده حر ان دخل هذه الدار الا ان نسي فدخلها ناسيا ثم دخل بعد ذلك ذا كرا لم يحث وهذا على ما ذكرنا من قول العامة في قوله أنت طالق ان خرجت من هذه الدار الا ان أذن لك أن قوله الا أن لا تنهاى الغاية بمنزلة قوله حتى فلما دخلها ناسيا فقد انتهت اليمين فلا يتصور الحث بدخول هذه الدار بهذه اليمين بحال ولوقال ان دخل هذه الدار الا ناسيا فدخلها ناسيا ثم دخلها اذا كرأحت لانه عقد يمينه على كل دخول وحظر على نفسه ومنعهما منه واستثنى منه دخولا بصفة وهوانه يكون عن نسيان فبقى ماسواه داخلا تحت اليمين فيحث به قال ابن سبيعة عن محمد في رجل قال عبدي حر ان دخلت هذه الدار دخلة الا ان يأمرني فلان فأمره فلان مرة واحدة فانه لا يحث ان دخل هذه الدخلة ولا بعدها وقد سقطت اليمين وهذا على أن الامر واحد لما ذكرنا ان الاذن لا تنهاى الغاية كحتى فاذا وجد الامر مرة واحدة انحلت اليمين ولوقال ان دخلت هذه الدار دخلة الا ان يأمرني بها فلان فأمره فدخل ثم دخل بعد ذلك بغير أمره فانه يحث ولا بد ههنا من الامر في كل مرة لانه وصل الامر بالدخلة بحرف الوصل وهي حرف الباء فلا بد من الامر في كل دخلة كما لو قال الا بأمر فلان قال هشام عن محمد في رجل حلف لا يخرج امرأته الا بعلمه فأذن لها أن تخرج فخرجت بعد ذلك وهو لا يعلم فهو جائز لان قوله الا بعلمى أى الا باذني وقد خرجت فكان خروجا مستثنى فلا يحث واذا حلف رجل على زوجته أو مولى على عبده أن لا يخرج من داره الا باذنه أو سلطان حلف رجلا أن لا يخرج من كورة الا باذنه ثم بنت المرأة من الزوج أو خرج العبد من ملك المولى أو عزل السلطان عن عمله فكان الخروج بغير اذن من واحد منهم فلا حث على الحالف وتقع اليمين على الحال التي يملك الحالف فيها الاذن فان زالت تلك الحالة سقطت اليمين وانما كان كذلك لان غرض المستحلف من ذلك تنفيذ ولايته وهوان لا يخرج من له عليه ولاية الا بأمره فيتقيد بحال قيام الولاية فاذا زالت زالت اليمين فان عادت المرأة الى ملك الزوج أو العبد الى ملك المولى أو أعيد السلطان الى ولايته لا تعد اليمين لانها قد سقطت لما بينا فلا تحتمل العود وكذلك الغريم اذا حلف المطلوب ان لا يخرج من بلده الا باذنه فاليمين مقيدة بحال قيام الدين فان قضاء المطلوب أو أبرأ الطالب سقطت اليمين فان عاد عليه ذلك الدين أو غيره لم تعد اليمين لان غرض المستحلف ان لا يخرج لاجل ذلك الدين الذي له عليه وقت الحلف فاذا أسقط ذلك

بطل اليمين فلا يحتمل العود وعلى هذا قالوا في عامل استحلف رجلاً أن يرفع اليه كل من علم به من فاسق أو ذاعر أو سارق في محله ولم يعلم من ذلك حتى عزل العامل عن عمله ثم علم فليس عليه أن يرفعه وقد خرج عن يمينه وبطلت عنه لأنها تقيدت بحال عمله بدلالة الغرض لأن غرض العامل أن يرفع اليه مادام والياً فإذا زالت ولايته ارتفعت اليمين فإن عاد العامل عاملاً بعد عزله لم يكن عليه أيضاً أن يرفع ذلك اليه لأن اليمين قد بطلت فلا تعود سواء عاد عاملاً بعد ذلك أو لم يعد ولو كان الخالف علم ببعض ما استحلف عليه فآخى رفع ذلك حتى عزل العامل حنث في يمينه ولم ينفعه رفع ذلك اليه بعد عزله لأن الرفع تقيّد بحال قيام الولاية فإذا زالت الولاية فقد فلت شرط البر قال محمد في الزيادة أن اليمين على أن يرفع اليهم على كل حال في السلطان وغيره وأدينه فيما بينه وبين الله عز وجل وفي القضاء لأنه نوى ظاهر كلامه وهو العموم فيصدق ديانته وقضاءه وقال محمد في الزيادة إذا حلف أن لا يخرج امرأته من هذه الدار ولا عبده فبانت منه أو خرج العبد عن ملكه ثم خرجت حنث ولا يتقيد بحال قيام الزوجة والملك لا نعدام دلالة التقيّد وهي قوله الأباذنه فيعموم اللفظان عنى به ما دامت امرأته يدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه عنى ما يحتمله لفظه ولا يدين في القضاء لأنه نوى تخصيص العموم وأنه خلاف الظاهر وكذلك من طوبى بحق فحلف أن لا يخرج من دار مطالبه حنث بالخروج زال ذلك الحق أو لم يزل لما قلنا وإن أرادت المرأة أن تخرج وقد أخذت في ذلك أو العبد أو أراد الرجل أن يضرب عبده وقد نكح لذلك فقال أنت طالق إن خرجت أو قال المولى أنت حر إن خرجت أو قال رجل للضارب عبدي حر إن ضربته فكفوا عن ذلك فقد سقطت اليمين حتى لو خرج المحلوف عليه بعد ذلك أو ضرب الرجل عبده لا يحنث الخالف لأن غرضه من هذه اليمين المنع من الخروج في الحال أو الضرب فتقيدت بالحال بدلالة الغرض فتزول اليمين بزوال الخالف فلا يتصور الحنث بالخروج بعد ذلك وهذه من مسائل يعين القور ونظائرها تأتي إن شاء الله تعالى في مواضعها

﴿فصل﴾ وأما الحلف على الكلام فالمحلوف عليه وهو الكلام قد يكون مؤبداً وقد يكون مطلقاً وقد يكون مؤقتاً أما المؤبد فهو أن يحلف أن لا يكلم فلاناً أبداً فهو على الابد لا شك فيه لأنه نص عليه وأما المطلق فهو أن يحلف أن يكلم فلاناً ولا يذ كر الابد وهذا أيضاً على الابد حتى لو كلمه في أى وقت كلمه في ليل أو نهار وفي أى مكان كان وعلى أى حال حنث لأنه منع نفسه من كلام فلان لبقى الكلام من قبله على العدم ولا يتحقق العدم إلا بالامتناع من الكلام في جميع العمر فإن نوى شيئاً دون شيء نوى يوماً أو وقتاً أو بدءاً أو منزلاً لا يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه نوى تخصيص ما ليس بملفوظ فلا يصدق رأساً ولا يحنث حتى يكون منه كلام مستأنف بعد اليمين فينقطع عنها فإن كان موصولاً لم يحنث بان قال ان كلمتك فانت طالق فاذهي أو فقومى فلا يحنث بقوله فاذهي أو فقومى كذا قال أبو يوسف لأنه متصل باليمين وهذا لأن قوله لا كلم أو ان كلمتك يقع على الكلام المقصود باليمين وهو ما يستأنف بعد تمام الكلام الاول وقوله فاذهي أو فقومى وان كان كلاماً حقيقه فليس بمقصود باليمين فلا يحنث به ولأنه لما ذكره بحرف العطف دل أنه ليس بكلام مبتدأ وكذا إذا قال واذهي لما قلنا فإن أراد به كلاماً مستأنفاً يصدق لأنه كلام حقيقه وفيه تشديد على نفسه وإن أراد بقوله فاذهي الطلاق فانها تطلق بقوله فاذهي لأنه من كناية الطلاق ويقع عليها تطليقة أخرى باليمين لأنه لما نوى به الطلاق قصد صار كلاماً مبتدأً فيحنث به وإن كان في الحال التي حلف ما يدل على تخصيص اليمين كانت خاصة بان قال له رجل كلم لي زيدا اليوم في كذا فيقول والله لا كلمه يقع هذا على اليوم دون غيره بدلالة الحال وعلى هذا قالوا وقال إئتني اليوم فقال امرأتى طالق ان أيتك فهذا على اليوم وكذا إذا قال إئتني في منزلي فحلف بالطلاق لا يأتيه فهو على المنزل وهذا إذا لم يطل الكلام بين دلالة التخصيص وبين اليمين فإن طال كانت اليمين على الابد فإن قال لا تلقى في المنزل وقد أسأت في تركك لقاءى وقد أيتك غير مرة فلم ألقك فقال الا كخراً امرأته طالق ان أذاك فهذا على الابد وعلى كل منزل لأن

الكلام كثير فيما بين ابتداءه بذكر المنزل وبين المنزل وبين الحلف فاقطعت اليمين عنه وصارت يميناً مبتدأة فان نوى هذا الايمان في المنزل دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في القضاء لانه يحتمله كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو صلى الحالف خلف المحلوف عليه فسمها الامام فسبح به الحالف أو فتح عليه بالقراءة لم يحنث لان هذا لا يسمى كلاماً في العرف وان كان كلاماً في الحقيقة ألا ترى ان الكلام العرفي يبطل الصلاة وهذا لا يبطلها وقد قالوا فيمن حلف لا يتكلم فصلي ان القياس ان يحنث لان التكبير والقراءة كلام حقيقة وفي الاستحسان لا يحنث لانه لا يسمى كلاماً عرفاً ألا ترى انهم يقولون فلان لا يتكلم في صلاته وان كان قد قرأ فيها ولو قرأ القرآن خارج الصلاة يحنث لانه تكلم حقيقة وقيل هذا اذا كان الحالف من العرب فان كان الحالف من العجم أو كان لسانه غير لسان العرب لا يحنث سواء قرأ في الصلاة أو خارج الصلاة لانه لا يعد متكلماً ولو سبح تسبيحة أو كبر أو هلل خارج الصلاة يحنث عندنا وعند الشافعي لا يحنث والصحيح قولنا لانه وجد الكلام حقيقة الا أن تركنا الحقيقة حالة الصلاة بالعرف ولا عرف خارج الصلاة وقيل هذا في عرفهم فاما في عرفنا فلا يحنث خارج الصلاة أيضاً لانه لا يسمى كلاماً في الحالين جميعاً ولو فتح عليه في غير الصلاة حنث لانه كلام حقيقة الا انه ترك الحقيقة في الصلاة للعرف فان كان الامام هو الحالف والمحلوف عليه خلفه فسلم لم يحنث بالتسليم الاولى وان كان على يمينه ونواه لانه في الصلاة وسلام الصلاة لا يعد كلاماً كتكبيرها والقراءة فيها الا ترى انه لا يفسد الصلاة ولو كان من كلام الناس لكان مفسداً وان كان على يساره فنواه اختلف المشايخ فيه قد قال بعضهم يحنث وقال بعضهم لا يحنث وان كان المقتدى هو الحالف فكذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف بناء على ان المقتدى لا يصير خارجاً عن الصلاة بسلام الامام عندهما وعند محمد يحنث لانه خارج عن صلاته بسلام الامام عنده فقد تكلم كلاماً خارج الصلاة فيحنث ولومر الحالف على جماعة فيهم المحلوف عليه فسلم عليهم حنث لانه كلم جماعتهم بالسلام فان نوى القوم دونهم لم يحنث فيما بينه وبين الله تعالى لان ذكر الكل على ارادة البعض جائز ولا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ولونه الحالف المحلوف عليه من النوم حنث وان لم ينتبه لان الصوت يصل الى سماع النائم لكنه لا يفهم فصار كما لو كلمه وهو غافل ولان مثل هذا يسمى كلاماً في العرف كتكلم الغافل فيحنث ولودق عليه الباب فقال من هذا أو من أنت حنث لانه كلمه بالاستفهام ولو كان في مكانين فدعاه أو كلمه فان كان ذلك بحيث يسمع مثله لو أصغى اليه فانه يحنث وان لم يسمعه وان كان في موضع لا يسمع في مثله عادة فان أصغى اليه لبعدهما بينهما لم يحنث لان الموضع اذا كان قريباً بحيث يسمع مثله عادة يسمى مكاناً اياهما ذكرناه وان لم يسمع لما رضى وليس كذلك اذا كان بعيداً ولا نه اذا كان قريباً يحمل على انه وصل الصوت الى سمعه لكنه لم يفهمه فاشبه الغافل واذا كان بعيداً لا يصل اليه رأساً وقالوا فيمن حلف لا يكلم انساناً فكم غيره وهو يقصد ان يسمعه لم يحنث لان مثل هذا لا يسمى مكلماً اياه اذا لم يقصده بالكلام ولو حلف لا يكلم امرأته فدخل داره وليس فيها غيرها فقال من وضع هذا أو أين هذا حنث لانه كلمها حيث استفهم وليس هناك غيرها لئلا يكون لاغياً فان كان في الدار غيرها لم يحنث لجواز انه استفهم غيرها فان قال ليت شعري من وضع هذا لم يحنث لانه لم يكلمها وانما كلم نفسه ولو حلف لا يكلم فلاناً فكتب اليه كتاباً فانتهى الكتاب اليه أو رسل اليه رسولا فبلغ الرسالة اليه لا يحنث لان الكتابة لا تسمى كلاماً وكذا الرسالة (وأما) الموقت فتوعان معين ومبهم (أما) المعين فتحنث بحلف الرجل بالليل لا يكلم فلاناً يوماً فيحنث بكلامه من حين حلف الى أن تغيب الشمس من الغد فيدخل في يمينه بقية الليل حتى لو كلمه فبأق من الليل أو في الغد يحنث لان قوله لا أكل فلاناً يقع على الابد ويتضمن منع نفسه عن كلام فلان أبداً ولو لا قوله يوماً فكان قوله يوماً لاخراج ما رآه عن اليمين فيبقى زمان ما بعد اليمين بلا فصل داخل تحتها فيدخل فيها بقية تلك الليلة وكذلك لو حلف بالنهار لا يكلمه ليلة انه يحنث بكلامه من حين حلف الى طلوع الفجر لما قلنا ولو حلف في بعض النهار لا يكلمه يوماً فاليمين على بقية اليوم واللييلة المستقبلية الى مثل تلك الساعة التي حلف فيها من

الغد لانه حلف على يوم منكر فلا بد من استيفائه ولا يمكن استيفائه الا باتمامه من اليوم الثاني فيدخل الليل من طريق
التبع وكذلك اذا حلف ليلا لا يكلمه ليلة فاليمين من تلك الساعة الى ان يحجب مثلها من الليلة المقبلة ويدخل النهار الذي
بينهما في ذلك لانه حلف على ليلة منكرة فلا بد من الاستيفاء منها وذلك فيما قلنا فان قال في بعض اليوم والله لا أكلمك
اليوم فاليمين على باقي اليوم فاذا غربت الشمس سقطت اليمين وكذلك اذا قال بالليل والله لا أكلمك الليلة فاذا طلع
الفجر سقطت لانه حلف على زمان معين لانه أدخل لام التمر يف على اليوم واللييلة فلا يتناول غير المعروف بخلاف
قوله يوما لانه ذكر اليوم منكرا فلا بد من استيفائه وذلك من اليوم الثاني ولو حلف لا يكلمه شهرا يقع على ثلاثين يوما
ولو قال الشهر يقع على بقية الشهر ولو حلف لا يكلمه السنة يقع على بقية السنة ولو قال والله لا أكلمك اليوم ولا غدا
فاليمين على بقية اليوم وعلى غد ولا تدخل الليلة التي بينهما في اليمين روى ذلك ابن سبعة عن أبي يوسف ومحمد لانه
أفرد كل واحد من الوقتين بحرف النفي فيصير كل واحد منهما منفيا على الافراد أصله قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق
ولا جدال في الحج فلا تدخل الليلة المتخللة بين الوقتين ولو قال والله لا أكلمك اليوم وغدا دخلت الليلة التي بين اليوم
والغد في يمينه لان ههنا جمع بين الوقت الثاني وبين الاول بحرف الجمع وهو الواو وفصار وقتا واحدا دخلت الليلة
المتخللة وروى بشر عن أبي يوسف ان الليلة لا تدخل لانه عقد اليمين على النهار ولا ضرورة توجب ادخال الليل
فلا يدخل ولو حلف لا يكلمه يومين تدخل فيه الليلة سواء كان قبل طلوع الفجر أو بعده وكذلك الجواب في الليل
ولو قال والله لا أكلمك يوما ولا يومين فهو مثل قوله والله لا أكلمك ثلاثة أيام في قول أبي حنيفة ومحمد حتى لو كلمه في
اليوم الاول أو الثاني أو الثالث لم يحنث وكذلك روى بشر عن أبي يوسف هكذا ذكر الكرخي في مختصره وذكر محمد
في الجامع انه على يومين حتى لو كلمه في اليوم الاول أو الثاني لم يحنث وان كلمه في اليوم الثالث لم يحنث وجهه ما ذكره
الكرخي ظاهر لانه عطف اليومين على اليوم والمعطوف غير المعطوف عليه فاقتضى يومين آخرين غير الاول فصار
كانه قال والله لا أكلم فلانا يوما ويومين أو قال ثلاثة أيام وجهه ما ذكره محمد في الجامع ان كل واحد منهما يمين مفردة
لا تفرد كل واحد منهما بكلمة النفي والواو للجمع بين اليمينين وصار تقديره أكلم فلانا يوما ولا أكلمه يومين لثلاثين كلمة
النفي فصار لكل يمين مدة على حدة فصار على اليوم الاول يمينان وعلى اليوم الثاني يمين واحد بخلاف ما اذا قال والله
لا أكلم فلانا يوما ويومين فكلهم في اليوم الثالث انه يحنث لانه لم يعد كلمة النفي فلم يوجد ما يدل على انه اراد نفي الكلام
في كل مرة على حدة ليكون يمينين فبقى يمين واحد والواو للجمع بين المدينين كما لو جمع بين المدينين بكلمة الجمع فقال والله
لا أكلم فلانا ثلاثة أيام والدليل على التفرقة بينهما انه لو قال والله لا أكلم زيد ولا عمر أفكلم أحدهما لم يحنث ولو قال
والله لا أكلم زيد ولا عمر أفكلم لا يحنث وقال بشر عن أبي يوسف لو قال والله لا أدخل الدار يوما ويوما فهو مثل
حلفه على يومين قال أبو يوسف ولا يشبه هذا قوله ولا أدخلها اليوم وغدا لان قوله يوما ويوما معطوف زمان منكر على
زمان منكر فصار كقوله يومين فيدخل الليل وقوله اليوم وغدا معطوف زمان معين على زمان معين ولا ضرورة الى
ادخال الليل فيه فلا يدخل ولو قال والله لا أكلم زيد يوما والله لا أكلمه يومين والله لا أكلمه ثلاثة أيام فالיום الاول
من حين فرغ من اليمين الثالثة عليه ثلاثة أيام واليوم الثاني عليه يمينان الثانية والثالثة واليوم الثالث عليه يمين واحدة
وهي الثالثة لان كل يمين ذكرها تختص بما يعقبها فانهقدت اليمين الاولى على الكلام في يوم عقيب اليمين والثانية
في يومين عقيب اليمين والثالثة في ثلاثة أيام عقيب اليمين فانهقدت على الكلام في اليوم الاول ثلاثة أيام وعلى
الثاني يمينان وعلى الثالث واحدة ونظير هذه المسائل ما روى داود بن رشيد عن محمد بن قيس قال والله لا أكلمك اليوم
سنة أو لا أكلمك اليوم شهر افعليه أن يدع كلامه في ذلك اليوم شهر او في ذلك اليوم سنة حتى يكمل كما دار ذلك
اليوم في ذلك الشهر أو في تلك السنة لان اليوم الواحد يستحيل أن يكون شهرا أو سنة فلم يكن ذلك مراد الخالف
فكان مراده أن لا يكلمه في مثله شهرا أو سنة فان قال لا أكلمك اليوم عشرة أيام وهو في يوم السبت فهذا على سببتين

لان اليوم لا يكون عشرة أيام فلم يكن ذلك مراداً فيقع على عشرة أيام لانه لا يدور في عشرة أيام أكثر من سبت واحد
 وكذلك لو قال والله لأأكلكم السبت مرتين كان على سبتين لان السبت لا يكون يومين فكان المراد منه مرتين
 وكذلك لو قال لأأكلكم يوم السبت ثلاثة أيام كان كلها يوم السبت لما بينا ولو قال لأأكلكم يوماً ما أولاً أأكلكم يوم
 السبت يوماً فله أن يجعله أي يوم شاء لانه عقد يمينه على يوم شائع في أيام فكان التعيين اليه ولو قال ابن سماعة عن محمد
 فيمن قال لأأكلكم يوماً بين يومين ولا نية له قال فكل يوم بين يومين وهو عندي بمنزلة قوله لأأكلكم يوماً فيكون على يوم
 من ساعة وحلف والله عز وجل أعلم (وأما) المبهمة فتحوان يخلف ان لا يكلم فلا نازماً أو حيناً أو الزمان أو الحين فان لم
 يكن له نية يقع على ستة أشهر لان الحين يذكر ويراد به الوقت القصير قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين
 تصبحون قيل حين تمسون صلاة المغرب والعشاء وحين تصبحون صلاة الفجر ويذكر ويراد به الوقت الطويل
 قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر قيل المراد منه أربعمائة سنة ويذكر ويراد به الوسط قال الله تعالى
 تؤتى أكلها كل حين باذن ربها قيل أي ستة أشهر من وقت طلوعها الى وقت ادراكها قال ابن عباس رضي الله عنهما
 هي النخلة تم عند الاطلاق لا يحمل على الوقت القصير لان اليمين تعقد للمنع ولا حاجة الى اليمين للمنع في مثل هذه المدة
 لانه يمنع بدون اليمين ولا يحمل على الطويل لانه لا يراد ذلك عادة ومن أراد ذلك بلفظة الابد فتعين الوسط وكذا روى
 عن ابن عباس رضي الله عنهما انه حمل على ذلك ولان كل واحد من الطرفين في غاية البعد عن صاحبه والوسط قريب
 منهما فيحمل عليه واذا ثبت هذا في الحين ثبت في الزمان لكونهما من الاسماء المترادفة وعن ثعلب ان الزمان في كلام
 العرب ستة أشهر وان نوى الخالف شيئاً ما ذكرناه فويل على ما نوى لانه نوى ما يحتمله كلامه ولفظه لما بينا ومنهم من
 قال يصدق في الوقت اليسير في الحين ولا يصدق في الزمان لانه قد ثبت استعمال اللفظ في اليسير في الحين كما في قوله
 تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون ولم يثبت في الزمان وذكر الكرخي في الجامع عن أبي حنيفة انه يدين
 في الزمان والحين في كل ما نوى من قليل أو كثير وهو الصحيح وروى عن أبي يوسف أنه لا يدين في يادون ستة أشهر
 في القضاء ولو قال لأأكلكم دهر أو الدهر فقال أبو حنيفة ان كانت له نية فهو على ما نوى وان لم تكن له نية فلا أدري ما
 الدهر وقال أبو يوسف ومحمد اذا قال دهر فهو ستة أشهر واذا قال الدهر فهو على الابد ومن مشايخنا من قال
 لا خلاف في الدهر المعروف انه الابد وانما توقف أبو حنيفة رضي الله عنه في الدهر المنكر فانه قال اذا قال دهر
 لا أدري ما هو وذكر في الجامع الكبير أن قوله الدهر ينصرف الى جميع العمر ولم يذكر فيه الخلاف وقوله دهر
 لا يدري تفسيره وفي الجامع الصغير أشار الى التوقف في الدهر المعروف أيضاً فانه قال والدهر لا أدري ما هو وروى
 بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في قوله دهر أو الدهر انهما سواء فهما جعلا قوله دهر كالحين والزمان لانه يستعمل
 استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك من دهر وما رأيتك من حين على السواء فاذا أدخل عليه الالف واللام صار
 عبارة عن جميع الزمان وروى عن أبي يوسف أن قوله الدهر يقع على ستة أشهر لكنه خلاف ظاهر الرواية عنهما
 وأبو حنيفة كانه رأى الاستعمال مختلفاً فلم يعرف مراد المتكلم عند اطلاق الاسم فتوقف وقال لا أدري أي
 لا أدري بماذا يقدر اذا لا نص فيه عن أحد من أرباب اللسان بخلاف الحين والزمان فان فيهما نصاً عن ابن عباس
 رضي الله عنهما فانه فسر قوله تعالى تؤتى أكلها كل حين باذن ربها بستة أشهر والزمان والحين ينبآن عن معنى واحد
 وهذا على قول من قال من مشايخنا انه توقف في المنكر لا في المعروف أو لم يعرف حقيقة معناه لغة فتوقف فيه والتوقف
 فيما لا يعرف لعدم دليل المعرفة ولتعارض الأدلة وانعدام ترجيح البعض على البعض اشارة كمال العلم وتتمام الورع
 فقد روى أن ابن عمر رضي الله عنهما سئل عن شيء فقال لا أدري وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن
 أفضل البقاع فقال لا أدري فلما نزل جبريل عليه الصلاة والسلام سأله فرج الى السماء ثم هبط فقال سألت ربي
 عز وجل عن أفضل البقاع فقال المساجد وأفضل أهلها من جاءها أولاً وانصرف آخرها وشر أهلها من جاءها آخرها

وانصرف أولا ولو قال يوم أكلم فلانا فامر أنه طالق ولا نية له فكلمه ليلا أو نهارا بحث وكذا اذا قال يوم أدخل هذه الدار لان اليوم اذا قرن بفعل غير ممتد يراد به مطلق الوقت في متعارف أهل اللسان قال الله عز وجل ومن يومهم يومئذ دبره الامتحن فالقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بنعصب من الله الآية ومن ولي دبره بالليل يلحقه الوعيد كما لو ولي بالنهار فان نوى به الليل خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وروى عن أبي يوسف انه لا يدين لان اللفظ جعل عبارة عن مطلق الوقت في عرف الاستعمال فلا يصدق في الصرف عنه وان قال ليلة أكلم فلانا أو ليلة يقدم فلان فانت طالق فكلمه نهارا أو قدم نهارا لا تطلق لان الليلة في اللغة اسم لسواد الليل يقال الليلة المظلمة ليلة ليلاء وليل أليل ولا عرف ههنا بصرف اللفظ عن مقتضاه لغة حتى لو ذكر الليالي حملت على الوقت المطلق لانهم تعارفوا استعمالها في الوقت المطلق معروف ذلك في أشعارهم كما قالوا * ليالي لا تقتنا جذام وحيرا * ولو قال لا مر أنه يوم يقدم فلان فأمرك بيدك فقدم فلان ليلا لا يكون لها من الامر شيء لان ذكر اليوم في حال ذكر الامر يراد به الوقت المعين لان ذكر الامر يقتضي الوقت لا محالة وهو المجلس لان الصحابة رضي الله عنهم جعلوا الامتخيرة الخيار مادامت في مجلسها فقد وقتوا للامر وقتا فاذا كان كذلك استغنى عن الوقت فيقع ذكر اليوم على بياض النهار فاذا قدم نهارا صار الامر بيدها علمت أو لم تعلم ويبطل بمعنى الوقت لان هذا امر موقت فيبطل بمعنى الوقت والعلم ليس بشرط كما اذا قال أمرك بيدك اليوم فضي اليوم أنه يخرج الامر من يدها وما في الامر المطلق فيقتصر على مجلس علمها ولو قال ليلة يقدم فلان فأمرك بيدك فقدم نهارا لم يثبت لها ذلك الامر لما ذكرنا أن الليلة عبارة عن سواد الليل وذكر في الجامع اذا قال والله لا أكلمك الجمعة فله أن يكلمه في غير يوم الجمعة لان الجمعة اسم ليوم مخصوص فصار كما لو قال لا أكلمك يوم الجمعة وكذلك لو قال جمعا فله أن يكلمه في غير يوم الجمعة لان الجمع جمع جمعة وهي يوم الجمعة فلا يتناول غيره بخلاف ما اذا قال لا أكلمه أياما أنه يدخل فيه الليالي لاننا نعرفنا ذلك بعرف الاستعمال قال الله تعالى في قصة زكريا عليه الصلاة والسلام ثلاثة أيام الارمزا وقال تعالى في موضع آخر ثلاث ليال سوايا القصبة واحدة ومثل هذا الاستعمال يوجد في مثل قوله جمعا ثم اذا قال والله لا أكلمك جمعا فهو على ثلاث جمع لان أقل الجمع الصحيح ثلاثة عندنا فيحمل عليه لكونه متيقنا واذا قال الجمع فهو على عشر جمع في قول أبي حنيفة وكذلك الايام والازمنة والاحايين والشهور والسنين أن ذلك يقع على عشرة أيام وعشرة آحايين أو أزمنة وعشرة أشهر وعشرة سنين وقال أبو يوسف ومحمد في الجمع والسنين انه يقع على الابد وكذا في الاحايين والازمنة وفي الايام على سبعة وفي الشهور على اثني عشر والاصل عندهما فيما دخل عليه حرف التعريف وهو اللام من أسماء الجمع ان ينظر ان كان هناك معهود ينصرف اليه كالسبعة في الايام والاثني عشر في الشهور وان لم يكن هناك معهود ينصرف الى جميع الجنس فيستغرق العمر كالسنين والاحايين والازمنة والاصل عند أبي حنيفة أنه ينصرف ذلك الى أقصى ما يطلق عليه لفظ الجمع عند اقترانه بالعدد وذلك عشرة (وجه) قولهما أن اللفظ المعروف اذا لم ينصرف الى الجنس فاما ان ينصرف الى المعهود واما أن ينصرف الى بعض الجنس والصرف الى المعهود أولى لانه لا يحتاج فيه الى الادراج وفي الصرف الى البعض يحتاج الى ادراج لفظة البعض فكان الصرف الى المعهود أولى والمعهود في الايام السبعة التي يتركب منها الشهر وهي من السبت الى الجمعة وفي الشهور الاثني عشر التي يتركب منها السنة واذا لم يكن هناك معهود فالصرف الى الجنس أولى فيصرف اليه ولا يبي حنيفة استعمال أو باب أهل اللغة وأهل اللسان في الجوع فان أقصى ما يطلق عليه لفظ الجمع عند اقترانه بالعدد هو العشرة ويقال ثلاثة رجال وأربعة رجال وعشرة رجال ثم اذا جاوز العشرة يقال احد عشر رجلا وعشرون رجلا ومائة رجل وألف رجل ولان لفظ الجمع يطلق على كل قدر من هذه الاقدار التي ذكرنا الى العشرة في حالة الابهام والتعيين جميعا و يطلق على ما وراءها من الاقدار في حالة الابهام ولا يطلق في حالة التعيين والاسم متى كان ثابتا لشيء في حالين كان أثبت مما هو اسم له في حال دون حال بل يكون نازلا من الاول منزلة الجاهل من الحقيقة فكان الصرف الى ما هو اسم له في

الحالين أولى فلهذا اقتصر على العشرة ولوحلف لا يكلمه أياما فقد ذكر في الاصل أنه على عشرة أيام في قول أبي حنيفة وسواء بينه وبين الامام وذكر في الجامع أنه على ثلاثة أيام ولم يذكر فيها الخلاف وهو الصحيح لأنه ذكر لفظ الجمع منكرا فيقع على أدنى الجمع الصحيح وهو ثلاثة عندنا ولو قال لا أكلمك سنين فهو على ثلاث سنين في قولهم جميعا لما ذكرنا في الايام ولوحلف لا يكلمه العمر فهو على جميع العمر اذا لم تكن له نية ولو قال عمر افن أبي يوسف روايتان في رواية يقع على يوم وفي رواية يقع على ستة أشهر كالخين وهو الاظهر ولوحلف لا يكلمه حقا فهو على ثمانين سنة لانه اسم له ولوحلف لا يكلمه أياما كثيرة فهو على عشرة أيام في قياس قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف مثله لانه أدخل الكثرة على اسم الجمع فصار كالمؤذ كر بلام الجنس وذكر في الجامع الصغير أن على قول أبي يوسف ومحمد يقع على سبعة أيام ولو قال لا أكلمك كذا وكذا يوما فهو على أحد وعشرين لانه أقل عدد يعطف على عدد بحر ف العطف ولو قال كذا كذا يوما فهو على أحد عشر يوما ولوحلف لا يكلمه بضعة عشر يوما فهو على ثلاثة عشر يوما لان البضع من ثلاثة الى تسعة فيحمل على أقلها ولوحلف لا يكلمه الى بعيد يقع على شهر فصاعدا ولوحلف لا يكلمه الى قريب ولا نية له فهو على أقل من شهر ولوحلف لا يكلمه عاجلا ولا نية له فهو على أقل من شهر لان الشهر في حكم الكثير لانه يحمل أجلا في الديون فكان بعيدا وأجلا ومادونه عاجلا ولوحلف لا يكلمه مليا يقع على شهر كالبعيد سواء الا أن يعني به غيره وذكر الكرخي اذا قال والله لا هجر نك مليا فهو على شهر وأكثر فان نوى أقل من ذلك لم يدين في القضاء لانه جاء في تأويل قوله واهجرني مليا أي طويلا وهذا يقتضي ما زاد على الشهر ولوحلف أن لا يكلمه الشتاء فاول ذلك اذ البس الناس الحشو والقراء وآخر ذلك اذا ألقوا على البلد الذي حلف فيه والصيف على ضده وهو من حين القاء الحشو الى لبسه والربيع آخر الشتاء ومستقبل الصيف الى أن يبس العشب والخريف فصل بين الشتاء والصيف والمرجع في ذلك كله الى اللغة وقال خلف بن أيوب سألت محمد عن رجل حلف لا يكلم رجلا الى الموسم قال يكلمه اذا أصبح يوم النحر لانه أول الموسم وقال أبو يوسف يكلمه اذا زالت الشمس يوم عرفته لانه وقت الركن الاصيل وهو الوقوف بعرفة وقال عمر وعن محمد غرة الشهر ورأس الشهر أول ليلة ويومها وأول الشهر الى مادون النصف وآخره الى مضي خمسة عشر يوما وقدر وي عن أبي يوسف فيمن قال لله على أن أصوم أول يوم من آخر الشهر وآخر يوم من أول الشهر فعليه صوم اليوم الخامس عشر والسادس عشر لان الخامس عشر آخر أوله والسادس عشر أول آخره اذا قال والله لا أكلمك أحد يومين أو لا يخرجني أحد يومين أو قال اليومين أو قال أحد أيامي فهذا كله على أقل من عشرة أيام ان كلمه قبل العشرة أو خرج قبل العشرة لم يحنث ويدخل في ذلك الليل والنهار لان مثل هذا لا يراد به يومان باعيانها وانما يذكر على طريق التقریب على طريق العشرة ومادونه في حكم الزمان الحاضر فان قال احد يومين فهذا على يومه ذلك والعدل لانه أشار الى اليومين والاشارة تقع على الميعين ولوحلف لا يكلم فلانا وفلانا هذه السنة الا يوما فان جمع كلامهما في يوم له امتثناء لا يحنث لان اليوم الذي يكلمهما فيه مستثنى من اليمين فان كلم أحدهما في يوم والاخر في يوم حنث لان المستثنى يوم يكلمهما جميعا فيه ولو وجد فقد كلمهما في غير اليوم المستثنى فيحنث فان كلم أحدهما ثم كلمهما جميعا في يوم لم يحنث لان اليوم الذي كلمهما فيه مستثنى وشرط الحنث في غيره كلامهما لا كلام أحدهما وان كلمهما في يوم آخر لم يحنث لان الاستثناء وقع على يوم منكرا يكلمهما فيه فكانه قال اليوم أكلمهما فيه ولو استثنى يوما مع وفاكم أحدهما فيه والاخر في الغد لم يحنث لان شرط الحنث في غير اليوم المستثنى كلامهما ولم يوجد فلم يوجد الشرط بل بعضه وقال محمد اذا قال لا أكلمهما الا يوما لم يحنث بكلامهما في يوم واحد وان كلمهما في يوم آخر حنث لانه لم يستثن الا يوما واحدا وقد وجد فصارت اليمين بعده مطلقة ورأى هشام عن محمد اذا قال لا أكلمك شهرا الا يوما أو قال غير يوم أنه على ما نوى وان لم تكن له نية فله أن يتحرى أي يوم شاء لانه استثنى يوما منكرا وكل يوم من الشهر يصلح للاستثناء فان قال نقصان يوم فهذا على تسعة

وعشرين يوماً لان نقصان الشهر يكون من آخره والله عز وجل أعلم ولو حلف لا يكلم فلاناً أو فلاناً فكم أحدهما حنث لان كلمة أو اذا ذكرت عقيب كلمة النفي أوجبت انتفاء كل واحد من المذكورين على الاثر اذ قال الله تعالى ولا تطع منهم أعماً أو كفوراً أى ولا كفوراً وكذلك لو قال ولا فلاناً لان كلمة النفي اذا أعيدت تناولت كل واحد من المذكورين على حيلة قال الله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج ولو حلف لا يكلم فلاناً أو فلاناً لم يحنث حتى يكلمهما لان حرف الواو للجمع والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فكانه حلف لا يكلمهما فقد علق الجزاء بشرطين فلا يزل عند وجود أحدهما دون الآخر ولو حلف لا يكلم فلاناً أو فلاناً أو فلاناً فان كلم أحداً والآخر لا يحنث ما لم يكلمهما وان كلم الثالث حنث لانه جعل شرط الحنث كلام الاثنين جميعاً أو كلام الثالث فأى ذلك وجد حنث ولو قال لأ كرم هذا أو هذا وهذا فان كلم الا ول حنث وان كلم أحداً الآخر لم يحنث لانه جعل شرط الحنث كلام الا ول أولاً ثم الآخرين فيراعى شرطه ولو حلف لا يكلم الناس أو لا يكلم بنى آدم فكلم واحداً منهم يحنث لانه لا يمكن حمله على الجنس والعموم لان الخالف انما يمنع نفسه عما في وسعه وليس في وسعه تكليم الناس كلهم فلم يكن ذلك مراده والى هذا أشار محمد في الجامع فقال ألا ترى أنه لا يقدر ان يكلم بنى آدم فكلم واحد منهم يصرف اللفظ اليه فتعين الصرف الى بعض الجنس ويضمر فيه لفظه البعض وأن عني به الكل لا يحنث أبداً ويكون مصدقاً فيما بينه وبين الله عز وجل وفي القضاء أيضاً لانه نوى حقيقة كلامه وهي الجنس وروى عن أبي يوسف انه لا يدين في القضاء لانه لا يراد الجنس بهذا الكلام فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدق قضاءه وعلى هذا اذا حلف لا يتزوج النساء أو لا يشتري العبيد ولو حلف لا يتدبى فلاناً بكلامه أبداً فالتبى فسلم كل واحد منهما على صاحبه معاً لم يحنث الخالف لعدم شرط الحنث وهو ابتداءه فلاناً بالكلام لان ذلك بتكليمه قبل تكليم صاحبه ولم يوجد وكذلك لو قال ان كلمتك قبل أن تكلمني فانه لما خرج كلامهما معاً فلم يكلم الخالف قبل تكليمه فلم يوجد شرط الحنث ولو قال ان كلمتك حتى تكلمني فتكلم معاً لم يحنث في قول أبي يوسف وقال محمد يحنث وجه قوله أن الخالف بقوله ان كلمتك منع نفسه عن تكليمه مطلقاً وجعل تكليم صاحبه اياه غاية لا لتحلل اليمين فاذا كلمه قبل وجود الغاية حنث ولا يبي يوسف أن غرض الخالف من هذا الكلام أن يمنع نفسه عن تكليم المحلوف عليه قبل كلامه ولم يوجد ذلك فصاركه قال ان بدأتك وعلى هذا الخلاف اذا قال لا اكلمك الا أن تكلمني لان كلمة الا أن اذا دخلت على ما يتوقعت كانت بمعنى حتى قال الله تعالى لا يزال بنياهم الذي بنوا في بيته في قلوبهم الا أن تقطع قلوبهم وكذلك لو حلف لا يدخل هذه الدار حتى يدخلها فلان وحلف الآخر على مثل ذلك فدخلا جميعاً لم يحنث عند أبي يوسف ويحنث عند محمد والله عز وجل أعلم

فصل وأما الحلف على الاظهار والافشاء والاعلان والكتان والاسرار والاختفاء والاخبار والبشارة والقراءة ونحوها اذا حلف لا أظهر سرى لفلان أو لا أفشى أو حلف ليكتمن سره أو ليسترنه أو ليخفيه فكلم فلاناً بسره أو كتب اليه بلفظه الكتاب، أو أرسل اليه رسولا بلفظه الرسالة أو سأله فلان عن ذلك وقال أكان من الامر كذا فأشار الخالف برأسه أى نعم فهو حانث لوجود شرط الحنث وهو اظهار السر اذا الاظهار اثبات الظهور وذلك لا يقف على العبارة بل يحصل بالدلالة والاشارة ألا ترى أنه يقال ظهر لي اعتقاد فلان اذا فعل ما يدل على اعتقاده وكذلك الاشارة بالرأس عقيب السؤال يثبت به ظهو المشار اليه فكان اظهاراً فان نوى به الكلام أو الكتاب دون الايماء دين في ذلك لانه نوى تخصيص ما في لفظه فيدين فيما بينه وبين الله عز وجل وكذلك لو حلف لا يعلم فلاناً بكذا فلان فسأله المحلوف عليه أفلان في موضع كذا وكذا فأجاب برأسه أى نعم يحنث لوجود شرط الحنث وهو الاعلام اذ هو اثبات العلم الذي يحد بأنه صفة يتجلى بها المذكور لمن قامت هي به فان نوى به الاخبار بالكلام أو بالكتاب يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى تخصيص العموم وانه جائز وان كان خلاف الظاهر فيصدق فيما بينه وبين الله

الايمان كلها وهو صحيح ثم خرس فصار لا يقدر على الكلام كانت ايمانه في هذا كله على الاشارة والكتاب في جميع
 ما وصفنا الا في خصلة واحدة وهي ان يحلف أن لا يتكلم بسر فلان فلا يحث الا بالتكلم لان الكلام المعروف اسم
 لخر وف منظومة تدل على معنى مفهوم وذلك لا وجد في الاشارة والخبر والافشاء والاظهار من الاخرس انما يكون
 بالاشارة فيحث بهما وكل شئ حث فيه من هذه الاشياء بالاشارة فقال أشرت وأنا لا أريد الذي حلفت عليه
 فان كان فعل ذلك جوابا لشيء مما سئل عنه لم يصدق في القضاء لان الاشارة فيها احتمال فان كان هناك دلالة حال
 زال الاحتمال وان لم يكن يرجع الى بته وذكر ابن سماعه في نوادره عن محمد اذا قال والله لا أقول كذا فلان فهو عندي
 مثل الخبر والباشارة لا يرى ان رجلا لو قال والله لا أقول فلان صبحك الله بخير ثم أرسل اليه رسولا فقال قل
 فلان يقول لك فلان صبحك الله بخير فانه حاث قال ألا ترى ان القائل هو المرسل وان الرسول هو القائل ذلك لفلان
 ولو كان هو هذا الذي حلف عليه لم يحث ألا ترى ان الرجل يقول قال الله عز وجل لنا في كتابه الكريم كذا ولو قال
 والله لا أقول فلان بهذا الامر فهذا على الكلام بعينه لا يحث بكتاب ولا رسول ألا ترى انك لا تقول كلمنا الله تعالى
 بكذا أو أمانا لخديث فهو على المشافهة لان ما سوى الكلام ليس بخديث ولو قال أي عبيدي يبشرني بكذا فهو حر
 فبشره جميعا عتقوا لوجود البشارة من كل واحد منهم لوجود حد البشارة وهو ما ذكرناه ولو بشره واحد بعد واحد
 لم يعتق الثاني لانه ليس بمبشر وانما هو مخبر ألا ترى ان خبر الثاني لا يؤثر في وجه المخبر له ولهذا قال ابن مسعود رضي الله
 عنه لما بلغه قول النبي صلى الله عليه وسلم من أراد أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأ براءة ابن أم عبد وأخبره
 بذلك أبو بكر ثم عمر رضي الله عنهما فقال رضي الله عنه بشرني به أبو بكر ثم أخبرني به عمر رضي الله عنهما فان أرسل اليه
 أحدهم رسولا فان أضاف الرسول الخبر الى المرسل فقال ان عبدك فلان يخبرك بكذا اعتق العبد لان المرسل هو
 المبشر وان خبر الرسول ولم يصف ذلك الى العبد لم يعتق العبد لان البشارة منه لان المرسل ولو حلف لا يكتب الى
 فلان فامر غيره فكتب فقد روى هشام عن محمد انه قال سألتني هر ون الرشيد أمير المؤمنين أصلحه الله عن هذا
 فقلت ان كان سلطانا يأمر بالكتاب ولا يكاد هو يكتب فانه يحث لانه اذا كان لا يباشر الكتابة بنفسه عادة بل
 يستكتب غيره فيمينه تقع على العادة وهو الامر بالكتابة قال هشام قلت لمحمد فاقول اذا حلف لا يقرأ لنفسه
 كتابا فغظ في كتابه حتى أتى آخره وفهمه ولم ينطق به قال سألت هر ون أبا يوسف عن ذلك وقد كان ابتلى بشئ منه
 فقال لا يحث ولا أرى أنا ذلك وقد روى خلف بن أيوب وداد بن رشيد وابن رستم أيضا عن محمد انه يحث قابو
 يوسف اعتبر الحقيقة لانه لم يقرأ حقيقة اذا القراءة لا تكون الا بتحريك اللسان بالحرuf ولم يوجد ألا ترى ان المصلي
 القادر على القراءة اذا لم يحرك لسانه بالحرuf لا تجوز صلاته وكذا لو حلف لا يقرأ سورة من القرآن فنظر فيها
 وفهمها ولم يحرك لسانه لم يحث ومحمد اعتبر العرف والعادة ومعاني كلام الناس وهم انما يريدون بمثل هذه اليمين
 الامتناع عن الوقوف على ما في الكتاب وقد وقف على ما فيه فيحث قال هشام عن محمد اذا قرأ الكتاب الاسطرا
 قال كانه قرأه قلت فان قرأ نصفه قال لا يعني لم يقرأه قال محمد اذا قرأ بعضه فان أتى على المعاني التي يحتاج اليها فكانه قد
 قرأه لان تلك المعاني هي المقتصودة بالكتاب ولو حلف لا يقرأ سورة فترك منها حرفا حث وان ترك آية طويلة لم
 يحث لانه يسمى قارئ السورة مع ترك حرف منها ولا يسمى مع ترك ما هو في حكم الآية الطويلة وروى ابن
 رستم عن محمد انه قال لا يبلغك مثل لا أخبرك وكذلك أذكرك بشئ أو لا أذكرك شيئا فانه يحث بالكتاب فاما
 الذكر والاخبار والاعلام والا بلاغ على الكتاب والقول والكلام على الكتاب أيضا قال عمر وسألت محمدا
 عن رجل حلف لا يتمثل بشعر فتتمثل بنصف بيت قال لا يحث قال قلت فان كان نصف البيت من شعر آخر قال
 لا أدري ما هذا الا يحث لان الشعر ما ظهر فيه النظم وذلك لا يكون الا في بيت قال وسألت محمدا عن رجل فارسي
 حلف أن يقرأ الحمد بالعربية فقرأها فلحن قال لا يحث وان حلف رجل فصيح أن يقرأ الحمد بالعربية فقرأها فلحن

حنث اذا لم يكن لاحد همانية لان العربي انما أراد يبينه أن يقر بموضوع العرب وذلك المغرب دون الملحون فاما
 المعجمي فانما يريد اللغة العربية دون العجمية والملحون يعد من العربية والله عز وجل أعلم
 فصل في وأما الحلف على الاكل والشرب والذوق والغداء والعشاء والسحور والضحوة والتصبح فلا بد من
 بيان معاني هذه الاشياء فالأكل هو ايصال ما يحتمله المضغ فيه الى الجوف مضغ أو لم يعضغ كالخبز واللحم والفاكهة
 ونحوها والشرب ايصال ما لا يحتمل المضغ من المائعات الى الجوف مثل الماء والنيذ واللبن والعسل المخوض
 والسويق المخوض وغير ذلك فان وجد ذلك يحنث والا فلا يحنث الا اذا كان يسمى ذلك أكلاً أو شرباً في العرف
 والعادة فيحنث اذا عرف هذا فتقول اذا حلف لا يأكل كذا ولا يشربه فادخله فيه ومضغه ثم ألقاه لم يحنث حتى
 يدخله في جوفه لانه بدون ذلك لا يكون أكلاً وشرباً بل يكون ذوقاً لما نذ كرمعنى الذوق ان شاء الله تعالى في موضعه
 قال هشام سألت محمداً عن رجل حلف لا يأكل هذه البيضة أو لا يأكل هذه الجوزة فابتلعها قال قد حنث لوجود حد
 الاكل وهو ما ذكرنا ولو حلف لا يأكل عنباً أو رماناً فجعل يعضغه ويرمي بثقله ويبلغ ماءه لم يحنث في الاكل ولا في
 الشرب لان ذلك ليس بأكل ولا شرب بل هو مص وان عصر ماء العنب فلم يشربه وأكل قشره وحضره فانه
 يحنث لان الذهاب ليس الا الماء وذهب الماء لا يخرج منه ان يكون أكلاً لانه لا ترى انه اذا مضغه وابتلع الماء انه
 لا يكون أكلاً بابتلاع الماء بل بابتلاع الحصرم فدل ان أكل العنب هو أكل القشر والحصرم منه وقد وجد فيحنث
 وقال هشام عن محمد في رجل حلف لا يأكل سكرافاً خذ سكره فجعلها في فيه فجعل يبلع ماءها حتى ذابت قال لم يأكل
 لانه حين أوصلها الى فيه وصلت وهي لا تحتمل المضغ وكذا روى عن أبي يوسف فيمن حلف لا يأكل رماناً فعض
 رمانه لم يحنث ولو حلف لا يأكل هذا اللبن فأكله نجساً أو تمرأ وحلف لا يأكل هذا الخلف فأكله نجساً يحنث لان
 أكل اللبن هكذا يكون وكذلك الخلف لانه من جملة الادام فيكون أكله بالخبز كاللبن فان أكل ذلك باقراده لم يحنث
 لان ذلك شرب وليس بأكل فان صب على ذلك الماء ثم شربه لم يحنث في قوله لا يأكل لعدم الاكل ويحنث في قوله
 لا أشرب لوجود الشرب وكذلك ان حلف لا يأكل هذا الخبز فجففه ثم دقه وصب عليه الماء فشر به لم يحنث لان هذا
 شرب لا يأكل فان أكله مبلولاً أو غير مبلول يحنث لان الخبز هكذا يؤكل عادة وكذلك السويق اذا شر به بالماء فهو
 شارب وليس بأكل ولو حلف لا يأكل طعاماً فان ذلك يقع على الخبز واللحم والفاكهة سوى التمر ونحو ذلك ويقع
 على مايؤكل على سبيل الادام مع الخبز لان الطعام في اللغة اسم لما يطعم الا انه في العرف اختص بما يؤكل بنفسه أو مع
 غيره عادة ولا يقع على الهليلج والسقمونيا وان كان ذلك مطعوماً في نفسه لانه لا يؤكل عادة وان حلف لا يأكل من
 طعام فلان فأكذه من خله أو زيتاً أو كائناً ما كان فأكله بطعام نفسه يحنث لان العادة قد جرت بأكل هذه الاشياء
 مع الخبز اذ ما له قال النبي صلى الله عليه وسلم نعم الا دام الخلف فكان طعاماً عرفاً فيحنث فان أخذ من نبيذ فلان أو مائه
 فأكل به خبزاً لم يحنث لانه لا يؤكل مع الخبز عادة فلا يسمى طعاماً وكذا قال أبو يوسف الخلف طعام والنيذ والماء
 شراب وقال محمد الخلف والملح طعام لما ذكرنا ان الخلف والملح مما يؤكل مع غيره عادة والنيذ والماء لا يؤكل عادة ولو
 حلف لا يشتري طعاماً فانه يقع على الخنطة ودقيقها وكان ينبغي في القياس ان يقع على جميع المطعومات كما في اليمين
 على الاكل الان في الاستحسان يقع على الخنطة ودقيقها لان البيع لا يتم بنفسه بل بالبائع وبائع الخنطة يسمى بائع
 الطعام في العرف والا كل يتم بنفسه فيعتبر نفس الاكل دون غيره وصار هذا كمن حلف لا يشتري حديدافاً يشتري
 سيفاً لم يحنث لان بائعه لا يسمى حديدافاً ولو حلف لا يمس حديدافاً لم يحنث لان المس فعل يتم بنفسه وعلى هذا
 باب الزيادة وروى عن أبي يوسف فيمن حلف لا يأكل طعاماً فاضطر الى ميتة فأكل منها لم يحنث وقال الكرخي
 وهو احدى الروايتين عن محمد وروى ابن رستم عن محمد انه يحنث وجهه هذه الرواية ان الميتة في حال الخمصة طعام
 مباح في حق المضطر بمنزلة الطعام المباح في غير هذه الحالة فوجد شرط الحنث في حنث وجهه قول أبي يوسف واحدى

الروایتین عن محمد ان اطلاق اسم الطعام لا يتناول له لانه لا يسمى طعاما عرفا وعادة لانه لا يؤكل عادة ومبنى الايمان على معاني كلام الناس وروى عن أبي يوسف في رجل حلف لا يأكل حراما فاضطر الى ميتة فاكلها قال لا يحنث وروى عنه انه حانث في يمينه واثمه موضوع وجه هذه الرواية ان الميتة محرمة والرخصة أثرها في تغيير الحكم وهو المؤاخذة لا في تغيير وصف الفعل وهو الحرمة كالمكره على أكل مال الغير وجه الرواية الاولى وهي الصحيحة ان الميتة حال المخمصة مباحة مطلقا لا حظر فيها بوجه في حق المضطر وأثر الرخصة في تغيير الحكم والوصف جميعا بدليل انه لو امتنع حتى مات يؤاخذه ولو بقيت الحرمة لم تثبت المؤاخذة كما لو امتنع من تناول مال الغير حالة المخمصة أو الاكراه وقال خلف ابن أيوب سألت أسد بن عمر رضى الله عنهم ما في رجل حلف لا يأكل حراما فأكل لحم قرد أو كلب أو حدة أو غراب قال لا يحنث الا أن يعنى ذلك فيحنث لان مطلق الحرام هو ما ثبت حرمة دليل مقطوع به وحرمة هذه الاشياء محل الاجتهاد وقال خلف بن أيوب سألت الحسن فقال هذا كله حرام لقيام دليل الحرمة فيها وان لم يكن مقطوعا به وروى المعلى عن أبي يوسف ومحمد فيمن حلف لا يركب حراما قال هذا على الزنا لان الحرام المطلق ينصرف الى الحرام لعينه وهو الزنا ولا نه يراد به الزنا في العرف فينصرف اليه وقال محمد فان كان الحالف خصيا أو مجبوبا فهو على القبلة الحرام وما أشبهها وقال ابن سبعة عن أبي يوسف فيمن حلف لا يطأ امرأة وطأ حراما فوطئ امرأته وقد ظاهر منها أو وهى حائض قال لا يحنث الا أن ينوى ذلك لان الحرمة تثبت بعارض الحيض والظهار ومطلق التحريم لا يقع على التحريم القارض وقال ابن رستم عن محمد فيمن حلف لا يأكل حراما فاشترى بدرهم غصبه من انسان طعاما فأكله لم يحنث لان مطلق اسم الحرام انما يقع على ما كانت حرمة لحق الله تعالى وحرمة هذا الحق العبد ولو غصب خزا أو لحافا كله يحنث بعرف الناس ولو حلف لا يأكل من طعام اشتراه فلان فأكل من طعام اشتراه مع آخر حنث الا أن يكون نوى شراءه وحده وكذلك لو حلف لا يأكل من طعام ملكه فلان لان بعض الطعام طعام حقيقة ويسمى طعاما عرفا أيضا بخلاف ما اذا حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا يمينه وبين آخرانه لا يحنث لان بعض الدار لا يسمى دارا وكذلك لو حلف لا يلبس ثوبا يملكه فلان أو يشتريه فلان فلبس ثوبا اشتراه فلان مع آخر لا يحنث لان بعض الثوب لا يسمى ثوبا ولو حلف لا يأكل ادا ما فالادام كل ما يضطبع به مع الخبز عادة كاللبن والزيت والمرق والخل والعسل ونحو ذلك وما لا يضطبع به فليس بادام مثل اللحم والشوى والجن والبيض وهذا قول أبي حنيفة واحدى الروایتین عن أبي يوسف وقال محمد وهو احد الروایتین عن أبي يوسف ان كل ما يؤكل بالخبز فهو ادام مثل اللحم والشوى والبيض والجن وروى ابن سبعة عن أبي يوسف أن الجوز اليابس ادام واحتج محمد بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال سيد ادام أهل الجنة اللحم وسيدر ياحين أهل الجنة الفاعية وهى ورد الحناء وهذا نص ولان الادام من الاتخدام وهو الموافقة قال النبي صلى الله عليه وسلم لغيره حين أراد أن يتزوج امرأة لو نظرت اليها لكان أخرى أن يؤدم بينكما أى يكون بينكما الموافقة ومعنى الموافقة بين الخبز وبين هذه الاشياء في الاكل ظاهر فكانت اداما ولان الناس يأتممون بها عرفا وعادة ولا يحنثون ان معنى الادام وهو الموافقة على الاطلاق والكمال لا يتحقق الا فيما لا يؤكل بنفسه مقصودا بل يؤكل تبعاً لغيره عادة وأما ما يؤكل بنفسه مقصودا فلا يتحقق فيه معنى الموافقة وما لا يضطبع يؤكل بنفسه فيختل معنى الادام فيه واللحم ونحوه مما يؤكل بنفسه عادة مع ما ان سكان البرارى من لا يتغذى الا باللحم وبه تبين ان اطلاق اسم الادام عليه في الحديث على طريق المجاز والبطيخ ليس بادام في قولهم جميعا لانه لا يحتمل الاضطباع به ولا يؤكل بالخبز عادة وكذا البقل ليس بادام في قولهم ألا ترى أن آكله لا يسمى مؤدما وسئل محمد عن رجل حلف لا يأكل خبزآدم أو ما قال الخبز المأدوم الذى يثرد ثردا يعنى في المرق والخل وما اشبهه فقيس له فان ثرده في ماء أو ملح فلم يرد ذلك مأدوما لان من أكل خبز آدماء لا يسمى مؤدما في العرف وقال ابن سبعة عن أبي يوسف ان تسمية هذه الاشياء على ما يعرف أهل تلك البلاد في كلامهم ولو حلف لا يأكل

خبز ولا نية له فهو على خبز الحنطة والشعير إلا أن كان الحالف في بد لا يؤكل فيها إلا خبز الحنطة فإن عينه تقع على خبز الحنطة لا غير وإن أكل من خبز لوزينج وأشباه ذلك لا يحنث إلا أن يكون نواه وإن أكل من خبز الذرة والارز فإن كان من أهل بلاد ذلك طعامهم حنث وإن كان من أهل الكوفة ونحوها ممن لا يأكل ذلك عامتهم لا يحنث إلا أن ينوي ذلك لأن اسم الخبز يقع على خبز الحنطة والشعير ولا يراد به خبز القطائف عند الإطلاق فلا يحمل عليه وكذا خبز الارز في البلاد التي لا يعتاد أكله فيها ولو حلف لا يأكل لحما فأى لحم أكل من سائر الحيوان غير السمك يحنث ثم يستوى فيه الحرم وغير الحرم والمطبوخ والمشوى والضعيف لأن اللحم اسم لأجزاء الحيوان الذي يعيش في البر فيحنث إذا أكل لحم ميتة أو خنزير أو إنسان أو لحم شاة ترك ذابحها التسمية على ذبحها عمداً أو أكل ذبيحة بحوسي أو مرتد أو لحم صيد ذبحه الحرم ويستوى فيه لحم الغنم والبقر والابل لأن اسم اللحم يتناول الكل وإن أكل سمكا لا يحنث وإن ساء الله عز وجل لحما في القرآن العظيم بقوله تعالى لحما طرياً لأنه لا يراد به عند الإطلاق اسم اللحم فإن الرجل يقول ما أكلت اللحم كذا وكذا يوم ما وإن كان قد أكل سمكا لا ترى أن من حلف لا يركب دابة فركب كافراً لا يحنث وإن ساء الله عز وجل دابة بقوله عز وجل إن شر الدواب عند الذين كفروا وكذا لو حلف لا يخرج بيتاً فخرج بيت العنكبوت لم يحنث وإن ساء الله سبحانه وتعالى بيتاً فكتبه العزيز بقوله وإن أوهن البيوت لبنت العنكبوت لو كانوا يعلمون وكذا كل شيء يسكن الماء فهو مثل السمك ولو أكل أحشاء البطن مثل الكرش والكبد والقواد والكلبي والرئة والأمعاء والطحال ذكر الكرخي أنه يحنث في هذا أكله إلا في شحم البطن وهذا الجواب على عادة أهل الكوفة في زمن أبي حنيفة وفي الموضع الذي يباع مع اللحم وأما في البلاد التي لا يباع مع اللحم أيضاً فلا يحنث به فاما شحم البطن فليس بلحم ولا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم ولا يباع مع اللحم أيضاً فإن نواه يحنث لأنه شدد على نفسه وكذلك الآية لا يحنث بأكلها لأنها ليست بلحم فإن أكل شحم الظهر أو ما هو على اللحم حنث لأنه لحم لكنه لحم سمين ألا ترى أنه يقال لحم سمين وكذا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم وكذلك لو أكل رؤس الحيوانات ما خلا السمك يحنث لأن الرأس عضو من أعضاء الحيوان فكان لحمه كالحكم سائر الأعضاء بخلاف ما إذا حلف لا يشتري لحماً فاشترى رأساً أنه لا يحنث لأن مشتريه لا يسمى مشتري لحم وإنما يقال اشترى رأساً ولو حلف لا يأكل شحماً فاشترى شحم الظهر لم يحنث في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يحنث وذكر في الجامع الصغير في رجل حلف لا يشتري شحماً فأى شحم اشترى لم يحنث إلا أن يشتري شحم البطن وكذا لو حلف لا يأكل شحماً ولهما قوله تعالى ومن البقر والغنم حرماً عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما والمستنن من جنس المستنن منه فدل أن شحم الظهر شحم حقيقة ولا يحنث به لأنه لا يسمى شحماً عرفاً وعادة بل يسمى لحم سميناً فلا يتناول اسم الشحم عند الإطلاق وتسمية الله تعالى إياه شحماً لا يدل على دخوله تحت اليمين إذا لم يكن الاسم متعارفاً لأن مطلق كلام الناس ينصرف إلى ما يتعارفونه كما ضربنا من الأمثلة في لحم السمك وقال الله تعالى وجعل الشمس سراجاً وقال سبحانه وتعالى والارض بساطاً ثم لا يدخلان في اليمين على البساط والسراج كذا هذا وقد قالوا فيمن حلف لا يشتري شحماً ولا لحماً فاشترى إليه أنه لا يحنث لأنها ليست بشحم ولا لحم وقال عمر وعنه محمد فيمن أمر رجلاً أن يشتري له شحماً فاشترى شحم الظهر أنه لا يجوز على الأمر وهذا يدل على أن إطلاق اسم الشحم لا يتناول شحم الظهر كما قاله أبو حنيفة فيكون حجة على محمد ولو حلف لا يأكل لحم دجاج قال كل لحم ديك حنث لأن الدجاج اسم للأنثى والذكر جميعاً قال جرير لما مررت بدير الهند أرقني * صوت الدجاج وضرب بالنواقيس

فاما الدجاجة فاتها اسم للأنثى والديك اسم للذكر واسم الابل يقع على الذكور والانات قال النبي صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل السائمة شاة ولم يرده أحد النوعين خاصة وكذا اسم الجمل والبعير والجزور وكذا هذه الاسامي الاربعة تقع على البخاتي والعرب وغير ذلك من أنواع الابل واسم البختى يقع على العربي وكذا اسم العربي لا يقع

على البختي واسم البقر يقع على الذكور والانات قال النبي صلى الله عليه وسلم في ثلاثين من البقر تباع أو تبعة وأراد به الذكور والانات جميعاً وكذا اسم البقرة قال الله عز وجل إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقيل أن بقرة بني إسرائيل كانت ذكراً أو أنثى بالذكر بقوله تعالى قالوا ادع لنا ربك بيمين لنا ما هي لتأنيث اللفظ دون المعنى كما في قوله تعالى وإذا قالت طائفة وقال سبحانه وتعالى وإن من أمة إلا خلا فيها نذير والشاة تقع على الذكور والانتى قال النبي صلى الله عليه وسلم في أربعين شاة والمراد منه الذكور والانات وكذا الغنم اسم جنس والنعجة اسم للانتى والكباش للذكور والفرس اسم للعيراب ذكرها وأنثاها والبرذون اسم لغير العراب من الطحارية ذكرها وأنثاها وقالوا إن البرذون اسم للتركي ذكره وأنثاه والخيل اسم جنس يتناول الأفراس العراب والبراذين والحمار اسم للذكر والحماراة والانتان اسم للانتى والبغل والبغلة كل واحد منهما اسم للذكر والانتى وإن حلف لا يأكل رأساً فإن نوى الرأس كلهما من السمك والغنم وغيرها فأي ذلك أكل حنث لأن اسم الرأس يقع على الكل وإن لم يكن له نية فهو على رأس الغنم والبقر خاصة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اليمين اليوم على رأس الغنم خاصة والاصل في هذا أن قوله لا أكل رأساً فبظاهره يتناول كل رأس لكنه معلوم أن العموم غير مراد لأن اسم الرأس يقع على رأس العصفور ورأس الجرادو يعلم أن الحالف ما أراد ذلك فكان ذلك المراد بعض ما يتناول له الاسم وهو الذي يكس في التنور ويبيع في السوق عادة فكان أبا حنيفة رأى أهل الكوفة يكسون رؤس الغنم والبقر والابل ويبيعونها في السوق فحمل اليمين على ذلك ثم أتم تركوا رؤس الابل واقتصروا على رؤس الغنم والبقر فحمل اليمين على ذلك وأبو يوسف ومحمد دخلا بعدا وقد ترك الناس البقر واقتصروا على الغنم فحمل اليمين على ذلك فلم يكن بينهم خلاف في الحقيقة ولو حلف لا يأكل بيضاً فان نوى بيض كل شيء بيض السمك وغيره فأي ذلك أكل حنث وإن لم يكن له نية فهو على بيض الطير كله الأوز والدجاج وغيرهما ولا يحنث إذا أكل بيض السمك لأن اسم البيض يقع على الكل فإذا نوى فقد نوى ما يحتمله الاسم وإذا لم تكن له نية فيقع على ماله قشر وهو بيض الطير لأنه يراد به ذلك عند الإطلاق فيحمل عليه ولو حلف لا يأكل طيبخاً فالقياس ينصرف إلى كل ما يطبخ من اللحم وغيره لأنه طيبخ حقيقة إلا أنه صرف إلى اللحم خاصة وهو اللحم الذي يجعل في الماء ويطبخ ليسهل أكله للعرف ألا ترى أنه لا يقال لمن أكل الباقلاء أنه أكل الطيبخ وإن كان طيبخاً حقيقة وإن أكل سمكاً مطبوخاً لا يحنث لأنه لا يسمى طيبخاً في العرف فان نوى بقوله لا يأكل طيبخاً من اللحم وغيره فهو على ما نوى لأنه طيبخ حقيقة وفيه تشديد على نفسه وكذا إذا حلف لا يأكل شواء وهو ينوي كل شيء يشوي فأي ذلك أكل حنث وإن لم يكن له نية فأنما يقع على اللحم خاصة لأن حقيقة الشواء هي ما يشوي بالنار ليسهل أكله إلا أن عند الإطلاق ينصرف إلى اللحم المشوي دون غيره للعرف ألا ترى أنه يضح أن يقال فلان لم يأكل الشواء وإن أكل الباذنجان المشوي والجزر المشوي ويسمى بائع اللحم المشوي شاوواً فإن أكل سمكاً مشوياً لم يحنث لأنه لا يراد به ذلك عند الإطلاق وإن أكل قلياً يابساً أو لوناً من الألوان لا مرق فيه لا يحنث لأن هذا لا يسمى طيبخاً وإنما يقال له لحم مقلي ولا يقال مطبوخ إلا اللحم طبخ في الماء فان طبخ من اللحم طيبخاً له مرق فله كل من لحمه أو من مرقه يحنث لأنه يقال أكل الطيبخ وإن لم يأكل لحمه لأن المرق فيه أجزاء اللحم قال ابن سبابة في التميمين على الطيبخ ينبغي أن يكون على الشحم أيضاً لأنه قد يسمى طيبخاً في العادة فان طبخ عدساً بودك فهو طيبخ وكذلك إن طبخه بشحم أو ألية فان طبخه بسمن أو زيت لم يكن طيبخاً ولا يكون الأرز طيبخاً ولا يكون الطهايج طيبخاً ولا الجواذب طيبخاً والاعتماد فيه على العرف وقال داود بن رشيد عن محمد بن رجل حلف لا يأكل من طيبخ امرأته فسخنت له قدراً قد طبخها غيرها أنه لا يحنث لأن الطيبخ فيعمل من طيبخ وهو الفعل الذي يسهل به أكل اللحم وذلك وجد من الأول لأنها ولو حلف لا يأكل الحلو فالاصل في هذا أن الحلو عندهم كل حلو ليس من جنسه حامض وما كان من جنسه حامض فليس بحلو والمرجع فيه إلى

العرف فيحنت بكل الخبيص والعسل والسكر والناطف والرب والارط والتمر وأشباه ذلك وكذا روى المولى
عن محمد إذا أكل تيناً رطباً أو يابساً يحنت لأنه ليس من جنسها حامض فخلص معنى الخلاوة فيه ولو أكل عنباً
حلوا أو بطيخاً حلوا أو رماناً حلوا أو اجاصاً حلوا لم يحنت لأن من جنسه ما ليس بحلو فلم يخلص معنى الخلاوة فيه
وكذا الزبيب ليس من الحلول لأن من جنسه ما هو حامض وكذلك إذا حلف لا يأكل خلاوة فهو مثل الحلو وإن حلف
لا يأكل تمر ولا نية له فكل قضياً لا يحنت وكذلك إذا أكل سرامطبوخاً أو رطباً لأن ذلك لا يسمى تمر في العرف
ولهذا يختص كل واحد باسم على حدة إلا أن ينوى ذلك لأنه تمر حقيقة وقد شد على نفسه ولو أكل حباً حنث لأنه
اسم تمر ينقع في اللبن ويتشرب فيه اللبن فكان الاسم باقياً له لبقاء عينه وقيل هو طعام يتخذ من تمر ويضم إليه شيء من
السمن أو غيره والغالب هو التمر فكان أجزاء التمر بحالها فيبقى الاسم ولو حلف لا يأكل سرامطبوخاً كل سرامطبوخاً بها
أربع مسائل ثنتان متفق عليهما وثنتان مختلف فيهما أما الأوليان فإن من يحلف لا يأكل سرامطبوخاً أو حلف
لا يأكل رطباً فكل رطباً فيه شيء من البسر يحنت فيهما جميعاً في قولهم لأن المذنب هو البسر الذي ذنب أي رطب
ذنبه فكانت الغلبة للذي حلف عليه فكان الاسم باقياً وأما الآخران فإن من يحلف لا يأكل رطباً فيأكل سراً
مذنباً أو يحلف لا يأكل سراً فيأكل رطباً فيه شيء من البسر قال أبو حنيفة ومحمد يحنت وقال أبو يوسف لا يحنت
وجه قوله أن الاسم للغالب في العرف والمغلوب في حكم المستهلك وكذا المقصود في ألا كل هو الذي له الغلبة
والغلبة للبسر في الأول وفي الثاني للرطب فلا يحنت ولهما أنه كل ما حلف عليه وغيره لأنه يراه بعينه ويسميه
باسمه فصاركاً لومز أحدهما عن الآخر فقطعه وأكلهما جميعاً وأما قوله أن أحدهما غالب فنعم لكن الغلبة إنما
توجب استهلاك المغلوب في اختلاط الممازجة أما في اختلاط المجاورة فلا لأنه يراه بعينه فلا يصير مستهلكاً
فيه كما إذا حلف لا يأكل سويقاً أو سمنافاً كل سويقاً قادات بسمن بحيث يستبين أجزاء السويق في السمن
يحنت لقيام كل واحد منهما بعد الاختلاط بعينه كذا هذا ولو حلف لا يأكل حباً فأى حب أكل من سمس
أو غيره مما يأكله الناس عادة يحنت لأن مطلق بعينه يقع عليه فإن عني شيئاً من ذلك بعينه أو سماه حنث فيه ولم يحنت
في غيره لأنه نوى تخصيص الملقوظ فيصدق ديانته لا قضاء لأنه خلاف الظاهر ولا يحنت إذا أبلع لؤلؤة لأن
الأوهام لا تنصرف إلى اللؤلؤة عند إطلاق اسم الحب ولو حلف لا يأكل عنباً فكل زبيباً لا يحنت لأن اسم
العنب لا يتناول ولو حلف لا يأكل جوزاً فكل منه رطباً أو يابساً حنث وكذلك اللوز والفسق والتين وأشباهاً
ذلك لأن الاسم يتناول الرطب واليابس جميعاً ولو حلف لا يأكل فاكهة فكل فاكهة فاكهة أو سفرجل أو كثرى
أو خوخاً أو تيناً أو اجاصاً أو مشمشاً أو بطيخاً حنث وإن أكل قثاء أو خياراً أو جزراً لا يحنت وإن أكل عنباً أو رماناً
أو رطباً لا يحنت في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يحنت ولو أكل زبيباً أو حب الرمان أو تمر لا يحنت
بالإجماع وجه قولهما أن كل واحدة من هذه الأشياء تسمى فاكهة في العرف بل تعد من رؤس الفواكه ولأن الفاكهة
اسم لما يتفكه به وتفكه الناس بهذه الأشياء ظاهراً فكانت فواكه ولا يبي حنيفة قوله تعالى فأنتنابها حباً وعنباً
وقضياً وزيتوناً ونخلًا وحداثاً غلباً وفاكهة وأبا عطف الفاكهة على العنب وقوله عز وجل فيها فاكهة ونخل
ورمان عطف الرمان على الفاكهة والمعطوف غير المعطوف عليه هو الأصل لأن الفاكهة اسم لما يقصد بأكله
التفكه وهو التمتع والتلذذ دون الشبع والطعام ما يقصد بأكله التغذية والشبع والتمر عندهم يؤكل بطريق التغذية
والشبع حتى روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بيت لا تمر فيه جياع أهله وقال عليه أفضل الصلاة والسلام
يوم القدر اغنهم عن المسئلة في مثل هذا اليوم ثم ذكر في جملة ما تقع به الغنية التمر وفي بعضها الزبيب ولأن الفاكهة
لا يختلف حكم رطبها أو يابسها فإما كان رطبها فاكهة كان يابسها فاكهة كالتين والمشمش والاجاص ونحو ذلك
واليابس من هذه الأشياء ليس فاكهة بالإجماع وهو الزبيب والتمر وحب الرمان فكذا رطبها وما ذكره من العرف

ممنوع بل العرف الجاري بين الناس انهم يقولون ليس في كرم فلان فاكهة ثمانية العنب فحسب فالخامس ان ثمر
الشجر كلها فاكهة عندهما وعنده كذلك الا ثمر النخل والكرم وشجر الرمان لان سائر الثمار من التفاح والسفرجل
والاجاص ونحوها يقصد بأكلها التفكه دون الشبع وكذا يابسها فاكهة كذا رطبها قال محمد التوت فاكهة لانه
يتفكه به والقناء والخيار والجوز والباقلاء الرطب ادام وليس بها كهة الا يرى أنه لا يؤكل للتفكه وان عني بقوله
لا آكل فاكهة العنب والرطب والرمان فأكل من ذلك شيئاً جئت كذا في الاصل لان هذه الاشياء مما يتفكه
بها وان كان لا يطلق عليها اسم الفاكهة وقال محمد بسر السكر والبسر الاحمر فاكهة لان ذلك مما يتفكه به وقال أبو
يوسف اللوز والعناب فاكهة رطب ذلك من الفاكهة الرطبة وياسه من اليابسة لان ذلك يؤكل على وجه
التفكه قال والجوز رطبه فاكهة وياسه ادام وقال في الاصل وكذلك الفاكهة اليابسة فيدخل فيها الجوز واللوز
وأشباهم ما ورى المعلى عن محمد أن الجوز اليابس ليس بها كهة لانه يؤكل مع الخبز غالباً فأما رطبه فلا يؤكل الا
للتفكه وجهه ما ذكر في الاصل أنه فاكهة ما ذكرنا أن رطبه وياسه مما لا يقصد به الشبع فصارت كسائر الثمار كاهة وذكر
المعلى عن محمد في رجل حلف لا يأكل من الثمار شيئاً ولا نية له ان ذلك على الرطب واليابس فان أكل تيناً يابساً ولو زراً
ياساً حنث فجعل الثمار كالفاكهة لان أحد الاسمين كالآخر وقال المعلى قلت لمحمد فان حلف لا يأكل من فاكهة
العام أو من ثمار العام ولا نية له قال ان حلف في أيام الفاكهة الرطبة فهذا على الرطب فان أكل من فاكهة ذلك العام
شيئاً يابساً لم يحنث وكذلك الثمرة وان حلف في غير وقت الفاكهة الرطبة كانت يمينه على الفاكهة اليابسة من فاكهة
ذلك العام وكان ينبغي في القياس ان كان وقت الفاكهة الرطبة ان يحنث في الرطب واليابس لان اسم الفاكهة
يتناولهما الا أنه استحسن لان العادة في قولهم فاكهة العام اذا كان في وقت الرطب انهم يريدون به الرطب دون
اليابس فاذا مضى وقت الرطب فلا تقع اليمين الا على اليابس فيحمل عليه والله عز وجل أعلم ولو حلف لا يأكل
من هذه الحنطة أولاً لا يأكل هذه الحنطة فان عني بها أن لا يأكلها حياً كما هي فأكل من خبزها أو من سويقها لم يحنث و
انما يحنث اذا قضمها وان لم تكن له نية فكذلك عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحنث وهل يحنث عندهما اذا
أكل عينها ذكر محمد في الاصل عنهما ما يدل على أنه لا يحنث لانه قال فيه ان اليمين تقع على ما يصنع الناس وذكر عنهما
في الجامع الصغير ما يدل على أنه يحنث فانه قال وقال أبو يوسف ومحمد ان أكلها خبزاً حنث أيضاً فهذا يدل على أنه
اذا قضمها لم يحنث عندهما كما يحنث اذا أكلها خبزاً وجه قولهما أن المتعارف في اطلاق كل الحنطة أكل المتخذ منها
وهو الخبز لا يأكل عينها يقال فلان يأكل من حنطة كذا أي من خبزها ومطلق الكلام يحمل على المتعارف
خصوصاً في باب الايمان وجه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن اسم الحنطة لا يقع على الخبز حقيقة لانها اسم لذات
مخصوصة مركبة فيزول الاسم بزوال التركيب حقيقة فالحمل على الخبز يكون محملاً على المجاز فكان صرف الكلام
الى الحقيقة أولى وأما قولهما ان مطلق الكلام يحمل على المتعارف فنعم لكن على المتعارف عند أهل اللسان وهو
المتعارف في الاستعمال اللغوي كما يقول مشايخ العراق لا على المتعارف من حيث الفعل كما يقول مشايخ بلخ بدليل أنه
لو حلف لا يأكل لحماً كل لحم الأدمى أو الخنزير يحنث وان لم يتعارف أكله لوجود التعارف في الاسم واستعمال
اسم الحنطة في مساها متعارف عند أهل اللسان الا أنه يقل استعماله فيه لكن قللة الاستعمال فيه لقلة محل الحقيقة
وهذا لا يوجب الحمل على المجاز كما في لحم الأدمى ولحم الخنزير على أن المتعارف فعل ثابت في الجملة لان الحنطة تطبخ
وتقلى فتؤكل مطبوخة ومقلية وان لم يكن في الكثرة مثل أكلها خبزاً ولو حلف لا يأكل شعيراً فأكل حنطة فيها
حبات من شعير حنث ولو كان اليمين على الشعير لم يحنث لان من اشترى حنطة فيها حبات شعير يسمى مشتري
الحنطة لا مشتري الشعير وصرف الكلام الى الحقيقة المستعملة في الجملة أولى من الصرف الى المجاز وان كان استعماله
في المجاز أكثر لان الحقيقة شاركت المجاز في أصل الاستعمال والمجاز ما شارك الحقيقة في الوضع رأساً فكان العمل

بالحقيقة أولى ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه ولم تكن له نية حنث لأن الدقيق هكذا يؤكل عادة ولا يستف الا نادرا والنادر ملحق بالعدم فلم يكن له حقيقة مستعملة وله مجاز مستعمل وهو كلما يتخذ منه فحمل عليه وان نوى ان لا يأكل الدقيق بعينه لا يحنث بأكل ما يخبز منه لانه نوى حقيقة كلامه ولو حلف لا يأكل من هذا الكفرى شيئا فصار بسرا ولا يأكل من هذا البسر شيئا فصار رطباً ولا يأكل من هذا الرطب شيئا فصار تمرأولاً ولا يأكل من هذا العنب شيئا فصار زيبافاً كله أو حلف لا يأكل من هذا اللبن شيئا فأكل من جبن صنع منه أو معسل أو أقط أو شيراز أو حلف لا يأكل من هذه البيضة فصارت فرخاً فأكل من فرخ خرج منها أو حلف لا يدوق من هذه الخمر شيئا فصارت خلافاً لمحنث في جميع ذلك والاصل أن اليمين متى تعلقت بعين تبقى بقاء العين وتزول بزوالها والصفة في العين المشار اليه غير معتبرة لان الصفة تتميز الموصوف من غيره والاشارة تكفي للتعريف فوقعت الغنية عن ذكر الصفة وغير المعين لا يحتمل الاشارة فيكون تعريفه بالوصف وإذا عرف هذا نقول العين بدلت في هذه المواضع فلا تبقى اليمين التي عقدت على الاول والعين في الرطب وان لم تبدل لكن زال بعضها وهو الماء بالجفاف لان اسم الرطب يستعمل على العين والماء الذي فيها فاذا جف فقد زال عنها الماء فصار أكلاً بعض العين المشار اليها فلا يحنث كما لو حلف لا يأكل هذا الرغيف فأكل بعضه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخاً أنه يحنث لان هنالك العين قائمة وانما الفاءت هو الوصف لا بعض الشخص فيسقط كل المحلوف عليه فبقيت اليمين وفرق آخر ان الصفات التي في هذه الاعيان مما تقصد باليمين منعاً وحملها كالرطوبة التي هي في التمر والعنب فان المرطوب تضر به الرطوبات فتعلقت اليمين بها والصبا والشباب مما لا يقصد بالمنع بل الذات هي التي تقصد فتعلقت اليمين بالذات دون هاتين الصفتين كما اذا حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه أنه يحنث لما قلنا كذا هذا وكذا اذا حلف لا يأكل من لحم هذا الحوى فأكله بعد ما صار كبشاً أو من لحم هذا الجدى فأكله بعد ما صار تيساً يحنث لما قلنا وكذلك لو حلف لا يجامع هذه العبيبة فجامعها بعد ما صارت امرأة يحنث لما قلنا ولو نوى في الفصول المتقدمة ما يكون من ذلك حنث لانه شدد على نفسه ولو حلف لا يأكل من هذه الحذجة فأكلها بعد ما صارت بطيخاً لا رواية فيه واختلف المشايخ فيه والله عز وجل أعلم قال بشر عن أبي يوسف في رجل حلف لا يدوق من هذا اللبن شيئاً ولا يشرب فصب فيه ماء فذاقه أو شربه انه ان كان اللبن غالباً حنث لانه اذا كان غالباً يسمى لبناً وكذلك لو حلف على نبيذ فصبه في خل أو على ماء ملح فصب على ماء عذب والاصل في هذا ان المحلوف عليه اذا اختلط بغير جنسه تعتبر فيه الغلبة بخلاف بين أبي يوسف ومحمد غير ان أبي يوسف اعتبر الغلبة في اللون أو الطعم لافي الاجزاء فقال ان كان المحلوف عليه يستبين لونه أو طعمه حنث وان كان لا يستبين لونه ولا طعم لا يحنث سواء كانت أجزاؤه أكثر أو لم تكن واعتبر محمد غلبة الاجزاء فقال ان كانت اجزاء المحلوف عليه غالباً يحنث وان كانت مغلوطة لا يحنث وجه قول محمد أن الحكم يتعلق بالاكثر والاقل يكون تبعاً للاكثر فلا عبرة به ولا ييوسف ان اللون والطعم اذا كانا باقين كان الاسم باقياً ألا ترى أنه يقال لبن ممشوش وخل ممشوش واذا لم يبق له لون ولا طعم لا يبقى الاسم ويقال ماء فيه لبن وماء فيه خل فلا يحنث وقال أبو يوسف فان كان طعمهما واحداً ولونهما واحداً فاشكل عليه تعتبر الغلبة من حيث الاجزاء فان علم ان اجزاء المحلوف عليه هي الغالبة يحنث وان علم ان اجزاء المخالط له أكثر لا يحنث وان وقع الشك فيه ولا يدري ذلك فالقياس ان لا يحنث لانه وقع الشك في حكم الحنث فلا يثبت مع الشك وفي الاستحسان يحنث لانه عند احتمال الوجود والعدم على السواء فالقول بالوجود أولى احتياطاً لما فيه من براءة الذمة بيقين وهذا يستقيم في اليمين بالله تعالى لان الكفارة حق الله تعالى فيحتاط في ايجابها فأما في اليمين بالطلاق والعتاق فلا يستقيم لان ذلك حق العبد وحقوق العباد لا يجري فيها الاحتياط للتمارض فيعمل فيها بالقياس ولو حلف لا يأكل سمنافاً كل سويقاً قد كنت بسمن ولا نية له ذكر محمد في الاصل أن اجزاء السمن

إذا كانت تستبين في السويق ويوجد طعمه يحنث وإن كان لا يوجد طعمه ولا يرى مكانه لم يحنث لأنها إذا استبان لم تصر مستهلكة فكأنه أكل السمن بنفسه منفردا وإذا لم يستبين فقد صارت مستهلكة فلا يعتد بها وروى المعلى عن محمد أنه إن كان السمن مستبيناً في السويق وكان إذا عصر سال السمن حنث وإن كان على غير ذلك لم يحنث وهذا لا يوجب اختلاف الرواية لأن مكان التوفيق بين القولين لأنه إذا كان يحنث إذا عصر سال السمن لم يكن مستهلكا وإذا لم يسال كان مستهلكا وإذا اختلط المحلوف عليه بحنث كالسمن المحلوف عليه إذا اختلط بلين آخر قال أبو يوسف هذا والاول سواء وتعتبر فيه الغلبة وإن كانت الغلبة لغیر المحلوف عليه لم يحنث وقال محمد يحنث وإن كان مغلوبا فمن أصل محمد أن الشيء لا يصير مستهلكا بحنثه وإنما يصير مستهلكا بغیر حنثه وإذا لم يصير مستهلكا بحنثه صار كأنه غير مغلوب وقال المعلى عن محمد في رجل حلف لا يشرب من هذه الخمر فصعبها في ماء فقلب على الخمر حتى ذهب لونها وطعمها فشر به لم يحنث فقد قال مثل قول أبي يوسف ولو حلف على ما من ماء زمزم لا يشرب منه شيئا فصب عليه ماء من غيره كثيرا حتى صار مغلوبا فشر به يحنث لما ذكرنا من أصله أن الشيء لا يصير مستهلكا بحنثه ولو صب في بئر أو حوض عظيم لم يحنث قال لا نرى لأدري لعل عيون البئر تنور بما صب فيها ولا أدري لعل اليسير من الماء الذي صب في الحوض العظيم لم يختلط به كله ولو حلف لا يشرب هذا الماء العذب فصعبه في ماء مالح فقلب عليه ثم شر به لم يحنث فجعل الماء مستهلكا بحنثه إذا كان على غير صفة قال وكذلك إذا حلف لا يشرب لبن ضأن فخلطه بلبن معز فانه تعتبر الغلبة لهما نوعان فكانا كالجنسين قال الكرخي ولو قال لا أشرب لبن هذه الشاة لشاة معز أو ضأن ثم خلطه بغيره من لبن ضأن أو معز حنث إذا شر به ولا تعتبر الكثرة والغلبة وعلل فقال لأنه ليس في يمينه ضأن ولو معز ومعناه أن يمينه وقعت على لبن واختلاطه بلبن آخر لا يخرج منه أن يكون لبنا واليمين في المسئلة الأولى وقعت على لبن الضأن فإذا غلب عليه لبن المعز فقد استهلك صفة واستشهد محمد للفرق بين المسئلتين فقال ولا شبه الشاة إذا حلف عليها بعينها فحلفه على لبن المعز إلا يرى أنه لو قال والله لا أشتري رطبا فاشترى كباسة بسرفها رطباً ثلث لم يحنث لأن هذا إنما هو الغالب ولو قال والله لا أشتري هذه الرطبة لرطبة في كباسة ثم اشترى الكباسة حنث ونظير هذا ما ذكر ابن سماعه عن محمد في رجل قال والله لا أكل ما يجبي به فلان يعني ما يجبي به من طعام أو لحم أو غيره فكما يؤكل فذبح الخالف إلى المحلوف عليه لما يطبخه فطبخه وألقى فيه قطعة من كرش بقر ثم طبخه فقدر به فأكل الخالف من المرق قال محمد لا أراه يحنث إذا ألقى فيه من اللحم ما لا يطبخ وحده ويتخذ منه مرقة لقلته وإن كان مثل ذلك يطبخ ويكون له مرقة فانه يحنث لأنه جعل اليمين على اللحم الذي يأتي به فلان وعلى مرقة والمرقة لا تكون إلا بدسم اللحم الذي جاء به فإذا اختلط به لحم لا يكون له مرق لقلته فلم يأكل ما جاء به فلان وإذا كان مما يفرد بالطبخ ويكون له مرق والمرق جنس واحد فلم تعتبر فيه الغلبة وحنث وقد قال محمد في من قال لا أكل ما يجبي به فلان فجاء فلان بلحم فشواه وجعل تحته أرزا للخالف فأكل الخالف من جوانبه حنث وكذلك لو جاء المحلوف عليه بحمص فطبخه فأكل الخالف من مرقة وفيه طعم الحمص حنث وكذلك لو جاء يرطب فسال منه رطب فساك منه أو جاء بزيتون فعصر فأكل من زبته حنث قال ابن سماعه عن أبي يوسف في رجل قال والله لا أكل من ثمرة هذا البستان وفيه نخل يحصى أولاً كل من ثمرة هذا النخل وهي عشرة أو ثلاث أو لا أكل من ثمرة هاتين النخلتين أو من هاتين الرطبتين أو من هذه الثلاث التفاحات أو من هذين الرغيفين أولاً أشرب من لبن هاتين الشاتين فأكل بعض ذلك أو شرب بعضه فانه يحنث لأنه منع نفسه من أكل بعض المذكور وشرب بعضه لأن كلمة من للتبعض فإذا أكل البعض أو شرب حنث قال أبو يوسف ولو قال والله لا أشرب لبن هاتين الشاتين ولم يقل من فانه لا يحنث حتى يشرب من لبن كل شاة لأنه حلف على شرب لبنهما فلا يحنث يشرب لبن أحدهما وإذا شرب جزأ من لبن كل واحد منهما حنث لأن الإنسان لا يمكنه أن

يشرب جميع لبن الشاة فلا يقصد يمينه منع نفسه عن ذلك فينقذ يمينه على البعض كما اذا حلف لا يشرب ماء البحر قال وان كان لبن قد حلب فقال والله لا أشرب لبن هاتين الشاتين اللبن بعينه فان كان لبنا يقدر على شربه في مرة واحدة لم يحنث بشربه بمضيه وان كان لبنا لا يستطيع شربه في مرة واحدة يحنث بشربه بمضيه لان يمينه وقعت على شرب الكل حقيقة فاذا استطاع شربه دفعة واحدة أمكن العمل بالحقيقة واذا لم يستطع شربه دفعة يحمل على الجزء كما في ماء البحر وعلى هذا اذا قال لا آكل هذا الطعام وهو لا يقدر على أكله دفعة واحدة ونظير هذا ما قالوا فيمن قبض من رجل ديناً عليه فوجد فيه درهمين زائعين فقال والله لا آخذ منهما شيئاً فاخذ أحدهما حنث لان كلمة من للتبعيض وقال ابن رستم عن محمد اذا قال والله لا آكل لحم هذا الخروف فهذا على بعضه لانه لا يمكن أكل كل مرة واحدة عادة وذكري في الاصل فيمن قال لا آكل هذه الرمانة ان فأكلها الاحبة أو حبتين حنث في الاستحسان لان ذلك القدر لا يعتد به فانه يقال في العرف لمن أكل رمانة وترك منها حبة أو حبتين انه أكل رمانة وان ترك نصفها أو ثلثها أو ترك أكثر مما يجري في العرف انه يسقط من الرمانة لم يحنث لانه لا يسمى أكلاً لجميعها ولو قال والله لا أبيعك لحم هذا الخروف أو خبيصة الزيت فباع بعضهما لم يحنث لانه يمكن حمل اليمين ههنا على الحقيقة لان بيع الكل يمكن وقد قال ابن ساعدة فيمن قال لا أشتري من هذين الرجلين انه لا يحنث حتى يشتري منهما ولا يشبه هذا قوله لا آكل هذين الرغيفين لان من للتبعيض ويمكن العمل بالتبعيض في الاكل ولا يمكن في الشراء لان البيع لا يتبعض فيحمل على ابتداء الغاية فقد ذكر في الاصل والجامع فيمن حلف لا يزوج النساء أو لم يكلم بني آدم أنه يقع على الواحد لتعدد الحمل على انكسر فيحمل على بعض الجنس وقد ذكرناه فيما تقدم ولو حلف لا يأكل من كسب فلان فالكسب ماصار للانسان ان فعله كالاجاب والقبول في البيع والجاراة والقبول في الهبة والصدقة والوصية والاخذ في المباحات فأما الميراث فلا يكون كسباً للوارث لانه يملكه من غير صنعه ولومات الحلو فاعليه وقد كسب شيئاً فورثه رجل فأكل الحالف منه حنث لان ما في يد الوارث يسمى كسب الميت بمعنى مكسوبه عرفاً فلو انتقل عنه الى غيره بغير الميراث لم يحنث لانه صار للثاني بفعله فبطلت الاضافة الى الاول قال أبو يوسف وكذلك اذا قال لا آكل مما ملكت أو مما يملك له أو من ملكك فاذا خرج من ملك الحلو فاعليه الى ملك غيره فأكل منه الحالف لم يحنث لانه اذا ملكه الثاني لم يبق ملك الاول فلم يبق مضاً فاليسه بالملك قال وكذلك اذا حلف لا يأكل مما اشتري فلان أو مما يشتري فاشتري الحلو لنفسه أو لغيره فأكل منه الحالف حنث فان باعه الحلو فاعليه من غيره بامر المشتري له ثم أكل منه الحالف لم يحنث لان الشراء اذ اطرأ على الشراء بطلت الاضافة الاولى وتجددت اضافة اخرى لم تتناولها اليمين وانما كان الشراء لغيره ولنفسه سواء لان حقوق العقد تتعلق بالمشتري فكانت الاضافة اليه لا الى المشتري له قال وكذلك لو حلف لا يأكل من ميراث فلان شيئاً فمات فلان فأكل من ميراثه حنث فان مات وارثه فاورث ذلك الميراث فأكل منه الحالف لم يحنث لنسخ الميراث الاخير الميراث الاول كذا ذكر لان الميراث اذا طرأ على الميراث بطلت الاضافة الاولى ومن هذا القليل ما قالوا فيمن حلف لا يأكل مما زرع فلان فباع فلان زرعاً فأكله الحالف عند المشتري حنث لان الاضافة الى الاول لا تبطل بالبيع فان بذره المشتري وزرعه فأكل الحالف من هذا الزرع فانه لا يحنث لان الاضافة بالزرع انما تكون الى الثاني دون الاول وعلى هذا لو حلف لا يأكل من طعام يصنعه فلان أو من خبز يخبزه فلان فتناسخته الباعة ثم أكل الحالف منه فانه يحنث لانه يقال هو من خبز فلان ومن طبخه وان باعه وكذلك لو حلف لا يلبس ثوباً من نسج فلان فنسج فلان ثوباً فباعه لان البيع لا يبطل الاضافة ولو كان ثوب خزفتنقض ونسجه آخر ثم لبسه الحالف لم يحنث لان النسج الثاني أبطل الاضافة الاولى ولو حلف لا يشتري ثوباً من فلان فس فلان ثوباً وبتناسخته الباعة فانه يحنث اذا اشتراه لان الاضافة بالمس لا تبطل البيع فصار كأنه قال لا أشتري ثوباً كان فلان مسه وقال بشر عن أبي يوسف في رجل حلف أن لا يأكل من هذه

الدرهم فاشترى بها طعاماً فأكله حنث وإن بدلها بغيرها واشترى مما أبدل طعاماً فأكله لم يحنث لأن الدرهم بعينه لا يتحمل إلا كل وانما أكلها في المتعارف أكل ما يشتري بها ولما اشترى ببدها لم يوجد أكل ما اشترى بها فلا يحنث وكذلك لو حلف لا يأكل من ثمن هذا العبد فاشترى بثمنه طعاماً فأكله ولو حلف لا يأكل من ميراث أبيه شيئاً وأبوه حي فمات أبوه فورث منه ما فاشترى به طعاماً فأكله ففي القياس ينبغي أن لا يحنث لأن الطعام المشتري ليس بميراث وفي الاستحسان يحنث لأن الموارث هكذا تؤكل ويسمى ذلك أكل الميراث عرفاً وعادة فإن اشترى بالميراث شيئاً فاشترى بذلك الشيء طعاماً فأكله لم يحنث لأنه مشتري بكسبه وليس بمشتري بميراثه وقال أبو يوسف في الميراث بعينه إذا حلف عليه فغيره واشترى به لم يحنث لما قلنا قال فان كان قال لا تأكل ميراثاً يكون لقولان فكيف ما غيره فأكله حنث لأن اليمين المطلقة تعتبر فيها الصفة المعتادة وفي العادة انهم يقولون لما ورثه الإنسان أنه ميراث وإن غيره وقال المولى عن أبي يوسف إذا حلف لا يطعم فلاناً بمورث من أبيه شيئاً فان كان ورث طعاماً فأكله طعمه منه حنث فان اشترى بذلك الطعام طعاماً فأكله طعمه منه لم يحنث لأن اليمين وقعت على الطعام الموروث فإذا باعه بطعام آخر فالثاني ليس بمورث وقد أمكن حمل اليمين على الحقيقة فلا تحمّل على المجاز وإن كان ورث درهم فاشترى بها طعاماً فأكله حنث لأنه لا يمكن حمل اليمين على الحقيقة فحملت على المجاز وقال هشام سمعت محمداً يقول في رجل معه درهم حلف أن لا يأكلها فاشترى بها ديناراً أو فلساً ثم اشترى بالدينار أو الفلوس طعاماً فأكله لم يحنث فان حلف لا يأكل كل هذه الدراهم فاشترى بها عرضاً ثم باع ذلك العرض بطعاماً فأكله فانه لا يحنث لأن العادة في قوله لا أشترى بهذه الدراهم الامتناع من اتفاقها في الطعام والنفقة تارة تكون بالابتاع وتارة بتصرفها بما ينفق فحملت اليمين على العادة فاما ابتاع العرض بالدرهم فليس بنفقة في الطعام في العادة فلا تحمّل اليمين عليه وهذا خلاف ما حكاه عن أبي يوسف وقال ابن رستم فيمن قال والله لا تأكل من طعامك وهو يبيع الطعام فاشترى منه فأكل حنث لأن مثل هذه اليمين يراد بها منع النفس عن الابتاع قال محمد ولو قال والله لا تأكل من طعامك هذا الطعام بعينه فأكله فأكله لا يحنث في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ويحنث في قول محمد وهذا فرع اختلافهم فيمن قال لا أدخل دار فلان هذه فباعها فلان ثم دخلها والمسئلة تجب فيها بعد أن شاء الله تعالى قال محمد ولو حلف لا يأكل من طعامك فأكله حنث لأن كل من طعامك مشترك بينهم حنث لأن كل جزء من الطعام يسمى طعاماً فقد أكل من طعام المحلوف عليه وقال علي بن الجعد وابن سماعة عن أبي يوسف في رجل حلف لا يأكل من غلة أرضه ولا نية له فأكل من ثمن الغلة حنث لأن هذا في العادة يراد به استغلال الأرض فان نوى أكل نفس ما يخرج منه فأكل من ثمنه دينته فيما بينه وبين الله تعالى ولم أدينه في القضاء قال القدوري وهذا على أصله فيمن حلف لا يشرب الماء ونوى الجنس أنه لا يصدق في القضاء فاما على رواية الظاهرة فيصدق لأنه نوى حقيقة كلامه وقال محمد في الجامع إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئاً وأكل من ثمرها أو جمارها أو طلعها أو سهرها أو الدبس الذي يخرج من رطبها فانه يحنث لأن النخلة لا يتأتى أكلها فحملت اليمين على ما يتولد منها والدبس اسم لما يسيل من الرطب لا المطبوخ منه ولو حلف لا يأكل من هذا الكرم شيئاً فأكل من عنبه أو زببه أو عصيره حنث لأن المراد هو الخراج من الكرم أذعين الكرم لا يتحمل إلا كل كما في النخلة بخلاف ما إذا نظر إلى عنب فقال عبده حران أكل من هذا العنب فأكل من زببه أو عصيره أنه لا يحنث لأن العنب مما تؤكل عينه فلا ضرورة إلى الحمل على ما يتولد منه وكذلك لو حلف لا يأكل من هذه الشاة فأكل من لبنها أو زبدها أو سمنها لم يحنث لأن الشاة مأكولة في نفسها فمكن حمل اليمين على أجزائها فيحمل عليها لا على ما يتولد منها قال محمد ولو أكل من ناطف جعل من ثمر النخلة أو نبيذ نبذ من ثمرها لم يحنث لأن كلمة من لا تبدأ بالعابية وقد خرج هذا محذوف الصيغة عن حال الابتداء فلم يتناول اليمين ولو حلف لا يأكل من هذا اللبن فأكل من زبده أو سمنه لم يحنث لأن اللبن مأكول بنفسه فتحمل اليمين على نفسه دون ما يتخذ منه والله عز وجل أعلم وأما الحلف على الشرب

فقد ذكرنا معنى الشرب انه ايصال ما لا يحتمله المضغ من المائعات الى الجوف حتى لو حلف لا يشرب فأكل لا يحنت
 كما لو حلف لا يأكل فشر لا يحنت لان الاكل والشرب فعلان متغايران قال الله تبارك وتعالى وكلوا واشربوا حتى
 يتبين لكم الخطيط الابيض يحطف الشرب على الاكل والمعطوف غير المعطوف عليه واذا حلف لا يشرب ولا نية له فأي
 شراب شرب من ماء أو غيره يحنت لانه منع نفسه عن الشرب عاما وسواء شرب قليلا أو كثيرا لان بعض الشراب
 يسمى شرابا وكذا لو حلف لا يأكل طعاما فأكل شيئا يسيرا يحنت لان قليل الطعام طعام ولو حلف لا يشرب نبيذا
 فأى نبيذ شرب حنت لمعوم اللفظ وان شرب سكر لا يحنت لان السكر لا يسمى نبيذا لانه اسم لخر التمر وهو الذي
 من ماء التمر اذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لم يقذف على الاختلاف وكذا لو شرب فضيخا لانه لا يسمى نبيذا اذ هو
 اسم للمثلث يصب فيه الماء وكذا لو شرب عصير الاله لا يسمى نبيذا وان حلف لا يشرب مع فلان شرابا فشر باقى
 مجلس واحد من شراب واحد حنت وان كان الاله الذي يشرب فيه مختلفا وكذا لو شرب الخالف من شراب
 وشرب الآخر من شراب غيره وقد ضمهما مجلس واحد لان المفهوم من الشرب مع فلان في العرف هو ان يشرب باقى
 مجلس واحد اتحاد الاله والشراب أو اختلافا بعد ان ضمهما مجلس واحد يقال شربنا مع فلان وشربنا مع الملك وان كان
 الملك يتفرد بالشرب من اناه فان نوى شرابا واحدا ومن اناه واحد يصدق لانه نوى ما يحتمله لفظه ولو حلف لا يشرب
 من دجلة أو من القرات قال أبو حنيفة لا يحنت ما لم يشرب منه كرا وهو ان يضع فاه عليه فيشرب منه فان أخذ الماء
 بيده أو بانه لم يحنت وعند أبي يوسف ومحمد يحنت شرب كرا أو بانه أو اغترف بيده وجهه قهولما ان مطلق اللفظ
 يصرف الى المتعارف عند أهل اللسان والمتعارف عند ههنا من رفع الماء من القرات بيده أو بشئ من الاواني انه يسمى
 شارب من القرات فيحمل مطلق الكلام على غلبة المتعارف وان كان مجازا بعد ان كان متعارفا كما لو حلف لا يأكل من
 هذه الشجرة أو من هذا القدر انه ينصرف ذلك الى ما يخرج من الشجرة من الثمر والى ما يطبخ في القدر من الطعام كذلك
 ههنا ولا يحنى حنيفة ان مطلق الكلام محمول على الحقيقة وحقيقة الشرب من القرات هو ان يكرعه منه كرا لان كلمة من
 ههنا استعملت لابتداء الغاية بلا خلاف لتعذر حملها على التبعض اذ القرات اسم للنهر المعروف والنهر اسم للمابين ضفتي
 الوادى لا للماء الجاري فيه فكانت كلمة من ههنا لابتداء الغاية فتقتضى ان يكون الشرب من هذا المكان ولن يكون
 شربه منه الا وان يضع فاه عليه فيشرب منه وهو تفسير الكراع كما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز لا ترى انه لو
 شرب من اناه أخذ فيه الماء من القرات كان شاربا من ذلك الاله حقيقة لا من القرات والماء الواحد لا يشرب من
 مكانين من كل واحد منهما حقيقة ولهذا قال شربت من الاله لان القرات كان مصدقا ولو قال على القلب كان
 مكذبا فدل ان الشرب من القرات هو الكراع منه وان لم يمكن ومستعمل في الجملة وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه
 وسلم رأى قوما فقال هل عندكم من ماء بات في شن والا كرعناو يستعمله كثير في زماننا من أهل الرساتيق على انه
 ان لم يكن فعلا مستعملا فلا يوجب كون الاسم منقولا عن الحقيقة بعد ان كان الاسم مستعملا فيه تسمية ونظما كما
 لو حلف لا يأكل لحما فأكل لحم الخنزير انه يحنت وان كان لا يؤكل عادة لا نطلاق الاسم عليه حقيقة تسمية ونظما
 وبهذا تبين ان قلة الحقيقة وجودا لا يسلب اسم الحقيقة عن الحقيقة بخلاف ما اذا حلف لا يأكل من هذه الشجرة أو
 من هذا القدر لان ههنا كما لا يمكن جعل هذه الكلمة لتبعض ما دخلت عليه بحر وج الشجرة والقدر من ان يكون
 محسلا لا كل لا يمكن جعلها ابتداء من لغاية الا كل لان حقيقة الاكل لا يحصل من المكان بل من اليد لان الماء كقول
 مستمسك في نفسه والا كل عبارة عن البلع عن مضغ ولا يتأتى فيه المضغ بنفسه فلم يمكن جعلها لابتداء الغاية فاضرفيه
 ما يتأتى فيه الاكل وهو الثمرة في الشجرة والمطبوخ في القدر فكان من التبعض وههنا أمكن جعلها لابتداء الغاية لان
 الماء يشرب من مكان لا محالة لانعدام استمساكه في نفسه اذ الشرب هو البلع من غير مضغ وما يمكن ابتلاعه من غير
 مضغ لا يكون له في نفسه استمساك فلا بد من حامل له يشرب منه والله عز وجل أعلم ولو شرب من نهر يأخذ من

الفرات لم يحنث في قولهم جميعاً أما عنده فلا يشك لان هذا النهر ليس بفرات فصار كالماء شرب من آنية وأما عندهما فلا ينهما يعتبران العرف والعادة ومن شرب من نهر يأخذ من الفران لا يعرف شار بامن الفران لان الشرب من الفران عندهما هو أخذ الماء المقضى الى الشرب من الفران ولم يوجد ههنا لانه أخذ من نهر لا يسمى فراتاً ولو حلف لا يشرب من ماء الفران فشرّب من نهر أخذ الماء من الفران فان شرب منه بالاغتراف بالآنية أو بالاستقاء براوية يحنث بالاجماع وان كره منه يحنث في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه لا يحنث ووجهه ان النهر لما أخذ الماء من الفران فقد صار مضاًفاً اليه فاقطعت الاضافة الى الفران ووجه ظاهر الرواية انه منع نفسه عن شرب جزء من ماء الفران لان كلمة من دخلت في الماء صلة للشرب وهو قابل لفعل الشرب فكانت للتجزئة وبال دخول في نهر انشعب من الفران لا تنقطع اليه النسبة كما لا تنقطع بالاغتراف بالآنية والاستقاء بالرواية ألا ترى ان ماء زمزم ينقل اليها وينتبرك به ونقول شربنا من ماء زمزم ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة في هذا وقوله لا أشرب من دجلة سواء لانه ذكر الشرب من النهر فكان على الاختلاف وروى المعلى عن محمد بن حلف لا يشرب من نهر يجري ذلك النهر الى دجلة فاخذ من دجلة من ذلك الماء فشرّب به لم يحنث لانه قد صار من ماء دجلة والاضافة الى النهر الاول بحصوله في دجلة ولو حلف لا يشرب من هذا الجب فهو على الاختلاف حتى لو اغترف من مائه في اناء آخر فشرّب لم يحنث حتى يضع فاه على الجب في قول أبي حنيفة وعنهما يحنث ومن مشايخنا من قسم الجواب في الجب فقال ان كان ملاً كان فهو على الاختلاف لان الحقيقة مقصورة الوجود وان كان غير ملاً كان فاعترف يحنث بالاجماع لعدم تصور الحقيقة فتصرف يمينه الى الحجاز ولو حلف لا يشرب من هذا الكوز انصرفت يمينه الى الحقيقة فاجماعاً لتصور الحقيقة عنده وعندهما للعرف فان نقل الماء من كوز الى كوز وشرب من الثاني لا يسمى شار بامن الكوز الاول وان حلف لا يشرب من ماء هذا الجب فاعترف منه بانه فشرّب خنث بالاجماع لانه عقدي يمينه على ماء ذلك الجب وقد شرب من مائه فان حول ماءه الى جب آخر فشرّب منه فالكلام فيه كالكلام فيمن حلف لا يشرب من ماء الفران فشرّب من نهر يأخذ الماء من الفران وقد مر ولو قال لا أشرب من ماء هذا الجب فالكلام فيه كالكلام في قوله لا أشرب من ماء دجلة وقد ذكرناه ولو حلف لا يشرب من هذه البئر أو من مأها فاستقي منها وشرب خنث لان الحقيقة غير متصورة الوجود فيصرف الى الحجاز وقالوا فيمن حلف لا يشرب من ماء المطر فدت الدجلة من المطر فشرّب لم يحنث لانه اذا حصل في الدجلة انقطعت الاضافة الى المطر فان شرب من ماء وادسالى المطر لم يكن فيه ماء قبل ذلك أو جاء من ماء مطر مستنقع في قاع حنث لانه لم يضاف الى نهر بقيت الاضافة الى المطر كما كانت ولو حلف لا يشرب من ماء فرات فشرّب من ماء دجلة أو نهر آخر أو بئر عذبة يحنث لانه منع نفسه من شرب ماء عذب اذ الفران في اللغة عبارة عن العذب قال الله عز وجل وأسقيناهم ماء فراواناً ولما أطلق الماء ولم يصفه الى الفران فقد جعل الفران تعالماً وقد شرب من الماء المنعوت في حنث وفي الفصل الاول أضاف الماء الى الفران وعرف الفران بحرف التعريف فيصرف الى النهر المعروف المسمى بالفران (وأما) الحلف على الذوق فالذوق هو ابصار المذوق الى القم ابتلاعه أولاً بعد ان وجد طعمه لانه من أحد الحواس الخمس الموضوعات للعلم بالمذوقات كالسمع والبصر والشم واللمس للعلم بالمسموعات والمبصرات والشمومات والملموسات والعلم بالطعم يحصل بحصول الذوق في فمه سواء ابتلاعه أو بجمه فكل أكل فيه ذوق وليس كل ذوق أكل اذا عرف هذا فنقول اذا حلف لا يذوق طعاماً أو شرباً فادخله في فيه حنث لحصول الذوق لوجود معناه وهو ما ذكرنا فان قال أردت بقولي لا أذوقه لا آكله ولا أشربه دين فيما بينه وبين الله عز وجل ولا يدين في القضاء لانه قد يراد بالذوق الاكل والشرب يقال في العرف ما ذقت اليوم شيئاً وما ذقت الا الماء ويراد به الاكل والشرب فاذا نوى ذلك لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى حتى ياكل أو يشرب لانه نوى ما يحتمله كلامه ولا يصدق في القضاء لعدوله عن الظاهر قال هشام وسألت محمد بن عبد الله عن رجل حلف

لا يذوق في منزل فلان طعاما ولا شرابا فذاق منه شيئا أدخله فاه ولم يصل الى جوفه فقال محمد هذا على الذوق الا ان يكون تقدم كلام قلت فان كان قال له المحلوف عليه تعد عندى اليوم لحلف لا يذوق في منزله طعاما ولا شرابا فقال محمد هذا على الاكل ليس على الذوق وانما كان كذلك لما بيننا حقيقة الذوق هي اكتساب سبب العلم بالمدقوق وقد يستعمل ذلك في الاكل والشرب فان تقدمت هناك دلالة حال خرج الكلام عليه حملت اليقين عليها والاعملت بحقيقة اللفظ ولوحلف لا يذوق الماء فتمضمض للصلاة لا يحنث وان حصل له العلم بطعم الماء لان ذلك لا يسمى ذوقا عرفا وعادة اذا المقصود منه التطهير لا معرفة طعم المدقوق ولوحلف لا يأكل طعاما ولا يشرب شرابا ولا يذوق ونوى طعاما دون طعام أو شرابا دون شراب فجملة الكلام في هذا ان الحالف لا يخلو اما ان ينوى تخصيص ما هو مذكور واما ان ينوى تخصيص ما ليس بمذكور فان نوى تخصيص ما هو مذكور بان ذكر لفظا عاما وأراد به بعض ما دخل تحت اللفظ العام من حيث الظاهر يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لان التكلم بالعام على ارادة الخاص جائز لانه خلاف الظاهر لان اللفظ وضع دلالة على العموم والظاهر من اللفظ الموضوع دلالة على العموم في اللغة ارادة العموم فكان نية الخصوص خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء وان نوى تخصيص ما ليس بمذكور لا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله عز وجل سواء كان التخصيص راجعا الى الذات او الى الصفة او الى الحال لان الخصوص والعموم من صفات الالفاظ دون المعاني فغير الملقوظ لا يحتمل التعميم والتخصيص والتقييد فاذا نوى التخصيص فقد نوى ما لا يحتمله كلامه فلم تصبح نيته رأسا واذا عرف هذا افتخرج عليه مسائل اذا قال ان أكلت طعاما أو شربت شرابا أو ان ذقت طعاما أو شرابا فعبدى حر وقال عنت اللحم أو الخبز فأكل غيره لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص من اللفظ المذكور في موضع العموم كما بينا فيما تقدم ان قوله ان أكلت طعاما بمعنى قوله لا أكل طعاما فيتناول بظاهرة كل طعام فاذا نوى به بعض الاطعمة دون بعض فقد نوى الخصوص في اللفظ العام وانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل وان قال ان أكلت أو ذقت أو شربت فعبدى حر وهو ينوى طعاما بعينه أو شرابا بعينه فأكل أو شرب غيره فان عبده يعتق في القضاء وفيما بينه وبين الله عز وجل لانه نوى التخصيص من غير المذكور اذا الطعام والشراب ليسا بمذكورين بل يثبتان بطريق الاقتضاء والمقتضى لا عموم له وعند الشافعي يدين فيما بينه وبين الله عز وجل ويترجم للمقتضى عمومها والصحيح قولنا لما ذكرنا ان العموم والخصوص من صفات الموجود دون المعدوم اذا المعدوم لا يحتمل الصفة حقيقة لانه يجعل موجودا بطريق الضرورة لصحة الكلام فيبقى فيها وراه على حكم العدم وأما التخصيص الراجع الى الصفة والحال فنحو ما حكى بشر عن أبي يوسف في رجل قال والله لا أكلم هذا الرجل وهو قائم وعنى به مادام قائما لكنه لم يتكلم بالقيام كانت نيته باطلة وحنث ان كلمه لان الحال والصفة ليست بمذكورة فلا تحتمل التخصيص ولوحلف لا يكلم هذا القائم يعني به مادام قائما وسعه فيما بينه وبين الله تعالى لو ردد التخصيص على الملقوظ وكذلك اذا قال والله لا ضربن فلانا خمسين وهو ينوى بسوط بعينه فبأى سوط ضرب به فقد خرج عن يمينه والنية باطلة لان آلة الضرب ليست بمذكورة فبطلت نية التخصيص ونظير هذا ما حكى ابن سماعه عن محمد في رجل حلف وقال والله لا أتزوج امرأة وهو ينوى كوفية أو بصرية فقال ليس في هذانية فلا يصدق فيما بينه وبين الله عز وجل ولا في القضاء ولو قال والله لا أتزوج امرأة يعني امرأة كان أبوها يعمل كذا وكذا فهذا كله لا يجوز فيه النية ولو قال والله لا أتزوج امرأة يعني امرأة عربية أو حبشية قال هذا جائز يدين فيما نواه فقد جعل قوله عربية أو حبشية بيان النوع وقوله كوفية أو بصرية وصفاً يجوز تخصيص النوع ولم يجوز تخصيص الوصف لان الصفة ليست بمذكورة والجنس مذكور وهو قوله امرأة لانه يتناول كل امرأة لانه في موضع النفي فتعمل نيته في نوع دون نوع لا شمال اسم الجنس على انواع وقال ابن سماعه عن محمد في رجل قال والله لا أتزوج امرأة على ظهر الارض ينوى امرأة بعينها قال يصدق فيما بينه وبين

و بين الله تعالى لان اللفظ عام يحتمل تخصيص جنس أفراد العموم الا أنه خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء قال ولو قال لأشترى جارية ونوى مولدة فان نيته باطلة لأنه ليس بتخصيص نوع من جنس وانما هو تخصيص صفة فاشبه الكوفية والبصرية ولو قال والله لا آكل الطعام أولاً أشرب الماء أولاً تزوج النساء فيمينه على بعض الجنس لما بينا فيما تقدم وان أراد به الجنس صدق لانه نوى حقيقة كلامه وأما الحلف على الغداء والعشاء فلا بد من معرفة معنى الغداء والعشاء ومعرفة وقتها أما الاول فالغداء والعشاء كل واحد منهما عبارة عن أكل ما يقصد به الشبع عادة فيعتبر في ذلك العادة في كل بلد فسا كان غداء عندهم حملت اليمن عليه ولهذا قالوا في أهل الحضرة اذا حلفوا على ترك الغداء فشرى اللبن لم يحشوا لانهم لا يتناولون ذلك للشبع عادة ولو حلف البدوي فشرى اللبن حنث لان ذلك غداء في البادية واذا حلف لا يتعدى فاكل غير الخبز من أرز أو تمر أو غيره حتى شبع لم يحنث ولم يكن ذلك غداء وكذلك اذا أكل لحماً بغير خبز لم يحنث في قول أبي يوسف ومحمد كذا ذكر الكرخي قال وقال ليس الغداء في مثل الكوفة والبصرة الا على الخبز والمرجع في هذا الى العادة فما كان غداء معتاداً عند الحالف حنث وما لا فلا وروى هشام عن أبي حنيفة في أكل الهريسة والارزانه يحنث وروى عن أبي يوسف في الهريسة والقولنج والخبثيص انه لا يحنث الا أن يكون ذلك غداءه والا صلل ان غداء كل بلد ما توافونه غداء فيعتبر عادة الحالف فيما يحلف عليه فان كان الحالف كوفياً يقع على خبز الحنطة والشعير ولا يقع على اللبن والسويق وان كان بدوياً يقع على اللبن والسويق وان كان حجازياً يقع على السويق وفي بلادنا يقع على خبز الحنطة وأما الثاني فنقول وقت الغداء من طلوع الفجر الى وقت الزوال لأن الغداء عبارة عن أكل الغدوة وما بعد نصف النهار لا يكون غدوة والعشاء من وقت الزوال الى نصف الليل لانه مأخوذ من أكل العشيّة وأول أوقات العشاء ما بعد الزوال وقد روى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاتي العشاء ركعتين يريد الظهر والعصر وفي عرف ديوان العشاء ما بعد وقت صلاة العصر وأما السجود فما بعد نصف الليل الى طلوع الفجر لانه مأخوذ من السحر وهو وقت السحر ولم يذكر في ظاهر الرواية مقدار الغداء والعشاء وقد روى ابن سنان عن أبي يوسف فيمن قال لامته ان تم تعشى الليلة فعبدى حرفاً كلت لقمة واحدة لم تزد عليها فليس هذا بعشاء ولا يحنث حتى تأكل أكثر من نصف شعبها لان من أكل لقمة يقول في العادة ما تعديت ولا تعشيت فاذا أكل أكثر كله يسمى ذلك غداء في العادة وروى المعلى عن محمد فيمن حلف ليأتيته غدوة انه اذا أتاه بعد طلوع الفجر الى نصف النهار فقد بر وهو غدوة لما ذكرنا ان هذا وقت الغداء ولو قال ليأتيته ضحوة فهو من بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلاة الى نصف النهار لان هذا وقت صلاة الضحى قال محمد اذا حلف لا يصبح فالتصبح عندي ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحى الا كبر فاذا ارتفع الضحى الا كبر ذهب وقت التصبيح لان التصبيح تفعيل من الصباح والتفعيل للتكثير فيقتضى زيادة على ما يفيد الصباح وروى المعلى عن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فليكلمه لان وقت السحر ما قرب من الفجر قال هشام عن محمد والمساء مسا أن أحدهما اذا زالت الشمس ألا ترى انك تقول اذا زالت الشمس كيف أمسيت والمساء الاخير اذا غربت الشمس فاذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى عسى كان ذلك على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمن على المساء الاول فيحمل على الثاني والله عز وجل أعلم

فصل وأما الحلف على اللبس والكسوة اذا حلف لا يلبس قميصاً أو سراويل أو رداء فاتزر بالسراويل أو القميص أو الرداء لم يحنث وكذا اذا اعتم بشئ من ذلك لان المطلق تعتبر فيه العادة والاتزار والتعمم ليس بمعتاد في هذه الاشياء فلا يحنث ولو حلف لا يلبس هذا القميص أو هذا الرداء فعلى أى حال لابس ذلك حنث وان اتزر بالرداء وارتنى بالقميص أو اغتسل فلف القميص على رأسه وكذلك اذا حلف لا يلبس هذه العمامة فالقها على عاتقه لأن اليمن اذا تعلقت بمعين اعتبر فيها وجود الاسم ولا تعتبر فيها الصفة المعتادة لأن الصفة في الحاضر غير معتبرة

والاسم باق وهذا ليس بمتعارف في حث به ولو حلف لا يلبس حريرا فلبس معه متا لم يحث لان الثوب ينسب الى اللحمة دون السداء لانها هي الظاهر منه والسداء ليس بظاهر ونظير مسائل الباب ما قال في الجامع فيمن حلف لا يلبس قميصين فلبس قميصا ثم نزع ثم لبس آخر فانه لا يحث حتى يلبسهما معا لان المفهوم من لبس القميصين في العرف هو ان يجمع بينهما ولو قال والله لا لبس هذين القميصين فلبس أحدهما ثم نزع ولبس الآخر حث لان اليمين ههنا وقعت على عين فاعتبر فيها الاسم دون اللبس المعتاد وقالوا فيمن حلف لا يلبس شيئا ولا نية له فلبس درعاً من حديد أو درعاً امرأة أو خفين أو قلنسوة انه يحث لان ذلك كله يتناول اسم اللبس ولو حلف لا يلبس سداً حثت له سيفاً أو تنكب قوساً أو ترساً لم يحث لان هذا لا يسمى لبساً يقال تقلد السيف ولا يقال لبسه ولو لبس درعاً من حديد أو غيره حث لان السلاح هكذا يلبس وقالوا فيمن حلف لا يلبس قطناً فلبس ثوب قطن يحث لان القطن لا يحتمل اللبس حقيقة فيحمل على لبس ما يتخذ منه فان لبس قباء لبس بقطن وحشوه قطن لم يحث الا أن يعنى الحشولان الحشوليس بلبوس فلا يتناول اليمين فان لبس ثوباً من قطن وكتان حث لان اليمين على القطن تتناول ما يتخذ منه وبعض الثوب يتخذ منه وروى بشر عن أبي يوسف في رجل حلف ليقطن من هذا الثوب قميصاً وسراويل قطعته قميصاً فلبسه ماشاء ثم قطع من القميص سراويل فلبسه فانه يبر في يمينه لان القميص يسمى ثوباً فقد قطع الثوب سراويل واسم الثوب لم يزل فلا يحث وان حلف على قميص ليقطن منه قباء وسراويل فقطع منه قباء فلبسه أو لم يلبسه ثم قطع من القباء سراويل فانه قد حث في يمينه حين قطع القميص قباءً لأنه قطع السراويل مما لا يسمى قميصاً ويمينه اقتضت أن قطع السراويل من قميص لان قباء وقال في الزبادات اذا قال عبده حران لم يجعل من هذا الثوب قباء وسراويل ولا نية له فجعله كله قباء وخاطه ثم نقض القباء وجعله سراويل فانه لا يحث الا أن يكون عنى أن يجعل من بعضه هذا أو بعضه هذا وهو على الحالة الأولى وقال عمرو عن محمد في رجل حلف لا يلبس هذا الثوب فقطعه سراويلين فلبس سراويل بعد سراويل لا يحث وقال محمد اذا صار سراويلين خرج من أن يكون ثوباً لان لبس الثوب المشار اليه بلبس جميعه دفعة واحدة وروى عن محمد أنه قال سمعت أبا يوسف فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب فاخذ منه قلنسوات فلبسها لم يحث لانه لم يقطع قلنسوات لم يبق اسم الثوب لان القلنسوة لا تسمى ثوباً وان قطعته قميصاً ففضل منه فضلة عن القميص رقعة صغيرة يتخذ منها لبنة أو ما أشبه ذلك فانه يحث لان هذا القدر مما لا يعتد به فكان لا بأساً بمن حلف لا يأكل رمانة فأكلها الا حبة وكذا لو اتخذ من الثوب جوارب فلبسها لم يحث لانه لما قطعه جوارب زال اسم الثوب عنها ولو حلف لا يلبس ثوباً من غزل فلا نية فقطع بعضه فلبسه فان كان لا يكون ما قطع ازاراً أو رداءً لم يحث فان بلغ ذلك حث وان قطعته سراويل فلبسه حث لان اسم الثوب انما يقع على ما تستر به العورة وأدنى ذلك الازار فاذا لبس ثوب وكذا المرأة اذا حلفت لا تلبس ثوباً فلبست خماراً أو مقنعة لم تحث والمراد بذلك الخمار الذي لم يبلغ مقدار الازار فاذا بلغ ذلك الازار حثت بلبسه وان لم تستر به العورة وكذلك اذا لبس الخالف عمامة لم يحث الا أن يلف على رأسه ويكون قد رازار أو رداء أو يقطع من مثلها قميصاً أو درعاً أو سراويل لان العمامة اذا لم تبلغ مقدار الازار فلا بأساً لا يسمى لبس ثوباً فلم يحث واذا بلغت مقدار الازار أو الرداء فقد لبس ما يسمى ثوباً الا أنه ليس في موضع مخصوص من بدنه فهو كما لو لبس القميص على رأسه ولو حلف لا يلبس من غزل فلا نية ولم يثقل ثوباً لم يحث في التكة والزرو والعروة واللينة روى ذلك عن محمد لان هذا ليس بلبس في العادة ولا يقال لمن كان عليه لباس وقال أبو يوسف ان لبس رقعة في ثوب شبرا في شبر حث لان هذا عنده في حكم الكثير فصار لا بأساً وقال محمد اذا حلف لا يلبس ثوباً لم يحث في العمامة والمقنعة ويحث في السراويل وقد قالوا اذا حلف لا يلبس ثوباً من غزلها فلبس ثوب خزر غزله حث لان ذلك ينسب الى الثوب فانه كان كساء من غزلها سداً قطن فان كان ذلك يسمى ثوباً حثت والام لم يحث ولو حلف لا يلبس ثوباً من نسج فلان فنسجه غلماً فانه كان فلان يعمل بيده لم يحث الا أن يلبس من

عمله وان كان فلان لا يعمل بيده حنث لان حقيقة النسيج ما فعله الانسان بنفسه فان أمكن الحمل على الحقيقة يحمل عليها وان لم يمكن يحمل على المجاز فاذا كان فلان لا ينسج بيده لم تكن الحقيقة مرادة باليمين فيحمل على المجاز وهو الامر بالعمل وروى بشر عن أبي يوسف فيمن حلف لا يلبس شياً من السواد قال هذا على ما يلبس مثله ولا يحنث في التكة والزر والعروة لان ذلك ليس بلبس وان حلف لا يكسو فلان شياً ولا يلبس مثله فكساه قلنسوة أو خفين أو جوربين حنث لان الكسوة اسم لما يكسى به وذلك يوجد في القليل والكثير وروى عمرو عن محمد اذا حلف لا يكسو امرأة فبعث اليها مقنعة قال لا يحنث فجعل الكسوة عبارة عما يجزى في كفارة اليمين وأجرى ذلك مجرى قوله لا لبس ثوبا ولو حلف لا يكسو فلان ثوبا فاعطاه دراهم يشتري بها ثوبا لم يحنث لانه لم يكسه وانما وهب له دراهم وشاوزه فيما فعل بها ولو أرسل اليه ثوب كسوة حنث لانه الحقوق لا تتعلق بالرسول وانما تتعلق بالمرسل

فصل وأما الحلف على الركوب اذا حلف لا يركب دابة فهو على الدواب التي يركبها الناس في حوائجهم في مواضع اقامتهم فان ركب بعيراً أو بقرة لم يحنث والقياس أن يحنث في ركوب كل حيوان لان الدابة اسم لما يدب على وجه الارض قال الله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها وقال عز وجل ان شر الدواب عند الله الذين كفروا الا انهم استحسنوا وحملوا اليمين على ما يركبه الناس في الامصار ولقضاء الحوائج غالباً وهو الخيل والبغال والحمير تخصيصاً للعموم بالعرف والعادة لا نعلم أنه ما أراد به كل حيوان فحملنا مطلق كلامه على العادة ومعلوم أن الثيل والبقرة والبعير لا يركب لقضاء الحوائج في الامصار عادة فان نوى في يمينه الخيل خاصة دين فيما بينه وبين الله عز وجل لان اللفظ يحتمله ولا يدين في القضاء لانه خلاف ظاهر العموم وان حلف لا يركب فرساً فركب برذوناً وحلف لا يركب برذوناً فركب فرساً لم يحنث لان الفرس عبارة عن العربي والبرذون عن الشهي فصار كمن حلف لا يكلم رجلاً عرياً فأكلم عجمياً ولو حلف لا يركب وقال نوبت الخيل لا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله عز وجل لان الركوب ليس بمذكور فلا يحتمل التخصيص فان حلف لا يركب الخيل فركب برذوناً أو فرساً لم يحنث لان الخيل اسم جنس قال الله عز وجل والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وقال صلى الله عليه وسلم الخيل في نواصيها الخير الى يوم القيامة والمراد به الجنس فيعم جميع أنواعه ولو حلف لا يركب دابة وهو راكبها فكث على حاله ساعة واقفاً أو سائراً حنث لما ذكرنا أن الركوب يحتمل الابتداء ويتجدد أمثاله وكذلك لو حلف لا يلبس وهو لبس أو لا يجلس على هذا القرش وهو جالس لما قلنا فان نزل عقيب يمينه أو نزع أو قام لم يحنث عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لفرق وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة لعبد فلان وعليه دين أو لادين عليه لا يحنث في قول أبي حنيفة وعند محمد يحنث أما اذا كان عليه دين فلانه لا يملكها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي مضافة الى العبد دون المولى وأما اذا لم يكن عليه دين فهي مضافة الى العبد فلم يحنث وعند محمد هي ملك المولى حقيقة فيحنث بركوبها ولو حلف لا يركب مركباً ولا نوى شيئاً فركب سفينة أو محلاً أو دابة كاف أو سرج حنث لوجود الركوب اما في الدابة بالسرج والا كاف فلا شك فيه وأما في السفينة فلان الله تعالى سمي ذلك ركوباً بقوله عز وجل وقال اركبوا فيها بسم الله يحمر بها والله عز وجل أعلم

فصل وأما الحلف على الجلوس فاذا حلف لا يجلس على الارض فانه لا يحنث الا أن يجلس عليها وليس بينه وبينها غير ثيابه فان كان بينه وبين الارض حصيراً أو بوري أو بساطاً أو كرسي أو شئ بسطه لم يحنث لان الجالس على الارض من يشر الارض ولم يحل بينه وبينها شئ هذا هو الجلوس على الارض حقيقة الا أن الجلوس عليها بما هو متصل به من ثيابه يسمى جلوساً على الارض عرفاً واذا حال بينهما ما هو منفصل عنه من البساط والحصير لا يسمى جلوساً الا ترى أنه يقال جلس على البساط والحصير لا على الارض فاذا حلف لا يجلس على هذا القراش أو هذا الحصير أو هذا البساط فجعل عليه مثله ثم جلس لم يحنث لان الجلوس يضاف الى الثاني دون الاول الا ترى ان الطنفسة اذا جعلت على البوري لا يقال جلس على البوري بل يقال جلس على الطنفسة وكذلك اذا جعل القراش

على الفراش أو البساط على البساط وخالف أبو يوسف في الفراش خاصة فقال إذا حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراشا آخر ونام عليه حنث لأنهم جميعا مقصودان بالنوم لأن ذلك إنما يجعل لزيادة التوطئة وأجمعوا على أنه لو حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه قراما أو محبسا حنث لأن ذلك لا يمنع أن يقال نام على الفراش ولو حلف لا يجلس على هذا السرير أو على هذا الدكان أو لا ينام على هذا السطح فجعل فوقه مصلى أو فرشاً أو بساطاً ثم جلس عليه حنث لأنه يقال جلس الأمير على السرير وإن كان فوقه فراش ويتألف نام على السطح وإن كان نام على فراش فلو جعل فوق السرير سريراً أو بنى فوق الدكان دكاناً أو فوق السطح سطحاً لم يحنث لأن الجلوس يضاف إلى الثاني دون الأول وقال محمد إذا كان نوى مباشرة وهي أن لا يكون فوقه شيء لم يدين في القضاء يعني به إذا حلف لا ينام على السرير فنام على فراش فوق السرير لا نه نوى غير ظاهر كلامه ولو قال والله لا أنام على ألواح هذا السرير أو ألواح هذه السفينة ففرش على ذلك فراشا لم يحنث لأنه نام على ألواح وذكري الأصل إذا حلف لا يمشي على الأرض فمشى عليها وفي رجله خف أو نعل لم يحنث لأن المشي على الأرض هكذا يكون عادة ألا ترى أنه لم يجعل بينه وبينها ما هو منفصل عنه وإن مشى على بساط لم يحنث لأنه يقال مشى على البساط وجاء في الشعر

نحن بنات طارق * نمشي على النمارق

ولو مشى على السطح حنث لأنه يقال هذه أرض السطح ويقال لمن على السطح لا تم على الأرض
 ﴿فصل﴾ وأما الحلف على السكنى والمساكنة والابواء والبيتوتة أما السكنى فإذا حلف لا يسكن هذه الدار ما كان فيها ساكناً أو لم يكن فإن لم يكن فيها ساكناً فليسكن فيها أن يسكنها بنفسه وينقل إليها من متاعه ما يتأث به ويستعمله في منزله فإذا فعل ذلك فهو ساكن وحانث في يمينه لأن السكنى هي الكون في المكان على طريق الاستقرار فإن من جلس في المسجد وبات فيه لا يسمى ساكناً المسجد ولو أقام فيه بما يتأث به يسمى به فدل أن السكنى ما ذكرنا وذلك إنما يكون بما يسكن به في العادة وذلك ما قلنا وإن كان فيها ساكناً لم يحنث لا يسكنها فإنه لا يبرح حتى ينتقل عنها بنفسه وأهله وولده الذين معه ومتاعه ومن كان يأويها لخدمته والقيام بأموره في منزله فإن لم يفعل ذلك ولم يأخذ في النقلة من ساعته وهي ممكنة حنث ههنا ثلاثة فصول أحدها إذا حلف لا يسكن فانتقل بأهله ومتاعه في الحال لم يحنث في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر يحنث وهو على الخلاف الذي ذكرنا في الركب واللباس حلف لا يلبس فتركه في الحال وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم والثاني إذا انتقل بنفسه ولم ينتقل بأهله ومتاعه قال أصحابنا يحنث وقال الشافعي لا يحنث وجه قوله أن شرط حنثه سكنه ولم يسكن فلا يحنث كما لو حلف لا يسكن في بلد فخرج بنفسه وترك أهله فيه وقال الشافعي محتجاً علينا إذا خرجت من مكة وخلقت دفتراً بها أفاكون ساكناً بمكة ولنا أن سكنى الدار إنما يكون بما يسكن به في العادة لا ذكرنا أنه اسم للسكن على وجه الاستقرار ولا يكون السكن على هذا الوجه إلا بما يسكن به عادة فإذا حلف لا يسكنها وهو فيها فالبر في إزالة ما كان بها ساكناً فإذا لم يفعل حنث وهذا لأنه بقوله لا أسكن هذه الدار فقد منع نفسه عن سكنى الدار وكبره سكنها لمعنى يرجع إلى الدار والإنسان كما يصون نفسه عما يكره يصون أهله عنه عادة فكانت يمينه واقعة على السكنى وما يسكن به عادة فإذا خرج بنفسه وترك أهله ومتاعه فيه ولم يوجد شرط البر فيحنث والدفاتر لا يسكن بها في الدور عادة فبقاؤها لا يوجب بقاء السكنى فهذا كان تشبيهاً في غير موضعه ولأن من حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه وأهله ومتاعه فيها يسمى في العرف والعادة ساكن الدار ألا ترى أنه إذا قيل له وهو في السوق أين تسكن يقول في موضع كذا وإن لم يكن هو فيه وهذا فارق البلد لأنه لا يقال لمن بالبصرة أنه ساكن بالكوفة والثالث أنه إذا انتقل بنفسه وأهله وماله ومتاعه وترك من أئانه شيئاً سيرا قال أبو حنيفة يحنث وقال أبو يوسف إذا كان المتاع المتركة لا يشغل بيتاً ولا بعض الدار لا يحنث ولست أجد في هذا أحداً وإنما هو على الاستحسان وعلى ما يعرفه الناس وقيل معنى قول أبي حنيفة إذا ترك

شيأ يسير أي لا يعتد به ولا يسكن بمثله فاما اذا خلف فيها وتدا أو مكنسة لم يحث لابي يوسف ان اليسير من
الاثاث لا يعتد به لانه يسكن بمثله فصار كالوتد ولا يي حنيفة ان شرط البرازالة ما به صار سا كذا فاذا بقي منه شيء
لم يوجد شرط البر بكماله فيحث فان منع من الخروج والتحول بنفسه ومتاعه وأوقعوه وقهر ولا يحث وان
أقام على ذلك أياما لانه ما يسكنها بل أسكن فيها فلا يحث ولان البقاء على السكنى يجرى مجرى الابتداء ومن
حلف لا يسكن هذه الدار وهو خارج الدار فحمل اليها مكرها لم يحث كذا البقاء اذا كان باكراه وقال محمد
اذا خرج من ساعته وخلف متاعه كله في المسكن فكث في طلب المنزل أياما ثلاثا فلم يجد ما يستأجره وكان
يمكنه ان يخرج من المنزل ويضع متاعه خارج الدار لا يحث لان هذا من عمل النقلة اذ النقلة اذ النقلة على العادة
والمعتاد هو الانتقال من منزل الى منزل ولانه مادام في طلب المنزل فهو متشاغل بالانتقال كما لو خرج يطلب من
يحمل رحله وقال محمد ان كان الساكن موسرأوله متاع كثير وهو يقدر على ان يستأجر من ينقل متاعه في يوم
فلم يفعل وجعل ينقل بنفسه الاول فالاول فكث في ذلك سنة قال ان كان النقلة لا يفترا لانه لا يحث لان
الحث يقع بالاستقرار بالدار والمتشاغل بالانتقال غير مستقر ولانه لا يلزمه الانتقال على أسرع الوجوه ألا يرى انه
بالانتقال المعتاد لا يحث وان كان غيره أسرع منه فان تحول بيده وقال ذلك أردت فان كان حلف لا يسكن هذه الدار
وهو ساكن فيها لا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله كلامه
وان كان حلف وهو غير ساكن وقال نويت الانتقال بيدى دين لانه نوى ما يحتمله وفيه تشديد على نفسه وأما
المساكنة فاذا كان رجل ساكنا مع رجل في دار خلف أحدهما ان لا يساكن صاحبه فان أخذ في النقلة وهي
ممكنة والاحتث والنقلة على ما وصفت لك اذا كان ساكنا في الدار خلف لا يسكنها لان المساكنة هي ان
يجمعهما منزل واحد فاذا لم ينتقل في الحال فالبقاء على المساكنة مساكنة فيحث فان وهب الخالف متاعه للمحلف
عليه أو أودعه أو أعاره ثم خرج في طلب منزل فلم يجد منزلا أياما ولم يأت الدار التي فيها صاحبه قال محمد ان كان وهب
له المتاع وقبضه منه وخرج من ساعته وليس من رأيه العود اليه فليس بمساكن له فلا يحث وكذلك ان أودعه المتاع
ثم خرج لا يريد العود الى ذلك المنزل وكذلك العارية لانه اذا وهبه وأقبضه وخرج فليس بمساكن اياه بنفسه ولا
بماله واذا أودعه فليس بمساكن به فلا يحث وكذلك ان أودعه المتاع ثم خرج وانما هو في يد المودع وكذلك اذا
أعاره فلا يحث ولو كان له في الدار زوجة فزادها على الخرج فابت وامتنعت وحرص على خروجها واجتهد
فلم تفعل فانه لا يحث اذا كانت هذه حالها لانه لو بقي هو في الدار مكرها لم يحث لعدم اختياره السكنى به فكذا
اذا بقي ما يسكن به بصير اختياره واذا حلف لا يساكن فلانا فساكنه في عريضة دار أو بيت أو غرفة فحث لان
المساكنة هي القرب والاختلاط فاذا سكنها في موضع يصلح للسكنى فقد وجد الفعل المحلوف عليه فيحث فان
ساكنه في دار هذا في حجرة وهذا في حجرة أو هذا في منزل وهذا في منزل فحث الا أن يكون دارا كبيرة قال أبو
يوسف مثل دار الرقيق ونحوها ودار الوليد بالكوفة فانه لا يحث وكذا كل دار عظيمة فيها مقاصير ومنازل وقال
هشام عن محمد اذا حلف لا يساكن فلانا ولم يسكن دارا فسكن هذا في حجرة وهذا في حجرة لم يحث الا ان يساكنه في
حجرة واحدة قال هشام قلت فان حلف لا يساكنه في هذه الدار فسكن هذا في حجرة وهذا في حجرة قال يحث لمحمد
ان الحجرين المختلفين كالدارين بدليل ان السارق من احدهما اذا قتل المسروق الى الاخرى قطع وليس كذلك
اذا حلف لا يساكنه في دار لانه حلف على ان لا يجمعهما دار واحدة وقد جمعتهما وان كانا في حجرها ولا يي يوسف
ان المساكنة هي الاختلاط والقرب فاذا كانا في حجرين في دار صغيرة فقد وجد القرب فهو كبيتين من دار وان كانا في
حجرتين من دار عظيمة فلا يوجد القرب فهو كدارين في حجرة فان سكن هذا في بيت من دار وهذا في بيت وقد حلف
لا يساكنه ولم يسكن دارا حث في قوهم لان بيوت الدار الواحدة كالبيت الواحد ألا ترى ان السارق لو قتل المسروق

من أحد البيتين إلى الآخر لم يقطع وقال أبو يوسف فإن ساكنه في حانوت في السوق يعملان فيه عملاً أو يبعان فيه تجارة فإنه لا يحنث وإنما اليمين على المنازل التي هي المأوى وفيها الأهل والعيال فأما حوانيت البيع والعمل فليس يقع اليمين عليهما إلا أنه ينوى أو يكون بينهما قبل اليمين بدل يدل عليهما فتكون اليمين على ما تقدم من كلامهما ومعانيهما لأن السكنى عبارة عن المكان الذي يأوى إليه الناس في العادة ألا ترى أنه لا يقال فلان يسكن السوق وإن كان يصجر فيها فإنه جعل السوق مأواه قيل أنه يسكن السوق فإن كان هناك دلالة تدل على أنه أراد باليمين ترك المساكنة في السوق حملت اليمين على ذلك وإن لم يكن هناك دلالة فقال نويت المساكنة في السوق أيضاً فقد شد على نفسه قالوا إذا حلف لا يسكن فلا نبال الكوفة ولا نية له فسكن أحدهما في دار والآخر في دار أخرى في قبيلة واحدة أو محلة واحدة أو درب فإنه لا يحنث حتى تجمع ما السكنى في دار لأن المساكنة هي المقاربة والمخالطة ولا يوجد ذلك إذا كان في دارين وذكر الكوفة لتخصيص اليمين بها حتى لا يحنث بمساكنته في غيرها فإن قال نويت أن لا أسكن الكوفة والحلوف عليه بالكوفة صدق لأنه شدد على نفسه وكذلك إذا حلف لا يسكنه في الدار فاليمين على المساكنة في دار واحدة على ما بينا ولو أن ملاحاً حلف لا يسكن فلان في سفينة واحدة ومع كل واحد منهما أهله ومناعه واتخذها منزله فإنه يحنث وكذلك أهل البادية إذا جمعهم خيمة وانفترقت الخيام لم يحنث وإن تقاربت لأن السكنى محمولة على العادة وعادة الملاحين السكنى في السفن وعادة أهل البادية السكنى في الأخبية فتحمل عيّنهم على عاداتهم وأما الإيواء فإذا حلف لا يأوى مع فلان أو لا يأوى في مكان أو دار أو في بيت فلا يواء الكون ساكناً في المكان فأوى مع فلان في مكان قليلاً كان المكث أو كثيراً اليسلا كان أو نهراً أحنث وهو قول أبي يوسف الآخر وقول محمد إلا أن يكون نوى أكثر من ذلك يوماً أو أكثر فيكون على ما نوى ورأى ابن رستم في رجل حلف بالطلاق لا يأويه وفلان يبيت وذلك لأن الإيواء عبارة عن المصير في الموضع قال الله عز وجل ساوى إلى جبل يعصني من الماء أي ألتجى وذلك موجود في قليل الوقت وكثيره وقد كان قول أبي يوسف الأول أن الإيواء مثل البيوت وأنه لا يحنث حتى يقيم في المكان أكثر الليل لأنهم يذكرون الإيواء كما يذكرون البيوت فيقولون فلان يأوى في هذه الدار كما يقولون يبيت فيها وأما إذا نوى أكثر من ذلك فلا مر على ما نوى لأن اللفظ محتمل فاتهم بذكرون الإيواء ويريدون به السكنى والمقام وقد روى ابن رستم عن محمد في رجل قال إن آواني وإياك بيت أبداً على طرفه عين في قول أبي يوسف الآخر وقولنا إلا أن يكون نوى أكثر من ذلك يوماً أو أكثر فلا مر على ما نوى لأن اللفظ يوماً أو أكثر وقال ابن سباعة عن أبي يوسف إذا حلف لا يأوى فلان وقد كان المحلوف عليه في عيال الخالف ومنزله لا يحنث إلا أن يعيد المحلوف عليه ما كان عليه وإن لم يكن المحلوف عليه في عيال الخالف فهذا على نية الخالف أن نوى أن لا يعوله فهو كما نوى وكذلك أن نوى لا يدخله عليه بيته لأن قوله لا يأويه يذكرون براد به ضمه إلى نفسه ومنزله وقد يراد به القيام بامرءه فإن كان في اللفظ دليل على شيء والى يرجع إلى بيته فإن دخل المحلوف عليه بغير إذنه فراه فسكت لم يحنث لأنه حلف على فعل نفسه فإذا لم يره لم يوجد فعله وقال عمر وعنه محمد الإيواء عند البيوتة والسكنى فإن نوى المبيت فهو على ذهاب إلا أكثر من الليل وإن لم ينوشياً فهو على ذهاب ساعة (وأما البيوتة فإذا حلف لا يبيت مع فلان أو لا يبيت في مكان كذا فالمبيت بالليل حتى يكون فيه أكثر من نصف الليل وإذا كان أقل لم يحنث وسواء نام في الموضع أو لم ينام لأن البيوتة عبارة عن الكون في مكان أكثر من نصف الليل لا يرى أن الإنسان يدخل على غيره ليلا يقيم عنده قطعة من الليل ولا يقال بات عنده وإذا أقام أكثر الليل يقال بات عنده ويقال فلان بات في منزله وإن كان في أول الليل في غيره ولا يعتبر النوم لأن اللفظ لا يقتضيه لغة كما لا يقتضيه اللفظ فلم يكن شرطاً فيه وقال ابن رستم عن محمد في رجل حلف لا يبيت الليلة في هذه الدار وقد ذهب ثلثا الليل ثم بات بقية الليل قال لا يحنث لأن البيوتة إذا كانت تقع على أكثر الليل فقد حلف على ما لا يتصور فلا تعتقد عينه والله عز وجل أعلم

فصل وأما الحلف على الاستخدام فإذا حلف الرجل لا يستخدم خادمة له قد كانت تخدمه ولا نيسة له فجعلت الخادمة تخدمه من غير أن يأمرها حنث لأنه لما مكنتها من الخدمة فقد تركها على الاستخدام السابق ولأنه لما لم يمنحها فقد استخدمها دلالة وإن لم يستخدم نصا صريحا ولو كان الحالف على خادمة لا يملكها تخدمته بغير أمره لا يحنث لعدم سبق الاستخدام ليكون التمكين من الخدمة بقاء لها على الاستخدام ولتعد رجلا المتمكين دلالة الاستخدام لأن استخدام جارية الغير بغير إذنه محظور فلا يكون أذنا به من طريق الدلالة فهو القسر حتى لو كان نهى خادمتها التي كانت تخدمه عن خدمته ثم خدمته بغير أمره قبل لم يحنث لأنه بالتمكين قطع استخدامها السابق وقد وجد منها بغير استخدام فلا يحنث ولو حلف لا تخدمه فلا تخدمه بغير أمره أو بأمره وهي خادمتها أو خادمة غيره حنث لأنه عقد اليمين على فعلها وهو خدمتها لا على فعله وهو استخدامها وقد خدمته وكل شيء من عمل بيته فهو خدمته لأن الخدمة عبارة عن عمل البيت الذي يحتاج إليه في الغالب ولو حلف لا يستخدم خادمة لفلان فسلها وضوأ أو شرابا أو أمأ إليها ولم يكن له نية حين حلف حنث إن فعلت ذلك أو لم تفعل إلا أن يكون نوى حين حلف أن لا يستعين بها فتعينه فلا يحنث حتى تعينه لأنه عقه يمينه على فعله وهو الاستخدام وقد استخدم وإن لم يحميه فإن عني أن تخدمه فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى وإن حلف لا يخدمني خادم لفلان فهو على الجارية والعلامة والصغير الذي يخدم والكبير في ذلك سواء لأن اسم الخادم يجمع الذكر والأنثى والصغير والكبير إذا كان الصغير ممن يقدر على الخدمة والله عز وجل أعلم

فصل وأما الحلف على المعرفة فإذا حلف على أن لا يعرفه وهو يعرفه بوجهه لكنه لا يعرف اسمه فقد برق يمينه ولا يحنث لأنه إذا لم يعرف اسمه لم يعرفه بدليل ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سأل رجلا عن رجل وقال له هل تعرفه فقال الرجل نعم فقال هل تدري ما اسمه فقال لا فقال انك لم تعرفه ولأنه إذا لم يعرفه باسمه وإن عرفه بوجهه لم يكن عار فانه على الإطلاق بل من وجهه دون وجهه ومن شرط حنثه المعرفة على الإطلاق ولم توجد فلا يحنث وقال خلف بن أيوب عن محمد بن رجل تزوج امرأة ودخل بها ولا يدري ما اسمها فخلف أنه لا يعرفها قال لا يحنث لما بينا ولو أن رجلا ولد له مولود فأخرجه إلى جاره ولم يكن سماه بعد فخلف جاره هذا أنه لا يعرف هذا الصبي لا يحنث لأن معرفته بمعرفة اسمه فلا يعرف قبل التسمية

فصل وأما الحلف على أخذ الحق وقبضه وقضائه واقتضائه إذا حلف الرجل ليأخذ من فلان حقه أو ليقبض من فلان حقه فأخذ منه بنفسه أو أخذ منه وكيله أو أخذ من ضامن عنه أو محتمل عليه بأمر المطلوب بل أن حقوق القضاء لا ترجع إلى الفاعل فتراجع إلى الأمر فكان قبض وكيل الطالب قبضه معنى وكذا القبض من وكيل المطلوب أو كفيله أو محتمل بأمره عليه قبضا منه من حيث المعنى ولو قبض من رجل بغير أمر المطلوب أو كانت الكفالة أو الحوالة بغير أمره حنث في يمينه ولم يبر لأن لم يقبض من المطلوب حقه حقيقة في الوجهين جميعا إلا أنه جعل قابضا عنه معنى في موضع الأمر وجعل القبض من الغير كالقبض منه فإذا لم يكن ذلك بأمره لم تكن اضافته إليه ولهذا لم يرجع إلى الدافع إليه بما أعطاه فلم يوجد منه قبض حقه فلم يبر وكذلك لو كان الحالف هو الذي عليه المال فخلف ليقبض فلان حقه أو يعطين فأعطاه بنفسه أو برسول أو بأحالة أو أمر من ضمنه له فأخذه الطالب بالخالف في يمينه لأن حقوق القضاء لا تتعلق بالفاعل فتتعلق بالأمر فكان هو القاضي والمعطى من حيث المعنى ولو كان ذلك بغير أمره حنث الخالف لأنه لم يقض حقه ولا أعطاه أصلا ورأسا لا ترى أنه لا يرجع الدافع إليه وإن قال الخالف في هذين الوجهين أردت أن يكون ذلك بنفسه كان كما قال فإن لم يفعل ذلك بنفسه حنث لأنه شدد على نفسه وإن كان المطلوب حلف أن لا يعطيه فأعطاه على أحد هذه الوجوه حنث فإن قال إنما أردت أن لا أعطيه أنا بنفسى لم يدين في القضاء ودين فيما بينه وبين الله تعالى لأن العطاء بفعله وفعل غيره سواء في القصد فتناول اليمين فإذا نوى أن لا يعطيه بنفسه

فقد نوى خلاف الظاهر وأراد التخفيف على نفسه فلا يصدق في القضاء ولو أخذه ثوبا أو عرضا فقبض العرض فهو بمنزلة القبض للمال لأنه يصير مستوفيا بأخذ العوض كما يصير مستوفيا بأخذ نفس الحق ولو حلف الطالب يأخذن ماله منه أو ليقضينه أو ليستوفينه ولم يوقت وقتا فأبرأه من المال أو وهبه له حنث في يمينه لأن البراء ليس بقبض ولا استيفاء فقات شرط البرحنت ولو كان وقت وقتا فقال اليوم أو إلى كذا وكذا فأبرأه قبل ذلك أو وهبه له لم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد إذا جاوز ذلك الوقت وعند أبي يوسف يحنث بناء على أن اليمين الموقته تتعلق انعقادها بآخر الوقت عندهما فكأنه قال في آخر الوقت لا قبض منه ديني ولا دين عليه فلا تنعقد اليمين عندهما وتنعقد عند أبي يوسف فيحنث أصل المسئلة إذا حلف لبشر بن الماء الذي في هذا الكوز اليوم فأهريق الماء قبل انقضاء اليوم وقدرناها فيما تقدم فإن قبض الدين فوجده زيوفا أو نبه رجعة فهو قبض ورفي يمينه سواء كان حلف على القبض أو على الدفع لأنهما من جنس حقه من حيث الأصل ألا ترى أنه يجوز أخذهما في ثمن الصرف فوقع بهما الاقتضاء وإن كانت ستوقعة فليس هذا بقبض لأنها ليست من جنس الدراهم ولهذا لا يجوز التجوز بها في ثمن الصرف وكذلك لو رد الثوب الذي أخذ عن الدين يعيب أو استحق كان قدر في يمينه وكان هذا قبضا لأن العيب لا يمنع صحة القبض وكذا المستحق يصبح قبضه ثم يبطل لعدم الإجازة فأنحلت اليمين فلا يتصور الحنث بعد ذلك وقد قالوا إذا اشتري بدينه بيعا فاسدا وقبضه فإن كان في قيمته وفاء بالحق فهو قابض لدينه ولا يحنث وإن لم يكن فيه وفاء حنث لأن المضمون في البيع الفاسد القيمة لا المسمى ولو غصب الخالف مالا مثل دينه برلانه وقع الاقتضائه وكذلك لو استهلك له دنائير أو عرضا لأن القيمة تحب في ذمته فيصير قصاصا وقال محمد إذا قال إن لم أزن من فلان مالى عليه أو لم أقبض مالى عليه في كيس أو قال إن لم أقبض مالى عليك دراهم أو بالميزان أو قال إن لم أقبض دراهم قضاء من الدراهم التي لي عليك فأخذ بذلك عرضا أو شيئا مما يوزن من الزعفران أو غيره فهو حانث لأنه لما ذكر الوزن والكيس والدراهم فقد وقعت يمينه على جنس حقه فإذا أخذ عوضا عنه حنث

﴿فصل﴾ وأما الخالف على الهدم قال ابن سماعه وسمعت أبا يوسف يقول في رجل قال والله لا هدم من هذه الدار فإن هدم سقوفها برلانه لا يقدر على أن يزيل اسم الدار بالهدم لأنه لو هدم جميع بناءها لكانت بذلك تسمى دار الما ذكرنا أنها اسم للعروة فحملت اليمين على الكسر قال محمد إذا حلف ليقبض هذا الحائط أو ليهدمه اليوم فنقض بعضه أو هدم بعضه ولم يهدم ما بقي حتى مضى اليوم يحنث قال والهدم عندنا أن يهدم حتى يبقى منه مالا يسمى حائطاً لأن الحائط يمكن هدمه حتى يزيل الاسم عنه فوقت اليمين على ذلك بخلاف الدار فإن نوى هدم بعضه صدق ديانة لأن ذلك يسمى هدماً بمعنى الكسر ولو حلف ليكسر هذا الحائط فكسر بعضه برلانه يقال له حائط مكسور فلا يعتبر ما يزيل به اسم الحائط فالخاصل أن ههنا ألفاظ ثلاثة الهدم والنقض والكسر والمسائل مبنية على معرفة معنى كل لفظ فالهدم اسم لازالة البناء لأنه ضد البناء فإن فعل في الحائط فعلا ينظر أن يبقى بعده ما يسمى مبنيا حنث لأنه لا وجود للشيء مع وجود ما يضافه وإن لم يبق ما يسمى مبنيا برلتحققه في نفسه قال الله تعالى ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع ورماد منه استئصها لالهال أحداث صدمع أو وهن في ابنيها وكذلك النقض يقال فلان نقض يتيه كذا أي أزالها ولو نقض بعض الحائط أو هدم بعضه وقال عنت به بعضه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى عز وجل لأنه نوى تخصيص العموم وأنه محتمل فلا يصدق القاضى لأنه عدول عن الظاهر والكسر عبارة عن أحداث صدمع أو شق فيما صلب من الأجسام بمنزلة الخرق فيما استرخى منها فإذا ثبت فيه هذا فقد برفي يمينه وإن بقي التركيب والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الخالف على الضرب والقتل قال المعلى سألت محمدا عن رجل حلف بطلاق امرأته ليضر بنها حتى يقتلها أو حتى ترفع ميتة ولا نية له قال إن ضر بها ضر باشديدا كاشد الضرب برفي يمينه لأنه يراد بمثل هذا القول في العادة

شدة الضرب دون الموت قال فان حلف ليضر بنها حتى يغشي عليها أو حتى تبول غلاماً يوجد ذلك لم يبر في عيونه لان هذا يحدث عند شدة الضرب غالباً فبراعى وجوده للبر ولو حلف ليضر بن غلامه في كل حق وباطل فعني ذلك ان يضر به في كل ما شكى بحق او بباطل لانه لا يمكن حمله على الحقيقة وهو الضرب عند كل حق وباطل لان العبد لا يخلو من ذلك فاذا يكون عند الشكاية فاذا يكون المولى في ضربه أبد الحمل الضرب على الشكاية للعرف ولا يكون الضرب في هذا عند الشكاية أى لا يحمل الضرب على فور الشكاية لان اليمين الواقعة على فعل مطلق عن زمان لا تتوقت زمان دون زمان بل تقع على العمر الا ان معنى به الحال فيكون قد شدد على نفسه فان شكى اليه فضر به ثم شكى اليه في ذلك الشيء مرة أخرى والمولى يعلم انه في ذلك الشيء أو لا يعلم فذلك سواء وليس عليه ان يضر به للشكاية الثانية لانه قد ضربه فها مرة واحدة ولا يتعلق بالفعل الواحد الذي وقعت الشكاية عليه أكثر من ضرب واحد في العرف كما لو قال ان أخبرتني بكذا فلك درهم فاخبره مرة بعد مرة انه لا يجب الادرم واحد وان كان الثاني اخباراً كالاول كذا هذا وقال المعلى سألت محمد بن رجل حلف ليمتلن فلانا ألف مرة فقتله ثم قال انما نويت ان آلى على نفسي بالقتل قال أدبته في القضاء لان العادة انهم يريدون بهذا تشديد القتل دون تكرره لعدم تصوره وقال ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لا مرأته ان لم أضرب بك حتى أتركك لاهية ولا ميتة فهذا على ان يضر بها ضرباً شديداً أو يجمعها فاذا فعل ذلك فقد برأ لان المراد منه ان لا يتركها حية سليمة ولا ميتة وذلك بالضرب الشديد فينصرف اليه وقال محمد فيمن حلف بالطلاق لقد سمع فلانا يطلق امرأته ألف مرة وقد سمعه طلقها ثلاثاً فانه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان حكم الثلاث حكم الالف في الايقاع ولانه يراد بمثله أكثر عدد الطلاق في العادة وهو الثلاث ولو قال امرأته طالق ان لم يكن لقي فلانا ألف مرة وقد لقيته مراراً كثيرة لان ذلك لا يكون ألف مرة وانما أراد كثرة اللقاء ولم يرد العدد اني أدبته لان مثل هذا يذكر في العادة والعرف للتكثير دون العدد المحصور وقد قال الله تعالى استغفر لهم أو لا تستغفر لهم ان تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم وليس ذلك على عدد السبعين بل ذكره سبحانه وتعالى للتكثير كذا هذا ولو قال والله لا أقتل فلانا بالكوفة أو قال والله لا أتزوج فلانة بالكوفة فضر به الحالف ببغداد فبات بالكوفة أو وزوجه الى امرأة كبيرة ببغداد فبلغها الخبر بالكوفة فجازت حنث في اليمينين جميعاً وكذلك لو حلف على الزمان فقال لا أفعل ذلك يوم الجمعة أو يوم الجمعة أو أجازت النكاح يوم الجمعة حنث الحالف ولو كان حلف ليفعل ذلك بالكوفة أو يوم الجمعة فكان ما ذكرنا في عيونه وانما كان ذلك لان الفعل الذي هو قتل ان وجد ببغداد يوم السبت لكنه موصوف بصفة الاضافة الى مخاطب وانما يصير موصوفاً بالاضافة وقت ثبوت أثره وهو زهوق الروح وذلك وجد بالكوفة يوم الجمعة فيحنت في عيونه ونظيره لو قال ان خلق الله تعالى لفلان ابناً في هذه السنة فعبدى حرق فصل له ولدى هذه السنة يحنت وان كان خلق الله أزلياً لكن الاضافة الى المخلوق انما تثبت عند وجود أثره وهو وجود الولد كذا ههنا والنكاح في الشرع اسم لما بعد الجمل وذلك انما يوجد عند الاجازة وكذلك العبد اذا اشترى عبداً بغير اذن مولاه ثم بلغ المولى فجاز فانه يشتري يوم أجازته المولى لانه يوم ثبوت الملك وقال محمد في البيع الموقوف والفاسد انه بائع يوم باع ومشتري يوم اشترى وقال في القتل كما قال أبو يوسف لمحمد بن الملك عند الاجازة يتعلق بالعقد كما يتعلق به عند اسقاط الخيار ولا يبي يوسف ان الاحكام لا تتعلق بالعقد الموقوف وانما يتعلق بالاجازة ولو كانت الضربة قبل اليمين ومات بالكوفة أو يوم الجمعة لا يحنت في عيونه وان وجد القتل المضاف الى مخاطب يوم الجمعة لان هذا القتل وجد منه قبل اليمين فلا يتصور امتناعه عن اتصافه بصفة الاضافة والانسان لا يمنع نفسه عما ليس في وسعه الامتناع عنه اذ مقصود الحالف البر لا الحنث ولهذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته لا يحنت فان وجد السكنى وعرف بدلالة الحال انه أراد منع نفسه عن قتل مضاي الى مخاطب بشاره بعد اليمين ونظيره ما ذكره محمد أنه لو قال لا مرأته أنت طالق غداً ثم قال لها ان طلقتك فعبدى حرقاء غداً فطلقته لم يعتق عبده ولو قال لها ان

طلقتك فعبدي حر ثم قال لها اذا جاء غد فانت طالق فجاء غد وطلقت عتق عبده لهذا المعنى كذا هذا
فصل وأما الحلف على المفارقة والوزن وما أشبه ذلك اذا حلف لا يفارق غيره حتى يستوفي ماعليه واشترى
 منه شيئاً على ان البائع بالخيار ثم فارقته حنث لان الثمن ما يستحق على المشتري فلم يصبر مستوفياً فان أخذ به رهناً أو
 كفيلاً من غير براءة المكفول عنه ثم فارقته بحنث لان الحق في ذمة العريم بحاله لم يستوف فان هلك الرهن قبل الافتراق
 بر في يمينه لانه صار مستوفياً وان هلك بعد الافتراق لا يبرلانه فارقته قبل الاستيفاء فحنث وقال أبو يوسف في رجل
 له على امرأة دين خلف ان لا يفارقها حتى يستوفي ثم تزوجها عليه وفارقها وكانت عتدة النكاح جائزة فقد بر في يمينه لانه
 قد وجب في ذمته بالنكاح مثل دينه وصار قصاصاً فجعل مستوفياً وان كان النكاح فاسداً ولم يدخل بها حنث لان
 المهر لا يجب بالنكاح الفاسد فلم يصبر مستوفياً فان دخل بها قبل ان يفارقها ومهر مثلها مثل الدين أو أكثر لم يحنث لان
 المهر وجب عليه بالدخول فصبر مستوفياً فان كان العقد صحيحاً فوقعت القرقة بسبب من جهتها وسقط مهرها وفارقها
 لم يحنث لان المهر الواجب بالمعقد قد سقط وانما عادله دين بالقرقة بعد انحلال اليمين فلا يحنث ولو حلف ليزن ماعليه
 فاعطاه عدداً فكانت وازنة حنث لانه حلف على الوزن والوزن فعله ولم يفعله وقال ابن سماعه عن أبي يوسف اذا قال
 والله لأقبضن مالى عليك الا جميعاً وله عشرة دراهم وعلى الطالب لرجل خمسة دراهم فأمر الذي له الخمسة هذا الحالف
 ان يحنث للمطلوب بالخمسة التي عليه وجعلها قصاصاً ودفعت فلان المطلوب الى الحالف خمسة فكانه قال اذا كان
 متوافراً فهو جائز فلا يحنث لان الاستيفاء دفعة واحدة يقع على القبض في حالة واحدة وان يعرف الوزن ألا ترى ان
 الدين اذا كان مالا كثيراً لا يمكنه دفعة في وزنة واحدة وقد قبض الخمسة حقيقة والخمسة بالمقاصة وقد روى ابن رستم
 عن محمد بن قيس قال والله لا آخذ مالى عليك الا ضربة واحدة فوزن خمسة وأخذها ثم وزن خمسة قال فقد أخذها
 ضربة واحدة لان هذا لا يعد متفرقا قال وكذلك لو جعل زنهادرهما درهمين وقال محمد بن الجاعم اذا كان له عليه ألف
 درهم فقال عبده حران أخذها اليوم منك درهمادون درهم فاخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقي لم يحنث لان يمينه وقعت
 على أخذ الألف متفرقة في اليوم ولم يأخذ الألف بل بعض الألف ولو قال عبده حران أخذ منها اليوم درهمادون درهم
 فاخذ منها خمسة دراهم ولم يأخذ ما بقي حتى غربت الشمس يحنث حين أخذ الخمسة لان يمينه ما وقعت على أخذ الكل
 متفرقا بل على أخذ البعض لان كلمة من التبويض ولو قال عبده حران أخذها اليوم درهمادون درهم فاخذ في أول النهار
 بعضها وفي آخر النهار الباقي حنث لانه أضاف الاخذ الى الكل وقد أخذ الكل في يوم متفرقا وقال أصحابنا اذا حلف
 لا يفارق حتى يستوفي ماله عليه فهرب أو كاره على نفسه أو منعه منه انسان كره حتى ذهب لم يحنث الحالف لانه حلف
 على فعل نفسه وهو مفارقتها بانه لم يوجد منه فعل المفارقة ولو كان قال لا تفارقتي حتى آخذ مالى عليك حنث لانه حلف
 على فعل العريم وقد وجد والله تعالى أعلم

فصل وأما الحلف على ما يضاف الى غير الحالف بلك أو غيره فجملة الكلام فيه أن الحالف لا يخلو اما
 ان يقتصر على الاضافة واما ان يجمع بين الاضافة والاشارة والاضافة لا يخلو اما ان تكون اضافة ملك أو اضافة
 نسبة من غير ملك فان اقتصر في يمينه على الاضافة والاضافة اضافة ملك فيمينه على ما في ملك فلان يوم فعل ما حلف
 عليه حتى يحنث سواء كان الذي أضافه الى ملك فلان في ملكه يوم حلف أو لم يكن بان حلف لا يأكل طعام
 فلان أو لا يشرب شراب فلان أو لا يدخل دار فلان أو لا يركب دابة فلان أو لا يلبس ثوب فلان أو لا يكلم عبداً
 فلان ولم يكن شيء منها في ملكه ثم استحدث الملك فيها هذا جواب ظاهر الرواية في الاصل والزوائد وهو احدى
 الروايتين عن أبي يوسف وروى عنه رواية أخرى ان الاضافة اذا كانت فيما يستحدث الملك فيه حالاً فلا
 في العادة فان اليمين تقع على ما في ملكه يوم فعل كالطعام والشراب والدهن وان كانت الاضافة فيما يستدام فيه الملك
 ولا يستحدث ساعة فساعة عادة فاليمين على ما كان في ملكه يوم حلف كالدار والعبد والثوب وذكر ابن سماعه في

نوادره عن محمد ان ذلك كله ما في ملكه يوم حلف ولا خلاف في انه اذا حلف لا يكلم زوج فلانة أو امرأة فلان أو صديق فلان أو ابن فلان أو أخ فلان ولا نية له ان ذلك على ما كان يوم حلف ولا تقع على ما يحدث من الزوجة والصدقة والولد ففرق في ظاهر الرأية بين الاضافتين وسوى بينهما في النواذر وجهر رأية النواذر ان الاضافة تقتضي الوجود حقيقة اذ الموجود يضاف لا المعدوم فلا تقع بينه الا على الموجود يوم الحلف ولهذا وقعت على الموجود في احدي الاضافتين وهي اضافة النسبة كذا في الاخرى وجه ظاهر الرأية وهو الفرق بين الاضافتين ان في اضافة الملك عقد يمينه على مذكور مضاف الى فلان بالملك مطلقا عن الجهة وهي ان يكون مضافا اليه ملك كان وقت الحلف أو ملك استحدث فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل وقد وجدت الاضافة عند الفعل في حث وفي اضافة النسبة قام دليل التقييد وهي ان اعيانهم مقصودة باليمين لا جملهم عرفا وعادة لاتبين فانقذت على الموجود وصار كما لو ذكرهم باسمهم أو أشار اليهم فاما الملك فلا يقصد باليمين لذاته بل للمالك فيزول بزوال ملكه وأبو يوسف على ما روى عنه ادعى تقييد المطلق بالعرف وقال استحدث الملك في الدار ونحوها غير متعارف بل هو في حكم الندرة حتى يقال الدار هي أول ما يشتري وآخر ما يبيع وتقييد المطلق بالعرف جائز فتقييد اليمين فيها بالموجود وقت الحلف للعرف بخلاف الطعام والشراب ونحوهما لان استحداث الملك فيها معتاد فلم يوجد دليل التقييد والجواب ان دعوى العرف على الوجه المذكور ممنوعة بل العرف مشترك فلا يجوز تقييد المطلق بمادة مشتركة ولو حلف لا يدخل دار فلان فالصحيح انه على هذا الاختلاف لان كل اضافة تقدر فيها اللام فكان الفصلان من الطعام والعبد ونحوهما على الاختلاف ثم في اضافة الملك اذا كان المحلوف عليه في ملك الحالف وقت الحلف فخرج عن ملكه ثم فعل لا يثبت بالانجماع (وأما) في اضافة النسبة من الزوجة والصديق ونحوهما اذا طلق زوجته فبانت منه أو عاды صديقه ثم كلمه فقد ذكر في الجامع الصغير انه لا يثبت وذكر في الزيارات انه يثبت وقيل ما ذكر في الجامع قول أبي حنيفة وأبي يوسف وما ذكر في الزيارات قول محمد المذكور في النواذر وجه المذکور في الزيارات ان يمينه وقعت على الموجود وقت الحلف فحصل تعريف الموجود بالاضافة فيتمتع بالحكم بالعرف لا بالاضافة وجه ما ذكر في الجامع الصغير ان الانسان قد يمنع نفسه عن تكليم امرأة لمعنى فيها وقد يمنع من تكليمها لمعنى في زوجها فلا يسقط اعتبار الاضافة مع الاحتمال وان جمع بين الملك والاشارة بان قال لا أكلم عبد فلان هذا أو لا أدخل دار فلان هذه أو لا أركب دابة فلان هذه أو لا ألبس ثوب فلان هذا فباع فلان عبده أو داره أو دابته أو ثوبه فكم أو دخل أو ركب أو لبس لم يثبت في قول أبي حنيفة الا ان معنى غير ذلك الشيء خاصة وعند محمد يثبت الا ان معنى ما دامت ملكا لفلان فهما يعتبران الاشارة والاضافة جميعا وقت الفعل للثبوت فلم يوجد الا يثبت ومحمد يعتبر الاشارة دون الاضافة وأما في اضافة النسبة فلا يشترط قيام الاضافة وقت الفعل للثبوت بالاجماع حتى لو حلف لا يكلم زوجة فلان هذا أو صديق فلان هذا فبانت زوجته منه أو عاды صديقه فكم يثبت وجه قول محمد في مسئلة الخلاف ان الاضافة والاشارة كل واحد منهما للتعريف والاشارة أبلغ في التعريف لانها تخصص العين وتقطع الشركة فتلغوا الاضافة كما في اضافة النسبة وكما لو حلف لا يكلم هذا الشاب فكله بعدما شاخ انه يثبت لما قلنا كذا هذا ولهما ان الحالف لما جمع بين الاضافة والاشارة لم اعتبرهما ما أمكن لان تصرف العاقل واجب الاعتبار ما أمكن وأمكن اعتبار الاضافة ههنا مع وجود الاشارة لانه باليمين منع نفسه عن مباشرته المحلوف والظاهر ان العاقل لا يمنع نفسه عن شيء منعا مؤكدا باليمين الادعاء بدعوه اليه وهذه الاعيان لا تقصد بالمنع لذاتها بل لمعنى في المالك أما الدار ونحوها فلا شك فيه وكذا العبد لانه لا يقصد بالمنع لنفسه وانما يقصد به مولاة وقد زال بزوال الملك عن المالك وصار كانه قال مه دامت لفلان ملكا بخلاف المرأة والصديق لانهما يقصدان بالمنع لا تقسما فتعلق اليمين بذاتيهما والذات لا تبدل بالبينونة والمعاذة في حث كما اذا حلف لا يكلم هذا الشاب فكله بعدما صار شيخا ولو حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباع

الطليسان فكله حنث لان الطليسان ممالا يقصد بالمنع وانما يقصد ذات صاحبه وانما باقية وذ كر محمد في الزيادات
 اذا حلف لا يركب دواب فلان أو لا يلبس ثيابه أو لا يكلم غلمانا ذلك على ثلاثة لان أقل الجمع الصحيح ثلاثة
 وكذلك لو قال لا آكل أطعمة فلان أو لا أشرب أشربة فلان ان ذلك على ثلاثة أطعمة وثلاثة أشربة لما قلنا ويعتبر
 قيام الملك فيها وقت الفعل لا وقت الحلف في ظاهر الروايات على ما بينا فان قال أردت جميع ما في ملكه من الأطعمة لم
 يدين في القضاء لانه خلاف ظاهر كلامه كذا ذكر القدوري وذكر في الزيادات انه يدين في القضاء لانه نوى حقيقة
 ما تلفظه فيصدق في القضاء كما اذا حلف لا يتزوج النساء أو لا يشرب الماء أو لا يكلم الناس ونحو ذلك ونوى الجميع ولو
 كانت اليمين على اخوة فلان أو بني فلان أو نساء فلان لا يحنث مالم يكلم الكل منهم عملا بحقيقة اللفظ ويتناول
 الموجودين وقت الحلف لان هذه اضافة نسبة وقال أبو يوسف ان كان ذلك مما يحصى فاليمين على جميع ما في ملكه
 لانه صار معر قابلا لضافة ويمكن استيعابه فكان كالمعرف بالالف واللام وان كان لا يحصى الا بكتاب حنث بالواحد
 منه لانه تعذر استغراق الجنس فيصرف الى أدنى الجنس كقوله لا أتزوج النساء ومما يجانس مسائل الفصل الاول
 ما قال خلف بن أيوب سألت أسدا عن رجل حلف لا يتزوج بنت فلان أو بنتا فلان فولدت له بنت ثم تزوجها أو
 قال والله لا أتزوج من بنات فلان ولا بنات له ثم ولد له أو قال والله لا أشرب من لبن برة فلان ولا برة له ثم اشترى
 برة فشرب من لبنها أو قال لصبي صغير والله لا أتزوج من بناتك فيبلغ فولد له فتزوج منهن أي حنث أم لا أو قال لا آكل
 من ثمرة شجرة فلان ولا شجرة فلان ثم اشترى شجرة فاكل من ثمرها قال أما اذا حلف لا يتزوج بنت فلان ولا
 يشرب من لبن برة فلان ولا يأكل من ثمرة شجرة فلان فلا يحنث في شيء من هذا أو ما قوله لا أتزوج بنتا من بنات
 فلان أو بنتا فلان فانه يحنث وتلزمه اليمين في قول أبي حنيفة وأما أنا فاقول لا يحنث لانه حلف يوم حلف على ما لم
 يخلق حال حلف وسألت الحسن فقال مثل قول أبي حنيفة لا يحنث لانه حلف لا يتزوج بنت فلان يقتضي بنتا
 موجودة في الحال فلم تعد اليمين على الاضافة واذا قال بنتا فلان فقد عقد اليمين على الاضافة فيعتبر وجودها يوم الحلف
 كقوله عبد الله فلان وأما أسد فاعتبر وجود المحلوف عليه وقت اليمين فما كان معدوما لا تصح الاضافة فيه فلا يحنث
 وقال خلف سألت أسدا عن رجل حلف لا يتزوج امرأة من أهل هذه الدار وليس للدار أهل ثم سكنها قوم
 فتزوج منهم قال يحنث في قول أبي حنيفة ولا يحنث في قول وهو على ما بينا من اعتبار الاضافة

﴿فصل﴾ وأما الحلف على ما يخرج من الحالف أولا يخرج اذا قال ان دخل دارى هذه أحد أو ركب دابتي أو
 ضرب عبدى ففعل ذلك الحالف لم يحنث لان قوله أحد نكرة والحالف صار معرفة بياء الاضافة والمعرفة لا تدخل
 تحت النكرة لان المعرفة ما يكون متميزا لذات من بني جنسه والنكرة مالا يكون متميزا لذات عن بني جنسه بل يكون
 مساهما في جنسه أو نوعه ويستحيل أن يكون الشيء الواحد متميزا لذات غير متميزا لذات وكذلك لو قال لرجل
 ان دخل دارك هذه أحد أو لبس ثوبك أو ضرب غلامك ففعله المحلوف عليه لم يحنث لان المحلوف صار معرفة
 بكاف الخطاب فلا يدخل تحت النكرة وان فعله الحالف حنث لانه ليس بمعرفة لا نعام ما يوجب كونه معرفة
 فجاز أن يدخل تحت النكرة ولو قال ان ألبست هذا القميص أحد افلبسه المحلوف عليه لم يحنث لانه صار معرفة ببناء
 الخطاب وان ألبسه المحلوف عليه الحالف حنث لان الحالف نكرة فدخل تحت النكرة وان قال ان مس هذا الرأس
 أحد وأشار الى رأسه لم يدخل الحالف فيه وان لم يصفه الى نفسه بياء الاضافة لان رأسه متصل به خلقه فكان أقوى
 من اضافته الى نفسه بياء الاضافة ولو قال ان كلم غلام عبد الله بن محمد أحد افعبدى حرككم الحالف وهو غلام
 الحالف واسمه عبد الله بن محمد حنث وطعن القاضي أبو حازم عبد الحميد العراقي في هذا في الجامع وقال ينبغي أن لا
 يحنث لان الحلف تحت اسم العلم والاعلام معارف وهي عند أهل النحو ما يبلغ في التعريف من الإشارة والمعرفة
 لا تدخل تحت النكرة وكذا عرفه بالاضافة الى أبيه بقوله ابن محمد فامتنع دخوله تحت النكرة وجه ظاهر الرواية أنه

يجوز استعمال العلم في موضع النكرة لأن اسم الاعلام وان كانت معارف لكن لا بد من سبق المعرفة من المتكلم والسامع حتى يجعل هذا اللفظ علما عنده وعند سبق المعرفة منهما بذلك اما بتعين المسمى بالعلم باسمه اذا لم يكن يراحمه غيره والعلم واحتمال المزاحمة ثابت واذا جاز استعمال العلم في موضع النكرة وقد وجد ههنا دليل انصراف التسمية الى غير الحالف وهو أن الانسان في العرف الظاهر من اهل اللسان أنه لا يذكر نفسه باسم العلم بل يضيف غلامه اليه بياء الاضافة فيقول غلامي فالظاهر انه لم يرد نفسه وانه ما دخل تحت العلم الذي هو معرفة فلم يخرج الحالف عن عموم هذه النكرة

فصل في أنواع الثاني وهو الحلف على أمور شرعية وما يقع منها على الصحيح والقاسد أو على الصحيح دون القاسد مثل البيع والشراء والهبة والمعاوضة والعارية والنحلة والعطية والصدقة والقرض والتزويج والصلاة والصوم ونحو ذلك اذا حلف لا يشتري ذهباً ولا فضة فاشتري دراهم أو دنانير أو آنية أو تبراً أو مصوغ حلية أو غير ذلك مما هو ذهب أو فضة فانه يحث في قول أبي يوسف وقال محمد لا يحث في الدراهم والدنانير ولا يصل في جنس هذه المسائل أن أبا يوسف يعتبر الحقيقة ومحمد يعتبر العرف لمحمدان اسم الذهب والفضة اذا أطلق لا يراد به الدرهم والدنانير في العرف ألا ترى انها اختصت باسم على حدة فلا يتناولها مطلق اسم الذهب والفضة ولا في يوسف ان اسم الذهب والفضة يقع على الكل لانه اسم جنس وكونه مضر وباصصوغاً وتبراً أسماء أنواع له واسم الجنس يتناول الأنواع كاسم الأكدمي والدليل عليه قوله تعالى والذين يكثر من الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم فدخل تحت هذا الوعيد كالمضروب وغيره ولو حلف لا يشتري حديد افهو على مضروب ذلك وتبره سلاحاً كان أو غير سلاح بعد أن يكون حديداً في قول أبي يوسف وقال محمد ان اشتري شيئاً من الحديد يسمى بانه حديد لا يحث وان كان بانه لا يسمى حداداً لا يحث وبائع التبر لا يسمى حداداً فلا يتناولها مطلق اسم الحديد ولها اسم يخصها فلا يدخل تحت اليمين ولا في يوسف ان الحديد اسم جنس فيتناول المعمول وغير المعمول وقال أبو يوسف في باب الذهب والفضة انه ان كان له نية دين فيما بينه وبين الله سبحانه والنية في هذا واسعة لانها تخصيص المذكور وقال في باب الحديد لو قال عنيت التبر فاشتري انا لم يحث ولو قال عنيت قمماً فاشتري سيفاً أو برا أو سكاكين أو شيئاً من السلاح لم يحث ويدين في القضاء وهذا مشكل على مذهبه لان الاسم عنده عام فاذا نوى شيئاً منه بعينه فقد عدل عن ظاهر العموم فينبغي أن لا يصدق في القضاء وان صدق فيما بينه وبين الله تعالى وقال محمد في الزادات لو حلف لا يشتري حديداً ولا نية له فاشتري درع حديد أو سيفاً أو سكيناً أو ساعدين أو بيضة أو برا أو مسال لا يحث وان اشتري شيئاً غير مضروب أو انا من آنية الحديد أو مسامير أو أقفالاً أو كانون حديد لا يحث لان الذي يبيع السلاح والابرو المسال لا يسمى حداداً والذي يبيع ما وصفت لك يسمى حداداً وقال أبو يوسف ان اشتري باب حديد أو كانون حديد أو انا حديد مكسور أو نصل سيف مكسور حث فابو يوسف اعتبر الحقيقة وهو أن ذلك كله حديد فتناول اليمين ومحمد اعتبر العرف وهو أنه لا يسمى حديداً في العرف حتى لا يسمى بانه حداداً قال أبو يوسف ولو حلف لا يشتري صفراً فاشتري طشت صفراً أو كوزاً أو توراً حث وكذلك عند محمد أما عند أبي يوسف فلا اعتبار الحقيقة وأما عند محمد فلا نابع ذلك يسمى صفراً أو قال محمد لو اشتري فلوساً لا يحث لانها لا تسمى صفراً في كلام الناس ولو حلف لا يشتري صوفاً فاشتري شاة على ظهرها صوف لم يحث والا حصل فيه أن من حلف لا يشتري شيئاً فاشتري غيره ودخل الحلو في البيع تبعا لم يحث وان دخل مقصوداً لم يحث والصوف ههنا لم يدخل في العقد مقصوداً لان التسمية لم تتناول الصوف وانما دخل في العقد تبعا للشاة وكذلك لو حلف لا يشتري أجراً أو خشباً أو قصباً فاشتري داراً لم يحث لان البناء يدخل في العقد تبعا لدخوله في العقد بغير تسمية فلم يكن مقصوداً بالعقد وانما يدخل فيه تبعا وان حلف لا يشتري تمر نخل فاشتري أرضاً فيها نخل مثمرة وشرط المشتري التمرة لم يحث لان الثمرة دخلت في العقد مقصودة

لا على وجه التبعية ألا ترى أنه لو لم يسسها لا تدخل في البيع وكذلك لو حلف لا يشتري بقالا فاشتري أرضا فيها بقل واشترط المشتري البقل فإنه يحنث لدخول البقل في البيع مقصودا لا تبعا ولو حلف لا يشتري لحما فاشتري شاة خيعة لا يحنث لأن المقدم يتناول لحما لأن لحم الشاة الحية محرم لا يجوز العقد عليه وكذلك ان حلف أن لا يشتري زيتا فاشتري زيتونا لأن المقدم يقع على الزيت ألا ترى أنه ليس في ملك البائع وعلى هذا قالوا فيمن حلف لا يشتري قصبيا ولا خوصا فاشتري بوريا أو زنبلا من خوص لم يحنث لأن الاسم لم يتناول ذلك وكذلك لو حلف لا يشتري جديا فاشتري شاة حاملا بجدي وكذلك لو حلف لا يشتري لبنا فاشتري شاة في ضرعها لبن وكذلك لو حلف لا يشتري مملوكا صغيرا فاشتري أمة حاملا وكذلك لو حلف لا يشتري دقيقا فاشتري حنطة وقالوا لو حلف لا يشتري شميرا فاشتري حنطة فيها شمير لم يحنث لأن الشمير ليس بمقود عليه مقصودا وإنما يدخل في المقدم تبعا بخلاف ما إذا حلف لا يأكل شميرا فأكل حنطة فيها شمير لأن الأكل فعل فاذا وقع في عينين لم يتبع أحدهما الأخرى فأما الشراء فهو عقد وبعض العين مقصودة بالعقد وبعضها غير مقصودة وقد كان قول أبي يوسف الأول أنه إذا حلف لا يشتري صوفا فاشتري شاة على ظهرها صوف يحنث ولو حلف لا يشتري لبنا فاشتري شاة في ضرعها لبن لم يحنث وقال لأن الصوف ظاهر فتناوله العقد (وأما) اللبن فباطن فلم يتناوله ثم رجع فسوى بينهما لما بينا ولو حلف لا يشتري دهنًا فهو على دهن جبرت عادة الناس أن يدهنوا به فان كان مما ليس في العادة أن يدهنوا به مثل الزيت والبر ودهن الأكارع لم يحنث لأن الدهن عبارة عما يدهن به والإيمان بمحمولة على العادة فحملت اليقين على الأدهان الطيبة وان حلف لا يدهن بدهن ولا نية له فادهن زيت حنث وان أدهن بسمن لم يحنث لأن الزيت لو طبخ بالطيب صار دهنًا فأجراه مجرى الأدهان من وجهه ولم يجزها من وجهه حنث قال في الشراء لا يحنث وفي الأدهان يحنث فأما السمن فإنه لا يدهن به بحال في الوجهين فلم يحنث وكذلك دهن الخروع والبر ورواوا يشتري زيتا مطبوخا ولا نية له حين حلف يحنث لأن الزيت المطبوخ بالنار والزيتق دهن يدهن به كسائر الأدهان ولو حلف لا يشتري بنفسجا أو حناء أو حلف لا يشمه ما فهو على الدهن والورق في البابين جميعا وقد ذكر في الأصل إذا حلف لا يشتري بنفسجانه على الدهن دون الورق وهذا على عادة أهل الكوفة لأنهم إذا أطلقوا البنفسج أرادوا به الدهن فأما في غير عرف الكوفة فالاسم على الورق فتحمل اليقين عليه والكرخي حمله عليهما وهو رواية عن أبي يوسف وأما الحناء والورد فهو على الورق دون الدهن لأن ينوي الدهن فيدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء لأن اسم الورد والحناء إذا أطلق يراد به الورق لا الدهن وذكر في الجامع الصغير أن البنفسج على الدهن والورد على ورق الورد وجعل في الأصل الخيري مثل الورد والحناء فحمله على الورق ولو حلف لا يشتري بزرا فاشتري دهن بزرا حنث وان اشتري حنثا لم يحنث لأن إطلاق اسم البرزق على الدهن لا على الحب ولو حلف لا يبيع أو لا يشتري فأمر غيره ففعل فجملة الكلام فيمن حلف على فعل فأمر غيره ففعل ان فعل المحلوف عليه لا يخلو إما أن يكون له حقوق أو لا حقوق له فان كان له حقوق فإما أن ترجع إلى الفاعل أو إلى الأمر أو أن كان له حقوق ترجع إلى الفاعل كالبيع والشراء والاحارة والقسم لا يحنث لأن حقوق هذه العقود إذا كانت راجعة إلى فاعلها لا إلى الأمر بها كانت العقود مضافة إلى الفاعل لا إلى الأمر على أن الفاعل هو العاقد في الحقيقة لأن العقد فعله وإنما لا أمر حكم العقد شرعا لا لفعله وعند بعض مشايخنا يقع الحكم له ثم ينتقل إلى الأمر فلم يوجد منه فعل المحلوف عليه فلا يحنث الا اذا كان الخالف ممن لا يتولى العقود بنفسه فيحنث بالأمر لأنه انما يتمتع عما يوجد منه عادة وهو الأمر بذلك لا الفعل بنفسه ولو كان الوكيل هو الخالف قالوا يحنث لما ذكرنا أن الحقوق راجعة اليه وأنه هو العاقد حقيقة لا الأمر وان كانت حقوقه راجعة إلى الأمر أو كان ممالا لحقوق له كالنكاح والطلاق والعاقبة والكتابة والهبة والصدقة والكسوة والاقتضاء والقضاء

والحقوق والخصومة والشركة بان حلف لا يشارك رجلاً فامر غيره فمعد عقد الشركة والذبح والضرب والقتل والبناء والخياطة والتفكة ونحوها فاذا حلف لا يفعل شيئاً من هذه الاشياء ففعله بنفسه أو امر غيره حنث لان ما لا حقوق له أو ترجع حقوقه الى الأمر لا الى الفاعل يضاف الى الأمر لا الى الفاعل ألا ترى ان الوكيل بالنكاح لا يقول تزوجت وانما يقول زوجت فلانا والوكيل بالطلاق يقول طلقت امرأته فلان فكان فعل المأمور مضافاً الى الأمر واختلفت الرواية عن أبي يوسف في الصلح روى بشر بن الوليد عنه ان من حلف لا يصلح فوكل بالصلح لم يحنث لان الصلح عقد معاوضة كالبيع وروى ابن سماعه عنه أنه يحنث لان الصلح اسقاط حق كالأبراء فان قال المالك فيما لا ترجع حقوقه الى الفاعل بل الى الأمر كالنكاح والطلاق والعناق نويت أن الى ذلك بنفسى يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء لان هذه الافعال جعلت مضافة الى الأمر رجوع حقوقها اليه لا الى الفاعل وقد نوى خلاف ذلك الظاهر فلا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى المحتمل وان كان خلاف الظاهر ولو قال فيما لا حقوق له من الضرب والذبح غنيت أن الى ذلك بنفسى يصدق فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء أيضاً لان الضرب والذبح من الافعال الحقيقية وأنه بحقيقته وجد من المباشر وليس بتصرف حكى فيه لتغير وقوعه حكماً لتغير المباشر فكانت العبرة فيه للمباشرة فاذا نوى به أن يلى بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق قضاء وديانة ولو حلف لا يبيع من فلان شيئاً فوجب البيع لا يحنث ما لم يقبل المشتري ولو حلف لا يهب لفلان شيئاً أو لا يتصدق عليه أو لا يعيره أو لا ينحل له أو لا يعطيه ثم وهب له أو تصدق عليه أو اعاره أو أنحله أو أعطاه فلم يقبل المحلوف عليه يحنث عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يحنث ونذكر المسئلة والفرق بين الهبة وأخواتها وبين البيع في كتاب الهبة ان شاء الله تعالى وأما القرض فقد روى عن محمد أنه لا يحنث ما لم يقبل وعن أبي يوسف روايتان في رواية مثل قول محمد وفي رواية يحنث من غير قبول وجه هذه الرواية ان القرض لا تقف صحته على تسمية عوض فأشبه الهبة وجه الرواية الاخرى ان القرض يشبه البيع لانه تمليك بعوض وقد قال أبو يوسف على هذه الرواية لو حلف لا يستقرض من فلان شيئاً فاستقرضه فلم يقرضه انه حانث فرق بين القرض وبين الاستقراض لان الاستقراض ليس بقرض بل هو طلب القرض كالسوم في باب البيع ولو حلف لا يبيع فباع بيعاً فاسداً وقبل المشتري وقبض يحنث لان اسم البيع يتناول الصحيح والفاسد وهو مبادلة شيء بمرغوب بشيء مرغوب ولان المقصود من البيع هو الوصول الى العوض وهذا يحصل بالبيع الفاسد اذا اتصل به القبض لانه يفيد الملك بعد القبض ولو باع بالميتة والدم لا يحنث لانه ليس ببيع لانعدام معناه وهو ما ذكرنا ولا نعدام حصول المقصود منه وهو الملك لانه لا يقبل الملك ولو باع بيعاً فيه خيار للبائع أو للمشتري لم يحنث في قول أبي يوسف وحنث في قول محمد وجه قول محمد أن اسم البيع كما يقع على البيع الثابت يقع على البيع الذي فيه خيار فان كل واحد منهما يسمى بيعاً في العرف الا أن الملك فيه يقف على أمر زائد وهو الاجازة أو على سقوط الخيار فأشبه البيع الفاسد ولا يبي يوسف ان شرط الخيار يمنع انعقاد البيع في حق الحكم فأشبهه الاجاب بدون القبول قال محمد سمعت أبا يوسف قال فيمن قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام فضت المدة الثلاث ووجب البيع بعقده على أصله صحيح لان اسم البيع عنده لا يتناول البيع المشروط فيه الخيار فلا يصير مشترياً بنفس القبول بل عند سقوط الخيار والعبد في ملكه عند ذلك بعقده وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوى في البيع بشرط خيار البائع أو المشتري انه يحنث ولم يذكر الخلاف وأصل فيه أصلاً وهو أن كل بيع يوجب الملك أو تلحقه الاجازة يحنث به وما لا هذا اذا حلف على البيع والشراء بطلاق امرأته أو عتاق عبده بان قال لامرأته أنت طالق أو عبده حر فأما اذا حلف على ذلك بعقده العبد المشتري أو المبيع فان كان الحلف على الشراء بان قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه بنظر ان اشتراه شراءً جائزاً باعاً عتق بلا شك وكذلك لو كان المشتري فيه بالخيار أما على قولهما فلا يشكل لان خيار المشتري لا يمنع وقوع الملك له وأما على قول أبي حنيفة

فلان الملق بالشرط يصير كالتكلم به عند الشرط فيصير كأنه أعتقه بعد ما اشتراه بشرط الخيار ولو أعتقه يعتق لأن
 اقدامه على الاعتاق يكون فسخا للخيار ولو اشتراه على أن البائع فيه بالخيار لا يعتق لأنه لم يملكه لأن خيار البائع يمنع
 زوال المبيع عن ملكه بخلاف وسواء أجاز البائع البيع أو لم يجز لأنه ملكه بالأجازة لا بالعقد وذكر الطحاوي أنه
 إذا أجاز البائع البيع يعتق لأن الملك ثبت عند الأجازة مستندا إلى وقت العقد بدليل أن الزيادة الحادثة بعد العقد قبل
 الأجازة تدخل في العقد هذا كله إن اشتراه شراء صحيحا فإن اشتراه شراء فاسدا فإن كان في يد البائع لا يعتق لأنه على
 ملك البائع بعدوان كان في يد المشتري وكان حاضرا عنده وقت العقد لأنه صار قابضا له عقيب العقد فملكه وإن
 كان غائبا في يده أو نحوه فإن كان مضمونا بنفسه كالغصب يعتق لأنه ملكه بنفسه الشراء وإن كان أمانة أو كان
 مضمونا بغيره كالرهن لا يعتق لأنه لا يصير قابضا عقيب العقد هذا إذا كان الحلف على الشراء فإن كان على البيع فقال
 إن يعتق فأنت حر فباعه بيعا جائزا أو كان المشتري بالخيار لا يعتق لأنه زال ملكه عنه بنفس العقد والعقد لا يصح
 بدون الملك وإن كان الخيار للبائع يعتق لأنه كان في ملكه وقد وجد شرطه فيعتق ولو باعه بيعا فاسدا فإن كان في
 يد البائع أو في يد المشتري غائبا عنه بأمانة أو برهن يعتق لأنه لم يزل ملكه عنه وإن كان في يد المشتري حاضرا أو غائبا
 مضمونا بنفسه لا يعتق لأنه بالعقد زال ملكه عنه ولو حلف لا يتزوج هذه المرأة فهو على الصحيح دون الفاسد حتى
 لو تزوجها نكاحا فاسدا لا يحنث لأن المقصود من النكاح الحل ولا يثبت بالفاسد لأنه لا يثبت بسببه وهو الملك
 بخلاف البيع فإن المقصود منه الملك وأنه يحصل بالفاسد وكذلك لو حلف لا يصلي ولا يصوم فهو على الصحيح
 حتى لو صلى بغير طهارة أو صام بغير نية لا يحنث لأن المقصود منه التقرب إلى الله سبحانه وتعالى ولا يحصل ذلك
 بالفاسد ولو كان ذلك كله في الماضي بان قال إن كنت صليت أو صمت أو تزوجت فهو على الصحيح والفاسد
 لأن الماضي لا يقصد به الحل والتقرب وإنما يقصد به الإخبار عن المسمى بذلك والاسم يطلق على الصحيح والفاسد
 فإن عني به الصحيح دين في القضاء لأنه النكاح المعنوي ولو حلف لا يصلي فكبر ودخل في الصلاة لم يحنث
 حتى يركع ويسجد سجدة استحسانا والقياس أن يحنث بنفس الشروع لأنه كما شرع فيه يقع عليه اسم المصلي فيحنث
 كما لو حلف لا يصوم فنوى الصوم وشرع فيه وجه الاستحسان وهو الفرق بين الصلاة وبين الصوم أن الحالف
 جعل شرط حنثه فعل الصلاة والصلاة في عرف الشرع اسم لعبادة متركبة من أفعال مختلفة من القيام والقراءة
 والركوع والسجود والمتركب من أجزاء مختلفة لا يقع اسم كله على بعضها كالسكنجيين ونحو ذلك فلم توجد هذه
 الأفعال لا يوجد فعل الصلاة بخلاف الصوم لأن يصوم ساعة يحصل فعل صوم كامل لأنه اسم لعبادة مركبة من
 أجزاء متشقة وهي الامساكات وما هذا حاله فاسم كله ينطلق على بعضه حقيقة كاسم الماء أنه كما ينطلق على ماء
 البحر ينطلق على قطرة منه وقطرة من خل من جملة دن من خل أنه يسمى خلا حقيقة فإذا صام ساعة فقد وجد منه
 فعل الصوم الذي منع نفسه منه فيحنث وبخلاف ما لو حلف لا يصلي صلاة أنه لا يحنث حتى يصلي ركعتين لأنه لما
 ذكر الصلاة فقد جعل شرط الحنث ما هو صلاة شرعا وأقل ما اعتبره الشرع من الصلاة ركعتان بخلاف الفصل
 الأول لأن ثمة شرط الحنث هناك فعل الصلاة وفعل الصلاة يوجد بوجود هذه الأفعال وما يوجد بعد ذلك إلى تمام
 ما يصير عبادة معهودة معتبرة شرعا تكرار لهذه الأفعال فلا تقف تسمية فعل الصلاة على وجوده وقد وجد ذلك كله
 في آية واحدة من كتاب الله عز وجل وهو قوله تعالى وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة وأراد به الركعتين جميعا لأنه
 ورد في صلاة السفر ثم قال ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك وأراد به ركعة واحدة لأن الطائفة الثانية
 لا يصلون إلا ركعة واحدة ولو حلف لا يصوم يوما لا يحنث حتى يصوم يوما تاما لأنه جعل شرط الحنث صوما مقدرا
 باليوم لأنه جعل كل اليوم ظرفا له ولا يكون كل اليوم ظرفا له إلا باستيعاب الصوم جميع اليوم وكذا لو حلف لا يصوم
 صوما لأنه ذكر المصدر وهو الصوم والصوم اسم لعبادة مقدرة باليوم شرعا فيصرف إلى المهود المعترف في الشرع

بخلاف ما اذا حلف لا يصوم لانه جعل فعل الصوم شرطاً بصوم ساعة واحدة وجد فعل الصوم ولو حلف لا يصلي الظهر لا يحنث حتى يشهد بعد الاربع لان الظهر أربع ركعات فلم توجد الاربع لا توجد الظهر فلا يحنث ولو قال عبده حر ان ادراك الظهر مع الامام فادركه في التشهد ودخل معه حنث لان ادراك الشيء لحوق آخره يقال أدرك فلان زمن النبي صلى الله عليه وسلم ويراد به لحوق آخره وروى عن معاذ بن جبل رضى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من أدرك الامام يوم الجمعة في التشهد فقد أدرك الجمعة وروى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه انه انتهى يوم الى الامام فادركه في التشهد فقال الله أكبر ادركنا معه الصلاة ولو حلف لا يصلي الجمعة مع الامام فادرك معه ركعة فصلاها معه ثم سلم الامام وأتم هو الثانية لا يحنث لانه لم يصلي الجمعة مع الامام اذ هي اسم للكل وهو ما صلي الكل مع الامام ولو افتتح الصلاة مع الامام ثم نام أو أحدث فذهب وتوضأ خفاء وقد سلم الامام فاتبعه في الصلاة حنث وان لم يوجد أداء الصلاة مقارناً للامام لان كلمة مع هنا لا يراد بها حقيقة القران بل كونه تابعاً له مقتدياً به ان أفعاله وانتقاله من ركن الى ركن لو حصل على التعاقب دون المقارنة عرف مصلياً معه كذا هنا وقد وجد لبقائه مقتدياً به تابعاً له ولو نوى حقيقة المقارنة صدق فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء لا نوى حقيقة كلامه ولو حلف لا يحج حجة أو قال لا أحج ولم يقل حجة لم يحنث حتى يطوف أكثر طواف الزيارة لان الحجة اسم لعبادة ركبت من أجناس أفعال كالصلاة من الوقوف بعرفة وطواف الزيارة فلم يوجد كل الطواف أو أكثره لا يوجد الحج فان جامع فيها لا يحنث لان الحج عبادة فيقع اليمين على الصحيح منه كالصلاة ولو حلف لا يعتمر فاحرم وطاف أربعة أشواط حنث لان ركن العمرة هو الطواف وقد وجد لان لكل حكم الكل قال ابن سباعة سمعت أبا يوسف قال في رجل قال ان تزوجت امرأة بعد امرأة فهي طالق فتزوج واحدة ثم نكح في عقدة فأنشئ الطلاق على احدى الاخريتين لانه قد تزوج امرأة بعد امرأة وان كان معها غيرها فوقع الطلاق على احدهما فكان له التمين ولو تزوج امرأتين في عقدة ثم تزوج امرأة بعدهما طلقت الاخيرة لانه قد تزوج بها بعد امرأة والا وليان كل واحدة منهما لا توصف بانها بعد الاخرى فكانت الاخرى هي المستحقة للشرط ولو قال ان تزوجت امرأة فهي طالق فتزوج صبية طلقت لان غرضه بهذه اليمين هو الامتناع من النكاح فيتناول البالغة والصبية فصار قوله امرأة كقوله اني قال ابن سباعة عنده ان قال ان تزوجت امرأتين في عقدة فهما طالقتان فتزوج ثلاثاً في عقدة فانه تطلق امرأتان من نسائه فوقع على نكحيتين من الثلاث لانه قد تزوج باثنتين وان كان معهما ثالثة وليس احداهن بالطلاق باولى من الاخرى فيرجع الى تعيينه قال ابن سباعة عن ابي يوسف في نوادره في رجل قال والله لا أزوج ابنتي الصغيرة فتزوجها رجل بغير أمره فاجاز قال هو حانث لان حقوق العقد لا تتعلق بالعقد فتعلق بالحيز ولو حلف لا يزوج ابنته كبراً فامر رجلها فزوجه ثم بلغ الابن فاجاز وزوجه رجل وأجاز الابن ورضي الابن لا يحنث لان حقوق العقد لا تتعلق بالعقد فتعلق بالحيز فنسب العقد اليه وقال هشام عن محمد في نوادره في رجل حلف بطلاق امرأته ثلاثاً لا يزوج بنته صغيرة فتزوجها رجل من أهله أو غريب والاب حاضر ذلك المجلس حين زوجت الا انه ساكت حتى قال الذي زوج الذي خطب قد زوجتكما وقال الآخر قد قبلت والاب ساكت ثم قال بعد ما وقعت عقدة النكاح وهو في ذلك المجلس قد أجزت النكاح فزعم محمد انه لا يحنث لان الذي زوج غيره وانما أجازة هو وكذلك اذا حلف على أمته لانه حلف على التزويج والاجازة تسمى نكاحاً وتزويجاً فقد فعل ما لم يتناول الاسم فلا يحنث وقال ابن سباعة عن محمد في نوادره في رجل تزوج امرأة بغير أمرها وزوجه وليها ثم حلف المتزوج أن لا يتزوجها أبداً ثم بلغها فرفضت بالنكاح أو كان رجل زوجها منه وهو لا يعلم ثم حلف بعد ذلك انه لا يتزوجها ثم بلغه النكاح فاجاز لم يحنث في واحد من الوجهين لانه لم يتزوج بعد يمينه انما أجاز نكاحاً قبل يمينه أو أجازته المرأة قال ابن سباعة عن محمد لو قال لا أتزوج فلانة بالكوفة فتزوجها أبوها اياه بالكوفة ثم أجازت ببغداد كان حانثاً وانما أجاز الساعة باجازتها النكاح الذي كان بالكوفة وكذلك قال في الجامع لما ذكرنا ان الاجازة ليست بنكاح لان النكاح هو الايجاب والقبول

يوم اشتراه حتى يعتق من جميع المال وعلى قولهما يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته ويعتق من الثلث وسند ذكر هذه المسائل في كتاب العتاق ولو قال أوسط عبد أشتريه فهو حر فكل فرد له حاشيتان متساويتان فيما قبله وفيما بعده فهو أوسط ولا يكون الأول ولا الآخر وسطاً أبداً ولا يكون الوسط إلا في وتر ولا يكون في شفع فإذا اشتري عبد أتم عبد أتم عبد أقال الثاني هو الأوسط فإن اشتري رابعاً خرج الثاني من أن يكون أوسطاً فإن اشتري خامساً صار الثالث هو الأوسط فإن اشتري سادساً خرج من أن يكون أوسطاً وعلى هذا كلما صار العدد شفعاً فلا وسط له وكل من حصل في النصف الأول خرج من أن يكون وسطاً

﴿فصل﴾ (وأما) الحلف على أمور متفرقة إذا قال إن كانت هذه الجملة حنطة فأمر أنه طالق ثلاثاً فإذا هي حنطة وتبر لم يحنث لأنه جعل شرط حنثه كون الجملة حنطة والجملة ليست بحنطة فلم يوجد الشرط ولو قال إن كانت هذه الجملة الأحنطة فأمر أنه طالق ثلاثاً فكانت تبر أو حنطة يحنث في قول أبي يوسف ولا يحنث عند محمد وإن كانت الجملة كلها حنطة لا يحنث بخلاف وأبو يوسف يقول إن معنى هذا الكلام أن كان في هذه الجملة غير حنطة فأمر أنه كذا وقد تبين أن في تلك الجملة غير حنطة فوجد شرط الحنث في حنث ومحمد يقول إن المستثنى لا يعتبر وجوده لأنه ليس بداخل تحت اليمين إنما الداخل تحتها المستثنى منه فيعتبر وجوده لا وجود المستثنى وإذا لم يعتبر وجوده لا يعلم المستثنى منه أنه وجد أم لا فلا يحنث ونظير هذا ما قال في الجامع إن كان لي عشرة دراهم فأمر أنه طالق فكان له أقل من عشرة دراهم لم يحنث لأن العشرة مستثناة فلا يعتبر وجودها وروى عن أبي يوسف رواية أخرى أنه إن كان الحلف بطلاق أو عتاق أو حج أو عمرة أو قال لله على كذا يحنث وإن كان بالله تعالى لم يلزمه الكذب فيها ولا كفارة عليه لأن هذا حلف على أمر موجود فإن كان بطلاق أو عتاق أو نذر لزمه وإن كان بالله لم ينعقد يمينه وكذلك لو قال إن كانت الجملة سوى الحنطة أو غير الحنطة فهو مثل قوله الأحنطة لأن غير وسوى من ألفاظ الاستثناء وروى بشر عن أبي يوسف فيمن قال والله ما دخلت هذه الدار ثم قال عبده حر إن لم يكن دخلها فإن عبده لا يعتق ولا كفارة عليه في اليمين بالله تعالى وهو قول محمد ثم رجع أبو يوسف أما عدم وجوب الكفارة في اليمين بالله تعالى فلأنه إن كان صادقا في قوله والله ما دخلت هذه الدار فلا كفارة عليه وإن كان كاذباً وهو عالم فلا كفارة عليه أيضاً لأنها يمين غموس وإن كان جاهلاً فهي يمين اللغو فلا كفارة فيها وأما عدم عتق عبده فلأن اليمين الأولى ليس مما يحكم به الحاكم حتى يصير الحكم به كذا بالثانية لأنها يمين بالله تعالى وإنها لا تدخل تحت حكم الحاكم فلم يصح مكذباً في اليمين الثانية باليمين الأولى في الحكم فلا يعتق العبد فإن كانت اليمين الأولى يعتق أو طلاق حنث في اليمينين جميعاً في قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع فقال إذا قال بعد ما حلف بالأولى أو همت أو نسيت أو حلف بطلاق آخر أو عتاق أنه دخلها لزمه الأول ولم يلزمه الآخر وجه قوله الأول أنه أ كذب نفسه في كل واحدة من اليمينين بالآخرى واعتزف بوقوع ما حلف عليه في حنث وجه قوله الآخر أنه أ كذب نفسه في اليمين الأولى بالآخرى ولم يكذب نفسه في اليمين الثانية بعدما عقد ها ولا كذاب قبل عقدها لا يتعلق به حكم فلم يحنث فيها فإن رجع لحلف ثالثاً لم يعتق الثالث وعتق الثاني لأنه أ كذب نفسه في اليمين بعدما حلف عليه والله عز وجل أعلم وإذا تزوج الرجل أمة فقال لها إذا مات مولاك فأنت طالق اثنتين فمات المولى وهو وارثه لا وارث له غيره طلقت اثنتين وحرمت عليه عند أبي يوسف وقال محمد لا تطلق ولا تحرم عليه ولو قال الزوج إذا مات مولاك فأنت حرة فمات وهو وارثه لم تعتق في قولهما وتعتق عند زفر والكلام في هذه المسائل يرجع إلى معرفة أوان ثبوت الملك للوارث فزفر يقول وقت ثبوت الملك للوارث عقيب موت المورث بلا فصل فكما مات ثبوت الملك للوارث فقد أضاف العتق إلى حال الملك فتصح إضافته إليه ولم تصح إضافة الطلاق لأن حال الملك حال زوال النكاح فلم تصح كما إذا قال لها إذا ملكت لك فأنت طالق وأبو يوسف يقول إن الملك للوارث يثبت له عقيب زوال ملك المورث فيزول ملك الميت عقيب الموت أولاً ثم يثبت للوارث والطلاق والعتاق

انه لا يندم وكذلك في ذوات الشهر من الايسة والصغيرة الاحسن أن يطلقها واحدة رجعية وان كان عقيب طهر
جامعها فيه وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يفصل بين طلاق الايسة والصغيرة وبين جمعها بشهر وجه قوله ان
الشهر في حق الايسة والصغيرة أقيم مقام الحيضة فيمن تحيض ثم يفصل في طلاق السنة بين الوطء وبين الطلاق
بحيضة فكذا يفصل بينهما فيمن لا تحيض بشهر كما يفصل بين التطليقتين ولنا ان كراهة الطلاق في الطهر الذي وجد
الجماع فيه في ذوات الاقراء لا احتمال ان تحبل بالجماع فيندم وهذا المعنى لا يوجد في الايسة والصغيرة وان وجد
الجماع ولان الايس والصغر في الدلالة على راءة الرحم فوق الحيضة في ذوات الاقراء فلما جاز الايقاع ثمة عقيب
الحيضة فلان يجوز هنا عقيب الجماع أولى وأما الحسن في الحرة التي هي ذات القرء أن يطلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار لا جماع
فيها بان يطلقها واحدة في طهر لا جماع فيه ثم اذا حاضت حيضة أخرى وطهرت طلقها أخرى ثم اذا حاضت وطهرت
طلقها أخرى وان كانت أمة طلقها واحدة ثم اذا حاضت وطهرت طلقها أخرى وهذا قول عامة العلماء وقال مالك
لا أعرف طلاق السنة الا ان يطلقها واحدة ويتر كها حتى تنقضي عدتها وجه قوله ان الطلاق المسنون هو الطلاق
الحاجة والحاجة تدفع بالطلقة الواحدة فكانت الثانية والثالثة في الطهر الثاني والثالث تطليقتان من غير حاجة فيكره لهذا
أكره الجمع كذا التفريق اذ كل ذلك طلاق من غير حاجة (ولنا) قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أى ثلاثاً في ثلاثة
أطهار كذا افسره رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روى ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما طلق امرأته حالة الحيض
فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم أخطأت السنة ما هكذا أمر بك ان
من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فطلقها لكل طهر تطليقة فتلك المدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء فسر
رسول الله صلى الله عليه وسلم الطلاق للمدة بالثلاث في ثلاثة أطهار والله عز وجل أمر به وأدنى درجات الامر الندب
والمندوب اليه يكون حسناً ولان رسول الله صلى الله عليه وسلم نص على كونه سنة حيث قال ان من السنة أن تستقبل
الطهر استقبالا فطلقها لكل طهر تطليقة والدليل عليه ما روى عن ابراهيم النخعي في حكايته عن الصحابة رضي الله
عنهم أجمعين وكان ذلك عندهم أحسن من ان يطلق الرجل امرأته ثلاثاً في ثلاثة أطهار واذا كان ذلك أحسن من هذا
كان هذا أحسن في نفسه ضرورة وأما قوله ان الثانية والثالثة تطليقتان من غير حاجة فممنوع فان الانسان قد يحتاج الى
حسم باب نكاح امرأته على نفسه لما ظهر له ان نكاحها ليس بسبب المصلحة له دنيا ودينا لكن يميل قلبه اليها الحسن
ظاهرها فيحتاج الى الحسم على وجه ينسد باب الوصول اليها ولا يلحقه الندم ولا يمكنه دفع هذه الحاجة بالثلاث جملة
واحدة لانها تعقب الندم عسى ولا يمكنه التدارك فيقع في الزنا فيحتاج الى ايقاع الثلاث في ثلاثة أطهار فيطليقتها تطليقة
رجعية في طهر لا جماع فيه ويجرب نفسه انه هل يمكنه الصبر عنها فان لم يمكنه راجعها وان أمكنه طلقها تطليقة أخرى
في الطهر الثاني ويجرب نفسه ثم يطلقها ثالثة في الطهر الثالث فينحسم باب النكاح عليه من غير ندم يلحقه ظاهراً أو غالباً
فكان ايقاع الثانية والثالثة في الطهر الثاني والثالث طلاقاً للحاجة فكان مسنوناً على ان الحكم تعلق بدليل الحاجة لا
بحقيقة كونها أمر أباطنا لا يوقف عليه الا بدليل فيقام الطهر الخالي عن الجماع مقام الحاجة الى الطلاق فكان تكرار
الطهر دليل تجدد الحاجة فينبى الحكم عليه ثم اذا وقع عليها ثلاث تطليقات في ثلاثة أطهار فقد مضى من عدتها حيضتان
ان كانت حرة لان المدة بالحيض عندنا وبقيت حيضة واحدة فاذا حاضت حيضة أخرى فقد انقضت عدتها وان
كانت أمة فان وقع عليها تطليقتان في طهرين فقد مضت من عدتها حيضة وبقيت حيضة واحدة فاذا حاضت
حيضة أخرى فقد انقضت عدتها وان كانت من ذوات الاشهر طلقها واحدة رجعية واذا مضى شهر طلقها أخرى
ثم اذا مضى شهر طلقها أخرى ثم اذا كانت حرة فوقع عليها ثلاث تطليقات ومضى من عدتها شهران وبقي شهر
واحد من عدتها فاذا مضى شهر آخر فقد انقضت عدتها وان كانت أمة ووقع عليها تطليقتان في شهر وبقي من عدتها
نصف شهر فاذا مضى نصف شهر فقد انقضت عدتها وان كانت حاملاً فكذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف

يطلقها ثلاثا للسنة ويفصل بين كل طلاقها بشهر وقال محمد لا يطلق الحامل للسنة الا طلقه واحدة وهو قول زفر و ذكر
 محمد رحمه الله في الاصل بلغنا ذلك عن عبد الله بن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري رضي الله عنهم ولا
 خلاف في ان الممتد طهرها لا تطلق للسنة الا واحدة وجه قول محمد وزفر ان اباحة التفريق في الشرع متعلقة بتجدد
 فصول المدة لان كل قرء في ذوات الاقراء فصل من فصول المدة وكل شهر في الايسة والصغيرة فصل من فصول
 المدة ومدة الحمل كلها فصل واحد من المدة لتمذرا لاستبراء به في حق الحامل فلم يكن في معنى مورد الشرع فلا يفصل
 بالشهر ولهذا لم يفصل في الممتد طهرها بالشهر كذا ههنا ولا في حنفية وأبي يوسف قوله تعالى الطلاق مرتان فامسالك
 عمر وف أو تسريح باحسان شرع الثلاث متفرقات من غير فصل بين الحامل والحائض اما شرعية طلقه وطلقه بقوله
 تعالى الطلاق مرتان لان معناه دفعتان على ما نذكر ان شاء الله تعالى وشرعية الطلقة الثالثة بقوله عز وجل أو تسريح
 باحسان أو بقوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره من غير فصل ولان الحامل ليست من
 ذوات الاقراء فيفصل بين طلاقها بشهر كالايسة والصغيرة والجامع ان الفصل هناك بشهر لكون الشهر زمان
 تجدد الرغبة في العادة فيكون زمان تجدد الحاجة وهذا المعنى موجود في الحامل فيفصل فأما كون الشهر فصلا من
 فصول المدة فلا أثر له فكان من أوصاف الوجود لا من أوصاف التأثير انما المؤثر ما ذكرنا فينبني الحكم عليه وما ذكر
 محمد رحمه الله في الاصل لا حجة له فيه لان لفظ الحديث أفضل طلاق الحامل ان يطلقها واحدة ثم يدعيها حتى تضع حملها
 وبه نقول ان ذلك أفضل ولا كلام فيه وأما الممتد طهرها فانما لا تطلق للسنة الا واحدة لانها من ذوات الاقراء
 لانهما قدرأت الدم وهي شابة لم تدخل في حد الاباس الا انه امتد طهرها لانهما فيها يحتمل الزوال ساعة فساعة فبقى أحكام
 ذوات الاقراء فيها ولا تطلق ذوات الاقراء في طهر لا جماع فيه للسنة الا واحدة والله عز وجل أعلم ولو طلق امرأته
 تطليقة واحدة في طهر لا جماع فيه ثم راجعها بالقول في ذلك الطهر فله أن يطلقها في ذلك الطهر في قول أبي حنيفة وزفر
 وقال أبو يوسف لا يطلق في ذلك الطهر للسنة وهو قول الحسن بن زياد وقول محمد مضطرب ذكره أبو جعفر
 الطحاوي مع قول أبي حنيفة وذكره الفقيه أبو الليث مع قول أبي يوسف ولو أبانها في طهر لم يجامعها ثم زوجها فله أن
 يطلقها في ذلك الطهر بالاجماع (وجه) قول أبي يوسف ان الطهر طهر واحد والجمع بين طلاقين في طهر واحد لا
 يكون سنة كما قبل الرجعة ولا في حنفية انه لما راجعها فقد أبطل حكم الطلاق وجعل الطلاق كأنه لم يكن في حق الحكم
 ولانها عادت الى الحالة الاولى بسبب من جهته فكان له أن يطلقها أخرى كما اذا أبانها في طهر لم يجامعها فيه ثم زوجها
 وعلى هذا الخلاف اذا راجعها بالقبلة أو بالمس عن شهوة أو بالنظر الى فرجها عن شهوة وعلى هذا الخلاف اذا أمسك
 الرجل امرأته بشهوة فقال لها في حال الملاسة بشهوة بان كان أخذ بيدها للشهوة أنت طالق ثلاثا للسنة وذلك في
 طهر لم يجامعها فيه انه يقع عليها ثلاث تطليقات على التعاقب للسنة في قول أبي حنيفة رحمه الله فتقع التطليقة الاولى
 ويصير مراجعها بالامسالك عن شهوة ثم تقع الاخرى ويصير مراجعها بالامسالك ثم تقع الثالثة وعند أبي يوسف
 لا يقع عليها للسنة الا واحدة والطلاقان الباقيان انما يقعان في الطهرين الباقيين وهذا اذا راجعها بالقول أو بفعل المس
 عن شهوة فاما اذا راجعها بالجماع بان طلقها في طهر لا جماع فيه ثم جامعها حتى صار مراجعها ثم اذا أراد أن يطلقها في
 ذلك الطهر ليس له ذلك بالاجماع لان حكم الطلاق قد بطل بالمرجعة فبقى ذلك الطهر طهرا مبتدأ جامعا فيه فلا يجوز
 له أن يطلقها فيه هذا اذا راجعها بالجماع فلم تحمل منه فان حملت منه فله أن يطلقها أخرى في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر
 وعند أبي يوسف ليس له أن يطلقها حتى يمضي شهر من التطليقة الاولى أبو يوسف يقول هذا طهر واحد فلا يجمع فيه
 بين طلاقين كما في المسئلة الاولى وهم يقولون ان الرجعة أبطلت حكم الطلاق وألحقت به بالدم وكراهة الصلاق في الطهر
 الذي جامعا فيه لمكان التدم لاحتمال الحمل فاذا طلقها مع العلم بالحمل لا يندم كما لو لم يكن طلقها في هذا الطهر ولكنه
 جامعا فيه فحملت كان له أن يطلقها لما قلنا كذا هذا ولو طلق الصغيرة تطليقة ثم حاضت وطهرت قبل مضي شهر فله

أن يطلقها أخرى في قولهم جميعاً لأنها لما حاضت فقد بطل حكم الشهر لأن الشهر في حقها بدل من الحيض ولا حكم للبطل مع وجود المبدل وأما إذا طلق امرأته وهي من ذوات الاقراء ثم أيسر فله أن يطلقها أخرى حتى تياس في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يطلقها حتى يغشى شهر وجهه قوله أن هذا طهر واحد فلا يحتمل طلاقين ولا بني حنيفة أن حكم الحيض قد بطل بالياس وانتقل حالها من العدة بالحيض إلى العدة بالشهر وذلك يفصل بين التطليقتين كالانتقال من الشهر إلى الحيض في حق الصغيرة وهذا التفريع انما يتصور على الرواية التي قدرت للياس حداً معلوماً خمسين سنة أو ستين سنة فإذا تمت هذه المدة بعد التطليقة جاز له أن يطلقها أخرى عند أبي حنيفة لما ذكرنا فاعلى الرواية التي لم تقدر للياس مدة معلومة وانما علقته بالمادة فلا يتصور هذا التفريع ولو طلق امرأته في حال الحيض ثم راجعها ثم أراد طلاقها ذكر في الأصل أنها إذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت طلقها إن شاء ذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة وذكر الكرخي أن ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة وما ذكره في الأصل قول أبي يوسف ومحمد وجه ما ذكر في الأصل ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه لما طلق ابنه عبد الله امرأته في حالة الحيض مرابك فليراجعها ثم يدعها إلى أن تحيض فتطهر ثم تحيض فتطهر ثم يطلقها إن شاء طاهر من غير جماع أمره صلى الله عليه وسلم بترك الطلاق إلى غاية الطهر الثاني فدل أن وقت طلاق السنة هو الطهر الثاني دون الأول ولأن الحيضة التي طلقها فيها غير محسوبة من العدة فكان إيقاع الطلاق فيها كإيقاع الطلاق في الطهر الذي يليها ولو طلق في الطهر الذي يليها لم يكن له أن يطلق فيه أخرى كذا هذا وجه ما ذكره الطحاوي أن هذا طهر لا جماع فيه ولا طلاق حقيقة فكان له أن يطلقها فيه كالطهر الثاني وأما الحديث فقد روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن عمر أخطأت السنة ما هكذا أمرك الله تعالى أن من السنة أن تستقبل الطهر استقبلاً فتطلقها لكل طهر تطليقة جعل صلى الله عليه وسلم الطلاق في كل طهر طلاقاً على وجه السنة والطهر الذي يلي الحيضة طهر فكان الإيقاع فيه إيقاعاً على وجه السنة فيجمع بين الرويتين فتحمل تلك الرواية على الأحسن لأنه صلى الله عليه وسلم أمر بالتطليقة الواحدة في طهر واحد لا جماع فيه وهذا أحسن الطلاق وهذه الرواية على الحسن لأنه أمره بالثلاث في ثلاثة أطهار جمعاً بين الرويتين عملاً بهما بقدر الإمكان

فصل وأما بيان الألفاظ التي يقع بها طلاق السنة فالألفاظ التي يقع بها طلاق السنة نوعان نص ودلالة (أما) النص فنحن وإن يقول أنت طالق للسنة وجلته أن الرجل إذا قال لامرأته وهي مذخول بها أنت طالق للسنة ولا يسهل له فإن كانت من ذوات الاقراء وقعت تطليقة للحال إن كانت طاهرة من غير جماع وإن كانت حائضاً أو في طهر جامعها فيه لم تقع الساعة فإذا حاضت وطهرت وقعت بها تطليقة واحدة لأن قوله أنت طالق للسنة إيقاع تطليقة بالسنة المعرفة باللام لأن اللام الأولى للاختصاص فيقتضي أن تكون التطليقة مختصة بالسنة فإذا أدخل لام التعريف في السنة فيقتضي استغراق السنة وهذا يوجب تحضيضها سنة بحيث لا يشوبها معنى البدعة أو تنصرف إلى السنة المتعارفة فيما بين الناس والسنة المتعارفة المعهودة في باب الطلاق ما لا يشوبها معنى البدعة وليس ذلك إلا الواقع في طهر لا جماع فيه وإن نوى ثلاثاً فثلاث لأن التطليقة المختصة بالسنة المعرفة باللام التعريف نوعان حسن وأحسن فالأحسن أن يطلقها واحدة في طهر لا جماع فيه والحسن أن يطلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار فإذا نوى الثلاث فقد نوى أحد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته كما لو قال أنت طالق ثلاثاً للسنة وإن أراد واحدة بآنية لم تكن بآنية لأن لفظة الطلاق لا تدل على اليقونة وكذا لفظ السنة بل تمنع ثبوت اليقونة لأن الآنية ليست بمسئونة على ظاهر الرواية ويستحيل أن يثبت باللفظ ما منع ثبوته وإن نوى الثنتين لم يكن ثنتين لأنه عدد محض بخلاف الثلاث لأنه فرد من حيث أنه كل جنس الطلاق ولو أراد بقوله طالق واحدة وبقوله للسنة أخرى لم يقع لأن قوله للسنة ليس من ألفاظ الطلاق بدليل أنه لو قال لامرأته أنت للسنة ونوى الطلاق لا يقع ولو قال أنت طالق ثنتين للسنة أو ثلاثاً للسنة وقع عند كل طهر لم يجمعها تطليقة لأنها هي

التطبيق المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف ولو قال أنت طالق ثلاثا للسنة ونوى الوقوع للحال صححت نيته ويقع
 الثلاث من ساعة تكلم عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا تصح نيته وتنفرد على الاطهار وجه قوله انه نوى مالا يحتمله
 لفظه فتبطل نيته وبيان ذلك ان قوله أنت طالق ثلاثا للسنة ايقاع التطبيقات الثلاث في ثلاثة اطهار لانها هي
 التطبيقات المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف فصار كانه قال أنت طالق ثلاثا في ثلاثة اطهار ولو نص على ذلك
 ونوى الوقوع للحال لم تصح نيته كذا هذا (ولنا) ان الطلاق تصرف مشروع في ذاته وانما الخطر والحرمة في غيره
 لما تبين فكان كل طلاق في أى وقت كان سنة فكان ايقاع الثلاث في الحال ايقاعا على وجه السنة حقيقة الا ان
 السنة عند الاطلاق تنصرف الى مالا يشوبه معنى البدعة بملازمة الحرام اياه للعرف والعادة فاذا نوى الوقوع للحال فقد
 نوى ما يحتمله كلامه وفيه تشديد على نفسه فتصح نيته ولان السنة نوعان سنة ايقاع وسنة وقوع لان وقوع الثلاث
 جملة عرف بالسنة لما تبين فاذا نوى الوقوع للحال فقد نوى أحد نوعي السنة فكانت نيته محتملة لما نوى فصحت وان
 كانت آيسة أو صغيرة فقال لها أنت طالق للسنة ولا نية له طلقت للحال واحدة وان كان قد جامعها وكذا اذا كانت
 حاملا قد استبان حملها وان نوى الثلاث بقوله للآيسة والصغيرة أنت طالق ثلاثا للسنة يقع للحال واحدة و بعد شهر
 أخرى و بعد شهر أخرى وكذا في الحامل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف وأما على قول محمد لا يقع الا واحدة بناء
 على ان الحامل تطلق ثلاثا للسنة عندهما وعند لا تطلق للسنة الا واحدة ولو قال أنت طالق تطبيقا للسنة فهو مثل
 قوله أنت طالق للسنة وكذلك اذا قال أنت طالق طلاق السنة (وأما) الدلالة فنحن ان يقول أنت طالق طلاق العدة
 أو طلاق العدل أو طلاق الدين أو طلاق الاسلام أو طلاق الحق أو طلاق القرآن أو طلاق الكتاب أما طلاق
 العدة فلانه الطلاق في طهر لا يجمع فيه لقوله عز وجل فطلقوهن لعدتهن وطلاق العدل هو المائل عن الباطل الى الحق
 لان العدل عند الاطلاق ينصرف اليه وان كان الاسم في اللغة وضع دلالة على مطلق الميل كاسم الجور وعند الاطلاق
 ينصرف الى الميل من الحق الى الباطل وان وضع في اللغة دلالة على مطلق الميل والطلاق المائل من الباطل الى الحق هو
 طلاق السنة وطلاق الدين والاسلام والقرآن والكتاب هو ما يقتضيه الدين والاسلام والقرآن والكتاب وهو
 طلاق السنة وكذلك طلاق الحق هو ما يقتضيه الدين الى الحق وذلك طلاق السنة وكذلك قوله أنت طالق أحسن
 الطلاق أو أجل الطلاق أو أعدل الطلاق لانه أدخل ألف التفضيل وأضاف الى الطلاق المعرف باللام الواقع على
 الحسن فيقتضى وقوع طلاق له مزية على جميع أنواع الطلاق بالحسن والجمال والعدالة كما اذا قيل فلان أعلم الناس
 بوجوب هذا امر به على جميع طبقات الناس في العلم وهذا تفسير طلاق السنة ولو قال أنت طالق تطبيقا حسنة أو جميلة
 يقع للحال ولو قال أنت طالق تطبيقا عدلة أو عدلية أو عادلة أو سنية يقع للسنة في قول أبي يوسف وسوى بينهما وبين
 قوله أنت طالق للسنة وفرق بينهما وبين قوله أنت طالق تطبيقا حسنة أو جميلة ذكر محمد في الجامع الكبير انه يقع للحال تطبيقا
 رجعية سواء كانت حائضا أو غير حائض جامعها في طهرها أو لم يجامعها وسوى بينهما وبين قوله أنت طالق تطبيقا حسنة
 أو جميلة وفرق بين هذا وبين قوله أنت طالق للسنة وجه قول محمد ان قوله أنت طالق تطبيقا سنية وصف التطبيق بكونها
 سنية والطلاق في أى وقت كان فهو سني لانه تصرف مشروع و باقتزان الفسخ به لا يخرج من أن يكون مشروعاً في
 ذاته وهذا القدر يكفي لصحة الاتصاف بكونها سنية ولا يشترط الكمال الا يرى انه لو قال لامرأته أنت بآن يقع
 تطبيقا واحدة ولا ينصرف الى الكمال وهو الينونة الحاصلة بالثلاث كذا ههنا ولهذا وقع الطلاق للحال في قوله حسنة
 أو جميلة بخلاف قوله أنت طالق للسنة لان ذلك ايقاع تطبيقا مختصة بالسنة لان اللام الاولى للاختصاص كما يقال
 هذا اللجام للفرس وهذا الاكاف لهذه البغلة وهذا القفل لهذا الباب واللام الثانية للتعريف فان كانت للتعريف
 الجنس وهو جنس السنة اقتضى صفة التخصيص للسنة وهو أن لا يشوبها بدعة وان كانت للتعريف المعهود فالسنة
 المعهود في باب الطلاق مالا يشوبه معنى البدعة وهو الطلاق في طهر لا يجمع فيه وجه قول أبي يوسف ان هذا ايقاع

طلاق موصوف بكونه سنيا مطلقا فلا يقع الاعلى صفة السنة المطلقة والطلاق السني على الاطلاق لا يقع في غير وقت السنة ولهذا يقع في وقت السنة في قوله أنت طالق للسنة كذا هذا وافرقت أبو يوسف بين الصنية وبين الحسننة والجميلة وما كان الغالب فيه أن يجعل صفة للطلاق يجعل صفة له كقوله سنية وعدلية وما كان الغالب فيه أن يجعل صفة للمرأة يجعل صفة لها كقوله حسنة وجيلة لأن المرأة مذكورة في اللفظ بقوله أنت والتطبيق مذكورة أيضا فيحصل على ما يغلب استعمال اللفظ فيه ولو قال لا مرأته وهي ممن تحيض أنت طالق للحيض وقع عند كل طهر من كل حيضة تطليقة لأن الحيضة التي يضاف إليها الطلاق هي اطهار العدة وإن كانت ممن لا تحيض فقال لها أنت طالق للحيض لا يقع عليها شيء لأنه أضاف الطلاق إلى ما ليس بموجود فصارت كانه علقه بشرط لم يوجد ولو قال لها وهي ممن لا تحيض أنت طالق للشهور يقع للحال واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى لأن الشهور التي يضاف إليها الطلاق هي شهور العدة وكذا الحامل على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولو نوى بشيء من الالفاظ التي يقع بها طلاق السنة وهو الطلاق في الطهر الذي لا جماع فيه الوقوع للحال تصح نيته ويكون على ما عني لأنه نوى ما يحتمله كلامه أما في لفظ الاحسن والاجل والاعدل فلان ألف التفضيل قد تنكر ويراد به مطلق الصفة قال الله سبحانه وتعالى وهو أهون عليه أي هين عليه اذ لا تهافت للاشياء في قدرة الله تعالى بل هي بالنسبة إلى قدرته سواء وقد نوى ما يحتمله لفظه ولاهمة في المدول عن هذا الظاهر لما فيه من التشديد على نفسه فكان مصداقا وكذا في سائر الالفاظ لما ذكرنا ان الطلاق تصرف مشروع في نفسه فكان ايقاعه سنة في كل وقت أولان وقوعه عرف بالسنة على ما نذكره وذكر بشرع أبي يوسف ان هذا النوع من الالفاظ أقسام ثلاثة قسم منها يكون طلاق السنة فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء نوى أو لم ينو وقسم منها يكون طلاق السنة فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء إن نوى وإن لم ينو لا يكون للسنة ويقع الطلاق للحال وقسم منها ما يصدق فيه إذا قال نويت به طلاق السنة فيما بينه وبين الله تعالى ويقع في أوقاتها ولا يصدق في القضاء بل يقع للحال أما القسم الاول فهو أن يقول أنت طالق للعدة أو أنت طالق طلاق العدل أو طلاق الدين أو طلاق الاسلام أو قال أنت طالق طلاقا عدلا أو طلاق عدة أو طلاق سنة أو أحسن الطلاق أو أجل الطلاق أو طلاق الحق أو طلاق القرآن أو طلاق الكتاب أو قال أنت طالق للسنة أو في السنة أو بالسنة أو مع السنة أو عند السنة أو على السنة (وأما) القسم الثاني فهو أن يقول أنت طالق في كتاب الله عز وجل أو بكتاب الله عز وجل أو مع كتاب الله عز وجل لأن في كتاب عز وجل دليل وقوع الطلاق للسنة والبدعة لأن فيه شرع الطلاق مطلقا فكان الطلاق تصرفا مشروعاً في نفسه فكان كلامه محتمل الأمرين فوقف على نيته وأما القسم الثالث فهو أن يقول أنت طالق على الكتاب أو بالكتاب أو على قول القضاة أو على قول الفقهاء أو قال أنت طالق طلاق القضاة أو طلاق الفقهاء لأن القضاة والفقهاء يقولون من كتاب الله عز وجل قال الله عز وجل ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين وفي كتاب الله عز وجل دليل الأمرين جميعا لما بينا فكان لفظه محتملا للأمرين فيصدق فيما بينه وبين الله عز وجل ويقع في وقت السنة ولا يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر والله عز وجل أعلم ولو كان الزوج غائبا فأراد أن يطلقها للسنة واحدة فإنه يكتب إليها إذا جاءك كتابي هذا ثم حضت وطهرت فانت طالق وإن أراد أن يطلقها ثلاثا يكتب إليها إذا جاءك كتابي هذا ثم حضت وطهرت فانت طالق ثم إذا حضت وطهرت فانت طالق ثم إذا حضت وطهرت فانت طالق وذكر محمد في الرقيات انه يكتب إليها إذا جاءك كتابي هذا فعملت ما فيه ثم حضت وطهرت فانت طالق وتلك الرواية أحوط والله عز وجل أعلم

فصل في ما يطلق البدعة فالكلام فيه في ثلاثة مواضع في تفسيره وفي بيان الالفاظ التي يقع بها طلاق البدعة وفي بيان حكمه أما الاول فطلاق البدعة نوعان أيضا نوع يرجع إلى الوقت ونوع يرجع إلى العدد أما الذي يرجع إلى الوقت فنوعان أيضا أحدهما المطلقة الواحدة الرجعية في حالة الحيض إذا كانت مدخولا بها سواء كانت حرة أو أمة

لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لعبد الله بن عمر حين طلق امرأته في حالة الحيض أخطأت السنة ولأن فيه تطويل العدة عليها لأن الحيضة التي صادفها الطلاق فيه غير محسوبة من العدة فتطول العدة عليها وذلك إضرار بها ولأن الطلاق للحاجة هو الطلاق في زمان كمال الرغبة وزمان الحيض زمان النفرة فلا يكون الأقدام عليه فيه دليل الحاجة إلى الطلاق فلا يكون الطلاق في سنة بل يكون سفهاً إلا أن هذا المعنى يشكك بما قبل الدخول فالصحيح هو المعنى الأول وإذا طلقها في حالة الحيض فلا فضل أن يراجعها لما روى ابن عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته في حالة الحيض أمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ولا نه إذا راجعها أمكنه أن يطلقها للسنة فتبين منه بطلاق غير مكره فكانت الرجعة أولى ولو امتنع عن الرجعة لا يجبر عليها وذكر في العيون أن الأمة إذا اعتقت فلا بأس بأن تختار نفسها وهي حائض وكذلك الصغيرة إذا أدركت وهي حائض وكذلك امرأة العنين وهي حائض. والثاني الطلقة الواحدة الرجعية في ذوات الأقراء في طهر جامعها فيه حرة كانت أو أمة لا حبال أنها حملت بذلك الجماع وعند ظهور الحمل يندم فتبين أنه طلقها لا الحاجة وفائدة فكان سفهاً فلا يكون سنة ولا نه إذا جامعها. فقد قلت رغبته إليها فلا يكون الطلاق في ذلك الطهر طلاقاً لحاجة على الإطلاق فلم يكن سنة وأما الذي يرجع إلى العدد فهو إيقاع الثلاث أو الثنتين في طهر واحد لا جماع فيه سواء كان على الجمع بأن أوقع الثلاث جملة واحدة أو على التفريق واحد بعد واحد بعدان كان الكل في طهر واحد وهذا قول أصحابنا وقال الشافعي لا أعرف في عدد الطلاق سنة ولا بدعة بل هو مباح وأما السنة والبدعة في الوقت فقط احتج بعمومات الطلاق من الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله عز وجل فطلقوهن لعدتهن وقوله عز وجل لا جناح عليكم أن طلقتم النساء ما لم تمسوهن شرع الطلاق من غير فصل بين الفرد والعدد والمفترق والمجتمع وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والصبي والدليل على أن عدد الطلاق في طهر واحد مشروع أنه معتبر في حق الحكم بخلاف بين الفقهاء وغير المشروع لا يكون معتبراً في حق الحكم ألا ترى أن بيع الغل والصفر ونكاح الأجانب لما كان مشروعاً كان معتبراً في حق الحكم وبيع الميتة والدم والخمر والخنزير ونكاح الحارم لما لم يكن مشروعاً لم يكن معتبراً في حق الحكم وهما لما اعتبر في حق الحكم دل أنهما مشروع وبهذا عرفت شرعية الطلقة الواحدة في طهر واحد والثلاث في ثلاثة أطهار كذا المجتمع (ولنا) الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل فطلقوهن لعدتهن أي في أطهار عدتهن وهو الثلاث في ثلاثة أطهار كذا أفسره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما ذكرنا فيما تقدم أمر بالتفريق والامر بالتفريق يكون نهياً عن الجمع ثم إن كان الأمر أمر إيجاب كان نهياً عن ضده وهو الجمع نهى بجموعهم وإن كان أمر نهي كان نهياً عن ضده وهو الجمع نهى ندب وكل ذلك حجة على المخالف لأن الأول يدل على التحريم والآخر يدل على الكراهة وهو لا يقول بشئ من ذلك وقوله تعالى الطلاق مرتان أي دفعتان ألا ترى أن من أعطى آخر درهمين لم يجز أن يقال أعطاه مرتين حتى يطميه دفعتين وجه الاستدلال أن هذا وإن كان ظاهره الخبر فإن معناه الأمر لأن الحمل على ظاهره يؤدي إلى الخلف في خبر من لا يحتمل خبره الخلف لأن الطلاق على سبيل الجمع قد يوجد وقد يخرج اللفظ مخرج الخبر على إرادة الجمع قال الله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن أي ليتربصن وقال تعالى والوالدات يرضعن أولادهن أي ليرضعن ونحو ذلك كذا هذا فصار كأنه سبحانه وتعالى قال فطلقوهن مرتين إذا أردتم الطلاق والامر بالتفريق نهى عن الجمع لأنه ضده فيدل على كون الجمع حراماً ومكرهاً على ما بينا فإن قيل هذه الآية حجة عليكم لأنه ذكر جنس الطلاق وجنس الطلاق ثلاث والثلاث إذا وقع دفعتين كان الواقع في دفعه طلقتان فيدل على كون الطلقتين في دفعة مسنونتين فالجواب أن هذا أمر بتفريق الطلاقين من الثلاث لا بتفريق الثلاث لأنه أمر بالرجعة عقيب الطلاق مرتين أي دفعتين بقوله تعالى فامساك عمر وف أي وهو الرجعة وتفرق الطلاق وهو إيقاعه دفعتين لا يتعقب الرجعة فكان هذا أمر بتفريق الطلاقين من الثلاث لا بتفريق كل جنس الطلاق وهو الثلاث والامر بتفريق

طلاقين من الثلاث يكون نهياً عن الجمع بينهما فوضح وجه الاحتجاج بالآية بحمد الله تعالى (وأما) السنة فاروى
 عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهزله عرش الرحمن نهي صلى الله عليه وسلم
 عن الطلاق ولا يجوز ان يكون النهي عن الطلاق لعينه لانه قد بقي معتبراً شرعاً في حق الحكم بعد النهي فعلم ان
 ههنا غير احقية ملازمة للطلاق يصلح ان يكون منها عنه فكان النهي عنه لا عن الطلاق ولا يجوز ان يمنع من
 المشرع لمكان الحرام الملازم له كفاي الطلاق في حالة الحيض والبيع وقت النداء والصلاة في الارض المفصولة
 وغير ذلك وقد ذكر عن عمر رضي الله عنه انه كان لا يؤتي برجل طلق امرأته ثلاثاً الا أوجعه ضرباً وأجاز ذلك
 عليه وذلك بحضرة من الصحابة رضي الله عنهم فيكون اجماً (وأما) المقول فن وجوه أحدها ان النكاح
 عقد مصلحة لكونه وسيلة الى مصالح الدين والدنيا والطلاق ابطال له وابطال المصلحة مفسدة وقد قال الله عز وجل
 والله لا يحب الفساد وهذا معنى الكراهة الشرعية عندنا ان الله تعالى لا يحب ولا يرضى به الا أنه قد يخرج من أن
 يكون مصلحة لعدم توافق الاخلاق وتباين الطبائع أو لفساد يرجع الى نكاحها بأن علم الزوج ان المصلحة تقوته
 بنكاح هذه المرأة أو ان المقام مع سبب فساد دينه ودينه فتقلب المصلحة في الطلاق ليستوفي مقاصد النكاح
 من امرأة أخرى الا ان احتمال انه لم يتأمل حق التأمل ولم ينظر حق النظر في العاقبة قائمة فالشرع والعقل يدعوانه
 الى النظر وذلك في ان يطلقها طليقة واحدة رجعية حتى ان التباين أو الفساد اذا كان من جهة المرأة تتوب وتعود الى
 الصلاح اذا ذقت مرارة الفراق وان كانت لا تتوب نظري في حال نفسه انه هل يمكنه الصبر عنها فان علم انه لا يمكنه
 الصبر عنها راجعاً وان علم انه يمكنه الصبر عنها يطلقها في الطهر الثاني نائياً ويجرب نفسه ثم يطلقها فيخرج نكاحها
 من ان يكون مصلحة ظاهر او غالباً لانه لا يلحقه الندم غالباً فأبيحت الطليقة الواحدة أو الثلاث في ثلاثة اطهار
 على تقدير خروج نكاحها من ان يكون مصلحة وصيرورة المصلحة في الطلاق فاذا طلقها ثلاثاً جملة واحدة
 في حالة الغضب وليست حالة الغضب حالة التأمل لم يعرف خروج النكاح من ان يكون مصلحة فكان الطلاق
 اطلاً للمصلحة من حيث الظاهر فكان مفسدة والثاني ان النكاح عقد مسنون بل هو واجب لما ذكرنا في
 كتاب النكاح فكان الطلاق قطعاً للسنة وتقويتاً للواجب فكان الاصل هو الحظر والكراهة الا انه رخص
 للتأديب أو للتخليص والتأديب يحصل بالطليقة الواحدة الرجعية لان التباين أو الفساد اذا كان من قبلها فاذا ذقت
 مرارة الفراق فالظاهر انها تتأدب وتتوب وتعود الى الموافقة والصلاح والتخليص يحصل بالثلاث في ثلاثة اطهار
 والثابت بالرخصة يكون تاجراً بطريق الضرورة وحق الضرورة صار مقضياً بما ذكرنا فلا ضرورة الى الجمع بين
 الثلاث في طهر واحد فبقى ذلك على أصل الحظر والثالث انه اذا طلقها ثلاثاً في طهر واحد فربما يلحقه الندم وقال
 الله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً قيل في التفسير أي ندامة على ما سبق من فعله أو رغبة فيها ولا يمكنه
 التدارك بالنكاح فيقع في السفاح فكان في الجمع احتمال الوقوع في الحرام وليس في الامتناع ذلك والتحرز عن مثله
 واجب شرعاً وعقلاً بخلاف الطليقة الواحدة لانها لا تمنع من التدارك بالرجعة وبخلاف الثلاث في ثلاثة اطهار لان
 ذلك لا يعقب الندم ظاهر الا انه يجرب نفسه في الاطهار الثلاثة فلا يلحقه الندم وقد خرج الجواب عما ذكره المخالف
 لان الطلاق عندنا تصرف مشروع في نفسه الا انه ممنوع عنه لغيره لما ذكرنا من الدلائل ويستوي في كراهة الجمع
 أن تكون المرأة حرة أو أمة مسلمة أو كتيبة لان الموجب للكراهة لا يوجب الفصل وهو ما ذكرنا من الدلائل
 ويستوي في كراهة الجمع والخلع في الطهر الذي لا جماع فيه غير مكره وبالاجماع وفي الطلاق الواحد البائن روايتان
 ذكر في كتاب الطلاق انه يكره وذكر في زيادات الزيارات انه لا يكره وجه تلك الرواية ان الطلاق البائن لا يفارق
 الرجعي الا في صفة البينة وصفة البينة لا تنافي صفة السنة الا ترى ان الطليقة الواحدة قبل الدخول بائنة وانها سنة
 وكذا الخلع في طهر لا جماع فيه بائن وانه سنة (وجه) رواية كتاب الطلاق ان الطلاق شرع في الاصل بطريق

الرخصة للحاجة على ما بيننا ولا حاجة الى البائن لان الحاجة تندفع بالرجعي فكان البائن طلاقاً من غير حاجة فلم يكن سنة ولان فيه احتمال الوقوع في الحرام لاحتمال الندم ولا يمكنه المراجعة ور بما لا توافقه المرأة في الذكاح فيقيمها بطريق حرام وليس في الامتناع عنه احتمال الوقوع في الحرام فيجب التحرز عنه بخلاف الطلاق قبل الدخول لانه طلاقاً لحاجة لانه قد يحتاج الى الطلاق قبل الدخول ولا يمكن دفع الحاجة بالطلاق الرجعي ولان الطلاق قبل الدخول لا يتصور ايقاعه الا بائناً فكان طلاقاً للحاجة فكان مسنوناً وكذلك الخلع لانه تقع الحاجة الى الخلع ولا يتصور ايقاعه الا بصفة الابانة ألا ترى انه لا يتصور ان يكون رجعيّاً ولان الله سبحانه وتعالى وضع الجناح الى الخلع مطلقاً بقوله عز وجل لا جناح عليهما فيم اقتدت به فدل على كونه مباهماً مطلقاً ثم البدعة في الوقت يختلف فيها الدخول بها وغير الدخول بها فيكره ان يطلق المدخول بها في حالة الحيض ولا يكره ان يطلق غير المدخول بها في حالة الحيض لان الكراهة في حالة الحيض لمكان تطويل العدة ولا يتحقق ذلك في غير المدخول بها وما كونه طاهراً من غير جماع فلا يتصور في غير المدخول بها وما البدعة في العدد فيستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها لان ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بينهما وكذا يستوى في السنة والبدعة المسامة والكتانية والحرة والامة لان الدلائل لا توجب الفصل بين الكل

فصل وأما الالفاظ التي يقع بها طلاق البدعة فنحو أن تقول أنت طالق للبدعة أو أنت طالق طلاق البدعة أو طلاق الجور أو طلاق المعصية أو طلاق الشيطان فان نوى ثلاثاً فهو ثلاث لان ايقاع الثلاث في طهر واحد لا جماع فيه والواحدة في طهر جامعها فيه بدعة والطلاق في حالة الحيض بدعة فاذا نوى به الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت وروى هشام عن محمد انها واحدة يملك بها الرجعة لان البدعة لم يجعل لها وقت في الشرع لتصرف الاضافة اليه فيلغو قوله للبدعة ويبقى قوله أنت طالق فيقع به تطليقة واحدة رجعية وكذلك اذا قال أنت طالق طلاق الجور أو طلاق المعصية أو طلاق الشيطان ونوى الثلاث وان لم تكن له نية فان كان في طهر جامعها فيه أو في حالة الحيض وقع من ساعته وان لم يكن لا يقع لئلا مال من محض أو يجامعها في ذلك الطهر والله عز وجل أعلم

فصل وأما حكم طلاق البدعة فهو انه واقع عند عامة العلماء وقال بعض الناس انه لا يقع وهو مذهب الشيعة أيضاً (وجه) قولهم ان هذا الطلاق منهي عنه لما ذكرنا من الدلائل فلا يكون مشرعاً وغير المشروع لا يكون معتبراً في حق الحكم ولان الله تعالى جعل لنا ولاية الايقاع على وجه مخصوص ومن جعل له ولاية التصرف على وجه لا يملك ايقاعه على غير ذلك الوجه كالوكيل بالطلاق على وجه السنة اذا اطلقها للبدعة انه لا يقع لما قلنا كذا هذا (ولنا) ما روى عن عباد بن الصامت رضي الله عنه ان بعض آباءه طلق امرأته ألقاً فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم بانث بالثلاث في معصية وتسعمائة وتسعون فيما لا يملك وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ان أحدكم يركب الاحمق فيطلق امرأته ألقاً ثم يأتي فيقول يا ابن عباس يا ابن عباس وأن الله تعالى قال ومن يتق الله يجعل له مخرجاً وانك لم تتق الله فلا أجده مخرجاً بانث امرأتك وعصيت بك وروى نافع عن عمر رضي الله عنه انه كان لا يؤتي رجلاً قد طلق امرأته ثلاثاً الا أوجعه ضرباً أو أجاز ذلك عليه وكانت قضايه بمحض من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين فيكون اجماعهم على ذلك (وأما) قولهم ان غير المشروع لا يكون معتبراً في حق الحكم فنعم لكن الطلاق نفسه مشروع عندنا ما فيه حظر وانما الحظر والحرم في غيره وهو ما ذكرنا من الفساد والوقوع في الزنا والسفاهة وتطويل العدة واذا كان مشروعاً في نفسه جاز ان يكون معتبراً في حق الحكم وان منع عنه لغيره كالبيع وقت اذان الجمعة والصلاة في الارض المغصوبة ونحو ذلك وقد خرج الجواب عن الوجه الثاني وهو ان من ولي تصرفاً مشروعاً لا يملك ايقاعه الا على الوجه الذي ولي لانه ما وقع الطلاق الا على الوجه الذي ولي ايقاعه لانه تصرف مشروع في نفسه لا يتصور ايقاعه غير مشروع الا أنه بهذا الطلاق باشر تصرفاً مشرعاً ووارتكب محظوراً فبأنهم

بارتكاب المحظور لا بمباشرة المشروع كإيفاء البيع وقت النداء ونظائره بخلاف الوكيل لأن التوكيل بالطلاق على وجه السنة توكيل بطلاق مشروع لا يتضمنه ارتكاب حرام بوجه فاذا طلقها للبدعة فقد أتى بطلاق مشروع ولا يلزمه حرام فلم يأت بما أمر به فلا يقع فهو الفرق

فصل وأما بيان قدر الطلاق وعدده فنقول وبالله التوفيق الزوجان أمان كانا حريين وأمان كانا رقيقين وأمان كان أحدهما حرا والآخر رقيقا فإن كانا حريين فالحر يطلق امرأته الحرة ثلاث تطليقات بخلاف وان كانا رقيقين فالعبد لا يطلق امرأته الأمة الا تطليقتين بخلاف أيضا واختلف فيما إذا كان أحدهما حرا والآخر رقيقا فإن عدد الطلاق يعتبر بحال الرجل في الرق والحرية أم بحال المرأة قال أمحبا بنارحهم الله تعالى يعتبر بحال المرأة وقال الشافعي يعتبر بحال الرجل حتى إن العبد إذا كانت تحته حرة يملك عليها ثلاث تطليقات عندنا وعندنا وعندنا لا يملك عليها الا تطليقتين والحر إذا كانت تحته أمة لا يملك عليها الا تطليقتين عندنا وعندنا يملك عليها ثلاث تطليقات والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم روى عن علي وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهم مثل قولنا وعن عثمان وزيد بن ثابت مثل قوله وعن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أنه يعتبر بحال أيهما كان رقيقا ولا خلاف في أن العدة تعتبر بحال المرأة احتج الشافعي بما روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء والمراد منه اعتبار الطلاق في القدر والعدد لا الإيقاع لأن ذلك مما لا يشك في روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال يطلق العبد ثنتين وتعتد الأمة بحيفتتين من غير فصل بين ما إذا كانت تحته أمة أو حرة ولأن الرق إنما يؤثر في نقصان الحل لكون الحل نعمة وأنه نعمة في جانب الرجل لا في جانب المرأة لأنها مملوكة مرقوقة فلا يؤثر رقيقها في نقصان الحل (ولنا) الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى الطلاق مرتان إلى قوله عز وجل فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والنص ورد في الحرة أخبر الله تعالى أن حل الحرة يزول بالثلاث من غير فصل بين ما إذا كانت تحت حراً أو تحت عبد فيجب العمل باطلاقه والدليل على أن النص ورد في الحرة قرائن الآية الكريمة أحدها أنه قال تعالى فلا جناح عليهما فيما اقتدت به والأمة لا تملك الا فتداء بغير إذن المولى والثاني قوله عز وجل حتى تنكح زوجا غيره والأمة لا تملك انكاح نفسها من غير إذن مولاهما والثالث قوله تعالى فلا جناح عليهما إن يتراجعا أي يتناكحا كحما بعد طلاق الزوج الثاني وذافي الحر والحرة وأما السنة فإروى عن عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان جعل عليه الصلابة والسلام طلاق جنس الأمة ثنتين لأنه أدخل لام الجنس على الأمة لأنه قال طلاق كل أمة ثنتان من غير فصل بين ما إذا كان زوجها حراً أو عبداً وأما المعقول فمن وجهين أحدهما أن الأصل في الطلاق هو الخطر لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم إلا أنه لا يبيحت الطلقة الواحدة للحاجة إلى الخلاص عند مخالفة الأخلاق لأن عند ذلك نصير المصلحة في الطلاق ليزدوج كل واحد منهما بمن يوافقه فتحصل مقاصد النكاح إلا أن احتمال الندم من الجانبين قائم بعد الطلاق كما أخبر الله تعالى لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً فلو ثبتت الحرمة بطلقة واحدة ولم يشرع طلاق آخر حتى يتأمل الزوج فيه ربما يندم ولا يمكنه التدارك بالرجعة ولا توافقه المرأة في النكاح ولا يمكنه الصبر عنها فيقع في الزنا فايحت الطلقة الثانية لهذه الحاجة ولا حاجة إلى الطلقة الثالثة إلا أن الشرع ورد بها في الحرة إذا كانت تحت حراً وعبدًا ظاهراً لخطر النكاح وإبانة لشرفه وملك النكاح في الأمة في الشرف والخطر دون ملك النكاح في الحرة لأن شرف النكاح وخطره لما يتعلق به من المقاصد الدينية والدنيوية منها الولد والسكن ومعلوم أن هذين المقصودين في نكاح الأمة دونهما في نكاح الحرة لأن ولد الحرة حر وولد الرقيقة رقيق والمقصود من الولد الاستئناس والاستنصار به في الدنيا والدعوة للصالحية في العقب وهذا المقصود لا يحصل من الولد الرقيق مثل ما يحصل من الحر لكون المرقوق مشغولاً بخدمة المولى وكذا سكن نفس الزوج إلى امرأته الأمة لا يكون مثل سكنه إلى امرأته الحرة فلم يكن هذا في معنى مورد الشرع فبقيت الطلقة فيه على

أصل الحظر والثاني أن حكم الطلاق زوال الحل وهو حل الحلية فيقدر الحل وحل الامة أنقص من حل الحرة لان الرق ينقص الحل لان الحل نعمة لكونه وسيلة الى النعمة وهي مقاصد النكاح والوسيلة الى النعمة نعمة وللرق أثر في نقصان النعمة ولهذا أثر في نقصان المالكية حتى يملك الحر التزوج بربع نسوة والعبد لا يملك التزوج الا بامرأتين واما الحد يثنان فقد قيل انهما غريبان ثم انهما من الاحاد ولا يجوز تقييد مطلق الكتاب العزيز بخبر الواحد ولا معارضة الخبر المشهور به ثم نقول لاحجة فيهما أما الاول فلان قوله الطلاق بالرجال الصاق الاسم بالاسم فيقتضي ملصقا محذوفا والمصق المحذوف يحتمل ان يكون هو الايقاع ويحتمل أن يكون هو الاعتبار فلا يكون حجة مع الاحتمال وقوله الايقاع لا يشكل ممنوع بل قد يشكل وبيان الاشكال من وجهين أحدهما ان النكاح مشترك بين الزوجين في الانعقاد والاصل في كل عقد كان انعقاده بما قد ين ان يكون ارتفاعه بهما أيضا كالبيع والاجارة ونحوهما والثاني انه مشترك بينهما في الاحكام والمقاصد فيشكل ان يكون الايقاع بهما على الشركة لحل الاشكال بقوله الطلاق بالرجال وأما الثاني ففيه ان العبد يطلق ثنتين وهذا لا ينفي الثالثة كما يقال فلان يملك درهمين وقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان اضافة الطلاق الى الامة والاضافة للاختصاص فيقتضي أن يكون الطلاق المختص بالامة ثنتان ولو ملك الثالثة عليها لبطل الاختصاص ومثاله قول القائل مال فلان درهمان انه ينفي الزيادة لما قلنا كذا هذا وقد خرج الجواب عن قوله ان الحل في جانبها ليس بنعمة لا يبين انه نعمة في حقها أيضا لكونه وسيلة الى النعمة والمالك في باب النكاح ليس بمقصود بل هو وسيلة الى المقاصد التي هي نعم والوسيلة الى النعمة نعمة والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان ركن الطلاق فركن الطلاق هو اللفظ الذي جعل دلالة على معنى الطلاق لغة وهو التخلية والارسال ورفع القيد في الصريح وقطع الوصلة ونحوه في الكناية أو شرعا وهو ازالة الحل الحلية في النوعين أو بما يقوم مقام اللفظ أما اللفظ فمثل ان يقول في الكناية أنت بائن أو ابتك أو يقول في الصريح أنت طالق أو طلقك وما يجري هذا الجرى الا ان التطلق والطلاق في العرف يستعملان في المرأة خاصة والاطلاق يستعمل في غيرها يقال في المرأة طلق تطليقا وطلاقا وفي البعير والاسير ونحوهما يقال أطلق يطلق اطلاقا وان كان المعنى في اللغتين لا يختلف في اللغة ومثل هذا جائز كما يقال حصان وحصان وعدل فالحصان بفتح الحاء يستعمل في المرأة وبالحذف يستعمل في الفرس وان كانا يدلان على معنى واحد لغة وهو المنع والعدل يستعمل في الآدمي والعدل فيما سواه وان كانا موجودين في المعادلة في اللغة كذا هذا ولهذا قالوا ان من قال لامرأته أنت مطلقة مخففا يرجع الى نيته لان الاطلاق في العرف يستعمل في اثبات الانطلاق عن الحبس والقيد الحقيقي فلا يحتمل على القيد الحكمي الابالنية ويستوى في الركن ذكر التطليقة وبعضها حتى لو قال لها أنت طالق بعض تطليقة أو ربع تطليقة أو ثلث تطليقة أو نصف تطليقة أو جزأ من ألف جزء من تطليقة يقع تطليقة كاملة وهذا على قول عامة العلماء وقال ربيعة الرأي لا يقع عليها شيء لان نصف تطليقة لا يكون تطليقة حقيقة بل هو بعض تطليقة وبعض الشيء ليس عين ذلك الشيء ان لم يكن له غيره (ولنا) أن الطلاق لا يتبع بعض وذكر البعض فيها لا يتبع بعض ذكر لكاه كالعفو عن بعض القصاص انه يكون عفوا عن الكل ولو قال أنت طالق طلقة واحدة ونصف أو واحدة وثلث طلقت اثنتين لان البعض من تطليقة تطليقة كاملة فصار كأنه قال أنت طالق اثنتين بخلاف ما اذا قال أنت طالق واحدة ونصفها أو ثلثها انه لا يقع الا واحدة لان هناك أضاف النصف الى الواحدة الواقعة والواقع لا يتصور وقوعه ثانيا وهذا ذكر نصفها منكر غير مضاف الى واقع فيكون ايقاع تطليقة أخرى ولو قال أنت طالق سدس تطليقة أو ثلث تطليقة أو نصف تطليقة أو ثلث تطليقة فهو ثلاث لما ذكرنا ان كل جزء من التطليقة تطليقة كاملة هذا اذا كانت مدخولا بها فان كانت غير مدخول بها فلا تقع الا واحدة لانها بانت بالاولى كما اذا قال أنت طالق وطالق وطالق أو قال أنت طالق سدس تطليقة وثلثها ونصفها بعد أن لا يتجاوز العدد عن واحدة لوجع ذلك فهو تطليقة واحدة ولو تجاوز بان قال أنت طالق سدس تطليقة وربعها

وثلاثا ونصفها لم يذكروا في ظاهر الرواية واختلف المشايخ فيه قال بعضهم يقع تطليقتان وقال بعضهم يقع تطليقة واحدة ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين ففي ثلاث لان نصف التطليقتين تطليقة فتلاثة أنصاف تطليقتين ثلاثة أمثال تطليقة فصارت كأنه قال أنت طالق ثلاث تطليقات ولو كان أربع نسوة فقال بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة لان الطلقة الواحدة اذا قسمت على أربع أصاب كل واحدة ربع تطليقة تطليقة كاملة وكذلك اذا قال بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع لان التطليقتين اذا انقسمتا بين الاربع يصيب كل واحدة نصف تطليقة ونصف التطليقة تطليقة فان قيل لم لا يقسم كل تطليقة بحياها على الاربع فيلزم تطليقتان فالجواب انه ما فعل هكذا بل جعل التطليقتين جميعا بين الاربع لان الجنس واحد لا يتفاوت والقسمة في الجنس الواحد الذي لا يتفاوت يقع على جملة وانما يقسم الآحاد اذا كان الشيء متفاوتا فان نوى الزوج ان يكون كل تطليقة على حياها يبينه ان يكون على ما نوى ويقع على كل واحدة منهن تطليقتان لانه نوى ما يحتمله كلامه وهو غير متهم فيه لانه شدد على نفسه فيصدق ولو قال بينكن خمس تطليقات فكل واحدة طالق اثنتين لان الجنس اذا قسمت على الاربع أصاب كل واحدة تطليقة وربع تطليقة وربع تطليقة تطليقة كاملة فيكون تطليقتين وعلى هذا ما زاد على خمسة الى ثمانية فان قال بينكن تسع تطليقات وقعت على كل واحدة ثلاث تطليقات لان التسع اذا قسمت على أربع أصاب كل واحدة منهن تطليقتان وربع تطليقة وربع تطليقة تطليقة كاملة فيقع على كل واحدة ثلاثة وعلى هذا قالوا لو قال اشركت بينكن في تطليقتين أو في ثلاث أو أربع أو خمس أو ست أو سبع أو ثمان أو تسع ان هذا وقوله بينكن سواء لان لفظة البين تنبي عن الشركة فقوله بينكن كذا معناه اشركت بينكن كذا بخلاف ما اذا طلق امرأة تطليقتين ثم قال لاخرى قد اشركت في طلاقها انه يقع عليها تطليقتان لان قوله اشركت في طلاقها اثبات الشركة في الواقع ولا تثبت الشركة في الواقع الا بثبوت الشركة في كل واحد منهما لانه لا يمكن رفع التطليقة الواقعة عنها وإبقاها على الاخرى فلزم للشركة في كل واحدة من التطليقتين على الاخرى وهذا اوجب وقوع تطليقتين على الاخرى وسواء كان مباشرة الركن من الزوج بطريق الاصاله أو من غيره بطريق النيابة عنه بالوكالة والرسالة لان الطلاق مما تجرى فيه النيابة فكان فصل النائب كفعل المنوب عنه وأما الذي يقوم مقام اللفظ فالكتابة والاشارة على ما ذكر ان شاء الله تعالى

(فصل) وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى الزوج وبعضها يرجع الى المرأة وبعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الوقت أما الذي يرجع الى الزوج فمنها أن يكون عاقلًا حقيقه أو قدرا فلا يقع طلاق المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل شرط أهلية التصرف لان به يعرف كون التصرف مصلحة وهذه التصرفات ما شرعت الا لمصلحة العباد وأما السكران اذا طلق امرأته فان كان سكره بسبب محذور بان شرب الخمر أو التبيذ طوعا حتى سكر وزال عقله فطلاقه واقع عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن عثمان رضي الله عنه انه لا يقع طلاقه به أخذ الطحاوي والكرخي وهو أحد قول الشافعي وجه قولهم ان عقله زائل والعقل من شرائط أهلية التصرف لما ذكرنا ولهذا لا يقع طلاق المجنون والصبي الذي لا يعقل والذي زال عقله بالجنج والدواء كذا هذا والدليل عليه انه لا يصح رده فلان لا يصح طلاقه أولى (ولنا) عموم قوله عز وجل الطلاق مرتان الى قوله سبحانه وتعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره من غير فصل بين السكران وغيره الا من خص بدليل وقوله عليه الصلوة والسلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه ولان عقله زال بسبب هو معصية فينزل قائما عقوبة عليه وزجر الله عن ارتكاب المعصية ولهذا الوقف انسانا أو قتل يجب عليه الحد والتقصاص وانهم لا يجبان على غير العاقل دل ان عقله جعل قائما وقد يعطى للزائل حقيقة حكم القائم تقديرا اذا زال بسبب هو معصية للزجر والردع كمن قتل مورثه انه يحرم الميراث ويجعل المورث حيا زجر اللقاتل وعقوبة عليه بخلاف ما اذا زال بالجنج والدواء لانه مازال بسبب هو معصية الا انه لا يصح ردة السكران استحسانا نظر اليه لان بقاء العقل تقديرا بعد زواله حقيقة للزجر وانما تقع الخاطئة الى

الزاجر فيما يغلب وجوده لوجود الداعي اليه طبعاً والردة لا يغلب وجودها لانعدام الداعي اليها فلا حاجة الى استبقاء عقله فيها للزجر ولان جهة زوال العقل حقيقة يقتضي بقاء الاسلام وجهة بقائه تقديره يقتضي زوال الاسلام فيرجح جانب البقاء لان الاسلام يعلو ولا يعلو عليه ولهذا يحكم بسلام الكافر اذا اكره على الاسلام ولا يحكم بكفر المسلم اذا اكره على اجراء كلمة الكفر فاجرى واخبر ان قلبه كان مطمئناً بالايمان كذا هذا وان كان سكره بنسب مباح لكن حصل له به لذة بان شرب الخمر مكرها حتى سكر أو شربها عند ضرورة العطش فسكروا قالوا ان طلاقه واقع أيضاً لانه وان زال عقله فانما حصل زوال عقله بلذة فيجعل قائماً وياحق الاكره والاضطرار بالعدم كانه شرب طائماً حتى سكر وذكر محمد رحمه الله تعالى فيمن شرب النبيذ ولم يزل عقله ولكن صدع فزال عقله بالصداع لانه لا يقع طلاقه لانه ما زال عقله بمصيبة ولا بلذة فكان زائلاً حقيقة وتقدر ان وكذلك اذا شرب البنيخ أو الدواء الذي يسكر وزال عقله لا يقع طلاقه لما قلنا ومنها ان لا يكون معنوها ولا مدهوشا ولا مبرها ولا منمى عليه ولا ناعماً فلا يقع طلاق هؤلاء ما قلنا في الجنون وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه ومنها أن يكون بالغاً فلا يقع طلاق الصبي وان كان عاقلاً لان الطلاق لم يشرع الا عند خروج النكاح من أن يكون مصابحة وانما يعرف ذلك بالتأمل والصبي لا يشتغاله باللهو واللعب لا يتأمل فلا يعرف وأما كون الزوج طائماً فلا يشترط عند أصحابنا وعند الشافعي شرط حتى يقع طلاق المكره عندنا وعند لا يقع ونذكر المسئلة في كتاب الاكره ان شاء الله تعالى وذكر محمد باسناده ان امرأة اعتقلت زوجها وجلست على صدره ومعها شفرة فوضعتها على حلقه وقالت لتطلقني ثلاثاً أو لا تفذهن فنادى الله ان لا تفعل فابت فطلقها ثلاثاً فذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا قبولة في الطلاق وكذا كونه جاداً ليس بشرط فيقع طلاق الهازل بالطلاق واللاعب لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث جد هن جد وهن جد النكاح والطلاق والعقاق وروى النكاح والطلاق والرجعة وعن أبي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من لعب بطلاق أو عتاق لزمه وقيل فيه نزل قوله سبحانه وتعالى ولا تتخذوا آيات الله هزوا وكان الرجل في الجاهلية يطلق امرأته ثم يرجع فيقول كنت لا عبا ويعتق عبده ثم يرجع فيقول كنت لا عبا فترأت الآية فقال صلى الله عليه وسلم من طلق أو حرر أو نكح فقال اني كنت لا عبا فهو جائز منه وكذا التكم بالطلاق ليس بشرط فيقع الطلاق بالكتابة المستينة وبالإشارة المفهومة من الاخرس لان الكتابة المستينة تقوم مقام اللفظ والإشارة المفهومة تقوم مقام العبارة وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط فيقع طلاق شارط الخيار في باب الطلاق بغير عوض لان شرط الخيار لا يمكن من الفسخ عند الحاجة والذي من جانب الزوج وهو الطلاق لا يحتمل الفسخ لقوله صلى الله عليه وسلم لا قبولة في الطلاق وأما الخلو عن شرط الخيار للمرأة في الطلاق بعوض فشرط لان الذي من جانبها المال فكان من جانبها معاوضة المال وانها محتمة للفسخ فصيح شرط الخيار فيها فيمنع انعقاد السبب كالبيع حتى انما لو ردت بحكم الخيار بطل العقد ولا يقع الطلاق وكذا صححة الزوج ليس بشرط وكذا اسلامه فيقع طلاق المريض والكافر لان المرض والكفر لا يتأنيان أهلية الطلاق وكذا كونه عامداً ليس بشرط حتى يقع طلاق الخاطيء وهو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق فسبق لسانه بالطلاق لان القائل بالخطأ ليس الا التصيد وانه ليس بشرط لوقوع الطلاق كالهزل واللاعب بالطلاق وكذلك العتاق لما قلنا في الطلاق وذكر الكرخي ان في العتاق روايتين فان هشاماً روى عن محمد عن أبي حنيفة ان من أراد أن يقول لامرأته اسقيني ماء فقال لها أنت طالق وقع ولو أراد ذلك في العبد فقال أنت حر لم يقع وروى بشر بن الوليد الكندي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة انه ما يتساوى ان وهو الصحيح لما ذكرنا (وجه) رواية هشام ان ملك البضع ثبت بسبب يتساوى فيه القصد وعدم القصد وهو النكاح فملى ذلك زواله بخلاف ملك العبد فانه يثبت بسبب مختلف فيه القصد وعدم القصد وهو البيع ونحو ذلك فكذلك زواله وهذا ليس بسد بدلانه

قد يشترط ثبوت الحكم من الشرائط ما لا يشترط لزواله فكان الاستدلال بالثبوت على الزوال استدلالا فاسدا
 فصل ومنها النية في أحد نوعي الطلاق وهو الكتابة وجملة الكلام في هذا الشرط في موضعين أحدهما في
 بيان الالفاظ التي يقع بها الطلاق في الشرع والثاني في بيان صفة الواقع بها أما الاول فالالفاظ التي يقع بها الطلاق في
 الشرع نوعان صريح وكتابة أما الصريح فهو اللفظ الذي لا يستعمل الا في حل قيد النكاح وهو لفظ الطلاق أو
 التطليق مثل قوله أنت طالق أو أنت الطلاق أو طلقتك أو أنت مطلقة مشددا سمي هذا النوع صريحا لان الصريح
 في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع من قوطم صرح فلان بالامر أي كشفه وأوجهه وسمى
 البناء المشرف صراحا لظهوره على سائر الابنية وهذه الالفاظ ظاهرة المراد لانها لا تستعمل الا في الطلاق عن قيد
 النكاح فلا يحتاج فيها الى النية لوقوع الطلاق اذ النية عملها في تعيين المبهم ولا ابهام فيها وقال الله تعالى فطلقوهن
 لعدتهن شرع الطلاق من غير شرط النية وقال سبحانه وتعالى الطلاق مرتان مطلقا وقال سبحانه وتعالى فان طلقها
 فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره حكم سبحانه وتعالى بزوال الحل مطلقا عن شرط النية وروينا ان عبد الله بن
 عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته في حال الحيض أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ولم يسأله هل نوى
 الطلاق أو لم ينو ولو كانت النية شرطا لسأله ولا مراجعة الا بعد وقوع الطلاق فدل على وقوع الطلاق من غير نية ولو
 قال لها أنت طالق ثم قال أردت انما طالق من وثاق لم يصدق في انقضاء ما ذكرنا ان ظاهر هذا الكلام الطلاق
 عن قيد النكاح فلا يصدق القاضى في صرف الكلام عن ظاهره وكذا لا يسع للمرأة أن تصدقه لانه خلاف الظاهر
 ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه في الجملة والله تعالى مطلع على قلبه ولو قال أنت طالق وقال
 أردت انما طالق من العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان هذا اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن
 العمل فقد نوى ما لا يحتمله لفظه أصلا فلا يصدق أصلا وروى الحسن عن أبي حنيفة فيمن قال أنت طالق وقال
 نويت الطلاق من عمل أو قيد دين فيما بينه وبين الله تعالى لانها مطلقة من هذين الأمرين حقيقة فقد نوى ما يحتمله
 حقيقة كلامه فجاز أن يصدق فيه ولو صرح فقال أنت طالق من وثاق لم يقع في القضاء لان المرأة قد توصف بأنها
 طالق من وثاق وان لم يكن مستعملا فاذا صرح به يحمل عليه وان صرح فقال أنت طالق من هذا العمل وقع الطلاق
 في القضاء لان هذا اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن العمل لا حقيقة ولا مجازا ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى لانه
 يحتمله في الجملة وان كان خلاف الظاهر وعلى قياس رواية الحسن ينبغي أن لا يقع أيضا في القضاء ولو قال أنت أطلق
 من امرأة فلان وهي مطلقة فذلك على نيته الا أن يكون جوابا للمسئلة الطلاق لان لفظة أفعل ليست صريحا في الكلام
 ألا ترى ان من قال لا آخر أنت أزنى من فلان لم يكن قد قصر محاحتي لا يجب الحد ومعلوم ان صريح القذف يوجب
 الحد واذا لم يكن صريحا وقف على النية الا اذا خرج جوابا للسؤال الطلاق فينصرف اليه بقرينة السؤال وكذا اذا
 قال لها أنت مطلقة وخفف فهو على نيته لانه اذا كان الانطلاق لا يستعمل في قيد النكاح وانما يستعمل في القيد
 الحقيقي والحبس فلم يكن صريحا فوقف على النية وروى ابن سماعه عن محمد فيمن قال لا مرأته كوني طالقا أو أطلق قال
 أراه واقعا لان قوله كوني ليس أمرا حقيقة وان كانت صبيغته صبيغة الامر بل هو عبارة عن اثبات كونها طالقا كما في
 قوله تعالى كن فيكون ان قوله كن ليس بامر حقيقة وان كانت صبيغته صبيغة الامر بل هو كتابة عن التكوين ولا
 تكون طالقا الا بالطلاق وكذا قوله أطلق وكذلك اذا قال لا مرأته كوني حرة أو اعتي ولو قال بمطلقة وقع عليها الطلاق
 لانه وصفها بكونها مطلقة ولا تكون مطلقة الا بالتطليق فان قال أردت به الشتم لا يصدق في القضاء لانه خلاف
 الظاهر لانه نوى فيما هو وصف أن لا يكون وصفا فكان عدولا عن الظاهر فلا يصدق القاضى ويصدق فيما بينه
 وبين الله تعالى لانه قد يراد به الشتم ولو كان لها زوج قبله فقال عنت ذلك الطلاق دين في القضاء لانه نوى ما
 يحتمله لفظه لانه وصفها بكونها مطلقة في نفسها من غير الاضافة الى نفسه وقد تكون مطلقة وقد تكون مطلقة

زوجها الاول فالتية صادفت محلها فصدق في القضاء واذالم يكن لها زوج قبله لا يحتمل أن تكون مطلقة غيره فانصرف الوصف الى كونها مطلقة له ولو قال لها أنت طالق طالق أو قال أنت طالق أنت طالق أو قال قد طلقك قد طلقك أو قال أنت طالق قد طلقك يقع ثنتان اذا كانت المرأة مدخولا بها لانه ذكر جملتين كل واحدة منهما ايقاع تام لكونه مبتدأ وخبرا والمحل قابل للوقوع ولو قال عنت بالثاني الاحبار عن الاول لم يصدق في القضاء لان هذه الالفاظ في عرف اللغة والشرع تستعمل في انشاء الطلاق فصرفها الى الاخبار يكون عدولا عن الظاهر فلا يصدق في الحكم المروى يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان صيغتها صيغة الاخبار ولو قال لامرأته أنت طالق فقال له رجل ما قلت فقال طلقها أو قال قلت هي طالق فهي واحدة في القضاء لان كلامها انصرف الى الاخبار بقرينة الاستخبار واما الطلاق بالفارسية فقد روى عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه انه قال في فارسي قال لامرأته بهشتم ان زن أو قال ان زن بهشتم أو قال بهشتم لا يكون ذلك طلاقا لأن بنوى به الطلاق لان معنى هذا اللفظ بالمرءية خليت وقوله خليت من كنيات الطلاق بالمرءية فكذا هذا اللفظ الا ان أبا حنيفة فرق بين اللفظين من وجهين أحدهما انه قال اذا نوى الطلاق بقوله خليت يقع باثنا واذا نوى الطلاق بهذه اللفظة يقع رجعا لان هذا اللفظ يحتمل أن يكون صريحا في لغتهم ويحتمل أن يكون كناية فلا ثبت البيئونة بالشك والثاني قال ان قوله خليت في حال الغضب وفي حال هذا كره الطلاق يكون طلاقا حتى لا يدين في قوله انه ما أراد به الطلاق وهذا اللفظ في هاتين الحالتين لا يكون طلاقا حتى لو قال ما أردت به الطلاق يدين في القضاء لان هذا اللفظ أقيم مقام التخلية فكان أضعف من التخلية فلا تعمل فيه دلالة الحال ولم يفرق بينهما فيما سوى ذلك حتى قال ان نوى باثنا يكون باثنا وان نوى ثلاثا يكون ثلاثا كما لو قال خليت ونوى البائن أو الثلاث ولو نوى ثنتين يكون واحدة كما في قوله خليت الا أن ههنا يكون واحدة بملك الرجعة بخلاف لفظة التخلية لما بينا وقال أبو يوسف اذا قال بهشتم ان زن أو قال ان زن بهشتم فهي طالق نوى الطلاق او لم ينو وتكون تطليقة رجعية لان أبا يوسف خالط العجم ودخل جرجان فعرف أن هذا اللفظ في لغتهم صريح قال وان قال بهشتم ولم يقل ان زن فان قال ذلك في حال سؤال الطلاق أو في حال الغضب فهي واحدة بملك الرجعة ولا يدين انه ما أراد به الطلاق في القضاء وان قال في غير حال الغضب ومذا كره الطلاق يدين في القضاء لان معنى قولهم بهشتم خليت وليس في قوله خليت اضافة الى النكاح ولا الى الزوجة فلا يحمل على الطلاق الا بقرينة نية أو بدلالة حال وحال الغضب ومذا كره الطلاق دليل ارادة الطلاق ظاهر فلا يصدق في الصرف عن الظاهر قال وان نوى باثنا فبائن وان نوى ثلاثا فثلاث لان هذا اللفظ وان كان صريحا في الفارسية فعنه التخلية في المرءية فكان محتملا للبيئونة والثلاث كلفظة التخلية فجاز أن يحمل عليه بالنية وقال محمد في قوله بهشتم ان زن أو ان زن بهشتم أن هذا صريح الطلاق كما قال أبو يوسف وقال في قوله بهشتم انه ان كان في حال هذا كره الطلاق فكذلك ولا يدين انه ما أراد به الطلاق وان لم يكن في حال هذا كره الطلاق يدين سواء كان في حال الغضب أو الرضا لان معنى هذا اللفظ بالمرءية أنت محلاة أو قد خليت وقال زفر اذا قال بهشتم ونوى الطلاق باثنا أو غير بائن فهو بائن وان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى اثنتين فاثنتان وأجرى هذه اللفظة مجرى قوله خليت ولو قال خليت ونوى الطلاق فهي واحدة بائنة نوى البيئونة ولم ينو وان نوى ثلاثا يكون ثلاثا وان نوى اثنتين يكون اثنتين على أصله فكذا هذا اذا ما نقل عن أصحابنا في الطلاق بالفارسية والاصل الذي عليه الفتوى في زماننا هذا في الطلاق بالفارسية انه ان كان فيها لفظ لا يستعمل الا في الطلاق فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق من غير نية اذا أضيف الى المرأة مثل أن يقول في عرف ديار نادها كنم أو في عرف خراسان والعراق بهشتم لان الصريح لا يختلف باختلاف اللغات وما كان في الفارسية من الالفاظ ما يستعمل في الطلاق وفي غيره فهو من كنيات الفارسية فيكون حكمه حكم كنيات العربية في جميع الاحكام والله أعلم ولو قال لامرأته أنت طالق ونوى به الابانة فقد لغت نيته لانه نوى تغيير الشرع لان الشرع أثبت

الدينونة بهذا اللفظ مؤجلاً الى ما بعد اقضاء العدة فاذا نوى اباؤها الحال معجلاً فقد نوى تغيير الشرع وليس له هذه
الولاية فبطلت نيته وان نوى ثلاثاً لثقت نيته أيضاً في ظاهر الرواية وروى عن أبي حنيفة أنه تصح نيته وبه أخذ
الشافعي وجه هذه الرواية ان قوله طالق مشتق من الطلاق كالضارب ونحوه فيدل على ثبوت ما أخذ الاشتقاق
وهو الطلاق كسائر الالفاظ المشتقة من المعاني ألا ترى أنه لا يتصور الضارب بلا ضرب والقاتل بلا قتل فلا يتصور
الطالق بلا طلاق فكان الطلاق باثناً فصحت نية الثلاث منه كما لو نص على الطلاق فقال أنت طالق طلاقاً وكما
لو قال لها أنت بائن ونوى الثلاث أنه تصح نية الثلاث لما قلنا كذا هذا وجه ظاهر الرواية قوله عز وجل واذا طلقتم
النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعرف أو سرحوهن أثبت الرجعة حال قيام العدة للمطلق مطلقاً من غير فصل بين ما
اذا نوى الثلاث أو لم ينو فوجب القول بثبوت حق الرجعة عند مطلق التطليق إلا بما قيد بدليل ولا نية نوى ما يحتمله
لقظه فلا تصح نيته كما اذا قال لها اسقيني ونوى به الطلاق ودلالة الوصف أنه نوى الثلاث وقوله طالق لا يحتمل
الثلاث لوجهين أحدهما ان طالق اسم للذات وذاتها واحد والواحد لا يحتمل التعدد إلا ان الطلاق ثبت مقتضى
الطالق ضرورة صحة التسمية بكونها طالقاً لان الطالق بدون الطلاق لا يتصور كالضارب بدون الضرب وهذا
المقتضى غير متنازع في نفسه فكان عدم ما يوراء صحة التسمية وذلك على الأصل المفهوم في الثابت ضرورة أنه يتقدر
بقدر الضرورة ولا ضرورة في قبول نية الثلاث فلا يثبت فيه بخلاف ما اذا قال لها أنت طالق طلاقاً لان الطلاق
هناك منصوب عليه فكان ثابتاً من جميع الوجوه فيثبت في حق قبول النية وبخلاف قوله أنت بائن لان البائن
مقتضاه الدينونة وانها متنوعة الى غليظة وخفيفة فكان اسم البائن بمنزلة الاسم المشترك لتنوع محل الاشتقاق وهو
الدينونة كاسم الجالس يقال جلس أى قعد ويقال جلس أى أتى فجد فكان الجالس من الاسماء المشتركة لتنوع محل
الاشتقاق وهو الجلوس فكذا البائن والاسم المشترك لا يتعين المترادف منه إلا بعين فاذا نوى الثلاث فقد عين احدى
نوعى الدينونة فصحت نيته واذا لم يكن له لا يقع شئ لا نعدام المعين بخلاف قوله طالق لانه ما خوذ من الطلاق والطلاق
في نفسه لا يتنوع لانه رفع القيد والقيد نوع واحد والثاني ان سألنا ان الطلاق صار مذكوراً على الاطلاق لسكنه في
اللغة والشرع عبارة عن رفع قيد النكاح والقيد في نكاح واحد واحد فيكون الطلاق واحداً ضرورة فاذا نوى الثلاث
فقد نوى العدد فيما لا عد له فبطلت نيته فكان ينبغي أن لا يقع الثلاث أصلاً لان وقوعه ثبت شرعاً بخلاف القياس
فيمتصر على مورد الشرع ولو قال أنت طالق طلاقاً فان لم تكن نية فهمى واحدة وان نوى ثلاثاً كان ثلاثاً كذا ذكر في
الأصل وفي الجامع الصغير عن أبي حنيفة أنه لا يكون الا واحدة وجهه هنا رواية انه ذكر المصدر للتأكيده كذا ذكرنا ان
قوله طالق فيقتضى الطلاق فكان قوله طلاقاً تنصيصاً على المصدر الذى اقتضاه الطالق فكان تأكيده كما يقال قمت
قياماً أو كملت أو كلاً فلا يفيد الا ما أفاده المؤكد وهو قوله طالق فلا يقع الا واحدة كما لو قال أنت طالق ونوى به
الثلاث وجه ظاهر الرواية ان قوله طلاقاً مصدر فيحتمل كل جنس الطلاق لان المصدر يقع على الواحد ويحتمل
الكل قال الله تعالى لا تدعوا اليوم ثبورا واحداً وادعوا ثبوراً كثيراً وصف الثبور الذى هو مصدر بالكثرة
والثلاث في عقد واحد كل جنس الطلاق فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فتصح نيته واذا لم يكن له نية يحتمل
على الواحد لانه متيقن وقد خرج الجواب عما سبق لان الكلام انما يحتمل على التأكيده كما اذا لم يمكن حمله على فائدة جديدة
وهنا أمكن على ما بينا ولو نوى اثنتين لا على التقسيم في قوله طالق طلاقاً لا تصح نيته لان لفظ المصدر واحد فلا بد من
تحقيق معنى التوحيد فيه ثم الشئ قد يكون واحداً من حيث الذات وهو ان يكون ذاته واحداً من النوع كيربمن الانسان
وقد يكون واحداً من حيث النوع كالاتسان من الحيوان ولا توجد في الاثنين لامن حيث الذات ولا من حيث
النوع فكان عدداً محضاً فلا يحتمله لفظ الواحد بخلاف الثلاث فانه واحد من حيث الجنس لانه كل جنس ما
يملكه من الطلاق في هذا النكاح وكل جنس من الافعال يكون جنساً واحداً ألا ترى انك متى عدت الاجناس تعد

جنساً واحداً من الاجناس كالضرب يكون جنساً واحداً من سائر أجناس الفعل وكذا الاكل والشرب ونحو ذلك ولو نوى نيتين على التقسيم تصح نيته لما ذكر ولو قال أنت الطلاق ونوى الثلاث صحّت نيته لأن الفعل قد يذ كر بمعنى المفعول يقال هذا الدرهم ضرب الأمير أي مضر وبه وهذا علم أبي حنيفة أي معلومه فلو حملناه على المصدر للغا كلامه ولو حملناه على معنى المفعول لصح فكان الحمل عليه أولى وصحت نية الثلاث لأن النية تتبع المذكور والمذكور يلزم الجنس ولو قال لها أنت طالق بدون الالف واللام ذكر الطحاوي انه لا يكون الا واحدة وان نوى الثلاث وفرق بينهما وبين قوله أنت الطلاق وذكر الجصاص ان هذا الفرق لا يعرف له وجه الا على الرواية التي روى عن أبي حنيفة في قوله أنت طالق طلاقاً انه لا يكون الا واحدة وان نوى الثلاث فاما على الرواية المشهورة في التسوية بين قوله أنت طالق الطلاق وبين قوله أنت طالق طلاقاً فلا يبين وجه الفرق بين قوله أنت طالق وبين قوله أنت الطلاق وحكي ان الكسائي سأل محمد بن الحسن عن قول الشاعر

فان ترفقي ياهند فالرفق أيمن * وان تخزقي ياهند فالخرق أشأم

فانت طلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يخسرق أعق وأظلم

فقال محمد رحمه الله ان قال والطلاق عزيمة ثلاث طلقت واحدة بقوله أنت طلاق وصار قوله والطلاق عزيمة ثلاث ابتداء وخبراً غير متعلق بالأول وان قال والطلاق عزيمة ثلاثاً طلقت ثلاثاً كانه قال أنت طالق ثلاثاً والطلاق عزيمة لأن الثلاث هي في الحال تفسير الموقع فاستحسن الكسائي جوابه وكذا لو قال أنت طالق الطلاق ونوى الثلاث لانه ذكر المصدر وعرفه بلام التعريف فيستغرق كل جنس المشروع من الطلاق في هذا الملك وهو الثلاث فاذا نوى الثلاث فقد نوى حقيقة كلامه فصحت نيته الا ان عند الاطلاق لا ينصرف اليه لقرينة تمنع من التصرف اليه على ما ذكره ولو نوى نيتين لا على التقسيم لا تصح نيته لما ذكرنا ان الطلاق مصدر والمصدر صيغته صيغة واحدة فكان تحقيق معنى التوحيد فيه لازماً والاثنان عدد محض لا توجد فيه بوجه فلا يحتمله اللفظ الموضوع للتوحيد وانما احتمال الثلاث من حيث التوحيد لانه كل جنس ما يملكه من الطلاق في هذا الملك وكل الجنس جنس واحد بالاضافة الى غيره من الاجناس وأمكن تحقيق معنى التوحيد فيه وان لم يكن له نية لا يقع الا واحدة لانه وان عرف المصدر بلام التعريف الموضوع لاستغراق الجنس لكنه انصرف الى الواحد بدلالة الحال لان ايقاع الثلاث جملة محظورة والظاهر من حال المسلم ان لا يرتكب المحظور فانصرف الى الواحد بقريته وصار هذا كما اذا حلف لا يشرب الماء ولا يتزوج النساء ولا يكلم بني آدم انه ان نوى كل جنس من هذه الاجناس صحّت نيته وان لم يكن له نية ينصرف الى الواحد من كل جنس لدلالة الحال كذا هذا ولو قال أردت بقولي أنت طالق واحدة وبقولي الطلاق أو طلاقاً أخرى صدق لانه ذكر لفظين كل واحد منهما يصلح ايقاعاً تاماً ألا ترى انه اذا قال لها أنت طالق يقع الطلاق ولو قال أنت الطلاق أو طلاق يقع أيضاً فاذا أراد بذلك صار كانه قال لها أنت طالق وطالق ولو قال لا مر أنه طلق نفسه ونوى به الثلاث صحّت نيته حتى لو قالت طلقت نفسي ثلاثاً كان ثلاثاً لان المصدر يصير مذكوراً في الامر لأن معناه حصل طلاقاً والمصدر يقع على الواحد ويحتمل الكل فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه وان لم يكن له نية ينصرف الى الواحد لكونه متيقناً وان نوى نيتين لا يصح لانه عدد محض فكان معنى التوحيد فيه منعاً ماصلاً وأساساً فلا يحتمله صيغة واحدة ولو طلق امرأته تطليقة يملك الرجعة ثم قال لها قبل انقضائها عدة قد جعلت تلك التطليقة التي أوقعها عليك ثلاثاً أو قال قد جعلتها بائناً اختلف أصحابنا الثلاثة فيه قال أبو حنيفة يكون ثلاثاً ويكون بائناً وقال محمد لا يكون ثلاثاً ولا بائناً وقال أبو يوسف يكون بائناً ولا يكون ثلاثاً وجه قول محمد ان الطلاق بعد وقوعه شرعاً بصفة لا يحتمل التغير عن تلك الصفة لأن تغييره يكون تغيير الشرع والعبد لا يملك ذلك ألا ترى انه لو طلقها ثلاثاً فجعلها واحدة لا تصير واحدة وكذا لو طلقها تطليقة بائنة فجعلها رجعية لا تصير رجعية لمساقلنا كذا هذا وجه قول أبي يوسف ان التطليقة الرجعية يحتمل

ان يلحقها البينة في الجلسة ألا يرى انه لو تركها حتى انقضت عدتها تصير بائنة فجاز تمجيل البينة فيها أيضاً فاما
الواحدة فلا يحتمل أن تصير ثلاثاً أبداً فلما قوله جعلتها ثلاثاً ولا يحنيفاً انه يملك ايقاع هذه التطليقة بائنة من الابتداء
فيملك الحاقها بالبائنة لانه يملك انشاء الابانة في هذه الجملة كما كان يملكها في الابتداء ومعنى جعل الواحدة ثلاثاً انه
الحق بها تطليقتين أخريين لانه جعل الواحد ثلاثاً

﴿فصل﴾ (وأما) الكناية فنوعان نوع هو كناية بنفسه وضما ونوع هو ملحق بها شرعي حق النية أما النوع
الاول فهو كل لفظ يستعمل في الطلاق ويستعمل في غيره نحو قوله أنت بائن أنت على حرام خلية برئة بته أمرك يديك
اختاري اعتدي استبري رحمك أنت واحدة خليت سبيلك سرحتك حبلك على غاربك فارقتك خالعتك ولم يذكر
العوض لا سبيل لي عليك لا ملك لي عليك لا نكاح لي عليك أنت حرة قومي اخرجي اغربي انطلق انتقلي تقنعي
استتري تزوجي ابنتي الازواج الحق باهلك ونحو ذلك سمي هذا النوع من الالفاظ كناية لان الكناية في اللغة
اسم لفظ استتر المراد منه عند السامع وهذه الالفاظ مستترة المراد عند السامع فان قوله بائن يحتمل البينة عن
النكاح ويحتمل البينة عن الخير أو الشر وقوله حرام يحتمل حرمة الاستمتاع ويحتمل حرمة البيع والقتل
والا كل ونحو ذلك وقوله خلية مأخوذ من الخلو فيحتمل الخلو عن الزوج والنكاح ويحتمل الخلو عن الخير أو الشر
وقوله برئة من البراءة فيحتمل البراءة من النكاح ويحتمل البراءة من الخير أو الشر وقوله بته من البت وهو القطع
فيحتمل القطع عن النكاح ويحتمل القطع عن الخير أو الشر وقوله أمرك يديك يحتمل في الطلاق ويحتمل في
أمر آخر من الخروج والانتقال وغير ذلك وقوله اختباري يحتمل اختيار الطلاق ويحتمل اختيار البقاء على النكاح
وقوله اعتدي أمر بالاعتداد وانه يحتمل الاعتداد الذي هو من العدة ويحتمل الاعتداد الذي هو من العدد أي
اعتدي نعمتي التي أنعمت عليك وقوله استبري رحمك أمر بتعريف براءة الرحم وهو طهارتها عن الماء وانه كناية
عن الاعتداد الذي هو من العدة ويحتمل استبري رحمك لا طلقك وقوله أنت واحدة يحتمل أن تكون الواحدة
صفة الطلقة أي طالق واحدة أي طلقة واحدة ويحتمل التوحيد في الشرف أي أنت واحدة في الشرف وقوله
خليت سبيلك يحتمل سبيل النكاح ويحتمل سبيل الخروج من البيت لزيارة الابوين أو لمرآة آخر وقوله
سرحتك يعني خليتك يقال سرحت ابلي وخليتها بمعنى واحد وقولك حبلك على غاربك استعارة عن التخلية
لان الجمل اذا ألقى حبسه على غاربه فقد خلى سبيله يذهب حيث شاء وقوله فارقتك يحتمل المفارقة عن النكاح
ويحتمل المفارقة عن المكان والمضجع وعن الصداقة وقوله خالعتك ولم يذكر العوض يحتمل الخلع عن نفسه
بالطلاق ويحتمل الخلع عن نفسه بالهجر عن الفراش ونحو ذلك وقوله لا سبيل لي عليك يحتمل سبيل النكاح
ويحتمل سبيل البيع والقتل ونحو ذلك وكذا قوله لا ملك لي عليك يحتمل ملك النكاح ويحتمل ملك البيع ونحو
ذلك وقوله لا نكاح لي عليك لاني قد طلقتك ويحتمل لا نكاح لي عليك أي لا أنز وجك ان طلقتك ويحتمل
لا نكاح لي عليك أي لا أطوك لان النكاح يذكر بمعنى الوطء وقوله أنت حرام يحتمل الخلو عن ملك
النكاح ويحتمل الخلو عن ملك النمين ونحو ذلك وقوله قومي واخرجي واذهبي يحتمل أي افعلي ذلك لانك
قد طلقت والمرأة اذا طلقت من زوجها تقوم وتخرج من بيت زوجها وتذهب حيث تشاء ويحتمل التقيد عن نفسه
مع بقاء النكاح وقوله اغربي عبارة عن البعد أي تباعد فيحتمل البعد من النكاح ويحتمل البعد من الفراش وغير
ذلك وقوله انطلق وانتقلي يحتمل الطلاق لانها تنطلق وتنقل عن بيت زوجها اذا طلقت ويحتمل الانتقال
والانتقال الى بيت أبوها لزيارة ونحو ذلك وقوله تقنعي واستتري أمر بالتقنع والاستتار فيحتمل الطلاق لانها اذا
طلقت يلزمهاستر رأسها بالقناع وستر أعضائها بالثوب عن زوجها ويحتمل تقنعي واستتري أي كوني متقنعة
ومستورة لثلايق بصراً جنبي عليك وقوله تزوجي يحتمل الطلاق اذا لم يحل لها الزوج بزواج آخر الا بعد الطلاق
ويحتمل تزوجي ان طلقتك وكذا قوله ابنتي الازواج وقوله الحق باهلك يحتمل الطلاق لان المرأة تلحق باهلها اذا

صارت مطلقة ويحتمل الطرد والابعاد عن نفسه مع بقاء النكاح وإذا احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغير الطلاق فقد استتر المراد منها عند السامع فافتقرت الى النية لتعيين المراد ولا خلاف في هذه الجملة الا في ثلاثة ألفاظ وهي قوله سرحتك وفارقتك وأنت واحدة فقال أصحابنا قوله سرحتك وفارقتك من الكنايات لا يقع الطلاق بهما الا بقرينة النية كسائر الكنايات وقال الشافعي هما صريحان لا يفتقران الى النية كسائر الالفاظ الصريحة وقوله أنت واحدة من الكنايات عندنا وعنده هو ليس من ألفاظ الطلاق حتى لا يقع الطلاق به وان نوى (أما) المسئلة الاولى فاحتج الشافعي بقوله سبحانه وتعالى فامسك بمعرف أو تسريحاً بحسان والتسريح هو التطليق وقوله تعالى فامسكوهن بمعرف أو فارقوهن بمعرف والمفارقة هي التطليق فقد سمي الله عز وجل الطلاق بثلاثة أسماء الطلاق والسراح والفراق ولو قال لها طلقتك كان صريحاً فكذا اذا قال سرحتك أو فارقتك (ولنا) ان صريح الطلاق هو اللفظ الذي لا يستعمل الا في الطلاق عن قيد النكاح لما ذكرنا ان الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد عند السامع وما كان مستعملاً فيه وفي غيره لا يكون ظاهر المراد بل يكون مستتر المراد ولفظ السراح والفراق يستعمل في غير قيد النكاح يقال سرحت ابلي وفارقت صديق فكان كناية لا صريحاً فيفتقر الى النية ولا حجة له في الا يتبين لنا قول بموجبهما ان السراح والفراق طلاق لكن بطريق الكناية لا صريحاً لانعدام معنى الصريح على ما بينا وأما المسئلة الثانية فوجه قوله ان قوله أنت واحدة صفة المرأة فلا يحتمل الطلاق كقوله أنت قائمة وقاعدة ونحو ذلك ولنا انه لما نوى الطلاق فقد جعل الواحدة نعتاً للمصدر محذوف أى طلقة واحدة وهذا شائع في اللغة يقال أعطيته جزى لا وضربته وجيماً أى عطاء جزى لا وضرباً وجيماً ولهذا يقع الرجعي عندنا دون البائن واختلف مشايخنا في محل الخلاف قال بعضهم الخلاف فيما اذا قال واحدة بالوقف ولم يرغب فاما اذا أعرب الواحدة فلا خلاف فيها لانه ان رفعها لا يقع الطلاق بالاجماع لانها حينئذ تكون صفة الشخص وان نصبها يقع الطلاق بالاجماع لانها حينئذ تكون نعتاً للمصدر محذوف على ما بينا فكان موضع الخلاف ما اذا وقفها ولم يرغب بها ويحتمل ان يقال ان موضع الرفع محل الاختلاف أيضاً لان معنى قوله أنت واحدة أى أنت منفردة عن النكاح وقال أكثر المشايخ ان الخلاف في الكل ثابت لان العوام لا يهتدون الى هذا ولا يميزون بين اعراب واعراب ولا خلاف انه لا يقع الطلاق بشئ من الالفاظ الكناية الا بالنية فان كان قد نوى الطلاق يقع فيما بينه وبين الله تعالى وان كان لم ينو لا يقع فيما بينه وبين الله تعالى وان ذكر شيئاً من ذلك ثم قال ما أردت به الطلاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الله تعالى يعلم سره ونجواه وهل يدين في القضاء فالحال لا يخلو اما ان كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق واما اذا كانت حالة العصب والخصومة فان كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق يدين في القضاء في جميع الالفاظ لما ذكرنا ان كل واحد من الالفاظ يحتمل الطلاق وغيره والحال لا يدل على أحدهما فيستل عن نيته ويصدق في ذلك قضاء وان كانت حال هذا كره الطلاق وسؤاله أو حالة العصب والخصومة فقد قالوا ان الكنايات أقسام ثلاثة في قسم منها لا يدين في الحالين جميعاً لانه ما أراد به الطلاق لا في حالة هذا كره الطلاق وسؤاله ولا في حالة العصب والخصومة وفي قسم منها يدين في حال الخصومة والعصب ولا يدين في حال ذكر الطلاق وسؤاله وفي قسم منها يدين في الحالين جميعاً (أما) القسم الاول فخمسة ألفاظ أمرك بيدك اختاري اعتدي استبري رحمك أنت واحدة لان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره والحال يدل على ارادة الطلاق لاني حال العصب والخصومة ان كانت تصلح للشتم والتباعد كما تصلح للطلاق فحال هذا كره الطلاق تصلح للتباعد والطلاق لكن هذه الالفاظ لا تصلح للشتم ولا للتباعد فزال احتمال ارادة الشتم والتباعد فتعينت الحالة دلالة على ارادة الطلاق فترجى جانب الطلاق بدلالة الحال فثبتت ارادة الطلاق في كلامه ظاهر أفلا يصدق في الصرف عن الظاهر كما في صريح الطلاق اذا قال لا مرأته أنت طالق ثم قال أردت به الطلاق عن الوثاق لا يصدق في القضاء لما قلنا كذا هذا (وأما) القسم الثاني فخمسة ألفاظ أيضاً

خليفة بريئة بئس بئس حرام لأن هذه الالفاظ كما تصلح للطلاق تصلح للشتم فان الرجل يقول لامرأته عند ارادة الشتم أنت خليفة من الخير بريئة من الاسلام بئس من الدين بئس من المروءة حرام أى مستحبت أو حرام الاجتماع والعشرة معك وحال الغضب والخصومة يصلح للشتم ويصلح للطلاق فسبق اللفظ في نفسه محتملا للطلاق وغيره فاذا عني به غيره فقد نوى ما يحتمله كلامه والظاهر لا يكذب به فيصدق في القضاء ولا يصدق في حال ذكر الطلاق لأن الحال لا يصلح الا للطلاق لأن هذه الالفاظ لا تصلح للتبديد والحال لا يصلح للشتم فيدل على ارادة الطلاق لا التبديد ولا الشتم فترجحت جنية الطلاق بدلالة الحال وروى عن أبي يوسف انه زاد على هذه الالفاظ الخمسة خمسة أخرى لا سبيل لي عليك فارتكت خيلت سيملك لا ملك لي عليك بنت منى لأن هذه الالفاظ تحتل الشتم كما تحتل الطلاق فيقول الزوج لا سبيل لي عليك لشركه وفارتكت في المكان لكرهه اجتماعي معك وخيلت سيملك وما أنت عليه ولا ملك لي عليك لأنك أقل من أن أملكك وبنت منى لأنك بئس من الدين أو الخير وحال الغضب يصلح لهما وحال ذكر الطلاق لا يصلح الا للطلاق لما ذكرنا فالتحقت بالخمس المتقدمة (وأما) القسم الثالث فبقية الالفاظ التي ذكرناها لأن تلك الالفاظ لا تصلح للشتم وتصلح للتبديد والطلاق لأن الانسان قد يبعد الزوجة عن نفسه حال الغضب من غير طلاق وكذا حال سؤال الطلاق فالحال لا يدل على ارادة أحدهما فاذا قال ما أردت به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه والظاهر لا يخالفه فيصدق في القضاء وكذلك لو قال وهبتك لا هلك قبلوها أو لم يقبلوها لأنها هنا تحتل الطلاق لأن المرأة بعد الطلاق ترد إلى أهلها ويحتمل التبديد عن نفسه والنقل إلى أهلها مع بقاء النكاح والحال لا يدل على ارادة أحدهما فبقي محتملا وسواء قبلها أهلها أو لم يقبلوها لأن كون التصرف بمبة في الشرع لا يقف على قبول الموهوب له وإنما الحاجة إلى القبول لثبوت الحكم فكان القبول شرط الحكم وهو الملك وأهلها لا يملكون طلاقها فلا حاجة إلى قبول وكذا إذا قال وهبتك لا يملك أولادك أو لا زوج لان العادة ان المرأة بعد الطلاق ترد إلى أبيها وأما وتسلم اليها وملكها الزوج بعد الطلاق فان قال وهبتك لا خيك أو لا ختك أو لا خالك أو لمعنتك أو لفلان الاجنبي لم يكن طلاقا لان المرأة لا ترد بعد الطلاق على هؤلاء عادة ولو قال لامرأته لست لي بامرأة ولو قال لها ما أنا بزوجك أو سئل فقيل له هل لك امرأة فقال لا فان قال أردت الكذب يصدق في الرضا والغضب جميعا ولا يقع الطلاق وان قال نويت الطلاق يقع الطلاق على قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يقع الطلاق وان نوى ولو قال لم تزوجك ونوى الطلاق لا يقع الطلاق بالاجماع وكذا اذا قال والله ما أنت لي بامرأة أو قال على حجة ما أنت لي بامرأة انه لا يقع الطلاق وان نوى بالاتفاق وجه قوله ما ان قوله لست لي بامرأة أو لا امرأة أو ما أنا بزوجك كذب لانه اخبار عن انتفاء الزوجية مع قيامها فيكون كذبا فلا يقع به الطلاق كما اذا قال لم تزوجك أو قال والله ما أنت لي بامرأة ولا بي حنيفة ان هذه الالفاظ تحتل الطلاق فانه يقول لست لي بامرأة لاني قد طلقتك فكان محتملا للطلاق وكل لفظ يحتمل الطلاق اذا نوى به الطلاق كان طلاقا كقوله أنت بئس ونحو ذلك بخلاف لم تزوجك لانه لا يحتمل الطلاق لانه نفي فعل التزوج أصلا ورأسا وانه لا يحتمل الطلاق فلا يقع به الطلاق وبخلاف قوله والله ما أنت لي بامرأة لان اليمين على النفي تتناول الماضي وهو كاذب في ذلك فلا يقع به شيء ولو قال لا حاجة لي بك لا يقع الطلاق وان نوى لان عدم الحاجة لا يدل على عدم الزوجية فان الانسان قد يتزوج بمن لا حاجة له الى تزوجها فلم يكن ذلك دليلا على انتفاء النكاح فلم يكن محتملا للطلاق وقال محمد فممن قال لامرأته افلحي يريده الطلاق انه يقع به الطلاق لان قوله افلحي بمعنى اذهبي فان العرب تقول للرجل افلح بغير أي اذهب بغير ولو قال لها اذهبي يريده الطلاق كان طلاقا كذا هذا ويحتمل قوله افلحي أي افلحي بمرادك يقال افلح الرجل اذا ظفر بمراده وقد يكون مرادها الطلاق فكان هذا القول محتملا للطلاق فاذا نوى به الطلاق محتمل نيته ولو قال فسخت النكاح بيني وبينك ونوى الطلاق يقع الطلاق لان فسخ النكاح تقضيه فكان في معنى الابانة ولو قال وهبتك لك طلاقا وقال أردت به أن يكون

الطلاق في يدك لا يصدق في القضاء ويقع الطلاق لان الهبة تقتضي زوال الملك وهبه الطلاق منها تقتضي زوال ملكه عن الطلاق وذلك بوقوع الطلاق وجعل الطلاق في يدها عليك الطلاق اياها فلا يحتمله اللفظ الموضوع للازالة وروى عن أبي حنيفة رواية أخرى انه لا يقع به شيء لان الهبة عليك وتعليك الطلاق اياها هو ان يجعل اليها ايقاعه ويحتمل قوله وهبت لك طلاقك أي أعرضت عن ايقاعه فلا يقع به شيء ولو أراد أن يطلقها فقالت له هب لي طلاق تريد أعرض عنه فقال قد وهبت لك طلاقك يصدق في القضاء لان الظاهر انه أراد به ترك الايقاع لان السؤال وقع به فينصرف الجواب اليه ولو قال تركت طلاقك أو خليت سبيل طلاقك وهو يريد الطلاق وقع لان ترك الطلاق وتحلية سبيله قد يكون بالأعراض عنه وقد يكون باخراجه عن ملكه وذلك بايقاعه فكان اللفظ محتملا للطلاق وغيره فتصح نيته ولو قال أعرضت عن طلاقك أو صفحت عن طلاقك ونوى الطلاق لم تطلق لان الأعراض عن الطلاق يقتضي ترك التصرف فيه والصفح هو الأعراض فلا يحتمل الطلاق ولا تصح نيته وكذا كل لفظ لا يحتمل الطلاق لا يقع به الطلاق وان نوى مثل قوله بارك الله عليك أو قال لها اطعيني أو اسقيني ونحو ذلك ولو جمع بين ما يصلح للطلاق وبين ما لا يصلح له بان قال لها اذهبي وكلّي أو قال اذهبي وبيعي الثوب ونوى الطلاق بقوله اذهبي ذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان في قول أبي يوسف لا يكون طلاقا وفي قوله زفر يكون طلاقا وجه قول زفر انه ذكر لفظين احدهما يحتمل الطلاق والاخر لا يحتمله فيلغوما لا يحتمله ويصح ما يحتمله ولا بي يوسف ان قوله اذهبي مقرونا بقوله كلّي أو بيعي لا يحتمل الطلاق لان معناه اذهبي لتأكل الطعام واذهي لتبيعي الثوب والذهاب للاكل والبيع لا يحتمل الطلاق فلا تعمل نيته ولو نوى في شيء من الكنايات التي هي بوائن أن يكون ثلاثا مثل قوله أنت بائن أو أنت على حرام أو غير ذلك يكون ثلاثا لا في قوله اختاري لان البينونة نوعان غليظة وخفيفة فالخفيفة هي التي تحل له المرأة بعد بينوتها بنكاح جديد بدون الزوج بزواج آخر والغليظة ما لا تحل له الا بنكاح جديد بعد الزوج بزواج آخر فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه والدليل عليه ما روى ان ركانة بن زيد أوزد بن ركانة طلق امرأته البتة فاستحلّه رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أردت ثلاثا فلو لم يكن اللفظ محتملا للثلاث لم يكن للاستحلاف معنى وكذا قوله أنت على حرام يحتمل الحرمة الغليظة والخفيفة فاذا نوى الثلاث فقد نوى احدى نوعي الحرمة فتصح نيته وان نوى اثنتين كانت واحدة في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يقع مانوى وجه قوله ان الحرمة والبينونة أنواع ثلاثة خفيفة وغليظة ومتوسطة بينهما ولو نوى أحد النوعين صحّت نيته فكذا اذا نوى الثلاث لان اللفظ يحتمل الكل على وجه واحد (ولنا) ان قوله بائن أو حرام اسم للذات والذات واحدة فلا تحتمل العدد وانما احتتمل الثلاث من حيث التوحد على ما بينا في صريح الطلاق ولا توحد في الاثنین أصلا بل هو عدد محض فلا يحتمله الاسم الموضوع للواحد مع ما ان الحاصل بالثنتين والحاصل بالواحدة سواء لان أثرهما في البينونة والحرمة سواء ألا ترى انها تحل في كل واحدة منهما بنكاح جديد من غير الزوج بزواج آخر فكان الثابت بهما بينونة خفيفة وحرمة خفيفة كالثابت بالواحد فلا يكون ههنا قسم ثالث في المعنى وعلى هذا قال أصحابنا انه اذا قال لزوجته الامة أنت بائن أو حرام بنوى اثنتين يقع مانوى لان الاثنتين في الامة كل جنس الطلاق في حقها فكان الثنتان في حق الامة كالثلاث في حق الحرة وقالوا وطلق زوجته الحرة واحدة ثم قال لها أنت بائن أو حرام بنوى اثنتين كانت واحدة لان الاثنتين باقسهما ليسا كل جنس طلاق الحرة بدون الطلقة المتقدمة ألا ترى انها لا تبين فالاثنتين بينونة غليظة بدوئها ولو نوى بقوله اعتدي واستبري رحمك وأنت واحدة ثلاثا لم تصح لان هذه الالفاظ في حكم الصريح ألا ترى أن الواقع هار جعية فصار كانه قال أنت طالق ونوى به الثلاث ولان قوله أنت واحدة لا يحتمل أن يفسر بالثلاث فلا يحتمل نية الثلاث وكذا قوله اعتدي واستبري رحمك لان الواقع بكل واحدة منهما رجعي فصار كقوله أنت واحدة وكذا لو نوى بها اثنتين لا يصح لما قلنا بل أولى لان الاثنتين عدد محض والله أعلم

فصل في أنواع الطلاق وهو ان يكتب على قرطاس أو لوح أو أرض أو حائط كتابة مستيئة لكن لا على وجه
المخاطبة امر أنه طالق فيستل عن نيته فان قال نويت به الطلاق وقع وان قال لم نوبه الطلاق صدق في القضاء لان الكتابة
على هذا الوجه بمنزلة الكتابة لان الانسان قد يكتب على هذا الوجه ويريد به الطلاق وقد يكتب ليحيو يد الخط فلو
يحمل على الطلاق الابالية وان كتبت كتابة غير مستيئة بان كتب على الماء أو على الهواء فذلك ليس بشئ عتي
لا يقع به الطلاق وان نوى لان ما لا تستبين به الحر وف لا يسمى كتابة فكان ملحقة بالعدم وان كتب كتابة مرسومة
على طريق الخطاب والرسالة مثل ان يكتب أما بعد يا فلانة فانت طالق أو اذا وصل كتابي اليك فانت طالق يقع
به الطلاق ولو قال ما أردت به الطلاق أصلاً لا يصدق الا ان يقول نويت طلاقاً من وثاق فيصدق فيما بينه وبين الله
عز وجل لان الكتابة المرسومة جارية بحري الخطاب ألا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبلغ بالخطاب
مرة وبالكتاب أخرى وبالرسول ثالثاً وكان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب فدل ان الكتابة
المرسومة بمنزلة الخطاب فصارت كأنه خاطبها بالطلاق عند الحضرة فقال لها أنت طالق أو أرسل اليها رسولا بالطلاق
عند الغيبة فاذا قال ما أردت به الطلاق فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق ثم ان كتب على الوجه المرسوم
ولم يعلقه بشرط بان كتب أما بعد يا فلانة فانت وقع الطلاق عقيب كتابة لفظ الطلاق بلا فصل لما ذكرنا ان كتابة
قوله أنت طالق على طريق المخاطبة بمنزلة التلفظ بها وان علقه بشرط الوصول اليها بان كتب اذا وصل كتابي اليك
فانت طالق لا يقع الطلاق حتى يصل اليها لانه علق الوقوع بشرط الوصول فلا يقع قبله كما لو علقه بشرط آخر وقالوا
فيمن كتب كتاباً على وجه الرسالة وكتب اذا وصل كتابي اليك فانت طالق ثم محاذ كذا الطلاق منه وأخذ الكتاب
وقد بقي منه كلام يسمى كتاباً ورسالة وقع الطلاق لوجود الشرط وهو وصول الكتاب اليها فان محاذ في الكتاب
حتى لم يبق منه كلام يكون رسالة يقع الطلاق وان وصل لان الشرط وصول الكتاب ولم يوجد لان ما بقي منه
لا يسمى كتاباً فلم يوجد الشرط فلا يقع الطلاق والله أعلم هذا الذي ذكرنا بيان الالفاظ التي يقع بها الطلاق في الشرع
فصل في ما يبين صفة الواقع بها فالواقع بكل واحد من النوعين اللذين ذكرناهما من الصريح والكتيبة نوعان
رجعي وبائن أما الصريح الرجعي فهو ان يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث
لا نصاً ولا إشارة ولا موصوفاً بصفة تنبي عن البينة أو تدل عليها من غير حرف العطف ولا مشبه بعدد أو وصف
تدل عليها أو الصريح البائن فيخلافه وهو ان يكون بجر وف الاية أو بجر وف الطلاق لكن قبل الدخول حقيقة
أو بعده لكن مقر ونا بعدد الثلاث نصاً أو إشارة أو موصوفاً بصفة تدل عليها اذا عرف هذا فصريح الطلاق قبل
الدخول حقيقة يكون بائناً لان الاصل في اللفظ المطلق عن شرط ان يفيد الحكم فيها ووضعه له الحال والتأخر فيها بعد
الدخول الى وقت انقضاء العدة ثبت شرعاً بخلاف الاصل فيقتصر على مورد الشرع فبقى الحكم فيما قبل الدخول
على الاصل ولو خلاها خلوة صحيحة ثم طلقها صريح الطلاق وقال لم أجامعها كان طلاقاً بائناً حتى لا يملك مراجعتها
وان كان للخلوة حكم الدخول لانها ليست بدخول حقيقة فكان هذا طلاقاً قبل الدخول حقيقة فكان بائناً وكذلك اذا
كان مقر ونا بعوض وهو الخلع ببدل والطلاق على مال لان الخلع بعوض طلاق على مال عندنا على ما نذكر ان شاء
الله تعالى والطلاق على مال معاوضة المال بالنفس وقدمك الزوج أحد العوضين بنفس القبول وهو ما لها فتملك
هي العوض الآخر وهو نفسها تحقيقاً للمعاوضة المطلقة ولا تملك الا البائن فكان الواقع بائناً وكذلك اذا كان مقر ونا
بعدد الثلاث نصاً بان قال لها أنت طالق ثلاثاً قوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره وكذا
اذا أشار الى عدد الثلاث بان قال لها أنت طالق هكذا يشير بالا بهام والسبابة والوسطى وان أشار باصبع واحدة
فهي واحدة يملك الرجعة وان أشار باثنين فهي اثنتان لان الإشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت مستقلة الكلام لحصول
ما وضع له الكلام بها وهو الاعلام والدليل عليه العرف والشرع أيضاً أما العرف فظاهر (وأما) الشرع فقوله النبي صلى

الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وأشار صلى الله عليه وسلم بأصابع يديه كلها فكان بياناً أن الشهر يكون ثلاثين يوماً ثم قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا وحسب إبهامه في المرة الثالثة فكان بياناً أن الشهر يكون تسعة وعشرين يوماً وإذا قامت الإشارة مع تعلق العبارة بمقام الكلام صار كأنه قال أنت طالق ثلاثاً والمعتبر في الأصابع عدد المرسل منها دون المقبوض لا اعتبار بالعرف والعادة والدليل عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وقبض إبهامه في المرة الثالثة فهم منه تسعة وعشرون يوماً ولو اعتبر المقبوض لكان المفهوم منه أحد أو عشرين يوماً فدل أن المعتبر في الإشارة بالأصابع المرسل منها لا المقبوض وكذا إذا كان موصوفاً بصفة تنبي عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف مثل قوله أنت طالق بائن أو أنت طالق حرام أو أنت طالق البتة ونحو ذلك وهذا عندنا وقال الشافعي يقع واحدة رجعية وجه قوله أنه لما قال أنت طالق فقد أتى بصرح الطلاق وأنه معتب للرجعة فلما قال بائن فقد أراد تغيير المشرع فريد عليه كما لو قال أعرتك عارية لا رد فيها وكما لو قال أنت طالق وقال أردت به الابانة ولنا أنه وصف المرأة بالبينونة بالطلاق الأول وأنه مما يحتمل البينونة ألا ترى أنه تحصل البينونة قبل الدخول وبعده بعدا تنقضاء العدة فكان قوله بائن قرينة مبينة لا مغيرة ثم إذا لم يكن له نية لا يقع تطليقة بقوله طالق والآخرى بقوله بائن ونحو ذلك لأن قوله بائن ونحو ذلك يصلح وصفاً للمرأة بالطلاق الأول فلا يثبت إلا مقتضى واحد لأن ثبوته بطريق الضرورة فيؤخذ فيه بالادنى وكذا إذا قال لها أنت طالق تطليقة قوية أو شديدة لأن الشدة تنبي عن القوية والقوى هو البائن وكذا إذا قال لها أنت طالق تطليقة طويلة أو عريضة لأن الطول والعرض يقتضيان القوة ولو قال لها أنت طالق من ههنا إلى موضع كذا فهو رجعي في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر هو بائن وجه قوله أنه وصف الطلاق بالطول فصار كما لو قال لها أنت طالق تطليقة طويلة (ولنا) أنه وصفه بالطول صورة وبالقصير معنى لأن الطلاق إذا وقع في مكان يقع في الأماكن كلها فكان القصير على بعض الأماكن وصفه بالطول صورة وبالقصير القصيرة هي الرجعية ولو قال أنت طالق أشد الطلاق فإن لم يكن له نية أو نوى واحدة فهي واحدة ثالثة لأن حكم البائن أشد من حكم الرجعي فيقع بائناً وان نوى ثلاثاً فثلاث لأن ألف التفضيل قد تدكر لبيان أصل التفاوت وهو مطلق التفاوت وذلك في الواحدة البائنة لأنها أشد حكماً من الرجعية وقد تدكر لبيان نهاية التفاوت وهو مطلق التفاوت وذلك في الثلاث فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته وإن لم يكن له نية ينصرف إلى الأدنى لأنه متيقن به ولو قال لها أنت طالق ملء البيت فإن نوى الثلاث كان ثلاثاً وإن لم يكن له نية فهو واحدة بائنة لأن قوله ملء البيت يحتمل أنه أراد به الكثرة والعدد ويحتمل أنه أراد به الصفة وهي العظم والقوة فأي ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه وعندنا عدم النية يحمل على الواحدة البائنة لكونه متيقناً بها ولو قال لها أنت طالق أقبح الطلاق قال أبو يوسف هو رجعي وقال محمد هو بائن وجه قول محمد أنه وصف الطلاق بالقبح والطلاق القبيح هو الطلاق المنهي عنه وهو البائن فيقع بائناً ولا ييوسف أن قوله أقبح الطلاق يحتمل القبح الشرعي وهو الكراهية الشرعية ويحتمل القبح الطبيعي وهو الكراهية الطبيعية وهو أن يطلها في وقت يكره الطلاق فيه طبعاً فلا تثبت البينونة فيه بالشك وكذا قوله أقبح الطلاق يحتمل القبح بجهة الابانة ويحتمل القبح بإيقاعه في زمن الحيض أو في طهر جامعها فيه فلا تثبت البينونة بالشك ولو قال أنت طالق للبدعة فهي واحدة رجعية لأن البدعة قد تكون في البائن وقد تكون في الطلاق حالة الحيض فوقع الشك في ثبوت البينونة فلا تثبت البينونة بالشك ولو قال لها أنت طالق طلاق الشيطان فهو كقوله أنت طالق للبدعة روى عن أبي يوسف فيمن قال لا مرأته أنت طالق للبدعة ونوى واحدة بائنة تقع واحدة بائنة لأن لفظه يحتمل ذلك على ما بينا فتصح نيته ولو شبه صريح الطلاق بالعدد فهذا على وجهين أما إن شبه بالعدد فيما له عدد وأما إن شبه بالعدد فيما لا عدله فإن شبه بالعدد فيما هو ذو عدد كما لو قال لها أنت طالق كالف أو مثل ألف فهذا ثلاثة فصول (الأول) هذا (الثاني) أن يقول لها أنت طالق واحدة كالف أو مثل ألف والثالث أن يقول لها أنت طالق

كعدد ألف (أما) الفصل الأول فان نوى ثلاثا فهو ثلاث بالاجماع وان نوى واحدة أو لم يكن له نية فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو ثلاث ولو قال نويت به واحدة دينته فيما بينه وبين الله تعالى ولم أدينه في القضاء وجه قوله ان قوله كالف تشبيه بالعدد اذا لاف من أسماء الاعداد فصا كما لو نص على العدد فقال لها أنت طالق كعدد ألف ولو قال ذلك كان ثلاثا كذا هذا ولهما ان التشبيه بالالف يحتمل التشبيه من حيث العدد ويحتمل التشبيه من حيث الصفة وهو صفة القوة والشدة فان الواحد من الرجال قد يشبه بالالف رجل في الشجاعة واذا كان محتملا لهما فلا يثبت العدد الا بالنية فاذا نوى فقد نوى ما يحتمله كلامه وعند عدم النية يحتمل على الادنى لانه متيقن به ولا يحتمل على العدد بالشك وأما الفصل الثاني وهو اذا قال أنت طالق واحدة كالف فهي واحدة بائنة في قولهم جميعا لانه لما نص على الواحدة علم أنه ما أراد به التشبيه من حيث العدد فتعين التشبيه في القوة والشدة وذلك في البائن فيقع باثنا وأما الفصل الثالث وهو اذا قال لها أنت طالق كعدد ألف أو كعدد ثلاث أو مثل عدد ثلاث فهو ثلاث في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ولو نوى غير ذلك فنيت باطله لان النصيص على العددين في احتمال ارادة الواحد فلا يصدق انه ما أراد به الثلاث أصلا كما اذا قال أنت طالق ثلاثا ونوى الواحدة وان شبه بالعدد في الاعداد بان قال أنت طالق مثل عدد كذا أو كعدد كذا الشئ لا عدله كالشمس والقمر ونحو ذلك فهي واحدة بائنة في قياس قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي واحدة يملك الرجعة وجه قول أبي يوسف ان التشبيه بالعدد في الاعداد لغو فبطل التشبيه وقوله أنت طالق ولا في حنيفة ان هذا النوع من التشبيه يقتضي ضربا من الزيادة لا محالة ولا يمكن حمله على الزيادة من حيث العدد فيحمل على الزيادة من حيث الصفة وقالوا فيمن قال لا مر أنه أنت طالق عدد شعر راحتي أو عدد ما على ظهر كفي من الشعر وقد حلق ظهر كفه طلقت واحدة لانه شبه بما لا عدله لانه علق الطلاق بوجود الشعر على راحته أو على ظهر كفه للحال وليس على راحته ولا على ظهر كفه شعر للحال فلا يتحقق التشبيه بالعدد فلغا التشبيه وبقي قوله أنت طالق فيكون رجعا ولو قال أنت طالق عدد شعر رأسي وعدد شعر ظهر كفي وقد حلقه طلقت ثلاثا لانه شبه بما لا عدله لانه لم يكن موجودا في الحال فكان هذا تشبيها به حال وجوده وهو حال وجوده ووجوده ووجوده بخلاف المسئلة الاولى لان ذلك تعليق التشبيه بوجوده للحال وهو غير موجود للحال فيلغو التشبيه ولو قال لها أنت طالق مثل الجبل أو مثل حبة الخردل فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي واحدة يملك الرجعة وجه قول أبي يوسف ان قوله مثل الجبل أو مثل حبة الخردل يحتمل التشبيه في التوحد لان الجبل بجميع أجزائه شئ واحد غير متعدد فلا يثبت البينونة بالشك ولا في حنيفة ان هذا التشبيه يقتضي زيادة لا محالة وانه لا يحتمل الزيادة من حيث العدد لانه ليس بذى عدد لكونه واحدا في الذات فيحمل على الزيادة التي ترجع الى الصفة وهي البينونة فيحمل على الواحدة البائنة لانها المتيقن بها ولو قال مثل عظم الجبل أو قال مثل عظم كذا فاضاف ذلك الى صغير أو كبير فهي واحدة بائنة وان لم يسم واحدة وان نوى ثلاثا فهو ثلاث لانه نص على التشبيه بالجبل في العظم فهذا يقتضي زيادة لا محالة على ما يقتضيه الصريح ثم ان كان قد سمى واحدة تعينت الواحدة البائنة لان الزيادة فيها لا تكون الا بالبينونة وان كان لم يسم واحدة احتمل الزيادة في الصفة وهي البينونة بواحدة أو بالثلاث فان نوى الثلاث يكون ثلاثا لانه نوى ما يحتمله كلامه وان لم يكن له نية يحتمل على الواحدة لكونها أدنى والادنى متيقن به وفي الزيادة عليه شك ولو قال أنت طالق مثل هذا وهذا وأشار بثلاث أصابع فان نوى به ثلاثا فهو ثلاث وان نوى واحدة بائنة فواحدة بائنة لانه شبه الطلاق بما لا عدد فيحتمل التشبيه من حيث العدد ويحتمل التشبيه في الصفة وهي الشدة فاذا نوى به الثلاث صحت نيته لانه نوى ما يحتمله لفظه كما في قوله أنت طالق كالف واذا نوى به الواحدة كانت واحدة لانه أراد به التشبيه في الصفة وكذا اذا لم يكن له نية يحتمل على التشبيه من حيث الصفة لانه أدنى والله عز وجل أعلم

(فصل) وأما الكناية فتلاثة ألفاظ من الكنايات راجع بلا خلاف وهي قوله اعتدي واستبري رحلك

وأنت واحدة أما قوله اعتدى فلما روى عن أبي حنيفة أنه قال القياس أن يكون بائنا وإنما اتبعنا الآخر
وكذا قال أبو يوسف القياس أن يكون بائنا وإنما تركنا القياس لحديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال لسودة بنت زمعة رضي الله عنها اعتدى فنادته أن يراجعها لتجعل يومها لعائشة رضي الله عنها حتى تحسرى
جملة أزواجه فراجعها ورد عليها يومها ولأن قوله اعتدى أمر بالاعتداد والاعتداد يقتضي ساقطة الطلاق والمقتضى
يثبت بطريق الضرورة فيقدر بقدر الضرورة والضرورة ترقع بالقل وهو الواحدة الرجعية فلا يثبت ما سواها ثم
قوله اعتدى إنما يجعل مقتضيا للطلاق في المدخول بها وأما في غير المدخول بها فإنه يجعل مستمارا من الطلاق وقوله
استبرى رحمك تفسير قوله اعتدى لأن الاعتداد شرع للاستبراء فيفيد ما يفيد قوله اعتدى وأما قوله أنت واحدة
فلأنه لما نوى الطلاق فقد جعل قوله واحدة نعم لمصدر محذوف وهو الطلقة كأنه قال أنت طالق طلقة واحدة كما
يقال أعطيتك جزى بلا أى عطاء جزى بلا واختلف في البواقي من الكنايات فقال أصحابنا رحمهم الله إنها بوائن وقال
الشافعي راجع وجه قوله أن هذه الالفاظ كنايات الطلاق فكانت مجازا عن الطلاق ألا ترى أنها لا تعمل بدون
نية الطلاق فكان العامل هو الحقيقة وهو المكفى عنه لا المجاز الذي هو الكناية ولهذا كانت الالفاظ الثلاثة راجع
فكذلك البواقي ولنا أن الشرع ورد بهذه الالفاظ وانها صالحة لاثبات الينونة والحل قابل للينونة فإذا وجدت من
الاهل ثبتت الينونة استدلالا بما قبل الدخول ولا شك أن هذه الالفاظ صالحة لاثبات الينونة فإنه ثبتت الينونة
بها قبل الدخول وبما اقتضاء العدة ويثبت به قبول الحل أيضا لأن ثبوت الينونة في محل لا يحتملها محال والدليل
على أن الشرع ورد بهذه الالفاظ قوله تعالى فامسك بعمرى أو تسريحى وأمرى فاحسان وقوله تعالى فتعالين أمتكن
وأمرى سراحا جعلا وقوله فامسكوهن بعمرى أو فارقهن بعمرى والتسريح والمفارقة من كنايات الطلاق
على ما بينا وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة قرأى في كشحها بيضا فقال لها الحقى باهلك وهذا
من ألفاظ الكنايات وإن ركاة بن زيد أوز يد بن ركاة طلق امرأته البتة فخلقه رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أراد
بها الثلاث وقوله البتة من الكنايات فإذا ثبت أن هذا التصرف مشروع فوجود التصرف حقيقة بوجود ركبه ووجوده
شرعا بصدره من أهله وحلوله في محله وقد وجد فتثبت الينونة وإذا ثبتت الينونة فقد زال الملك فلا يملك الرجعة ولأن
شرع الطلاق في الأصل لمكان المصلحة لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما وعند اختلاف الأخلاق لا يبقى النكاح
مصلحة لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد فتقلب المصلحة إلى الطلاق ليصل كل واحد منهما إلى زوج وواقفه فيستوفى
مصالح النكاح منه إلا أن المخالفة قد تكون من جهة الزوج وقد تكون من جهة المرأة فالشرع شرع الطلاق وقوض
طريق دفع المخالفة والأعادة إلى الموافقة إلى الزوج لا اختصاصه بكال عقل والرأى فينظر في حال نفسه فإن كانت
المخالفة من جهته يطلقها طلاقا واحدا رجعيا أو ثلاثا في ثلاثة أطهار ويجرب نفسه في هذه المدة فإن كان يمكنه
الصبر عنها ولا يميل قلبه إليها يتركها حتى تنقضى عدتها وإن كان لا يمكنه الصبر عنها راجعها وإن كانت المخالفة من
جهتها تقع الحاجة إلى أن تتوب وتعود إلى الموافقة وذلك لا يحصل بالطلاق الرجعى لأنها إذا علمت أن النكاح
بينهما قائم لا تتوب فيحتاج إلى الإبانة التي بها يزول الحل والملك لتذوق مرارة الفراق فتعود إلى الموافقة عسى وإذا
كانت المصلحة في الطلاق بهذين الطريقين مست الحاجة إلى شرع الإبانة عاجلا وأجلا لتحقيق المصالح النكاح
بالقدر الممكن وقوله هذه الالفاظ مجاز عن الطلاق ممنوع بل هي حقائق عاملة بنفسها لانها صالحة للعمل بنفسها على
ما بينا فكان وقوع الينونة بها لا بالمكفى عنه على أننا سلمنا أنها مجاز عن الطلاق فلفظ المجاز عامل بنفسه أيضا
كلفظ الحقيقة فإن المجاز أحد نوعي الكلام فيعمل بنفسه كالحقيقة ولهذا قلنا أن المجاز عموما كالحقيقة إلا أنه يشترط
النية لتنوع الينونة والحرمة إلى الغليظة والخفيفة فكان الشرط في الحقيقة نية التمييز وتعيين أحد النوعين لانية
الطلاق والله أعلم ويستوى فيما ذكرنا من الصريح والكناية والرجعى والبائن أن يكون ذلك بمباشرة الزوج بنفسه

بطريق الاصلالة او بغيره باذنه أو أمره وذلك نوعان توكيل وتقوى بض أما التقوى بض فنحو قول الرجل لا مرأته أمرك بيدك وقوله اختارى وقوله أنت طالق ان شئت وما يجزئ مجراه وقوله طلقى نفسك

(فصل) أما قوله أمرك بيدك فالكلام فيه يقع في مواضع في بيان صفة هذا التقوى بض وهو جعل الامر باليد وفي بيان حكمه وفي بيان شرط ثبوت الحكم وفي بيان شرط بقاءه وما يبطل به وما لا يبطل وفي بيان صفة الحكم الثابت وفي بيان ما يصلح جواب الامر باليد من الالفاظ وبيان حكمها اذا وجد أما بيان صفة فهو انه لازم من جانب الزوج حتى لا يملك الرجوع عنه ولا نهى المرأة عما جعل اليها ولا فسخ ذلك لانه ملك الطلاق ومن ملك غيره شيئا فقد زالت ولا يته من الملك فلا يملك ابطاله بالرجوع والنهي والفسخ بخلاف البيع فان الايجاب من البائع ليس بتملك بل هو أحد ركني البيع فاحتمل الرجوع عنه ولان الطلاق بعد وجوده لا يحتمل الرجوع والفسخ فكذا بعد ايجابه بخلاف البيع فانه يحتمل التسخ بعد تمامه فيحتمل التسخ والرجوع بعد ايجابه أيضا ولان هذا النوع من التمليك فيه معنى التعليق فلا يحتمل الرجوع عنه والفسخ كسائر التعليقات المطلقة بخلاف البيع فانه ليس فيه معنى التعليق رأسا وكذلك لو قام هو عن المجلس لا يبطل الجعل لان قيامه دليل الابطال لكونه دليل الاعراض فاذا لم يبطل بصرح ابطاله كيف يبطل بدليل الابطال بخلاف البيع اذا أوجب البائع ثم قام قبل قبول المشتري انه يبطل الايجاب لان البيع يبطل بصرح الابطال فجاز أن يبطل بدليل الابطال وأما من جانب المرأة فانه غير لازم لانه لما جعل الامر بيدها فقد خيرا بين اختيارها تقسها في التطبيق وبين اختيارها زوجها والتخير ينافي للزوم (وأما) حكمه فهو صيرورة الامر بيدها في الطلاق لانه جعل الامر بيدها في الطلاق وهو من أهل الجعل والحمل قابل للجعل فيصير الامر بيدها (وأما) شرط صيرورة الامر بيدها فشيئان أحدهما نية الزوج الطلاق لانه من كنيات الطلاق فلا يصح من غير نية الطلاق ألا ترى أنه لا يملك ايقاعه بنفسه من غير نية الطلاق فكيف يملك تقوى بضه الى غيره من غير نية الطلاق حتى لو قال الزوج ما أردت به الطلاق يصدق ولا يصير الامر بيدها لان هذا التصرف يحتمل الطلاق ويحتمل غيره الا اذا كان الحال حال الغضب والخصومة أو حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في القضاء لان الحال تدل على ارادة الطلاق ظاهر افلا يصدق في المدول عن الظاهر فان ادعت المرأة انه أراد به الطلاق أو ادعت ان ذلك كان في حال الغضب أو في حال ذكر الطلاق وهو ينكر فالقول قوله مع عينة لانه ادعى عليه الطلاق وهو ينكر فان أقامت البينة ان ذلك كان في حال الغضب أو ذكر الطلاق قبلت بينتها لان حال الغضب وذكر الطلاق يقف الشهود عليها ويتعلق علمهم بها فكانت شهادتهم عن علم المشهود به فتقبل ولو أقامت البينة على انه نوى الطلاق لا تقبل بينتها لانه لا وقوف للشهود على النية لانه أمر في القلب فكانت هذه شهادة لا عن علم المشهود به فلم تقبل والثاني علم المرأة بجعل الامر بيدها وهي غائبة أو حاضرة لم تسمع لا يصير الامر بيدها ما لم تسمع أو يبلغها الخبر لان معنى صيرورة الامر بيدها في الطلاق هو ثبوت الخيار لها وهو اختيارها تقسها بالطلاق أو زوجها بترك الطلاق اختيارا لا يثار وهذا لا يتحقق الا بعد العلم بالتخير فاذا علمت بالتخير صار الامر بيدها في أي وقت علمت ان كان التقوى بض مطلقا عن الوقت وان كان مؤقتا بوقت وعلمت في شيء من الوقت صار الامر بيدها فاما اذا علمت بعدم مضي الوقت كله لا يصير الامر بيدها بهذا التقوى بض أبدا لان ذلك علم لا ينفع لان التقوى بض المؤقت بوقت ينتهي عند انتهاء الوقت فلو صار الامر بيدها بعد ذلك لصار من غير تقوى بضه وهذا لا يجوز (وأما) بيان شرط بقاء هذا الحكم وما يبطل به وما لا يبطل فلن يمكن معرفته الا بعد معرفة أقسام الامر باليد فتقول والله التوفيق جعل الامر باليد لا يخلو اما أن يكون منجزا واما أن يكون معلقا بشرط واما أن يكون مضافا الى وقت والمنجز لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون مؤقتا فان كان مطلقا بان قال أمرك بيدك فشرط بقاء حكمه بقاء المجلس وهو مجلس علمها بالتقوى بض فادامت في مجلسها فالامر بيدها لان جعل الامر بيدها تعليق الطلاق منها لانه جعل الامر في الطلاق بيدها تنصرف فيه برأيها وتديرها كيف

شاعت بمشيئة الايثار وهذا معنى المالكية وهو التصرف عن مشيئة الايثار والزوج ملك التطبيق بنفسه فيملك تملكه من غيره فصارت مالكة للطلاق بتمليك الزوج وجواب التملك مقيد بالجلس لان الزوج ملك الخطاب وكل مخلوق خاطب غيره يطلب جواب خطابه في المجلس فيتقيد جواب التملك بالجلس كما في قبول البيع وغيره وسواء قصر المجلس أو طال لان ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة لان اعتبار المجلس للحاجة الى التأمل والتفكر وذلك يختلف باختلاف الاشخاص والاحوال والافات ولا ضابط له الا المجلس فقد روى المجلس ولهذا جعله الصحابة رضي الله عنهم للمخيرة فيبقى الامر في يدها ما بقي المجلس فان قامت عن مجلسها بطل لان الزوج يطلب جواب التملك في المجلس والقيام عن المجلس دليل الاعراض عن جواب التملك فكان رد التملك دلالة ولان المالك لما طلب الجواب في المجلس لا يملك الجواب في غير المجلس لانه ماملسكم في غيره وقد اختلف المجلس بالقيام فلم يكن في قضاء الامر فائدة فيبطل وكذلك اذا وجد منها قول أو فعل يدل على اعراضها عن الجواب بان دعت بطعام التأكل أو أمرت وكيلها بشئ أو خاطبت انسانا ببيع أو شراء أو كانت قائمة فركبت أو راكبة فانتقلت الى دابة أخرى أو واقعة فسارت أو امتشطت أو اغتسلت أو مكنت زوجها حتى وطئها أو اشتغلت بالنوم لان هذا كله دليل الاعراض عن الجواب وان كانت سائرة أو كان في محل واحد فان أجابت على الفور والابطل خيارها لان سير الدابة بتسيير الراكب وان كانت سائرة فوقت الدابة فهي على خيارها وان كانت في سفينة فسارت لا يبطل خيارها لان حكم البيت وكل ما يبطل به الخيار اذا كانت في البيت يبطل به اذا كانت في السفينة وما لا فلا فان كانت قائمة فقدعت لم يبطل خيارها بخلاف ما اذا كانت قاعدة فقامت لان القعود يجمع الرأي والقيام يفرقه فكان القعود دليل ارادة التأمل والقيام دليل ارادة الاعراض وكذلك ان كانت متكئة فقدعت لم يبطل خيارها لما قلنا فان كانت قاعدة فانتكحت فقيه روي ان في رواية يبطل خيارها لان المتكئ يقعد ليجتمع رأيه فاما القاعد فلا يتكئ لذلك وفي رواية أخرى لا يبطل لان المتأمل ينتقل من الاتكاء الى القعود مرة ومن القعود الى الاتكاء أخرى وقد صار الامر بيدها يمين فلا يخرج بالشك فلو كانت قاعدة فاضطجعت يبطل خيارها في قول زفر وعن أبي يوسف روي ان يمين يمين فلا يخرج بالشك انه لا يبطل خيارها وروي الحسن بن أبي مالك عنه انه يبطل كما قال زفر وان ابتدأت الصلاة بطل خيارها فرضا كانت الصلاة أو نقلا أو واجبة لان اشتغالها بالصلاة اعراض عن الجواب فان خيرها وهي في الصلاة فانتكحت فان كانت في صلاة الفرض أو الواجب كالوتر لا يبطل خيارها حتى تخرج من الصلاة لانها مضطرة في الاتمام لكونها ممنوعة من الفساد فلا يكون الاتمام دليل الاعراض وان كانت في صلاة التطوع فان سلمت على رأس الركعتين فهي على خيارها وان زادت على ركعتين بطل خيارها لان كل شفيع من التطوع صلاة على حدة فكانت الزيادة على الشفيع بمنزلة الشروع في الصلاة ابتداء ولو اخبرت وهي في الاربع قبل الظهر فامت ولم تسلم على رأس الركعتين اختلف فيه المشايخ قال بعضهم يبطل خيارها كما في التطوع المطلق وقال بعضهم لا يبطل وهو الصحيح لانها في معنى الواجب فكانت من اولها الى آخرها صلاة واحدة ولو اخذ الزوج بيدها فأقامها بطل خيارها لانها ان قدرت على الامتناع فلم تمتنع فقد قامت باختيارها وهو دليل الاعراض وان لم تقدر على ان تمتنع تقدر على ان تقول قبل الاقامة اخترت نفسي فلما لم تقل فقد اعرضت عن الجواب فان اكلت طعاما يسير من غير ان تدعو بطعام أو شربت شرابا قليلا أو نامت قاعدة أو لبست ثوبا وهي قائمة أو لبست وهي قاعدة ولم تقم لم يبطل خيارها لانها تحتاج الى احضار الشهود فحتاج الى اللبس لتستتر به فكان ذلك من ضرورات الخيار فلا يبطل به والا كل اليسير لا يدل على الاعراض وكذا النوم قاعدة من غير ان تشتغل به وكذا اذا سبحت أو قرأت شيئا قليلا لم يبطل خيارها لان التسبيح اليسير والقراءة القليلة لا يدلان على الاعراض ولان الانسان لا يخلو عن التسبيح القليل والقراءة القليلة فلو جعل ذلك مبطلا للخيار لانسداد باب التفويض وان طال ذلك بطل الخيار لان الطويل منه يكون دليل الاعراض ولا يكثر

وجوده فان قالت ادع على شهودهم لم يبطل خيارها لانها تحتاج الى ذلك صيانة لا اختيارها عن المجود فكان ذلك من ضرورات الخيار فلم يكن دليل الاعراض وكذلك اذا قالت ادع على أبي أستشير به لان هذا أمر يحتاج الى المشورة وقدر وى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد تخيير نسائه قال لعائشة رضی الله عنها انی أعرض عليك أمر افلا تعجلي حتى تستشيري أبويك ولو كانت المشورة مبطله للخيار لم اندبها الى المشورة ولو قالت اخترتك أو قالت لا أختار الطلاق خرج الامر من يدها لانها صرحت برد التملك وأنه يبطل بدلالة الرد فبالصریح أولى وسواء كانت التملك بكلمة كلما أو بدونها بان قال لها أمرك بيدك كلما شئت لما ذكرنا ان اختيارها زوجه رد للتمليك فيريد ما جعل اليها في جميع الاوقات هذا اذا كان التفويض مطلقا عن الوقت فاما اذا كان موقتا فان أطلق الوقت بان قال أمرك بيدك اذا شئت أو اذا ماشئت أو متى ماشئت أو حيثما شئت فلها الخيار في المجلس وغير المجلس ولا يتقيد بالمجلس حتى لو ردت الامر لم يكن رد او لو قامت من مجلسها أو أخذت في عمل آخر أو كلام آخر فلها أن تطلق نفسها لانه ما ملكتها الطلاق مطلقا ليكون طالبا لجوابها في المجلس بل ملكها في أي وقت شاءت فلها ان تطلق نفسها في أي وقت شاءت لانها لا تملك أن تطلق نفسها الا مرة واحدة لما ذكرنا فان وقته بوقت خاص بان قال أمرك بيدك يوما أو شهرا أو سنة أو قال اليوم أو الشهر أو السنة أو قال هذا اليوم أو هذا الشهر أو هذه السنة لا يتقيد بالمجلس ولها الامر في الوقت كله تختار نفسها فيما شاءت منه ولو قامت من مجلسها أو تشاغلت بغير الجواب لا يبطل خيارها ما بقي الوقت بلا خلاف لانه فوض الامر اليها في جميع الوقت المذكور فبقى ما بقي الوقت ولا نه لو بطل الامر باعراضها لم يكن للتوقيت فائدة وكان الوقت وغير الوقت سواء غير انه ان ذكر اليوم أو الشهر أو السنة منكر افلها الامر من الساعة التي تكلم فيها الى مثلها من الغد والشهر والسنة لان ذلك يقع على يوم تام وشهر تام وسنة تامة ولا يتم الا بما قلنا ويكون الشهر ههنا بالايام لان التفويض اذا وجد في بعض الشهر لا يمكن اعتبار الالهة فيعتبر بالايام وان ذكر ذلك معر فافلها الخيار في بقية اليوم وفي بقية الشهر وفي بقية السنة لان المعرف منه يقع على الباقي ويعتبر الشهر ههنا بالهلال لان الاصل في الشهر هو الهلال والعدول عنه الى غيره لمكان الضرورة ولا ضرورة ههنا ولو اختارت نفسها في الوقت مرة ليس لها ان تختار مرة أخرى لان اللفظ يقتضي الوقت ولا يقتضي التكرار ولو قالت اخترت زوجي أو قالت لا أختار الطلاق ذكر في بعض المواضع ان على قول أبي حنيفة ومحمد يخرج الامر من يدها في جميع الوقت حتى لا تملك ان تختار نفسها بعد ذلك وان بقي الوقت وعند أبي يوسف يبطل خيارها في ذلك المجلس ولا يبطل في مجلس آخر وذكر في بعضها الاختلاف على العكس من ذلك وجه قول من قال انه لا يخرج الامر من يدها انه جعل الامر بيدها في جميع الوقت فاعراضها في بعض الوقت لا يبطل خيارها في الجميع كما اذا قامت من مجلسها أو اشتغلت بأمر يدل على الاعراض وجه قول من يقول انه يخرج الامر من يدها ان قولها اخترت زوجي رد للتمليك والتمليك تملك واحد فيبطل رد واحد كتمليك البيع بخلاف القيام عن المجلس لانه ليس برد حقيقة بل هو امتناع من الجواب الا انه جعل رد في التفويض المطلق من الوقت ضرورة ان الزوج طلب الجواب في المجلس والمجلس يبطل بالقيام فلو بقي الامر بقي خاليا عن الفائدة فيبطل ضرورة عدم الفائدة في البقاء وهذه الضرورة منعدمة ههنا لان الزوج طلب منها الجواب في جميع الوقت لافي المجلس فكان في بقاء الامر بعد القيام عن المجلس فائدة فيبقى ولان الزوج خيرها بين ان تختار نفسها وبين ان تختار زوجها ولو اختارت نفسها يبطل خيارها في جميع المدة فكذا اذا اختارت زوجها وروى ابن سماعة عن أبي يوسف انه اذا قال أمرك بيدك هذا اليوم كان على مجلسها لان في الفصل الاول جعل اليوم كله ظرفا للامر باليد كما لو قال الله على ان اصوم عمري انه يلزمه صوم جميع عمره لانه جعل عمره ظرفا للصوم فاذا صار اليوم كله ظرفا للامر باليد فلا يتقيد بالمجلس وفي الفصل الثاني جعل جزءا من اليوم ظرفا كما لو قال الله على ان اصوم في عمري انه لا يلزمه الا صوم يوم واحد لانه جعل جزءا من عمره ظرفا للصوم واذا صار جزءا من اليوم ظرفا للامر وليس جزءا أولى من جزء فيختص

بالمجلس ولو قال أمرك بيدك الى رأس الشهر صار الامر بيدها الى رأس الشهر ولا يبطل بالقيام عن المجلس والاشتغال بترك الجواب وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على الاختلاف الذي ذكرنا وأما التفويض المعلق بشرط فلا يخلو من احد وجهين اما ان يكون مطلقا عن الوقت واما ان يكون مؤقتا فان كان مطلقا بان قال اذا قدم فلان فأمرك بيدك فقدم فلان فالامر بيدها اذا علمت في مجلسها الذي يقدم فيه فلان لان المعلق بشرط كالمنجز عند الشرط فيصير قائلا عند القدوم أمرك بيدك فاذا علمت بالقدوم كان لها الخيار في مجلس علمها وان مؤقتا بان قال اذا قدم فلان فأمرك بيدك يوما أو قال اليوم الذي يقدم فيه فلان فاذا قدم فلها الخيار في ذلك الوقت كله اذا علمت بالقدوم غير انه اذا ذكر اليوم منكرا يقع على يوم تام بان قال اذا قدم فلان فأمرك بيدك يوما وان عرفه يقع على بقية اليوم الذي يقدم فيه ولا يبطل بالقيام عن المجلس وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على ما ذكرنا من الاختلاف وليس لها ان تختار نفسها في الوقت كله الا مرة واحدة لما بناه ولو لم تعلم بقدومه حتى مضى الوقت ثم علمت فلا خيار لها بهذا التفويض أبدا لما مر وأما المضاف الى الوقت بان قال أمرك بيدك غدا أو رأس شهر كذا فجاء الوقت صار الامر بيدها لان الطلاق يحتمل الاضافة الى الوقت فكذا تعليلك وكان على مجلسها من أول الغد ورأس الشهر وأول الغد من حين يطلع الفجر الثاني ورأس الشهر ليلة الهلال ويومها وان قال أمرك بيدك اذا هلك الشهر يصير الامر بيدها ساعة يهل الهلال ويتقيد بالمجلس ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا أو قال أمرك بيدك هذين اليومين فلها الامر في اليومين تختار نفسها في أيهما شاءت ولا يبطل بالقيام عن المجلس ما بقي شيء من الوقتين وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على ما مر من الاختلاف ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد فاختارت زوجها اليوم فلها ان تختار نفسها بعد غد وكذلك اذا ردت الامر في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد حتى كان لها أن تختار نفسها بعد غد كذا القدوري هذه المسئلة ونسب القول الى أبي حنيفة وأبي يوسف وذكرها في الجامع الصغير ولم يذكر الاختلاف والوجه انه جعل الامر بيدها في وقتين وجعل بينهما وقتا لا خيار لها فيه فصارت كل واحدة من الوقتين شيئا منفصلا عن صاحبه مستقلا بنفسه في الامر مفردا به فيتعدد التفويض معنى كأنه قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد فرد الامر في احدهما لا يكون ردافي الآخر بخلاف قوله أمرك بيدك اليوم أو الشهر أو السنة أو اليوم أو غدا أو هذين اليومين على قول من يقول يبطل الامر لان هناك الزمان زمان واحد لا يتخلله ما لا خيار لها فيه فكان التفويض واحدا فرد الامر فيه بطله ولو قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا فهما أمران حتى لو اختارت زوجها اليوم أو ردت الامر فهو على خيارها غدا لانه لما كرر اللفظ فقد تعدد التفويض فرد احدهما لا يكون رد الآخر ولو اختارت نفسها في اليوم فطلقت ثم تزوجها قبل مجيء الغد فارادت ان تختار فلها ذلك وتطلق أخرى اذا اختارت نفسها لانه ملكها بكل واحدة من التفويضين طلاقا فلا يقا ع باحدهما لا يمنع من الايقاع بالآخر ولو قال لها أمرك بيدك هذه السنة فاختارت نفسها ثم تزوجها لم يكن لها أن تختار في بقية السنة في قول أبي يوسف وقال أبو يوسف وقياس قول أبي حنيفة أن يلزمها الطلاق في الخيار الثاني ولست أروى هذا عنه ولكن هذا قياس قوله ولو كان ترك القياس واستحسن لكان مستقيا ولو لم تختار نفسها ولا زوجها ولكن الزوج طلقها واحدة ولم يكن دخل بها ثم تزوجها في تلك السنة فلا خيار لها في بقية السنة في قول أبي يوسف وعند أبي حنيفة لها الخيار (وجه) قول أبي يوسف ان الزوج تصرف فيما فوض اليها فيخرج الامر من يدها كالموكل اذا باع ما وكل بيعة انه ينمزل الوكيل ولا يبي حنيفة ان جعل الامر باليد فيه معنى التعليق فزوال الملك لا يبطله مادام طلاق الملك الاول قائما كما في سائر التعليقات وقوله الزوج تصرف فيما فوض اليها ليس كذلك لانه يملك ثلاث تطليقات ولم فوض اليها الا واحدة فيقتضي خروج المفوض من يده لا غير كما اذا وكل انسا نايبيع ثوبين له فباع الموكل احدهما تبطل الوكالة لما قلنا كذا هذا (وأما) بيان صفة الحكم الثابت بالتفويض فمن صفة أنه غير لازم في حق المرأة حتى تملك رده صريحا أو

دلالة لما ذكرنا ان جعل الامر يسدها تخيير لها بين ان تختار نفسها وبين ان تختار زوجها والتخير يتنافى للزوم ومن صفته انه اذا خرج الامر من يدها لا يعود الامر الى يدها بذلك الجعل أبدا وليس لها أن تختار الا مرة واحدة لان قوله أمرك بيدك لا يقتضي التكرار الا اذا قرن به ما يقتضي التكرار بأن قال أمرك بيدك كما شئت فيصير الامر بيدها في ذلك وغيره ولها ان تطلق نفسها في كل مجلس تطليقة واحدة حتى تبين بثلاث لان كلمة كلما تقتضي تكرار الافعال قال الله تعالى كلما فضجت جلودهم بدلناهم جلودا غيرها وقال كلما أوقد وانا نار الحرب أطفاها الله فيقتضي تكرار التملك عند تكرار المشيئة الا أنها لا تملك أن تطلق نفسها في كل مجلس الا تطليقة واحدة لانه يصير قائلا لها في كل مجلس أمرك بيدك فاذا اختارت فقد انتهت بموجب ذلك التملك ثم يتجدد لها الملك بملك آخر في مجلس آخر عند مشيئة أخرى الى أن يستوفي ثلاث تطليقات فان كانت بثلاث تطليقات ثم تزوجت بزوجة أخرى وعادت الى الزوج الاول فلا خيار لها لانها انما تملك تطليق نفسها بملك الزوج وانما ملكها ما كان ملك نفسه وهو انما كان ملك بنفسه طلاقات ذلك الملك القائم لا طلاقات ملك لم يوجد فلا يملك بنفسه كيف يملك غيره وان كانت واحدة أو اثنتين ثم تزوجت بزوجة أخرى ثم عادت فلها أن نشاء الطلاق مرة بعد أخرى حتى تستوفي الثلاث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد وهو قول الشافعي بناء على أن الزوج الثاني يهدم مادون الثلاث من التطليقات وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم بخلاف ما اذا قال لها أمرك بيدك اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت أن لها الخيار في المجلس أو غيره لكن لا تملك أن تختار الا مرة واحدة فاذا اختارت مرة لا يترك لها الخيار في ذلك لان اذا ومتى لا تفيد التكرار وانما تفيد مطلق الوقت كأنه قال لها اختاري في أي وقت شئت فكان لها الخيار في المجلس وغيره لكن مرة واحدة فاذا اختارت مرة واحدة انتهت بموجب التفويض بخلاف الفصل الاول لان كلما يقتضي تكرار الافعال في تكرار التفويض عند تكرار المشيئة والله أعلم وأما بيان ما يصلح جواب جعل الامر باليد من الالفاظ وما لا يصلح وبيان حكمه اذا وجد فالاصل فيه أن كل ما يصلح من الالفاظ طلاقا من الزوج يصلح جوابا من المرأة وما لا فلا في لفظ الاختيار خاصة فانه لا يصلح طلاقا من الزوج ويصلح جوابا من المرأة في الجملة بخلاف الاصل لان التفويض من الزوج تملك الطلاق منها فإي ملكه بنفسه يملك تملكه من غيره وما لا فلا هو الاصل اذا عرف هذا فنقول اذا قالت طلقت نفسي أو أبنت نفسي أو حرمت نفسي يكون جوابا لان الزوج لو أتى بهذه الالفاظ كان طلاقا وكذا اذا قالت أنا منك بائن أو أنا عليك حرام لان الزوج لو قال لها أنت مني بائن أو أنت على حرام كان طلاقا وكذا اذا قالت لزوجها أنت مني بائن أو أنت على حرام لان الزوج لو قال لها ذلك كان طلاقا ولو قالت أنا بائن ولم تقل منك أو قالت أنا حرام ولم تقل عليك فهو جواب لان الزوج لو قال لها أنت بائن أو أنت على حرام ولم يقل منك أو على كان طلاقا ولو قالت لزوجها أنت بائن ولم تقل مني أو قالت لزوجها أنت حرام ولم تقل على فهو باطل لان الزوج لو قال لها أنا بائن أو أنا حرام لم يكن طلاقا ولو قالت أنا منك طالق فهو جواب لانه لو قال لها أنت طالق مني كان طلاقا وكذا لو قالت لزوجها أنا طالق ولم تقل منك لان الزوج لو قال أنت طالق ولم يقل مني كان طلاقا ولو قالت لزوجها أنت مني طالق لم يكن جوابا لان الزوج لو قال لها أنا منك طالق لم يكن طلاقا عندنا خلافا للشافعي ولو قالت اخترت نفسي كان جوابا وان لم يكن هذا اللفظ من الزوج طلاقا وانما حكم ثبت شرعا بخلاف القياس بالنص واجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما ذكرنا شاء الله تعالى وأما الواقع بهذه الالفاظ التي تصلح جوابا فطلاق واحد بائن عندنا ان كان التفويض مطلقا عن قرينة الطلاق بان قال لها أمرك بيدك ولم ينو الثلاث اما وقوع الطلقة الواحدة فلا ليس في التفويض ما يبيني عن العدد وأما كونها بائنة فلا ن هذه الالفاظ جوابا الكناية والكنايات على أصلنا من نيات ولان قوله أمرك بيدك جعل امرها نفسها بيدها فتصير عند اختيارها نفسها مالكة نفسها وانما تصير مالكة نفسها بائنة لا بالرجعي وان قرن به ذكر الطلاق بان قال أمرك بيدك في تطليقة فاخترت نفسها في واحدة يملك الرجعة لانه قوض اليها الصريح حيث

نفس عليه وبه تبين أنه مملكتها نفسها وانما ملكها التطليقة وخيرها بين الفعل والتترك عرفنا ذلك بنص كلامه بخلاف ما اذا أطلق لانه لما أطلق فقد ملكها نفسها ولا تملك نفسها الا بالابتن ولو قال امرك بيدك ونوى الثلاث فطلقت نفسها ثلاثا كان ثلاثا لانه جعل أمرها بيدها مطلقا فيحتمل الواحد ويحتمل الثلاث فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله مطلق الامر فصحت نيته وان نوى اثنتين ففي واحدة عند أصحابنا الثلاثة خلافا لفرق قد ذكرنا المسئلة فيما تقدم وكذا اذا قالت طلقت نفسي أو اخترت نفسي ولم تذكر الثلاث ففي ثلاث لانه جواب تفويض الثلاث فيكون ثلاثا وكذا اذا قالت ابنت نفسي أو حرمت نفسي وغير ذلك من الالفاظ التي تصلح جوابا ولو قالت طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة ففي واحدة بانه لما نوى ثلاثا فقد فوض اليها الثلاث وهي أتت بالواحدة فيقع واحدة كما لو قال طلق نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة فتكون بانه لانه ملكها نفسها ولا تملك نفسها الا بالابتن ولو قالت اخترت نفسي واحدة فهو ثلاث فرقا بينه وبين قولها طلقت نفسي واحدة وجه الفرق أن معنى قولها بواحدة أي بمرة واحدة وهي عبارة عن توحيد فعل الاختيار على وجه لا يحتاج بعده الى اختيار آخر وانقطاع العلقه بينهما بالكلية بحيث لا يبقى بينهما أمر بعد ذلك وذلك انما يكون بالثلاث بخلاف قولها طلقت نفسي واحدة لانها جعلت التوحيد هناك صفة المختار وهو الطلاق لاصفة فعل الاختيار فهو الفرق بين الفصلين والله أعلم

فصل وأما قوله اختارى فالكلام فيه يقع فيأذ كرنا من المواضع في الامر باليد والجواب فيه كالجواب في الامر باليد في جميع ما وصفتنا لان كل واحدة منهما تملك الطلاق من المرأة وتخبرها بين أن تختار نفسها أو زوجها لا يختلغان الا في شيئين احدهما أن الزوج اذا نوى الثلاث في قوله امرك بيدك يصح وفي قوله اختارى لا يصح نية الثلاث والثاني ان في اختارى لا بد من ذكر النفس في أحد الكلامين اما في تفويض الزوج واما في جواب المرأة بان يقول لها اختارى نفسك فتقول اخترت أو يقول لها اختارى فتقول اخترت نفسي أو ذكر الطلاق في كلام الزوج أو في كلام المرأة بان يقول لها اختارى فتقول اخترت الطلاق أو ذكر ما يدل على الطلاق وهو تكرار التخيير من الزوج بان يقول لها اختارى اختارى فتقول اخترت أو ذكر الاختيار في كلام الزوج أو في كلام المرأة بان يقول لها الزوج اختارى اختيارا فتقول المرأة اخترت اختيارا وانما كان كذلك لان القياس في قوله اختارى أن لا يقع به شيء وان اختارت لانه ليس من الفاظ الطلاق لانه لا ترى ان الزوج لا يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ فان من قال لامرأته اخترت نفسي لا تطلق فاذا لم يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ بنفسه فكيف يملك تفويضه الى غيره الا أنه جعل من الفاظ الطلاق شرعا بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها النبي قل لا زواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سرا حاميلا الى قوله أجز أعظيا أمر الله تعالى نبيه صلى الله عليه وسلم بتخير نسائه بين اختيار الفراق والبقاء على النكاح والنبي صلى الله عليه وسلم خيرهن على ذلك ولولم تقع الفرقة به لم يكن الامر بالتخير معنى وروى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخير أزواجه بدأني فقال يا عائشة اني ذا كرك أمرا فلا عليك أن تعجلي حتى تستأمرى أبويك قالت وقد علم الله تعالى ان أبوي لم يكونا ليأمراني بفراقه قالت فقرأ يا أيها النبي قل لا زواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سرا حاميلا الى قوله أجز أعظيا فقلت أفى هذا أستأمر أبوي فاني أريد الله ورسوله والدار الآخرة وفي بعض الروايات فقالت بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة وفصل سائر أزواجه مثل ما فعلت فدل انه يوجب اختيار التفريق والبقاء على النكاح وأما الاجماع فانه روى عن جماعة من الصحابة مثل عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وجابر وعائشة رضي الله عنهم ان اخترت نفسها في مجلسها وقع الطلاق وكذا شبهوا أيضا هذا الخيار بالخيارات الطارئة على النكاح وهو خيار المعتقة وامرأة العنين وتقع الفرقة بذلك الخيار فكذا بهذا وكذا اختلفوا في كيفية الواقع على ما ذكرنا وذلك دليل أصل الوقوع اذا الكيفية من باب الصفة والصفة تستدعي

وجود الموصوف فثبت كون هذا اللفظ من الفاظ الطلاق بالشرع فيتبع مورد الشرع والشرع ورد به مع قرينة
 الفراق نصاً أو دلالة أو قرينة النفس فان اختيار الفراق مضمرة في قوله تعالى ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها
 ما يقابله وهو قوله وان كنتن تردن الله ورسوله فدل على اضرار اختيار الفراق كأنه قال ان كنتن تردن الحياة الدنيا
 وزينتها مع اختيار فراق رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان ذلك تخييراً هن بين ان يخترن الحياة الدنيا وزينتها مع
 اختيار فراق رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين ان يخترن الله ورسوله والدار الآخرة فكان مختارات للطلاق
 لو اخترن الدنيا أو كان اختيارهن الدنيا وزينتها اختيار الفراق رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ لم يكن معه
 الدنيا وزينتها والصحابة رضي الله عنهم جعلوا للمخيرة المجلس وقالوا اذا اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق عليها
 فهذا مورد الشرع في هذا اللفظ فيتمصر حكمة على مورد الشرع فاذا قال لها اختاري فقالت اخترت لا يقع به شيء
 لانه ليس في معنى مورد الشرع فيبقى الامر فيه على أصل القياس فلا يصلح جواباً ولا ان قوله اختاري معناه اختاري
 اياي أو نفسك فاذا قالت اخترت فلم تأت بالجواب لانها لم تختّر نفسها ولا زوجه لم يقع فيه شيء واذا قال لها اختاري
 نفسك فقالت اخترت فهذا جواب لانها أخرجه مخرج الجواب كقوله اختاري نفسك فينصرف اليها كأنها قالت
 اخترت نفسي وكذا اذا قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي لماذا كرنا ان معنى قوله اختاري أي اختاري اياي
 أو نفسك وقد اختارت نفسها فقد أتت بالجواب وكذا لو قالت أختار نفسي يكون جواباً استحساناً والقياس ان لا يكون
 جواباً لان قولها أختار يحتمل الحال ويحتمل الاستقبال فلا يكون جواباً مع الاحتمال وجه الاستحسان ان صيغة
 أفعل موضوعة للحال وانما تستعمل للاستقبال بقرينة السين وسوف على ما عرف في موضعه وكذا اذا قال
 اختاري اختاري فقالت اخترت فيكون جواباً وان لم يوجد ذكر النفس من الجانبين جميعاً لان تكرار الاختيار
 دليل ارادة اختيار الطلاق لانه هو الذي يقبل التعدد كأنه قال اختاري الطلاق فينصرف الجواب اليه وكذا اذا قال
 اختاري اختياراً فقالت اخترت اختياراً فهو جواب لان قوله اختياراً يفيد معنيين أحدهما تأكيد الامر والثاني
 معنى التوحيد والتفرد بالتقييد بما يوجب التفرد يدل على انه أراد به التخيير فيما يقبل التعدد وهو الطلاق واذا قال
 لها اختاري الطلاق فقالت اخترت فهو جواب لانه فوض اليها اختيار الطلاق نصاً فينصرف الجواب اليه وكذا
 اذا قال لها اختاري فقالت اخترت الطلاق لان معنى قوله اختاري أي اختاري اياي أو نفسك فاذا قالت اخترت
 الطلاق فقد اختارت نفسها فكان جواباً ولو قال لها اختاري فقالت اخترت أبي وأمي وأهلي والازواج فالقياس
 ان لا يكون جواباً ولا يقع به شيء وفي الاستحسان يكون جواباً وجه القياس انه ليس في لفظ الزوج ولا في لفظ المرأة
 ما يدل على اختيارها نفسها فلا يصلح جواباً وجه الاستحسان ان في لفظها ما يدل على الطلاق لان المرأة بعد الطلاق
 تلحق بابيها وأهلها وتختار الازواج عادة فكان اختيارها هؤلاء دلالة على اختيارها الطلاق فكانها قالت اخترت
 الطلاق (وأما) الواقع بهذه الالفاظ فان كان التخيير واحداً ولم يذكر الثلاث في التخيير فلا يقع الاطلاق واحد
 وان نوى الثلاث في التخيير ويكون بائناً عندنا ان كان التفويض مطلقاً عن قرينة الطلاق وقال الشافعي اذا أراد الزوج
 بالتخيير الطلاق فاخترت نفسها ونوت الطلاق يقع واحدة رجعية وهذا مذهب في الامر بالبداء أيضاً وقد اختلفت
 الصحابة رضي الله عنهم فيمن خير امرأته فاخترت زوجهما أو اختارت نفسها قال بعضهم ان اختارت زوجهما لا يقع
 شيء وهو قول عمر وعبد الله بن مسعود وأبي الدرداء وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وروى عن علي رضي الله عنه
 انها اذا اختارت زوجهما يقع تطليقة رجعية والتزجيح لقول الاولين لما روى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت
 خير نار رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يعد ذلك طلاقاً وعن مسروق عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت
 عن الرجل يخير امرأته يكون طلاقاً فقالت خير نار رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان طلاقاً ولان التخيير اثبات
 الخيار في القسرك والبقاء على النكاح واختيارها زوجهما دليل الاعراض عن ترك النكاح والاعراض عن

ترك النكاح استبقاء النكاح فكيف يكون طلاقا ولو اختارت نفسها قال بعضهم هي واحدة بائنة وهو احدى
الزواجر وابتين عن علي وقال بعضهم هي واحدة رجعية وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه اذا اختارت نفسها فهو
ثلاث والترجيح لقول من يقول يقع بائنا لا رجعيا ولا ثلاثا ما وقع البائن فلان الزوج خيرها بين ان تختار نفسها
لنفسها وبين ان تختار نفسها الزوجا فاذا اختارت نفسها لنفسها لو كان الواقع رجعيا لم يكن اختيارها نفسها
لنفسها بل الزوجا اذ زوجها ان يراجعها شاءت أو أبت وأما عدم وقوع الثلاث وان وجدت نية الثلاث في التخيير
فلما ذكرنا ان القياس ان لا يقع بالا اختيار شي لأنه ليس من ألفاظ الطلاق وانما جعل طلاقا بالشرع ضرورة صحة
التخيير وحق الضرورة بصيرته مقضيا بالواحدة البائنة وان كان التفويض مقر ونايذا كسر الطلاق بان قال لها
اختاري الطلاق فقالت اخترت الطلاق فهي واحدة رجعية لأنه لما صرح بالطلاق فقد خيرها بين نفسها بتطبيقه
رجعية وبين رد التطبيق كما في قوله أمرك بذلك فان ذكر الثلاث في التخيير بان قال لها اختاري ثلاثا فقالت
اخترت يقع الثلاث لان التنصيص على الثلاث دليل ارادة اختيار الطلاق لأنه هو الذي يتعدد فقوله اخترت
ينصرف اليه فيقع الثلاث ولو كرر التخيير بان قال لها اختاري اختاري ونوى بكل واحدة منهما الطلاق فقالت
اخترت يقع ثنتان لان كل واحدة منهما تخيير تام بنفسه لوجود ركنه وشرطه وهو النية والثاني لا يصلح تفسير الاول
لان الشئ لا يفسر بنفسه ولا يصلح جوابا أيضا ولا علة ولا حكما الاول فيكون كلاما مبتدأ والتكرار دليل ارادة
الطلاق فقوله اخترت يكون جوابا لهما جميعا والواقع بكل واحد منهما طلاق بائن فيقع تطبيقان بائنان وكذلك اذا
ذكر الشئ بحرف الصلة بان قال لها اختاري واختاري أو قال اختاري فاختاري لان الواو والقاء من حرف
المعطف الا ان القاء قد تكرر في موضع العلة وقد تكرر في موضع الحكم كما يقال ابشر فقد أتاك القوت ويقال قد
أتاك القوت فابشر لكن ههنا لا تصلح علة ولا حكما فتكون للمعطف والمعطوف غير المعطوف عليه هو الاصل ولو قال
لها اختاري اختاري أو قال اختاري واختاري أو قال اختاري فاختاري فاختاري فقالت
اخترت فهي ثلاث لما قلنا ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة فهو
ثلاث في قول أبي حنيفة وعندهما يقع واحدة وجه قولهما انهما أوقعت الا واحدة فلا يقع الا واحدة لان الوقوع
باختيارها ولم يوجد منها الا اختيار واحدة فلا تقع به الزيادة على الواحدة كما لو قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت
واحدة ولا في حنيفة ان الزوج ملكها الثلاث جملة والثلاث جملة ليس فيها أولى ولا وسطى ولا أخيرة فقوله
اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة يكون لغوا فيبطل تعيينها ويبقى قوله اخترت وانه يصلح جواب الكل وعلى
هذا الخلاف اذا قال لها اختاري واختاري واختاري أو قال لها اختاري فاختاري فاختاري فقالت اخترت
الاولى أو الوسطى أو الاخيرة ولو قال لها اختاري اختاري اختاري أو ذكر التخيير بحرف الواو أو بحرف
الفاء فقالت قد اخترت اختيارا فهو ثلاث في قولهم جميعا لان معناه اخترت الكل مرة فيقع الثلاث وان لم يوجد ذكر
النفس من الجانين جميعا لما ذكرنا ان التكرار من الزوج دليل ارادة اختيار الطلاق وكذا اذا قالت اخترت
الاختيار أو قالت اخترت مرة أو مرة أو بدفعة أو بدفعة أو بواحدة فهو ثلاث لما قلنا ولو قالت قد طلقت نفسي
واحدة أو اخترت نفسي بتطبيقه فهي واحدة بائنة لما ذكرنا في الامر باليد ولو قال لها اختاري اختاري
بالف درهم فقالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة فهو ثلاث وعليها ألف درهم في قول أبي حنيفة وعند أبي
يوسف ومحمد لا يقع الا واحدة غير انها ان اختارت نفسها بالاخيرة كانت تطبيقا واحدة وعليها ألف درهم وان
اختارت نفسها بالاولى أو بالوسطى كانت واحدة ولا شيء عليها والاصل عند أبي حنيفة ان تعيين الاولى
أو الوسطى أو الاخيرة لغوا لانه ملكها الثلاث جملة والثلاث المملكة جملة ليس لها أولى ولا وسطى ولا
أخيرة فكان التعيين ههنا لغوا فيبطل التعيين ويبقى قولها اخترت ولو قالت اخترت ثلاثا وعليها ألف كذا

هذا الأصل عند ههنا اختيار الأولى أو الوسطى أو الأخيرة صحيح ولا يقع إلا واحدة غير أنهما يقولان لا يلزمها
الالف إلا إذا اختارت الأخيرة لأن كل واحد من التخييرات تخيير على حدة لأنه كلام تام بنفسه ويلزم كرمعه
حرف الجمع فيجعل الكل كلاماً واحداً فبقى كل واحد منهما تخييراً تاماً بنفسه فيعطى لكل واحد منهما حكم نفسه
والبدل لم يذكر إلا في التخيير الأخير فلا يجب إلا باختيار الأخيرة ولو ذكر حرف الواو أو حرف الفاء فقال اختارى
واختارى واختارى بالف درهم أو قال اختارى فاختارى فاختارى بالف درهم فقالت اخترت الأولى أو
الوسطى أو الأخيرة فعند أبي حنيفة لا يختلف الجواب فتطلق ثلاثاً وعليها ألف درهم لما ذكرنا وعند ههنا لا يقع الطلاق
في هذه الصورة لأنه لما جمع بين التخييرات الثلاث بحرف الجمع جعل الكل كلاماً واحداً وقد أمره أن تحرم نفسها
عليه بالف درهم فلا تملك التحريم بأقل من ذلك كما إذا قال لها طلق نفسك ثلاثاً بألف درهم فطلقت نفسها واحدة أنه
لا يقع شيء لما قلنا كذا هذا والله أعلم بالصواب

فصل ﴿ وأما قوله أنت طالق إن شئت فهو مثل قوله اختارى في جميع ما وصفنا لأن كل واحد منهما تمليك
الطلاق إلا أن الطلاق ههنا رجعي وهناك بائن لأن المقوض ههنا صريح وهناك كناية وكذا إذا قال لها أنت طالق إن
أحببت أو رضيت أو هويت أو أردت لأنه علق الطلاق بفعل من أفعال القلب فكان مثل قوله إن شئت وكذا إذا
قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت أو أينما شئت أو حيثما شئت فهو مثل قوله إن شئت لأن حيث وأين
اسم مكان وما وصلة فيهما ولا تعلق للطلاق بالمكان فيلغوز كرمالعدم الفائدة ويبقى ذكر المشيئة فصار كأنه قال لها
أنت طالق إن شئت وكذا إذا قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت غير أن لها أن تطلق نفسها في المجلس ما شاءت
واحدة أونتين أو ثلاثاً لأن كلمة كم للقدر وقدر الطلاق هو العدد والعدد هو الواقع وكذا كلمة ما في مثل هذا الموضع
تذكر لبيان القدر يقال كل من طعم ما شئت أي القدر الذي شئت ولو قال لها أنت طالق إذا شئت أو إذا ما شئت
أو متى شئت أو متى ما شئت فلها أن تطلق نفسها في أي وقت شاءت في المجلس أو بعده وبعد القيام عنه لاسم وليس
لها أن تطلق نفسها إلا واحدة لأنه ليس في هذه الألفاظ ما يدل على التكرار على ما مر بخلاف قوله أنت طالق كلما
شئت فإن لها أن تطلق نفسها مرة بعد أخرى حتى تطلق نفسها ثلاثاً لأن المعلق بالمشيئة وإن كان واحداً وهو الثابت
مقتضى قوله أنت طالق وهو الطلاق لكنه علق المشيئة بكلمة كلما وإنما تقتضى تكرار الأفعال فيتكرر المعلق
بتكرار الشرط وإذا وقع الثلاث عند المشيئات المتكررة يبطل التعليق عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لفرق حتى لو تزوجت
بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول فطلقت نفسها لا يقع شيء وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً في كلمة واحدة
لما ذكرنا فيما تقدم ولأن المعلق بكل مشيئة والمقوض إليها تطليقة واحدة وهي البائنة مقتضى قوله أنت طالق فلا تملك
الثلاث ولو قال أنت طالق كيف شئت طلقت للحال تطليقة واحدة بقوله أنت طالق في قول أبي حنيفة وعند أبي
يوسف ومحمد لا يقع عليها شيء ما لم تشأ والحاصل أن عند أبي حنيفة في قوله أنت طالق كيف شئت لا يتعلق أصل
الطلاق بالمشيئة بل المعلق بالمشيئة صفة الواقع وتنفيد مشيئتها بالمجلس وعند ههنا يتعلق بالأصل والوصف بالمشيئة
وتنفيد مشيئتها بالمجلس وجه قول ههنا أن الكيفية من باب الصفة وقد علق الوصف بالمشيئة وتعليق الوصف بالمشيئة
تعلق الأصل بالمشيئة لاستحالة وجود الصفة بدون الموصوف وإذا تعلق أصل الطلاق بالمشيئة لا ينزل ما لم توجد
المشيئة ولا في حنيفة أن الزوج بقوله أنت طالق كيف شئت وقع أصل الطلاق للحال وفوض تكيف الواقع إلى
مشيئتها لأن الكيفية للموجود لا للمعدوم إذا المعدوم لا يحتمل الكيفية فلا بد من وجود أصل الطلاق لتخيرها في
الكيفية ولهذا قال بعض المحققين في تعليل المسئلة لا في حنيفة أن الزوج كيف المعدوم والمعدوم لا يكيف فلا بد من
الوجود ومن ضرورة الوجود الوقوع ثم إذا شاءت في مجلسها فإن لم ينو الزوج البينة ولا الثلاث فشأت واحدة بائنة
أو ثلاثاً كان ما شاءت لأن الزوج فوض الكيفية إليها فإن نوى الزوج البينة أو الثلاث فإذا وافقت مشيئتها بنية

الزوج بان قالت في مجلسها شئت واحدة بائنة أو ثلاثا وقال الزوج ذلك نويت فهي واحدة بائنة أو ثلاث لان الزوج لو لم تكن منه نية فقالت شئت واحدة بائنة أو ثلاثا كان الواقع ماشاءت فاذا وافقت مشيئتها نية الزوج أولى وان خالفت مشيئتها نية الزوج بان قالت شئت ثلاثا وقال الزوج نويت واحدة لا يقع بهذه المشيئة شي آخر في قول أبي حنيفة سوى تلك الواحدة الواقعة بقوله أنت طالق إلا اذا قالت شئت واحدة ثانية فتصير تلك الطلقة ثانية لما قلنا وعندهما يقع واحدة بمشيئتها بناء على أن المذهب عند أبي حنيفة أنه اذا قال لها طلق نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لا يقع شي وعندهما يقع واحدة وسند كراصل المسئلة في موضعها ان شاء الله تعالى ولو قالت شئت واحدة وقال الزوج نويت الثلاث لا يقع بهذه المشيئة شي في قولهم جميعا لان المذهب عندهم أنه اذا قال لها طلق نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت نفسها واحدة لا يقع شي لما ذكرنا في الفصل الذي يليه الا ان عند أبي حنيفة قد وقعت طلقة واحدة بقوله أنت طالق حال وجوده وان لم تشأ المرأة شيئا حتى قامت من مجلسها ولانية للزوج أو نوى واحدة فهي واحدة يملك الرجعة في قول أبي حنيفة لانها أقل وهي متيقن بها وعندهما لا يقع شي وان شاءت تلزج الامر عن يدها ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان كان كذا فان عقلت بشي موجود نحو ما اذا قالت ان كان هذا ليلا وانهارا وان كان هذا أبي أو أمي أو زوجي ونحو ذلك يقع الطلاق لان هذا تعليق بشرط كائن والتعليق بشرط كائن تنجز وان عقلت بشي غير موجود فقالت شئت ان شاء فلان يخرج الامر من يدها حتى لا يقع شي وان شاء فلان لانه فوض اليها التنجز وهي أبت بالتعليق والتنجز غير التعليق لان التنجز تطبيق والتعليق يمين فلم تأت بما فوض اليها وأعرضت عنه لاشتغالها بغيره فيبطل التفويض ولو قال لها أنت طالق ان شاء فلان يتقيد بمجلس علم فلان فان شاء في مجلس علمه وقع الطلاق وكذلك اذا كان غائبا وبلغه الخبر يقتصر على مجلس علمه لان هذا تملك الطلاق فيتقيد بالمجلس بخلاف ما اذا قال لها أنت طالق ان دخل فلان الدار أنه يقع الطلاق اذا وجد الشرط في أي وقت وجد ولا يتقيد بالمجلس لان ذلك تعليق الطلاق بالشرط والتعليق لا يتقيد بالمجلس لان معناه ابقاء الطلاق في زمان ما بعد الشرط فيقف الوقوع على وقت وجود الشرط في أي وقت وجد يقع الله عز وجل أعلم

فصل وأما قوله طلق نفسك فهو تملك عندنا سواء قيده بالمشيئة أو لا هو يقتصر على المجلس كقوله أنت طالق ان شئت وعند الشافعي هو توكيل ولا يقتصر على المجلس قيده بالمشيئة أو لم يقيد به وأجمعوا على أن قوله لاجني طلق امرأتى توكيل ولا يتقيد بالمجلس وهو فصل التوكيل فان قيده بالمشيئة بان قال له طلق امرأتى ان شئت فهذا تملك عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر هو توكيل فوقع الخلاف في موضعين أما الكلام مع الشافعي فوجه قوله أنه لو أضاف الامر بالتطبيق الى الاجني ولم يقيد بالمشيئة كان توكيلا بالاجماع فكذا اذا أضافه الى المرأة ولم يقيد بالمشيئة لانه لم يختلف الا الشخص والصفة لا يختلف باختلاف الشخص وكذا اذا قيد بالمشيئة لان التقيد بالمشيئة والسكوت عنه بمنزلة واحدة لانها تطلق نفسها بمشيئتها واختيارها اذ هي غير مضطرة في ذلك فكان ذكر المشيئة لغواف كان ملحقا بالعدم فيبقى قوله طلق نفسك وانه توكيل لما ذكرنا فلا يتقيد بالمجلس كما في الاجني ولنا لبيان ان قوله لامرأته طلق نفسك تملك وجوه ثلاثة أحدها ان المتصرف عن ملك هو الذي يتصرف برأيه وتدبيره واختياره والمرأة بهذه الصفة فكانت متصرفة عن ملك فكان نفويض التطبيق اليها تملك بخلاف الاجني لان ثمة الرأى والتدبير للزوج والاختيار له فكان اضافة الامر اليه توكيلا لا تملك كما والثاني أن المتصرف عن ملك هو الذي يتصرف لنفسه والمتصرف عن توكيل هو الذي يتصرف لغيره والمرأة عاملة لنفسها لانها بالتطبيق ترفع قيد الغير عن نفسها فكانت متصرفة عن ملك فاما الاجني فانه عامل لسيره لان نفسه لان منفعة عمله عائدة الى غيره فكان متصرفا عن توكيل وامر لا عن ملك والثالث أن قوله لامرأته طلق نفسك لا يمكن ان يجعل توكيلا لان الانسان لا يصلح أن يكون وكيلا في حق نفسه فلم يمكن ان يجعل وكيلة في حق تطبيق نفسها ويمكن ان تجعل مالكة للطلاق بتمليك الزوج فتعين عمله على

التعليك بخلاف الاجنبي لانه بالتطبيق يتصرف في حق الغير والانسان يصلح وكيل في حق غيره والله الموفق
وأما الكلام مع زفر فوجه قوله انه لو أطلق الكلام لكان توكيلا فكذا اذا قيده بالمشيئة لما مر أن التقييد فيه
والاطلاق على السواء لانه اذا أطلق طلق عن مشيئة ولا محالة لكونه مختارا في التطبيق غير مضطرب فيه ولنا وجه الفرق
بين المطلق والمقيد وهو ان الاجنبي في المطلق فيتصرف برأى الغير وتدبيره ومشيتته فكان توكيلا لا تملكيا وأما في
المقيد فانما يتصرف عن رأى نفسه وتدبير نفسه ومشيتته وهذا معنى المالكية وهو التصرف عن مشيئته وهذا فرق
واضح بمحمد الله تعالى (وأما) قوله التقييد بالمشيئة وعدمه سواء لانه متى طلق طلق عن مشيئة فتمنع عنهما سواء
وانه متى طلق طلق عن مشيئة فان المشيئة تذكر ويراد بها اختيار الفعل وتركه وهو المعنى الذي ينفي الغلبة والاضطرار
وهو المعنى بقولنا المعاصي بمشيئة الله تعالى فان الله تعالى يحول تخليق أفعال العباد والله تعالى غير مغلوب ولا مضطرب
في فعله وهو التخليق بل هو مختار وتدكر ويراد بها اختيار الايثار يقال ان شئت فعلت كذا وان شئت لم افعل
أى ان شئت آثرت الفعل وان شئت آثرت الترك على الفعل وهو المعنى من قولنا المكروه ليس بمختار والمراد
من المشيئة المذكورة ههنا هو اختيار الايثار لا اختيار الفعل وتركه لانا لو حملناه عليه لكان كلامه ولو حملناه على
اختيار الايثار لم يبلغ وصيانة كلام العاقل عن اللغو واجب عند الامكان واختيار الايثار في التعليك لافي التوكيل
لما ذكرنا ان الوكيل يعمل عن رأى الموكل وتدبيره وانما يستعير منه العبارة فقط فكان الايثار من الموكل لا من الوكيل
وأما المملك فانما يعمل برأى نفسه وتدبيره وايتاره لا بالمملك فكان التقييد بالمشيئة مفيدا أو الاصل أن التوكيل لغة
هو الولاية والتفويض هو التسليم بالكلية لذلك سمي مشايخنا الاول توكيلا والثاني تفويضا واذا ثبت ان المقيد
بالمشيئة تملك والمطلق توكيل والتعليك يقتصر على المجلس لما ذكرنا ان المملك انما يملك بشرط الجواب في
المجلس لانه انما يملك بالخطاب وكل مخلوق خاطب غيره يطلب جواب خطابه في المجلس فلا يملك نهيه عنه لما مر ثم
التوكيل لا يقتصر على المجلس لان الوكيل لا يمكنه القيام بما وكل بتحصيله في المجلس ظاهر او غالب لان التوكيل في
الغالب يكون بشئ لا يحضره الموكل ويفعل في حال غيبته لانه اذا كان حاضرا يستغنى بعبارة نفسه عن استعارة عبارة
غيره فلو تقييد التوكيل بالمجلس لخلا عن العاقبة الحميدة فيكون سفها وملك نهيه عنه لانه وكيله فيملك عزله ولو اراد بقوله
طلق نفسه ثلاثا فقد صار الثلاث بيدها لان معنى قوله اياها طلق نفسك أى حصل طلاقا والمصدر يحتمل
الخصوص والعموم لانه اسم جنس فاذا نوى به الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته ولو اراد به الثنتين
لا يصح لان لفظ المصدر لفظ واحد والاثنتان عددا لا توجد فيه أصلا على ما بينا فقام تقدم وان لم يكن له نية تنصرف
الى الواحد لانه متيقن به ولان الامر المطلق بالفعل في الشاهد ينصرف الى ما هو المقصود من ذلك الفعل في المتعارف
ألان ترى أن من قال لعلامة اسق هذه الارض وكانت الارض لا تصلح للزراعة الا بثلاث مرات صار أمورا
به وان كانت تصلح بالسقي مرة واحدة صار أمورا به ومن قال لعلامة اضرب هذا الذي استخف بي بنصرف
الى ضرب يقع به التأديب عادة ويحصل به المقصود وهو الانذار ومن أصابت ثوبه بنجاسة فقال لجارته اغسله
لا تصير مؤثمة الا بغسل يحصل للمقصود وهو طهارة الثوب دل ان الامر المطلق في الشاهد ينصرف الى ما هو
المقصود من الفعل في المتعارف والعرف والمقصود في قوله لا مر أنه طلق نفسك مختلف فقد يقصد به الطلاق المبطل
للملك وقد يقصد به الطلاق المبطل لحل الحلية سد الباب التدارك فأى ذلك نوى انصرف اليه ثم اذا حجت نية
الثلاث فان طلقت نفسها ثلاثا أو اثنتين أو واحدة وقع لان الزوج ما حكم الثلاث ومالك الثلاث له ان يقع الثلاث
أو الاثنتين أو الواحدة كالزوج سواء بخلاف ما اذا قال لها أنت طالق ان شئت أو أردت أو رضيت أو اذا شئت أو
متى شئت أو متى ما شئت أو اين شئت أو حيث شئت ونحو ذلك ونوى الثلاث انه لا يصح لما مر ان قوله أنت طالق
صفة للمرأة وانما ثبت الطلاق اقتضاء ضرورة صحة التسمية بكونها طالقا ولا ضرورة في قبول نية الثلاث فلا

يثبت في حقه ولو قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة فهي واحدة في قولهم جميعا لان الزوج ملكها الثلاث
ومالك الثلاث اذا وقع واحدة تقع كالزوج وهذا لانه لما ملكها الثلاث فقد ملكها الواحدة لانها بعض الثلاث
وبعض المملوك يكون مملوكا ولو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء في قول أبي حنيفة وقال
أبو يوسف ومحمد يقع واحدة وجه قولهما انها أنت بما فوض الزوج اليها وزادت على القدر المفوض فيقع القدر
المفوض وتلقوا الزيادة كما لو قال لها طلقى نفسك واحدة فقالت طلقت نفسي واحدة واحدة واحدة انه يقع واحدة
وتلقوا الزيادة كذا هذا وكذا لو قال لها طلقى نفسك فقالت أنت نفسي تقع واحدة رجعية وتلغوصفة البيئونة لما
قلنا كذا هذا ولا في حنيفة وجوه من الفقه أحدها انه لو وقعت الواحدة اما ان تقع بطريق الاصاله مقصودا أو
ضمنا أو ضرورة وقوع الثلاث لا سبيل الى الاول لانه لم يوجد ايقاع الواحدة بطريق الاصاله لانعدام لفظ
الواحدة ووجود لفظ آخر وكذا لم يوجد وقت وقوع الواحدة بطريق الاصاله لان ذلك عند قولها نفسي وسكوتهما
عليه ووقت وقوعها مع الثلاث عند قولها ثلاثا ولا وجه للثاني لانهم لم يملك الثلاث اذا الزوج لم يملكها الثلاث فلا
يملك ايقاع الثلاث فلا يقع الثلاث فلا تقع الواحدة ضمنا لوقوع الثلاث فتعذر القول بالوقوع أصلا بخلاف ما اذا
قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة لان هناك ملكها الثلاث فملكها ايقاع الثلاث ومالك ايقاع الثلاث
يملك ايقاع الواحدة لان بعض المملوك مملوك وهمنا بخلافه ما بينا وبخلاف ما اذا قال لها طلقى نفسك واحدة فقالت
طلقت نفسي واحدة واحدة واحدة لان ثم أوقعت الواحدة بطريق الاصاله لوجود لفظ الواحدة وقت وقوعها
بطريق الاصاله فوقت واحدة بطريق الاصاله ثم اشتغلت بغيرها وهو غير مملوك لها فلغوا وبخلاف ما اذا قال لها
طلقى نفسك فقالت قد أنت نفسي لان هناك أوقعت ما فوض اليها بطريق الاصاله لان الباقى من ألفاظ الطلاق
لغة على ما نذكر الا انها زادت على القدر المفوض صفة البيئونة فلفت وبقي أصل الطلاق والثاني ان المرأة بقولها
طلقت نفسي ثلاثا أعرضت عما فوض الزوج اليها فيبطل التفويض ويخرج الامر من يدها كما اذا اشتغلت بأمر
آخر أو قامت عن مجلسها ودلالة انها أعرضت عما فوض اليها انه فوض اليها الواحدة وهي أنت بالثلاث والواحدة
من الثلاث ان لم تكن غير الثلاث ولان الثلاث غير الواحدة ذاتا لان الواحدة منها والشيء لا يكون غير نفسه لكنها
غير الواحدة لفظا وحكما ووقتا (أما) اللفظ فان لفظ الواحدة غير لفظ الثلاث وكذا حكمها غير حكم الثلاث
وأما الوقت فان وقت وقوع الواحدة غير وقت وقوع الثلاث لان الواحدة تقع عند قولها طلقت نفسي والثلاث
تقع عند قولها ثلاثا لما ذكرنا فبا تقدم ان العدد وهو الواقع على معنى انه متى اقترن بذكر الطلاق ذكر عدد لا يقع الطلاق
قبل ذكر العدد ويقف أول الكلام على آخره فصارت المرأة باشتغالها بذكر الثلاث لفظا معرضة عن الواحدة
لفظا وحكما ووقت وقوع الطلاق لصبر ورتها مشغلة بغير مملكت تاركة للمملوك والاشتغال بغير المملوك دليل
الاعراض عما ملكك والاعراض عن مملكتك يوجب بطلان التملك وخروج الامر عن يدها بخلاف ما اذا قال
لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة لان هناك ما أعرضت عما فوض اليها لانه فوض اليها الثلاث وتفويض
الثلاث تفويض الواحدة لان التفويض تملك وتمليك الثلاث تملك الواحدة لانها من أجزاء الثلاث وجزء المملوك
مملوك فلم تصر باشتغالها بالواحدة مشغلة بغير مملكت ولا تاركة للمملوك فاما تملك الجزء فلا يكون تملك الكل
فاقتراوا الثالث ان الزوج لم يملكها الا الواحدة المنفردة وما أنت بالواحدة المنفردة فلم تأت بما ملكك الزوج فلا يقع
شيء كما لو قال لها طلقى نفسك فاعتقت عبده ولا شك ان الزوج لم يملكها الا الواحدة المنفردة لانه نص على التوحد
والتوحد ينفي عن التفرد في اللغة فكان المفوض اليها طلاق واحدة منفردة عن غيرها وهي وان أنت بالواحدة باتيانها
بالثلاث فما أنت بالواحدة المنفردة لانها أنت بثلاث مجتمعة والثلاث المجتمعة لا يوجد فيها واحدة منفردة لما فيه
من الاستحالة لضاد بين الاجتماع والافتراق فلم تأت بما فوض اليها فلا يقع شيء بخلاف ما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا

فطلقت نفسها واحدة لان هناك أنت بما فوض اليها لکنها زادت على القدر المقفوض لانه فوض اليها الثلاث مطلقا عن صفة الاجتماع والافتراق ألا ترى انها لو طلقت نفسها ثلاثا متفرقة وقعت كما لو طلقت نفسها ثلاثا مجتمععة ولو كان المقفوض اليها الثلاث المجتمععة لما ملكك ايقاع الثلاث المتفرقة فاذا صارت الثلاث مطلقا مملوكة لها مجتمععة كانت أو منفردة صارت كل واحدة من الطلقات الثلاث مملوكة لها منفردة كانت أو مجتمععة فاذا طلقت نفسها واحدة فقد أنت بالملوك ضرورة وهو الجواب عما اذا قال لها طلقي نفسك واحدة فقالت طلقت نفسي واحدة واحدة واحدة واحدة انه يقع واحدة لانها أنت بالمقفوض وزيادة فيقدر المقفوض وتلغوا زيادة وههنا ما أنت بالمقفوض اليها أصلا ورأساهو الفرق ولا يلزم ما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي لان هناك أيضا أنت بالمقفوض اليها وزيادة لان الزوج فوض اليها أصل الطلاق وهي أنت بالأصل والوصف لان الابانة من ألفاظ الطلاق على ما نذكر فلما الوصف وهو وصف البنونة وبقي الأصل وهو صريح الطلاق فتقع واحدة رجعية وذکر القدوري عن أبي يوسف في هذه المسئلة ان قياس قول أبي حنيفة أن لا يقع شيء وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا ما اذا قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلعت نفسها ثلاثا ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلعت نفسها واحدة أو اثنتين لا يقع شيء في قولهم جميعا لانه ملكها الثلاث بشرط مشيئتها الثلاث فاذا شاءت ما دون الثلاث لم تملك الثلاث لوجود بعض شرط الملك والحكم المعلق بشرط لا يثبت عند وجود بعض الشرط ولو قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة واثنتين وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تطلق نفسها ثلاثا ان شاءت وجه قولهما ان كلمة من في مثل هذا الموضع تدكر لبيان الجنس فان من قال لغيره كل من هذا الرغيف ما شئت كان له أن يأكل كل الرغيف ولا يبي حنيفة ان كلمة ما كلمة عامة وكلمة من للتبعض حقيقة فلا بد من اعتبار المعنيين جميعا وذلك في أن يصير المقفوض اليها من الثلاث بعض له عموم وذلك اثنان فتملك ما فوض اليها وهو الثنتان وفي مسئلة الرغيف صرفت كلمة من عن حقيقة الى الجنس بدلالة الحال وهو أن الأصل في الطعام هو السماح دون الشح خصوصا في حق من قدم اليه ولو قال لها طلقي نفسك ان شئت فقالت شئت لا يقع الطلاق ولو قال لها أنت طالق ان شئت يقع لان في الفصل الاول أسرها بالتطليق فلم تطلق لا يقع الطلاق ومشينة التطليق لا تكون تطليقا وفي الفصل الثاني علق طلاقها بمشيئتها وقد شاءت ولو قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت واحدة تملك الرجعة وان قالت قد اخترت نفسي لم تطلق ووجه الفرق ان قولها أبنت من ألفاظ الطلاق لان الابانة قطع الوصلة لغة والطلاق رفع القيد لغة لا أن عمل صريح الطلاق يتأخر شرعا في المدخول بها الى ما بعد انقضاء العدة فكان بين اللفظين موافقة من حيث الأصل فاذا قالت أبنت نفسي فقد أنت بالأصل وزادت صفة البنونة فتلغوا الصفة ويبقى الأصل بخلاف قولها اخترت لان الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق لغة بدليل انه لو قال لأمر أنه اخترتك أو قال اخترت نفسي لا يقع الطلاق وكذا اذا قالت المرأة طلقت نفسي أو أبنت نفسي وقف على اجازة الزوج ولو قالت اخترت نفسي لا يقف على اجازته بل يبطل الا انه جعل من ألفاظ الطلاق شرعا بالنص واجماع الصحابة رضي الله عنهم عند خروجه جوابا للتخيير وما في معناه وهو الا امر باليد فلا يكون جوابا في غيره فيلغو وحكي القدوري قول أبي يوسف فقال قال أبو يوسف اذا قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي لا يقع شيء على قياس قول أبي حنيفة ووقع عندهما تطليقة رجعية كأنها قالت أبنت نفسي بتطليقة ولم يذكر خلاف أبي حنيفة في الجامع الصغير ووجه الفرق ان بين هذه المسئلة وبين قوله طلقي نفسك واحدة على نحو ما بينا ولو قال لها طلقي نفسك تطليقة رجعية فطلعت نفسها باثنا أو قال لها طلقي نفسك تطليقة باثنة فطلعت رجعية يقع ما أمر به الزوج لا ما أنت به لانها انما تملك تطليق نفسها بتملك الزوج لها فملك ما ملكها الزوج وما أنت به موافق لما ملكها الزوج من حيث الأصل لان كل واحد منهما

من ألقاظ الطلاق وإنما خالفه من حيث الوصف فاذا وقع الأصل استتبع الوصف المملك فيقع ما فوض اليها والله الموفق للصواب

فصل ﴿ وأما الرسالة فهي أن يبعث الزوج طلاق امرأته الغائبة على يد إنسان فيذهب الرسول اليها ويبلغها الرسالة على وجهها فيقع عليها الطلاق لأن الرسول ينقل كلام المرسل فكان كلامه ككلامه والله الموفق ومنها عدم الشك من الزوج في الطلاق وهو شرط الحكم بوقوع الطلاق حتى لو شك فيه لا يحكم بوقوعه حتى لا يجب عليه أن يعتزل امرأته لأن النكاح كان ثابتا يتيقن ووقع الشك في زواله بالطلاق فلا يحكم بزواله بالشك كحياة المفقوداتها لما كانت ثابتة ووقع الشك في زوالها لا يحكم بزوالها بالشك حتى لا يورث ماله ولا يرث هو أيضا من أقاربه والأصل في نفى اتباع الشك قوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام لما سئل عن الرجل يخيل اليه أنه يجد الشيء في الصلاة لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا اعتبر اليقين وألغى الشك ثم شك الزوج لا يخلو أما أن وقع في أصل التطلق أطلقها أم لا وأما أن وقع في عدد الطلاق وقدره أنه طلقها واحدة أو اثنتين أو ثلاثا أو وصفة الطلاق أنه طلقها رجعية أو بائة فان وقع في أصل الطلاق لا يحكم بوقوعه لما قلنا وان وقع في القدر يحكم بالطلاق لأنه متيقن به وفي الزيادة شك وان وقع في وصفه يحكم بالرجعية لأنها أضعف الطلاقين فكانت متيقنا بها

فصل ﴿ وأما الذي يرجع إلى المرأة فمنها الملك أو علة من علاقته فلا يصح الطلاق إلا في الملك أو في علة من علاقته الملك وهي عدة الطلاق أو مضافا إلى الملك وجلة الكلام فيه أن الطلاق لا يخلو إما أن يكون تنجيزا وإما أن يكون تعليقا بشرط وإما أن يكون إضافة إلى وقت أما التنجيز في غير الملك والعدة فباطل بأن قال لا امرأة أجنبية أنت طالق أو طلقتك لأنه باطل الحل ورفع القيد ولا حل ولا قيد في الأجنبية فلا يتصور إبطاله ورفعها وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح وان كانت منكوحة الغير وقف على إجازته عندنا خلافا للشافعي والمسئلة تأتي في كتاب البيوع وأما التعليق بشرط فنوعان تعليق في الملك وتعليق بالملك والتعليق في الملك نوعان حقيقي وحكمي أما الحقيقي فنحو أن يقول لا يرأه أن دخلت هذه الدار فانت طالق أو أن كلمت فلانا أو أن قدم فلان ونحو ذلك وأنه صحيح بلا خلاف لأن الملك موجود في الحال فالظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط فكان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط فيحصل ما هو المقتض من البين وهو التقوى على الامتناع من تحصيل الشرط فصحت البين ثم إذا وجد الشرط والمرأة في ملكه أو في عدة يقع الطلاق والأفلا يقع الطلاق ولكن تنحل البين لا إلى جزاء حتى أنه لو قال لا يرأه أن دخلت هذه الدار فانت طالق فدخلت الدار وهي في ملكه طلقت وكذا إذا أبانها قبل دخول الدار فدخلت الدار وهي في عدة عندنا لأن المبانة بإحتمالها صريح الطلاق عندنا وان أبانها قبل دخول الدار وانقضت عدتها ثم دخلت الدار لا يقع الطلاق لعدم الملك والعدة ولكن تبطل البين حتى لو تزوجها ثانيا ودخلت الدار لا يقع شيء لأن المعلق بالشرط يصير عند الشرط كالمتنجز والتنجيز في غير الملك والعدة باطل فإن قيل أليس أن الصحيح إذا قال لا يرأه أن دخلت الدار فانت طالق ثم جن فدخلت الدار أنه يقع طلاقه ولو نجس في تلك الحالة لا يقع فالجواب من وجهين أحدهما أن التطلق كلامه السابق عند الشرط فتعتبر الأهلية وقت وجوده وقد وجدت والثاني أننا اعتبرناه تنجيزا حكما وتقديرا والمجنون من أهل أن يقع الطلاق على أمر أنه بطريق الحكم فإن العنين إذا أجل فضمت المدة وقد جن يفرق القاضي بينهما ويكون ذلك ظاهرا فاطر الكلام بحمد الله تعالى ولو أبانها قبل دخول الدار ولم تدخل الدار حتى تزوجها ثم دخلت يقع الطلاق لأن البين لم تبطل بالأبانة لأنه يتصور عود الملك فما قامت الجزاء على وجهه لا يتصور عوده ولو قال لا يرأه أن دخلت هذه الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها واحدة أو اثنتين قبل دخول الدار فتزوجت بزواج آخر ودخل بها ثم عادت إلى الزوج الأول فدخلت طلقت ثلاثا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد هي طالق ما بقي من الطلقات الثلاث شيء وأصل هذه المسئلة أن من طلق

أمر أنه واحدة أو اثنتين ثم تزوجت بزوج آخر ودخل بها وعادت إلى الأول أنها تعود بثلاث تطليقات في قولهما وفي قول محمد تعود بما بقي وهو قول زفر ولقب المسئلة أن الزوج الثاني هل يهدم الطلقة والطلقتين عندهما يهدم وعند محمد لا يهدم والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم روى عن علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم مثل مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف وروى عن عمر وأبي بن كعب وعمران بن حصين مثل مذهب محمد وزفر واحتج بقوله سبحانه وتعالى الطلاق مرتان إلى قوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره حرم المطلقة الثلاث مطلقا من غير فصل بين ما إذا انحلت أصابة الزوج الثاني الثلاث وبين ما إذا لم يتخللها وهذه مطلقة الثلاث حقيقة لأن هذه طلقة قد سبقها طلقتان حقيقة والطلقة الثالثة هي الطلقة التي سبقها طلقتان فدخلت تحت النص ولأن الزوج الثاني جعل في الشرع منيها للحرمة لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وحتى كلمة غاية وغاية الحرمة لا تتصور قبل وجود الحرمة والحرمة لم تثبت قبل الطلقات الثلاث فلم يكن الزوج الثاني منيها للحرمة فيلحق بالعدم ولا يبيح حنيفة وأبي يوسف النصوص والمعقول أما النصوص فالعمومات الواردة في باب النكاح من نحو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله عز وجل وانكحوا إلا ما بينكم وقول النبي صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتله عرش الرحمن فهذه النصوص وأمثالها تقتضي جواز النكاح من غير فصل بين أن تكون المرأة مطلقة أولا وبين أن تكون مطلقة ثلاثا لتحللها أصابة الزوج الثاني أولا إلا أن المطلقة الثلاث التي لم يتخللها أصابة الزوج الثاني خصت عن النصوص فبقي ما وراءها تحتمل وأما المعقول فن وجهين أحدهما أن النكاح مندوب إليه ومسنون وعقد ومصلحة لتضمنه مصالح الدين والدنيا فلا يجوز أن يمنع عنه لأنه يؤدي إلى التناقض لأن قطع المصلحة مفسدة والشرعية منزهة عن التناقض إلا أنه قد يخرج من أن يكون مصلحة بمخالفة الأخلاق ومباينة الطباع أو غير ذلك من المعاني ويقع اليأس عن استيفاء المصالح من هذه المرأة ففسخ الطلاق لاستيفاء المصالح المطلوبة من النكاح من زوجة أخرى إلا أن خروج النكاح من أن يكون مصلحة لا يعرف إلا بالتأمل والتجربة ولهذا فوض الطلاق إلى الزوج لا اختصاصه بكال الرأي والعقل ليتأمل فاذا طلقها ثلاثا على ظن المخالفة ثم مال قلبه إليها حتى تزوجها بعد أصابة الزوج الثاني الذي هو في غاية التفار في طباع الفحل ونهاية المنع دل أن طريق الموافقة بينهما قائم وأنه أخطأ في التجربة وقصر في التأمل فبقي النكاح مصلحة لقيام الموافقة بينهما فلا يجوز القول بحرمته كما في ابتداء النكاح بل أولى لأن نعمة لم يوجد الأدليل أصل الموافقة وهنا وجد دليل كمال الموافقة وهو الميل إليها مع وجودها هو النهاية في الفرة ثم لم يحل نكاحها في الابتداء لتحقيق المقاصد بعد أصابة الزوج الثاني أولى وهذا المعنى لا يوجب التفريق بين أصابة الزوج الثاني بعد الطلقات الثلاث وبين ما قبلها فور ودال شرع بجواز النكاح نعمة يكون ورودها ههنا دلالة والثاني أن الحل بعد أصابة الزوج الثاني وطلاقه أياها وانقضاء عدها حل جديد والحل الجديد لا يزول إلا بثلاث طلقات كما في ابتداء النكاح والدليل على أن هذا حل جديد أن الحل الأول قد زال حقيقة لأنه عرض لا يتصور بقاءه إلا أنه إذا لم يتخلل بين الحلين حرمة يجعل كالدائم بتجدد أمثاله فيكون كشيء واحد فكان زائلا حقيقة وقد رافى فكان الثاني حلا جديدا والحل الجديد لا يزول إلا بثلاث تطليقات كما في ابتداء النكاح وأما في قوله تعالى فان طلقها فتقول هذه الآية السكرية تتناول طلقة ثلاثة مسبقة بطلقتين بلا فصل لأن الفاء للتعقيب بلا فصل وأصابتها الزوج الثاني ههنا حاصل فلا يتناولها أو تحمل الآية على ما إذا لم يدخل بها الزوج الثاني حتى طلقها وتزوجها الأول وطلقها وأخذة توفيقا بين الدلائل وأما قوله بان الشرع جعل أصابة الزوج الثاني غاية للحرمة فنقول ككون الأصابة غاية للحرمة يقتضي انتهاء الحرمة عند عدم الأصابة وقد بينا أنه ثبت حل جديد بعد الأصابة ولو قال لا أمر أنه ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها ثلاثا قبل الدخول وتزوجت بزوج ودخل بها ثم عادت إلى الأول فدخلت الدار لا يقع عليها شيء عند علمائنا الثلاثة وعند زفر يقع عليها ثلاث تطليقات وجهه قوله أن المعلق طلقات مطلقة لا مقيدة

بالحل القائم لأن الخالف أطلق وما قيد والحل القائم أن يطل بالتعجيل فقد وجد حل آخر فكان التعليق باقياً وقد وجد الملك عند وجود الشرط فينزل المعلق كما إذا قال لامرأته أن دخلت هذه الدار فانت على كظهر أمي ثم طلقها ثلاثاً قبل الدخول يبقى تعليق الظاهر بالدخول حتى لو تزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول فدخلت الدار يصير مظاهر الماذكرنا كذا هذا ولنا أن المعلق طلاقات الحل القائم للحال وقد بطل على وجهه لا يتصور عوده فلا يتصور الطلاق المبطل للحل القائم عند وجود الشرط فتبقى الممين كما إذا صار الشرط بحال لا يتصور عوده بان جعل الدار بستاناً أو حماماً والدليل على أن المعلق طلاقات هذا الحل أن المعلق طلاق مانع من تحصيل الشرط لأن الغرض من مثل هذه الممين التقوى على الامتناع من تحصيل الشرط والمنع لا يحصل إلا بكونه غالب الوجود عند وجود الشرط وذلك هو الحل القائم للحال لأنه موجود للحال فالظاهر بقاؤه فيصالح مانعاً والذي يحدث بعد إصابتها الزوج الثاني عدم للحال فالظاهر بقاؤه على عدم غالب عدم عند وجود الشرط فلا يصالح إطلاقه مانعاً فلا يكون معلقاً بالشرط ما لا يكون معلقاً به وأما قوله الخالف أطلق فنعم لكنه أراده المقيد عرفنا ذلك يدل على الغرض المطلوب من التصرف وهو التقوى على الامتناع وذلك لا يحصل إلا بتطبيقات هذا الحل فيتعبد بها وأما مسألة الظاهر فيها اختلاف الرواية روى أبو طاهر الدباس عن أصحابنا أنه يبطل بتعجيل الثلاث فلا يصير مظاهراً عند دخول الدار ثم ما ذكرنا من اعتبار الملك أو العدة لوقوع الطلاق في الملك بشرط واحد فإن كان بشرطين هل يشترط قيام الملك أو العدة عند وجود الشرطين جميعاً قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط بل الشرط قيام الملك أو العدة عند وجود الشرط الأخير وقال زفر يشترط قيام الملك عند وجود الشرطين وصورة المسئلة إذا قال لامرأته أن كلمت زيداً وعمرافان طالق فطلقها وانقضت عدتها فكلمت زيداً ثم تزوجها فكلمت عمرافان عندنا وعند زفر لا تطلق وإن كان الكلام الأول في الملك والثاني في غير الملك بان كلمت زيداً وهي في ملكه ثم طلقها وانقضت عدتها ثم كلمت عمرافان يقع الطلاق وجهه قول زفر أن الخالف جعل كلام زيد وعمرافان جميعاً لوقوع الطلاق ووجود جميع الشرط شرط لنزول الجزاء ووقت نزول الجزاء هو وقت وجود الشرط ألا ترى أنها إذا كلمت أحدهما دون الآخر لا يقع الطلاق فكذا إذا كلمت أحدهما في غير الملك فذلك ملحق بعدم كما إذا وجد الشرطان جميعاً في غير الملك (ولنا) أن الملك عند وجود الشرط فيشترط لنزول الجزاء ووقت نزول الجزاء هو وقت وجود الشرط الأخير فيشترط قيام الملك عنده لا غير وهذا لأن الملك إنما يشترط أما لصحة التعليق أو لثبوت الحكم وهو نزول المعلق والملك القائم في الوقتين جميعاً فاما وقت وجود الشرط الأول فليس وقت التعليق ولا وقت نزول الجزاء فلا معنى لاشتراط الملك عنده ونظير هذا الاختلاف في كتاب الزكاة كمال النصاب في طرفي الحول ونقصانه في أثناء الحول لا يمنع الوجوب عندنا وعنده يشترط الكمال من أول الحول إلى آخره ولو قال لامرأته أن دخلت الدار فانت طالق إن كلمت فلاناً يشترط قيام الملك عند وجود الشرط الأول وهو الدخول لأنه جعل الدخول شرط انعقاد الممين كأنه قال لها عند الدخول إن كلمت فلاناً فانت طالق والممين لا تنعقد إلا في الملك أو مضافاً إلى الملك فإن كانت في ملكه عند دخوله الدار صح الممين المتعلقة بالشرط وهو الكلام فإذا كلمت يقع الطلاق وإن لم تكن في ملكه عند الدخول بان طلقها وانقضت عدتها ثم دخلت الدار لم يصح التعليق لعدم الملك والعدة فلا يقع الطلاق وإن كلمت وإن كان طلقها بعد الدخول بها قبل دخول الدار ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلاناً وهي في العدة طلقت لأن المعتدة يلحقها بمرج الطلاق تنعيزاً فيصير تعليق طلاقها أيضاً في حال قيام العدة كالزوجة وإذا أصبح التعليق ووجد شرطه في الملك أو في العدة ينزل المعلق ولو قال لامرأته أنت طالق إن شئت فهذا وقوله أنت طالق إن دخلت الدار أو إن كلمت فلاناً سواء من حيث أنه يقف وقوع الطلاق على مشيئتها كما يقف على دخولها وكلامها إلا أن ذلك تعليق بالشرط وهذا تعليق كقوله أمرك بسيدك واختاري ولهذا اقتصر على المجلس ولو حلف لا يحلف لا يحنث لأن الحلف بما سوى

الله عز وجل شرط وجزاء ومشيتها ليست بشرط لان شرط الطلاق ما جعل علما على الطلاق وهو ما يكون دليلا على الطلاق من غير أن يكون وجود الطلاق به لان ذلك يكون علة لا شرطا ومشيتها تتعلق بها وجود الطلاق بل هي تطبيق منها وكذلك مشيئته بان قال لها أنت طالق ان شئت انا لا ترى اذا قال لا مرأته شئت طلاقك طلقت كما اذا قال طلقت فان قيل أليس انه اذا قال لا مرأته أنت طالق ان طلقتك كان تعليقا للطلاق بشرط التطبيق حتى لو طلقها يقع المنجز ثم ينزل المعلق والتعليق مما يحصل به الطلاق ومع هذا يصلح شرطا فالجواب ان التنجيز يحصل به الطلاق المنجز لا الطلاق المعلق بل الطلاق المعلق يحصل بغيره فكان التنجيز في حق الطلاق المعلق علما محضا فكان شرطا وكذلك اذا قال لها أنت طالق ان هويت أو أردت أو أحببت أو رضىت فهو مثل قوله ان شئت ويتعلق الطلاق بالخبر عن هذه الاشياء لا بحتماتها والاصل انه متى علق الطلاق بشئ لا يوقف عليه الا من جهتها يتعلق باخبارها عنه ومتى علق بشئ يوقف عليه من جهة غيرها لا يقبل قوله الا بينة وعلى هذا مسائل اذا قال لها ان كنت تحبيني أو تبغضيني فانت طالق فقالت أحب أو أبغض يقع الطلاق استحسانا والقياس أن لا يقع وجهه القياس انه علق الطلاق بشرط لا يعلم وجوده فاشبه التعليق بمشيئة الله تعالى وجه الاستحسان انه علقه بامر لا يوقف عليه الا من جهتها فيتعلق باخبارها عنه كانه قال لها ان أخبرتني عن محبتك أو بغضك اياي فانت طالق ولو نص على ذلك لتعلق بنفس الاخبار كذا هذا وعلى هذا اذا قال لها ان كنت تحبيني ان يصدق بك الله بالنار أو ان كنت تكرهين الجنة فانت طالق فقالت أحب النار أو أكره الجنة وقع الطلاق لما قلنا ولو قال ان كنت تحبيني فليكن طالق فتالت أحبك بقلبي وفي قلبها غير ذلك يقع الطلاق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يقع وجه قوله انه لما قيد الحبة بالقلب فقد علق الطلاق بحقيقة الحبة لا بالخبر عنها فاذا لم يكن في قلبها محبة لم يوجد الشرط فلا يقع الطلاق ولها ان المحبة والكراهة لما كانتا من الامور الباطنة التي لا يوقف عليها الا من جهتها تتعلق الطلاق بنفس الاخبار عنهما دون الحقيقة وقد وجد وعلى هذا اذا قال لها ان حضيت فانت طالق فقالت حضيت طلعت حين رأت الدم واستمر الى ثلاثة أيام لان الحيض لا يوقف عليه الا من قبلها فيقبل قوله في ذلك واذا استمر الدم الى ثلاثة أيام تبين ان ما رأت كان حيضا من حين وجوده فوق الطلاق من ذلك الوقت ولو قال لها ان حضيت حيضة فانت طالق لا يقع الطلاق ما لم تحض وتطهر لان الحيضة اسم للكامل لا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم في سبأيا وطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضمن ولا الحبالى حتى يستبرأ بحيضه ويقع على الكامل حتى يقدر الاستبراء به وكما لها بانقضائها من ذلك باتصال جزء من الطهر بها فكان هذا في الحقائق تعليق الطلاق بالطهر ونظيره اذا قال اذا صبت يوما فانت طالق وقع على صوم كل اليوم وذلك بدخول أول جزء من الليل فكانه علق الطلاق بدخول الليل وكذا هذا وكذا اذا قال ان حضيت نصف حيضة فانت طالق لا تطلق ما لم تحض وتطهر لأن نصف حيضة حيضة كاملة فكانه قال اذا حضيت حيضة وكذا اذا قال اذا حضيت سدس حيضة أو ثلث حيضة لما قلنا وكذلك اذا قال اذا حضيت نصف حيضة فانت طالق واذا حضيت نصفها الآخر فانت طالق لا يقع الطلاق ما لم تحض وتطهر فاذا اجاضت وطهرت يقع تطليقتان لانه علق طلقة بنصف حيضة ونصف حيضة كاملة وعلق طلقة أخرى بنصف تلك الحيضة بعينها وهي حيضة كاملة فكان هذا تعليق طلاقين بحيضة واحدة كاملة وكما لها بانقضائها واتصال الطهر بها واذا اتصل بها الطهر طلقت تطليقتين ولو قال لها أنت طالق في حيضك أو مع حيضك حين ما رأت الدم تطلق بشرط أن يستمر بها الدم الى ثلاثة أيام لان كلمة في اللظرف والحيض لا يصلح ظرفا للطلاق فيجعل شرط انفصاله كانه قال أنت طالق اذا حضيت وكلمة مع للمقارنة فيقتضى كون الطلاق مقارنا لحيضها فاذا رأت الدم ثلاثة أيام تبين ان المرئي كان حيضا من حين وجوده فيقع الطلاق من ذلك الوقت ولو قال لها أنت طالق في حيضك أو مع حيضك فمالم تحض وتطهر لا تطلق لان الحيضة اسم للكامل وذلك باتصال الطهر ولو كانت جائنضا في هذه الفصول كلها لا يقع ما لم تطهر من

هذه الحيضة وتحيض مرة أخرى لانه جعل الحيض شرط الوقوع الطلاق والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وهو الحيض الذي يستقبل لا الموجود في الحال فكان هذا تعليق الطلاق بحيض مبتدأ ولو قال لها اذا حضت فانت طالق وفلان معك فقالت حضت ان صدقها الزوج يقع الطلاق عليهما جميعا وان كذبها يقع الطلاق عليها ولا يقع على صاحبها لانها أمينة في حق نفسها لا في حق غيرها فثبت حيضها في حقها لا في حق صاحبها ويجوز أن يكون الكلام الواحد مقبولا في حق شخص غير مقبول في حق شخص آخر كما يجوز أن يكون مقبولا وغير مقبول في حق حكيمين مختلفين كشهادة النساء مع الرجال اذا قامت على السرقة انها تقبل في حق المال ولا تقبل في حق القطع واذا قال اذا حضت فامرأتى الاخرى طالق وعبدى حر فقالت قد حضت يقع الطلاق والعناق اذا صدقها الزوج وان كذبها لا يقع لما ذكرنا ان اقرارها على غيرها غير مقبول لانه بمنزلة الشهادة على الغير ولو قال اذا ولدت فانت طالق فقالت ولدت لا يقع الطلاق ما لم يصدقها الزوج أو يشهد على الولادة رجلان أو رجل وامرأتان في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقع الطلاق اذا شهدت القابلة على الولادة وجه قولهما ان ولادتها قد ثبتت بشهادة القابلة لكون النكاح قائما والولادة تثبت بشهادة القابلة حال قيام النكاح في تعيين الولد وفيما هو من لوازمه وهو النسب لمكان الضرورة والطلاق ليس من لوازم الولادة فلا تثبت الولادة في حق الطلاق بهذه الشهادة ونوقال ان دخلت الدار فانت طالق أو ان كلمت فلانا فانت طالق فقالت دخلت أو كلمت لا يقع الطلاق ما لم يصدقها الزوج أو يشهد على ذلك رجلان أو رجل وامرأتان بالاجماع لان قولها دخلت أو كلمت اقرار على الغير وهو الزوج باطل حقه فكان شهادة على الغير فلا تقبل ولو قال لا مرأيتي اذا حضت فانت طالق أو قال اذا حضت فانت طالق الاصل في جنس هذه المسائل ان الزوج متى أضاف الشيء الواحد الى امرأتين وجعل وجوده شرط الوقوع الطلاق عليهما ينظر ان كان يستحيل وجود ذلك الشيء منهما كان شرط الوقوع الطلاق عليهما وجوده من أحدهما وان كان لا يستحيل وجوده منهما جميعا كان وجوده منهما شرط الوقوع الطلاق عليهما لان كلام العاقل يجب تصحيحه ما أمكن ان أمكن تصحيحه بطريق الحقيقة يصحح بطريق الحقيقة وان لم يمكن تصحيحه بطريق الحقيقة يصحح بطريق المجاز اذا عرف هذا فنقول اذا قال لا مرأيتي له اذا حضت فانت طالق او اذا ولدت فانت طالق فانما هو طالق واحدة من امرأتين محال فلم ينصرف اليه كلام العاقل فينصرف الى وجود ذلك من أحدهما لان اضافة الفعل الى اثنتين على ارادة وجوده من أحدهما متعارف بين أهل اللسان قال الله تعالى في قصة موسى وصاحبه فنسيا حوتهما وانما نسيه صاحبه وهو فتاه وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج من أحدهما وهو البحر الملح دون العذب وقال النبي صلى الله عليه وسلم لما لك بن الحويرث وعمه اذا سافرا فأنذا وأقيا ومعلوم ان الامر بالتأذين والاقامة كان لاحدهما فكان هذا تعليق طلاقهما بحيضة إحداهما وولادة إحداهما ولو قالت إحداهما حضت ان صدقها الزوج طلقتا جميعا لان حيضتها في حقها ثبتت باخبارها وفي حق صاحبها ثبتت بتصدق الزوج وان كذبها طلقت هي ولا تطلق صاحبها لان حيضها ثبتت في حقها ولم تثبت في حق صاحبها ولو قالت كل واحدة منهما قد حضت طلقتا جميعا سواء صدقها الزوج أو كذبها أما اذا صدقها فلا مر ظاهر لا يثبت حيضة كل واحدة منهما في حق صاحبها وأما اذا كذبها فكذلك لان التكذيب يمنع ثبوت حيضة كل واحدة منهما في حق صاحبها لا في حق نفسها وثبوت حيضتها في حق نفسها يكفي لوقوع الطلاق عليها كما اذا قال لها اذا حضت فانت طالق وهذه معك فقالت حضت وكذبها الزوج ولو قال اذا حضت فانت طالق وانما لا تطلقان لا تطلقان ما لم يوجد الحيض والولادة منهما جميعا لانه أضاف الحيض أو الولادة إليهما ويتصور من كل واحدة منهما الحيض والولادة فيعلق الطلاق بوجود الحيض أو الولادة منهما جميعا عملا بالحقيقة عند الامكان ولو قالت كل

واحدة منهما قد حضت ان صدقهما الزوج طلقتا لانه علق طلاقهما بوجود الحيض منهما جميعا وقد ثبت ذلك بقولهما مع تصديق الزوج وان كذبهما لا تطلق واحدة منهما لان قول كل واحدة منهما مقبول في حق نفسها لا في حق صاحبتها فيثبت في حق كل واحدة منهما حيضها لا حيض صاحبتها وحيض كل واحدة منهما باقراره شطر الشرط وطلاق كل واحدة منهما متعلق بوجود حيضهما جميعا والمعلق بشرط لا ينزل بوجود بعض الشرط وان صدق احدهما وكذب الاخرى تطلق المكذبة ولا تطلق المصدقة لان حيض المكذبة ثبت في حقها باخبارها وحيض المصدقة ثبت في حق المكذبة أيضاً بتصديق الزوج فثبت الحيضتان جميعا في حق المكذبة فوجد كل الشرط في حتمها فيقع الطلاق عليها ولم يثبت في حق المصدقة الا حيضها في حق نفسها ولم يثبت في حقها حيض المكذبة لتكذيب الزوج المكذبة في ثبوت حيضها عند المصدقة فكان الموجود في حق المصدقة شطر الشرط فلا يقع الطلاق وكذلك اذا قال اذا حضت حيضتين أو اذا ولدت ولدين فأنتما طالقان فهذا وقوله اذا حضت أو ولدتا سواء فالحيض جميعاً أو ولداً جميعاً لا يقع الطلاق عليهما لان وجود حيضتين منهما أو ولدين منهما يكون بهذا الطريق وهو أن تحيض كل واحدة منهما حيضة وتلد كل واحدة منهما ولداً وكذا اذا قال اذا دخلته هذه الدار أو كلتا فلانا أو لبست هذا الثوب أو ركبنا هذه الدابة أو أكلنا هذا الطعام أو شربنا هذا الشراب فالحيض جميعاً لا يقع الطلاق لانه يتصور وجوده منهما فيعمل بحقيقة الكلام بخلاف قوله اذا حضت حيضة أو ولدت ولداً لان ذلك محال ثم التعليق في الملك كما يصح بشرط الوجود يصح بشرط العدم لان الشرط علامة محضة والعدم يصلح علماً محضاً فيصلح شرطاً غيراً ان وقت ينزل المعلق عند انتهاء ذلك الوقت وان أطلق لا ينزل الا في آخر جزء من أجزاء حياته بيان ذلك اذا قال لا امرأته ان لم أدخل هذه الدار فانت طالق أو قال ان لم أت البصرة فانت طالق لا يقع الطلاق الا في آخر جزء من أجزاء حياته لانه علق الطلاق بعدم الدخول والأتان مطلقاً ولا يتحقق ذلك الا في ذلك الوقت وعلى هذا يخرج ما اذا قال لا امرأته أنت طالق ان لم أطلقك انه لا يقع الطلاق عليها ما لم يشته الى آخر جزء من أجزاء حياته لانه على الطلاق بشرط عدم التطليق مطلقاً والعدم المطلق لا يتحقق الا في ذلك الجزء ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك واذا ما لم أطلقك فان أراد باذناً أن لا يقع الطلاق الا في آخر جزء من أجزاء حياته بالاجماع وان نوى به متى يقع الطلاق اذا فرغ من هذا الكلام وسكت وان لم يكن له نية قال أبو حنيفة هذه بمنزلة قوله ان وقال أبو يوسف ومحمد في معنى متى (وجه) قولهما ان اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت واذا السماء افطرت واذا السماء انشقت الى غير ذلك من الآيات الكريمة فكانت في معنى متى ولو قال متى لم أطلقك يقع الطلاق عقيب الفراغ من هذه اللقطة اذا سكت كذا هذا والدليل انه اذا قال لها أنت طالق اذا شئت لا يقتصر على المجلس كما لو قال متى شئت ولو قال ان شئت يقتصر على المجلس ولو كانت للشرط لاقتصرت المشيئة على المجلس كما في قوله ان شئت ولا في حنيفة ان هذه الكلمة كما تذكر ويراد بها الوقت تذكر ويراد بها الشرط كما قال الشاعر

استغن ما أغناك ربك بالغنى * واذا تصبى خصاصة فتجمل

ألا ترى انه جزم ما بعده فان قال أريد بها الوقت يقع الطلاق كما فرغ من هذا الكلام وسكت كما في قوله متى واذا قال أريد بها الشرط لا يقع الا في آخر جزء من أجزاء حياته كما في كنهان فوقع الشك في وقوع الطلاق عند الفراغ منه فلا يقع مع الشك وانما لا يقتصر على المجلس لانه حصلت المشيئة في يدها بقوله أنت طالق اذا شئت وانها يستعمل للوقت وللشرط فان أريد بها الشرط يبطل بالقيام عن المجلس كما في قوله ان شئت ولو قال لها ان لم أدخل هذه الدار سنة فانت طالق أو ان لم أكل فلانا سنة فانت طالق فضت السنة سبباً له وتعالى ولو قال لها ان لم أدخل هذه الدار سنة فانت طالق أو ان لم أكل فلانا سنة فانت طالق فضت السنة قبل أن يدخلها أو يكلمه يقع الطلاق وعلى هذا يخرج الایلاء بأن قال لا امرأته الحرة والله لأقربك أربعة أشهر

فقضت المدة ولم يقر بها انه يقع طلاقه بائنة لان الابلاء في الشرع جعل تعليق الطلاق بشرط عدم النفي اليها في أربعة أشهر وهو المعنى بالتعليق الحكيم لان الشرع جعل الابلاء في حق أحد الحكيم وهو البر تعليق الطلاق بشرط البر في المدة كأنه قال لها ان لم أقر بك أربعة أشهر فأنت طالق بائن قال الله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم فاذا مضت المدة والمرأة في ملكه أو في العدة يقع والا فلا يكفى التعليق الحكيم على ما ذكرنا وله حكم آخر وهو الحث عند القران وسند كره بحكمه في موضعه وأما التعليق بالملك فنحن وان يقول لا جنبية ان تزوجتك فانت طالق وانه صحيح عند أصحابنا حتى لو تزوجها وقع الطلاق وعند الشافعي لا يصح ولا يقع الطلاق واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح والمراد منه التعليق لان التنجيز مما لا يشكول ولا قوله أنت طالق في التعليق بالملك تطبيق بدليل ان الطلاق عند وجود الشرط يقع به اذا لم يوجد كلام آخر سواء فكان الكلام السابق تطبيقا الا أنه لم يثبت الحكم للحال للمانع وهو عدم الشرط والتصرف لا ينعقد تطبيقا الا في الملك ولا ملك ههنا فلا ينعقد (ولنا) ان قوله أنت طالق ليس تطبيقا للحال بل هو تطبيق عند الشرط على معنى انه علم على الانطلاق عند الشرط فيستدعي قيام الملك عنده لا في الحال والملك موجود عند وجود الشرط لان الطلاق يقع بعد وجود الشرط وأما الحديث فتقول بموجبه أن لا طلاق قبل النكاح وهذا طلاق بغير النكاح لان المتصرف جعله طلاقا بعد النكاح على معنى انه جعله علما على الانطلاق بعد النكاح لأن يجعل منشئا للطلاق بعد النكاح أو يبق الكلام السابق الى وقت وجود النكاح لان الثاني محال والاول خلاف الحقيقة واطرافه الطلاق الى الشرع لا الى الزوج وقيل في الجواب عن التعليق بالحدوث ان هذا ليس بطلاق بل هو بمن وتعليق الطلاق بالشرط وقوله التنجيز لا يشكول مسلم بعد ورود الحديث فاقبله فقد كان مشكلا فانه روى ان في الجاهلية كان الرجل يطلق أجنبية ويعتقد حرمة ما بطل الحديث ذلك والجواب الاول أحق وأدق والله الموفق وعلى هذا الخلاف اذا قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلفت عندنا ولو تزوج تلك المرأة تانيا لا تطلق وكذا هذا في قوله ان تزوجتك لانه ليس في لفظه ما يوجب التكرار ولو قال لا جنبية كلما تزوجتك فانت طالق طلقت في كل مرة يتزوجها لان كلمة كل دخلت على العين وكلمة كلما دخلت على الفعل ولو تزوجها ثلاث مرات وطلقت في كل مرة وتزوجت زوج آخر وعادت الى الاول فتزوجها طلقت بخلاف ما اذا قال لمنكوحه كلما دخلت الدار فانت طالق فدخلت ثلاث مرات وطلقت في كل مرة ثم تزوجت زوج آخر ثم عادت الى الاول فدخلت انما لا تطلق عندنا خلافا لفرلان المعلق هناك طلقات الملك القائم المبطل للحال القائم وقد بطل ذلك بالثلاث ولم توجد الاضافة الى سبب ملك حادث وحل مستأنف فلم يتعلق ما يملك به من الطلقات وههنا قد علق الطلاق بسبب الملك وأنه صحيح عندنا فيصير عند كل زوج يوجد منه لا مرة قائلا لها أنت طالق سواء كانت هذه التي تكررها عليها طلاقها أو غيرهما من النساء وعلى هذا الخلاف الظاهر والابلاء فان قال لا جنبية ان تزوجتك فانت على كظهرامى أو قال والله لا أقر بك والله أعلم ولو قال لا مرأته أنت طالق ان كانت السماء فوقنا أو قال أنت طالق ان كان هذان هارا أو ان كان هذا السلا وهما في الليل أو في النهار يقع الطلاق للحال لان هذا تحقيق وليس بتعليق بشرط اذا الشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وهذا موجود ولو قال ان دخل الجمل في سم الحياط فانت طالق لا يقع الطلاق لان غرضه منه تحقيق النفي حيث علقه بامر محال وأما الاضافة الى الوقت فالزوج لا يخلو اما ان أضاف الطلاق الى الزمان الماضي وإما ان أضافه الى الزمان المستقبل فان أضافه الى الزمان الماضي ينظر ان لم تكن المرأة في ملكه في ذلك الوقت لا يقع الطلاق وان كانت في ملكه يقع الطلاق للحال وتلقوا الاضافة بيانه ما اذا قال لا مرأته أنت طالق قبل ان أتزوجك لا يقع الطلاق لان تصحيح كلامه بطريق الاخبار يمكن لان الخبر به على ما أخبر ولا يمكن تصحيحه بطريق الانشاء الا بابطال الاسناد الى الماضي فكان التصحيح بطريق الاخبار ولو قال لها أنت طالق أمس فان كان تزوجها اليوم لا يقع لما قلنا وان كان تزوجها أول من أمس يقع

الساعة لانه حينئذ تعذر تصحيحه بطريق الاخبار لانعدام المخبر به فيكون كذا فيصحح بطريق الانشاء ثم تعذر تصحيحه انشاء الاضافة لان اسناد الطلاق الموجود للحال الى الزمان الماضي محال فبطلت الاضافة واقتصر الانشاء على الحال فيقع الطلاق للحال ولو قال لاجنبية أنت طالق اذا تزوجتك قبل ان تزوجك ثم تزوجها وقع الطلاق لانه وقع الطلاق بعد الزوج ثم أضاف الواقع الى ما قبل الزوج فوقع الطلاق ولغت الاضافة وكذلك اذا قال أنت طالق قبل ان تزوجك اذا تزوجتك فزوجه يقع الطلاق ويلغو قوله قبل ان تزوجك ولو قدم ذكر الزوج فقال اذا تزوجتك فأنت طالق قبل ان تزوجك أو قبل ذلك ثم تزوجه يقع الطلاق عند أبي يوسف وعند محمد لا يقع وجه قول محمد ان المعلق بالشرط يصير كالمعجز عند وجود الشرط فيصير قائلا عند الزوج ويجوز أن أنت طالق قبل ان تزوجك ولو نص على ذلك لا يقع كذا هذا وجه قول أبي يوسف انه أوقع الطلاق بعد الزوج ثم أضاف الواقع الى زمان ما قبل الزوج فتلغو الاضافة ويبقى الواقع على حاله والله عز وجل اعلم ولو أضاف الزوج الطلاق الى ما يستقبل من الزمان فان أضافه الى زمان لا ملك له في ذلك الزمان قطع لم يصح كما لو قال لها أنت طالق بعد موتي وكذا اذا قال لها أنت طالق مع موتي أو مع موتك لان معناه بعد موتي أو بعد موتك لان الطلاق معلق بوجود الموت فصار الموت شرطا اذا الجزاء يعقب الشرط فكان هذا ايقاع الطلاق بعد الموت ولا ملك بعد الموت فبطل ولو قال لا مرأته وهي أمة أنت طالق انتننن مع عتق مولائك فاعتقها مولاه فان زوجها يملك الرجعة لانه تعلق طلاقها بعتق مولاه فصار عتق مولاه شرطا لوقوع الطلاق فيقع بعد تمام الشرط وهي حرة في ذلك الوقت ولو قال لها اذا جاء غدا فانت حرة فجاء غدا طلعت انتننن ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هذا والاو لسواء يملك الرجعة ولا خلاف في ان عدتها ثلاث حيض وجه قول محمد انه علق الطلاق والعتاق بمجيء الغد فكان حال وقوع الطلاق والعتاق واحدا وهو حال مجيء الغد فيقعان معا والعتاق حال وقوعه يكون واقعا لان الشيء حال وجوده يكون موجودا والشيء في حال قيامه يكون قائما وفي حال سواده يكون اسود فالطقتان يصادفانها وهي حرة فلا تثبت الحرمة الغليظة ولهذا كانت عدتها ثلاث حيض ولهذا تثبت الحرمة الغليظة في المسئلة الاولى كذا هذا وجه قولهما ان الطلاق والعتاق لما علقا بمجيء الغد وقعا معا ثم العتق يصادفها وهي أمة وكذا الطلاق فيثبت الحرمة الغليظة بنتين بخلاف المسئلة الاولى لان ثمة تعلق الطلاق بالعتق فيقع بعد ثبوت العتق ضرورة على ما بينا بخلاف العدة فان وجوب العدة يتعقب الطلاق لان الطلاق يصادفها وهي منكوحة ولا عدة على المنكوحة فلا يكون وجوبها مقارنا لوقوع الطلاق فكان عقيب الطلاق ضرورة وهي حرة في تلك الحالة فكانت عدتها عدة الحرائر والله عز وجل اعلم فان قال لا مرأته أنت طالق غدا أو رأس شهر كذا أو في غد صبح لوجود الملك وقت الاضافة والظاهر بقاؤه الى الوقت المضاف اليه فصحت الاضافة ثم اذا جاء غدا أو رأس الشهر فان كانت المرأة في ملكه أو في العدة أو في أول جزء من الغد والشهر يقع الطلاق والا فلا كما في التعليق وعلى هذا يخرج ما اذا قال لا مرأته أنت طالق متى لم أطلقك وسكت انها طلقت لان متى للوقت فقد أضاف الطلاق الى وقت لا يطلقها فيه فكفار غم من هذه الالفاظ وسكت وجدها الوقت فيقع الطلاق وكذا اذا قال لها أنت طالق ما لم أطلقك لان معنى قوله ما لم أطلقك أي في الوقت الذي لا أطلقك يقال في العرف مادمت تفعل كذا أفعل كذا أي في الوقت الذي تفعل وقال الله تعالى خيرا عن عيسى عليه الصلاة والسلام وأوصاني بالصلاة والسلام وأوصاني بالصلاة والزكاة مادمت حيا أي وقت حياتي فيصير كانه قال أنت طالق في الوقت الذي لا أطلقك فكفار غم وسكت تحقق ذلك الوقت فيقع الطلاق ولو قال ذلك بطلها موصولا بان قال لها أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق وذكر العبارتين الاخرتين فهي طالق هذه التطليقة دون التطليقة المضافة الى زمان لا يطلقها فيه عند أصحابنا الثلاثة وكذا لو قال لها أنت طالق ثلاثا ما لم أطلقك أنت طالق تقع هذه الطلقة لا غير عندنا وعند زفر يقع ثلاث تطليقات وجه قوله انه أضاف الطلاق الى وقت لا طلاق فيه وكفار غم من

قوله لم أطلقك قبل قوله طالق وجد ذلك الوقت فيقع المضاف ولنا ان المضاف اليه وقت خال عن الطلاق ولما قال
 انت طالق موصولا بالكلام الاول فلم يوجد وقت خال عن الطلاق لان قوله انت طالق بمجملته طلاق لانه كلام
 واحد لكونه مبتدأ وخبر فلم يوجد بين الكلامين وقت لا طلاق فيه فلا يقع الطلاق المضاف لانعدام المضاف
 اليه والله عز وجل أعلم ولو قال أنت طالق غدا وقال عنت آخر النهار لم يصدق في القضاء بالاجماع ويصدق فيما بينه
 وبين الله تعالى ولو قال أنت طالق في غد وقال عنت في آخر النهار يصدق في القضاء في قول ابى حنيفة وقال أبو
 يوسف ومحمد لا يصدق في القضاء وانما يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لا غير وان لم يكن له نية يقع في أول جزء من
 الغد بخلاف وجه قولهما ان الغد اسم زمان والزمان اذا قرن بالفعل يصير ظرفا له سواء قرن به حرف الظرف وهو
 حرف في أول يقرن به فان قول القائل كتبت في يوم الجمعة ويوم الجمعة سواء فكان ذكر حرف الظرف والسكوت
 عنه بمنزلة واحدة ولولم يذكر ولو قال أنت طالق غدا وقال عنت آخر النهار لم يصدق في القضاء ولهذا لو لم يكن له نية يقع
 في أول جزء من الغد ولا في حنيفة ان ما كان من الزمان ظرفا بالفعل حقيقة وهو ان يكون كله ظرفا له يذ كر بدون
 حرف الظرف وما كان منه ظرفا له مجازا وهو ان يكون بعضه ظرفا له والآخر ظرفا له يذ كر مع حرف الظرف
 فلما قال أنت طالق غدا بدون حرف الظرف فقد جعل الغد كله ظرفا للطلاق حقيقة وانما يكون كله ظرفا للطلاق
 حقيقة اذا وقع الطلاق في أول جزء منه فاذا وقع في أول جزء منه يبق حكما وتقديرا فيكون جميع الغد ظرفا له بعضه
 حقيقة وبعضه تقديرا اما اذا وقع الطلاق في آخر النهار لا يكون كل الغد ظرفا له بل يكون ظرفا للظرف فاذا قال
 عنت آخر النهار فقد أراد العدول من الظاهر فيما بينهم فيه بالكذب فلا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله
 تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ولما قال أنت طالق في غد فلم يحمل الغد كلمة ظرفا للطلاق حقيقة بل جعله ظرفا
 للظرف وبين ان الظرف الحقيقي للطلاق هو جزء من الغد وذلك غير معين فكان التعيين اليه فاذا قال عنت آخر
 النهار فقد عين فيصدق في التعيين لانه نوى حقيقة كلامه ونظيره ما اذا قال ان صمت في الدهر فعبدى حر فصام
 ساعة يحتمل ولو قال ان صمت الدهر لا يحتمل الا بصوم الا بدلا لاجماع لما قلنا كذا هذا الا انه اذا لم ينو شيئا يقع
 الطلاق في أول جزء من الغد لان الاجزاء قد تمارضت فترجح الاول منها احتياطا لثبوت الاستحقاق له من وجه
 الاحتمال انه ذكر حرف الظرف لتأكيد ظرفية الغد لا لبيان انه ظرفا للظرف فترجح الجزء الاول على سائر
 الاجزاء عند استواء الكل في الجواز بثبوت الاستحقاق من وجه فيقع في الجزء الاول وقد خرج الجواب عن
 قولهما ان دخول حرف الظرف في الغد وعدم الدخول سواء لا نأخذ بينهما مستويان والله عز وجل أعلم ولو قال
 لا سر أنت طالق اليوم وغدا يقع الطلاق في اليوم لانه جعل الوقتين جميعا ظرفا لكونها طالق وان يكون الوقتان جميعا
 ظرفا لا عند الوقوع في أولهما لانه لو تأخر الوقوع الى الغد لكان الظرف أحدهما ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو
 غدا اليوم يؤخذ بأول الوقتين الذي شهوه لانه في الاول أوقع الطلاق في اليوم ووصف اليوم بانه غد وهو محال فلما
 قوله غدا وبقي قوله اليوم فيقع الطلاق في اليوم وفي الثاني أضاف الطلاق الى الغد ووصف الغد بانه اليوم وهو محال
 فلما قوله اليوم وبقي قوله غدا فيقع الطلاق في غد ولو قال لها أنت طالق متى شئت أو متى ماشئت أو اذا شئت أو اذا
 ماشئت أو كما شئت لا يقع الطلاق ما لم تشأ فاذا شاءت وقع لانه أضاف الطلاق الى وقت مشيتها ووقت مشيتها
 هو الزمان الذي توجد فيه مشيتها فاذا شاءت فقد وجد ذلك الزمان فيقع ولا يقتصر هذا على المجلس بخلاف قوله ان
 شئت وما يجري مجراه لان هذا اضافة وذاتك للماتين في موضعه وعلى هذا الاصل يخرج الطلاق في العدة وبملة
 الكلام فيه ان المرأة لا تخو امان كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن أو خلع فان كانت معتدة من طلاق رجعي
 يقع الطلاق عليها سواء كان صريحا أو كناية لقيام الملك من كل وجه لان الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولهذا يصح
 ظهاره وبلاؤه ويثبت اللعان بينهما وهذه الاحكام لا تصح الا في الملك وان كانت معتدة من طلاق بائن أو خلع وهي

المبانة أو المختلعة فيلحقها صريح الطلاق عند أصحابنا وقال الشافعي لا يلحقها وجه قوله ان الطلاق تصرف في الملك بالازالة والملك قد زال بالخلع والابانة وازالة الزائل محال ولهذا لم يصح الخلع والابانة ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المختلعة يلحقها صريح الطلاق مادامت في العدة وهذا نص في الباب ولا ينافي بالخلع والابانة لم يخرج من ان تكون محلا للطلاق لان حكم الطلاق ان كان ما ينبي عنه اللفظ لغة وهو الاطلاق والتخلي وزوال القيد فهي محل لذلك لانها مقيدة في حال العدة لانها ممنوعة عن الخرج والبروز والتزوج بزوج آخر والقيد هو المنع وان كان مالا ينبي عنه اللفظ لغة وهو زوال حل الحلية شرعا محل الحلية قائم لانه لا يزول الا بالطلقات الثلاث ولم توجد فكانت المبانة والمختلعة محلين للطلاق وبه تبين ان قوله الطلاق تصرف في الملك بالازالة غير سديد لان زوال الملك لا ينبي عنه اللفظ لغة ولا يدل عليه شرعا ألا ترى ان الطلاق الرجعي واقع ولا يزول الملك بالاجماع ولو راجعها لا ينعدم الطلاق بل يبقى أثره في حق زوال الحلية وان انعدم أثره في حق زوال الملك بخلاف الابانة لانها ازالة الملك والملك دليل وأما الكناية فهل يلحقها ينظر ان كانت رجسية وهي ألفاظ وهي قوله اعتدى واستبرى رحمك وأنت واحدة يلحقها في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه لا يلحقها حتى لو قال لها اعتدى لا يلحقها شيء وجه هذه الرواية ان هذه كناية والكناية لا تعمل الا في حال قيام الملك كسائر الكنايات وجه ظاهر الرواية ان الواقع بهذا النوع من الكناية رجعي فكان في معنى الصريح فيلحق الخلع والابانة في العدة كالصريح وان كانت بائنة كقوله أنت بائن ونحوه ونوى الطلاق لا يلحقها بلا خلاف لان الابانة قطع الوصلة والوصلة منقطعة فلا يتصور قطعها ثانيا بخلاف الطلاق لانه ازالة القيد وازالة حل الحلية وكل ذلك قائم ولا يمكن تصحيح هذا الكلام بطريق الاخبار لان المخبر به على ما أخبر ولا يمكن تصحيحه بطريق الانشاء لان ابانة المبان محال فيصحح بطريق الاخبار لانه يكون كذبا فيصحح بطريق الانشاء ولان الابانة تنجز بمشرعها وهي عسرة وتحريم المحرم محال وسواء تنجز الابانة في حال قيام العدة أو علقها بشرط بان قال لها في العدة ان دخلت هذه الدار فانت بائن ونوى الطلاق حتى لو دخلت الدار وهي في العدة لا يقع الطلاق لان الابانة قطع الوصلة فلا يتعدى الا في حال قيام الوصلة وهو الملك ولم يوجد فلا يتعدى ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت بائن أو حرام ونحو ذلك ثم ابانها أو خالفها ثم دخلت الدار وهي في العدة وقعت عليها تطليقة بالشروط في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يقع ويبطل التعليق وجه قوله ان التعليق بالشروط يصير تنجيذا عند الشرط تقديره ولو تنجز الابانة عند الشرط لا يقع شيء لعدم الملك (ولنا) ان التعليق وقع صحيحا لقيام الملك عند وجوده من كل وجه فانه مقدم موجب للبينة وزوال الملك عند وجود الشرط من كل وجه الا ان الابانة الطارئة أوجبته زوال الملك من وجه الحال وبقي من وجه حال قيام العدة لقيام بعض آثار الملك فخرج التعليق من ان يكون سببا لزوال الملك عند الشرط من كل وجه لزوال الملك من وجه الحال بالتنجيز فبقي سببا لزوال الملك من وجهه وفيه تصحيح التصرفين في حق الحكم بقدر الامكان فكان أولى من تصحيح أحدهما وبطلان الآخر بخلاف تنجز الابانة على المعتدة المبانة وتعليقها انهما لا يصحان لان نية الملك وقت التنجز والتعليق قائم من وجه دون وجه فقيامه من وجه لقيام العدة بوجوب الصحة وزواله من وجه يمنع الصحة وما لم تعرف صحته اذا وقع الشك في صحته لا يصح بالشك بخلاف التعليق في مسائلنا لانه وقع صحيحا يبين لقيام الملك من كل وجه فتنجيز الابانة المعترضة يقع الشك في بطلانه فلا يبطل مع الشك فهو الفرق بين الفصلين والله عز وجل أعلم ولو آلى منها لم يصح ايلاؤه في حكم البر لان الايلاء في حق أحد الحكمين وهو البر تعليق الابانة شرعا وشرط البر وهو عدم التبر بان في المدة وقيام الملك شرط صحة الابانة تنجيذا كان أو تعليقه كما في التعليق الحقيقي على ما مر لان الطلاق في الايلاء انما يقع عند مضي المدة من غير قربانها يصير فيه ظاهرا منع حقها في الوطء في المدة ولا حق للمبانة والمختلعة في الوطء فلا يصح الايلاء في حق الطلاق ولو آلى من زوجته ثم ابانها ونوى الطلاق أو خلعها قبل مضي أربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر قبل أن يقر بها وهي في العدة وقع الطلاق

عندنا خلا فزفر بناء على ان الابانة الناجزة يلحقها الابانة بتعليق سابق عندنا خلا فاه ولا يصح ظهاره من المبانة
 والمختلعة لان الظهار تحريم والحرمة قد تثبت بالابانة والخلع السابق وتحريم المحرم ممتنع ولو علق الظهار بشرط في الملك
 بان قال لامرأته ان دخلت الدار فانت على كظهر أمي ثم أبانها قد دخلت الدار وهي في العدة لا يصير مظاهرا منها بالاجماع
 وهذا حجة زفر ووجه الفرق لنا بين الظهار وبين الكناية البائنة من وجهين أحدهما ما ذكرنا ان الظهار يوجب حرمة
 مؤقتة بالكفارة وقد تثبت الحرمة بالابانة من كل وجه فلا يحتمل التحريم بالظهار بخلاف الكناية المنجزة لانها توجب
 زوال الملك من وجهه دون وجهه قبل انقضاء العدة فلا يمنع ثبوت حكم التعليق والثاني ان الظهار يوجب حرمة ترتفع
 بالكفارة والابانة توجب حرمة لا ترتفع الا بشكاح جديد فكانت الحرمة الثابتة بالابانة أقوى الحرمتين والثابتة
 بالظهار أضعفهما فلا تظهر بمقابلة الأقوى بخلاف تنجيز الكناية وتعليقها فان كل واحد منهما في إيجاب البيونة
 وزوال الملك على السواء فيعمل بهما بالقدر الممكن وفيما قلنا عمل بهما جميعا على ما بينا ولو خيرا في العدة لا يصح بان
 قال لها اختاري فاخترت نفسها في العدة حتى لا يقع شيء بالاجماع لان التنجيز تملك والتملك بلا ملك لا يتصور
 ولو قال لامرأته اذا جاء غدا فاختاري ثم أبانها فاخترت نفسها في العدة لا يقع شيء بالاجماع وهذا أيضا حجة زفر والفرق
 لنا بين التنجيز وبين تعليق الكناية الثابتة بشرط انه لما قال لها اذا جاء غدا فاختاري فقد ملكها الطلاق غدا ولما
 أبانها فقد أزال الملك للحال من وجهه وبقي من وجهه على ما بينا والملك من وجهه لا يكفي للتملك ويكفي للإزالة كما في
 الاستيلاء والتدبير المطلق حتى لا يجوز بيع أم الولد والمدير المطلق ويجوز اعتاقهما كذا هذا ولان التنجيز يعتبر فيه
 جانب الاختيار لا جانب التنجيز والتعليق يعتبر فيه جانب اليمين لا جانب الشرط بدليل انه لو شهد شاهدان بالتنجيز
 وشاهدان بالاختيار ثم رجع الشهود فالضمان على شاهدي الاختيار لا على شاهدي التنجيز وبمثل لو شهد شاهدان
 باليمين وشاهدان بالدخول ثم رجعوا ضمن شهود اليمين لا شهود الدخول واذا كان المعتبر في التنجيز هو اختيار المرأة
 لا تخيير الزوج يعتبر قيام الملك وقت اختيارها وهي مبانة وقت اختيارها فلم يقع شيء ولما كان المعتبر في التعليق هو اليمين
 لا الشرط يعتبر قيام الملك وقت اليمين لا وقت الشرط ولو قد فها بالزنا لا يلاع لان اللعان لم يشرع الا بين الزوجين
 قال الله سبحانه وتعالى والذين يرمون أزواجهم والزوجة قد انقطعت بالابانة والخلع وكل فرقة توجب حرمة مؤبدة
 كحرمة المصاهرة والرضاع فان الطلاق لا يلحقها وان كانت في العدة لان تحريم المحرم لا يتصور ولان الثابت بالطلاق
 حرمة مؤقتة والثابت بالرضاع والمصاهرة حرمة مؤبدة والحرمة المؤبدة أقوى الحرمتين فلا يظهر الاضعف في مقابلة
 الأقوى وكذلك لو اشترى امرأته بعد ما دخل بها لا يلحقها الطلاق لانها ليست بمعتدة الا ترى أنه يحل له
 وطؤها ولا يحل وطء المعتدة بحال وكذا لو قال لمنكوحته وهي أمة الغير أنت طالق للسنة ثم اشتراها وجاء وقت
 السنة لا يقع شيء لما ذكرنا انها ليست بمعتدة والطلاق المعلق بشرط أو المضاف الى وقت لا يقع في غير ملك النكاح
 والعدة ولو قال العبد لامرأته وهي حرة أنت طالق للسنة ثم أبانها ثم جاء وقت السنة وقع عليها الطلاق لانها معتدة
 منه وكذلك اذا قال الرجل لامرأته وهي أمة الغير أنت طالق للسنة ثم اشتراها فاعتقها ثم جاء وقت السنة وقع عليها
 الطلاق لانها معتدة منه لظهور حكم العدة بعد الاعتاق واذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب فطلق المرأة لم يقع
 على المرأة طلاقه وان كانت في العدة لان العصمة قد انقطعت بينهما بل حاقه بدار الحرب فلا يقع عليها طلاقه كما
 لا يقع على المرأة طلاقه بعد انقضاء العدة فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع طلاقه عليها لان المانع من
 الطلاق اختلاف الدارين وقد زال فان ارتدت المرأة ولحق بدار الحرب فطلق المرأة لم يقع طلاق الزوج عليها
 لان العصمة قد انقطعت بل حاقها في دار الحرب فصارت كالمقتضية العدة فان عادت قبل الحيض لم يقع طلاق
 الزوج عليها في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يقع طلاقه عليها (وجهه) قول أبي يوسف ان العدة باقية حقيقة الا أنه
 لم يظهر حكمها للحال المانع وهو الحاق لاختلاف الدارين فان عادت الى دار الاسلام فقد زال المانع فظهر حكم

العدة كما في جانب الرجل ولا يحنيفة ان المرتدة بلحاقها بدار الحرب صارت كالحريرة الاصلية ألا ترى أنها تسترق كالحريرة فبطلت العدة في حقها أصلاً فلا تعود تعودها الى دار الاسلام بخلاف المرتدة وعلى هذا الأصل يخرج عدد الطلاق قبل الدخول انه ان أوقع مجتمعا يقع الكل وان أوقع متفرقا يقع الا الاول لان الايقاع اذا كان مجتمعا فقد صادف الكل محله وهو الملك فيقع الكل واذا كان متفرقا فقد بانت بالاول والثاني والثالث صادفها ولا ملك ولا عدة فلا يقع وبين هذا الأصل في مسائل اذا قال لامرأته قبل الدخول بها أنت طالق ثلاثاً وقال أنت طالق ثنتين وقع ذلك عند عامة العلماء وقال الحسن البصري لا يقع الا واحدة ويلغو قوله ثلاثاً وثنتين (وجه) قوله ان قوله أنت طالق كلام تام لكونه مبتدأ وخبراً وقد سبق العدد في الذكر فيسبق في الوقوع فبين بقوله أنت طالق والعدد يصادفها بعد حصول البينونة فيلغو كما اذا قال أنت طالق وطالق (ولنا) انه أوقع الثلاث جملة واحدة فيقع جملة واحدة ودلالة الوصف من وجهين أحدهما أن العدد هو الواقع وهو الثلاث وقد أوقع الثلاث مجتمعا والثاني ان الكلام تاماً بآخره لان المتكلم بما يتعلق بكلامه بشرط أو بصفة الى وقت أو يلحق به الاستثناء لحاجته الى ذلك فيقف أول الكلام على آخره واذا وقف عليه صار الكل جملة واحدة فيقع الكل جملة واحدة ولا يتقدم البعض على البعض ولهذا لو قال لها أنت طالق واحدة فانت بعد قوله طالق قبل قوله واحدة لم يقع شيء لان الواقع هو العدد وذلك ويجد بعد الموت وكذا لو قال لها أنت طالق ثلاثاً ان شاء الله فانت بعد قوله ثلاثاً قبل قوله ان شاء الله لا يقع شيء لانه توقف أول الكلام على وجود آخره المغير له فلم يتعلق بأوله حكم فلا يقع به شيء في حال الحياة ولا يقع بعد الموت لعدم التطبيق عند وجود الاستثناء وعدم المحل أيضاً وكذلك اذا ذكر بعده ما هو صفة له وقع بتلك الصفة كما اذا قال أنت طالق بائن أو حرام لان الصفة مع الموصوف كلام واحد فلا يفصل البعض عن البعض في الوقوع وفائدة هذا لا تظهر في التنجيز لان الطلاق قبل الدخول لا يقع الا بثناسواء وصفه بالبينونة أم لم يصفه وانما تظهر في التعليق بان يقول لها أنت طالق بائن ان دخلت الدار انه لا ينتجز بل يتعلق بالدخول لان قوله بائن بين الايقاع والشرط لا يقع فاصلاً بينهما لما ذكرنا أن الصفة مع الموصوف كلام واحد فلا يكون حائلاً بين الايقاع والشرط فلا يمنع التعليق بالشرط ولو قال لها أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة يقع ثنتان لان كلمة مع للمقارنة فقد أوقع الطلاقين معا فية معا كما لو كانت مدخولا بها وكذا لو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو واحدة بعد واحدة لان هذا ايقاع طليقة واحدة للحال واضافة طليقة أخرى الى الزمان الماضي فيقع في الحال واحدة ولم تصبح اضافة الاخرى الى الماضي لما فيه من الاستحالة فيقع في الحال ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو واحدة بعدها واحدة يقع واحدة لانه أوقع طليقة واحدة وأعقبها بتطليقة أخرى فوقعت الاولى ولغت الثانية لعدم الملك والعدة ولو كرر لفظ الطلاق قال امر لا يخلو اما ان كرر بدون حرف العطف واما ان يكون بحرف العطف وكل ذلك لا يخلو اما ان يجز أو علق فان كرر بحرف العطف ونجز بان قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق أو قال أنت طالق طالق طالق يقع الاولى ويلغو الثانية والثالثة لانه أوقع متفرقا أما في قوله أنت طالق أنت طالق أنت طالق فلان كل واحد من هذه الالفاظ الثلاثة كلام تام لانه مبتدأ وخبر وكل واحد منهما وجد متفرقا فكان كل واحد منهما ايقاعاً متفرقا فيقتضي الوقوع متفرقا فتحصل البينونة بالاول والثاني والثالث يصادفها ولا ملك ولا عدة فيلغو وكذلك اذا قال أنت طالق طالق طالق لان الثاني والثالث خبر لا مبتدأ له فيعاد المبتدأ كانه قال أنت طالق أنت طالق وان علق بشرط فان قدم الشرط بأن قال ان دخلت الدار فانت طالق طالق طالق فالاولى يتعلق بالشرط لوجود التعليق الصحيح وهو ذكر شرط وجزاء في الملك والثاني ينزل في الحال لان قوله أنت طالق ايقاع تام وقوله وطالق معناه أنت طالق وانه ايقاع تام لانه مبتدأ وخبر وقد صادف محله وهو المنكوحه فيقع ويلغو الثالث لو وقع البينونة بالايقاع ولو تزوجها ودخلت الدار ينزل المعلق لان العمين باقية لانها لا تبطل بالابانة فوجد الشرط وهي في ملكه فينزل الجزاء ولو دخلت الدار بعد البينونة قبل الزوج تنحل البين ولا

يقع الطلاق وان كانت مدخولا بها فالاول يتعلق بالشرط لما ذكرنا والثاني والثالث ينزلان للحال لان كل واحد منهما
ايقاع صحيح لمصادفته محله وان آخر الشرط بأن قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق ان دخلت الدار أو قال أنت
طالق طالق طالق ان دخلت الدار فالاول ينزل في الحال لانه ايقاع تام صادف محله ويلغو الثاني والثالث بحصول
البنونة بالاولى فلم يصح التعليق لعدم الملك وان كانت مدخولا بها يقع الاول والثاني للحال ويتعلق الثالث بالشرط
لان الاول والثاني كل واحد منهما ايقاع تام لكونه مبتدأ أو خبرا وقد صادف محله فوقع للحال والثالث علقه بالشرط
فتعلق به لحصول التعليق حال قيام العدة فصادف التعليق محله فصحيح بخلاف الفصل الاول وان كرر بحرف العطف
فان نجز الطلاق بأن قال أنت طالق ثم طالق ثم طالق أو قال أنت طالق فطالق فطالق لا يقع الا الاول بلا خلاف لانه
أوقع الثلاث متفرقا لوجود حرف موضوع للتعرف لان ثم للترتيب مع التراخي والفاء للترتيب مع التعقيب ووقع
الطليقة الاولى بمنع من ترتيب الثانية والثالثة عليها وكذلك اذا قال أنت طالق وطالق وطالق عند عامة العلماء وقال
مالك يقع الثلاث (وجه) قوله ان الواو للجمع والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فكان هذا ايقاع الثلاث
جملة واحدة كأنه قال أنت طالق ثلاثا (ولنا) ان الواو للجمع المطلق والجمع المطلق في الوجود لا يتصور بل
يكون وجوده على أحد الوضعين عينا اما القران واما الترتيب فان كان الوقوع بصفة الترتيب لا يقع الا الاول وان
كان بصفة القران يقع الثاني والثالث فيقع الشك في وقوع الثاني والثالث فلا يقع بالشك وان علق بشرط فاما ان
قدم الشرط على الجزاء واما ان أخره عنه فان قدمه بأن قال ان دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق تعلق الكل
بالشرط بالا جماع حتى لا يقع شيء قبل دخول الدار فاذا دخلت الدار قبل الدخول بها لا يقع الا واحدة في قول أبي
حنيفة وان دخلت الدار قبل الدخول بها فيقع الثلاث بالا جماع لكن عند أبي حنيفة على التعاقب وعندهما يقع على
الجمع وعلى هذا الخلاف اذا قال لا جنيسة ان تزوجتك فانت طالق وطالق وطالق فتزوجها لا يقع الا واحدة عنده
وعندهما يقع الثلاث ولو قال ان تزوجتك فانت طالق وأنت على كظهر أمي فتزوجها طلقت ولم يصرمظاهرا منها
عنده خلافا لهما ولو قدم الظهار على الطلاق بان قال ان تزوجتك فانت على كظهر أمي وأنت طالق يقع الطلاق والظهار
جميعا بالا جماع (وجه) قولهما انه أوقع الثلاث جملة واحدة فيقع جملة واحدة كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق
ثلاثا ودلالة الوصف انه جمع التطبيقات الثلاث بحرف الجمع وهو الواو والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع لغة وشرعا
أما اللغة فان قول القائل جاءني زيدوز يدوز يدوز بقوله جاءني الزيدون سواء وأما الشرع فان من قال لفلان على الف
درهم ولفلان كان الالف بينهما كما لو قال لهذين الرجلين على الف درهم وكذا الفضولي اذا زوج رجل امرأة وفضولي
آخر زوج أخت تلك المرأة من ذلك الرجل قبله النكاحان فقال أجزت نكاح هذيه وهذه بطل النكاحان جميعا كما لو
قال أجزت نكاحهما فثبت ان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ولو جمع بلفظ الجمع بان قال ان دخلت هذه الدار
فأنت طالق ثلاثا لوقع الثلاث سواء دخلتها قبل الدخول بها أو بعد الدخول كذا هذا ولا يلزم التنجيز فانه لو ذكر
لفظ الجمع قبل الدخول بها بان قال أنت طالق ثلاثا يقع الثلاث ولو ذكر بحرف الجمع لا يقع الا واحدة بان قال لها
أنت طالق وطالق وطالق لان العطف والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع اذا صح العطف والجمع في
التنجيز لم يصح لانه لما قل لها أنت طالق فقد بان بواحدة لعدم العدة فامتنع وقوع الثاني والثالث لانعدام محل
الطلاق بخلاف التعليق بالشرط لان التعليق بالشرط قد صح وصح التكلم بالثاني والثالث لان ملكه قائم بعد
التعليق فصح التكلم به واذا صح التكلم بحرف الجمع صحت التكلم به كالتكلم بلفظ الجمع ولهذا وقع الثلاث اذا
أخر الشرط كذا هذا ولا يبي حنيفة ان قوله ان دخلت الدار فانت طالق وطالق وطالق ايقاع الثلاث متفرقا في
زمان ما بعد الشرط فيقتضي الوقوع متفرقا كما اذا قال لامرأة أنه قبل الدخول بها أنت طالق واحدة بعد ما أخرى
ولا شك ان الايقاع ان كان متفرقا يكون الوقوع متفرقا لان الوقوع على حسب الايقاع لانه حكمه والحكم ثبت

على وفق العلة والدليل عليه أنه أوقع الثلاث في زمان ما بعد الشرط لان الايقاع هو كلامه السابق اذ لا كلام منه
سواه وكلامه متفرق فان قوله طالق كلام تام مبتدأ وخبر وقوله وطالق معطوف على الاول تابعا فيكون خبر
الاول خبرا له كانه قال أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق وهذه كلمات متفرقة فيكون الاول متفرقا ضرورة
فيقتضى الوقوع متفرقا وهو ان يقع الاول ثم الثاني ثم الثالث فان لم تكن المرأة مدخولا بها فمدخول الاول يمنع وقوع
الثاني والثالث عقيبها لانعدام الملك والعدة ولهذا لم يقع في التنجيز الا واحدة لكون الايقاع متفرقا لان هنالك أوقع
متفرقا في الحال في زمان ما بعد الشرط ولا يلزم ما اذا قال لها ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثلاثا فدخلتها انه يقع
الثلاث لان هنالك ما أوقع الثلاث متفرقا بل أوقعها جملة واحدة لان قوله أنت طالق ثلاثا موضوع العدد معلومة
الآثرى ان في التنجيز كذلك فكذلك في التعليق ولا يلزم ما اذا أخر الشرط لانهم وضعوا هذا الكلام عند تأخير
الشرط ذكر الايقاع الثلاث جملة وان كان متفرقا من حيث الصورة لضرورة دعوتهم الى ذلك وهي ضرورة تدارك
الغلط لان الطلاق والعناق مما يجري على اللسان غلطا من غير قصد فوضعوا الشرط والاستثناء في الكلام لتدارك
الغلط حتى اذا لم يكن ذلك عن قصد الحق الرجل به الاستثناء فيقول ان شاء الله تعالى أو يقول ان دخلت الدار فصار
هذا الكلام عند تأخير الشرط لا يقع الثلاث جملة وضاوان كان من حيث الصورة متفرقا لاحتياجهم الى تدارك
الغلط وهم أهل اللسان فلم يلاية الوضع والحاجة الى تدارك الغلط عند تأخير الشرط لا عند تقديمه فيجب العمل
بحقيقة الوضع الآخر عند التقديم ولا يلزم ما اذا قال لامرأته ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم قال في اليوم الثاني
ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم قال في اليوم الثالث ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم دخلت الدار انه يقع
الثلاث وان كان الايقاع متفرقا لان هنالك ما أوقع الثلاث متفرقا في زمان ما بعد الشرط لان ذلك الكلام ثلاثة
إيمان كل واحدة منها جعلت علما على الانطلاق في زمان واحد بعد الشرط فكان زمان ما بعد الشرط وهو دخول
الدار وقت الحنث في الايمان كلها فيقع جملة ضرورة حتى لو قال لها ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم قال في
اليوم الثاني ان دخلت هذه الدار الاخرى فانت طالق ثم قال في اليوم الثالث ان دخلت هذه الدار فانت طالق لا يقع
بكل دخلة الاطلاق واحدا لان الموجود ثلاثة ايمان لكل واحد شرط على حدة بخلاف مسئلتنا فان الموجودين
واحدة ولها شرط واحد وقد جعل الخالف جزاء هذه اليمين ايقاعات متفرقة في زمان ما بعد الشرط فلا بد من تفرق
الايقاعات في زمان ما بعد الشرط فيقع كل جزاء في زمان كما في قوله ان دخلت هذه الدار فانت طالق واحدة بعدها
أخرى بخلاف ما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق ونصف لان هنالك ما أوقع متفرقا بل مجتمعا لان قوله طالق
ونصف اسم واحد يسمى واحد وان كان النصف معطوفا على الواحد كقولنا أحد وعشرون ونحو ذلك فكان ذلك
تطليقتين على الجمع ولهذا كان في التخيير كذلك فكذلك في التعليق وبخلاف قوله ان دخلت الدار فانت طالق
واحدة لا بل نتين لان ذلك ايقاع الثلاث علة في زمان ما بعد الشرط لانه أوقع الواحدة ثم تدارك الغلط باقامة التنتين
مقام الواحدة والرجوع عن الاول والرجوع لم يصح لان تعليق الطلاق لا يحتمل الرجوع عنه وصح ايقاع
التطليقتين فكان ايقاع الثلاث بعد الشرط في زمان واحد كانه قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا وهما
بخلافه وأما قوله انه جمع بين الايقاعات بحرف الجمع وهو الواو فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان الواو للجمع
المطلق من غير التعرض لصفة القران والترتيب والجمع المطلق في الوجود لا يتصور لانه لا يوجد الا مقيدا باحد
الوصفين فبعد ذلك حملة على القران يكون عدولا عن حقيقة الكلمة وجعلها مجازا عن كلمة مع ونحن نحمله على
الترتيب ونجعلها مجازا عن كلمة ثم فوقع التعارض فسقط الاحتجاج بحرف الواو مع ما ان الترتيب معان ومن وجهين
أحدهما ان الحمل على الترتيب موافق للحقيقة لوجود الايقاع متفرقا حقيقة لا موجب بحرف الواو والحمل على
القران يخالف الحقيقة فكان الحمل على الترتيب أولى والثاني ان الحمل على الترتيب يمنع من وقوع الثاني والثالث

والحمل على القران بوجوب الوقوع فلا يثبت الوقوع بالشك على الاصل المعهود ان ما لم يكن ثابتا ووقع الشك في ثبوته لا يثبت بالشك بخلاف مسألة الفضولي فانه كما لا يجوز الجمع بين الاختين على المقارنة لا يجوز على الترتيب فامكن العمل بحرف الواو فيما يقتضيه وهو الجمع المطلق وفي مسألة الاقرار توقف أول الكلام على آخره لضرورة تدارك الغلط والنسيان اذ قد يكون على انسان حق لاثنتين فيقر بكل الحق لاحدهما على السهو والغفلة ثم يتذكر فيتدارك بهذه اللفظة فوقف أول الكلام على آخره وصارت الجملة اقرارا واحدا لهما للضرورة كما قلنا في تأخير الشرط في الطلاق ومثل هذه الضرورة في مسئلتنا منعدمة فيجب العمل بالحقبة ولو علق بحرف الفاء بان قال ان دخلت الدار فانت طالق فطالق فطالق فجعل الكرحى والطحاوى حرف الفاء ههنا كحرف الواو أثبتا الخلاف فيه والفقهاء أبو الليث جعله مثل كلمة بعد وعده مجمع عليه فقال اذا كانت غير مدخول بها لا يقع الا واحدة بالاجماع وهكذا ذكر الشيخ الامام الاجل الاستاذ علاء الدين رحمه الله تعالى وهذا أقرب الى الفقه لان الفاء للترتيب مع التعقيب ووقوع الاول يمنع من تعقب الثاني والثالث ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق فلاول يتعلق بالشرط والثاني يقع للحال ويلغو الثالث في قول أبي حنيفة كما اذا لم يذكر الواو ولا الفاء بان قال ان دخلت الدار فانت طالق طالق طالق فان تزوج بها ودخلت الدار ولم تكن دخلت قبل ذلك الدار نزل المعلق وان كانت مدخولا بها يتعلق الاول بالشرط وتقع الثانية والثالثة في الحال فان دخلت الدار وهي في العدة أو دخلتها بعد ان راجعها نزل المعلق وقال أبو يوسف ومحمد يتعلق الكل بالشرط حتى لا يقع شيء في الحال واذا دخلت الدار يقع واحدة وان كانت مدخولا بها يقع الثلاث على التعاقب كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وبعدها واحدة وبعدها واحدة وكما قال أبو حنيفة في حرف الواو وجه قوله ما ان عطف البعض على البعض بحرف العطف لان ثم حرف عطف كالواو فيتعلق الكل بالشرط ثم الوقوع بعد الشرط يكون على التعاقب بمقتضى حرف ثم لانه للترتيب مع التراخي فيعتبر أن معنى العطف في التعليق ومعنى الترتيب في الوقوع على ما ذكره ولا يبي حنيفة أن قوله ان دخلت الدار فانت طالق يمين تامة لوجود الشرط والجزاء وانها منعقدة لحصولها في الملك فلما قال ثم طالق فقد تراخى الكلام الثاني عن الاول فصار كأنه سكوت ثم قال لها أنت طالق فيقع في الحال ولا يتعلق بالشرط وأبو حنيفة يعتبر معنى الكلمة وهو التراخي في نفس الكلام فكان الفصل بين الكلام الاول والثاني بالتراخي كالفصل بالسكوت على ما ذكر ان شاء الله تعالى ولو أخر الشرط بان قال أنت طالق وطالق وطالق ان دخلت الدار أو قال أنت طالق فطالق فطالق ان دخلت الدار يتعلق الكل بالشرط فان وجد الشرط يقع الثلاث بالاجماع لان أهل اللغة وضعوا هذا الكلام على تأخير الشرط لا يقع الثلاث جملة في زمان ما بعد الشرط لحاجتهم الى تدارك الغلط على ما بينا فيما تقدم ولو قال أنت طالق ان دخلت الدار أنت طالق ان دخلت الدار أنت طالق ان دخلت الدار أو قدم الشرط بان قال ان دخلت فانت طالق قال ذلك فلا يتعلق الكل بالدخول فلم تدخل لا يقع شيء واذا دخلت الدار دخلت واحدة يقع الثلاث بالاجماع لما قلنا ان هذه ايمان ثلاث لها شرط واحد كل يمين ايقاع الطلاق الثلاث في زمان واحد وهو ما بعد الشرط فكان ايقاع الثلاث جملة في زمان ما بعد الشرط لا متفرقا فاذا وجد الشرط يقع جملة ولو قال أنت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت الدار فلاول يقع للحال ويلغو الثاني والثالث في قول أبي حنيفة وان كانت مدخولا بها يقع الاول والثاني للحال ويتعلق الثالث بالشرط وقال أبو يوسف ومحمد يتعلق الكل بالشرط ولا يقع الا واحدة وان كانت مدخولا بها يقع الثلاث سواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها وجعل ثم عندهما في هذه الصورة كالواو والفاء وجه قوله ما على ظاهر الرواية عنهما ان ثم حرف عطف كالواو والفاء ولها معنى خاص وهو التراخي فيجب اعتبار المعنيين جميعا فاعتبرنا معنى العطف في تعليق الكل بالشرط كما في حرف الواو والفاء واعتبرنا معنى التراخي في الوقوع وهذا يمنع وقوع الثانية والثالثة قبل الدخول بها وجه قول أبي حنيفة ان كلمة ثم موضوعة

للتراخي وقد دخلت على الايقاع فيقتضي تراخي الثاني عن الاول في الايقاع كانه قال أنت طالق وسكت ثم قال فطالق وطالق ان دخلت الدار فيقع الاول للحال ويلغو الثاني والثالث لانهما حصلا بعد ثبوت البيئتين بالاول فلا يتمان في الحال ولا يتعلقان بالشرط أيضا لانعدام الملك وقت التعليق فلم يصح التعليق فالحاصل انهما يعتبران بمعنى التراخي في الوقوع لا في الايقاع وأبو حنيفة يعتبر معنى التراخي في الايقاع لان الحكم الايقاع واعتبار أبي حنيفة أولى لان كلمة التراخي دخلت على الايقاع والتراخي في الايقاع بوجوب التراخي في الوقوع لان الحكم ثبت على وفق العلة فاما القول بتراخي الوقوع من غير تراخي الايقاع فقول باثبات حكم العلة على وجه لا تقتضيه العلة وهذا لا يجوز وروى عن أبي يوسف فحين قال لا مرأته أنت طالق استغفر الله ان دخلت الدار موصولا أو قال سبحان الله أو الحمد لله انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ويقع في القضاء في الحال لان هذا كلام لا تعلق له بالطلاق فيكون فاصلا بين الجزاء والشرط فيجوز التعليق كما لو سكت بينهما من غير ضرورة السعال فيقع في الحال في القضاء ولا يصدق ان أراد به التعليق لانه خلاف الظاهر و يدين فيما بينه وبين الله عز وجل لانه نوى ما يحمله كلامه وكذا اذا تنحج من غير سعال غشيه أو تساعل لانه لما تنحج من غير ضرورة أو تساعل فقد قطع كلامه فصار كما لو قطعه بالسكوت ولو قال أنت طالق واحدة وعشرين أو واحدة وثلاثين أو واحدة وأربعين أو قال أحد وعشرين أو أحد وثلاثين أو أحد وأربعين وقعت ثلاثا في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يقع الا واحدة وجه قوله انه أوقع الثلاث متفرقا لانه عطف عددا على عدد فوقوع الاول يمنع وقوع الثاني كما اذا قال لها أنت طالق وطالق أو فطالق ولنا أن قوله أحد وعشرين في الوضع كلام واحد وضع لمسمى واحد ألا ترى أنه لا يمكن أن يتكلم به الا على هذا الوجه فلا يفصل البعض عن البعض كقوله أنت طالق ثلاثا وعلى هذا الخلاف اذا قال أنت طالق اثنتين وعشرين أو اثنتين وثلاثين أو اثنتين وأربعين أو قال اثني وعشرين أو اثني وثلاثين أو اثني وأربعين انه ثلاث عندنا وعند فرائنان لما قلنا ولو قال أنت طالق إحدى عشرة يمكن أن يتكلم على غير هذا الوجه بان يأتي باللفظ المعتاد فيقول إحدى عشرة أو أحد عشر فاذا لم يقل يعتبر عطفًا على الواحد فكان إيقاع العشرة بعد الواحد فلا يصح كما لو قال أنت طالق وطالق أو فطالق أو ثم طالق وذ كر الكرخي عن أبي يوسف في إحدى عشرة انه ثلاث لانه فيد ما يفيد قولنا أحد عشر فكان مثله ولو قال أنت طالق واحدة ومائة أو واحدة وألها كان واحدة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لانه كان يمكنه أن يتكلم به على غير هذا الوجه وهو أن يقول مائة وواحدة وألها وواحدة لان هذا هو المعتاد فاذا قدم الواحد فقد خالف المعتاد فلا يمكن أن يجعل الكل عددا واحدا فيجعل عطفًا فيجتمع وقوع ما زاد على الواحد وقال أبو يوسف اذا قال واحدة ومائة تقع ثلاثا لان التقديم والتأخير في ذلك معتاد ألا ترى انهم يقولون في العادة مائة وواحدة وواحدة ومائة على السواء ولو قال أنت طالق واحدة ونصفا يقع اثنتان في قولهم لان هذه جملة واحدة ألا ترى أنه لا يمكنه أن يتكلم بها الا على هذا الوجه فكان هذا اسما لمسمى واحد والطلاق لا يتجزأ فكان ذكر بعضه ذكرا للكل فكان هذا إيقاع تطليقتين كانه قال لها أنت طالق اثنتين ولو قال أنت طالق نصفًا وواحدة يقع عليهما اثنتان عند أبي يوسف وعند محمد واحدة له أن التكلم على هذا الوجه غير معتاد بل العادة قولهم واحدة ونصفا فاذا عدل عن المعتاد لم يمكن أن يجعل الكل عددا واحدا فيجعل عطفًا وأبو يوسف يقول الاستعمال على هذا الوجه معتاد فانه يقال واحدة ونصفًا وواحدة على السواء ومنها الاضافة الى المرأة في صريح الطلاق حتى لو أضاف الزوج صريح الطلاق الى نفسه بان قال أنا منك طالق لا يقع الطلاق وان نوى وهذا عندنا وقال الشافعي الاضافة الى المرأة في صريح الطلاق حتى لو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ونوى الطلاق يصح وجه قوله ان الزوج أضاف الطلاق الى محله فيصح كما اذا قال لها أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ودلالة الوصف ان محل الطلاق المقيد لان التطليق رفع الفيد والرجل مقيد اذ المقيد هو الممنوع والزواج ممنوع

عن الزوج باخنها وعن الزوج باربع سواها فكان مقيداً فكان محلاً لاضافة الكناية المبينة اليه لما ان الابانة قطع
الوصلة وانها ثابتة من جانبه كذا هذا ولنا الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل فطلقوهن
لمدتهن أمر سبحانه وتعالى بتطليقهن والامر بالفعل نهى عن تركه وتطليق نفسه ترك لتطليق امرأته حقيقة لانه
أضاف الطلاق الى نفسه لا الى امرأته حقيقة فيكون منبهاً والمنهى غير المشروع والتصرف الذى ليس بمشروع
لا يعتبر شرعاً وهو تفسير عدم الصحة وأما السنة فاروى أبو داود في سننه بإسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهزله عرش الرحمن نهى عن التطليق مطلقاً سواء كان مضافاً الى الزوج أو
الى الزوجة وأكده النهى بقوله فان الطلاق يهزله عرش الرحمن فظاهر الحديث يقتضى أن يكون التطليق منبهاً سواء
أضيف الى الزوج أو إليها ثم جاءت الرخصة فى التطليق المضاف الى الزوجة فى نصوص الكتاب من قوله تعالى
فطلقوهن لمدتهن وقوله تعالى فان طلقها وقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ونحو ذلك فبقى التطليق المضاف
الى الزوج على أصل النهى والمنهى غير مشروع والتصرف الشرعى اذا خرج من أن يكون مشروعاً لا وجود له شرعاً
فلا يصح ضرورة وأما المعقول فهو أن قوله أنا منك طالق أماناً يعتبر اخباراً عن كونه طالقاً كما يقتضيه ظاهر الصيغة
وأما أن يعتبر انشاءً فهو اثبات الانطلاق ولا سبيل الى الثانى لانه منطلق وليس عليه قيد النكاح واثبات الثابت
محال فمعين الاول وهو أن يكون اخباراً عن كونه طالقاً وهو صادق فى هذه الاخبار والدليل على انه ليس عليه قيد
النكاح وجهان أحدهما ان قيد النكاح فى جانب المرأة ثابت للضرورة تحقيق ما هو من مقاصد النكاح وهو السكن
والنسب لان الغرض والبروز يربى فلا يطمئن قلبه إليها واذا جاءت بولد لا يثق بكونه منه وهذه الضرورة مستعمدة فى
جانب الزوج فلا يثبت عليه قيد النكاح والثانى ان قيد النكاح هو ملك النكاح وهو الاختصاص الحازم والزوج
مالك لان المرأة مملوكة ملك النكاح والمملوك لا بد له من مالك ولا ملك لغير الزوج فيها فعمل ان الزوج مالكها فاستحال
أن يكون مملوكاً بخلاف ما اذا أضاف الطلاق إليها فان قال لها أنت طالق انه لا يمكن حمل هذه الصيغة على الاخبار
لانه يكون كذبا لكونها غير منطوقة لثبوت قيد النكاح فيحمل على الانشاء انه يمكن لعدم الانطلاق قبله بخلاف
الكناية المبينة لان الابانة قطع الوصلة وانها ثابتة فى الطرفين فاذا زالت من أحد الطرفين تزول من الطرف الآخر
ضرورة لاستحالة اتصال شئ بما هو منفصل عنه والتحريم اثبات الحرمة وانها لا تثبت من أحد الجانبين لاستحالة
أن يكون الشخص حلالاً لمن هو حرام بخلاف الطلاق لانه اثبات الانطلاق ورفع القيد والقيد لم يثبت الا من جانب
واحد وانه قائم وأما قوله الزوج ممنوع عن الزوج باخنها وأربع سواها فممنوع ذلك لم يثبت الا من جانب واحد
وانه قائم لان المنع من ذلك لكونه جماعاً بين الاختين فى النكاح وهذا كان ثابتاً قبل النكاح ألا ترى لو تزوجها جميعاً
لم يحز وسواء كانت الأضافة الى امرأة معينة أو مبهمه عند عامة الطعام حتى لو قال لا مرأته إحداً كما طالق أو قال
لاربعة نسوة له إحداً كن طالق ولم ينو واحدة بعينها صحت الأضافة وقال فإنا القياس لا تصح اضافة الطلاق
الى المعينة وجهه قولهم يصلح محلاً للنكاح فلا يصلح محلاً للطلاق اذا طلق برفع ما ثبت بالنكاح وكذا لم يصلح
محلاً للبيع والهبة والاجارة وسائر التصرفات فكذا الطلاق وأما عمومات الطلاق من الكتاب والسنة من نحو
قوله عز وجل فطلقوهن لمدتهن وقوله الطلاق مرتان وقوله سبحانه فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً
غيره وقوله لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وقول النبي صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق البصبي
والمعتوم من غير فصل بين طلاق وطلاق وبين الطلاق المضاف الى المعين والمجهول ولان هذا ليس بتنجز الطلاق فى
الحقيقة بل هو تعليق من حيث المعنى بشرط البيان لما ذكره والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط ألا ترى أنه يصح
تعليقه بسائر الشروط فكذا بهذا الشرط بخلاف النكاح فانه لا يحتمل التعليق بالشرط فلا تكون المجهولة محلاً
للنكاح وكذا الاجارة والبيع وسائر التصرفات وعلى هذا الوجه لا يكون هذا الطلاق فى المجهولة لانه تعليق

بشرط البيان فيقع الطلاق في المنيئة لا في المجهولة على اننا قلنا بالوقوع كما قال بعضهم فهذه جهالة يمكن رفعها بالبيان فالطلاق بمحمل خطر الجهالة ألا ترى انه يحتمل خطر التعليق والاضافة بحقيقة ان البيع يحتمل جريان الجهالة فانه اذا باع قهرا من صبرة جاز وكذا اذا باع أحد شيئين على ان المشتري بالخيار يأخذ ايهما شاء ويرد الآخر جاز فالطلاق أولى لانه في احتمال الخطر فوق البيع ألا ترى انه يحتمل خطر التعليق والاضافة والبيع لا يحتمل ذلك فلما جاز بيع المجهول فالطلاق أولى وسواء كانت الجهالة مقارنة أو طارئة بان طلق واحدة من نسائه عيناً ثم نسي المطلقة حتى لا يحل له وطء واحدة منهن لان المقارن لما يمنع صحة الاضافة فالطاري لان لا يرفع الاضافة الصحيحة أولى لان المنع أسهل من الرفع والله عز وجل أعلم ومنها الاضافة الى جميع أجزائها أو الى جزء جامع منها أو شائع وبجمله الكلام انه لا خلاف انه اذا أضاف الطلاق الى جزء جامع منها كالرأس والوجه والرقبة والفرج انه يقع الطلاق لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن يقال فلان يملك كذا وكذا رأساً من الرقيق وكذا وكذا رقبة وقال الله تعالى أو تحزر رقبة والمراد بها الجملة وفي الخبر لعن الله الفروج على السروج والوجه يذكر ويراد به الذات قال الله سبحانه وتعالى كل شيء هالك الا وجهه أي الا هو ومن كفل بوجه فلان يصير كفيلاً بنفسه فيثبت ان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فكان ذكرها ذكر البدن كانه قال أنت طالق وكذا اذا أضاف الى وجهها لان قوام النفس بها ولان الروح تسمى نفساً قال الله تعالى الله يتوفى الانفس حين موتها والتي لم تمت في منامها ولو أضاف الطلاق الى دبرها لا يقع لان الدبر لا يعبر به عن جميع البدن بخلاف الفرج ولا خلاف أيضاً في انه اذا أضاف الطلاق الى جزء شائع منها بان قال نصفك طالق أو ثلثك طالق أو ربعك طالق أو جزء منك انه يقع الطلاق لان الجزء الشائع محل للنكاح حتى تصبح اضافة النكاح اليه فيكون محلاً للطلاق ولان الاضافة الى الجزء الشائع يقتضي ثبوت حكم الطلاق فيه وانه شائع في جملة الاجزاء بعذر الاستمتاع بجميع البدن لما في الاستمتاع به استمتاع بالجزء الحرام فلم يكن في ابقاء النكاح فائدة في ضرورة واختلاف فيما اذا أضاف الطلاق الى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن جميع البدن كاليد والرجل والاصبع ونحوها قال أصحابنا لا يقع الطلاق وقال زفر يقع وبه أخذ الشافعي وجه قولهما ان اليد جزء من البدن فيصبح اضافة الطلاق اليها كالأعضاء أضاف الى الجزء الشائع منها والدليل على ان اليد جزء من البدن ان البدن عبارة عن جملة أجزائه مركبة منها اليد فكانت اليد بعض الجملة المركبة والاضافة الى بعض البدن اضافة الى الكل كما في الجزء الشائع ولنا قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أمر الله تعالى بتطبيق النساء والنساء جمع المرأة والمرأة اسم لجميع أجزائها والا امر بتطبيق الجملة يكون نهياً عن تطبيق جزء منها لا يعبر به عن جميع البدن لانه ترك لتطبيق جملة البدن والا امر بالفعل نهى عن تركه والمنهى لا يكون مشروعاً فلا يصح شرعاً ان قوله يدك طالق اضافة الطلاق الى ما ليس محل الطلاق فلا يصح كما لو أضاف الطلاق الى مخارها ودلالة الوصف انه أضاف الطلاق الى يدها ويدها ليست بمحل للطلاق لوجهين أحدهما انها ليست بمحل للنكاح حتى لا تصبح اضافة النكاح اليها فلا تكون محلاً للطلاق لان الطلاق رفع ما يثبت بالنكاح ألا ترى انها لما لم تكن محلاً للاقالة لانها فسخ ما ثبت بالبيع كذا هذا والثاني ان محل الطلاق محل حكم في عرف الفقهاء وحكم الطلاق زوال قيد النكاح وقيد النكاح ثبت في جملة البدن لا في اليد وحدها لان النكاح أضيف الى جملة البدن ولا يتصور القيد الثابت في جملة البدن في اليد وحدها فكانت الاضافة الى اليد وحدها اضافة الى ما ليس محل الطلاق فلا يصح وكذا يقال في الجزء الشائع لانه لا يثبت الحكم في البدن بالاضافة الى الجزء الشائع بل معنى آخر وهو عدم القاعدة في بقاء النكاح على ما مر بيانه أو يضاف اليه لانه من ضرورات الاضافة الى الجزء الشائع كمن قطع جسلاً مملو كاله تعلق به قنديل غيره وههنا لا ضرورة لوثبت الحرمة في الجزء المعين متصوراً عليه لا مكان الانتفاع بباقي البدن فكان بقاء النكاح مفيداً لكن لا قائل به على ما عرف في الخلافات وأما قوله اليد جزء من البدن فنقول ان سلم ذلك لكنه جزء معين فلم يكن محلاً للطلاق بخلاف

الجزء الشائع فانه غير معين وهذا لان الجزء اذا كان شائعا فامن جزء يشار اليه الا ويحتمل أن يكون هو المضاف اليه
الطلاق فتعذر الاستمتاع بالبدن فلم يكن في بقاء النكاح فائدة بخلاف المعين على مامر ومنها قبول العوض من المرأة
في أحد نوعي الخلع وفي الطلاق على مال اذا لم يكن هناك قائل آخر سواها أما الخلع فجملة الكلام فيه ان الخلع
نوعان خلع بعوض وخلع بغير عوض أما الذي هو بغير عوض فتحوان قال لا مرأته خالعتك ولم يذكر العوض فان
نوى به الطلاق كمن طلاقا والا فلا لانه من كنيات للطلاق عندنا ولو نوى ثلاثا كان ثلاثا وان نوى اثنتين فهي
واحدة عند أصحابنا الثلاثة خلافا لغير بمنزلة قوله أنت بائن ونحو ذلك على مامر وأما الثاني وهو أن يكون مقررا
بالعوض لانه كذا بان قال خالعتك على كذا أو كذا عوضا واسم الخلع يقع عليهما الا انه عند الاطلاق ينصرف الى
النوع الثاني في عرف اللغة والشرع فيكون حقيقة عرفية وشريعة حتى لو قال لا جنبي اخلع امرأتى فخلعها بغير عوض
لم يصلح وكذا لو خالعهما على ألف درهم فقبالت ثم قال الزوج لم أنو به الطلاق لا يصدق في القضاء لان ذكر العوض
دليل ارادة الطلاق ظاهر فلا يصدق في العدول عن الظاهر بخلاف ما اذا قال لها خالعتك ولم يذكر العوض ثم قال
ما أردت به الطلاق انه يصدق اذا لم يكن هناك دلالة حال تدل على ارادة الطلاق من غضب أو ذكر طلاق على ما ذكرنا
في الكنيات لان هذا اللفظ عند عدم ذكر التعويض يستعمل في الطلاق وفي غيره فلا بد من النية لينصرف الى
الطلاق بخلاف ما اذا ذكر العوض لانه مع ذكر العوض لا يستعمل في العرف والشرع الا للطلاق ثم الكلام في
هذا النوع يقع في مواضع في بيان ماهيته وفي بيان كيفية وفي بيان شرط صحته وفي بيان شرط وجوب العوض وفي
بيان قدر ما يحل للزوج أخذه منها من العوض وما لا يحل وفي بيان حكمه أما الاول فقد اختلف في ماهية الخلع قال
أصحابنا هو طلاق وهو مروي عن عمرو بن عثمان رضي الله عنهما وللشافعي قولان في قول مثل قولنا وفي قول ليس بطلاق
بل هو فسخ وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وقائدة الاختلاف انه اذا خالعه امرأته ثم تزوجها تعود اليه
بطلاقين عندنا وعند ثلاث تطليقات حتى لو طلقها بعد ذلك تطليقتين حرمت عليه حرمة غليظة عندنا وعنده
لا تحرم الا ثلاث احتج الشافعي بظاهر قوله عز وجل الطلاق مرتان الى قوله فان طلقها ذكر سبب حان الطلاق مرتين
ثم ذكر الخلع بقوله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به ثم ذكر الطلاق أيضا بقوله عز وجل فان طلقها فلو جعل الخلع طلاقا
لا زاد عدد الطلاق على الثلاث وهذا لا يجوز لان الفرقة في النكاح قد تكون بالطلاق وقد تكون بالفسخ كالفرقة
بعدم الكفاءة وخيار العتاقة والردة وابطاء الاسلام ولفظ الخلع دليل الفسخ وفسخ العقد رفعة من الاصل فلا
يكون طلاقا كما لو قال طلقتك على ألف درهم فقبلت ولنا أن هذه فرقة بعوض حصلت من جهة الزوج
فتكون طلاقا وقوله الفرقة في النكاح قد تكون من طريق الفسخ مسلم لكن ضرورة لا مقصودا اذ النكاح
لا يحتمل الفسخ مقصودا عندنا لان جوازه ثبت مع قيام المنافي للجواز وهو الحرية في الحرية وقيام ملك الميم في الامة
على ما عرف الا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي وألحقه بالتقدم لحاجة الناس وحاجتهم تندفع بالطلاق بعوض
وبغير عوض وافتساح ضرورة فلا حاجة الى الفسخ مقصودا فلا يسقط اعتبار المنافي في حق الفسخ مقصودا
والافتساح فيما ذكرنا من المواضع ما ثبت مقصودا بل ضرورة ولا كلام فيه ولا نلفظ الخلع يدل على الطلاق لا على
الفسخ لانه مأخوذ من الخلع وهو النزاع والنزع اخراج الشيء من الشيء في اللغة قال الله عز وجل ونزعنا ما في صدورهم
من غل أي أخرجنا وقال سبحانه وتعالى ونزع يده أي أخرجها من جيبه فكان معنى قوله خلعها أي أخرجها عن
ملك النكاح وهذا معنى الطلاق البائن وفسخ النكاح رفعة من الاصل وجعله كأن لم يكن رأسا فلا يتحقق فيه
معنى الاخراج وثابت حكم اللفظ على وجه يدل عليه اللفظ لغة أولى ولان فسخ العقد لا يكون الا بالعوض الذي
وقع عليه العقد كالأقالة في باب البيع والخلع على ما وقع عليه النكاح وعلى غيره جائز فلم يكن فسخا وأما الآية فلا حجة
لها لان ذكر الخلع يرجع الى الطلاقين المذكورين الا انه ذكرهما بغير عوض ثم ذكر بعوض ثم ذكر سبب حان

وتعالى الثالثة بقوله تعالى فان طلقها فلم تلزم الزيادة على الثلاث بل يجب حملها على هذا الثلاثا يلزمنا القول بتفسير المشرع مع ما انه قد قيل ان معنى قوله تعالى فان طلقها أى ثلاثا وبين حكم الطلقات الثلاث بقوله سبحانه فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلا يلزم من حمل الخلع طلاقا شرعا الطلقة الرابعة والله عز وجل أعلم وأما بيان كيفية هذا النوع فنقول له كفتان احدهما انه طلاق بائن لانه من كنيات الطلاق وانها بائن عندنا ولانه طلاق بعوض وقدمك الزوج العوض بقبولها فلا بد وان تملك هي نفسها تحقيقا للمعاوضة ولا تملك نفسها الا بالبائن فيكون طلاقا بائنا ولا نهائيا بذلت العوض لتخليص نفسها عن حباله الزوج ولا تتخلص الا بالبائن لان الزوج راجعها في الطلاق الرجعي فلا تتخلص ويذهب مالها بغير شيء وهذا لا يجوز فكان الواقع بائنا والثانية انه من جانب الزوج عمن وتعليق الطلاق بشرط وهو قبولها العوض ومن جانبها معاوضة المال وهو تملك المال بعوض حتى لو ابتدأ الزوج الخلع فقال خالعتك على ألف درهم لا يملك الزوج الرجوع عنه ولا يفسخه ولا نهى المرأة عن القبول ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبولها ولا بشرط حضو المرأة بل يتوقف على ما وراء المجلس حتى لو كانت غائبة قبلها فلها القبول لكن في مجلسها لانه في جانبها معاوضة لما ذكر وله ان يعلقه بشرط ويضيفه الى وقت نحو ان يقول اذا قدم زيد بعد مجيء الوقت حتى لو قبلت قبل ذلك لا يصح لان التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت تطليق عند وجود الشرط والوقت فكان قبولها قبل ذلك هدر او لشرط الخيار لنفسه بان قال خالعتك على ألف درهم على اني بالخيار ثلاثة أيام لم يصح الشرط ويصح الخلع اذا قبلت وان كان الا ابتداء من المرأة بان قالت اختلعت نفسي منك بألف درهم فلها ان ترجع عنه قبل قبول الزوج ويبطل قيامها عن المجلس وقيامه أيضا ولا يقف على ما وراء المجلس بان كان الزوج غائبا حتى لو بلغه وقبل لم يصح ولا يتعلق بشرط ولا ينضاف الى وقت ولو شرط الخيار لها بان قال خالعتك على ألف درهم على انك بالخيار ثلاثة أيام قبلت جاز الشرط عند أبي حنيفة وثبت لها الخيار حتى انها اذا اختارت في المدة وقع الطلاق وجب المال وان ردت لا يقع الطلاق ولا يلزمها المال وعند أبي يوسف ومحمد شرط الخيار باطل والطلاق واقع والمال لازم وانما اختلف الجانبان في كيفية هذا النوع لانه طلاق عندنا ومعلوم ان المرأة لا تملك الطلاق بل هو ملك الزوج لا ملك المرأة فانما يقع بقول الزوج وهو قوله خالعتك فكان ذلك منه تطليقا لانه علقه بالشرط والطلاق يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت لا يحتمل الرجوع والفسخ ولا يتقيد بالمجلس ويقف الغائب عن المجلس ولا يحتمل شرط الخيار بل يبطل الشرط ويصح الطلاق وأما في جانبها فانه معاوضة المال لانه تملك المال بعوض وهذا معنى معاوضة المال فتراعى فيه أحكام معاوضة المال كالبيع ونحوه وما ذكرنا من أحكامها لان أبا يوسف ومحمد يقولان في مسألة الخيار ان الخيار انما شرع للفسخ والخلع لا يحتمل الفسخ لانه طلاق عندنا وجواب أبي حنيفة عن هذا ان يحمل الخيار في منع انعقاد العقد في حق الحكم على أصل أصحنا فلم يكن العقد منعقدا في حق الحكم للحال بل هو موقوف في علمنا الى وقت سقوط الخيار حينئذ يعلم على ما عرف في مسائل البيوع والله الموفق وأما ركنه فهو الايجاب والقبول لانه عقد على الطلاق بعوض فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض بدون القبول بخلاف النوع الاول فانه اذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى الطلاق فانه يقع الطلاق عليها سواء قبلت أو لم تقبل لان ذلك طلاق بغير عوض فلا يفتقر الى القبول وحضرة السلطان ليست بشرط لجواز الخلع عند عامة العلماء فيجوز عند غير السلطان وروى عن الحسن وابن سيرين أنه لا يجوز الا عند السلطان والصحيح قول العامة لما روى أن عمر وعثمان وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم جازوا الخلع بدون السلطان ولان النكاح جائز عند غير السلطان فكذلك الخلع ثم الخلع يعتد بلفظين يعبر بهما عن الماضي في اللغة وهل يعتد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل وهو الأمر والاستفهام فجملة الكلام فيه ان العقد لا يخلو إما أن يكون بلفظه الخلع وإما أن يكون بلفظة البيع والشراء وكل ذلك

لا يخلو إما أن يكون بصيغة الامر أو بصيغة الاستفهام فان كان بلفظة الخلع على صيغة الامر يتم اذا كان البذل معلوما مذكورا بلا خلاف بأن قال لها اخلعي نفسك مني بألف درهم فتقول خلعت وإن لم يكن البذل مذكورا من جهة الزوج بأن قال لها اخلعي نفسك مني فقالت خلعت بألف درهم لا يتم الخلع حتى يقول الزوج خلعت والفرق أن الامر بالخلع بيد متقوم توكيل لها والواحد يتولى الخلع من الجانبين وأن كان هذا النوع معاوضة والواحد لا يتولى عقد المعاوضة من الجانبين كالبيع لأن الامتناع للتنافي في الحقوق المتعلقة ولا تنافي ههنا لأن الحقوق في باب الخلع ترجع الى الوكيل ولهذا جاز أن يكون الواحد وكيلًا من الجانبين في باب النكاح وفي المسئلة الاولى لا يمكن جعل الامر بالخلع توكيلًا لجهة البذل فلم يصح التوكيل فلو تم العقد بالواحد لصار الواحد مسرًا ومستنقضا وهذا لا يجوز وإن كان بصيغة الاستفهام بأن قال الزوج لها اخلعت نفسك مني بألف درهم فقالت خلعت . اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتم العقد وقال بعضهم لا يتم ما لم يقبل الزوج وبعضهم فصل فقال ان نوى به التحقيق يتم وإن نوى به السوم لا يتم لأن قوله اخلعت نفسك مني يحتمل السوم بل ظاهره السوم لأن معناه أطلب منك أن تخلعي نفسك مني فلا يصرف الى التحقيق الا بالنية فاذا نوى يصير بمعنى التوكيل والامر وان كان بلفظ البيع والشراء بأن قال الزوج لها اشترى نفسك مني فان ذكر بدلا معلوما بأن قال بألف درهم ونحو ذلك فقالت اشتريت اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتم العقد وقال بعضهم لا يتم ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعث والاول أصح لأنه اذا ذكر بدلا معلوما صح الامر والتوكيل والواحد يصلح وكيلًا من الجانبين في الخلع لما بينا وكذا اذا قال لها بالقارسية خويشتن ازم من نجر هزار درهم يا بكايين وهرنيه وعدت له واجب شؤدا ازم من طلاق فقالت خريدم فهو على هذا وان لم يذكر البذل بأن قال لها اشترى نفسك مني فقالت اشتريت لا يتم الخلع ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعث وكذلك اذا قال بالقارسية خويشتن ازم من نجر فقالت خريدم ولم يقل الزوج فروختم لا يتم الخلع ولا تطلق حتى يقول الزوج فروختم فرق بين هذا وبين ما اذا قال لها بلفظة الخلع اخلعي نفسك مني ونوى الطلاق فقالت خلعت انها لا تطلق لأن قوله لها اخلعي مع نية الطلاق أمر لها بالطلاق بلفظة الخلع وأنها تملك الطلاق بأمر الزوج وتوكيله فيصح التوكيل والامر فيتولى الخلع من الجانبين وقوله لها اشترى نفسك خويشتن ازم من نجر أمر بالخلع بعوض والعرض غير مقدر فلم يصبح الامر وإن كان بلفظ الاستفهام بأن قال لها ابعثت نفسك مني فان ذكر بدلا معلوما بأن قال بألف درهم أو قال بمهرك وثيقة عددتك فقالت ابعثت اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتم العقد وقال بعضهم لا يتم ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعث وبه أخذ الفقيه أبو الليث وقال أبو بكر الاسكاف يتم ويقع الطلاق وقال بعضهم لا يتم الا اذا أراد به التحقيق دون المساومة على ما ذكرنا في لفظ العريضة والفرق بين الاستفهام والامر على نحو ما بينا أنها بالامر صارت وكيلًا إذ الامر بالخلع توكيل به اذا كان البذل مقدرًا والواحد يصلح وكيلًا من الجانبين في الخلع ولم يوجد الامر ههنا فلم يوجد التوكيل فيبقى الشخص الواحد في عقد المعاوضة مسرًا ومستنقضا وهذا لا يجوز وإن لم يذكر البذل بأن قال لها ابعثت نفسك مني فقالت ابعثت لا يتم ما لم يقل الزوج بعث لأنه لا يتم في الامر فلان لا يتم في الاستفهام أولى وسواء كان القبول منها أو من أجنبي بعد ان كان من أهل القبول لأنها لو قبلت بنفسها يلزمها البذل من غير أن تملك بمقابلته شيئًا بخلاف ما اذا اشترى لانسان شيئًا على أن البذل عليه أن ذلك لا يجوز لأن هناك الاجنبي ليس في معنى المشتري لأن المشتري يملك بمقابلته البذل شيئًا والاجنبي لا فلا يجوز ايجابه على من لا يملك بمقابلته شيئًا والخاص ان الاجنبي اذا قال للزوج اخلع امرأتك على أي ضامن لك القاء أو قال على ألف هو على أو قال على ألفي هذه أو عدي هذا أو على هذه الالف أو على هذا العبد ففعل صح الخلع واستحق المال ولو قال على ألف درهم ولم يزد عليه وقف على قبول المرأة ولو خلعت ابنته وهي صغيرة على ما لها ذكر في الجامع الصغير انه لا يجوز ولم يبين انه لا يجوز الخلع رأسًا ولا يجب البذل على الصغيرة واختلف مشايخنا منهم من قال معناه أنه لا يجب عليها البذل فاما

الطلاق فواقع ومنهم من قال معناه أنه لا يقع الطلاق ولا يجب المال عليها وذكر الطحاوي في اختلاف العلماء أنه غير واقع في الخلاف ابتداءً أنه لا يقع الطلاق عند أصحابنا وقيل في المسئلة روايتان والحاصل أنه لا خلاف في أنه لا يجب المال عليها لأن الخلع في جانبها مباح والمال ليس بمال والصغيرة تنصرف بها وتصرف الأضرار لا يدخل تحت ولاية الولي كالهبة والصدقة ونحو ذلك وإنما الاختلاف في وقوع الطلاق وجه القول الأول أن صحة الخلع لا تقع على وجوب العوض فإن الخلع يصبح على ما لا يصلح عوضاً كاليتبة والدم والخنزير والحمر ونحو ذلك فلم يكن من ضرورة عدم وجوب المال عدم وقوع الطلاق وجه الثاني أن الخلع متى وقع على بدل هو مال يتعلق بوقوع الطلاق بقبول يجب به المال وقبول الأب لا يجب به المال لأنه ليس له ولاية القبول على الصغيرة لكونه ضرراً بها فإن خلعها الأب على ألف على أنه ضامن فالخلع واقع والألف عليه لما ذكرنا من شرط صحة الخلع في حق وقوع الطلاق ووجوب البديل بقبول ما يصلح بدلاً ممن هو أهل القبول والمرأة والأب والأجنبي في هذا سواء لما بينا وأما شرط وجوب القرض وهو المسمى في عقد الخلع فله شرطان أحدهما قبول العوض لأن قبول العوض كما هو شرط وقوع الفراق من جانبه فهو شرط لزوم العوض من جانبها لما ذكرنا سواء كان العوض المذكور في الخلع من مهرها الذي استحقته بمقدار النكاح من المسمى ومهر المثل أو مالا آخر وهو المسمى بالجعل فهذا الشرط يعم العوضين جميعاً والثاني بخلاف الجعل لأن ما يصلح عوضاً في النكاح يصلح عوضاً في الخلع من طريق الأولى وليس كل ما يصلح عوضاً في الخلع يصلح عوضاً في النكاح لأن باب الخلع أوسع أذهب ويتحمل جهالة لا يتحملها النكاح على ما نذكر لذلك اختص وجوب المسمى فيه بشرط لم يشترط في النكاح لوجوب المسمى وهو تسمية مال متقوم موجود وقت الخلع معلوم أو مجهول جهالة قليلة أو كثيرة وإذا لم تكن متفاحشة فإن وجد هذا الشرط وجب الجعل والأب لا يجب وهل يجب عليها رد ما استحقته من المسمى أو مهر المثل بمقدار النكاح بنظر أن كان المسمى مالا متقوماً يجب وإن كان معدوماً وقت الخلع أو مجهولاً جهالة متفاحشة كجهالة الجنس وما يجري مجرى بحر أو إن لم يكن المسمى مالا متقوماً فلا شيء عليها أصلاً وتقع الفاقة ثم الجعل في الخلع إن كان مما يصح تسميته مهرافى النكاح فحكمه حكم المهر أعني أن المسمى في النكاح إن كان مما يجبر الزوج على تسليم عينه إلى المرأة ففي الخلع تجبر المرأة على تسليم عينه إلى الزوج وإن كان مما يتخير الزوج بين تسليم الوسيط منه وبين تسليم قيمته ففي الخلع يتخير المرأة كالعبد والقرس ونحو ذلك لأن المسمى في العقد بين جميعا عوض عن ملك النكاح إلا أنه في أحدهما عوض عنه ثبوتاً وفي الآخر سقوطاً فيعتبر أحد العقدين بالآخر في هذا الحكم والقيمة فيها وجب الوسيط منه أصلاً لأن كونه وسطاً يعرف بها على ما مر في كتاب النكاح وبيان هذه الشروط في مسائل إذا خلع امرأته على ميتة أو دم أو خمر أو خنزير أو وقعت الفاقة ولا شيء له على المرأة من الجمل ولا يرد من مهرها شيئاً أو وقوع الفاقة فلان الخلع بعوض معلق بقبول المرأة ما جعل عوضاً ذكر أو تسمية سواء كان المسمى مما يصلح عوضاً أو لا لأنه من جانب الزوج تعليق الطلاق بشرط القبول وقد قبلت فصارت كأنه صرح بتعليق الطلاق بقبولها العوض المذكور قبلت ولو كان كذلك لوقع الطلاق إذا قبلت كذا هذا أو ما عدم وجوب شيء له على المرأة فلان الخلع طلاق والطلاق قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض والميتة والدم ليست بمال في حق أحد فلا تصلح عوضاً والحمر والخنزير لا قيمة لهما في حق المسلمين فلم يصلح عوضاً في حقهم فلم تصبح تسمية شيء من ذلك فإذا خلعها علبته فقد رضى بالفرقة بغير عوض فلا يلزمها شيء ولأن الخلع من جانب الزوج اسقاط الملك واسقاط الملك قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض كالأعتاق فإذا ذكر ما لا يصلح عوضاً أصلاً أو مالا يصلح عوضاً في حق المسلمين فقد رضى بالاسقاط بغير عوض فلا يستحق عليها شيئاً ولأن منافع البضع عند الخلع عن ملك الزوج غير متقومة لأن المنافع في الأصل ليست بمال متقومة إلا أنها جعلت متقومة عند المقابلة بالمال المتقوم فعند المقابلة بما ليس بمال متقوم يبقى على الأصل ولا نهائماً

أخذت حكم التقوم في باب النكاح عند الدخول في ملك الزوج احتراما لها تعظيما للآدمي لكونها سببا لحصوله فجعلت متقومة شرعا صيانة لها عن الابتدال والحاجة الى الصيانة عند الدخول في الملك لا عند الخروج عن الملك لان الخروج يزول الابتدال فلا حاجة الى التقوم فبقيت على الاصل وجعل الفرق بما ذكرنا بين الخلع على هذه الاشياء وبين النكاح عليها لان هناك يجب مهر المثل لان النكاح لم يشرع الا بعوض لما ذكرنا في مسائل النكاح والمذكور لا يصلح عوضا فالتحق ذلك بالعدم ووجب العوض الاصيل وهو مهر المثل فاما الخلع فالعوض فيه غير لازم بل هو مشروع بعوض وبغير عوض فلم يكن من ضرورة تجتهد لزوم العوض وكذا النكاح تملك البضع بعوض والخلع اسقاط الملك بعوض وبغير عوض وكذا منافع البضع عند الدخول أعطى لها حكم التقوم شرعا لكونها وسيلة الى حصول الآدمي المكرم والخلع ابطال معنى التوسل فلا يظهر معنى التقوم فيه ولو خلعها على شيء أشارت اليه مجهول فقالت على مافي بطون غنمي أو نعمي من ولد أو على مافي ضروعها من لبن أو على مافي بطن جاريتي من ولد أو على مافي نخلي أو شجري من ثمر فان كان هناك شيء فهو له عندنا وقال الشافعي لاشيء له وجه قوله ان الجنين في البطن واللبن في الضرع لا يصلح عوضا في الخلع لانه غير مقدور التسليم ولهذا لم يصلح عوضا في النكاح وكذا في الخلع والدليل عليه انه لا يجوز بيعه والاصل عنده ان كل ما لا يجوز بيعه لا يصلح عوضا في الخلع ولنا الفرق بين الخلع وبين النكاح وهو أن باب الخلع أوسع من باب النكاح ألا ترى لو خلعها على عبده أبقى محنت التسمية ولو زوجها عليه لم تصح التسمية فتصح اضافته الى ما هو مال متقوم موجود كما تصح اضافته الى العبد لا بقى بل أولى لان ذاك له خطر الوجود والعدم وهذا موجود وبهاتين ان القدرة على تسليم البذل ليست بشرط في الخلع فانه جائز على العبد لا بقى والقدرة على تسليمه غير ثابتة بخلاف البيع فان القدرة على تسليم المبيع شرط وان لم يكن هناك شيء ردت عليه ما استحققت بعهدة النكاح لانها لم اسمت مالا متقوما فقد غرته بتسمية المال المتقوم فصارت ملتزمة تسليم مال متقوم ضامنة له ذلك والزوج لم يرض بزوال ملكه الا بعوض هو مال متقوم وقد تعذر عليه الوصول اليه لعدمه ولا سبيل الى الرجوع الى القيمة المذكورة لجهالتها ولا الى قيمة البضع لما أنه لا قيمة للبضع عند الخروج عن الملك لما ذكرنا فوجب الرجوع الى ما قوم البضع على الزوج عند الدخول وهو ما استحقته المرأة من المسمى أو مهر المثل وكذلك اذا قالت على مافي بيتي من متاع انه ان كان هناك متاع فهو له وان لم يكن يرجع عليها بالمهر لانها غرته بتسمية مال متقوم فيلزمها ضمان الغرور وهو رد المهر المستحق لما قلنا ولو قالت على مافي بطن غنمي أو ضرعها أو على مافي نخلي أو شجري ولم ترد على ذلك فان كان هناك شيء أخذه لان التسمية وقعت على مال متقوم موجود لكنه مجهول لكن الجهة ليست بمتناهية فلا تمنع استحقاق الشيء ولو لم يكن هناك شيء فلا شيء له لانعدام تسمية مال متقوم لانها ذكرت مافي بطنها وقد يكون في بطنها مال متقوم وقد لا يكون فلم تصر بذكره غارة لزوجها بل الزوج هو الذي غر نفسه والرجوع بحكم الغرور ولا غرور منها فلا يرجع عليها بشيء وان قالت اختلعت منك على ما تلذ غنمي أو تحلب أو ثمر نخلي أو شجري أو على ما أثمره العام أو أكسبه أو أستغل من عقاري فقبل الزوج وقعت الفرقة وعليها أن ترد ما استحققت من المهر وان ولدت القم وأثمر النخل والشجر أو ما وقع الفرقة فلماذا ذكرنا ان ذلك يقع على قبول ما يصلح عوضا محنت تسميته عوضا وأما وجوب رد المستحق فلانه لا سبيل الى استحقاق المسمى لكونه معد وما وقت الخلع ويجوز أن يوجد ويجوز أن لا يوجد واستحقاق المدوم الذي له خطر الوجود والعدم في عقد المعاوضة لم يرد الشرع به وورد بتحمل الجهة اذا اختلف المعقود في قدر ما يتحمل لاختلافهما في احتمال السعة والضيق ولا سبيل الى اهدار التسمية رأسا لانها اسمت مالا متقوما فلزم الرجوع الى المهر المستحق بعقد النكاح ولو قالت اخلعني على مافي يدي من دراهم أو دنانير أو فلولس فان كان في يدها شيء من ذلك فهو له قل أو أكثر لانها اسمت مالا متقوما والمسمى موجود فصحت التسمية وان كان المسمى مجهول القيمة وله مافي يدها من الجنس المذكور قل أو أكثر لانه ذكر

باسم الجمع فيتناول الثلاث فصاعدا وان لم يكن في يدها شيء أو كان اقل من ثلاثة فعليها من كل صنف سمته ثلاثة
وزن في الدراهم والدنانير وعددا في القلوس لوجود تسمية المال المتقوم لان الدراهم والدنانير والقلوس اموال متقومة
والذكر بلفظ الجمع واقل الجمع الصحيح ثلاثة فينصرف اليها ويتعين المسمى كما في الوصية بالدراهم بخلاف
النكاح والعتيق فانه اذا تزوج امرأة على ما في يده من الدراهم وليس في يده من الدراهم شيء يجب عليه مهر المثل
ولو اعتق عبده على ما في يده من الدراهم وليس في يده شيء يجب عليه قيمة نفسه لان منافع البضع ليست بمتقومة عند
الخروج عن الملك فلا يشترط كون المسمى معلوما واعتبر المسمى مع جهاته في نفسه وحمل على التيقن بخلاف
النكاح لان منافع البضع عند الدخول في الملك متقومة وكذا العبد متقوم في نفسه فلا ضرورة الى اعتبار المسمى
المجهول ولو قالت على ما في يدي ولم ترد عليه فان كان في يدها شيء فهو له لان التسمية وقعت على مال متقوم موجود
فصححت واستحق عليها ما في يدها اقل أو أكثر لان كلمة ما عامة فيها لا يعلم وان لم يكن في يدها شيء فلا شيء لانه اذا
لم يكن في يدها شيء فلم توجد تسمية مال متقوم لانها سمت ما في يدها وقد يكون في يدها شيء متقوم وقد لا يكون
فلم يوجد شرط وجوب شيء فلا يلزمها شيء ولو اختلفت الامة من زوجها على جعل بغير امر مولاها وقع
الطلاق ولا شيء عليها من الجمل حتى تعتق اما وقوع الطلاق فلا نه يقف على قبول ما جعل عوضا وقد وجد واما
وجوب الجمل بعد العتيق فلانها سمت مالا متقوما موجودا وهو معلوم ايضا وهي من اهل التسمية فصحت التسمية
الا انه تعذر الوجوب للحال لحق المولى فيتأخر الى ما بعد العتيق وان كان باذن المولى لزمها الجمل وتبايع فيه لانه دين
ظهر في حق المولى فتبايع فيه كسائر الديون وكذلك المكاتبه اذا اختلفت من زوجها على جعل يجوز الخلع ويقع
الطلاق ويتأخر الجمل الى ما بعد العتاق وان أذن المولى لان رقبته لا تختم البيع فلا تختم تعلق الدين بها ولو خلع
امرأته على رضاع ابنه منها سنتين جاز الخلع وعليها ان ترضعه سنتين فان مات ابنها قبل أن ترضعه شيئا يرجع عليها
بقيمة الرضاع للمدة وان مات في بعض المدة رجع عليها بقيمة ما بقي لان الرضاع مما يصح الاستئجار عليه قال الله
تعال فان أريضكم فأتوهن أجورهن فيصبح أن يحمل جملا في الخلع وهلاك الولد قبل الرضاع كهلاك عوض
اختلفت عليه فهناك في يدها قبل التسليم فيرجع الى قيمته ولو شرط عليها نفقة الولد بعد الحولين وضرب لذلك اجلا
اربعة سنين أو ثلاث سنين فذلك باطل وان هلك الولد قبل تمام الرضاع فلا شيء عليها لان النفقة ليس لها مقدار معلوم
فكانت الجاهلة متفاحشة فلا يلزمها شيء ولكن الطلاق واقع لما ذكرنا ولو اختلفت في مرضها فهو من الثلث لانها
متبرعة في قبول البذل فيعتبر من الثلث فان ماتت في العدة فلها الاقل من ذلك ومن ميراثه منها ولو خالها على حكمه أو
حكمها او حكم اجنبي فعليها المهر الذي استحقته بعد النكاح لان الخلع على الحكم خلع بتسمية فاسدة لتفاحش
الجاهلة والخطر ايضا فلم تصح التسمية فلا تستحق المسمى فيرجع عليها بالمهر لان الخلع على الحكم خلع على ما يقع به
الحكم ولا يقع الا بمال متقوم عادة فكان الخلع على الحكم خلع على مال متقوم فقد غرته بتسمية مال متقوم الا انه لا
سبيل الى استحقاق ما يقع به الحكم لكونه مجهولا لجهالة متفاحشة كجهالة الجنس فترجع الى ما استحقته من المهر ثم
ينظر ان كان الحكم الى الزوج فان حكم بمقدار المهر تخير المرأة على تسليم ذلك لانه حكم بالقدر المستحق وكذلك ان حكم
باقل من مقدار المهر لانه حط بمضيه فهو تملك حط بمضيه لانه تملك حط الكل فالبعض اولى وان حكم باكثر من المهر
لم تلزمها الزيادة لانه حكم لنفسه باكثر من القدر المستحق فلا يصح الا برضاها وان كان الحكم اليها فان حكمت بقدر
المهر جاز ذلك لانها حكمت بالقدر المستحق وكذلك ان حكمت باكثر من قدر المهر لانها حكمت لنفسها بالزيادة وهي
تملك بذل الزيادة وان حكمت باقل من المهر لم يحجز الا برضا الزوج لانها حطت بمض ما عليها وهي لا تملك حط ما عليها
وان كان الحكم الى الاجنبي فان حكم بقدر المهر جاز وان حكم بزيادة أو نقصان لم يحجز الزيادة الا برضا المرأة والنقصان
الا برضا الزوج لان في الزيادة ابطال حق المرأة وفي النقصان ابطال حق الزوج فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو

اختلاف في جنس ما وقع عليه الطلاق أو نوعه أو قدره فالقول قول المرأة وعلى الزوج البينة لأن قبول البديل إلى المرأة والزوج يدعى عليها شيئاً وهي تنكر فكان القول قولها ولو قال لها طلقك أمس على ألف درهم أو بالف درهم فلم تقبلي فقالت لا بل كنت قبلي فاقول قول الزوج فرق بين هذا وبين ما إذا قال لا إنسان بعثك هذا العبد أمس بالقب درهم فلم تقبل فقال لا بل قبلي ان القول قول المشتري ووجه الفرق أن الزوج في مسألة الطلاق لم يصبر مناقضاً في قوله فلم تقبلي لأن قول الرجل لا أمر أنه طلقك أمس على ألف يسمى طلاقاً على ألف قبلته المرأة أو لم تقبل فلم يكن الزوج في قوله فلم تقبلي مناقضاً بخلاف البيع لأن الإيجاب بدون القبول لا يسمى بيعاً فكان الإقرار بالإيجاب إقراراً بالقبول فصار البائع مناقضاً في قوله فلم تقبل ولأن المرأة في باب الطلاق تدعى وقوع الطلاق لأنها تدعى وجود شرط الوقوع والزوج ينكر الوقوع لا نكاهه شرط الوقوع فكان القول قول المنكر والله الموفق (وأما) بيان قدر ما يحل للزوج من أخذ العوض وما لا يحل فجملته الكلام فيه أن النشوز لا يخلو أن كان من قبل الزوج وأما أن كان من قبل المرأة فإن كان من قبل الزوج فلا يحل له أخذ شيء من العوض على الخلع لقوله تعالى وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم أحدهم قطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً نهى عن أخذ شيء مما آتاها من المهر وأكد النهي بقوله تأخذونه بهتاناً وإنما مينا وقوله ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن أي لا تضيقوا عليهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة أي إلا لمن ينشزن نهى الأزواج عن أخذ شيء مما أعطوهن واستثنى حال نشوزهن وحكم المستثنى بخالف حكم المستثنى منه فيقتضي حرمة أخذ شيء مما أعطوهن عند عدم النشوز منهن وهذا في حكم الديانة فإن أخذ جاز ذلك في الحكم ولزم حتى لا يملك استرداده لأن الزوج أسقط ملكه عنها بعوض رضيت به والزوج من أهل الإسقاط والمرأة من أهل المعاوضة والرضا فيجوز في الحكم والقضاء وإن كان النشوز من قبلها فلا بأس بأن يأخذ منها شيئاً قدر المهر لقوله تعالى الآن يأتين بفاحشة مبينة أي الآن ينشزن والاستثناء من النهي إباحة من حيث الظاهر وقوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به قيل أي لا جناح على الزوج في الأخذ وعلى المرأة في الإعطاء وأما الزيادة على قدر المهر فقها روايتان ذكر في كتاب الطلاق أنها مكروهة وههنا كذا روى عن علي رضي الله عنه أنه كره للزوج أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه وهو قول الحسن البصري وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وطاوس وذكر في الجامع الصغير أنها غير مكروهة وهو عثمان البتي وبه أخذ الشافعي ووجه هذه الرواية ظاهر قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به رفع الجناح عنهما في الأخذ والإعطاء من القداء من غير فصل بين ما إذا كان مهر المثل أو زيادة عليه فيجب العمل بالطلاق النض ولأنها أعطت مال نفسها بطيبة من نفسها وقد قال الله تعالى فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً بخلاف ما إذا كان النشوز من قبلها لأن النشوز إذا كان من قبل الزوج كانت هي مجبورة في دفع المال لأن الظاهر أنها مع رغبتها في الزوج لا تعطى إذا كانت مضطرة من جهته بأسباب أو مغترة بأنواع التعيير والتزوير فكره الأخذ ووجه رواية الأصل قوله تعالى ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا أن لا يقيم أحدهما الله إلى قوله ولا جناح عليهما فيما افتدت به نهى عن أخذ شيء مما أعطاهما من المهر واستثنى القدر الذي أعطاهما من المهر عند خوفهما ترك إقامة حدود الله على ما ذكره والنهي عن أخذ شيء من المهر نهى عن أخذ الزيادة على المهر من طريق الأولى كالنهي عن التأفيف أنه يكون نهياً عن الضرب الذي هو فوقه بالطريق الأولى وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قال لا امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتريدن عليه حديثه فقالت نعم وزيادة قال أما الزيادة فلا نهى عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها وبه تبين أن المراد من قوله فيما افتدت قدر المهر لا الزيادة عليه وإن كان ظاهره عام عرفنا ببيان النبي صلى الله عليه وسلم الذي هو وحى غير متلو والدليل عليه أيضاً قوله تعالى في صدر الآية ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً ذكر في أول الآية ما آتاها فكان المذكور في آخرها وهو قوله فيما افتدت به مردوداً إلى أولها فكان المراد من قوله فيما افتدت أي بما آتاها

ونحن به نقول أنه يحل له قدر ما آتاها وأما قوله أنها أعطته مال قسمها بطبيعة من نفسها فنعم لكن ذلك دليل الجواز وبه نقول أن الزيادة جائزة في الحكم والاقضاء ولأن الخلع من جانبها معاوضة حالة عن الطلاق واسقاط ما عليها من الملك ودفع المال عوضا عما ليس بمال جائز في الحكم إذا كان ذلك مما يرغب فيه ألا ترى أنه جاز العتق على قليل المال وكثيره وأخذ المال بدلا عن اسقاط الملك والرق وكذلك الصلح عن دم العمد وكذلك النكاح لما جاز على أكثر من مهر مثلها وهو بدل البضع فكذلك جاز أن تضمنه المرأة بأكثر من مهر مثلها لأنه بدل من سلامة البضع في الحالين جميعا لأنه نهى عن الزيادة على قدر المهر لا لمعنى في نفس العقد بل لمعنى في غيره وهو شبهة الربا والاضرار بها ولا يوجد ذلك في قدر المهر فحل له أخذ قدر المهر والله أعلم

فصل وأما حكم الخلع فنقول والله التوفيق يتعلق بالخلع أحكام بعضها يعم كل طلاق بائن وبعضها يخص الخلع أما الذي يعم كل طلاق بائن فنذكره في بيان حكم الطلاق إن شاء الله تعالى وأما الذي يخص الخلع فالخلع لا يخلو إيمان كان بغير بدل وإيمان كان ببدل فإن كان بغير بدل بان قال خالعتك ونوى الطلاق فخبرك أنه يقع الطلاق ولا يسقط شيء من المهر وإن كان ببدل فإن كان البديل هو المهر بان خلعها على المهر فخبرك أن المهر إن كان غير مقبوض أنه يسقط المهر عن الزوج وتسقط عنه النفقة الماضية وإن كان مقبوضا فعليها أن تردده على الزوج وإن كان البديل مالا آخر سنوي المهر فخبرك حكم سقوط كل حكم وجب بالنكاح قبل الخلع من المهر والنفقة الماضية وجوب البديل حتى لو خلعها على غبد أو على مائة درهم ولم يذ كر شيئا آخر فله ذلك ثم إن كان لم يعطها المهر يرى ولم يكن لها عليه شيء سواء كان لم يدخل بها أو كان قد دخل بها وإن كان قد أعطها المهر لم يرجع عليها شيء سواء كان بعد الدخول بها أو قبل الدخول بها وكذلك إذا بارأها على عبد أو على مائة درهم فهو مثل الخلع في جميع ما وصفنا وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف في المبارأة مثل قول أبي حنيفة وقال في الخلع أنه لا يسقط به إلا ماسميا وقال محمد لا يسقط في الخلع والمبارأة جميعا إلا ماسميا حتى أنه لو طلقها على مائة درهم ومهرها ألف درهم فإن كان المهر غير مقبوض فإنها لا ترجع عليه شيء سواء كان الزوج لم يدخل بها أو كان قد دخل بها في قول أبي حنيفة وله عليها مائة درهم وعندهما إن كان قبل الدخول بها فلها أن ترجع عليه بنصف المهر وذلك خمسمائة وله عليها مائة درهم فيصير قدر المائة قصاصا فيرجع عليه بار بسمائة وإن كان بعد الدخول فلها أن ترجع عليه بكل المهر إلا قدر المائة فترجع عليه بتسعمائة وإن كان المهر مقبوضا فله عليها المائة لا غير وليس له أن يرجع عليها شيء من المهر سواء كان قبل الدخول بها أو بعده في قول أبي حنيفة وعندهما إن كان قبل الدخول يرجع إلى الزوج عليها بنصف المهر وإن كان بعده لا يرجع عليها شيء وهكذا الجواب في المبرأة عند محمد والحاصل أن ههنا ثلاث مسائل الخلع والمبارأة والطلاق على مال ولا خلاف بينهم في الطلاق على مال أنه لا يبرأ به من سائر الحقوق التي وجبت لها بسبب النكاح ولا خلاف أيضا في سائر الديون التي وجبت لا بسبب النكاح وإنما لا تسقط بهذه التصرفات وإنما الخلاف بينهم في الخلع والمبارأة واتفق جواب أبي حنيفة وأبي يوسف في المبرأة واختلف جوابهما في الخلع واتفق جواب أبي يوسف ومحمد في الخلع واختلف في المبرأة فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المبرأة ومع محمد في الخلع وجه قول محمد أن الخلع طلاق بعوض فاشبهه الطلاق على مال والجامع بينهما أن حق الإنسان لا يسقط من غير اسقاطه ولم يوجد في الموضعين إلا اسقاط ماسميا فلا يسقط ما لم تجز به التسمية ولهذا لم يسقط به سائر الديون التي لم تجب بسبب النكاح وكذلك لا تستقط نفقة العدة إلا بالتسمية وإن كانت من أحكام النكاح كذا هذا وجه قول أبي يوسف وهو الفرق بين الخلع والمبارأة أن المبارأة صريح في إيجاب البراءة لأنها اثبات البراءة نصا فيقتضي ثبوت البراءة مطلقا فيظهر في جميع الحقوق الثابتة بينهما بسبب النكاح فاما الخلع فليس نصا في إيجاب البراءة لأنه ليس في لفظه ما ينبي عن البراءة وإنما تثبت البراءة مقتضاها والثابت بطريق الاقضاء لا يكون تابعا من جميع الوجوه فتثبت البراءة بقدر ما وقعت التسمية لا غير ولا في حنيفة أن الخلع في معنى المبرأة لأن المبرأة مفعلة من البراءة

والإبراء اسقاط فكان اسقاط من كل واحد من الزوجين الحقوق المتعلقة بالعقد المتنازع فيه كالتخصيصين في الديون اذا اصططلح على مال سقط بالصلح جميع ما تنازعا كذا بالمبارأة والخلع مأخوذ من الخلع وهو الزرع والزرع اخراج الشيء من الشيء فمعنى قولنا خلعها أي اخرجها من النكاح وذلك باخراجها من سائر الاحكام بالنكاح وذلك انما يكون بسقوط الاحكام الثابتة بالنكاح وهو معنى البراءة فكان الخلع في معنى البراءة والعبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف وأما قول محمد انه لم يوجد منها اسقاط غير المسمى فنقول ان لم يوجد نصا فقد وجد دلالة لما ذكرنا ان لفظ الخلع دليل عليه ولا نقصدهما من الخلع قطع المنازعة وازالة الخلف بينهما والمنازعة والخلف انما وقع في حقوق النكاح ولا تندفع المنازعة والخلف الا باستقاط حقوقه فكان ذلك تسمية منها لسائر الحقوق المتعلقة بالنكاح دلالة بخلاف سائر الديون لانه لا يتعلق بها بالنكاح ولم تقع المنازعة فيها ولا في سببها فلا ينصرف الاسقاط اليها بخلاف الطلاق على مال لانه لا يدل على اسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح لانها لا دلالة وأما نفقة العدة فلانها لم تكن واجبة قبل الخلع فلا يتصور اسقاطها بالخلع بخلاف النفقة الماضية لانها كانت واجبة قبل الخلع بفرض القاضي أو بالتراضي فكان الخلع اسقاطا بعد الوجوب فيصح ولو خلعها على نفقة العدة صح ولا تجب النفقة ولو أبرأت الزوج عن النفقة في حال قيام النكاح لا يصح الإبراء وتجب النفقة لان النفقة في النكاح تجب شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمان يوما فيوما فكان الإبراء عنها إبراء قبل الوجوب فلم يصح فاما نفقة العدة فاما تجب عند الخلع فكان الخلع على النفقة ما نعام وجوبها ولا يصح الخلع على السكنى والإبراء عنه لان السكنى تجب حق الله تعالى قال الله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فلا يملك العبد اسقاطه والله تعالى أعلم

فصل وأما الطلاق على مال فهو في أحكامه كالخلع لان كل واحد طلاق بعوض فيعتبر في أحدهما ما يعتبر في الآخر الا انهما يختلفان من وجه وهو ان العوض اذا أبطل في الخلع بان وقع الخلع على ماله يسبق بمال متقوم يسبق الطلاق باننا وفي الطلاق على مال اذا أبطل العوض بان سمي ماله يسبق بمال متقوم فالطلاق يكون رجعيا لان الخلع كناية والكنايات ميقات عندنا فاما الطلاق على مال فصريح وانما ثبتت البيئونة بتسمية العوض اذا أصبحت التسمية فاذا لم تصبح التحقت بالعدم بقي صريح الطلاق فيكون رجعيا ولو قال لها أنت طالق بألف درهم قبلت طلقت وعليها ألف لان حرف الباء حرف الصاق فيقتضي الصاق البدل بالبدل وكذلك لو قال أنت طالق على ألف درهم لان على كلمة شرط يقال زرتك على ان تزوني أي بشرط أن تزورني. وكذا قال لا مرأته أنت طالق على ان تدخلين الدار كان دخول الدار شرطاً كما لو قال ان دخلت الدار وهي كلمة الزام أيضا فكان هذا ايقاع الطلاق بشرط ان تعطيه الألف عقيب وقوع الطلاق ويلزمها الألف فيقع الطلاق بقبولها وتجب عليها الألف ولو قال أنت طالق عليك ألف درهم طلقت المرأة الرجعية ولا شيء عليهما من الألف سواء قبلت أو لم تقبل في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اذا قبلت طلقت بائنة وعليها الألف وعلى هذا الخلاف اذا قالت المرأة لزوجها طلقني ولك ألف درهم فطلقها انه يقع طلاق رجعية ولا يلزمها البدل في قول أبي حنيفة وعندهما يقع الطلاق وعليها الألف وعلى هذا الخلاف اذا قال لعبد أنت حر عليك ألف درهم انه يعتق سواء قبل أو لم يقبل في قول أبي حنيفة وعندهما اذا قبل يعتق وعليه الألف وجه قولهما ان هذه الواو واحال فيمتضي ان وجوب الألف حال وقوع الطلاق والعاق ولان هذه اللفظة تستعمل في الابدال فان من قال لا آخر احمل هذا الشيء الى مكان كذا اولك درهم فعمل يستحق الاجرة كما لو قال له احمل بدرهم ولا بي حنيفة ان كل واحدة من الكلامين كلام تام بنفسه أعني قوله أنت طالق وقوله عليك ألف درهم لان كل واحد منهما مبتدأ وخبر فلا يجعل الثاني متصلا بالاول الا لضرورة والضرورة فيما كان الغالب فيه ان يكون بعوض كما في قوله احمل هذا الى بيتي ولك ألف ولا ضرورة في الطلاق والعاق لان الغالب وجودهما بغير عوض فلا يجعل الثاني متصلا بالاول من غير ضرورة وأما قولهما الواو واحال فمتنوع بل واوعطف في الاخبار معناه أخبرك

انك طالق وأخبرك ان عليك ألف درهم ولو قالت المرأة لزوجها طلقني ثلاثا على ألف درهم فطلقها ثلاثا يقع عليها ثلاث تطليقات بالف وهذا مما لا اشكال فيه ولو طلقها واحدة وقعت واحدة رجعية بغير شيء في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقطع واحدة بثلث ألف ولو قالت طلقني ثلاثا بالف درهم فطلقها ثلاثا يقع ثلاثة آلاف درهم لا شك فيه ولو طلقها واحدة وقعت واحدة بثلث ألف في قولهم جميعا (وجه) قولهما ان كلمة على في المعاملات وحرف الباء سواء يقال بعثت عنك بالف وبعثت منك على ألف ويفهم من كل واحدة منهما كون الالف بدلا وكذا قول الرجل لغيره احمل هذا الشيء الى بيتي على درهم وقوله بدرهم سواء حتى يستحق البدل فيهما جميعا والاصل أن اجزاء البدل تنقسم على اجزاء المبدل اذا كان متعدد في نفسه فتقسم الالف على الثلاث فيقع واحدة بثلث الالف كما لو ذكرت بحرف الباء فكانت بثلث الالف لانها طلاق بعوض ولا يبي حنيفة ان كلمة على كلمة شرط فكان وجود الطلقات الثلاث شرطا لوجوب الالف فكانت الطلقة الواحدة ببعض الشرط والحكم لا يثبت بوجود بعض الشرط فلما لم يطلقها ثلاثا لا يستحق شيئا من الالف بخلاف حرف الباء فانه حرف مبادلة فيقتضى انقسام البدل على المبدل فتقسم الالف على التطليقات الثلاث فكان بمثابة كل واحدة ثلث الالف ولا يشكل هذا القدر بما اذا قال لها طلق نفسك ثلاثا بالف فطلعت نفسها واحدة أنه لا يقع شيء لان الزوج لم يرض بالينونة الا بكل الالف فلا يجوز وقوع الينونة ببعضها فاذا أمرته بالطلاق فقالت طلقني ثلاثا بالف درهم فقد سألت الزوج ان يبينها بالف وقد أبانها بقل من ذلك فقد زادها خيرا ولا اشكال انها سألته الابانة الغليظة بالف ولم يأت بها بل أتت بالخفيفة ولعل لها غرضا في الغليظة والجواب ان غرضها في استيفاء ما لها مع حصول الينونة التي وضع لها الطلاق أشد (وأما) قولهما ان كلمة على تستعمل في الابدال فنعم لكن مجازا لا حقيقة ولا تترك الحقيقة الضرورية وفي البيع ونحوه ضرورة ولا ضرورة في الطلاق على ما بينا على أن اعتبار الشرط يمنع الوجوب لما بينا واعتبار البدل يوجب فيقع الشك في الوجوب فلا يجب مع الشك ولو قالت امرأتان له طلقنا بالف درهم أو على ألف درهم فطلقهما يقع الطلاق ثلاثا عليهما بالالف وهذا لا يشكل ولو طلق احدهما وقع الطلاق عليها بمحضتهما من الالف بالاجماع والفرق لا يبي حنيفة بين هذه المسئلة وبين مسئلة الخلاف انه لا غرض لكل واحدة من المرأتين في طلاق الاخرى فلم يعتبر معنى الشرط وللمرأة غرض في اجتماع تطليقاتها لان ذلك أقوى للتحريم لثبوت الينونة الغليظة بها فاعتبر معنى الشرط ولو قالت طلقني واحدة بالف فقال أنت طالق ثلاثا وقع الثلاث مجانا بغير شيء في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقع ثلاث تطليقات كل واحدة منها بالف وهذه أربعة أصلا ذكرناه فيما تقدم وهو أن من أصلا يبي حنيفة أن الثلاث لا تصلح جوابا للواحدة فاذا قال ثلاثا فقد عدل عما سألته فصار مبتدئا بالطلاق فتقع الثلاث بغير شيء ومن أصلهما ان في الثلاث ما يصلح جوابا للواحدة لان الواحدة توجد في الثلاث فقد أتت بما سألته وزيادة فيلزمها الالف كانه قال أنت طالق واحدة واحدة وواحدة وواحدة ولو طلقني واحدة بالف فقال أنت طالق ثلاثا بالف وقف على قبولها عند أبي حنيفة ان قبلت جازوا لا يبطل لانه عدل عما سألته فصار مبتدئا بالطلاق بعوض فيقف على قبولها وعند أبي يوسف ومحمد يقع الثلاث واحدة منها بالف كما سألت واثنتان بغير شيء وحكى الجصاص عن الكرخي أنه قال رجع أبو يوسف في هذه المسئلة الى قول أبي حنيفة وذكر أبو يوسف في الامالي ان الثلاث يقع واحدة منها بثلث الالف والاثنتان تقفان على قبول المرأة قال القدوري وهذا صحيح على أصلهما لانها جعلت في مقابلة الواحدة لهما فاذا أوقعها بثلث الالف فقد زادها خيرا وابتدأ تطليقتين بثلثي الالف فوقف ذلك على قبولها والله أعلم

(فصل) وأما الذي يرجع الى نفس الركن فنحن لا نلحقه استثناء أصلا ورأسا سواء كان وضعا أو عرفيا عند عامة العلماء وعند مالك الاستثناء العرفي لا يمنع وقوع الطلاق وسند كالمسئلة ان شاء الله تعالى والكلام في هذا الشرط يقع في مواضع في بيان أنواع الاستثناء وفي بيان ماهية كل نوع وفي بيان شرائط محتمة اما الاول فالاستثناء في

الاصـل نـوعـان اسـتـثـناء وـضـعـي واسـتـثـناء عـرفـي اـمـا الـوـضـعـي فـهـو اـن يـكـون بـلـفـظ مـوـضـوع لـلـاسـتـثـناء وـهـو كـلـمـة الـوـضـع
يـجـري بـجـراها نـحـو سـوى وـغـيـر وـاشـبـاه ذـلـك وـأـمـا العـرفـي فـهـو تـعـلـيـق بـمـشـيئة الله تـعـالـى وـأـنـه لـيـس بـاسـتـثـناء فـي الـوـضـع
لـا نـعـد اـم كـلـمـة الـاسـتـثـناء بـل الـمـوجـود كـلـمـة الشـرط الـا بـهـم تـعـارـفـوا اـطـلـاق اسـم الـاسـتـثـناء عـلـى هـذا النـوع قـال الله تـعـالـى
اـذ اـقـدـه وـالـيـصـر مـنـها مـصـبـحـيـن وـلا يـسـتـنـون اـى لـا يـقـولـون اـن شـاء الله تـعـالـى وـبـيـنـه وـبـيـن الـا وـل مـنـاسـبة فـي مـعـنـى ظـاهـر
لـفـظ الـاسـتـثـناء وـهـو الـمـنـع وـالصـرف دـون الحـقـيـقـة فـا طـلـق اسـم الـاسـتـثـناء عـلـيـه وـبـعض مـشـايـخـنا قـال الـاسـتـثـناء نـوعـان
اسـتـثـناء تـحـصـيـل وـاسـتـثـناء تـعـطـيـل فـسـمـى الـا وـل اسـتـثـناء تـحـصـيـل لـا نـه نـكـلـم بـالحـاصـل بـعـد الثـنـيا وـالثـانـي تـعـطـيـل لـمـا اـنـه
يـتـعـطـل الكـلام بـه وـأـمـا الكـلام فـي بـيـان مـاهـية كـل نـوع اـمـا النـوع الـا وـل فـهـو تـكـلـم بـالبـاقـي بـعـد الثـنـيا وـهـذه العـبـارة هـي الـمـختـارة
دـون قـولـهم اسـتـخـراج بـعض الجـلـمـة المـفـوـظـة لـا نـ القـدر المـسـتـثـنى اـمـا اـن يـدخـل بـعـد نـص المـسـتـثـنى مـنـه وـا مـا اـن لـا يـدخـل
فـان لـم يـدخـل لـا يـتـصـور الـا خـراج وـان دخـل يـتـناقـض الكـلام لـا نـ نـص المـسـتـثـنى مـنـه يـثـبـت وـنـص الـاسـتـثـناء يـنـفـي
و يـسـتـحـيـل اـن يـكـون الحـكـم الـواحد فـي زـمـان مـثـبـتـا وـمـنـفـيا وـلـهـذا فـهـم مـن قـولـه تـعـالـى فـلـبـث فـيـهـم اـلـف سـنة الـا خـمـسـيـن عـامـا
مـا ذ كـر نـاحـتـى بـصـيـر فـي التـقـديـر كـانـه قـال فـلـبـث فـيـهـم تـسـع مـائـة وـخـمـسـيـن عـامـا لـا مـعـنـى الـا خـراج لـسـلـا يـؤـدـى اـلى
الـخـلـف فـي خـبـر الله تـعـالـى (وـأـمـا) النـوع الثـانـي فـهـو تـعـلـيـق بـالشـرط الـا نـ الشـرط اـذا كـان مـمـا يـتـوقـف عـلـيـه و يـعـلـم و جـودـه
يـنـزل المـعلق عـند و جـودـه و ان كـان مـمـا لـا يـعـلـم لـا يـنـزل و هـذا النـوع مـن التـعـلـيـق مـن هـذا القـبـيـل لـمـا نـذ كـر هـ ان شـاء الله تـعـالـى
(وـأـمـا) شـرط صـحـته فـلـصـحـة الـاسـتـثـناء شـر اـطـب بـعضـها يـعـم النـوعـيـن و بـعضـها يـنـحـص اـحـد هـمـا اـلـذـى يـعـمـهـما جـمـيـعـا فـهـو اـن
يـكـون الـاسـتـثـناء مـوـصـولـا بـمـا قـبـلـه مـن الكـلام عـند عـدم الـضـرـورـة حـتـى لو حـصـل الفـصـل بـيـنـهـما بـسـكـوت اـو غـيـر ذـلـك مـن
غـيـر ضـرـورـة لـا يـصـح و هـذا قـول عـامـة الصـحـابـة رضى الله عـنـهـم و عـامـة العـلـمـاء الـاشـيـاء روى عـن عـبـد الله بـن عـبـاس رضى
لـلـله عـنـهـما اـن هـذا لـيـس بـشـرط و يـصـح مـتـصـلا و مـنـفـصـلا و اـحتـج بـما روى عـن رـسـول الله صـلـى الله عـلـيـه و سـلـم اـنـه قـال
لـا غـر و ن قـر يـشـأ م قـال بـعـد سـنة اـن شـاء الله تـعـالـى و لو لم يـصـح لـمـا قـال و لـا نـ الـاسـتـثـناء فـي مـعـنـى التـخـصـيـص لـا نـ كـل و اـحـد
مـنـهـما بـيـان ثـم التـخـصـيـص يـصـح مـقـارنـا و مـتـرا خـيا فـكـذا الـاسـتـثـناء يـجـب اـن يـكـون مـتـصـلا و مـنـفـصـلا و لـنـا اـن الـاصـل فـي
كـل كـلام تـام بـنـفـسـه فـان كـان مـبـتـدـأ و خـبـرا اـن لـا يـقـف حـكـمـه عـلـى غـيـره و الـوقـف عـند الوـصـل لـضـرـورـة و هـي ضـرـورـة
اسـتـدراك الغـلط و الـضـرـورـة تـنـد فـع بـالمـوـصـول فـلا يـقـف عـند عـدم الوـصـل و لـهـذا لـم يـقـف عـلـى الشـرط المـنـقـطـع فـكـذا عـلـى
الـاسـتـثـناء المـنـقـطـع و لـا نـه عـند عـدم الوـصـول لـيـس بـاسـتـثـناء لـعـلـا نـ العـرب لـم يـتـكـلـم بـه و مـن تـكـلـم بـه لـا يـعـد و نـه اسـتـثـناء بـل
يـسـخـرون مـنـه و بـهـذا نـبـيـن اـن الروايـة عـن اـبـن عـبـاس رضى الله عـنـهـما لـا تـكـاد تـصـح لـا نـه كـان اـمـا مـا فـي اللـغـة كـيـا كـان اـمـا مـا فـي
الشـرـيعة و اـمـا التـخـصـيـص المـتـرا خـي فـعـنـد بـعض مـشـايـخـنا لـيـس بـيـان بـل هـو فـسـخ فـلا يـلـزم و عـنـد بـعضـهـم بـيـان لـيـكـن الـخـاق
الـبـيـان بـالجـمـل و العـام الـذـى يـمـكـن العـمـل بـظـاهـره مـتـرا خـيا مشـهور عـنـدهـم و اـنـه كـثـيـر النـظـيـر فـي كـتـاب الله عـز و جـل و اـمـا الـحـديث
قـبـيـه اـنـه قـال بـعـد تـلك المـقـالـة بـسـنة اـن شـاء الله تـعـالـى و لـيـس فـيـه اـنـه قـصـد بـه تـصـحـيـح الـاسـتـثـناء فـيـجـل اـنـه اـرـاد بـه اسـتـدراك
الـاسـتـثـناء المـأـمـور بـه فـي الكـتـاب العـز يز قـال عـز و جـل و لـا تـقـولـن لـشـي اـنـي فـاعـل ذـلـك غـدا اـلـا اـن يـشـاء الله اـبـى الـا اـن
تـقـول اـن شـاء الله فـنـسـي ذـلـك فـتـذ كـر بـعـد سـنة فـأـمر بـاسـتـدراك بـقـولـه سـبـحـانـه و تـعـالـى و اذ كـر بـك اـذا نـسـيت و يـحـتمـل
اـنـه عـلـيـه الصـلاة و السـلام اـضـمـر فـي نـفسـه اـمـر اـو اـرـاد فـي قـلبـه و عـزم عـلـيـه فـا ظـهـر الـاسـتـثـناء بـلسـانـه فـقـال اـن شـاء الله و مـثـل
هـذا مـعـتـاد فـيـا بـيـن النـاس فـلا يـصـح الـا حـتـجـاج بـه مـع الـاحـتمـال هـذا الـذـى ذ كـر نا اـذا كـان الفـصـل مـن غـيـر ضـرـورـة فـا مـا اـذا
كـان لـضـرـورـة التـنـفـس فـلا يـجـمـع الصـحـة و لـا يـعـد ذـلـك فـصـلا لـا اـن يـكـون سـكـنـة هـكـذا روى هـشـام عـن اـبـى يـوسـف لـا نـ هـذا
النـوع مـن الفـصـل مـمـا لـا يـمـكـن التـحـرـز عـنـه فـلا يـعـتـبـر فـصـلا و يـعـطـى لـه حـكـم الوـصـل لـلـضـرـورـة و اـمـا كـون الـاسـتـثـناء مـسـمـوعـا فـهـل
هـو شـرط ذ كـر الكـر خـي اـنـه لـيـس بـشـرط حـتـى لو حـرك لـسـانـه و اـنـي بـجـر و ف الـاسـتـثـناء يـصـح و ان يـمـكـن مـسـمـوعـا و ذ كـر
الـفـقـيـه اـبـو جـمـفـر الـهـنـد و اـنـي اـنـه شـرط و لـا يـصـح الـاسـتـثـناء بـدو نـه و جـهـه مـا ذ كـر هـ الكـر خـي اـن الكـلام هـو الحـر و ف المـنـظـومة

وقد وجدت فاما السماع فليس بشرط لكونه كلاما فان الاصح استثناءؤه وان كان لا يسمع والصحيح ما ذكره القفيه
أبو جعفر لان الحروف المنظومة وان كانت كلاما عند الكرخي وعندنا هي دلالة على الكلام وعبارة عنه لا نفس الكلام
في الغائب والشاهد جميعا فلم توجد الحروف المنظومة ههنا لان الحروف لا تتحقق بدون الصوت فالحروف المنظومة
لا تتحقق بدون الاصوات المتقطعة بتقطيع خاص فاذا لم يوجد الصوت لم توجد الحروف فلم يوجد الكلام عنده
ولادلالة الكلام عندنا فلم يكن استثناء والله الموفق وأما الذي يخص أحد النوعين وهو الاستثناء الوضعي فهو
ان يكون المستثنى بعض المستثنى منه لا كله لانه ان كان الاستثناء تكلم بالباقي بعد التثنية ولا يكون تكلما بالباقي الا ان
يكون المستثنى بعض المستثنى منه لا كله ولان الاستثناء يجري مجرى التخصيص والتخصيص يرد على بعض أفراد
العموم لا على الكل لان ذلك يكون نسبيا لا تخصيصيا وكذا الاستثناء نسخ الحكم ونسخ الحكم يكون بعد ثبوته
والطلاق بعد وقوعه لا يحتمل النسخ فبطل الاستثناء ومن مشايخنا من قال ان استثناء الكل من الكل انما يصح لانه
رجوع والطلاق مما لا يحتمل الرجوع عنه وكذا العناق وكذا الاعناق وكذا الاقرار وهذا غير سديد لانه لو كان
كذلك لصح فيما يحتمل الرجوع وهو الوصية ومع هذا لا يصح حتى لو قال أوصيت لفلان بثلث مالى الاثلاث مالى
لم يصح الاستثناء ونصح الوصية فدل ان عدم الصحة ليس لكان الرجوع بل لما قلنا انه ليس باستثناء و يصح
استثناء البعض من الكل سواء كان المستثنى أقل من المستثنى منه أو أكثر عند عامة العلماء وعامة أهل اللغة وروى
عن أبي يوسف انه لا يصح استثناء الاكثر من الاقل وهو قول القراء وجه قولهما ان الاستثناء من باب اللغة وأهل
اللغة لم يتكلموا باستثناء الاكثر من الاقل ولان الاستثناء موضع في الاصل لا استدراك الغلط والغلط يجري في
الاقل لا في الاكثر ولنا ان أهل اللغة قالوا الاستثناء تكلم بالباقي بعد التثنية من غير فصل بين الاقل والاكثر الا انه
قل استعمالهم الاستثناء في مثله لقلة حاجتهم اليه لقلة وقوع الغلط فيه وهذا لا يكون منهم ارجاء للفظ من ان يكون
استثناء حقيقة كمن أكل لحم الخنزير لا يمتنع أحد من أهل اللسان من اطلاق القول بانه أكل لحم الخنزير وان كان
يقل استعمال هذه اللفظة لكن قلة استعمالها لقلة وجود الاكل لا لانعدام معنى اللفظ حقيقة كذا هذا وعلى هذا
تخرج مسائل هذا النوع اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا لا واحدة يقع ثنتان لان هذا استثناء صحيح لكونه
تكلما بالباقي بعد التثنية والباقي بعد استثناء الواحدة من الثلاث ثنتان الا ان الثنتين اسمين أحدهما ثنتان والآخر
ثلاث الواحدة ولو قال الاثنتين يقع واحدة لان استثناء الاكثر من الاقل استثناء صحيح أيضا لما ذكرنا ولو قال
الاثلاثا وقع الثلاث لان الاستثناء لم يصح لانه استثناء الكل من الكل ولو قال أنت طالق ثلاثا لا واحدة وواحدة
وواحدة وقع الثلاث وبطل الاستثناء في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف جاز استثناء الاولى والثانية وبطل
استثناء الثالثة وتلزمه واحدة وجه قوله ان استثناء الاولى والثانية استثناء البعض من الكل فصح ان انه لو سكت
عليه لجاز فاما استثناء الثالثة فاستثناء الكل من الكل فلم يصح فالصحيح بالعدم فيقع واحدة ولا ي حنيفة ومحمد ان أول
الكلام في الاستثناء يقف على آخره فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح كما لو قال أنت طالق ثلاثا لا واحدة ولا ي
لما قال الواحدة وواحدة وواحدة فقد جمع بين الكل بحرف الجمع فصار كأنه قال الاثلاثا ولو قال أنت طالق واحدة
وواحدة وواحدة الاثلاثا يقع الثلاث وبطل الاستثناء في قولهم جميعا لان الاستثناء اذا كان موصولا يقف أول
الكلام على آخره فكان الاستثناء راجعا الى الكل فبطل ولانه ذكر جملتين وجمع بين كل جملة بحرف الجمع فكان
استثناء الجملة من الجملة فلا يصح واذا قال أنت طالق اثنتين واثنتين الاثنتين يقع ثنتان في قول أبي يوسف ومحمد
وقال زفر يقع ثلاث كذا ذكر القدوري ولم يذكر قول أبي حنيفة وجه قول زفر ان الاصل في الاستثناء انه ينصرف
الى ما يليه لانه أقرب اليه وهو متصل به أيضا ولا ينصرف الى غيره الا بدليل ومتى انصرف الى ما يليه كان استثناء
الكل من الكل فلا يصح ولهما ان الاستثناء يصح ما مكن ولو جعلناه مما يليه لبطل ولو صرف الى الجملتين يصح

لانه يصير مستثنيا من كل ثنتين واحدة فبقى من كل جملة واحدة وروى هشام بن عبد الله الرازي عن محمد فيمن قال أنت طالق اثنتين واثنتين الا ثلاثا انه يقع ثلاث لانه لا يمكن تصحيح الاستثناء ههنا لان أول الكلام في كل واحدة من الجملتين وقف على آخره فصار كأنه قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا لانه لا يمكن ان يجعل الاستثناء في الجملتين على السواء لانه يصير مستثنيا من كل جملة تطليقة ونصفا وهذا استثناء جميع الجملة لان استثناء واحدة ونصف استثناء ثنتين لان ذكر البعض فيها لا يتبع ذكر لكاه فكان استثناء الكل من الكل ولا يمكن ان يجعل من احدى الجملتين لانه يكون استثناء الكل من الكل وزيادة ولا يمكن ان يصرف اثنتان من الثلاث أو جملة واحدة الى جملة أخرى لان هذا خلاف تصرفه وانشاء تصرف آخر لم يوجد منه فتعذر تصحيح هذا الاستثناء من جميع الوجوه فبطل الاشكال على القسم الاول ان ذكر البعض فيها لا يتبع لا يكون ذكر الكل في الاستثناء بل هو ملحق بالعدم بدليل انه لو قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة ونصفا يقع عليها ثنتان ولو كان ذكر بعض الطلاق ذكر الكاه في الاستثناء لوقع عليها واحدة لانه يصير كأنه قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين وكان الفقه في ذلك ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فينظر الى الباقي والباقي ههنا تطليقة ونصف ونصف تطليقة تطليقة كاملة فيقع ثنتان كأنه قال أنت طالق اثنتين واذا لم يصرد ذكر البعض ذكر الكل في الاستثناء يصير مستثنيا من كل جملة تطليقة واحدة وتلغو واحدة من الاستثناء وهذا أولى من الغاء الكل فيجب ان يقع ثنتان كما في المسئلة الاولى عندهما وفي هذه المسئلة اشكال على ما روى هشام عن محمد وروى هشام أيضا عن محمد فيمن قال أنت طالق اثنتين وأر بما الا خمسائها تطلق ثلاثا لانه لا يمكن تصحيح الاستثناء بالصرف الى الجملتين على الشيوخ ولا بالصرف الى واحدة منهما ولا يصرف البعض عينا الى جملة والبعض الى جملة أخرى لما قلنا والاشكال على القسم الاول على ما بينا وقال بشرع أبي يوسف فيمن قال لا مر أنه أنت طالق واحدة واثنتين الا اثنتين انه ثلاث وهو قول محمد والوجه فيه ما ذكرنا والاشكال على نحو ما بينا هذا اذا كان لفظ الاستثناء من جنس المستثنى منه فان كان شيئا خلافاً جنسه يصح الاستثناء ولا تطلق وان أُنِيَ على جميع المسمى نحو ان يقول نسائي طوالت الا هؤلاء وليس له نساء غيرهن فانه يصح الاستثناء ولا تطلق واحدة منهن لان الاستثناء يعتبر فيه اللفظ والاشارة مع التسمية مختلفان لفظا فصح الاستثناء بخلاف قوله نسائي طوالت الا نسائي ولان عند اختلاف اللفظين يكون معناه نسائي غير هؤلاء طوالت وهذا اضافة الطلاق الى غير هؤلاء وقيل هذا اذا كان الاربع مادون هؤلاء فاذا كن أر بما لا يصح الاستثناء ويطلقن كلهن لانه لا يتصور استثناء غيرهن فصار كما لو قال نسائي طوالت ولا نساء له وهناك لا يصح الاستثناء ويطلقن كلهن فيصير التقدير كأنه قال نسائي الا نسائي طوالت وذلك طلقن كذا هذا وكذا هذا في العتاق اذا قال عبيدي كلهم أحرار الا عبيدي لم يصح الاستثناء وعتقوا جميعا ولو قال عبيدي أحرار الا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم وكذلك هذا في الوصية اذا قال أو وصيت بثلاث مالى لفلان أو وصيت لفلان بثلاث مالى الا ألف درهم ومات وثلاث ماله ألف درهم صح الاستثناء وبطلت الوصية ولو قال أو وصيت بثلاث مالى الا ثلاث مالى لم يصح الاستثناء وكان للموصي له ثلاث ماله ولو قال أنت طالق عشر الا تسعا يقع واحدة والا صل انه اذا تكلم بالطلاق باكثر من الثلاث ثم استثنى منه فلا يستثنى يرجع الى جملة الكلام لا الى القدر الذي يصح وقوعه وهو الثلاث خاصة فيتبع اللفظ لا الحكم فلا ثبت الحكم في القدر المستثنى وبُني فيما بقي قدر ما يصح ثبوته لانه تكلم بالباقي بعد الثنيا فاذا قال أنت طالق عشرة الا تسعا يقع واحدة ولو قال الا ثمانيا يقع اثنتان واذا قال الا سبعا يقع ثلاث لما ذكرنا ان الاستثناء يتبع اللفظ لا الحكم فصح الاستثناء ودخل على الجملة الملقوطة وعمل فيها فتبين ان القدر المستثنى لم يدخل في الجملة فلا يقع قدر ما دخل عليه الاستثناء ويقع الباقي وهو الثلاث لانه مما يصح وقوعه وكذلك اذا قال الاستأ أو خمسا أو أر بما أو ثلاثا أو اثنتين أو واحدة يقع ثلاث لان الثلاث هي التي يصح وقوعها مما بقي اذا لا يزيد الطلاق على الثلاث ولو قال أنت طالق ثلاثا

الاثلاثا لا واحدة تقع واحدة والاصل في مسائل الاستثناء من الاستثناء ان لخير يحاطر يقين أحدهما انه ينظر الى
 الاستثناء الاخير فيجعل استثناء مما يليه ثم ينظر الى ما بقي منه فيجعل ذلك استثناء مما يليه هكذا الى الاستثناء
 الاول ثم ينظر الى الباقي من الاستثناء الاول فيستثنى ذلك القدر من الجملة المقبولة فما بقي منها فهو الواقع فاذا قال
 أنت طالق ثلاثا الاثلاثا لا واحدة يستثنى الواحدة من الثلاثة يبقى اثنتان يستثنى من الثلاثة فتبقى واحدة كانه قال
 أنت طالق ثلاثا الا اثنتين فان قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين يقع اثنتان لانك تستثنى الاثنتين من الثلاثة
 فتبقى واحدة تستثنى من الثلاثة فيبقى اثنتان فان قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين الا واحدة تقع واحدة لانك
 تستثنى الواحدة من اثنتين فيبقى واحدة تستثنى من الثلاث فيبقى اثنتان تستثنى من الثلاث فيبقى واحدة هي الواقع
 وكذلك اذا قال أنت طالق عشرة الا تسعا الاثمانيا لك تستثنى ثمانية من تسع فبقي واحدة تستثنى من العشر فيبقى
 تسع كانه قال أنت طالق تسعا فيقع ثلاث فان قال أنت طالق عشرة الا تسعا الا واحدة يقع ثنتان لانك اذا استثنيت
 الواحدة من التسع يبقى ثمانية تستثنى من العشر فيبقى اثنتان كانه قال أنت طالق عشرة الاثمانيا وعلى هذا جميع هذا
 الوجه وقياسه والثاني يرجع الى عقد اليد وهو أن تعقد العدد الاول بيمينك والثاني بيسارك والثالث تضمه الى ما في
 يمينك والرابع بيسارك تضمه الى ما بيسارك ثم طرح ما اجتمع في بيسارك من جملة ما اجتمع في يمينك فما بقي في يمينك
 فهو الواقع والله أعلم * وأما مسائل النوع الثاني من الاستثناء وهو تعليق الطلاق بمشينة الله عز وجل فنقول اذا علق
 طلاق امر أنه بمشينة الله يصح الاستثناء ولا يقع الطلاق سواء قدم الطلاق على الاستثناء في الذكر بان قال أنت
 طالق ان شاء الله أو أخره عنه بان قال ان شاء الله تعالى فان قلت طالق وهذا قول عامة العلماء وقال مالك لا يصح الاستثناء
 والطلاق واقع وعلى هذا تعليق العتق والنذور والعيمين بمشينة الله سبحانه وتعالى وجه قوله ان هذا ليس تعليقاً بشرط
 لان الشرط ما يكون معدوماً على خطر الوجود ومشيئة الله تعالى أزلية لا محتمل العدم فكان هذا تعليقاً بامر كائن
 فيكون تحقيقاً لا تعليقاً كما لو قال أنت طالق ان كانت السماء فوقنا ولنا قوله عز وجل خبرا عن موسى عليه
 وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام ستجدني ان شاء الله صابرا وصبوحا استثناءه حتى لم يصبر بترك الصبر مخلفا
 في الوعد ولولا صحة الاستثناء لصار مخلفا في الوعد بالصبر والخلف في الوعد لا يجوز والنبي معصوم وقال سبحانه
 وتعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله أي الا أن تقول ان شاء الله ولو لم يحصل به صيانة الخبر عن
 الخلف في الوعد لم يكن للامر به معنى وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف بطلاق أو عتاق
 وقال ان شاء الله فلا حث عليه وهذا نص في الباب وروى انه صلى الله عليه وسلم قال من استثنى فله ثنيه ولا ن
 تعليق الطلاق بمشيئة الله تعالى تعليق بما لا يعلم وجوده لا نال ندري انه شاء وقوع هذا الطلاق أو لم يشأ على معنى
 ان وقوع هذا الطلاق هل دخل تحت مشيئة الله تعالى أو لم يدخل فان دخل وقع وان لم يدخل لا يقع لان ما شاء الله
 كان وما لم يشأ لم يكن فلا يقع بالشك وبه تبين ان هذا ليس تعليقاً بامر كائن ولان دخول الوقوع تحت مشيئة الله
 تعالى غير معلوم وهذا هو تفسير تعليق الطلاق بمشيئة الله عز وجل ومن الناس من فرق بين الطلاق والعتاق فقال لا يقع
 الطلاق ويقع العتاق وزعم بانهم لم توجد المشيئة في الطلاق ووجدت في العتاق لان الطلاق مكروه الشرع والعتاق
 مندوب اليه وهذا هو مذهب المعتزلة ان ارادة الله تعالى تتعلق بالقرب والطاعات لا بالمكان والمعاصي وان الله تعالى
 أراد كل خير وصلاح من العبد ثم العبد قد لا يفعله لسوء اختياره وبطلان مذهبهم يعرف في مسائل الكلام ثم انهم
 ناقضوا حيث قالوا فمين حلف فقال لا صوم من غدا ان شاء الله تعالى أو قال لا صلين ركعتين أو لا قضين دين فلان
 فضي القدر ولم يفعل شيئا من ذلك انه لا يحنث ولو شاء الله تعالى كل خير لحنث لان هذه الافعال خيرات وقد شاءها
 عندهم وكذلك لو قال أنت طالق لو شاء الله تعالى أو قال ان لو يشاء الله تعالى لما قلنا وكذا لو قال الا ان يشاء الله لان
 معناه الا ان يشاء الله أن لا يقع وذلك غير معلوم وكذا لو قال ما شاء الله تعالى لان معناه الذي شاءه الله تعالى ولو قال أنت

طالق ان لم يشاء الله تعالى يكون المستثنى كقوله ان شاء الله تعالى لان هذا في الحقيقة تعليق بعدم دخول الوقوع تحت
 مشيئة الله تعالى وذلك غير معلوم ولو قال أنت طالق وان شاء الله أو قال فان شاء الله تعالى لم يكن استثناء عند أبي
 يوسف لانه حال بين الطلاق وبين الاستثناء خرف هو حشو فيصير فاصلا بمنزلة السكتة فيمنع التعليق بالشرط فيقع
 في الحال ولو قال أنت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله تعالى لا يصح الاستثناء ويقع الثلاث في قول أبي حنيفة وقال أبو
 يوسف ومحمد الاستثناء جائز وعلى هذا الخلاف اذا قال أنت طالق ثلاثا وثلاثا واحدة ان شاء الله تعالى وجه قولهما ان في
 الاستثناء الوصول يقف أول الكلام على آخره فكان قوله ثلاثا وثلاثا كلا ما واحد أفعمل فيه الاستثناء كما لو قال
 أنت طالق ستان شاء الله تعالى ولانه جمع بين الجملتين بحرف الجمع وهو حرف الواو فصار كما لو ذكرهما بلفظ واحد
 فقال أنت طالق ستان شاء الله تعالى ولا في حنيفة ان العدد الثاني وقع لغوا لانه لا يتعلق به حكم اذ لا من بدل للطلاق على
 الثلاث فصار فاصلا ففتح محبة الاستثناء كما لو سكت بخلاف ما لو قال أنت طالق ستان لا ذكر الكل جملة واحدة فلا
 يمكن فصل البعض عن البعض ولو قال أنت طالق واحدة وثلاثا ان شاء الله تعالى جاز الاستثناء في قولهم جميعا لان
 الكلام الثاني ههنا ليس بلغوا لانه جملة يتعلق بها حكم فلم يصرفا فصلا بخلاف الفصل الاول ولو جمع بين جملتين بحرف
 الواو ثم قال في آخرهما ان شاء الله تعالى بان قال امر أنه طالق وعنده حران شاء الله تعالى انصرف الاستثناء الى
 الجملتين جميعا حتى لا يقع الطلاق والعناق بالاتفاق وكذا اذا ذكر الشرط في آخر الجملتين بان قال ان دخلت الدار
 أو ان كلمت فلانا ولو قال زيد على ألف درهم ولعمرو على ألف درهم الاخمسة انصرف الاستثناء الى الجملة الاخيرة
 عند عامة العلماء وقال بعضهم ينصرف الى جميع ما تقدم من الجمل وبه أخذ الشافعي وعلى هذا الاصل بنوا مسألة
 المحدود في القذف اذا تاب وشهد لان قوله الا الذين تابوا منصرف الى ما يليه عندنا وعندهم الى جميع ما تقدم وجه قول
 هؤلاء ان الواو العطف اذا دخل بين الكلامين يجعلهما كلاما واحدا كما في قول القائل جاءني زيد وعمر ومعناه جاءني
 وكما اذا قال امر أنه طالق وعنده حران شاء الله تعالى أو قال ان دخلت الدار انه يتعلق الامر ان جميعا بالشرط وان كان
 كل واحد منهما جملة تامة لكن لما دخل بينهما الواو العطف جعل كلاما واحدا وتعلقا جميعا بالشرط كذا هذا ولهذا
 اذا كان المعطوف ناقصا شارك الاول في حكمه وجعل الكل كلاما واحدا بان قال لا امر أنه أنت طالق وفلانة حتى
 يقع الطلاق عليهما كذا هذا ولنا ان الاصل في الاستثناء أن ينصرف الى ما يليه لانه أقرب اليه ومتصل به ولانه
 ليس بكلام مفيد بنفسه مستقل بذاته فلا بد من ربطه بغيره ليصير مفيدا وهذه الضرورة تندفع بالصرف الى ما يليه
 فانصرف الى غيره من الجمل المتقدمة بدخول حرف العطف بين الجملتين فيجعلهما كلاما واحدا وجملة واحدة
 وانما يجعل كلاما واحدا والجملتان جملة واحدة الواو العطف اذا كانت احدي الجملتين ناقصة بحيث لو فصلت
 عن الجملة الاخرى لا تكون مفيدة فاما اذا كانت كاملة بحيث لو فصلت عن الاخرى كانت مفيدة فلا يجعلان
 كلاما واحدا لان العمل للعطف الموجب للشركة والشركة ثابتة بدون حرف الواو فكان الوصل والاشراك
 بحرف الواو وعدمه سواء ولان جعل الكلامين كلاما واحدا خلاف الحقيقة فلا يصار اليه الا للضرورة وهي أن
 تكون احدي الجملتين ناقصة اما بصورة أو معنى كما في قول القائل جاءني زيد وعمر فان الجملة الثانية ناقصة لانها
 مبتدأ لا خبر له فجعلت كاملة بالاشراك بحرف الواو كما في قول الرجل لا امر أنه زينب طالق وعمر لما قلنا أو تكون
 ناقصة معنى في حق حصول غرض المتكلم كما في قوله امر أنه طالق وعنده حران شاء الله تعالى أو ان دخلت الدار فان
 هناك احدي الجملتين ناقصة في حق حصول غرض الخالف لان غرضه أن يجعلهما جميعا جزءا واحدا للشرط
 وان كان كل واحد في نفسه يصلح جزءا تاما وهذا الغرض لا يحصل الا بالاشراك والوصل فيكون أحدهما بعض الجزء
 فكانت جملة ناقصة في المعنى وهو تحصيل غرضه فيجعل كانه ناقص في أصل الافادة ومثل هذه الضرورة لم توجد
 ههنا فثبتت كل جملة منفردة بحكمها وان كانت معطوفة بحرف الواو كما لو قال جاءني زيد وذهب عمرو فان هذا

عطف جملة على جملة بحرف الواو ولم تثبت الشركة بينهما في الخبر لما قلنا كذا هذا ولو أدخل الاستثناء على جملتين كل واحدة منهما بمن بان قال امرأتى طالق ان دخلت الدار وعبدى حر ان كلمت فلانا ان شاء الله تعالى انصرف الاستثناء الى ما يليه في قول أبي يوسف فتطلق امرأته ولا يعتق عبده وقال محمد ينصرف الى الجملتين جميعا ولا يقع الطلاق والعناق وجه قول محمد على نحو ما ذكرنا ان الكلام معطوف بمضيه على بعض بحرف العطف لانه عطف احدي الجملتين على الاخرى بحرف الواو فيجعلهما كلاما واحدا كفا في التنجيز بان يقول امرأته طالق وعبدى حر ان شاء الله تعالى وأي فرق بين التنجيز والتعليق وحجة أبي يوسف على نحو ما ذكرنا ان الاصل في الاستثناء أن ينصرف لما يليه لا يبتنا وانصرفا الى غير لتمام الجملة الناقصة صورة ومعنى أو معنى على ما ذكرنا وهما كل واحدة من الجملتين تامة صورة ومعنى أما الصورة فظاهر وأما المعنى فلا لانه لا علق كل جزء بشرط على حدة علم ان غرضه ليس جعلهما جميعا جزءا واحدا فكان كل واحد منهما جملة واحدة فكان كل واحد منهما من الطلاق والعناق جزءا تاما صورة ومعنى ولو قدم الاستثناء فقال ان شاء الله تعالى فأنت طالق فهو استثناء صحيح لانه وصل الطلاق بالاستثناء بحرف الوصل وهو الفاء فيصح التعليق بمشبهة الله تعالى كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وكذا لو قال ان شاء الله تعالى وأنت طالق لان الواو للجمع فتصير الجملة كلاما واحدا ولو قال ان شاء الله تعالى أنت طالق جازا الاستثناء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يقع الطلاق وقال محمد هو استثناء منقطع والطلاق واقع في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل انه أراد به الاستثناء (وجه) قول محمد ان الجزء اذا كان متأخرا عن الشرط لا بد من ذكر حرف الاتصال وهو حرف الفاء ليتصل الجزء بالشرط واذا لم يوجد لم يتصل فكان قوله ان شاء الله تعالى استثناء منقطعا فلم يصح وقوع الطلاق كما اذا قال ان دخلت الدار فأنت طالق فانه لا يتعلق لعدم حرف التعليق وهو حرف الفاء فيبقى تنجيزا فيقع الطلاق كذا هذا ولهما ان الفاء يضمير في كلامه تصحيحا للاستثناء والاضمار في مثل هذا الكلام جائز قال الشاعر

من يفعل الحسنات الله يشكرها * والشر بالشر عند الله مثلال

أي فالله يشكرها أو يجعل الكلام على التقديم والتأخير تصحيحا للاستثناء كانه قال أنت طالق ان شاء الله تعالى والتقديم والتأخير في الكلام جائز أيضا في اللغة وهذا الوجهان يصحان لتصحيح الاستثناء فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لان كل واحد منهما خلاف الظاهر فلا يصدق القاضى ألا ترى انه اذا قال ان دخلت الدار أنت طالق لا يتعلق وان أمكن تصحيح التعليق باحد هذين الطريقين لكن لما كان خلاف الظاهر لم يتعلق ولا يصدق انه أراد به التعليق في القضاء وانما يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لا غير كذا هذا (وجه) الفرق بين المسئلتين ان الحاجة الى ذكر حرف الفاء في التعليق بسائر الشرط واذا كان الجزء متأخرا عن الشرط في الملك ليتصل الجزء بالشرط فيوجد عند وجود الشرط لانه شرط يمكن الوقوف عليه والعلم به على تقدير وجوده فلا بد من وصل الجزء بالشرط بحرف الوصل بخلاف التعليق بمشبهة الله تعالى ووقوع هذا الطلاق مما لا سبيل لنا الى الوقوف عليه رأسا حتى تقع الحاجة الى وصل الجزء به ليوحد عند وجوده فكان تعطيلنا في علمنا فلا حاجة الى ذكر حرف الوصل قبل هذا الشرط والدليل على التفرقة بين الشرطين انه اذا قال ان شاء الله تعالى وأنت طالق يصح الاستثناء ولو قال ان دخلت الدار وأنت طالق لا يصح التعليق ويقع الطلاق للحال ولو قال عتبت به التعليق لا يصدق قضاء ولا ديانة لما ذكرنا كذا هذا كله اذا علق الطلاق بمشبهة الله تعالى فأما اذا علق الطلاق بمشبهة غير الله فان علق بمشبهة من يوقف على مشيئته من العباد بأن قال ان شاء زيد فالطلاق موقوف على مشيئته في المجلس الذي يعلم فيه بالتعليق لان هذا النوع من التعليق يملك لما ذكر في تنقيح المجلس كسائر التعليلات وان علقه بمشبهة من لا يوقف على مشيئته نحو ان يقول ان شاء جبريل أو الملائكة أو الجن أو الشياطين فهو بمنزلة التعليق بمشبهة الله تعالى لانه لا يوقف على مشيئته هؤلاء كما

لا يوقف على مشيئة الله عز وجل فصار كأنه قال ان شاء الله تعالى ولو جمع بين مشيئة الله تعالى وبين مشيئة العباد فقال ان شاء الله تعالى وشاء زيد فشاء زيد لم يقع الطلاق لانه علقه بشرطين لا يعلم وجود أحدهما والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما كما لو قال ان شاء زيد وعمر فشاء أحدهما والله الموفق (ومنها) أن لا يكون انتهاء الغاية فان كان لا يقع وهذا قول أبي حنيفة وزفر وقال أبو يوسف ومحمد هذا ليس بشرط ويقع وان جعل انتهاء الغاية وهل يشترط أن لا يكون ابتداء الغاية قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط والا صل في هذا ان عند زفر الغايتان لا يدخلان ثم ينظر ان بقي بينهما شيء وقع والا فلا وعند أبي يوسف ومحمد الغايتان تدخلان وعند أبي حنيفة الاولى تدخل لا الثانية وبيان هذه الجملة اذا قال لا مرأته أنت طالق واحدة الى اثنتين أو ما بين واحدة الى اثنتين فهي واحدة عند أبي حنيفة وعندهما هي اثنتان وعند زفر لا يقع شيء ولو قال أنت طالق من واحدة الى ثلاث أو ما بين واحدة الى ثلاث فهي اثنتان في قول أبي حنيفة وعندهما هي ثلاث وعند زفر هي واحدة (وجه) قول زفر ان كلمة من لا ابتداء الغاية وكلمة الى لا انتهاء الغاية يقال سرت من البصرة الى الكوفة أى البصرة كانت ابتداء غاية المسير والكوفة كانت انتهاء غاية المسير والغاية لا تدخل تحت ماضى بت له الغاية كما في البيع فانه اذا قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط فالخاططان لا يدخلان في البيع فكان هذا ماضى بعت له الغاية لا الغاية لا الغاية فيقع ماضى بت له الغاية لا الغاية وكذا اذا قال بعتك ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط لا يدخل الخاططان في البيع كذاهما ولهذا لم تدخل احدى الغايتين عند أبي حنيفة كذا الاخرى ولهما ان ما جعل غاية لا بد من وجوده اذ المعدوم لا يصلح غاية ومن ضرورة وجوده وقوعه ولهذا دخلت غاية الاولى فكذا الثانية بخلاف البيع فان الغاية هناك كانت موجودة قبل البيع فلم يكن وجودها بالبيع ليكون من ضرورة وجودها بالبيع دخولها فيه فلم تدخل وأبو حنيفة بنى الامر في ذلك على العرف والعادة فان الرجل يقول في العرف والعادة فلان على من مائة درهم الى الف ويريد به دخول الغاية الاولى لا الثانية وكذا يقال سن فلان من تسعين الى مائة ويراد به دخول الغاية الاولى لا الثانية وكذا اذا قيل ما بين تسعين الى مائة وقيل ان الاصمعي أزم زفر هذا الفصل على باب الرشيد فقال له كم سنك فقال من سبعين الى ثمانين وكان سنه أقل من ثمانين فتحير زفر ولان انتهاء الغاية قد تدخل تحت ماضى بت له الغاية وقد لا تدخل قال الله تعالى ثم اتعوا الصيام الى الليل والليل لم يدخل تحت الامر بالصوم فيه فوقع الشك في دخول الغاية الثانية في كلامه فلا يدخل مع الشك فان نوى واحدة في قوله من واحدة الى ثلاث كما قال زفر دين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ولا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر وقياس ظاهر أصلهما في قوله أنت طالق من واحدة الى اثنتين انه يقع الثلاث لان الغايتين يدخلان عندهما الا أنه يحتمل انه جعل تلك الواحدة داخلة في الثنتين ويحتمل انه جعلها غير الثنتين فلا تقع الزيادة على الثنتين بالشك وروى عن أبي يوسف أنه قال في رجل قال لا مرأته أنت طالق اثنتين الى اثنتين انه يقع ثنتان لانه يحتمل أن يكون جعل الابتداء هو الغاية كأنه قال أنت طالق من اثنتين اليهما وكذا روى عن أبي يوسف أنه قال اذا قال أنت طالق ما بين واحدة وثلاث فهي واحدة لانه ما جعل الثلاث غاية وانما أوقع ما بين المدين وهو واحدة فتقع واحدة وان قال أنت طالق ما بين واحدة الى أخرى أو من واحدة الى واحدة فهي واحدة أما على أصل أبي حنيفة فلا ان الغاية الاولى تدخل ولا تدخل الثانية فتقع واحدة وأما على أصلهما فالغايتان وان كانتا يدخلان جميعا لكن يحتمل أن يكون المراد من قوله من واحدة الى واحدة أى منها واليهما فلا يقع أكثر من واحدة وأما على أصل زفر فالغايتان لا يدخلان ولم يبق بينهما شيء والله عز وجل أعلم (ومنها) أن لا يكون مضروبا فيه فان كان لا يقع ويقع المضروب وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر هذا ليس بشرط ويقع المضروب والمضروب فيه وبيان ذلك فحين قال لا مرأته أنت طالق واحدة في اثنتين أو قال واحدة في ثلاث أو اثنتين في اثنتين وجملة الجواب فيه انه ان نوى به الظرف والوعاء لا يقع الا المضروب لان الطلاق لا يصلح

ظرفا وان نوى مع يقع المضروب والمضروب فيه بقدر ما يصح وقوعه بلا خلاف وان نوى به الضرب والحساب ولم تكن له نية يقع المضروب لا المضروب فيه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يقع المضروب والمضروب فيه بقدر ما يصح وقوعه (وجه) قوله ان الواحد في اثنين اثنين على طريق الضرب والحساب والواحد في الثلاثة ثلاثة والاثنان في الاثنين أربعة وهذا يقتضي وقوع المضروب والمضروب فيه كما لو جمع بينهما بلفظ واحد فقال أنت طالق اثنين أو ثلاثا أو أربعين بما لا أن العدد المجتمع له عبارة ان احدهما الاثنان والثلاثة والاربعة والاخرى واحد في اثنين وواحد في ثلاثة واثنان في اثنين (ولنا) وجوه ثلاثة أحدها ان الضرب انما يتقدر في المساحة فأما ما لا مساحة له فلا يتقدر فيه الضرب لان تقدير ضرب الاثنين في الاثنين خطان يضم اليهما خطان آخران فمن هذا الوجه يقال الاثنان في الاثنين أربعة والطلاق لا يحتمل المساحة فاذا نوى في عدد الطلاق الضرب فقد أراد محالا فبطلت نيته والثاني ان الشيء لا يتعدد بالضرب وانما يتكرر أجزاءه فواحد في اثنين واحد له جزآن واثنان في اثنين اثنان له أربع أجزاء وطلاق له جزء وطلاق له جزآن وثلاثة وأربعة أكثر من ذلك سواء الثالث انه جعل المضروب فيه ظرفا للمضروب والطلاق لا يصلح ظرفا لذو طرف الشيء هو المحتوى عليه ولا يتصور احتواء الطلاق على شيء لان الاحتواء من خواص الاجسام فلا يصلح ظرفا للمضروب فلا يقع وهذا القول لا مرأته أنت طالق في دخولك الدار أو قال لها أنت طالق في حيضتك لا يقع للحال لانه جعل الدخول والحيض ظرفا وانهما لا يصلحان ظرفا لاستحالة تحقق معنى الظرف فيهما الا ان ثمة يتعلق الطلاق بالدخول والحيض ويجعل في معنى مع مناسبة لان مع كلمة مقارنة والمظروف يقارن الظرف فصار كانه قال أنت طالق مع دخول الدار أو مع حيضك وهما الوارد بنى مع في قوله في اثنين أو في ثلاث يقع الثلاث وكذا الوارد بكلمة في حرف الواو لان الواو للجمع والظرف بجامع المظروف من جميع الجهات فيجوز استعماله كله والظرف على ارادة المقارنة أو الاجتماع من جهة واحدة والله تعالى الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما الذي يرجع الى الوقت فهو مضى مدة الايلاء وهو شرط وقوع الطلاق بالايلاء حتى لا يقع الطلاق قبل مضى المدة لان الايلاء في حق أحد الحاكمين وهو البر طلاق معلق بشرط ترك النفي في مدة الايلاء لقوله عز وجل وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم وروى عن ابن عباس وعدة من الصحابة رضى الله عنهم ان عزم الطلاق ترك النفي اليها أربع أشهر فقد جعل ترك النفي أربع أشهر شرط وقوع الطلاق في الايلاء والكلام في الايلاء يقع في مواضع في تفسير الايلاء لغة وشرعا وفي بيان ركن الايلاء وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الايلاء وفي بيان ما يبطل به الايلاء أما تفسيره فالايلاء في اللغة عبارة عن اليمين يقال آلى أى حلف ولهذا سميت اليمين آلية وجمعها آليات الشاعر

قليل الا لا يحافظ ليمينه * وان صدرت منه الالية بتر

وفي حرف عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وابن عباس رضى الله عنهما اللذين يقسمون من نسايتهم والقسم واليمين من الاسماء المتراداة وقال الله تعالى ولا تأتوا أولي الفضل منكم والسعة أى ولا يحلف وفي الشريعة عبارة عن اليمين على ترك الجماع بشرائط مخصوصة ذكرها في مواضعها ان شاء الله تعالى وأما ركنه فهو اللفظ الدال على منع النفس عن الجماع في الفرج مؤكدا باليمين بالله تعالى أو بصفاته أو باليمين بالشرط والجزاء حتى لو امتنع من جماعها أو هجرها سنة أو أكثر من ذلك لم يكن موليا ما لم يأت بلفظ يدل عليه لان الايلاء يمين لما ذكرنا واليمين تصرف قولى فلا بد من القول ولو آتى بلفظ يدل على نفي الجماع فبإدو الفرج لم يكن ذلك ايلاء في حق حكم البر لان حكم البر انما يثبت لصيرورته ظاهرا بترك الجماع في الفرج لان حقه فيه ولو ذكر لفظا يدل على منع نفسه عن الجماع في الفرج بطريق يؤكده باليمين لم يكن ايلاء لان الظلم والمنع لا يتأكدا باليمين وقال الشافعي في القديم لا يكون موليا الا بالحلف بالله تعالى فظاهر الآية الكريمة يدفع هذا القول لان الله تعالى قال للذين يؤولون من نسايتهم فالايلاء في اللغة عبارة عن اليمين واسم اليمين يقع

على اليمين بالله تعالى ويقع على اليمين بالشرط والجزاء لتحقق معنى اليمين وهو القوة ولو حلف بغير الله عز وجل و بغير الشرط والجزاء لا يكون موليا حتى لا تبين بمضى المدة من غير فء ولا كفارة عليه ان قر بها لانه ليس بيمين لا نعدام معنى اليمين وهو القوة وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بأبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذروا روى من حلف بغير الله فقد أشرك أما الالفاظ الدالة على منع النفس عن الجماع فانواع بعضها صريح وبعضها مجرى الصريح وبعضها كناية أما الصريح فلفظ الجماعة بان يحلف ان لا يجامعها واما الذي مجرى مجرى الصريح فلفظ القر بان والوطء والمباضة والافتضاض في البكر بان يحلف ان لا يقر بها أو لا يطأها أو لا يباضعها أو لا يفتضاها وهي بكر لان القر بان المضاف الى المرأة يراد به الجماع في العرف قال الله تعالى ولا تقر بوهن حتى يطهرن وكذا الوطء المضاف اليها غلب استعماله في الجماع قال النبي صلى الله عليه وسلم في سبأ أو طاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحبيضة والمباضة مفاعلة من البضع وهو الجماع أو الفرج والافتضاض في العرف عبارة عن جماع البكر وهو كسر العذرة مأخوذ من القرض وهو الكسر وكذا اذا حلف لا يغتسل منها لان الاغتسال منها لا يكون الا بالجماع فاما الجماع في غير الفرج فلا اغتسال لا يكون منها وانما يكون من الانزال ألا يرى انه لم ينزل لا يجب الغسل وفي الجماع في الفرج لا يقف وجوب الاغتسال على وجود الانزال ولو قال لم أعن به الجماع لا يدين في القضاء لكونه خلافا للظاهر ويدن فيما بينه وبين الله تعالى لان اللفظ يحتمله في الجملة وأما الكناية فتحول لفظه الا تيان والاصابة بان حلف لا يأتيا أو لا يصيب منها يريد الجماع لانها من كنايات الجماع لانها يستعملان في الجماع وفي غيره استعمالا على السواء فلا بد من النية وكذا لفظه الغشيان بان حلف لا يغشاهما لان الغشيان يستعمل في الجماع قال الله تعالى فلما تشاها أى جامعها ويستعمل في المحبى وفي الستر والتغطية قال الله تعالى يوم يغشاهم العذاب قليل يأتهم وقليل يستهم ويفطهم فلا بد من النية وكذا اذا حلف لا يمسه جلده جلدها وقال لم أعن به الجماع يصدق لانه يحتمل الجماع ويحتمل المس المطلق فيحدث بغير الجماع والا يلاء ما وقف الحنث فيه على الجماع ولا يمكنه جماعها بغير محاسنة الجلد بان يلف ذكره بحرية في جامعها وكذا اذا حلف لا يمسه لهما قلنا وكذا اذا حلف لا يضاجمها أو لا يقرب فراشها وقال لم أعن به الجماع فهو مصدق في القضاء لان هذا اللفظ يستعمل في الجماع ويستعمل في غيره استعمالا واحدا ولا يمكنه جماعها من غير مضاجعة ولا قرب فراش ولو حلف لا يجتمع رأسى ورأسك فان عني به الجماع فهو مول لان محتمل الجماع وان لم يعن به الجماع لم يكن موليا ولا يجتمعان على فراش ولا مرفقة لثلا يلزمه الكفارة وله جماعها من غير اجتماع على الفراش ولا شئ يجمع رأسا عليه ولو حلف لا يجمع رأسى ورأسك وسادة أو لا يؤويني وإياك بيت أو لا أبيت معك في فراش فان عني به الجماع فهو مول لان محتمل الجماع فتصح نيته وكيفما جامعها فهو حانث وان لم يعن به الجماع فليس بمول ولا يأوى معها في بيت ولا يبيت معها في فراش ولا يجتمعان على وسادة لثلا تلزمه الكفارة و يطؤها على الارض والبوادي ولو حلف لا سوءنك أو لا غيظنك لا يكون موليا الا اذا عني به ترك الجماع لان المساءة قد تكون بترك الجماع وقد تكون بغيره وكذا الغيظ فلا بد من النية وأما اليمين بالله تعالى و بصفاته فهي الحلف باسم من أسماء الله تعالى أو بصفة من صفاته بلفظ لا يستعمل في غير الصفة أو يستعمل في الصفة وفي غيرها لکن على وجه لا يغلب استعماله في غير الصفة وموضع معرفة هذه الجملة كتاب الايمان ثم الايلاء اذا كان بالله تعالى فالمولى لا يخلو اما ان أطلق الايلاء واما ان علقه بشرط واما ان أضافه الى وقت واما ان وقته الى غاية فان أطلق بان قال لا امرأته والله لا أقر بك كان موليا للحال والا صل فيه ان من منع نفسه عن قربان زوجته بما يصلح ان يكون مانعا وما يحلف به عادة يصير موليا أو يقال من لا يمكنه قربان زوجته في المدة من غير شئ يلزمه بسبب اليمين فهو مول وقد وجد هذا لان ذكر اسم الله تعالى يصلح مانعا محرزا عن الهتك وهو ما يحلف به عادة وعرفا وكذا لا يمكنه قربان زوجته في المدة من غير شئ يلزمه وهو الكفارة فيصير موليا

وكذا اذا قال لا مرأتين له والله لا أقر بكذا وهن ثلاثة فصول أحدها ان يقول لا مرأتين له والله لا أقر بكذا أو يقول لنسائه الاربع والله لا أقر بكن وهما فصل واحد والثاني ان يقول والله لا أقر بكذا أو أحدا كذا أو أحدا كن والثالث أن يقول والله لا أقر بواحدة منكما أو واحدة منكن أما الاول اذا قال لا مرأتين له والله لا أقر بكذا صار موليا منهما للحال حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقر بهما فيها بانتا جميعا ويطلب وكذا اذا قال لنسائه الاربع والله لا أقر بكن صار موليا منهن للحال حتى لو لم يقر بهن حتى مضت أربعة أشهر بن جميعا وهذا قول أصحابنا الثلاثة وهو استحسان والقياس ان لا يصير موليا في الاول ما لم يطقا واحدة منهما فيصير موليا من الاخرى وفي الثاني ما لم يطقا واحدة فيصير موليا من الاخرى وفي الثالث ما لم يطقا الثلاثة منهن فيصير موليا من الرابعة وهو قول زفر وجه القياس ان المولى من لا يمكنه قر بان امرأته من غير حنث يلزمه وهن يمكنه في الصورة الاولى قر بان احدهما من غير حنث يلزمه لانه لا يحنث بوطء احدهما اذ جعل شرط الحنث قر بانها من غير شيء يلزمه ولم يوجد في الصورة الثانية يمكنه قر بان الثلاث منهن من غير حنث يلزمه ألا ترى انه لا يحنث بوطء الثلاث منهن فلم يوجد حنث المولى فلا يكون موليا واذا وطئ احدهما أو وطئ الثلاث منهن فلا يمكنه وطء الباقية الا يحنث يلزمه فوجد حنث الا يلاع فيصير موليا وجه الاستحسان ان المولى من لا يمكنه وطء امرأته في المدة من غير شيء يلزمه بسبب اليمين وهن لا يمكنه وطئها في المدة من غير شيء يلزمه بسبب اليمين لانه لو وطئ احدهما أو الثلاث منهن لزمه تعيين الاخرى للايلاء وهذا شيء يلزمه بسبب اليمين وقد وجد حنث الا يلاع فيكون موليا ولو قرب احدهما لا كفارة عليه لعدم شرط الحنث وهو قر بانها ولكن يبطل ايلاؤه منها لان ذلك يقف على القر بان وقد وجد والا يلاع في حق الباقية على حاله لانعدام المبتطل في حقهما وهو القر بان ولو قرب بهما جميعا بطل ايلاؤهما وعليه كفارة اليمين لوجود المبتطل لهما والموجب للكفارة وهو قر بانها ولو ماتت احدهما قبل مضي أربعة أشهر بطل ايلاؤها ولا تجب الكفارة وان وطئ الاخرى بعد ذلك بالاجماع لان شرط وجوب الكفارة قر بانها ولم يوجد ونوطئ احدهما لا يبطل الايلاء وأما الثاني وهو ما اذا قال والله لا أقر بكذا كما فانه يصير موليا من احدهما حتى لو وطئ احدهما لزمته الكفارة وبطل الايلاء لوجود شرط الحنث وهو قر بان احدهما ولو ماتت احدهما أو طلق احدهما ثلاثا أو بانت بلا عدة تبينت الباقية للايلاء لزوال المزاومة ولو لم يقرب احدهما حتى مضت المدة بانت احدهما بغير عينا وله خيار أن يوقع الطلاق على أتمهما شاء لان الايلاء في حق حكم البر تعليق الطلاق شرعا بشرط ترك القر بان في المدة فيصير كأنه قال ان لم أقر بكذا كما أربعة أشهر فاحدا كما طالق بائن ولو نص على ذلك فضضت المدة ولم يقرب احدهما طلقت احدهما بغير عين وله الخيار يوقع على أتمهما شاء كذا هذا ولو أراد أن يعين الايلاء في احدهما قبل مضي أربعة أشهر لا يملك ذلك حتى لو عين احدهما ثم مضت أربعة أشهر لم يقع الطلاق على المعينة بل يقع على احدهما بغير عينا ويخير في ذلك لان اليمين تعلقت بغير المعينة فالتعيين يكون تغيير اليمين فلا يملك ذلك لان تغيير اليمين ابطالها من وجه واليمين عقد لازم لا يحتمل الطلاق فلا يحتمل التغيير ولان الايلاء في حق البر تعليق الطلاق بشرط عدم القر بان في المدة ومتى علق الطلاق المبهم بشرط ثم أراد تغيير التعليق قبل وجود الشرط لا يقدر على ذلك كما اذا قال لا مرأتين له اذا جاء غدا فاحدا كما طالق ثم أراد أن يعين احدهما قبل عي الغد لا يملك ذلك كذا هذا فاذا مضت المدة وبانت احدهما بغير عينا فله الخيار في تعيين أتمهما شاء للطلاق لان الطلاق اذا وقع في المجهولة بتخير الزوج في التعيين فله أن يوقع الطلاق على احدهما فلم يوقع الطلاق على واحدة منهما حتى مضت أربعة أشهر أخرى وقمت تطليقة أخرى وبانت كل واحدة منهما بتطليقة في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه لا يقع الطلاق على الاخرى وجه رواية أبي يوسف أنه آلى من احدهما لا من كل واحدة منهما فلا يتناول الايلاء الا احدهما وجه ظاهر الرواية ان اليمين باقية لعدم الحنث فكان تعليق طلاق احدهما بمضي المدة من غير في باقية فاذا مضت أربعة أشهر وقع الطلاق على احدهما فقد زالت

من احتملها واليمين باقية فتعينت الاخرى لبقاء اليمين في حتمها وتعليق طلاقها كما لو زالت المزاومة بعدمضى المدة قبل اختيار الزوج بالموت بأن ماتت احدهما أليس أنه تعين الاخرى كذا ههنا وهل يتكرر الطلاق على المولى منها بالايلاء السابق بتكرار المدة لانص في هذه المسئلة واختلف المشايخ فيه وترجيح بعض الاقويل فيه على البعض يعرف في الجامع الكبير وكذلك لو عين الطلاق في احدهما بعدمضى أربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر أخرى بانتهى الاخرى بتطبيقه على جواب ظاهر الرواية وأما الثالث وهو ما اذا قال والله لا أقرب واحدة منك ما فإنه يصير مولى من احدهما حتى لو مضت مدة أربعة أشهر ولم يقر بهما فيها باتت جميعا كذا ذكر المسئلة في الجامع من غير خلاف وهكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي فقال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف يكون مولى من احدهما استحسانا وعلى قول محمد يكون مولى من احدهما وهو القياس وجه القياس ان قوله واحدة منك لا يعبر به عنهما بل عن احدهما فصار كقوله والله لا أقرب احدا كما والدليل عليه أنه اذا قرب احدهما بحث وتلزمه الكفارة فدل ان اليمين تناولت احدهما لا غير ووجه الاستحسان وهو الفرق بين المسئلتين ان قوله احدا كما معرفة لانه مضاف الى الكناية والكنايات معارف بل أعرف المعارف والمضاف الى المعرفة معرفة المعرفة تختص في النفي كما تختص في الاثبات وقوله واحدة منك انكره لانها انكره بنفسها ولم يوجد ما يوجب صيرورتها معرفة وهو اللام والاضافة فثبتت نكرة وأنها في محل النفي فتعم والدليل على التفرقة بينهما أنه يستقيم ادخال كلمة الاحاطة والاشتمال وهي كلمة كل على واحدة منك ولا يستقيم ادخالها على احدا كما حتى يصح أن يقال والله لا أقرب كل واحدة منك ولا يصح أن يقال والله لا أقرب كل احدا كما فدل ان قوله واحدة منك يصلح لهما وقوله احدا كما لا يصلح لهما الا أنه اذا قال والله لا أقرب واحدة منك ففقر ب احدهما يبطل ايلاؤهما جميعا وتلزمه الكفارة لوجود شرط الحنث وهو قربان واحدة منهما بخلاف ما اذا قال والله لا أقرب بكم ففقر ب واحدة منهما انه يبطل ايلاؤهما ولا يبطل ايلاء الباقية حتى لا تجب عليه الكفارة اما بطلان ايلاء التي قرب بها فلو جرد شرط البطلان وهو القربان ولم يوجد القربان في الباقية فلا يبطل ايلاؤهما واما عدم وجوب الكفارة فلعدم شرط الوجوب وهو قربانهما جميعا ولو قال لا امرأته وأمتي والله لا أقرب بكم لا يكون مولى من امرأته مالم يقرب الامة فاذا قرب الامة صار مولى من امرأته لان المولى من لا يمكنه قربان امرأته في المدة من غير شيء يلزمه وقبل أن يقرب الامة يمكنه قربان امرأته من غير حنث يلزمه لانه علق الحنث بقربانها فلا يثبت بقربان احدهما فاذا قرب الامة فقد صار بحال لا يمكنه قربان زوجته من غير حنث يلزمه فصار مولى ولو قال والله لا أقرب احدا كما لم يكن مولى في حق البر لما ذكرنا ان قوله احدا كما معرفة لكونه مضافا الى المعرفة والمعرفة تختص ولا تتم سواء كان في محل الاثبات أو في محل النفي فلا يتناول الا احدهما والايلاء في حق البر تعليق الطلاق بشرط ترك القربان في المدة فصار كأنه قال ان لم أقرب احدا كما في المدة فاحدا كما طالق ولو قال ذلك لا يقع الطلاق الا اذا عني امرأته وما عني ههنا فلا يمكنه جعله ايلاء في حق البر ولو قرب احدهما تجب الكفارة لانه بقي يمين في حق الحنث وقد وجد شرط الحنث فتجب الكفارة كما لو قال لا جنيبة والله لا أقرب بك ثم قرب بها حنث ولا يكون ذلك ايلاء في حق البر كذا ههنا ولو قال والله لا أقرب واحدة منك كان مولى من امرأته لما ذكرنا ان الواحدة نكرة مذكورة في محل النفي فتعم عموم الافراد كما لو قال لا أكلم واحدا من رجال خلب الا أنه لو قرب احدهما حنث لما ذكرنا ان شرط حنثه قربان واحدة منهما لا قربانها وقد وجد ولو كان له امرأتان حرة وأمة فقال والله لا أقرب بكم صار مولى من جميعا لان كل واحدة منهما محل الايلاء فاذا مضى شهران ولم يقر بهما بانتهى الامة لمضى مدتها من غير قربان واذا مضى شهران آخران بانتهى الحرة أيضا تمام مدتها من غير قربان ولو قال والله لا أقرب احدا كما يكون مولى من احدهما بغير عيניה لان كل واحدة منهما محل الايلاء وقد أضاف الايلاء الى احدهما بغير عيניה فيصير مولى من احدهما بغير عين ولو أراد أن يعين احدهما قبل مضى الشهرين ليس له ذلك لما بينا فيما تقدم واذا مضى شهران ولم

بقرهما بانتهاء الامه لانها عينت الايلاء بل لسبق مدتها واستوتت مدة الايلاء على الحرية فاذا مضت أربعة أشهر
 ولم يقر بها بانتهاء الحرية لان اليمين باقية اذا لم يوجد الحنث فكان تعليق الطلاق على احدهما باقيا فاذا مضى شهران وقع
 الطلاق على الامه فقد زالت من احتمها واليمين باقية فتعينت الحرية لبقاء الايلاء في حقها وتعليق طلاقها بمضى المدة وانما
 استوتت مدة الايلاء على الحرية لان ابتداء المدة انعقدت لاحدهما وقد تعينت الامه للسبق فيبتدأ الايلاء على
 الحرية من وقت بينونة الامه بخلاف ما اذا قال لها والله لا أقر بك لان هناك انعقدت المدة لها فاذا مضى شهران فقد
 تمت مدة الامه فتم مدة الحرية بشهرين آخرين ولو ماتت الامه قبل مضي الشهرين تعينت الحرية للايلاء من وقت
 اليمين حتى اذا مضت أربعة أشهر من وقت اليمين تبين لزوال المزاخمة بموت الامه ولو قال والله لا أقر بواحدة منك
 يكون موليا منها جميعا حتى لو مضى شهران تبين الامه ثم اذا مضى شهران تبين الحرية كما في قوله والله لا أقر بك
 الا أن ههنا اذا قرب احدهما حنث وبطل الايلاء لما ذكرنا فيما قبل وان علقه بشرط يتعاق به بأن قال ان دخلت
 هذه الدار وان كلمت فلانا فوالله لا أقر بك وكذا اذا أضاف الى الوقت بأن قال اذا جاء غد فوالله لا أقر بك أو قال
 اذا جاء رأس شهر كذا فوالله لا أقر بك واذا وجد الشرط أو الوقت فيصير موليا ويعتبر ابتداء المدة من وقت وجود
 الشرط والوقت لان الايلاء يمين واليمين تخلف التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت كسائر الايمان وان وقع الى
 غاية ينظر ان كان المجعول غاية لا يتصور وجوده في مدة الايلاء يكون موليا كما اذا قال وهو في شعبان والله لا أقر بك
 حتى أصوم المحرم لانه منع نفسه عن قرانها بما يصلح مانعا لانه لا يمكنه قرانها الا بحنث يلزمه وهو الكفارة ألا ترى
 أنه لا يتصور وجود الغاية وهو صوم المحرم في المدة وكذلك يعد مانعا في العرف لانه يخلف به عادة وكذا لو قال والله
 لا أقر بك الا في مكان كذا وبينه وبين ذلك المكان أربعة أشهر فصاعدا يكون موليا لانه لا يمكنه قرانها من غير
 حنث يلزمه وان كان أقل من ذلك لم يكن موليا لا مكان القران من غير شيء يلزمه وكذا لو قال والله لا أقر بك حتى
 تقطعي صبيك وبينها وبين القطام أربعة أشهر فصاعدا يكون موليا وان كان أقل من ذلك لم يكن موليا
 قلنا ولو قال والله لا أقر بك حتى تخرج الدابة من الارض أو حتى يخرج الدجال أو حتى تطلع الشمس من مغربها
 فالقياس أن لا يكون موليا لتصور وجود الغاية في المدة ساعة فساعة فيمكنه قرانها في المدة من غير شيء يلزمه
 فلا يكون موليا وفي الاستحسان يكون موليا لان حدوث هذه الاشياء لها علامات يتأخر عنها كثيرا من مدة
 الايلاء على ما نطق به الاخبار فلا توجد هذه الغاية في زماننا في مدة أربعة أشهر عادة فلم تكن الغاية متصورة الوجود
 عادة فلا يمكنه قرانها من غير حنث يلزمه عادة فيكون موليا ولا ن هذا اللفظ يذكرك على ارادة التأيد في العرف
 فصار كانه قال والله لا أقر بك أبدا وكذا اذا قال والله لا أقر بك حتى تقوم الساعة كان موليا وان كان يمكن في العقل
 قيام الساعة ساعة فساعة لكن قامت دلائل الكتاب العزيز والسنن المشهورة على انها لا تقوم الا بعد تقدم اشراطها
 العظام كطلوع الشمس من مغربها وخروج الدجال وخروج يأجوج ومأجوج ونحو ذلك ولم يوجد شيء من
 ذلك في زماننا فلم تكن الغاية قبله متصورة الوجود بمادة على ان مثل هذه الغاية تذكر ويراد بها التأيد في العرف والعادة
 كما قال الله تعالى ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط أي لا يدخلونها أصلا ورأسا وكما قال لا أفعل
 كذا حتى يبيض القار ويشيب الغراب ونحو ذلك فانه يصير كانه قال والله لا أقر بك حتى تموت أو حتى أموت أو حتى
 تقتل أو حتى أقتل أو حتى أقبلك أو حتى تقبليني كان موليا وان كان يتصور وجود هذه الاشياء في المدة لكن لا يتصور
 بقاء النكاح بعد وجودها فيصير حاصل هذا الكلام كانه قال والله لا أقر بك مادمت زوجك أو مادمت زوجتي أو
 مادمت حيا أو مادمت حية ولو قال ذلك كان موليا اذ لو لم يكن موليا لما تصور انقضاء الايلاء لان هذا التقدير ثابت في كل
 الايلاء ولو قال لا امرأته وهي أمة الغير والله لا أقر بك حتى أملاك أو أملاك شقصا منك يكون موليا لان النكاح
 لا يبقى بعد ملكها أو شقصا منها فصار كانه قال والله لا أقر بك مادمت زوجك أو مادمت زوجتي ولو قال والله لا أقر بك

حتى اشتريك لا يكون موليا لان النكاح لا يرتفع بمطلق الشراء لجواز أن يشتريها غيره فلا يملكها فلا يرتفع النكاح وكذا اذا قال حتى اشتريك لنفسى لانه قد يشتريها شراء فاسدا فلا يرتفع النكاح فلا يملكها لانه لا يملكها قبل القبض ولو قال حتى اشتريك لنفسى وأقبضك كان موليا لان الملك في الشراء الفاسد يثبت بالقبض فيرتفع النكاح فيصير تقديره والله لا أقر بك مادمت في نكاحي وان كان مما يتصور بقاء النكاح مع وجوده، فان كان مما لو حلف به لكان موليا يصير موليا اذا جعله غاية والا فلا هذا أصل أبي حنيفة ومحمد وأصل أبي يوسف انه ان أمكنه قربانها في المدة من غير حنث يلزمه لم يكن موليا وعلى هذا يخرج ما اذا قال والله لا أقر بك حتى أعتق عبدى فلانا وحتى أطلق امرأتى فلانة وحتى أصوم شهرا انه يصير موليا في قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف لا يكون موليا لابي يوسف انه يتصور وجود هذه الغايات قبل مضي أربعة أشهر فيمكنه قربانها من غير حنث يلزمه بسبب اليمين فلا يكون موليا كما اذا قال والله لا أقر بك حتى أدخل الدار أو حتى أكل فلانا ولهما انه منع نفسه عن قربان زوجته بما يصلح أن يكون مانعا بما يحلف به في العرف والعادة وهو عتق عبده وطلاق امرأته وصوم الشهر ولهذا لو حلف بهذه الاشياء لكان موليا فكذا اذا جعلهما غاية وكذا لا يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه بسبب اليمين اما وجوب الكفارة أو عتق العبد أو طلاق المرأة أو صوم الشهر فيصير في التقدير كانه قال ان قربتك فعبدي حر أو على كفارة يمين ولو قال ذلك لكان موليا كذا هذا بخلاف الدخول والكلام ولو قال لا أقر بك حتى أقتل عبدي أو حتى أشتم عبدي أو حتى أشتم فلانا أو أضرب فلانا وما أشبه ذلك لم يكن موليا لانه لم يحلف بهذه الاشياء عرفا وعادة ولهذا لو حلف بشيء من ذلك لم يكن موليا فكذا اذا جعله غاية لا يلاءه وكذا اذا قال ان قربتك فعلى قتل عبدي أو ضرب عبدي أو شتم عبدي أو قتل فلان أو ضرب فلان أو شتم فلان لم يكن موليا كما لو قال فعلى ان أدخل الدار أو أكل فلانا لما قلنا والله الموفق وأما اليمين بالشرط والجزاء فنحو قوله ان قربتك فامرأتى الاخرى طالق أو قال هذه طالق أو قال فعبدي هذا حر أو فانت على كظهر أمي أو قال فعلى عتق رقبة أو فعلى حجة أو عمرة أو المشي الى بيت الله أو فعلى هدى أو صدقة أو صوم أو اعتكاف لان الالباء يمين واليمين في اللغة عبارة عن القوة والحالف يتقوى بهذه الاشياء على الامتناع من قربان امرأته في المدة لان كل واحد منهما يصلح مانعا من القربان في المدة لانه يشغل على الطبع ويشق عليه فكان في معنى اليمين بالله عز وجل لحصول ما وضع له اليمين وهو التقوى على الامتناع من مباشرة الشرط وكذا يعد مانعا في العرف والعادة فان الناس تمارفوا الحلف بهذه الاشياء وكذا لبعضها مدخل في الكفارة وهو العتق والصدقة وهي الاطعام والصوم والهدى والاعتكاف لا يصح بدون الصوم والحج والعمرة وان لم يكن لهما مدخل في الكفارة فلهما تعلق بالمال فانه لا يتوصل اليهما إلا بمال غالبا فاشبه العتق والصدقة لتعلقهما بالمال وذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي خلاف أبي يوسف في قوله ان قربتك فعبدي حر ان على قول أبي يوسف لا يكون موليا ولم يذكر القاضي الخلاف في شرحه مختصر الطحاوي وجه قول أبي يوسف ان المولى من لا يمكنه قربان امرأته في المدة الا بحنث يلزمه وهما يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بان يبيع العبد قبل أن يقربها فلا يلزمه شيء فلا يكون موليا (وجه) قولهما انه منع نفسه من قربانها بما يصلح مانعا ويعد مانعا في العرف والعادة فكان موليا وأما قوله يمكنه أن يبيع العبد قبل القربان فلا يلزمه شيء بالقربان فيكون الملك قائما للحال والظاهر بقاءه والبيع موهوم فكان الحنث عند القربان لازما على اعتبار الحال ظاهر او غالبا ولو قال ان قربتك فكل مملوك أملكه فيما يستقبل حر أو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فهو مولى في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يكون موليا وجه قول أبي يوسف انه علق اليمين بالقربان وعند وجود القربان لا يلزمه شيء وانما يلزمه بعد التملك والتزوج والجزاء المانع من القربان ما يلزم عند القربان ولانه يقدر على أن يتمتع عن التملك والتزوج فلا يلزمه شيء فلا يكون موليا وجه قولهما انه جعل القربان شرط انعقاد اليمين وكون القربان شرط انعقاد اليمين يصلح مانعا له عن القربان لانه اذا قربها

انعدت اليمين واليمين اذا انعقدت يحتاج الى منع النفس عن تحصيل الشرط خوفاً عن نزول الجزاء وبه تبين انه لا يمكنه قرانها من غير شيء يلزمه وقت القران وهو انعقاد اليمين التي يلزم عند انحلالها حكم الحنث فيصير مولياً وقوله يمكنه أن لا يملك فلا يلزمه شيء قلنا وقد يملك من غير ملك بالارث فلا يمكنه الامتناع عنه ولو قال ان قرنتك فعلى صوم شهر كذا فان كان ذلك الشهر يمضي قبل مضي الاربعه الا شهر لم يكن مولياً لانه اذا مضى يمكنه الوطء في المدة من غير شيء يلزمه وان كان لا يمضي قبل مضي الاربعه الا شهر فهو مول لان لا يمكنه وطؤها في المدة الا بصيام يلزمه ولو قال ان قرنتك فعلى أن أصلي ركعتين أو على أن أغزو لم يكن مولياً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يكون مولياً كذا ذكر القدر في شرحه مختصر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف بين أبي يوسف ومحمد ولم يذكر قول أبي حنيفة (وجه) قول محمد ان الصلاة مما يصح إيجابها بالنذر كالصوم والحج فيصير مولياً كما لو قال على صوم أو حج وجه قولهما ان هذا لا يصلح ما نعالناه لا يشغل على الطبع بل يسهل ولا بعد ما نعالناه في العرف أيضاً ألا ترى ان الناس لم يتعارفوا بالهلف بالصلاة والغزو بخلاف الحج والصوم فلا يصير مولياً كما لو قال لله على صلاة الجنائز أو سجدة التلاوة وكذا لا مدخل للصلاة في الكفارة ولا تعلق لها بالمال بخلاف الصوم والحج ولو قال ان قرنتك فعلى كفارة أو قال فعلى يمين فهو مول لان قوله فعلى كفارة التزام الكفارة نصاً وقوله على يمين موجب اليمين وهو الكفارة فكان بمنزلة قوله فعلى كفارة وقالوا فمين قال ان قرنتك فعلى نحر ولدي انه مول عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لفرق بناء على ان النذر بنحر الولد يصح ويجب ذبح شاة عندنا وعند زفر هو باطل لا يوجب شيئاً ولو قال ان قرنتك فانت على مثل امرأة فلان وفلان كان آلى من امرأته فان نوى الايلاء كان مولياً لانه شبهها بامرأة آلى منها زوجها لا يأنه بلفظ موضوع للتشبيه فاذا نوى به الايلاء انصرف التشبيه اليه وان لم ينو التحريم ولا اليمين لم يكن مولياً لان التشبيه لا يقتضي المساواة في جميع الصفات وقالوا فمين قال لا مرأته انا منك مول انه ان عني به الخبر بالكذب يصدق فيما بينه وبين الله ولا يكون مولياً لان لفظه لفظ الخبر وخبر غير المعصوم يحتمل الكذب ولا يصدق في القضاء لان خبره يحمل على الصدق ولا يكون صادقا لا بثبوت الخبر به وان عني به الايجاب كان مولياً في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لان هذا اللفظ يستعمل في الايجاب في العرف ولو آلى من امرأته ثم قال لا مرأته أخرى قد أشركتك في ايلائها كان باطلاً لان الشركة في الايلاء لو صححت لثبتت الشركة في المدة فيصير لكل واحدة منهما أقل من أربعة أشهر وهذا يمنع صحة الايلاء ما نذر ان شاء الله تعالى ولو قال ان قرنتك فانت على حرام فان نوى الطلاق فهو مول عندهم جميعاً لانه اذا نوى به الطلاق فقد جعل الطلاق جزءاً من انما من القران فيصير كانه قال ان قرنتك فانت طالق ولو قال ذلك لصار مولياً كذا هذا وان نوى اليمين فهو مول للحال عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يكون مولياً ما لم يقر بها (وجه) قولهما ان قوله أنت على حرام اذا نوى به اليمين أولاً لنية له يكون ايلاء بلا خلاف بين أصحابنا كانه قال والله لا أقر بك فصار الايلاء معلقاً بالقران كانه قال ان قرنتك فوالله لا أقر بك ولو قال ذلك لا يكون مولياً حتى يقر بها كذا هذا ولا في حنيفة انه منع نفسه من قران امرأته في المدة بما لا يصلح مانعاً وهو التحريم وهو وحده المولى فيصير مولياً كما لو قال ان قرنتك فانت على كظهر أمتي ثم لا بد من معرفة مسألة الحرام أعني قوله لا مرأته أنت على حرام من غير التعليق بشرط القران ان حكماها هو وجلة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان أضاف التحريم الى شيء خاص نحو امرأته أو الطعام أو الشراب أو اللباس واما ان أضافه الى كل حلال على العموم فان أضافه الى امرأته بان قال أنت على حرام أو قد خرمتك على أو أن عليك حرام أو قد حرمت نفسي عليك أو أنت محرمة على فان أراد به طلاقاً فهو طلاق لا ينفصل الطلاق وغيره فاذا نوى به الطلاق انصرف اليه وان نوى ثلاثاً يكون ثلاثاً وان نوى واحدة يكون واحدة بائنة وان نوى اثنتين يكون واحدة بائنة عندنا خلافاً لفرق لانه من جملة كينايات الطلاق وان لم ينو الطلاق ونوى التحريم أو لم يكن له نية فهو

عمن عندنا و يصبر موليا حتى لو تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة لأن الأصل في تحريم الحلال أن يكون عينا
 لما تبين وإن قال أردت به الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يكون شيئا ولا يصدق في نفي اليمين في
 القضاء وقد اختلف السلف رضي الله عنهم في هذه المسئلة روى عن أبي بكر وعمر وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن
 عباس وعائشة رضي الله عنهم أنهم قالوا الحرام عمن حتى روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال إذا حرم الرجل
 امرأته فهو يمين يكفرها ما كان لكم في رسول الله أسوة حسنة وروى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه
 قال إن نوى طلاقا فطلق وإن نوى طلاقا فيمين يكفرها وعن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه قال فيه كفارة يمين
 ومنهم من جعله طلاقا ثلاثا وهو قول على رضي الله عنه ومنهم من جعله طلاقا رجعا وعن مسروق أنه قال ليس
 ذلك بشيء مما أبلى حرمتها أو قصبة من تريد وقال الشافعي ليس بيمين وفيه كفارة يمين بنفس اللفظ ولقب المسئلة
 أن تحريم الحلال هل هو يمين عندنا يمين وعنده ليس بيمين (وجه) قوله أن تحريم الحلال تغيير للشرع والعبد
 لا يملك تغيير الشرع ولهذا خرج قوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك مخرج العتاب لرسول الله صلى الله عليه
 وسلم فدل أنه ليس لاحد أن يحرم ما أحل الله سبحانه وتعالى وبه تبين أن اليمين لا يحرم المحلوف عليه على الخالف
 وإنما يمنع منه بكونه حلالا (ولنا) الكتاب والسنة والجماع أما الكتاب فقوله عز وجل يا أيها النبي لم تحرم
 ما أحل الله لك إلى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم في الآية في تحريم جاريته مارية القبطية لما قال صلى
 الله عليه وسلم هي على حرام وسمى الله تعالى ذلك يمينًا بقوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم أي وسع الله عليكم أو أباح
 لكم أن تحلوا من أيمانكم بالكفارة وفي بعض القراءات قد فرض الله لكم كفارة أيمانكم والخطاب عام يتناول
 رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمته وأما السنة فاروي ابن عباس عن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما أن النبي صلى
 الله عليه وسلم جعل الحرام يمينًا وأما الجماع فاروي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه
 وسلم جعل الحرام يمينًا وبعضهم نص على وجوب كفارة اليمين فيه وكفارة اليمين ولا يمين لا تتصور فدل على أنه
 يمين وقول من جعله طلاقا ثلاثا محمول على ما إذا نوى الثلاث لأن الحرمة نوعان غليظة وخفيفة فكانت نية الثلاث
 تعيين بعض ما يحتمله اللفظ فيصبح وإذا نوى واحدة كانت واحدة بائنة لأن اللفظ يبنى عن الحرمة والطلاق
 الرجعي لا يوجب الحرمة للحال وثابت حكم اللفظ على الوجه الذي يبنى عنه اللفظ أولى ولأن الخالف يوجب فيه
 كفارة يمين وكفارة اليمين تستدعي وجود اليمين فدل أن هذا اللفظ يمين في الشرع فإذا نوى به الكذب لا يصدق
 في إبطال اليمين في القضاء لعدم دلالة الظاهر وأما قوله أن تحريم الحلال تغيير للشرع فالجواب عنه من وجهين
 أحدهما أن هذا ليس بتحويل الحلال من الخالف حقيقة بل من الله سبحانه وتعالى لأن التحريم إثبات الحرمة
 كالتحليل إثبات الحل والعبد لا يملك ذلك بل الحرمة والحل وسائر الحكومات الشرعية ثبتت بإثبات الله تعالى
 لا صنع للعبد فيها أصلا إنما من العبد مباشرة سبب الثبوت هذا هو المذهب عند أهل السنة والجماعة فلم يكن هذا من
 الزوج تحريم ما أحله الله تعالى بل مباشرة سبب ثبوت الحرمة أو منع النفس عن الانتفاع بالحلال لأن التحريم في
 اللغة عبارة عن المنع وقد يمنع المرم من تناول الحلال لغرض له في ذلك ويسمى ذلك تحريما قال الله تعالى وحرمتنا
 عليه المراضع من قبل والمراد منه امتناع سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام عن الارتضاع من غير ندى أمه لا التحريم
 الشرعي وعلى أحد هذين الوجهين يحل التحريم المضاف إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن قيل لو كان الأمر على
 ما ذكرتم لم يكن ذلك منه تحريم الحلال حقيقة فامعنى الحاق العتاب به فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن ظاهر
 الكلام أن كان يوم العتاب فليس بعتاب في الحقيقة بل هو تخفيف المؤنة عليه صلى الله عليه وسلم في حسن العشرة
 والصحبة مع أزواجه لأنه كان مندوبا إلى حسن العشرة معه والشفقة عليهن والرحمة بهن فبلغ من حسن العشرة
 والصحبة مبلغا امتنع عن الامتناع بما أحل الله له يبتني به حسن العشرة فخرج ذلك مخرج تخفيف المؤنة في حسن

العشرة معهن لا يخرج النهي والعتاب وان كانت صبيغته صبيغة النهي والعتاب وهو قوله تعالى فلا تذهب نفسك عليهم حسرات والثاني ان كان ذلك الخطاب عتابا فيحتمل انه انما عوتب لانه فعل بلا اذن سبق من الله عز وجل وان كان ما فعل مباحا في نفسه وهو منع النفس عن تناول الحلال والالابياء عليهم الصلاة والسلام يعاتبون على أدنى شيء منهم بوجد مما لو كان ذلك من غيرهم لعدم أفضل شياؤه كما قال تعالى غفا الله عنك لم اذنت لهم وقوله عيسى وتولى ان جاءه الأعمى ونحو ذلك والثاني ان كان هذا تحريم الحلال لكن لم قلت ان كل تحريم حلال من العبد تغيير للشرع بل ذلك نوعان تحريم ما أحله الله تعالى مطلقا وذلك تغيير بل اعتقاده كفر وتحريم ما أحله الله مؤقتا الى غاية لا يكون تغييرا بل يكون بيان نهاية الحلال ألا ترى ان الطلاق مشروع وان كان تحريم الحلال لكن لما كان الحل مؤقتا الى غاية وجود الطلاق لم يكن التطليق من الزوج تغييرا للشرع بل كان بيان انتهاء الحل وعلى هذا سائر الاحكام التي تحتل الارتراف والسقوط وعلى هذا سبيل النسخ فيما يحتمل التناسخ فكذا قوله لا مرا أنه أنت على حرام وان نوى بقوله أنت على حرام الظهار كان ظهرا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يكون ظهرا (وجه) قوله ان الظهار تشبيه الحلال بالحرام والتشبيه لا بدله من حرف التشبيه ولم يوجد فلا يكون ظهرا ولهما انه وصفها بكونها محرمة والمرأة تارة تكون محرمة بالطلاق وتارة تكون محرمة بالظهار فأى ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيه هذا اذا أضاف التحريم الى المرأة فاما اذا أضافه الى الطعام أو الشراب أو اللباس بان قال هذا الطعام على حرام أو هذا الشراب أو هذا اللباس فهو بمن عينا عندنا وعليه الكفارة اذا فعل وقال الشافعي اذا قال ذلك في غير الزوجة والجارية لا يجب شيء وهي مسألة تحريم الحلال انه بمن أم لا وجه قول الشافعي في المسئلة الاولى ما ذكرنا في المسئلة الاولى (ولنا) قوله عز وجل يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك قيل نزلت الآية في تحريم العسل وقد سماه الله تعالى يمينا بقوله سبحانه وتعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فدل ان تحريم غير الزوجة والجارية بمن موجب للكفارة لان تحلة اليمين هي الكفارة فان قيل فقد روي انها نزلت في تحريم جاريته مارية فالجواب انه لا يمنع ان تكون الآية الكريمة نزلت فيهم ما لعدم التنافي ولانه لو أضاف التحريم الى الزوجة والجارية لكان يمينا فكذا اذا أضيف الى غيرهما كان يمينا كلفظ القسم اذا أضيف الى الزوجة والجارية كان يمينا واذا أضيف الى غيرهما كان يمينا أيضا كذا هذا فان فعل كان يمينا محرمة قليلا أو كثيرا حنث وانحلت اليمين لان التحريم المضاف الى المعين يوجب تحريم كل جزء من أجزاء المعين كتحريم الخمر والخنزير والميتة والدم فاذا تناول شيئا منه فقد فعل المحلوف عليه فيحنت وتنحل اليمين بخلاف ما اذا حلف لا يأكل هذا الطعام فأكل بعضه انه لا يحنت لان الحنث هناك معلق بالشرط وهو أكل كل الطعام والمعلق بشرط لا ينزل عند وجود بعض الشرط ولو قال نسائي على حرام ولم ينو الطلاق فقرب احدها من كفر وسقطت اليمين فيمن جميعا لانه أضاف التحريم الى جمع فيوجب تحريم كل فرد من أفراد الجمع فصار كل فرد من أفراد الجمع محرما على الاقرار فاذا قرب واحدة منهم فقد فعل ما حرمه على نفسه فيحنت وتلزمه الكفارة وتنحل اليمين وان لم يقرب واحدة منهم حتى مضت أربعة أشهر بن جميعا لان حكم الالباء لا يثبت في حق كل واحدة منهم على اقرارها والالباء يوجب اليمين بمضى المدة من غير في هذا اذا أضاف التحريم الى نوع خاص فاما اذا أضافه الى الانواع كلها بان قال كل حلال على حرام فان لم تكن له نية فهو على الطعام والشراب خاصة استحسانا والقياس ان يحنت عقيب كلامه وهو قول زفر وجه القياس ان اللفظ خرج مخرج العموم فيتناول كل حلال وكما فرغ عن يمينه لا يخلو عن نوع حلال يوجد منه فيحنت وجه الاستحسان ان هذا عام لا يمكن العمل بعمومه لانه لا يمكن حمله على كل مباح من فتح عينه وغض بصره وتنفسه وغيره من حر كاته وسكناته المباحة لانه لا يمكنه الامتناع عنه والمائل لا يقصد يمينه منع نفسه عما لا يمكنه الامتناع عنه فلم يمكن العمل بعموم هذا اللفظ فيحمل على الخصوص وهو الطعام والشراب باعتبار العرف والعادة لان هذا اللفظ مستعمل فيهما في العرف ونظيره

قوله تعالى لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة انه لم يمكن العمل بعمومه لثبوت المساواة بين المسلم والكافر في أشياء كثيرة حمل على الخصوص وهو نفي المساواة بينهما في العمل في الدنيا أو في الجزاء في الآخرة كذا هذا فان نوى مع ذلك اللباس أو امر أنه فالتحريم واقع على جميع ذلك وأي شئ من ذلك فعل وحده لزمته الكفارة لان اللفظ صالح لتناول كل المباحات وانما حملناه على الطعام والشراب بدليل العرف فاذا نوى شيئاً زائداً على المتعارف فقد نوى ما محتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه فيقبل قوله فاذا نوى شيئاً بعينه دون غيره بان نوى الطعام خاصة أو الشراب خاصة أو اللباس خاصة أو امر أنه خاصة فهو على ما نوى فيها بينه وبين الله تعالى وفي القضاء ما ذكرنا ان هذا اللفظ متر وك العمل بظاهر عمومته ومثله يحمل على الخصوص فاذا قال أردت واحداً بعينه دون غيره فقد ترك ظاهر لفظ هو متر وك الظاهر فلم يوجد منه العدول فيصدق وان قال كل حل على حرام ونوى امر أنه كان عليها وعلى الطعام والشراب لان الطعام والشراب دخلا تحت ظاهر هذا اللفظ ولم يتفهما بنيتة بقيتاً داخلين تحت اللفظ بخلاف الفصل الاول لانه هناك نوى امر أنه خاصة ونفى الطعام والشراب بنيتة فلم يدخلوا وهما لم ينف الطعام والشراب بنيتة وقد دخلتا تحت اللفظ بقيتاً كذلك لم ينفيا بالنية وان نوى في امر أنه الطلاق لزمه الطعام فيها فان أكل أو شرب لم تلزمه الكفارة لان اللفظ الواحد لا يجوز جملة على الطلاق والمين لا اختلاف معنيهما واللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين فاذا أراد به في الزوجة الطلاق الذي هو أشد الامرين وأغلظهما لا يبقى الاخر مراداً وكذا روى عن أبي يوسف ومحمد في رجل قال لا امرأتين له أتباعاً على حرام يعني في احدهما الطلاق وفي الاخرى الايلاء فهما طالقان جميعاً ما ذكرنا ان اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين فاذا أرادهما بلفظ واحد يحمل على أغلظهما ويقع الطلاق عليهما ولو قال هذه على حرام ينوى الطلاق وهذه على حرام ينوى الايلاء كان كما نوى لانهما لفظان فيجوز ان يراد باحدهما خلاف ما يراد بالآخر وعن أبي يوسف فيمن قال لا امرأتين له أتباعاً على حرام ينوى في احدهما ثلاثاً وفي الاخرى واحدة انهما جميعاً طالقان ثلاثاً لان حكم الواحدة اليائنة خلاف حكم الثلاث لان الثلاث يوجب الحرمة الغليظة واللفظ الواحد لا يتناول معنيين مختلفين في حالة واحدة فاذا نواهما يحمل على أغلظهما وأشدهما وقال ابن سماعه في نوادره سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال ما أحل الله على حرام من مال وأهل ونوى الطلاق في أهله قال ولا نية له في الطعام فان كل لم يحنث لما قلنا قال وكذلك لو قال هذا الطعام على حرام وهذه ينوى الطلاق لان اللفظة واحدة وقد تناولت الطلاق فلا تتناول تحريم الطعام وقالوا فيمن قال لا امرأتين له أتباعاً على كالدن أو الميتة أو لحم الخنزير أو كالحمر انه يستل عن نيته فان نوى كذا فهو كذب لان هذا اللفظ ليس صريحاً في التحريم ليجعل يميناً فيصدق انه أراد به الكذب بخلاف قوله أنت على حرام فانه صريح في التحريم فكان يميناً وان نوى التحريم فهو ايلاء لانه شبهها بما هو محرم فكانه قال أنت حرام وان نوى الطلاق فالقول فيه كذا قول فيمن قال لا امرأتين له أتباعاً على حرام ينوى الطلاق وروى ابن سماعه عن محمد فيمن قال لا امرأتين له أتباعاً ان فعلت كذا فانت أمي يريد التحريم قال هو باطل لانه لم يجعلها مثل أمه ليكون تحريماً وانما جعلها أمه فيكون كذا قال محمد ولو ثبت التحريم بهذا لثبت اذا قال أنت حواء وهذا لا يصح وقال ابن سماعه عن محمد فيمن قال لا امرأتين له أتباعاً أنت معي حرام فهو مثل قوله أنت على حرام لان هذه الحروف يقام بعضها مقام بعض والله تعالى أعلم

فصل في ما اشترط ركن الايلاء فنوعان نوع هو شرط صحته في حق حكم الحنث ونوع هو شرط صحته في حق حكم البر وهو الطلاق أما الاول فوضع بيانه كتاب الايمان لان الايلاء يساوي سائر الايمان في حق أحد الحكمين وهو حكم الحنث وانما يخالفها في حق الحكم الآخر وهو حكم البر لانه لا حكم لسائر الايمان عند تحقق البر فيها ولا ايلاء عند تحقق البر وهو وقوع الطلاق اذ هو تعليق الطلاق البائن شرعاً بشرط البر كانه قال اذا مضت أربعة أشهر ولم أقر بك فيها فانت طالق بائن فنذكر الشرائط المختصة به في حق هذا الحكم وهو الطلاق فنقول لركن

الايلاء في حق هذا الحكم شرائط بعضها يعم كل عيّن بالطلاق وبعضها يخص الايلاء أما الذي يعم فبأن كرتان
 الشرائط فيما تقدم من العقل والبلوغ وقيام ملك النكاح والاضافة الى الملك حتى لا يصلح ايلاء الصبي والمجنون لانهما
 ليسا من أهل الطلاق وكذا لو آلى من أمته أو مدبرته أو أم ولد له لم يصح ايلاءه في حق هذا الحكم لان الله تعالى خص
 الايلاء بالزوجات بقوله عز وجل للذين يؤلون من نسائهم والزوجة اسم للمملوكة ملك النكاح وشرع الايلاء في
 حق هذا الحكم ثبت بخلاف القياس بهذه الآية الشريفة وانها وردت في الازواج فتختص بهم ولان اعتبار الايلاء
 في حق هذا الحكم لدفع الظلم عنها من قبل الزوج لمنعه حتى في الجماع منعاً مؤكداً باليمين ولا حق للامة قبل مولاهما
 في الجماع فلم يتحقق الظلم فلا تقع الحاجة الى الدفع لوقوع الطلاق ولان الفرقة الحاصلة بمضي المدة من غير فيء فرقة
 بطلاق ولا طلاق بدون النكاح ولو آلى منها وهي مطلقة فان كان الطلاق رجعي فهو مول لقيام الملك من كل وجه ولهذا
 صح طلاقه وظهاره ويتوارثان وان كان بائناً أو ثلاثاً لم يكن مولياً والزوال الملك والحل بالابانة والثلاث والايلاء لا
 ينقضي في غير الملك ابتداء وان كان يتيقرون الملك على ما نذر كره ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا قال لاجنيسة
 والله لا أقر بك ثم تزوجها انه لا يصير مولياً في حق حكم البر حتى لو مضت أربعة أشهر فصاعداً بعد التزوج ولم يبق
 اليها لا يقع عليها شيء ولا نعدام الملك والاضافة الى الملك ولو قر بها بعد التزوج أو قبله تلزمه الكفارة لا تعاد اليه في
 حق الحنث ولو قال لها ان تزوجتك فوالله لا أقر بك فزوجها صار مولياً عندنا لوجود الملك عند التزوج واليمين
 بالطلاق يصح في الملك أو مضاًفاً الى الملك وههنا وجدت الاضافة الى الملك فيصير مولياً بخلاف الفصل الاول وكذا
 جميع ما ذكرنا من شرائط صحة التطليق فهو من شرط صحة الايلاء في حق الطلاق وأما الذي يخص الايلاء فشيءان
 أحدهما المدة وهي ان يحلف على أربعة أشهر فصاعداً في الحرّة أو يحلف مطلقاً أو مؤبداً حتى لو حلف على أقل من
 أربعة أشهر لم يكن مولياً في حق الطلاق وهذا قول عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وقال بعض أهل العلم
 ان مدة الايلاء غير مقدرة يستوى فيها القليل والكثير حتى لو حلف لا يقر بها يوماً أو ساعة كان مولياً حتى لو تركها
 أربعة أشهر بانت وكذا روى عن ابن مسعود رضي الله عنه وقال ابن عباس رضي الله عنهما ان الايلاء على الابد
 وقال الشافعي لا يكون مولياً حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر وجهه قول الاولين ما روى عن أنس بن مالك
 رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم آلى من نسائه شهراً فلما كان تسعة وعشرين يوماً ترك ايلاءه فقيل
 له انك آليت شهراً يا رسول الله فقال الشهر تسعة وعشرون يوماً ولان الله تعالى لم يذكر في كتابه الكريم للايلاء مدة
 بل أطلقه اطلاقاً بقوله عز وجل للذين يؤلون من نسائهم فيجري على اطلاقه وانما ذكر المدة لثبوت اليقينة حتى تبين
 بمضي المدة من غير فيء لا يصير ايلاء شرعاً به تقول ولنا قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تبصر أربعة أشهر ذكر
 للايلاء في حكم الطلاق مدة مقدرة فلا يكون الحلف على ما دونها ايلاء في حق هذا الحكم وهذا لان الايلاء ليس
 بطلاق حقيقة وانما جعل طلاقاً معلقاً بشرط البر شرعاً بوصف كونه مانعاً من الجماع أربعة أشهر فصاعداً فلا يجعل
 طلاقاً بدونه ولان الايلاء هو اليمين التي تمنع الجماع خوفاً من لزوم الحنث وبعده مضي يوم أو شهر يمكنه ان يطأها من
 غير حنث يلزمه فلا يكون هذا ايلاءً أو ما قولهم ان المدة ذكرت لثبوت حكم الايلاء لا لبيان وقت القول ذكر المدة في
 حكم الايلاء لا يكون ذكر في الايلاء لان الحكم ثبت بالايداء به يتأكد المنع المحقق للظلم وأما الحديث فالمراد
 ان النبي صلى الله عليه وسلم آلى ان لا يدخل على نسائه شهراً وعندنا من حلف لا يدخل على امرأته يوماً أو شهراً أو
 سنة لا يكون مولياً في حق حكم الطلاق لان الايلاء يمين بمنع الجماع وهذا لا يمنع الجماع وقول عبيد الله بن عباس
 رضي الله عنهما الايلاء على الابد محتمل يحتمل ان يكون معناه ان الايلاء اذا ذكر مطلقاً عن الوقت يقع على الابد وان لم
 يذكر الابد ونحن نقول به ويحتمل انه أراد به ان ذكر الابد بشرط صحة الايلاء في حق حكم الطلاق فيجوز على الاول
 توفيقاً بين الاقوال والدليل عليه ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال كان ايلاء أهل الجاهلية السنة

والسنتين وأكثر من ذلك فوَقَّته الله أر بعة أشهر فن كان ايلائه أقل من أر بعة أشهر فليس بايلاء ولانه ليس في النص شرط الا بد فيلزمه اثبات حكم الايلاء في حق الطلاق عند تر بص أر بعة أشهر فلا تجوز الزيادة الا بدليل وأما الكلام مع الشافعي فبنى على حكم الايلاء في حق الطلاق فعندنا اذا مضت أر بعة أشهر تبين منه وعنده لا تبين بل توقف بعدمضى هذه المدة ويخير بين النقيضين فلا بد وان تزيد المدة على أر بعة أشهر ونذكر المسئلة في بيان حكم الايلاء ان شاء الله تعالى وسواء كان الايلاء في حال الرضا والغضب أو اراد به اصلاح ولده في الرضاع أو الاضرار بالمرأة عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وهو الصحيح لان نص الايلاء لا يفصل بين حال وحال ولان الايلاء يمين فلا يختلف حكمه بالرضا والغضب و ارادة الاصلاح والاضرار كسائر الايمان وأما مدة ايلاء الامة المنكوحة فشهران فصاعدا عندنا وعند الشافعي مدة ايلاء الامة كمدة ايلاء الحره واحتج بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تر بص أر بعة أشهر من غير فصل بين الحره والامة والكلام من حيث المعنى مبنى على اختلاف أصل ذكره في حكم الايلاء وهوان مدة الايلاء ضربت أجلا للدينونة عندنا فاشبهه مدة العدة فيتنصف بالرق كمدة العدة وعنده ضربت لاظهار ظلم الزوج بمنع حقها عن الجماع في المدة وهذا يوجب التسوية بين الامة والحره في المدة كاجل العنين ولا حجة له في الآية لانها تناولت الحرائر لا الامة لانه سبحانه وتعالى ذكر عزم الطلاق ثم عقبه بقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء وهي عدة الحرائر وسواء كان زوجها عبدا أو حرا فالعبدة لرق المرأة وحررتها لرق الرجل وحررتها لان الايلاء في حق أحد الحكمين طلاق فيعتبر فيه جانب النساء ولو اعترض العتق على الرق بان كانت مملوكة وقت الايلاء ثم اعتقت تحولت مدتها مدة الحرائر بخلاف العدة فانها اذا طلقت طلاقا بائنا ثم اعتقت لا تنقلب عدتها عدة الحرائر وفي الطلاق الرجعي تنقلب والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا قال لامرأته الحره والله لا أقر بك أر بعة أشهر الا يوما لا يكون موليا لنقصان المدة ولو قال لها والله لا أقر بك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانها جمع بين شهرين وشهرين بحرف الجمع والجمع بحرف الجمع كالمجمع بلفظ الجمع فصار كأنه قال والله لا أقر بك أر بعة أشهر ولو قال لها والله لا أقر بك شهرين فكذلك يوما ثم قال والله لا أقر بك شهرين بعد هذين الشهرين الاولين لم يكن موليا لانه اذا سكوت يوما فقد مضى يوم من غير حكم الايلاء لان الشهرين ليسا بعدة الايلاء في حق الحره فاذا قال وشهرين بعد هذين الشهرين فقد جمع الشهرين الآخرين الى الاولين بعد ما مضى يوم من غير حكم الايلاء فصار كأنه قال والله لا أقر بك أر بعة أشهر الا يوما ولو قال ذلك لم يكن موليا لنقصان المدة كذا هذا ولو قال والله لا أقر بك سنة الا يوما لم يكن موليا للحال في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون موليا للحال حتى لو مضت السنة ولم يقر بها فيها لا تبين ولو قر بها يوما لا كفارة عليه عندنا وعنده اذا مضت أر بعة أشهر منذ قال هذه المقالة ولم يقر بها فيها تبين ولو قر بها تلزمه الكفارة وجه قوله ان اليوم المستثنى ينصرف الى آخر السنة كفا في الاجارة فانه لو قال أجزتك هذه الدار سنة الا يوما انصرف اليوم الى آخر السنة حتى صحت الاجارة كذا ههنا واذا انصرف الى آخر السنة كانت مدة الايلاء أر بعة أشهر وزيادة فيصير موليا ولانه اذا انصرف الى آخر السنة فلا يمكنه قر بان امرأته في الاربعة أشهر من غير حنث يلزمه وهذا حد المولى ولنا ان المستثنى يوم منكر فتعين اليوم الآخر تغيير الحقيقة ولا يجوز تغيير الحقيقة من غير ضرورة فبقى المستثنى يوما شائعا في السنة فكان له أن يجعل ذلك اليوم أي يوم شاء فلا تكل المدة ولانه اذا استثنى يوما شائعا في الجملة فلم يمنع نفسه عن قر بان امرأته بما يصلح مانعا من القر بان في المدة لان له ان يعين يوما للقر بان أي يوم كان فيقر بها فيه من غير حنث يلزمه فلم يكن موليا وفي باب الاجارة قسمت الضرورة الى تعيين الحقيقة لتصحيح الاجارة اذا صح لها بدونه لان كون المدة معلومة في الاجارة شرط صحة الاجارة ولا تصير معلومة الا بانصراف الاستثناء الى اليوم الاخير وههنا لا ضرورة لان جهالة المدة لا تبطل الميعين فان قال ذلك ثم قر بها

يوما ينظر ان كان قد بقي من السنة أربعة أشهر فصاعدا صار موليا لوجود كمال المدة ولوجود حد المولى وان بقي أقل من ذلك لم يصير موليا لتقصان المدة ولا نعدام حد الایلاء وعلى هذا الخلاف اذا قال والله لا أقر بك سنة الا مرة غير ان في قوله الا يوما اذا قر بها وقد بقي من السنة أربعة أشهر فصاعدا لا يصير موليا ما لم تغرب الشمس من ذلك اليوم و يعتبر ابتداء المدة من وقت غروب الشمس من ذلك اليوم لان اليوم اسم لجميع هذا الوقت من أوله الى آخره فلا ينتهي الا بغروب الشمس وفي قوله الا مرة يصير موليا عقيب القر بان بلا فصل و يعتبر ابتداء المدة من وقت فراغه من القر بان مرة لان المستثنى ههنا هو القر بان مرة لا اليوم والمستثنى هناك هو اليوم لا المرة لذلك افترقا ثم مدة أشهر الا يلاء تعتبر بالالهة أم بالايام فنقول لا خلاف ان الا يلاء اذا وقع في غرة الشهر تعتبر المدة بالالهة واذا وقع في بعض الشهر لم يذكروا عن أبي حنيفة نص رواية وقال أبو يوسف تعتبر بالايام وذلك مائة وعشرون يوما وروى عن زفرانه يعتبر بقية الشهر بالايام والشهر الثاني والثالث بالالهة وتكمل ايام الشهر الاول والايام من أول الشهر الرابع ويحتمل ان يكون هذا على اختلافهم في غدة الطلاق والوفاة على ما ذكره هناك ان شاء الله تعالى والثاني تركه في المدة لان الله تعالى جعل عزم الطلاق شرطا وقوعه بقوله فان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم وكلمة ان للشرط وعزم الطلاق تركه في المدة والكلام في التي يقع في مواضع في تفسير التي المذکور في الآية الكريمة انه ما هو في بيان شرط صحة التي وفي بيان وقت التي اءنه في المدة أو بعد انقضائها أما الاول فالتي عندنا على ضربين أحدهما بالفعل وهو الجماع في الفرج حتى لو جامعها في دون الفرج أو قبلها بشهوة أو لمسه الشهوة ونظر الى فرجها عن شهوة لا يكون ذلك فيأ لان حتمها في الجماع في الفرج فصار ظاهرا بمنع فلا يندفع الظلم الا به فلا يحصل التي وهو الرجوع عما عزم عليه عند القدرة لانه بخلاف الرجعة انها تثبت بالجماع في دون الفرج وبالمس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة لان البينة هناك بعد انقضاء العدة تثبت من وقت وجود الطلاق من وجه فلم تثبت الرجعة به لصار مرتكبا للحرام فجعل الاقدام عليه دلالة الرجعة تحرزا عن الحرام وهذا المعنى لم يوجد ههنا لان البينة بعد انقضاء المدة تثبت مقصورة على الحال فلم يجعل منه فيأ لم يصير مرتكبا للحرام لذلك فافترقا والثاني بالقول والكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في صورة التي بالقول والثاني في بيان شرط صحته أما صورته فهي ان يقول لها فنت اليك أو راجعتك وما أشبه ذلك وذكر الحسن عن أبي حنيفة في صفة التي ان يقول الزوج اشهدوا اني قد فنت الى امرأتى وأبطلت الا يلاء وليس ههنا من أبي حنيفة شرط الشهادة على التي اءفاته يصح بدون الشهادة وانما ذكر الشهادة احتياطاً لباب الفروج لاحتال ان يدعى الزوج التي اءها بعد مضي المدة فتكذب المرأة فيحتاج الى اقامة البينة عليه الا ان تكون الشهادة شرطا لصحة التي وقد قال أصحابنا ان اذا اختلف الزوج والمرأة في التي مع بقاء المدة والزوج ادعى التي وعانكرت المرأة فالقول قول الزوج لان المدة اذا كانت باقية فالزوج يملك التي وفيها وقد ادعى التي في وقت يملك انشاء فيه فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله وان اختلف بعد مضي المدة فالقول قول المرأة لان الزوج يدعى التي في وقت لا يملك انشاء التي فيه فكان الظاهر شاهدا عليه للمرأة فكان القول قولها وأما شرط صحته فلصحة التي بالقول شرائط ثلاثة أحدها العجز عن الجماع فلا يصح مع القدرة على الجماع لان الاصل هو الفی بالجماع لان الظلم به يندفع حقيقة وانما التي بالقول خلف عنه ولا عبرة بلخلاف مع القدرة على الاصل كالتيمم مع الوضوء ونحو ذلك ثم الشرط هو العجز عن الجماع حقيقة أو مطلق العجز اما حقيقة واما حكما فجملة الكلام فيه ان العجز نوعان حقيقي وحكمي أما الحقيقي فنحو أن يكون أحد الزوجين مريضا مرضا يتعذر معه الجماع أو كانت المرأة صغيرة لا يجامع مثلها أو ارتقاء أو يكون الزوج مجبوا أو يكون بينهما مسافة لا يقدر على قطعها في مدة الا يلاء أو تكون ناشرة محتجبة في مكان لا يعرفه أو يكون مجبوسا لا يقدر أن يدخلها وفيؤه في هذا كله بالقول كذا ذكره القدوري في شرحه مختصر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه لو آلى من امرأته وهي مجبوسة أو هو مجبوس أو كان بينهما وبين امرأته مسافة أقل من

أربعة أشهر إلا أن العدو أو السلطان منعه عن ذلك فإن فياه لا يكون إلا بالفعل ويمكن أن يوفق بين القولين في الحبس بأن يحمل ما ذكره القاضي على أن يقدر أحدهما على أن يصل إلى صاحبه في السجن والوجه في المنع من العدو أو السلطان أن ذلك نادر وعلى شرف الزوال فكان ملحقاً بالعدم وأما الحكمي فبأن يكون محرراً وقت الإيلاء وبينه وبين الحج أربعة أشهر وإذا عرف هذا فنقول لا خلافاً في أنه إذا كان عاجزاً عن الجماع حقيقة أنه ينتقل إلى الجماع إلى التي بالقول واختلف أصحابنا فيما إذا كان قادراً على الجماع حقيقة وما جزأ عنه حكماً أنه هل يصح التي بالقول قال أصحابنا الثلاثة لا يصح ولا يكون فيؤهل بالجماع وقال زفر يصح وجه قوله أن العجز حكماً كالعجز حقيقة في أصول الشريعة كما في الخلوة فإنه يستوى المانع الحقيقي والشرعي في المنع من صحة الخلوة كذا هذا ولنا أنه قادر على الجماع حقيقة فيصير ظالمًا بالمنع فلا يندفع الظلم عنها إلا بإفائها حقها بالجماع وحق العبد لا يسقط لاجل حق الله تعالى في الجملة لأننا الله عز وجل وحاجة العبد والثاني دوام العجز عن الجماع إلى أن تمضي المدة حتى لو قدر على الجماع في المدة بطل التي بالقول وانتقل إلى التي بالجماع حتى لو تركها ولم يقر بها في المدة حتى مضت تبين لماذا كررنا أن التي باللسان بدل عن التي بالجماع ومن قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل بطل حكم البدل كالتميم إذا قدر على الماء في الصلاة وكذا إذا آلى وهو صحيح ثم مرض فإن كان قدر مدة صحته ما يمكن فيه الجماع فقيؤه بالجماع لأنه كان قادراً على الجماع في مدة الصحة فإذا لم يجتمع مع القدرة عليه فقد فرط في إيفاء حقها فلا يعذر بالمرض الحادث وإن كان لا يمكنه فيؤهل بالجماع لقصره فقيؤه بالقول لأنه إذا لم يقدر على الجماع فيه لم يكن مفراطاً في ترك الجماع فكان معذوراً ولو آلى وهو مريض فلم يبق باللسان إليها حتى مضت المدة فبانت ثم صح ثم مرض فزوجها وهو مريض ففأهلها باللسان صح فيؤهل في قول أبي يوسف حتى لو تمت أربعة أشهر من وقت الزوج لانتين وقال محمد لا يصح (وجه) قوله أنه إذا صح في المدة الثانية فقد قدر على الجماع حقيقة فسقط اعتبار التي باللسان في تلك المدة وإن كان لا يقدر على جماعها إلا بمعصية كما إذا كان محرراً ففأهلها باللسان أنه لم يصح فيؤهل باللسان لكونه قادراً على الجماع حقيقة وإن كان لا يقدر عليه إلا بمعصية كذا هذا ولأبي يوسف أن الصحة إنما تمنع التي باللسان للقدرة على إيفائها حقها في الجماع ولا حق لها في حالة اليئونة فلا تعتبر الصحة مانعة منه والثالث قيام ملك النكاح وقت التي بالقول وهو أن تكون المرأة في حال ما يفي إليها زوجها غير بائنة منه فإن كانت بائنة منه ففأهلها باللسان لم يكن ذلك فيأوي إلى الإيلاء لأن التي بالقول حال قيام النكاح إنما يرفع الإيلاء في حق حكم الطلاق لحصول إيفاء حقها به ولا حق لها حالة اليئونة على ما ذكره ولا يعتبر التي عوصار وجودها والعدم بمنزلة فيبقى الإيلاء فإذا تزوجها ومضت المدة تبين منه بخلاف التي بالفعل وهو الجماع أنه يصبح بعد زوال الملك وثبوت اليئونة حتى لا يبقى الإيلاء بل يبطل لأنه حنث بالوطء فأنحلت اليمين وبطلت ولم يوجد الحنث هنا فلا تنحل اليمين فلا يرتفع الإيلاء ثم التي بالقول عندنا إنما يصح في حق حكم الطلاق حتى لا يقع الطلاق بمضي المدة إلا في حق الحنث لأن اليمين في حق حكم الحنث باقية لأنها لا تنحل إلا بالحنث والحنث إنما يحصل بفعل الخلو فإليه والقول ليس محلوقاً عليه فلا تنحل به اليمين هذا الذي ذكرنا مذهب أصحابنا وقال الشافعي لا في إلا بالجماع وإليه مال الطحاوي ووجهه أن التي بالحنث ولا حنث باللسان فلا يحصل التي به وهذا لأن الحنث هو فعل المحلوف عليه والمحلوف عليه هو القرآن فلا يحصل التي إلا به ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روي عن علي رضي الله عنه وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا التي عند العجز بالقول وكذا روي عن جماعة من التابعين مثل مسروق والشعبي وإبراهيم النخعي وسعيد بن جبير ولأن التي في اللغة هو الرجوع يقال فاء الظل أي رجعت ومعنى الرجوع في الإيلاء هو أنه بالإيلاء عزم على منع حقها في الجماع وكذا العزم باليمين فبأن التي رجعت عما عزم والرجوع كما يكون بالفعل يكون بالقول وهذا لأن وقوع الطلاق لقصوره ورتبه ظالم بالمنع حقها والظلم عند القدرة على الجماع يمنع حقها في الجماع فيكون إزالة الظلم بإيفاء حقها في الجماع فيكون إزالة هذا الظلم بذكر إيفاء حقها في الجماع أيضاً وعند العجز عن الجماع يكون بإيدائه ما يمنع حقها

في الجامع ليكون ازالة هذا الظلم بتدريج الظلم فيثبت الحكم على وفق العلة وأما وقت النفي فالتنفي عندنا في المدة وعند الشافعي
بعد مضي المدة ونذكر المسئلة في بيان حكم الايلاء ان شاء الله تعالى وأما حرمة المولى فليس بشرط لصحة ايلاءه بالله
تعالى وعملا يتعلق بالمال حتى لو قال العبد لا امرأته والله لا أقر بك أو قال ان قر بك فعلى صوم أو حج أو عمرة أو امرأتى
طالق يصبح ايلاؤه حتى لو لم يقر بهاتين منه في المدة ولو قر بهما في اليمين بالله تعالى تلزمه الكفارة بالصوم وفي غيرها يلزمه
الجزاء المذكور ولان العبد اهل لذلك وان كان يحلف بما يتعلق بالمال بأن قال ان قر بك فعلى عتق رقبة أو على أن
أتصدق بكذا لا يصبح لانه ليس من أهل ملك المال وأما اسلام المولى فهل هو شرط لصحة الايلاء فنقول
لا خلاف في أن الذي اذا آلى من امرأته بالطلاق أو العتاق انه يصبح ايلاؤه لان الكافر من أهل الطلاق والعتاق
ولا خلاف أيضا في أنه اذا آلى بشئ من القرب كالصوم والصدقة والحج والعمرة بأن قال لا امرأته ان قر بك فعلى
صوم أو صدقة أو حجة أو عمرة أو غير ذلك من القرب لا يكون مولى لانه ليس من أهل القرية فيمكنه قر بان امرأته
من غير شئ يلزمه فلم يكن مولى وكذا اذا قال لا امرأته ان قر بك فأنت على كظهر أمي أو فلانة على كظهر أمي لم يكن
مولى لان الكفر يمنع صحة الظهار عندنا وادام أصبح يمكنه قر بانها من غير شئ يلزمه فلا يكون مولى واختلف فيما اذا
آلى بالله تعالى فقال والله لا أقر بك تنعقد موجبة للكفارة على تقدير الحنث عند أبي حنيفة يكون مولى وقال أبو
يوسف ومحمد لا يكون مولى وجه قولهما ان اليمين بالله تعالى لا تنعقد من الذي كفى غير الايلاء والجامع بينهما ان اليمين
بالله تعالى تنعقد موجبة للكفارة على تقدير الحنث والكافر ليس من أهل الكفارة ولا بي حنيفة عموم قوله تعالى
للذين يؤلون من نسائهم من غير تخصيص المسلم ولان الايلاء بالله يمين يمنع القربان خوفا من هتك حرمة اسم الله عز
وجل والذي يعتقد حرمة اسم الله تعالى ولهذا يستحلف على الدعاوى كالمسلم ويتعلق حل الذبيحة بتسميته كما يتعلق
بتسمية المسلم فانه اذا ذكر اسم الله عليها أكلت وان ترك التسمية لم تؤكل فيصبح ايلاؤه كما يصبح ايلاء المسلم واذا صح
ايلاءه بالله تعالى ثبتت أحكام الايلاء في حقه كما ثبتت في حق المسلم الا أنه لا يظهر في حق حكم الحنث وهو الكفارة
لان الكفارة عبادة وهو ليس من أهل العبادة فيظهر في حق حكم البر وهو الطلاق لانه من أهله ولو آلى مسلم وأظهر
من امرأته ثم ارتد عن الاسلام ولحق بدار الحرب ثم رجع مسلما وتزوجها فهو مولى ومظاهر في قول أبي حنيفة وقال
أبو يوسف يسقط عنه الايلاء والظهار (وجه) قوله ان الكفر يمنع صحة الايلاء والظهار ابتداء فيمنع بقاءهما على
الصحة لان حكم الايلاء وجوب الكفارة على تقدير الحنث وحكم الظهار حرمة مؤقتة الى غاية التكفير والكافر
ليس من أهل وجوب الكفارة ولا بي حنيفة ان الكفر لم يمنع انعقاد الايلاء لما بينا فلان لا يمنع بقاءه أولى لان
البقاء أسهل ولان الايلاء قد انعقد لوجوده من المسلم والعارض هو الردة وأثرها في زوال ملك النكاح وزوال الملك
لا يوجب بطلان اليمين فتبقى اليمين فاذا عاد يعود حكم الايلاء لان كل عارض على أصل يلحق بالعدم من الأصل
اذا ارتفع ويجعل كأن لم يكن ولان الايلاء انعقد ييقين والعارض هو الردة يحتمل الزوال والتصرف الشرعي اذا
انعقد ييقين لاحتمال الفائدة في البقاء واحتمال الفائدة ههنا ثابت لان رجاء الاسلام قائم والظهار قد انعقد موجبا حكمه
وهو الحرمة المؤقتة لصدوره من المسلم وبالردة زالت صفة الحكم وبقي الأصل وهو الحرمة اذ الكافر من أهل ثبوت
الحرمة وبقيتها في حقه لان حكم الحرمة وجوب الامتناع وهو قادر على الامتناع بخلاف القرية ولهذا خوطب
بالحرمة دون القربات والطاعات على ما عرف في أصول الفقه والله الموفق

فصل وأما حكم الايلاء فنقول والله التوفيق انه يتعلق بالايلاء حكمان حكم الحنث وحكم البر أما حكم الحنث
فيختلف باختلاف المحلوف به فان كان الحلف بالله تعالى فهو وجوب كفارة اليمين كسائر الايمان بالله وان كان الحلف
بالشرط والجزاء فلزوم المحلوف به كسائر الايمان بالشرط والجزاء فلزوم حكمه على تقدير وجوده على ما بينا وأما
حكم البر فالكلام فيه في مواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان وصفه وفي بيان وقته وفي بيان قدره أما أصل الحكم فهو

وقوع الطلاق بعدمضى المدة من غير في لانه بالا يلاء عزم على منع نفسه من ايفاء حقه في الجماع في المدة وكذا العزم باليمين فاذا مضت المدة ولم يفي اليها مع القدرة على التي فقد حقق العزم المؤكد باليمين بالفعل فتأكد الظلم في حقه فثبت من عتبه عليه جزاء على ظلمه ومرتبة عليها ونظر لها بتخليصها عن حباله لتتوصل الى ايفاء حقه من زوج آخر وهذا عندنا وقال الشافعي حكم الايلاء في حق البر هو الوقف وهو أن يوقف الزوج بعدمضى المدة فيخير بين التي اليها بالجماع وبين تطليقها فان أبي أجبره الحاكم على أحدهما فان لم يفعل طلق عليه القاضي فاشتملت معرفة هذا الحكم على معرفة مسألتين مختلفتين احدهما انه لا يوقف المولى بعد انقضاء المدة عندنا بل يقع الطلاق عقب انقضائها بلا فصل وعنده يوقف ويخير بين التي والتطليق على ما بينا والثانية ان التي يجب أن يكون في المدة عندنا وعنده بعد مضى المدة والمسألتان مختلفتان بين الصحابة رضي الله عنهم احتج الشافعي بقوله تعالى للذين يؤولون من نساءهم تر بص أر بعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق خير سبحانه وتعالى المولى بين التي وبين العزم على الطلاق بعد أر بعة أشهر فدل ان حكم الايلاء في حق البر هو تخيير الزوج بين التي والطلاق بعد المدة لا وقوع الطلاق عند مضى المدة وان وقت التي بعد المدة لا في المدة ولانه قال عز وجل وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم أي سميع للطلاق فلا بد وأن يكون الطلاق مسموعا وذلك بوجود صوت الطلاق اذ غير الصوت لا يحتمل السماع ولو وقع الطلاق بنفس مضى المدة من غير قول وجد من الزوج أو من القاضي لم يتحقق صوت الطلاق فلا ينقد سماعه ولان الايلاء يمين يمنع من الجماع أر بعة أشهر لان اللفظ يدل عليه فقط لا على الطلاق فالقول بوقوع الطلاق بمضى المدة قول بالوقوع من غير ايقاع وهذا لا يجوز (ولنا) ان الله تعالى جعل مدة التربص أر بعة أشهر والوقف يوجب الزيادة على المدة المنصوص عليها وهي مدة اختيار التي والطلاق من يوم أو ساعة فلا تجوز الزيادة الا بدليل ولهذا لما جعل الشرع لسائر المدة التي بين الزوجين مقدارا معلوما من المدة ومدة العنين لم تحتمل الزيادة على ذلك القدر فكذا مدة الطلاق ولان التي تقضى اليمين وتقضى حرام في الاصل قال الله تعالى ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا لانه ثبت الاطلاق في المدة بقراءة عبد الله بن مسعود وأبي بن كعب رضي الله عنهما فان فاؤا فبين فبقي التقض حراما فبما وراه فلا يحل التي وفيما وراه فأنزله القول بالتي في المدة و بوقوع الطلاق بعد مضى المدة لان الايلاء كان طلاقا معجلا في الجاهلية فجعله الشرع طلاقا مؤجلا والطلاق المؤجل يقع بنفس انقضاء الاجل من غير ايقاع أحد بعده كما اذا قال لها أنت طالق رأس الشهر واما قوله ان الله تعالى ذ كر التي بعد الار بعة أشهر فنعم لكن هذا لا يوجب أن يكون التي بعد مضى المدة لا ترى الى قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف ذ كر تعالى الامساك بمعروف بعد بلوغ الاجل وانه لا يوجب الامساك بعد مضى الاجل وهو العدة بل يوجب الامساك وهو الرجعة في العدة والبنونة بعد انقضائها كذا ههنا واما قوله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم فقد قال قوم من أهل التأويل ان المراد من قوله سميع في هذا الموضع أي سميع بايلائه والا يلاء مما ينطق به ويقال فيكون مسموعا وقوله تعالى عليم ينصرف الى العزم أي عليم بعزمه الطلاق وهو ترك التي عود دليل صحة هذا التأويل انه تعالى ذ كر قوله سميع عليم عقيب أمرين أحدهما يحتمل السماع وهو الايلاء والاخر لا يحتمل وهو عزم الطلاق فينصرف كل لفظ الى ما يليق به ليفيد فائدة وهي كقوله تعالى لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضلة عقيب ذ كر الليل والنهار بقوله ومن رحمته جعل لكم الليل لتسكنوا فيه والنهار مبصرا انه ينصرف الى كل ما يليق به ليفيد فائدة وهو السكون الى الليل واجتماع الفضل الى النهار كذا ههنا ولانه تعالى ذ كر انه سميع عليم وكل مسموع معلوم وليس كل معلوم مسموعا لان السماع لا يكون الا للصوت فلو كان الطلاق في الايلاء بالقول لكان مسموعا والا يلاء مسموع أيضا فوقمت الكفاية بذ كر التسميع فلا يتعلق بذ كر العلم فائدة مبتدأة ولو كان الامر على ما قلنا ان الطلاق يقع عند مضى المدة من غير قول يسمع لا ينصرف ذ كر العلم اليه لان ذلك ليس بمسموع

حتى يعني ذكر السميع عن ذكر العليم فيتعلق بذكر العليم فائدة جديدة فكان ما قلناه أولى مع ما أنالا نسلم أن سماع
الطلاق يقف على ذكر الطلاق بحروفه ألا ترى أن كنيات الطلاق طلاق وهي مسموعة وإن لم يكن الطلاق
مسموعاً مذكوراً بحروفه وكذا إطلاق الآخر فلم يكن من ضرورة كون الإيلاء طلاقاً التلقظ بلفظ الطلاق فلا
يقف سماع صوت الطلاق عليه وقوله لفظ الإيلاء لا يدل على الطلاق ممنوع بل يدل عليه شرعاً فإن الشرع جعل
الإيلاء طلاقاً معلقاً بشرط البر فيصير الزوج بالاصرار على موجب هذه اليمين معلقاً طلاقاً بآثاره القربان أربعة
أشهر كأنه قال إذا مضت أربعة أشهر ولم أقر بك فيها فانت طالق بائن عرفنا ذلك بإشارة النص وهو قوله تعالى وإن
عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم سمي ترك النفي في المدة عزم الطلاق وأخبر سبحانه وتعالى أنه سميع للإيلاء
فدل أن الإيلاء السابق يصير طلاقاً عند مضي المدة من غير نفي وبما ذكرنا من المعنى المعقول وأما صفتها فقد قال
أصحابنا إن الواقع بعد مضي المدة من غير نفي طلاق بائن وقال الشافعي إذا خير بعد انقضاء العدة فاختر الطلاق
فهي واحدة رجعية بناء على أصله أن الطلاق بعد مضي المدة يقع بإيقاع مبتدئ وهو صريح الطلاق فيكون رجعياً
(ولنا) إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روى عن عثمان وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت
رضي الله عنهم أنهم قالوا إذا مضت أربعة أشهر ففي طليقة بائنة ولأن الطلاق إنما يقع عند مضي المدة دفلاً للظلم فلا
يندفع الظلم عنها إلا بالبائن لتتخلص عنه فتتمكن من استيفاء حقها من زوج آخر ولا يتخلص إلا بالبائن ولأن القول
بوقوع الطلاق الرجعي يؤدي إلى العبث لأن الزوج إذا أبى النفي والتطبيق يقدم إلى الحال كما يطلق عليه الحالك
عنده ثم إذا أطلق عليه الحالك راجعها الزوج فيخرج فعل الحالك مخرج العبث وهذا لا يجوز وأما قدره وهو قدر
الواقع من الطلاق في الإيلاء فلا يصل أن الطلاق في الإيلاء يتبع المدة لا اليمين فيتحد باتحاد المدة ويتعدد بتعدد
في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر يتبع اليمين فيتعدد بتعدد اليمين ويتحد باتحادها ولا خلاف في أن المعتبر في حق
حكم الحنث هو اليمين فينظر إلى اليمين في الاتحاد والتعدد لا إلى المدة ووجه قول زفر أن وقوع الطلاق ولزوم الكفارة
حكم الإيلاء والإيلاء يمين فيدور الحكم مع اليمين فيتحد باتحادها ويتعدد بتعدد اليمين لا بالحكم فيكره تكرار السبب
ويتحد باتحاده (ولنا) أن الإيلاء إنما اعتبر طلاقاً من الزوج لمتعه حقه في الجماع في المدة منعا مؤكداً باليمين أذبه
يصير ظاهراً والمنع يتحد باتحاد المدة فيتحد الظلم فيتحد الطلاق ويتعدد بتعدد ما فيتعدد الظلم فيتعدد الطلاق فاما
الكفارة فإنها تجب لهنك حرمة اسم الله عز وجل والهنك بتعدد بتعدد الاسم ويتحد باتحاده وعلى هذا الأصل
مسائل إذا قال لامرأته مرة واحدة والله لا أقر بك فلم يقر بها حتى مضت المدة بانت بتطليقة واحدة وإن قر بها لزمه
كفارة واحدة لا اتحاد المدة واليمين جميعاً ولو قال لها في مجلس واحد والله لا أقر بك والله لا أقر بك
فإن عني به التكرار فهو إيلاء واحد في حق حكم الحنث والبر جميعاً حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقر بها بانت بتطليقة
واحدة ولو قر بها في المدة لا يلزمه إلا كفارة واحدة لأن مثل هذا يكرر في العرف والعادة فإذا نوى به تكرار
الأول فقد نوى ما يحمله كلامه فيصدق فيه وإن لم تكن له نية فهو إيلاء واحد في حق حكم البر في قول أصحابنا الثلاثة
وثلاث في حق حكم الحنث بالاجماع حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقر بها بانت بتطليقة واحدة في قول أصحابنا
الثلاثة ولو قر بها في المدة فعليه ثلاث كفارات بالاجماع وعند زفر هو ثلاث إيلاآت في حق حكم الحنث والبر جميعاً
ويعتقد كل إيلاء من حين وجوده فإذا مضت أربعة أشهر ولم يقر بها بانت بتطليقة ثم إذا مضت ساعة بانت بتطليقة
أخرى ثم إذا مضت ساعة أخرى بانت بتطليقة واحدة أخرى وإن قر بها في المدة فعليه ثلاث كفارات وأصل هذه
المسئلة أن من قال لامرأته إذا جاء غد فوالله لا أقر بك فإنه ثلاثاً لئلا يغد يصير مولياً في حق حكم البر إيلاء واحد عندنا
وعنده يصير مولياً ثلاث إيلاآت في حق حكم الحنث وإن أراد به التغليظ والتشديد فكذلك في قول أبي حنيفة وأبي
يوسف أنه إيلاء واحد في حق حكم البر استحساناً وعند محمد وزفر هو ثلاث في حق البر والحنث جميعاً وهو القياس

أما زفر فقد مر على أصله أن الحكم لليمين لا للمدة لأن اليمين هي السبب الموجب للحكم وقد تعددت فيتمدد السبب بتعدد الحكم وأما وجه القياس لمحمد أن المدة قد اختلفت لأن كل واحدة من هذه الأيمان وجدت في زمان فكانت مدة كل واحدة منهما غير مدة الأخرى فصارت كالوآلى منها ثلاث مرات في ثلاث مجالس وجه الاستحسان أن المدد وان تعددت حقيقة فهي متعددة حكما لتعذر ضبط الوقت الذي بين اليمينين عند مضي أربعة أشهر فصارت مدة الأيمان كلها مدة واحدة حكما والثابت حكما لمحق بالثابت حقيقة ولو قال إذا جاء غد فوالله لا أقر بك وإذا جاء بعد غد فوالله لا أقر بك يصير موليا إيلاءين في حق الحنث والبر جميعا إذا جاء غد يصير موليا وإذا جاء بعد غد يصير موليا إيلاء آخر وكذلك إذا آلى منها في مجلس ثم آلى منها في مجلس آخر بان قال والله لا أقر بك فكثرت يومان ثم قال والله لا أقر بك يصير موليا إيلاءين أحدهما في الحال والاخر في العدى في حق الحنث والبر جميعا لأن المدد قد تعددت حقيقة وحكما لا اختلاف ابتداء كل مدة وانتهائها وامكان ضبط الوقت الذي بين اليمينين ولو قال كلما دخلت هذه الدار فوالله لا أقر بك أو قال والله لا أقر بك أو قال والله لا أقر بك كلما دخلت هذه الدار يصير موليا إيلاءين في حق البر وإيلاء واحد في حق الحنث فإذا دخل الدار دخلت في حق الإيلاء الأول وعند الدخلة الأولى والثاني عند الدخلة الثانية حتى لو مضت أربعة أشهر من وقت الدخلة الأولى بانت بتطبيقه وإذا تمت أربعة أشهر من وقت الدخلة الثانية بانت بتطبيقه أخرى ولو قر بها بعد الدخلة الأولى لا يلزمه إلا كفارة واحدة لتعدد المدة واتحاد اليمين في حكم الحنث والأصل فيه أن اليمين بالله تعالى متى علقت بشرط متكرر لا يتكرر انعقادها بتكرار الشرط واليمين بما هو شرط وجزء إذا علقت بشرط متكرر بتكرار الشرط وقوله والله لا أقر بك يمين بالله تعالى في حق الحنث ويمين بالطلاق في حق البر ودليل هذا الأصل وبيان فروعه يعرف في الجامع الكبير وكذلك إذا قال كلما دخلت واحدة من هاتين الدارين فوالله لا أقر بك أو قال كلما كلمت واحدا من هذين الرجلين فوالله لا أقر بك فدخل أحدهما أو كلم أحدهما صار موليا وإذا دخل مرة أخرى أو كلمه أخرى صار موليا إيلاء آخر في حق حكم البر وهو إيلاء واحد في حق حكم الحنث والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يبطل به الإيلاء فإي بطل به الإيلاء نوعان نوع يبطل به أصلا في حق الحكمين جميعا وهو البر والحنث ونوع يبطل به في حق أحد الحكمين وهو حكم البر ويبقى في حق الحكم الآخر وهو حكم الحنث أما الذي يبطل به الإيلاء في حق الحكمين جميعا فثلاثة واحد وهو النفي بالجماع في الفرج في المدة لأنه يبحث به واليمين لا يبقى بعد الحنث لأن حنث اليمين نقضها والشئ لا يبقى مع وجود ما ينقضه وأما ما يبطل به في حق حكم البر دون الحنث فشيئان أحدهما النفي بالقول عند اجتماع شرائطه التي وصفناها فيبطل به الإيلاء في حق حكم البر حتى لا تبين بعض المدة لما ذكرنا أن ترك النفي في المدة شرط وقوع الطلاق بعدم مضىها أو عزمه الطلاق وانها شرط بالنص لكنه يبقى في حق حكم الحنث حتى لو فاء إليها بالقول في المدة ثم قدر على الجماع بعد المدة فجامعها تلزمه الكفارة لأن وجوب الكفارة معلق بالحنث والحنث هو فعل المحلوف عليه والمحلوف عليه هو الجماع في الفرج فلا يحصل الحنث بدونه والثاني الطلقات الثلاث حتى لو وقع عليها ثلاث تطليقات بالإيلاء أو طلقتها ثلاثا تعقيب الإيلاء فتزوجت ثم عادت إليه فضمت أربعة أشهر لم يوطأها فيها لا يقع عليها شيء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يبطل بها الإيلاء ويقع عليها الطلاق بالإيلاء أبد ابتداء على أن استيفاء طلاق الملك القائم للحال يبطل اليمين وعندنا وعند من لا يبطلها وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو آلى منها ولم ينفى إليها حتى مضت أربعة أشهر فبانت منه بتطبيقه وانقضت عدتها فتزوج آخر ثم عادت إلى الأول عاد حكم الإيلاء بالجماع لكن عند أبي حنيفة وأبي يوسف ثلاث تطليقات وعند محمد بما بقي بناء على أن الزوج الثاني يهدم الطلقة والطلقتين عندهما وعند من لا يهدم والمسئلة قد مرت ولا يبطل بالإيلاء حتى لو آلى منها ثم أبانها قبل مضي المدة ثم تزوجها فنقضت المدة من غير أن تبين بتطبيقه

أخرى بالايلاء السابق ولو أبانها ولم يتزوجها حتى مضت المدة وهي في العدة يقع عليها تطليقة أخرى عندنا وعند زفر لا يقع وقد مرّت المسئلة وهل يبطل بمضي المدة من غير فيء فإن كان الايلاء مطلقاً أو مؤبداً بان قال والله لا أقر بك أبداً أو قال والله لا أقر بك ولم تذكر الوقت مضت أر بعة أشهر من غير فيء حتى بانّت بتطليقة لا يبطل الايلاء حتى لو تزوجها مضت أر بعة أشهر أخرى منذ تزوج يقع عليها تطليقة أخرى لأن اليمين عقدت مطلقة أو مؤبدة والعارض ليس الا بالينونة وأثرها في زوال الملك وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين بالطلاق لما عرف ان اليمين اذا انعقدت تبقى لاحتمال الفائدة واحتمال الفائدة ثابت لاحتمال التزوج فيبقى اليمين الا انه لا بد من الملك لان عقد المدة الثانية فاذا تزوجها بادل الملك فعاد حقها في الجماع فاذا مضت المدة الثانية من غير فيء اليها فقد منعتها حقها فقد ظلمها فيقع تطليقة أخرى جزاء على ظلمه وكذا اذا تزوجها بعد ما بانّت بتطليقة ثانية ومضت أر بعة أشهر أخرى منذ تزوجها تبين بثلاثة لما قلنا فان تزوجت بزواج آخر ثم تزوجها الاول مضت أر بعة أشهر لم يقر بها فيها لا يقع عليها شيء عندنا بحاجتنا الثلاثة خلا لفرق ولو آلى منها مطلقاً أو أبداً مضت أر بعة أشهر ولم يفيء اليها حتى بانّت ثم لم يترزوجها حتى مضت أر بعة أشهر أخرى وهي في العدة لا يقع عليها تطليقة أخرى لأن اليمين قد بطلت بل هي باقية لما بينا الا انها مبانة لا تستحق الوطء على الزوج فلا يصير الزوج بالامتناع عن قربانها في المدة ظالماً وقوع الطلاق كان لهذا المعنى ولم يوجد فلا يقع لكن تبقى اليمين حتى لو تزوجها ومضت المدة من غير فيء يقع والا صل ان المدة المتعقبة لا تبطل بالينونة وان كانت لا تنعقد على المبانة على طريق الاستثناء ولو قر بها قبل ان يتزوجها فعليه الكفارة لأن اليمين باقية وقد وجد شرط الجنت فيجنت ولو كان الايلاء مؤقّتاً الى وقت معلوم أر بعة أشهر أو أكثر فضت المدة من غير فيء حتى وقع الطلاق لا يبقى الايلاء وينتهي حتى لو قر بها لا كفارة عليه ولو لم يقر بها حتى مضت أر بعة أشهر لا يقع عليها شيء لأن المؤقت الى وقت ينتهي عند وجود الوقت ولو حلف على قربان امرأته بعق عبدله ثم باعته سقط الايلاء لانه صار بحال لا يلزمه شيء بقرانها ثم اذا دخل في ملكه بوجه من الوجوه قبل القر بان عاده حكم الايلاء حتى لو تركها أر بعة أشهر لم يقر بها فيها تبين لأن الجزاء لا تنقيد بالملك القائم للحال كمن قال لعبدته ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار انه يعتق ولو دخل في ملكه بعد القر بان لا يعود الايلاء لبطلانه بالقر بان وكذا اذا مات العبد بطل الايلاء لأن الجزاء صار بحال لا يتصور وجوده فبطلت اليمين ولو قال ان قر بك فعبدى هذا حر ان فات أحدهما أو باع أحدهما لا يبطل الايلاء لانه يلزمه بالقر بان عتق ولو ماتا جميعاً بطل الايلاء وكذا لو باعهما جميعاً معا أو على التعاقب ولو باعهما ثم دخل أحدهما في ملكه بوجه من الوجوه قبل القر بان عاد الايلاء فيه ثم اذا دخل الآخر في ملكه عاد الايلاء فيه من وقت دخول الاول لأن العائد عين الاول ولو قال لامرأته انت طالق قبل ان أقر بك بشهر فقرر بها قبل تمام الشهر من وقت اليمين بطلت اليمين ولو لم يقر بها حتى مضى شهر يصير مولياً لأن معنى هذا الكلام اذا مضى شهر لم أقر بك فيه فانت طالق ان قر بك ولو قال ذلك ومضى شهر لم يقر بها فيه لصار مولياً ذكرنا ان قوله انت طالق ان قر بك ايلاء ألا ترى انه لا يمكنه قرانها من غير شيء يلزمه وهو الطلاق وهذا أحد المولى فاذا صار مولياً فان قر بها بعد ذلك وقع الطلاق لانه علق الطلاق بالقر بان وان لم يقر بها حتى مضت أر بعة أشهر بانّت بتطليقة لأن هذا حكم الايلاء في حق البر ولو قال انت طالق ثلاثاً قبل ان أقر بك ولم يقل بشهر لا يصير مولياً ويقع الطلاق من سابعه لانه أوقع الطلاق في وقت هو قبل القر بان وكما فرغ من كلامه فقد وجد هذا الوقت فيقع ولو قال قبل ان أقر بك يصير مولياً لأن قبل الشيء اسم لزمان متقدم عليه مطلقاً وكما فرغ من هذه المقالة فقد وجد زمان متقدم عليه متصل به فلم يوجد القر بان لا يعرف هذا الزمان فكان هذا تعليق الطلاق بالقر بان كانه قال ان قر بك فانت طالق فان قر بها وقع الطلاق بعد القر بان بلا فصل فان تركها حتى مضت أر بعة أشهر بانّت بالايلاء كما لو نص على التعليق بالقر بان والله الموفق

فصل في بيان حكم الطلاق في مختلف باختلاف الطلاق من الرجعي والبائن ويعلق بكل واحد منهما أحكام بعضها أصلي وبعضها من التوابع أما الطلاق الرجعي فالحكم الأصلي له هو نقصان العدد فإما زوال الملك وحل الوطء فليس بحكم أصلي له لازم حتى لا يثبت للحال وإنما يثبت في الثاني بعد انقضاء العدة فإن طلقها ولم يراجعها بل تركها حتى انقضت عدتها بانت وهذا عندنا وعند الشافعي زوال حل الوطء من أحكامه الأصلية حتى لا يحل له وطؤها قبل الرجعة واليه مال أبو عبد الله البصري وأما زوال الملك فقد اختلف فيه أصحابنا قال بعضهم الملك يزول في حق حل الوطء لا غير وقال بعضهم لا يزول أصلا وإنما يحرم وطؤها مع قيام الملك من كل وجه كالوطء في حالة الحيض والنفاس وجه قوله ان الطلاق واقع للحال فلا بد وأن يكون له أثر ناجز وهو زوال حل الوطء وزوال الملك في حق الحل وقد ظهر أثر الزوال في الأحكام حتى لا يحل له المسافرة بها والخلوه ويؤول قسمها والاقراء قبل الرجعة محسوبة من العدة ولهذا سمي الله تعالى الرجعة رد في كتابه الكريم بقوله عز وجل وبموتهن أي أزواجهن أحق بردهن في ذلك والرد في اللغة عبارة عن إعادة الغائب فيدل على زوال الملك من وجه (ولنا) قوله تعالى وبموتهن أحق بردهن في ذلك وقوله تعالى وبموتهن أي أزواجهن وقوله تعالى هن كناية عن المطلقات ساء الله تعالى زوجها بعد الطلاق ولا يكون زوجها إلا بعد قيام الزوجية فدل ان الزوجية قائمة بعد الطلاق والله سبحانه وتعالى أحل للرجل وطء زوجته بقوله عز وجل والذين هم لفرجهن حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين وقوله تعالى نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أني شئتم وقوله عز وجل هو الذي خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها ونحو ذلك من النصوص والدليل على قيام الملك من كل وجه انه يصح طلاقه وظهاره وبلاؤه ويجري اللعان بينهما ويتوارثان وهذه أحكام الملك المطلق وكذا ملك مراجمتها بغير رضاها ولو كان ملك النكاح زائلا من وجه لكانت الرجعة انشاء النكاح على الحرمة من غير رضاها من وجه وهذا لا يجوز وأما قوله الطلاق واقع في الحال فسلم لكن التصرف الشرعي قد يظهر أثره للحال وقد يترأخ عنه كالبيع بشرط الخيار وكالتصرف الحسي وهو الرمي وغير ذلك فإزاء أن يظهر أثر هذا الطلاق بعد انقضاء العدة وهو زوال الملك وحرمة الوطء على أن له أثر ناجزا وهو نقصان عدد الطلاق ونقصان حل الحلية وغير ذلك على ما عرف في الخلافات وأما المسافرة بها فقد قال زفر من أصحابنا انه يحل له المسافرة بها قبل الرجعة وأما على قول أصحابنا الثلاثة قائما لا تحل لزوجها الملك بل لكونها معتدة وقد قال الله تعالى في المعتدات ولا تخرجنوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة تسمى الرجال عن الإخراج والنساء عن الخروج فيسقط الزوج العدة بالرجعة لتزول الحرمة ثم يسافر وأما الخلوه فإن كان من قصده الرجعة لا يكره وإن لم يكن من قصده المراجعة يكره لكن لا لزوال النكاح وارتفاع الحل بل للاضرار بها لانه إذا لم يكن من قصده استيفاء النكاح بالرجعة فتى خلاها يقع بينهما المساس عن شهوة فيصير مراجمها لها ثم يطلقها ثانيا فيؤدي الى تطويل العدة عليها فتتضرر بذلك وهو معنى قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا تعتدوا وكذلك القسم لانه لو ثبت القسم لخلاها فيؤدي الى ما ذكرنا إذا لم يكن من قصده أن يراجعها حتى لو كان من قصده أن يراجعها لكان لها القسم وله الخلوه بها وإنما احتسبنا الإقراء من العدة لان عقاد الطلاق سببا لزوال الملك والحل للحال على وجه يتم عليه عند انقضاء العدة وهو الجواب عن قوله ان الله تعالى سمي الرجعة رد لانه يجوز اطلاق اسم الرد عند انعقاد سبب زوال الملك بدون الزوال كإيفاء البيع بشرط خيار المتعاقدين انه يطلق اسم الرد عند اختيار التسخ وان لم يزل الملك عن البائع ولم يثبت للمشتري لان عقاد سبب الزوال بدون الزوال ويكون الرد فسخا للسبب ومنعاه عن العمل في اثبات الزوال كذا ههنا ويستحب لها أن تتشوف وتزين لان الزوجية قائمة من كل وجه ويستحب لها ذلك لحل زوجها يراجعها وعلى هذا بيني حق الرجعة انه ثابت للزوج بالاجماع سواء كان الطلاق واحدا أو اثنين اما عندنا فقيام الملك من كل وجه وأما عنده فقيامه فيها وراء حل الوطء ثم الكلام في الرجعة في

مواضع في بيان شرعية الرجعة وفي بيان ماهيتها وفي بيان ركنها وفي بيان شرائط جواز الركن أما الأول فالرجعة مشروعة عرفت شرعيتها بالكتاب والسنة والالجام والمعقول أما الكتاب العزيز فقوله تعالى وبعلتهن أحق بردهن أي رجعتن وقوله تعالى إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وقوله تعالى الطلاق مرتان فأمسك بهم عرف أو تسريحاً بحسن والامسك بالمعروف هو الرجعة وأما السنة فما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته في حالة الحيض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مر ابنك بإرجعها الحديث وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما طلق حفصة رضي الله عنها جاءه جبريل صلى الله عليه وسلم فقال له راجع حفصة فانها صوامة قوامة فراجعها وكذا روى أنه صلى الله عليه وسلم طلق سودة بنت زمعة رضي الله عنها ثم راجعها وعليه الالجام وأما المعقول فلان الحاجة تمس إلى الرجعة لان الإنسان قد يطلق امرأته ثم يندم على ذلك على ما أشار الرب سبحانه وتعالى جل جلاله بقوله لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً فيحتاج إلى التدارك فلم تثبت الرجعة لا يمكنه التدارك لما عسى لا توافقه المرأة في تجديد النكاح ولا يمكنه الصبر عنها فيقع في الزنا وأما بيان ماهية الرجعة فالرجعة عندنا استدامة الملك القائم ومنعه من الزوال وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك وعند الشافعي هي استدامة من وجهه وإنشاء من وجهه بناء على أن الملك عنده قائم من وجهه زائل من وجهه وهو عندنا قائم من كل وجه وعلى هذا ينبغي أن الشهادة ليست بشرط لجواز الرجعة عندنا وعند غيره شرط وجه البناء أن الشهادة شرط ابتداء العقد وإنشاءه لا شرط البقاء والرجعة استيفاء العقد عندنا فلا يشترط له الشهادة وعند غيره استيفاء من وجهه وإنشاء من وجهه فيشترط لها الشهادة من حيث هي وإنشاء لا من حيث هي استيفاء فصيح البناء ثم الكلام فيه على وجه الابتداء احتج الشافعي بقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم فظاهر الأمر وجوب العمل فيقتضي وجوب الشهادة ولنا نصوص الرجعة من الكتاب والسنة مطلقة عن شرط الاشهاد إلا أنه يستحب الاشهاد عليها اذ لو لم يشهد لا يأمن من أن تنقض العدة فلا تصدق المرأة في الرجعة ويكون القول قولها بعد انقضاء العدة فتدب إلى الاشهاد لهذا وعلى هذا تحمل الآية الكريمة وفي الآية ما يدل عليه لانه سبحانه وتعالى قال فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف جمع بين الفرقة والرجعة أمر سبحانه بالاشهاد بقوله وأشهدوا ذوي عدل منكم ومعلوم أن الاشهاد على الفرقة ليس بواجب بل هو مستحب كذا على الرجعة أو تحمل على هذا توفيقاً بين النصوص بقدر الامكان وكذا لا مهر في الرجعة ولا يشترط فيها رضا المرأة لانها من شرائط ابتداء العقد لا من شرط البقاء وكذا اعلاها بالرجعة ليس بشرط حتى لو لم يعلمها بالرجعة جازت لان الرجعة حقة على الخلوص لكونه تصرفاً في ملكه بالاستيفاء والاستدامة فلا يشترط فيه اعلام الغير كالا جازة في الخيار لكنه مندوب اليه ومستحب لانه اذا راجعها ولم يعلمها بالرجعة فمن الخيار انما تزوج عند مضي ثلاث حيض ظناً منها ان عدتها قد انقضت فكان ترك الاعلام فيه تسبباً إلى عقد حرام عسى فاستحب له أن يعلمها ولوراجعها ولم يعلمها حتى انقضت مدة عدتها وتزوجت تزوج آخر ثم جاء زوجها الاول ففي امرأته سواء كان دخل بها الثاني أو لم يدخل ويفرق بينها وبين الثاني لان الرجعة قد صحت بدون علمها فزوجها الثاني وهي امرأة الاول فلم يصح وعلى هذا ينبغي الرجعة بالفعل بان جامعها انها جازة عندنا وعند الشافعي لا يجوز الرجعة الا بالقول وجه البناء على هذا الاصل ان الرجعة عنده انشاء النكاح من وجهه وإنشاء النكاح من كل وجه لا يجوز الا بالقول فكذا إنشاءه من وجهه وعندنا هي استدامة النكاح من كل وجه فلا تختص بالقول ويبني أيضاً على حل الوطء وحرمة وجه البناء ان الوطء لما كان حلالاً عندنا فاذا وطئها فلو لم يجمل الوطء دلالة الرجعة وربما لا يراجعها بالقول بل يتركها حتى تنقض عدتها فيزول الملك عند انقضاء العدة بالطلاق السابق لانه لا فعل منه الا ذلك فيزول الملك مستنداً الى وقت وجود الطلاق فبين ان الملك كان زائلاً من وقت الطلاق من وجهه فيظهر ان الوطء كان حراماً فجعل الاقدام على الوطء دلالة الرجعة صيانة له عن الحرام

وعنده لما كان الوطء حراما لا يقدم عليه فلا ضرورة الى جعله دالة الرجعة ثم ابتداء الدليل في المسئلة قوله تعالى
وبعولتهن أحق بردهن سمي الرجعة ردا والرد لا يختص بالقول كذا المنصوب ورد الوديعه قال النبي صلى الله عليه وسلم
على اليد ما أخذت حتى تردده وقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف وقوله عز وجل فامسك بمعروف سمي الرجعة امساكا
والامساك حقيقة يكون بالفعل وكذا ان جامعته وهونائم أو مجنون لان ذلك حلال لها عندنا فلم يجعل رجعة لصارت
مرتبة للحرام على تقدير انقضاء العدة من غير رجعة من الزوج فجعل ذلك منها رجعة شرعا ضرورة التحريم عن الحرام
ولان جماعها كجماعها في باب التحريم فكذا في باب الرجعة وكذلك اذا لمسها شهوة أو نظر الى فرجها عن
شهوة فهو مراجع لما قلنا وان لمس أو نظر لغير شهوة لم يكن رجعة لان ذلك حلال في الجملة ألا ترى أن القابلة والطبيب
ينظران الى الفرج وبمس الطبيب عند الحاجة اليه بغير شهوة فلا ضرورة الى جعله رجعة وكذلك اذا نظر الى غير
الفرج لشهوة لان ذلك أيضا مباح في الجملة ويكره التقييل واللمس لغير شهوة اذا لم يرد به المراجعة وكذا يكره أن يراها
متجردة لغير شهوة كذا قال أبو يوسف لانه لا يأمن من أن يشتبه فيصير مراجعا من غير اشهاد وذلك مكروه وكذا
لا يأمن من الأضرار بها لجواز أن يشتبه فيصير به مراجعا وهو لا يريد امساكا فيطلقها فتطول العدة عليها فتضر به
والله تعالى نهى عن ذلك بقوله ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وكذا قال أبو يوسف ان الاحسن اذا دخل عليها أن
يتنحى ويسمعها خفق نعليه ليس من أجل انها حرام ولكن لا يأمن من أن يرى الفرج بشهوة فيكون رجعة بغير
اشهاد وهذه عبارة أبي يوسف ولو نظر الى دبرها موضع خروج الغائط بشهوة لم يكن ذلك رجعة كذا ذكر في
الزيادات وهو قول محمد الاخير وكان يقول أولا انه يكون رجعة ثم رجع حكى ابراهيم بن رستم رجوعه وهو قياس
قول أبي حنيفة لان ذلك السبيل لا يجري مجرى الفرج ألا ترى أن الوطء فيه لا يوجب الحد عنده فكان النظر اليه
كالنظر الى سائر البدن ولان النظر الى الفرج بشهوة انما كان رجعة لكون الوطء حلالا تقريرا للحل صيانة عن الحرام
والنظر الى هذا المحل عن شهوة مما لا يحتمل الحل بحال كما أن الفعل فيه لا يحتمل الحل بحال فلا يصلح دليلا على
الرجعة ولو نظرت الى فرجه بشهوة قال أبو يوسف قياس قول أبي حنيفة أن يكون رجعة وهذا قبيح ولا يكون
رجعة وكذا قال أبو يوسف والصحيح قياس قول أبي حنيفة لما ذكرنا في اذا جامعته وهونائم أو مجنون ولان النظر
حلال لها كالوطء فيجعل رجعة تقريرا للحل وصيانة عن الحرمة ولان النظر ينسويان في التحريم ألا ترى أن
نظرها الى فرجه كنظره الى فرجها في التحريم فكذا في الرجعة ولو لمسته لشهوة مختلصة أو كان ناعما أو اعترف الزوج
أنه كان بشهوة فهو رجعة في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ليس برجعة فأبو حنيفة سوى بينهما وبين الجارية
المشترطة بشرط الخيار للمشتري اذا لمست المشتري أنه يبطل خياره ومحمد فرق بينهما فقال ههنا يكون رجعة
وهنا لا يكون اجازة للبيع وعن أبي يوسف في الجارية روايتان في رواية فرق فقال ثمة يكون اجازة للبيع وههنا
لا يكون رجعة وفي رواية سوى بينهما فقال فعلها لا يكون رجعة ههنا ولا فعل الامة يكون اجازة ثمة فعلى هذه الرواية
لا يحتاج الى الفرق بين المسئلتين ووجه الفرق له على الرواية الاخرى ان بطلان الخيار لا يقف على فعل المشتري بل
قد يبطل بغير فعله كما اذا تعينت في يده بآفة سماوية فأما الرجعة فلا يجوز أن تثبت الا باختيار الزوج حتى قال أبو يوسف
انها اذا لمسته فتركها وهو يقدر على منعها كان ذلك رجعة لانه لا يمكنها من اللبس فقد حصل ذلك باختياره فصارت كانه
لمسها وكذلك قال أبو يوسف اذا ابتدأت اللبس وهو مطاوع لها انه يكون رجعة لما قلنا ووجه الفرق لمحمد ان
اسقاط الخيار ادخال الشيء في ملك المشتري والامة لا تملك ذلك وليست الرجعة ادخال المرأة على ملك الزوج لانها
على ملكه فلوجعلناه مراجعا بفعلها لم تملكه ما لم يكن ملكا له فصحت الرجعة ولا في حنيفة على نحو ما ذكرنا وهو ان
اللمس حلال من الجانبين عندنا فلزم تعذر الحل فيه وصيانتة عن الحرمة وذلك يجعل رجعة على ما سبق بيانه كما قال
في الجارية ان اللبس منها لم يجعل اجازة للبيع وربما يفسخ البيع فيتين ان اللبس حصل في ملك الغير من وجه وما

ذكره أبو يوسف أن الرجعة لا تعتبر بغير اختيار الزوج بشكل بما إذا جامعته وهو أن ما ثبتت الرجعة من غير اختيار الزوج وما ذكر محمد أن إسقاط الخيار ادخال المبيع في ملك المشتري وليس بمنوع بل المبيع يدخل في ملكه بالسبب السابق عند سقوط الخيار على أن هذا فرقا بين المسئلتين فيما وراء المعنى المؤثر والفرق بين المسئلتين فيما وراء المعنى المؤثر لا يقدح في الجمع بينهما في المعنى المؤثر قال محمد ولو صدقها الوزنة بعد موته أنها المسته بشهوة لكان ذلك رجعة لأن الورثة قاموا مقامه فكانه صدقها قبل موته قال ولو شهد الشهود أنها قبلته لشهوة لم قبل شهادتهم لأن الشهوة معنى في القلب لا يقف عليه الشهود فلا قبل شهادتهم فيه وإن شهدوا على الجماع قبلت لأن الجماع معنى يوقف عليه ويشاهد ولا يحتاج إلى شرط الشهوة فتقبل فيه الشهادة وأما ركن الرجعة فهو قول أو فعل يدل على الرجعة أما القول فبحر أو يقول لها راجعتك أو رددتك أو رجعتك أو أعدتك أو راجعت امرأتى أو راجعتها أو ردتها أو أعدتها ونحو ذلك لأن الرجعية رد وإعادة إلى الحالة الأولى ولو قال لها نكحتك أو تزوجتك كان رجعة في ظاهر الرواية وروى عن أبي حنيفة أنه لا يكون رجعة وجه هذه الرواية أن النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه فكان قوله نكحتك إثبات الثابت وأنه محال فلم يكن مشروعا فكان ملحقا بالعدم شرعا فلم يكن رجعة بخلاف قوله راجعتك لأن ذلك ليس بإثبات النكاح بل هو استيفاء النكاح الثابت وأنه محل للاستيفاء لأنه انعقد بسبب زواله والرجعة فسخ السبب ومنع له عن العمل فيصح وجه ظاهر الرواية أن النكاح وإن كان ثابتا حقيقة لكن المحل لا يحتمل الإثبات فيجعل مجازا عن استيفاء الثابت لما بينهما من المشابهة تصحيحا لتصرفه بقدر الإمكان وقد قيل في أحد تأويلي قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك أى أزواجهن أحق بنكاحهن في العدة من غيرهم من الرجال والنكاح المضاف إلى المطلقة طلاقا رجعا فدل على ثبوت الرجعة بالنكاح وأما الفصل الدال على الرجعة فهو أن يجامعها أو يس شيئا من أعضائها الشهوة أو ينظر إلى فرجها عن شهوة أو يوجد شيئا من ذلك ههنا على ما بينا وجهه دلالة هذه الأفعال على الرجعة ما ذكرنا فيما تقدم وهذا عندنا فأما عند الشافعي فلا تثبت الرجعة إلا بالقول بناء على أصل ما ذكرناه والله عز وجل أعلم

فصل وأما شرائط جواز الرجعة فنها قيام العدة فلا تصبح الرجعة بعد انقضاء العدة لأن الرجعة استدامة الملك والملك يزول بعد انقضاء العدة فلا تتصور الاستدامة إذ الاستدامة للقائم لصيانته عن الزوال فاللزوم كفاي البيع بشرط الخيار للبائع إذا مضت مدة الخيار أنه لا يملك استيفاء الملك في المبيع بزوال ملكه بمضي المدة كذا هذا ولو طهرت عن الحيضة الثالثة ثم راجعها فهذا على وجهين إن كانت أيامها في الحيض عشا لا تصبح الرجعة وتحمل للزواج بمجرد انقطاع العدة لأن انقضاءها بانقضاء الحيضة الثالثة وقد انقضت بيقين لا تقطع دم الحيض يقيين إذ لا مز يد للحيض على عشرة ألا ترى أنها إذا رأت أكثر من عشرة لم يكن الزائد على العشرة حيضا فتيقنا بانقضاء العدة ولا رجعة بعد انقضاء العدة وإن كانت أيامها دون العشرة فإن كانت تجد ماء فلم تغتسل ولا تيمم وصلت به ولا مضى عليها وقت كامل من أوقات أدنى الصلوات إليها لا تنقطع الرجعة ولا تحل للزواج وهذا عندنا وقال الشافعي لا أعرف بعد الإقراء معنى معتبرا في انقضاء العدة وهذا خلاف الكتاب العزيز والسنة واجماع الصحابة رضي الله عنهم أما الكتاب فقوله عز وجل ولا تقر بهن حتى يظهرن أمي يعتسلن وأما السنة فإروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الزوج أحق برجعته ما دامت في مغتسلها وروى ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة وأما إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روى علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال كنت عند عمر رضي الله عنه فجاء رجل وامرأة فقال الرجل زوجتي طلقته وراجعتها فقالت ما بمعنى ما صنع أن أقول ما كان أنه طلقني وتركني حتى حضت الحيضة الثالثة واقطع الدم وغلقت باني ووضعت غسلي وخلعت ثيابي فطرق الباب فقال قد راجعتك فقال عمر رضي الله عنه قل فيها يا ابن أم عبد فقلت أرى أن الرجعة قد صحت ما لم تحل لها الصلاة فقال عمر لو قلت غير هذا لم أره صوابا

وروى عن مكحول أن أبا بكر وعمر وعلياً وابن مسعود وأبا الدرداء وعبادة بن الصامت وعبد الله بن قيس الأشعري رضي الله عنهم كانوا يقولون في الرجل يطلق امرأته تطليقة أو تطليقتين أنه أحق بهما لم تغتسل من الحيضة الثالثة ثم رثه ويرثها مادامت في العدة فانقضت الصحابة رضي الله عنهم على اعتبار الغسل فكان قوله محالاً للحدث واجماع الصحابة فلا يعتد به ولا ن أيامها إذا كانت أقل من عشرة لم تستيقن بانقطاع دم الحيض لاحتمال المعودة في أيام الحيض اذ الدم لا يدر دروا واحدا ولكنه يدر مرة وينقطع أخرى فكان احتمال العود قائماً والعائد يكون دم حيض الى العشرة فلم يوجد انقطاع دم الحيض يبين فلا يثبت الطهر بيقين فتبقى العدة لانها كانت ثابتة بيقين والثابت يبين لا يزول بالشك كمن استيقن بالحدث وشك في الطهارة بخلاف ما اذا كانت أيامها عشرة لانه هناك لا يحتمل عود دم الحيض بعد العشرة اذ العشرة أكثر الحيض فتبين بانقطاع دم الحيض فيزول الحيض ضرورة وثبت الطهر وههنا بخلافه على ما بينا والشافعي بنى قوله في هذا على أصله ان العدة تنقضي بالطهارة لا بالحيض فاذا طمعت في أول الحيضة الثالثة فقد انقضت العدة من غير حاجة الى شيء آخر ويستدل على بطلان هذا الأصل في موضعه ان شاء الله تعالى فيبطل الفرع ضرورة واذا اغتسلت انقطعت الرجعة لانه ثبت لها حكم من أحكام الطهارات وهو اباحة أداء الصلاة اذ لا يباح أدائها للحائض فتقرر الاقطاع بقرينة الاغتسال فتقطع الرجعة وكذلك اذا لم تغتسل لكن مضى عليها وقت الصلاة فتقطع الرجعة لانه لما مضى عليها وقت الصلاة صارت الصلاة ديناً في ذمتها وهذا من أحكام الطهارات اذ لا تجب الصلاة على الحائض فلا تصير ديناً عليها فاستحكم الاقطاع بهذه القرينة فانقطعت الرجعة وكذلك اذا لم تجد الماء بان كانت مسافرة فتيممت وصلت لان صحة الصلاة حكم من أحكام الطهارات اذ لا صحة لها مع قيام الحيض فقد يضاف الى الاقطاع حكم من أحكام الطهارات فاستحكم الاقطاع فتقطع الرجعة فاما اذا تيممت ولم تصل فهل تنقطع الرجعة اختلف فيه أصحابنا قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا تنقطع وقال محمد تنقطع (وجه) قوله أنها لما تيممت فقد ثبت لها حكم من أحكام الطهارات وهو اباحة الصلاة فلا يبقى الحيض ضرورة كما لو اغتسلت وتيممت وصلت به (وجه) قوله ما على نحو ما ذكرنا ان أيامها اذا كانت دون العشرة لم تستيقن بانقضاء عدتها بنفس انقطاع الدم من غير قرينة تنضم اليه لاحتمال ان يعاودها الدم في العشرة فتبين أنها حائض والحيض كان ثابتاً بيقين فلا يحكم بزواله الا عند وجود الطهر بيقين ولم يوجد وقرينة التيمم لا تصير في حكم الطهارات بيقين لانه ليس بطهور حقيقة وإنما جعل طهوراً شرعاً عند عدم الماء لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً والدليل عليه أنها لو رأت الماء قبل الشروع في الصلاة أو بعد ما شرعت فيها قبل الفراغ منها بطل تيممها فكان التيمم طهارة مطلقة شرعاً لكن حال عدم الماء واحتمال وجود الماء في كل ساعة قائم فكان احتمال عدم الطهورية ثابتاً فلم توجد الطهارة الحاصلة بيقين فتبقى نجاسة الحيض لأنه أبيع لها أداء الصلاة به لعدم الماء في الحالين من حيث الظاهر مع احتمال الوجود فاذا لم تجد الماء وصلت به وفرغت من الصلاة فقد استحكم عدمها فاستحكمت الطهارة الحاصلة بالتيمم فلا يبقى الحيض فاما قبل ذلك فاحتمال عدم الطهارة ثابت لاحتمال وجود الماء فلا يكون طهارة شرعاً بيقين بل مع الاحتمال فيبقى حكم الحيض الثابت بيقين بخلاف الاغتسال لانه طهارة بيقين لكون الماء طهوراً مطلقاً فاذا ثبتت الطهارة بيقين انتفى الحيض ضرورة لانه ضدها بخلاف التيمم على ما بيناه و بخلاف ما اذا مضى عليها وقت كامل من أوقات الصلاة لان الصلاة صارت ديناً في ذمتها بيقين فقد ثبت في حقها حكم من أحكام الطهارات يبين فلا يبقى الحيض يبين فتبقى العدة بيقين ولو اغتسلت بسوء الحمار انقطعت الرجعة بنفس الاغتسال بالاجماع ولكنها لا تحل للزواج لان سوء الحمار مشكوك فيه اما في طهوريته أو في طهارته على اختلافهم في ذلك فان كان ذلك طاهراً أو طهوراً انقطعت الرجعة وتحل للزواج لا نقضاء العدة بتقرير الاقطاع بالاغتسال وان لم يكن أو كان طاهر غير طهور لا تنقطع الرجعة ولا تحل للزواج فاذا وقع الشك لزم الاحتياط في ذلك كله وذلك فيما قلناه وهو أن تنقطع الرجعة ولا تحل للزواج أخذاً بالثقة في الحكمين احترازاً عن الحرمة في البابين ولا

تصلي بذلك الغسل ما لم تتيمم ولو اغتسلت المعتدة وبقى من بدنائها شيء لم يصبه الماء فالباقي لا يجزئ ما ان كان عضوا كاملا واما ان كان أقل من عضو فان كان عضوا كاملا فله الرجعة وان كان أقل من عضو فلا رجعة له ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف قوله لا رجعة له في الأقل هذا استحسان والقياس أن يكون له فيه الرجعة فمحمد قاس المتروك اذا كان عضوا على ترك المضمضة والاستنشاق وقال رحمه الله هناك تنقطع الرجعة والقياس عليه أن تنقطع هنا أيضا إلا أنهم استحسنا وقالوا لا تنقطع الرجعة لان العضو الكامل مجمع على وجوب غسله وهو مما لا يتناقل عنه عادة فتقطع الرجعة كما لو كان المتروك زائدا على عضو بخلاف المضمضة والاستنشاق لأن ذلك غير مجمع على وجوبه مجتهد فيه وأبو يوسف يقول المتروك وان قل فحكم الحداث باق ألا ترى أنه لا تباح معه وان قل ومع بقاء الحداث لا تثبت الطهارة وهذا يوجب التسوية بين القليل والكثير إلا أنهم استحسنا في القليل وهو ما دون العضو فقالوا انه تنقطع الرجعة فيه لان هذا القدر مما يتناقل عنه عادة ويحمل أيضا أنه أصابه الماء ثم جف فيحكم باق طاع الرجعة فيه ويبقى الامر في العضو التام على أصل القياس واختلفت الرواية عن أبي يوسف في المضمضة والاستنشاق روى عنه أنه تنقطع الرجعة وروى عنه أيضا أنه لا تنقطع الرجعة وقال محمد تبين من زوجها ولو كنها لا نخل للزواج وجه قوله وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف في انقطاع الرجعة أن وجوب المضمضة والاستنشاق مختلف فيه وموضع الاجتهاد موضع تعارض الأدلة فلا يخلو عن الشك والشبهة والرجعة يسلك بها مسلك الاحتياط فلا يجوز بقاءها بالشك فينقطع ولا يجوز اثبات حال الزوج بالشك أيضا لذلك لم يحزه محمد وجه الرواية الاخرى لأبي يوسف أن الحديث قد بقي في عضو كامل فبقي الرجعة هذا اذا كانت المطلقة مسلمة فاما اذا كانت كتابية فقد قالوا ان الرجعة تنقطع عنها بنفس اقطاع الدم لأنها غير مخاطبة بالغسل ولا يلزمها فرض الغسل كالمسلمة اذا اغتسلت (ومنها) عدم التطليق بشرط والاضافة الى وقت في المستتبيل حتى لو قال الزوج بعد الطلاق ان دخلت الدار فقد راجعتك أو راجعتك ان دخلت الدار أو ان كلمت زيدا أو اذا جاء غد فقد راجعتك غدا أو رأس شهر كذا لم تصح الرجعة في قولهم جميعا لان الرجعة استيفاء ملك النكاح فلا يحتمل التعليق بشرط والاضافة الى وقت في المستقبل كما لا يحتملها انشاء الملك ولان الرجعة تتضمن انقاساخ الطلاق في انقاده سببا لزوال الملك ومنعه عن عمله في ذلك فاذا علقها بشرط أو أضافها الى وقت في المستقبل فقد استبقى الطلاق الى غاية واستبقاء الطلاق الى غاية يكون تأييدا لاداهو لا يحتمل التوقيت كما اذا قال لا امر أنه أنت طالق يوما وشهرا أو سنة أنه لا يصح التوقيت ويتأبد الطلاق فلا تصح الرجعة هذا اذا أنشأ الرجعة فاما اذا أخبر عن الرجعة في الزمن الماضي بان قال كنت راجعتك أمس فان صدقته المرأة فقد ثبتت الرجعة سواء قال ذلك في العدة أو بعد انقضاء العدة بعد ان كانت المرأة في العدة أمس وان كذبت فان قال ذلك في العدة فالقول قوله لانه أخبر عما يملك انشاءه في الحال لان الزوج يملك الرجعة في الحال ومن أخبر عن أمر يملك انشاءه في الحال يصدق فيه اذ لو لم يصدق ينشئه للحال فلا يفيد التكذيب فصار كالوكيل قبل العزل اذا قال بعته أمس وان قال بعد انقضاء العدة فالقول قولها لانه أخبر عما لا يملك انشاءه في الحال لانه لا يملك الرجعة بعد انقضاء العدة فصار كالوكيل بعد العزل اذا قال قد بعته وكذبه الموكل ولا يمين عليها في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد تستحلف وهذه من المسائل المعدودة التي لا يجري فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة نذكرها في كتاب الدعوى فان أقام الزوج بينة قبلت بينة وتثبت الرجعة لان الشهادة قامت على الرجعة في العدة فتسمع ولو كانت المطلقة أمة الغير فقال زوجها بعد انقضاء العدة كنت راجعتك وكذبت الامة وصدقه المولى فانول قولها عند أبي حنيفة ولا تثبت الرجعة وعندهما القول قول الزوج والمولى وتثبت الرجعة لأنها ملك المولى ولا يبي حنيفة أن انقضاء عدتها اخبار منها عن حيضها وذلك اليها الى المولى كالحرة فان قال الزوج لها قد راجعتك فقالت بحية لقد انقضت عدتي فالقول قولها عند أبي حنيفة مع يمينها وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الزوج واجمعوا على أنها لو سكنت

ساعة ثم قالت انقضت عدتي يكون القول قول الزوج ولا خلاف أيضاً في أنها اذا بدأت فقالت انقضت عدتي فقال الزوج مجيباً لها موصولاً بكلامها راجعتك يكون القول قولها وجه قولها أن قول الزوج راجعتك وقع رجعة صحيحة لقيام العدة من حيث الظاهر فكان القول قول المرأة انقضت عدتي اخباراً عن انقضاء العدة ولا عدة لبطلانها بالرجعة فلا يسمع كما لو سككت ساعة ثم قالت انقضت عدتي ولان قولها انقضت عدتي ان كان اخباراً عن انقضاء العدة في زمان متقدم على قول الزوج لا يقبل منها بالاجماع كما لو أسندت الخبر عن الانقضاء اليه نصاً بان قالت كانت عدتي قد انقضت قبل رجعتك لانها متهمه في التأخير في الاخبار وان كان ذلك اخباراً عن انقضاء العدة في زمان مقارن لقول الزوج فهذا نادراً فلا يقبل قولها ولا يبي حنيفة أن المرأة أئيمنة في اخبارها عن انقضاء العدة فان الشرع ائتمن في هذا الباب قال الله تعالى ولا يحيل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر قيل في التفسير انه الحيض والحبل نهان سببانه وتعالى عن الكتمان والنهي عن الكتمان أمر بالظهار اذ انتهى عن الشيء أمر بضده والأمر بالظهار أمر بالقبول لتظهر فائدة الاظهار فلم يقبل قولها وخبرها بانقضاء العدة ومن ضرورة قبول الاخبار بانقضاء العدة حلها للزواج ثم ان كانت عدتها انقضت قبل قول الزوج راجعتك فقوله راجعتك يقع بعد انقضاء عدتها فلا يصح وان كانت انقضت حال قوله راجعتك فيقع حال قوله راجعتك حال انقضاء العدة وكما لا يصح الرجعة بعد انقضاء العدة لا تصح حال انقضائها لان العدة حال انقضائها منقضية فكان ذلك رجعة لمنقضية العدة فلا تصح فان قيل يحتمل أنها انقضت حال اخبارها عن الانقضاء واخبارها متأخر عن قوله راجعتك فكان انقضاء العدة متأخر عنه ضرورة فتصح الرجعة فالجواب اذا احتمل ما قلنا واحتمل ما قلتم وقع الشك في صحة الرجعة والاصل ان ما لم يكن ثابتاً اذا وقع الشك في ثبوته لا يثبت مع الشك والاحتمال خصوصاً فيما يحتاط فيه ولا سيما اذا كان جهة الفساد كدوهنا جهة الفساد كدلا نها تصح من وجه وتفسد من وجهين فالأولى أن لا يصح والله عز وجل الموفق ثم عند أبي حنيفة تستحلف واذا انككت يقضي بالرجعة وهذا يشكل على أصله لان الاستحلاف للنكول والنكول بدل عنده والرجعة لا تحتمل البدل لكن الاستحلاف قد يكون للنكول ليقضي به وقد يكون للنكول بل لنفي التهمة بالحلف ألا ترى أنه يستحلف عنده فيما لا يقضي بالنكول أصلاً كما في دعوى القصاص في النفس نفياً للتهمة والمرأة وان كانت أئيمنة لكن الامين قد يستحلف لنفي التهمة بالحلف فاذا انككت فقد تحققت التهمة فلم يبق قولها حجة ببقية الرجعة على حالها حكماً لاستصحاب الحال لعدم دليل الزوال لانه جعل نكولها بدلاً مع ما أنه يمكن تحقيق معنى البدل ههنا ما ذكرنا أنها بالنكول صارت منهمة فخرج قولها من أن يكون حجة للتهمة فتبقى العدة وأثرها في المنع من الزواج والسكون في منزل الزوج فقط ثم يقضي بالرجعة حكماً لاستصحاب الحال لانها باخبارها بانقضاء عدتها حلت للزواج واذا انككت فقد بدلت الامتناع من الزواج والسكون في منزل الزوج وهذا معنى يحتمل البدل ومنها عدم شرط الخيار حتى لو شرط الخيار في الرجعة لم يصح لانها استبقاء النكاح فلا يحتمل شرط الخيار كما لا يحتمل الانشاء (ومنها) أن يكون أحد نوعي ركن الرجعة وهو القول منه لا منها حتى لو قالت للزوج راجعتك لم يصح لقوله سبحانه وتعالى وبعولتهن أحق بردهن أي أحق برجمتهن منهن ولو كانت لها ولاية الرجعة لم يكن الزوج أحق بالرجعة منها فظاهر النص يقتضي أن لا يكون لها ولاية الرجعة أصلاً إلا أن جواز الرجعة بالفعل منها عرفناه بدليل آخر وهو ما بينا وأما رضا المرأة فليس بشرط لجواز الرجعة وكذا المهر لقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن مطلقاً عن شرط الرضا والمهر ولا تلو شرط الرضا والمهر لم يكن الزوج أحق برجمتهن منها لانه لا يملك بدون رضاها والمهر فيؤدى الى الخلف في خبر الله عز وجل وهذا لا يجوز ولان الرجعة شرعت لا يمكن التدارك عند التدم فلو شرط رضاها لا يمكن التدارك لانها عسى لا ترضى وعسى لا يجرد الزوج المهر وكذا كون الزوج طائعا وجادا وعامدا ليس بشرط لجواز الرجعة فتصح الرجعة مع الاكراه والهزل واللعب والخطأ لان الرجعة استبقاء النكاح وأنه دون الانشاء ولم تشترط هذه

الاشياء الثلاثة فلان لا تشترط للاستبقاء أولى وقد روي في بعض الروايات ثلاث جدهن جد وهن جد
النكاح والرجعة والطلاق.

فصل وأما حكم الطلاق البائن فالطلاق البائن نوعان أحدهما الطلقات والثاني الطلقة الواحدة البائنة والثلاثان
البائتان ويختلف حكم كل واحد من النوعين وجملة الكلام فيه ان الزوجين اما ان كانا حريين واما ان كانا مملوكين واما
ان كان أحدهما حرا والآخر مملوكا فان كانا حريين فالحكم الاصل لما دون الثلاث من الواحدة البائنة والثنتين
البائتين هو نقصان عدد الطلاق وزوال الملك أيضاً حتى لا يحل له وطؤها الا بنكاح جديد ولا يصح ظهاره وابلأؤه
ولا يجزئ العان بينهما ولا يجزئ التوارث ولا يحرم حرمة غليظة حتى يجوز له نكاحها من غير أن تزوج زوج آخر
لان ما دون الثلاث وان كان بائنا فانه يوجب زوال الملك لازوال حل الحلية وأما الطلقات الثلاث فكما الاصل
هو زوال الملك وزوال حل الحلية أيضاً حتى لا يجوز له نكاحها قبل الزوج ورجوع الزوج آخر
تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وسواء طلقها اثلاثا متفرقا أو جملة واحدة لان أهل التأويل اختلفوا في مواضع
التطبيق الثالثة من كتاب الله قال بعضهم هو قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره بعد قوله
الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان وقالوا الامسك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان
هو أن يتركها حتى تنقضي عدتها وقال بعضهم هو قوله تعالى أو تسريح بإحسان فالتسريح هو الطلقة الثالثة وعلى ذلك
جاء الخبر وكل ذلك جائز محتمل غير أنه ان كان التسريح هو تركها حتى تنقضي عدتها كان تقدير قوله سبحانه وتعالى فان
طلقها فلا تحل له أى طلقها طليقة ثالثة وان كان المراد من التسريح الطليقة الثالثة كان تقدير قوله تعالى فان طلقها أى
طلقها طلاقا ثالثا فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وانما تنتهي الحرمة وتحل للزوج الاول بشرائط منها
النكاح وهو أن تنكح زوجا غيره لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره نفى الحل وحد النفي الى غاية الزوج زوج آخر
والحكم الممدود الى غاية لا ينتهي قبل وجود الغاية فلا تنتهي الحرمة قبل الزوج فلا تحل للزوج الاول قبله ضرورة
وعلى هذا يخرج ما اذا وطئها انسان بالزنا أو بشبهة أنها لا تحل لزوجها لعدم النكاح وكذا اذا وطئها المولى بملك النكاح
بأن حرمت أمته المنكوحة على زوجها حرمة غليظة وانقضت عدتها فوطئها المولى لا تحل لزوجها لان الله تعالى نفى
الحل الى غاية فلا ينتهي النفي قبل وجود النكاح ولم يوجد وكذا روى عن علي رضي الله عنه أنه قال في هذه المسئلة
ليس زوج يعني المولى وروى أن عثمان سئل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهم افرخص في ذلك
عثمان وزيد وقالوا زوج فقام على مغضبا كاره لما قالوا وقد روى أنه قال ليس زوج وكذا ان اشتراها الزوج
قبل أن تنكح زوجا غيره لم تحل له بملك النكاح وكذا اذا اعتقت لما قلنا

فصل ومنها أن يكون النكاح الثاني صحيحا حتى لو تزوجت رجلا نكاحا فاسدا ودخل بها لا تحل للاول لان
النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ومطلق النكاح ينصرف الى ما هو نكاح حقيقة ولو كان النكاح الثاني مختلفا في
فساده ودخل بها لا تحل للاول عند من يقول بفساده لما قلنا فان تزوجت زوجا آخر ومن ينهى التحليل فان لم يشترط
ذلك بالقول وانما نوي او دخل بها على هذه النية حلت للاول في قولهم جميعا لان مجرد النية في المعاملات غير معتبر فوقع
النكاح صحيحا لاستجماع شرائط الصحة فتحل للاول كما لو نوي التوقيت وسائر المعاني المفسدة وان شرط
الاحلال بالقول وأنه يزوجه لذلك وكان الشرط منها فهو نكاح صحيح عند أبي حنيفة وزفر وتحل للاول وبكره
للثاني والاول وقال أبو يوسف النكاح الثاني فاسد وان وطئها لم تحل للاول وقال محمد النكاح الثاني صحيح ولا
تحل للاول (وجه) قول أبي يوسف ان النكاح بشرط الاحلال في معنى النكاح المؤقت وشرط التوقيت في
النكاح يفسده والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل ولمحمد ان النكاح عقد مؤبد فكان شرط الاحلال استعمال
ما أخره الله تعالى لغرض الحل فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحا لكن لا يحصل به الغرض كمن قتل مورثه أنه

يحرم الميراث لما قلنا كذا هذا ولا يحنيفة ان عمو مات النكاح تقتضي الجواز من غير فصل بين ما اذا شرط فيه
 الاحلال أولا فكان النكاح بهذا الشرط نكاحا صحيحا فيدخل تحت قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فتنتهي
 الحرمة عند وجوده الا أنه كره النكاح بهذا الشرط لغيره وهو أنه شرط ينافي المقصود من النكاح وهو السكن
 والتوالد والتعفف لان ذلك يقف على البقاء والدوام على النكاح وهذا والله أعلم معنى الحاق اللبس بالحلل في قوله
 صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وأما الحاق اللبس بالزوج الاول وهو المحلل له فيحتمل أن يكون لوجهين
 أحدهما أنه سبب لمباشرة الزوج الثاني هذا النكاح لتفقد القراق والطلاق دون الابقاء وتحقيق ما وضع
 له والمسبب شريك المباشرة في الاسم والثواب في التسبب للمعصية والطاعة والثاني أنه باشر ما يفضي الى الذي
 تنفر منه الطباع السليمة وتكرهه من عودها اليه من مضاجعة غيره اياها واستتاعه بها وهو الطلاقات الثلاث
 اذ لو لاها لما وقع فيه فكان الحاقه اللبس به لاجل الطلقات والله عز وجل أعلم وأما قول أبي يوسف ان
 التوقيت في النكاح يفسد النكاح فتقول المفسد له هو التوقيت نصا ألا ترى أن كل نكاح مؤقت فانه يتوقت
 بالطلاق والموت وغير ذلك ولم يوجد التوقيت نصا فلا يفسد وقول محمد أنه استعجال ما أجله الله تعالى ممنوع فان
 استعجال ما أجله الله تعالى لا يتصور لان الله تعالى اذا ضرب لامرأ أجلا لا يتقدم ولا يتأخر فاذا طلقها الزوج
 الثاني تبين ان الله تعالى أجل هذا النكاح اليه ولهذا قلنا ان المقتول ميت بأجله خلافا للمعتزلة ومنها الدخول
 من الزوج الثاني فلا تحل لزوجها الاول بالنكاح الثاني حتى يدخل بها وهذا قول عامة العلماء وقال سعيد بن
 المسيب تحل بنفس العقد واحتج بقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والنكاح هو
 العقد وان كان يستعمل في العقد والوطء جميعا عند الاطلاق لكنه يصرف الى العقد عند وجود القرينة وقد وجدت
 لانه أضاف النكاح الى المرأة بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره والعقد يوجد منها كما يوجد من الرجل فاما الجماع
 فانه يقوم بالرجل وحده والمرأة محله فانصرف الى العقد بهذه القرينة فاذا وجد العقد تنتهي الحرمة بظاهر النص
 ولنا قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد من النكاح الجماع لان النكاح في اللغة هو
 الضم حقيقة وحقيقة الضم في الجماع وانما العقد سبب داعي اليه فكان حقيقة للجماع مجازا للعقد مع ما نالو حمله
 على العقد لكان تكرارا لان معنى العقد يفيد ذكر الزوج فكان الحمل على الجماع أولى بقي قوله انه أضاف
 النكاح اليها والجماع مما تصح اضافته الى الزوجين لوجود معنى الاجتماع منهما حقيقة فأما الوطء ففعل الرجل
 حقيقة لكن اضافة النكاح اليها من حيث هو ضم وجمع لا من حيث هو وطء ثم ان كان المراد من النكاح في الآية
 هو العقد فالجماع يضم فيه عرفنا ذلك بالحديث المشهور وضرب من المعقول أما الحديث فاروي ناعن عائشة رضي
 الله عنها ان رفاعة القرظي طلق امرأته ثلاثا فزوجه عبد الرحمن بن الزبير فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم
 وقالت ان رفاعة طلقني وبت طلاق فزوجه عبد الرحمن بن الزبير ولم يكن معه الا مثل هبة الثوب فقال رسول الله
 صلى الله عليه وسلم أتريدن ان ترجعي الى رفاعة لا حتى تذوق من عسيلته ويذوق من عسيلتك وعن ابن عمر وأنس
 رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم هذا الحديث ولم يذكر اقصة امرأ رفاعة وهو ما روى عنهما ان رسول الله
 صلى الله عليه وسلم سئل وهو على المنبر عن رجل طلق امرأته ثلاثا فزوجه غير فاعلق الباب وارخى الست وكشف
 الخمار ثم فارقه فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الآخر وأما المعقول فهو ان الحرمة
 العليظة انما تثبت عقوبة للزوج الاول بما أقدم على الطلاق الثلاث الذي هو مكره شرعا جزا ومنع له عن ذلك
 لكن اذا تنكر في حرمتها عليه الا بزوج آخر الذي تنفر منه الطباع السليمة وتكرهه انزجر عن ذلك ومعلوم ان العقد
 بنفسه لا تنفر عنه الطباع ولا تكرهه اذ لا يشتد على المرأة بمجرد النكاح ما لم يتصل به الجماع فكان الدخول شرطا فيه
 ليكون زجرا له ومنع ان ارتكابه فكان الجماع مضمرا في الآية الكريمة كانه قال عز وجل حتى تنكح زوجا غيره

وبجامعها وأما الإزالة فليس بشرط للإحلال لأن الله تعالى جعل الجماع غاية الحرمة والجماع في الترج هو التقاء
الختانين فإذا وجد فقد انتهت الحرمة وسواء كان الزوج الثاني بالغا أو صبيا بجامع فجامعها أو مجنونا بجامعها لقوله تعالى
حتى تنكح زوجا غيره من غير فصل بين زوج وزوج ولأن وطء الصبي والمجنون يتعلق به أحكام النكاح من المهر
والتحريم كوطء البالغ العاقل وكذلك الصغيرة التي بجامع مثلها إذا طلقها زوجها ثلاثا ودخل بها الزوج الثاني حلت
للاول لا طلاق لقوله تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولأن وطأها يتعلق به أحكام الوطء من
المهر والتحريم فصار كوطء البالغة وسواء كان الزوج الثاني حرا أو عبدا قنا أو مدبرا أو مكاتبيا بعد أن تزوج بإذن
مولاه ودخل بها لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره مطلقا من غير فصل ولأن أحكام النكاح تتعلق بوطء هؤلاء كما
تتعلق بوطء الحرة وكذا إذا كان مشلولاً ينتشر له وبجامع لوجود الجماع في النكاح الصحيح وإنما الفاتية هو الإزالة
وذا ليس بشرط كالتحل إذا جامع ولم ينزل وأما المحبوب فإنه لا يحلها للاول لأنه لا يتحقق منه الجماع وإنما يوجد منه
السحق والملاصقة والتحليل يتعلق بالجماع وأنه اسم لالتقاء الختانين ولم يوجد فلا تحل للاول وإن حملت امرأة
المحبوب وولدت هل تحل للاول قال أبو يوسف حلت للاول وكانت محصنة وقال زفر لا تحل للاول ولا تكون
محصنة وهو قول الحسن وجه قول زفر ظاهر لأن ثبوت النسب ليس بوطء حقيقة بل بقاء مقام الوطء حكما
والتحليل يتعلق بحقيقة لا حكما كالخلوة فإنها لا تفيد الحل وإن أقيم مقام الوطء حكما كذا هذا ولأن النسب ثبت من
صاحب الفراش مع كون المرأة زانية حقيقة لكونه مولودا على الفراش والتحليل لا يقع بالزنا ولا يثبت يوسف أن
النسب ثابت منه وثبوت النسب حكم الوطء في الأصل فصار كالدخول سواء وطئها الزوج الثاني في حيض أو
نفاس أو صوم أو أحرام لوجود الدخول في النكاح الصحيح ولو كانت كتانية تحت مسلم طلقها ثلاثا فنكحت
كتانيا نكاحا يقران عليه لو أساما ودخل بها فأنها تحل للزوج الاول لوجود الدخول في النكاح الصحيح في حقهم
لأنهم يقرن عليه بعد الإسلام فصار كنكاح المسلمين وسواء كانت المرأة مطلقة من زوج واحد أو من زوجين أو
أكثر من ذلك فالزوج الواحد إذا دخل بها تحل للزوجين أو أكثر من ذلك بأن طلق الرجل امرأته ثلاثا فزوجت
زوج آخر فطلقها الثاني قبل أن يدخل بها ثلاثا ثم تزوجت زوجها الثالث ودخل بها حلت للاولين لقوله تعالى فإن طلقها
فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فجعل الزوج الثاني منها للحرمة من غير فصل بين ما إذا حرمت على زوج
واحد أو أكثر ثم وطء الزوج الثاني هل يهدم ما كان في ملك الزوج الاول من الطلاق لا خلاف في أنه يهدم الثلاث
وهل يهدم ما دون الثلاث قال أبو حنيفة وأبو يوسف يهدم وقال محمد لا يهدم وبه أخذ الشافعي وقد ذكرنا الحجج
والشبه فيما تقدم وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا فغابت عنه مدة ثم أتته فقالت إني تزوجت زوجا غيرك ودخل بي
وطلقني وانقضت عدتي قال محمد لا بأس إن تزوجها ويصدقها إذا كانت ثقة عنده أو وقع في قلبه أنها صادقة لأن
هذا من باب الديانة وخير العدل في باب الديانة مقبول رجلا كان أو امرأة كما في الأخبار عن طهارة الماء ونجاسته وكما
في رواية الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن تزوجها ولم يخبره بشيء فلما وقع قالت لم أتزوج زوجا غيرك
أو قالت تزوجت ولم يدخل بي أو قالت قد خلاني وجامعني فيما دون الفرج وكذبها الاول وقال قد دخل بك الثاني
لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وذكر الحسن بن زياد أن القول قول المرأة في ذلك كله لأن هذا المعنى لا يعلم إلا من جهتها
فكان القول قولها كما في الخبر عن الحيض والحبل وفيه إشكال وهو أنه إنما يجعل القول قولها إذا لم يسبق منها
ما يكذبها وقد سبق منها ما يكذبها في قولها وهو أقدمها على النكاح من الزوج الاول لأن شيئا من ذلك لا يجوز
إلا بعد الزوج آخر والدخول بها فكان فعلها مناقضا لقولها فلا يقبل وإن كان الزوج هو الذي قال لها لم
تزوجي أو قال لم يدخل بك الثاني وقالت المرأة قد دخل بي قال الحسن القول قول المرأة وهذا صحيح لما ذكرنا أن هذا
أنما يعلم من جهتها ولم يوجد منها دليل التناقض فكان القول قولها قال ويفسد النكاح بقول الزوج وطأها نصف

المسمى ان كان لم يدخل بها والكل ان كان قد دخل بها لان الزوج معترف بالحرمة وقوله فيما يرجع الى الحرمة مقبول لانه يملك انشاء الحرمة فكان اعترافه بفساد النكاح بمنزلة انشاء القرعة فيقبل قوله فيه ولا يقبل في اسقاط حقها من المهر والله عز وجل أعلم وان كان الزوجان مملوكين فحكم الواحدة البائنة لا يختلف وأما حكم الثنتين فحكمهما في المملوكين ما هو حكم الثلاث في الحرين بلا خلاف لقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان وقوله صلى الله عليه وسلم يطلق العبدنيتين وان كان أحدهما حرا والآخر مملوكا فيعتبر فيه جانب النساء عندنا وعند الشافعي جانب الرجال بناء على ان اعتبار الطلاق بين عندنا وعندهم لا بين والمسئلة قد تقدمت والله عز وجل أعلم

فصل في هذا الذي ذكرنا بيان الحكم الاصيل للطلاق وأما الذي هو من التوابع فنوعان نوع يعبر الطلاق المعين والمبهم ونوع يخص المبهمة أما الذي يعبر المعين والمبهم فوجوب العدة على بعض المطلقات دون بعض وهي المطلقة المدخول بها والكلام في العدة في مواضع في تفسير العدة في عرف الشرع وبيان وقت وجوبها وفي بيان أنواع العدة وسبب وجوب كل نوع وماله وجب وشرط وجوبه وفي بيان مقدار العدة وفي بيان انتقال العدة وتغيرها وفي بيان أحكام العدة وفي بيان ما يعرف به انقضاء العدة وما يتصل بها أما تفسير العدة وبيان وقت وجوبها فالعدة في عرف الشرع اسم لا جل ضرب لا تقضاء ما بقي من آثار النكاح وهذا عندنا وعند الشافعي هي اسم لفعل التربص وعلى هذا يبنى العدتان اذا وجبتا انهما يتداخلان سواء كانتا من جنس واحد أو من جنسين وصورة الجنس الواحد المطلقة اذا تزوجت في عدتها فوطئها الزوج ثم تاركا حتى وجبت عليها عدة أخرى فان العديتين يتداخلان عندنا وصورة الجنسين المختلفين المتوفى عنهما زوجها اذا وطئت بشبهة تداخلت أيضا وتعد بمجرأته من الحيض في الأشهر من عدة الوطء عندنا وقال الشافعي تنضي في العدة الاولى فاذا انقضت استأنفت الاخرى احتج بقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء وقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك أى في التربص ومعلوم ان الزوج انما يملك الرجعة في العدة فدل ان العدة تر بص سمي الله تعالى العدة تر بصا وهو اسم للفعل وهو الكف والعلان وان كانا من جنس واحد لا يتأديان باحدهما كالكف في باب الصوم وغير ذلك ولنا قوله تعالى ولا تمزموا عقد النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله سمي الله تعالى العدة أجلا والاجل اسم لزمان مقدر مضر وب لا تقضاء أمر كآجال الديون وغيرها سمي العدة أجلا لكونه وقتا مضر وب لا تقضاء ما بقي من آثار النكاح والآجال اذا اجتمعت تنقضي بمدة واحدة كآجال في باب الديون والدليل على انها اسم للآجل لا للفعل انها تنقضي من غير فعل التربص بأن لم يحتجب عن محظورات العدة حتى انقضت المدة ولو كانت فعلا لما تصور انقضائها مع ضدها وهو الترك وأما الآيات فالتربص هو الثبوت والانتظار قال تعالى فتر بصوا به حتى حين وقال سبحانه وتعالى يتربصن بكم الدوائر وقال سبحانه فتر بصوا إنا معكم متر بصون والانتظار يكون في الآجال المعتدة تنتظر انقضاء المدة المضر وبه وبه تبين ان التربص ليس هو فعل الكف على اننا ناسلمنا انه كف لكنه ليس ركن في الباب بل هو تابع بدليل انه تنقضي العدة بدونه على ما بينا وكذا تنقضي بدون العلم به ولو كان ركن لما تصور الا تقضاء بدونه وبدون العلم به وعلى هذا يبنى وقت وجوب العدة انها تجب من وقت وجود سبب الوجوب من الطلاق والوفاة وغير ذلك حتى لو بلغ المرأة طلاق زوجها أو موته فعليها العدة من يوم طلق أو مات عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وحكى عن علي رضي الله عنه انه قال من يوم يأتيها الخبر وجه البناء على هذا الاصل ان الفعل لما كان ركنه عنده فاجاب الفعل على من لا علم له به ولا سبب الى الوصول الى العلم به ممتنع فلا يمكن إيجابه الا من وقت بلوغ الخبر لانه وقت حصول العلم به ولما كان الركن هو الاجل عندنا وهو مضي الزمان لا يقف وجوبه على العلم به كمضي سائر الازمنة ثم قد بينا انه لا يقف على فعلها أصلا وهو الكف فانها لو علمت فلم

تكف ولم تجتنب ما تجتنبه المعتدة حتى انقضت المدة انقضت عدتها واذا لم يقف على فعلها فلان لا يقف على علمها به
أولى وما روى عن علي رضي الله عنه محمول على انها لم تعلم وقت الموت فامرهابالاخذ باليقين وبه نقول وقد روى عنه
رضي الله عنه في العدة انها من يوم الطلاق مثل قول العامة فاما ان يحمل على الرجوع أو على ما قلنا وأما بيان أنواع العدد
فالعدد في الشرع أنواع ثلاثة عدة الاقراء وعدة الاشهر وعدة الحبل أما عدة الاقراء فلوجوبها أسباب منها الفرقة
في النكاح الصحيح سواء كانت بطلاق أو بغير طلاق وانما تجب هذه العدة لاستبراء الرحم وتعرف براءتها عن
الشغل بالولد لانها لو لم تجب ويحتمل انها حملت من الزوج الاول فتزوج آخر وهي حامل من الاول فيطأها
الثاني فيصير ساقيا ماءه زرع غيره وقد نبى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من كان
يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقن ماءه زرع غيره وكذا اذا جاءت بولد يشبه النسب فلا يحصل المقصود ويضيع
الولد أيضا لعدم المربي والنكاح سببه فكان تسببا الى هلاك الولد وهذا لا يجوز فوجب العدة ليعلم بها فراغ الرحم وشغلها
فلا يؤدي الى هذه العواقب الوخيمة وشرط وجوبها الدخول أو ما يجري مجرى الدخول وهو الخلوة الصحيحة
في النكاح الصحيح دون الفاسد فلا يجب بدون الدخول والخلوة الصحيحة لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا
نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فالكمل عليهن من عدة تعتدنها ولان وجوبها بطريق استبراء
الرحم على ما بينا والحاجة الى الاستبراء بعد الدخول لا قبله الا ان الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح أقيمت
مقام الدخول في وجوب العدة التي فيها حق الله تعالى لان حق الله تعالى يحتاط في إيجابه ولان التسليم بالواجب
بالنكاح قد حصل بالخلوة الصحيحة فتجب به العدة كما تجب بالدخول بخلاف الخلوة في النكاح الفاسد لان الخلوة
الصحيحة انما أقيمت مقام الدخول في وجوب العدة مع انها ليست بدخول حقيقة لكونها سببا مفضيا اليه فاقامت
مقامه احتياطا اقامة للسبب مقام المسبب فيما يحتاط فيه والخلوة في النكاح الفاسد لا تقضي الى الدخول لوجود المانع
وهو فساد النكاح وحرمة الوطء فلم توجد الخلوة الحقيقية اذ هي لا تتحقق الا بعد انتفاء الموانع أو وجدت بصفة الفساد
فلا تقوم مقام الدخول وكذا التسليم الواجب بالعقد لم يوجد لان النكاح الفاسد لا يوجب التسليم فلا تجب العدة
وأما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح فقد ذكرنا تفصيل الكلام فيها في كتاب النكاح وسواء كانت المطلقة
حرة أو أمة قنة أو مدبرة أو مكاتب أو مستسعاة لا يختلف أصل الحكم باختلاف الرق والحرية لان ما وجب له لا يختلف
باختلافهما وانما يختلف في القدر لما تبين والكلام في القدر يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى وسواء كانت مسلمة أو
كتابية تحت مسلم الحرة كالخربة أو الأمة كالامة لان العدة تجب بحق الله وبحق الزوج قال تعالى فالكمل عليهن من عدة
تعتدنها والكتابية مخاطبة بحقوق العباد فتجب عليها العدة ونجبر عليها لاجل حق الزوج والولد لانها من أهل إيفاء
حقوق العباد وان كانت تحت ذمي فلا عدة عليها في الفرقة ولا في الموت في قول أبي حنيفة اذا كان ذلك في دينهم
حتى لو تزوجت في الحال جاز وعند أبي يوسف ومحمد عليها العدة وذكر الكرخي في جامعه في الذميمة تحت ذمي اذا
مات عنها أو طلقها فترجعت في الحال جاز الا أن نكون حاملا فلا يجوز نكاحها وجه قولهما ان الذميمة من أهل دار
الاسلام ألا ترى ان أهل الذمة يجري عليهم سائر أحكام الاسلام كذا هذا الحكم ولا يبي حنيفة انه لو وجبت عليها
العدة اما أن تجب بحق الله تعالى أو بحق الزوج ولا سبيل الى إيجابها بحق الزوج لان الزوج لا يعتقد حق لنفسه
ولا وجه الى إيجابها بحق الله تعالى لان العدة فيها معنى القرية وهي غير مخاطبة بالقربات الا انها اذا كانت حاملا تمنع
من التزويج لان وطء الزوج الثاني يوجب اشتباه النسب وحفظ النسب حق الولد فلا يملك ابطال حقه فكان على
الحكم استيفاء حقه بالمنع من التزويج ولا عدة على المهاجرة في قول أبي حنيفة وعندهما عليها العدة والمسئلة مرت
في كتاب النكاح فان جاء الزوج مسلما وتركها في دار الحرب فلا عدة عليها في قولهم جميعا لان على أصل أبي حنيفة
الكافرة تلزمها العدة لحق المسلم واختلاف الدارين يمنع ثبوت الحق لاحدهما على الآخر وعلى أصلهما وجوب

العدة على الكافرة لجران حكتنا على أهل الذمة ولا يجري حكتنا على الحربية ولا عدة على الزانية حاملا كانت أو غير حامل لأن الزنا لا يتعلق به ثبوت النسب ومنها الفرقة في النكاح الفاسد بتفريق القاضى أو بالتاركة وشرطها الدخول لأن النكاح الفاسد يجعل منعقد عند الحاجة وهي عند استيفاء المنافع وقد مست الحاجة إلى الانعقاد لوجوب العدة وصيانة للماء عن الضياع بثبوت النسب وتجب هذه العدة على الحرة والامة والمسلمة والكتانية لأن الموجب لا يوجب الفصل ويستوى فيها الفرقة والموت لأن وجوب هذه العدة على وجه الاستبراء وقد مست الحاجة في الاستبراء لوجود الوطء فاما عدة الوفاة فأنما تجب لمعنى آخر وهو اظهار الحزن على ما فاتها من نعمة النكاح على ما نذكر أن شاء الله تعالى والنكاح الفاسد ليس بنكاح على الحقيقة فلم يكن نعمة ثم يعتبر الوجوب في الفرقة من وقت الفرقة وفي الموت من وقت الموت عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر من آخر وطء وطئها والمستثلة مررت في كتاب النكاح ومنها الوطء عن شبهة النكاح بأن زفت إليه غير امرأته فوطئها لأن شبهة تقام مقام الحقيقة في موضع الاحتياط وإيجاب العدة من باب الاحتياط ومنها عتق أم الولد ومنها موت مولاها بأن أعتقها سيدها أو مات عنها وسبب وجوب هذه العدة هو زوال الفراش وهذا عندنا وعند الشافعى لا عدة عليها وإنما عليها الاستبراء بحبضة واحدة وسبب وجوبها عند زوال ملك اليمين ونذكر المسئلة في بيان مقادير العدة إن شاء الله تعالى

فصل وأما عدة الأشهر فنوعان نوع يجب بدلا عن الحيض ونوع يجب أصلا بنفسه أما الذى يجب بدلا عن الحيض فهو عدة الصغيرة والائيسة والمرأة التى لم تحض رأسا في الطلاق وسبب وجوبها هو الطلاق وهو سبب وجوب عدة الأقراء وانما تجب قضاء لحق النكاح الذى استوفى فيه المقصود وشرط وجوبها شيان أحدهما أحد الاشياء الثلاثة الصغر أو الكبر أو فقد الحيض أصلا مع عدم الصغر والكبر والاصل فيه قوله تعالى واللاتى ينسن من الحيض من نساكنكم إن رتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتى لم يحضن والثانى الدخول أو ما هو في معناه وهو الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح لعموم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فإلكن عليهن من عدة تعتدوهن من غير تخصيص إلا أن الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح ألحقت بالدخول في حق وجوب العدة لما ذكرنا أنها ألحقت به في حق تأكيده كل المهر في وجوب العدة أولى احتياطاً وتجب هذه العدة على الحرة والامة وأصل الوجوب أن ما وجبت له لا يختلف وهو ما بينا وانما يختلفان في مقدار الواجب على ما نذكر أن شاء الله تعالى وكذا يستوى فيها المسلمة والكتانية لعموم النص وكذا المعنى الذى له وجبت لا يوجب الفصل وأما الذى يجب أصلا بنفسه فهو عدة الوفاة وسبب وجوبها الوفاة قال الله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وانما تجب لظهار الحزن بفوت نعمة النكاح اذ النكاح كان نعمة عظيمة في حقها فان الزوج كان سبب صيانتها وعفافها وإفائها بالنفقة والكسوة والمسكن فوجبت عليها العدة اظهارا للحزن بفوت النعمة وتعريفا لقدرها وشرط وجوبها النكاح الصحيح فقط فيجب هذه العدة على المتوفى عنها زوجها سواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها وسواء كانت ممن تحيض أو ممن لا تحيض لعموم قوله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ولما ذكرنا أنها تجب لظهار الحزن بفوت نعمة النكاح وقد وجدنا ما شرطنا النكاح الصحيح لأن الله تعالى أوجبها على الإزواج ولا يصير زوجا حقيقة إلا بالنكاح الصحيح وسواء كانت مسامة أو كتانية تحت مسلم لعموم النص ولوجوب المعنى الذى وجبت له وسواء كانت حرة أو أمة أو مدبرة أو مكاتبه أو مستسعاة لا يختلف أصل الحكم لأن ما وجبت له لا يختلف وانما يختلف القدر لما نذكر

فصل وأما عدة الحمل فهي مدة الحمل وسبب وجوبها الفرقة أو الوفاة والاصل فيه قوله تعالى وأولات

أجلهن لأن أجلهن مدة حملهن وهذه العدة إنما تجب لئلا يصير الزوج بها ساقيا ماء زرع غيره وشرط وجوبها أن يكون الحمل من النكاح صحيحا كان أو فاسدا لأن الوطء في النكاح الفاسد يوجب العدة ولا تجب على المطلق بالزنا لأن الزنا لا يوجب العدة إلا أنه إذا تزوج امرأة وهي حامل من الزنا جاز النكاح عند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز له أن يطأها ما لم تضع لئلا يصير ساقيا ماء زرع غيره

(فصل) وأما بيان مقدار العدة وما تنقضي به فاما عدة الاقراء فان كانت المرأة حرة فعدة ثلثة قروء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلثة قروء وسواء وجبت بالفرقة في النكاح الصحيح أو بالفرقة في النكاح الفاسد أو بالوطء عن شبهة النكاح لما ذكرنا أن النكاح الفاسد بعد الدخول يجعل منعقد في حق وجوب العدة ويلحق به فيه وشبهة النكاح ملحقة بالحقيقة فيما يحتاط فيه والنص الوارد في المطلقة يكون واردا فيها دلالة وكذلك أم الولد إذا اعتقت باعتاق المولى أو بموته فانها تعتد بثلثة قروء عندنا وعند الشافعي تعتد بحضة واحدة وجه قوله ان هذه العدة لم تجب بزوال ملك النكاح لعدم النكاح وإنما وجبت بزوال ملك التمين فكان وجوبها بطريق الاستبراء فيكتفى بحضة واحدة كما في استبراء سائر المملوكات (ولنا) ما روى عن عمرو وغيره من الصحابة رضي الله عنهم أنهم قالوا عدة أم الولد ثلاث حيض وهذا نص فيه وبه تبين ان الواجب عدة وليس باستبراء إلا أنهم سموه عدة والعدة لا تقدر بحضة واحدة والدليل على انه عدة انه يجب على الحرة والحرة لا يلزمها الاستبراء وإذا كان عدة لا يجوز تقديرها بحضة واحدة كسائر العدد ولأن هذه العدة تجب بزوال القران لأن أم الولد لها قران إلا أن قرانها قبل العتق غير مستحكم بل هو ضعيف لاحتماله النقل الى غيره فاذا أعتقت فقد استحكم فالقران بالقران الثابت بالنكاح والعدة التي تجب بزوال القران الثابت بالنكاح وهو النكاح الفاسد مقدرة بثلثة قروء ولهذا استوى في الواجب عليها الموت والعتق كما في النكاح الفاسد وعدة المستحاضة وغيره سواء وهي ثلثة أقراء لعموم النص وان كانت أمة فقرآن عند عامة العلماء وقال نقاة القياس ثلثة قروء كعدة الحرة احتجوا بعموم قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلثة قروء ومن غير تخصيص الحرة (ولنا) الحديث المشهور وهو ما روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال طلاق الأمة نثنان وعدتها حيضتان وقال عمر رضي الله عنه عدتها حيضتان ولو استطعت لجلتها حيضة ونصفا وبه تبين ان الإماء مخصصات من عموم الكتاب الكريم وتخصيص الكتاب بالخبر المشهور جائز بالإجماع ولأن العدة حق من حقوق النكاح مقدر فيؤثر الرق في تنصيفه كالتقسيم كان ينبغي أن يتنصف فعدتها حيضة ونصفا كما أشار إليه عمر رضي الله عنه لأنه لا يمكن لأن الحيضة الواحدة لا تتجزأ فتكاملت ضرورة وسواء كان زوجها حرا أو عبدا لا خلاف لأن العدة تعتبر بالنساء بالإجماع ويستوى في مقدار هذه العدة المسلمة والكتانية الحرة كالحرة والأمة كالامة لأن الدلائل لا توجب الفصل ثم اختلف أهل العلم فيما تنقضي به هذه العدة انه الحيض أم الإطهار قال أصحابنا الحيض وقال الشافعي الإطهار وفائدة الاختلاف ان من طلق امرأته في حالة الطهر لا يحتسب بذلك الطهر من العدة عندنا حتى لا تنقضي عدتها لم تحض ثلاث حيض بعده وعندنا يحتسب بذلك الطهر من العدة فتتقضي عدتها بتقضاء ذلك الطهر الذي طلقها فيه وبطهر آخر بعده والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم روى عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وأبي موسى الأشعري وأبي الدرداء وعبد الله بن الصامت وعبد الله بن قيس رضي الله تعالى عنهم أنهم قالوا الزوج أحق برأبها من العدة من الحيضة الثالثة كما هو مذاهبنا وعن زيد بن ثابت وحذيفة وعبد الله بن عمر وعائشة رضي الله عنهم مثل قوله وحاصل الاختلاف راجع الى أن القرء المذكور في قوله سبحانه ثلثة قروء وما هو الحيض أم الطهر فعندنا الحيض وعند الطهر ولا خلاف بين أهل اللغة في ان القرء من الاسماء المشتركة كذا ذكره ويراد به الحيض ويذكر ويراد به الطهر على طريق الاشتراك فيكون حقيقة لكل واحد منهما كما في سائر الاسماء المشتركة كمن اسم العين وغير ذلك أما استعماله في الحيض فقول

التي صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرئها أي أيام حيضها إذا أيام الحيض هي التي تدع الصلاة فيها
 لا أيام الطهر وأما في الطهر فلما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما إن من السنة
 أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة أي طهر وإذا كان الاسم حقيقة لكل واحد منهما على سبيل
 الاشتراك فيقع الكلام في الترجيح احتج الشافعي بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وقد فسر النبي صلى الله عليه وسلم
 العدة بالطهر في ذلك الحديث حيث قال فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء فدل أن العدة بالطهر لا بالحيض
 ولأنه أدخل الهاء في الثلاثة بقوله عز وجل ثلاثة قروء وأما تدخل الهاء في جمع المذكر لافي جمع المؤنث يقال ثلاث
 رجال وثلاث نسوة والحيض مؤنث والطهر مذكر فدل أن المراد منها الاطهار ولا نكح لو حمل القرء المذكور على
 الحيض للزمكم المناقضة لأنكم قلتم في المطلقة إذا كانت أيامها دون العشرة فاقطع دمها أنه لا تنقضي عدتها ما لم تنفسل
 من الحيضة الثالثة فقد جعلتم العدة بالطهر وهذا تناقض (ولنا) الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب الكريم
 فقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء وأمر الله تعالى بالاعتداد بثلاثة قروء ولو حمل القرء على الطهر
 لكان الاعتداد بطهرين وبعض الثالث لأن بقية الطهر الذي صادفه الطلاق محسوب من الأقرء عنده والثلاثة
 اسم لعدد مخصوص والاسم الموضوع لعدد لا يقع على مادونه فيكون ترك العمل بالكتاب ولو حملناه على الحيض
 يكون الاعتداد بثلاث حيض كوامل لأن ما بقي من الطهر غير محسوب من العدة عندنا فيكون عملا بالكتاب فكان
 الحمل على ما قلنا أولى ولا يلزم قوله تعالى الحج أشهر معلومات أنه ذكر الأشهر والمراد منه شهران وبعض الثالث
 فكذا القروء جاز أن يراد بها القرآن وبعض الثالث لأن الأشهر اسم جمع لا اسم عدد واسم الجمع جاز أن يذكروا
 ويراد به بعض ما ينظمه مجاز ولا يجوز أن يذكروا الاسم الموضوع لعدد محصور ويراد به مادونه لا حقيقة ولا مجازا
 ألا ترى أنه لا يجوز أن يقال رأيت ثلاثة رجال ويراد به رجلان وجاز أن يقال رأيت رجلا ويراد به رجلان مع ما أن
 هذا إن كان في حد الجواز فلا شك أنه بطريق الجواز ولا يجوز العدول عن الحقيقة من غير دليل إذا الحقيقة هي الأصل في
 حق الأحكام للعمل بها وإن كان في حق الاعتقاد يجب التوقف لمعارضة المجاز الحقيقة في الاستعمال وفي باب الحج
 قام دليل المجاز وقوله عز وجل واللاتي يئسن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر جعل سبحانه
 وتعالى الأشهر بدلا عن الأقرء عند اليأس عن الحيض والمبطل هو الذي يشترط عدمه لجواز إقامة البدل مقامه
 فدل أن المبدل هو الحيض فكان هو المراد من القرء المذكور في الآية كما في قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا
 طيبا فامسحوا بآثاره ذلك خيرا منكم ولا جناح عليكم في الخلع والطلاق وأما السنة فمأثور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال
 طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان ومعلوم أنه لا تفاوت بين الحرة والأمة في العدة فيما يقع به الاقضاء إذا رُق أثره
 في تنقيص العدة التي تكون في حق الحرة لا في تغيير أصل العدة فدل أن أصل ما تنقضي به العدة هو الحيض
 وأما المعقول فهو أن هذه العدة وجبت للتعرف عن راءة الرحم والعلم ببراءة الرحم يحصل بالحيض لا بالطهر فكان
 الاعتداد بالحيض لا بالطهر وأما الآية الكريمة فالمراد من العدة المذكورة فيها عدة الطلاق والنبي صلى الله
 عليه وسلم جعل الطهر عدة الطلاق ألا ترى أنه قال فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء والكلام
 في العدة عن الطلاق أنها ما هي وليس في الآية بيانها وأما قوله أدخل الهاء في الثلاثة فنعم لكن هذا لا يدل
 على أن المراد هو الطهر من القروء لأن اللغة لا تمنع من تسمية شيء واحد باسم التذكير والتأنيث كالبر والحنطة
 فيقال هذا البر وهذه الحنطة وإن كانت البر والحنطة شيئا واحدا فكذا القرء والحيض أسماء للبدن المعتاد واحد
 الاسمين مذكور وهو القرء فيقال ثلاثة قروء والآخر مؤنث وهو الحيض فيقال ثلاث حيض ودعوى التناقض
 ممنوعة فإن في تلك الصورة الحيض باق وإن كان الدم منقطعا لأن انقطاع الدم لا ينافي الحيض بالاجتماع لأن

الدم لا بد في جميع الأوقات بل في وقت دون وقت واحتمال الدور في وقت الحيض قائم فاذا لم يجعل ذلك الطهر عدة لا يلزمنا التناقض وأما الممتد طهرها وهي امرأة كانت تحيض ثم ارتفع حيضها من غير حمل ولا يأس فاقضاء عدتها في الطلاق وسائر وجوه الفرق بالحيض لانها من ذات الاقراء الا أنه ارتفع حيضها للمارض فلا تنقضي عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو حتى تدخل في حد اليأس فتستأنف عدة الآيسة ثلاثة أشهر وهو مذهب علي وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وروى عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم أنها تمكث تسعة أشهر فان لم تحض اعتدت ثلاثة أشهر بعد ذلك وهو قول مالك واحتجوا بقوله تعالى واللاتي ينسن من الحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر نقل الله العدة عند الارتياح الى الا شهر والتي ارتفع حيضها فهي مرتبة فيجب أن تكون عدتها بالشهور والجواب أنه ليس المراد من الارتياح المذكور هو الارتياح في اليأس بل المراد منه ارتياح المخاطبين في عدة الآيسة قبل نزول الآية كذا روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أن الله تعالى لما بين لهم عدة ذات القروء وعدة الحامل شكوا في الآية فلم يدروا ما عدتها فانزل الله تعالى هذه الآية وفي الآية ما يدل عليه فانه قال واللاتي ينسن من الحيض من نسائكم ولا يأس مع الارتياح اذ الارتياح يكون وقت رجاء الحيض والرجاء ضد اليأس وكذا قال سبحانه ان ارتبتم ولو كان المراد منه الارتياح في الايس لكان من حق الكلام أن يقول ان ارتبتم فدل أنه سبحانه وتعالى أراد به ما ذكرنا والله عز وجل أعلم وأما عدة الا شهر فالكلام فيها في موضعين أيضا بيان مقدارها وما تنقضي به وفي بيان كيفية ما يعتبر به الا قضاء أما الاول فواجب بدلا عن الحيض وهو عدة الآيسة والصغيرة والبالغة التي لم تر الحيض أصلا فتلاثة أشهر ان كانت حرة لقوله تعالى واللاتي ينسن من الحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن ولان الا شهر في حق هؤلاء تدل على الاقراء والاصل بمقدار الثلاث كذا البدل سواء وجبت الفرقة بطلاق أو بغير طلاق في النكاح الصحيح لعموم النص أو وجبت بالفرقة في النكاح الفاسد أو بالوطء عن شبهة لما ذكرنا في عدة الاقراء وكذا اذا وجبت على أم الولد بالعتق أو بموت المولى عندنا خلافا للشافعي وان كانت أمة فشهروا ونصف لان حكم البدل حكم الاصل وقد تنصف المبدل فيتنصف البدل ولان الرق متنصف والتكامل في عدة الاقراء ثبت لضرورة عدم التجزئ والشهر متجزئ فبقى الحكم فيه على الاصل ولهذا تنصف عدتها في الوفاة وسواء كان زوجها حرا أو عبدا لما ذكرنا ان الاعتبار في العدة جانب النساء وسواء كانت قنة أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتب أو مستسعاة عند أبي حنيفة لما ذكرنا في مدة الاقراء وكذا اذا وجبت على أم الولد بالعتق أو بموت المولى عندنا خلافا للشافعي وما وجب أصلا بنفسه وهو عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشر وقيل انما قدرت هذه العدة بهذه المدة ان كانت حرة لقوله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وقيل انما قدرت هذه العدة بهذه المدة لان الولد يكون في بطن أمه أربعين يوما نطفة ثم أربعين يوما علقه ثم أربعين يوما مضغة ثم ينفخ فيه الروح في العشر فأمرت بتربص هذه المدة ليستبين الحمل ان كان بها حبل وان كانت أمة فشهران وخمسة أيام لما بيننا بالاجماع سواء كانت قنة أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتب أو مستسعاة عند أبي حنيفة والمسألة والكتابية سواء كان في مقدار هاتين العدين الحرة كالحرة والامة كالامة لان ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بينهما واقضاء هذه العدة باقضاء هذه المدة في الحرة والامة (وأما الثاني) وهو بيان كيفية ما يعتبر به اقضاء هذه العدة فجملة الكلام فيه أن سبب وجوب هذه العدة من الوفاة والطلاق ونحو ذلك اذا اتفق في غرة الشهر اعتبرت الا شهر بالاهلة وان نقصت عن العدد في قول أصحابنا جميعا لان الله تعالى أمر بالعدة بالاشهر بقوله عز وجل فعدتهن ثلاثة أشهر وقوله عز وجل أربعة أشهر وعشرا فلو اعتبر الا شهر والشهر قد يكون ثلاثين يوما وقد يكون تسعة وعشرين يوما بدليل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأشار بأصابع يديه كلها ثم قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وحسب ايامه في المرة الثالثة وان كانت الفرقة في بعض الشهر

اختلفوا فيه قال أبو حنيفة يعتبر بالأيام فتعتمد من الطلاق وأخواته تسعين يوماً ومن الوفاة مائة وثلاثين يوماً وكذلك قال في صوم الشهرين المتتابعين إذا ابتدأ الصوم في نصف الشهر وقال محمد تعتد بقية الشهر بالأيام وباقي الشهر بالاهلة ويكمل الشهر الأول من الشهر الأخير بالأيام وعن أبي يوسف روايتان في رواية مثل قول أبي حنيفة وفي رواية مثل قول محمد وهو قوله الأخير (وجه) قولهما أن المأمور به هو الاعتداد بالشهر والشهر اسم الالهة فكان الأصل في الاعتداد هو الالهة قال الله تعالى يستلونك عن الالهة قل هي مواقيت للناس والحج جعل الهلال لمعرفة المواقيت وأما يعدل إلى الأيام عند تعذر اعتبار الالهة وقد تعذر اعتبار الهلال في الشهر الأول فعد لنا عنه إلى الأيام ولا تعذر في بقية الشهر فلزم اعتبارها بالالهة ولهذا اعتبرنا كذلك في باب الاجارة اذا وقعت في بعض الشهر كذا هنا ولا يحنيفة أن العدة يراعى فيها الاحتياط فلو اعتبرناها في الأيام زادت على الشهر ولو اعتبرناها بالالهة لنقصت عن الأيام فكان يحجب الزيادة أولى احتياطاً بخلاف الاجارة لأنها تملك المنفعة والمنافع توجد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان فيصير كل جزء منها كالعمود عليه عقد امتداد فيصير عند استهلاك الشهر كأنه ابتداء العقد فيكون بالالهة بخلاف العدة فإن كل جزء منها ليس كعمدة مبتدأة وأما الإيلاء في بعض الشهر فقد ذكرنا الاختلاف بين أبي يوسف وزفر في كيفية اعتبار الشهر فيه أن على قول أبي يوسف يعتبر بالأيام فيكمل مائة وعشرين يوماً ولا ينظر إلى نقصان الشهر ولا إلى تمامه وعند زفر يعتبر بالالهة (وجه) قول أن مدة الإيلاء كمدة العدة لأن كل واحد منهما يتعلق به البيونة ولا ييوسف أن اعتبار الأيام في مدة الإيلاء يوجب تأخير القرعة واعتبار الشهر يوجب التعجيل فوقع الشك في وقوع الطلاق فلا يقع بالشك كمن علق طلاق امرأته بمدة في المستقبل وشك في المدة بخلاف العدة لأن الطلاق هناك واقع يتيقن وحكمه متأجل فاذا وقع الشك في التأجيل لا يتأجل بالشك وأما عدة الحمل فمقدارها بقية مدة الحمل فلت أو كثرت حتى لو ولدت بعد وجوب العدة بيوم أو أقل أو أكثر انقضت به العدة لفعله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن من غير فصل ود كرفي الأصل أنها لو ولدت والميت على سريره انقضت به العدة على ما جاءت به السنة هكذا ذكر السنة المذكورة هي ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال في المتوفى عنها زوجها اذا ولدت وزوجها على سريره جازها أن تزوج بشرط انقضاء هذه العدة أن يكون ما وضعت قد استبان خلقه أو بعض خلقه فإن لم يستين رأساً بان أن سقطت علقه أو مضغة لم تنقض العدة لأنه اذا استبان خلقه أو بعض خلقه فهو ولد فقد وجد وضع الحمل فتتقضى به العدة واذا لم يستين لم يعلم كونه ولداً بل يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فيقع الشك في وضع الحمل فلا تنقض العدة بالشك وقال الشافعي في أحد قوليه يرى للنساء وهذا ليس بشيء لأنهن لم يشاهدن انخلاق الولد في الرحم ليقسن هذا عليه فيعرفن وقال في قول آخر يجعل في الماء الحار ثم ينظر أن الحمل فليس بولد وان لم ينحل فهو ولد وهذا أيضاً فاسد لأنه يحتمل أنه قطعة من كبدها أو لحما انقضت منها وأنها لا تنحل بالماء الحار كما لا ينحل الولد فلا يعلم به أنه ولد ولو ظهر أكثر الولد لم يذكروا في ظاهر الرواية وقد قالوا في المطلقة طلاقاً رجعياً أنه اذا ظهر منها أكثر ولدها أنها تبين فعلي هذا يجب أن تنقض به العدة أيضاً بظهور أكثر أولادها ويجوز أن يفرق بينهما في مقام الكل في انقطاع الرجعة احتياطاً ولا يقام في انقضاء العدة حتى لا ينحل للزواج احتياطاً أيضاً ثم انقضاء عدة الحمل بوضع الحمل اذا كانت معتدة عن طلاق أو غيره من أسباب القرقة بلا خلاف لعموم قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن وكذلك اذا كانت متوفى عنها زوجها عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وروى عن عمر وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم أنهم قالوا عدها بوضع ما في بطنها وان كان زوجها على السرير وقال علي رضي الله عنه وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الحامل اذا توفي عنها زوجها فعدتها بعد الاجلين وضع الحمل أو مضى أربعة أشهر وعشر أيهما كان أخيراً تنقض به العدة (وجه) هذا القول أن الاعتداد بوضع الحمل إنما ذكر

في الطلاق لا في الوفاة بقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن لانه معطوف على قوله عز وجل واللاتي
يتسنن من الحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن وذلك بناء على قوله تعالى يا أيها
النبي اذا طلقتم النساء فكان المراد من قوله واللاتي لم يحضن المطلقات ولان في الاعتداد بابعد الاجلين جمعا بين
الآيتين بالتقدير الممكن لان فيه عملا بآية عدة الحمل ان كان أجل تلك العدة أبعد وعملا بآية عدة الوفاة ان كان أجلها
أبعد فكان عملا بهما جميعا بقدر الامكان وفيما قلتم عمل باحدهما وترك العمل بالآخرى أصلا فكان ما قلناه أولى ولعامة
العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن من غير فصل بين المطلقة
والمتوفى عنها زوجها وقوله هذا بناء على قوله واللاتي يتسنن من الحيض من نسائكم ممنوع بل هو ابتداء خطاب وفي
الآية الكريمة ما يدل عليه فانه قال ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ومعلوم أنه لا يقع الارتباط فحين يحفل القراء
وذلك لان الاشهر في الآيات انما أقيمت مقام الاقراء في ذوات الحيض واذا كانت الحامل ممن تحيض لم يحز أن
يتبع لهم شك في عدتها لیسألوا عن عدتها واذا كان كذلك ثبت أنه خطاب مبتدأ واذا كان خطا بابتداء تناول للعدد
كلها وقوله الاعتداد بابعد الاجلين عمل بالآيتين بقدر الامكان فيقال انما يعمل بهما اذا لم يثبت نسخ احدهما بالتقدم
والتأخر ولم يكن احدهما أولى بالعمل بها وقد قيل ان آية وضع الحمل آخرهما نزولا بما روى عن عبد الله بن مسعود
رضي الله عنه أنه قال من شاء باهله أن قوله وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن نزل بعد قوله أربعة أشهر
وعشر فاما نسخ الاشهر بوضع الحمل اذا كان بين نزول الآيتين زمان يصلح للنسخ فينسخ الخاص المتقدم بالعام
المتأخر كما هو مذهب مشايخنا بالعراق ولا يبنى العام على الخاص أو يعمل بالنص العام بعمومه ويتوقف في حق
الاعتقاد في التخریج على التناسخ كما هو مذهب مشايخنا بسمرقند ولا يبنى العام على الخاص على ما عرف في اصول
الفقه وروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قلت يا رسول الله حين نزول قوله وأولات الاحمال أجلهن
أن يضعن حملهن أنها في المطلقة أم في المتوفى عنها زوجها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها جميعا وقد روت أم
سلمة رضي الله عنها أن سبيعة بنت الحارث الاسلمية وضعت بعد وفاة زوجها بضع وعشرين ليلة فأمرها رسول الله
صلى الله عليه وسلم بان تتزوج وروى أيضا عن أبي السنابل بن بعكك أن سبيعة بنت الحارث الاسلمية وضعت بعد
وفاة زوجها بضع وعشرين ليلة فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بان تتزوج وروى أنها لما مات عنها زوجها
وضعت حملها وسأت أبا السنابل بن بعكك هل يجوز لها أن تتزوج فقال لها حتى يبلغ الكتاب أجله فذكر ذلك
لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كذب أبو السنابل ابنتي الا زواج وهذا حديث صحيح وقد روى من طرق صحيحة
لا مسأغ لاحد في العدول عنها ولان المقصود من العدة من ذوات الاقراء العلم ببراءة الرحم ووضع الحمل في الدلالة على
البراءة فوق مضي المدة فكان انقضاء العدة به أولى من الانقضاء بالمدة وسواء كانت المرأة حرة أو مملوكة قنة أو مدبرة
أو مكاتبة أو أم ولد أو مستسعاة مسلاة أو كناية لعموم النص وقال أبو يوسف كذلك الا في امرأة الصغير في عدة
الوفاة ان سأت الصغير عن امرأته وهي حامل فان عدتها أربعة أشهر وعشر عند أبي يوسف وعند أبي حنيفة ومحمد
عدتها أن تضع حملها وجه قوله أن هذا الحمل ليس منه ييقن بدليل أنه لا يثبت نسبه منه فكان من الزنا فلا تنقض به
العدة كالحمل من الزنا والحادث بعد موته ولهما عموم قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن وقوله
الحمل من الزنا لا تنقض به العدة وهذا حمل من الزنا فيكون مخصوصا من العموم فنقول الحمل من الزنا لا تنقض به العدة
على قياس قولهما ألا ترى أنه اذا تزوج امرأة حاملا من الزنا جاز نكاحها عندهما ولو تزوجها ثم طلقها فوضعت حملها
تنقض عدتها عندهما بوضع الحمل وان كان الحمل من الزنا ولان وجوب العدة للعلم بحصول فراغ الرحم والولادة دليل
فراغ الرحم ييقن والشهر لا يدل على الفراغ ييقن فكان ايجاب ما دل على الفراغ ييقن أولى ولا أثر للنسب في هذا
الباب وانما الأثر لما ينافي الجملة فان مات وهي حائل ثم حملت بعد موته قبل انقضاء العدة فعدتها بالشهور أربعة أشهر

وعشر بالاجماع لعموم قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يرصن بانفسهن أربع أشهر وعشر ولان الحمل اذا لم يكن موجودا وقت الموت وجبت العدة بالشهر فلا تتغير بالحمل الحادث واذا كان موجودا وقت الموت وجبت عدة الحمل فكان انقضاؤها بوضع الحمل ولا يثبت نسب الولد في الوجهين جميعا لان الولد لا يحصل عادة الا من الماء والصبي لا ماء له حقيقة ويستحيل وجوده عادة فيستحيل تقديره وقال أبو يوسف ومحمد في زوجة الكبير تأتي بولد بعد موته لاكثر من سنتين وقد تزوجت بعد مضي أربعة أشهر وعشر أن النكاح جائز لان إقدامها على النكاح في هذه الحالة اقرار منها بقضاء العدة لتحراز المسألة عن النكاح في العدة ولم يرد على اقرارها ما يبطله الا ترى أنها لو جاءت بعد التزوج بولد لسته أشهر فصاعدا كان النكاح جائزا لما بينا فبهنا أولى واذا كانت المعتدة حاملا فولدت ولدين انقضت عدتها بالآخر منهما عند عامة العلماء وقال الحسن البصري اذا وضعت أحد الولدين انقضت عدتها واحتج بقوله سبحانه وتعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن ولم يقل احملهن فاذا وضعت احدهما فقد وضعت حملها الا أن ما قاله لا يستقيم لوجهين أحدهما أنه قريء في بعض الروايات أن يضعن أحملهن والثاني أنه علق انقضاء العدة بوضع الحمل لا بالولادة حيث قال سبحانه وتعالى يضعن حملهن ولم يقل يلدن والحمل اسم لجميع ما في بطنها ووضع أحد الولدين وضع بعض حملها لا وضع حملها فلا تنقضي به العدة ولان وضع الحمل انما تنقضي به العدة لبراءة الرحم بوضعه وما دام في بطنها ولد لا تحصل البراءة به فلا تنقضي العدة

فصل (وأما) بيان ما يعرف به انقضاء العدة فما يعرف به انقضاء العدة نوعان قول وفعل (أما) القول فهو اخبار المعتدة بانقضاء العدة في مدة يحتمل الانقضاء في مثلها فلا بد من بيان أقل المدة التي تصدق فيها المعتدة في اقرارها بانقضاء عدتها وجملة الكلام فيه أن المعتدة ان كانت من ذوات الاشهر فانها لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر في عدة الطلاق ان كانت حرة ومن شهر ونصف ان كانت أمة وفي عدة الوفاة لا تصدق في أقل من أربعة أشهر وعشر ان كانت حرة ومن شهرين وخمسة أيام ان كانت أمة ولا خلاف في هذه الجملة وأن كانت من ذوات الاقراء فان كانت معتدة من وفاة فكذلك لا تصدق في أقل مما ذكرنا في الحرية والامة وان كانت معتدة من طلاق فان أخبرت بانقضاء عدتها في مدة تنقضي في مثلها العدة قبل قولها وان أخبرت في مدة لا تنقضي في مثلها العدة لا يقبل قولها الا اذا فسرت ذلك بان قالت أسقطت سقطا مستبين الخلق أو بعضه فيقبل قولها وانما كان كذلك لانها أمانة في اخبارها عن انقضاء عدتها فان الله تعالى ائتمنها في ذلك بقوله عز وجل ولا يحجل لهن أن يكمن ما خلق الله في أرحامهن قيل في التفسير أنه الحيض والحبل والقول قول الامين مع اليمين كالمدعى اذا قال رددت الودعة وأهلك فاذا أخبرت بالانقضاء في مدة تنقضي في مثلها يقبل قولها ولا يقبل اذا كانت المدة مما لا تنقضي في مثلها العدة لان قول الامين انما يقبل فيما لا يكذب الظاهر والظاهر هنا يكذبها فلا يقبل قولها الا اذا فسرت قتل أسقطت سقطا مستبين الخلق أو بعض الخلق مع عيناها فيقبل قولها مع هذا التفسير لان الظاهر لا يكذبها مع التفسير ثم اختلف في أقل ما تصدق فيه المعتدة بالاقرار قال أبو حنيفة أقل ما تصدق فيه الحرة ستون يوما وقال أبو يوسف ومحمد تسعة وثلاثون يوما واختلف الرواية في تخريج قول أبي حنيفة فتخرج بوجه في رواية محمد أنه يبدأ بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة أيام فتلك ستون يوما وتخريج على رواية الحسن أنه يبدأ بالحيض عشرة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض عشرة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض عشرة أيام فذلك ستون يوما فاختلف التخريج مع اتفاق الحكم وتخريج قول أبي يوسف ومحمد أنه يبدأ بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض ثلاثة أيام فذلك تسعة وثلاثون يوما وجهه قولهما أن المرأة أمانة في هذا الباب والامين يصدق ما مكن وأمكن تصديقها هنا بان يحكم بالطلاق في آخر الطهر فيبدأ بالعدة من الحيض فيعتبر اقله وذلك ثلاثة أيام ثم أقل الطهر وهو خمسة عشر يوما ثم أقل الحيض ثم أقل الطهر ثم أقل الحيض

فتكون الجملة تسعة وثلاثين يوما وجه قول أبي حنيفة على نحر يوم محمد أن المرأة وإن كانت أمينة في الأقراء بقضاء العدة
لكن الأمين أعما يصدق فيها لا يخالفه الظاهر فاما في مخالفة الظاهر فلا يقبل قوله كالوصي إذا قال أنفتت على اليتيم في يوم
واحد ألف دينار وما قاله خلاف الظاهر لأن الظاهر أن من أراد الطلاق فاما بوقعه في أول الطهر وكذا حيض ثلاثة
أيام نادر وحيض عشرة نادر أيضا فيؤخذ بالوسط وهو خمسة واعتبار هذا التخرج بوجوب أن أقل ما تصدق فيه
ستون يوما وأما الوجه على نحر يوم رواية الحسن فهو أن يحكم بالطلاق في آخر الطهر لأن الإيقاع في أول الطهر وإن كان
سنة لكن الظاهر هو الإيقاع في آخر الطهر لأنه يجرب نفسه في أول الطهر هل يمكنه الصبر عنها ثم يطلق فكان الظاهر
هو الإيقاع في آخر الطهر لأنه يعتبر مدة الحيض عشرة أيام وإن كانت أكثر المدة لا ناقد اعتبرنا في الطهر أقله فلو نقصنا
من العشرة في الحيض للزم النقص في العدة فيفوت حق الزوج من كل وجه فيحكم بأكثر الحيض وأقل الطهر رعاية
للحقين واعتبار هذا التخرج أيضا بوجوب ما ذكرنا وهو أن يكون أقل ما تصدق فيه ستون يوما والامة فعند أبي حنيفة
أقل ما تصدق فيه على رواية محمد عنه أربعون يوما وهو أن يقدر كانه طلقها في أول الطهر فيبدأ بالطهر خمسة عشر يوما
ثم بالحيض خمسة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة أيام فذلك أربعون يوما وأما على رواية الحسن فاقول
ما تصدق فيه خمسة وثلاثون يوما لأنه يجعل كان الطلاق وقع في آخر الطهر فيبدأ بالحيض عشرة ثم بالطهر خمسة عشر
يوما ثم بالحيض عشرة فذلك خمسة وثلاثون يوما فاختلف حكم روايتيهما في الامة واتفق في الحررة وأما على قول أبي
يوسف ومحمد فاقول ما تصدق فيه إحدى وعشرون يوما لأنهما يقدران الطلاق في آخر الطهر ويبتدئان بالحيض
ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض ثلاثة فذلك أحد وعشرون يوما والله الموفق وأما المعتدة إذا كانت
نفساء بان ولدت امرأته وطلقها عقيب الولادة ثم قالت انقضت عدتي قال أبو حنيفة في رواية محمد عنه لا تصدق الحررة
في أقل من خمسة وثمانين يوما لأنه ثبت النفاس خمسة وعشرين لأنه لو ثبت أقل من ذلك لاحتاج إلى أن يثبت بعده
خمسة عشر يوما طهر ثم يحكم بالدم فيبطل الطهر لأن من أصله أن الدمين في الاربعين لا يفصل بينهما طهر وإن كثر
حتى لو رأت في أول النفاس ساعة دما وفي آخرها ساعة كان الكل نقاسا عنده فجعل النفاس خمسة وعشرين يوما
حتى يثبت بعده طهر خمسة عشر فيقع الدم بعد الاربعين فإذا كان كذلك كان بعد الاربعين خمسة حيضا وخمسة
عشر طهر أو خمسة حيضا وخمسة عشر طهر أو خمسة حيضا فذلك خمسة وثمانون يوما وعلى رواية الحسن عنه فلا
تصدق في أقل من مائة يوم لأنه يثبت بعد الاربعين عشرة حيضا وخمسة عشر طهر وعشرة حيضا وخمسة عشر طهر
وعشرة حيضا فذلك مائة وقال أبو يوسف لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوما لأنه يثبت أحد عشر يوما نقاسا
لأن العادة أن أقل النفاس يزيد على أكثر الحيض ثم يثبت خمسة عشر يوما طهر أو ثلاثة حيضا وخمسة عشر طهر
وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهر أو ثلاثة حيضا فذلك خمسة وستون يوما وقال محمد لا تصدق في أقل من أربعة
وخمسين وساعة لأن أقل النفاس ما وجد من الدم فيحكم بنفاس ساعة وبعده خمسة عشر يوما طهر أو ثلاثة حيضا
وخمسة عشر يوما طهر أو ثلاثة حيضا وخمسة عشر طهر أو ثلاثة حيضا فذلك أربعة وخمسون وساعة وإن كانت أمة
فعلى رواية محمد عن أبي حنيفة لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوما لأنه يثبت بعد الاربعين خمسة حيضا وخمسة
عشر طهر أو خمسة حيضا فذلك خمسة وستون وعلى رواية الحسن عنه لا تصدق في أقل من خمسة وسبعين لأنه يثبت
بعد الاربعين عشرة حيضا وخمسة عشر طهر أو عشرة حيضا فذلك خمسة وسبعون وقال أبو يوسف لا تصدق في
أقل من سبعة وأربعين لأنه يثبت أحد عشر يوما نقاسا وخمسة عشر طهر أو ثلاثة حيضا وخمسة عشر طهر أو ثلاثة
حيضا فذلك سبعة وأربعين يوما وقال محمد لا تصدق في أقل من ستة وثلاثين يوما وساعة لأنه يثبت ساعة نقاسا
وخمسة عشر طهر أو ثلاثة حيضا وخمسة عشر طهر أو ثلاثة حيضا فذلك ستة وثلاثون يوما وساعة وأما القعل فنحو أن
تزوج آخر بعد ما مضت مدة تنقضي في مثلها العدة حتى لو قالت لم تنقض عدتي لم تصدق لافي حق الزوج

الاول ولا في حق الزوج الثاني ونكاح الزوج الثاني جائز لان اقدمها على الزوج بعدمضى مدة يحتمل الا نقضاء في مثلها دليل الا نقضاء والله الموفق

فصل وأما بيان انتقال العدة وتغيرها ما انتقل العدة فضر بان أحدهما انتقلها من الاشهر الى الاقراء والثاني انتقلها من الاقراء الى الاشهر أما الاول فنحو الصغيرة اعتدت ببعض الاشهر ثم رأت الدم تنتقل عدتها من الاشهر الى الاقراء لان الشهر في حق الصغيرة بدل عن الاقراء وقد ثبت القدرة على المبدل والقدرة على المبدل قبل حصول المقصود بالبدل يبطل حكم البدل كالقدرة على الوضوء في حق المتيمم ونحو ذلك فيبطل حكم الاشهر فانقلت عدتها الى الحيض وكذا الآية اذا اعتدت ببعض الاشهر ثم رأت الدم تنتقل عدتها الى الحيض كذا ذكر الكرخي وذ كر القدوري ان ما ذكره أبو الحسن ظاهر الرواية التي لم يقدروا للاياس تقدير ابل هو غالب على ظنهما انها آيسة لانها لما رأت الدم دل على انها لم تكن آيسة وانها أخطأت في الظن فلا يعتد بالاشهر في حقها ما ذكرنا انها بدل فلا يعتبر مع وجود الاصل وأما على الرواية التي وقتوا للاياس وقتا اذا بلغت ذلك الوقت ثم رأت بعده الدم لم يكن ذلك الدم خيفضا كالدم الذي تراه الصغيرة التي لا يحيض مثلها وكذا ذكره الجصاص ان ذلك في التي ظنت انها آيسة فاما الآية فماترى من الدم لا يكون حيضا ألا ترى ان وجود الحيض منها كان معجزة نبي من الانبياء عليهم الصلاة والسلام فلا يجوز أن يؤخذ الا على وجه المعجزة كذا على الجصاص وأما الثاني وهو انتقال العدة من الاقراء الى الاشهر فنحو ذات القراء اعتدت بحضة أو حيضتين ثم أيست تنتقل عدتها من الحيض الى الاشهر فتستقبل العدة بالاشهر لانها لما أيست فقد صارت عدتها بالاشهر لقوله عز وجل واللاتي يشئن من الحيض من نسائك ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر والاشهر بدل عن الحيض فلو لم تستقبل ونبتت على الاول لصار الشئ الواحد أصلا وبدا وهذا لا يجوز فان قيل أليس ان من شرع في الصلاة بالوضوء ثم سبقه الحدث فلم يجد ماءه يتيمم ويبنى على صلاته وهذا جمع بين البدل والمبدل في صلاة واحدة فهل جاز ذلك في العدة فالجواب ان الممتنع كون الشئ الواحد بدلا وأصلا وهنا كذلك لان العدة شئ واحد وفصل الصلاة ليس من هذا القبيل لان ذلك جمع بين البدل والمبدل في شئ واحد وذلك غير ممتنع فان الانسان قد يصلي بعض صلاته قائما ركوع وسجود وبعضها بالايما ويكون جمعا بين البدل والمبدل في صلاة واحدة ومن هذا القبيل اذا طلق امرأته ثم مات فان كان الطلاق رجعا انتقلت عدتها الى عدة الوفاة سواء طلقها في حالة المرض أو الصحة وانهدمت عدة الطلاق وعليها ان تيسأ نف عدة الوفاة في قولهم جميعا لانها زوجته بعد الطلاق اذ الطلاق الرجعي لا يوجب زوال الزوجية وفوت الزوج يوجب على زوجته عدة الوفاة لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا كالمومات قبل الطلاق وان كان بائنا أو ثلثا فان لم ترث بان طلقها في حالة الصحة لا تنتقل عدتها لان الله تعالى أوجب عدة الوفاة على الزوجات بقوله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن وقد زالت الزوجية بالابانة والثلث فتعذر ايجاب عدة الوفاة فبقيت عدة الطلاق على حالها وان ورثت بان طلقها في حالة المرض ثم مات قبل أن تنقضى العدة فورثت اعتدت باربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض حتى انها لو لم ترفى مدة الاربعة أشهر والعشر ثلاث حيض تستكمل بعد ذلك وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وكذلك كل معتدة ورثت كذا ذكر الكرخي وعنى بذلك امرأة المرتد بان ارتد زوجها بعد ما دخل بها ووجبت عليها العدة ثم مات أو قتل وورثته وذ كر القدوري في امرأة المرتد روايتين عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ليس عليها الا ثلاث حيض وجه قوله ما ذكرنا ان الشرع انما أوجب عدة الوفاة على الزوجات وقد بطلت الزوجية بالطلاق البائن الا انها بقيتاها في حق الارث خاصة لتهمة الفرار من ادعى بقاءها في حق وجوب عدة الوفاة فعليه الدليل وجه قولهما ان النكاح لما بقي في حق الارث فلا يبقى في حق وجوب العدة أولى لان العدة محتاطة في ايجابها فكان قيام النكاح من وجه كافيا لوجوب العدة احتياطا فيجب عليها الاعتداد

أربعة أشهر وعشر أيها ثلاث حيض ولو حملت المعتدة في عدتها كره الكرخي أن من حملت في عدتها فالعدة أن تضع حملها ولم يفصل بين المعتدة عن طلاق أو وفاة وقد فصل محمد بينهما فإنه قال فبين مات عن امرأته وهو صغير أو كبير ثم حملت بعد موته فعدتها الشهور فهذا نص على أن عدة المتوفى عنها زوجها لا تنتقل بوجود الحمل من الأشهر إلى وضع الحمل قال وإن كانت في عدة الطلاق فقبلت بعد الطلاق وعلم بذلك فعدتها أن تضع حملها وجهه ما ذكره الكرخي أن وضع الحمل أصل العدد لأن العدة وضعت لاستبراء الرحم ولا شيء أدل على براءة الرحم من وضع الحمل فيجب أن يستقطعه ماسواه كما تستقط الشهور مع الحيض والصحيح ما ذكره محمدان عدة المتوفى عنها زوجها لا تغير بوجود الحمل بعد الوفاة ولا تنتقل من الأشهر إلى وضع الحمل بخلاف عدة الطلاق وجه الفرق بين العديتين أن عدة الوفاة إنما وجبت لاستبراء الرحم بدليل أنها تنادي بالأشهر مع وجود الحيض وكذا تجب قبل الدخول وإنما وجبت لإظهار التأنيف على فوت نعمة النكاح وكان الأصل في هذه العدة هو الأشهر إلا إذا كانت حاملاً وقت الوفاة فيتعلق بوضع الحمل فإذا كانت حاملاً بقيت على حكم الأصل فلا تغير بوجود الحمل فلا تنتقل بخلاف عدة الطلاق فإن المقصود منها الاستبراء ووضع الحمل أصل في الاستبراء فإذا قدرت عليه سقط ماسواه أو يحمل ما ذكره الكرخي على الخصوص وهي التي حبلت في عدة الطلاق وذكر العالم على إرادة الخاص متعارف وقال محمد في عدة الطلاق أنها إذا حبلت فإن لم يعلم أنها حبلت بعد الطلاق ثم جاءت بولد لاكثر من سنتين فقد حكنا بأن قضاء عدتها بعد الوضع لسنة أشهر حملاً لا مرها على الصلاح إذا الظاهر من حال المسامة أن لا تترج في عدتها فيحكم بقضاء عدتها قبل التزوج والله الموفق

فصل (١٠) وأما تغيير العدة فنحو الأمانة إذا طلقت ثم أعتقت فإن كان الطلاق رجعيًا تتغير عدتها إلى عدة الحرائر لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية فهذه حرة وجبت عليها العدة وهي زوجته فتعد عدة الحرائر كما إذا عتقها المولى ثم طلقها الزوج وإن كانت بائناً لا تتغير عندنا وعند الشافعي تتغير فيها جميعاً وجه قوله أن الأصل في العدة هو الكمال وإنما نقصان بعارض الزرق فإذا أعتقت فقد زال العارض وأمكن تكميلها فتكمل ولنا أن الطلاق أوجب عليها عدة الأمانة لأنه صادفها وهي أمة والاعتاق وجدوحي مبانة فلا يتغير الواجب بعد البيئونة كعدة الوفاة بخلاف الطلاق الرجعي لأنه لا يوجب زوال الملك فوجد الاعتاق وهي زوجته فوجب عليها العدة وهي حرة فتعد عدة الحرائر وهذا بخلاف الإيلاء فإن كانت الزوجة مملوكة وقت الإيلاء ثم أعتقت أنه تنقلب عدتها إلى عدة الحرائر وإن كان الإيلاء طلاقاً بائناً وقد سوى بينه وبين الرجعي في هذا الحكم وإنما كان كذلك لأن البيئونة في الإيلاء لا تثبت للحال وإنما تثبت بعد انقضاء المدة فكانت الزوجة قائمة للحال فاشبه الطلاق الرجعي بأن طلقها الزوج رجعيًا ثم أعتقها المولى وهناك تنقلب عدتها عدة الحرائر فكذلك أمدها بها بخلاف الطلاق البائن فإنه يوجب زوال الملك للحال وقد وجبت عدة الأمانة بالطلاق فلا تتغير بعد البيئونة بالعتق والله الموفق وأما المطلقة الرجعية إذا راجعها الزوج ثم طلقها قبل الدخول بها قال أصحابنا عليها عدة مستأنفة وقال الشافعي في أحد قوليه أنها تكمل العدة وجه قوله أنها تعتمد عن الطلاق الأول لأن الثاني لان الثاني طلاق قبل الدخول فلا يوجب العدة ولنا أن الطلاق الثاني طلاق بعد الدخول لأن الرجعة ليست إنشاء النكاح بل هي فسخ الطلاق ومنعه عن العمل بثبوت البيئونة بأشياء العدة فكانت مطلقة بالطلاق الثاني بعد الدخول فتدخل تحت قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولو زوج أم ولده ثم مات عنها وهي تحت زوج أو في عدة من زوج فلا عدة عليها بموت المولى لأن العدة إنما تجب عليها بموت المولى زوال القراش فإذا كانت تحت زوج أو في عدة من زوج لم تكن فراشاً له لقيام فراش الزوج فلا تجب عليها العدة فإن أعتقها المولى ثم طلقها الزوج فعليها عدة الحرائر لأن اعتاق المولى صادفها وهي فراش الزوج فلا يوجب عليها العدة وطلاق الزوج صادفها وهي حرة فعليها عدة الحرائر ولو طلقها الزوج أولاً ثم أعتقها المولى فإن

كان الطلاق رجعيًا تتغير عدتها إلى عدة الحرائر وإن كان بائنًا لا تتغير لما ذكرنا فيما تقدم فإن انقضت عدتها ثم مات المولى فعليها بموت المولى ثلاث حيض لأنها لما انقضت عدتها من الزوج فقد عاد فراش المولى ثم زال بالموت فتجب العدة والزوال القراش كما إذا مات قبل أن يزوجها فإن مات المولى والزوج فلا يراد بالخلو إمامان علم أيهما مات أولاً وإمامان لا يعلم وكل ذلك لا يخلو إمامان علم كم بين موتيهما وإمامان لم يعلم فإن علم أن الزوج مات أولاً وعلم أن بين موتيهما أكثر من شهرين وخمسة أيام فعليها شهران وخمسة أيام مدة عدة الامة في وفاة الزوج فإذا مات المولى فعليها ثلاث حيض لأنه مات بعد انقضاء عدتها من الوفاة فعليها العدة من المولى وذلك ثلاث حيض وإن كان بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام فكذلك عليها شهران وخمسة أيام مدة عدة وفاة الزوج فإذا مات المولى لاشيء عليها بموته لأنه مات وهي في عدة الزوج وإن علم أن المولى مات أولاً فلا عدة عليها من المولى لأنها تحت زوج فلم تكن فراشا للمولى فإذا مات الزوج فعليها أربعة أشهر وعشرة عدة الوفاة من الزوج لأنها اعتقت بموت المولى وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر وإن لم يعلم أيهما مات أولاً فإن علم أن بين موتيهما أكثر من شهرين وخمسة أيام فعليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض وتفسيره أنها إذا لم تر ثلاث حيض في هذه الأربعة الأشهر والعشر تستكمل بعد ذلك لأنه إن مات الزوج أولاً فقد وجب عليها شهران وخمسة أيام لأنها أمة وعدة الامة من زوجها المتوفى هذا القدر ثم مات المولى بعد انقضاء عدتها فوجب عليها ثلاث حيض عدة المولى وإن مات المولى أولاً فقد عتقت بموته ولا عدة عليها منه لأنها ليست فراشاً له وعدة أم الولد من مولاها تجب بزوال القراش فلما مات الزوج بعد موت المولى فقد مات الزوج وهي حرة فوجب عليها عدة الحرائر في الوفاة وهي أربعة أشهر وعشر فإذا في حال يجب عليها شهران وخمسة أيام وثلاث حيض وفي حال يجب أربعة أشهر وعشر والشهران يدخلان في الشهور فيجب عليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض على التفسير الذي ذكرنا احتياطاً وإن علم أنه بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام فعليها أربعة أشهر وعشر في قولهم جميعاً لأنه لا حال ههنا لوجوب الحيض لأنه إن مات المولى أولاً لم يجب بموته شيء لأنها تحت زوج فإذا مات وجب عليها أربعة أشهر وعشر لأنها عتقت بموت المولى وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر وإن مات الزوج أولاً وجب عليها شهران وخمسة أيام لأنها أمة فإذا مات المولى بعده لا يجب عليها شيء بموته لأنه مات وهي في عدة الزوج فلم تكن فراشاً له فإذا في حال يجب عليها أربعة أشهر وعشر فقط وفي حال شهران وخمسة أيام فقط فأوجبنا الاعتداد بأكثر المدين احتياطاً فإذا لم يعلم أيهما مات أولاً ولم يعلم أيضاً كم بين موتيهما فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليها أربعة أشهر وعشر لا حيض فيها وقال أبو يوسف ومحمد عليهما وقال أبو يوسف ومحمد عليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض وجه قولهما أنه يحتمل أن الزوج مات أولاً وانقضت العدة ثم مات المولى بعد انقضاء العدة فيجب عليها ثلاث حيض ويحتمل أن يكون المولى مات أولاً فعتقت بموته ثم مات الزوج فيجب أربعة أشهر وعشر فإعني فيه الاحتياط فيجمع بين الأربعة الأشهر والعشر والحيض ولا يبي حنيفة قوته تعالى والذين يتوفون منك ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً وهذا تقدير لعدة الوفاة بأربعة أشهر وعشر فلا يجوز الزيادة عليه إلا بدليل ولأن الأصل في كل أمرين حادثين لم يعلم تاريخ ما بينهما أن يحكم بوقوعهما معاً كالغرق والحرق والهدم وإذا حكم بموت الزوج مع موت المولى فقد وجبت عليها العدة وهي حرة فكانت عدة الحرائر فلم يكن لا يجاب الحيض حال فلا يمكن إيجابها والله عز وجل أعلم وعلى هذا الأصل قال أبو يوسف إذا تزوج أم الولد بغير إذن مولاها ودخل بها الزوج ثم مات الزوج والمولى ولا يعلم أيهما مات أولاً ولا كم بين موتيهما فعليها حيضتان في قياس قول أبي حنيفة لأنه يحكم بموتيهما معاً في قول أبي يوسف يجب عليها ثلاث حيض في أربعة أشهر وعشر بناء على أصله في اعتبار الاحتياط لأنه يحتمل أن المولى مات أولاً فنفسد النكاح لموته لأنها عتقت فجاز نكاحها بمقتضاها ثم مات الزوج وهي حرة فوجب

عليها أر بعة أشهر وعشر ويحتمل انه مات الزوج أولاً واقضت عدتها ثم مات المولى بعد انقضاء العدة فعليها عدة المولى ثلاث حيض فوجب عليها أر بعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض احتياطاً وان علم ان بين موتيهما ما لا يحيض فيه حيضتين فعليها أر بعة أشهر وعشر فيها حيضتان لان عدة المولى قد سقطت بسواهما أولاً وأخراً اذا كان بين موتيهما ما لا يحيض فيه حيضتين ووقع التردد في عدة الزوج لانه ان مات المولى أولاً فعتقت نفق نكاحها بعثتها فوجب عليها عدة الحرائر بالوفاة وان مات الزوج أولاً وجب عليها حيضتان فيجمع بينهما احتياطاً ولو حاضت حيضتين بين موتيهما فعليها أر بعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض لانه ان مات المولى أولاً فعتقت نفق نكاحها فلما مات الزوج وجب عليها عدة الشهور وان مات الزوج أولاً ثم مات المولى بعد انقضاء العدة فيجب عليها ثلاث حيض فيجمع بين الشهور والحيض احتياطاً ولو اشترى الرجل زوجه وله منها ولد فاعتقها فعليها ثلاث حيض حيضتان من النكاح تجنب فيهما ما تجنب المنكوحه وحيضة من العتق لا تجنب فيها لانه لما اشترىها فقد فسد نكاحها وجبت عليها عدة فصارت معتدة في حق غيره وان لم تكن معتدة في حقه بدليل انه لا يجوز له أن يزوجهها فاذا اعتقها صارت معتدة في حقه وفي حق غيره لان المانع من كونها معتدة في حقه هو اباحتها وطؤها وقد زال ذلك بزوال ملك اليمين فزال المانع فظهر حكم العدة في حقه أيضاً فيجب عليها حيضتان من فساد النكاح وهما معتبران من الاعتاق أيضاً وعدة النكاح يجب فيها الاحداد وأما الحيضة الثالثة فاعلمت من العتق خاصة وعدة العتق لا احداد فيها فان كان طلقها قبل أن يشترىها تطليقة واحدة بائمة ثم اشترىها حل له وطؤها وكان لها أن تزين لان ملك اليمين سبب لحل الوطء في الاصل للمانع وماؤه لا يصلح مانعاً لوطئه فصارت كالوجود للنكاح فاذا حل له وطؤها سقط عنها الاحداد فان حاضت ثلاث حيض قبل العتق ثم اعتقها فلا عدة عليها من النكاح وتعتد في العتق ثلاث حيض لانه وان لم تكن معتدة في حقه بعد الشراء فهي معتدة في حق غيره بدليل انه لا يجوز له أن يزوجهها فاذا مضت الحيض بعد وجوب العدة بوجه من الوجوه تعتد بها فاذا اعتقها وجب عليها بالعتق عدة أخرى وهي عدة أم الولد ثلاث حيض واذا اشترى المكاتب زوجه ثم مات وترك وفاء فادت المكاتب فساد النكاح قبل الموت بلا فصل ووجب عليها العدة من فساد النكاح حيضتان اذا كانت لم تلد منه وقد دخل بها أو أفساد النكاح قبل موته بلا فصل فلان المكاتب اذا مات وترك وفاء أدى بحكم بعته في آخر جزء من أجزاء حياته واذا اعتق ملكها الآن فقد نكاحها وأما وجوب العدة عليها حيضتان فلانها بانت وهي أمة فان كانت ولدت فعليها تمام ثلاث حيض لانه أم ولد فيجب عليها حيضتان بالنكاح والعتق وحيضة بالعتق خاصة فان لم يترك وقبض ولم تلد منه فعليها شهران وخمسة أيام دخل بها أو لم يدخل بها اذا لم تكن ولدت منه لانه لما مات عاجزاً لم يفسد نكاحها لانه مات عبداً فلم يملكها فبات عن منكوخته وهي زوجته أمة فيجب عليها شهران وخمسة أيام عدة الامة في الوفاة ويستوى فيه الدخول وعدم الدخول لان العدة عدة الوفاة فان كانت ولدت منه سمعت وسعى ولدها على نجومه فان عجزت افعدها شهران وخمسة أيام لما بينا فان أديا عتقا وعتق المكاتب فان كان الاداء في العدة فعليها ثلاث حيض مستأنفة من يوم عتقا يستكمل فيها شهرين وخمسة أيام من يوم مات المكاتب لان الاصل ان المكاتب اذا ترك ولداً ولم يترك وفاء فاكسب الولد وأدى بحكم بعته المكاتب في الحال ويستند الى ما قبل الموت من طريق الحكم لانه اذا لم يترك وفاء فقد مات عاجزاً في الظاهر فلم يحكم بعته قبل موته مع العجز وانما يحكم عند الاداء فيحكم بعته للحال ثم يستند فيعتق بعته ويحب عليها الحيض بعد العتق بخلاف ما اذا ترك وفاء لانه اذا كان له مال فالدين وهو بدل الكتابة ينتقل من ذمته الى المال فينتج ظهور المعجز فاذا أدى بحكم بسقوط الدين الكتابة عنه وسلامته للمولى في آخر جزء من أجزاء حياته فيعتق في ذلك الوقت وعند زفر في الفصلين جميعاً بحكم بعته قبل الموت ويجعل الولد اذا أدى كالكسب اذا أدى عنه والمسئلة تعرف في موضع آخر فان أديا فاعتق بعد ما تقضت العدة بالشهرين وخمسة أيام فعليها ثلاث حيض مستقبلة لان عدة الوفاة

انقضت تجدد وجوب عدة أخرى بالعتق فكان عليها ان تعتد بها وذلك ان سماعه في نوادره عن محمد اذا اشترى المكاتب امر أنه وولده معها ومات وترك وقام من ديون له أو مال فعدتها ثلاث حيض في شهرين وخمسة أيام لاني لا أعلم يؤدي المال فيحكم بعقته أو يتوى فيحكم بعجزه فوجب الجمع بين العدتين ولو تزوج المكاتب بنت مولاه ثم مات المولى ومات المكاتب وترك وفاء فعلها أربعة أشهر وعشر دخل بها أو لم يدخل بها لان النكاح عندنا لا يفسد بموت المولى فاذا مات المكاتب عن منكوحته الحرة وجبت عليها عدة الحرائر وان لم يترك وفاء فعلها ثلاث حيض ان كان قد دخل بها وان لم يكن دخل بها فلا عدة عليها لانه مات عاجزاً فلم تكن قبل موته وانفسخ النكاح ووجبت عليها العدة بالفرقة في حال الحياة ان كان دخل بها والا فلا

(فصل) وأما أحكام العدة فمنها انه لا يجوز للاجنبي نكاح المعتدة لتوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله قيل أي لا تعزموا على عقد النكاح وقيل أي لا تعتدوا وعقد النكاح حتى ينقض ما كتب الله عليها من العدة ولان النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه وبعد الثلاث والباقي قائم من وجه حال قيام العدة لقيام بعض الآثار والثابت من وجه كالثابت من كل وجه في باب الحرمان اختياطاً ويجوز لصاحب العدة أن يتزوجها لان النهي عن التزوج للاجانب لا للزواج لان عدة الطلاق انما لمنها حقاً للزوج لكونها باقية على حكم نكاحه من وجه قائم يظهر في حق التحريم على الاجنبى لا على الزوج اذ لا يجوز أن يمنع حقه ومنها انه لا يجوز للاجنبي خطبة المعتدة صريحاً سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها أما المطلقة طلاقاً رجعياً فلا نهى لزوجها المطلق لقيام ملك النكاح من كل وجه فلا يجوز خطبتها كما لا يجوز قبل الطلاق وأما المطلقة ثلاثاً أو بائناً والمتوفى عنها زوجها فلان النكاح حال قيام العدة قائم من كل وجه لقيام بعض آثاره كالثابت من كل وجه في باب الحرمة ولان التصريح بالخطبة حال قيام النكاح من وجه وقوف موقف التهمة وترع حول الحمى وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم وقال صلى الله عليه وسلم من رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه فلا يجوز التصريح بالخطبة في العدة أصلاً وأما التمر يرض فلا يجوز أيضاً في عدة الطلاق ولا بأس به في عدة الوفاة والفرق بينهما من وجهين أحدهما انه لا يجوز للمعتدة من طلاق الخروج من منزلها أصلاً بالليل ولا بالنهار فلا يمكن التمر يرض على وجه لا يقف عليه الناس والاظهار بذلك بالحضور الى بيت زوجها قبيح وأما المتوفى عنها زوجها فيباح لها الخروج منها فممكن التمر يرض على وجه لا يقف عليه سواها والثاني أن تمر يرض المطلقة ككتاب عداوة وبغض فيما بينها وبين زوجها اذ العدة من حقه بدليل انه اذا لم يدخل بها لا تجب العدة ومعنى العداوة لا يتقدر بينها وبين الميت ولا بينها وبين ورثته أيضاً لان العدة في المتوفى عنها زوجها ليست لحق الزوج بدليل انها تجب قبل الدخول بها فلا يكون التمر يرض في هذه العدة تسبيها الى العداوة والبغض بينها وبين ورثة المتوفى فلم يكن بها بأس والاصل في جواز التمر يرض في عدة الوفاة قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء واختلف أهل التأويل في التمر يرض انه ما هو قال بعضهم هو أن يقول لها انك جميلة وأنى فيك لراغب وانك لتعجبيني أو أنى لا رجوع أن نجتمع أو ما أجوزك الى غيرك وانك لنا فعة وهذا غير سديد ولا يحل لاحد أن يشافه امرأة أجنبية لا يحل له نكاحها للحال بمثل هذه الكلمات لان بعضها صريح في الخطبة وبعضها صريح في اظهار الرغبة فلا يجوز شئ من ذلك وانما المرخص هو التمر يرض وهو أن يرى من نفسه الرغبة في نكاحها بدلالة في الكلام من غير تصريح به اذ التمر يرض في اللغة هو تضمين الكلام في الدلالة على شئ من غير التصريح به بالقول على ما ذكر في الخبر أن فاطمة بنت قيس لما استشارت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي معتدة فقال لها اذا انقضت عدتك فأذني في فاذنته في رجلين كانا خطبها فقال لها أما فلان فانه لا يرفع العصا عن عاتقه وأما فلان فانه ضعلوك لا مال له فهل لك في أسامة بن زيد فكان قوله صلى الله عليه وسلم أذني كناية خطاب الى ان أشار عليه الصلاة والسلام الى أسامة بن زيد

وصرح به وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال التمر يض بالخطبة أن يقول لها أريد أن أزواج امرأته من أمرها
 كذا وكذا يعرض لها بالقول والله عز وجل أعلم ومنها حرمة الخروج من البيت لبعض المعتدات دون بعض
 وجملة الكلام في هذا الحكم أن المعتدة لا يخلو ما أن تكون معتدة من نكاح صحيح وما أن تكون معتدة من نكاح
 فاسد ولا يخلو ما أن تكون حرة أو ما تكون أمة بالغة أو صغيرة عاقلة أو مجنونة مسلمة أو كتيبية مطلقة أو متوفى عنها
 زوجها والحال حال الاختيار أو حال الاضطرار فإن كانت معتدة من نكاح صحيح وهي حرة مطلقة بالغة عاقلة مسلمة
 والحال حال الاختيار فإنها لا تخرج ليلًا ولا نهارًا سواء كان الطلاق ثلاثًا أو بائنًا أو رجعيًا أما في الطلاق الرجعي
 فلقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل في تأويل قوله عز وجل إلا أن يأتين
 بفاحشة مبينة ألا أن تزي فتخرج لأقامة الحد عليها وقيل الفاحشة هي الخروج نفسه أي إلا أن يخرجن فيكون
 خروجهن فاحشة نهى الله تعالى الأزواج عن الإخراج والمعتدات عن الخروج وقوله تعالى أسكنوهن من حيث
 ينسكن والامر بالاسكان نهى عن الإخراج والخروج ولا سار وجهه بعد الطلاق الرجعي لقيام ملك النكاح من كل
 وجه فلا يباح لها الخروج كما قبل الطلاق إلا أن بعد الطلاق لا يباح لها الخروج وإن أذن لها بالخروج بخلاف
 ما قبل الطلاق لأن حرمة الخروج بعد الطلاق لمكان العدة وفي العدة حق الله تعالى فلا يملك إبطاله بخلاف ما قبل
 الطلاق لأن الحرمة ثمة لحق الزوج خاصة فبذلك إبطال حق نفسه بالأذن بالخروج ولأن الزوج يحتاج إلى تحصين
 مائه والمنع من الخروج طريق التحصين للماء لأن الخروج يرب الزوج أنه وطئها غيره فيشبهه النسب إذا جلت
 وأما في الطلاق الثلاث أو البائن فلعوم النهي ومساس الحاجة إلى تحصين الماء على ما بينا وأما المتوفى عنها زوجها
 فلا تخرج ليلًا ولا بأس بان تخرج نهارًا في حوائجها لا تحتاج إلى الخروج بالنهار لا كتساب ما تنفق لأنه لا نفقة لها
 من الزوج المتوفى بل نفقتها عليها فتحتاج إلى الخروج لتحصيل النفقة ولا تخرج بالليل لعدم الحاجة إلى الخروج بالليل
 بخلاف المطلقة فإن نفقتها على الزوج فلا تحتاج إلى الخروج حتى لو اختلفت بنفقة عدتها بعض مشايخنا قالوا يباح لها
 الخروج بالنهار لا كتساب لأنها معنى المتوفى عنها زوجها وبعضهم قالوا لا يباح لها الخروج لأنها التي أبطلت
 النفقة باختيارها والنفقة حق لها فتقدر على إبطاله فاما لزوم البيت فحق عليها فلا تملك إبطاله وإذا خرجت بالنهار في
 حوائجها لا تبين عن منزلها الذي تعتد فيه والأصل فيه ما روى أن فريمة أخت أبي سعيد الخدري رضي الله عنه
 لما قتل زوجها أتت النبي صلى الله عليه وسلم فاستأذنته في الانتقال إلى بني خدرة فقال لها المكي في بيتك حتى يبلغ
 الكتاب أجله وفي رواية لما استأذنت أذن لها ثم دعاها فقال أعيدى المسئلة فاعادت فقال لا حتى يبلغ الكتاب
 أجله أفادنا الحديث حكيمًا باحة الخروج بالنهار وحرمة الانتقال حيث لم ينكر خروجها ومنعها صلى الله عليه وسلم
 من الانتقال فدل على جواز الخروج بالنهار من غير انتقال وروى علقمة أن نسوة من همدان نعى اليهن أزواجهن
 فسألن ابن مسعود رضي الله عنه فقلن أنا نستوحش فأمرهن أن يجتمعن بالنهار فإذا كان بالليل فلتخرج كل امرأة إلى
 بيتها وروى عن محمد أنه قال لا بأس أن تنام عن بيتها أقل من نصف الليل لأن البيتوة في العرف عبارة عن السكن
 في البيت أكثر الليل فإدونه لا يسمى بيتوة في العرف ومنزلها الذي تؤمر بالسكون فيه للاعتداد هو الموضع الذي
 كانت تسكنه قبل مفارقة زوجها وقبل موته سواء كان الزوج ساكنًا فيه أو لم يكن لأن الله تعالى أضاف البيت إليها
 بقوله عز وجل ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف إليها هو الذي تسكنه ولهذا قال أصحابنا إنها إذا زارت أهلها
 فطلقتها زوجها كان عليها أن تعود إلى منزلها الذي كانت تسكن فيه فتعتد ثمة لأن ذلك هو الموضع الذي يضاف إليها
 وإن كانت هي في غيره وهذا في حالة الاختيار أو ما في حالة الضرورة فإن اضطرت إلى الخروج من بيتها بأن خافت
 سقوط منزلها أو خافت على متاعها أو كان المنزل باجرة ولا تجد ما تؤديه في أجرته في عدة الوفا فلا بأس عند ذلك أن
 تنتقل وإن كانت تقدر على الاجرة لا تنتقل وإن كان المنزل لزومًا وقدمات عنها فلها أن تسكن في نصيبها إن كان

نصيبها من ذلك ما اكتفى به في السكني وتستتر عن سائر الورثة ممن ليس بمحرم لها وان كان نصيبها لا يكفيها أو خافت على متاعها منهم فلا بأس أن تنتقل وانما كان كذلك لان السكني وجبت بطريق العبادة حق الله تعالى عليها والعبادات تسقط بالاعذار وقد روي انه لما قتل عمر رضي الله عنه قتل على رضي الله عنه أم كلثوم رضي الله عنها لانها كانت في دار الاجارة وقد روي أن عائشة رضي الله عنها نقلت أختها أم كلثوم بنت أبي بكر رضي الله عنه لما قتل طلحة رضي الله عنه فدل ذلك على جواز الانتقال للعذر وإذا كانت تقدر على أجره البيت في عدة الوفاة فلا عذر فلا تسقط عنها العبادة كالتيمم إذا قدر على شراء الماء بان وجد ثمنه وجب عليه الشراء وان لم يقدر لا يجب لعذر العدم كذا هيئنا وإذا انتقلت لعذر يكون سكناها في البيت الذي انتقلت اليه بمنزلة كونها في المنزل الذي انتقلت منه في حرمة الخروج عنه لان الانتقال من الاول اليه كان لعذر فصار المنزل الذي انتقلت اليه كأنه منزلها من الاصل فلزمها المقام فيه حتى تنقضي العدة وكذا ليس للمعتدة من طلاق ثلاث أو بان أن تخرج من منزلها الذي تعتد فيه الى سفر إذا كانت معتدة من نكاح صحيح وهي على الصفات التي ذكرناها ولا يجوز للزوج أن يسافر بها أيضا لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن وقوله عز وجل هن كناية عن المعتدات ولان الزوجية قد زالت الثلاث والبان فلا يجوز له المسافرة بها وكذا المعتدة من طلاق رجعي ليس لها أن تخرج الى سفر سواء كان سفر بيع فريضة أو غير ذلك لا مع زوجها ولا مع محرم غيره حتى تنقضي عدتها أو يراجعها العموم قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن من غير فصل بين خروج وخروج ولما ذكرنا ان الزوجية قائمة لان ملك النكاح قائم فلا يباح لها الخروج لان العدة لما منعت أصل الخروج فلان تمنع من خروج مديد وهو الخروج الى السفر أولى وانما استوى فيه سفر الحج وغيره وان كان حج الاسلام فرضا لان المقام في منزلها واجب لا يمكن تداركه بعد انقضاء العدة وسفر الحج واجب يمكن تداركه بعد انقضاء العدة لان جميع العمر وقته فكان تقديم واجب لا يمكن تداركه بعد الفوت جمعا بين الواجبين فكان أولى وليس لزوجها أن يسافر بها عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر له ذلك واختلف مشايخنا في تخريج قول زفر قال بعضهم انما قال ذلك لانه قد ثبت من أصل أصحابنا ان الطلاق الرجعي عدم في حق الحكم قبل انقضاء العدة فكان الحال قبل الرجعة وبعدها سواء وقال بعضهم انما قال ذلك لان المسافرة بها رجعة عنده دلالة ووجه ان اخراج المعتدة من بيت العدة حرام فلو لم يكن من قصده الرجعة لم يضر بها ظاهرا تخرعا عن الحرام فيجعل المسافرة بها رجعة دلالة لحلال امره على الصلاح صيانة لعن ارتكاب الحرام ولهذا جعلنا القبله واللمس عن شهوة رجعة كذا هذا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة نهى الا زواج عن الاخراج والنساء عن الخروج وبه تبين فساد التخريج الاول لان نص الكتاب العزيز يقتضي حرمة اخراج المعتدة وان كان ملك النكاح قائما في الطلاق الرجعي فيترك القياس في مقابلة النص واليه أشار أبو حنيفة فيما روي عنه انه قال لا يسافر بها ليس من قبل انه غير زوج وهو زوج وهو بمنزلة المحرم لكن الله تعالى قال ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن وأما التخريج الثاني وهو قولهم ان مسافرة الزوج به دلالة الرجعة فممنوع وما ذكروا أن الظاهر انه يريد الرجعة تحسرا عن الحرام فذلك فيما كان النهي في التحريم ظاهرا فاما فيما كان خفيا فلا وحرمة اخراج المعتدة عن طلاق رجعي مع قيام ملك النكاح من كل وجه مما لا يخفى عن الفقهاء فضلا عن العوام فلا يثبت الامتناع عنه من طريق الدلالة مع ما ان الخلاف ثابت فيما إذا كان الزوج يقول انه لا يراجعها نصا ولا معتبرا بالدلالة مع التصريح بخلافها وإذا لم تكن المسافرة به دلالة الرجعة فلو أخرجها لا يخرجها مع قيام العدة وهذا حرام بالنص وقد قالوا فممن خرجت محرمة فطلقها الزوج وبينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام انها ترجع وتصير بمنزلة المحصر لها بصارت ممنوعة من المضي في حجبها لكان العدة قائما إذا راجعها الزوج فقد بطلت العدة وعادت الزوجية فجاز له السفر بها ويستوى الجواب في حرمة الخروج والاخراج الى السفر وما دون ذلك للعموم النهي الا ان النهي

عن الخرج والاخراج الى مادون السفر أخف لخفة الخرج والاخراج في نفسه واذا خرج مع اسر أنه مسافرا فطلقه في بعض الطريق أو مات عنها فان كان بينها وبين مصرها الذي خرجت منه اقل من ثلاثة ايام وبينها وبين مقصدها ثلاثة ايام فصاعدا رجعت الى مصرها لانها لم مضت لاحتاجت الى انشاء سفر وهي معتدة ولو رجعت ما احتاجت الى ذلك فكان الرجوع أولى كما اذا طلقت في المصر خارج بيتها انما تعود الى بيتها كذا هذا وان كان بينها وبين مصرها ثلاثة ايام فصاعدا وبينها وبين مقصدها اقل من ثلاثة ايام فانها تمضي لانه ليس في المضي انشاء سفر وفي الرجوع انشاء سفر والمعتدة ممنوعة عن السفر وسواء كان الطلاق في موضع لا يصلح للاقامة كالغزاة ونحوها أو في موضع يصلح لها كالمصر ونحوها وان كان بينها وبين مصرها ثلاثة ايام وبينها وبين مقصدها ثلاثة ايام فصاعدا فان كان الطلاق في الغزاة أو في موضع لا يصلح للاقامة بان خافت على نفسها أو متاعها فهي بالخيار ان شاءت مضت وان شاءت رجعت لانه ليس أحدهما بأولى من الآخر سواء كان معها محرم أو لم يكن واذا عادت أو مضت فبلغت أدنى المواضع فهي بالخيار ان شاءت مضت وان شاءت رجعت الى التي تصلح للاقامة في مضيتها أو رجوعها أقامت فيه واعتدت ان لم تجد محرما بلا خلاف وان وجدت فكذلك عند أدنى حنيفة لانه لو وجد الطلاق فيه ابتداء لكان لا يجوز زهنا ان تتجاوز عنه وان وجدت محرما فكذا اذا وصلت اليه وان كان الطلاق في المصر أو في موضع يصلح للاقامة اختلف فيه قال أبو حنيفة تقيم فيه حتى تنقضي عدتها ولا تخرج بعدها نقضاء عدتها الا مع محرم حجا كان أو غيره وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معها محرم مضت على سفرها (وجه) قولهما ان حرمة الخرج ليست لاجل العدة بل لمكان السفر بدليل انه يباح لها الخرج اذا لم يكن بين مقصدها ومنزلها مسيرة ثلاثة ايام ومعلوم ان الحرمة الثابتة للعدة لا تختلف بالسفر وغير السفر واذا كانت الحرمة لمكان السفر تسقط بوجود المحرم ولا يبي حنيفة ان العدة مانعة من الخرج والسفر في الاصل الا ان الخرج الى مادون السفر ههنا سقط اعتباره لانه ليس بخروج مبتدأ بل هو خرج مبنى على الخرج الاول فلا يكون له حكم نفسه بخلاف الخرج من بيت الزوج لانه خرج مبتدأ فاذا كان من الجانبين جميعا مسيرة سفر كانت منشئة للخرج باعتبار السفر فيتناول التحريم وما حرم لاجل العدة لا يسقط بوجود المحرم (وأما) المعتدة في النكاح الفاسد فلها ان تخرج لان أحكام العدة مرتبة على أحكام النكاح بل هي أحكام النكاح السابق في الحقيقة بقيت بعد الطلاق والوفاة والنكاح الفاسد لا يفيد المنع من الخرج فكذا العدة الا اذا منعها الزوج لتحصيل مائه فله ذلك وأما الامة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة على أصل أبي حنيفة فيخرجن في ذلك كله من الطلاق والوفاة أما الامة فلما ذكرنا ان حال العدة مبنية على حال النكاح ولا يلزمها المقام في منزل وجهها في حال النكاح كذا في حال العدة ولان خدمتها حق المولى فلمنعها من الخرج لا بطلان حق المولى في الخدمة من غير رضاه وهذا لا يجوز الا اذا بواها مولاها منزلا فحينئذ لا تخرج ما ذامت على ذلك لانه رضى بسقوط حق نفسه وان أراد المولى أن يخرجها فله ذلك لان الخدمة للمولى وانما كان أعارها للزوج وللمعير ان يسترد العارية ولما ذكرنا ان حال العدة معتبرة بحال النكاح مرتبة عليها ولو بواها المولى في حال النكاح كان للزوج أن يمنعها من الخرج حتى يبدو للمولى فكذا في حال العدة وروى ابن سبيعة عن محمد في الامة اذا طلقها زوجها وكان المولى مستغنيا عن خدمتها فلها ان تخرج وان لم يأمرها لانه قال اذا جازها ان تخرج باذنه جازها ان تخرج بكل وجه ألا ترى ان حرمة الخرج لحق الله تعالى فولزمتها لم يسقط باذنه وكذلك المدبرة لما قلنا وكذلك أم الولد اذا طلقها زوجها أو مات عنها لانه أم المولى وكذا اذا عتقت أو مات عنها سيدها فلها ان تخرج لان عدتها عدة وطء فكانت كالنكاح نكاحا فاسدا وأما المكاتبة فلان سعاتها حق المولى اذ بها يصل المولى الى حقه فلمنعها من الخرج لا تعدرت عليها السعاية والمعيق بعضها بمنزلة المكاتبة عند أبي حنيفة وعندهما جارة ولو أعتقت الامة في العدة يلزمها فيما بقي من عدها ما يلزم الحر لان المانع من

الخروج قد زال وأما الصغيرة فلها أن تخرج من منزلها إذا كانت الفرقة لا رجسة فيها سواء أذن الزوج لها أو لم يأذن لأن وجوب السكنى في البيت على المعتدة لحق الله تعالى وحق الزوج وحق الله عز وجل لا يجب على الصبي وحق الزوج في حفظ الولد ولا ولد منها وإن كانت الفرقة رجعية فلا يجوز لها الخروج بغير إذن الزوج لأنها زوجته وله أن يأذن لها بالخروج وكذا المجنونة لها أن تخرج من منزلها لأنها غير مخاطبة بالصغيرة إلا أن زوجها إن يمنعهما من الخروج لتحصين مائه بخلاف الصغيرة فإن الزوج لا يملك منعها لأن المنع في حق المجنونة لصيانة المأثم لا احتمال الحمل والصغيرة لا تحبل والمنع من الطلاق الرجعي لكونها زوجته وأما الكتائية فلها أن تخرج لأن السكنى في العدة حق الله تعالى من وجه فتكون عبادة من هذا الوجه والكفار لا مخاطبون بشرائع هي عبادات إلا إذا منعهما الزوج من الخروج لتحصين مائه لأن الخروج حق في العدة وهو صيانة مائه عن الاختلاط فإن أسلمت الكتائية في العدة لم ينفى ما بقي من العدة ما يلزم المسلمة لأن المانع من اللزوم هو الكفر وقد زال بالإسلام وكذا المجوسية إذا أسلم زوجها وأبى الإسلام حتى وقعت الفرقة وجبت العدة فإن كان الزوج قد دخل بها فلها أن تخرج لما قلنا إلا إذا أراد الزوج منعها من الخروج لتحصين مائه فاذا طلب منها ذلك يلزمها لأن حق الإنسان يجب إبقاؤه عند طلبه ولو قبلت المسلمة ابن زوجها حتى وقعت الفرقة وجبت العدة إذا كان بعد الدخول فليس لها أن تخرج من منزلها لأن السكنى في العدة فيها حق الله تعالى وهي مخاطبة بحقوق الله عز وجل وأما بعد انقضاء العدة فلها أن تخرج إلى ما دون مسيرة سفر بلا محرم لأنها محتجة إلى ذلك فلو شرط له المحرم لضيق الأمر عليها وهذا لا يجوز ولها أن تخرج إلى مسيرة سفر المأمع المحرم والأصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام إلا ومعها زوجها أو ذو رحم محرّم منها وسواء كان المحرم من النسب أو الرضاع أو المصاهرة لأن النص وإن ورد في ذى الرحم المحرم فالقصد هو المحرمية وهو حرمة المناكحة بينهما على التأبيد وقد وجد فكان النص الوارد في ذى الرحم المحرم وإردا في المحرم بلا رحم دلالة ومنها وجوب الأحاديث على المعتدة والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع أحدها في تفسير الأحاديث والثاني في بيان أن الأحاديث واجب في الجملة أولا والثالث في بيان شرائط وجوبه أما الأول فالأحاديث في اللغة عبارة عن الامتناع من الزينة يقال أحدثت على زوجها وحدثت أي امتنعت من الزينة وهو أن تجتنب الطيب ولبس المطيب والمعصفر والمزعر وتجنب الدهن والكحل ولا تختضب ولا تمشط ولا تلبس حلما ولا تشبوف أما الطيب فلما روت أم سلمة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال صلى الله عليه وسلم اختاطب فيدل على وجوب اجتناب الطيب ولأن الطيب فوق الحناء فالنهي عن الحناء يكون نهيا عن الطيب دلالة كالنهي عن التأفيف نهى عن الضرب والقتل دلالة وكذا لبس الثوب المطيب والمصبوغ بالعصفر والزعفران له راحة طيبة فكان كالطيب وأما الدهن فلما فيه من زينة الشعر وفي الكحل زينة العين ولهذا حرم على المحرم جميع ذلك وهذا في حال الاختيار فإما في حال الضرورة فلا بأس به بأن اشتكت عينها فلا بأس بأن تستحل أو اشتكت رأسها فلا بأس أن تصب فيه الدهن أو لم يكن لها إلا ثوب مصبوغ فلا بأس أن تلبسه لكن لا تقصده الزينة لأن مواضع الضرورة مستثناة وقال أبو يوسف لا بأس أن تلبس القصب والخز الأحمر وذكر في الأصل وقال ولا تلبس قصباً ولا خزاً تنزين به لأن الخز والقصب قد يلبس للزينة وقد يلبس للحاجة والرفاء فاعتبر فيه القصد فإن قصده الزينة لم يجز وإن لم يقصده جاز وأما الثاني وهو بيان أنه واجب أم لا فنقول لا خلاف بين الفقهاء أن المتوفى عنها زوجها يلزمها الأحاديث وقال قنافة القياس لأحاديث عليها وهم محجوجون بالأحاديث واجماع الصحابة رضي الله عنهم أما الأحاديث فمنها ما روى أن أم حبيسة رضي الله عنها لما بلغها موت أبيها أبي سفيان انتظرت ثلاثة أيام ثم دعت طبيباً وقالت مالي إلى الطبيب من حاجة لكن سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً وروى

ان امر أقات ز وجها فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الانتقال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان احدا كن كانت تمكث في شرا حلا سها الى الحول ثم تخرج فتلقى البعرة أفلا أزعجك عشرة أشهر وعشر اقل الحديث ان عدتهن من قبل نزول هذه الآية كانت حولا وانهن كن في شرا حلا سهن مدة الحول ثم اتسخ ما زاد على هذه المدة وبقى الحكم فيما بقي على ما كان قبل النسخ وهوان تمكث المعتدة هذه المدة في شرا حلا سها وهذا تفسير الحداد وأما الاجماع فانه روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم منهم عبد الله بن عمر وعائشة وأم سلمة وغيرهم رضى الله عنهم مثل قولنا وهو قول السلف واختلف في المطلقة ثلاثا أو بائنا قال أصحابنا يلزمها الحداد وقال الشافعي لا يلزمها الحداد وجه قوله ان الحداد في المنصوص عليه انما وجب لحق الزوج تأسفا على ما فات من حسن العشرة وادامة الصحبة الى وقت الموت وهذا المعنى لم يوجد في المطلقة لان الزوج أوحشها بالفرقة وقطع الوصلة باختيار ولم يمت عنها فلا يلزمها التأسف ولنا ان الحداد انما وجب على المتوفى عنها زوجها القوات النكاح الذي هو نعمة في الدين خاصة في حقها لما فيه من قضاء شهوتها وعفتها عن الحرام وصيانة نفسها عن الهلاك بدور النفقة وقد اتفقنا على ذلك كله بالموت فلزمها الاحداد اظهارا للمصيبة والحزن وقد وجد هذا المعنى في المطلقة الثلاث والمبانة فيلزمها الاحداد وقوله الاحداد في عدة الوفاة وجب لحق الزوج لا يستقيم لانه لو كان لحق الزوج لما زاد على ثلاثة أيام كما في موت الاب وأما الثالث في شرائط وجوبه فهي أن تكون المعتدة بلغة عاقلة مسلمة من نكاح صحيح سواء كانت متوفى عنها زوجها أو مطلقة ثلاثا أو بائنا فلا يجب على الصغيرة والمجنونة الكبيرة والكتيبة والمعتدة من نكاح فاسد والمطلقة طلاقا رجعيا وهذا عندنا وقال الشافعي يجب على الصغيرة والكتيبة وجه قوله ان الحداد من أحكام العدة وقد لزمنا العدة فيلزمها حكمها ولنا ان الحداد عبادة بدنية فلا تجب على الصغيرة والكافرة كسائر العبادات البدنية من الصوم والصلاة وغيرهما بخلاف العدة فانها اسم لمضى زمان وهذا يختلف بالاسلام والكفر والصغر والكبر على أن بعض أصحابنا قالوا لا تجب عليهما العدة وانما يجب عليتنا أن لا نتر وجههما ولا احدادا على أم الولد اذا اعتقها مولاها ومات عنها لانها تعتد من الوطء كالمسكوبة نكاحا فاسدا ولا احدادا على المعتدة من نكاح فاسد فكذا عليها ولا احدادا على المطلقة طلاقا رجعيا لانه يجب اظهارا للمصيبة على فوت نعمة النكاح والنكاح بعد الطلاق الرجعي غير فائت بل هو قائم من كل وجه فلا يجب الحداد بل يستحب لها أن تترين لتحسن في عين الزوج فيراجعها ولا احدادا في النكاح الفاسد لان النكاح الفاسد ليس بنعمة في الدين لانه معصية ومن المحال ايجاب اظهار المصيبة على فوات المعصية بل الواجب اظهار السرور والفرح على فواتها وأما الحرية فليست بشرط لوجوب الاحداد فيجب على الامة والمديرة وأم الولد اذا كان لها زوج فمات عنها أو طلقها والمكاتب والمستسعاة لان ما وجب له الحداد لا يختلف بالرق والحرية فكانت الامة فيه كالحرة والله أعلم ومنها وجوب النفقة والسكنى وهو مؤنة السكنى لبعض المعتدات دون بعض وجملة الكلام ان المعتدة اما ان كانت عن طلاق أو عن فرقة بغير طلاق واما ان كانت عن وفاة ولا يخلو من أن تكون معتدة من نكاح صحيح أو فاسدا وما هو في معنى النكاح الفاسد فان كانت معتدة من نكاح صحيح عن طلاق فان كان الطلاق رجعيا فلها النفقة والسكنى بلا خلاف لان ملك النكاح قائم فكان الحال بعد الطلاق كالحال قبله ولما ذكر من دلائل أخر وان كان الطلاق ثلاثا أو بائنا فلها النفقة والسكنى ان كانت حاملا بالاجماع لقوله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يوضعن حملهن وان كانت حائلا فلها النفقة والسكنى عند أصحابنا وقال الشافعي لها السكنى ولا نفقة لها وقال ابن أبي ليلى لا نفقة لها ولا سكنى واحتج بقوله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يوضعن حملهن خص الحامل بالامر بالاتفاق عليها فلو وجب الاتفاق على غير الحامل لبطل التخصيص وروى عن فاطمة بنت قيس انها قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل لي النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى ولان النفقة تجب بالملك وقد زال الملك بالثلاث والبائن الا أن الشافعي يقول عرفت وجوب السكنى في الحامل بالنص بخلاف البائن ولنا قوله تعالى أسكنوهن من

حيث سكتكم من وجدكم وفي قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أسكنوهن من حيث سكتكم وأفقوا عليهن من وجدكم ولا اختلاف بين القراءتين لكن احدهما تفسير الاخرى كقوله عز وجل والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وقراءة ابن مسعود رضي الله عنه أيماهما وليس ذلك اختلاف القراءة بل قراءته تفسير القراءة الظاهرة كذا هذا ولان الامر بالاسكان أمر بالاتفاق لانها اذا كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج لا تقدر على اكتساب النفقة فلولا تمكن نفقة تعالى الزوج ولا مال لها هلكت أو ضاقت الامر عليها وعسر وهذا لا يجوز وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق بما آتاه الله من غير فصل بين ما قبل الطلاق وبعده في العدة ولان النفقة إنما وجبت قبل الطلاق لكونها بحبوسة عن الخروج والبر وزلق الزوج وقد بقي ذلك الاحتباس بعد الطلاق في حالة العدة وتأبدا بنضمام حق الشرع اليه لان الحبس قبل الطلاق كان حقا للزوج على الخلوص وبعد الطلاق تعلق به حق الشرع حتى لا يباح لها الخروج وان أذن الزوج لها بالخروج فلما وجبت به النفقة قبل التأكد فلان يجب بمدا التأكيد وأما الآية ففيها أمر بالاتفاق على الحامل وانه لا ينفى وجوب الاتفاق على غير الحامل ولا يوجبها أيضا فيكون مسكوبا موقوفا على قيام الدليل وقد قام دليل الوجوب وهو ما ذكرنا وأما حديث فاطمة بنت قيس فقد رده عمر رضي الله عنه فانه روى انها لما روت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة قال عمر رضي الله عنه لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا يقول امرأة لعلي بن أبي طالب أم كذبت وفي بعض الروايات قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا وتأخذ بقول امرأة لعلي بن أبي طالب أم كذبت وفي بعض الروايات يقول لها السكنى والنفقة وقول عمر رضي الله عنه لا ندع كتاب ربنا يحتمل انه أراد به قوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكتكم وأفقوا عليهن من وجدكم كما هو قراءة ابن مسعود رضي الله عنه ويكون هذا قراءة عمر أيضا ويحتمل انه أراد قوله عز وجل لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق بما آتاه الله مطلقا ويحتمل انه أراد بقوله لا ندع كتاب ربنا في السكنى خاصة وهو قوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكتكم كما هو القراءة الظاهرة وأراد بقوله رضي الله عنه سنة نبينا ما روى عنه رضي الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها النفقة والسكنى ويحتمل أن يكون عند عمر رضي الله عنه في هذا تلاوة رفعت عينها وبقي حكمها فاراد بقوله لا ندع كتاب ربنا تلك الآية كما روى عنه انه قال في باب الزنا كنا نتلوا في سورة الاحزاب الشيخ والشيخة اذ اذنيا فارجوها نكالا من الله والله عز يزحكيم ثم رفعت التلاوة وبقي حكمها كذا هو ما روى ان زوجها أسامة بن زيد كان اذا سمعها تحدث بذلك حصبها بكل شيء في يده وروى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت لها لقد فتنت الناس بهذا الحديث وأقل أحوال انكار الصحابة على راوى الحديث أن يوجب طعنا فيه ثم قد قيل في تأويله انها كانت تبذو على احماها أي تحش عليهم باللسان من قولهم بذوت على فلان أي فحشت عليه أي كانت تطيل لسانها عليهم بالقحش فنقلها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى لانها صارت كالناشرة اذ كان سبب الخروج منها وهكذا قول فمين خرجت من بيت زوجها في عديتها أو كان منها سبب أو جب الخروج انها لا تستحق النفقة مادامت في بيت غير الزوج وقيل ان زوجها كان غائبا فلم يقض لها بالنفقة والسكنى على الزوج لغيبته اذ لا يجوز القضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر فان قيل روى ان زوجها خرج الى الشام وقد كان وكل أخاه فالجواب أنه انما وكله بطلاقها ولم يوكله بالخصوصة وقوله ان النفقة تجب لها بمعاية الملك ممنوع فان للملك ضمنا آخر وهو المهر على ما ذكرنا شاء الله تعالى وانما تجب بالاحتباس وقد بقي بعد الطلاق الثلاث والباقي فبقى النفقة وسواء كانت المعتدة عن طلاق كبيرة أو صغيرة مسامة أو كناية لان ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل ولا نفقة ولا سكنى للامة المعتدة عن طلاق اذ الميمونها المولى يتلانا اذ الميمونها المولى يتلانا حق الحبس لم يثبت للزوج الا ترى ان لها أن تخرج فان كان المولى قد بوأها بيتا قلها السكنى والنفقة لثبوت حق الحبس للزوج وكذلك

المدبرة وأم الولد اذ اطلقهما وبأهما المولى بيتاً ولم يبوئهما لان كل واحدة منهما أمة وكذا المكاتب والمستسماة
 على أصل أبي حنيفة وان اعتقت أم الولد أو مات عنها مولاها فلا نفقة لها ولا سكنى لانها غير محبة وسنة الأثرى ان لها
 أن تخرج فلا تجب لها النفقة والعكنى كالمعتدة من نكاح فاسد لان عدتها كعدة المنكوحه نكاحاً فاسداً هذا
 اذا كانت معتدة عن طلاق من نكاح صحيح فان كانت معتدة من نكاح فاسد فلا سكنى لها ولا نفقة لما ذكرنا
 ان حال العدة معتبرة بحال النكاح ولا سكنى ولا نفقة في النكاح الفاسد فكذا في العدة منه هذا اذا كانت معتدة
 عن طلاق فان كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق من نكاح صحيح فان كانت الفرقة من قبله فلها النفقة والسكنى
 كيفما كانت الفرقة وان كانت من قبلها فان كانت بسبب ليس بمعصية كالأمة اذا اعتقت فاختارت نفسها
 وامرأة العنين اذا اختارت الفرقة فلها السكنى والنفقة وان كانت بسبب هو معصية كالمسلمة قبلت ابن زوجها
 بشهوة قالوا لا نفقة لها ولها السكنى لان السكنى فيها حق الله تعالى وهي مسلمة بخاطبة بحقوق الله تعالى وأما النفقة
 فتجب حتماً لها على الخلوص فاذا وقعت الفرقة من قبلها بغير حق فقد أبطلت حق نفسها بخلاف المعتدة وامرأة العنين
 لان الفرقة وقعت من قبلها بحق فلا تسقط النفقة هذا اذا كانت معتدة عن طلاق أو عن فرقة بغير طلاق فان كانت
 معتدة عن وفاة فلا سكنى لها ولا نفقة في مال الزوج سواء كانت حائلاً أو حاملاً فان النفقة في باب النكاح لا تجب
 بعقد النكاح دفعة واحدة كالمهر وانما تجب شيئاً فشيئاً على حسب مرور الزمان فاذا مات الزوج اقل ملك أمواله
 الى الورثة فلا يجوز ان تجب النفقة والسكنى في مال الورثة وسواء كانت حرة أو أمة وكبيرة أو صغيرة مسلمة أو كفاية
 لان الحرية المسلمة الكبيرة لم تستحق النفقة والسكنى في عدة الوفاة فهو لأولى وكذا المعتدة من نكاح فاسد في
 الوفاة لا سكنى لها ولا نفقة لانها لا يستحقان بالنكاح الصحيح في هذه العدة فبالنكاح الفاسد أولى والله أعلم
 ومنها ثبوت النسب اذا جاءت بولد والكلام في هذا الموضوع في موضعين في الاصل أحدهما في بيان ما ثبت فيه
 نسب ولد المعتدة من المدة والثاني في بيان ما ثبت به نسبه من الحجة أى يظهر به أما الاول فالاصل فيه ان أقل مدة
 الحمل ستة أشهر لقوله عز وجل وحمله وفصاله ثلاثون شهراً اجعل الله تعالى ثلاثين شهراً مدة الحمل والفصال جميعاً ثم
 جعل سبحانه وتعالى الفصال وهو القطام في عامين بقوله تعالى وفصاله في عامين فيبقى للحمل ستة أشهر وهذا
 الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما فانه روى ان رجلاً تزوج امرأة فجاءت بولد لسته أشهر فهم
 عثمان رضي الله عنه برجمها فقال ابن عباس رضي الله عنهما امانه لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى
 وحمله وفصاله ثلاثون شهراً وقال سبحانه وفصاله في عامين أشار الى ما ذكرنا فدل ان أقل مدة الحمل ستة أشهر
 وأكثرها سنتان عندنا وعند الشافعي أربع سنين وهو مخجوج بحديث عائشة رضي الله عنها انها قالت لا يبقى الولد
 في رحم أمه أكثر من سنتين ولو فلكه مغزل والظاهر انها قالت ذلك سماعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان
 هذا باب لا يدرك بالرأى والاجتهاد ولا يظن بها انها قالت ذلك جزافاً وتخميناً فتعين السماع واصل آخر ان كل مطلقة
 لم تلزمها العدة بان لم تكن مدخولاً بها فتنسب ولدها لا يثبت من الزوج الا اذا علم يقيناً انه منه وهو ان تجب به لا قل من
 ستة أشهر وكل مطلقة عليها العدة فنسب ولدها يثبت من الزوج الا اذا علم يقيناً انه ليس منه وهو ان تجب به لا أكثر
 من سنتين وانما كان كذلك لان الطلاق قبل الدخول يوجب انقطاع النكاح بجميع علاقته فكان النكاح من
 كل وجه زائلاً يتيقن وما زال يتيقن لا يثبت الا يتيقن مثله فلذا جاءت بولد لا قل من ستة أشهر من يوم الطلاق فقد
 تيقنا ان العلوق وجد في حال الفراش وانه وطئها وهي حامل منه اذ لا يحتمل ان يكون بوطء بعد الطلاق لان المرأة
 لا تلد لا قل من ستة أشهر فكان من وطء وجد على فراش الزوج وكون العلوق في فراشه يوجب ثبوت النسب منه
 فاذا جاءت بولد لسته أشهر فصاعداً لم يستيقن بكونه مولوداً على الفراش لاحتمال ان يكون بوطء بعد الطلاق
 والفراش كان زائلاً يتيقن فلا يثبت مع الشك وعلى هذا يخرج ما اذا طلق امرأته قبل الدخول بها فجاءت بولد لا قل

من ستة أشهر مذلتها انه يلزمه لثبوتنا بعلاقه حال قيام النكاح واذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لعدم التيقن بذلك ويستوى في هذا الحكم ذوات الاقراء وذوات الاشهر لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا قال كل امرأة أن زوجها في طالق فتر وج امرأة فطلقت فجاءت بولدها ان جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح يثبت النسب لانها اذا جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح كان لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق لان الطلاق يقع عقيب النكاح لان الخالف أوقعه كذلك ألا ترى انه قال في طالق والفاء للعقيب بلا تراخي وقال زفر لا يثبت النسب وروى ان محمدا كان يقول مثل قوله ثم رجع وجه قول زفر ان اثبات النسب بمقدامكان بوطء ولم يوجد اذ ليس بين النكاح والطلاق زمان يسع فيه الوطء بل كما وجد النكاح وقع الطلاق عقيبه بلا فصل فلا يتصور الوطء فلا يثبت النسب وانا نقول يمكن تصوره بان كان يخالط امرأة فدخل الرجل عليه فتر وجهاهم يسمعون كلامه وأنزل من ساعته واذا تصور الوطء فالنكاح قائم مقام الوطء المنزل عند تصوره شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وان جاءت لا قبل من ستة أشهر من وقت النكاح لا يثبت النسب لانا علمنا يقينا انه لو طء وجد قبل النكاح ثم اذا جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح حتى يثبت النسب يجب على الزوج مهر كامل كذا ذكر في ظاهر الرواية لانها صارت في حكم المدخول بها وذكر أبو يوسف في الامالي ان القياس ان يجب عليه مهر ونصف مهر نصف مهر بالطلاق قبل الدخول ومهر كامل بالدخول ووجهه ان يجعل الطلاق واقعا كما تزوج فيجب نصف مهر لوجود الطلاق قبل الدخول ثم يجعل واجبا بعد الدخول بناء على ان عنده ان الطلاق غير واقع لانه يرى ان تعليق النكاح بالملك لا يصلح كما هو مذهب الشافعي فيجب المهر بهذا الوطء ويثبت النسب لان المسئلة يجتهد فيها فلا يكون فعله زنا الا ان أباحنيفه امتحس وقال لا يجب الامهر واحد لانها كالدخول بها من طريق الحكم فيأكد المهر وان طلقها بعد الدخول بها فجاءت بولد فحمل الكلام في المعتدة ان يقال المعتدة لا يخلو اما ان كانت معتدة عن طلاق أو غيره من أسباب الفرقة واما ان كانت معتدة من وفاة وكل واحدة منهما لا يخلو من ان تكون من ذوات الاقراء أو من ذوات الاشهر كانت أقرت بانقضاء العدة أو لم تقرر فان كانت معتدة عن طلاق فالطلاق لا يخلو اما ان يكون باثنا واما ان يكون رجعي فان كان باثنا وهي من ذوات الاقراء ولم تكن أقرت بانقضاء العدة فجاءت بولد فان جاءت به الى سنتين عند الطلاق لزمه لانه لا يحتمل ان يكون العلوق من وطء حادث بعد الطلاق ويحتمل ان يكون من وطء وجد في حال قيام النكاح وكانت حاملا وقت الطلاق لان الولد يبقى في البطن الى سنتين بالاتفاق وهذا ظهر الاحتمالين اذ الظاهر من حال المسلمة أن لا تنزج في العدة وحمل امور المسلمين على الصلاح والسداد واجب ما أمكن فيحمل عليه أو نقول النكاح كان قائما يتيقن والفراس كان ناجيا يتيقن لقيام النكاح والثابت يتيقن لا يزول الا يتيقن مثله فاذا كان احتمال العلوق على الفرش قائما لم نستيقن بانقضاء العدة وزوال النكاح من كل وجه فلم نستيقن بزوال الفرش فلا نحكم بالزوال بالشك وان جاءت به لا أكثر من سنتين لم يلزمه ان أنكره لاننا نتيقن انه ليس منه لان الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فلا يثبت نسبه منه ما لم يدع اذا ادعى ثبت النسب منه وهل يشترط تصديقها فيه روايتان واختلف في انقضاء عدتها قال أبو حنيفة ومحمد يحكم بانقضائها قبل الولادة بستة أشهر وترد ما أخذت من نفقة هذه المدة وقال أبو يوسف انقضائها بعدتها بوضع الحمل ولا ترد شيئا من النفقة وجهه قوله انه يحتمل انه وطئها أجنبى بشبهة ويحتمل ان الزوج وطئها بشبهة فلا ترد النفقة بالشك ولهما ان الولد لا بدوان يكون من وطء حادث بعد الطلاق لان الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فلا يجوز ان يحمل على ان الزوج وطئها لانه حرام ولا على ان أجنبيا وطئها بشبهة لان ذلك حرام أيضا وظاهر حال المسلم التحرج عن الحرام فتعين الحمل على وطء حلال وهو الوطء في نكاح صحيح فيحمل على ان عدتها قد انقضت وتردت وأقل مدة الحمل ستة أشهر فوجب رد نفقة ستة أشهر لانه تبين انها لم تكن عليه وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف على اثنان حملنا على ان أجنبيا وطئها

بشبهة تسقط النفقة عن زوجها لانهم قالوا في المنكوحة اذا تزوجت فحملت من غير زوجها انه لا نفقة لها عليه وان
 كانت أقربت بانقضاء العدة وذلك في مدة تنقضي في مثلها العدة ثم جاءت بولد في سنتين فان جاءت به لاقل من
 ستة أشهر من يوم أقربت لزمه أيضا وان جاءت بولد بستة أشهر فصاعدا من وقت الاقرار لم يلزمه لان الاصل
 ان المعتدة مصدقة في الاخبار عن انقضاء عدتها اذ الشرع ائتمنها على ذلك فتصدق ما لم يظهر غلطها أو كذبها
 بيقين فاذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ظهر غلطها أو كذبها لانه تبين انها كانت معتدة وقت
 الاقرار اذا المرأة لا تدل لاقل من ستة أشهر فاقرارها بانقضاء العدة وهي معتدة يكون غلطاً أو يكون كذباً اذ هو اخبار عن
 الخبر لا على ما هو به وهذا خد الكذب فالتحقق اقرارها بالعدم واذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر لم يظهر كذبها
 لاحتمال انها تزوجت بعد اقرارها بانقضاء العدة فجاءت منه بولد فلم يكن ولد زنا لكان ليس له نسب معروف فلزم
 تصديقها في اخبارها بانقضاء عدتها على الاصل فلم يكن الولد من الزوج وهذا الذي ذكرناه مذهبنا وقال الشافعي اذا
 أقربت ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر ثبت نسبه ما لم تزوج وجه قوله ان اقرارها بانقضاء عدتها يتضمن ابطال حق
 الصبي وهو تضييع نسبه لان النسب ثبت حقا للصبي فلا يقبل ولنا ما ذكرنا ان الشرع ائتمنها في الاخبار بانقضاء
 عدتها حيث نهاها عن كتمان ما في رحمها والنهي عن الكتمان أمر بالانظهار وانه امر بالقبول وقوله يتضمن ابطال
 حق الصبي في النسب ممنوع فان ابطال الحق بعد ثبوته يكون والنسب ههنا غير ثابت لما ذكرنا في الطلاق البائن وان
 جاءت به لاكثر من سنتين لزم الزوج أيضا وصار مراجعها وانما كان كذلك لان العلوق جصل من وطء بعد
 الطلاق ويمكن حمله على الوطء الحلال وهو وطء الزوج لان الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء فملك وطأها ما لم تفر
 بانقضاء العدة فوجب حمله عليه ومتى حمل عليه صار مراجعها بالوطء فيثبت النسب وان طال الزمان لحوازان تكون
 بمدة الطهر فوطئها في آخر الطهر فملقت فصار مراجعها فان قيل هلا حمل عليه فيما اذا جاءت به لاقل من سنتين ليصير
 مراجعها فالجواب أن هناك لا يمكن الحمل عليه لانه لو حمل عليه لزم اثبات الرجعة بالشك لان الامر محتمل بمحتمل
 ان يكون العلوق من وطء بعد الطلاق فيكون رجعة ومحمتمل ان يكون من وطء قبله فلا يكون رجعة فلا تثبت الرجعة مع
 الشك اما ههنا فلا محتمل ان يكون العلوق من وطء قبل الطلاق لان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فتعين ان
 يكون من وطء بعد الطلاق وامكن حمله على الوطء الحلال فيحمل عليه فيصير مراجعها بالوطء فافترا وان كانت أقربت
 بانقضاء العدة في مدة تنقضي في مثلها العدة فان جاءت به لاقل من ستة أشهر مذ أقربت لزمه وان جاءت به لستة أشهر أو
 اكثر من وقت الاقرار لا يلزمه لما ذكرنا في الطلاق البائن هذا اذا كانت المعتدة من طلاق من ذوات الاقراء اما اذا
 كانت من ذوات الاشهر فان كانت آيسة فجاءت بولد فان كانت لم تقر بانقضاء العدة فحكم ذوات الاقراء وقد
 ذكرناه سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً فانما اذا جاءت بولد الى سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه من الزوج لانها لما
 ولدت علم انها ليست بآيسة بل هي من ذوات الاقراء وان كانت أقربت بانقضاء عدتها فان كانت أقربت به مفسراً
 بثلاثة أشهر فكذلك لانه لما تبين انها لم تكن آيسة تبين ان عدتها لم تكن بالاشهر فلم يصح اقرارها بانقضاء عدتها بالاشهر
 فالتحقق اقرارها بالعدم فجعل كانها لم تقر أصلاً وان كانت أقربت به مطلقاً في مدة تصلح لثلاثة اقراء فان ولدت لاقل من
 ستة أشهر منذ أقربت ثبت النسب والا فلا لانه لما بطل اليأس بعد حمل اقرارها على الاقراء بالانقضاء بالاشهر
 لبطلان الاعتداد بالاشهر فيحمل على الاقراء بالانقضاء بالاقراء حمل الكلام العاقلة المسلمة على الصحة عند الامكان
 وان كانت صغيرة فجاءت بولد فلا مرجح لانه من ثلاثة أوجه اما ان كانت أقربت بانقضاء العدة بعد مضي ثلاثة أشهر
 واما ان كانت لم تقر ولكنها أقربت انها حامل في مدة العدة وهي الثلاثة الاشهر واما ان سكنت وكل وجه على وجهين
 اما ان كان الطلاق بائناً واما ان كان رجعياً فان كانت أقربت بانقضاء العدة عند مضي ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد
 فان جاءت به لاقل من ستة أشهر مذ أقربت ثبت النسب وان جاءت به لستة أشهر أو أكثر لا يثبت لان اقرار الصغيرة

باقتضاء عدتها مقبول في الظاهر لأنها أعرف بعدتها من غيرها ولهذا لو أقرت بالبلوغ يقلل إقرارها غير أنها لما جاءت به
 لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فقد ظهر كذبها في إقرارها لأنه تبين أنها كانت معتدة وقت الإقرار فالحق إقرارها
 بالعدم وإذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا لم يظهر كذبها في إقرارها لجواز أنها تزوجت بعد اقتضاء عدتها وهذا الولد
 منه والطلاق البائن والرجعي في هذا الوجه سواء وان لم تكن أقرت باقتضاء العدة ولكنها أقرت بالحمل في مدة
 العدة فإن كان الطلاق بائنا ثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق وإن كان رجعيا ثبت إلى سبعة وعشرين شهرا
 لأنها لما أقرت بالحمل في مدة العدة فقد حكمتا ببلوغها فصارت حكمها حكم البالغة فإذا جاءت بولد ثبت النسب إلى
 سنتين من وقت الطلاق وإن كان الطلاق بائنا لما أمر أنه يحكم بالعلوق قبل الطلاق فإذا جاءت به لأكثر من سنتين
 لا يثبت لأنه يحصل على علوق حدث بعد الطلاق وإن كان الطلاق رجعيا يثبت النسب إلى سنتين وثلاثة
 أشهر لأنه ظهر أن العلوق كان في العدة وعدتها ثلاثة أشهر والمعتدة من الطلاق رجعي إذا علقت في العدة يصير
 الزوج مراجعها وإن جاءت به لأكثر من سبعة وعشرين شهرا لا يثبت النسب لأنه تبين أن العلوق كان بعد
 مضي الثلاثة الأشهر ولأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فلا يصير مرجعا لها وإن لم يقر بشيء اختلف
 فيه قال أبو حنيفة ومحمد سكوتهما كإقرارها باقتضاء العدة أنها إن جاءت لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق يثبت
 النسب وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر لا يثبت سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا وقال أبو يوسف سكوتهما كإقرارها
 بالحمل أو دعوى الحمل أنه إن كان الطلاق بائنا يثبت النسب إلى سنتين وإن كان رجعيا يثبت إلى سبعة وعشرين
 شهرا وجه قوله أن المراهقة يحتمل أن تكون عدتها بوضع الحمل لا احتمال أنها حملت ولم تعلم بذلك فإلم تقر باقتضاء
 عدتها لا يحكم بالاقتضاء كالماتوفي عنها زوجها ولهما أن عدة الصغيرة ذات جهة واحدة وهي ثلاثة أشهر على اعتبار
 الأصل إذا أصل فيها عدم البلوغ فكان انقضاؤها باقتضاء ثلاثة أشهر كإقرارها باقتضاء عدتها ولو أقرت باقتضاء
 عدتها كان الجواب ما ذكرنا كذا هذا بخلاف المتوفى عنها زوجها أنه لا يحكم باقتضاء عدتها بمضي الشهر لأن
 عدتها ذات جهتين يحتمل أن تكون بالشهور ويحتمل أن تكون بوضع الحمل فإلم تقر باقتضاء العدة لا يحكم بأحد
 الأمرين هذا الذي ذكرنا حكم المعتدة عن طلاق وكل جواب عرفته في المعتدة من طلاق فهو الجواب في المعتدة من
 غير طلاق من أسباب القرقة وأما المتوفى عنها زوجها وهي مدخول بها فإن كانت من ذوات الأقراء فجاءت بولد فإن
 جاءت به ما بينها وبين سنتين ولم تكن أقرت باقتضاء العدة يثبت نسب ولدها من الزوج عند أمحبابنا الثلاثة. وقال
 زفر إذا لم تدع الحمل في مدة العدة ثم جاءت به لعشرة أشهر وعشرة أيام لا يثبت النسب وجه قوله أن عدة المتوفى عنها
 زوجها هي الأشهر عند عدم الحمل والأصل عدم الحمل فإذا مضت أربعة أشهر وعشر يحكم باقتضاء عدتها فصارت كأنها
 أقرت باقتضاء العدة ثم جاءت بولد بعد ذلك وهناك لوجاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت
 النسب وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا لا يثبت كذا هذا ولهذا كان الحكم في الصغيرة ما وصفنا كذا في الكبيرة
 ولنا ما ذكرنا أن عدة المتوفى عنها زوجها ذات جهتين لجواز أن تكون حاملا ولا يعلم ذلك فلا تنقضي عدتها بالأشهر
 فإلم تقر باقتضاء عدتها لا يحكم بالاقتضاء كالمعتدة من الطلاق وإن جاءت به لأكثر من سنتين لا يثبت النسب لأن عدة
 الطلاق بخلاف الصغيرة فإن عدتها ذات جهة واحدة لأن الأصل فيها عدم الحمل لأن الحمل لا يحتمل وإنما يصير
 محلا للبلوغ وفيه شك فيبقى حكم الأصل فأما عدة الكبيرة فذات جهتين لما قررنا من الاحتمال والتردد فلا يحكم
 بالاقتضاء بالأشهر مع الاحتمال وإن أقرت باقتضاء عدتها ثم أتت بولد فإن أثبت به لأقل من ستة أشهر مذ أقرت
 يثبت النسب وإن جاءت به لتمام ستة أشهر فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في عدة الطلاق أنه لا يثبت النسب
 عندنا وعند الشافعي يثبت ما لم تزوج وإن كانت من ذوات الأشهر فإن كانت أيسة أو صغيرة فخكها في القوات ما هو
 حكمها في الطلاق وقد ذكرناه هذا الذي ذكرناه كله في عدة الطلاق وغيره من الفراق وعدة الوفاة إذا جاءت المعتدة

بولد قبل الزوج زوج آخر فاما اذا تزوجت زوج آخر ثم جاءت بولد فالأول لا يخلو من ربعة أوجه اما ان جاءت به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولا قل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني واما ان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولسته أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني واما ان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولسته أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني واما ان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولسته أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني فلو ولد الاول لانه لا يحتمل ان يكون من الثاني اذا المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر ويحتمل ان يكون من الاول لان الولد يبق في بطن أمه الى سنتين وفي الحمل عليه حمل أمرها على الصلاح وانه واجب ما أمكن وان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولسته أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني فهو الثاني لانه لا يحتمل ان يكون من الاول اذا الظاهر من حال العاقلة المسلمة ان لا تزوج وهي معتدة الغير فصيح نكاح الثاني فكان مولودا على فراش صحيح فيثبت نسبه منه وان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولا قل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني لم يكن للاول ولا الثاني لان الولد لا يبق في البطن أكثر من سنتين والمرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر وهل يجوز نكاح الثاني في قول أبي حنيفة ومحمد جائز وعند أبي يوسف فاسد لانه اذا لم يثبت النسب من الاول ولا من الثاني كان هذا الحمل من الزنا فيكون بمنزلة رجل تزوج امرأة وهي حامل من الزنا وذلك على هذا الاختلاف على قول أبي حنيفة ومحمد جاز نكاحها ولكن لا يقر بها حتى تضع وعلى قول أبي يوسف لا يجوز النكاح ما لم تضع حملها هذا اذا لم يعلم وقت الزوج أنها تزوجت في عدتها فان علم ذلك وقع النكاح الثاني فاسدا فجاءت بولد فان النسب يثبت من الاول ان أمكن اثباته منه بان جاءت به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول أو مات عنها ولسته أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني لان النكاح الثاني فاسد ومهما أمكن احالة النسب الى الفراش الصحيح كان أولى وان لم يمكن اثباته منه وأمكن اثباته من الثاني فالنسب يثبت من الثاني بان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولسته أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني لان النكاح الثاني وان كان فاسدا لكن لما تعدد اثبات النسب من النكاح الصحيح فاثباته من النكاح الفاسد أولى من الحمل على الزنا والله الموفق واذا نفي الى المرأة زوجها فاعتدت وتزوجت وولدت ثم جاء زوجها الاول ففي امراته لانها كانت منكوحته ولم يعترض على النكاح شيء من أسباب القرقة فثبت على النكاح السابق ولكن لا يقر بها حتى تنقضي عدتها من الثاني وأما الولد فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة هو للاول وقال أبو يوسف ان كانت ولده لاقل من ستة أشهر من حين وطئها الثاني فهو للاول وان كانت ولده لسته أشهر أو أكثر فهو للثاني وقال محمد ان كانت ولده لسنتين من حين وطئها الثاني فهو للاول وان كانت ولده لاكثر من سنتين فهو للثاني وجه قول محمد انها اذا كانت ولده لسنتين من حين وطئها الثاني أمكن حملها على الفراش الصحيح لان الولد يبق في البطن الى سنتين فيحمل عليه واذا كانت ولده الى سنتين فيحمل عليه واذا كانت ولده لاكثر من سنتين لم يمكن حملها على الفراش الصحيح لان الولد لا يبق في البطن أكثر من سنتين فيحمل على الفراش الفاسد ضرورة وجه قول أبي يوسف انها اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من حين وطئها الثاني يثبت انانه ليس من الثاني لان المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر وأمكن حملها على الفراش فيحمل عليه واذا ولدت لسته أشهر أو أكثر فالظاهر انه من الثاني وجه قول أبي حنيفة ان الفراش الصحيح للاول فيكون الولد للاول لقول النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش ومطلق الفراش ينصرف الى الصحيح والله الموفق للصواب وأما الثاني وهو بيان ما يثبت به نسب ولد المعتدة أي يظهر به فجملة الكلام فيه ان المرأة اذا ادعت انها ولدت هذا الولد لسته أشهر فان صدقها الزوج فقد ثبت ولادتها سواء كانت منكوحة أو معتدة وان كذبت ثبت ولادتها بشهادة امرأة واحدة ثقة عند أصحابنا ويثبت نسبه منه حتى لو نفاه يلاعن وقال الشافعي لا يثبت الا بشهادة أربع نسوة فقات (وجه) قوله ان هذا نوع شهادة فلا بد من اعتبار العدد فيه كسائر أنواع الشهادات فيقام كل اثنتين منهن

مقام رجل فاذا كن أربعا يضمن مقام رجلين فيكمل العدد (ولنا) ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة في الولادة فدل على جواز شهادتها في الولادة من غير اعتبار العدد ولان الاصل فيما يقبل فيه قول النساء باقرارهن انه لا يشترط فيه العدد منهن على هذا أصول الشريعة كما في رواية الاخبار والاخبار عن تطهارة الماء ونجاسته وعن الوكالة وغير ذلك من الديانات والمعاملات وقد خرج الجواب عما ذكره المخالف ان العدد شرط لان العدد انما يشترط فيما لا يقبل فيه قول النساء باقرارهن وههنا يقبل فلا يشترط العدد فيهن ولو نفى الولد بلا عن لانه ثبت نسب الولد بالنكاح لا بشهادة القابلة وانما الثابت بشهادتها الولادة وتعين أي الذي ولدته هذا الجواز انها ولدت ميتا أو حيائهم مات فاذا نفى الولد فقد صار قاذفا لانه بالزنا وقذف الزوجة بالزنا يوجب اللعان وكذلك اذا قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على الولادة تصير الجارية أم ولد لان النسب يثبت بفراش الملك عند الدعوة وقوله ان كان في بطنك ولد فهو مني دعوى النسب والحاجة بعد ذلك الى الولادة وتعين الولد وذلك يثبت بشهادة القابلة واذا ثبت النسب صارت الجارية أم ولد له ضرورة لان أمية الولد من ضرورات ثبوت النسب ولو قال لامرأة اذا ولدت فانت طالق فقالت ولدت وأنكر الزوج الولادة فشهدت قابلة على الولادة يثبت النسب بالاجماع وان لم يكن الزوج أقر بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا فهل يقع الطلاق قال أبو حنيفة لا يقع ما لم يشهد على الولادة رجلان أو رجل وامرأتان وقال أبو يوسف ومحمد يقع بشهادة القابلة اذا كانت عدلة (وجه) قولهما ان الولادة قد تثبت بشهادة القابلة بالاجماع ولهذا ثبت النسب ومن ضرورة ثبوت الولادة وقوع الطلاق لانه ملحق بها ولا يحنيفة ان شهادة القابلة حجة ضرورية لانها شهادة فرد ثم هو أني فيظهر فيما فيه الضرورة وفيما هو من ضرورات تلك الضرورة والضرورة في الولادة فيظهر فيها تثبت الولادة وقوع الطلاق ليس من ضرورات الولادة لتصور الولادة بدون الطلاق في الجملة فلا ضرورة الى اثبات الولادة في حق وقوع الطلاق فلا يثبت في حقه والنسب ما ثبت بالشهادة وانما يثبت بالفراش لقيام النكاح وانما الثابت بالشهادة الولادة وتعين الولد وقوع الطلاق ليس من ضرورات الولادة ولا من ضرورات ثبوت النسب أيضا فلم يكن من ضرورات الولادة وثبوت النسب وقوع الطلاق وان كان الزوج قد أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا يقع الطلاق بمجرد قوله وان لم تشهد القابلة في قول أبي حنيفة وعندهما لا يقع الا بشهادة القابلة ولا خلاف في ان النسب لا يثبت بدون شهادة القابلة (وجه) قولهما ان المرأة تدعى وقوع الطلاق والاصل ان المدعى لا يعطى شيئا بمجرد الدعوى لان دعوى المدعى عارضها انكار المنكر وقد قال صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث الا في الا بوقف عليه من جهة غيره فيجعل القول فيه قوله للضرورة كما في الحيض والولادة أمر يمكن الوقوف عليه من جهة غيرهما فلا يقبل قولهما فيه ولهذا لم يثبت النسب بقولها بدون شهادة القابلة كذا وقوع الطلاق لانها تدعى وهو ينكر والقول قول المنكر حتى يقيم للمدعى حجته وجه قول أبي حنيفة انه قد ثبت الحبل وهو كون الولد في البطن باقرار الزوج بالحبل أو يكون الحبل ظاهرا وانه يفضى الى الولادة لا محالة لان الحمل بوضع لا محالة فكانت الولادة أمرا كائنا لا محالة فيقبل فيه قولها كما في دم الحيض حتى لو قال لامرأة اذا حضت فانت طالق فقالت حضت يقع الطلاق كذا ههنا الا انه لم يقبل قولها في حق اثبات النسب بدون شهادة القابلة لانها متهمة في تعيين الولد فلا تصدق على التعيين في حق ثبات النسب ولا تهمة في التعيين في حق وقوع الطلاق فتصدق فيه من غير شهادة القابلة ونظيره ما اذا قال لامرأة اذا حضت فانت طالق وامرأتى الاخرى فلا نعمة لك فقالت حضت وكذبها الزوج وتطلق هي ولا تطلق ضررتها ويثبت حيضها في حقها ولا يثبت في حق ضررتها الا بتصديق الزوج لكونها متهمة في حق ضررتها وانتفاء التهمة في حق نفسها كذا ههنا والله أعلم وان كانت معتدة من طلاق بائن أو من وفاة فجاءت بولد الى سنتين فانكر الزوج الولادة أو ورثته بعد وفاته وادعت هي فان لم يكن الزوج أقر بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا لا يثبت النسب الا بشهادة رجلين أو رجل

وامرأتين على الولادة في قول أبي حنيفة وعندهما ثبتت بشهادة القابلة وجه قولهما ان النكاح بعد الطلاق البائن والوفاء باقى في حق الفراش فلا حاجة الى ما ثبت به النسب كما في حال قيام النكاح وانما الحاجة الى الولادة وتعيين الولد وذلك ثبتت بشهادة القابلة كما في حال قيام النكاح ولا يثبت ان القابلة لا يبقى بعد الولادة لانقطاع النكاح بجميع علائقه بانقضاء العدة بالولادة وتصير أجنبية فكان القضاء بثبوت الولادة بشهادة القابلة قضاء بثبوت النسب لولد الأجنبية بشهادة النساء ولا يجوز ذلك ولا يثبت الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وان كان الزوج قد أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا فالتول قولها في الولادة وان لم تشهد لها قابلة في قول أبي حنيفة وعندهما لا تثبت الولادة بدون شهادة القابلة والكلام في الطرفين على الدعوى الذي ذكرنا وان كانت معتدة من طلاق رجعى فكذلك ذكره في كتاب الدعوى وسوى بين الرجعى والبائن لانها بعد انقضاء العدة أجنبية في الفصلين جميعا فلا تصدق على الولادة الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبي حنيفة اذا لم يكن الزوج مقرا بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا وان كان قد أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا فهو على الاختلاف الذي ذكرنا ولو لمات الزوج وأمت امرأته بولد بعد وفاته ما بينهما بين سنتين ولم يشهد على الولادة أحد القابلة ولا غيرها ولو لم يكن صدقها الورثة في أنها ولدتها ذكر في الجامع الصغير أنه يثبت نسبه بقولهم وذكر في كتاب الدعوى أن نسب الولد يثبت ان كان ورثته ابنين أو ابنا و بنتين واختلاف العبارة يرجع الى أن ثبوت نسبه بتصديقهم من طريق الشهادة أو من طريق الاقرار فذكر في كتاب الدعوى يدل على أنه من طريق الاقرار لانه قال فصدقها الورثة والشهادة لا تسمى تصديقا في العرف وكذا الحاجة الى الشهادة عند المنازعة ولا منازع ههنا ومن هذا انشاء الاختلاف بين مشايخنا فاعتبر بعضهم التصديق منه شهادة وبعضهم اقرارا فن اعتبره شهادة قال لا يثبت نسبه الا اذا كانت الورثة رجلين أو رجلا وامرأتين ويشترط لفظ الشهادة ومجلس الحكم واذا صدقها البعض وجد البعض فان صدقها رجلان منهم أو رجل وامرأتان يشارك الولد المقرين منهم والمنكرين جميعا منهم في الميراث لان الشهادة حجة مطلقة فكانت حجة على الكل فيظهر نسبه في حقهم الكل ومن اعتبره اقرارا قال يثبت نسبه اذا صدقها جميع الورثة سواء كانوا ذكورا أو اناثا ولا يراعى لفظ الشهادة ومجلس الحكم فاذا صدقها بعض الورثة وجد الباقيون يثبت نسبه في حقهم ويشاركونهم في نصيبهم من الميراث ولا يثبت في حق غيرهم لان اقرارهم حجة في حقهم لا في حق غيرهم ومن هذا ايضا انشاء الخلاف فيما اذا كان الوارث واحدا فصدقها في الولادة فقال الكرخي ان نسبه يثبت باقراره في قولهم جميعا وذكرا وطحاوى فيه الاختلاف فقال لا يثبت نسبه في قول أبي حنيفة ومحمد وفي قول أبي يوسف يثبت كانهما اعتبر قوله شهادة وشهادة الفرد لا تقبل واعتبره أبو يوسف اقرارا واقرار الفرد مقبول هذا اذا صدقها الورثة أو بعضهم فاما اذا لم يصدقها أحد منهم فهو على الاختلاف والتفصيل الذي ذكرنا ان الزوج اذا لم يكن أقر بالحبل ولا كان الحمل ظاهرا لا يثبت نسبه الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين على الولادة عند أبي حنيفة وعندهما لا يثبت نسبه بشهادة القابلة واذا كان الزوج أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا تثبت الولادة بمجرد قولها ولدت عند أبي حنيفة وعندهما لا تثبت من غير شهادة القابلة وقد مر الكلام في ذلك كله فيما تقدم والله تعالى الموفق (رجل) قال لسلام هذا ابني ثم مات فجاءت أم الغلام فقالت أنا امرأته لا شك ان الغلام يرثه لانه ثبت نسبه منه باقراره وهل ترثه هذه أم لا ذكر في النوادر أنها ترثه استحسانا والقياس أن لا يكون لها الميراث (وجه) القياس أنه يحتمل أن تكون أم الغلام حرة ويحتمل أن تكون أمة ولو كانت حرة فيحتمل أن تكون هذه المرأة ويحتمل أن تكون غيرها ولو كانت هذه المرأة فيحتمل أن يكون وطئها بنكاح صحيح ويحتمل بنكاح فاسد أو بشبهة نكاح فيقع الشك في الارث فلا ترث بالشك (وجه) الاستحسان ان سبب الاستحقاق للارث في حقها يثبت باقراره بنسب الولد وهو النكاح الصحيح لان المسئلة مفروضة في امرأته معرفة

بالحرية وبأمومة هذا الولد فإذا أقر بنسب الولد أنه منه والنسب لا يثبت إلا بالفراس والاصل في الفرار هو النكاح الصحيح فكان دعوى نسب الولد اقراراً منه أنه من النكاح الصحيح فإذا صدقها يثبت النكاح ظاهر افتراءه لأن العمل بالظاهر واجب فأما إذا لم تكن معروفة بذلك وأنكرت الورثة كونها حرة أو أواله فلا ميراث لها لأن الأمر يبقى محتملاً فلا ترث بالشك والاحتمال والله الموفق وبما يتصل بحال قيام العدة عن طلاق من الأحكام منها الإرث عند الموت وجملة الكلام فيه أن المعتدة لا تخلو أماناً كانت من طلاق رجعي وأماناً كانت من طلاق بائن أو ثلاث والحال لا يخلو أماناً كانت حال الصحة وأماناً كانت حال المرض فإن كانت العدة من طلاق رجعي فمات أحد الزوجين قبل انقضاء العدة وورثه الآخر بلا خلاف سواء كان الطلاق في حال المرض أو في حال الصحة لأن الطلاق الرجعي منه لا يزيل النكاح فكانت الزوجية بعد الطلاق قبل انقضاء العدة قائمة من كل وجه والنكاح القائم من كل وجه سبب لاستحقاق الإرث من الجانبين كالمومات أحدهما قبل الطلاق وسواء كان الطلاق بغير رضاها أو برضاها فإن ما رضى به ليس بسبب لبطلان النكاح حتى يكون رضا بطلان حقها في الميراث وسواء كانت المرأة حرة مسامة وقت الطلاق أو مملوكة أو كتابية ثم أعقت أو أسلمت في العدة لأن النكاح بعد الطلاق قائم من كل وجه مادامت العدة قائمة وأنه سبب لاستحقاق الإرث وإن كانت من طلاق بائن أو ثلاث فإن كان ذلك في حال الصحة فمات أحدهما لم يرثه صاحبه سواء كان الطلاق برضاها أو بغير رضاها وإن كان في حال المرض فإن كان رضاها لا ترث بالاجماع وإن كان بغير رضاها فانه ترث من زوجها عندنا وعند الشافعي لا ترث ومعرفة هذه المسئلة مبينة على معرفة سبب استحقاق الإرث وشرط الاستحقاق ووقته أما السبب فتقول لا خلاف أن سبب استحقاق الإرث في حقها النكاح فإن الله عز وجل أدار الإرث فيما بين الزوجين على الزوجية بقوله سبحانه وتعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم إلى آخر ما ذكر سبحانه من ميراث الزوجين ولأن سبب الإرث في الشرع ثلاثة لأربع لها القرابة والولاء والزوجية واختلف في الوقت الذي يصير النكاح سبباً لاستحقاق الإرث وعند الشافعي هو وقت الموت فإن كان النكاح قائماً وقت الموت ثبت الإرث والأفلا واختلف مشايخنا قال بعضهم هو وقت مرض الموت والنكاح كان قائماً من كل وجه من أول مرض الموت ولا يحتاج إلى إبقائه من وجه إلى وقت الموت ليصير سبباً وتفسير الاستحقاق عندهم هو ثبوت الملك من كل وجه للوارث من وقت المرض بطريق الظهور ومن وجه وقت الموت مقصوراً عليه وهو طريق الاستناد وهو ما طريقته مشايخنا المتقدمين وقال بعضهم وهو طريق التأخيرين منهم أن النكاح القائم وقت مرض الموت سبب لاستحقاق الإرث وهو ثبوت حق الإرث من غير ثبوت الملك للوارث أصلاً من كل وجه ولا من وجه (وجه) قول الشافعي أن الإرث لا يثبت إلا عند الموت لأن المال قبل الموت ملك المورث بدليل شاذ تصرفاته فلا بد من وجود السبب عند الموت ولا سبب هنا إلا النكاح وقد زال بالابانة والثلاث فلا يثبت الإرث ولهذا لا يثبت بعد انقضاء العدة ولا يرث الزوج منها بلا خلاف ولو كان النكاح قائماً في حق الإرث لورث لأن الزوجية لا تقوم بأحد الطرفين فدل أنها زائلة ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم والمعقول أما الإجماع فانه روى عن ابن سيرين أنه قال كانوا يقولون ولا يختلفون من فر من كتاب الله تعالى رد إليه أي من طلق امرأته ثلاثاً في مرضه فانه ترثه مادامت في العدة وهذا منه حكاية عن إجماع الصحابة رضي الله عنهم ومثله لا يكذب وكذا روى توريث امرأة الفاعر عن جماعة من الصحابة من غير تكبير مثل عمرو وعثمان وعلي وعائشة وأبي بن كعب رضي الله عنهم فانه روى عن إبراهيم النخعي أنه قال بناءً عروة البارقي إلى شريح بن ميمون خمس خصال من عند عمر رضي الله عنه منهن أن الرجل إذا طلق امرأته وهو مريض ثلاثاً وورثت منه مادامت في عدها وروى عن الشعبي أنه قال إن أم البنين بنت عيينة بن حصين كانت تحت عثمان رضي الله عنه فلما احتضر طلقها وقد كان أرسل إليها يسرى فلما قتل أتت عليها رضي الله عنه فذكرت لذلك فقال علي رضي الله عنه تركها حتى إذا أشرف على

الموت طلقها فورئها وروى أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر الكلبية في مرضه آخر نطقها الثلاث وكانت تحته أم كلثوم بنت عقبة أخت عثمان بن عفان فورئها عثمان رضى الله عنه وروى أنه قال ما اتهمه ولكن أريد أن تكون سنة وروى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت ان المطلقة ثلاثا وهو مريض ترثه مادامت في العدة وروى عن أبي بن كعب ترثه الممتزوجة فان قيل ان ابن الزبير يخالف فانه روى عنه أنه قال في قصة تماضر ورثها عثمان بن عفان رضى الله عنه ولو كنت أنا لم أؤثرها فكيف ينعقد الاجماع مع مخالفته فالجواب ان الخلاف لا يثبت بقوله هذا لانه محتمل لمحمّل أن يكون معنى قوله لو كنت أنا لما ورثتها أى عندى أنها لا ترث ويحتمل أن يكون معناه أى ظهر له من الاجتهاد والصواب ما لو كنت مكانه لكان لا يظهر لى فكان تصويبه في اجتهاده وان الحق في اجتهاده فلا يثبت الاختلاف مع الاحتمال بل حملة على الوجه الذى فيه تحقيق الموافقة أولى ويحتمل أنها كانت سألت الطلاق فرأى عثمان رضى الله عنه تورثها مع سؤالها الطلاق فيرجع قوله لو كنت أنا لما ورثتها الى سؤالها الطلاق فلما ورثها عثمان رضى الله عنه مع مسئلتها الطلاق فعند عدم السؤال أولى على أنه روى أن ابن الزبير رضى الله عنه انما قال ذلك في ولايته وقد كان انقد الاجماع قبله منهم على التورث بخلافه بعد وقوع الاتفاق منهم لا يقدح في الاجماع لان انقراض العصر ليس بشرط لصحة الاجماع على ما عرف في أصول الفقه وأما المعقول فهو ان سبب استحقاق الارث وجد مع شرائط الاستحقاق فاستحقاق الارث كما اذا طلقها طلاقا رجعيا ولا كلام في سبب الاستحقاق وشرائطه وانما الكلام في وقت الاستحقاق فتقول وقت الاستحقاق هو مرض الموت أما على التفسير الاول والثاني وهو ثبوت الملك من كل وجه أو من وجه فالدليل عليه النص واجماع الصحابة رضى الله عنهم ودلالة الاجماع والمعقول أما النص فاروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم أى تصدق باستيفاء ملككم عليكم في ثلث أموالكم زيادة على أعمالكم أخبر عن منة الله تعالى على عباده انه استبقى لهم الملك في ثلث أموالهم ليكون وسيلة الى الزيادة في أعمالهم بالصرف الى وجوه الخير لان مثل هذا الكلام يخرج مخرج الاخبار عن المنية وآخر أعمارهم مرض الموت فدل على زوال ملكهم عن الثلثين اذ لو لم يزل لم يكن لهم بالتصدق بالثلث بل بالثلثين اذ الحكيم في موضع بيان المنية لا يترك أعلى المنتين ويذكر أذناهما واذ ازال ملكه عن الثلثين يؤل الى ورثته لانهم أقرب الناس اليه فيرضى بالزوال اليهم لرجوع معنى الملك اليه بالدعاء والصدقة وأنواع الخير بخلاف الاحاديث وأما اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن أبي بكر رضى الله عنه انه قال في مرض موته لعائشة رضى الله عنها انى كنت تحملك جدا دسرين وسقامن مالى بالعالية وانك لم تكونى حزينه ولا قبضتيه وانما هو اليوم مال الوارث ولم تدع عائشة رضى الله عنها ولا أنكر عليه أحد وكان ذلك بحضور من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا منهم على ان مال المريض في مرض موته يصير ملك الوارث من كل وجه أو من وجه وأما دلالة الاجماع فهي انه لا ينفذ تبرعه فيما زاد على الثلث في حق الاجانب وفي حق الورثة لا ينفذ بشئ أضلا ورأسا حتى كان للورثة ان يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضاه اذ المبدفع القيمة ولو تقبلا كان لهم الاخذ من غير رضاه فدل عدم النفاذ على زوال الملك واذ ازال يزول الى الورثة لما بينا وأما المعقول فهو ان المسال الفاضل عن حاجة الميت يصرف الى الورثة بلا خلاف والكلام فيما اذا فضل وقع من وقت المرض الفراغ عن حوائج الميت فهذه الدلائل تدل على ثبوت الملك من كل وجه للوارث في المال الفاضل عن حوائج الميت فيدل على ثبوت الملك من وجه لا محالة وأما على التفسير الثالث وهو ثبوت حق الملك رأسا فدلالة الاجماع والمعقول أما دلالة الاجماع فهو ان ينقض تبرعه بعد الموت ولولا تعلق حق الوارث بماله في مرض موته لكان التبرع تصرفا من أهل في محل مملوك له لا حق للغير فيه فينبغى ان لا ينقض فدل حق النقض على تعلق الحق وأما المعقول فهو ان النكاح

حال مرض الموت صار وسيلة الى الارث عند الموت ووسيلة حق الانسان حقه لانه ينتفع به والطلاق البائن والثلاث ابطال لهذه الوسيلة فيكون ابطالاً لحقها وذلك اضراراً بها فيرد عليه ويلحق بالعدم في حق ابطال الارث في الحال عملاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا اضرار في الاسلام فلم يعمل الطلاق في الحال في ابطال سببية النكاح لاستحقاق الارث وكونه وسيلة اليه دفعا للضرر عنها وتأخر عمله فيه الى ما بعد انقضاء العدة وكذلك اذا أبانها بغير طلاق بخيار البلوغ بان اختار نفسه وتقبل ابنتها أو أمها وردها ان ذلك ان كان في الصحة لاثرت منه ولا هو منها بالاجماع كما لو أبانها بالطلاق لانعدام سبب الاستحقاق في وقت الاستحقاق وهو مرض الموت الا في الردة بان ارتد الزوج في حال صحته فمات على الردة أو قتل أو لحق بدار الحرب وهي في العدة فانها ثارت منه لان الردة من الزوج في معنى مرض الموت لما نذر ان شاء الله تعالى وان كانت هذه الاسباب في حال المرض فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الطلاق انما ثارت منه عندنا خلافاً للشافعي ولا يرث هو منها بالاجماع ولو جامعها ابنته مكرهة أو مطاوعة لاثرت أما اذا كانت مطاوعة فلانها رضية بابطال حقها وان كانت مكرهة فلم يوجد من الزوج ابطال حقها المتعلق بالارث لوقوع الفرقة بفعل غيره وان كانت البينونة من قبل المرأة كما اذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة طائفة أو مكرهة واختارت نفسها في خيار الادراك أو العتاق أو عدم الكفاءة فان كان ذلك في حال الصحة فانها لا يتوارثان بالاجماع كما اذا كانت البينونة من قبل الزوج وكذا اذا ارتدت بخلاف ردة الزوج في حال صحته ووجه الفرق ان ردة الزوج في معنى مرض موته لانها تنفي الى الموت الا ان احتمال الصحة باحتمال الاسلام قائم فاذا قتل على الردة أو مات عليها فقد زال الاحتمال وكذا اذا لحق بدار الحرب لان الظاهر انه لا يعود فقتر المرض فتبين ان سبب الاستحقاق كان ثابتاً في وقت الاستحقاق وهو مرض الموت وان سبب الفرقة وجد في مرض الموت فترث منه كما لو كان مريضاً حتمية فامارتها فليست في معنى مرض موته ليقال ينبغي أن يرث الزوج منها وان كانت هي لاثرت منه لانها لا تنفي الى الموت لانها لا تقتل عندنا فلم يكن النكاح القائم حال ردها سبباً لاستحقاق الارث في حقه لانعدامه وقت الاستحقاق وهو مرض الموت لذلك افرقا والله عز وجل أعلم وان كان في حال المرض فان كان في حال مرض الزوج لاثرت منه وان كانت في العدة لعدم شرط الارث وهو عدم رضاها بسبب الفرقة ولحصول الفرقة بفعل غير الزوج ويرث الزوج منها ان كان سبب الفرقة منها في مرضها وماتت قبل انقضاء عدتها لوجوب سبب الاستحقاق في حقه وهو النكاح في وقت الاستحقاق وهو مرض موته لوجود سبب ابطال حقه منها في حال المرض والقياس فيها اذا ارتدت في مرضها ثم ماتت في العدة ان لا يرثها زوجها وانما يستحسننا وجه القياس ان الفرقة لم تقع فعلمها لان فعلها الردة والفرقة لا تقع بها وانما تقع باختلاف الدينين ولا يصنع لها في ذلك فلم يوجد منها في مرضها ابطال حق الزوج ليرد عليها فلا يرث منها وجه الاستحسان ما ذكرنا ولستنا نسلم ان الفرقة لم تقع فعلمها فان الردة من اسباب الفرقة وقد حصلت منها في حال تعلق حقه بالارث وهو مرض موته فيرث منها والله عز وجل أعلم وأما شرائط الاستحقاق فنوعان نوع يعم اسباب الارث كلها ونوع يخص النكاح أما الذي يعم الاسباب كلها فمنها شرط الاهلية وهو ان لا يكون الوارث مملوكاً ولا مرتداً ولا قاتلاً فلا يرث المملوك ولا المرتد من أحد ولا يرث القاتل من المقتول ودلائل هذه الجملة تدكر في كتاب القرائن ان شاء الله تعالى ويعتبر وجود الاهلية منها وقت الطلاق ودوامها الى وقت الموت حتى لو كانت مملوكة أو كتابية وقت الطلاق لاثرت وان أعقت أو أسلمت في العدة لان السبب لا ينعدم مفيد الحكم بدون شرطه فاذا لم يكن وقت صيرورة النكاح سبباً للاستحقاق وهو مرض الموت من أهل الميراث لم ينعدم سبباً فلا يعتبر حدوث الاهلية بعد ذلك ولو كانت مسلمة وقت الطلاق ثم ارتدت في عدتها ثم أسلمت فلا ميراث لها وان كانت من أهل الميراث وقت الطلاق أما على طريق الاستناد فلان الحكم من وجه ثبت عند الموت فلا بد من قيام السبب من وجه عنده ليثبت ثم يستند وقد بطل السبب بالردة رأساً

فتمين الاستناد وكذا من يقول بثبوت الحل في المرض دون الملك يعتبر قيام النكاح في حق الارث عند الموت ولم يبق لبطلانه بالردة وأما على طريق النظم والخص فيشكل نخرج هذه المسئلة لانه تبين ان الملك من كل وجه كان ثابتا للوارث وقت المرض والنكاح كان قائما من كل وجه في ذلك الوقت والاهلية كانت موجودة وبقاء السبب ليس بشرط لبقاء الحكم وكذا الاهلية شرط الثبوت لا شرط البقاء وهذا بخلاف ما اذا أطلقها في مرضه ثم قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة في عدتها. ترث لانها بالتبيل لم تخرج عن أهلية الارث اذ ليس تحت التبيل الا التحريم والتحریم لا يبطل أهلية الارث بخلاف الردة فانها مبطله للاهلية ومنها شرط المحلية وهو ان يكون المترك مالا فاضلا فارغا عن حوائج الميت حاجة أصيلية فلا يثبت الارث في المال المشغول بحاجته الاصلية ومنها اتحاد الدين ومنها اتحاد الدار لما نذكر ان شاء الله تعالى في كتاب الفرائض وأما الذي يخص النكاح فشرطان أحدهما قيام العدة حتى لو مات الزوج بعد انقضاء عدتها لا ترث وهذا قول عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى هذا ليس بشرط وترث بعد انقضاء العدة ما لم تنزوج والصحيح قول العامة لان جريان الارث بعد الابانة والثلاث ثبت بخلاف القياس باجماع الصحابة وهم شرطوا قيام العدة على ما روينا عنهم فصار شرط اجماع غير معقول فيتبع معقد الاجماع ولان العدة اذا كانت قائمة كان بعض أحكام النكاح قائما من وجوب النفقة والسكنى والفراس وغير ذلك فامكن ابتداءه في حق حكم الارث فالتوريث يكون موافقا للاصول واذا انقضت العدة لم يبق شيء من علائق النكاح فكان القول بالتوريث نصب شرع بالرأي وهذا لا يجوز وقالوا فبمن طلق زوجته في مرضه ودام به المرض أكثر من سنتين فمات ثم جاءت بولد بعد موته بشهر انه لا ميراث لها في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لها الميراث بناء على انقضاء عدتها بالاقرار ووضع الحمل عندهما بالاقرار وعنده بوضع الحمل وجهه قول أبي يوسف ان الحمل حادث لان الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فيحمل على انها وطلت بشبهة فلا يحكم بانقضاء عدتها الا بوضع الحمل فلم تكن مقضية العدة عند موت الزوج فترث وهما يقولان لا شك ان الولد حصل بوطء حادث بعد الطلاق فلا يخلو اما ان يحمل على ان الزوج وطئها أو غير ذلك لا سبيل الى الاول لان وطئها باها حرام والظاهر من حاله انه لا يرتكب الحرام ولا وجه للثاني لان غير الزوج اما ان وطئها بنكاح أو بشبهة والوطء بشبهة حرام أيضا فتمين حمل أمرها على النكاح الصحيح وهو ان عدتها انقضت قبل الزوج بستة أشهر ثم تزوجت فكانت عدتها منقضية قبل موت الزوج فلا ترث ولهذا قال أبو حنيفة ومحمد انها ترد نفقة ستة أشهر وقال أبو يوسف لا ترد والله عز وجل أعلم والثاني عدم الرضا منها بسبب الفرقة وشرطها فان رضيت بذلك لا ترث لانها رضيت ببطلان حقها والتوريث ثبت نظرا لها الصيانة حتمها فاذا رضيت باسقاط حتمها لم يبق مستحقة للنظر وعلى هذا نخرج ما اذا قال لها في مرضه أمرك بيدك أو اختاري فاخترت نفسها أو قال لها طلقي نفسك ثلاثا ففعلت أو قالت لزوجها طلني ثلاثا ففعل أو اختلعت من زوجها ثم مات الزوج وهي في العدة انها لا ترث لانها رضيت بسبب البطلان أو بشرطه أما اذا اختارت نفسها فلا شك فيه لانها باشرت بسبب البطلان بنفسها وكذا اذا أمرها بالطلاق فطلقت وكذا اذا سألتها الطلاق فطلقتها لانها رضيت بمباشرة السبب من الزوج وفي الخلع باشرت الشرط بنفسها فكل ذلك دليل الرضا ولو قالت لزوجها طلقي للرجعة فطلقتها ثلاثا ورثت لانها رضيت به وهو الطلاق الرجعي ليس بسبب لبطلان الارث وما هو سبب البطلان وهو ما أتى به الزوج ما رضيت به فترث وعلى هذا نخرج ما اذا علق الطلاق في مرضه أو صحته بشرط وكان الشرط في المرض وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان كان التعليق وجود الشرط جميعا في الصحة واما ان كانا جميعا في المرض واما ان كان أحدهما في الصحة والاخر في المرض ولا يخلو اما أن علق بفعل نفسه أو بفعلها أو بفعل أجنبي أو بامر سواي فان كان التعليق بوجود الشرط جميعا في الصحة لا شك انها لا ترث أي شيء كان المعلق به لا بعدام سبب استحقاق الارث في وقت الاستحقاق وهو وقت مرض

الموت وان كانا جميعا في المرض. فانها ترث أى شيء كان المعلق به لوجود سبب الاستحقاق في وقته وانعدام الرضا منها بطلان حقه الا اذا كان التعليق بفعلها الذي لها منه بد فاقم الارث لوجود الرضا منها بالشرط لانها فعلت من اختيار ولو أجل العنين وهو مريض ومضى الاجل وهو مريض وخيرت المرأة فاخترت نفسها فلا ميراث لها لان القرقة وقعت باختيارها لانها تقدر ان تصبر عليه فاذا لم تصبر واختارت نفسها وقد باشرت سبب بطلان حقه باختيارها ورضاه فلا ترث ولو آلى منها وهو مريض وبانت بالايلاء وهو مريض ورثت مادامت في العدة لوجود سبب الاستحقاق في وقته مع شرائطه ولو كان صحيحا وقت الايلاء وانقضت مدة الايلاء وهو مريض لم ترث لعدم سبب الاستحقاق في وقته لانه باشر الطلاق في صحته ولم يصنع في المرض شيئا ولو قذف امرأته في المرض أو لاعفها في المرض ورثت في قولهم جميعا لان سبب القرقة وجد في وقت تعلق حقه بالارث ولم يوجد منها دليل الرضا بطلان حقه الكونه مضطرة الى المطالبة باللعان لدفع الشين عن نفسها والزوج هو الذي اضطرها بقذفه فيضاف فعلها اليه كانه اكرهها عليه وان كان القذف في الصحة واللعان في المرض ورثت في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا ترث وجه قوله ان سبب القرقة وجد من الزوج في حال لم يتعلق حقه بالارث وهو حال الصحة والمرأة مختارة في اللعان فلا يضاف الى الزوج ولهما ان فعل المرأة يضاف الى الزوج لانها مضطرة في المطالبة باللعان لا اضطرارها الى دفع العار عن نفسها والزوج هو الذي ألجأها الى هذا فيضاف فعلها اليه كانه أوقع القرقة في المرض والله عز وجل أعلم وان كان أحدهما في الصحة والآخر في المرض فان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض فان كان التعليق بأمر سواي بان قال لها اذا جاء رأس شهر كذا فأنت طالق فجاء وهو مريض ثم مات وهي في العدة لا ترث عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ترث وجه قوله ان المعلق بالشرط كالمجنز عند الشرط فيصير قائلا عند الشرط أنت طالق ثلاثا وهو مريض (ولنا) ان الزوج لم يصنع في مرض موته شيئا لا السبب ولا الشرط. ليرد عليه فعله فلم يصبر فارا وقوله المعلق بالشرط يجعل منجزا عند الشرط ممنوع بل يقع الطلاق بالكلام السابق من غير ان يقدر باقيا الى وقت وجود الشرط على ما عرف في مسائل الخلاف وكذا ان كان بفعل أجنبي سواء كان منه بد كقدم زيد او لا بد منه كالصلاة المفروضة والصوم المفروض ونحوهما قلنا انه لم يوجد من الزوج صنع في المرض لا بمباشرة السبب ولا بمباشرة الشرط وان كان بفعل نفسه ترث سواء كان فعلا له منه بد كما اذا قال لها ان دخلت الدار فانت طالق أو لا بد منه كما اذا قال ان صليت أنا الظهر فانت طالق لانه باشر شرط بطلان حقه فصار متعددا عليها مضرا بها لمباشرة الشرط فيرد عليه رفع الضرر عنها لان العذر لا يعتبر في موضع التعدي والضرر ركن أتلف مال غيره نائما أو خاطئا أو أصابته مخمصة فأكل طعام غيره حتى يجب عليه الضمان ولم يجعل معذورا في مباشرة الفعل الذي لا بد له منه لما قلنا كذا هذا وان كان بفعل المرأة فان كان فعلا لها منه بد كدخول الدار وكلام زيد ونحو ذلك لا ترث لانها رضيت ببطلان حقه حيث باشرت شرط البطلان من غير ضرورة وان كان فعلا لا بد لها منه كالاكل والشرب والصلاة المفروضة والصوم المفروض وحجة الاسلام وكلام أبوها واقتضاء الديون من غيرها فانه ترث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا ترث وكذا اذا علق بدخول دار لا غنى لها عن دخولها فهو على هذا الخلاف كذا روى عن أبي يوسف وجه قول محمد انه لم يوجد من الزوج مباشرة بطلان حقه ولا شرط البطلان فلا يصير فارا كما لو علق بأمر سواي أو بفعل أجنبي أو بفعلها الذي لها منه بد وجه قولهما ان المرأة فيما فعلت من الشرط عاملة للزوج من وجه لان منفعة عملها عائدة عليه لانه منعها عما لو امتنعت عنه لحق الزوج ما ثم فاذا لم تمتنع وفعلت لم يلحقه ما ثم فكانت منفعة فعلها عائدة عليه فجعل ذلك فعلا له من وجه فوجب ابطال فعله بصيانة لحيته ومن الوجه الذي بقي مقصورا عليها ليس بدليل للرهبان لانها فعلته مضطرة لدفع العقوبة عن نفسها في الآخرة لا برضاها وقالوا فيمن فوض طلاق امرأته الى الاجنبي في الصحة فطلقها في المرض ان التفويض ان كان على وجه لا يملك

عزله عنه بان ملكه الطلاق لا ترث لانه لما لم يقدر على فسخته بعد مرضه صار الايقاع في المرض كالايقاع في الصحة وان كان التفويض على وجه يمكنه العزل عنه فطلق في المرض ورثت لانه لما أمكنه عزله بعد مرضه فلم يفعل وصار كانه انشأ التوكيل في المرض لان الاصل في كل تصرف غير لازم ان يكون لبقائه حكم الابتداء والله عز وجل الموفق وعلى هذا اذا قل في صحته لا مرأته ان لم آت البصرة فانت طالق ثلاثا فلم يأتيها حتى مات ورثته لانه علق طلاقها بعدم اتيانه البصرة فلما بلغ الى حالة وقع اليأس له عن اتيانه البصرة فقد تحقق العدم وهو مرض في ذلك الوقت فقد باشر شرط بطلان حقها في الميراث فصار قارا فترته وان ماتت هي وبقي الزوج ورثها لانها ماتت وهي زوجته لان الطلاق لم يقع لعدم شرط الوقوع وهو عدم اتيانه البصرة لجواز ان يأتيها بعد موتها فلم يقع الطلاق فماتت وهي زوجته فيرثها ولو قال لها ان لم آت البصرة فانت طالق ثلاثا فلم تأتيها حتى مات الزوج ورثته لانه مات وهو زوجها لعدم وقوع الطلاق لانعدام شرط وقوعه لانها ما دامت حية يرجى منها الاتيان وان ماتت هي وبقي الزوج لم يرثها لانه لم يوجد منها سبب الفرقة في مرضها فلم تصرفارة فلا يرثها ولو قال لها ان لم أطلقك فانت طالق ثلاثا فلم يطلقها حتى مات ورثته لانه علق طلاقها بشرط عدم التطلق منه وقد تحقق العدم اذا صار الى حالة لا يتأني منه التطلق وهو مرض في تلك الحالة فيصير قارا بما بشره بشرط بطلان حقها فترته ولو ماتت هي وبقي الزوج لم يرثها لانها لم تصرفارة لانعدام سبب الفرقة منها في مرضها فلا يرثها وكذلك لو قال لها ان لم تزوج عليك فانت طالق ثلاثا فلم يفعل حتى مات ورثته وان ماتت هي وبقي الزوج لم يرثها لما ذكرنا في الحلف بالطلاق ولو قال لمرأته له في صحته احدا كما طالق ثم مرض فعين الطلاق في احدهما ثم مات ورثته المطلقة لان وقوع الطلاق المضاف الى المبهمة معلق بشرط البيان هو الصحيح لما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى والصحيح اذا علق طلاق امرأته بفعل ففعل في مرضه فانما ترثه والله عز وجل اعلم وقالوا فمين قال في صحته لامتنين تحته احدا كما طالق ثنتين فاعتقتا ثم اختار الزوج أن يوقع على احدهما في مرضه فلا ميراث للمطلقة ولا يملك الزوج الرجعة وهو الجواب عن قول من يقول ان الطلاق واقع في المعين والبيان تعيين من وقع عليه الطلاق لا شرط وقوع الطلاق ويقال انه قول محمد لان الايقاع والوقوع حصلا في حال لا حق لواحدة منهما وهي حالة الصحة فلا ترث ولا يملك الزوج الرجعة لان الايقاع صادفها وهي أمة وطلاق الأمة ثنتان على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتثبت الحرمة الغليظة فلا يملك الرجعة وأما على قول من يقول الطلاق غير واقع للحال بل معلق وقوعه بالاختيار وهو تفسير الايقاع في الذمة ويقال انه قول أبي يوسف فينبغي أن ترث ويملك الرجعة لان وقوع الطلاق تعلق بشرط اختياره والصحيح اذا علق طلاق امرأته بفعله ففعل وهو مرض ثم مات وهو في العدة ترثه سواء كان فعلا له منه بد أو لا بد له منه كما اذا قال وهو صحيح ان دخلت أنا الندار فانت طالق فدخلها وهو مرض يملك الرجعة لان الطلاق واقع عليها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة فبذلك مراجعتها ولو كانت احدهما حرة فقال في صحته احدا كما طالق ثنتين فاعتقت الأمة ثم مرض الزوج فبين الطلاق في الأمة فالطلاق رجعي والمطلقة الميراث في قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد ثم رجع أبو يوسف وقال اذا اختار أن يوقع على التي كانت أمة فانها لا تحل له الا بعدد زوج وذو كره هذه المسئلة في الزيادات وقال في جوابها انها لا تحل له الا بعدد زوج ولها الميراث ولم يذكر خلافا واختلاف الجواب بناء على اختلاف الطريق فمن جعل الطلاق واقعا في الجملة وجعل البيان تعيين من وقع عليه الطلاق يقول لا يملك الرجعة لانه وقع الطلاق عليها وهي أمة فحرمت حرمة غليظة وكان ينبغي أن لا ترث لان الايقاع والوقوع كل ذلك وجد في حال الصحة لانه انما قال بالتوريث لكون الزوج متهم في البيان لجواز انه كان في قلبه الاخرى وقت الطلاق فبين في هذه فكان متهم في البيان فترث فأما من لا يرى الطلاق واقعا قبل الاختيار يقول يملك الرجعة لان الطلاقين وقعا وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة وترث لان الطلاق رجعي وان كان التعليق في المرض والشرط في الصحة بان طلقها ثلاثا أو باثنا

وهو مرض يصح ثم مات لم ترث لانه لما صح تبين ان ذلك المرض لم يكن مرض الموت فلم يوجد الايقاع ولا الشرط في المرض فكان هذا ولا يقاع في حال الصحة سواء ولهذا كان هذا المرض والصحة سواء في جميع الاحكام وأما وقت الاستحقاق فهو وقت مرض الموت عندنا لما ذكرنا فيما تقدم فلا بد من معرفة مرض الموت لتفريق الاحكام المتعلقة به فتقول والله التوفيق ذكر الكرخي ان المرض مرض الموت هو الذي أضناه المرض وصار صاحب فراش فأما اذا كان يذهب ويحيى وهو مع ذلك يحم فهو بمنزلة الصحيح وذكر الحسن بن زياد عن أبي حنيفة المرض الذي اذا طلق امرأته كان قارها وأن يكون مضى لا يقوم الا بشدة وهو في حال يعذر في الصلاة جالسا والحاصل ان مرض الموت هو الذي يخاف منه الموت غالبا ويدخل في هذه العبارة ما ذكره الحسن عن أبي حنيفة وما ذكره الكرخي لانه اذا كان مضى لا يقدر على القيام الا بشدة يخشى عليه الموت غالبا وكذا اذا كان صاحب فراش وكذا اذا كان يذهب ويحيى ولا يخشى عليه الموت غالبا وان كان يحم فلا يكون ذلك مرض الموت وكذلك صاحب الفالج والسل والنقرس ونحوها اذا طلق به ذلك فهو في حكم الصحيح لان ذلك اذا طلق لا يخاف منه الموت غالبا فلم يكن مرض الموت الا اذا تغير حاله من ذلك ومات من ذلك التغير فيكون حال التغير مرض الموت لانه اذا تغير يخشى منه الموت غالبا فيكون مرض الموت وكذا الزمن والمقدور بإس الشق وعلى هذا قالوا في المحصور والواقف في صف القتال ومن وجب عليه القتل في حد أو قصاص فحبس ليقول انه كالصحيح لانه ليس الغالب من هذه الاحوال الموت فان الانسان يتخلص منها غالبا لكثرة أسباب الخلاص ولو قدم ليقول أو بار زقرنه وخرج من الصف فهو كالمرض اذا الغلبت من هذه الحالة الهلاك فترب عليه أحكام المرض اذا مات في ذلك الوجه ولو كان في السفينة فهو كالصحيح الا اذا حاجت الامواج فيصير في حكم المرض في تلك الحالة لانه يخشى عليه منها الموت غالبا ولو أعيد المخرج الى القتل أو الى الحبس أو رجع المبارز بعد المبارزة الى الصف أو سكن الموج صار في حكم الصحيح كالمرض اذا برأ من مرضه والمرأة اذا ما أخذها الطلق فهي في حكم المرض اذا ماتت من ذلك لان الغالب منه خوف الهلاك واذا سامت من ذلك فهي في حكم الصحيح كما اذا كانت مريضة ثم سحت ولو طلقها وهو مرض ثم صح وقام من مرضه وكان يذهب ويحيى ويؤى على المسئلة قائما ثم نكس فعاد الى حالته التي كان عليها ثم مات لم ترثه في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر ترثه وحده قوله ان وقت تعلق الحق بالارث ووقت الموت وقت ثبوت الارث والمرض قد أحاط بالوقتين جميعا فقطعه فيما بين ذلك لا يعتبر لانه ليس وقت التعليق ولا وقت الارث ولنا انه لما صح بعد المرض تبين ان ذلك لم يكن مرض الموت فلم يوجد الطلاق في حال المرض فلا ترث والله عز وجل اعلم وأما الذي يخص الطلاق المبهم فهو أن يكون لفظ الطلاق مضافا الى مجهولة فجملة الكلام فيه ان الجمالة اما ان كانت أصلية واما ان كانت طارئة أما الجمالة الأصلية فهي أن يكون لفظ الطلاق من الابتداء مضافا الى المجهول وجمالة المضاف اليه يكون لمزاخمة غيره اياه في الاسم والمزاخمة اياه في الاسم لا يخلو اما أن يكون محتملا للطلاق واما أن لا يكون محتملا له والحتمل للطلاق لا يخلو اما أن يكون ممن يملك الزوج طلاقه أولا يملك طلاقه فان كان ممن يملك طلاقه سحت الأضافة بالاجماع نحو أن يقول لنسائه الاربع احدا كن طالق ثلاثا أو يقول لا مرأتين له احدا كما طالق ثلاثا والكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان كيفية هذا التصرف أعني قوله لا مرأتين احدا كما طالق والثاني في بيان الاحكام المتعلقة به أما الاول فقد اختلف مشايخنا في كيفية هذا التصرف قال بعضهم هو ايقاع الطلاق في غير المعين على معنى انه يقع الطلاق للحال في واحدة منهما غير عين واختيار الطلاق في احدهما وبيان الطلاق فيهما تعيين لمن وقع عليها الطلاق ويقال ان هذا قول محمد وقال بعضهم هو ايقاع الطلاق معلقا بشرط البيان معنى ومعناه ان قوله احدا كما طالق ينعقد سببا للحال لو وقع الطلاق عند البيان والاختيار لا للحال بمنزلة تعليق الطلاق بسائر الشرط ومن دخول الدار وغيره غير ان هناك الشرط يدخل على السبب والحكم جميعا وهما يدخل على الحكم لا على السبب كما في البيع بشرط الخيار فاذا

اختار طلاق احدهما فقد وجد شرط وقوع الطلاق في حتمها فيقع الطلاق عليها بالكلام السابق عند وجود شرط الوقوع وهو الاختيار كانه علقه به نصا فقال ان اخترت طلاق احدا كما فهمي طالق ويقال ان هذا قول أبي يوسف والمسائل متعارضة في الظاهر بعضها يؤيد القول الاول وبعضها ينصر القول الثاني ونحن نشير الى ذلك ههنا ونذكر وجه كل واحد من القولين وترجيح احدهما على الآخر ونخرج المسائل عليه في كتاب العتاق ان شاء الله تعالى وقال بعضهم البيان اظهر من وجهه وانشاء من وجهه وزعموا ان المسائل تخرج عليه وانه كلام لا يعقل بل هو محال والبناء على المحال محال وأما الاحكام المتعلقة به فنوعان نوع يتعلق به في حال حياة الزوج ونوع يتعلق به بعد مماته أما النوع الاول فنقول اذا قال لامرأته احدا كما طالق ثلاثا فله خيار التعيين يختار أيهما شاء للطلاق لانه اذا ملك الياهم ملك التعيين ولو خاصته واستعدت عليه القاضي حتى يبين اعدى عليه وكلفه البيان ولو امتنع أجبره عليه بالجنس لان لكل واحد منهما حقا اما استيفاء حقوق النكاح منه واما التوصل الى زوج آخر وحق الانسان بمجب ايفاءه عند طلبه واذا امتنع من عليه الحق بحجبه القاضي على الايفاء وذلك بالبيان ههنا فكان البيان حتمها لكونه وسيلة الى حتمها ووسيلة حق الانسان حتمه الجبر على البيان يؤيد القول الاول لان الوقوع لو كان معلقا بشرط البيان لما أجبر اذا خالف لا يجبر على تحصيل الشرط ولان البيان اظهر الثابت واثبات محال ثم البيان نوعان نص ودلالة اما النص فنحو أن يقول اياها عنت أو نويت أو أردت أو ما يجري مجرى هذا ولو قال احدا كما طالق ثلاثا ثم طلق احدهما عينا بأن قال لها أنت طالق وقال أردت به بيان الطلاق الذي لزمني لاطلاقا مستقبلا كان القول قوله لان البيان واجب عليه وقوله أنت طالق يحتمل البيان لانه ان جعل انشاء في الشرع ولكنه يحتمل الاخبار فيحتمل البيان اذ هو اخبار عن كائن وهذا أيضا ينصر القول الاول لان الطلاق لو لم يكن واقعا لم يصدق في ارادة البيان للواقع وأما الدلالة فنحو أن يفعل أو يقول ما يدل على البيان نحو أن يظا احدهما أو يتبها أو يطلقها أو يخلف بطلاقها أو يظهر منها لان ذلك كله لا يجوز الا في المنكوحة فكان الاقدام عليه تعيينا لهذه بالنكاح واذا تعينت هي للنكاح تعينت الاخرى للطلاق ضرورة انتفاء المزاحم واذا كن أربعا وثلاثا تعينت الباقيات لبيان الطلاق في واحدة منهن نصا أو دلالة بالفعل أو بالنقول بان يظا الثانية والثالثة فتعين الرابعة للطلاق أو يقول هذه منكوحة وهذه الرابعة ان كن أربعا وان كن ثلاثا فتعين الثالثة للطلاق بوطء الثانية أو بقوله للثانية هذه منكوحة وكذلك اذا ماتت احدها قبل البيان طلقت الباقية لان التي ماتت خرجت عن احتمال البيان فيها لان الطلاق يقع عند البيان وقد خرجت عن احتمال الطلاق فخرجت عن احتمال البيان فتعينت الباقية للطلاق وهذا يؤيد القول الثاني لان الطلاق لو كان وقع في غير المعين لما افرقت الحال في البيان بين الحياة والموت اذ هو اظهر ما كان فرق بين هذا وبين ما اذا باع أحد عبديه على ان المشتري بالخيار يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر فمات أحدهما قبل البيان انه لا يتعين الباقي منهما للبيع بل يتعين الميت للبيع ويصير المشتري مختارا للبيع في الميت قبيل الموت ويجب عليه رد الباقي الى البائع ووجه الفرق ان هناك وجد المبطل للخيار قبيل الموت وهو حدوث عيب لم يكن وقت الشراء وهو المرض اذ لا يخلو الانسان عن مرض قبيل الموت عادة وحدث العيب في المبيع الذي فيه خيار مبطل للخيار فبطل الخيار قبيل الموت ودخل العبد في ملك المشتري فتعين الآخر للرد ضرورة وهذا المعنى لم يوجد في الطلاق لان حدوث العيب في المطلقة لا يوجب بطلان الخيار ولو ماتت احدها قبل البيان فقال الزوج اياها عنت لم يرثها وطلقت الباقية لانها كما ماتت تعينت الباقية للطلاق فاذا قال عنت الاخرى فقد أراد صرف الطلاق عن الباقية فلا يصدق فيه ويصدق في ابطال الارث لان ذلك حتمه والانسان في اقراره بابطال حق نفسه مصدق لا تنفأ التهمة وكذلك اذا ماتت جميعا او احدها بعد الاخرى ثم قال عنت التي ماتت أولا لم يرث منهما أما من الثانية فتعينها للطلاق بموت الاولى وأما من الاولى فلا قراره انه لاحق له في ميراثها وهو مصدق على نفسه ولو ماتت جميعا بان سقط عليهما حائط

أو غرقا يرث من كل واحدة منهما نصف ميراثها لأنه لا يستحق ميراث كل واحدة منهما في حال ولا يستحقه في حال
 فيتنصف كما هو أصلنا في اعتبار الأحوال وكذلك إذا ماتا جميعاً أو أحدهما بعد الأخرى لكن لا يعرف التقدم
 والتأخر فهذا بمنزلة موتهما معاً ولو ماتتا معاً ثم عين أحدهما بعد موتها وقال إياها عنت لا يرث منها ويرث من
 الأخرى نصف ميراث زوج لانهما لما ماتتا فقد استحق من كل واحدة منهما نصف ميراث لما بينهما فإذا أراد
 أحدهما عينا فقد أسقط حقه من ميراثها وهو النصف فيرث من الأخرى النصف ولو ارتدنا جميعاً قبل البيان
 فانقضت عدتهما وبالتالي يمكن له أن يبين الطلاق الثلاث في أحدهما أما البينة فلان الملك قد زال من كل وجه
 بالردة وانقضاء العدة وإذا زال الملك لا يملك البيان وهذا يدل على أن الطلاق لم يقع قبل البيان إذ لو وقع لصح البيان بعد
 البينة لأن البيان حينئذ يكون تعيين من وقع عليه الطلاق فلا تقتبر صحته إلى قيام الملك ولو كانتا رضيعتين فجاءت امرأة
 فارضتهما قبل البيان باتنا وهذا دليل ظاهر على صحة القول الثاني لأنه لو وقع الطلاق على أحدهما لصارت أجنبية
 فلا يستحق الجمع بين الاختين بالرضاع نكاحاً فينبغي أن لا تبينا وقد باتنا وإذا باتنا بالرضاع لم يكن له أن يبين الطلاق في
 أحدهما لما قلنا وهو دليل على ما قلنا ولو بين الطلاق في أحدهما تجب عليها العدة من وقت البيان كذا روى عن
 أبي يوسف حتى لو راجعها بعد ذلك صحت رجعة وكذا إذا بين الطلاق في أحدهما وقد كانت حاضت قبل البيان
 ثلاث حيض لا تعتد بما حاضت قبله وتستأنف العدة من وقت البيان وهذا يدل على أن الطلاق لم يكن واقعاً قبل
 البيان وروى عن محمد أنه تجب العدة من وقت الإرسال وتنقضي إذا حاضت ثلاث حيض من ذلك الوقت ولا
 تصح الرجعة بعد ذلك وهذا يدل على أن الطلاق نازل في غير المعين ومن هذا حقق القدوري الخلاف بين أبي يوسف
 ومحمد في كيفية هذا التصرف على ما ذكرنا من القولين واستدل على الخلاف بمسئلة العدة ولو قال لا مرأتين له
 أحداً كما طالق واحدة والأخرى طالق ثلاثاً لحاضت أحدهما ثلاث حيض بآنت بواحدة والأخرى طالق ثلاثاً
 لأن كل واحدة منهما مطلقة إلا أن أحدهما بواحدة والأخرى ثلاثاً فإذا حاضت أحدهما ثلاث حيض فقد
 زال ملكه عنها يمين نخرجت عن احتمال بيان الثلاث فيها فتعينت الأخرى للثلاث ضرورة ولو كان تحتها أربع
 نسوة يدخل بهن فقال أحداً كن طالق ثلاثاً ثم تزوج أخرى جاز له وإن كان مدخولاً بهن فتزوج أخرى لم يحز وهذا
 حجة القول الأول لأن الطلاق لو لم يكن واقعاً في أحدهما لما جاز نكاح امرأة أخرى في الفصل الأول لأنه يكون
 نكاح الخامسة ولجاز في الفصل الثاني لأنه يكون نكاح الرابعة ولما كان الأمر على القلب من ذلك دل أن الطلاق
 لم يكن واقعاً قبل البيان ولو قال لا مرأتين له في الصحة أحداً كما طالق ثم بين في أحدهما في مرضه بصير فاراً وترثه
 المطلقة مع المنكوحة ويكون الميراث بينهما نصفين وهذا حجة القول الثاني لأن الطلاق لو كان واقعاً في أحدهما غير
 عين لكان وقوع الطلاق في الصحة فينبغي أن لا يصير فاراً كما إذا طلق واحدة منهما عينا والله عز وجل أعلم وأما
 الذي يتعلق بما بعد موت الزوج فأنواع ثلاثة حكم المهر وحكم الميراث وحكم العدة إذا مات قبل البيان أما حكم المهر فإن
 كانتا مدخولاً بهما فلكل واحدة منهما جميع المهر لأن كل واحدة منهما تستحق جميع المهر منكوحة كانت أو مطلقة
 أما المنكوحة فلا شئ فيها وأما المطلقة فلا شئ لها المطلقة بعد الدخول وإن كانتا غير مدخول بهما فلمها مهر ونصف مهر
 بينهما لكل واحدة منهما ثلاثة أرباع المهر لأن كل واحدة منهما يحقل أن تكون منكوحة ويحقل أن تكون مطلقة
 فإن كانت منكوحة تستحق جميع المهر لأن الموت بمنزلة الدخول وإن كانت مطلقة تستحق النصف لأن النصف
 قد سقط بالطلاق قبل الدخول فلكل واحدة منهما كل المهر في حال والنصف في حال وليست أحدهما بأولى من
 الأخرى فيتنصف فيكون لكل واحدة ثلاثة أرباع مهر هذا إذا كان قد سمي لها مهر فإن لم يسم لها مهر
 فلمها مهر ومتعة بينهما لأن كل واحدة منهما إن كانت منكوحة فلها كمال مهر المثل وإن كانت مطلقة فلها كمال المتعة
 فكل واحدة منهما تستحق كمال مهر المثل في حال ولا تستحق شيئاً من مهر المثل في حال وكذا المتعة فتتنصف كل واحدة

منهما فيكون لهما مهر ومتعة بينهما الكل واحدة منهما نصف مهر المثل ونصف متعة وان كان سمي لاحداهما مهر ولم
يسم للاخرى فلم يسمى لها ثلاثة أرباع المهر وللمهر والى لم يسمى لهما مهر نصف مهر المثل لان المسمى لها اذا كانت منكوحة فلها
جميع المسمى وان كانت مطلقة فلها النصف فيتنصف كل ذلك فيكون لها ثلاثة أرباع المهر المسمى والى لم يسمى لها ان
كانت منكوحة فلها جميع مهر المثل وان كانت مطلقة فليس لها من مهر المثل شئ فاستحققت في حال ولم تستحق
شئاً منه في حال فيكون لها نصف مهر المثل والقياس ان يكون لها نصف المتعة أيضاً وهو قول زفر وفي الاستحسان
ليس لها الا نصف مهر المثل (وجهه) القياس انها ان كانت منكوحة فلها كمال مهر المثل وان كانت مطلقة فلها كمال
المتعة فكان لها كمال مهر المثل في حال وكمال المتعة في حال فيتنصف كل واحدة منهما فيكون لها نصف مهر مثلهما ونصف
متعتهما وجه الاستحسان ان نصف مهر المثل اذا وجب لها امتنع وجوب المتعة لان المتعة بدل عن نصف مهر المثل
وبالدل والمبدل لا يجتمعان هذا اذا كانت المسمى لهما مهر المثل معلومة فان لم تكن معلومة فلها مهر ور بيع مهر اذا كان
مهر مثلهما سواء يكون بينهما لان كل واحدة منهما يحتمل أن تكون هي المسمى لها المهر فيكون لها ثلاثة أرباع المهر
لما ذكرنا ويحتمل ان تكون غير المسمى لها المهر فيكون لها نصف مهر المثل في حال يجب ثلاثة أرباع المهر وفي حال
يجب نصف المهر فيتنصف كل ذلك فيكون لهما مهر ور بيع مهر بينهما الكل واحدة منهما نصف مهر ورين مهر نصف
مهر المسمى ورين مهر المثل ولا يجب المتعة استحساناً والقياس ان يجب نصف المتعة أيضاً ويكون بينهما وهو قول زفر
وجه القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا والله عز وجل أعلم وهذه المسائل تدل على ان الطلاق قد وقع
في احدهما غير عين وقت الارسال حيث شاع فيهما بعد الموت اذ الواقع يشيع والله عز وجل الموفق وأما حكم
الميراث فهو أنهما يرثان منه ميراث امرأة واحدة ويكون بينهما نصفين في الاحوال كلها لان احدهما منكوحة يتيقن
وليست احدهما باولى من الاخرى فيكون قدر ميراث امرأة واحدة بينهما فان كان للزوج امرأة أخرى سواهما لم
يدخلا في الطلاق فلها نصف ميراث النساء ولهما النصف لانه لا يزاحما الا واحدة منهما لان المذكورة واحدة منهما
والاخرى مطلقة فكان لها النصف ثم النصف الثاني يكون بين الاخرين نصفين اذ ليست احدهما باولى من
الآخرى وأما حكم العدة فعلى كل واحدة منهما عدة الوفاة وعدة الطلاق لان احدهما منكوحة والاخرى مطلقة
وعلى المنكوحة عدة الوفاة لا عدة الطلاق وعلى المطلقة عدة الطلاق لا عدة الوفاة فدارت كل واحدة من العديتين في حق
كل واحدة من المرأتين بين الوجوب وعدم الوجوب والعدة محتاط في اجابها ومن الاحتياط القول بوجوبها على كل
واحدة منهما والله تعالى الموفق وان كان ممسكاً طلاقاً لا تصح الاضافة بالاجماع بان جمع بين امرأته وبين أجنبية
فقال احداً كما طالق حتى لا تطلق زوجته لان هذا الكلام يستعمل للانشاء ويستعمل للاخبار ولو حمل على الاخبار
لصح لانه يخبر ان احدهما طالق والامر على ما أخبر ولو حمل على الانشاء لم يصح لان احدهما وهي الاجنبية لا تحتمل
الانشاء لعدم النكاح ولا طلاق قبل النكاح على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان حمله على الاخبار أولى
هذا اذا كان المزاحم في الاسم محتملاً للطلاق فاما اذا لم يكن نحو ما اذا جمع بين امرأته وبين حجر أو بهيمة فقال احداً كما
طالق فهل تصح الاضافة اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف تصح حتى يقع الطلاق على امرأته وقال محمد لا تصح
ولا تطلق امرأته وجهه قوله ان الجمع بين المنكوحة وغير المنكوحة يوجب شكاً في إيقاع الطلاق على المنكوحة كما لو
جمع بين امرأة وبين أجنبية وقال احداً كما طالق فلا يقع مع الشك ولهما أنه اذا جمع بين من يحتمل الطلاق وبين من لا
يحتمل الطلاق في الاسم وأضاف الطلاق اليهما فالظاهر انه أراد به من يحتمل الطلاق لا من لا يحتمل الطلاق لان
اضافة الطلاق الى من لا يحتمله سببه فانصرف مطلق الاضافة الى زوجته بدلالة الحال بخلاف ما اذا جمع بينهما وبين
أجنبية لان الاجنبية محتملة للطلاق في الجملة وهي محتملة للطلاق في الحال اخباراً ان كانت لا تحتمله انشاءً وفي
الصرف الى الاخبار صيانة كلامه عن اللغو فصرف اليه ولو جمع بين زوجته وبين رجل فقال احداً كما طالق لم يصح

في قول أبي حنيفة حتى لا تطلق زوجته وقال أبو يوسف يصح وتطلق زوجته وجه قول أبي يوسف أن الرجل لا يحتمل الطلاق ألا ترى أنه لو قال لامرأته أنا منك طالق لم يصح فصار كما إذا جمع بين امرأته وبين حجر أو بجمية وقال احدا كما طالق ولا يرى حنيفة أن الرجل يحتمل الطلاق في الجملة ألا ترى أنه يحتمل البينونة حتى لو قال لامرأته أنا منك بائن ونوى الطلاق يصح والابانة من ألفاظ الطلاق فان الطلاق نوعان رجعي وبائن وإذا كان محتملا للطلاق في الجملة حمل كلامه على الاخبار كما إذا جمع بينهما وبين أجنبية وقال احدا كما طالق ولو جمع بين امرأته وبين امرأة ميتة فقال أنت طالق أو هذه وأشار إلى الميتة لم يصح الاضافة بالاجماع حتى لا تطلق زوجته الحية لان الميتة من جنس ما يحتمل الطلاق وقد كانت محتملة للطلاق قبل موتها فصار كما لو جمع بينهما وبين أجنبية والله عز وجل موفق وأما الجمالة الطارئة فهي أن يكون الطلاق مضافا إلى معلومة ثم يجهل كما إذا طلق الرجل امرأة بعينها من نسائه ثلاثا ثم نسي المطلقة والكلام في هذا الفصل في موضعين أيضا أحدهما في بيان كيفية هذا التصرف والثاني في بيان أحكامه أما الأول فلا خلاف في أن الواحدة منهن إذا ألق قبل البيان لانه أضيف الطلاق إلى معينة وانما طرأت الجمالة بعد ذلك والمعينة محل وقوع الطلاق فيكون البيان ههنا اظهارا أو تعيينا لمن وقع عليها الطلاق وأما الاحكام المتعلقة به فنوعان أيضا على ما مر أما الذي يتعلق به في حال حياة الزوج فهو أنه لا يحل له أن يطأ واحدة منهن حتى يعلم التي طلق فيجنبها لان احدا من محرمه يتيقن وكل واحدة منهما يحتمل أن تكون هي المحرمة فلو وطئ واحدة منهما وهو لا يعلم بالمحرمة فربما وطئ المحرمة والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لو ابصت من عبدي الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يربك إلى ما لا يربك ولا يجوز أن تطلق واحدة منهن بالتحرى والاصل فيه أن كل ما لا يباح عند الضرورة لا يجوز فيه التحرى والفرج لا يباح عند الضرورة فلا يجوز فيه التحرى بخلاف الذكوة اذا اختلطت بالميتة أنه يجوز التحرى في الجملة وهي ما اذا كانت الغالبة للذكوة عندنا لان الميتة مما يباح عند الضرورة فان جحدت كل واحدة منهن أن تكون المطلقة فاستعدين عليه الحاكم في النفقة والجماع اعدى عليه وحسبه على بيان التي طلق منهن والزمه النفقة لمن لان لكل واحدة منهن حق المطالبة بحقوق النكاح ومن عليه الحق اذا امتنع من الايفاء مع قدرته عليه يحبس كمن امتنع من قضاء دين عليه وهو قادر على قضاءه فيحبسه الحاكم ويقضى بنفقة من عليه لان النفقة من حقوق النكاح فان ادعت كل واحدة منهن أنها هي المطلقة ولا بينة لها وجحد الزوج فعليه اليمين لكل واحدة منهن لان الاستخلاف للتكول والتكول بذل أو اقرار والطلاق يحتمل البذل والاقرار فيستحلف فيه فان أبى أن يحلف ففرق بينه وبينه لانه بذل الطلاق لكل واحدة منهن أو أقرب به والطلاق يحتمل كل واحدة منهن وان حلف لمن لا يستقط عنه البيان بل لا بد أن يبين لان الطلاق لا يرتفع باليمين فبقى على ما كان عليه فيؤخذ بالبيان وروى ابن سبعة عن محمد أنه قال اذا كانتا امرأتين حلف للاولى طلقت التي لم يحلف لها لانه لما أنكر للاولى أن تكون مطلقة تعينت الاخرى للطلاق ضرورة وان لم يحلف للاولى طلقت لانه بالتكول بذل الطلاق لها أو أقرب به فان تشاحنا على اليمين حلف لهما جميعا بالله تعالى ما طلق واحدة منهما لانهما استويا في الدعوى ويمكن ايفاء حقهما في الحلف فيحلف لهما جميعا فان حلف لهما جميعا حجب عنهما حتى يبين لان احدهما قد بقيت مطلقة بعد الحلف اذا الطلاق لا يرتفع باليمين فكانت احدهما محرمة فلا يمكن منها إلى أن يبين فان وطئ احدهما فالتى لم يطأها مطلقة لان فعله محمول على الجواز ولا يجوز الا بالبيان فكان الوطء بيانا أن الموطوءة منكوبة فتعنت الاخرى للطلاق ضرورة انتفاء المزاحم كما لو قال احدا كما طالق ثم وطئ احدهما واذا طلق واحدة من نسائه بعينها فنسائها لم يتذكر فينبغي فيما بينه وبين الله تعالى أن يطلق كل واحدة منهن تظليقة رجعية ويتركها حتى تنقضي عدتها فتبين لانه لا يجوز له أن يمسهن فيقر بهن جميعا لان احدا من محرمه يتيقن ولا يجوز له أن يطأ واحدة منهن بالتحرى لانه لا مدخل للتحرى في الفرج ولا يجوز له أن يتركهن بغير بيان لما فيه من الاضرار بهن بابطال حقوقهن من هذا الزوج ومن غيره

بالنكاح اذ لا يحل لمن النكاح لان كل واحدة منهم يحتمل أن تكون منكوحة فيوقع على كل واحدة منهم تطليقة رجعية
ويتركها حتى تنقضى عدتها فتبين وإذا انقضت عدتهن وبن فإراد أن يزوج الكل في غفلة واحدة قبل أن يزوجن
لم يجز لان واحدة منهم مطلقة ثلاثة بيقين وان أراد أن يزوج واحدة منهم فلا حسن أن لا يزوجها الا بعد أن
يزوجن كلهن بزواج آخر لجواز أن تكون التي يزوجها هي المطلقة ثلاثا فلا يحل له حتى تنكح زوجا غيره فاذا تزوجن
بغيره فقد حلن بيقين فلو أنه تزوج واحدة منهم قبل أن يزوجن بغيره جاز نكاحها لان فعله يحل على الجواز والصحة
ولا يصح الا بالبيان فكان اقدامه على نكاحها ينافي أنها ليست بمطلقة بل هي منكوحة وكذا اذا تزوج الثانية والثالثة
جاز لما قلنا وتعينت الرابعة للطلاق ضرورة تنفاء المزاحم وكذا اذا كانتا اثنتين فتزوج احدهما تعينت الاخرى
للطلاق لا تأمحل نكاح التي تزوجها على الجواز ولا جواز له الا بتعيين الاخرى للطلاق فتعين الاخرى للطلاق
ضرورة هذا اذا كان الطلاق ثلاثا فان كان باثنتين كجهن جميعا نكاحا جديدا ولا يحتاج الى الطلاق وان كان رجعا
يراجعهن جميعا واذا كان الطلاق ثلاثا فثابت واحدة منهم قبل البيان فلا حسن أن لا يبطأ الباقيات الا بعد بيان المطلقة
لجواز أن تكون المطلقة فيهن وان وطئن قبل البيان جاز لان فعل العاقل المسلم يحل على وجه الجواز ما أمكن وهما
أمكن بان يحمل فعله على أنه تذكرة ان الميتة كانت هي المطلقة اذا البيان في الجملة الطارئة اظهر وتعين لمن وقع عليها
الطلاق بلا خلاف فلا تكون حياتها شرطا لجواز بيان الطلاق فيها واذا تعينت هي للطلاق تعينت الباقيات
للكناح فلا يمنع من وطئن بخلاف الجملة الاصلية اذا ماتت واحدة منهم أنها لا تعين للطلاق لان الطلاق هناك
يقع عند وجود الشرط وهو البيان مقصورا عليه والحل ليس بقابل لوقوع الطلاق وقت البيان ثم البيان
ضر بان نص ودلالة النص فهو أن يبين المطلقة نصا فيقول هذه هي التي كنت طلقته وأما الدلالة فهي أن يفعل أو
يقول ما يدل على البيان مثل أن يبطأ واحدة أو يقبلها أو يطلقها أو يحلف بطلاقها أو يظهر منها فان كانتا اثنتين تعينت
الاخرى للطلاق لان فعله أو قوله يحل على الجواز ولا يجوز الا بتعيين الاخرى للطلاق فكان الاقدام عليه تعينا
للاخرى للطلاق ضرورة وكذا اذا قال هذه منكوحة وأشار الى احدهما تعين الاخرى للطلاق ضرورة وكذا
اذا قال هذه منكوحة وان كن أر بعاً أو ثلاثا تعينت الباقيات لكون المطلقة فيهن فتعين بالبيان نصاً أو دالة بالفعل
أو بالقول على ما مر بيانه في الفصل الاول ولو كن أر بعاً ولم يكن دخل بهن فتزوج أخرى قبل البيان جاز لان الطلاق
واقع في احدهن فكان هذا نكاح الرابعة فلا يتحقق الجمع بين الخمس فيجوز وان كن مدخولاً بهن لا يجوز لانه
يتحقق الجمع لقيام النكاح من وجه لقيام العدة ولو كان الطلاق في الصحة فبين في واحدة منهم في مرضه ثم مات لم
ترثه لان البيان هنا اظهر وتعين لمن وقع عليه الطلاق والوقوع كان في الصحة فلا ترث بخلاف الفصل الاول
(واما) الذي يتعلق به بعد موت الزوج فأحكامه ثلاثة حكم المهر وحكم الميراث وحكم العدة وقد بيناها في الفصل
الاول والفصلان لا يمتثلان في هذه الاحكام فاعرفت من الجواب في الاول فهو الجواب في الثاني والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الظهار ﴾

يحتاج في هذا الكتاب الى معرفة ركن الظهار والى معرفة شرائط الركن والى معرفة حكم الظهار والى معرفة ما ينتهي
به حكمه والى معرفة كفارة الظهار أما ركن الظهار فهو اللفظ الدال على الظهار والاصل فيه قول الرجل لامرأته
أنت على كظهر أمي يقال ظاهر الرجل من امرأته واظهار وتظاهر وأظهر وتظهر أي قال لها أنت على كظهر أمي
ويلحق به قوله أنت على كبطن أمي أو أخذ أمي أو فرج أمي ولان معنى الظهار تشبيه الحلال بالحرام ولهذا وصفه الله
تعالى بكونه منكراً من القول وزوراً فقال سبحانه وتعالى في آية الظهار وانهم ليقولون منكراً من القول وزوراً وبطن الأم
ونفذها في الحرمة مثل ظهرها ولقرجها من بد حرمة فتزاد جنباته في كونه قوله منكراً وزوراً فثبت كذا الجزاء وهو الحرمة

فصل في أنواع الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى المظاهر وبعضها يرجع الى المظاهر منه وبعضها يرجع الى المظاهر به أما الذي يرجع الى المظاهر فأنواع منها أن يكون عاقلاً إما حقيقة أو تقديرافلاً يصبح ظهاراً المجنون والصبى الذى لا يعقل لأن حكم الحرمة وخطاب التحريم لا يتناول من لا يعقل ومنها أن لا يكون معتوها ولا مدهو شاولاً مبرسماً ولا منعمى عليه ولا نائماً فلا يصبح ظهاراً هؤلاء كالأب يصبح طلاقهم وظهار السكران كطلاقه وهو على التفصيل الذى ذكرناه فى كتاب الطلاق ومنها أن يكون بالغاً فلا يصبح ظهاراً الصبى وإن كان عاقلاً للمامر فى ظهار المجنون ولأن الظهار من التصرفات الضارة المحضة فلا يملك الصبى كالأب الطلاق والعناق وغيرهما من التصرفات التى هى ضارة محضة ومنها أن يكون مسلماً فلا يصبح ظهاراً الذمى وهذا عندنا وعند الشافعى اسلام المظاهر ليس بشرط لصحة ظهاره و يصبح ظهاراً الذمى راجحاً بعموم قوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم من غير فصل بين المسلم والكافر ولأن الكافر من أهل الظهار لأن حكمه الحرمة والتكفار محاط بوجوب شرائع هى حرمت ولهذا كان أهلاً للطلاق فكذا للظهار ولنا أن عموماً النكاح لا يقتضى حل وطء الزوجات على الأزواج نحو قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين وقوله عز وجل نسأؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم والظهار لا يوجب زوال النكاح والزوجة لأن لفظ الظهار لا يبنى عنه ولهذا لا يحتاج الى تجديد النكاح بعد الكفارة لأن المسلم صار مخصوصاً فمن ادعى تخصيص الذمى يحتاج الى الدليل ولأن حكم الظهار حرمة مؤقتة بالكفارة أو بتحريره بخلفه الصوم والكافر ليس من أهل هذا الحكم فلا يكون من أهل الظهار وقد خرج الجواب عما ذكره من المعنى وأما آية الظهار فانها تناول المسلم لدلائل أحدها أن أول الآية خاص فى حق المسلمين وهو قوله عز وجل والذين يظاهرون منكم فقولته تعالى منكم كناية عن المسلمين ألا ترى الى قوله سبحانه وتعالى وإن الله لعفو رحيم والكافر غير حائز المغفرة وقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم بناء على الأول والثانى أن فيها أمراً بتحريره بخلفه الصيام إذا لم يجد الرقبة والصيام يخلفه الطعام إذا لم يستطع وكل ذلك لا يتصور الا فى حق المسلم والثالث أن المسلم مراد من هذه الآية بلا شك والمذهب عندنا أن العام يبنى على الخاص ومتى بنى العام على الخاص خرج المسلم عن عموم الآية ولم يقل به أحد وأما كونه حراً فليس بشرط لصحة الظهار فيصبح ظهاراً العبد لأن الظهار تحريم والعبد من أهل التحريم ألا ترى أنه يملك التحريم بالطلاق فكذا بالظهار ولعموم قوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم فإن قيل هذه الآية لا تناول العبد لأنه جعل حكم الظهار التحريم بقوله تعالى فتحرير رقبة والعبد ليس من أهل التحريم فلا يكون من أهل حكم الظهار فلا يكون من أهل الظهار فلا يتناولوه نص الظهار فالجواب أنه ممنوع أنه جعل حكم الظهار التحريم على الإطلاق بل جعل حكمه فى حق من وجد فاما فى حق من لم يجد فأنما جعل حكمه الصيام بقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين والعبد غير واجد لأنه لا يكون واجداً إلا بالملك والعبد ليس من أهل الملك فلا يكون واجداً فلا يكون الاعناق حكم الظهار فى حقه إذا لا اعتق فيما لا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يجوز له التكفير بالاعتناق وكذا بالاطعام إذا لا يطعم على وجه التملك أو الإباحة ولا يباحة لا تتحقق بدون الملك ولو كفر العبد بهما باذن مولاه أو المولى كفر عنه بهما لم يحز لأن الملك لم يثبت له فلا يقع الاعتناق والاطعام عنه بخلاف الفقير إذا اعتق عنه غيره أو أطعم فانه يجوز لأن الفقير من أهل الملك فثبت الملك له أولاً ثم يؤدى عنه بطريق النيابة والعبد ليس من أهل الملك فلا يملك المؤدى فلا يحز به فى الكفارة إلا الصيام وليس لمولاه أن يمنعه من صيام الظهار بخلاف صيام النذر وكفارة اليمين لأن للمولى أن يمنعه عن ذلك لأن صوم الظهار قد تعلق به حق المرأة لأنه يتعلق به استباحة وطئها الذى استحقه بعقد النكاح فكان منعه إياها عن الصيام منعاً له عن إيفاء حق مستحق للغير فلا يملك ذلك بخلاف صوم النذر وكفارة اليمين لأنه لم يتعلق به حق أحد فكان العبد بالصوم متصرفاً فى المنافع المملوكة لمولاه من غير إذنه لا حق لأحد فيه فكان له منعه عن ذلك سواء

كان العبد قنأ أو مدبراً أو أم ولد أو مكاتباً أو مستسعى على أصل أبي حنيفة لما قلنا وكذا كونه جاداً فليس بشرط لصحة الظهار حتى يصبح ظهاراً لازل كما يصبح طلاقه وكذا كونه طائفاً أو عامداً ليس بشرط عندنا فيصبح ظهاراً المكره والخاطي كما يصبح طلاقهما وعند الشافعي شرط فلا يصبح ظهارهما كما لا يصبح طلاقهما وهذه من مسائل الأكره وكذا التكلم بالظهار ليس بشرط حتى يصير مظاهراً بالكتابة المستتينة والاشارة المعلومة من الآخرس وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط فيصبح ظهاراً لشارط الخيار لما ذكرنا في كتاب الطلاق وأما كون المظاهر رجلاً فهل هو شرط صحة الظهار قال أبو يوسف ليس بشرط وقال محمد شرط حتى لو قالت المرأة لزوجها أنت على كظهر أمي تصير مظهرة عند أبي يوسف وعليها كفارة الظهار وعند محمد لا تصير مظهرة ولما حكى قولهما للحسن بن زياد فقال هما شيخا الفقه أخطأ عليهما كفارة اليمين إذا وطئها زوجها (وجهه) قول الحسن أن الظهار تحريم فتصير كأنها قالت لزوجها أنت على حرام ولو قالت ذلك تلزمها الكفارة إذا وطئها كذا هذا (وجهه) قول محمد أن الظهار تحريم بالقول والمرأة لا تملك التحريم بالقول ألا ترى أنها لا تملك الطلاق فكذا الظهار ولا يابى يوسف أن الظهار تحريم يرتفع بالكفارة وهي من أهل الكفارة فكانت من أهل الظهار والله أعلم ومنها النية عند أبي حنيفة وأبي يوسف في بعض أنواع الظهار دون بعض وبيان ذلك أنه لو قال لامرأته أنت على كظهر أمي كان مظاهراً سواء نوى الظهار أو لانيته له أصلاً لأن هذا صريح في الظهار أذهو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع بحيث يسبق إلى أفهام السامعين فكان صريحاً لا يفتقر إلى النية كصريح الطلاق في قوله أنت طالق وكذا إذا نوى به الكرامة أو المنزلة أو الطلاق أو تحريم اليمين لا يكون الاظهار لأن هذا اللفظ صريح في الظهار فإذا نوى به غيره فقد أراد صرف اللفظ عما وضع له إلى غيره فلا ينصرف إليه كما إذا قال لامرأته أنت طالق ونوى به الطلاق عن الوثاق أو الطلاق عن العمل أنه لا ينصرف إليه ويقع الطلاق لما قلنا كذا هذا ولو قال أردت به الأخبار عما مضى كذبالا يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر لأن هذا اللفظ في الشرع جمل إنشاء فلا يصدق في إرادة الأخبار عنه كقوله أنت طالق إذا أراد به الأخبار عن الماضي كاذبالا يسع للمرأة أن تصدقه كما لا يسع للقاضي لأن القاضي إنما لا يصدق له دعائه خلاف الظاهر وهذا موجود في حق المرأة ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله كلامه وكذا إذا قال أنا منك مظهر أو قد ظاهرتك فهو مظهر نوى به الظهار أو لانيته له لأن هذا اللفظ صريح في الظهار أيضاً أذهو مكشوف المراد عند السامع فلا يفتقر إلى النية وأى شيء نوى لا يكون الاظهار وإن أراد به الخبر عن الماضي كاذبالا يصدق قضاء ويصدق ديانة لما قلنا كما لو قال أنت مطلقة أو قد طلقتك وكذا لو قال أنت على كبطن أمي أو كعخذ أمي أو كفرج أمي فهذا وقوله أنت على كظهر أمي على السواء لأنه يجري مجرى الصريح لما ذكرنا في تقدم ولو قال لها أنت على كأمي أو مثلي أمي يرجع إلى نيته فإن نوى به الظهار كان مظاهراً وإن نوى به الكرامة كان كرامة وإن نوى به الطلاق كان طلاقاً وإن نوى به اليمين كان إيلاء لأن اللفظ يحتمل كل ذلك أذهو تشبيه المرأة بالأم فيحتمل التشبيه في الكرامة والمنزلة أي أنت على في الكرامة والمنزلة كما في ويحتمل التشبيه في الحرمة ثم يحتمل ذلك حرمة الظهار ويحتمل حرمة الطلاق وحرمة اليمين فأى ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه فيكون على ما نوى وإن لم يكن له نية لا يكون ظهاراً عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف إلا أن عند أبي حنيفة لا يكون شيئاً وعند أبي يوسف يكون تحريم اليمين وعند محمد يكون ظهاراً احتج محمد بقوله تعالى في آية الظهار رداعلى المظاهر بن ماهن أمهاتهم وذكر الله سبحانه وتعالى الأم ولم يذكر ظهار الأم فدل أن تشبيه المرأة بالأم وهو قوله أنت على كأمي ظهار حقيقة كقوله أنت على كظهر أمي بل أولى لأن قوله أنت على كظهر أمي تشبيه المرأة بعض من أعضائها وقوله أنت كأمي تشبيه بكلماتها ذلك لما كان ظهاراً فهذا أولى ولأن كاف التشبيه تختص بالظهار فبند الاطلاق تحمل عليه ولا يابى حنيفة وأبي يوسف أن هذا اللفظ يحتمل الظهار وغيره احتمالاً على السواء لما ذكرنا فلا ينعين الظهار الأدليل

معين ولم يوجد الا ان ابا يوسف يقول بحمل على تحریم اليمين لان الظاهر انه أراد بهذا التشبيه التشبيه في التحريم وذلك
 يحتمل تحریم الطلاق وتحریم اليمين الا ان تحریم اليمين أدنى فيحمل عليه والجواب اننا نسلم انه أراد به التشبيه في
 التحريم بل هو محتمل بحتمل الحرمة وغيره فلا يتغير التحريم من غير دليل مع ما ان معنى الكرامة والمنزلة أدنى فيحمل
 مطلق التشبيه عليه وما ذكره محمدان الله تعالى ذكر الامهات لا ظهورهن قلنا هذا لا يدل على ان التشبيه بالام ظاهر
 حقيقة لانه لو كان حقيقة لقال ما هن كاهناتهم لانه أثبت الامومية لها ولو قال أنت على حرام كاهن حمل على نيتته
 لانه اذا ذكر مع التشبيه التحريم لم يحتمل معنى الكرامة فتعين التحريم ثم هو يحتمل تحریم الظهار ويحتمل
 تحریم الطلاق والا يلاء فيرجع الى نيته فان لم يكن له نية يكون ظهارا لان حرف التشبيه يختص بالظهار فمطلق التحريم
 يحتمل عليه ولو قال أنت على حرام كظهر أمي فان نوى الظهار أو لانية له أصلا فهو ظهار وان نوى الطلاق لم يكن
 الاظهار في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يكون طلاقا وروى عن أبي يوسف انه يكون ظهارا وطلاقا معا
 وجه قوله ان قوله أنت على حرام يحتمل الطلاق كما يحتمل الظهار فاذا نوى به الطلاق فقد نوى ما يحمله لفظه
 فصحت نيته وأبو حنيفة يقول لما قال بعد قوله حرام كظهر أمي فقد فسر التحريم بتحریم الظهار فزال الاحتمال فكان
 صريحا في الظهار فلا تعمل فيه النية وما روى عن أبي يوسف غير سديد لانه حمل اللفظ الواحد على معنيين واللفظ
 الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين ولو قال أنت على كالميتة أو كالدوم أو كالخمر أو كالحكم الخنزير يرجع الى نيته ان نوى
 الطلاق كان طلاقا وان نوى التحريم أو لانية له يكون عيئا ويصير موليا وان قال عيت به الكذب لم يكن شيئا ولا
 يصدق في نفي اليمين في القضاء وقد ذكرنا هذه المسئلة في كتاب الطلاق في فصل الايلاء

فصل وأما الذي يرجع الى المظاهر منه فمنها ان تكون زوجته وهي أن تكون مملوكة له ملك النكاح فلا يصح
 الظهار من الأجنبية لعدم الملك ويصح ظهار زوجته تنجيزا وتعليقا وضافة الى وقت بان قال لها أنت على كظهر أمي
 الى رأس شهر كذا القيام الملك وتعليقا في الملك بان قال لها ان دخلت الدار أو ان كلمت فلانا فانت على كظهر أمي لوجود
 الملك وقت اليمين وأما تعليقه بالملك وهو اضافته الى سبب الملك فصحيح عندنا خلافا للشافعي بان قال لأجنبية ان
 تزوجتك فانت على كظهر أمي حتى لو تزوجها صار مظاهرا عندنا لوجود الاضافة الى سبب الملك وعنده لا يصح لعدم
 الملك للحال ولو قال لأجنبية ان دخلت الدار فانت على كظهر أمي لا يقع الظهار حتى لو تزوجها فدخلت الدار لا يصير
 مظاهرا بالاجماع لعدم الملك والاضافة الى سبب الملك وعلى هذا يخرج الظهار من الامة والمدة وأما الولد والمكاتب
 والمستعانة على أصل أبي حنيفة انه لا يصح لعدم الزوجية ثم انما كانت الزوجية شرطا لصحة الظهار لان ثبوت
 الحرمة بالظهار أمر ثبت تعبد اغيرة قول المعنى لان قوله أنت على كظهر أمي تشبيه المرأة بالام وانه محتمل محل التشبيه
 في الكرامة والمنزلة ويحتمل التشبيه في الحرمة ثم التشبيه في الحرمة محتمل أيضا محتمل حرمة الظهار وهي الحرمة المؤقتة
 بالكفارة ويحتمل حرمة الطلاق وحرمة اليمين وهذه الوجوه كلها في احتمال اللفظ سواء فلا يجوز تزويله على بعض
 الوجوه من غير دليل معين الا ان هذه الحرمة تثبت شرعا غير معقول فيعصر على مو رد الشرع وهي الزوجية قال الله
 تعالى والذين يظاهرون من نسائهم والمراد منه الزوجات كما في قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم وقوله تعالى وأمهات
 نسائكم وقوله عز وجل نسائكم حرث لكم فأتوا حرثكم أني شتمتم ونحو ذلك وسواء كانت الزوجة حرة أو أمة قنة أو
 مدبرة أو ولد أو ولد أم ولد أو مكاتب أو مستعانة على أصل أبي حنيفة لمعوم قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم
 ومنها قيام ملك النكاح من كل وجه فلا يصح الظهار من المطلقة ثلاثا ولا المبانة والمختلعة وان كانت في العدة بخلاف
 الطلاق لان المختلعة والمبانة يلحقهما صريح الطلاق لان الظهار تحريم وقد ثبتت الحرمة بالابانة والخلع وتحريم المحرم
 محال ولانه لا يفيد لان الثاني لا يفيد الا ما أفاده الاول فيكون عبثا خلوه عن العاقبة الحميدة بخلاف الطلاق ولان
 الطلاق ازالة للحل الحلية وانه قائم بعد الابانة فلم يكن اثبات الثابت فلم يكن مستحيلا وكذا الثاني فيفيد غير ما أفاده

الاول وهو نقصان العدد والفرق بين الفصلين وكذا اذا علق الطلاق بشرط ثم أبانها قبل وجود الشرط ثم وجد الشرط وهي في العدة انه لا ينزل الظهار بخلاف ما اذا علق الابانة بشرط فيجز الابانة ثم وجد الشرط وهي في العدة انه يلحقها البائن المعلق لما ذكرنا ان الظهار تحریم والمبانة محرمة فلو لحقها الظهار يمين كانت قبل الابانة لكان تحریم المحرم وهو مستحيل ثم هو غير مفيد فاستوى فيه الظهار المبتدأ والمعلق بشرط بخلاف البيئونة المعلقة بشرط لان ثبوتها بعد تنجز الابانة غير مستحيل وهو مفيد أيضا وهو نقصان العدد والله عز وجل الموفق ومنها ان يكون الظهار مضيا قالى بدن الزوجة أو الى عضو منها جامع أو شائع وهذا عندنا وعند الشافعي ليس بشرط وتصحح الاضافة اليها أو الى كل عضو منها وعلى هذا يخرج ما اذا قل لها رأسك على كظهر أمي أو وجهك أو رقبتيك أو فرجك انه يصير مظاهرا لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فكانت الاضافة اليها اضافة الى جميع البدن وكذا اذا قل لها ثلثك على كظهر أمي أو ربك أو نصفك ونحو ذلك من الاجزاء الشائعة ولو قال يدك أو رجلك أو أصبعك لا يصير مظاهرا عندنا خلافا للشافعي واختلف مشايخنا في الظهر والبطن وهذه الجملة قد مررت في كتاب الطلاق

فصل وأما الذي يرجع الى المظاهر به فتنها أن يكون من جنس النساء حتى لو قال لها أنت على كظهر أمي أو أبني لا يصح لان الظهار عرفا موجبا بالشرع والشرع انما ورد بها فيما اذا كان المظاهر به امرأة ومنها أن يكون عضوا لا يحل له النظر اليه من الظهر والبطن والفخذ والفرج حتى لو شبهها برأس أمه أو بوجهها أو يدها أو رجلها لا يصير مظاهرا لان هذه الاعضاء من أمه يحل له النظر اليها ومنها أن تكون هذه الاعضاء من امرأة يحرم نكاحها عليه على التأييد سواء حرمت عليه بالرحم كالأم والبنات والاخت وبنات الاخ والاخت والعمة والخالة أو بالرضاع أو بالصهرية كأمه أو بيه وحليلة ابنة لانه يحرم عليه نكاحهن على التأييد وكذا أم امرأته سواء كانت امرأته مدخولا بها أو غير مدخول بها لان نفس العقد على البنات محرم للام فكانت محرمه عليه على التأييد وأما بنت امرأته فان كانت امرأته مدخولا بها فكذلك لانه اذا دخل بها فقد حرمت عليه ابنتها على التأييد وان كانت غير مدخول بها لا يصير مظاهرا لعدم الحرمة على التأييد ولو شبهها بظهر امرأته زنى بها أبوه أو ابنته قال أبو يوسف هو مظاهر وقال محمد ليس بمظاهر بناء على أن قاضيا لو قضى بجواز نكاح امرأته زنى بها أبوه أو ابنته لا ينفذ قضاءه عند أبي يوسف حتى لو رفع قضاؤه الى قاض آخر أبطله فكانت محرمه النكاح على التأييد وعند محمد ينفذ قضاءه وليس للقاضي الثاني أن يبطله اذا رفع اليه فلم تكن محرمه على التأييد (وجه) قول أبي يوسف أن حرمة نكاح موطوءة الأب منصوص عليها قال الله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء لان النكاح في اللغة الضم وحقيقة الضم في الوطء فلم يكن هذا محل الاجتهاد اذ الاجتهاد المخالف للنصوص باطل فالقضاء بالجواز يكون مخالفا للنص فكان باطلا بخلاف ما اذا شبهها بامرأة قد فرق بينه وبينها باللعان انه لا يكون مظاهرا وان كان لا يجوز له نكاحها عندى لانه لو حكم حاكم بجواز نكاحها جاز لان حرمة نكاحها غير منصوص عليه فلم تكن محرمه على التأييد وجه قول محمد أن جواز نكاح هذه المرأة مجتهد فيه ظاهر الاجتهاد وانه جائز عند الشافعي وقد ظهر الاختلاف فيه في السلف فكان محل الاجتهاد وظاهر النص محتمل التأويل فكان للاجتهاد فيه مساعا وللرأى محالا ولو شبهها بظهر امرأته هي أم المزني بها أو بنت المزني بها لم يكن مظاهرا لان هذا فصل مجتهد فيه ظاهر الاجتهاد في السلف فلم تكن المرأة المظاهر بها محرمه على التأييد ولو قبل أجنبية بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة ثم شبه زوجته ببناتها لم يكن مظاهرا عند أبي حنيفة قال ولا يشبه هذا الوطء الوطء أبين وأظهر عنى بذلك انه لو شبه زوجته ببنات موطوءة فلا يصير مظاهرا فهذا أولى لان التقبيل واللمس والنظر الى الفرج سبب مفض الى الوطء فكان دون حقيقة الوطء فلم يصير مظاهرا بذلك فهذا أولى وعند أبي يوسف يكون مظاهرا لان الحرمة بالنظر منصوص عليها قال النبي صلى الله عليه وسلم من كشف خمار امرأة أو نظر الى فرجها حرمت عليه أمها وابنتها وعلى هذا يخرج ما اذا شبهها بامرأة محرمه عليه في الحال وهي ممن يحل له في حال

أخرى كاخت امرأته أو امرأة لها زوج أو محوسية أو مرتدة أنه لا يكون مظاهرا لأنها غير محرمة على التأيد والله أعلم

فصل وأما حكم الظهار فالظهار أحكام منها حرمة الوطء قبل التكفير لقوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرر رقة من قبل أن يتأسا أي فليحرروا كما في قوله سبحانه وتعالى والودائع يرضعن أولادهن أي ليرضعن وقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن أي ليتربصن أمر المظاهر بتحرر رقة قبل المسيس فلو لم يحرم الوطء قبل المسيس لم يكن الأمر بتقديم التحريم قبل المسيس معنى وهو كونه عز وجل يأبى الذين آمنوا إذا ناجيت الرسول قدموا بين يدي نحوكم صدقة وإنه يدل على حرمة التجوى قبل الصدقة أدل ولم يحرم لم يكن الأمر بتقديم الصدقة على التجوى معنى فكذا هذا وروى أن مسلمة بن صخر البياضي ظاهر من امرأته ثم أبصرها في ليلة قراء عليها خلخال فضة فاعجبته فوطئها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم استغفر الله ولا تعد حتى تكفر أمره صلى الله عليه وسلم بالاستغفار والاستغفار إنما يكون عن الذنب فدل على حرمة الوطء وكذا أنه انتهى المظاهر عن العود إلى الجماع ومطلق النهي للتحريم فيدل على حرمة الجماع قبل الكفارة وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال إذا قال أنت على كظهر أمي لم تحل له حتى يكفر ومنها حرمة الاستمتاع بهما من المباشرة والتقبيل واللمس عن شهوة والنظر إلى فرجها عن شهوة قبل أن يكفر لقوله عز وجل من قبل أن يتأسا وأخف ما يقع عليه اسم المس هو اللمس باليد إذا هو حقيقة لهما جميعا أعني الجماع واللمس باليد لوجود معنى المس باليد فيهما ولأن الاستمتاع داغ إلى الجماع فاذا حرم الجماع حرم الداعي إليه أدل ولم يحرم لادى إلى التناقض ولهذا حرم في الاستبراء وفي الأحرام بخلاف باب الحيض والنفاس لأن الاستمتاع هناك لا يقضى إلى الجماع لوجود المانع وهو استعمال الأذى فامتنع عمل الداعي للتعارض فلا يقضى إلى الجماع ولأن هذه الحرمة إنما حصلت بتشبيه امرأته بأمه فكانت قبل انتهائها بالتكفير وحرمة الأم سواء وتلك الحرمة تمنع من الاستمتاع كذا هذه ولأن الظهار كان طلاق القوم في الجاهلية فنقله الشرع من تحريم المحل إلى تحريم الفعل فكانت جرمة الفعل في المظاهر منها مع بقاء النكاح كحرمة الفعل في المطلقة بعد زوال النكاح وتلك الحرمة تم البدن كله كذا هذه فلا ينبغي للمرأة إذا ظاهر منها زوجها أن تدعه يقر بها بالوطء والاستمتاع حتى يكفر لأن ذلك حرام عليه والتكفير من الحرام حرام ومنها أن للمرأة أن تطالبه بالوطء وإذا طالبت به فعلى الخا أن يجبره حتى يكفر ويطلق أنه بالتحريم بالظهار أضر بها حيث منعها حقها في الوطء مع قيام الملك فكان لها المطالبة بإيفاء حقها ودفع التضرر عنها وفي وسعها إيفاء حتمها بإزالة الحرمة بالكفارة فيجب عليه ذلك ويجبر عليه لو امتنع ويستوى في هذه الأحكام جميع أنواع الكفارات كلها من الاعتاق والضيام والطعام أعني كإنه لا يباح له وطؤها والاستمتاع بها قبل التحريم والصوم لا يباح له قبل الاطعام وهذا قول عامة العلماء وقال مالك أن كانت كفارته الاطعام جازله أن يطأها قبله لأن الله تعالى ما شرط تقديم هذا النوع على المسيس في كتابه الكريم ألا ترى أنه لم يذكر فيه من قبل أن يتأسا وإنما شرط سبحانه وتعالى في النوعين الأولين فقط فيقتصر الشرط على الموضع المذكور ولنا أنه لو أبيع له الوطء قبل الاطعام فيطؤها ومن الجائز أنه يقدر على الاعتاق والضيام في خلال الاطعام فتنتقل كفارته إليه فتبين أن وطأه كان حراما فيجب صيانه عن الحرام بإيجاب تقديم الاطعام احتياطا وعلى هذا يخرج ما إذا ظاهر الرجل من أربع نسوة أنه عليه أربع كفارات سواء ظاهر منهن بأقوال مختلفة أو بقول واحد وقال الشافعي إذا ظاهر بكلمة واحدة فعليه كفارة واحدة وجه قوله أن الظهار أحد نوعي التحريم فيعتبر بالنوع الآخر وهو الإيلاء وهناك لا يجب الا كفارة واحدة بأن قال لنسائه الأربع والله لا أقر بكن فكنها (ولنا) الفرق بين الظهار وبين الإيلاء وهو أن الظهار وإن كان بكلمة واحدة فأنها تناول كل واحدة منهن على حياها فصار مظاهرا من كل واحدة منهن والظهار تحريم

لا يرتفع الا بالكفارة فاذا تعدد التحريم تعدد الكفارة بخلاف الايلاء لان الكفارة ثمة تجب لحزمة اسم الله تعالى جبراً لهتكه والاسم اسم واحد فلا تجب الا كفارة واحدة وكذا اذا ظاهر من امرأة واحدة باربعة أقوال يلزمه أربع كفارات لانه أنى باربع تحريمات ولو ظاهر من امرأة واحدة في مجلس واحد ثلاثاً وأربعا فان لم يكن لهنية فعليه لكل ظاهر كفارة لان كل ظاهر يوجب تحريماً لا يرتفع الا بالكفارة فان قيل انها اذا حرمت بالظهار الاول فكيف تحرم بالثاني وانه اثبات الثابت وانه محال ثم هو غير مفيد فالجواب ان الثاني ان كان لا يفيد تحريماً جديداً فانه يفيد تأكيد الاول فلو قلنا تعذرا لظاهره في التحريم أمكن اظهاره في التكفير فكان مفيداً فائدة التكفير وان نوى به الظهار الاول فعليه كفارة واحدة لان صيغته صيغة الخبر وقد يكرر الانسان اللفظ على ارادة التغليظ والتشديد دون التجديد والظهار لا يوجب نقصان العدد في الطلاق لانه ليس بطلاق ولا يوجب اليقونة وان طالت المدة لانه لا يوجب زوال الملك وانما يحرم الوطء قبل التكفير مع قيام الملك وان جامعها قبل أن يكفر لا يلزمه كفارة أخرى وانما عليه التوبة والاستغفار ولا يجوز له أن يعود حتى يكفر لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لذلك الرجل الذي ظاهر من امرأته فواقعها قبل أن يكفر استغفر الله ولا تعد حتى تكفر فامر به صلى الله عليه وسلم بالاستغفار لما فعل لا بالكفارة ونهاه صلى الله عليه وسلم عن العود اليه الا بتقديم الكفارة عليه والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان ما ينتهي به حكم الظهار أو يبطل فحكم الظهار ينتهي بموت أحد الزوجين لا بطلان محل حكم الظهار ولا بتصور بقاء الشيء في غير محله وينتهي بالكفارة بالوقت ان كان موقفاً وبيان ذلك ان الظهار لا يخلو اما ان كان مطلقاً واما ان كان موقفاً فالمطلق كقوله أنت علي كظهر أمي وحكمه لا ينتهي الا بالكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم لذلك المظاهر استغفر الله ولا تعد حتى تكفر نهاه عن الجمع ومد انتهى الى غاية التكفير فمجتد بها ولا يبطل ببطلان ملك النكاح ولا يبطلان حل الحلية حتى لو ظاهر منها ثم طلقها اطلاقاً بائناً ثم تزوجها لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها حتى يكفر وكذا اذا كانت زوجته أمة فظاهر منها ثم اشتراها حتى يطل النكاح ملك الميم وكذا لو كانت حرة فارتدت عن الإسلام ولحقته بدار الحرب فسيبت ثم اشتراها وكذا اذا ظاهر منها ثم ارتدت عن الإسلام في قول أبي حنيفة واختلفت الرواية عن أبي يوسف على ما ذكرنا في الايلاء وكذا اذا طلقها ثلاثاً فزوجت زوج آخر ثم عادت الى الاول لا يحل له وطؤها بدون تقديم الكفارة عليه لان الظهار قد انقضى بموجبه حكمه وهو الحرمة والاصل أن التصرف الشرعي اذا انقضى مفيد الحكم وفي فائه احتمال الفائدة أو وهم الفائدة يبقى لفائدة تختملة أو موهومة أصله الا باق الطاري على البيع واحتمال العود هيناً قائم فيبقى واذا بقي ببقى على ما انقضى عليه وهو ثبوت حرمة لا ترتفع الا بالكفارة وان كان موقفاً بان كان قال لها أنت علي كظهر أمي يوماً أو شهراً أو سنة صح التوقيت وينتهي بانتهاء الوقت بدون الكفارة عند عامة العلماء وهو أحد قول الشافعي وفي قوله الآخر وهو قول مالك يبطل التأقيت ويتأبد الظهار وجه قوله أن الظهار أخو الطلاق اذ هو أحد نوعي التحريم ثم تحريم الطلاق لا يحتمل التأقيت كذا تحريم الظهار ولنا أن تحريم الظهار أشبه بتحريم الميم من الطلاق لان الظهار تحله الكفارة كالميم يحله اخنث ثم الميم تنوقت كذا الظهار بخلاف الطلاق لانه لا يحله شيء فلا يتوقت والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان كفارة الظهار فالكلام فيه يقع في مواضع في تفسير كفارة الظهار وفي بيان سبب وجوبها وفي بيان شرط وجوبها وفي بيان شرط جوازها أما تفسيرها فاذكره الله عز وجل في كتابه العزيز من أحد الانواع الثلاثة لكن على الترتيب الاعناق ثم الصيام ثم الاطعام وأما سبب وجوب الكفارة فلا خلاف في أن الكفارة لا تجب الا بعد وجود العود والظهار لقوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرر برقة من قبل أن يتأسا غير أنه اختلف في العود قال أصحاب الظواهر هو أن يكون لفظ الظهار وقال الشافعي هو أمساك المرأة على النكاح بعد

الظهار وهو ان يسكت عن طلاقها عقيب الظهار مقدار ما يمكنه طلاقها فيه فاذا أمسكها على النكاح عقيب الظهار مقدار ما يمكنه طلاقها فيه فلم يطلقها فقد وجبت عليه الكفارة على وجه لا يحتمل السقوط بعد ذلك سواء غابت أو ماتت واذا غاب فسواء طلقها أو لم يطلقها راجعها أو لم يراجعها ولو طلقها عقيب الظهار بلا فصل يبطل الظهار فلا تجب الكفارة لعدم امساك المرأة عقيب الظهار وقال أصحابنا العود هو العزم على وطئها عزم ماؤكد حتى لو عزم ثم بدله في أن لا يطأها لا كفارة عليه لعدم العزم المؤكد لأنه وجبت الكفارة بنس العزم ثم سقطت كما قال بعضهم لأن الكفارة بعد سقوطها لا تعود إلا بسبب جديد وجه قول أصحاب الظواهر التمسك بظاهر لفظة العود لان العود في القول عبارة عن تكراره قال الله تعالى ألم ترالى الذين نهوا عن النجوى ثم يعودون لما نهوا عنه فكان معنى قوله ثم يعودون لما قالوا أى يرجعون الى القول الاول فيكررونه وجه قول الشافعى أن قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرر رقيقة من قبل فتتضي وجوب الكفارة بعد العود وذلك فيما قلنا لا فيما قلتم لان عندكم لا تجب الكفارة وانما يحرم الوطء الى أن يؤدي الكفارة فترفع الحرمة وهذا خلاف النص ولنا أن قول القائل قال فلان كذا ثم عاد قال في اللغة يحتمل أن يكون معناه عاد الى ما قال وفيما قال أى كرره ويحتمل أن يكون معناه عاد لتقض ما قال فانه حكى أن اعرايبا تكلم بين يدي الاصحى بانه كان بينى بناء ثم يعود له فقال له الاصحى ما أردت بقولك أعود له فقال أنقضه ولا يمكن حمله على الاول وهو التكرار لان القول لا يحتمل التكرار لان التكرار إعادة عين الاول ولا يتصور ذلك في الاعراض لكونها مستحيلة البقاء فلا يتصور اعادة ما وكذا النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر ابا يساب الكفارة لم يسأله أنه هل كرر الظهار أم لا ولو كان ذلك شرطا لسأله اذ الموضع موضع الاشكال وكذا الظهار الذى كان متعارفا بين أهل الجاهلية لم يكن فيه تكرار القول واذا تعذر حمله على الوجه الاول يحمل على الثانى وهو العود لتقض ما قالوا لو فسخته فكان معناه ثم يرجعون عما قالوا وذلك بالعزم على الوطء لان ما قاله المظاهر هو تخريم الوطء فكان العود لتقضه وفسخته استباحة الوطء وبهذا تبين فساد تأويل الشافعى العود بامساك المرأة واستبقاء النكاح لان امساك المرأة لا يعرف عودا في اللغة ولا امساك شئ من الاشياء يتكلم فيه بالعود ولا ان الظهار ليس برفع النكاح حتى يكون العود لما قال استبقاء للنكاح فبطل تأويل العود بالا مساك على النكاح والدليل على بطلان هذا التأويل ان الله تعالى قال ثم يعودون لما قالوا وهم للتراخي فمن جعل العود عبارة عن استبقاء النكاح وامساك المرأة عليه فقد جعله عائد عقيب القول بلا تراخي وهذا خلاف النص اما قوله ان النص يقتضى وجوب الكفارة وعندكم لا تجب الكفارة فليس كذلك بل عندنا تجب الكفارة اذا عزم على الوطء كانه قال تعالى اذا عزمتم على الوطء فكفر قبله كما قال سبحانه وتعالى اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وقوله سبحانه اذا ناجيتم الرسول فقدمواوا نحو ذلك واختلف أيضا في سبب وجوب هذه الكفارة قال بعضهم انها تجب بالظهار والعود جميعا لان الله تعالى علمها بهما بقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرر رقيقة وقال بعضهم سبب الوجوب هو الظهار والعود شرط لان الظهار ذنب ألا ترى أن الله تعالى جعله منكرا من القول وزورا والحاجة الى رفع الذنب والزجر عنه في المستقبل ثابتة فيجب الكفارة لانها رافعة للذنب وزاجرة عنه والدليل عليه أنه تضاف الكفارة الى الظهار لا الى العود يقال كفارة الظهار والا صل أن الاحكام تضاف الى أسبابها لا الى شروطها وقال بعضهم سبب الوجوب هو العود والظهار شرط لان الكفارة عبادة والظهار محظور محض فلا يصلح سببا للوجوب العبادة وقال بعضهم كل واحد منهما شرط وسبب الوجوب أمر ثالث هو كون الكفارة طرا بفائتمينا لبقاء الواجب وكونه قادرا على الايفاء لان ايفاء حقها في الوطء واجب ويجب عليه في الحكم ان كانت بكر أو ثيبا ولم يطأها مرة وان كانت ثيبا وقد وطئها مرة لا يجب فيها بينه وبين الله تعالى اتصال ذلك أيضا لبقاء حقها وعند بعض أصحابنا يجب في الحكم أيضا حتى يجبر عليه ولا يمكنه ايفاء الواجب الا برفع الحرمة ولا ترفع الحرمة الا بالكفارة فتلزمه الكفارة ضرورة ايفاء

الواجب على الأصل المعمود أن يحجب الشيء* إيجاب له. ولم لا يتوصل إليه إلا بكلامه بقائمة الصلاة يكون أمراً بالطهارة ونحو ذلك والله أعلم (وأما) شرط وجوبها فالقدرة على أدائها لا استحالة وجوب الفعل بدون القدرة عليه فلا يجب على غير القادر وكذا العود والظهار أو كلاهما على حسب اختلاف المشايخ فيه على ما مر وأما شرط جوازها فلجواز هذه الكفارة من الأنواع الثلاثة أعنى الاعتاق والصيام والاطعام شرائط نذرها في كتاب الكفارات إن شاء الله تعالى والله عز وجل أعلم

كتاب اللعان

الكلام في اللعان يقع في مواضع في بيان صورة اللعان وكيفية وفي بيان صفة اللعان وفي بيان سبب وجوبه وفي بيان شرائط الوجوب والجواز وفي بيان ما يظهر به سبب الوجوب عند القاضي وفي بيان معنى اللعان وما هيته شرعاً وفي بيان حكم اللعان وفي بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه وفي بيان حكمه إذا سقط أو لم يجب أصلاً مع وجود القذف (أما) صورة اللعان وكيفية فالقذف لا يخلو إما أن يكون بالزنا أو بنفي الولد فإن كان بالزنا فينبغي للقاضي أن يقيمه بين يديه متماثلين فيأمر الزوج أولاً أن يقول أربع مرات أشهد بالله أني لمن الصادقين فيأرميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيأرميتها به من الزنا ثم يأمر المرأة أن تقول أربع مرات أشهد بالله أني لمن الكاذبين فيأرماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليهما إن كان من الصادقين فيأرماني به من الزنا هكذا ذكر في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يحتاج إلى لفظ المواجهة فيقول الزوج فيأرميتك به من الزنا وتقول المرأة فيأرميتني به من الزنا وهو قول زفر ووجهه أن خطاب المعاينة فيه احتمال لأنه يحتملها ويحتمل غيرها ولا احتمال في خطاب المواجهة فالأتيان بلفظ الاحتمال فيه أولى والجواب أنه لما قال أشهد بالله أني لمن الصادقين فيأرميتها به من الزنا وأشار إليها فقد زال الاحتمال لتعيينها بالاشارة فكان لفظ المواجهة والمعاينة فيه سواء وإن كان اللعان بنفي الولد فقد ذكر الكرخي أن الزوج يقول في كل مرة فيأرميتك به من نفي ولدك وتقول المرأة فيأرميتني به من نفي ولدي وذكر الطحاوي أن الزوج يقول في كل مرة فيأرميتها به من الزنا في نفي ولدها وتقول المرأة فيأرماني به من الزنا في نفي ولده وروى هشام عن محمد أنه قال إذا لعن الرجل بولد فقالت في اللعان أشهد بالله أني لمن الصادقين فيأرميتها به من الزنا في نفي ولدها بأن هذا الولد ليس مني وتقول المرأة أشهد بالله أنك لمن الكاذبين فيأرميتني به من الزنا بأن هذا الولد ليس منك وذكر ابن سبعة عن محمد في نوادره أنه قال إذا نفي الولد يشهد بالله الذي لا اله إلا هو أنه لصديق فيأرمها به من الزنا ونفي هذا الولد قال القدوري وهذا ليس باختلاف رواية وإنما هو اختلاف حال القذف فإن كان القذف من الزوج بقوله هذا الولد ليس مني يكفى في اللعان أن يقول فيأرميتك به من نفي الولد لأنه ما قد قذفها الابن الولد وإن كان القذف بالزنا ونفي الولد لا بد من ذكر الأمرين لأنه قد قذفها بالمرتين جميعاً وإنما بدى بالرجل لقوله سبحانه وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم ذمُّ شهادة إلا انفسهم فشهادة أحدهم والقاء للعتيق فيقتضى أن يكون لعان الزوج عقيب القذف فيقع لعان المرأة بعد لعانه وكذا روى أنه لما نزلت آية اللعان وأراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجري اللعان على ذنبك الزوجين بدأ بلعان الرجل وهو قدوة لأن لعان الزوج وجب حقها لأن الزوج ألحق بها العار بالقذف فهي بمثابة إياه باللعان تدفع العار عن نفسها ودفع العار عن نفسها حقها وصاحب الحق إذا طالب من عليه الحق بإفناء حقه لا يجوز له التأخير كمن عليه الدين فإن أخطأ الحاكم فبدأ بالمرأة ثم بالرجل ينبغي له أن يعيد اللعان على المرأة لأن اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تنقح في شهادة الزوج فلا يصح قبل وجود شهادته ولهذا في باب دعاوى يبدأ بشهادة المدعى ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع كذا ههنا فإن لم يعد لعانها حتى فرق بينهما هذت الفرقة لأن تفرقه صادق محل الاجتهاد لأنه يزعم أن اللعان ليس بشهادة بل هو عيب ويجوز تقديم

أحدى اليمينين على الأخرى كتحالف المتداعيين أنه لا يلزم مراعاة الترتيب فيه بل يجوز تقديم أحدهما أيهما كان فكان تفريقه في موضع الاجتهاد فنقد والقيام ليس بشرط كذا روى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال لا يضره قائماً لا عن أوقاع إلا أن اللعان أمان يعتبر فيه معنى الشهادة وأما أن يعتبر فيه معنى اليمين أو يعتبر فيه المعنيين جميعاً والقيام ليس بلام فيهما إلا أنه يندب إليه لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم ندب عاصماً وأمر أنه إليه فقال يا عاصم قم فاشهد بالله وقال لا مرأته قومي فاشهدى بالله ولأن اللعان من جانبه قائم مقام حد القذف ومن جانبها قائم مقام حد الزنا والسبينة في الحدود وأقامتها على الأشهاد والاعلان والقيام أقرب إلى ذلك والله الموفق

فصل في أم صفة اللعان فله صفات منها أنه واجب عندنا وقال الشافعي ليس بواجب إنما الواجب على الزوج بقذفها هو الحد إلا أن له أن يخلص نفسه عنه بالينة أو باللعان والواجب على المرأة إذا لعن الزوج هو حد الزنا ولها أن تخلص نفسها عنه باللعان حتى إن المرأة أن تخصمه إلى الحاكم وتطالبه باللعان عندنا وإذا طالبت به بحجبه عليه ولو امتنع بحبس لا تمتناعه عن الواجب عليه كالممتنع من قضاء الدين فيحبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه وعنده ليس لها ولاية المطالبة باللعان ولا يحجر عليه ولا يحبس إذا امتنع بل يقام عليه الحد وكذا إذا التعن الرجل تحجير المرأة على اللعان ولو امتنعت تحبس حتى تلاعن أو تقر بأن ناعندنا وعنده لا تحجر ولا تحبس بل يقام عليها الحد احتج الشافعي بقوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجدوهم ثم ثمانين جلدة أو جوب سبب حانه وتعالى الحد على القاذف من غير فصل بين الزوج وغيره إلا أن القاذف إذا كان زواجه ان يدفع الحد عن نفسه بالينة أن كانت له بينة وإن لم تكن له بينة يدفعه باللعان فكان اللعان مخلصاً له عن الحد وقوله تعالى ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله جعل سبب حانه وتعالى لعانها فمما لحد الزنا عنها أد الدرء هو الدفع لغة فدل أن الحد وجب عليها بلعانه ثم تدفعه بلعانها ولأن بلعانه يظهر صدقه في القذف لأن الظاهر أنه لا يلاعن إلا وأن يكون صادقاً في قذفه فيجب عليها الحد إلا أن لها أن تخلص نفسها عنه باللعان لأنها إذا لعت وقع التعارض فلا يظهر صدق الزوج في القذف فلا يقام عليها الحد ولنا قوله تعالى والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهن شهداء إلا أقسمن فشهادة أحدهن أر بع شهادات بالله أي فليشهد أحدهن أر بع شهادات بالله جعل سبب حانه وتعالى موجب قذف الزوجات باللعان فمن أوجب الحد فقد خالف النص ولأن الحد إنما يجب لظهور كذبه في القذف وبالامتناع من اللعان لا يظهر كذبه إذا ليس كل من امتنع من الشهادة أو اليمين يظهر كذبه فيه بل يحتمل أنه امتنع منه صوناً لنفسه عن اللعن والغضب والحد لا يجب مع الشبهة فكيف يجب مع الاحتمال ولأن الاحتمال من اليمين يدل وإباحة وإلا باحة لا تحجر في الحدود فإن من أباح للحاكم أن يقيم عليه الحد لا يجوز له أن يقيم وأما آية القذف فقد قيل إن موجب القذف في الابتداء كان هو الحد في الاجنبيات والزوجات جميعاً ثم نسخ في الزوجات وجعل موجب قذفهن اللعان بآية اللعان والدليل عليه ما روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال كنا جلوساً في المسجد ليلة الجمعة فجاء رجل من الأنصار فقال يا رسول الله أرأيت الرجل يجحد مع امرأته رجلاً فإن قتله قتلته وتموه وان تكلم به جلدتموه وان أمسك أمسك على غيظ ثم جعل يقول اللهم افتح فزلت آية اللعان دل قوله وان تكلم به جلدتموه على أن موجب قذف الزوجة كان الحد قبل نزول آية اللعان ثم نسخ في الزوجات بآية اللعان فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره هكذا هو مذهب عامة مشايخنا وعند الشافعي بيني العام على الخاص ويتبين أن المراد من العام ما وراء قدر الخاص سواء كان الخاص سابقاً أو لاحقاً وسواء علم التاريخ وبينهما زمان يصلح للنسخ أو لا يصلح أو جهل التاريخ بينهما فلم تكن الزوجات داخلات تحت آية القذف على قوله فكيف يصح احتجاجها بها وأما قوله تعالى ويدرأ عنها العذاب فلا حجة له فيه لأن دفع العذاب يقتضي توجه العذاب لا وجوبه لأنه حينئذ يكون رفعاً لا دفعاً على أنه يحتمل أن يكون المراد من العذاب هو الحبس إذا حبس يسمى عذاباً قال الله تعالى في قصة الهدهد لا عذبه عذاباً بل قيل في التفسير لا حبسه وهذا لأن العذاب ينبي عن معنى المنع

في اللغة يقال أعذب أي منع وأعذب أي امتنع يستعمل لازما ومتعديا ومعنى المنع بوجد في الحبس وهذا هو مذهبنا انما اذا امتنعت من اللعان تجبس حتى تلاعن أو تقر بالزنا فيدرأ عنها العذاب وهو الحبس باللعان فاذن قلنا بموجب الآية الكريمة ومنها انه لا يحتمل العقو والبراء والصلح لانه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف وفي جانبها قائم مقام حد الزنا وكل واحد منهما لا يحتمل العقو والبراء والصلح لما نذكر ان شاء الله تعالى في الحدود وكذا لموعفت عنه قبل المرافعة أو صالحته على مال لم يصح وعليها رد بدل الصلح ولها ان تطالبه باللعان بعد ذلك كما في قذف الاجنبي ومنها ان لا تجرى فيه النيابة حتى لو وكل أحد الزوجين باللعان لا يصح التوكيل لما ذكرنا انه بمنزلة الحيد فلا يحتمل النيابة كسائر الحدود ولا نه شهادة أو عين وكل واحد منهما لا يحتمل النيابة فاما التوكيل باثبات القذف بالينة فجاز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز ونذكر المسئلة في كتاب الوكالة ان شاء الله تعالى

فصل وأما بيان سبب وجوب اللعان فسبب وجوبه القذف بالزنا وانه نوعان أحدهما بغير نفي الولد والثاني بنفي الولد أما الذي بغير نفي الولد فهو ان يقول لامرأته يا زانية أو زينت أو رأيتك تزنين ولو قال لها جومعت جماعا حرما أو وطئت وطأ حرام فلا لعان ولا حد لعدم القذف بالزنا ولو قذفها بعمل قوم لوط فلا لعان ولا حد في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يجب اللعان بناء على ان هذا الفعل ليس بزنا عنده فلم يوجب القذف بالزنا وعندهما هو زنا والمسئلة تأتي في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ولو كان له أربع نسوة قذفهن جميعا بالزنا في كلام واحد أو قذف كل واحدة بالزنا بكلام على حدة فان كان الزوج وهن من أهل اللعان يلاعن في كل قذف مع كل واحدة على حدة لوجود سبب وجوب اللعان في حق كل واحدة منهن وهو القذف بالزنا وان لم يكن الزوج من أهل اللعان يحد حد القذف ويكتفى بمحد واحد عن الكل لان حد القذف يتداخل ولو كان الزوج من أهل اللعان والبعض منهن ليس من أهل اللعان يلاعن منهن من كانت من أهل اللعان لا غير ولو قال لامرأته يا زانية بنت الزانية وجب عليه اللعان والحد لانه قذف زوجته وقذف امها وقذف الزوجة وجب اللعان وقذف الاجنبية يوجب الحد ثم انهما اذا اجتمعا على مطالبة الحديدي بالحد لاجل الام لان في البداية اسقاط اللعان لانه يصير محدودا في القذف فلم يبق من أهل الشهادة واللعان شهادة والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفي البداية باحدهما اسقاط الآخر بدى بنافيه اسقاط الآخر لقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود وما استطعتم وقد استقطعنا درء الحد بهذا الطريق وان لم تطالبه الام وطالبته للمرأة يلاعن بينهما ويقام حد القذف للام بعد ذلك ان طالبت به كذا ذكر في ظاهر الرواية وذكر للطحاوي انه لا يقام الحد للام بعد اللعان وهذا غير سديد لان المانع من اقامة اللعان في المسئلة الاولى هو خروج الزوج من أهلية اللعان لصيرورته محدودا في القذف ولم يوجدهنا وكذلك لو كانت امها ميتة فقال لها يا زانية بنت الزانية كان لها المطالبة والخصومة في القذفين لوجوب اللعان والحد ثم ان خاصته في القذفين جميعا يحد بالحد فيحد للام حد القذف لما فيه من اسقاط اللعان وان لم تخاصم في قذف امها ولكنها خاصمت في قذف نفسها يلاعن بينهما ويحد للام لما ذكرنا وكذلك الرجل اذا قذف أجنبية بالزنا ثم تزوجها وقذفها بالزنا بعد الزوج وجب عليه الحد واللعان لوجود سبب وجوب كل واحد منهما ثم ان خاصته في القذفين جميعا يحد بالحد القذف حتى يسقط اللعان ولو لم تخاصم في حد القذف وخاصمت في اللعان يلاعن بينهما ثم اذا خاصمت في الحد يحد لما قلنا والله أعلم وأما الذي بنى الولد فهو ان يقول لامرأته هذا الولد من الزنا أو يقول هذا الولد ليس مني فان قيل قوله هذا الولد ليس مني لا يكون قذفا لها بالزنا لجواز أن لا يتكون ابنه بل يكون ابن غيبه ولا تكون هي زانية بان كانت وطئت بشبهة فالجواب نعم هذا الاحتمال ثابت لكنه ساقط الاعتبار بالاجماع لان الامسة أجمعت على انه ان فاه عن الاب المشهور بان قال له نست بأبيك يكون قاذفا لانه حتى يلزمه حد القذف مع وجود هذا الاحتمال ولو جاءه تزوجه بولد فقال له لم تلديه لم يجب اللعان لعدم القذف لانه أنكر الولادة وانكار الولادة لا يكون قذفا فان أقر بالولادة أو شهدت القابلة على

الولادة ثم قال بعد ذلك ليس بابني وجب اللعان لوجود القذف ولو قال لامرأته وهي حامل ليس هذا الحمل مني لم يجب اللعان في قول أبي حنيفة لعدم القذف بنفي الولد وقال أبو يوسف ومحمد ان جاءت بولد لقل من ستة أشهر من وقت القذف وجب اللعان وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لم يجب وجه قولهما انها اذا جاءت به لقل من ستة أشهر من وقت القذف فقد تيقنا بوجوده في البطن وقت القذف ولهذا الوأصى الحمل امرأته فجاءت به لقل من ستة أشهر استحق الوصية واذا تيقنا بوجوده وقت النفي كان محتملا للنفي اذا الحمل يتعلق به الاحكام فان الجارية ترد على بائنها ويجب للمعتدة النفقة لاجل حملها فاذا انفاه يلاعن فاذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر فلم تتيقن بوجوده عند القذف لاحتمال انه حادث ولهذا لا تستحق الوصية ولا بي حنيفة ان القذف بالحمل لو صح اما ان يصح باعتبار الحال أو باعتبار الثاني لا وجه للاول لانه لا يعلم وجوده للحال لجواز انه يرجح لا حمل ولا سبيل الى الثاني لانه يصير في معنى التعليق بالشرط كانه قال ان كنت حاملا فانت زانية والقذف لا يحتمل التعليق بالشرط بخلاف الرد يعيب الحمل لانه يمكن القول بالرد على اعتبار الحال لوجود العيب ظاهر واحتمال الرجوع بخلاف الظاهر فلا يورث الاشبهة والرد بالعيب لا يمنع بالشبهات بخلاف القذف والنفقة لا يختص وجوبها بالحمل عندنا فانما يجب لغير الحامل ولا يقطع نسب الحمل قبل الولادة بلا خلاف بين أصحابنا أما عدا أبي حنيفة فظاهر لانه لا يلاعن وقطع النسب من أحكام اللعان وأما عندهما فلان الاحكام انما تثبت للولد لا للحمل وانما يستحق اسم الولد بالا تفصال ولهذا لا يستحق الميراث والوصية الا بعد الا تفصال وعند الشافعي يلاعن ويقطع نسب الحمل واحتج بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عن بين هلال بن أمية وبين امرأته وهي حامل والحق الولد بها فدل ان القذف بالحمل يوجب اللعان وقطع نسب الحمل ولا حجة له فيه لان هلال لم يذفها بالحمل بل بصريح الزنا وذكر الحمل وبه تقول ان من قال لزوجه زينة وانت حامل يلاعن لانه لم يعلق القذف بالشرط وأما قطع النسب فلان رسول الله صلى الله عليه وسلم علم من طريق الوحي ان هناك ولدا لا ترى انه قال صلى الله عليه وسلم ان جاءت به على صفة كذا فهو لكذا وان جاءت به على صفة كذا فهو لكذا ولا يعلم ذلك الا بالوحي ولا طريق لنا الى معرفة ذلك فلا ينفى الولد والله الموفق

فصل في ما شرائط وجوب اللعان ونجوازه فانواع بعضها يرجع الى القاذف خاصة وبعضها يرجع الى المقتوف خاصة وبعضها يرجع اليهما جميعا وبعضها يرجع الى المقتوف به وبعضها يرجع الى المقتوف فيه وبعضها يرجع الى نفس القذف أما الذي يرجع الى القاذف خاصة فواحد وهو عدم اقامة البينة لان الله تعالى شرط ذلك في آية اللعان بقوله عز وجل والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهن شهداء الا أنفسهن فشهادهن أحدهم أربع شهادات بالله الا تأتيهن أربع من الشهود على المرأة بالزنا لا تثبت اللعان ويقام عليها حد الزنا لانه قد ظهر زناها بشهادة الشهود ولو شهد أربعة أحدهم الزوج فان لم يكن من الزوج قذف قبل ذلك تقبل شهادتهم ويقام عليها الحد عندنا وعند الشافعي لا تقبل شهادة الزوج عليها وجه قول الشافعي ان الزوج متهم في شهادته لاحتمال انه حمله الغيظ على ذلك ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يدفع المجرم عن نفسه وهو اللعان ولا شهادة لدافع المجرم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا ان شهادته بالقبول أولى من شهادة الاجنبي لانها أبعد من التهمة اذا العادة ان الرجل يستر على امرأته ما يلحقه به شين فلم يكن متهما في شهادته فتقبل كشهادة الوالد على ولده وقوله انه يدفع المجرم عن نفسه بهذه الشهادة ممنوع فانه لم يسبق منه قذف يوجب اللعان فانه لم يسبق هذه الشهادة قذف ليدفع اللعان بها فصار كشهادة الاجنبي فانها تقبل ولا تجعل دافعا للحد عن نفسه كذا هذا وان كان الزوج قذفها أولا ثم جاء بثلاثة سواه فشهدوا فم قذفة يحدون وعلى الزوج اللعان لانه لما سبق منه القذف فقد وجب عليه اللعان فهو بشهادته جعل دافعا للضرر عن نفسه فلا تقبل شهادته والزنا لا يثبت بشهادة ثلاثة فصار قذفة فيحدون حد القذف ويلاعن الزوج لقذف زوجته فان جاء هو وثلاثة شهدوا انها قد زنت فلم يعد لولا فلا

وبالغضب وانه في جانب الزوج قائم مقام حصد القذف وفي جانبها قائم مقام حصد الزنا وقال الشافعي اللعان ايمان
 بلفظ الشهادة مقرونة باللعن والغضب فكل من كان من اهل الشهادة واليمين كان من اهل اللعان ومن لا فلا عندنا
 وكل من كان من اهل اليمين فهو من اهل اللعان عنده سواء كان من اهل الشهادة أو لم يكن ومن لم يكن من اهل الشهادة
 واليمين كان من اهل اللعان احتج الشافعي بقوله تعالى في تفسير اللعان فشهدوا بأحدكم أربع شهادات بالله فسر الله
 تعالى اللعان بالشهادة بالله والشهادة بالله يمين الا ترى ان من قال أشهد بالله يكون يميناً الا انه يمين بلفظ الشهادة ولان
 اللعان لو كان شهادة لما قرنه بكلام الله تعالى لان الشهادة لا تقتضي ذلك وانما اليمين هي التي تقتضي اليه ولا نه لو
 كان شهادة لكانت شهادة على النصف من شهادة الرجل كافي سائر المواضع التي للمرأة فيها شهادة فينبغي ان تشهد
 المرأة عشرة مرات فلما لم يكن ذلك دل انه ليس بشهادة والدليل على انه يمين ما روي ان رسول الله صلى الله عليه
 وسلم لما فرق بين المتلاعنين وكانت المرأة حبل فقال لها اذا ولدت ولد فلا ترضعيه حتى تأتيني به فلما انصرفوا عنه
 قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ولدته احمر مثل الدبس فهو يشبه اباه الذي قاه وان ولدته اسود ادعج جمدا
 قططاً فهو يشبه الذي رميت به فلما وضعت واثت به رسول الله صلى الله عليه وسلم نظر اليه فاذا هو اسود ادعج جمدا
 قطط على ما نعت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التي سبقت لكان لي فيها رأي
 وفي بعض الروايات لكان لي ولها شأن فقد سمي صلى الله عليه وسلم اللعان ايماناً لا شهادة فدل انه يمين لا شهادة (ولنا)
 قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله واليمين
 بالآية الكرسي من وجهين أحدهما انه تعالى سمي الذين يرمون أزواجهم شهداء لانه استثناهم من الشهداء
 بقوله تعالى ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم والمستثنى من جنس المستثنى منه والثاني انه يمين اللعان شهادة نصاً بقوله عز
 وجل فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله والخامسة أي الشهادة الخامسة وقال تعالى في جانبها ويدرأ عنها العذاب
 ان تشهد أربع شهادات بالله والخامسة أي الشهادة الخامسة الا انه تعالى سماه شهادة بالله تأكيداً للشهادة باليمين فقوله
 أشهد يكون شهادة وقوله بالله يكون يميناً وهذا مذهبنا انه شهادات مؤكدة بالايمان وهو أولى مما قاله المخالف لانه
 عمل باللفظين في معنيين وفيما قاله حمل اللفظين على معنى واحد فكان ما قلناه أولى والدليل على انه شهادة انه شرط فيه
 لفظ الشهادة وحضرة الحاكم وأما قوله لو كان شهادة لكان في حق المرأة على النصف من شهادة الرجل فنقول هو
 شهادة مؤكدة باليمين فيراعى فيه معنى الشهادة ومعنى اليمين وقد راعينا معنى الشهادة فيه باسقاط لفظة الشهادة فيراعى
 معنى اليمين بالتسوية بين الرجل والمرأة في العدد عملاً بالشبهين جميعاً ولا حجة له في الحديث لانه روي في بعض الروايات
 لولا ما مضى من الشهادات وهذا حجة عليه حيث سماه شهادة ثم تقول بموجبه انه يمين لكن هذا لا ينفي ان يكون شهادة
 فهو شهادة مؤكدة باليمين والله تعالى الموفق واذا عرف هذا الاصل تخرج عليه المسائل أما اعتبار القتل والبلوغ فلان
 الصبي والجنون ليسا من اهل الشهادة واليمين فلا يكونان من اهل اللعان بالاجماع وأما الحرية فالمملوك ليس من اهل
 الشهادة فلا يكون من اهل اللعان بالاجماع وأما الاسلام فالكافر ليس من اهل الشهادة على المسلم وان كان
 المسلم من اهل الشهادة على الكافر واذا كانا كافرين فالكافر وان كان من اهل الشهادة على الكافر فليس من اهل
 اليمين بالله تعالى لانه ليس من اهل حكمها وهو الكفارة ولهذا لم يصحظهار الذي عندنا واللعان عندنا شهادات
 مؤكدة بالايمان فمن لا يكون من اهل اليمين لا يكون من اهل اللعان وأما اعتبار النطق فلان الاخرس لا شهادة له لانه
 لا يتأتى منه لفظة الشهادة ولان القذف منه لا يكون الا بالاشارة والقذف بالاشارة يكون في معنى القذف بالكتابة
 وانه لا يوجب اللعان كلاً لا يوجب الحد لانه كره في الحد ودان شاء الله تعالى وأما الحدود في القذف فلا شهادة له
 لان الله تعالى رد شهادته على التأيد ولا يلزم على هذا الاصل قذف الفاسق والاعمى فانه يوجب اللعان ولا شهادة
 لهما لان الفاسق له شهادة في الجملة ولهما جميعاً أهلية الشهادة ألا ترى أن القاضي لو قضى بشهادتهما جاز قضاءه ومعلوم

انه لا يجوز القضاء بشهادة من ليس من أهل الشهادة كالصبي والمجنون والمملوك الا انه لا تقبل شهادة الاعمى في سائر
المواضع لانه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه لانه ليس من أهل الشهادة ثم هذه الشرائط كما هي شرط وجوب
اللعان فهي شرط صحة اللعان وجوازها حتى لا يجزى اللعان بدونها وعند الشافعي يجزى اللعان بين المملوك وبين
والآخرسين والحدود بين القذف لان هؤلاء من أهل اليمين فكانوا من أهل اللعان وكذا بين الكافرين لان يمين
الكافر صحيحة عنده لا من أهل الاعتاق والكسوة والاطعام ولهذا قال يجوزظهار الذمى وعلى هذا يخرج قول
أبي حنيفة وأبي يوسف أنهما اذا التعنأ عند الحالك لم يفرق بينهما حتى عزل أو مات فالحال كما الثاني يستقبل اللعان
بينهما لان اللعان لما كان شهادة فالشهود اذا شهدوا عند الحالك كفات أو عزل قبل القضاء بشهادتهم لم يعتد بالحالك
بتلك الشهادة وعند محمد لا يستقبل اللعان وقوله لا يخرج على هذا الاصل ولكن الوجه له ان اللعان قائم
مقام الحد فاذا التعنأ فكانه أقسم الحد والحد بعد اقامته لا يؤثر فيه العزل والموت والجواب ان حكم القذف
لا يتناهى الا بالتفريق فيؤثر العزل والموت قبله ثم ابتداء الدليل لنا في المسئلة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال أربعة لعان بينهم وبين أزواجهم لا لعان بين المسلم والكافرة والعبد والحر والامة والكافر
والمسلمة وصورة الكافر أسلمت زوجته فقبل أن تعرض الاسلام على زوجها قذفها بالزنا (ولنا) أصل
آخر لتخرج المسائل عليه وهو ان كل قذف لا يوجب الحد لو كان القاذف أجنبيا لا يوجب اللعان اذا كان القاذف
زوجا لان اللعان موجب القذف في حق الزوج كما ان الحد موجب القذف في الاجنبي وقذف واحد من ذكرا
لا يوجب الحد لو كان أجنبيا فاذا كان زوجا لا يوجب اللعان وابتداء ما يحتاج به الشافعي عموم آية اللعان الا من
خص بدليل ولا حجة له فيها لان الله تعالى سمي الذين رمون أزواجهم شهداء في آية اللعان واستثناهم من الشهداء
المذكورين في آية القذف ولم يدخل واحد من ذكرا في المستثنى منهم فكذا في المستثنى لان الاستثناء استخارج
من تلك الجملة وتحصيل منها وأما الذي يرجع الى المقذوف به والمقذوف فيه وهما القذف فندكره في كتاب
الحدود ان شاء الله تعالى

فصل وأما بيان ما يظهر به سبب وجوب اللعان وهو القذف عند القاضي فسبب ظهور القذف نوعان
أحدهما البينة اذا خاضعت المرأة فانكر القذف والافضل للمرأة أن تترك الخصومة والمطالبة لما فيها من اشاعة
الفاحشة وكذا تركها من باب الفضل والا كرام وقد قال الله تعالى ولا تنسوا الفضل بينكم فان لم تترك وحاصته الى
القاضي يستحسن للقاضي ان يدعوها الى التزك فيقول لها اتركي وأعرضي عن هذا لانه دعاء الى ستر الفاحشة وانه
مندوب اليه فان تركت وانصرفت ثم بدالها ان تخصمه فلها ذلك وان تقادم العهد لان ذلك حقها وحق العبد لا يسقط
بالتقادم فان خاصته وادعت عليه انه قذفها بالزنا فجحد الزوج لا يقبل منها في اثبات القذف الا بشهادة زجائين عدلين
ولا تقبل شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي كما لا يقبل في اثبات القذف على
الاجنبي لان اللعان قائم مقام حد القذف وأسباب الحدود ولا يقبل في اثباتها شهادة النساء على النساء ولا الشهادة على
الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي لتمكن زيادة شبهة ليست في غيرها والحدود تدبر بالشبهات والثاني الاقرار
بالقذف وشرط ظهور القذف بالبينة والاقرار هو الخصومة والدعوى لما نذكر في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى

فصل وأما بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه وبيان حكمه اذا سقط أو لم يجب أصلا فنقول وبالله التوفيق
كل ما يمنع وجوب اللعان اذا اعترض بعد وجوبه يسقط كما اذا جنى بعد القذف أو جنى أحدهما أو ارتدا
أو ارتد أحدهما أو خرسا أو خرسا أو قذف أحدهما انسانا لحد القذف أو وطئت المرأة وطأ حراما
فلا يجب عليه الحد وكذا اذا أبانها بعد القذف فلا حد ولا لعان أما عدم وجوب الحد فلان القذف أوجب اللعان
فلا يوجب الحد وأما عدم وجوب اللعان فلزوال الزوجة وقيام الزوجة بشرط جزان اللعان لان الله سبحانه

وتعالى خص اللعان بالاز واج ولو طلقها طلاقا رجعيا لا يسقط اللعان لان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ولو قال لها يا زانية أنت طالق ثلاثا فلا حد ولا لعان لان قوله يا زانية أوجب اللعان لا الحد لان قذف الزوجة ولما قال أنت طالق ثلاثا فقد أبطل الزوجية واللعان لا يجري في غير الاز واج ولو قال لها أنت طالق ثلاثا بازانية يجب الحد ولا يجب اللعان لانه قد فها بعد الابانة وهي اجنبية بعد الابانة وقذف الاجنبية يوجب الحد لا اللعان ولو أ كذب الزوج نفسه سقط اللعان لتعذر الانيان به اذ من المحال ان يؤمر ان يشهد بانته لمن الصادقين وهو يقول انه كاذب ويجب الحد لما ذكر في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ولو أ كذبت المرأة نفسها في الانكار وصدقت الزوج في القذف سقط اللعان لما قلنا ولا حد لما ذكر ان شاء الله تعالى ولو لم ينعتد القذف موجبا لللعان أصلا لقوات شرط من شرائط الوجوب فهل يجب الحد فشاخنا أصلا في ذلك أصلا فقالوا ان كان عدم وجوب اللعان أو سقوطه بعد الوجوب لمعنى من جانبها فلا حد ولا لعان وان كان القذف صحيحا وان كان لمعنى من جانبها فان لم يكن القذف صحيحا كذلك وان كان صحيحا يحد وعلى هذا الأصل خروج اجنس هذه المسائل فقالوا اذا أ كذب نفسه يحد لان سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو كذابه نفسه والقذف صحيح لانه قذف عاقل بالغ فيجب الحد ولو أ كذبت نفسها في الانكار وصدقت الزوج في القذف فلا حد ولا لعان وان كانت على صفة الاتعان لان سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو كذابها نفسها ولو كانت المرأة على صفة الاتعان والزوج عبدا أو كافرا أو محدودا في قذف فعليه الحد لان قذفها قذف صحيح وانما سقط اللعان لمعنى من جهته وهوانه على صفة لا يصح منه اللعان ولو كان الزوج صبيا أو مجنونا فلا حد ولا لعان وان كانت المرأة على صفة الاتعان لان قذف الصبي والمجنون ليس بصحيح ولو كان الزوج حرا عاقلا بالغامسا لم يحد في قذف الزوجة لا بصفة الاتعان بان كانت كافرة أو ممسكة أو صبية أو مجنونة أو زانية فلا حد على الزوج ولا لعان لان قذفها ليس بصحيح ألا ترى ان اجنبيا لو قذفها لا يحد ولو كانت المرأة مسامة حرة عاقلة بالغامسة لا يحد في القذف فلا حد ولا لعان لان القذف وان كان صحيحا لكن سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهوانها ليست من أهل الشهادة فلا يجب اللعان ولا الحد كما لو صدقته وان كان كل واحد من الزوجين محدودا في قذف فتقذفها فعليها الحد لان القذف صحيح وسقوط اللعان لمعنى من الزوج ولا يقال انه سقط لمعنى في المرأة بدليل ان الزوج لو لم يكن محدودا والمرأة محدودة لا يجب اللعان لا اعتبار جانبها وان كان السقوط لمعنى من جانبها فينبغي ان لا يجب اللعان ولا الحد لاننا نقول القذف الصحيح انما تعتبر فيه صفات المرأة اذا كان الزوج من أهل اللعان فاما اذا لم يكن من أهل اللعان لا تعتبر وانما تعتبر صفات الزوج فيعتبر المانع بما فيه لا بما فيها فكان سقوط اللعان لمعنى في الزوج بعد صحة القذف فيحد والله عز وجل أعلم

فصل وأما حكم اللعان فالكلام في هذا الفصل في موضعين أحدهما في بيان حكم اللعان والثاني في بيان ما يبطل حكمه أما بيان حكم اللعان فلهان حكمان أحدهما أصلي والآخر ليس بأصلي أما الحكم الأصلي لللعان فنذكر أصل الحكم وصفه أما الأول فنقول اختلف العلماء فيه قال أصحابنا اثنان هو وجوب التفريق ما دام على حال اللعان لا وقوع الفرقة بنفس اللعان من غير تفريق الحالك حتى يجوز طلاق الزوج وظهاره وإيلاؤه ويجرى التوارث بينهما قبل التفريق وقال زفر والشافعي هو وقوع الفرقة بنفس اللعان الا ان عند زفر لا تقع الفرقة ما لم يلتعنا وعند الشافعي تقع الفرقة بلعان الزوج قبل ان تلتعن المرأة وجه قول الشافعي ان الفرقة أمر يختص بالزوج ألا ترى انه هو المختص بسبب الفرقة فلا يقف وقوعها على فعل المرأة كالطلاق واحتج زفر بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وفي بقاء النكاح اجتماعهما وهو خلاف النص ولنا ما روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رجلا لا عن امرأته في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما والحق الولد بالمرأة وعن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم لما لعن بين عاصم بن عدي

وبين امرأته فرق بينهما وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عن بين العجلاني وبين امرأته فلما فرغ من
 اللعان فرق بينهما ثم قال عليه الصلاة والسلام الله يعلم ان أحدكم لا يكذب فهل من كذاب قال ذلك ثلاثا فبينا يفرق
 بينهما فدلّت الأحاديث على ان الفرق لا تقع بلعان الزوج ولا بلعانهما اذ لو وقعت لما احتلّ التفرق من رسول الله
 صلى الله عليه وسلم بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللعان ولان ملك النكاح كان ثابتا قبل اللعان والاصل ان الملك متى
 ثبت لا نسلان لا يزول الا بالزنا أو بغير وجه من ان يكون متنعبا به في حتمه لعجزه عن الانتفاع به ولم توجد الازالة من
 الزوج لان اللعان لا ينفي عن زوال الملك لانه شهادة مؤكدة باليمين أو يمين وكل واحد منهما لا ينفي عن زوال الملك ولهذا
 لا يزول بسائر الشهادات والايمان والقدرة على الامتناع نابعة فلا تقع الفرقة بنفس اللعان وقد خرج الجواب عما
 ذكره الشافعي ثم قول الشافعي مخالف لآية اللعان لان الله تعالى خاطب الازواج باللعان بقوله عز وجل والذين
 يرمون أزواجهم الى آخر ما ذكر فلو ثبتت الفرقة بلعان الزوج فالزوجة تلعنه وهي غير زوجة وهذا خلاف النص
 وأما زفر فلا حجة له في الحديث لان المتلاعن متناعل من اللعن وحقيقة المتناعل المتناعل بالفعل فيبعد الفراغ منه لا
 يبقى فاعلا حقيقة فلا يبقى ملاحنا حقيقة فلا يصح التمسك به لاثبات الفرقة عقيب اللعان فلا تثبت الفرقة عقيبها وانما
 الثابت عقيبها وجوب التفرق فان فرق الزوج بنفسه والايوب القاضي منابه في التفرق فاذا فرق بعد تمام
 اللعان وقعت الفرقة فان أخطأ القاضي ففرق قبل تمام اللعان بنظر ان كان كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان هذا
 التفرق وان لم يلتعنا أكثر اللعان أو كان أحدهما لم يلتعن أكثر اللعان لم ينفذ وانما كان كذلك لان تفرق
 القاضي اذا وقع بعد أكثر اللعان فقد قضى بالاجتهاد في موضع يسوغ الاجتهاد فيه فينفذ قضاءه كافي سائر
 المجتهدين والدليل على ان تفرقه صادف محل الاجتهاد وجوه ثلاثة احدها انه عرف أن الاكثر يقوم مقام الكل
 في كثير من الاحكام فاقضى اجتهاده الى أن لا أكثر يقوم مقام الكل في اللعان والثاني انه اجتهد ان التكرار في
 اللعان للتأكد والتقليظ وهذا المعنى يوجد في الاكثر والثالث انه زعم انه لما سأل الشافعي الاقتصار على لعان
 الزوج اذا قذف المجنونة أو الميتة فلان يسوغ له الاجتهاد بعدا كمال الزوج لعانه واثبات المرأة أكثر اللعان
 أولى فثبت ان قضاء القاضي صادف محل الاجتهاد فينفذ فان قيل شرط جواز الاجتهاد ان لا يخالف النص وهذا قد
 خالف النص من الكتاب والسنة لان كتاب الله ورد باللعان بعدد مخصوص وكذا النبي صلى الله عليه وسلم لا عن
 بين الزوجين على ذلك العدد واذا كان العدد منصوبا عليه فلا جتهاد اذا خالف النص باطل فالجواب ممنوع ان
 اجتهاد القاضي خالف النص فان التنصيص على عدد لا ينفى جواز الاكثر واقامته مقام الكل ولا يقتضي الجواز
 أيضا فلم يكن الحكم منصوبا عليه بل كان مسكونا عنه فكان محل الاجتهاد وفائدة التنصيص على العدد المذكور
 والتنبيه على الاصل والاولى وهذا لا ينفى الجواز وأما الثاني فقد اختلف العلماء فيه أيضا قال أبو حنيفة ومحمد
 الفرقة في اللعان فرقة بتولية بائنة فيه ولملك النكاح وثبتت جريمة الاجتهاد والسرّ وج مادام على حالة اللعان فان
 أكذب الزوج نفسه فجدل الحد أو أكذب المرأة نفسها بان صدقته جاز النكاح بينهما ويجتمعان وقال أبو يوسف
 وزفر والحسن بن زياد هي فرقة بغير طلاق وانها توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة واحتجوا بقول
 النبي صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وهون في الباب وكذا روى عن جماعة من الصحابة رضي
 الله عنهم مثل عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم انهم قالوا المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ولا بي حنيفة
 ومحمد ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما لا عن بين عويمر العجلاني وبين امرأته فقال عويمر كذبت عليها
 يا رسول الله ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا وفي بعض الروايات كذبت عليها لم أفارقها فهي طالق ثلاثا فصار طلاق
 الزوج عقيب اللعان سنة المتلاعنين لان عويمر طلق زوجته ثلاثا بعد اللعان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم
 فانفذها عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب على كل ملاح ان يطلق اذا امتنع نيوب القاضي منابه في

التفريق فيكون طلاقا كما في العنين ولأن سبب هذه الفرقة قذف الزوج لانه يوجب اللعان واللعان يوجب التفريق والتفريق يوجب الفرقة فكانت الفرقة بهذه الوسائط مضافة الى القذف السابق وكل فرقة تكون من الزوج أو يكون فعل الزوج سببها تكون طلاقا كما في العنين والخلع والايلاء ونحو ذلك وهو قول السلف ان كل فرقة وقعت من قبل الزوج فهي طلاق من نحو ابراهيم والحسن وسعيد بن جبير وقتادة وغيرهم رضى الله عنهم وأما الحديث فلا يمكن العمل بحقيقته لما ذكرنا ان حقيقة المتفاعل هو المتشاغل بالفعل وكما فرغ من اللعان ما بقيا متلاعنين حقيقة فانصرف المراد الى الحكم وهو ان يكون حكم اللعان فيهما ثابتا فاذا أ كذب الزوج نفسه وحد حد القذف بطل حكم اللعان فلم يبق متلاعنا حقيقة وحكما فجاز اجتماعهما ونظيره قوله تعالى في قصة أصحاب الكهف انهم ان يظهروا عليكم يرجوكم أو يعيدوكم في ملتهم ولن تفلحوا اذا أبدا أى ماداموا في ملتهم ألا ترى انهم اذا لم يفعلوا يفلحوا فكذا هذا وأما الحكم الذي ليس بأصلى للعان فهو وجوب قطع النسب في أحد نوعي القذف وهو القذف بالولد لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما لعن بين هلال بن أمية وبين زوجته وفرق بينهما نفى الولد عنه والحقه بالمرأة فصار النفي أحد حكمي اللعان ولأن القذف اذا كان بالولد ففرض الزوج ان ينفي ولد ليس منه في زعمه فوجب النفي تحقيقا لفرضه واذا كان وجوب نفيه أحد حكمي اللعان فلا يجب قبل وجوده وعلى هذا قلنا ان القذف اذا لم ينمقد موجبا للعان أو سقط بعد الوجوب ووجب الحد أو لم يجب أو لم يسقط لكنهما لم يتلانا بعد لا ينقطع نسب الولد وكذا اذا نفي نسب ولد حرة فصدقته لا ينقطع نسبه لتعذر اللعان لما فيه من التناقض حيث تشهد بالله انه لمن الكاذبين وقد قالت انه صادق واذا تعذر اللعان تعذر قطع النسب لانه حكمه و يكون ابنهما لا يصدقان على نفيه لان النسب قد ثبت والنسب الثابت بالنكاح لا ينقطع الا باللعان ولم يوجد ولا يعتبر تصادقهما على النفي لان النسب ثبت حقا للولد وفي تصادقهما على النفي ابطال حق الولد وهذا لا يجوز وعلى هذا يخرج ما اذا كان علوق الولد في حال لا لعان بينهما فيها ثم صارت بحيث يقع بينهما اللعان نحو ما اذا علقت وهي كناية أو أمة ثم اعتقت الأمة أو أسلمت الكتابية فولدت فنفاه انه لا ينقطع نسبه لانه لا تلاعن بينهما لعدم أهلية اللعان وقت العلوق وقطع النسب حكم اللعان ثم لوجود قطع النسب شرائط منها التفريق لان النكاح قبل التفريق قائم فلا يجب النفي ومنها ان يكون القذف بالنفي بحضرة الولادة أو بعدها يوم أو يومين أو نحو ذلك من مدة توجد فيها التهنئة أو ابتياع آلات الولادة عادة فان نفاه بعد ذلك لا ينتفى ولم يوقت أبو حنيفة لذلك وقتا وروى عن أبي حنيفة انه وقت له سبعة أيام وأبو يوسف ومحمد وقتاه بأكثر النفاس وهو أربعون يوما واعتبر الشافعي القور فقال ان نفاه على القور انتفى والا لزمه وجه قوله ان ترك النفي على القور اقرار منه دلالة فكان كالأقرار نفا وجه قوله ما ان النفاس أثر الولادة فيصح نفى الولد مادام أثر الولادة ولا يبي حنيفة ان هذا أمر يحتاج الى التأمل فلا بد من زمان التأمل وانه يختلف باختلاف الأشخاص والاحوال فتعذر التوقيت فيه فيحكم فيه العادة من قبول التهنئة وابتياع آلات الولادة أو مضى مدة يفعل ذلك فيها عادة فلا يصح نفيه بعد ذلك وبهذا يبطل اعتبار القور لان معنى التأمل والتروي لا يحصل بالقور وعلى هذا قالوا في الغائب عن امرأته اذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم أو بلغه الخبر وهو غائب انه لان ينفي عند أبي حنيفة في مقدار تهنئة الولد وابتياع آلات الولادة وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدر أو بلوغ الخبر لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصار حال القدوم وبلوغ الخبر كحال الولادة على المذهبين جميعا وروى عن أبي يوسف انه قال ان قدم قبل الفصل فله ان ينفيه في مقدار مدة النفاس وان قدم بعد الفصل فليس له ان ينفيه ولم يرو هذا التفصيل عن محمد كذا ذكره القدرى ووجهه ان الولد قبل الفصل لم ينتقل عن غذائه الاول فصاركدة النفاس وبعد الفصل انتقل عن ذلك الغذاء وخرج عن حال الصغر فلو احتل النفي بعد ذلك لاحتمل بعد ما صار شيخا وذلك قبيح وذ كذا القاضى في شرحه مختصر الطحاوى انه ان بلغه الخبر في مدة النفاس فله ان ينفي الى تمام مدة النفاس وان بلغه الخبر بعد أربعين فقد روى عن أبي يوسف

انه قال له أن ينفي الى تمام سنتين لانه لما مضى وقت النفاس يعتبر وقت الرضاع ومدته سنتان عندهما ولو بلغه الخبر بمدحولين فيناه ذكر في غير رواية الاصول عن أبي يوسف انه لا يقطع النسب ويلاعن وعن محمد انه قال ينفي الولد اذا نجاه بعد بلوغ الخبر الى أربعين يوما ومنها أن لا يسبق النفي عن الزوج ما يكون اقرارا منه بنسب الولد لا نصا ولا دلة فان سبق لا يقطع النسب من الاب لان النسب بعد الاقرار به لا يحتمل النفي بوجه 'نعم لا أقر به فقد ثبت نسبه والنسب حق الولد فلا يملك الرجوع عنه بالنفي فالنص نحوان يقول هذا ولدي أو هذا الولد مني والدلالة هي ان يسكت اذا هيى ولا يرد على المبنى لان العاقل لا يسكت عند التهنئة بولد ليس منه عادة فكان السكوت والحالة هذه اعترافا بنسب الولد فلا يملك فيه بعد الاعتراف وروى ابن رستم عن محمد انه اذا هيى بولد الامة فسكت لم يكن اعترافا وان سكت في ولد الزوجة كان اعترافا ووجه الفرق ان نسب ولد الزوجة قد ثبت بالقراش الا ان له غرضية النفي من الزوج فاذا سكت عند التهنئة دل على انه لا ينفيه فبطلت الغرضية فقرر النسب فاما ولد الامة فلا يثبت نسبه الا بالدعوة ولم توجد فان جاءت بولدين في بطن فافر باحدهما ونفى الآخر فان أقر بالا ول ونفى الثاني لا عن ولزمه الولدان جميعا اما زوم الولدين فلان اقراره بالا ول اقرارا بالثاني لان الحمل حمل واحد فلا يتصور ثبوت بعض نسب الحمل دون بعض كالأولاد انه لا يتصور ثبوت نسب بعضه دون بعض فاذا نفى الثاني فقد رجع عما أقر به والنسب المقر به لا يحتمل الرجوع عنه فلم يصح فيه فيثبت نسبهما جميعا ويلاعن لان من أقر بنسب ولده ثم نجاه يلاعن وان كان لا يقطع نسبه لان قطع النسب ليس من لوازم اللعان بل ينفصل عنه في الجملة ألا ترى انه شرع في المقدوفة بغير ولد ثم انما وجب اللعان لانه لما أقر بالا ول فقد وصف امرأته بالعفة ولما نفى الولد فقد وصفها بالزنا ومن قال لامرأته أنت عفيفة ثم قال لها أنت زانية يلاعن وان نفى الاول واقر بالثاني حد ولا لعان ويلزمانه جميعا أما ثبوت نسب الولدين فلان نفى الاول وان تضمن نفى الثاني فلا قرار بالثاني يتضمن الاقرار بالا ول فيصير مكذبا نفسه ومن وجب عليه اللعان اذا كذب نفسه يحد واذا حذلا يلاعن لانهما لا يجتمعان ولانهما نفى الاول فقد قدفها بالزنا فلما أقر بالثاني فقد وصفها بالعفة ومن قال لامرأته أنت زانية ثم قال لها أنت عفيفة يحد القذف ولا يلاعن ومنها ان يكون الولد حيا وقت قطع النسب وهو وقت التفريق فان لم يكن لا يقطع نسبه من الاب حتى لو جاءت بولدفات ثم نجاه الزوج يلاعن ويلزمه الولدان لان النسب يقرر بالموت فلا يحتمل الاقطاع ولكنه يلاعن لو جود القذف بنفى الولد واقطاع النسب ليس من لوازم اللعان وكذلك اذا جاءت بولدين أحدهما ميت فنجاهما يلاعن ويلزمه الولدان لما قلنا وكذلك اذا جاءت بولد فنجاه الزوج ثم مات الولد قبل اللعان يلاعن الزوج ويلزمه الولد لما قلنا وكذا لو جاءت بولدين فنجاهما ثم ماتا قبل اللعان أو قتلا يلاعن ويلزمه الولدان لان النسب بعد الموت لا يحتمل القطع ويلاعن لما قلنا وكذا لو نجاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان أو قتل لزمه الولدان لان نسب الميت منهما لا يحتمل القطع لثبوتهم بالموت فكذا نسب الحي لانهما توأمان وأما اللعان فقد ذكر الكرخي انه يلاعن ولم يذكر الخلاف وكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وذكر ابن سبابة الخلاف في المسئلة فقال عند أبي يوسف يبطل اللعان وعند محمد لا يبطل وجه قول محمد ان اللعان قد وجب بالنفي فلو بطل انما يبطل لامتناع قطع النسب وامتناعه لا يمنع بقاء اللعان لان قطع النسب ليس من لوازم اللعان ولا يبي يوسف ان المقصود من اللعان الواجب بهذا القذف أعنى القذف بنفى الولد هو نفى الولد فاذا تعذر تحقيق هذا المقصود لم يكن في بقاء اللعان فائدة فلا ينفي الولد ولو ولد ولدت ولد افتناه ولا عن إلحاحكم بينهما وفرق والزم الولد أمه أو ولزما بنفس التفريق ثم ولدت ولدا آخر من العذر لزمه الولدان جميعا واللعان ماض لانه قد ثبت نسب الولد الثاني اذا لا يمكن قطعه بما وجد من اللعان لان حكم اللعان قد بطل بالفرقة فيثبت نسب الولد الثاني وان قال الزوج هما ابناي لاحد عليه لانه صادق في اقراره بنسب الولدين لكونهما ثابتي النسب منه شرعا فان قيل أليس انه كذب نفسه بقوله هما ابناي لانه سبق منه نفى الولد ومن

نفي الولد فلو عن ثم كذب نفسه فيقام عليه الحد كما اذا جاءت بولد واحد فقال هذا الولد ليس مني فلا عن الحاكم بينهما ثم قال هو ابني فالجواب ان قوله هما ابناي يحتمل الا كذاب ويحتمل الاخبار عن حكم لزمه شرعا وهو ثبوت نسب الولدين فلا يحتمل كذا باجماع الاحتمال بل حمله على الاخبار اولى لانه لو جعل كذا بالزمنه الحد ولو جعل الاخبار اعم قلنا لا يلزمه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم ادروا الحد وبالشبهاة وقال ادروا الحد وما استطعتم حتى لو قال كذبت في اللعان وفيما قد فتها به من الزنا يحذر لانه نص على الا كذاب فزال الاحتمال وقد قال مشايخنا ان الاقرار بالولد بعد النفي انما يكون كذا اذا كان المقر بحال لم يقر به للوعن به اذا كان من أهل اللعان وهما لم يوجد لانه لو لم يقر بهما لم يلاعن بخلاف الفعل الاول فانه لو لم يقر بهما للوعن به وعلى هذا قالوا لو ولدت امرأته ولدا فقال هو ابني ثم ولدت آخر فنفاه ثم اقر به لاحد عليه لانه لم يصرم كذبا نفسه بهذا الاقرار ألا ترى انه لو لم يقر به لا يلاعن بنفي الولد لثبوت نسب الولدين ولو قال ليسا ابني كانا ابنيه ولا حد عليه لانه أعاد القذف الاول وكرره لتقدم القذف منه واللعان والملاعن اذا كرر القذف لا يجب عليه الحد ولو طلق امرأته طلاقا رجعيا فجاءت بولد لاقل من سنتين بيوم فنفاه ثم جاءت بولد بعد سنتين بيوم فاقر به فقد بانت ولا لعان ولا حد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هذه رجعية وعلى الزوج الحد فنذر أصلهما وأصله ونخرج المسئلة عليه فن أصلهما ان الولد الثاني يتبع الولد الاول لانها جاءت به في مدة ثبتت نسبه فيها وهكذا هو سابق في الولادة فكان الثاني تابعا له فجعل كأنها جاءت بهما لاقل من سنتين فلا تثبت الرجعة فتبين بالولد الثاني فتصير أجنبية فيتعذر اللعان ومن أصله ان الولد الاول يتبع الثاني لان الثاني حصل من وطء حادث بعد الطلاق يتيقن اذ الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين والاول يحتمل انه حصل من وطء حادث أيضا واننا نرصد المحتمل الى الحكم فجعل الاول تابعا للثاني فصارت كأنها ولدت بهما بعد سنتين والمطلقة طلاقا رجعيا اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين ثبتت الرجعة لانه يكون من وطء حادث بعد الطلاق يتيقن فيصير مرجعا لها بالوطء فاذا أقر بالثاني بعد نفي الاول فقد كذب نفسه فيحد وان كان الطلاق بائنا والمسئلة بحالها يحد ويثبت نسب الولدين عندهما وعند محمد لا حد ولا لعان ولا يثبت نسب الولدين لان من أصلهما ان الولد الثاني يتبع الاول فتجعل كأنها جاءت بهما لاقل من سنتين فيثبت نسبهما ولا يجب اللعان لزوال الزوجية ويجب الحد لا كذاب نفسه ومن أصله ان الاول يتبع الثاني وتجعل كأنها جاءت به لاكثر من سنتين والمرأة مبتوتة والمبتوتة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين لا يثبت نسب الولد ولا يحد قاذفها لان معها علامة الزنا وهو ولد غير ثابت النسب فلم تكن عفيفة فلا يجب الحد على قاذفها ومنها ان لا يكون نسب الولد محكوما بثبوت شرعا كذا ذكر الكرخي فان كان لا يقطع نسبه فصورته ماروى عن أبي يوسف انه قال في رجل جاءته امرأته بولد فنفاه ولم يلاعن حتى قذفها أجنبي بالولد الذي جاءت به فضرب القاضي الاجنبي الحد فان نسب الولد ثبت من الزوج ويسقط اللعان لان القاضي لم يحد قاذفها بالولد فقد حكم بكذبه والحكم بكذبه حكم بثبوت نسب الوالد والنسب المحكوم بثبوت لا يحتمل النفي باللعان كالنسب المتر به وانما يسقط اللعان لان الحاكم لم يحد قاذفها فقد حكم باحصائها في عين ما قذفت به ثم اذا قطع النسب من الاب والحق الولد بالام يبقى النسب في حق سائر الاحكام من الشهادة والزكاة والقصاص وغيره حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر وصرف الزكاة اليه ولا يجب القصاص على الاب بقتله ونحو ذلك من الاحكام الا انه لا يجري التوارث بينهما ولا نفقة على الاب لان النفي باللعان يثبت شرعا بخلاف الاصل بناء على زعمه ووطنه مع كونه مولودا على فراشه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش فلا يظهر في حق سائر الاحكام

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به حكم اللعان فكل ما يسقط اللعان بعد وجوبه يبطل الحكم بعد وجوده قبل التفريق وهو ما ذكرنا من جنونهما بعد اللعان قبل التفريق أو جنون أحدهما أو خرس أحدهما أو ردتها أو ردة أحدهما أو صيرورة أحدهما محدودا في قذف أو صيرورة المرأة موطوءة وطأ حراما أو كذاب أحدهما نفسه حتى

لا يفرق الحاكم بينهما ويكونان على نكاحهما والاصل ان بقاءهما على حال اللعان شرط بقاء حكم اللعان فان بقي على حال اللعان بقي حكم اللعان والافسلا وانما كان كذلك لان اللعان شهادة ولا بد من بقاء الشاهد على صفة الشهادة الى ان يتصل القضاء بشهادته حتى يجب القضاء بها وقد زالت صفة الشهادة بهذه العوارض فلا يجوز للقاضي التفريق ولولا عنها بالولد ثم قذفها هو أو غيره لا يجب الحد ولولا عنها بغير الولد ثم قذفها هو أو غيره يجب عليه الحد والفرق ان اللعان لا يوجب بتحقيق الزنا منها فلا تزول عفتها باللعان الا ان في اللعان بالولد قذفها ومعها علامة الزنا وهو الولد بغير أب فلم تكن عفيفة فلا يقام الحد على قاذفها ولم يوجد ذلك في اللعان بغير ولد فبقت عفتها فيجب الحد على قاذفها ولو أكذب نفسه بعد اللعان بولد أو بغير ولد ثم قذفها هو أو غيره يجب الحد لان اللعان لا يحقق الزنا والولد بلا أب مع الاكذاب لا يكون علامة الزنا فتكون عفتها قائمة فيحد قاذفها والله عز وجل أعلم

﴿ ثم الجزء الثالث ويليه الجزء الرابع وأوله كتاب الرضاع ﴾



(فهرست الجزء الثالث من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

صحيفة	صحيفة
٠٠ كتاب الايمان والكلام فيه	٨٠ فصل وأما الحلف على ما يخرج من الحالف أو لا يخرج النخ
٠٠ مطلب في بيان أنواع الايمان	٨١ فصل وأما الحلف على أمور شرعية النخ
٠٥ فصل وأما ركن اليمين فهو النخ	٨٢ فصل وأما الحلف على أمور متفرقة النخ
١٠ فصل وأما شرائط ركن اليمين فأشياء	٨٨ كتاب الطلاق والكلام عليه
١٥ فصل وأما حكم اليمين فيختلف باختلافه	٨٨ مطلب في أن صفة الطلاق نوعان سنة وبدعة
٢٠ فصل في بيان أن اليمين على نية الحالف أو المستحلف	٩١ فصل وأما بيان الالفاظ التي يقع بها طلاق السنة فهي نوعين نص ودلالة أما النص النخ
٢١ فصل وأما اليمين بغير الله فهي نوعان	٩٢ مطلب وأما الدلالة فنحو أن يقول النخ
٢٦ فصل وأما شرائط الركن فأشياء	٩٣ فصل وأما طلاق البدعة فالكلام فيه في ثلاثة مواضع
٣٠ فصل وأما حكم اليمين المعلق النخ	٩٦ فصل وأما حكم الالفاظ التي يقع بها طلاق البدعة
٣١ فصل وأما الحلف على الدخول النخ	٩٦ فصل وأما طلاق البدعة فهو النخ
٤٢ فصل وأما الحلف على الخروج فهو النخ	٩٧ فصل وأما قدر الطلاق وعدده فتقول النخ
٤٧ فصل وأما الحلف على الكلام فهو النخ	٩٨ فصل وأما بيان ركن الطلاق النخ
٥٣ فصل وأما الحلف على الاظهار والاعلان النخ	٩٩ فصل وأما شرائط الركن فأشياء
٥٦ فصل وأما الحلف على الاكل والشرب »	١٠١ فصل في النية في أحد نوعي الطلاق
٦٩ فصل وأما الحلف على اللبس والكسوة »	١٠٥ فصل وأما الكناية فنوعان النوع الاول منه النخ
٧١ فصل وأما الحلف على الركوب فهو النخ	١٠٩ فصل وأما النوع الثاني فهو النخ
٧١ فصل وأما الحلف على الجلوس فهو النخ	١٠٩ فصل وأما بيان صفة الواقع بها النخ
٧٢ فصل وأما الحلف على السكنى والمساكنة فهو النخ	١١١ فصل وأما الكناية فتلاثة ألقاظ راجع بلا خلاف
٧٥ فصل وأما الحلف على المعرفة فهو النخ	١١٣ فصل وأما قوله أمرك بيدك فالكلام فيه النخ
٧٥ فصل وأما الحلف على أخذ الحق وقبضه النخ	١١٨ فصل وأما قوله أختاري فالكلام فيه النخ
٧٦ فصل وأما الحالف على الهدم فهو النخ	١٢١ فصل وأما قوله أنت طالق إن شئت فهو النخ
٧٦ فصل وأما الحالف على الضرب والقتل فهو النخ	١٢٢ فصل وأما قوله طلق نفسك فهو عندنا تمليك النخ
٧٨ فصل وأما الحالف على المفارقة والوزن فهو النخ	
٧٨ فصل وأما الحالف على ما يضاف الى غير الحالف	

صحيفة	صحيفة
١٢٦ فصل وأما الرسالة فهو أن يبعث الزوج طلاق امرأته الغائبة الخ	١٩٣ فصل في بيان مقادير العدة وما تنقضي به
١٢٦ فصل وأما الذي يرجع الى المرأة ففنها الملك الخ	١٩٨ فصل في بيان ما يعرف به انقضاء العدة
١٥١ فصل وأما حكم الخلع فنقول الخ	٢٠٠ فصل في بيان انتقال العدة وتغيرها
١٥٢ فصل وأما الطلاق على مال فهو في أحكامه كالخلع	٢٠١ فصل وأما تغير العدة فنحو الامه الخ
١٥٣ فصل وأما الذي يرجع الى نفس الركن الخ	٢٠٤ فصل في أحكام العدة
١٥٥ مطلب وأما أحد نوعي الاستثناء فهو الخ	٢٢٩ ﴿ كتاب الظهار ﴾ والكلام عليه
١٥٧ مطلب في مسائل نوع من الاستثناء	٢٣٢ فصل في بيان الذي يرجع الى المظاهر
١٦١ فصل وأما الذي يرجع الى الوقت فهو الخ	٢٣٣ فصل « » « » « » به
١٧٠ فصل وأما شرائط ركن الایلاء فنوعان	٢٣٤ فصل وللظهار أحكام
١٧٥ فصل وأما حكم الایلاء فنقول الخ	٢٣٥ فصل في بيان ما ينتهي به حكم الظهار أو يبطل
١٧٨ فصل وأما بيان ما يبطل به الایلاء فنوعان	٢٣٥ فصل في بيان كفارة الظهار والكلام عليها
١٨٠ فصل وأما بيان حكم الطلاق فيختلف الخ	٢٣٧ ﴿ كتاب اللعان ﴾ والكلام عليه
١٨٣ فصل وأما شرائط جواز الرجعة ففنها الخ	٢٣٨ فصل في بيان صفة اللعان
١٨٧ فصل وأما الطلاق البائن فنوعان الخ	٢٣٩ فصل في بيان سبب وجود اللعان
١٨٧ فصل ومنها أن يكون نكاح الثاني صحيحا	٢٤٠ فصل في شرائط وجوب اللعان وجوازه
١٩٠ فصل وأما الذي هو من التوابع فنوعان	٢٤٣ فصل في بيان ما يظهر به سبب وجوب اللعان
١٩٢ فصل وأما عدة الاشهر فنوعان	٢٤٣ فصل في بيان ما يستقط به اللعان بعد وجوبه
١٩٢ فصل وأما عدة الحبل فهي مدة الحمل	٢٤٤ فصل في بيان حكم اللعان
	٢٤٨ فصل في بيان ما يبطل به حكم اللعان

كتاب بدايع الصبا في تنبيه السرايع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنابلة
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

المجلد الرابع

الطبعة الثانية

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الرضاع ﴾

قد ذكرنا في كتاب النكاح ان المحرمات نكاحا على التأبيد أنواع ثلاثة محرمات القرابة ومحرمات بالضمهريه ومحرمات بالرضاع وقد بينا المحرمات بالقرابة والضمهريه في كتاب النكاح وهذا الكتاب وضع لبيان المحرمات بالرضاع والكلام في هذا الكتاب يقع في ثلاثة مواضع أحدها في بيان المحرمات بالرضاع والثاني في بيان صفة الرضاع المحرم والثالث في بيان ما يثبت به الرضاع

﴿ فصل ﴾ أما الاول فالاصل ان كل من يحرم بسبب القرابة من الفرق السبع الذين ذكرهم الله عز وجل في كتابه الكريم نصا أو دلالة على ما ذكرنا في كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاعة الا ان الحرمة في جانب المرضعة متفق عليها وفي جانب زوج المرضعة مختلف فيها أما تسمية الحرمة في جانب المرضعة فهو ان المرضعة تحرم على المرضع لانها صارت أماله بالرضاع فتحرم عليه له وله عز وجل وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم معطوفا على قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم فسمى سبحانه وتعالى المرضعة أم المرضع وحرمها عليه وكذا بناتها يحرم من عليه سواء كن من صاحب اللبن أو من غير صاحب اللبن من تقدم منهن ومن تأخر لانهن اخواته من الرضاعة وقد قال الله عز وجل واخواتكم من الرضاعة أثبت تعالى الإخوة بين بنات المرضعة وبين المرضع والحرمة بينهما مطلقة من غير فصل بين أخت وأخت وكذا بنات بناتها وبنات ابنائها وان سفلن لانهن بنات أخ المرضع واخته من الرضاعة وهن يحرم من النسب كذا من الرضاعة ولو أرضعت امرأة صغيرين من اولادها جانب صاروا اخوين لكونهم من اولاد المرضعة فلا يجوز لنا كحة بينهما اذا كان احدهما انثى والاصل في ذلك ان كل اثنين اجتمعا على ثدى واحد صاروا اخوين واختين واخا واختا من الرضاعة فلا يجوز لاحدهما ان

يتزوج بالآخر ولا يولده كما في النسب وامهات المرضعة يحرم من على المرضع لانهن جداته من قبل امه من
الرضاعة وآباء المرضعة اجداد المرضع من الرضاعة فيحرم عليهم كما في النسب واخوات المرضعة يحرم من على
المرضع لانهن خالاته من الرضاعة واخواته احوال المرضع فيحرم عليهم كما في النسب فاما بنات اخوة المرضعة
واخواتها فلا يحرم من على المرضع لانهن بنات احواله وخالاته من الرضاعة وانهم لا يحرم من النسب فكذلك من
الرضاعة وتحرم المرضعة على ابناء المرضع وابناء ابنائهم وان سفلوا كما في النسب هذا تفسير الحرمة في جانب المرضعة
والاصل في هذه الجملة قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فيجب العمل بعمومه
الا ما خص بدليل واما الحرمة في جانب زوج المرضعة التي نزل لها منه لبن فثبتت عند عامة العلماء وعامة الصحابة
رضي الله عنهم وروى عن رافع بن خديج رضي الله عنه انه قال لا تثبت وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار
وبشر المريسي ومالك وهي المسئلة الملقبة عند الفقهاء بلبن الفحل انه هل يحرم أولا وتفسير تحريم لبن الفحل ان المرضعة
تحرم على زوج المرضعة لانها بنته من الرضاع وكذا على ابنائهم الذين من غير المرضعة لانهم اخواتها لاب من الرضاعة
وكذا على ابنائهم ابنائهم وابناء بناتهم من غير المرضعة لانهم ابناء اخوة المرضعة واخواتها لاب من الرضاعة وعلى هذا
اذا كان لرجل امرأتان فحملتا منه وارضعت كل واحدة منهما صغيرا أجنبيا فقد صاروا اخوين لاب من الرضاعة
فان كان احدهما انثى فلا يجوز النكاح بينهما لان الزوج اخوها لا يهيمن الرضاعة وان كانا اثنتين لا يجوز
لرجل ان يجمع بينهما لانهما اختان لاب من الرضاعة وتحرم على آباء زوج المرضعة لانهم اجدادها من قبل الاب
من الرضاعة وكذا على اخوته لانهم اعمامها من الرضاعة واخواته عمات المرضع فيحرم من عليه واما اولاد اخوته
واخواته فلا تحرم المناكحة بينهم لانهم اولاد الاعمام والعمات ويجوز النكاح بينهم في النسب فيجوز في الرضاع
هذا تفسير لبن الفحل اصح من قال انه لا يحرم بان الله عز وجل بين الحرمة في جانب المرضعة ولم يبين في جانب الزوج
بقوله تعالى وامهاتكم من اللاتي ارضعنكم ولو كانت الحرمة ثابتة في جانب لبنها كما بين في النسب بقوله عز وجل حرمت
عليكم امهاتكم وبناتكم والان الحريم هو الارضاع وانه وجد منها لانه فصارت بنتا لها لانه والدليل عليه انه لو نزل
للزوج لبن فارضعت منه صغيرة لم تحرم عليه فاذا لم تثبت الحرمة بابنه فكيف تثبت بلبن غيره ولنا حديث المشهور
وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى ان عائشة رضي الله عنها قالت جاء
عمي من الرضاعة فاستأذن علي فابيت ان آذن له حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فساأله عن ذلك فقال
صلى الله عليه وسلم نعم اعمامهم فقلت يا رسول الله اعمامهم ارضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه عمك فليج عليك قالت عائشة رضي الله عنها وكان ذلك بعد ان ضرب علينا الحجاب أي بعد امر
الله عز وجل النساء بالحجاب عن الاغانب وقيل كان الداخل عليك أفلح أخا أبي القعيس وكانت امرأة أبي القعيس
أرضعتها وعن عمرة أن عائشة رضي الله عنها أخبرتها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وانها سمعت صوت
رجل يستأذن في بيت حفصة قالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا رجل يستأذن في بيتك فقال أراه فلان لم حفصة
من الرضاعة فقامت يا رسول الله لو كان فلان حيا لعمي من الرضاعة أكلن يدخل علي فقال نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم
الولادة وعن علي رضي الله عنه انه قال لا تنكح من أرضعته امرأة أبوك ولا امرأة أخيك ولا امرأة ابنك وعن ابن
عباس رضي الله عنهما انه سئل عن رجل له امرأتان أو جارية وامرأة فارضعت هذه غلاما وهذه جارية هل يصلح
للغلام أن يتزوج الجارية فقال رضي الله عنه لا اللقاح واحد بين الحكم وأشار الى المعنى وهو اتحاد اللقاح ولان الحريم
هو اللبن وسبب اللبن هو ماء الرجل والمرأة جميعا فيجب ان يكون الرضاع منهما جميعا كما كان الولد لهما جميعا وأما قولهم
ان الله تعالى بين الحرمة في جانب المرضعة لا في جانب زوجها فقول ان لم يبينها نصا فقد بينها دلالة وهذا لان البيان
من الله تعالى بطريقين بيان احاطة وبيان كفاية فبين في النسب بيان احاطة وبيان في الرضاع بيان كفاية تسليطا

للمجتهدين على الاجتهاد والاستدلال بالتنصيص عليه على غيره وهو ان الحرمة في جانب الرضعة لمكان اللبن
وسبب حصول اللبن ونزوله هو ماؤهما جميعا فكان الرضاع منهما جميعا وهذا لان اللبن انما يوجب الحرمة لاجل
الجزئية والبعضية لانه ينبت اللحم وينشر العظم على ما نطق به الحديث ولما كان سبب حصول اللبن ونزوله ماءهما
جميعا وبارتضاع اللبن تثبت الجزئية بواسطة نبات اللحم بقاء سبب الجزئية مقام حقيقة الجزئية في باب الحرمات
احتياط والسبب مقام المسبب خصوصا في باب الحرمات أيضا ألا ترى ان المرأة تحرم على جدها كما تحرم على
أبيها وان لم يكن تحرما على جدها منصوصا عليه في الكتاب العزيز لكن لما كان ميئانا كفاية وهو ان البنت
وان حدثت من ماء الاب حقيقة دون ماء الجد لكن الجد سبب ماء الاب أقيم السبب مقام المسبب في حق الحرمة
احتياط كذا ههنا والدليل عليه انه لما لم يذكر البنات من الرضاعة نصا لم يذكر بنات الاخوة والاخوات من
الرضاعة نصا وانما ذكر الاخوات ثم ذكر البنات الاخوة والاخوات دلالة على حرمة من بالاجماع كذا ههنا على انه
ان لم يبين بوحى متلو قد بين بوحى غير متلو على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من
النسب وقد خرج الجواب عن قولهم ان الارضاع وجد منها لما ذكرناه وجد منها لان سبب حصول اللبن ماؤهما
جميعا فكان الارضاع منهما جميعا وما زال وج اذا نزل له لبن فارضعت به صغيرة فذلك لا يسبب رضاء عر فاعادة
ومعنى الرضاع أيضا لا يحصل به وهو اكتفاء الصغير به في الغذاء لانه لا يغنيه من جوع فصارت كلبن الشاة والله عز
وجل أعلم ثم انما تثبت الحرمة من جانب الزوج اذا كان له زوج فاما اذا لم يكن له زوج بان ولدت من الزنا
فنزولها لبن فارضعت به صبيا فالرضاع يكون منها خاصة لان الزنا لا نسب يثبت منها لان الزنا والاصل ان
كل من ثبت منه النسب يثبت منه الرضاع ومن لا يثبت منه النسب لا يثبت منه الرضاع وكذا البكر اذا نزل لها
لبن وهي لم تتر وج قط فالرضاع يكون منها خاصة والله الموفق وكذا كل من يحرم بسبب المصاهرة من الفرق الاربع
الذين وصفناهم في كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاع فيحرم على الرجل أم زوجته وبناتها من زوج آخر من الرضاع
كما في النسب الا ان الام تحرم بنفس العقد على البنت اذا كان محيحا والبنت لا تحرم الا بالدخول بالام كما في النسب
وكذا جدات زوجته من أبيها وأمه وان علون أو بنات بناتها وبنات أبنائها وان سفلن من الرضاع كما في النسب
وكذا تحرم حليلة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وان سفل على أب الرضاع وأب أبيه وان علا كما في النسب وتحرم
منكوحة أب الرضاع وأب أبيه وان علا على ابن الرضاع وابن ابنه وان سفل كما في النسب وكذا يحرم بالوطء أم
الموطوءة وبناتها من الرضاع على الواطئ وكذا جداتها وبنات بناتها كما في النسب وتحرم الموطوءة على أب الواطئ
وابنه من الرضاع وكذا على أجداده وان علوا وعلى أبناء أبنائه وان سفلوا كما في النسب سواء كان الوطء حلالا بان
كان بملك النكاح أو الوطء بنكاح فاسد أو شبهة نكاح أو كان زنا عندنا وعند الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة
فلا يوجب حرمة الرضاع والمسئلة قد مرت في كتاب النكاح ثم قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع
ما يحرم من النسب يحرم على عمومته الا في مشكلتين احدهما انه لا يجوز للرجل ان يتزوج باخت ابنه من النسب
لامه وهو ان يكون لابنه أخت لامه من النسب من زوج آخر كان لها ويجوز له ان يتزوج باخت ابنه من الرضاع
وهو ان يكون لابنه من الرضاع أخت من النسب لم ترضعها امرأته لان المانع من الجواز في النسب كون أم الأخت
موطوءة الزوج لان أمها اذا كانت موطوءة كانت هي بنت الموطوءة وانما حرام هذا لم يوجد في الرضاع ولو وجد
لا يجوز كما لا يجوز في النسب والثانية انه لا يجوز للرجل ان يتزوج أم أخته من النسب لانه وهو ان يكون له أخت
من أبيه من النسب لامه أمه لا يجوز له ان يتزوج أم هذه الأخت ويجوز له ان يتزوج أم أخته من الرضاع وهو ان
يكون له أخت من الرضاعة فيتزوج أمها من النسب لان المانع في النسب كون المتزوجة موطوءة أبيه وهذا لم يوجد
في الرضاع حتى لو وجد لا يجوز كما في النسب ويجوز للرجل ان يتزوج أخت أخيه لانه من النسب وصورته

منكوحة أبيه إذا ولدت ابنا ولها بنت من زوج آخر فهي أخت أخيه لآبيه فيجوز له أن يتزوجها وكذا يجوز للرجل أن يتزوج أخت أخته من الرضاع وهذا ظاهر ويجوز لزوجة المرضعة أن يتزوج أم المرضع من النسب لأن المرضع ابنه ويجوز للأنسان أن يتزوج أم ابنه من النسب وكذا أب المرضع من النسب يجوز له أن يتزوج المرضعة لأنها أم ابنه من الرضاع فهي كام ابنه من النسب وكذا يجوز له أن يتزوج بمحارم أبي الصبي من الرضاعة أو النسب كما يجوز له أن يتزوج بأمه والله عز وجل أعلم

(فصل) وأما صفة الرضاع المحرم فالرضاع المحرم ما يكون في حال الصغر فاما ما يكون في حال الكبر فلا يحرم عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم إلا ما روى عن عائشة رضي الله عنها أنه يحرم في الصغر والكبر جميعا واحتجت بظاهر قوله تعالى وأما تنكح اللائي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة من غير فصل بين حال الصغر والكبر وروى أن أبا حذيفة بن أسلم كان يدخل على امرأته سهيلة بنت سهيل فلما نزلت آية الحجاب أتت سهيلة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله قد كنت أرى سالما ولد أو كان يدخل على وائس لنا لا بيت واحد فإذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضعيني عشر رضعات ثم يدخل عليك وكان سالم كبير أفلد أن الرضاع في حال الصغر والكبر محرم وقد عملت عائشة رضي الله عنها بهذا الحديث بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم حتى روى عنها أنها كانت إذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم بنت أبي بكر رضي الله عنها وبنات أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أن يرضعنه فدل عملها بالحديث بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم على أنه غير منسوخ ولنا ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل يوما على عائشة رضي الله عنها فوجد عندها رجلا فتغير وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من هذا الرجل فقالت عائشة هذا أعمى من الرضاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظرن ما أخواتكم من الرضاعة إنما الرضاعة من الجماعة أشار صلى الله عليه وسلم إلى أن الرضاع في الصغر هو المحرم أذ هو الذي يدفع الجوع فاما جوع الكبير فلا يسد دفع بالرضاع وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الرضاع ما أنبت اللحم وأنش العظم وذلك هو رضاع الصغير دون الكبير لأن أرضاعه لا ينبت اللحم ولا ينش العظم وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قل الرضاع ما فلق الأمعاء ورضاع الصغير هو الذي يفتق الأمعاء لا رضاع الكبير لأن أمعاء الصغير تكون ضيقة لا يفتقها إلا اللبن لكونه من أطف الأغذية كما وصفه الله تعالى في كتابه الكريم بقوله عز وجل لبنا خالصا سائغا للشاربين فاما أمعاء الكبير فتفتق لا تحتاج إلى الفتق باللبن وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لا رضاع بعد فصال وروى أن رجلا من أهل البادية ولدت امرأته ولد افات ولد هافورم ندى المرأة فجعل الرجل يحضه ويحبه فدخلت جرجة منه حلقه فسأل عنه أباموسى الأشعري رضي الله عنه قال قد حرمت عليك ثم جاء إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فسأله فقال هل سألت أحدا فقال نعم سألت أباموسى الأشعري فقال حرمت عليك فجاء ابن مسعود أباموسى الأشعري رضي الله عنهما فقال له أما علمت أنه إنما يحرم من الرضاع ما أنبت اللحم فقال أبوموسى لا تسألوني عن شيء مادام هذا الخبر بين أظهركم وعن عبد الله بن عمر أن رجلا جاء إلى عمر رضي الله عنه فقال كانت لي وليدة أطؤها فعمدت امرأتى إليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت ذلك مقدور والله أرضعتها فقال عمر رضي الله عنه واقمها فهي جارية فأنما الرضاعة عند الصغر وبهذا تبين أن ليس المراد من الآية الكريمة رضاع الكبير لأن النبي صلى الله عليه وسلم فسر الرضاع المحرم بكونه دافعا للجوع من لبن اللحم منشرا للعظم فأنما للامعاء وهذا وصف رضاع الصغير لا الكبير فصارت السنة مبينة لما في الكتاب أصله وأما حديث سالم فالجواب عن التعلق به من وجهين أحدهما محتمل أنه كان مخصوصا بذلك بدل عليه ما روى أن سائر أرواح رسول الله صلى الله عليه وسلم أبين أن يدخل عليهن بالرضاع في حال الكبر أحدهما من الرجال وقلنا ما نرى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهيلة بنت سهيل إلا رخصة في سالم وحده

فهذا يدل على ان سألنا كان مخصوصا بذلك وما كان من خصوصية بعض الناس لمعنى لا نعقله لا يحتمل القياس ولا تترك به الاصل المقرر في الشرع والثاني ان رضاع الكبير كان محرما ثم صار منسوخا بما روي من الاخبار وأما عمل عائشة رضي الله عنها فقد روي عنها ما يدل على رجوعها فانه روي عنها انها قالت لا يحرم من الرضاع الا ما ثبت اللحم والدم وروي انها كانت تأمر بنت أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر رضي الله عنهما ان ترضع الصبيان حتى يدخلوا عليها اذا صاروا رجالا على ان عملها معارض بعمل سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم فانهن كن لا يرين أن يدخلن عليهن بتلك الرضاعة أحد من الرجال والمعارض لا يكون حجة واذا ثبت ان رضاع الكبير لا يحرم ورضاع الصغير محرم فلا بد من بيان الحد الفاصل بين الصغير والكبير في حكم الرضاع وهو بيان مدة الرضاع المحرم وقد اختلف فيه قال أبو حنيفة ثلثون شهرا ولا يحرم بعد ذلك سواء فطم أو لم يطم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى حولان لا يحرم بعد ذلك فطم أو لم يطم وهو قول الشافعي وقال زفر ثلاثة أحوال وقال بعضهم خمس عشرة سنة وقال بعضهم أربع سنين احتج أبو يوسف ومحمد بقوله والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة جعل الله تعالى الحولين الحكما لين تمام مدة الرضاع وليس وراءه شيء وبقوله تعالى وفصاله في غامين وقوله عز وجل وحمله وفصاله ثلثون شهرا وأقل مدة الحمل ستة أشهر فبقي مدة الفصال حولين وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع بعد الحولين وهذا نص في الباب ولا يبي حنيفة قوله تعالى وأما تكمل اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة أثبت الحرمة بالرضاع مطلقا عن التعرض لزمان الارضاع الا انه قام الدليل على ان زمان ما بعد الثلاثين شهرا ليس بمراد فيعمل باطلاقه فيما وراءه وقوله تعالى فان أراد افضالا عن تراض منهما وتشاور والاستدلال به من وجهين أحدهما انه أثبت لهما ارادة الفصال بعد الحولين لان الفاء للتعقيب فيقتضي بقاء الرضاع بعد الحولين ليتحقق الفصال بعدهما والثاني انه أثبت لهما ارادة الفصال مطلقا عن الوقت ولا يكون الفصال الا عن الرضاع فدل على بقاء حكم الرضاع في مطلق الوقت الى ان يقوم الدليل على التقييد وقوله تعالى وان أردتم ان تسترضعوا أولادكم أثبت لهما ارادة الاسترضاع مطلقا عن الوقت فمن ادعى التقييد بالحولين فعليه الدليل ولان الارضاع انما يوجب الحرمة لكونه منبئا للحلم منشرا للعظم على ما نطق به الحديث ومن المحال عادة ان يكون منبئا للحلم الى الحولين ثم لا يثبت بعد الحولين بساعة لطيفة لان الله تعالى ما أجرى العادة بتغير الغذاء الا بعد مدة معتبرة ولان المرأة قد تدل في البرد الشديد والحر الشديد فاذا تم على الصبي سنتان لا يجوز ان تؤمر المرأة بقطامه لانه يخاف منه الهلاك على الولد اذ لو لم يعود بغيره من الطعام فلا بد وان تؤمر بالرضاع ومحال أن تؤمر بالرضاع ويحرم عليها الرضاع في وقت واحد دل ان الرضاع بعد الحولين يكون رضاعا الا أن أبا حنيفة استحسن في تقديره مدة ابقاء حكم الرضاع بعد الحولين بستة أشهر لانه أقل مدة تغير الولد فان الولد بقي في بطن أمه ستة أشهر يتغذى بغذاها ثم ينفصل فيصير أصلا في الغذاء وزفر اعتبر بعد الحولين سنة كاملة فقال لما ثبت حكم الرضاع في ابتداء السنة الثالثة لما قاله أبو حنيفة ثبت في بقيتها كالسنة الاولى والثانية وأما الآية الاولى فقها ان الحولين مدة الرضاع في حق من أراد تمام الرضاعة وهذا لا ينفى أن يكون الزائد على الحولين مدة الرضاع في حق من لم يرد أن يتم الرضاعة مع ما أن ذكر الشئ بانتمام لا يمنع من احتمال الزيادة عليه ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم من أدرك عرفة فقد تم حجه وهذا لا يمنع زيادة القرض عليه فان طواف الزيارة من فروض الحج على أن في الآية الكريمة ان الحولين تمام مدة الرضاع لكنها تمام مدة الرضاع في حق الحرمة أو في حق وجوب أجر الرضاع على الاب فالنص لا يتعرض له وعندهما تمام مدة الرضاع في حق وجوب الاجر على الاب حتى ان الام المطلقة اذا طلبت الاجر بعد الحولين ولا ترضع بلا أجر لم يحجر الاب على أجر الرضاع فيما زاد على الحولين أو تحمل الآية على هذا

توفيقاً بين الدلائل لأن دلائل الله عز وجل لا تتناقض وأما الآية الثانية فالفصل في عامين لا ينفي الفصل في أكثر من عامين كما لا ينفيه في أقل من عامين عن تراض منهما وتشاور فكان هذا استدلالاً بالمسكوت كقوله عز وجل فكاتبوهم إن علمتهم فيهم خيراً الآية أنه لا يمنع جواز الكتابة إذا لم يعلم فيهم خيراً وأما الآية الثالثة فتحتمل ما ذكرتم أن المراد من الحمل هو الحمل بالبطن والفصل هو القطار فيقتضي أن تكون مدة الرضاع سنتين ومدة الحمل ستة أشهر كما روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وتحتمل أن يكون المراد من الحمل الحمل باليد والحجر فيقتضي أن يكون الثلاثون مدة الحمل والفصل جميعاً لأنه يحمل باليد والحجر في هذه المدة غالباً لأن يكون بعض هذه المدة مدة الحمل وبعضها مدة الفصل لأن إضافة السنتين إلى الوقت لا تقتضي قسمة الوقت عليهما بل تقتضي أن يكون جميع ذلك الوقت مدة لكل واحد منهما كقول القائل صومك وزكاتك في شهر رمضان هذا لا يقتضي قسمة الشهر عليهما بل يقتضي كون الشهر كله وقتاً لكل واحد منهما فيقتضي أن يكون الثلاثون شهراً مدة الرضاع كما هو مذهب أبي حنيفة فلا يكون حجة مع الاحتمال على أنه ان وقع التعارض بين الآيات ظاهراً لكن ما تلونا حاظراً وما تلوتهم مبيح والعمل بالحاضر أولى احتياطاً وأما الحديث فالمشهور لا رضاع بعد فصل ونحن نقول بموجب جواز أن يكون أصل الحديث هذا وأن من ذكر الحولين حملاً على المعنى عنده ولو ثبت هذا اللفظ فيحتمل أن يكون معناه الرضاع على الأب بعد الحولين أي في حق وجوب الإجر عليه على ما ذكرنا من تأويل الآية أو يحتمل على هذا عملاً بالدلائل كلها والله الموفق ثم الرضاع يحرم في المدة على اختلاف فهم فيها سواء فطم في المدة أو لم يطم هذا لجواب ظاهر الرواية عن أئمتنا حتى لو فصل الرضيع في مدة الرضاع ثم سبق بعد ذلك في المدة كان ذلك رضاعاً محرماً ولا يعتبر القطار وإنما يعتبر الوقت فيحرم عند أبي حنيفة ما كان في السنتين ونصف وعندهما ما كان في السنتين لأن الرضاع في وقته عرف محرماً في الشرع لما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين ما إذا فطم أو لم يطم وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال إذا فطم في السنتين حتى استغنى بالطعام ثم ارتضع بعد ذلك في السنتين أو الثلاثين شهراً لم يكن ذلك رضاعاً لأنه لا رضاع بعد القطار وإن هي فطمته فأكل! كلا ضعيفاً لا يستغنى به عن الرضاع ثم جاد فأرضع كما يرضع أولاً في الثلاثين شهراً فهو رضاع محرم كما يحرم رضاع الصغير للذي لم يطم ويحتمل أن تكون رواية الحسن تفسيراً لظاهر قول أصحابنا وهو أن الرضاع في المدة بعد القطار إنما يكون رضاعاً محرماً إذا لم يكن القطار تاماً بأن كان لا يستغنى بالطعام عن الرضاع فإن استغنى لا يحرم بالاجماع ويحمل قول النبي صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد الفصل على الفصل المتعارف المعتاد وهو الفصل التام المعنى عن الرضاع ويستوى في الرضاع المحرم قليلاً وكثيره عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وروى عن عبد الله بن الزبير وعائشة رضي الله عنهما أن قليل الرضاع لا يحرم وبه أخذ الشافعي فقال لا يحرم إلا خمس رضعات متفرقات واحتج بما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان فيما نزل عشر رضعات يحرم ثم صرح إلى خمس فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهو فيما يقرأ وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحرم المصبة والمصتان ولا الملاجسة ولا الملاجات ولا الحرمة بالرضاع لكونه من لبن اللحم ومنشراً للعظم وهذا المعنى لا يحصل بالقليل منه فلا يكون القليل محرماً ولنا قوله عز وجل وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة مطلقاً عن القدر وروى عن علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا قليل الرضاع وكثيره سواء وروى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال الرضعة الواحدة تحرم وروى أنه لما بلغه أن عبد الله بن الزبير يقول لا تحرم الرضعة والرضعتان فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير وتلى قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وروى أنه لما بلغه أن عائشة رضي الله عنها تقول لا تحرم المصبة والمصتان فقال حكم الله تعالى أولى وخير من حكمها وأما حديث عائشة رضي الله عنها فقد قيل أنه لم يثبت عنها وهو الظاهر فإنه روى أنها قالت توفي النبي صلى الله عليه وسلم وهو مما يتلى في القرآن فالذي نسخته ولا نسخ بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم ولا

يحتل أن يقال ضاع شيء من القرآن ولهذا ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء أن هذا حديث منكر وأنه من صياغة الحديث. ولئن ثبت فيحتمل أنه كان في رضاع الكبير فنسخ العدد بنسخ رضاع الكبير وأما حديث المصبة والمصبين فقد ذكر الطحاوي أن في أسناده اضطرابا بالان مداره على عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها وروى أنه سئل عروة عن الرضاعة فقال ما كان في الحولين وإن كان قطرة واحدة تحرم والراوى إذا عمل بخلاف ما روى أوجب ذلك وهناك في ثبوت الحديث لأنه لو ثبت عنده لعمل به على أنه ان ثبت فيحتمل أن الحرمة لم تثبت لعدم القدر المحرم ويحتمل أنها لم تثبت لأنه لا يعلم أن اللبن وصل إلى جوف الصبي أم لا ولم يصل لا يحرم فلا يثبت لعدم القدر المحترم ولا تثبت الحرمة بهذا الحديث بالاحتمال ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما إذا عقي الصبي فقد حرم حين سئل عن الرضعة الواحدة هل تحرم لأن العقي اسم لما يخرج من بطن الصبي حين يولد أسود لزج إذا وصل اللبن إلى جوفه يقال هل عقيتم صبيكم أي هل سقيتموه عسلا ليسقط عنه عقيته انما ذكر ذلك ليعلم أن اللبن قد صار في جوفه لأنه لا يعنى من ذلك اللبن حتى يصير في جوفه ويحتمل أنه كان ذلك في رضاع الكبير حين كان محرما ثم نسخ وأما قوله أن الرضاع انما يحرم لكونه من لبن اللحم منشرا للعظم فنقول القليل يثبت وينشر بقدره فوجب أن يحرم بأصله وقدره على أن هذه الأحاديث ان ثبتت فهي مبيحة وما تلوننا محرم والمحرمة يقضى على المبيح احتياطا لأن الجرعة الكثيرة عنده لا تحرم ومعلوم أن الجرعة الواحدة الكثيرة في اثبات اللحم وانشار العظم فوق خمس رضعات صغار قبل أنه لا مدار على هذا وكذا يستوى فيه لبن الحية والميتة بأن حلب لبنها بعد موتها في قنح فأوجر به صبي يحرم عندنا وقال الشافعي لبن الميتة لا يحرم ولا خلاف في أنه إذا حلب لبنها في حال حياتها في أناء فأوجر به الصبي بموتها أنه ثبت به الحرمة (وجه) قوله أن حكم الرضاع هو الحرمة والمرأة بالموت خرجت من أن تكون محللا لهذا الحكم ولهذا ثبت حرمة المصاهرة بوطئها عندكم فصار لبنها كلبن البهائم ولو ارتضع صغيران من لبن بهيمة لا تثبت حرمة الرضاع بينهما كذا هذا وإذا ثبت الحرمة في حقها لا تثبت في حق غيرها لأن الرضعة أصل في هذا الحكم فأولا يثبت في حقها ثم يعمد إلى غيرها فإذا ثبت في حقها فكيف يعمد إلى غيرها بخلاف ما إذا حلب حال حياتها ثم أوجر الصبي بعد وفاتها لأنها كانت محلا قاطعا للحكم وقت انفصال اللبن منها فلا يبطل بموتها بعد ذلك وهما بخلافه ولأن اللبن قد ينجس بموتها لتنجس وعائه وهو الثدي فاشبه البول والدم ولنا الحديث المشهور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب راسم الرضاع لا يقف على الارتضاع من الثدي فإن العرب تقول يتيم راضع وإن كان يرضع بلبن الشاة والبق ولا على فعل الارتضاع منها بدليل أنه لو ارتضع الصبي منها وهي ناقة يسمى ذلك رضعا حتى يحرم ويقال أيضا أَرْضَعُ هذا الصبي بلبن هذه الميتة كما يقال أَرْضَعُ بلبن الحية وقوله صلى الله عليه وسلم الرضاع من الجماعة وقوله الرضاع ما نبت اللحم وأنشر العظم وقوله صلى الله عليه وسلم الرضاع ما نبت اللحم وينشر العظم ويفتق الأمعاء فيوجب الحرية ولأن اللبن كان محرما في حال الحياة والعارض هو الموت واللبن لا يموت كالبيض كذا روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال اللبن لا يموت ولأن الموت محل الحياة ولا حياة في اللبن الا ترى أنها لم تألم بأخذه في حال حياتها والحيوان يتألم بأخذه ما فيه حياة من لحمه وسائر أعضائه وإذا لم يكن فيه حياة كان حاله بعد موت المرأة كحال قبل موتها وقبل موتها محرم كذا بعده وأما قوله المرأة بالموت خرجت من أن تكون محللا للحرمة وهي الأصل في هذه الحرمة فنقول الحرمة في حال الحياة ما ثبتت باعتبار الاصاله والتبعية بل باعتبار انبات اللحم وانشار العظم وقد بقي هذا المعنى بعد الموت فتبقى الحرمة بخلاف حرمة المصاهرة لأنها تثبت لدفع فساد قطيعة الرحم أو باعتبار الجزئية والبعضية لكون الوطء سببا لحصول الولد وكل واحد من المعنيين لا يتقدر بعد الموت لذلك أفترقا وقوله اللبن ينجس بالموت ممنوع وهذا شيء بناء على أصله فأما على أصل أمحاجنا فاللبن لا ينجس بالموت بل هو طاهر بعد الموت وإن تنجس الوعاء

الاصلي له ونجاسة الظرف انما توجب نجاسة المظروف اذا لم يكن الظرف معدنا للمظروف وموضعا له في الاصل
فاما اذا كان في الاصل موضعه ومظانه فنجاسته لا توجب نجاسة المظروف ألا ترى ان الدم الذي يجري بين اللحم
والجلد في المذكاة لا ينجس اللحم لما كان في معدنه ومظانه فكذلك اللبن والدليل عليه انه لو حلب لبنها في خال حياتها
في وعاء نجس فأوجره به الصبي يحرم ولا فرق بين الوعاءين اذا التجس في الحالين ما يجاور اللبن لا عينه ثم نجاسة الوعاء
الذي ليس بمعدن اللبن لم يمنع وقوع التحريم فها هو معدن له أولى ويستوى في تحريم الرضاع الارتضاع من
الثدي والاسعاط والايجار لان المؤثر في التحريم مما هو معدن له أولى ويستوى في تحريم الرضاع الارتضاع
من الثدي والاسعاط والايجار لان المؤثر في التحريم هو حصول الغذاء باللبن وانبات اللحم وانتشار العظم
وسد المجاعة لان يتحقق الجزئية وذلك يحصل بالاسعاط والايجار لان السعوط يصل الى الدماغ والى الخلق
فيغذي ويسد الجوع والوجود يصل الى الجوف فيغذي وأما الاقطار في الاذن فلا يحرم لانه لا يصل
وصوله الى الدماغ لضيق الخرق في الاذن وكذلك الاقطار في الحليل لانه لا يصل الى الجوف فضلا عن
الوصول الى المعدة وكذلك الاقطار في العين والقبل لما قلنا وكذلك الاقطار في الجائفة وفي الأمه لان الجائفة
تصل الى الجوف الى المعدة والأمه ان كان يصل الى المعدة لكن ما يصل اليها من الجراحة لا يحصل به الغذاء
فلا تثبت به الحرمة والحقنة لا تحرم بان حقن الصبي باللبن في الرواية المشهورة وروى عن محمد انها تحرم وجه
هذه الرواية انها وصلت الى الجوف حتى أوجبت فساد الصوم فصارت كما لو وصل من الفم وجه ظاهر الرواية أن
المعتبر في هذه الحرمة هو معنى التغذي والحقنة لا تصل الى موضع الغذاء لان موضع الغذاء هو المعدة والحقنة
لا تصل اليها فلا يحصل بها انبات اللحم ونشور العظم وانقاذ الجوع فلا توجب الحرمة ولو جعل اللبن مخيضاً أو رائباً
أو شيرازاً أو جبناً أو قطاً أو مصلاً فتناوله الصبي لا يثبت به الحرمة لان اسم الرضاع لا يقع عليه وكذا لا يثبت اللحم
ولا ينشر العظم ولا يكتفى به الصبي في الاغتذاء فلا يحرم ولو اختلط اللبن بغيره فهذا على وجوه اما ان اختلط بالطعام
أو بالدواء أو بالماء أو بلبن البهائم أو بلبن امرأة أخرى فان اختلط بالطعام فان مسسته النار حتى نضج لم يحرم في قولهم
جميعاً لانه تغير عن طبعه بالطبخ وان لم تمسه النار فان كان الغالب هو الطعام لم تثبت الحرمة لان الطعام اذا غلب سلب
قوة اللبن وأزال معناه وهو التغذي فلا يثبت به الحرمة وان كان اللبن غالباً للطعام وهو طعام يستبين لا يثبت به الحرمة
في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يثبت وجه قولهما ان اعتبار الغالب والخالق المغلوب بالعدم أصل في
الشرع فيجب اعتباره ما أمكن كما اذا اختلط بالماء أو بلبن شاة ولأبي حنيفة ان الطعام وان كان أقل من اللبن فانه
يسلب قوة اللبن لانه يرق ويضعف بحيث يظهر ذلك في خمس البصر فلا تقع الكفاية به في تغذية الصبي فكان اللبن
مغلوباً بمعنى وان كان غالباً بصورة وان اختلط بالدواء أو بالدهن أو بالنيذ يعتبر فيه الغالب فان كان اللبن غالباً يحرم لان
هذه الاشياء لا تجعل بصفة اللبن وصيرورته غذاء بل بقدر ذلك لانها انما تخلط باللبن ليوصل اللبن الى ما كان لا يصل
اليه بنفسه لا اختصاصها بقوة التنفيذ ثم اللبن باقراده يحرم مع هذه الاشياء أولى وان كان الدواء هو الغالب لا تثبت
به الحرمة لان اللبن اذا صار مغلوباً صار مستهلكاً فلا يقع به التغذي فلا تثبت به الحرمة وكذا اذا اختلط بالماء
يعتبر فيه الغالب أيضاً فان كان اللبن غالباً يثبت به الحرمة وان كان الماء غالباً لا يثبت به وهذا عندنا وعند الشافعي
اذا قطر من الثدي مقدار خمس رضعات في حب ماء فسقى منه الصبي تثبت به الحرمة وجه قوله أن اللبن وصل الى
جوف الصبي بتقديره في وقته تثبت الحرمة كما اذا كان اللبن غالباً ولا شك في وقت الرضاع والدليل على
ان القدر المحرم من اللبن وصل الى جوف الصبي ان اللبن وان كان مغلوباً فهو موجود شائع في أجزاء الماء وان
كان لا يرى فيوجب الحرمة ولنا ان الشرع علق الحرمة في باب الرضاع بمعنى التغذي على ما فطقت به الاحاديث
واللبن المغلوب بالماء لا يغذي الصبي لانه لا يقرى لانه لا يقع الا كغذاءه في تغذية الصبي فلم يكن محرماً وقد

خرج الجواب عما ذكره المخالف وذكر الجصاص ان جواب الكتاب ينبغي أن يكون قولهما قاعاً على قول أبي حنيفة ينبغي أن لا يحرم وإن كان اللبن غالباً وقاس الماء على الطعام وجمع بينهما من حيث أن اختلاطه بالماء يسلب قوته وإن كان الماء قليلاً كاختلاطه بالطعام القليل وفي ظاهر الرواية أطلق الجواب ولم يذكر الخلاف ولو اختلط بلبن البهائم كلبن الشاة وغيره يعتبر فيه الغالب أيضاً لما ذكرنا ولو اختلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى فالحكم للغالب منهما في قول أبي يوسف وروى عن أبي حنيفة كذلك وعند محمد ثبتت الحرمة منهما جميعاً وهو قول زفر وجه قول محمد أن اللبنين من جنس واحد والجنس لا يغلب الجنس فلا يكون خلط الجنس بالجنس استهلاً كافلاً يصير القليل مستهلكاً في الكثير فيغذي الصبي كل واحد منهما بقدره بآيات اللحم وانشار العظم وأسد الجوع لأن أحدهما لا يسلب قوة الآخر والدليل على أن خلط الجنس بالجنس لا يكون استهلاً كالهان من غصب من آخر ز يتاخطه بزيت آخر اشتر كافيته في قولهم جميعاً ولو خلطه بشيرج أو بدهن آخر من غير جنسه يعتبر الغالب فإن كان الغالب هو المغصوب كان لصاحبه أن يأخذه ويمطيه قسط ما اختلط بزيتته وإن كان الغالب غير المغصوب صار المغصوب مستهلكاً فيه ولم يكن له أن يشار كفيه ولكن الغاصب يفرم له مثل ما غصبه فدل ذلك على اختلاف حكم الجنس الواحد والجنسين وأبو يوسف اعتبر هذا النوع من الاختلاط باختلاط اللبن بالماء وهناك الحكم للغالب كذا ههنا ولحمدان يفرق بين الفصلين فإن اختلاط اللبن بما هو من جنسه لا يوجب الاختلال بمعنى التغذي من كل واحد منهما بقدره لأن أحدهما لا يسلب قوة الآخر وليس كذلك اختلاط اللبن بالماء واللبن مغلوب لأن الماء يسلب قوة اللبن أو يخل به فلا يحصل التغذي أو يحتل والله عز وجل أعلم ولو طلق الرجل امرأته ولها لبن من ولد كانت ولده منه فاقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر وهي كذلك فارضعت صبيها عند الثاني ينظر أن أرضعت قبل أن تحمل من الثاني فالرضاع من الأول بالاجماع لأن اللبن نزل من الأول فلا يرتفع حكمه بارتفاع النكاح كما لا يرتفع بالموت وكما لو حلب منها لبن ثم ماتت لا يبطل حكم الرضاع من لبنها كذا هذا وإن أرضعت بعدما وضعت من الثاني فالرضاع من الثاني بالاجماع لأن اللبن منه ظاهراً وإن أرضعت بعدما حملت من الثاني قبل أن تضع فالرضاع من الأول إلى أن تضع في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف إن علم أن هذا اللبن من الثاني بان ازداد لبنها فالرضاع من الثاني وإن لم يعلم فالرضاع من الأول وروى الحسن بن زباد عنه أنها إذا حبلت فاللبن للثاني وقال محمد وزفر الرضاع منهما جميعاً إلى أن تلد فإذا ولدت فهو من الثاني وجه قول محمد أن اللبن الأول باقٍ والحمل سبب لحدوث زيادة لبن فيجتمع لبنان في ثدي واحد فتثبت الحرمة بهما كما قال في اختلاط أحد اللبنين بالآخر بخلاف ما إذا وضعت لأن اللبن الأول ينقطع بالوضع ظاهراً وغالباً فكان اللبن من الثاني فكان الرضاع منه وجه قول أبي يوسف أن الحامل قد ينزل لها لبن فلما ازداد لبنها عند الحمل من الثاني دل أن الزيادة من الحمل الثاني إذ لو لم يكن لكان لا يزداد بل ينقص إذ العادة أن اللبن ينقص بمضي الزمان ولا يزداد فكانت الزيادة دليلاً على أنها من الحمل الثاني لا من الأول وجه رواية الحسن عنه أن العادة أن الحمل ينقطع اللبن الأول ويحدث عنده لبن آخر فكان الموجود عند الحمل الثاني من الحمل الثاني لا من الأول فكان الرضاع منه لا من الأول ولا بي حنيفة أن نزول اللبن من الأول ثبت بيقين لأن الولادة سبب لنزول اللبن بيقين عادة فكان حكم الأول ثابتاً بيقين فلا يبطل حكمه ما لم يوجد سبب آخر مثله بيقين وهو ولادة أخرى لا الحمل لأن الحامل قد ينزل لها لبن بسبب الحمل وقد لا ينزل حتى تضع والثابت بيقين لا ينزل بالشك وأما قول أبي يوسف لما ازداد اللبن دل على حدوث اللبن من الثاني فمنع أن زيادة اللبن تدل على حدوث اللبن من الحمل فإن زيادة اللبن أسباباً من زيادة الغذاء وجوده ومحة البدن واعتدال الطبيعة وغير ذلك فلا يدل الحمل على حدوث الزيادة بالشك فلا ينقطع الحكم عن الأول بالشك وقد خرج الجواب عما قاله محمد والله الموفق للصواب ويستوى في تحريم الرضاع الرضاع المقارن للنكاح والظلمى عليه لأن دلائل التحريم لا توجب الفصل بينهما وبين هذا الأصل في

مسائل اذا تزوج صغيرة فارضعتها أمه من النسب أو من الرضاع حرمت عليه لأنها صارت أختا له من الرضاع فتحرم عليه كما في النسب وكذا اذا أرضعتها أخته أو بنته من النسب أو من الرضاع لأنها صارت بنت أخته أو بنت بنته من الرضاة وأنها محرم من الرضاع كما تحرم من النسب ولو تزوج صغيرتين رضعتين فجاءت امرأة أجنبية فارضعتها معا وعلى التعاقب حرمتا عليه لأنها صارتا أختين من الرضاة فيحرم الجمع بينهما في حالة البتاء كما يحرم في حالة الابتداء كما في النسب ويجوز أن يزوج أحدهما أيتها شاء لأن المحرم هو الجمع كما في النسب فان كن ثلاثا فارضعتن جميعا معا حرمن عليه لأنهن صرن أخوات من الرضاة فيحرم الجمع بينهما وله أن يزوج واحدة منهن أيتها شاء لما قلنا وان أرضعتن على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمت عليه الأولان وكانت الثالثة زوجته لأنها لما أرضعت الأولى ثم الثانية صارتا أختين فباتا منه فاذا أرضعت الثالثة فقد صارت أختا لهما الكنتهما أجنبيتين فلم يتحقق الجمع فلاتبين منه وكذا اذا أرضعت البنتين معاً ثم الثالثة حرمتا والثالثة امرأتها لما قلنا ولو أرضعت الأولى ثم الثانية معاً حرمن جميعا لأن الأولى لم تحرم كذا الارضاع لعدم الجمع فاذا أرضعت الاخرتين معاً صرن أخوات في حالة واحدة فيفسد نكاحهن ولو كن أربع صبيات فارضعتن على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمن جميعا لأنها لما أرضعت الثانية فقد صارت أختا للأولى فحصل الجمع بين الأختين من الرضاة فباتا ولما أرضعت الرابعة فقد صارت أختا للثالثة فحصل الجمع فباتا وحكم المهر والرجوع في هذه المسائل نذكره في المسئلة التي تليها وهي ما اذا تزوج صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة أما حكم النكاح فقد حرمتا عليه لأن الصغيرة صارت بنتا لها والجمع بين الام والبنت من الرضاع نكاحا حرام كما يحرم من النسب ثم ان كان ذلك بعد ما دخل بالكبيرة لا يجوز له أن يزوج واحدة منهما أبدا كما في النسب وان كان قبل أن يدخل بالكبيرة جاز له أن يزوج الصغيرة لأن امرأته من الرضاع لم يدخل بها فلا يحرم عليه نكاحها كما في النسب لا يجوز له أن يزوج الكبيرة أبدا لأنها أم من كوتته من الرضاع فتحرم بمجرد نكاح البنت دخل بها أو لم يدخل بها كما في النسب وأما حكم المهر فاما الكبيرة فان كان قد دخل بها فلها جميع مهرها سواء تعمدت الفساد أو لم تعمد لأن المهر قد تآكد بالدخول فلا يحتمل السقوط بعد ذلك فلها مهرها ولو لم تكن ولا نفقة لها لأن السكنى حق الله تعالى فلا تسقط بفعلها والنفقة تجب حقها بطريق الصلة وبالارضاع خرجت عن استحقاق الصلة فان كان لم يدخل بها سقط مهرها فلا مهر لها ولا سكنى ولا نفقة سواء تعمدت للفساد أو لم تعمد لأن الأصل أن الفرقة الحاصلة قبل الدخول توجب سقوط كل المهر لأن المبدل يعود سليما الى المرأة وسلامة المبدل لاحد المتعاقدين يوجب سلامة المبدل للآخر فلا يجتمع المبدل والمبدل في ملك واحد في عقد المبادلة كان ينبغي أن لا يجب على الزوج شيء سواء كانت الفرقة بعير طلاق أو بطلاق إلا أن الشرع أوجب عليه في الطلاق قبل الدخول مالا مقدرا بنصف المهر المسمى ابتداء بطريق المتعة صلة لها تطيبها لقلبها لما لحقها من وحشة الفراق فوات نعمة الزوجية عنها من غير رضاها فاذا أرضعت فقد رضيت بارتفاع النكاح فلا تستحق شيئا وأما الصغيرة فلها نصف المهر على الزوج عند عامة العلماء وقال مالك لا شيء لها وجه قوله أن الفرقة جاءت من قبلها لوجود علة الفرقة منها وهي ارتضاها لأنه بذلك يحصل اللين في جوفها فينبت اللحم وينشر العظم فتحصل الجزئية التي هي المعنى المؤثر في الحرمة وانما الموجود من الرضاة التمكن من ارتضاها بالقاماتين فكانت محصلة للشرط والحكم للعلة لا للشرط فلا يجب على الزوج للصغيرة شيء ولا يجب على الزوج للمرضعة شيء أيضا ولنا ما ذكرنا أن الفرقة من أيهما كانت توجب سقوط كل المهر لما ذكرنا وانما يجب نصف المهر مقدرا بالمسمى ابتداء صلة للمرأة نظر الها ولم يوجد من الصغيرة ما يوجب خروجها عن استحقاق النظر لأن فعلها لا يوصف بالخطر وليست هي من أهل الرضا لنجعل فعلها دلالة الرضا بارتفاع النكاح فلا تحرم نصف الصداق بخلاف الكبيرة لأن أقدامها على الارضاع دلالة الرضا بارتفاع النكاح وهي من أهل الرضا وارضاعها جنابة فلا تستحق النظر بإيجاب نصف المهر لها ابتداء اذا الجاني لا يستحق النظر على جنابته بل يستحق الزجر وذلك بالحرمان

لئلا يفعل مثله في المستقبل فلا يجب لها شيء سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان فعلها اجنبية في الحالين ويرجع الزوج بما أدى على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان كانت لم تتعمد لم يرجع عليها كذا ذكر المشايخ وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وروى عن محمد أن له أن يرجع عليها سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد وهو قول زفر وبشر المريسي والشافعي وجه قولهم أن هذا ضمان الاتلاف وأنه لا يختلف بالعمد والخطأ والدليل على أن هذا ضمان الاتلاف أن الفرقه حصلت من قبلها بارضاعها ولهدا لم تستحق المهر أصلا ورأسا سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد وإذا كان حصول الفرقه من قبلها بارضاعها صارت بالارضاع مؤكدة نصف المهر على الزوج لانه كان محتملا للسقوط بردها أو بمكبتها من ابن الزوج أو تبيلها إذا كبرت ففي الارضاع أكدت نصف المهر بحيث لا يحتمل السقوط فصارت متلفة عليه ماله فضمن وجه قول محمد أنها وان تعمدت الفساد ففي صاحبة شرط في ثبوت الفرقه لان علة الفرقه هي الارضاع للصغيرة لا بيتنا والحكم يضاف الى العلة لا الى الشرط على أن ارضاعها كان سبب الفرقه فهو سبب محض لانه طرأ عليه فعل اختياري وهو ارضاع الصغيرة والسبب إذا اعترض عليه فعل اختياري يكون سببا محض والسبب المحض لا يحكم له. وان كان صاحب السبب متعمدا في مباشرة السبب كفتح باب الاصطبل والقصص حتى خرجت الدابة وضلت أو طار الطير وضاع ولان الضمان لو وجب عليها امانا يجب باتلاف ملك النكاح أو باتلاف الصداق أو بتأكيده نصفه على الزوج لا وجه للاول لان ملك النكاح غير مضمون بالاتلاف على أصلنا ولا وجه للثاني لانها ما تلقت الصداق بل اسقطت نصفه والنصف الباقي بقي واجبا بالنكاح السابق ولا وجه للثالث لان التأكيده لا يماثل التقويت فلا يكون اعتداء بالمثل ولا بي حنيفة وأبي يوسف أن الكبيرة وان كانت محصلة شرط الفرقه وعلة الفرقه من الصغيرة كما ذكره محمد لكن الاصل ان الشرط مع العلة اذا اشتراكا في المحظر والاباحة أي في سبب المؤاخذه وعدمه فاضافة الحكم الى العلة أولى من اضافته الى الشرط فاما اذا كان الشرط محظورا والعلة غير موصوفة بالمحظر فاضافة الحكم الى الشرط أولى من اضافته الى العلة كما في حق البئر على قارة الطريق فالعبرة اذا لم تكن تعمدت الفساد فقد استوى الشرط والعلة في عدم المحظر فكانت الفرقه مضافة الى العلة وهي ارضاعها وان كانت تعمدت الفساد كان الشرط محظورا وهو ارضاع الصغيرة والعلة غير موصوفة بالمحظر وهي ارضاع الصغيرة فكان اضافة الحكم الى الشرط أولى وإذا اضيفت الفرقه الى الكبيرة عند تعمد الفساد ووجب نصف المهر للصغيرة على الزوج ابتداء ملازما للفرقه صارت الفرقه الحاصلة منها كأنها علة لوجوبه لانه بقي النصف بعد الفرقه واجبا بالنكاح السابق لان ذلك قول تخصيص العلة لانه قول ببقاء نصف المهر على وجود العلة المسقطه لكانه وانه باطل فصارت الكبيرة متلفة هذا القدر من المال على الزوج اذا اداء مبنى على الوجوب فيثبت له حق الرجوع عليها وهذا المعنى وجب الضمان على شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا بالا جماع بخلاف ما اذا لم تتعمد الفساد لان عدم التعمد لا تكون الفرقه مضافة الى فعل الكبيرة فلم يوجد منها علة وجوب نصف المهر على الزوج فلا يرجع عليها وأما مسألة فتح باب الاصطبل والقصص فكما يلزمهما يلزم محمد لان عنده بضمن الفاتح وان اعترض على الفتح فعلى اختياري فقد خرج الجواب عن الباقي فافهم ثم تعمد الفساد بثلاثة أشياء يعلمها بنكاح الصغيرة وعلمها بفساد النكاح بارضاعها وعدم الضرورة وهي ضرورة خوف الهلاك على الصغيرة لو لم ترضعها والقول قولها في أنها لم تتعمد الفساد مع يمينها لان الزوج يدعوى تعمد الفساد يدعي عليها الضمان وهي تنكر فكان القول قولها وعلى هذا حكم المهر والرجوع في المسائل المتقدمة من الاتفاق والاختلاف ولو تزوج كبيرة وصغيرة فارضعتهم الكبيرة فإن ارضعتهم معاخر من عليه لانهما جميعا صارتا بنتين للرضعة فصارتا بنتين نكاحا طهر من عليه ولا يجوز له أن يتزوج الكبيرة أبدا سواء كان دخلها أو لم يدخل بها لانها أم منسكوحتة فتعزم بنفس القدر على البنت ولا يجوز له أن يجمع بين الصغيرتين نكاحا أبدا لانها صارتا أختين من الرضاع ويجوز أن يتزوج باحدهما ان كان لم يدخل

بالكبرة لأنها ربيته من الرضاع فلا تحرم بمجرد المدة على الام كما في النسب وان كان قد دخل بها لا يجوز كما في النسب وان أرضعتها على التعاقب واحدة بعد أخرى فقد حرمت الكبيرة مع الصغيرة الاولى لانها لما أرضعت الاولى صارت بنتها فحصل الجمع بين الام والبنت فبانتمائه وأما الصغيرة الثانية فانما أرضعتها بعد ما بنت الكبيرة فلم يصير جامع الكنهان ربيته من الرضاع فان كان قد دخل بها لم تحرم عليه والا فلا ولا يجوز نكاح الكبيرة بعد ذلك ولا الجمع بين الصغيرتين لما ذكرنا ولو تزوج كبيرة وثلاث صبيات فارضعتن على التعاقب واحدة بعد أخرى حرمن عليه جميعا لانها لما أرضعت الاولى صارت بنتها فحصل الجمع بين الام والبنت فحرمتا عليه ولما أرضعت الثانية فقد أرضعتها والكبيرة والصغيرة الاولى ميثاقان فلا يحرم بسبب الجمع لعدم الجمع ولكن ينظر ان كان قد دخل بالكبيرة تحرم عليه للحال لانها ربيته وقد دخل بها وان كان لم يدخل بها لم تحرم عليه للحال حتى ترضع الثالثة فاذا ارتضعت الثالثة حرمتا عليه لانها صارتا أختين والحكم في تزوج الكبيرة بعد ذلك والجمع بين صغيرتين وتزوج احدي الصغائر ما ذكرنا ولو تزوج صغيرتين وكبيرتين فعمدت الكبيرتان الى احدي الصغيرتين فارضعتا احدهما بعد أخرى ثم أرضعتا الصغيرة الثانية واحدة بعد أخرى بنتا الكبيرتان والصغيرة الاولى والصغيرة الثانية امرأته لانها لما أرضعتا الصغيرة الاولى صارت كل واحدة من الكبيرتين أم امرأته وصارت الصغيرة بنت امرأته فصار جامعاً بينهما فحرمن عليه فلما أرضعتا الثانية فقد أرضعتاها بعد ثبوت البينونة فلم يصير جامعاً فلا تحرم هذه الصغيرة بسبب الجمع ولكنها ابنسة منكوحة كانت له فان كان لم يدخل بها لم تحرم عليه وان كان قد دخل بها لم تحرم ولا يجوز له نكاح واحدة من الكبيرتين بعد ذلك بحال والامر في جواز نكاح الصغيرة الاولى على التفصيل الذي مر ولو كانت احدي الكبيرتين أرضعت الصغيرتين واحدة بعد الاخرى ثم أرضعت الكبيرة الاخرى الصغيرةتين واحدة بعد الاخرى ينظر ان كانت الكبيرة الأخيرة بدأت بالتى بدأت بها الكبيرة الاولى بنتا الكبيرتان والصغيرة الاولى والصغيرة الاخرى امرأته وان كانت بدأت بالتى لم تبدأ بها الاولى حرمن عليه جميعا وانما كان كذلك لان الكبيرة الاولى لما أرضعت الصغيرة الاولى فقد صارت بنتها فحصل الجمع بين الام والبنت فحرمتا عليه فلما أرضعت الاخرى أرضعتا وهي أجنبية فلم يتحقق الجمع لكن صارت الاخرى ربيته فان كان لم يدخل بها لم تحرم وان كان قد دخل بها لم تحرم فلما جاءت الكبيرة الأخيرة فارضعت الصغيرة الاولى فقد صارت أم منكم فحرمت عليه فلما أرضعت الصغيرة الاخرى فقد أرضعتا وهي أجنبية فصارت ربيته فلا تحرم اذا كان لم يدخل بها وان كان قد دخل بها لم تحرم واذا كانت الكبيرة الأخيرة بدأت بالتى لم تبدأ بها الكبيرة الاولى فقد صارت بنتها فحصل جامعاً مع أمها فحرمتا عليه كما حرمت الكبيرة الاولى مع الصغيرة الاولى فحرمن جميعا ولو كان تحتها صغيرة وكبيرة فارضعت أم الكبيرة الصغيرة بانتمائهما صارتا أختين وكذا اذا أرضعت أخت الكبيرة الصغيرة لانها صارت بنت أخت امرأته والجمع بين المرأة وبين بنت أختها لا يجوز في الرضاع كما لا يجوز في النسب ولو أرضعتها عمة الكبيرة أو خالتها لم تبين لانها صارت بنت عمة امرأته أو بنت خالتها ويجوز للناس ان يجمع بين امرأة وبين بنت عمتها أو بنت خالتها في النسب فكذلك في الرضاع ولو طلق رجل امرأته ثلاثاً ثم أرضعت المطلقة قبل انقضائها عدها امرأة له صغيرة بنتا الصغيرة لانها صارت بنتا له فحصل الجمع في حال العدة والجمع في حال قيام العدة كالجمع في حال قيام النكاح ولو تزوج ابنه وهو صغير امرأة طالبن فارتدت وبانت من الصبي ثم أسلمت فترجها رجل فبطلت منه ثم أرضعت بلبنها ذلك الصبي الذي كان زوجها حرمت على زوجها الثاني كذا روى بشر بن الوليد عن محمد بن ذلك الصبي صار ابنان زوجها فصارت هي منكوحة ابنه من الرضاع فحرمت عليه ولو تزوج رجل أم ولده مملوكه صغيراً فارضعت بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها لان الزوج صار ابنان زوجها فصارت هي موطوءة أيه فتحرم عليه ولا يجوز للمولى أن يطأها بملك الميم لانها

منكوحة ابنه ولو تزوج صغيرة فطلقها ثم تزوج كبيرة لها بن فأرضعتها حرمت عليه لأنها صارت أم منكوحة كانت له فحرم بنكاح البنت والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان ما يثبت به الرضاع أى يظهر به فالرضاع يظهر بأحد أمرين أحدهما الاقرار والثاني البينة أما الاقرار فهو ان يقول لامرأة تزوجها هى أختى من الرضاع أو أمى من الرضاع أو بنتى من الرضاع ويثبت على ذلك ويصير عليه فيفرق بينهما لأنه أقر بطلان ما يملك ابطاله للحال فيصدق فيه على نفسه وإذا صدق لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها فلا يكون فى ابقاء النكاح فائدة فيفرق بينهما سواء صدقته أو كذبه لأن الحرمة ثابتة فى زعمه ثم ان كان قبل الدخول بها فلها نصف المهر ان كذبه لان الزوج مصدق على نفسه لا عليها بابطال حقتها فى المهر وان كان بعد الدخول بها فلها كمال المهر والنفقة والسكنى لأنه غير مصدق بابطال حقتها فان أقر بذلك ثم قال أوهمت أو أخطأت أو غلطت أو نسيت أو كذبت فهما على النكاح ولا يفرق بينهما عندنا وقال مالك والشافعى يفرق بينهما ولا يصدق على الخطأ وغيره وجه قولهما انه أقر بسبب القرقة فلا يملك الرجوع كما لو أقر بالطلاق ثم رجع بان قال لامرأته كنت طلقتك ثلاثاً ثم قال أوهمت والدليل عليه انه لو قال لامرأته هذه امرأتى أو أمى أو أختى أو ابنتى ثم قال أوهمت انه لا يصدق وتعتق كذا ههنا ولنا ان الاقرار اخبار فقول هذه أختى اخبار منه انها لم تكن زوجته قط لكونها محرمة عليه على التأييد فاذا قال أوهمت صبراً كانه قال ما تزوجتها ثم قال تزوجتها وصدقته المرأة ولو قال ذلك يقران على النكاح كذا هذا بخلاف الطلاق لان قوله كنت طلقتك ثلاثاً اقرار منه بانشاء الطلاق الثلاث من جهته ولا يتحقق انشاء الطلاق الا بعد صحة النكاح فاذا أقر ثم رجع عنه لم يصدق وبخلاف قوله لامرأته هذه أمى أو ابنتى لان ذلك لا يقتضى نفي الملك فى الاصل ألا ترى انها لو كانت أمه أو ابنته حقيقة جاز دخولها فى ملكه حتى يقع العتق عليها من جهته فتضمن هذا اللفظ منه انشاء العتق عليها فاذا قال أوهمت لا يصدق كما لو قال هذه حرة ثم قال أوهمت وكذلك اذا أقر الزوج بهذا قبل النكاح فقال هذه أختى من الرضاع أو أمى أو بنتى وأصر على ذلك وداوم عليه لا يجوز له أن يزوجها ولو تزوجها يفرق بينهما ولو قال أوهمت أو غلطت جاز له أن يزوجها عندنا لما قلنا ولو جحد الاقرار فشهد شاهدان على اقراره فرق بينهما وكذلك اذا أقر بالنسب فقال هذه أمى من النسب أو بنتى أو أختى وليس لها نسب معروف وانما تصليح بنته أو أمه فانه يسئل مرة أخرى فان أصر على ذلك وثبت عليه يفرق بينهما لظاهر النسب باقراره مع اصراره عليه وان قال أوهمت أو أخطأت أو غلطت بصدق ولا يفرق بينهما عندنا لما قلنا وان كان لها نسب معروف أو لا تصليح أم أو بنته لا يفرق بينهما وان دام على ذلك لانه كاذب فى اقراره ييقن والله أعلم وأما البينة ففى ان يشهد على الرضاع رجلان أو رجل أو امرأتان ولا يقبل على الرضاع أقل من ذلك ولا شهادة النساء بائناً منهن وهذا عندنا وقال الشافعى يقبل فيه شهادة أربع نسوة وجه قوله ان الشهادة على الرضاع شهادة على عورة اذ لا يمكن تحمل الشهادة الا بعد النظر الى الثدي وانه عورة فيقبل فيه شهادة النساء على الافراد كالأفراد ولنا ما روى محمد بن عكرمة بن خالد الخزرجى عن عمر بن عبد الله عن ابنه انه قال لا يقبل على الرضاع أقل من شاهدين وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم يظهر النكير من أحد فيكون اجماعاً ولان هذا باب مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الافراد كالأفراد وانما قلنا ذلك لان الرضاع مما يطلع عليه الرجال أما بئدى الأمة فلا نه يجوز للاجانب النظر اليه وأما بئدى الجرة فيجوز لحارمها النظر اليه فثبت ان هذه شهادة مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الافراد لان قبول شهادتهن بائناً منهن فى أصول الشرع للضرورة وهى ضرورة عدم اطلاع الرجال على المشهود به فاذا اجاز الاطلاع عليه فى الجملة لم تتحقق الضرورة بخلاف الولادة فانه لا يجوز لاحد فيها من الرجال الاطلاع عليها فدعت الضرورة الى القبول واذا شهدت امرأة على الرضاع فلا يفضل للزوج ان يفارقها لماروى عن محمد بن عتبة ابن الحرث قال تزوجت بنت أبى اهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت انى أرضعتكم فذكرت ذلك لرسول الله صلى

الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم فارقها فقلت انها امرأة سوداء وانها كيت وكيت فقال صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل وفي بعض الروايات قال عقبه فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعرضي ثم ذكرته فأعرض حتى قال في الثالثة أو الرابعة فدعها اذا قوله فارقها أو فدعها اذا ندب الى الافضل والاولى ألا ترى انه صلى الله عليه وسلم لم يفرق بينهما بل أعرض ولو كان التفريق واجبا لما أعرض فدل قوله صلى الله عليه وسلم فارقها على بقاء النكاح وروى ان رجلا تزوج امرأة فجاءت امرأة فزعمت انها أرضعتهما فسأل الرجل عليا رضي الله عنه فقال هي امرأتك ليس أحد يحررها عليك فان تزهرت فهو أفضل وسأل ابن عباس رضي الله عنهما فقال له مثل ذلك ولا يهمل ان تكون صادقة في شهادتها فكان الاحتياط هو المارقة فاذا فارقها فلا فضل له أن يعطيها نصف المهر ان كان قبل الدخول بها لاحتمال صحة النكاح لاحتمال كذبها في الشهادة والافضل لها ان لا تأخذ شيئا منه لاحتمال فساد النكاح لاحتمال صدقها في الشهادة وان كان بعد الدخول فلا فضل للزوج ان يعطيها كمال المهر والنفقة والسكنى لاحتمال جواز النكاح والافضل لها ان تأخذ الاقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا تأخذ النفقة والسكنى لاحتمال الفساد وان لم يطلقها فهو في سعة من المقام معها لان النكاح قائم في الحكم وكذا اذا شهدت امرأتان أو رجلا وامرأة أو رجلا غير عدلين أو رجلا وامرأتان غير عدول لما قلنا واذا شهد رجلان عدلان أو رجلا وامرأتان وفرق بينهما فان كان قبل الدخول بها فلا شيء لهما لانه تبين ان النكاح كان فاسدا وان كان بعد الدخول بها يجب لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل ولا تجب النفقة والسكنى في سائر الانكحة الفاسدة والله عز وجل أعلم

كتاب النفقة

النفقة أنواع أربعة نفقة الزوجات ونفقة الاقارب ونفقة الرقيق ونفقة البهائم والجمادات أما نفقة الزوجات فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان وجوبها وفي بيان سبب الوجوب وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب منها وفي بيان كيفية وجوبها وفي بيان سبب الوجوب وفي بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصبر ورتها ديننا في الذمة أما وجوبها فقد دل عليه الكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب العزيز قوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم أي على قدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة والامر بالاسكان أمر بالاتفاق لانها لا تنصل الى النفقة الا بالخر وج والاكتساب وفي حرف عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأسكنوهن من وجدكم وهو نص وقوله عز وجل ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن أي لا تضاروهن في الاتفاق عليهن فتضييقوا عليهن النفقة فيخرجن أولا تضاروهن في المسكن فتدخلوا عليهن من غير استئذان فتضييقوا عليهن المسكن فيخرجن وقوله عز وجل وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن وقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عز وجل لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله وقوله عز وجل ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف قيل هو المهر والنفقة وأما السنة فآرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله في النساء فانهم عندكم عوار لا يملكن لا نفسن شيئا وانما أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فرجهن بكلمة الله لحكم عليهن حق ان لا يوطئن فرشكم أحدا ولا يأذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فان خفتن نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم كسوتهن ورزقهن بالمعروف ثم قال ثلاثا الا هل بلغت ويحتمل أن يكون هذا الحديث تفسير لما أجمل الحق في قوله ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف فكان الحديث مبينا لما في الكتاب أصله وروى ان رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما حق المرأة على الزوج فقال صلى الله عليه وسلم يطعمها اذا طعم ويكسوها اذا كسى وان لا يهجرها الا في البيت ولا يضربها ولا يقبض وقال النبي صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك ولولدك

بالمرووف ولولم تكن النفقة واجبة لم يحتمل أن يأذن لها بالاخذ من غير اذنه وأما الاجماع فلان الامسة أجمعت على هذا وأما المعقول فهو ان المرأة محبوسة بحبس النكاح حقاً للزوج ممنوعة عن الاكتساب بحقه فكان يقع حبسها عندا اليه فكانت كفائتها عليه كقولها صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ولانها اذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخرج وللحسب بحقه فلولم يكن كفائتها عليه لهلك ولهذا جعل للنفقة رزق في بيت مال المسلمين لحقهم لانه محبوس لجهتهم ممنوع عن الكسب فجعلت نفقته في ماله وهو بيت المال كذا هنا

فصل وأما سبب وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا سبب وجوبها استحقات الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها وقال الشافعي السبب هو الزوجية وهو كونهما زوجة له ور بما قالوا ملك النكاح للزوج عليها ور بما قالوا القوامية واحتج بقوله تعالى الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما اتفقوا من أموالهم أوجب النفقة عليهم لكونهم قوامين والقوامية تثبت بالنكاح فكان سبب وجوب النفقة النكاح لان الاتفاق على المملوك من باب اصلاح الملك واستبقائه فكان سبب وجوبه الملك كنفقة المالك ولنا ان حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح مؤثر في استحقات النفقة لها عليه لما بينا فاما الملك فلا أثر له لانه قد قبل بعوض مرة وهو المهر فلا يقابل بعوض آخر اذا عوض الواحد لا يقابل بعوضين ولا حجة له في الآية لان فيها اثبات القوامية بسبب النفقة لا ايجاب النفقة بسبب القوامية وعلى هذا الاصل يبنى انه لا نفقة على مسلم في نكاح فاسد لا نعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح لان حق الحبس لا يثبت في النكاح الفاسد وكذا النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة وكذا في عدة منه ان ثبت حق الحبس لانه لم يثبت بسبب النكاح لانعدامه وانما يثبت لتحصين الماء ولان حال العدة لا يكون أقوى من حال النكاح فلما لم يثبت في النكاح فلان لا تحجب في العدة أولى وتجب في العدة من نكاح صحيح لوجود سبب الوجوب وهو استحقات الحبس للزوج عليها بسبب النكاح لان النكاح قائم من وجه فتستحق النفقة كما كانت تستحقها قبل الفرقة بل أولى لان حق الحبس بعد الفرقة تأكد بحق الشرع وتأكد السبب يوجب تأكد الحكم فلما وجبت قبل الفرقة فبعد ها أولى سواء كانت العدة عن فرقة بطلان أو عن فرقة بغير طلاق وسواء كانت الفرقة بغير طلاق من قبل الزوج أو من قبل المرأة اذا كانت من قبلها بسبب محظور استحساناً أو شرح هذه الجملة ان الفرقة اذا كانت من قبل الزوج بطلاق فلها النفقة وانسكنى سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً وسواء كانت حاملاً أو حائلاً بعد ان كانت مدخولاً بها عندنا لقيام حق حبس النكاح وعند الشافعي ان كانت مطلقة طلاق رجعياً أو بائناً وهي حامل فكذلك فاما المبتوتة اذا كانت حاملاً فلها السكنى ولا نفقة لها لان النكاح بالابانة وكان ينبغي أن لا يكون لها السكنى الا انه ترك القياس في السكنى بالنص وعند ابن أبي ليلى لا نفقة للمبتوتة ولا سكنى لها والمثلية ذكرت في كتاب الطلاق وفي بيان أحكام العدة وسواء كان الطلاق ببذل أو بغير بدل وهو الخلع والطلاق على مال لما قلنا ولو خالها على أن يرأى من النفقة والسكنى يرأى من النفقة ولا يرأى من السكنى لكنه يرأى عن مؤنة السكنى لان النفقة حقها على الخلوص وكذا مؤنة السكنى فملك الابراء عن حقها فاما السكنى ففيها حق الله عز وجل فلا تملك المعتدة اسقاطه ولو أبرأته عن النفقة من غير قطع لا يصح الابراء لان الابراء اسقاط الواجب فيستدعي تقديم الوجوب والنفقة تجب شيئاً فشيئاً على حسب مرور الزمان فكان الابراء اسقاط قبل الوجوب فلم يصح بخلاف ما اذا اختلعت نفسها على نفقتها لما ذكرناه في الخلع ولانها جعلت الابراء عن النفقة عوضاً عن نفسها في العقيد ولا يصح ذلك الا بعد ساقطة الوجوب فيثبت الوجوب مقتضى الخلع باصطلاحهما كما لو اصابها على النفقة انها تجب وتصير ديناً في الذمة كذا هذا وكذلك الفرقة بغير طلاق اذا كانت من قبلها فلها النفقة والسكنى سواء كانت بسبب مباح كخيار البلوغ أو بسبب محظور كالردة ووطء أمها أو ابنتها أو تبليها بشهوة بعد ان يكون بعد الدخول بها لقيام السبب وهو حق

الحبس للزوج عليها بسبب النكاح وإذا كانت من قبل المرأة فإن كانت بسبب مباح كخيار الادراك وخيار العتق وخيار عدم الكفاءة فكذلك لها النفقة والسكنى وإن كانت بسبب محظور بان ارتدت أو طاعت ابن زوجها أو أباه أو لمسته بشهوة فلا نفقة لها استحسننا وها السكنى وإن كانت مستكرهة والقياس أن يكون لها النفقة والسكنى في ذلك كله وجه القياس أن حق الحبس قائم وتستحق النفقة كما إذا كانت الفرقة من قبلها بسبب مباح أو محظور وللإستحسان وجهان أحدهما أن حق الحبس قد بطل بردها الآخرى أنها تحبس بعد الردة جبراً لها على الإسلام لثبوت بقاء حق النكاح فلم تجب النفقة بخلاف ما إذا كانت الفرقة بسبب مباح لأن هناك حبس النكاح قائم بقيت النفقة وكذا إذا كانت من قبل الزوج بسبب هو معصية لأنها لا تحبس بردة الزوج فيبقى حبس النكاح فتبقى العدة لكن هذا يشكل بما إذا طاعت ابن زوجها أو قبلته بشهوة أنها لا تستحق النفقة وإن بقي حبس النكاح مادامت العدة قائمة ولا اشكال في الحقيقة لأن هناك عدم الاستحقاق لانعدام شرط من شرائط الاستحقاق وهو أن لا يكون الفرقة من قبلها خاصة بفعل هو محظور مع قيام السبب وهو حبس النكاح فاندفع الاشكال بحمد الله تعالى والثاني أن حبس النكاح إنما أوجب النفقة عليه صلة لها فإذا وقعت الفرقة بفعلها الذي هو معصية لم تستحق الصلة إذا جازى لا يستحق الصلة بل يستحق الزجر وذلك في الحرمان لا في الاستحقاق كمن قتل مورثه بغير حق أنه يحرم الميراث لما قلنا كذا هذا بخلاف ما إذا كانت مستكرهة على الوطء لأن فعلها ليس بجناية فلا يوجب حرمان الصلة وكذا إذا كانت الفرقة بسبب مباح وبخلاف الزوج لأن النفقة حقها قبل الزوج فلا يؤثر فعله الذي هو معصية في اسقاط حق الغير فهو الفرق بين الفصلين وإنما لم تحرم السكنى بفعلها الذي هو معصية لما قلنا أن في السكنى حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط بفعل العبد ولو ارتدت في النكاح حتى حرمت النفقة ثم أسلمت في العدة لا تستحق النفقة ولو ارتدت في العدة ثم أسلمت وهي في العدة تهود النفقة ووجه الفرق أن النفقة في الفصل الثاني بقيت واجبة بعد الفرقة قبل الردة لبقاء سبب الوجوب وهو حبس النكاح وقت وجوب العدة ثم امتنع وجوبها من بعد تعارض الردة فإذا عادت إلى الإسلام فقد زال العارض فنعود النفقة وأما في الفصل الأول فالنفقة لم تبق واجبة وقت وجوب العدة لبطان سبب وجوبها بالردة في حق حبس النكاح لأن الردة أوجبت بطلان ذلك الحبس فلا يعود من غير تجديد النكاح فلا تعود النفقة بدونه والاصل في هذا أن كل امرأة لم تبطل نفقتها بالفرقة ثم بطلت في العدة لعارض منها ثم زال العارض في العدة تعود نفقتها وكل من بطلت نفقتها بالفرقة لا تعود النفقة في العدة وإن زال سبب الفرقة في العدة بخلاف ما إذا انشزت ثم عادت أنها تستحق النفقة لأن النشوز لم يوجب بطلان حق الحبس الثابت بالنكاح وإنما فوت التسليم المستحق بالعقد فإذا عادت فقد سالت نفسها فاستحققت النفقة ولو طاعت ابن زوجها أو أباه في العدة أو لمسته بشهوة فإن كانت معتدة من طلاق وهو رجعي فلا نفقة لها لأن الفرقة ما وقعت بالطلاق وإنما وقعت بسبب وجودها وهو محظور وإن كان الطلاق بائناً أو كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق فلها النفقة والسكنى بخلاف ما إذا ارتدت في العدة أنه لا نفقة لها إلى أن تعود إلى الإسلام وهي في العدة لأن حبس النكاح يفوت بالردة ولا يفوت بالمطوعة والمس ولو ارتدت في العدة ولحققت بدار الحرب ثم عادت واسلمت أو سيئت واعتقت أو لم تعتق فلا نفقة لها لأن العدة قد بطلت بالحاق بدار الحرب لأن الردة مع الحاق بمنزلة الموت ولو طلق امرأته وهي أمة طلاقاً بائناً وقد كان المولى بؤاًها مع زوجها يتاحى وجبت النفقة ثم أخرجها المولى لخدمته حتى سقطت النفقة ثم أراد أن يعيدها إلى الزوج ويأخذ النفقة كان له ذلك وإن لم يكن بؤاًها المولى يتاحى طلقها الزوج ثم أراد أن يبوئها مع الزوج في العدة لتجب النفقة فإنها لا يجب وجه الفرق أن النفقة كانت واجبة في الفصل الأول لوجود سبب الوجوب وهو الاحتباس وشروطه وهو التسليم إلا أنه لما أخرجها إلى خدمته فقد فوت على الزوج الاحتباس الثابت حقاً له والتسليم فامتنع وجوب النفقة حقاً له فإذا أعادها إلى الزوج عاد حقها فيعود حق

المولى في النفقة فاما في الفصل الثاني فالنفقة ما كانت واجبة في العدة لانعدام سبب الوجوب أو شرط الوجوب وهو التسليم فهو بالبينونة يريد الزام الزوج النفقة ابتداء في العدة فلا يملك ذلك والاصل في ذلك ان كل امرأة كانت لها النفقة يوم الطلاق ثم صارت الى حال لا نفقة لها فيها قلها ان تعود وتأخذ النفقة وكل امرأة لا نفقة لها يوم الطلاق فليس لها نفقة أبدا الا الناشزة وتفسير ذلك والوجه فيه ما ذكرنا ويستوى في نفقة المعتدة عدة الاقراء وعدة الاشهر وعدة الحمل لاستواء الكل في سبب الاستحقاق فينفق عليها مادامت في العدة وان تطاولت المدة لعذر الحمل أو لعذر آخر ويكون القول في ذلك قولها لان ذلك أمر يعرف من قبلها حتى لو ادعت انها حامل أنفق عليها الى سنتين منذ طلقها لان الولد ياتي في البطن الى سنتين فان مضت سنتان ولم تضع فقالت كنت أوهم اني حامل ولم أحض الى هذه الغاية وطلبت النفقة لعذر امتداد الطهر وقال الزوج انك ادعيت الحمل فانما تجب على النفقة لعلة الحمل وأكثر مدة الحمل سنتان وقدمضى ذلك فلا نفقة على فان القاضي لا يلتفت الى قوله ولا يزمه النفقة الى ان تنقضى عدتها بالا قراء وتدخل في عدة الاياس لان أحد العذرين ان بطل وهو عذر الحمل فقد بقي الآخر وهو عذر امتداد الطهر اذا الممتد طهرها من ذوات الاقراء وهي مصدقة في ذلك فان لم تحض حتى دخلت في حد الاياس أنفق عليها ثلاثة أشهر فان حاضت في الاشهر الثلاثة واستقبلت العدة بالحيض فلها النفقة لانها معتدة وكذلك لو كانت صغيرة يجامع مثلها فطلقها بعدما دخل بها أنفق عليها ثلاثة أشهر فان حاضت في الاشهر الثلاثة واستقبلت عدة الاقراء أنفق عليها حتى تنقضى عدتها لما قلنا وان طالبت امرأة بالنفقة وقدمته الى القاضي فقال الرجل للقاضي قد كنت طلة لها منذ سنة وقد انقضت عدتها في هذه المدة وجحدت المرأة الطلاق فان القاضي لا يقبل قول الزوج انه طلقها منذ سنة ولكن يقع الطلاق عليها منذ أقربه عند القاضي لانه يصدق في حق نفسه لا في ابطال حق الغير فان أقام شاهدين على انه طلقها منذ سنة والقاضي لا يعرفهما أمره القاضي بالنفقة وفرض لها عليه النفقة لان الفرقة منذ سنة لم تظهر بعد فان أقام بينة عادلة أو أقرت هي انها قد حاضت ثلاث حيض في هذه السنة فلا نفقة لها على الزوج وان كانت أخذت منه شيئا ترده عليه لظهور ثبوت الفرقة منذ سنة وانقضت العدة وان قالت لم أحض في هذه السنة فالقول قولها ولها النفقة لان القول في انقضت العدة قولها فان قال الزوج قد أخبرتني ان عدتها قد انقضت لم يقبل قوله في ابطال نفقتها لانه غير مصدق عليها في ابطال حقها ولو طلق امرأته ثلاثا أو بائنا فامتدت عدتها الى سنتين ثم ولدت لاكثر من سنتين وقد كان الزوج أعطاها النفقة الى وقت الولادة فانه يحكم بانقضت عدتها قبل الولادة لستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد ويسترد نفقة ستة أشهر قبل الولادة وعند أبي يوسف لا يسترد شيئا من النفقة وكذلك اذا طلق امرأته في حال المرض فامتد مرضه الى سنتين وامتدت عدتها الى سنتين ثم ولدت المرأة بعد الموت بشهر وقد كان أعطاها النفقة الى وقت الوفاة فانها لا ترث ويسترد منها نفقة ستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ترث ولا يسترد شيئا من النفقة وقد مررت المسئلة في كتاب الطلاق ولا نفقة في الفرقة قبل الدخول باى سبب كانت لارتفاع النكاح من كل وجه فينعدم السبب وهو الحبس الثابت بالنكاح وأم الولد اذا أعتمها مولاها ووجبت عليها العدة لا نفقة لها وان كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج لان هذا الحبس لم يثبت بسبب النكاح وانما يثبت لتحسين الماء فاشبهت المعتدة من النكاح الفاسد ولان نفقتها قبل العتق انما وجبت بملك المين لا بالاحتباس وقد زال بالاعتاق ونفقة الزوجة انما وجبت بالاحتباس وأنه قائم

فصل في وجوب هذه النفقة فلو جوبها لشرطان أحدهما يم النوعين جميعا أعنى نفقة النكاح ونفقة العدة والثاني يخص أحدهما وهو نفقة العدة أما الاول فتسليم المرأة نفسها الى الزوج وقت وجوب التسليم ونعني بالتسليم التخلية وهي أن تخلى بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة اذا كان المانع من قبلها أو من قبل غير الزوج فان لم يوجد التسليم على هذا التفسير وقت وجوب التسليم فلا نفقة لها وعلى هذا يخرج مسائل اذا

تزوج بالغة حرة صحيحة سلمية وقلها الى بيتها فلها النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه وكذلك اذا لم ينقلها وهي بحيث
 لا تمنع نفسها وطلبت النفقة ولم يطالبها بالنفقة فلها النفقة لانه وجد سبب الوجوب وهو استحقاق الحبس وشرطه
 وهو التسليم على التفسير الذي ذكرنا فالزوج يترك النفقة ترك حق نفسه مع امكان الاستيفاء فلا يبطل حقها في النفقة
 فان طال بها بالنفقة فامتنعت فان كان امتناعها بحق بان امتنعت لاستيفاء مهرها العاجل فلها النفقة لانه لا يجب عليها
 التسليم قبل استيفاء العاجل من مهرها فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم وعلى هذا قالوا لو
 طال بها بالنفقة بعد ما أوفاه المهر الى دار مغصوبة فامتنعت فلها النفقة لان امتناعها بحق فلم يجب عليها التسليم فلم تمنع
 من التسليم حال وجوب التسليم ولو كانت ساكنة بمنزلها فامتنعت من الدخول عليها لا على سبيل النشوز فان قالت حولني
 الى منزلك أو اكرتلي منزلا أنزله فاني اجتاح الى منزلي هذا أخذ كراهه فلها النفقة لان امتناعها عن التسليم في بيتها
 لغرض التحويل الى منزله أو الى منزل الكراهة امتناع بحق فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم وان
 كان بغير حق بان كان الزوج قد أوفاه مهرها وكان مؤجلا فلا نفقة لها لانعدام التسليم حال وجوب التسليم فلم
 يوجد شرط الوجوب فلا تجب ولهذا لم تجب النفقة للناشرة وهذه ناشرة ولو منعت نفسها عن زوجها بعد ما دخل بها
 برضاها لاستيفاء مهرها فلها النفقة عند أبي حنيفة لانه منع بحق عنده وعندهما لا نفقة لها لكونه منعها بغير حق عندهما
 ولو منعت نفسها عن زوجها بعد ما دخل بها على كراهه منها فلها النفقة لانها محقة في المنع وان كانت صغيرة يجامع مثلها في
 كالبالغة في النفقة لان المعنى الموجب للنفقة يجمعها وان كانت لا يجامع مثلها فلا نفقة لها عندنا وعند الشافعي لها
 النفقة بناء على أن سبب الوجوب عنده النكاح وشرطه عدم النشوز وقد وجدوا شرط الوجوب عندنا تسلم النفس
 ولا يتحقق التسليم في الصغيرة التي لا يجامع مثلها لانها لا من غيرها لقيام المانع في نفسها من الوطء والاستمتاع
 لعدم قبول المحل لذلك فاعدم شرط الوجوب فلا يجب وقال أبو يوسف اذا كانت الصغيرة تستخدم الزوج وينتفع
 الزوج بها بالخدمة فسلمت نفسها اليه فان شاء ردها وان شاء أمسكها فان أمسكها فلها النفقة وان ردها فلا نفقة لها
 لانها اذا لم تحفل الوطء لم يوجد التسليم الذي أوجبه العقد فكان له أن يمنع من القبول فان أمسكها فلها النفقة لانه
 حصل له منها نوع منفعة وضرب من الاستمتاع وقد رضى بالتسليم القاصر وان ردها فلا نفقة لها حتى يجبي حال
 يقدر فيها على جماعها لانعدام التسليم الذي أوجبه العقد وعدم رضاها بالتسليم القاصر وان كان الزوج صغيرا والمرأة
 كبيرة فلها النفقة لوجود التسليم منها على التفسير الذي ذكرنا وانما عجز الزوج عن القبض وأنه ليس بشرط لوجوب
 النفقة وكذلك لو كان الزوج مجبوا أو عتيبا أو محبوسا في دين أو مريضا لا يقدر على الجماع أو خارجا للجماع فلها النفقة لما
 قلنا ولو كانت امرأة مريضة قبل النكاح مرضا يمنع من الجماع فنقلت وهي مريضة فلها النفقة بعد النكاح وقبلها أيضا
 فاذا طلبت النفقة فلم ينقلها الزوج وهي لا تمنع من النفقة لوطالبها الزوج وان كانت تمنع فلا نفقة لها كالصحيحة
 كذا ذكر في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه لا نفقة لها قبل النكاح فاذا نقلت وهي مريضة فله أن يردها وجه
 رواية أبي يوسف أنه لم يوجد التسليم اذ هو تخليع وتكفين ولا يتحقق ذلك مع المانع وهو تبولل المحل فلا تستحق النفقة
 كالصغيرة التي لا تحفل الوطء واذا سلمت نفسها وهي مريضة له أن يردها لان التسليم الذي أوجبه العقد وهو التسليم
 الممكن من الوطء لم يوجد كان له أن لا يقبل التسليم الذي لم يوجبه العقد وهكذا قال أبو يوسف في الصغيرة التي لم
 يجامع مثلها أن له أن يردها لما قلنا وجه ظاهر الرواية أن التسليم في حق التمكين من الوطء ان لم يوجد فقد وجد في حق
 التمكين من الاستمتاع وهذا يكفي لوجوب النفقة كما في الحائض والنفساء والصائمة صوم رمضان واذا امتنعت فلم
 يوجد منها التسليم رأسا فلا تستحق النفقة وقال أبو يوسف اذا كانت المريضة تؤنسه وينتفع بها في غير الجماع
 فان شاء ردها وان شاء أمسكها فان أمسكها فلها النفقة وان ردها فلا نفقة لها ما ذكرنا في الصغيرة وان نقلت وهي صحيحة
 ثم مرضت في بيت الزوج مرضا لا تستطيع معه الجماع لم تبطل نفقتها بلا خلاف لان التسليم المطلق وهو التسليم

الممكن من الوطء والاستمتاع قد حصل بالانتقال لأنها كانت صحيحة كذا الانتقال ثم قصر التسليم لعارض يحتمل الزوال فاشبه الحيض أو نقول التسليم المستحق بالعقد في حق المريضة التي لا تحتمل الجأع قبل الانتقال وبعده هو التسليم في حق الاستمتاع لا في حق الوطء كما في حق الحائض وكذا إذا قلها ثم ذهب عقلها فصارت معتوهة مغلوبة أو كبرت فطعن في السن حتى لا يستطيع زوجها جماعها أو أصابها بلاء فلها النفقة لما قلنا ولو حبست في دين ذكر في الجامع الكبير أن لا نفقة لها ولم يفصل بين ما إذا كان الحبس قبل الانتقال أو بعده وبين ما إذا كانت قادرة على التخلية أولا لأن حبس النكاح قد بطل باعراض حبس الدين لأن صاحب الدين أحق بحبسها بالدين وفات التسليم أيضا بمعنى من قبلها وهو مطلقا فصارت كالناشزة وذكر الكرخي أنها إذا كانت محبوسة في دين من قبل النقلة فإن كانت تقدر على أن تحل بينه وبين نفسها فلها النفقة وإن كانت في موضع لا تقدر على التخلية فلا نفقة لها وهذا تفسير ما أجمله محمد في الجامع لأنها إذا كانت تقدر على أن توصله إليها فالظاهر منها عدم المنع لو طالبها الزوج وهذا تفسير التسليم فإن لم يطالبها بالتقصير جاء من قبله فلا يسقط حقها وإن كانت لا تقدر على التخلية فالتسليم فات بمعنى من قبلها وهو مطلقا فلا تستوجب النفقة ولو حبست بعد النقلة لم تبطل نفقتها لما قلنا في المريضة وذكر القدوري أن ما ذكره الكرخي في الحبس محمول على ما إذا كانت محبوسة لا تقدر على قضائه فاما إذا كانت قادرة على القضاء فلم تقض فلا نفقة لها وهذا صحيح لأنها إذا لم تقض مع القدرة على القضاء صارت كأنها حبست نفسها فتصير بمعنى الناشزة ولو فرض القاضي لها النفقة ثم أخذها رجل كارهة فهرب بها شهر أو غصبها غاصب لم يكن لها نفقة في المدة التي منعها لقوات التسليم لالمعنى من جهة الزوج وروى عن أبي يوسف أن لها النفقة لأن القوات ما جاء من قبلها والرتقاء والقرناء لهما النفقة بعد النقلة وقبلها إذا طلبتا ولم يظهر منهما الامتناع في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أن لهما النفقة بعد الانتقال فاما قبل الانتقال فلا نفقة لهما وجه رواية أبي يوسف أن التسليم الذي أوجبه العقد لم يوجد في حقهما قبل الانتقال وبعده لأنه لما قبلهما مع العلم بالعيب فقد رضى بالتسليم القاصر كما قال في المريضة إلا أن هنا قال لا يجوز له أن يردّها وقال في الصغيرة التي ينتفع بها في الخدمة والمريضة التي يستأنس بها أن له أن يردّها وجه ظاهر الرواية أن العقد انعقد في حقهما بموجب التسليم مثلها وهو التمكن من الاستمتاع دون الوطء وهذا النوع من التسليم يكفي لاستحقاق النفقة كتسليم الحائض والنفساء والحرمه والصائمة مع ما أن التسليم المطلق يتصور منهما بواسطة إزالة المانع من الرق والقرن بالعلاج فيمكن الانتفاع بهما وطأ ولو حجت المرأة حجة فريضة فإن كان ذلك قبل النقلة فإن حجت بلا محرم ولا زوج فهي ناشزة وإن حجت مع محرم لها دون الزوج فلا نفقة لها في قولهم جميعا لأنها امتنعت من التسليم بعد وجوب التسليم فصارت كالناشزة وإن كانت انتقلت إلى منزل الزوج ثم حجت مع محرم لها دون الزوج فقد قال أبو يوسف لها النفقة وقال محمد لا نفقة لها وجه قول محمد أن التسليم قد فات بامر من قبلها وهو خر وجها فلا تستحق النفقة كالناشزة ولا بي يوسف أن التسليم المطلق قد حصل بالانتقال إلى منزل الزوج ثم فات بعارض أداء فرض وهذا لا يبطل النفقة كما لو انتقلت إلى منزل زوجها ثم لم يزوجها صوم رمضان أو نقول حصل التسليم المطلق بالانتقال ثم فات لمعذر فلا تسقط النفقة كالمريضة ثم إذا وجبت لها النفقة على أصل أبي يوسف يفرض لها القاضي نفقة الإقامة لا نفقة السفر لأنه لا وجب لا يزمه إلا نفقة الحاضر فأما زيادة المؤنة التي تحتاج إليها المرأة في السفر من الكراء ونحو ذلك فهي عليها لا عليه لأنها لا أداء الفرض والقرض عليها فكانت تلك المؤنة عليها لا عليه كما لو مرضت في الحضر كانت المداواة عليها لا على الزوج فإن جاورت بمكة أو أقامت بها بعد أداء الحج إقامة لا تحتاج إليها سقطت نفقتها لأنها غير معذورة في ذلك فصارت كالناشزة فإن طلبت حجة ثلاثة أشهر قدر الذهاب والحجى علم يكن على الزوج ذلك ولكن يعطيها نفقة شهر واحد فإذا عادت أخذت ما بقي لأن الواجب عليه لها نفقة الإقامة لا نفقة السفر ونفقة الإقامة ترض لها كل شهر فشر

وهذه الجلالة لا تنفرد على أصل محمد هذا إذا لم يخرج الزوج معها إلى الحج فأما إذا خرج فلها النفقة بلا خلاف
لوجود التسليم المطلق لا مكان الانتفاع بها وطأ واستمتاع في الطريق فصارت كالنكحة في منزله ولو آلى منها أو ظاهر
منها فلها النفقة لأن حق الحبس قائم والتسليم موجود ولم تكن منه من وطأها والاستمتاع بها بغير واسطة في الإيلاء
وبواسطة تقديم الكفارة في الظهار فوجب سبب وجوب النفقة وشرط وجوبها فتجب ولو تزوج أخت
امرأته أو هممتها أو خالتها ولم يعلم بذلك حتى دخل بها فارق بينهما ووجب عليه أن يعزلها مدة عدة أختها فلا مرأته
النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو التسليم إلا أنه امتنع الانتفاع بها بعارض يزول فأشبهه الحيض والنفساء
وصوم رمضان ولا نفقة لأختها وإن وجبت عليها العدة لأنها معتدة من نكاح فاسد وعلى هذا الأصل يخرج
ما إذا تزوج حر أو عبداً أو قنة أو مدبرة أو أم ولدانه إن بواها المولى تجب النفقة والأفلا لأن سبب الوجوب
وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم لا يتحقق بدون التبوة لأن التبوة هو أن يخلى المولى بينها وبين زوجها
في منزل زوجها لا يستخدمها فإذا كانت مشغولة بخدمة المولى لم تكن مجبوسة عند الزوج ولا مسلمة إليه ولا
يجبر المولى على التبوة لأن خدمتها حق المولى فلا يجبر إلا إنسان على إيفاء حق نفسه لغيره فإن بواها المولى ثم
بداله أن يستخدمها قبله ذلك لما ذكرنا أن خدمتها حق المولى لأن منافع سائر الأعضاء بقيت على ملكه وإنما
أعارها للزوج بالتبوة وللمعير أن يسترد عاريته ولا نفقة على الزوج مدة الاستخدام لقوات التسليم فيها من
جهة المولى ولو بواها مولاها بيت الزوج فكانت تجب في أوقات مولاهما فتخدمه من غير أن يستخدمها قالوا
لا تسقط نفقتها لأن الاسترداد إنما يحصل بالاستخدام ولم يوجد ولأن هذا القدر من الخدمة لا يقدر في التسليم
كالخبرة إذا خرجت إلى منزل أبيها وإن كانت مكاتبته تزوجت باذن المولى حتى جاز العقد فلها النفقة ولا يشترط
التبوة لأن خدمتها ليست حق المولى إذا لحق للمولى في منافعها ألا ترى أنه ليس للمولى أن يستخدمها فكانت
في منافعها كالخبرة فيجبر المولى على التسليم ويجب على الزوج النفقة والعبد إذا تزوج باذن المولى حرة أو أمة فهو
في وجوب النفقة كالحرة استوائهما في سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم ولهذا استويا
في وجوب المهر إلا أن الفرق بينهما أن النفقة إذا صارت مفرضة على العبد تتعلق برقبته وكسبه يباع فيها
إلا أن يفديه المولى فيسقط حق الغريم كسائر الديون ويبدأ بها قبل الغلة لمولاه فإن كان المولى ضرب عليه ضريبة
فإن نفقة امرأته تقدم على ضريبة مولاه لأنها بالقرض صارت ديناً في رقبته حتى يباع بها فأشبهه سائر الديون
بخلاف الغلة فإنها لا تجب للمولى على عبده دين في الحقيقة فإن مات العبد قبل البيع بطلت النفقة ولا يؤخذ
المولى بشيء لقوات محل التعليق فيبطل التعليق كالعبد المرهون إذا هلك يبطل الدين الذي تعلق به وكذلك
إذا قتل العبد في ظاهر أو باطن أو كسر كسر الخيانه إذا قتل كانت النفقة في قيمته وجهه ما ذكره الكرخي إن القيمة
قامت مقام العبد لأنها بدله فتقوم مقامه كأنه هو كسائر الديون وجه ظاهر الرواية إن القيمة إنما مقام الرقبة
في الديون المطلقة لا فيما يجرى مجرى الصلوات والنفقة تجري مجرى الصلوات على أصل أصحابنا لما نذر أن شاء الله
تعالى فتسقط بالموت قبل القبض كسائر الصلوات ولهذا لو كان الزوج حراً قتل خطأ سقطت عندنا ولا تنقام
الدية مقامه فكذا إذا كان عبداً وكذلك المدبر وأم الولد لما قلنا غير أن هؤلاء لا يباعون لأن ديونهم تتعلق بكسبهم
لا برقابهم لتعذر استيفائهم من رقابهم لأن الاستيفاء بالبيع وراقبهم لا تحتمل البيع وأما المكاتب فعندنا يتعلق
الدين برقبته وكسبه كالقن لتصور الاستيفاء من رقبته لا احتمال العجز لأنه إذا عجز يودقاً فيسعى فيها مادام
مكاتباً فإذا قضى بعجزه وصار قن يباع فيها إلا أن يفديه المولى ككافي الكتابة وأما المعلق البعوض فهو عند أبي
حنيفة بمنزلة المكاتب إلا أنه لا يتصور فيه العجز والبيع في الدين فيسعى في نفقتها وعندهما هو حر عليه دين ولا
يجب على العبد نفقة ولده سواء كان من امرأة حرة أو أمة لأنه إن كان من حرة يكون حراً فلا يجب على العبد نفقة

الحرة وتكون على الام نفقة وان كانت غنية وان كانت محتاجة فعلى من يرث الولد من القرابة وان كان من أمة فيكون عبدا لمولاه فلا يلزم غيره نفقته وكذلك الحر اذا تزوج أمة فولدت له أولادا فنفقة الاولاد على مولى الامة لانهم مملوكه والعبد والحرف في ذلك سواء وكذلك المدبرة وأم الولد في هذا كالامة القنة لما قلنا وان كان مولى الامة في هذه المسائل فقيرا والزوج أب الولد غنيا لا يؤمر الاب بالنفقة على ولده بل اما ان يبيعه مولاه أو ينفق عليه ان كان من أمة قنة وان كان من مدبرة أو أم ولد ينفق الاب عليه ثم يرجع على المولى اذا أيسر لتعذر الجبر على البيع ههنا لعدم قبول المحل فأما اذا كانت مكاتبه فنفقة أولاده لا تنجب على زوجها وانما تنجب على الام المكاتبه سواء كان الاب حرا أو عبدا لان ولد المكاتبه ملك المولى رقبه وهو حق المكاتبه كسبا ألا ترى انها تستعين بكسبه في رقبته وعتقه واذا كانت كسبه حقاها كانت نفقته عليها لان نفقة الانسان تتبع كسبه قال النبي صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان زوج ابنته من عبده فلها النفقة على العبد لان البنت يجب لها على أبيها دين فيجوز أن يجب على عبدا بها وان زوج أمتها من عبده فنفقة ما على المولى لانها جميعا ملك المولى والله عز وجل أعلم والصكائية في استحقاق النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة لاستوائهما في سبب الاستحقاق وشرطه والذي في وجوب النفقة عليه لزوجه التي ليست من محارمة كالمسلم لاستوائهما في سبب الوجوب وشرطه ولان ما ذكرنا من دلائل الوجوب لا يوجب الفصل بين المسلم والذي في النفقة ولقول النبي صلى الله عليه وسلم واذا قبلوا عقد الزمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وعلى المسلم نفقة زوجته فهكذا على الذي وأما اذا كانت من محارمه فقد قال أبو حنيفة انها اذا طلبت النفقة فان القاضي يقضى بالنفقة لها وعند أبي يوسف ومحمد وزفر والشافعي لا يقضى بناء على ان هذا النكاح فاسد عندهم وأما عند أبي حنيفة فقد ذكر بعض مشايخنا انه صحيح عندهم حتى قال انهما يقران عليه ولا يعترض عليهما قبل ان يترافعا أو يسلم أحدهما وذكر الكرخي ان هذا النكاح فاسد بالاجماع وانما أوجب أبو حنيفة النفقة مع فساد هذا النكاح لانها ما يقران عليه مع فساد عنده فلان أبا حنيفة قال اني أفرض عليه النفقة لكل امرأة أقرت على نكاحها جائزا كان النكاح عندي أو باطلا ووجهه انه لما أقره على نكاحها فقد ألحق هذا النكاح بالنكاح الصحيح في حق وجوب النفقة وقد يلحق النكاح الفاسد بالصحيح في بعض الاحكام من النسب والعدة وغير ذلك ويستوى في استحقاق هذه النفقة المعسرة والموسرة فتستحق الزوجة النفقة على زوجها وان كانت موسرة لاستوائهما في سبب الاستحقاق وشرطه ولان هذه النفقة لها شبهة بالعواض فيستوى فيها الفقير والغني كنفقة القاضي والمضارب بخلاف نفقة المحارم انها لا تنجب للغني لانها تنجب صلة محضة لمكان الحاجة فلا تنجب عند عدم الحاجة وتنجب هذه النفقة من غير قضاء القاضي لكنها لا تصير ديناً في الذمة الا بقضاء أو رضاعاً على ما ذكرنا ان شاء الله تعالى بخلاف نفقة ذوى الارحام فانها لا تنجب من غير قضاء القاضي ونفقة الوالدين والمولودين تنجب من غير قضاء القاضي والفرق بين هذه الجملة يذكر في نفقة الاقارب ان شاء الله تعالى ولا نفقة للناتشة لقوات التسليم بمعنى من جهتها وهو النشوز والنشوز في النكاح ان تمنع نفسها من الزوج بغير حق خارجة من منزلها بان خرجت بغير اذنه وغابت أو سافرت فأما اذا كانت في منزلها ومنعت نفسها في رواية فلها النفقة لانها محبوسة لحقه منتفع بها ظاهر او غابا فكان معنى التسليم حاصلا والنشوز في العدة ان تخرج من بيت العدة مزوجة أو تخرج لمعنى من قبلها وقد روي ان فاطمة بنت قيس كانت تبتذو على احمائها فنقلها النبي صلى الله عليه وسلم الى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى لان الاخراج كان بمعنى من قبلها فصارت كأنها خرجت بنفسها مزوجة وانما الثاني وهو الشرط الذي يخص نفقة العدة فهو ان لا يكون وجوب العدة بفرقة حاصلة من قبلها بسبب محظور استحسانا والقياس انه ليس بشرط وقدم وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وكل امرأة لها النفقة فلها الكسوة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وغير ذلك من النصوص التي ذكرناها فيما تقدم ولان سبب وجوبهما

لا يختلف وكذا شرط الزوج وبجيان على الموسر والمعسر لان دليل الوجوب لا يفصل والله أعلم وكل امرأة لها النفقة لها السكنى لقوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود رضي الله عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأفقوا عليهن من وجدكم ولانهما استويا في سبب الوجوب وشرطه وهو ما ذكرنا فيستويان في الوجوب ويستوي في وجوبهما أصل الوجوب الموسر والمعسر لان دليل الوجوب لا توجب الفصل وانما يختلفان في مقدار الواجب منهما وسنبينه ان شاء الله تعالى في موضعه ولو أراد الزوج ان يسكنها مع زوجها أو مع أحدهما كام الزوج وأخته وبنته من غيرها وأقاربها فثبت ذلك عليه ان يسكنها في منزل مفرد لا تهنر بما يؤذيها ويضررنها في المساكنة واثبات دليل الاذى والضرر ولا نه يحتاج الى ان يجامعها ويأشهرها في أي وقت يتفق ولا يمكنه ذلك اذا كان معها ثالث حتى لو كان في الدار بيوت ففرض لها بيتا وجعل لبيتها علقا على حدة قالوا انها ليس لها ان تطالبه ببيت آخر ولو كانت في منزل الزوج وليس معها أحد يسكنها فشكت الى القاضي ان الزوج يضرها ويؤذيها سأل القاضي جيرانها فان أخبروا بما قالت وهم قوم صالحون فالقاضي يؤدبه ويأمره بان يحسن اليها ويأمر جيرانه ان يتفحصوا عنها وان لم يكن الجيران قوما صالحين أمره القاضي ان يحولها الى خير ان صالحين فان أخبروا القاضي بخلاف ما قالت أقرها هناك ولم يحولها وللزوج ان يمنع أباه وأمه وأولدها من غيره ومحارمها من الدخول عليها لان المنزل منزله فكان له ان يمنع من شاء وليس له ان يمنعهم من النظر اليها وكلامها خارج المنزل لان ذلك ليس بحق له الا أن يكون في ذلك فتنة بان يخاف عليها الفساد فله ان يمنعهم من ذلك أيضا

﴿فصل﴾ وأما بيان مقدار الواجب منها فالكلام في هذا الفصل في موضعين أحدهما في بيان ما تقدر به هذه النفقة والثاني في بيان من تقدر به اما الاول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا هذه النفقة غير مقدرة بنفسها بل بكفايتها وقال الشافعي مقدرة بنفسها على الموسر مدان وعلى المتوسط طمد ونصف وعلى المعسر نصف مد واحتج بظاهر قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته أي قدر سعته فدل انها مقدرة ولا نه باطعام واجب فيجب ان يكون مقدرا كالا طعام في الكفارات ولا نه اوجبت بدلا لانها تحجب بمقالة الملك عندى ومقالة الحبس عندكم فكانت مقدرة كالنفي في البيع والمهر في النكاح ولنا قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مطلقا عن التقدير فن قدر فقد خالف النص ولانها أوجبها باسم الرزق ورزق الانسان كفايته في العرف والعادة كرزق القاضي والمضارب وروى ان هند امرأة أبي سفيان قالت يا رسول الله ان أباسفيان رجل شحيح وانه لا يعطيني ما يكفيني وولدى فقال صلى الله عليه وسلم خذى من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف نص عليه أفضل الصلاة والسلام على الكفاية فدل ان نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية ولا نه اوجبت بكونها محبوسة بحق الزوج ممنوعة عن الكسب لحقه فكان وجوبها بطريق الكفاية كنفقة القاضي والمضارب وأما الآية فهي حجة عليه لان فيها أمر الذي عنده السعة بالاتفاق على قدر السعة مطلقا عن التقدير فكان التقدير به تقييد المطلق فلا يجوز الا بدليل وقوله انه اطعام واجب يبطل نفقة الاقارب فانه اطعام واجب وهي غير مقدرة بنفسها بل بالكفاية والتقدير بالوزن في الكفارات ليس لكونها نفقة واجبة بل لكونها عبادة محضة لوجوبها على وجه الصدقة كالزكاة فكانت مقدرة بنفسها كالزكاة ووجوب هذه النفقة ليس على وجه الصدقة بل على وجه الكفاية فتقدر بكفايتها كنفقة الاقارب وأما قوله انها اوجبت بدلا ممنوع ولنا نقول انها تحجب بمقالة الحبس بل تحجب جزاء على الحبس ولا يجوز ان تكون واجبة بمقالة ملك النكاح لما ذكرنا واذا كان وجوبها على سبيل الكفاية فيجب على الزوج من النفقة قدر ما يكفيها من الطعام والادام والدهن لان الخبر لا يؤكل عادة الا مادوما والدهن لا بد منه للنساء ولا تقدر نفقتهما بالدرهم والدنانير على أي سعر كانت لان فيه اضرارا باحد الزوجين اذا السعر قد غلوا وقد يرخص بل تقدر لها على حسب اختلاف الاسعار غلاء ورخصا رعية للجانبين ويجب عليه من الكسوة في كل سنة مرتين صيفية وشتوية لانها كما تحتاج الى الطعام والشراب تحتاج الى اللباس

لستر العورة ولدفع الحر والبرد ويختلف ذلك باليسار والاعسار والشتاء والصيف على ما نذكر ان شاء الله تعالى وذكر في كتاب النكاح ان المعسر يرض عليه خمسة دراهم في الشهر والموسر عشرة وذلك محمول على اعتبار قرار السعر في الوقت ولوجاء الزوج بطعام يحتاج الى الطبخ والخبز فابت المرأة الطبخ والخبز يعني بان تطبخ وتخبز لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين علي وفاطمة رضي الله عنهما فجعل أعمال الخارج على علي وأعمال الداخل على فاطمة رضي الله عنهما ولكنها لا تحير على ذلك ان أبت ويؤمر الزوج ان يأتي لها بطعام منياً ولو استأجرها للطبخ والخبز لم يحز ولا يجوز لها أخذ الاجرة على ذلك لانها لو أخذت الاجرة لا أخذتها على عمل واجب عليها في الفتوى فكان في معنى الرشوة فلا يحل لها الاخذ وذلك كرافقه أبو الليث ان هذا اذا كان بهالة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت من بنات الاشراف فاما اذا كانت تقدر على ذلك وهي ممن تخدم بنفسها تحير على ذلك وان كان لها خادم يجب لخادمتها أيضاً النفقة والكسوة اذا كانت متفرغة لشغلها وخدمتها لا شغل لها غيرها لان أمور البيت لا تقوم بها وحدها فتحتاج الى خادم ولا يجب عليه لا أكثر من خادم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يجب لخادمتين ولا يجب أكثر من ذلك وروى عنه رواية أخرى ان المرأة اذا كانت يحل مقدارها عن خدمة خادم واحد وتحتاج الى أكثر من ذلك يجب لا أكثر من ذلك بالمعروف وبه أخذ الطحاوي وجه ظاهر قول أبي يوسف ان خدمة امرأة لا تقوم بخادم واحد بل تقع الحاجة الى خادمين يكون أحدهما معينا للآخر وجه قولهما ان الزوج لو قام بخدمتها بنفسه لا يلزمه نفقة خادم أصلاً وخادم واحد يقوم مقامه فلا يلزمه غيره لانه اذا قام مقامه صار كانه خدماً بنفسه ولان الخادم الواحد لا بد منه والزيادة على ذلك ليس له حد معلوم يقدر به فلا يكون اعتبار الخادمتين أولى من الثلاثة والاربعة فيقدر بالقل وهو الواحد هذا اذا كان الزوج موسراً فاما اذا كان معسراً فقد روى الحسن عن أبي حنيفة انه ليس عليه نفقة خادم وان كان لها خادم وقال محمد ان كان لها خادم فعليه نفقته والا فلا وجه قول محمد انه لما كان لها خادم علم انها لا ترضى بالخدمة بنفسها فكان على الزوج نفقة خادمها وان لم يكن لها خادم دل انها راضية بالخدمة بنفسها فلا يحير على اتخاذ خادم لم يكن وجه رواية الحسن ان الواجب على الزوج المعسر من النفقة أدنى الكفاية وقد تكفى المرأة بخدمة نفسها فلا يلزمه نفقة الخادم وان كان لها خادم وأما الثاني وهو بيان من يقدر به هذه النفقة فقد اختلف فيه أيضاً ذكر الكرخي ان قدر النفقة والكسوة يعتبر بحال الزوج في يساره واعساره لا بحالها وهو قول الشافعي أيضاً وذكر الخصاص انه يعتبر بحالها جميعاً حتى لو كانا موسرين فعليه نفقة اليسار وان كانا معسرين فعليه نفقة الاعسار وكذلك اذا كان الزوج معسراً والمرأة موسرة ولا خلاف في هذه الجملة فاما اذا كان الزوج موسراً والمرأة معسرة فعليه نفقة اليسار على ما ذكره الكرخي وعلى قول الخصاص فعليه أدنى من نفقة الموسرات وأوسع من نفقة المعسرين حتى لو كان الزوج مفراطاً في اليسار يأكل خبز الحواري ولحم الحمل والدجاج والمرأة مفطرة في الفقر تأكل في بيتها خبز الشعير لا يجب عليه أن يطعمها ما يأكله ولا يطعمها ما كانت تأكله في بيت أهلها أيضاً ولكن يطعمها خبز الخنطة ولحم الشاة وكذلك الكسوة على هذا الاعتبار وجه قول الخصاص ان في اعتبار حالتهما في تقدير النفقة والكسوة نظر من الجانبين فكان أولى من اعتبار حال أحدهما والصحيح ما ذكره الكرخي لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً الا ما آتاه وهذا نص في الباب واذا عرف هذا فنقول اذا كان الزوج معسراً ينفق عليها أدنى ما يكفيها من الطعام والاداء والدهن بالمعروف ومن الكسوة أدنى ما يكفيها من الصيفية والشتوية وان كان متوسطاً ينفق عليها أوسع من ذلك بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك بالمعروف وان كان غنياً ينفق عليها أوسع من ذلك كله بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك كله بالمعروف وانما كانت النفقة والكسوة بالمعروف لان دفع الضر عن الزوجين واجب وذلك في ايجاب الوسط من الكفاية وهو تفسير المعروف فيكفيها من الكسوة في الصيف قيص وخمار

وملحفة وسراويل أيضا في عرف ديارنا على قدر حاله من الخشن واللين والوسط والخشن إذا كان من الفقراء واللين إذا كان من الأغنياء والوسط إذا كان من الأوساط وذلك كله من القطن أو الكتان على حسب عادات البلدان
 إلا الخمار فإنه يفرض على الغنى مخارح يروى في الشتاء يزداد على ذلك حشو يوقر وبموجب اختلاف البلاد في الحر والبرد وأما نفقة الخادم فقد قيل إن الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم كما يلزم المعسر نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وكذا الكسوة ولو اختلفا فقالت المرأة أنه موسر وعليه نفقة الموسرين وقال الزوج إنني معسر وعلي نفقة المعسرين واتقاضي لا يعلم بحال ذلك كفي كتاب النكاح أن القول قول الزوج مع يمينه وكذا ذكر القاضي والخصاف وذكر محمد في الزيادات أن القول قول المرأة مع يمينها وأصل هذا أنه متى وقع الاختلاف بين الطالب وبين المطلوب في يسار المطلوب وأعساره في سائر الديون فالمشايخ اختلفوا فيه منهم من جعل القول قول المطلوب مطلقا ومنهم من جعل القول قول الطالب مطلقا ومنهم من حكم فيه رأي المطلوب ومحمد فصل بين الأمرين فجعل القول قول الطالب في البعض وقول المطلوب في البعض وذكر في الفصل أصلا بوجوب أن يكون القول في النفقة قول المرأة وكذا فصل الخصاف لكنه ذكر أصلا يقتضي أن يكون القول في النفقة قول الزوج وبيان الأصلين وذكر الحجج يأتي في كتاب الحبس إن شاء الله تعالى فإن أقامت المرأة البينة على يساره قبلت بينتها وإن أقام جميعا البينة فالبينة بينتها لأنها مثبتة وبينه الزوج لا تثبت شيئا ولو فرض القاضي لها نفقة شهر وهو معسر ثم أسير قبل تمام الشهر يزدها في الفرض لأن النفقة تختلف باختلاف اليسار والأعسار وكذلك لو فرض لها فريضة للوقت والسعر رخيص ثم غلا فلم يكفها ما فرض لها فإنه يزدها في الفرض لأن الواجب كفاية الوقت وذلك يختلف باختلاف السعر ولو فرض لها نفقة شهر فدفعها الزوج إليها ضاعت قبل تمام الشهر فليس عليه نفقة أخرى حتى يمضي الشهر وكذا إذا كساها الزوج فضاعت الكسوة قبل تمام المدة فلا كسوة لها عليه حتى تمضي المدة التي أخذت لها الكسوة بخلاف نفقة الأقارب فإن هناك يجبر على نفقة أخرى وكسوة أخرى لتمام المدة التي أخذت لها الكسوة إذا حلف أنها ضاعت ووجه الفرق أن تلك النفقة تجب للحاجة ألا ترى أنها لا تجب إلا للمحتاج وقد تحققت الحاجة إلى نفقة أخرى وكسوة أخرى وجوب هذه النفقة ليس معلولا بالحاجة بدليل أنها تجب للموسرة إلا أن لها شبهها بالأعواز وقد جعلت عوضا عن الاحتباس في جميع الشهر فلا يلزمه عوض آخر في هذه المدة ولو فرض القاضي لها نفقة أو كسوة فمضى الوقت الذي أخذت له وقد بقيت تلك النفقة أو الكسوة بأن أكلت من مال آخر أو ليست ثوبا آخر فلها عليه نفقة أخرى وكسوة أخرى بخلاف نفقة الأقارب والفرق ما ذكرنا أن نفقة الأقارب تجب بعملة الحاجة صلة محض ولا حاجة عند بقاء النفقة والكسوة ونفقة الزوجات لا تجب لمكان الحاجة وإنما تجب جزاء على الاحتباس لكن لها شبهة العوضية عن الاحتباس وقد جعلت عوضا في هذه المدة وهي محتبسة بعد مضي هذه المدة بحبس آخر فلا بد لها من عوض آخر ولو قد تمت نفقتها قبل مضي المدة التي لها أخذت أو تحرق الثوب فلا نفقة لها على الزوج ولا كسوة حتى تمضي المدة بخلاف نفقة الأقارب وكسوتهم والفرق نحو ما ذكرنا والله أعلم

فصل وأما بيان كيفية وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء في كيفية وجوبها قال أصحابنا إنها تجب على وجه لا يصير ديناً في ذمة الزوج إلا بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين فإن لم يوجد أحد هذين تسقط بمضي الزمان وقال الشافعي إنها تصير ديناً في الذمة من غير قضاء القاضي ولا رضاه ولا تسقط بمضي الزمان فيقع الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان أن الفرض من القاضي أو التراضي هل هو شرط صيرورة هذه النفقة ديناً في ذمة الزوج أم لا وفي بيان شرط جواز فرضها من القاضي على الزوج إذا كان شرطاً في بيان حكم صيرورتها ديناً في ذمة الزوج أما الأول فهو على الاختلاف الذي ذكرنا احتج الشافعي بقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى كلمة الإيجاب فقد أخبر سبحانه وتعالى عن وجوب النفقة والكسوة مطلقاً عن الزمان وقوله عز وجل لينفق ذو سعة

من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله أمر تعالى بالاتفاق مطلقا عن الوقت ولأن النفقة قد وجبت والاصل ان ما وجب على انسان لا يسقط الا بالايصال أو بالابراء كسائر الواجبات ولأنها وجبت عوضا لوجوبها بمقابلة المتعة فبقيت في الذمة من غير قضاء كالمر والدليل عليه ان الزوج يجبر على تسليم النفقة ويحبس عليها والصلة لا تجتسل الحبس والجبر ولأن هذه النفقة تجري مجرى الصلة وان كانت تشبه الاعراض لكنها ليست بعوض حقيقة لأنها لو كانت عوضا حقيقية فاما ان كانت عوضا عن نفس المتعة وهي الاستمتاع واما ان كانت عوضا عن ملك المتعة وهي الاختصاص بها لاسيما الى الاول لان الزوج ملك متعتها بالعقد فكان هو بالاستمتاع متمصرا في ملك نفسه باستيفاء منافع مملوكة له ومن تصرف في ملك نفسه لا يلزمه عوض لغيره ولا وجه للثاني لان ملك المتعة قد قبل بعوض مرة فلا يقابل بعوض آخر فخلت النفقة عن معوض فلا يكون عوضا حقيقية بل كانت صله ولذلك سماها الله تعالى رزقا بقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والرزق اسم للصلة كرزق القاضى والصلوات لا تملك بائنا بها بل بقرينة تنضم اليها وهي القبض كما في الهبة أو قضاء القاضى لان القاضى له ولاية الالزام في الجملة أو التراضي لان ولاية الانسان على نفسه أقوى من ولاية القاضى عليه بخلاف المهر لانه أوجب بمقابلة ملك المتعة فكان عوضا مطلقا فلا يسقط بمضى الزمان كسائر الديون المطلقة ولا حجة له في الآيتين لان فيهما وجوب النفقة لابقاؤها واجبة لانها لا يتعرضان للوقت فلو ثبت البقاء انما ثبت باستصحاب الحال وأنه لا يصلح لالزام المحصن وأما قوله ان الاصل في اوجبه على انسان لا يسقط الا بالايصال أو بالابراء فنقول هذا حكم الواجب مطلقا لاحكم الواجب على طريق الصلة بل حكمه انه يسقط بمضى الزمان كنفقة الاقارب وأجرة المسكن وقد خرج الجواب عن قوله انها وجبت عوضا وأما الجبر والحبس فالصلة تحتمل ذلك في الجملة فانه يجبر على نفقة الاقارب ويحبس بها وان كانت صلة وكذا من أوصى بان يوهب عبده من فلان بعد موته فوات الموصى فامتنع الوارث من تنفيذ الهبة في العبد يجبر عليه ويحبس بانه وان كانت الهبة صلة فدل ان الجبر والحبس لا ينفيان معنى الصلة وعلى هذا يخرج ما اذا استدان على الزوج قبل الفرض أو التراضي فاهتت انها لا ترجع بذلك على الزوج بل تكون متطوعة في الاتفاق سواء كان الزوج غائبا أو حاضرا لانها لم تصدر في ذمة الزوج لعدم شرط صيرورته دينيا في ذمته فكانت الاستدانة الزام الدين الزوج بغير أمره وأمر من له ولاية الامر فلم يصح وكذا اذا أئققت من مال نفسها الماقلنا وكذا لو أبرأت زوجها من النفقة قبل فرض القاضى والتراضي لا يصح الا براءة لانه ابراء عما ليس بواجب والابراء اسقاط واسقاط ما ليس بواجب ممتنع وكذا الوصال تحت زوجها على نفقة وذلك لا يكفيها ثم طلبت من القاضى ما يكفيها فان القاضى فرض لها ما يكفيها لانها حطت ما ليس بواجب والخط قبل الوجوب باطل كالابراء والله أعلم وأما الثاني فلو وجوب الفرض على القاضى وجوزاه منه شرطان أحدهما طلب المرأة الفرض منه لانه انما يفرض النفقة على الزوج حقها فلا بد من الطلب من صاحب الحق والثاني حضرة الزوج حتى لو كان الزوج غائبا فطلبت المرأة من القاضى أن يفرض لها عليه نفقة لم يفرض وان كان القاضى عالما بالزوجة وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قول شريح وقد كان أبو حنيفة أولا يقول وهو قول ابراهيم النخعي ان هذا ليس بشرط ويفرض القاضى النفقة على الغائب وحجة هذا القول ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لهندي امرأة أبي سفيان خذى من مال أبي سفيان ما يكفيك ولذلك بالمعروف وذلك من النبي صلى الله عليه وسلم كان فرضا للنفقة على أبي سفيان وكان غائبا وحجة القول الاخير ان الفرض من القاضى على الغائب قضاء عليه وقد صرح من أصلنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا ان يكون عنه خصم حاضر ولم يوجد وأما الحديث فلا حجة له فيه لان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قال لهندي على سبيل الفتوى لا على طريق القضاء بدليل انه لم يقدر لها ما تأخذ من مال أبي سفيان وفرض النفقة من القاضى تقديرها فاذا لم تقدر لم تكن فرضا فلم تكن قضاء تحقيقه ان من يجوز القضاء على الغائب فانما يجوز اذا كان غائبا

غيبية سفر فاما اذا كان في المصر فانه لا يجوز بالاجماع لانه لا يعد غائبا وأبوسفیان لم يكن مسافرا فدل ان ذلك كان اعانة لا قضاء فان لم يكن القاضي عالم بالزوجية فسألت القاضي أن يسمع بينهما بالزوجية ويفرض على الغائب قال أبو يوسف لا يسمعها ولا يفرض وقال زفر يسمع ويفرض لها وتستدين عليه فاذا حضر الزوج وأنكر يأمرها باعادة البينة في وجهه فان فعلت نفذ الفرض وصحت الاستدانة وان لم يفعل لم ينفذ ولم يصح وجه قول زفر ان القاضي انما يسمع هذه البينة لاثبات النكاح على الغائب ليقال ان الغيبة تمنع من ذلك بل ليتوصل بها الى الفرض ويجوز سماع البينة في حق حكم دون حكم كشهادة رجل وامرأتين على السرقة وانها تقبل في حق المال ولا تقبل في حق القطع كذاها تقبل هذه البينة في حق صحة الفرض لاثبات النكاح فاذا حضر وأنكر استعاد منها البينة فان أعادت نفذ الفرض وصحت الاستدانة عليه والا فلا والصحيح قول أبي يوسف لان البينة على أصل استحبابها لا تسمع الا على خصم حاضر ولا خصم فلا تسمع وما ذكره زفر ان يسمعها في حق صحة الفرض غير سديد لان صحة الفرض مبنية على ثبوت الزوجية فاذا لم يكن الى اثبات الزوجية بالبينة سبيل لعدم الخصم لم يصح فلا سبيل الى القول في حق صحة الفرض ضرورة هذا اذا كان الزوج غائبا ولم يكن له مال حاضر فاما اذا كان له مال حاضر فان كان المال في يدها وهو من جنس النفقة فلها ان تنفق على نفسها منه بغير أمر القاضي لحديث أبي سفيان فلو طلبت المرأة من القاضي فرض النفقة في ذلك المال وعلم القاضي بالزوجية وبالمال فرض لها النفقة لان لها أن تأخذه فتنفق على نفسها من غير فرض القاضي فلم يكن الفرض من القاضي في هذه الصورة قضاء بل كان اعانة لها على استيفاء حقها وان كان في يده مودعه أو مضار به أو كان له دين على غيره فان كان صاحب اليد مقر بالوديعة والزوجية أو كان من عليه الدين مقر بالدين والزوجية أو كان القاضي عالم بذلك فرض لها في ذلك المال نفقتها في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يفرض وجه قوله ان هذا قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر المودع ليس يخصم عن الزوج وكذا المديون فلا يجوز ولنا ان صاحب اليد وهو المودع اذا أقر بالوديعة والزوجية أو أقر المديون بالدين والزوجية فقد أقران لها حق الاخذ والاستيفاء لان للزوجة أن تمديدها الى مال زوجها فتأخذ كفايتها منه لحديث امرأة أبي سفيان فلم يكن القاضي فرض لها النفقة في ذلك المال قضاء بل كان اعانة لها على أخذ حقها وله على احياء زوجته فكان له ذلك وان جحد أحد الامرين ولا علم للقاضي به لم يسمع البينة ولم يفرض لان سماع البينة والفرض يكون قضاء على الغائب من غير خصم حاضر لانه ان أنكر الزوجية لا يمكنها اقامة البينة على الزوجية لان المودع ليس يخصم عنه في الزوجية وان أنكر الوديعة أو الدين لا يمكنها اقامة البينة على الوديعة والدين لانها ليست يخصم عن زوجها في اثبات حقوقه فكان سماع البينة على ذلك قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وذلك غير جائز عندنا هذا اذا كانت الوديعة والدين من جنس النفقة بان كانت دراهم أو دنانير أو طعاما أو ثيابا من جنس كسوتها فاما اذا كان من جنس آخر فليس لها أن تتناول شيئا من ذلك وان طلبت من القاضي فرض النفقة فيه فان كان عقارا لا يفرض القاضي النفقة فيه بالاجماع لانه لا يمكن ايجاب النفقة فيه الا بالبيع ولا يباع العقار على الغائب في النفقة بالاتفاق وان كان منقولاً من العر وض فقد ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف فيه فقال القاضي لا يبيع العر وض عليه في قول أبي حنيفة وعندهما له ان يبيعهما عليه وهي مسألة المحرر على الحر العاقل البالغ وذكر القدوري المسئلة على الاتفاق فقال القاضي انما يبيع على أصلهما على الحاضر الممتنع عن قضاء الدين لكونه ظالما في الامتناع دفعا للظلم والغائب لا يعلم امتناعه فلا يعلم ظلمه فلا يباع عليه واذا فرض القاضي لها النفقة في شيء من ذلك وأخذ منها كقبلا فهو حسن لاحتمال أن يحضر الزوج فيقيم البينة على طلاقها أو على ايفاء حقها في النفقة عاجلا فينبغي أن يستوثق فيما يعطيها بالكفالة ثم اذا رجع الزوج بنظر ان كان لم يجعل لها النفقة فسد مضي الامر وان كان قد عجل وأقام البينة على ذلك أولم يقم له بينة واستحلقت فذلكت فهو بالخيار ان شاء أخذ من المرأة وان شاء أخذ من الكفيل

ولو أقرت المرأة أنها كانت قد تمجلت النفقة من الزوج فإن الزوج يأخذ منها ولا يأخذ من الكفيل لأن الإقرار
 حجة قاصرة فيظهر في حقها لا في حق الكفيل ولو طلبت الزوجة من الحالك أن يدفع مهرها وتفتها من الودعة والدين
 لم يفعل ذلك وإن كان عالما بهما لأن القضاء بالنفقة في الودعة والدين كان نظرا للغائب لما في الاتفاق من إحياء
 زوجته بدفع الهلاك عنها والظاهر أنه يرضى بذلك وهذا المعنى لا يوجد في المهر والدين ولو كان الحالك كم فرض لها
 على الزوج النفقة قبل غيبته فطلبت من الحالك أن يقضى لها بنفقة ماضية في الودعة والدين قضى لها بذلك لأنه لما
 جاز القضاء بالنفقة في الودعة والدين يستوى فيه الماضي والمستقبل لأن طريق الجواز لا يختلف وكذلك إذا كان
 للغائب مال حاضر وهو من جنس النفقة وله أولاد صغار فقراء وكبار ذكور زمني فقراء وأناث فقيرات والدان
 فقيران فإن كان المال في أيديهم فلمهم أن ينفقوا منه على أنفسهم وإن طالبوا من القاضي فرض النفقة منه فرض
 الفرض منه يكون إكافاة لا قضاء وإن كان المال في يدهم أو كان ديناً على إنسان فرض القاضي نفقتهم منه وكذلك
 إذا أقر المودع والمديون بالودعة والدين والنسب أو علم القاضي بذلك لأن نفقة الوالدين والمولودين تجب بطريق
 الإحياء لأن الإنسان يرضى بإحياء كله وجزئه من ماله ولهذا كان لأحدهما أن يعيده إلى مال الآخر عند الحاجة
 ويأخذه من غير قضاء ولا رضا وقد تحققت الحاجة ههنا فكان للقاضي أن يفرض ذلك من طريق الإكافاة لصاحب
 الحق وإن جحدتهما أو أحدهما ولا علم للقاضي به لم يفرض لهما ذلك في الزوجة ولا يفرض لغيرهما ولا من ذوي
 الرحم المحرم نفقتهم في مال الغائب لأن نفقتهم من طريق الصلة المحضة إذ ليس لهم حق في مال الغائب أصلاً ألا ترى
 أنه ليس لأحد أن يعيده إلى مال صاحبه فيأخذه وإن مست حاجته من غير قضاء القاضي فكان الفرض قضاء
 على الغائب من غير خصم حاضر فلا يجوز وإن لم يكن المال من جنس النفقة فليس لهم أن يبيعوا بأنفسهم وليس
 للقاضي أن يبيع على الغائب في النفقة على هؤلاء العقار بالاجماع والحكم في العروض ما ينتمى من الاتفاق أو الاختلاف
 وفي بيع الأب العرض خلاف نذكره في نفقة المحارم وأما سائر الزوج فليس بشرط لوجوب الفرض حتى لو
 كان معسراً وطلبت المرأة الفرض من القاضي فرض عليه إذا كان حاضرًا وتستدين عليه فتتفق على نفسها لأن
 الاعتسار لا يمنع وجوب هذه النفقة فلا يمنع الفرض وإذا طلبت المرأة من القاضي فرض النفقة على زوجها الحاضر
 فإن كان قبل النقلة وهي بحيث لا تمتنع من التسليم لو طالبها بالتسليم أو كان امتناعها بحق فرض القاضي لها إكافاة لها على
 الوصول إلى حقها الواجب لوجود سبب الوجوب وشرطه وإن كان بعد ما حوّلها إلى منزله فزعمت أنه ليس يتفق
 عليها أو شكت التصديق في النفقة فلا ينبغي له أن يجعل بالفرض ولكنه يأمره بالنفقة والتوسيع فيها لأن ذلك من
 باب الأمسالك بالمعروف وأنه مأمور به ويتأتى في الفرض ويتولى الزوج الاتفاق بنفسه قبل الفرض إلى أن
 يظهر ظلمه بالترك والتصديق في النفقة فينتد ففرض عليه نفقة كل شهر ويأمره أن يدفع النفقة إليها بالتنق هي بنفسها
 على نفسها ولو قالت أيها القاضي أنه يريد أن يغيب فخذل منه كفيلاً بالنفقة لا يجبره القاضي على إعطاء الكفيل لأن
 نفقة المستقبل غير واجبة للمال فلا يجبر على الكفيل بما ليس بواجب بحقيقة أنه لا يجبر على التكفيل بدين واجب
 فكيف بغير الواجب وإلى هذا أشار أبو حنيفة فقال لا أوجب عليه كفيلاً بنفقة لم يجب لها بعد وقال أبو
 يوسف أستحسن أن أخذها منه كفيلاً بنفقة أشهر لا نعلم بالعادة أن هذا القدر يجب في السفر لأن السفر يمتد
 إلى شهر غالباً والجواب أن نفقة الشهر لا تجب قبل الشهر فكان تكفيلاً بما ليس بواجب فلا يجبر عليه ولكن لو
 أعطاه كفيلاً جاز لأن الكفالة بما يذوب على فلان جائزة وأما الثالث وهو بيان حكم صيرورة هذه النفقة ديناً
 في ذمة الزوج فنقول إذا فرض القاضي لها نفقة كل شهر أو تراصيا على ذلك ثم منعها الزوج قبل ذلك أشهراً غائبا
 كان أو حاضراً فلمّا ان تطلبه بنفقة ماضى لأنها الماضيات ديناً بالفرض أو التراضي صارت في استحقاق المطالبة
 بها كسائر الديون بخلاف نفقة الأقارب إذا مضت المدة ولم تؤخذ لأنها تسقط لأنها لا تصير ديناً راساً لأن وجوبها

للكفاية وقد حصلت الكفاية فيما مضى فلا يبقى الواجب كما لو استغنى بماله فاما وجوب هذه النفقة فليس للكفاية وان كانت مقدرة بالكفاية ألا ترى انها تجب مع الاستغناء بان كانت موسرة وليس في مضي الزمان الا الاستغناء فلا يمنع بقاء الواجب ولو أنقضت من ماله بعد القرض أو التراضي لها انه ترجع على الزوج لان النفقة صارت ديناً عليه وكذلك اذا استدانت على الزوج لما قلنا سواء كانت استدانتها باذن القاضي أو بغير اذنه غير انها ان كانت بغير اذن القاضي كانت المطالبة عليها خاصة ولم يكن للغيرم ان يطالب الزوج بما استدانت وان كانت باذن القاضي لها ان تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين وهو فائدة اذن القاضي بالاستدانة ولو فرض الحالك النفقة على الزوج فامتنع من دفعها وهو موسر وطلبت المرأة حجبها لها ان تحبسها لان النفقة لما صارت ديناً عليه بالقضاء صارت كمسائر الديون الا انه لا ينبغي ان يحبس في أول مرة تقسم اليه بل يؤخر الحبس الى مجلسين أو ثلاثة يعطيه في كل مجلس يقدم اليه فان لم يدفع حبس حينئذ كما في سائر الديون لما نذكر في كتاب الحبس ان شاء الله تعالى واذا حبس لاجل النفقة فما كان من جنس النفقة تسلمه القاضي اليها بغير رضاها بالاجماع وما كان من خلاف الجنس لا يبيع عليه شيئاً من ذلك ولكن يأمره أن يبيع بنفسه وكذا في سائر الديون في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يبيع عليه وهي مسئلة الجحر على الجحر العاقل البالغ نذكرها في كتاب الجحر ان شاء الله تعالى فان ادعى الزوج انه قد أعطاها النفقة وأنكرت فالقول قولها مع يمينها لان الزوج يدعى قضاء دين عليه وهي منكورة فيكون القول قولها مع يمينها كما في سائر الديون ولو أعطاها الزوج مالا فاختلفا فقال الزوج هو من المهر وقالت هي هو من النفقة فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لان التمليك منه فكان هو أغرف بمجهة التملك كما لو بعث اليها شيئاً فقالت هو هدية وقال هو من المهر ان القول فيه قوله الا في الطعام الذي يؤكل لما قلنا كذا هذا ولو كان للزوج عليها دين فاحتسبت عن نفقتها جازل لكن رضا الزوج لان التقاصر انما يقع بين الدينين المتأخرين ألا ترى انه لا يقع بين الجيد والردى ودين الزوج أقوى بدليل انه لا يسقط بالموت ودين النفقة يسقط بالموت فاشبه الجيد بالردى فلا بد من المقاصة بخلاف غيرهما من الديون والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يسقطها بعد وحو بها وصير ورتها ديناً في ذمة الزوج فالمسقط لها بعد الوجوب قيل صير ورتها ديناً في الذمة واحد وهو مضي الزمان من غير فرض القاضي والتراضي وأما المسقط لها بعد صير ورتها ديناً في الذمة فأمر منها البراءة عن النفقة الماضية لانها لما صارت ديناً في ذمته كان البراءة اسقاطاً للدين واجب فيصح كما في سائر الديون ولو أبرأته عما يستقبل من النفقة المقرضة لم يصبح البراءة لانها تجب شيئاً على حسب حدوث الزمان فكان البراءة منها اسقاط الواجب قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب أيضاً وهو حق الحبس لانه لا يتجدد بتجدد الزمان فلم يصبح هبة ما يستقبل لما قلنا ومنها موت أحد الزوجين حتى لو مات الرجل قبل اعطاء النفقة لم يكن للمرأة أن تأخذها من ماله ولو ماتت المرأة لم يكن لورثتها أن يأخذوا المأذكر ناناها تجري مجرى الصلة والصلة تبطل بالموت قبل القبض كالهبة فان كان الزوج أسلفها نفقتها وكسوتها ثم مات قبل مضي ذلك الوقت لم ترجع ورثته عليها بشئ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف سواء كان قائماً أو مستهاكاً وكذلك لو ماتت هي لم يرجع الزوج في تركتها عندهما وقال محمد لها حصصة ما مضى من النفقة والكسوة ويجب رد الباقي ان كان قائماً وان كان هالكاً فلا شيء بالاجماع وروى ابن رستم عن محمد انها ان كانت قبضت نفقة شهر فادونه لم يرجع عليها بشئ وان كان المقر وضاً أكثر من ذلك يرفع عنها نفقة شهر وردت ما بقي وجه هذه الرواية ان الشهر فادونه في حكم القليل فصار كنفقة الحال وما زاد عليه في حكم الكثير فيثبت به الرجوع كالدين وجه ظاهر قول محمد ان هذه النفقة تشبه الاغراض فنسلم لها بقدر ما سلم للزوج من المعوض كالاجارة اذا غل المستأجر الاجرة ثم مات أحدهما

الولد ولان الاتفاق عند الحاجة من باب احياء المنفق عليه والولد جزء الوالد واحياء نفسه واجب كذا احياء جزئه
 واعتبار هذا المعنى بوجوب النفقة من الجانبين ولان هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالاجماع والاتفاق من باب
 الصلة فكان واجبا وتركه مع القدرة للمنفق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدي الى القطع فكان حراما واختلف في
 وجوبها في القرابة المحرمة للنكاح سوى قرابة الولادة قال أصحابنا يجب وقال مالك والشافعي لا يجب غير أن مالك
 يقول لا نفقة الا على الاب لابن والابن للاب حتى قال لا نفقة على الجد لابن الابن ولا على ابن الابن للجد وقال
 الشافعي يجب على الوالدين والمولودين والكلام في هذه المسئلة بناء على أن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع
 عندنا خلافا لهما وعلى هذا ينبغي العتق عند الملك ووجوب القطع بالسرقة وهي من مسائل العتاق نذكرها هناك ان شاء
 الله تعالى ثم الكلام في المسئلة على سبيل الابتداء احيى الشافعي فقال ان الله تعالى أوجب النفقة على الاب لا غير بقوله
 تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فن كان مثل حاله في القرب يلحق به والا فلا ولا يقال ان الله تعالى قال
 وعلى الوارث مثل ذلك لان ابن عباس رضي الله عنه صرف قوله ذلك ترك المضارة لا الى النفقة والكسوة فكان
 معناه لا يضار الوارث باليتيم كما لا تضار الوالدة والمولود له بولدهما ولنا قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وروى عن
 عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وجماعة من التابعين أنه معطوف على النفقة والكسوة لا غير لا على
 ترك المضارة معناه وعلى الوارث مثل ما على المولود له من النفقة والكسوة ومصدق هذا التأويل أنه لو جعل عطفا
 على هذا لكان عطفا الاسم على الاسم وانه شائع ولو عطف على ترك المضارة لكان عطفا الاسم على الفعل
 فكان الاول أولى ولا نه لو جعل عطفا على قوله لا تضار لكان من حق الكلام أن يقول والوارث مثل ذلك وجماعة
 من أهل التأويل عطفوا على الكل من النفقة والكسوة وترك المضارة لان الكلام كله معطوف بعضها على بعض
 بحرف الواو وانه حرف جمع فيصير الكل مذكورا في حالة واحدة فينصرف قوله ذلك الى الكل أي على الوارث
 مثل ذلك من النفقة والكسوة وانه لا يضارها ولا تضارها في النفقة وغيرها به تبين رجحان هذين التأويلين على
 تأويل ابن عباس رضي الله عنهما على أن ما قاله ابن عباس ومن تابعه لا ينبغي وجوب النفقة على الوارث بل بوجوب
 لان قوله تعالى لا تضار والدة بولدها هي سبحانه وتعالى عن المضارة مطلقا في النفقة وغيرها فاذا كان معنى اضرار
 الوالد والدة بولدها بترك الاتفاق عليها أو بارتعاع الولد منها وقد أمر الوارث بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك أنه
 لا يضارها فانما يرجع ذلك الى مثل ما لزم الاب وذلك يقتضي أن يجب على الوارث أن يسد ترضع الوالدة باجرة مثلها
 ولا يخرج الولد من يدها الى يد غيرها اضرارا بها واذا ثبت هذا فظاهر الآية يقتضي وجوب النفقة والكسوة على كل
 وارث أو على مطلق الوارث الا من خص أو قيد بدليل وأما القرابة التي ليست بمحرمة للنكاح فلا نفقة فيها عند عامة
 العلماء خلافا لابن أبي ليلى واحتج بظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك من غير فصل بين وارث ووارث وانما قول
 المراد من الوارث الاقارب الذي له رحم محرم لا مطلق الوارث عرفنا ذلك بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه
 وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ولان وجوبها في القرآن العظيم معلولا بكونها صلة الرحم صيانة لها عن
 القطيعة فيختص وجوبها بقرابة يجب وصلها ويحرم قطعها ولم توجد فلا يجب ولهذا لا يثبت العتق عند الملك ولا يحرم
 النكاح ولا يمنع وجوب القطع بالسرقة والله الموفق

فصل في أسباب وجوب هذه النفقة اما نفقة الولادة فبسبب وجوبها هو الولادة لان به تثبت الجزئية
 والبعضية والاتفاق على الاحتياح احياء له ويجب على الانسان احياء كل وجزئه وان شئت قلت سبب نفقة الاقارب
 في الولاد وغيرهما من الرحم المحرم هو القرابة المحرمة للقطع لانه اذا حرم قطعها يحرم كل سبب مفض الى القطع وترك
 الاتفاق من ذي الرحم المحرم مع قدرته وحاجة المنفق عليه نفصى الى قطع الرحم فيحرم الترك واذا حرم الترك وجب
 الفعل ضرورة واذا عرف هذا فنقول الحال في القرابة الموجبة للنفقة لا يخلو اما ان كانت حال الاقارب اما ان كانت حال

الاجتماع فان كانت حال الافراد بان لم يكن هناك ممن تجب عليه النفقة الا واحد اتجب كل النفقة عليه عند اجتماع شرائط الوجوب لوجود سبب وجوب كل النفقة عليه وهو الولاد والرحم المحرم وشرطه من غير مزاحم وان كانت حال الاجتماع فالاصل أنه متى اجتمع الاقرب والا بعد فالنفقة على الاقرب في قرابة الولاد وغيرهما من الرحم المحرم فان استويا في القرب ففي قرابة الولاد يطلب الترجيح من وجه آخر وتكون النفقة على من وجد في حقه نوع رجحان فلا تنقسم النفقة عليهما على قدر الميراث وان كان كل واحد منهما وارثا وان لم يوجد الترجيح فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما وأما في غيرهما من الرحم المحرم فان كان الوارث أحدهما والاخر محجوبا فالنفقة على الوارث ويرجح بكونه وارثا وان كان كل واحد منهما وارثا فالنفقة عليهما على قدر الميراث وانما كان كذلك لان النفقة في قرابة الولاد تجب بحق الولادة لا بحق الوراثه قال الله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف علق سبحانه وتعالى وجوبها باسم الولادة وفي غيرهما من الرحم المحرم تجب بحق الوراثه لقوله عز وجل وعلى الوارث مثل ذلك علق سبحانه وتعالى الاستحقاق بالارث فتجب بقدر الميراث ولهذا قال أصحابنا ان من أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولو أوصى لولد فلان كان الذكر والا نثى فيه سواء فسدل به ما ذكرنا وبيان هذا الاصل اذا كان له ابن وابن ابن فالنفقة على الابن لانه أقرب ولو كان الابن معسرا وابن الابن موسرا فالنفقة على الابن أيضا اذا لم يكن زمانا لانه هو الاقرب ولا سبيل الى ايجاب النفقة على الاب بعد مع قيام الاقرب الا ان القاضي يامر ابن الابن بانه يؤدي عنه على ان يرجع عليه اذا أيسر فيصير الاب بعد نائباً عن الاقرب في الاداء ولو أدى بغير أمر القاضي لم يرجع ولو كان له أب وجد فالنفقة على الاب لا على الجد لان الاب أقرب ولو كان الاب معسرا والجد موسرا فنفقة على الاب أيضا اذا لم يكن زمانا لكن يؤمر الجد بان ينفق ثم يرجع على الاب اذا أيسر ولو كان له أب وابن ابن فنفقة على الاب لانه أقرب الا انه اذا كان الاب معسرا غير زمن وابن الابن موسرا فانه يؤدي عن الاب بامر القاضي ثم يرجع عليه اذا أيسر ولو كان له أب وابن ابن فنفقة على الابن لا على الأب وان استويا في القرب والوراثه ويرجح الابن بالايجاب عليه لكونه كسب الاب فيكون له حقا في كسبه وكون ماله مضيا فاليه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لبيك ولا يشارك الولد في نفقة والده أحدا قلنا وكذا في نفقة والدته لعدم المشاركة في السبب وهو الولادة والاختصاص بالسبب بوجوب الاختصاص بالحكم وكذا لا يشارك الانسان أحد في نفقة جده وجدته عند عدم الاب والام لان الجد يقوم مقام الاب عند عدمه والجدة تقوم مقام الام عند عدمها ولو كان له ابنا فنفقة عليهما على السواء وكذا اذا كان له ابن و بنت ولا يفضل الذكرك على الانثى في النفقة لاستوائهما في سبب الوجوب وهو الولاد ولو كان له بنت وأخت فالنفقة على البنت لان الولاد لها وهذا يدل على ان النفقة لا تعتبر بالميراث لان الاخت ترث مع البنت ولا نفقة عليهما مع البنت ولا تجب على الابن نفقة منكوحه أبيه لانها أجنبية عنه الا ان يكون الاب محتاجا الى من يخدمه فحينئذ يجب عليه نفقة امرأته لانه يؤمر بخدمة الاب بنفسه أو بالاجير ولو كان للصغير أبوان فنفته على الاب لا على الام بالاجماع وان استويا في القرب والولاد ولا يشارك الاب في نفقة ولده أحد لان الله تعالى خص الاب بتسميته بكونه مولودا له وأضاف الولد اليه بلام الملك وخصه بايجاب نفقة الولد الصغير عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن أي رزق الوالدات المرضعات سمي الام والدة والاب مولودا له وقال عز وجل فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن خص سبحانه وتعالى الاب بإتياء أجر الرضاع بعد الطلاق وكذا أوجب في الايتين كل نفقة الرضاع على الاب لمولده الصغير وليس وراء الكل شي عولا يقال ان الله عز وجل قال وعلى المولود له رزقهن ثم قال وعلى الوارث مثل ذلك والام ووراثه فيقتضي ان تشارك في النفقة كسائر الورثة من ذوى الرحم المحرم وكمن قال أوصيت لفلان من مالي بألف درهم وأوصيت لفلان مثل ذلك ولم تخرج الوصيتان من الثلث أنهما يشتركان فيه كذا هذا الا نا قول لما جعل الله عز وجل كل النفقة على الاب بقوله وعلى المولود له رزقهن تعذر ايجابها على الام

حال قيام الاب فيحمل على حال عدمه ليكون عملا بالنص من كل وجهه في الحالين ولم يوجد مثل هذا في سائر ذوى
الرحم المحرم وفي باب الوصية لا يمكن العمل بكل واحدة من الوصيتين في حالين وقد ضاق المحل عن قبولهما في حالة
واحدة فلزم القول بالشركة ضرورة ولو كان الاب معسرا غير عاجز عن الكسب والام موسرة فالنفقة على الاب
لكن تؤمر الام بالنفقة ثم ترجع بها على الاب اذا أسرلاناها تصير ديناً في ذمته اذا نفقت بامر القاضى ولو كان للصغير
أب وأم أم فالنفقة على الاب والحضانة على الجدة لان الام لم تشارك الاب في نفقة ولده الصغير مع قر بها فالجدة
مع بعدها أولى هذا اذا كان الولد صغيرا فقيرا وله أبوان موسران فاما اذا كان كبيرا وهو ذكرا فقير عاجز عن الكسب
فقد ذكر في كتاب النكاح ان نفقته أيضا على الاب خاصة وذكر الخصاص انه على الاب والام أثلاثا ثلثاها على
الاب وثلثها على الام وجهه ما ذكره الخصاص ان الاب انما يخص بالجب النفقة عليه لانه الصغير لا اختصاصه
بالولاية وقد زالت ولايته بالبلوغ فيزول الاختصاص فتجب عليهما على قدر ميراثهما وجهه رواية كتاب النكاح
ان تخصيص الاب بالاجاب حال الصغر لا اختصاصه بتسميته بكونه مولودا له وهذا ثابت بعد الكبر فيختص بنفقته
كالصغير واعتبار الولاية والارث في هذه النفقة غير سديد لانها تجب مع اختلاف الدين ولا ولاية ولا ارث عند
اختلاف الدين ولا يشارك الجد أحد في نفقة ولد ولده عند عدم ولده لانه يقوم مقام ولده عند عدمه ولا يشارك الزوج
في نفقة زوجته أحد لانه لا يشارك أحد في سبب وجوبها وهو حق الحبس الثابت بالنكاح حتى لو كان لها زوج
معسر وابن موسر من غير هذا الزوج أو أب موسر أو أخ موسر فنفقة على الزوج لا على الاب والابن والاخ لكن
يؤمر الاب أو الابن أو الاخ بان ينفق عليهما يرجع على الزوج اذا أسر ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على
قدر ميراثهما لانهما في القرابة والورثة سواء ولا ترجيح لاحدهما على الآخر من وجه آخر فكانت النفقة عليهما
على قدر الميراث السدس على الجد والباقي على ابن الابن كالميراث ولو كان له أم وجد كانت النفقة عليهما أثلاثا الثلث
على الام والثلثان على الجد على قدر ميراثهما وكذلك اذا كان له أم وأخ لاب وأم أولاب أو ابن أخ لاب وأم أولاب
أو عم لام وأب أولاب كانت النفقة عليهما أثلاثا ثلثها على الام والثلثان على الاخ وابن الاخ والعم وكذلك اذا كان له
أخ لاب وأم وأخت لاب وأم كانت النفقة عليهما أثلاثا على قدر ميراثهما ولو كان له أخ لاب وأم وأخ لام فالنفقة
عليهما أسداسا سدسها على الاخ لام وخمسة أسداسها على الاخ لاب وأم ولو كان له جد وجدة كانت النفقة عليهما
أسداسا على قدر الميراث ولو كان له عم وعممة فالنفقة على العم لانهما استويا في القرابة المحرمة للقطع والعم هو الوارث
فيرجع بكون وارثا وكذلك لو كان له عم وخال لما قلنا ولو كان له عمة وخالة أو خال فالنفقة عليهما أثلاثا ثلثاها على العمّة
والثلث على الخال أو الخالة ولو كان له خال وابن عم فالنفقة على الخال لا على ابن العم لانهما استويا في سبب
الوجوب وهو الرحم المحرم للقطع اذا خال هو ذوالرحم المحرم واستحقاق الميراث للترجيح والترجيح يكون بعد
الاستواء في ركن العلة ولم يوجد ولو كان له عمة وخالة وابن عم فعلى الخالة الثلث وعلى العمّة الثلثان لا استواءهما في
سبب استحقاق الارث فيكون النفقة بينهما على قدر الميراث ولا شيء على ابن العم لانعدام سبب الاستحقاق في
حقه وهو القرابة المحرمة للقطع ولو كان له ثلاث اخوات متفرقات وابن عم فالنفقة على الاخوات على خمسة أسهم
ثلاثة أسهم على الاخت لاب وأم وسهم على الاخت لام وسهم على الاخت لاب على قدر الميراث ولا يعتد بابن
العم في النفقة لانعدام سبب الاستحقاق في حقه فيلحق بالعدم كانه ليس له الا الاخوات وميراثهن على خمسة
أسهم كذا النفقة عليهن ولو كان له ثلاثة أخوة متفرقين فالنفقة على الاخ للاب والام وعلى الاخ للام على قدر
الميراث أسداسا لان الاخ لا يرث معهما فيلحق بالعدم ولو كان له عم وعمة وخالة فالنفقة على العم لان العم مساو
لهما في سبب الاستحقاق وهو الرحم المحرم وفضلهما بكونه وارثا اذا الميراث له لهما فكانت النفقة عليه لا عليهما
وان كان العم معسرا فالنفقة عليهما لانه يجعل كالميت والاصل في هذا ان كل من كان يحوز جميع الميراث

وهو معسر يجعل كالميت وإذا جعل كالميت كانت النفقة على الباقيين على قدر مواريتهم وكل من كان يحوز بعض الميراث لا يجعل كالميت فكأن النفقة على قدر مواريت من يرث معه بيان هذا الأصل رجل معسر عاجز عن الكسب وله ابن معسر عاجز عن الكسب أو هو صغير وله ثلاثة أخوة متفرقين فنفقة الأب على أخيه لا يبه وأمه وعلى أخيه لا يبه أسداس سدس النفقة على الأخ لا يبه وخمسة أسداسها على الأخ لا يبه وأم ونفقة الولد على الأخ لا يبه وأم خاصة لأن الأب يحوز جميع الميراث فيجعل كالميت فيكون نفقة الأب على الأخوين على قدر ميراثهما منه وميراثهما من الأب هذا فأما الابن فوارثه الع لآب وأم لا الع لآب ولا الع لآم فكانت نفقته على عمه لآب وأم ولو كان للرجل ثلاث أخوات متفرقات كانت نفقته عليهن أخماسا ثلاثة أخماسها على الأخت لآب وأم وخمس على الأخت لآب وخمس على الأخت لآم على قدر مواريتهن ونفقة الابن على عمته لآب وأم لأنها الوارثة منه لا غير ولو كان مكان الابن بنت والمسئلة بحالها فنفقة الأب في الأخوة المتفرقين على أخيه لا يبه وأمه وفي الأخوات المتفرقات على أخته لا يبه وأمه لأن البنت لا تحوز جميع الميراث فلا حاجة إلى أن تجعل كالميت فكان الوارث معها الأخ لآب والام لا غير والأخت لآب وأم لا غير لأن الأخ والأخت لآم لا يرثان مع الولد والأخت لآب لا يرث مع الأخ لآب وأم والأخت لآب لا يرث مع البنت والأخت لآب وأم لأن الأخوات مع البنات عصبة وفي العصباء تقدم الأقرب فالأقرب فكانت النفقة عليهما وكذلك نفقة البنت على الع لآب وأم وعلى العمة لآب وأم لأنها وارثاها بخلاف الفصل الأول لأن هناك لا يمكن الإيجاب للنفقة على الأخوة والأخوات إلا بجعل الابن كالميت لأنه يحوز جميع الميراث فست الحاجة إلى أن يجعل ميتا حكما ولو كان الابن ميتا كان ميراث الأب للأخ لآب وأم وللأخ لآم أسداسا والأخوات أخماسا فكذلك النفقة وعلى هذا الأصل مسائل

فصل وأما شرائط وجوب هذه النفقة فأنواع بعضها يرجع إلى المنفق عليه خاصة وبعضها يرجع إلى المنفق خاصة و بعضها يرجع إليهما وبعضها يرجع إلى غيرهما أما الذي يرجع إلى المنفق عليه خاصة فأنواع ثلاثة أحدها عساره فلا تجب لموسر على غيره نفقة في قرابة الولاد وغيرهما من الرحم المحرم لأن وجوبها معلول بحاجة المنفق عليه فلا تجب لتغير المحتاج ولأنه إذا كان غنيا لا يكون هو بإيجاب النفقة له على غيره أولى من الإيجاب لغيره عليه فيقع التعارض فيمتنع الوجوب بل إذا كان مستغنى بماله كان إيجاب النفقة في ماله أولى من إيجابها في مال غيره بخلاف نفقة الزوجات أنها تجب للزوجة الموسرة لأن وجوب تلك النفقة لا يتبع الحاجة بل لها شبهة بالعواض فيستوى فيها المعسرة والموسرة كمن البيع والمهر واختلف في حد المعسر الذي يستحق النفقة قيل هو الذي يحل له أخذ الصدقة ولا تجب عليه الزكاة وقيل هو المحتاج ولو كان له منزل وخادم هل يستحق النفقة على قربيه الموسر فيه اختلاف الرواية في رواية لا يستحق حتى لو كان أختا لا يؤمر الأخ بالتقاضي عليها وكذلك إذا كانت بنتا له أو أملا في رواية يستحق وجه الرواية الأولى أن النفقة لا تجب لغير المحتاج وهو لا غير محتاجين لأنه يمكن الاكتفاء بالادنى بأن يبيع بعض المنزل أو كله ويكثري منزلا فيسكن بالكراء أو يبيع الخادم وجه الرواية الأخرى أن يبيع المنزل لا يقع التناذر وكذا لا يمكن لكل أحد السكنى بالكراء أو بالمنزل المشترك وهذا هو الصواب أن لا يؤمر أحد ببيع الدار بل يؤمر القريب بالتقاضي عليه ألا ترى أنه تحمل الصدقة لهؤلاء لا يؤمرون ببيع المنزل ثم الولد الصغير إذا كان له مال حتى كانت نفقته في ماله لا على الأب وإن كان الأب موسرا فإن كان المال حاضرا في يد الأب أتفق منه عليه وينبغي أن يشهد على ذلك إذا لم يشهد فن الجائز أن ينكر الصبي إذا بلغ فيقول للآب أنك أتفقت من مال نفسك لا من مالي فيصدقه القاضي لأن الظاهر أن الرجل الموسر ينفق على ولده من مال نفسه وإن كان لولده مال فكان الظاهر شاهد الولد فيبطل حق الأب وإن كان المال غائبا ينفق من مال نفسه بامر القاضي إياه بالتقاضي ليرجع أو يشهد على أنه ينفق من مال نفسه ليرجع به في مال ولده لم يمكنه الرجوع لما ذكرنا أن الظاهر أن الإنسان يتبرع بالتقاضي من مال نفسه على ولده فإذا أمره القاضي بالتقاضي من ماله ليرجع أو أشهد

على انه ينفق ليرجع فقد بطل الظاهر وتبين انه انما تنفق من ماله على طريق القرض وهو ملك اقراض ماله من الصبي
فيمكنه الرجوع وهذا في القضاء فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيسعه أن يرجع من غير أمر القاضي والاشهاد بعد أن
نوى بقلبه أنه ينفق ليرجع لانه اذا نوى صار ذلك ديناً على الصغير وهو ملك اثبات الدين عليه لانه ملك اقراض ماله
منه والله عز وجل عالم بنيتة فجازله الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى والله أعلم والثاني عجزه عن الكسب بان كان به زمانة
أو قعدا أو فلج أو عمى أو جنون أو كان مقطوع اليدين أو أشلها أو مقطوع الرجلين أو مقنوع العينين أو غير ذلك من
العوارض التي تمنع الانسان من الاكتساب حتى لو كان صحيحاً مكتسباً لا يقضى له بالنفقة على غيره وان كان
معسراً الا للاب خاصة والجد عند عدمه فانه يقضى بنفقة الاب وان كان قادراً على الكسب بعد أن كان معسراً
على ولده الموسر وكذا نفقة الجدة على ولد ولده اذا كان موسراً وانما كان كذلك لان المنفق عليه اذا كان قادراً
على الكسب كان مستغنى بكسبه فكان غناه بكسبه كغناه بآله فلا تجب نفقته على غيره الا الولد لان الشرع
نهى الولد عن الحاق أدنى الاذى بالوالدين وهو التأليف بقوله عز وجل ولا تقل لهما أف ومعنى الاذى في الزام
الاب الكسب مع غنى الولد أكثر فكان أولى بالنهي ولم يوجد ذلك في الابن ولهذا لا يحبس الرجل بدين
ابنه ويحبس بدين أبيه ولان الشرع أضاف مال الابن الى الاب بلام الملك فكان ماله كماله وكذا هو كسب كسبه
فكان ككسبه فكانت نفقته فيه والثالث ان الطلب والخصومة بين يدي القاضي في أحد نوعي النفقة وهي نفقة غير
الولد فلا تجب بدونه لانها لا تجب بدون قضاء القاضي والقضاء لا بد له من الطلب والخصومة وأما الذي يرجع الى
المنفق خاصة فيساره في قرابة غير الولاد من الرحم المحرم فلا يجب على غير الموسر في هذه القرابة نفقة وان كان قادراً
على الكسب لان وجوب هذه النفقة من طريق الصلة والصلات تجب على الاغنياء على الفقراء واذا كان
يسار المنفق شرط وجوب النفقة عليه في قرابة ذى الرحم فلا بد من معرفة حد اليسار الذي يتعلق به وجوب هذه
النفقة روى عن أبي يوسف فيه انه اعتبر نصاب الزكاة قال ابن سبابة قال في نوادره سمعت أبا يوسف قال لا أجبر
على نفقة ذى الرحم المحرم من لم يكن معه ما تجب فيه الزكاة ولو كان معه ما تادى بهم الادرها وليس له عيال وله أخت
محتاجة لم أجبره على نفقتها وان كان يعمل بيده ويكتسب في الشهر خمسين درهما وروى هشام عن محمد انه قال
اذا كان له نفقة شهر وعنده فضل عن نفقة شهر له ولعائلة أجبره على نفقة ذى الرحم المحرم قال محمد وأما من لا شيء له
وهو يكتسب كل يوم درهما يكتفي منه بربعة دنانير فانه يرفع لنفسه ولعائلة ما يتسعه وينفق فضله على من
يجبر على نفقته وجه رواية هشام عن محمدان من كان عنده كفاية شهر فزاد عليها فهو غنى عنه في الحال والشهر
يتسع للاكتساب فكان عليه صرف الزيادة الى أقاربه وجه قول أبي يوسف ان نفقة ذى الرحم صلة والصلات
انما تجب على الاغنياء كالصدقة وحد الغنا في الشريعة ما تجب فيه الزكاة وما قاله محمد اوفق وهو انه اذا كان له كسب
دائم وهو غير محتاج الى جميعه فزاد على كفايته يجب صرفه الى أقاربه كفضل ماله اذا كان له مال ولا يعتبر بالنصاب
لان النصاب انما يعتبر في وجوب حقوق الله تعالى المالية والنفقة حق العبد فلا معنى للاعتبار بالنصاب فيها وانما
يعتبر فيها امكان الاداء ولو طلب الفقير العاجز عن الكسب من ذى الرحم المحرم منه نفقة فقال أنا فقير وادعى
هو انه غنى فالقول قول المطلوب لان الاصل هو الفقر والغنا عارض فكان الظاهر شاهد الله فيمحتاج الى الفرق
بينه وبين نفقة الزوجات والفرق له ان الاقدام على النكاح دليل القدرة فبطلت شهادة الظاهر وأما قرابة
الولد فينظر ان كان المنفق هو الاب فلا يشترط يساره لوجوب النفقة عليه بل قدرته على الكسب كفاية حتى تجب
عليه النفقة على أولاده الصغار والكبار الذكور الزمنى الفقراء والانات الفقيرات وان كن صحيات وان كان
معسراً بعد أن كان قادراً على الكسب لان الاتفاق عليهم عند حاجتهم وعجزهم عن الكسب احياء وهم احياء
نفسه لقيام الجزئية والعصبية وحياء نفسه واجب ولو كان لهم جد موسر لم يفرض النفقة على الجد ولكن يؤمر

الجد بالا نفاق عليهم عند حاجتهم ثم يرجع به على ابنه لان النفقة لا تجب على الجد مع وجود الاب اذا كان الاب قادرا على الكسب ألا ترى انه لا يجب عليه نفقة ابنه نفقة أولاده أولى وان لم يكن الاب قادرا على الكسب بان كان زمنا قضى بنفقتهم على الجد لان عليه نفقة أبيهم فكذا نفقتهم وروى عن أبي يوسف انه قال في صغير له والد محتاج وهو زمن فرضت نفقته على قرابته من قبل أبيه دون قرابته من قبل أمه كل من أجبرته على نفقة الاب أجبرته على نفقة الغلام اذا كان زمنا لان الاب اذا كان زمنا كانت نفقته على قرابته فكذا نفقة ولده لانه جزؤه قال فان لم يكن له قرابة من قبل أبيه قضيت بنفقته على أبيه وأمرت الخال أن ينفق عليه ويكون ذلك ديناً على الاب ووجه الفرق بين قرابة الاب وقرابة الام ان قرابة الاب تجب عليهم نفقة الاب اذا كان زمنا فكذا نفقة ولده الصغير فاما قرابة الام فلا يجب عليهم نفقة الاب ولا نفقة الولد لان الاب لا يشاركه أحد في نفقة ولده وان كان المنفق هو الابن وهو معسر مكتسب ينظر في كسبه فان كان فيه فضل عن قوته يجبر على النفاق على الاب من الفضل لانه قادر على احيائه من غير خلل يرجع اليه وان كان لا يفضل من كسبه شيء يؤمر فيما بينه وبين الله عز وجل ان يواسى أباه اذا لم يحسن أن يترك أباه ضائعا جائعا يتكفف الناس وله كسب وهل يجبر على ان ينفق عليه وتقرض عليه النفقة اذا طلب الاب القرص أو يدخل عليه في النفقة اذا طلب الاب ذلك قال عامة الفقهاء انه لا يجبر على ذلك وقال بعضهم يجبر عليه واحتجوا بما روى عن عمر رضي الله عنه انه قال لو أصاب الناس السنة لا دخلت على أهل كل بيت مثلهم فان الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم وقال النبي صلى الله عليه وسلم طعام الواحد يكفي الاثنين وجه قول العامة ان الجبر على النفاق والاشراك في نفقة الولد المعسر يؤدي الى العجز عن الكسب لان الكسب لا يقوم الا بكامل القوة وبكامل القوة بكامل الغداء فلو جعلناه نصفين لم يقدر على الكسب وفيه خوف هلاكهما جميعا وذكري الكتاب أرايت لو كان الابن يأكل من طعام رجل غني يعطيه كل يوم رغيفا أو رغيفين يؤمر الابن ان يعطى أحدهما أباه قال لا يؤمر به ولو قال الاب للقاضي ان ابني هذا يقدر على ان يكتسب ما يفضل عن كسبه مما ينفق على لكتنه يدع الكسب عمدا يقصد بذلك عقوبتي ينظر القاضي في ذلك فان كان الاب صادقا في مقالته أمر الابن بان يكتسب فينفق على أبيه وان لم يكن صادقا بان علم انه غير قادر على اكتساب زيادة تركه هذا اذا كان الولد واحدا فان كان له أولاد صغار وزوجة ولا يفضل من كسبه شيء ينفق على أبيه فطلب الاب من القاضي أن يدخله في النفقة على عياله يدخله القاضي ههنا لان ادخال الواحد على الجماعة لا يخل بطعامهم خلافا لينا بخلاف ادخال الواحد على الواحد هذا اذا لم يكن الاب عاجزا عن الكسب فاما اذا كان عاجزا عنه بان كان زمنا يشارك الابن في قوته ويدخل عليه فيأكل معه وان لم يكن له عيال لانه ليس في المشاركة خوف الهلاك وفي ترك المشاركة خوف هلاك الاب فوجب المشاركة وكذلك الام اذا كانت فقيرة تدخل على ابنها فيأكل معه لكن لا يفرض لهما عليه نفقة على حدة والله عز وجل أعلم وأما الذي يرجع اليهم جميعا فنوعا أحدهما اتحاد الدين في غير قرابة الولد من الرحم المحرم فلا تجرى النفقة بين المسلم والكافر في هذه القرابة فاما في قرابة الولد فاتحاد الدين فيها ليس بشرط فيجب على المسلم نفقة آبائه وأمهاته من أهل الذمة ويجب على الذمي نفقة أولاده الصغار الذين أعطى لهم حكم الاسلام باسلام أمهم ونفقة أولاده الكبار المسلمين الذين هم من أهل استحقاق النفقة على ما نذكره وجه الفرق من وجهين أحدهما ان وجوب هذه النفقة على طريق الصلة ولا تجب صلة رحم غير الوالدين عند اختلاف الدين وتجب صلة رحم الوالدين مع اختلاف الدين دليل انه يجوز للمسلم ان يتتدى بقتل أخيه الحرابي ولا يجوز له أن يتتدى بقتل أبيه الحرابي وقد قال سبحانه في الوالدين الكافر وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يرد مثله في غير الوالدين والثاني ان وجوب النفقة في قرابة الولد بحق الولادة لاذكرنا ان الولادة توجب الجزئية والبعضية بين الوالد والولد ولا يختلف باختلاف الدين فلا يختلف الحكم المتعلق به والوجوب في غيرهما من الرحم المحرم بحق الوارثة ولا ورائته عند اختلاف الدين

فلا نفقة ولو كان للمسلم ابنان أحدهما مسلم والآخر ذمي فنفقة عليهما على السواء ما ذكرنا أن نفقة الولادة لا تختلف باختلاف الدين والثاني اتحاد الدار في غير قرابة الولادة من الرحم المحرم فلا تجرى النفقة بين الذمي الذي في دار الاسلام وبين الحر في دار الحرب لا اختلاف الدارين ولا بين الذمي والحر في المستأمن في دار الاسلام لان الحر في وان كان مستأمن في دار الاسلام فهو من أهل الحرب وانما دخل دار الاسلام لحوائج يقضيها ثم يعود ألا ترى ان الامام يمكنه من الرجوع الى دار الحرب ولا يمكنه من اطالة الإقامة في دار الاسلام فاختلاف الداران وكذا النفقة بين المسلم المتوطن في دار الاسلام وبين الحر في الذمي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها لا اختلاف الدارين وهذا ليس بشرط في قرابة الولاد والفرق بينهما من وجهين أحدهما ان وجوب هذه النفقة في هذه القرابة بطريق الصلة ولا تجب هذه الصلة عند اختلاف الدارين وتجب في قرابة الولاد والثاني ان الوجوب ههنا بحق الوارثة ولا ورائة عند اختلاف الدارين والوجوب هناك بحق الولادة وانه لا يختلف وأما الذي يرجع الى غيرها فقضاء القاضي في أحد نوعي النفقة وهي نفقة غير الولاد من الرحم المحرم فلا تجب هذه النفقة من غير قضاء القاضي ولا يشترط ذلك في نفقة الولاد حتى تجب من غير قضاء كما تجب نفقة الزوجات ووجه الفرق ان نفقة الولاد تجب بطريق الاحياء لما فيها من دفع الهلاك لتحقيق معنى الجزئية والبعضية بين المنفق والمنفق عليه ويجب على الانسان احياء نفسه بدفع الهلاك عن نفسه ولا يقف وجوبه على قضاء القاضي فاما نفقة سائر ذى الرحم المحرم فليس وجوبها من طريق الاحياء لانعدام معنى الجزئية وانما تجب صلة محضة فجاز ان يقف وجوبها على قضاء القاضي وبخلاف نفقة الزوجات لان لها شيئا بالاعراض فن حيث هي صلة لم تصدر ديناً من غير قضاء ورضا ومن حيث هي عوض تجب من غير قضاء عملاً بالشبهين وعلى هذا يخرج ما اذا كان الرجل غائباً وله مال حاضر ان القاضي لا يأمر أحداً بالنفقة من ماله الا الابوين الفقيرين وأولاده الفقراء الصغار الذكور والاناث والكبار الذكور والفقراء المعجزة عن الكسب والاناث الفقيرات والزوجة لانه لا حق لاحد في ماله الا لهؤلاء ألا ترى انه ليس لغيرهم أن يمددوا الى ماله فيأخذوه وان كان فقيراً محتاجاً ولم ذلك فكان الامر من القاضي بالاتفاق من ماله لغيرهم قضاء على الغائب من غير خصم حاضر ولا يكون لهم قضاء بل يكون اعانة ثم ان كان المال حاضر اعنده هؤلاء وكان النسب معروفاً وعلم القاضي بذلك أمرهم بالنفقة منه لان نفقتهم واجبة من غير قضاء القاضي فكان الامر من القاضي بالاتفاق اعانة لا قضاء وان لم يعلم بالنسب فطلب بعضهم ان يثبت ذلك عند القاضي بالبينة لا تسمع منه البينة لانه يكون قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وكذلك ان كان ماله وديعة عند انسان وهو مقر بها أمرهم القاضي بالاتفاق منها وكذا اذا كان لغيره على انسان وهو مقر به لما قلنا ولو دفع صاحب اليد أو المديون اليهم بغير إذن القاضي يضمن واذا وقع باذنه لا يضمن واستوثق القاضي منهم كفيلاً ان شاء وكذا الا يأمر الحدود ولد الولد حال وجود الاب والولد لانهما حال وجودهما بمنزلة ذوى الارحام يأمرهما حال عدمهما لان الجد يقوم مقام الاب حال عدمه ولد الولد يقوم مقام الولد حال عدمه وان كان صاحب اليد أو المديون منكراً فإرادوا أن يقيموا البينة لم يلتفت القاضي الى ذلك لما ذكرنا فان أنفق الاب من مال ابنه ثم حضر الابن فقال للاب كنت موسراً وقال الاب كنت معسراً ينظر الى حال الاب وقت الخصومة فان كان معسراً فالقول قوله وان كان موسراً فالقول قول الابن لان الظاهر استقرار حال اليسار والاعسار والتغير خلاف الظاهر فيحكم الحال وصار هذا كالأجر مع المستأجر اذا اختلفا في جريان الماء وانقطاعه انه يحكم الحال لما قلنا كذا فان اقام البينة فالبينة بينة الابن لانها ثبتت أمرائنا وهو الغنا هذا اذا كان المال من جنس النفقة من الدراهم والدينانير والطعام والكسوة فان كان من غير جنسها فالقاضي لا يبيع على الغائب العقار لاجل القضاء بالاتفاق وكذا الاب الا اذا كان الولد صغيراً فليبيع العقار وأما العروض فهل يبيعها القاضي فالأمر فيه على ما ذكرنا من الاتفاق والاختلاف وهل يبيعها الاب قال أبو حنيفة يبيع مقدار ما يحتاج اليه لا الزيادة على ذلك وهو

استحسان وقال أبو يوسف ومحمد لا يبيع ولا خلاف أن الام لا يبيع مال ولدها الصغير والكبير وكذا الاولاد لا يبيعون مال الابوين (وجه) قولهما وهو القياس أنه لا ولاية للاب على الولد الكبير فكان هو وغيره من الاقارب سواء ولهذا لا يبيع العقار وكذا العروض ولا يبي حنيفة أن يبيع العروض نظرا للولد الغائب لان العروض مما يخاف عليه الهلاك فكان بيعها من باب الحفظ والاب يملك النظر لولده بحفظ ماله وغير ذلك بخلاف العقار فانه محفوظ بنفسه فلا حاجة الى حفظه بالبيع فيبقى بيعه تصرفا على الولد الكبير فلا يملكه ولان الشرع أضاف مال الولد الى الوالد وسماه كسباله فان لم يظهر ذلك في حقيقة الملك فلا أقل من أن يظهر في ولاية بيع عرضه عند الحاجة

فصل وأما بيان مقدار الواجب من هذه النفقة فنفقة الاقارب مقدرة بالكفاية بلا خلاف لانها تجب للحاجة فتقدر بقدر الحاجة وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه له المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع ان كان رضيعا لان وجوبها للكفاية والكفاية تتعلق بهذه الاشياء فان كان للمنفق عليه خادم يحتاج الى خدمته تعرض له أيضا لان ذلك من جملة الكفاية

فصل وأما بيان كيفية وجوبها فهذه النفقة تجب على وجه لا تصير ديناً في الذمة أصلا سواء فرضها القاضي أولا بخلاف نفقة الزوجات فانها تصير ديناً في الذمة بفرض القاضي أو بالتراضي حتى لو فرض القاضي للقرىب نفقة شهر فضى الشهر ولم يأخذ ليس له أن يطالبه بها بل تسقط وفي نفقة الزوجات للمرأة ولاية المطالبة بما مضى من النفقة في مدة الفرض وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما في نفقة الزوجات فيقع الفرق بين النفقتين في أشياء منها ما وصفناه آنفاً ان نفقة المرأة تصير ديناً بالقضاء أو بالرضا ونفقة الاقارب لا تصير ديناً أصلا ورأسا ومنها ان نفقة الاقارب أو كسوتهم لا تجب لغير المعسر ونفقة الزوجات أو كسوتهم تجب للمعسرة والموسرة ومنها ان نفقة الاقارب أو كسوتهم اذا هلكت قبل مضي مدة الفرض تجب نفقة أخرى وكسوة أخرى وفي نفقة الزوجات لا تجب ومنها ان نفقة الاقارب أو كسوتهم اذا تعينت بعد مضي المدة لا تجب أخرى وفي نفقة الزوجات تجب وقدم الفرق بين هذه الجملة في فصل نفقة الزوجات ومنها أنه اذا عجل نفقة مدة في الاقارب فبات المنفق عليه قبل تمام المدة لا يسترد شيئا منها بلا خلاف وفي نفقة الزوجات خلاف محمد ويحبس في نفقة الاقارب كما يحبس في نفقة الزوجات أما غير الاب فلا شك فيه وأما الاب فيحبس في نفقة الولد أيضا ولا يحبس في سائر ديونه لان اداء الاب حرام في الاصل وفي الحبس ايدأه الا ان في النفقة ضرورة وهي ضرورة دفع الهلاك عن الولد اذ لو لم ينفق عليه هلك فكان هو بالامتناع من الاتفاق عليه كالتقاصد اهلا كما دفع قصده بالحبس ويحمل هذا القدر من الاذى لهذه الضرورة وهذا المعنى لم يوجد في سائر الديون ولان ههنا ضرورة أخرى وهي ضرورة استدراك هذا الحق أعني النفقة لانها تسقط بمضي الزمان فتقع الحاجة الى الاستدراك بالحبس لان الحبس يحمله على الاداء فيحصل الاستدراك ولو لم يحبس نفوت حقه رأسا فشرع الحبس في حقه لضرورة استدراك الحق صيانة له عن الفوات وهذا المعنى لا يوجد في سائر الديون لانها لا نفوت بمضي الزمان فلا ضرورة الى الاستدراك بالحبس ولهذا قال أصحابنا ان الممتنع من النفقة يضرب ولا يحبس بخلاف الممتنع من سائر الحقوق لانه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس لانه نفوت بمضي الزمان فيستدرك بالضرب بخلاف سائر الحقوق وكذلك الجد اب الاب وان علا لانه يقوم مقام الاب عند عدمه

فصل وأما بيان المسقط لها بعد الوجوب فالمسقط لها بعد الوجوب هو مضي الزمان من غير قبض ولا استدانة حتى لو فرض القاضي نفقة شهر للقرىب فلم يقبض ولا استدان عليه حتى مضت المدة سقطت النفقة لا ذكرنا ان هذه النفقة تجب صلة محضة فلا يتأكد وجوبها الا بالقبض أو ما يقوم مقامه والله أعلم

فصل وأما نفقة الرقيق فالكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان وجوب هذه النفقة وفي بيان سبب وجوبها وفي بيان شرط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان كيفية الوجوب أما الاول فوجوبها ثابت

بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل أو ما ملكت أيمانكم معطوفا على قوله وبالوالدين احسانا أمر بالاحسان إلى الممالك ومطلق الأمر يحمل على الوجوب والاتفاق عليهم احسان بهم فكان واجبا ويحتمل أن يكون أمر بالاحسان إلى الممالك أمرا بتوسيع النفقة عليهم لأن المرء لا يترك أصل النفقة على مملوكه اشفا قاعلى ملكه وقد يقتضى الاتفاق عليه لكونه مملوكا في يده فامر الله عز وجل السادات بتوسيع النفقة على ممالكهم شكرا لما أنعم عليهم حيث جعل من هو من جوهرهم وأمثالهم في الخلقة خدما وخولا أذلاء تحت أيديهم يستخدمونهم ويستعملونهم في حوائجهم وأما السنة فاروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوصي بالمملوك خيرا ويقول أطعموه مما تأكلون واكسوه مما تلبسون ولا تكفوه مما لا يطيقون فان الله تعالى يقول لا يكلف الله نفسا الا وسعها وعن أنس رضى الله عنه قال كان آخر وصية رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حضرته الوفاة الصلاة وما ملكت أيمانكم وجعل صلى الله عليه وسلم يفرغ بها في صدره وما يقبض بها لسانه وعليه لاجماع الامة أن نفقة المملوك واجبة وأما المعقول فهو عبد مملوك لا يقدر على شئ فلو لم تجعل نفقته على مولاه لهلك

فصل وأما سبب وجوبها للملك لانه يوجب الاختصاص بالمملوك انتفاعا وتصرفا وهو نفس الملك فاذا كانت منفعة للمالك كانت مؤنته عليه اذ الخراج بالضمان وعلى هذا ينبغي أنه لا يجب على العبد نفقة ولده لعدم الملك لان أمه ان كانت حرة فهو حر وان كانت مملوكه فهو ملك مولاه فكانت نفقته على المولى ولان العبد لا مال له بل هو وما في يده مولاه والمولى أجنبى عن هذا الولد فكيف تجب النفقة في مال الغير ملك الغير وكذا لا يجب على الحر نفقة ولده المملوك بأن تزوج حرأمة غيره فولدت ولدا لانه ملك غيره فلا تجب عليه نفقة مملوك غيره ولو اعتق عبده بطلت النفقة لبطلان سبب الوجوب وهو الملك ثم ان كان بالغاصحيا فنفقته في كسبه وان كان صغيرا أوزنا قالوا ان نفقته في بيت المال لانه واحد من المسلمين حر حاجز لا يعرف له قريب وبيت المال مال المسلمين فكانت نفقته فيه وكذا اللقيط اذا لم يكن معه مال فنفقته في بيت المال لما قلنا وقالوا في الصغير في يد رجل قال لرجل هذا عبدك أودعته فجدد قال محمد أستحلفه بالله عز وجل ما أودعته فان حلف قضيت بنفقته على الذى هو في يده لانه أقر برقه ثم أقر به لغيره وقدرد الغير اقراره ببقى في يده واليد دليل الملك فيلزمه نفقته قال محمد ولو كان كبيرا لم أستحلف المدعى عليه لانه اذا كان كبيرا كان في يد نفسه وكان دعواه هدر ايقف الأمر على دعوى الكبير فكل من ادعى عليه أنه عبده وصدقه فعليه نفقته ولو كان العبد بين شرين يكن نفقته عليهما على قدر ملكيهما وكذلك لو كان في أيديهما كل واحد منهما يدعى أنه له ولا بينة لهما فنفقته عليهما وقالوا في الجارية المشتركة بين اثنين أتت بولد فادعاه المولى ان نفقة هذا الولد عليهما وعلى الولد اذا كبر نفقة كل واحد منهما لان كل واحد منهما أب كامل في حقه والله أعلم

فصل وأما شرط وجوبها فهو أن يكون الرقيق مملوك المنافع والمكاسب للمولى فان لم يكن فلا تجب عليه نفقته فيجب على الانسان نفقة عبده القن والمدير وأم الولد لان أكسابهم ملك المولى ولا تجب عليه نفقة مكانته لانه غير مملوك المكاسب لمولاه ألا ترى أنه أحق بكسبه من مولاه فكان في مكاسبه كالحر فكانت نفقته في كسبه كالحر وكذا معتق البعض لانه بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة وعندهما حر عليه دين والعبد الموصى برقبته لانسان ونجدهمته لا آخر نفقته على صاحب الخدمة لا على صاحب الرقبة لان منفعته لصاحب الخدمة ونفقة عبد الرهن على الراهن لان ملك الذات والمنفعة له ونفقة عبد الوديعة على المودع لما قلنا ونفقة عبد الطارية على المستعير لان ملك المنفعة في زمن البارية له اذ الاعارة تملك المنفعة ونفقة عبد النصب قبل الرد على الغاصب لان منافعه تحدث على ملكه على بعض طرق أصح بانها حتى لو لم تكن مضمونة على الغاصب فكانت نفقته عليه ولان رد المصوب على الغاصب ومؤنة الرد عليه لكونها من ضرورات الرد والنفقة من ضرورات الرد لانه لا يمكنه الا باستبقائه ولا يبقى عادة الا بالنفقة فكانت النفقة من مؤنات الرد لكونها من ضروراته فكانت على الغاصب والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما مقدار الواجب منها فمقدار الكفاية لأن وجوبها للكفاية فتقدر بقدر الكفاية كنفقة الإقارب
 ﴿فصل﴾ وأما كيفية وجوبها فإنها تجب على وجه يجبر عليها عند الطلب والخصومة في الجملة بيان ذلك أن المملوك
 إذا خاصم مولاه في النفقة عند القاضي فإن القاضي يأمره بالنفقة عليه فإن أبي ينظر القاضي فكل من يصلح للاجالة
 يؤجره وينفق عليه من أجرته أو يبيعه إن كان محلا للبيع كالقن ورأى البيع أصلح ولا يجبر على الاتفاق وإن لم يصلح
 للاجارة إن كان صغيرا أو جارية ولا محلا للبيع كالمدرور وأم الولد يجبره على الاتفاق لأنه لا يمكن بيعه ولا اجارته وتركه
 جائعا تضييع إلى آدمي فيجبر المولى على الاتفاق والله عز وجل أعلم (وأما) نفقة البهائم فلا يجبر عليها في ظاهر الرواية
 ولكنه يفتى فيما بينه وبين الله تعالى أن ينفق عليها وروى عن أبي يوسف أنه يجبر عليها لأن تركه جائعا تعذيب
 الحيوان بلا فائدة وتضييع المال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك كله ولأنه سفيه مخلوق عن العاقبة
 الحميدة والسفه حرام عقلا وجه ظاهر الرواية أن الجبر على الحق يكون عند الطلب والخصومة من صاحب الحق ولا
 خصم فلا يجبر ولكن تجب فيما بينه وبين الله تعالى لما قاله أبو يوسف وأما نفقة الجمادات كالدور والمعار فلا يجبر عليها
 لما قلنا ولا يفتى أيضا بالوجوب إلا أنه إذا كان هناك تضييع المال فيكره له ذلك والله عز وجل أعلم

﴿كتاب الحضانة﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الحضانة وفي بيان من له الحضانة وفي بيان مدة الحضانة وفي بيان مكان
 الحضانة أما الأول فالحضانة في اللغة تستعمل في معنيين أحدهما جعل الشيء في ناحية يقال حضن الرجل الشيء
 أي اعتزله فجعله في ناحية منه والثاني الضم إلى الجنب يقال حضنته واحضنته إذا ضمته إلى جنبك والحضن الجنب
 لحضانة الأم ولدها هي ضمها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه من أيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه ولا
 تحير الأم على أرضاعه إلا أن لا يوجد من ترضعه فتجبر عليه وهذا قول عامة العلماء وقال مالك إن كانت بشريفة لم تجبر
 وإن كانت دنية تجبر والصحيح قول العامة لقوله عز وجل لا تضارو الدة بولدها قيل في بعض وجوه التأويل أي لا
 تضار بالزام الارضاع مع كراهيتها وقوله عز وجل في المطلقات فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن جعل تعالى أجز
 الرضاع على الأب لا على الأم مع وجودها فدل أن الرضاع ليس على الأم وقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن
 وكسوتهن بالمعروف أي رزق الوالدات المرضعات فإن أر يده المطلقات فقيه أنه لا أرضاع على الأم حيث أوجب
 بدل الارضاع على الأب مع وجود الأم وإن أر يده المنكوحات كان المراد منه والله عز وجل أعلم بإيجاب زيادة النفقة
 على الأب للأم المرضعة لاجل الولد والنفقة تستحقها المنكوحه من غير ولد ولأن الارضاع اتفاق على الولد ونفقة
 الولد يختص بها الوالد لا يشارك فيها الأم كنفقته بعد الاستغناء فكما لا تجب عليها نفقته بعد الاستغناء لا تجب عليها
 قبله وهو الرضاع وهذا في الحكم وأما في الفتوى فتفتى بانها ترضعه لقوله تعالى لا تضارو الدة بولدها قيل في بعض
 تأويلات الآية أي لا تضار بولدها بان ترميه على الزوج بعدما عرفها وألقها ولا ترضعه فيتضرر الولد ومتى
 تضرر الولد تضرر الوالد لأنه يتألم قلبه بذلك وقد قال الله تعالى ولا مولود له بولده أي لا يضار المولود له بسبب
 الاضرار بولده كذا قيل في بعض وجوه التأويل ولأن النكاح عقد سكن وازدواج وذلك لا يحصل إلا باجتماعهما على
 مصالح النكاح ومنها الرضاع الولد فيفتى به ولكنها ان أثبت لا يجبر عليه لما قلنا إلا إذا كان لا يوجد من يرضعه حينئذ
 تجبر على أرضاعه إذ لو لم يجبر عليه هلك الولد ولو اتهم الأب لولده مرضعا فإرادت الأم أن ترضعه بنفسها فهي أولى
 لأنها أشفق عليه ولأن في انزعاج الولد منها ضرارا بها وإنه منهي عنه لقوله عز وجل لا تضارو الدة بولدها قيل في بعض
 الأقاويل أي لا يضارها زواجها بانزعاج الولد منها وهي تريد امساكه وارضاعه فإن أرادت أن تأخذ على ذلك أجرافي
 صلب النكاح لم يجز لها ذلك لأن الارضاع وإن لم يكن مستحقا عليها في الحكم فهو مستحق في الفتوى ولا يجوز أخذ

الاجر على أمر مستحق لانه يكون رشوة ولا نه اقد استحققت نفقة النكاح وأجرة الرضاع وأجرة الرضاع بمنزلة النفقة فلا تستحق نفقتين ولان أجر الرضاع يجب لحفظ الصبي وغسله وهو من نطفة البيت ومنفعة البيت تحصل للزوجين فلا يجوز لها أن تأخذ عوضا عن منفعة تحصل لها حتى لو استأجرها على ارضاع ولده من غيرها جاز لان ذلك غير واجب عليها فلا يكون أخذ الاجرة على فعل واجب عليها وكذا ليس في حفظه منفعة تعود اليها لانه لا يجب عليها أن تسكنه معها وكذلك اذا كانت معتدة من طلاق رجعي لا يحل لها أن تأخذ الاجرة كالأب في صلب النكاح لان النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه وأما المبتوتة فقيها روايتان في رواية لا يجوز لها أن تأخذ الاجر لانها مستحقة للنفقة والسكنى في حال قيام العدة فلا يحل لها الاجرة كالأب في الزوجة وفي رواية يجوز لان النكاح قد زال بالابانة فصارت كالاجنبية وأما اذا انقضت عدتها فالتست أجره الرضاع وقال الأب أنا أجد من يرضعه بغير اجر أو باقل من ذلك فذلك له لقوله تعالى فان تعاسرتم فسترضع له أخرى ولان في الزام الأب بما تلقتسه الأم اضرارا بالأب وقد قال الله سبحانه وتعالى ولا مولود له بولده أى لا يضار الأب بالزام الزيادة على ما تلقتسه الاجنبية كذا ذكر في بعض التأويلات ولكن ترضعه عند الام ولا يفرق بينهما لما فيه من الحاق الضرر بالام والله أعلم

فصل وأما بيان من له الحضانة فالحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت والاصل فيها النساء لانهم أشفق وأرفق وأهدى الى تربية الصغار ثم تصرف الى الرجال لانهم على الحماية والصيانة واقامة مصالح الصغار اقدر ولكل واحد منهما شرط فلا بد من بيان شرط الحضانتين ووقتهما أما التي للنساء فمن شرائطها أن تكون المرأة ذات رحم محرم من الصغار فلا حضانة لبنات العم وبنات الخال وبنات العممة وبنات الخالة لان مبنى الحضانة على الشفقة والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة ثم يتقدم فيها الأقرب فالأقرب فأحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة الام لانه لا أقرب منها ثم أم الام ثم أم الأب لان الجمدتين وان استويتا في القرب لكن احدهما من قبل الام أولى وهذه الولاية مستفادة من قبل الام فكل من بدلى بقرابة الام كان أولى لانها تكون أشفق ثم الاخوات فأم الأب أولى من الاخت لانها ولدا فكانت أدخل في الولاية وكذا هي أشفق وأولى الاخوات الاخت لاب وأم ثم الاخت لام ثم الاخت لاب لان الاخت لاب وأم تدلى بقرابتين فترجح على الاخت لام بقرابة الأب وترجح الاخت لام لانها تدلى بقرابة الام فكانت أولى من الاخت لاب واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الاخت لاب مع الخالة أيتهما أولى روى عنه في كتاب النكاح أن الخالة أولى وهو قول محمد وزفر وروى عنه في كتاب الطلاق أن الاخت لاب أولى وجه الرواية الاولى ما روى أن بنت حمزة لما رأت عليا رضي الله عنه تمسكت به وقالت ابن عمي فأخذها فاختصم فيها على وجعفر وزيد بن حارثة رضي الله عنهم فقال رضي الله عنه بنت عمي وقال جعفر بنت عمي وخالتها عندي وقال زيد بن حارثة رضي الله عنه بنت أخي أخيت بيني وبين حمزة يا رسول الله فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها لخالتها وقال صلى الله عليه وسلم الخالة والدة فقد سمي الخالة والدة فكانت أولى وجه الرواية الاخرى أن الاخت لاب بنت الأب والخالة بنت الجمد فكانت الاخت أقرب فكانت أولى وبنت الاخت لاب وأم أولى من الخالة لانها من ولد الابوين وكذا بنت الاخت لام لانها من ولد الام والخالة ولد الجمد وكذا بنت الاخت لاب أولى من الخالة على الرواية الاخرى لانها من ولد الاب والخالة ولد الجمد فكانت أولى وأما على الرواية الاولى فلا شك أن الخالة تتقدم عليها لانها تتقدم على أمها وهي الاخت لاب فلان تتقدم على بنتها وهي أبعد من أمها أولى وبنات الاخت أولى من بنات الاخ لان الاخ لأحق له في الحضانة والاخت لها حق فيها فكان ولد الاخت أولى والخالات أولى من بنات الاخ لان بنت الاخ تدلى بقرابة الذكر والخالة تدلى بقرابة الام فكانت الخالة أولى وبنات الاخ أولى من العمات وان كانت كل واحدة منهما أعني بنت الاخ والعممة تدلى بذكر لكن بنت الاخ أقرب لانها ولد الأب والعممة ولد الجمد فكانت بنت الاخ أقرب فكانت أولى ثم الخالات أولى من

العمات وان تساوين في القرب لان الخالات يدين بقرابة الام فكأن أشفق وأولى الخالات الخالة لاب وأم
لانهاتدلى بقرابتين ثم الخالة لام لا دلالتها بقرابة الام ثم الخالة لاب ثم العمات وذ كرا الحسن بن زياد في كتاب الطلاق
أن أم الأب أولى من الخالة في قول أبي يوسف وقال زفر الخالة أولى وجه قول زفر قول النبي صلى الله عليه وسلم الخالة
والدة وجه قول أبي يوسف أن أم الأب لها ولاد والولاية في الاصل مستفادة بالولاد وأولى العمات العمه لاب وأم
لانهاتدلى بقرابتين ثم العمه لام لانصاهلها بحجة الام ثم العمه لاب وأما بنات العم والخال والعمه والخالة فلا حق لهن في
الحضانة لعدم الرحم المحرم والله أعلم ومنها أن لا تكون ذات زوج أجنبي من الصغير فان كانت فلا حق لها في الحضانة
وأصله ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان
ابني هذا كان بطني له وعاءو حجرى له عواء وثدي لسقاء وزعم أبوه أن يزعمه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
أنت أحق به منه ما لم تنكحى وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال طلق عمر رضى الله عنه أم ابنه عاصم رضى الله عنه
فلقيها ومعهما الصبي فنازعا ووارعهما إلى أبو بكر الصديق رضى الله عنه فقضى أبو بكر رضى الله عنه بعاصم بن عمر رضى
الله عنهما لأمه ما لم يشب أو تزوج وقال ان ربحها وافر اشهاخير له حتى يشب أو تزوج وذلك بحضور من الصحابة
رضى الله عنهم ولان الصغير يلحقه الجفاء والمذلة من قبل الاب لانه يبغيضه لتغيرته وينظر اليه نظر المعشوق عليه من
الموت ويقر عليه النفقة فيتضرر به حتى لو تزوجت بذى رحم محرم من الصبي لا يسقط حقها في الحضانة كالجدة اذا
تزوجت بمجد الصبي أو الام تزوجت بم الصبي أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على
الشفقة ولومات عناز وجهها أو أباها عا دحقها في الحضانة لان المانع قد زال فيزول المنع ويعود حقها وتكون هي أولى
من هي أبعد منها كما كانت ومنها عدم ردها حتى لو ارتدت عن الاسلام بطل حقها في الحضانة لان المرتدة تحبس
فيتضرر به الصبي ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع وسئل محمد عن النساء اذا اجتمعن ولهن أزواج قال
يضعه القاضي حيث شاء لانه لاحق لهن فصا ركن لا قرابة له ومنها أن تكون حرة فلا حق للامة وأم الولد في حضانة
الولد الحر لان الحضانة ضرب من الولاية وهما ليستا من أهل الولاية فاما اذا اعتقتا فهما في الحضانة كالحره لانها
استفادت الولاية بالعتق وأهل الذمة في هذه الحضانة بمنزلة أهل الاسلام لان هذا الحق انما ثبت نظر للصغير وأنه
لا يختلف بالاسلام والكفر وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق حتى لو كانت الحاضنة كتابية والولد
مسلم كانت في الحضانة كالمسلمة كذا ذكر في الاصل لما قلنا وكان أبو بكر احمد بن علي الرازي يقول انها أحق بالصغير
والصغيرة حتى يعقلا فاذا عقلا سقط حقها لانها تعودهما أخلاق الكفرة وفيه ضرر عليهما والله عز وجل الموفق
﴿فصل﴾ وأما وقت الحضانة التي من قبل النساء فالام والجدة ان أحق بالسلام حتى يستغنى عنهن فيأكل وحده
و يشرب وحده ويلبس وحده كذا ذكر في ظاهر الرواية وذكر أبو داود بن رشيد عن محمد وبتوضاً وحده يريد به
الاستنجاة أى ويستنجى وحده ولم يقدر في ذلك تقديرا وذكر الخصاص سبع سنين أو ثمان سنين أو نحو ذلك وأما
الجارية فهي أحق بها حتى تحيض كذا ذكر في ظاهر الرواية وحكى هشام عن محمد حتى تبلغ أو تشتبه وانما اختلف
حكم الغلام والجارية لان القياس ان تتوقت الحضانة بالبلوغ في الاسلام والجارية جميعا لانها ضرب ولاية ولا نهائيت
للأم فلا تنتهي الا بالبلوغ كولاية الاب في المال الا ان تركنا القياس في الغلام باجماع الصحابة رضى الله عنهم لما روينا
أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب عاصم أو تزوج أمه وكان ذلك بحضور من
الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فتركنا القياس في الغلام باجماع الصحابة رضى الله عنهم فبقى
الحكم في الجارية على أصل القياس ولان الاسلام اذا استغنى يحتاج الى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال وتحصيل
أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم والاب على ذلك أقوم وأقدر مع ما أنه لو ترك في يدها التخلق بأخلاق
النساء وتعود بشاثلهن وفيه ضرر وهذا المعنى لا يوجد في الجارية فتترك في يد الام بل تمس الحاجة الى الترك في يدها الى

وقت البلوغ لحاجتها الى تعلم آداب النساء والتخلق باخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك الا وأن تكون عند الام ثم بعد ما حاضت أو بلغت عند الام حد الشهوة تقع الحاجة الى حمايتها وصيانتها وحفظها عن يطع فيها لكونها للحام على وضم فلا بد من يذب عنها والرجال على ذلك أقدر وأما غير هؤلاء من ذوات الرحم المحرم من الاخوات والخالات والعمات اذا كان الصغير عندهن فالحكم في الجارية كالحكم في الغلام وهوانها تترك في أيديهن الى ان تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم الى الاب وانما كان كذلك لانها وان كانت تحتاج بعد الاستغناء الى تعلم آداب النساء لكن في تأديبها استخداما وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الامهات من الاخوات والخالات والعمات فتسلمها الى الاب احترازا عن الوقوع في المعصية وأما التي للرجال فاما وقتها فبعد الاستغناء في الغلام الى وقت البلوغ وبعد الحيض في الجارية اذا كانت عند الام أو الجدتين وان كانا عند غيرهن فبعد الاستغناء فيهما جميعا الى وقت البلوغ لما ذكرنا من المعنى وانما توقفت هذا الحق الى وقت بلوغ الصغير والصغيرة لان ولاية الرجال على الصغار والصغار تزول بالبلوغ كولاية المال غير أن الغلام اذا كان غير مأمون عليه فلا بد أن يضمه الى نفسه ولا يخلى سبيله كيلا يكتسب شيئا عليه وليس عليه نفقته الا أن يتطوع فاما اذا بلغ عاقلا واجتمع رأيه واستغنى عن الاب وهو مأمون عليه فلا حق للاب في امساكه كالبس له أن يمنع من ماله فيخلى سبيله فيذهب حيث شاء والجارية ان كانت ثيبا وهي غير مأمونة على نفسها لا يخلى سبيلها ويضمها الى نفسه وان كانت مأمونة على نفسها فلا حق له فيها ويخلى سبيلها وتترك حيث أحببت وان كانت بكر لا يخلى سبيلها وان كانت مأمونة على نفسها لانها مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها الخداع وأما شرطها فن شرائط العصوبة فلا تثبت الالعصبة من الرجال ويتقدم الاقرب فالاقرب الاب ثم الجد أبوه وان علا ثم الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب ثم العم لاب ثم ابن العم لاب وأم ثم ابن العم لاب ان كان الصبي غلاما وان كان جارية فلا تسلم اليه لانه ليس بمحرم منها لانه يجوز له نكاحها فلا يؤمن عليها وأما الغلام فانه عصبة وأحق به من هو أبعد منه ثم عم الاب لاب وأم ثم عم الاب لاب ثم عم الجد لاب وأم ثم عم الجد لاب ولو كان لها ثلاثة أخوة كلهم على درجة واحدة بان كانوا كلهم لاب وأم أو لاب أو ثلاثة أعمام كلهم على درجة واحدة فأفضلهم صلاحا وورعا أولى فان كانوا في ذلك سواء فأكبرهم سنا أولى بالحضانة فان لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم اختار لها القاضي أفضل المواضع لان الولاية في هذه الحالة اليه فيراعى الاصلح فان رآه أصلاح ضمها اليه والا فيضربها عند امرأة مسلمة أمينة وكل ذكر من قبل النساء فلا حق له في الولد مثل الاخ لام والخال وأبوالام لانعدام العصوبة وقال محمدان كان للجارية ابن عم وخال وكلاهما لا بأس به في دينه جعلها القاضي عند الخال لانه محرم وابن العم ليس بمحرم فكان الحرم أولى والاخ من الاب أحق من خال لانه عصبة وهو أيضا أقرب لانه من أولاد الاب والخال من أولاد الجد وذكر الحسن ابن زياد أن الصبي اذا لم يكن له قرابة من قبل النساء فالعم أولى به من الخال وأبوالام لانه عصبة والاخ لاب أولى من العم وكذلك ابن الاخ لانه أقرب فان لم تكن له قرابة أشدق من جهة أبيه من الرجال والنساء فان الام أولى من الخال والاخ لام لان لها ولدا وهي أشفق ممن لا ولاد له من ذوى الارحام ومنها اذا كان الصغير جارية أن تكون عصبتها ممن يؤمن عليها فان كان لا يؤمن لنفسه وخيانتة لم يكن له فيها حق لان في كفالتة لها ضرر عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر حتى لو كانت الاخوة والاعمام غير مأمونين على نفسها وما بها لاتسلم اليهم وينظر القاضي امرأة من المساميين ثقة عدلة أمينة فيسلمها اليها الى أن يتابع فتترك حيث شاءت وان كانت بكر او منها النحال الدين فلا حق للعصبة في الصبي الا أن يكون على دينه كذا ذكر محمد وقال هذا قول أبي حنيفة وقياسه لان هذا الحق لا يثبت الالعصبة واختلاف الدين يمنع التعصيب وقد قالوا في الاخوين اذا كان أحدهما مسالما والآخري يهوديا والصبي يهودي أن اليهودي أولى به لانه عصبة لا المسلم والله عز وجل الموفق ولا خيار للغلام والجارية اذا اختلف الابوان فيهما قبل

البلوغ عندنا وقال الشافعي بخير الغلام اذا عقل التخيير واحتج بما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت زوجي يريد أن يتزوج ابنته مني وأنه قد فعني وسقاني من برأني عتبه فقال استهما عليه فقال الرجل من يشاقني في ابني فقال النبي صلى الله عليه وسلم للغلام اختراهما شئت فاختار أمه فأعطاهما إياه ولان في هذا نظر للصغير لانه يحتاج الى شفق ولنا ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للام أنت أحق به ما لم تنكحني ولم تخبر ولان تخيير الصبي ليس بحكمة لانه لغلبة هواه يميل الى اللذة الحاضرة من الفراغ والكسل والهزب من الكتاب وتعلم آداب النفس ومعالم الدين فيختار شر الابوين وهو الذي يهمله ولا يؤدبه وأما حديث أبي هريرة رضي الله عنه فالمراد منه التخيير في حق البالغ لانها قالت فعني وسقاني من برأني عتبه ومعنى قولها فعني أي كسب على والبالغ هو الذي يقدر على الكسب وقد قيل ان برأني عتبه بالمدينة لا يمكن الصغير الاستقاء منه فدل على ان المراد منه التخيير في حق البالغ ونحن به نقول ان الصبي اذا بلغ تخير والدليل عليه ما روينا عن عمارة بن ربيعة المخزومي انه قال غزا أبي نحو البحرين فقتل فجاء عمي ليذهب بي فخاصمته أمي الى علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومعي أخ لي صغير فخبرني علي رضي الله عنه ثلاثا فاخترت أمي فابي عمي ان رضي فوكزه علي رضي الله عنه بيده وضر به بدرته وقال لو بلغ هذا الصبي أيضا خيره فهذا يدل على ان التخيير لا يكون الا بعد البلوغ

فصل وأما بيان مكان الحضنة فكان الحضنة مكان الزوجين اذا كانت الزوجية بينهما قائمة حتى لو أراد الزوج أن يخرج من البلد وأراد أن يأخذ ولده الصغير ممن له الحضنة من النساء ليس له ذلك حتى يستغني عنها لما ذكرنا انها أحق بالحضنة منه فلا يملك انتزاعه من يدها لما فيه من ابطال حقها فضلا عن الاخراج من البلد وان أرادت المرأة أن تخرج من المصر الذي هي فيه الى غيره فلا زوج أن يمنعها من الخروج سواء كان معها ولد أو لم يكن لان عليها المقام في بيت زوجها وكذلك اذا كانت معتدة لا يجوز لها الخروج مع الولد وبدونه ولا يجوز للزوج اخراجها لقوله عز وجل لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وأما اذا كانت منقضية العدة فارادت أن تخرج بولدها من البلد الذي هي فيه الى بلد فذلك اقسام ان أرادت أن تخرج الى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك مثل أن تزوج كوفية بالكوفة ثم نقلها الى الشام فولدت أولادهم وقعت القرقة بينهما وانقضت العدة فارادت أن تنقل أولادها الى الكوفة فلها ذلك لان المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضي به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها لان من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر انه يقيم فيه والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضنة الولد في ذلك البلد فكان راضيا بالتفريق الا ان النكاح مادام قائما يلزمها اتباع الزوج فاذا زال فقد زال المانع وان وقع النكاح في غير بلدها لم يكن لها ان تنتقل بولدها الى بلدها بان تزوج امرأة كوفية بالشام فوقعت القرقة فارادت أن تنقل ولدها الى الكوفة لم يكن لها ذلك لانه اذا لم يقع النكاح في بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام في بلدها فلم يكن راضيا بحضنة الولد فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق ولو أرادت أن تنقل الولد الى بلد ليس ذلك ببلد لها ولكن وقع النكاح فيه كما اذا تزوج كوفية بالشام فنقلها الى البصرة فوقعت القرقة بينهما فارادت أن تنتقل بأولادها الى الشام ليس لها ذلك كذا ذكر في الاصل لان ذلك البلد الذي وقع فيه النكاح ليس ببلد لها ولا بلد الزوج بل هو دار غربتها كالبلد الذي فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضيا بحضنة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق فاعتبر في الاصل شرطين أحدهما أن يكون البلد الذي تريد ان تنقل اليه الولد بلدها والثاني وقوع النكاح فيه فلم يوجد الا ثبت لها ولاية النقل وروى عن أبي يوسف ان له ذلك واعتبر مكان العقد فقط واليه أشار محمد في الجامع الصغير فقال وانما أنظر في هذا الى عقدة النكاح أين وقعت وهكذا اعتبر الطحاوي والخصاف اتباعا لقول محمد في الجامع وهذا غير سديد لان محمد اوان أجل المسئلة في الجامع فقد فصلها في الاصل على الوجه الذي وصفنا والحمل يحتمل على المفسر بما لا يجمع كالمفسر ياء الله جمل كالنص

المحمل من الكتاب والسنة إذا لحق به التفسير انه بصير مفسر من الاصل كذا هذا والله عز وجل الموفق هذا اذا كانت المسافة بين البلدين بعيدة فان كانت قرية بحيث يقدر الاب أن يزور ولده ويعود الى منزله قبل الليل فلها ذلك لانه لا يلحق الاب كبير ضرر بالنقل بمنزلة النقل الى أطراف البلد وأما أهل السواد فالحكم في السواد كالحكم في المصر في جميع القصول الا في فصل واحد ويانه ان النكاح اذا وقع في الرستاق فارادت المرأة أن تنقل الصبي الى قريتها فان كان أصل النكاح وقع فيها فلها ذلك كما في المصر لقلنا وان كان وقع في غيرها فليس لها نقله الى قريتها ولا الى القرية التي وقع فيها النكاح اذا كانت بعيدة لما ذكرنا في المصر وان كانت قرية على التفسير الذي ذكرنا فلها ذلك كما في المصر وان كان الاب متوطنا في المصر فارادت نقل الولد الى القرية فان كان تزوجها فيها وهي قريتها فلها ذلك وان كانت بعيدة عن المصر لما ذكرنا في المصر وان لم تكن تلك قريتها فان كانت قريته ووقع فيها أصل النكاح فلها ذلك كما في المصر وان كان لم يقع النكاح فيها فليس لها ذلك وان كانت قرية من المصر بخلاف المصريين لان أخلاق أهل السواد لا تكون مثل أخلاق أهل المصر بل تكون أجف فيخلق الصبي باخلاصهم فيتضرر به ولم يوجد من الاب دليل الرضا بهذا الضرر اذ لم يقع أصل النكاح في القرية والله عز وجل أعلم وليس للمرأة أن تنقل ولدها الى دار الحرب وان كان قد تزوجها هناك وكانت حرة بعد ان يكون زوجها مسلما أو ذميا لان في ذلك اضرار بالصبي لانه يتخلق باخلاق الكفرة فيتضرر به وان كان كلاهما حريين فلها ذلك لان الصبي تبع لهما وهما من أهل دار الحرب والله عز وجل أعلم وهو الموفق

كتاب الاعتاق

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في مواضع في بيان أنواع الاعتاق وفي بيان ركن الاعتاق وفي بيان شرائط الركن وفي بيان صفة الاعتاق وفي بيان حكم الاعتاق وفي بيان وقت ثبوت حكمه وفي بيان ما يظهر به الاعتاق أما الاول فالاعتاق في القسمة الاولى ينقسم الى أربعة أقسام واجب ومندوب اليه ومباح ومحظور أما الواجب فالاعتاق في كفارة القتل والظهار واليمين والافطار لانه في باب القتل والظهار والافطار واجب على التعمين عند القدرة عليه وفي اليمين واجب على التخيير قال الله تعالى في كفارة التمس والظهار فتحرير رقبة وفي كفارة اليمين أو تحريم رقبة وأنه أمر بصيغة المضد كقوله عز وجل فضرب الرقاب وقوله عز وجل والوالدات يرضعن أولادهن وقوله تعالى والمطلقات يتزبن بأفْسهن ونحو ذلك وقال النبي صلى الله عليه وسلم في كفارة الافطار أعتق رقبة وأما المندوب اليه فهو الاعتاق لوجه الله تعالى من غير إيجاب لان الشرع ندب الى ذلك لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أيا مؤمن أعتق مؤمنا في الدنيا أعتق الله تعالى بكل عضومنه عضومنه من النار وعن وائلة بن الاسقع قال أيتنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في صاحب لنا قد أوجب فقال صلى الله عليه وسلم اعتقوا عنه يعتق الله تعالى بكل عضومنه عضومنه من النار وعن أبي نجيح السلمي قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالطائف فسمعته يقول من رمى بسهم في سبيل الله فله درجة في الجنة ومن شاب شبيبة في الاسلام كانت له نو را يوم القيامة وأيا رجل مسلم أعتق رجلا مسلما كان به وقاء كل عظم من عظام محرره من النار وأيا امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كان بها وقاء كل عظم من عظام محررتها من النار وعن البراء بن عازب قال جاء عرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله علمني عملا يدخلني الجنة فقال صلى الله عليه وسلم أعتق النعمة وفك الرقبة فقال أوليسوا واحدا فقال صلى الله عليه وسلم لا أعتق النعمة ان تفردت بعتقها وفك الرقبة ان تعين في افكائها وفي بعض الروايات ان تعين في ثمنها وأما المباح فهو الاعتاق من غيرية لوجود معنى الاباحة فيه وهي تخيير العاقل بين تحصيل الفعل وتركه شرعا وأما المحظور فهو ان يقول لعبده أنت حر لوجه الشيطان

و يقع العتق لوجود ركن الاعتاق وشرطه وقوله لوجه الشيطان لبيان الغرض وتقسيمه أيضاً أقساماً آخر نذكرها في مواضعها إن شاء الله تعالى

﴿ فصل ١ ﴾ وأما ركن الاعتاق فهو اللفظ الذي جعل دلالة على العتق في الجملة أو ما يقوم مقام اللفظ فيحتاج فيه إلى بيان الالفاظ التي ثبت بها العتق في الجملة إما مع النية أو بدون النية وإلى بيان ما لا يثبت به العتق من الالفاظ رأساً أما الأول فالالفاظ التي ثبت بها العتق في الجملة فتقسم ثلاثة أقسام صريح وملحق بالصريح وكناية أما الصريح فهو اللفظ المشتق من العتق أو الحر به أو الولاء نحو قوله أعتقتك أو حررتك أو أنت عتيق أو معتق أو أنت مولاي لأن الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع وهذه الالفاظ بهذه الصفة أما لفظ العتق والحرية فلا شك فيه لأنه لا يستعمل إلا في العتق فكان ظاهر المراد عند السامع فكان صريحاً فلا يفتقر إلى النية كصريح الطلاق إذ النية لتعيين المحفل وأما لفظ الولاء فالمولى وإن كان من الالفاظ المشتركة في الأصل لوقوعه على معانيات مختلفة الحدود والحقائق بمنزلة اسم العين والقرء وغيرهما فإنه يقع على الناصر قال الله تعالى ذلك بأذن الله مولى الذين آمنوا وإن الكافرين لا مولى لهم ويقع على ابن العم قال الله تبارك وتعالى خبرا عن نبيه زكريا عليه الصلاة والسلام وإن خفت الموالى من ورأى ويقع على المعتق والمعتق لكن ههنا لا يحفل بمعنى الناصر لأن المولى لا يستنصر بعبد ولا ابن العم إذا كان العبد معروف النسب ولا المعتق إذا العبد لا يعتق مولاه فتعين المعتق مراد به واللفظ المشترك يتعين بعض الوجوه الذي يحمله مراده بديل معين فكان صريحاً في العتق فلا يحتاج إلى النية كقوله أنت حر أو عتيق وكذا إذا ذكر هذه الالفاظ بصيغة النداء بان قال يا حر يا عتيق يا معتق لأنه ناداه بما هو صريح في الدلالة على العتق لكون اللفظ موضوعاً للعتق والحرية ولا يعتبر المعنى بالموضوعات فيثبت العتق من غير نية كقوله أنت حر أو عتيق أو معتق وذكر محمد أنه لو كان اسم العبد حر أو عرف بذلك الاسم فقال له يا حر لا يعتق لأنه إذا كان مسمى بذلك الاسم معروفه لندائه يحمل على الاسم العلم لا على الصفة فلا يعتق وكذا إذا قال له يا مولاي يعتق عليه عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يعتق من غير نية وجه قوله أن قوله يا مولاي يحفل التعظيم ويحفل العتق فلا يحمل على التحقيق إلا بالنية كقوله ياسيدي ويا مالكي ولنا أن النداء للعبد باسم المولى لا يراد به التعظيم للعبد وكرامه عادة وإنما يراد به الاعتاق فيحمل عليه كان قال أنت مولاي ولو قال ذلك يعتق عليه كذا هذا بخلاف قوله ياسيدي ويا مالكي لأن هذا قد يذكر على وجه التعظيم والا كرام فلا يثبت به العتق من غير قرينة وعلى محمد لهذا فقال لا نأمنأ اعتقناه في قوله يا مولاي لأجل الولاء لأجل الملك ومعناه ما ذكرنا والله عز وجل أعلم ولو قال في شيء من هذه الالفاظ من قوله أعتقتك أو نحوه عنيته بالخبر كذبا لا يصدق في القضاء لعدم إظهاره عن الظاهر لأنه يستعمل في إنشاء العتق في عرف اللغة والشرع كما يستعمل في الأخبار فإن العرب قبل ورود الشرع كانوا يعتقون عبيدهم بهذه الصيغة وفي الحمل على الخبر حمل على الكذب وظاهر حال الماقل بخلافه فلا يصدق في القضاء كما لو قال لا مر أنه طمعتك ونوى به الأخبار كذبا لا يصدق في القضاء ويصدق به فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه نوى ما يحمله كلامه لأنه يحفل الأخبار وإن كان إرادته الخبر خلاف الظاهر ولو قال عنيته به أنه كان خبراً فإن كان مؤكداً لا يصدق أصلاً لأنه كذب محض وإن كان إنشاء لا يصدق قضاء لأن الظاهر إرادة الانشاء من هذه الالفاظ فلا يصدق في المدول عن الظاهر ويصدق ديانة لأن اللفظ يحفل الأخبار عن الماضي ولو قال أنت حر من عمل كذا أو أنت حر اليوم من هذا العمل عتق في القضاء لأن العتق بالنسبة إلى الأعمال والأزمان لا يتجزأ لاستحالة أن يعتق اليوم ويستترق غداً أو يعتق في عمل و يرق في عمل فكان الاعتاق في عمل دون عمل وفي زمان دون زمان اعتاقاً من الأعمال كلها وفي الأزمان بأسرها فإذا نوى بعض الأعمال والأزمان فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدق القاضى وكذا إذا قال أنت مولاي وقال عنيته بالموالاتة في الدين لا يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر أذهو يستعمل لولاء العتق ظاهراً

و يصدق ديانة لان اللفظ يحتمل ما نوى ولو قال ما أنت الا حر عتق لان قوله ما أنت الا حر كدمن قوله أنت حر لانه اثبات بعد النفي كقولنا لا اله الا الله ولو قال أنت حر لوجه الله تعالى عتق لان اللام في قوله لوجه الله تعالى لام الغرض فقد نجز الحرية و بين ان غرضه من الصخر يروجه الله عز وجل وكذا لو قال لعبده أنت حر لوجه الشيطان عتق ذكره محمد في الاصل لانه أعتقه بقوله أنت حر و بين غرضه الفاسد من الاعناق فلا يقدح في العتق ولو دعى عبده سالما فقال يا سالما فأجابه مرزوق فقال أنت حر ولا نية له عتق الذي أجابه لان قوله أنت حر خطاب والمتكلم أولى بصرف الخطاب اليه من الساكت ولو قال عتيت سالما عتقا في القضاء أما مرزوق فلان الاشارة مصرفة اليه لما بينا فلا يصدق في انه ما عناه وأما سالما فباقراره وأما فيما بينه وبين الله تعالى فاعلمنا يعتق الذي عناه خاصة لان الله تعالى يطعم على سره ولو قال يا سالما أنت حر فاذا هو عبد آخر له أو لغيره عتق سالما لانه لا مخاطب ههنا الا سالما فيصرف قوله أنت حر اليه والله عز وجل أعلم وأما الذي هو ملحق بالصرح فهو ان يقول لعبده وهبت لك نفسك أو وهبت نفسك منك أو بعث نفسك منك ويعتق سواء قبل أو لم يقبل نوى أو لم يتول ان الايجاب من الواهب أو البائع ازالة الملك من الموهوب أو المبيع وانما الحاجة الى القبول من الموهوب له والمشتري لثبوت الملك لهما وههنا لا يثبت للعبد في نفسه لانه لا يصلح مملوكا لنفسه فتبقى الهبة والبيع ازالة الملك عن الرقيق لا الى اخذ وهذا معنى الاعناق ولهذا لا يفتقر الى القبول فلا يحتاج الى النية أيضا لان اللفظ صريح في الدلالة على زوال الملك عن الموهوب والمبيع والاعتناق ازالة الملك وقد قال أبو حنيفة اذا قال لعبده وهبت لك نفسك وقال أردت وهبت له عتقه أى لا أعتقه يصدق في القضاء لان الهبة وضعت لازالة الملك عن الموهوب وهبة العتق استبقاء الملك على الموهوب فقد عدل عن ظاهر الكلام فلا يصدق في القضاء و يصدق فيما بينه وبين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله كلامه و روى عن أبي يوسف فعين قال لعبده أنت مولى فلان أو عتيت فلان انه يعتق في القضاء لانه أخبرانه معتق فلان ولا يكون معتق فلان الا وان يكون مملوكا فلان فاعتقه فان أعتقك فلان فليس بشئ لان قوله أعتقك فلان يحتمل انه أراد أن فلانا أنشأ العتق فيك ولا يكون ذلك الا بعد الملك و يحتمل انه أراد به انه قال لك للمال أنت حر ولا ملك له فيه فلا يعتق بالشك والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل اذا اشترى أباه أو أمه أو ابنه عتق عليه نوى أو لم ينو عند عامة العلماء لان شراءه جعل اعتقا شرعا حتى تتأدى به الكفارة اذا اشترى أباه أو ابنه الكفارة في قول أصحابنا الثلاثة خلافا لفرق الشافعي وعند مالك لا يعتق الا باعتناق مبتدأ والا صل ان كل من ملك دار حرم محرمة بالشراء أو بقبول الهبة أو بالصدقة أو الوصية أو بالارث يعتق عليه وقال مالك لا يعتق مالم يعتقه وقال الشافعي لا يعتق بالملك الا من له ولا دافا من لا ولاد له فلا يعتق الا باعتناق مبتدأ أما مالك فانه احتج بما روى أبو داود في سننه بإسناده عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشترىه فيعتقه حتى صلى الله عليه وسلم الاعناق عقيب الشراء ولو كان الشراء نفسه اعتقا لم يتحقق الاعناق عقيبه لان اعتناق المعتق لا يتصور فدل ان شراء القريب ليس باعتناق ولان الشراء اثبات الملك والاعتناق ازالة الملك و بينهما منافاة فكيف يكون اللفظ الواحد اثباتا وازالة ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من ملك دار حرم محرمة فهو حر وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت أخى يباع فاشتريته وأنا أريد أن أعتقه فقال له صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى قد أعتقه والحد يثنان حجة على مالك والشافعي ومعنى قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة فتمتعه أى تعتقه بالشراء يحمل على هذا عملا بالا حاديث كلها صيانة لها عن التناقض وأما قوله الشراء اثبات الملك والاعتناق ازالة الملك فنعم ولكن المتنع اثبات حكم وضده بلفظ واحد في زمان واحد وأما في زمانين فلا لان علل الشرع في الحقيقة دلائل واعلام على الحكومات الشرعية فيجوز ان يكون لفظ الشراء السابق علما على ثبوت الملك في الزمان الاول وذلك اللفظ بعينه علما على ثبوت العتق في الزمان الثاني اذ لا تنافي عنده اختلاف الزمان وأما

الكلام مع الشافعي فبني على ان القرابة المحرمة للنكاح فيما سوى الولاد وهي قرابة الاخوة والعمومة والخطوة والحواشي
القطع عندنا وعند لا يحرم قطعها وعلى هذا يبنى وجوب القطع بالسرقه ووجوب النفقة في هذه القرابة انه لا يقطع
ويجب النفقة عندنا خلافا له ولا خلاف في ان قرابة الولاد حرام القطع ولا خلاف أيضا في ان القرابة التي لا تحرم
النكاح كقرابة بنى الاعمام غير محرمة القطع فالشافعي يلحق هذه القرابة بقرابة بنى الاعمام ونحن نلحقها بقرابة
الولاد وجه قوله ان العتق انما يثبت بالقرابة لكون العتق صلة وكون القرابة مستدعية للصلة والاحسان الى القريب
والعتق من أعلى الصلات فلا يثبت الا بأعلى القربات وهي قرابة الولاد لما فيها من الجزئية والبعضية ولا يوجد ذلك
في هذه القرابة فلا يلحق بها بل يلحق بالقرابة البعيدة وهي قرابة بنى الاعمام ولهذا الحق بها في كثير من الاحكام وهي
جرى ان القصاص في النفس والطرف وقبول الشهادة والحبس بالدين وجواز الاستتجار ونكاح الحليسة وعدم
التكاتب ولنا ان قرابة الولاد انما أوجب العتق عند الملك لكونها محرمة القطع وابقاء الملك في القريب يفضي الى قطع
الرحم لان الملك نفسه من باب الذل والهوان فيورث وحشة وانها توجب التباعد بين القريبين وهو تفسير قطيعة الرحم
وشرع السبب المفضي الى القطع مع تحريم القطع متناقض فلا يبق للملك دفعا للتناقض فلا يبق الرق ضرورة لانه لم
يشرع بقاؤه في المسلم والذي الا لاجل الملك المحترم للمالك المعصوم واذا زال الرق ثبت العتق ضرورة والقرابة المحرمة
للكناح محرمة القطع لان النصوص المقتضية لحرمه قطع الرحم عامة أو مطلقة قال الله تبارك وتعالى واتقوا الله الذي
تساءلون به والارحام معناه واتقوا الله الذي تساءلون به فلا تعصوه واتقوا الارحام فلا تقطعوها ويحتمل ان يكون
معناه واتقوا الله وصلوا الارحام وقدرى في الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال صلوا الارحام فانه
أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الآخرة والامر بالوصل يكون نهيا عن القطع لانه ضده والامر بالفعل نهى عن ضده
وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرحم شجنة من الله تعالى معلقة بالعرش تقول يارب هذا مقام العائذ بك قطعت
ولم أوصل فيقول الله تبارك وتعالى أما يكفئك اني شققت لك اسما من اسمي أنا الرحمن وأنت الرحم فن وصلك وصلته
ومن قطعك بقتله ومثل هذا الوعيد لا يكون الا بارتكاب المحرم فدل ان قطع الرحم حرام والرحم هو القرابة سميت
القرابة رحما اما باعتبار ان الرحم مشتق من الرحمة كما جاء في الحديث والقرابة بسبب الرحمة والشفقة على القريب طبعا
واما باعتبار العضو المخصوص من النساء المسمى بالرحم محل السبب الذي يتعلق به وجود القربات فكان كل قرابة
أو مطلق القرابة محرمة القطع بظاهر النصوص الا ما خص أو قيد بدليل ثم نخرج الاحكام أما جريان القصاص فلا
يفضي الى قطع الرحم لان القصاص جزاء الفعل وجزاء الفعل يضاف الى الفاعل فكان الاخ القاتل أو القاطع هو قاطع
الرحم فكانه قتل نفسه أو قطع طرفه باختياره وكذا الحبس بالدين لانه جزء المثل الذي هو جناية فكان مضيا اليه
وأما الاجارة فهي عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بالمال وانه حصل باختياره فلا يفضي الى القطع لانه لا يجوز
استتجار الاب ابنه في الخدمة التي يحتاج اليها الاب لا لانه يفضي الى قطيعة الرحم بل لان ذلك يستحق على الابن
شرعا فلا يجوز ان يستحق الاجر في مقام بلته فلا بدخل في العقد ولو استأجر الابن أباه يصبح ولكن يفسخ احتراما
للأب ونحن نعلم ان للأب زيادة احترام شرعا يظهر في حق هذا وفي حق القصاص والحبس ولا كلام فيه وأما
نكاح الحليسة فانه وان كان فيه نوع غضاضة لكن هذا النوع من الغضاضة غير معتبر في تحريم القطع فلان الجمع بين
الاختين حرم للصيانة عن قطيعة الرحم ثم يجوز نكاح الاخت بعد طلاق أختها واقضاء عدها وان كان لا يخلو عن
نوع غضاضة وأما التكاتب فعند أبي يوسف ومحمد يشكاتب الاخ كما في قرابة الولاد وعن أبي حنيفة فيه روايتان ثم
نقول عدم تكاتب الاخ لا يفضي الى قطيعة الرحم لان ملكه لا يصلح للتكاتب لانه من باب الصلة والتبرع وملك
المكاتب ملك ضروري لا يظهر في حق التبرع والعتق فاذا لم يشكاتب عليه لم يقدر الاخ على ازالة الذل عنه وهو الملك
فلا يفضي الى الغضاضة بخلاف الولد لان ملك المكاتب وان كان ضروريا لم يشرع الا في حق حرية نفسه لكن

حرية أبيه وابنه في معنى خبرية نفسه لأن المرء يسعى لحرية أولاده وأبائه مثل ما يسعى لحرية نفسه فهو الفرق والله عز وجل أعلم وسواء كان المالك لذى الرحم المحرم بالغا أو صبيا عاقلا أو مجنوناً يعتق عليه إذا ملكه لمعوم قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذارحم محرم منه فهو حر ولا نه علق الحكم وهو الحرية بالملك فيقتضى أن كل من كان من أهل الملك كان من أهل هذا الحكم والصبي والمجنون من أهل الملك فكانا من أهل هذا الحكم فإن قيل إن الصبي العاقل إذا اشترى أباه يعتق عليه وشراء القريب اعتناق عند أصحابنا حتى تأدى به الكفارة والصبي وإن كان عاقلاً فليس من أهل الاعتناق فينبغي أن لا يعتق أولاً يكون الشراء اعتناقاً قيل إن كون شراء الأب اعتناقاً عرفناه بالنص وهو ما روينا من حديث أبي هريرة رضي الله عنه والنص قابل للتخصيص والتقييد وقد قام الدليل على أن الصبي ليس بمراد لانه ليس من أهل الاعتناق فلا يكون الشراء من الصبي وإن كان عاقلاً اعتناقاً بل يكون تملكاً فقط فيعتق عليه بالملك شرعاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذارحم محرم منه فهو حر لا بالاعتناق ولو ملك حليمة ابنة أومئكة أو أمه من الرضاع لا يعتق عليه وكذا إذا ملك ابن العم أو العمة أو ابنتها أو ابن الخال أو الخالة أو بنتهما لا يعتق لأن شرط العتق ملك ذى رحم محرم فلا بد من وجودهما أعني الرحم المحرم ففي الأول وجد المحرم بلارحم وفي الثاني وجد الرحم بلا محرم فلا يثبت العتق وأهل الاسلام وأهل الذمة في ذلك سواء لاستوائهم في حرمة قطع الرحم وأهلية الاعتناق وأهلية الملك ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذارحم محرم فهو حر ولا يعتق لمن عتق عليه لأن العتق إن وقع بالشراء فالشراء اعتناق وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وإن وقع بالملك شرعاً فالملك للمعتق عليه فكان الولاء له ولو اشترى أمة وهي حبيلى من أبيه والأمة لغير الأب جاز الشراء وعتق ما في بطنها ولا تعتق الأمة ولا يجوز بيعها قبل أن تضع وله أن يبيعها إذا وضعت أما جواز الشراء فلا شك فيه لأن شراء الأخ جائز كشراء الأب وبسائر ذوى الرحم المحرم وأما عتق الحمل فلأنه أخوه وقد ملكه فيعتق عليه ولا تعتق الأم عليه لأنها أجنبية عنه لعدم القرابة بينهما بحقيقة أنه لو ملكها أبوه لا تعتق عليه فابنه أولى وأما عدم جواز بيعها مادام الحمل قائماً فلأن في بطنها ولد أحراً ولأن بيع الحامل بدون الحمل لا يجوز ألا ترى أنه لو باعها واستثنى الحمل ففسد البيع فإذا كان الولد أحراً والحمل لا يكون محل للبيع يصير كأنه استثنى الولد وإذا وضعت جاز بيعها لأن المانع قد زال وإذا ملك شقصا من ذى رحم محرم منه عتق عليه قدر ما ملك في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد وزفر يعتق كله كالأول عتق شقصا من عبده أجنبي لأن العتق يتجزأ عنده وعندهم لا يتجزأ ولو ملك رجلاً من ذارحم محرم من أحدهما حتى عتق عليه فهذا لا يخلو أمان ملكه بسبب لهما فيه صنيع وأما أن ملكه بسبب لا صنيع لهما فيه فإن ملكه بسبب لهما فيه صنيع بأن ملكه بالشراء أو بقبول الهبة أو الصدقة أو الوصية لا يضمن من عتق عليه لشريكه شيئاً موسراً كان أو معسراً في قول أبي حنيفة ولكن يسعى له العبد في نصيبه وعند أبي يوسف ومحمد يضمن الذى عتق عليه نصيبه إن كان موسراً وعلى هذا الخلاف إذا باع رجل نصف عبده من ذى رحم محرم من عبده أو وهبه له حتى عتق عليه لا يضمن المشتري نصيب البائع عند أبي حنيفة موسراً كان القريب أو معسراً ولكن يسعى العبد في نصف قيمته للبائع وعندهما يضمن أن كان موسراً وإن كان معسراً يسعى العبد ولو قال الرجل لعبد ليس بقريب له أن ملكته فهو حر ثم اشتراه الخالف وغيره صفقة واحدة ذكر الجصاص أنه على هذا الخلاف أنه لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وعندهما يضمن وذكر الكرخي أنى لا أعرف الرواية في هذه المسئلة واجمعا على أن العبد إذا كان بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من قريب العبد حتى عتق عليه أن المشتري يضمن نصيب الشريك الساكت إن كان موسراً ولا يضمن البائع شيئاً والكلام في هذه المسائل بناء على أن الاعتناق يتجزأ عند أبي حنيفة وعندهما لا يتجزأ وأوجه البناء على هذا الأصل أن الاعتناق لما لم يكن متجزئاً عندهما وشراء القريب اعتناق فكان شراء نصيبه اعتناقاً لنصيبه واعتناق نصيبه اعتناق لنصيب صاحبه فيعتق كله كالعبد المشترك بين اثنين اعتقه أحدهما وهو موسر ولما كان متجزئاً عنده كان شراء نصيبه

اعتاق النصيب خاصة فلم يكن افساد النصيب شريك ولا تعليق النصيبه أيضا لان ذلك ثبت لضرورة تكميل الاعتاق
لضرورة عدم التجزئة فاذا كان متجزئا عنده فلا ضرورة الى التكميل فلا حاجة الى التكميل والدليل عليه أنه لا ضمان اذا
كان معسرا و ضمان الاتلاف والتكميل لا يسقط بالا عسار وكان ينبغي أن لا يجب الضمان على الشريك المعتق الا ان عرفنا
وجوب الضمان مئة مخالفا للاصول بالنص نظر الشريك الساكت وهو مستحق للنظر اذ لم يوجد منه الرضا بمباشرة
الاعتاق من الشريك ولا بمباشرة شرطه وهما وجد لان كل واحد من المشتريين راض بشراء صاحبه وكيف لا
يكون راضيا به وأن شراء كل واحد منهما شرط لصحة شراء صاحبه حتى لو أوجب البائع لهما ققبل أحدهما دون
صاحبه لم يصح وكذا البائع نصف عبده من ذي رحم محرم راض بشرائه ومن رضى بالضرر لا ينظر له فلم تكن هذه
المواضع نظير المنصوص عليه في الحكم فيها على الاصل بخلاف العبد المشترك بين اثنين باع أحدهما نصيبه من ذي
رحم محرم منه لان هناك لم يوجد دليل الرضا من الشريك الساكت بشراء القريب أصلا حتى يوجب سقوط حقه في
الضمان فكان في معنى المنصوص عليه فيلحق به ثم وجه الكلام لابي حنيفة على طريق الابتداء أنه وان سلم أن شراء
نصيبه اعتاق لنصيبه و افساد لنصيب شريكه لكن هذا افساد مرضى به من جهة الشريك لانه رضى بشراء نفسه
واثبت الملك له في نصيبه ولا يمكنه ذلك بدون شراء صاحبه لان الخلاف فيها اذا أوجب البائع البيع لهما صفة
واحدة فلا بد أن يكون القبول موافقا للإيجاب اذا البائع ماضى الابه ألا ترى أنه لو قال بعت منكما ققبل أحدهما ولم
يقبل الآخر لم يصح البيع فكان الرضا بشراء نفسه رضا بشراء صاحبه فكان شراء القريب افساد لنصيب الشريك
برضا الشريك فلا يوجب الضمان كما اذا كان العبد مشترك بين اثنين فقال أحدهما لصاحبه اعتق نصيبك أو رضيت
باعثاق نصيبك فاعتق لا يضمن كذا هذا فان قيل هذه النكتة لا تنمى في الهبة فان أحدهما اذا قبل الهبة دون الآخر
يثبت له الملك فلم يكن الرضا بقبول الهبة في نصيبه رضا بقبول صاحبه فلم يكن هذا افساد امر ضيابه من جهة الشريك
وكذا لا تنمى في اذا لم يعلم الشريك الاجنبي أن شريكه قريب العبد لانه اذا لم يعلم به لم يعلم كون شراء الشريك اعتاقا
لنصيبه فلا يعلم كونه افساد لنصيب شريكه فلا يثبت رضاه بالافساد لان الرضا بالشئ بدون العلم به محال فالجواب أن
هذا من باب عكس العلة لانه أراه الحكم مع عدم العلة وهذا تفسير العكس والعكس ليس بشرط في الطل الشرعية لجواز
أن يكون الحكم واحدا شرعى علل فنحن نعين وجوب الضمان في بعض الصور بما ذكرنا ونقيه في غيره بعلة أخرى ثم
نقول أما فصل الهبة فنقول كل واحد منهما وان لم يكن قبوله شرط صحة قبول الآخر حتى ينفر دكل واحد منهما بالقبول
لكنهما اذا قبلا جميعا كان قبولهما بمنزلة شئ واحد لانه جواب إيجاب واحد مثاله اذا قرأ المصلي آية واحدة قصيرة
أو طويلة على الاختلاف يتعلق به الجواز ولو قرأ عشر آيات أو أكثر يتعلق الجواز بالكل ويجعل الكل كآية واحدة
كذا هذا وأما فصل العلم فتخرج على جواب ظاهر الرواية وهو أن عند أبي حنيفة لا يجب الضمان سواء علم أو لم يعلم
وعندهما يجب علم أو لم يعلم نص عليه في الجامع الصغير أما على أصلهما فظاهر لان الضمان عندهما يجب مع العلم مع الجهل
أولى وأما على أصل أبي حنيفة فلان سقوط ضمان الاتلاف عند الاذن والرضا به لا يقف على العلم فان من قال لرجل
كل هذا الطعام والا تذن لا يعلم أنه طعام نفسه فأكله الرجل لا يستحق الضمان عليه وان لم يعلم به وهذا لان حقيقة العلم
ليست بشرط في بناء الاحكام عليها بل المعتبر هو سبب حصول العلم والطريق الموصول اليه ويقام ذلك مقام حقيقة
العلم كما يقام سبب القدرة مقام حقيقة القدرة وطريق حصول العلم ههنا في يده وهو السؤال والتفحص عن حقيقة الحال
فاذا لم يفعل فقد قصر فلا يستحق الضمان وروى بشر عن أبي يوسف أنه فصل بين العلم والجهل فقال ان كان الاجنبي
يعرف ذلك فان العبد يعتق ويسمى للاجنبي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وان كان لا يعلم فهو بالخيار ان شاء نقض
البيع وان شاء تم عليه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ووجه هذه الرواية ان الشراء مع شركة الاب عيب فكان
بمنزلة سائر العيوب أنه ان علم به المشتري يلزمه البيع كما في سائر العيوب وان لم يعلم به لم يلزمه مع العيب واذا لم يلزمه العقد

في حق أحد الشر يكتفي لم يلزم في حق الآخر فلا يعتق العبد ويثبت للمشتري حق التسخوذ كفي الجامع الصغير لو
اشترى رجل نصف عبد ثم اشترى أب العبد النصف الباقي وهو موسر فالمشتري بالخيار بمنزلة عبد بين اثنين اعتقه
أحدهما فالمشتري بالخيار لأنه لم يوجد من المشتري إلا جنبي ما هو دليل الرضا في سقوط الضمان عن الأب فلا يسقط
وروى عن أبي يوسف أنه قال لو أن عبدا اشترى نفسه هو وأجنبي من مولاه فالبيع باطل في حصصة الأجنبي لأنه
اجتمع العتق والبيع في عقد واحد في زمان واحد لأن بيع نفس العبد منه اعتاق على مال فلا يصح البيع بخلاف
الرجلين اشترى يابن أحدهما أنه يصح وإن اجتمع الشراء والعتق في عقد واحد لأن شراء القريب تملك في الزمان الأول
واعتاق في الزمان الثاني وأنه جائز لما بينا وروى عن أبي يوسف أنه قال إذا قال إن ملكك من هذا العبد شيئا فهو حر ثم
اشتراه الخلف وأبوه صفقة واحدة عتق على الأب وهذا على أصله لأن العتق عنده لا يتجزأ وقد اجتمع للعتق سببان
القرابة واليمين إلا أن القرابة سابقة على اليمين فإذا ملكاه صار كان عتق الأب أسبق فيعتق النصيبان عليه ولهذا قال في
رجل قال إن اشتريت فلانا أو بعضه فهو حر فادعى رجل آخر أن ابنه ثم اشترى به عتق عليهما ونصف ولأنه للذي
أعتقه وهو ابن للذي ادعاه لأن النسب ههنا لم يسبق اليمين فيعتق نصيب كل واحد منهما عليه ولأنه بينهما لأنه عتق
عليهما والولاء للمعتق وإن ملك اثنين ذارحم محرر من أحدهما بسبب لا يصنع لهما فيه بان ورثا عبدا وهو قريب
أحدهما حتى عتق عليه لا يضمن نصيب شريكه موسرا كان أو معسرا ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريكه في
قولهم جميعا لأن العتق ههنا ثبت بالملك شرعا من غير اعتاق من جهة أحد من العباد إذا لا يصنع لأحد من العباد في الإرث
ووجوب الضمان على المرء يعتد شرعا صنعا من جهته ولم يوجد من القريب فلا يضمن والله الموفق ومن هذا القليل
ألفاظ النسب وذكرها لا يخلو أما أن يكون على وجه الصفة وأما أن يكون على سبيل التداء فان ذكرها على طريق
الصفة بان قال لملوك هذا ابني فهو لا يخلو أما أن كان يصلح ابنا له بان كان يولد مثله لثله وأما أن كان لا يصلح ولا يخلو أما
أن كان مجهول النسب أو معروف النسب من الغير فان كان يصلح ابنا له فان كان مجهول النسب يثبت النسب والعتق
بالاجماع وإن كان معروف النسب من الغير لا يثبت النسب بلا شك ولكن يثبت العتق عندنا وعند الشافعي لا يثبت
العتق والأصل عنده أن العتق بناء على النسب فان ثبت النسب ثبت العتق والأفلا وإن كان لا يصلح ابنا له فلا يثبت
النسب بلا شك وهل يعتق قال أبو حنيفة يعتق سواء كان مجهول النسب أو معروف النسب وقال أبو يوسف ومحمد
لا يعتق والأصل عندهما أن العتق مبني على تصور النسب واحتمال ثبوته فان تصور ثبوته ثبت العتق والأفلا والأصل
عند أبي حنيفة أن ثبوت العتق لا يقف على ثبوت النسب ولا على تصور ثبوته وكذلك لو قال لملوك هذه بنتي فهو
على هذا التفصيل والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا في الأب وجه قولهم أن العتق لو ثبت لا يخلو أما أن ثبت
ابتداء أو بناء على ثبوت النسب لا وجه للأول لأنه لم يوجد الاعتاق ابتداء ولا سبيل للثاني أما عند الشافعي
فإن النسب لم يثبت في المسئلتين جميعا فلا يثبت العتق بناء عليه وأما عندهما فلان في المسئلة الثانية لا يتصور ثبوت
النسب فلا يثبت العتق وفي المسئلة الأولى يتصور ثبوت النسب منه حقيقة بالزنا والاشتهار من غيره بناء على
النسب الظاهر فيعتق ولا يحنيفة أن كلام العاقل المتدين يحل على الصحة والسداد ما أمكن لا اعتبار عقله
ودينه دلالة وأمكن تصحيح هذا الكلام من وجهين السكناية والحجاز أما السكناية فلو جود طريق السكناية في اللغة
وهو الملازمة بين الشئيين أو المجاورة بينهما غالبا على وجه يكون بينهما تعلق الوجود به أو عنده أو تعلق البقاء وتكون
السكناية كالتابع للمكنى والمكنى هو المقصود فيترك اسم الأصل صريحا ويكنى عنه باسم الملازم أيه التابع له كافي
قوله عز وجل أو جاء أحد منكم من الغائط والغائط اسم للمكان الخالي المطبق من الأرض كفي به عن الحدث للملازمة
بين هذا المكان وبين الحدث غالبا وعادة إذا العادة أن الحدث يوجد في مثل هذا المكان تستر عن الناس وكذا
الاستنجاء والاستجمار كناية عن تظهير موضع الحدث إذا الاستنجاء طلب النجوى والاستجمار طلب الجمار

وكذا العرب تقول ما زلنا نطأ السماء حتى أتيناكم أي نطأ المطر اذا المطر ينزل من السماء ونحو ذلك من مواضع الاستعمال والبنوة في الملك ملازمة للحرية فجاز ان يكفى بقوله هذا ابني عن قوله هذا معتق وذكر الصريح والكناية في الكلام سواء ولو صرح فقال هذا معتق عتق فكذا اذا كفى به وأما الجواز فلان من طرقه المشابهة بين الذاتين في المعنى الملازم المشهور في محل الحقيقة فيطلق اسم المستعار عنه على المستعار له لاظهار المعنى الذي هو ظاهر في المستعار عنه خفي في المستعار له كما في الاسد مع الشجاع والحمار مع البليد ونحو ذلك وقد وجد هذا الطريق ههنا من وجهين أحدهما ان الابن في اللغة اسم للمخلوق من ماء الذكروالانثى وفيه معنى ظاهر لازم وهو كونه منعما عليه من جهة الاب بالاحياء لاكتساب سبب وجوده وبقائه بالترية والمعتق منعم عليه من جهة المعتق اذا اعتاق انعام على المعتق وقال الله عز وجل واذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه قيل في التفسير أنعم الله تعالى عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالاعتاق فكان بينهما مشابهة في هذا المعنى وأنه معنى لازم مشهور فيجوز اطلاق اسم الابن على المعتق مجازا لاظهار نعمة العتق كاطلاق اسم الاسد على الشجاع والحمار على البليد والثاني ان بين معتق الرجل وبين ابنة الداخل في ملكه مشابهة في معنى الحرية وهو معنى لازم لابن الداخل في ملكه بحيث لا ينفك عنه وأنه مشهور فيه فوجد طريق الاستعارة فصحت الاستعارة وقد خرج الجواب عن قوله ان المعتق اما ان ثبت ابتداء أو بناء على النسب لا نقول ابتداء لكن باحد الطريقين وهو الكناية أو الجواز على ما بينا ولا يلزم على أبي حنيفة ما اذا قال لامرأته هذه بنتي ومثله لا يلد مثله انه لا تقع الفرة بينهما لان اقراره بكونها بنتا له نفي النكاح لاجل النسب وههنا لم يثبت النسب فلا ينتفى النكاح فاما ثبوت العتق فليس يقف على ثبوت النسب والدليل على الفرة بين المستثلين انه لو قال لزوجته وهي معروفة النسب من الغير هذه بنتي لم تقع الفرة ولو قال لامته هذه بنتي وهي معروفة النسب تعتق وما افترقا لما قلنا وكذا لو قال لزوجته هذه بنتي وهي تصلح بنتا له ثم قال أو همت أو أخطأت لا تقع الفرة ولو قال لامته هذه بنتي وهي تصلح بنتا له ثم قال أو همت أو أخطأت يقع العتق فدل على الفرة بينهما وكذلك لو قال هذا ابني فان كان يصلح أباه وليس للقاتل أب معروف يثبت النسب والعتق بلا خلاف وان كان يصلح أباه ولكن للقاتل أب معروف لا يثبت النسب ويعتق عندنا خلافا للشافعي وان كان لا يصلح أباه لا يثبت النسب بلا شك ولكن يعتق عند أبي حنيفة وعند همالا يعتق وكذلك لو قال هذه أمي فالكلام فيه كالكلام في الاب وأما الكلام في الحرية بان كان المملوك أمة ففي كل موضع يثبت النسب ثبت الحرية والا فلا ولو قال لعبده هذه بنتي أو قال لامته هذا ابني اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يعتق وقال بعضهم لا يعتق ولو قال لمملوكه هذا عمي أو خالي يعتق بلا خلاف بين أصحابنا ولو قال هذا أخي أو أختي ذكر في الاصل انه لا يعتق بخلاف قوله هذا ابني أو أبنى أو عمي أو خالي وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يعتق كما في قوله عمي أو خالي وجه هذه الرواية انه وصف مملوكه بصفة من يعتق عليه اذا ملكه فيعتق عليه كما اذا قال هذا عمي أو خالي وجه رواية الاصل ان قوله هذا أخي يحتمل تحقيق العتق ويحتمل الاكرام والتخفي به لانه يستعمل في ذلك عرفا وشرعا قال الله تعالى فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم فلا يحمل على العتق من غير نية بخلاف اسم الخال والم فانه لا يستعمل في الاكرام عرفا وعادة فلا يقال هذا خالي أو عمي على ارادة الاكرام فكان ذكره للتحقيق وبخلاف قوله هذا ابني أو هذا أبى لانه لا يستعمل في الاكرام عرفا وشرعا وقد منع الشرع من ذلك قال الله تعالى وما جعل أدعياءكم أبناءكم وقال سبحانه وتعالى أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم وروى انهم كانوا يسعون زيد بن حارثة زيد بن محمد فنزل قوله تعالى ما كان محمد أباً لأحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين فكفوا عن ذلك وان لم يكن مستعملا في الاكرام يحمل على التحقيق وأما النداء فهو ان يقول يا ابني يا أبنى يا بنتي يا أمي يا خالي يا عمي أو يا أختي أو يا أخي على رواية الحسن لا يعتق في هذه القصول لان الغرض بذكر اسم النداء هو استحضار المنادى لتحقيق معنى الاسم فيه الا اذا كان الاسم موضوعا له على ما بينا

فاحتمل أنه أراد به النداء على طريق الأكرام دون تحقيق العتق فلا يحتمل على العتق من غيرنية ولو قال لعبده يا ابن
أولامته يا ابنة لا يعتق لعدم الإضافة إلى نفسه ولو قال يا بني أو يا ابنة يعتق لوجود الإضافة وأما الكناية فتحقق قوله
لا سبيل لي عليك أو لا ملك لي عليك أو خليت سبيلك أو خرجت من ملكي فان نوى العتق يعتق والافلالان كل
واحدة من هذه الالفاظ يحتمل العتق ويحتمل غيره فان قوله لا سبيل لي عليك يحتمل سبيل اللوم والعقوبة أي ليس لي
عليك سبيل اللوم والعقوبة لوفائك بالخدمة والطاعة ويحتمل لا سبيل لي عليك لاني كاتبك فزالت يدي عنك
ويحتمل لا سبيل لي عليك لاني أعتقتك فلا يحتمل على العتق الابالية ويصدق اذا قال عتبت به غير العتق الا اذا قال
لا سبيل لي عليك الا سبيل الولاء فانه يعتق في القضاء ولا يصدق انه أراد به غير العتق لانه في كل سبيل وأثبت سبيل
الولاء واطلاق الولاء يراد به ولأ العتق وذلك لا يكون الا بعد العتق ولو قال الا سبيل الموالاته دين في القضاء لان
مطلق الموالاته يراد بها الموالاته في الدين أو يستعمل في ولأ الدين وولأ العتق فاي ذلك نوى يصدق في القضاء وقوله
لا ملك لي عليك يحتمل ملك اليد أي كاتبك فزالت يدي عنك ويحتمل لا ملك لي عليك لاني بعتك ويحتمل لا ملك لي
عليك لاني أعتقتك فتقف على النية وقوله خليت سبيلك يحتمل سبيل الاستخدام أي لا أستخدامك ويحتمل
أعتقتك ولو قال له أمرك بيدك أو قال له اختر وقف على النية لانه يحتمل العتق وغيره فكان كناية ولو قال له أمر عتقك
بيدك أو جعلت عتقك في يدك أو قال له اختر العتق أو خيرتك في عتقك أو في العتق لا يحتاج فيه الى النية لانه صريح
ولكن لا بد من اختيار العبد العتق ويقف على المجلس لانه تمليك وقوله خرجت عن ملكي يحتمل ملك التصرف
فيكون بمعنى كاتبك ويحتمل اعتقتك ولو قال لمملوكه نسبك حراً أو أصلك حراً كان يعلم أنه سبي لا يعتق وان لم يكن
سبي يعتق لان الأصل ان حرية الابوين تقتضي حرية الولدان المتولد من الحرين يكون حراً الا ان حرية المسي
بطلت بالسبي فبقى الحكم في غير المسي على الأصل ولو قال لعبده أنت لله تعالى لم يعتق في قول أبي حنيفة وقال أبو
يوسف ان نوى العتق يعتق وجه قوله ان قوله لله تعالى يحتمل ان يكون بيان جهة القرية للاعتاق المحذوف فاذا نوى
العتق يعتق كما لو قال أنت حر لله ولا بني حنيفة ان الاعتاق اثبات صفة للمملوك لم تكن ثابتة قبل الاعتاق لانه اثبات
العتق ولم يوجد لان كونه لله تعالى كان ثابتاً قبل الاعتاق فلم يكن ذلك اعتاقاً فلا يعتق ولو قال له أنت عبد الله لم يعتق بلا
خلاف أما على قول أبي حنيفة فظاهر لما ذكرنا ان الاعتاق انشاء العتق فيقتضي ان لا يكون ثابتاً قبله وكونه عبد الله
صفة ثابتة قبل هذه المقالة وأما على قول أبي يوسف فلان قوله عبد الله لا يحتمل ان يكون جهة القرية للاعتاق وقوله لله
تعالى يحتمل ذلك وروى عن أبي يوسف انه قال اذا قال لعبده قد جعلتك لله تعالى في صحته أو مرضه وقال لم نوال العتق
ولم يقل شيئاً حتى مات قبل ان يبين لا يعتق وان نوى العتق عتق وكذلك اذا قال هذا في مرضه مات قبل ان يبين فهو
عبد أيضاً لانه يحتمل انه أراد بهذا اللفظ النذرو يحتمل انه أراد به العتق فلا يعتق الابالية ولا يلزم الورثة بعد الموت
الصدقة لان النذر يسقط بالموت عندنا وروى عن أبي يوسف انه قال اذا قال لامته أطلقتك برئيه العتق تعتق لان
الاطلاق ازالة اليد والمرء يزول يده عن عبده بالعتق وبغير العتق بالكتابة فاذا نوى به العتق تعتق كما لو قال
لها خليت سبيلك ولو قال لها أطلقتك برئيه العتق لا تعتق عندنا لما ذكر ولو قال فرجك على حرام
يريد العتق لم تعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان كما لو اشترى أخته من الرضاعة أو جارية قد وطئ
أمها أو بنتها أو جارية مجوسية انها لا تعتق وروى عن أبي يوسف انه قال اذا قال لعبده أنت حرأ وقال
لزوجته أنت طالق فتهجى ذلك هجاء ان نوى العتق أو الطلاق وقع لانه يفهم من هذه
الحروف عند اقرارها ما يفهم عند التركيب والتأليف الا انها ليست بصريحة في الدلالة على المعنى لانها عند اقرارها
لم توضع للمعنى فبارت بمنزلة الكناية فتقف على النية وأما ما يقوم مقام اللفظ في الدلالة على العتق فالكتابة المستبينة
لانها في الدلالة على المراد بمنزلة اللفظ الا أن فيها ضرب استتار وإبهام لان الانسان قد يكتب ذلك لارادة العتق وقد

يكتب لمجرب الخط فالتحق بسائر الكنايات فافتقر الى النية والكلام في هذا كالطلاق وقد ذكرناه في الطلاق وكذا الاشارة من الاخرس اذا كانت معارضة مفهوم المراد لانها في الدلالة على المراد في حقه كالعبارة في الطلاق والاصل في قيام الاشارة مقام العبارة قوله تعالى خطا بالريم عليها السلام فقولي اني نذرت للرحمن صوماً أي صحتا واما كما وذلك على الاشارة لا على القول منها وقد سماها الله تعالى قولاً فدل أنها تعمل عمل القول وأما الالفاظ التي يقع بها العتق أصلاً نوى أو لم ينو فنحو أن يقول لعبدته قم أو اقم أو اسقني ونوى به العتق لان هذه الالفاظ لا تحتمل العتق فلا تصبح فيها نية العتق وكذا لو قال لا سلطان لي عليك لان السلطنة عبارة عن نفاذ المشيئة على وجه القهر فانفاؤها لا يقتضي انقضاء الرق كالمكاتب فلا يقتضي العتق بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لانه نفي السبيل كلها ولا ينتفي السبيل عليها مع قيام الرق ألا ترى أن للمولى على مكاتبه سبيل المطالبة بسدل الكتابة وكذا السلطان يحتمل الحجة أيضاً لقوله لا سلطان لي عليك أي لا حجة لي عليك وانقضاء حجته على عبده لا يوجب حريره وكذا لو قال لعبدته اذهب حيث شئت أو توجه حيث شئت من بلاد الله تعالى يريد به العتق أو قال له أنت طالق أو طلقتك أو أنت بائن أو بنتك أو قال لامته أنت طالق أو طلقتك أو أنت بائن أو بنتك أو أنت على حرام أو حرمتك أو أنت خلية أو برية أو بنة أو أذهبي أو أخرجي أو أعزبي أو تقني أو استبرئي أو اختاري ونوى العتق فاختارت وغير ذلك مما ذكرنا في الطلاق وهذا عندنا وعند الشافعي يقع العتق بها إذا نوى ولقب المسئلة أن صريح الطلاق وكنايته لا يقع بها العتاق عندنا خلافاً لوجه قوله أن قوله لمملوكته أنت طالق أو طلقتك اثبات الانطلاق أو ازالة القيد وأنه نوعان كامل وذلك بزوال الملك والرق وهو تفسير العتق ونقص وذلك بزوال اليد لا غير كما في المكاتب والمأذون فإذا نوى به العتق فقد نوى أحد النوعين فنوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته ولهذا إذا قال لزوجته أنت حرة ونوى به الطلاق طلقت كذا هذا ولنا أن هذه الالفاظ المضافة الى المملوك عبارات عن زوال يد المالك عنه أما قوله أنت طالق فلان الطلاق عبارة عن رفع القيد والقيد عبارة عن المنع عن العمل لا عن الملك والمنع يد المالك فرفع المنع يكون بزوال يده وزوال يد المالك عن المملوك لا يقتضي العتق كالمكاتب وكذا قوله اذهب حيث شئت أو توجه الى أين شئت لانه عبارة عن رفع اليد عنه وأنه لا ينفي الرق كالمكاتب وبه تبين أن القيد ليس بمتنوع بل هو نوع واحد وزواله عن المملوك لا يقتضي زوال الملك كالمكاتب وكذا قوله أنت بائن أو بنتك لانه ينفي عن الفصل والتباعد وكذا التحريم بجامع الرق كالاخت من الرضا والامة المجوسية ونحو ذلك بخلاف قوله لا مراة أنت حرة لان التحريم بخلص والقيد ثبوت فينا فيه ولان ملك العيين لا يثبت بلفظ النكاح وما لا يملك بلفظ النكاح لا يزول الملك عنه بلفظ الطلاق كسائر الاعيان وهذا لان الطلاق رفع ما يثبت بالنكاح فإذا لم يثبت ملك العيين بلفظ النكاح لا يتصور رفعه بلفظ الطلاق بخلاف قوله لا مراة أنت حرة ونوى به الطلاق لان ملك المتعة لا يختص بثبوت النكاح فانه كما يثبت بغير النكاح يثبت بغيره من الشراء وغيره فلا يختص زواله بلفظ الطلاق ألا ترى أنه يزول بردة المرأة وكذا بشرائها بان اشترى الزوج امرأته فجاز أن يزول بلفظ التحرير ولو قال لعبدته رأسك رأس حر أو بدنك بدن حر أو فرجك فرج حر لم يعتق لان هذا تشبيه لكن بحذف حرف التشبيه وأنه جائز من باب المبالغة قال الله تعالى وهي تمرر السحاب أي كمر السحاب وقال الشاعر

وعيناك عيناها وجيدك جيدها * سوى أن عظم الساق منك دقيق

فتشبه الشيء بالشيء لا يقتضي المشاركة بينهما في جميع الصفات وهذا معنى قولهم كلام التشبيه لا عموم له قال الله عز وجل كأنهم الياقوت والمرجان وقال تعالى كأنهم يبض مكنون فلا يعتق ولو نون فقال رأسك رأس حر و بدنك بدن حر و فرجك فرج حر فهو حر لان هذا ليس بتشبيه بل هو وصف وقد وصف جملة أو ما يعبر به عن جملة بالحرية فيعتق ولو قال ما أنت الا مثل الحر أو أنت مثل الحر لم يعتق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى كذا ذكر في الاصل

لان هذا تشبيه بحرف التشبيه والتشبيه لا يقتضى المشاركة في جميع الصفات بخلاف قوله ما أنت الا حر لان ذلك ليس بتشبيه بل هو نحر يرلانه نقي وأثبت والنبي ما زاده الا نأ كيدا كقول القائل لغيره ما أنت الا فقيه وروى عن أبي يوسف أنه قال اذا قال كل مالى حر وله عبيد لم يعتقوا لانه جمع بين العبيد وغيرهم من الاموال ووصف الكل بالحرية بقوله كل مالى حر ومعلوم أن غير العبيد من الاموال لا يحتمل الوصف بالحرية التي هي العتق فينصرف الوصف بالحرية الى الحرية التي يحتملها الكل وهي أن تكون جميع أمواله خالصة صافية له لا حق لاحد فيها فلا تعتق عبيده والله عز وجل الموفق

فصل في ما شرط الركن فانواع بعضها يرجع الى المعتقد خاصة و بعضها يرجع الى المعتقد خاصة و بعضها يرجع اليهما جميعا و بعضها يرجع الى نفس الركن أما الذي يرجع الى المعتقد خاصة فنحن أن يكون عاقلا حقيقة أو تقدير اراحي لا يصح الاعتاق من الصبي الذي لا يعقل والمجنون كما لا يصح الطلاق منها وأما المجنون الذي يحسن في حال وفيق في حال فما يوجد منه في حال افاقته فهو فيه بمنزلة سائر العقلاء وما يوجد منه في حال جنونه فهو بمنزلة المجنون المطبق اعتبارا للحقيقة وأما السكران فاعتاقه كطلاقه وقد مر ذلك في كتاب الطلاق ومنها أن لا يكون معتوها ولا مدهوشا ولا مريسا ولا مغمى عليه ولا نائما حتى لا يصح الاعتاق من هؤلاء كما لا يصح الطلاق منهم لما ذكرنا في الطلاق ومنها أن يكون بالغافلا يصح الاعتاق من الصبي وان كان عاقلا كما لا يصح الطلاق منه ولو قال رجل اعتقت عبدي وأنا صبي أو قال وأنا نائم كان القول وقوله والاصل فيه أنه اذا أضاف الاعتاق الى حال معلوم الكون وهو ليس من أهل الاعتاق فيها يصدق بان قال اعتقته وأنا صبي أو وأنا نائم أو مجنون وقد علم جنونه أو وأنا حربي في دار الحرب على أصل أبي حنيفة ومحمد وقد علم ذلك منه لانه اذا أضاف الاعتاق الى زمان لا يتصور منه الاعتاق علم ان أراد به صيغة الاعتاق لا حقيقة الاعتاق فلم يصرمعتقا بالاعتاق ولو قال اعتقته وأنا مجنون ولم يعلم له جنون لا يصدق لانه اذا أضافه الى حالة لا يتيقن وجودها فالظاهر أنه أراد الرجوع عما أقر به فلا يقبل منه ولو قال اعتقته قبل أن أخلق أو قبل أن يخلق لا يعتق لان زمان ما قبل الخلق والمخلوق العبد معلوم فقد أضاف الاعتاق الى زمان معلوم الكون ولا يتصور منه فيه الاعتاق فلا يعتق وأما كونه طائعا فليس بشرط عندنا خلافا للشافعي والمسئلة مرت في كتاب الطلاق وكونه جادا ليس بشرط بالاجماع حتى يصح اعتاق الهازل وكذا كونه عامدا حتى يصح اعتاق الغاطي لما ذكرنا في الطلاق وكذا التكلم باللسان ليس بشرط فيصح الاعتاق بالكتابة المستتينة والاشارة المقهومة وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط في الاعتاق بعوض وبغير عوض اذا كان الخيار للمولى حتى يقع العتق ويبطل الشرط أما اذا كان بغير عوض فظاهر لان ثبوت الخيار لفائدة الفسخ والاعتاق بغير العوض لا يحتمل الفسخ وكذا ان كان بعوض لان العوض من جانب المولى هو العتق وانه لا يقبل الفسخ فلا معنى للخيار فيه وان كان الخيار للعبد فله عن خياره شرط محتته حتى لو رد العبد للعقد في مدة الخيار فيفسخ العقد ولا يعتق لان العوض في جانبه هو المال فكان محتملا للفسخ فيصح شرط الخيار فيه كما في الطلاق على مال وقد ذكرناه في كتاب الطلاق وعلى هذا الصلح من دم العبد بشرط الخيار وان الخيار ان كان مشروطا للمولى يبطل الخيار ويصح الصلح لان الخيار لثبوت الفسخ والذي من جانب المولى وهو العفو لا يحتمل الفسخ وان كان الخيار للقائل جاز لان ما هو العوض من جانبه وهو المال قابل للفسخ ثم اذا جاز الخيار وفسخ القائل العقد هل يبطل العفو القياس أن يبطل لأنه تعلق بشرط المال ولم يسلم المال وفي الاستحسان لا يبطل ويلزم القائل الدية كذا روى عن حمزة أما صحة العفو وسقوط القصاص فلان عفو المولى يصير شبهة والقصاص يسقط بالشبهات وأما وجوب الدية فلان المولى لم يرض باسقاطه بغير عوض ولا عوض الا الدية اذ هي قيمة النفس ثم فرق بين الاعتاق على مال وبين الكتابة فانه يجوز فيها شرط الخيار للمولى لانها عقد معاوضة يلحقها الفسخ فيجوز شرط الخيار في طرفيها كاليصح بخلاف الاعتاق على مال والله عز وجل

الموقف وكذا اسلام المعتق ليس بشرط فيصح الاعتاق من الكافر الا ان اعتاق المرتد لا ينفذ في الحال في قول أبي حنيفة بل هو موقوف وعندهما نافذ واعتاق المرتد نافذ بلا خلاف والمسألة نذكرها في كتاب السير ان شاء الله تعالى وكذا صححة المعتق فيصح الاعتاق من المريض مرض الموت لان دليل الجواز لا يوجب الفصل الا ان الاعتاق من المريض يعتبر من الثلث لانه يكون وصية ومنها النية في أحد نوعي الاعتاق وهو الكناية دون الصريح ويستوى في صريح الاعتاق وكناياته ان يكون ذلك بمباشرة المولى بنفسه على طريق الاصاله أو بغيره على طريق النيابة عن المولى باذنه وأمره وذلك أنواع ثلاثة فهو يرض وتوكيل ورسالة فالتفويض هو التخيير والامر باليد صريحاً وكناية على ما بينا والامر بالاعتاق كقوله اعتق نفسك وقوله أنت حر ان شئت والتوكيل هو ان يأمر غيره بالاعتاق بان يقول لغيره اعتق عبدى فلا تأمن غير التقييد بالمشيئة والرسالة معرفة وقد فسرناها في كتاب الطلاق والحكم في هذه الفصول في العتاق كالحكم فيها في الطلاق وقد استوفينا الكلام فيها في كتاب الطلاق بتوفيق الله عز وجل ومنها عدم الشك في الاعتاق وهو شرط الحكم بثبوت العتق فان كان شاكياً فيه لا يحكم بثبوته لما ذكرنا في الطلاق وأما الذي يرجع الى المعتق خاصة فنوعان أحدهما الاضافة فنحن ان يكون المضاف اليه العتق موجوداً يبين فان لم يكن لم يصح الاضافة بان قال لجارية مملوكة له حمل هذه الجارية حراً أو ما في بطن هذه الجارية ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت التكلم عتق وان ولدت لستة أشهر فصاعداً لم يعتق لانها اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الميمن تيقنا بوجوده في ذلك الوقت لان المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر فان ولدت واحداً لاقل منها يوم ثم ولدت آخر لا كثر منها يوم عتق جميعاً لان الاول عتق لكونه في البطن يوم الكلام فاذا عتق الاول عتق الثاني لانهما توأمان وأما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً من وقت التكلم فلا نستيقن بوجوده وقت التكلم لاحتمال حدوثه بعد ذلك فوقع الشك في ثبوت الحرية فلا تثبت مع الشك ومنها الاضافة الى بدن المعتق أو الى جزء جامع منه وهو الذي يعبر به عن جميع البدن أو الى جزء شائع عندنا خلافاً للشافعي حتى لو أضاف الى جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لا يصح عندنا وعند بعض كفاي الطلاق غيرانه اذا أضاف العتق الى جزء شائع منه لا يعتق كله عند أبي حنيفة وإنما يعتق قدر ما أضاف اليه لا غير وعند أبي يوسف ومحمد يعتق كله وفي الطلاق تطلق كلها بلا خلاف بناء على ان العتق يجزأ عند أبي حنيفة وعندهما لا يجزأ والطلاق لا يجزأ بالاجماع فابوحنيفة يحتاج الى الفرق بين الطلاق والعتاق ووجه الفرق له ان ملك النكاح لا يراد به الا الوطء والاستمتاع وذلك لا يتحقق في البعض دون البعض فلا يكون اثبات حكم الطلاق في البعض دون البعض مفيداً فلزم القول بالتكامل فاما ملك الميمن فلم يوضع للاستمتاع والوطء فانه ثبت مع حرمة الوطء والاستمتاع كالامه المحوسية والحرمة بالرضاع والمصاهرة واتخاذ الوطء للاستمتاع والاستخدام وذلك يتحقق مع قيام الملك في البعض دون البعض فكان ثبوت العتق في البعض دون البعض مفيداً فهو الفرق فلا ضرورة الى التكامل وأما كون المضاف اليه العتق معلوماً فليس بشرط لصحة الاضافة عند عامة العلماء فيصح اضافته الى المجهول بان قال لعبيده أحدكم احرأ وقال هذا حر أو هذا أو قال ذلك لامتيه وقال فانه القياس شرط حتى لا يصح الاضافة الى المجهول عندهم والكلام في العتاق على نحو الكلام في الطلاق وقد ذكرناه في كتاب الطلاق وسواء كانت الجهالة مقارنة أو طارئة بان عتق واحد آمن عبيده عينا ثم نسي المعتق لما ذكرنا في كتاب الطلاق ومنها قبول العبد في الاعتاق على مال فلم يقبل لا يعتق ومنها المجلس وهو مجلس الاعتاق ان كان العبد حاضراً ومجلس العلم ان كان غائباً لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وأما الذي يرجع اليهما جميعاً فهو الملك اذا المالك والمملوك من الاسماء الاضافية والعلاقة التي تدور عليها الاضافة من الجانبين هي الملك فكون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته فيحتاج في هذا الفصل الى بيان كون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته والى بيان انه هل يشترط ان يكون مملوكه وقت الاعتاق وهو التكلم بالعتق أم لا والى بيان من

يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الاعتاق المضاعف اليه ومن لا يدخل أما الأول فالدليل على اعتبار هذا الشرط قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يعتق فيما لا يملكه ابن آدم ولأن زوال ملك الحل شرط ثبوت العتق فيه ولا بد للزوال من سابقة الثبوت وعلى هذا يخرج اعتاق عبد الغير بغير إذنه إذا نفذ لعدم الملك ولكن يتوقف على اجازة المالك عندنا وعند الشافعي لا يتوقف وهي مسألة تصرفات الفضولي وموضعها كتاب البيوع وكذا العبد المأذون لا يملك الاعتاق وكذا المكاتب لا نعدم ملك الرقبة وكذا لو اشترى العبد المأذون أو المكاتب دار حرم منه لا يعتق عليه ما قلنا ولو اشترى العبد المأذون دار حرم محرر من مولاه فإن لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته عتق عليه لأنه إذا لم يكن عليه دين فقد ملكه المولى فيعتق عليه كما لو اشتراه بنفسه وإن كان عليه دين مستغرق لرقبته لا يعتق عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يعتق بناء على أن المولى لا يملك كسب عبده المأذون المدين عنده وعندهما يملك وهي من مسائل المأذون ولو اشترى المكاتب ابنه من مولاه أو دار حرم محرر من مولاه لم يعتق في قولهم جميعا لأن المولى لم يملكه لأنه من كسب المكاتب والمولى لا يملك كسب مكاتبه فلا يعتق ولو اشترت المكاتبه ابناً من سيدها عتق لأن اعتاق المولى ينفذ في المكاتبه ولدها فيعتق من طريق الحكم لأجل النسب ويجوز اعتاق المولى المكاتب والعبد المأذون والمستترى قبل القبض والمرهون والمستأجر لقيام ملك الرقبة وكذا العبد الموصى برقبته لسان وبخدمته لا آخر إذا اعتقه الموصى له بالرقبة لما قلنا وعلى هذا الأصل يخرج قول أبي يوسف في الحرب إذا عتق عبد أحر بياله في دار الحرب أنه يعتق لقيام الملك وأما عند أبي حنيفة ومحمد فلا يعتق ولا خلاف في أنه إذا اعتقه وخلى سبيله يعتق منهم من قال لا خلاف في العتق أنه يعتق وإنما الخلاف في الولاء أنه هل يثبت منه أم لا ذكر الطحاوي عن أبي حنيفة أن للعبد أن يولى من شاء ولا يكون ولاؤه للمعتق والصحيح أن الخلاف ثابت في العتق فانهم قالوا في الحرب إذا دخل الينا ومعه ممالك فقال هم مدبرون أنه لا يقبل قوله وإن قال هم أولادى أو هن أمهات أولادى قبل قوله فهذا يدل على أن التسديد لا يثبت في دار الحرب ورواية الطحاوي عن أبي حنيفة محمولة على ما إذا خرج إلى دار السلام وإذا خرج إلى دار السلام فلا ولاؤه عليه عندهما لأنه لم يعتق باعتاقه وإنما عتق بخروجه إلى دار السلام وعند أبي يوسف عتق باعتاق مولاه له وجه قول أبي يوسف في مسألة العتق أنه عتق ملك نفسه فيعتق كما لو باعه وكما لو كان في دار السلام فاعتق عبد أحر ياباً أو مسلماً أو ذمياً أو كالمسلم إذا عتق عبده المسلم في دار الحرب ولا شك أنه عتق ملك نفسه لأن أموال أهل الحرب أملاكهم حقيقة لا ترى أنهم يرثون ويورث عنهم ولو كانت جارية يصح من الحرب استيلاؤها إلا أنه ملك غير معصوم ولهما أن اعتاق الحربى عبده الحربى في دار الحرب بدون التخلي لا يفيد معنى العتق لأن العتق عبارة عن قوة حكيمة تثبت للمحل يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه وهذا لا يحصل بهذا الاعتاق بدون التخلي لأن يده عليه تكون قائمة حقيقة وملك أهل الحرب في دار الحرب في ديانتهم بناء على القهر الحسى والغلبة الحقيقية حتى أن العبد إذا قهر مولاه فاستولى عليه ملكه وإذا لم توجد التخلي كان تحت يده وقهره حقيقة فلا يظهر معنى العتق هذا معنى قول المشايخ معتق بلسانه مسترق يده بخلاف ما إذا عتق في دار السلام لأن يد الاستيلاء والتملك تنقطع بثبوت العتق في دار السلام فيظهر معنى العتق وهو القوة الدافعة يد الاستيلاء وبخلاف المسلم إذا عتق عبده المسلم في دار الحرب لأن المسلم لا يدين الملك بالاستيلاء والغلبة الحقيقية ولو كان عبده حربياً فاعتقه المسلم في دار الحرب يعتق من غير تخلية استحساناً والقياس أن لا يعتق عندهما كالحربى إذا عتق عبده الحربى في دار الحرب ومنهم من جعل المسئلة على الاختلاف وعلى هذا الخلاف إذا ملك الحربى في دار الحرب دار حرم محرر منه أنه لا يعتق عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يعتق لأن ملك القريب يوجب العتق فكان الخلاف فيه كالخلاف في الاعتاق وأما الثاني فالاعتاق لا يخلو إما أن يكون تنجيزاً وإما أن يكون تعليقاً بشرط وإما أن يكون إضافة إلى وقت فإن كان تنجيزاً يشترط قيام الملك وقت وجوده لأن التنجيز إثبات

العتق للخال ولا عتق بدون الملك وان كان تعليقا فالعتق في الاصل نوعان تعليق محض ليس فيه معنى المعاوضة وتعليق فيه معنى المعاوضة فيكون تعليقا من وجه ومعاوضة من وجه والتعليق المحض نوعان أيضا تعليق بماسوى الملك وسببه من الشروط وتعليق بالملك أو بسبب الملك وكل واحد منهما على ضربين تعليق بصورة ومعنى وتعليق معنى لا بصورة فيقع الكلام في الحاصل في موضعين أحدهما في بيان أنواع التعليق ما يشترط لصحته قيام الملك وقت وجوده وما لا يشترط والثاني في بيان ما يظهر به وجود الشرط أما الأول فالعتق المحض بماسوى الملك وسببه من الشروط فنحو التعليق بدخول الدار وكلام زيد وقدم عمرو ونحو ذلك بأن يقول لبعده ان دخلت الدار فأنت حر أو ان كلمت فلانا أو اذا قدم فلان ونحو ذلك فانه تعليق بصورة ومعنى لوجود حرف التعليق والجزء وهذا النوع من التعليق لا يصح الا في الملك حتى لو قال لبعده لا يملكه ان دخلت الدار فأنت حر ثم اشتراه فدخل الدار لا يعتق لان تعليق العتق بالشرط ليس الاثبات العتق عند وجود الشرط لا محالة ولا عتق بدون الملك ولا يوجد الملك عند وجود الشرط الا اذا كان موجودا عند التعليق لان الظاهر بقاؤه الى وقت الشرط واذا لم يكن موجودا وقت التعليق كان الظاهر عدمه عند وجود الشرط فلا يثبت العتق عند وجوده لا محالة ولان اليمين بغير الله عز وجل شرط وجزاء والجزاء ما يكون غالب الوجود عند وجود الشرط أو متيقن الوجود عند وجوده لتحصيل معنى اليمين وهو التقوى على الامتناع أو على التحصيل فاذا كان الملك ثابتا وقت التعليق كان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط لان الظاهر بقاء الملك الى وقت وجود الشرط فيحصل معنى اليمين وكذا اذا أضاف اليمين الى الملك أو سببه كان الجزاء متيقن الوجود عند وجود الشرط فيحصل معنى اليمين فتعتقد اليمين ثم اذا وجد التعليق في الملك حتى صح فالبعده على ملكه في جميع الاحكام قبل وجود الشرط واذا وجد الشرط وهو في ملكه يعتق وان لم يكن في ملكه تنحل اليمين لا الى جزء حتى لو قال لبعده ان دخلت الدار فأنت حر فباعه قبل دخول الدار فدخل الدار وهو ليس في ملكه يبطل اليمين ولو لم يدخل حتى اشتراه ثانيا فدخل الدار عتق لان اليمين لا يبطل بزوال الملك لان في بقائها فائدة لاحتمال العود بالشراء وغيره من أسباب الملك الا أنه لم ينزل الجزاء عند الشرط لعدم الملك فاذا عاد الملك واليمين قائم عتق على ما ذكرنا في الطلاق ولو قال لبعده ان بعثك فأنت حر فباعه بيعا صحيحا لا يعتق لعدم الملك له فيه عند الشرط ولو باعه بيعا فاسدا وهو في يده حنث لوجود الملك له فيه ولو كان التعليق في الملك بشرطين برأى قيام الملك عند وجود الشرط الاخير عندنا خلافا لغيره حتى لو قال لبعده ان دخلت هذين الدارين فأنت حر فباعه قبل الدخول فدخل احدى الدارين ثم اشتراه فدخل الدار الاخرى يعتق عندنا وعند زفر لا يعتق والمسئلة مرت في كتاب الطلاق ولو قال لبعده ان دخلت الدار فأنت حر ان كلمت فلانا يعتق قيام الملك عند الدخول أيضا لانه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين واليمين بالعتاق لا تنعقد الا في الملك أو مضافة الى الملك أو بسببه كانه قال له عند الدخول ان كلمت فلانا فأنت حر ولو قال لبعده أنت حر ان شئت أو أحببت أو رضيت أو هويت أو قال لا مبته ان كنت تحبيني أو تبغضيني أو اذا حضت فأنت حرة فالجواب فيه كالجواب في الطلاق وقد ذكرنا هذه المسائل وأخواتها في كتاب الطلاق ولو قال أنت حر ان لم يشأ فلان فان قال فلان شئت في مجلس علمه لا يعتق لعدم شرطه وان قال لا أشاء يعتق لكن لا بقول لا أشاء لان له أن يشاء في المجلس بل لبطلان المجلس بإعراضه واستغاله بشيء آخر بقوله لا أشاء ألا ترى أنه اذا قال ان لم يشأ فلان اليوم فأنت حر فقال فلان شئت لا يعتق ولو قال لا أشاء لا يعتق لان له أن يشاء بعد ذلك مادامت المدة باقية الا اذا مضى اليوم ولم يشأ حينئذ يعتق ولو علق بمشيئة نفسه فقال أنت حر ان شئت أنا فإلم توجد المشيئة منه في عمره لا يعتق ولا يقتصر على المجلس لان هذا ليس بتفريق اذ العتاق بيده ولو قال أنت حر ان لم تشأ فان قال شئت لا يعتق لعدم الشرط وان قال لا أشاء لا يعتق لان عدم لا يتحقق بقوله لا أشاء اذ له أن يشاء بعد ذلك الى أن يموت بخلاف الفصل الاول لان هناك اقتصر على المجلس فاذا قال لا أشاء فقد أعرض عن المجلس وههنا لا يقتصر على

المجلس فله أن يشاء بعد ذلك حتى يموت فاذا مات فقد تحقق العدم فيعتق قبل موته بلا فصل ويعتبر من ثلث المال كوقوع العتق في المرض اذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض ولو قال أنت حر غدا ان شئت فالمشيئة في الغد فان شاء في الحال لا يعتق مالم يشأ في الغد ولو قال أنت حر ان شئت غدا فالمشيئة اليه في الحال فاذا شاء في الحال عتق غدا لان في الفصل الاول علق الاعتاق المضاف الى الغد بالمشيئة فيقتضى المشيئة في الغد وفي الفصل الثاني أضاف الاعتاق المعلق بالمشيئة الى الغد فيقتضى تقدم المشيئة على الغد وروى عن أبي حنيفة أنه قال المشيئة في الغد في الفصلين جميعاً وقال زفر المشيئة اليه للحال في الفصلين جميعاً ومن هذا القبيل قول الرجل لعبده ان أدبت الى ألقا فأنت حر لانه تعليق بصورة ومعنى لوجود الشرط والجزاء فيصح في الملك ويتعلق العتق بوجود الشرط وهو الاداء اليه في ملكه فاذا جاء بألف وهو في ملكه وخلى بينه وبين الألف شاء المولى أو أبى وهو تفسير الجبر على القبول الآن القاضي يجبره على القبض بالحبس كذا افسره محمد فقال ان العبد اذا أحضر المال بحيث يتمكن المولى من القبض عتق وهذا استحسان والقياس أن لا يعتق مالم يقبض أو يقبل وهو قول زفر (وجه) القياس أنه علق العتق بشرط الاداء اليه ولا يتحقق الاداء اليه الا بالقبض ولم يوجد فلا يعتق كما لو قال ان أدبت الى عبدا فأنت حر فجاء بعد ردىء وخلى بينه وبينه لا يعتق ولو قبل يعتق وكذا اذا قال ان أدبت الى كرامن حنطة فأنت حر فأدى كرامن حنطة رديئة ولو قبل يعتق وكذا اذا قال ان أدبت الى ثوب بأودابة فأنت شوب مطلق أو دابة مطلقة لا يعتق بدون القبول وكذا اذا قال ان أدبت الى ألقا أحج بها أو حججت بها لا يعتق بتسليم الألف مالم يقبل وكذا اذا قال ان أدبت الى هذا الدن من الخمر لا يعتق بالتخليصة بدون القبول (وجه) الاستحسان ان أداء المال الى الانسان عبارة عن تسليمه اليه قال الله تبارك وتعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها أى تسلموها وقال سبحانه وتعالى خبرا عن نبيه موسى عليه الصلاة والسلام ان أدوا الى عباد الله أى ساموا وتسليم الشئ عبارة عن جعله سالما خالصا لا ينازع فيه أحد وهذا يحصل بالتخليصة ولهذا كانت التخليصة تسليما في الكتابة وكذا في المعاوضات المطلقة فلا يحتاج فيه الى القبض كما لا يحتاج اليه في الكتابة والمعاوضات المطلقة مع ما أن التخليصة تتضمن القبض لانها تفيد التمكّن من التصرف وهو تفسير القبض لا الجمل في البراجم كما في سائر المواضع وأما المسائل فهناك لم يوجد الشرط أمام مسألة العبد فلانه وان ذكر العبد مطلقا فاما أراد به المقيّد وهو العبد المرغوب فيه لا ما ينطلق عليه اسم العبد علم ذلك بدلالة حاله فلا يعتق بأداء الردىء فاذا قبل يعتق لانه اذا قبل تبين أنه ما أراد به المقيّد بل المطلق وعلم أن له فيه غرضا آخر في الجملة فلا تعتبر الدلالة مع الصريح بخلافه حتى لو أتى بعبد جيد أو وسط وخلى يعتق وهو الجواب في مسألة السكر وأما مسألة الثوب فم لا يعتق مالم يقبل ولا يعتق بأداء الوسط لان الثياب أجناس مختلفة وأنواع متفاوتة واسم الثوب يقع على كل ذلك على الاقراد من الديباج والخز والكتان والكرباس والصوف وكل جنس تحته أنواع فكان الوسط مجبولا جهالة متفاحشة ولا يقع على أدنى الوسط من هذه الاجناس كما لا يقع على أدنى الردىء لان قيمة أدنى الوسط وهو الكرباس وهو ثوب تستر به العورة مما لا يرغب فيه بمقابلة ازالة الملك عن عبد قيمته ألف ومضى بقى مجهولا لا تنقطع المنازعة فلا يتحقق التسليم والتخليصة حتى لو قال ان أدبت الى ثوبا هرويا فأنت حر يقع على الوسط واذا جاء به يجبر على القبول وكذا الجواب عن مسألة الدابة لان الدواب أجناس مختلفة تحته أنواع متفاوتة واسم الدابة يقع على كل ذلك على الاقراد حتى لو قال ان أدبت الى فرسا فأنت حر فقد قالوا انه يقع على الوسط ويجبر على القبول وأما مسألة الحج فقها تفصيل ان قال ان أدبت الى ألقا حججت بها أو قال وحججت بها فاني بالألف لا يعتق لانه علق العتق بشرطين فلا يعتق بوجود أحدهما ولو قال ان أدبت الى ألقا حجج بها يعتق اذا خلى ويكون قوله أحج بها لبيان الغرض ترغيبا للعقد في الاداء حيث يصير كسبه مصر وقال طاعة الله تعالى لا على سبيل الشرط ومسألة الخمر لا رواية فيها ولكن ذكر في الكتابة انه اذا كاتب عبده على دن من خمر او على كذا عدد من الخنازير على انه متى أتى

بها فهو حر قبل يكون كتابة فاسدة فلو جاءها المكاتب وخلى بينه وبينها يعتق لوجود الشرط ويلزمه قيمة نفسه فيجوز ان يقاس عليه ويقال يعتق ههنا بالتخليصة أيضا وقال بعض المشايخ ان العتق في هذا الفصل ثبت من طريق المعاوضة لا بوجود الشرط حقيقة كإثبات الكتابة والصحيح انه ثبت بوجود الشرط حقيقة كإثبات سائر التعليقات بشرطها لا بطريق المعاوضة والمسائل تدل عليها فانه ذكر عن بشر بن الوليد انه قال سمعت أبا يوسف قال في رجل قال لعبد له اذا أديت الى ألفا فانت حر اومتى أديت أو ان أديت فان أبا حنيفة قال ليس هذا بمكاتب والمولى أن يبيعه وكذا قال أبو يوسف ومحمد فان أدى قبل ان يبيعه فان أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمد قالوا لا يجبر المولى على قبوله ويعتق استحسانا فان مات المولى قبل ان يؤدي الالف بالعبد رقيق يورث مع كسبه بخلاف الكتابة ولو مات العبد قبل الاداء وترك مالا فله للمولى ولا يؤدي عنه فيعتق بخلاف المكاتب وان بقي بعد الاداء في يده مال مما اكتسبه فهو للمولى بخلاف المكاتب لان المكاتب في يده نفسه ولا سبيل للمولى على اكتسابه مع بقاء الكتابة فبعد الحرية أولى وقالوا ان المولى لو باعه قبل الاداء صح كإثبات قوله لعبد له ان دخلت الدار فانت حر بخلاف المكاتب فانه لا يجوز بيعه من غير رضا المكاتب واذا رضخ بنفسه الكتابة ولو قال لعبد له ان أديت الى ألفا فانت حر ان أدى أحدهما حصته لم يعتق أحدهما لانه علق العتق بأداء الالف ولم يوجد وكذا اذا أدى أحدهما الالف كليهما عنده لانه جعل شرط عتقهما أداء جميعا الالف ولم يوجد الالف فلا يعتقان كما اذا قال لهما ان دخلتا هاتين الدارين فانتحران فدخل أحدهما لا يعتق ما لم يدخل الآخر وان أدى أحدهما الالف كلها وقال خمسمائة من عندي وخمسمائة أخرى بعث بها صاحبي ليؤديها اليك عتقا لوجود الشرط وهو أداء الالف منهما حصصا أحدهما بطريق الاصل والوصية الآخر بطريق النيابة لان هذا باب تجزئ فيه النيابة مقام أداء مقام أداء صاحبه ولو أدى عنهما رجل آخر لم يعتق لعدم الشرط وهو أداءهما وأما اذا أدى الاجنبي الالف وقال أوذيها اليك على انهما حران فقبلها المولى على ذلك عتقا لان هذا بمنزلة التعليق بشرط آخر مع الاجنبي كانه قال له ان أديت الى ألفا فبدي حر ويرد المال الى المولى لان المولى لا يستحق المال يعتق عبده قبل الغير ولان منفعة هذا العتق تحصل له فلا يجوز ان يستحق بذلك على الغير مالا بخلاف ما اذا قال لا آخر طلق امرأتك على ألفي هذه ودفع اليه فطلق ان الالف تكون للمطلق لان الزوج لم يحصل له بالطلاق منفعة اذ هو اسقاط حق والاجنبي صار متبرعا عنها بذلك فاشبه ما اذا قضى عنها ديننا بخلاف العتق لانه حصلت للمولى منفعة وهو الولاء فلا يجوز أن يستحق بدلا على الغير ولو أداها الاجنبي وقال ههنا امرأتى ان أوذيها عنهما فقبلها المولى عتقا لوجود الشرط لانه يجوز أن يكون الرجل رسولا عنهما فأداء الرسول أداء المرسل فان أدى العبد من مال اكتسبه قبل القبول عتق لوجود الشرط ويرجع المولى عليه بمثله لان المولى ما أن له بالاداء من هذا الكسب لان الاذن ثبت بمقتضى القبول والكسب كان قبل القبول فصار بمنزلة المفعوب بان غصب ألغام من رجل وأدى ولم يحجز المفعوب منه أداءه فان العبد يعتق لوجود الشرط وللغاصب أن يسترد المفعوب والمولى ان يرجع على العبد بمثله وان أدى من مال اكتسبه بعد القبول صح الاداء وعتق العبد ولا يرجع المولى على العبد بمثله بعد العتق استحسانا والقياس ان يرجع لانه أدى مال المولى فيرجع عليه كما لو اكتسبه قبل القبول بخلاف المكاتب لانه أدى من مال نفسه لان اكتسابه ملكه الا انهم اسعحسوا فقالوا انه لا يرجع لانه أدى باذن المولى فكان اقدامه على هذا القبول اذ ناله بالتجارة دلالة لانه لا يتوصل الى اداء الالف الا بالتجارة فيصير ما ذونافي التجارة فقد حصل الاداء من كسب هو ما ذون في الاداء منه من جهة المولى فلا يستحق الرجوع عليه أو قول الكسب الحاصل بعد القبول ليس على حكم ملك المولى في القدر الذي يؤدي ككسب المكاتب فصار من هذا الوجه كالمكاتب ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها بخلاف المكاتب اذا ولدت ثم أدت فعتقت انه يعتق ولدها ولو قال العبد للمولى حظ عني مائة فخط عنه فادى تسع مائة لم يعتق لان الشرط لم يوجد بخلاف

الكتابة فان العتق فيها ثبت بطريق المعاوضة والخط يلحق بأصل العتق بالمعاوضات كالبيع وكذا لو أدى مكان الدراهم دنانير لاعتق وان قبل لعدم الشرط ولو قال لعبده ان خدمتني سنة فانت حر فخدمه أقل من سنة لم يعتق حتى يكمل خدمته وكذا ان صالحه من الخدمة على درهم أو من الدراهم التي جعل عليه على دنانير وكذا اذا قال اخدم أولادي سنة وأنت حر فانت بعضهم قبل تمام السنة لم يعتق وهذا كله دليل على ان العتق ثبت بوجود الشرط حقيقة فلا يختلف الحكم فيه بالرضا وعدمه وأسقاط بعض الشرط كإيفاء سائر الأمان ألا يرى انه اذا قال له ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فدخل احدهما وقال المولى أسقطت عنك دخول الاخرى لا يسقط كذا هذا ولو أبرأ المولى العبد من الألف لم يعتق لعدم الشرط وهو الاداء ولو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق وذكر محمد في الزيارات انه اذا قال ان أدبت الى ألفي كيس أبيض فانت حر فاداه في كيس أسود لا يعتق وفي الكتابة يعتق وهذا نص على ان العتق ههنا ثبت بوجود الشرط لا من طريق المعاوضة بخلاف الكتابة وان باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى اليه يجبر على القبول عند أبي يوسف وقال محمد في الزيادات لا يجبر على قبولها فان قبلها اعتق وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يجبر على القبول ولم يذكر الخلاف وعلى هذا اذا رده عليه بعيب أو خيار وجه قول أبي يوسف ظاهر مطرد على الأصل لانه عتق تعلق بالشرط والجزء لا يتقيد بالملك القائم فكان حكمه في الملك الثاني كحكمه في الملك الاول كما في قوله ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل وأما الوجه لمحمد فهو ان دلالة الحال دلت على التقييد بالملك القائم ظاهرا لان غرضه من التعليق بالاداء تحريره على الكسب ليصل اليه المال وذلك في المال القائم وأكذلك بوجود العتق المرغبه في الكسب مع احتمال ان المراد منه مطلق الملك فاذا أتى بالمال بعد ما باعه واشتراه فلم يقبل لا يعتق لتقيده بالملك القائم ظاهر ابدلته الحال واذا قبل يعتق لانه تبين ان المراد منه المطلق ولو قال لامته اذا أدبت الى ألفي كل شهر مائة فانت حر فقبلت ذلك فليس هذا بكتابة وله ان يبيعها ما لم تؤد وان كسرت شهر لم تؤد اليه ثم أدت اليه في غير ذلك الشهر لم تعتق كذا ذكر في رواية أبي حفص وهشام وذكر في رواية أخرى وقال هذه مكاتبه وليس له ان يبيعها وان كسرت شهر او احدا ثم أدت في غير ذلك الشهر كان جائزا وجه هذه الرواية انه أدخل فيه الاجل فدل انه كتابة وجه رواية أبي حفص ان هذا تعليق العتق بشرط في وقت وهذا لا يدل على انه كتابة كما لو قال لها ان دخلت دار فلان اليوم أو دار فلان غد فانت حر لا يكون ذلك كتابة وان أدخل الاجل فيه والدليل على ان الصحيح هذه الرواية انه اذا قال لها اذا أدبت الى ألفي هذا الشهر فانت حر فلم تؤد في ذلك الشهر وأدتها في غيره لم تعتق ولو كان ذلك كتابة لما بطل ذلك الا بحكم الحاكم أو بتراضيهما فدل ان هذا ليس بكتابة بل هو تعليق بشرط لكن بوقت دون وقت ثم التعليق بالاداء هل يقتصر على المجلس فان قال متى أدبت أومتى ما أدبت أو اذا ما أدبت فلا شك ان هذا كله لا يقتصر على المجلس لان في هذه الالفاظ معنى الوقت وان قال ان أدبت الى ذكرك في الأصل انه يقتصر على المجلس وظاهر ما رواه بشر عن أبي يوسف يدل انه لا يقتصر على المجلس فانه قال في رواية عن أبي يوسف انه قال في رجل قال لعبده ان أدبت الى ألفي فانت حر أومتى أدبت أو ان أدبت فقد سوى بين هذه الكلمات ثم في كلمة اذا أومتى لا يقتصر على المجلس فكذا في كلمة ان وكذا ذكر بشر ما يدل عليه فانه قال عطف على روايته عن أبي يوسف ان المولى إذا باعه ثم اشتراه فأدى المال عتق ويبعد ان ينفذ البيع والشراء وأداء المال في مجلس واحد وهذا يدل على ان العتق لا يقتصر على المجلس في الالفاظ كلها والوجه فيه ظاهر لانه عتق معلق بالشرط فلا يقف على المجلس كالتعليق بسائر الشروط من قوله ان دخلت الدار فانت حر وغير ذلك وجه رواية الأصل ان العتق المعلق بالاداء معلق باختيار العبد فصار كأنه قال أنت حر ان شئت ولو قال ان شئت يقتصر على المجلس ولو قال اذا شئت أومتى شئت لا يقتصر على المجلس كذا ههنا وسواء أدى الألف جملة واحدة أو على التفريق خمسة وعشرة وعشرين انه يجبر على القبول حتى اذا تم الألف يعتق لانه علق

العتق باداء الالف مطلقا وقد أدى وروى ابن رستم عن محمد بن قيس قال لعبد في مرضه اذا أدبت الى ألفا فانت حر
وقيمة العبد ألف فأداه من مال ا كتسبه بعد القول فانه يعتق من جميع المال استحسن أبو حنيفة ذلك وقال زفر
يعتق من الثلث وهو القياس ووجهه أن الكسب حصل على ملك المولى لانه كسب عبده فاذا أسقط حقه عن الرقبة
كان متبرعا فيعتبر من الثلث كما لو أعتقه ابتداء بخلاف الكتابة لان المولى لا يملك ا ككتاب العبد المكاتب
فكان كسبه عوضا عن الرقبة فيعتق من جميع المال ووجه الاستحسان أن القدر الذي يؤدي من الكسب الحاصل
بعد القول ليس على ملك المولى ككسب المكاتب لان المولى أطعمه العتق بادائه اليه فصار تعليق العتق به سببا داعيا
الى تحصيله فصار كسبه من هذا الوجه بمنزلة كسب المكاتب ولو قال له أدالى ألفا وانت حر فام يؤول يعتق لانه أنى
بجواب الامر لان جواب الامر بالو اوفيقضى وجوب ما يتعلق بالامر وهو الاداء ولو قال أدالى ألفا فانت حر فلا
رواية في هذا وقيل هذا الاول سواء لا يعتق الاداء المال اليه لان جواب الامر قد يكون بحرف الفاء ولو قال أد الى
ألفا أنت حر يعتق للمال أدى أو لم يؤد لانه لم يوجد ههنا ما يوجب تعليق العتق بالاداء حيث لم يأت بحرف الجواب والله
عز وجل أعلم ومن هذا القبيل اذا قال لامته ان ولدت ولدا فهو حر أو قال اذا ولدت ولدا فهو حر ويعتبر لصحة قيام
الملك في الامه وقت التعليق كما في قوله ان ولدت ولدا فانت حرة لان الملك اذا كان ثابتا في الامه وقت التصرف
فالظاهر بقاؤه الى وقت الولادة فلا حاجة الى اضافة الولادة الى الملك فيصح فاذا أصبح التعليق فكل ولد تده في
ملكه يعتق وان ولدت في غير ملكه لا يعتق وتبطل النكاح بان ولدت بعد مامات المولى أو بعد ما باعها ولو ضرب
ضارب بطنها فالقت جنيتميتا كان فيه ما في جنين الامه لان الحرية تحصل بعد الولادة والضرب حصل قبل الولادة
فكان عبدا فلا يجب ضمان الحر ولو قال اذا حملت بولد فهو حر كان فيه ما في جنين الحر لان الحرية تحصل منها للحمل
فالضرب صادفه وهو حر الا اننا لنحكم به ما لم تلد لاننا لنعلم بوجوده فاذا ألتقت فقد علمنا بوجوده وقت الضرب فان
قبل الحرية لا تثبت الا بعد حدوث الحياة فيه ولا نعلم ذلك فكيف يحكم بحره بته فالجواب أنه لما حكم الشرع بالارش
على الضارب فقد صار محكما بمحدث الحياة فيه لان الارش لا يجب الا بتلافى الحى ولو باعها المولى فولدت عند
المشتري قبل مضي ستة أشهر كان الولد حرا والبيع باطل لاننا نقتنا أنه باعها والحمل موجود والحرية ثابتة فيه وحرية
الحمل تمنع جواز بيع الام لما سر وان ولدته لسته شهر فصاعدا لم يعتق لاننا نتيقن بمحصول الولد يوم البيع فلا يجوز
فسخ البيع وثابت الحرية ولو قال لامته ان كان أول ولد تلديه غلاما فانت حرة فلولدت غلاما وجارية فهذا لا يخلو
من أوجه اما ان علم أيهما ولد أولا بان اتفق المولى والامه على انهما يعلمان ذلك واما ان لم يعلم بان اتفقا على أنهما
لا يعلمان واما ان اختلفا في ذلك فان علم أيهما ولد أولا فان كان الغلام هو الاول فهو رقيق لان المعلق بولاده عتق
الام وهى انما تعتق بعد الولادة فكان انفصال الولد على حكم الرق فلا يؤثر فيه عتق الام وتعتق الام بوجود الشرط
وتعتق الجارية بعقتها وان كانت الجارية هى الاولى لم يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق وان لم يعلم فالغلام رقيق على
كل حال لانه لا حال له في الحرية أصلا سواء كان متقدما في الولادة أو متأخرا لانه ان كان أولا فذلك شرط عتق
أمه لا شرط عتقه وعتق أمه لا يؤثر فيه لما بينا وان كانت الجارية أولا فولايتها لم يجعل شرط العتق في حق أحد فلم
يكن للغلام حال في الحرية رأسا فكان رقيقا على كل حال وأما الجارية والام فيعتق من كل واحدة منهما نصفها
ونسعى في نصف قيمتها لان كل واحدة منهما تعتق في حال وترقى في حال لان الغلام ان كان أولا عتقت الام والجارية
أما الام فلو جود شرط العتق فيها وأما الجارية فلعتق الام لان الام اذا عتقت عتقت الجارية بعتق الام تبعها فعتقتا
جميعا وان كانت الجارية أولا لا يعتقان لانه لم يوجد شرط العتق في الام واذا لم تعتق الام لا تعتق الجارية لان عتقها
بعتقها فاذا هما يعتقان في حال ويرقان في حال فيتنصف العتق فيهما فيعتق من كل واحدة منهما نصفها على الاصل
المعهود لا محابا في اعتبار الاحوال عند اشتباها والعمل بالذليلين بقدر الاله كان وروى عن محمد أنه يستخلف

المولى على علمه بالله تعالى ما يعلم الغلام ولد أولا فان نكل عن اليمين عتقت الام وابنتها وكان الغلام عبدا وان حلف
كانوا جميعا أرقاء وكذلك اذا لم يخاصم المولى حتى مات وخوصم وارثه بعده فاقر أنه لا يدري وحلف بالله تعالى ما يعلم
الغلام ولد أولا رقا ووجه هذه الرواية أن الاحوال انما تعتبر عند تعذر البيان والبيان هنا ممكن بالرجوع الى قول
الحالف فلا تعتبر الاحوال والجواب أنه لا سبيل الى البيان باليمين هنا لان الخصمين متفقان على أنهما لا يعلمان
الاول منهما فلا يجوز للقاضي أن يكلف المولى الحلف على أنه لا يعلم الا اول منهما مع تعادقهما على ذلك وان اختلفا
فالقول قول المولى ان الجارية هي الاولى لانه ينكر العتق ولو قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان
كانت جارية فهي حرة فولدت غلاما وجارية فان علم أن الغلام كان أولا عتقت الام والجارية لا غير اما الام فلو جرد
الشرط واما الجارية فلعتق الام واما رقي الغلام فلا تفصا له على حكم الرق فلا يؤثر فيه عتق الام وان علم أن الجارية
كانت هي الاولى عتقت هي لا غير لان المعلق بولادتها عتقها لا غير وعتقها لا يؤثر في غيرها وان لم يعلم أيهما أول
فالجارية حرة على كل حال والغلام عبد على كل حال ويعتق نصف الام وتسمى في نصف قيمتها اما حرة الجارية
على كل حال فلا نه لا حال لها في الرق لان الغلام ان كان أولا عتقت الجارية لان أمها تعتق فتعتق هي يعتق الام وان
كانت الجارية أولا فقد عتقت لوجود شرط العتق في حقها فكانت حرة على كل حال واما رقي الغلام على كل حال
فلا نه ليس له حال في الحرية سواء ولد أولا أو آخر أو اما الام فانما يعتق نصفها لانها تعتق في حال وترق في حال لان
الغلام ان كان هو الاول تعتق الام والجارية أيضا يعتق الام وان كانت الجارية أولا تعتق الجارية لا غير لان المعلق
به عتقها لا غير وعتقها لا يمدى الى عتق الام فاذا اعتق الام في حال ولا تعتق في حال فيعتق نصفها اعتبارا للاحوال
وان اختلفا فالقول قول المولى ما بينا ولو قال لها ان كان أول ولد تلدينه غلاما فهو حر وان كان جارية فانت حرة
فولدت غلاما وجارية فان علم أن الغلام ولد أولا عتق هو لا غير وان علم أن الجارية ولدت أولا عتقت الام والغلام
لا غير وان لم يعلم أيهما ولد أولا فالغلام حر على كل حال لانه لا حال له في الرق سواء كان أولا أو آخر أو الجارية رقيقة
على كل حال لانه لا حال لها في الحرية تقدمت في الولادة وتأخرت لان الغلام ان كان هو الاول لا يعتق الا هو وان
كانت الجارية هي الاولى لا تعتق الا الام والغلام فلم يكن للجارية حال في الحرية فبقيت رقيقة والام يعتق منها
نصفها وتسمى في نصف قيمتها لان الجارية ان كانت هي الاولى تعتق الام كلها وان كان الغلام هو الاول لا يعتق شي
منها فتعتق في حال ولا تعتق في حال فيعتق نصفها وتسمى في النصف اعتبارا للمالين وعملا بهما بقدر الامكان وان
اختلفا فالقول قول المولى ما ذكرناه اذا ولدت غلاما وجارية فاما اذا ولدت غلامين وجاريتين والمسئلة بحالها فان
علم أولهم أنه ابن يعتق هو لا غير لان المعلق عتقه لا غير يعتق هو لا غير عند وجود الشرط وان علم أنه جارية فهي رقيقة
ومن سواها أحرار لانه جعل ولا دنيا أولا شرط حرية الام فاذا وجد الشرط عتقت الام ويعتق كل من ولد بعد ذلك
يعتق الام تبعها وان لم يعلم من كان أولهم يعتق من الغلامين كل واحد منهما ثلاثة أرباعه ويسمى في ربع قيمته
ويعتق من الام نصفها وتسمى في نصف قيمتها ويعتق من البنتين من كل واحدة منهما ربعها وتسمى في ثلاثة أرباع
قيمتها وانما كان كذلك أما الغلامان فلان أول من ولدت ان كان غلاما عتق الغلام كله لوجود الشرط وان كان
جارية عتق الغلامان لان الام تعتق ويعتق كل من ولد بعد ذلك وهم الغلامان والجارية الاخرى وقد تيقنا بحرية
أحد الغلامين وتشككنا في الآخر وله حالتان يعتق في حال ولا يعتق في حال فيجعل ذلك نصفين فيعتق غلام
واحد ونصف من الآخر ولا يعلم أيهما عتق كله وأيهما عتق نصفه فاستوي في ذلك وليس أحدهما في ذلك بأولى
من الآخر فيعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه ويسمى في ربع قيمته واما الام فانها تعتق في حال ولا تعتق
في حال لان أول ما ولدت ان كان غلاما لا تعتق أصلا وان كان جارية تعتق فتعتق في حال وترق في حال فيعتق
نصفها وتسمى في نصفها واما الجاريتان فاحدهما أمة بلا شك لان أول ما ولدت ان كان غلاما فمهما رقيتان

وان كانت جارية فان الاولى لاتعتق وتعتق الاخرى يعتق الام فاذا في حالة لهما حرية واحدة وفي حالة
لا شيء لهما فيثبت لهما نصف ذلك وليست احدهما ابولى من الاخرى فيصير ذلك بينهما نصفين وهور بيع الكل
فيعتق من كل واحدة منهما ربعا وتسعى في ثلاثة ارباع قيمتها والله عز وجل أعلم ولو قال لامته ان ولدت غلاما ثم
جارية فانت حرة وان ولدت جارية ثم غلاما فالغلام حر فولدت غلاما وجارية فان كان الغلام أو لا عتقت الام
لوجود شرط عتقها والغلام والجارية رقيقان لا تفصهما على حكم الرق وعتق الام لا يؤثر فيهما وان كانت الجارية أولا
عتق الغلام لوجود الشرط والام والجارية رقيقتان لان عتق الغلام لا يؤثر فيهما وان لم يعلم أيهما أولا واتفقا على انهما
لا يعلمان ذلك فالجارية رقيقة لانه لا حال لها في الحرية لانها ترق في جميع الاحوال وأما الغلام والام فانه يعتق من كل
واحد منهما نصفه ويسعى في نصف قيمته لان كل واحد منهما يعتق في حال ويرق في حال فيعتق نصفه ويسعى في
نصف قيمته واذا اختلفا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه هذا اذا ولدت غلاما وجارية فاما اذا ولدت غلامين
وجاريتين والمسئلة بها فان ولدت غلامين ثم جاريتين عتقت الام لوجود الشرط وعتقت الجارية الثانية بعتقها وبقي
الغلامان والجارية الاولى ارقاء وان ولدت غلاما ثم جاريتين ثم غلاما عتقت الام لوجود الشرط والجارية الثانية
والغلام الثاني يعتق الام وان ولدت غلاما ثم جارية ثم غلاما ثم جارية عتقت الام لوجود الشرط والغلام الثاني والجارية
الثانية يعتق الام وان ولدت جاريتين ثم غلامين عتق الغلام الاول لوجود الشرط والغلام الثاني والجارية الثانية
يعتق الام وان ولدت جاريتين ثم غلامين عتق الغلام الاول لوجود الشرط وبقي من سواه رقيقا وكذلك اذا ولدت
جارية ثم غلامين ثم جارية عتق الغلام الاول لا غير لوجود شرط العتق في حقه لا غير وكذلك اذا ولدت جارية ثم
غلاما ثم جارية ثم غلاما عتق الغلام الاول لا غير لما قلنا وان لم يعلم بان اتفقا على انهم لا يعلمون أيهم الاول يعتق من
الاولاد من كل واحد بعده لان أحد الغلامين مع احدي الجاريتين رقيقان على كل حال لانه ليس لهما حال في
الحرية والجارية الاخرى والغلام الآخر يعتق كل واحد منهما في حال ويرق في حال فيعتق من كل واحد نصفه
فاصاب الجارية يكون بينهما وبين الجارية الاخرى نصفين اذ ليست احدهما ابولى من الاخرى فيعتق من كل
واحدة ربعا وكذلك ما أصاب الغلام يكون بينهما وبين الغلام الآخر نصفين لما قلنا وأما الام فيعتق منها نصفها لانه
ان سبق ولادة الغلام فتعتق لوجود الشرط وان سبقت ولادة الجارية لا تعتق فيعتق نصفها وتسعى في نصف قيمتها
وان اختلفوا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه لما قلنا ولو قال لها ان ولدت ما في بطنك فهو حر فان جاءت به لاقل
من ستة أشهر من يوم حلف عتق ما في بطنها وان جاءت به لسته أشهر فصاعد يعتق لانها اذا جاءت به لاقل من
سته أشهر تفتن بكونه موجودا وقت التعليق لان الولد لا يولد لاقل من ستة أشهر فتفتن بكونه داخل تحت الايجاب
واذا جاءت به لسته أشهر فصاعدا لم تفتن بوجوده بل يحتمل ان لا يكون موجودا ثم وجد بعد فلا يدخل تحت
الايجاب مع الشك وكذا اذا قال لها ما في بطنك حر الا ان ههنا يعتق من يوم حلف وفي الفصل الاول يوم تدلان
هناك شرط الولادة ولم تشترط ههنا ولو قال لها اذا حملت فانت حرة فولدت لاقل من سنتين أو لسنتين من وقت
الكلام لا تعتق وان ولدت لاكثر من سنتين تعتق لان يمينه يقع على حمل يحدث بعد اليمين فاذا ولدت لاقل من
سنتين أو لسنتين يحتمل انها كانت حبل من وقت الكلام لا تعتق وان ولدت لاكثر من سنتين أو لسنتين يحتمل انها
كانت حبل من وقت اليمين ويحتمل انه حدث الحمل بعد اليمين فيقع الشك في شرط ثبوت الحرية فلا تثبت الحرية مع
الشك فاما اذا ولدت لاكثر من سنتين فقد تيقنا ان الحمل حصل بعد اليمين لان الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين
فقد وجد شرط العتق وهو الحمل بعد اليمين فيعتق فان قيل أليس ان أصلكم ان الوطاء اذا كان مباحا تقدر مدة
الحبل بستة أشهر فلا قدرتم ههنا كذلك فالجواب ان ههنا من أصلنا فيما لم يكن فيه اثبات رجعة أو اعتاق بالشك ولو
جعلنا مدة الحمل ههنا ستة أشهر لكان فيه اثبات العتق بالشك وهذا لا يجوز ثم ان ولدت بعد المقالة لاكثر من سنتين

حتى عتقت وقد كان وطئها قبل الولادة فان وطئها قبل الولادة لاقل من ستة أشهر فعليه العقران وطئها قبل الولادة
لستة أشهر فصاعدا لا عقر عليه لانها اذا ولدت لاقل من ستة أشهر منذ وطئها علم انه وطئها وهي حامل لان الحمل
لا يكون اقل من ستة أشهر فاذا وضعت لاقل من ستة أشهر بعد الوطء علم ان العلوق حصل قبل هذا الوطء فيجب
عليه العقر لانه علم انه وطئها بعد ثبوت الحرية فاذا ولدت لستة أشهر فصاعدا من وقت الوطء يحتمل ان الحمل حصل
بذلك الوطء فلا يجب العقر لان الوطء لم يصادف الحرية ويحتمل انه حصل بوطء قبله فيجب العقر فيقع الشك في
وجوب العقر فلا يجب مع الشك وينبغي في الورع والتزهد اذا قال لها هذه المقالة ثم وطئها ان يعثرها حتى يعلم احمال
أم لا فان حاضت وطئها بعد ما طهرت من حيضها لجواز انها قد حملت بذلك الوطء فعتقت فاذا وطئها بعد ذلك كان
وطء الحرية فيكون حراما فيعثرها صيانة لنفسه عن الحرام فاذا حاضت تبين ان الحمل لم يوجد اذا الحامل لا ينحيز ولهذا
تستبرأ الجارية المشتراة بحبيضة لدلالة ما على فراغ الرحم ولو باع هذه الجارية قبل ان تلد ثم ولدت في يد المشتري ينظر
ان ولدت لاقل من سنتين أو لسنتين بعد اليمين يصبح البيع لجواز ان الولد حدث بعد اليمين فلا يبطل البيع بالشك وان
ولدت لاقل من سنتين بعد اليمين ينظر ان كان ذلك لاقل من ستة أشهر قبل البيع لا يجوز البيع لانه حدث الولد قبل
البيع فعتقت هي وولدها وبيع الحر لا يجوز وان كان ذلك لستة أشهر فصاعدا من وقت البيع فانها لا تعتق لان من
الجائز ان الولد حدث بعد البيع والبيع قد صح فلا يفسخ بالشك ولو قال لها ان كان حملك غلاما فانت حرة وان كان
جارية فهي حرة فكان حملها غلاما وجاهلية لم يعتق أحد منهم لان الحمل اسم لجميع ما في الرحم قال الله تعالى وأولات
الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن والمراد منه جميع ما في البطن حتى لا تنقضي العدة الا بوضع جميع ما في الرحم وليس
كل الحمل العسلام وحده ولا الجارية وحدها بل بعضها غلام وبعضه جارية فصارت جارية فان كان كل حملك غلاما
فانت حرة وان كان كل حملك جارية فهي حرة فولدت غلاما وجاهلية فلا يعتق أحدهم وكذلك لو قال ان كان ما في
بطنك لان هذا عبارة عن جميع ما في بطنها ولو قال ان كان في بطنك عتق العسلام والجارية لان قوله ان كان في بطنك
غلام ليس عبارة عن جميع ما في البطن بل يقتضي وجوده وقد وجد غلام ووجد أيضا جارية فعتقا ولو قال لها ان
كنت حبلى فانت حرة فولدت لاقل من ستة أشهر فهي حرة وولدها وان ولدت لستة أشهر أو أكثر لم يعتق لان اقل
مدة الحمل ستة أشهر فاذا أتت لاقل من ستة أشهر علم ان الحمل كان موجودا وقت اليمين فعتق الام لوجود شرط
عتقها وهو كونها حاملا وقت اليمين ويعتق الحمل بعثتها تبعها واذا أتت لستة أشهر أو أكثر لم يعتق لان يكون بحمل
حدث بعد اليمين فلا يعتق ويحتمل ان يكون بحمل موجود وقت اليمين فيعتق فوقع الشك في العتق فلا يعتق مع الشك
ومن هذا القبيل التدبير والاستيلاء لان كل واحد منهما تعليق العتق بشرط الموت الا ان التدبير تعليق بالشرط
قولا والاستيلاء تعليق بالشرط فعلا لكن الشرط فيهما يدخل على الحكم لا على السبب ولكل واحد منهما كتاب
مفرد وأما التعليق المحض بما سوى الملك ومبني على لا صورة فتحو ان يقول لا متة كل ولد تلدينه فهو حر وهذا ليس
بتعليق من حيث الصورة لانعدام حرف التعليق وهو ان واذا ونحو ذلك لان كلمة كل ليست كلمة تعليق بل هي كلمة
الاحاطة بما دخلت عليه لكنه تعليق من حيث المعنى لوجود معنى التعليق فيه لانه أوقع العتق على موصوف بصفة
وهو الولد الذي تلده فيتوقف وقوع العتق على اتصافه بتلك الصفة كما يتوقف على وجود الشرط المعلق به صريحا
في قوله ان ولدت ولدا أو ان دخلت الدار ونحو ذلك فكان معنى التعليق موجودا فيه فلا يصح الا اذا كانت الامة في
ملكه وقت التعليق حتى لو قال لامة لا يملكها كل ولد تلدينه فهو حر لا يصح حتى لو اشتراها فولدت منه ولدا لا يعتق
الولد لعدم الملك وقت التعليق وعدم الاضافة الى الملك وسببه و يصح اذا كانت الامة في ملكه وقت التعليق وقيام
الملك في الامة يكفي لصحته ولا يشترط اضافة الولادة الى الملك للصحة بان يقول كل ولد تلدينه وأنت في ملكي
فهو حر لما بينا فيما تقدم ثم ان ولدت في ملكه يعتق الولد لوجود الشرط في الملك وان ولدت في غير ملكه

لا يعتق لعدم الملك وتبطل الميمن لوجود الشرط كما اذا قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر فباعه فدخل الدار يبطل الميمن حتى لو اشتراه ثانيا فدخل الدار لا يعتق كذا هذا وعلى هذا اذا قال لعبد يملكه أولا يملكه كل ولد يولد له فهو حر فولد له ولد من أمة فان كانت الامة ملك الحالف يوم حلف عتق الولد والا فلا وينظر في ذلك الى ملك الامة لا الى ملك العبد لان الولد في الرق والحرية يتبع الام لا الاب فاذا كانت الامة على ملكه وقت التكلم فالظاهر بقاء الملك فيها الى وقت الولادة وملك الام سبب ثبوت ملك الولد قصار كانه قال كل ولد يولد له من أمة لي فهو حر فاذا لم تكن الامة مملوكة له في الحال فالظاهر بقاءه على العدم لا يوجد ملك الولد وقت الولادة ظاهر اقليم يوجد التعليق في الملك ولا الاضافة الى الملك فلا يصح هذا اذا ولد الولد من أمة مملوكة للحالف من نكاح فاما اذا ولد منها من سفاح بان زنى العلام بها فولدت منه هل يعتق أم لا فقد اختلف المشايخ فيه وهي من مسائل الجامع ولوقال لامته أول ولد تلديه فهو حر وان ولدت ولدا فهو حر فولدت ولد اميتا ثم ولدت ولدا حيا لا شك في انه لا يعتق الولد الميت وان كان الولد الميت ولدا حقيقيا وهل يعتق الولد الحى قال أبو حنيفة يعتق وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق وخاصل الكلام يرجع الى كيفية الشرط ان الشرط ولادة ولد مطلق أو ولادة ولد حى فنندم الشرط ولادة ولد مطلق فاذا ولدت ولدا ميتا فقد وجد الشرط فينحل الميمن فلا يتصور رنزول الجزاء بعد ذلك وعند أبي حنيفة الشرط ولادة ولد حى فلم يتحقق الشرط بولادة ولد ميت فيبقى الميمن فينزل الجزاء عند وجود الشرط وهو ولادة ولد حى وجه قوله ما ان الحالف جعل الشرط ولادة ولد مطلق لانه أطلق اسم الولد ولم يقيد بصفة الحياة والموت والولد الميت ولد حقيقى حتى تصير المرأة به نساء وتنقض به العدة وتصير الجارية أم ولده ولهذا لو كان المعلق عتق عبدا آخر أو طلاق امرأة نزل عند ولادة ولد ميت وكذا اذا قال لها ان ولدت ولدا فهو حر وعبدى فلان فولدت ولد اميتا عتق عبده ولو لم تكن هذه الولادة شرطاً لاعتق فاذا ولدت ولد اميتا فقد وجد الشرط لسكن المحل غير قابل للجزاء فينحل الميمن لا الى جزاء جزاء وتبطل كما اذا قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر فباعه قبل الدخول ثم دخل تنحل الميمن لكن لا الى جزاء حتى لو اشتراه ودخل لا يعتق وان أمكن تقييد التعليق بالملك كانه قال ان دخلت الدار وأنت فى ملكى مع ذلك لم يتقيد به كذا ههنا ولا يبي حنيفة ان الايجاب اضيف الى محل قابل للحرية اذا العاقل الذى لا يقصد ايجاب الحرية فيها لا يحتمل الحرية لانه سفه والقابل للحرية هو الولد الحى فيتقيد به كانه قال أول ولد يولد له حيا فهو حر كما اذا قال لا آخران ضربك فعبدى حر انه يتقيد بحال الحياة للمضروب حتى لو ضرب به بعد موته لا يحنث لعدم قبول المحل للضرب كذا ههنا ولا فرق سوى ان ههنا تقيد لنزول الجزاء وهناك تقيد لتحقيق الشرط بخلاف ما اذا علق بالولادة عتق عبدا آخر أو طلاق لمرأته لان هناك المحل المضاف اليه الايجاب قابل للمعاق والطلاق فلا ضرورة الى التقييد بحياة الولد كما اذا قال لها ان ولدت ولدا فانت حرة أو قال أول ولد تلديه فانت حرة فولدت ولد اميتا عتقت وههنا بخلافه وهو الجواب عن قوله اذا ولدت ولدا فهو حر وعبدى فلان ان ولادة الولد الميت تصلح شرطاً في عتق عبدا آخر لكون المحل قابلاً للتعلق ولا تصلح شرطاً في عتق الولد لعدم قبول المحل ويجوز أن يعلق بشرط واحد جزاء أن ثم ينزل عند وجود أحد ههنا دون الآخر لما منع كمن قال لامرأته اذا حضت فانت طالق وفلانة معك فقالت حضت فكذبها يقع الطلاق عليها ولا يقع على الاخرى وان كان الشرط واجدا كذا هذا وأما التعليق بدخول الدار فانه لم يتقيد بالملك لان التقييد للتصحيح والايجاب هناك صحيح بدون الملك لقبول المحل العتق عند وجود الشرط ألا ترى انه يقف على اجازة المالك والباطل لا يقف على الاجازة وانما الملك شرط النفاذ أما ههنا فلا وجه لتصحيح الايجاب في الميت رأسا لعدم احتمال المحل اذ لا سبيل الى اعتناق الميت بوجه فدعت الضرورة الى التقييد بصفة الحياة وذكر محمد في الاصل اذا قال أول عبد يدخل على فهو حر فدخل عليه عبد ميت ثم حى عتق الحى ولم يذكركم خلافاً من أصحابنا من قال هذا قول أبي حنيفة خاصة لان ما أضيف اليه الايجاب وهو العبد لا يحتمل الوجوب الا بصفة الحياة فصار

كانه قال أول عبد يدخل على حيا فهو حر كافي الولادة فأما على قولهما فلا يعتق لان الخالف أطلق اسم العبد فيجري
 على إطلاقه ولا يقيد بحياة العبد كافي الولادة ومنهم من قال هذا قولهم جميعا قال القدوري وهو الصحيح لانه علق
 العتق باسم العبد والعبد اسم للمرقوق وقد بطل الرق بالموت فلم يوجد الشرط بادخاله عليه فيعتق الثاني لوجود الشرط في
 حقه بخلاف الولد لان الولد اسم للمولود والميت مولود حقيقة فان قيل الرق لا يبطل بالموت بدليل انه يجب على المولى
 كفن عبده الميت فالجواب ان وجوب الكفن لا يدل على الملك ألا ترى ان من مات ولم يترك شيئا فكفنه على
 أقاربه وان لم يكن هناك ملك واذا زال ملكه عن الميت صار الثاني أول عبد من عبيده ادخل عليه فوجد الشرط فيعتق
 ومن هذا القبيل قول الرجل كل مملوك لي فهو حر ويقع على مافي ملكه في الحال حتى لو لم يكن ملك شيئا يوم الحلف
 كان اليمين لغوا حتى لو ملكه في المستقبل لا يعتق لان هذا الكلام لا يستعمل الا للحال فلا يتعلق به عتق ما ليس بمملوك
 له في الحال وكذا اذا علق بشرط قدم الشرط وأخر بان قال ان دخلت هذه الدار فكل مملوك لي حرا وقال اذا دخلت
 أو اذا ما دخلت أو متى دخلت أو متى ما دخلت أو قال كل مملوك لي حرا ان دخلت الدار فهذا كله على مافي ملكه يوم
 حلف وكذا اذا قال كل مملوك أملكه ولا نية له لان صيغة أفعل وان كانت تستعمل للحال والاستقبال لكن عند
 الاطلاق يراد به الحال عرفا وشرعا ولغة أما العرف فان من قال فلان يأكل أو يفعل كذا يراد به الحال أو يقول الرجل
 أنا أملك ألف درهم يراد به الحال وأما الشرع فان من قال أشهد أن لا اله الا الله يكون مؤمنا ولو قال أشهد أن فلان
 على فلان كذا يكون شاهدا ولو قال أقران فلان على كذا أصبح اقراره وأما اللغة فان هذه الصيغة موضوعة للحال
 على طريق الاصل لانه ليس للحال صيغة أخرى وللاستقبال السين وسوف فكانت الحال أصلا فيها والاستقبال
 دخيلا فنقد الاطلاق يصرف الى الحال ولو قال عنيت به ما مستقبل ملكه عتق مافي ملكه للحال وما استحدث الملك فيه
 لما ذكرنا ان ظاهر هذه الصيغة للحال فاذا قال أردت به الاستقبال فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق فيه
 ويصدق في قوله أردت ما يحدث ملكي فيه في المستقبل فيعتق عليه باقراره كما اذا قال زينب طالق وله امرأة مروة
 بهذا الاسم ثم قال لي امرأة أخرى بهذا الاسم عنيتها طلقت المروفة بظاهر هذا اللفظ والمجهولة باعترافه كذا ههنا
 وكذا لو قال كل مملوك أملكه الساعة فهو حران هذا يقع على مافي ملكه وقت الحلف ولا يعتق ما يستفاده بعد ذلك
 الا أن يكون نوى ذلك فيلزمه ما نوى لان المراد من الساعة المذكورة هي الساعة المعروفة عند الناس وهي الحال لا
 الساعة الزمانية التي يذكرها المتجمعون فيتناول هذا الكلام من كان في ملكه وقت التكلم لا من يستفاده بعده فان
 قال أردت به من أستفاده في هذه الساعة الزمانية يصدق فيه لان اللفظ يحتمله وفيه تشديد على نفسه ولكن لا
 يصدق في صرفه اللفظ عن من يكون في ملكه للحال سواء أطلق أو علق بشرط قدم الشرط أو أخر بان قال ان دخلت
 الدار فكل مملوك أملكه حرا وقال كل مملوك أملكه حرا ان دخلت الدار فهذا الاول سواء في ان اليمين انما يتعلق
 بما في ملكه يوم حلف لانه علق العتق بشرط فيتناول مافي ملكه لا ما يستفاده كما اذا قال كل عبد يدخل الدار فهو حر
 فان قال أردت به ما استحدث ملكه عتق مافي ملكه اذا وجد الشرط باليمين وما استحدث باقراره لانه لا يصدق في
 صرف الكلام عن ظاهره ويصدق في التشديد على نفسه فان لم يكن في ملكه يوم حلف مملوك فاليمين لغوا وان دخلت الدار
 الحال فإذا لم يكن له مملوك للحال لا تنعقد اليمين لانعدام الخلو عليه بخلاف قوله ان كلمت فلانا أو ان دخلت الدار
 فكل مملوك اشتريه فهو حر أو كل امرأة أنز وخبأ في طالق لان قوله أشترى أو أنز وج لا يحتمل الحال فاقضى
 ملكا مستأثرا وقد جعل الكلام أو الدخول شرطا لا انعقاد اليمين فيمن بشرى أو أنز وج فيعتبر ذلك بعد اليمين ولو
 قال كل مملوك أملكه اليوم فهو حر ولا نية له وله مملوك فاستفاد في يومه ذلك مملوكا آخر عتق مافي ملكه وما استفاد
 ملكه في اليوم لو قال هذا الشهر أو هذه السنة لانه لما وقت باليوم أو الشهر أو السنة فلا بد وان يكون التوقيت مقيدا
 ولو لم يتناول الا مافي ملكه يوم الحلف لم يكن مقيدا فان قال عنيت به أحد الصنفين دون الآخر يدين في القضاء لانه

نوى تخصيص الصوم وأنه خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله عز وجل لأن الله مطلع على نيته ولو قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له ذلك محمد في الجامع أنه يعتق من ماله في غدا ومن كان في ملكه قبله وهو قوله في الاملاء أيضا وهو إحدى روايتي ابن سبابة عنه وقال أبو يوسف لا يعتق الا من استفاد ملكه في غدا ولا يعتق من جاء غدا وهو في ملكه وهو إحدى روايتي ابن سبابة عن محمد وجه قول خمدانه أو جب العتق لكل من يضاف اليه الملك في غدا فيتناول الذي ملكه في غدا والذي ملكه قبل الغدا كأنه قال في الغدا كل مملوك أملكه اليوم فهو حر فيتناول الكل وجه قول أبي يوسف ان قوله أملك ان كان للحال عند الاطلاق ولكنه لما أضاف العتق الى زمان في المستقبل انصرف الى الاستقبال بهذه القرينة كما ينصرف اليه بقرينة السين فلا يتناول الحال وعلى هذا الخلاف اذا قال كل مملوك أملكه رأس شهر كذا فهو حر ورأس الشهر الليلة التي يهل فيها الهلال ومن الغدا الى الليل وكان القياس أن يكون رأس الشهر أول ساعة منه لأن رأس كل شهر ما رأس عليه وهو أوله الا أنهم جعلوه اسما لما ذكرنا للعرف والعادة فانه يقال في العرف والعادة لأول يوم من الشهر هذا رأس الشهر وروى ابن سبابة عن أبي يوسف فيمن قال كل مملوك أملكه يوم الجمعة فهو حر قال ليس هذا على ما في ملكه انما هو على ما يملكه يوم الجمعة فهذا على أصل أبي يوسف صحيح لانه أضاف العتق الى زمان مستقبل فان قال كل مملوك لي حر يوم الجمعة فهذا على من في ملكه يعتقون يوم الجمعة ليس هو على ما يستقبل لانه عقد يمينه على من في ملكه في الحال وجعل عتقهم موقتا بالجمعة فلا يدخل فيه الاستقبال فاما اذا قال كل مملوك أملكه اذا جاء غدا فهو حر فهذا على ما في ملكه في قولهم لانه جعل محي الغدا شرطا لثبوت العتق لا غير فيعتق من في ملكه لكن عند محي غدا والله عز وجل أعلم ومن هذا القيسل الاعتاق المضاف الى المجهول عند بعض مشايخنا لانه تعليق معنى لا صورة ولا يثبت العتق في أحدهما قبل الاختيار وانما ثبت عند الاختيار في أحدهما عينا وهو الذي يختار العتق فيه مقصورا على الحال كأنه علق عتق أحدهما بشرط اختيار العتق فيه كالتعليق بسائر الشروط ومن دخول الدار وغير ذلك الا انه ثمة الشرط يدخل على السبب والحكم جميعا وهنا يدخل على الحكم لا على السبب كالتدبير والبيع بشرط الخيار كذا قال بعض مشايخنا في كيفية الاعتاق المضاف الى المجهول وبعضهم نسب هذا القول لابن يوسف وبتال انه قول أبي حنيفة أيضا وقال بعضهم هو تنجيز العتق في غير العتق للحال واختيار العتق في أحدهما بيان وتعيين لمن وقع عليه العتق بالكلام السابق من حين وجوده وبعضهم نسب هذا القول الى محمد والحاصل ان الخلاف في كيفية هذا التصرف على الوجه الذي وصفنا غير منصوص عليه من أصحابنا لكنه مدلول عليه ومشار اليه أما الدلالة فانه ظهر الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد في الطلاق فيمن قال لا أمرأته احدا كما طالق ان العدة تعتبر من وقت الاختيار في قول أبي يوسف والعدة انما تنجب من وقت وقوع الطلاق فيدل على ان الطلاق لم يكن واقعا وانما يقع عند الاختيار مقصورا عليه وفي قول محمد تعتبر من وقت الكلام السابق وهذا يدل على ان الطلاق قد وقع من حين وجوده وانما الاختيار بيان وتعيين لمن وقع عليها الطلاق وأما الإشارة فانه روى عن أبي يوسف انه قال اذا أعتق أحد عبديه تعلق العتق بدمته ويقال له أعتق وهذا إشارة الى ان العتق غير نازل في الحل اذ لو كان نازلا لما كان معلقا بالذمة ومعنى قوله يقال له أعتق أي اختر العتق لاجتماعنا على انه لا يكلف بانشاء الاعتاق وذلك محمد في الزيادات يقال له بين وهذا إشارة الى الوقوع في غير المعين لان البيان للموجود لا للمعدوم والى هذا ذهب الكرخي والقنوري وحققا الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد الا ان القنوري حكى عن الكرخي انه كان يفرق بين العتاق والطلاق فيجعل الاختيار بيانا في الطلاق بالاجماع من قبل ان العتاق يحتمل الثبوت في الذمة والطلاق لا يحتمل قال وكان غيره من أصحابنا يسوي بينهما لان الطلاق أيضا يحتمل الثبوت في الذمة في الجملة ألا ترى ان الفرقه واجبة على العنين وانما يقوم القاضي مقامه في التفريق وهو الصحيح انهما يستويان لان تعلق العتق بالذمة ليس معناه الا انعقاد سبب الوقوع من غير وقوع وهو معنى حق الحرية دون

الحقيقة وهما في هذا المعنى مستويان وجه القول الاول ان قوله احد كما حرتنجيز الحرية في أحدهما وليس بتعليق حقيقة لا نعدا حرف التعليق الا انه تنجيز في غير المعين فيتعين بالاختيار ووجه القول الثاني ان العتق اما ان يثبت باختيار العتق واما ان يثبت بالكلام السابق والثاني لا سبيل اليه لان اختيار العتق لم يعرف اعتاقا في الشرع الا ترى انه لو قال لعبده اخترت عتقك لا يعتق فلا بد وان يثبت بالكلام السابق فلا يخلو اما ان يثبت حال وجوده في أحد هما غير عين ويتعين باختياره واما ان يثبت عند وجود الاختيار في أحدهما عيناً وهو تفسير التعليق بشرط الاختيار لا وجه للاول لانه بما يختار غير الحرف فيلزم القول بانتقال الحرية من الحر الى الرقيق أو انتقال الرق من الرقيق الى الحر أو استرقاق الحر والاول محال والثاني غير مشروع فتعين الثاني ضرورة وهي ان يثبت العتق عند وجود الاختيار بالكلام السابق مقصورا على حال الاختيار وهو تفسير التعليق ثم القائلون بالبيان اختلفوا في كيفية البيان منهم من قال البيان اظهر محض ومنهم من قال هو اظهر من وجهه وانشاء من وجهه واستدلوا بما ذكر محمد في الزبادات في موضع يقال له بين وفي موضع يقال له أعتق وزعموا ان المسائل تتخرج عليه وهذا غير سديد لان القول الواحد لا يكون اظهارا وانشاء اذ الانشاء اثبات أمر لم يكن والاظهار إبداء أمر قد كان وبينهما تناف وثمرة هذا الاختلاف تظهر في الاحكام وانها في الظاهر متعارضة بعضها يدل على صحة القول الاول وبعضها يدل على صحة القول الثاني ونحن نشير الى ذلك اذا اتينا الى بيان حكم الاعتاق وبيان وقت ثبوت حكمه فاما ترجيح أحد القولين على الآخر ونخرج المسائل عليه فذكران في الخلافات وأما التعليق بالملك أو بسببه صورة ومعنى فتعنوان بقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فانت حر أو ان اشتريتك فانت حر وانه صحيح عندنا حتى لو ملكه أو اشتراه يعتق وان لم يكن الملك موجودا وقت التعليق وقال الشافعي لا يصح ولا يعتق وقال بشر المريسي يصح التعليق بالملك ولا يصح بسبب الملك وهو الشراء أما الكلام مع الشافعي فعلى نحو ما ذكرنا في كتاب الطلاق وأما مع بشر فوجه قوله ان اليمين بالطلاق والعتاق لا يصح الا في الملك أو مضافا الى الملك ولم توجد الاضافة الى الملك لان الشراء قد يفيد الملك للمشتري وقد لا يفيد كالشراء بشرط الخيار وشراء الوكيل فلم توجد الاضافة الى الملك فلا يصح بخلاف قوله ان ملكتك ولنا ان مطلق الشراء ينصرف الى الشراء المتعارف وهو الشراء لنفسه ومن غير شرط الخيار وانه من أسباب الملك فكان ذكره ذكر الملك والاضافة اليه اضافة الى الملك كانه قال ان ملكتك فانت حر ولانه لما علق العتق بالشراء ولا بد من الملك عند الشراء لثبوت العتق كان هذا تعليقا للعتق بالشراء الموجب للملك كانه قال ان اشتريتك شراء موجبا للملك فانت حر فاذا اشتراه شراء موجبا للملك فقد وجد الشرط فيعتق ولو قال ان تسربت جارية ففهي حرة فاشتري جارية ففسرها لا تعتق عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تعتق ولو تسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت بالاجماع وجه قول زفر انه وجدت الاضافة الى الملك لان التسرى لا يصح بدون الملك فكانت الاضافة الى التسرى اضافة الى الملك فيصح التعليق ولنا انه لم يوجد الملك وقت التعليق ولا الاضافة الى الملك والكلام فيه ولا الى سبب الملك لان التسرى ليس من أسباب الملك ألا ترى انه يتحقق في غير الملك كالجارية المنصوبة واليمين بالعتاق والطلاق لا يصح الا في الملك أو مضافا الى الملك أو بسببه ولم يوجد شيء من ذلك وأما قوله ان التسرى لا صحته بدون الملك فهذا مسلم ان الملك شرط صحة التسرى وجوازه لكن الخالف جعل وجوده شرط العتق والتسرى نفسه يوجد من غير ملك فلم يكن التعليق به تعليقا بسبب الملك فلم يصح ثم اختلف في تفسير التسرى قال أبو حنيفة ومحمد هو ان يطأها ويحصنها ويمنعها من الخروج والبر وزسوا طلب منها الولد أو لم يطلب وقال أبو يوسف طلب الولد مع التحصين شرط وجه قوله ان الانسان يطأ جاريته ويحصنها ولا يقال لها سرية وانما يقال ذلك اذا كان يطلب منها الولد أو تكون أم ولده هذا هو العرف والمادة ولهما انه ليس لفظ التسرى ما يدل على طلب الولد لانه لا يخلو اما ان يكون مأخوذا من السرو وهو الشرف فتسمى الجارية سرية بمعنى انه أسرى الجوازي أي أسرفهن واما

ان يكون مأخوذا من السر وهو الجامع قال الله تعالى ولكن لا تواعدوهن سرا قيل جماعا وليس في أحدهما ما ينبي عن طلب الولد ولو وطئ جارية كانت في ملكه يوم الحلف فعلمت منه لم تعتق لعدم التسري لانه لم يوجد منه الا الوطء والوطء وحده لا يكون تسرا بلا خلاف فلم يوجد شرط العتق فلا تعتق ولو قل لا مرة حرة أن ملكتك فانت حرة أو قال لها ان اشتريتك فانت حرة فارتدت عن الاسلام ولحققت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الخالف ذكر محمد في الجامع أن على قياس قول أبي حنيفة لا تعتق وعند أبي يوسف ومحمد تعتق يعني به قياس قوله في المكاتب والعبد المأذون اذا قال كل عبد أملكه فيما استقبل فهو حر أو قال كل عبد أشتريه فهو حر فيعتق ثم ملك عبدا أو اشترى عبدا على قول أبي حنيفة لا يعتق وعلى قوله ما يعتق والمسئلة تأتي في موضعها ولو قال لامة لا يملكها ان اشتريتك فانت حرة بعد موتي فاشتريها صارت مدبرة لانه علق تدبيرها بسبب الملك وهو الشراء لان قوله انت حرة بعد موتى صورة التدبير وقد علقه بالشراء فيصير عند الشراء قائلا أنت حرة بعد موتى وأما التعليق بالملك أو بسببه معنى لا صورة فهو ان يقول الحر كل مملوك أملكه فيما يستقبل فهو حر فيعتق العتق بملك يستفده لانه نص على الاستقبال وروى ابن سباعة عن محمد في النوادر اذا قال كل جارية أشتريها الى سنة فهي حرة فكل جارية يشتريها الى سنة فهي حرة ساعة يشتريها قال وان قال كل جارية أشتريها فهي حرة الى سنة فاشترى جارية لم تعتق الى سنة لانه في الفصل الاول عقد يمينه على الشراء في السنة فتعتق كل جارية يشتريها في السنة ساعة الشراء كانه قال عند الشراء أنت حرة فتعتق وفي الفصل الثاني جعل الشراء شرط العتق مؤقت بالسنة فكانه قال بعد الشراء أنت حرة الى سنة قال ولو قال كل مملوك أشتريه فهو حر غدا فهذا عندى على كل مملوك يشتريه قبل الغد وان اشترى مملوكا غدا لا يعتق لانه جعل الشراء شرط الزوال حرية مؤقتة بوجود الغد فلا بد من تقدم الملك على الغد لينزل العتق الموقت به ولو قال كل مملوك أملكه الى ثلاثين سنة فهذا على ما يستقبل ملكه في الثلاثين سنة أولها من حين حلف بعد سكونه في قولهم جميعا ولا يكون على ما في ملكه قبل ذلك لانه لم أضاف العتق الى الاستقبال تعين اللفظ للمستقبل واذا انصرف الى الاستقبال لا يحمل على الحال اذ اللفظ الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين بخلاف قوله غدا عند محمد لان ذلك ليس أصلا الى الاستقبال بل هو ايقاع عتق على موصوف بصفة فيتناول كل من كان على تلك الصفة وكذلك اذا قال كل مملوك أملكه ثلاثين سنة أو في ثلاثين سنة أو قال أملكه الى سنة أو سنة أو في سنة أو قال أملكه أبدا أو الى ان أموت فهذا كله باب واحد يدخل فيه ما يمتنع دون ما كان في ملكه لانه أضاف الحرية الى المستقبل فان قال أردت بقولي كل مملوك أملكه سنة ان يكون ما في ملكه يوم حلف مستداما سنة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في القضاء لان الظاهر انه انما وقت السنة لاستفادة الملك لا لاستمرار الملك القائم فلا يصدق في العدول عن الظاهر ولو قال ان دخلت الدار فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حرا وقال اذا قدم فلان فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حر ولا نية له عتق ما في ملكه يوم دخل الدار لانه علق عتق كل عبد يكون مملوكا له يوم الدخول بالدخول لان معنى قوله يومئذ أي يوم الدخول هذا هو مقتضى اللغة لان تقديره يوم اذا دخل الدار لانه حذف الفعل وعوض عنه بالتنوين فيعتق كل ما كان مملوكا له يوم الدخول فكانه قال عند الدخول كل مملوك لي فهو حر وسواء دخل الدار ليلا أو نهارا لان اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق قال الله سبحانه وتعالى ومن يومهم يومئذ بره الا متحر فالنتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير وهذا الوعد يلحق المولى بدبره ليلا ونهارا ولا ن غرض الخالف الامتناع من تحصيل الشرط فلا يختص بوقت دون وقت ولو قال كل مملوك أشتريه فهو حر ان كلمت أو اذا كلمت فلانا أو اذا جاء غدا ولا نية له فهذا يقع على ما يشتريه قبل الكلام فكل مملوك اشتراه قبل الكلام ثم تسلم عتق وما اشتراه بعد الكلام لا يعتق ولو قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا أو اذا كلمت فلانا أو اذا جاء غدا فكل مملوك أشتريه فهو حر فهذا على ما يشتريه بعد الكلام لا قبله حتى لو كان اشترى ماله قبل الكلام ثم كلم لا يعتق واحدهن وما اشترى بعده يعتق ووجه الفرق ان في

الفصل الاول جعل الكلام شرط انحلال العيّن لان قوله كل مملوك أشتريه فهو حر عيّن تامة لوجود الشرط والجزاء
 فاذا قال ان كلمت فلانا فقد جعل كلام فلان غاية لانحلالها فاذا كلمه انحلت فلا يدخل ما بعد الكلام كقوله كل
 مملوك لي حر ان دخلت الدار وفي الفصل الثاني جعل كلام فلان شرط انعقاد العيّن فاذا كلمه الآن انعقدت العيّن
 فيدخل فيه ما بعده لا ما قبله فيصير كأنه قال عند الكلام كل مملوك أشتريه فهو حر وذلك يتناول المستقبل ولو قال كل
 مملوك أشتريه اذا دخلت الدار فهو حر او قال ان قدم فلان فهذا على ما يشتري بعد الفعل الذي حلف عليه ولا يعتق
 ما يشتري قبل ذلك الا ان يعينهم لانه جعل دخول الدار شرطا لان انعقاد العيّن فيصير عند دخول الدار كأنه قال كل مملوك
 أشتريه فهو حر والدليل على انه جعل دخول الدار شرطا لان انعقاد العيّن ان قوله كل مملوك أشتريه شرط وقوله اذا دخلت
 الدار شرط آخر ولا يمكن ان يجعل شرط واحد لعدم حرف العطف ولا سبيل الى الغاء الشرط الثاني لان الغاء تصرف
 العاقل مع امكان تصحيحه خارج عن العقل ولتصحيحه وجهان احدهما ان يجعل الشرط الثاني مع جزائه يمينا وجزاء
 الشرط الاول وحينئذ لا بد من ادراج حرف الفاء لان الجزاء المتعقب للشرط لا يكون بدون حرف الفاء وفيه تغيير
 والثاني ان يجعل شرط الانعقاد وفيه تغيير أيضا يجعل المقدم من الشرطين مؤخرًا الا ان التغيير فيه أقل لان فيه تبديل
 محل الكلام لا غير وفي الاول اثبات ما ليس بثابت فكان الثاني أقل تغييرا فكان التصحيح به أولى وتسمى هذه العيّن
 العيّن المعتزلة لا اعتراض شرط بين الشرط والجزاء ولو نوى الوجه الاول صحت نيته لان اللفظ يحمله ولهذا قال محمد
 الا ان يعنى غير ذلك فيكون على ما عني ولو قال المكاتب أو العبد المأذون كل عبيد أملكه فهو حر فعتق ثم ملك عبدا
 لا يعتق لان قوله أملك للحال لما يتناول له الحال نوع ملك الا انه غير صالح للاعتاق فتتحلل العيّن لا الى جزاء ولو قال كل
 مملوك أملكه اذا اعتقت فهو حر فعتق فملك عبدا عتق لانه علق العتق بالملك الحاصل له بعد عتقه وانه ملك صالح
 للاعتاق فصحت الاضافة بخلاف الصبي اذا قال كل مملوك أملكه بعد البلوغ فهو حر ثم بلغ فملك عبدا انه لا يعتق
 لان الصبي ليس من أهل الاعتاق تنجيزا وتعليقا لكونه من التصرفات الضارة بالحضرة فاما العبد فهو من أهله لكونه
 عاقلا بالغًا الا انه لا ينفذ تنجيز العتق منه لعدم شرطه وهو الملك الصالح فاذا علق بملك يصلح شرطه صح ولو قال كل
 مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر او قال كل مملوك أشتريه فهو حر فعتق فملك بعد ذلك عبدا أو اشتري عبدا لا يعتق
 عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يعتق وجه قولهما ان قوله أملكه فيما استقبل يتناول كل ما يملكه الى آخر عمره
 فيعمل بعموم اللفظ كما في الحر ولو ان في الحمل على الاستقبال تصحيح تصرفه وفي الحمل على الحال ابطال فكان الحمل
 على الاستقبال أولى ولا يبي حنيفة ان للمكاتب نوع ملك ضروري ينسب اليه في حالة الرق في حالة الكتابة بمنزلة
 المجاز لقابلية الملك المطلق ألا ترى الى قول النبي صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال الحديث أضاف المال اليه بلام
 الملك دل ان له نوع ملك فهو مراد بهذا الايجاب بالاجماع بدليل انه لو قال ان ملكت هذا العبد بعينه في
 المستقبل فهو حر فملكه في حال الكتابة فباعه ثم اشتراه بعد ما صار حر لا يعتق وتحلل العيّن بالشراء الاول
 لان الملك المجازي مراد فخرجت الحقيقة عن الارادة كي لا يؤدي الى الجمع بين الحقيقة والمجاز في
 لفظ واحد وقد قالوا في عبد قال الله تعالى على عتق نسمة أو اطعام مسكين لزمه ذلك وكان عليه اذا عتق
 لان هذا الايجاب الاعتاق والاطعام في الذمة وذمته تحتمل الايجاب فيصير ويلزمه الخروج عنه بعد العتق ولو قال ان
 اشتريت هذا العبد فهو حر وان اشتريت هذه الشاة فهي هدى لم يلزمه ذلك في قياس قول أبي حنيفة حتى يضيف الى
 ما بعد العتق فيقول ان اشتريته بعد العتق وقال أبو يوسف ومحمد يلزمه لان من أصل أبي حنيفة أن العبد يضاف اليه
 الشراء في الحال وان كان بمنزلة المجاز بمقابلة الشراء بعد الحرية والمجاز مراد فلا تكون الحقيقة مرادة ومن أصلهما ان
 هذا يتناول ما يستقبل من الشراء في عمره وتصحيح العيّن أيضا أولى من ابطالها وقد قالوا جميعا في مكاتب أو عبيد قال
 ان دخلت هذه الدار فعتق هذا حر ثم اعتق فدخل الدار لم يعتق العبد لان هذا الملك غير صالح للعتق ولم توجد

الاضافة الى ما يصلح وقالوا في حر قال لامرأة حرة اذا مملكتك فانت حرة واذا اشتريتك فانت حرة فارتدت
 ولحق بدار الحرب ثم سببت فاشتراها الخالف انها لا تعتق في قياس قول أبي حنيفة وعندهما تعتق بناء على أن من
 أصل أبي حنيفة أنه يحمل الملك أو الشراء على ما يقبله المحل في الحال وهو ملك النكاح وهنا والشراء أيضا يصلح عبارة
 عن سبب هذا الملك وهو النكاح والحرية أيضا تصلح عبارة عما يبطله وهو الطلاق وكلام أبي حنيفة في هذا الفصل
 ظاهر لأن المين يحمل على ما يسبق الى الا وهام ولا تنصرف الا وهام الى ارتدادها ولحقها بدار الحرب وسببها لان
 ذلك غير مظنون بالمسألة فكان صرف كلامه الى ما ذكرنا أولى من صرفه الى ما تسبق اليه الا وهام ومن أصلهما أنه
 يحمل مطلق الملك على الملك الحقيقي الصالح للاعتاق وهو الذي يوجد بعد السبي ولو قال لها اذا ارتدت وسببت
 فملكك أو اشتريتك فانت حرة فكان ذلك عتق في قولهم لأنه أضاف العتق الى الملك الحقيقي فيضاف اليه والله
 عز وجل أعلم ومن هذا القبيل اذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشتري عبدا اعتق لان الاول اسم لفرد سابق وقد
 وجد ولو اشتري عبدين معاً لم يعتق أحدهما لانه ان وجد معنى السبق فلم يوجد معنى التفرد فان اشتري عبدين معاً
 ثم اشتري آخر لم يعتق الثالث لانه ان وجد فيه معنى التفرد فقد انعدم معنى السبق وقد استشهد محمد في الكتاب لبيان
 الثالث ليس باول أنه لو قال آخر عبد أشتريته فهو حر فاشتري عبدين معاً ثم مات المولى أنه يعتق الثالث
 فدل أنه آخر واذا كان آخر الا يكون أو لا ضرورة لاستحالة كونه ذات واحدة من المخلوقين أولاً وآخره ولو قال أول
 عبد أشتريه واحد فهو حر عتق الثالث لانه اعتق عبداً يتصف بكونه فرداً سابقاً في حال الشراء وقد وجد هذا
 الوصف في العبد الثالث ولو قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشتري عبداً ثم يشتري غيره حتى مات المولى لم يعتق لان
 الآخر اسم لفرد لاحق وهذا فرد سابق فكان أولاً وآخره ولو اشتري عبداً ثم مات المولى عتق الثاني لانه
 آخر عبد اشتراه واختلف في وقت ثبوت العتق فعند أبي حنيفة يعتق يوم اشتراه وعند أبي يوسف ومحمد يوم مات
 وجه قولهما أنه علق العتق بصفة الأخيرة وانما يتحقق عند موته اذا لم يشتريه الآخر الا ترى أنه لو اشتري بعده عبداً
 آخر حر مومن أن يكون آخراً فيتوقف انصافه بكونه آخر على عدم الشراء بعده ولا يتحقق ذلك الا بالموت لابي
 حنيفة أنه لا يشتري آخر بعده حتى مات تبين أنه كان آخر يوم اشتراه الا أنا كنا لا نعرف ذلك لجواز أن يشتري آخر
 بعده فتوقفنا في تسميته آخر اذا لم يشتري آخر حتى مات زال التوقف وتبين أنه كان آخر من وقت الشراء ولو اشتري
 عبداً ثم عبدين معاً لم يعتق أحدهما الا بالاول فلا شك فيه لانه أول فلا يكون آخره الا بالآخران فلا ان الآخر اسم لفرد
 لاحق ولم يوجد معنى التفرد فلا يعتق أحدهما وأما بيان ما يظهر به وجود الشرط للخالف لا يخلو اما أن يكون مقراً
 بوجود الشرط واما أن يكون منكراً وجوده فان كان مقراً يظهر باقراره كأنما كان من الشرط وان كان منكراً فان
 كان الشرط مما لا يعرف الا من قبل المخلوف بمتعة كشيئة ومحبة وبغضة والحیض ونحو ذلك يظهر بقوله واذا اختلفا
 كان القول قوله لانه اذا كان أمراً لا يعرف الا من قبله كان الظاهر شاهداً له فكان القول قوله وان كان أمراً يمكن
 الوصول اليه من قبل غيره كدخول الدار وكلام زيد وقدوم عمرو ونحو ذلك اذا اختلفا لا يظهر الا ببينة تقوم عليه من
 العبد ويكون القول عند عدم البينة قول المولى لان العبد يدعى عليه العتق وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه
 ولو كان الشرط ولادة الامه بان قال لها ان ولدت فانت حرة فقالت ولدت فكذبها المولى فشهدت امرأة على الولادة
 لا تعتق عن أبي حنيفة حتى يشهد بالولادة رجلان أو رجل وامرأتان وعندهما تعتق بشهادة امرأة واحدة ثقة والمسئلة
 مرت في فصول العدة من كتاب الطلاق وأما الثالث وهو بيان من يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الاعتاق
 المضاف اليه ومن لا يدخل فنقول وبالله التوفيق يدخل تحت عبد الرهن والوديعة والآبق والمغصوب والمسلم
 والكافر والذكر والاتی لا نعدم الخلل في الملك والاضافة ولو قال غنيت به الذكور دون الاناث لم يدين في القضاء
 لانه ادخل كلمة الاحاطة على المملوك فاذا نوى به البعض فقد نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر فلا

يصديق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ويدخل فيه المذبذب والمذبرق وأم الولد
 وولدهما لما قلنا ألا ترى أن للمولى أن يطأ المذبرة وأم الولد مع أن حل الوطء منفي شرعا إلا باحد نوعي الملك مطلقا
 بقوله تعالى والذين هم لفر وجهم حافظون الاعلى أزواجهم أو ما ملكت أيما منهم فانهم غير مملومين ولا يدخل فيه
 المكاتب إلا ان يعينه لانه خرج عن يده بعقد الكتابة وصار حرا إذا فاختل الملك والاضافة فلا يدخل تحت
 اطلاق اسم المملوك ولهذا لا يحل له وطؤها ولو وطئها يلزمه العقر وان عني المكاتبين عتقوا لان الاسم يحمل
 ما عني وفيه تشديد على نفسه فيصدق وكذا لا يدخل فيه العبد الذي اعتق بعضه لانه حر عندهما وعند بمنزلة
 المكاتب ويدخل عبده المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن لما قلنا وأما عبيد عبده المأذون إذا لم يكن عليه دين
 فهل يدخلون قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يدخلون إلا أن ينوبهم وقال محمد يدخلون من غير نية وجه قوله انه اذا
 لم يكن على العبد دين فعبد عبده ملكه بلا خلاف فيعتق ولهما أن في الاضافة اليه قصور ألا ترى أنه يقال هذا عبد
 فلان وهذا عبد عبده فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الابالية لانه لما نوى فقد اعتبر الملك دون الاضافة والحاصل
 أن محمد اعتبر نفس الملك ولا خلل في نفسه وهما يعتبران معه الاضافة وفي الاضافة خلل واعتبارهما أولى لان الخلف
 اعتبر الامرين جميعا بقوله كل مملوك لي فإلم يوجد على الإطلاق لا يعتق وان كان على عبده دين محيط برقبته وبما
 في يده لم يعتق عبيده عند أبي حنيفة وان نواهم بناء على أصله أن المولى لا يملك عبد عبده المأذون المديون ديناً مستغرقاً
 لرقبته وكسبه وقال أبو يوسف ان نواهم عتقوا لانهم مملوكه الا انهم لا يضافون اليه عند الإطلاق فاذا نوى وفيه
 تشديد على نفسه عتقوا وعند محمد يعتقون وان لم ينوبهم بناء على ما ذكرنا ان محمد لا ينظر الا الى الملك وهما ينظران الى
 الملك والاضافة جميعا ولا يدخل فيه مملوك بينه وبين أجنبي كذا قال أبو يوسف لان بعض المملوك لا يسمى
 مملوكا حقيقة وان نواه عتق استحسانا لانه نوى ما يحتمله لفظه في الجملة وفيه تشديد على نفسه فيصدق وهل يدخل
 فيه الحمل ان كان أمة في ملكه يدخل ويعتق بعتقها وان كان في ملكه الحمل دون الأمانة كان موصى له بالحمل
 لم يعتق لانه لا يسمى مملوكا على الإطلاق لان في وجوده خطرا ولهذا لا يجب على المولى صدقة الفطر عنه والدليل
 عليه أنه لو قال ان اشتريت مملوكين فهما حران فاشترى جارية حاملا لم يعتقا لان شرط الحنث شراء مملوكين
 والحمل لا يسمى مملوكا على الإطلاق وكذا لو قال لامته كل مملوك لي غيرك حر لم يعتق حملها فثبت أن اطلاق اسم
 المملوك لا يقتل الحمل فلا يعتق الا اذا كانت أمة في ملكه فيعتق بعتقها لانه في حكم اجزائها وأما التعليق الذي
 فيه معنى المعاوضة فهو الكتابة والاعتاق على مال أما الكتابة فلها كتاب مفرد وأما الاعتاق على مال فالكلام
 فيه في مواضع في بيان ألفاظه وفي بيان ماهية الاعتاق على مال وفي بيان ما يصبح تسميته فيه من البدل وبما يصبح
 وفي بيان حكم صحة التسمية وفسادها أما الاول فنحو أن يقول لعمري أنت حر على ألف درهم أو بالف درهم أو على
 أن تعطيني ألفا أو على أن تؤدي إلى ألفا أو على أن تحيطني بالف أو على أن لي عليك ألفا أو على ألف تؤديها لي وكذا
 لو قال بعت نفسك منك على كذا أو وهبت لك نفسك على أن تعوضني كذا فهذا وقوله أنت حر على كذا أو اعتقتك
 على كذا سواء إذا قبل عتقك لما ذكرنا فإما تقدم ان البيع ازالة ملك البائع عن المبيع والهبة ازالة ملك الواهب عن الموهوب ثم
 لو كان المشتري والموهوب له ممن يصبح له الملك في المبيع والموهوب يثبت الملك لهما والعبد ممن لا يصبح ان يملك نفسه
 لما فيه من الاستحالة فنفي البيع والهبة ازالة الملك لا الى احد ببدل على العبد وهذا تفسير الاعتاق على مال ولو قال أنت
 حر وعليك ألف درهم يعتق من غير قبول ولا يلزمه المال عند أبي حنيفة وعندهما لا يعتق الا بالقبول فاذا قبل عتق
 ولزمه المال وعلى هذا الخلاف اذا قال العبد لولاه اعتقني ولك ألف درهم فاعتقه والمسئلة ذكر في كتاب الطلاق
 وأما بيان ماهيته فالاعتاق على مال من جانب المولى تعليق وهو تعليق العتق بشرط قبول العوض فإعني فيه من جانبه
 احكام التعليق حتى لو ابتدأ المولى فقال أنت حر على ألف درهم ثم أراد ان يرجع عنه قبل قبول العبد لا يملك الرجوع

عنه ولا الفسخ ولا النهي عن القبول ولا يبطل قيامه عن المجلس قبل قبول العبد ولا يشترط حضور العبد حتى لو كان غائبا عن المجلس يصح ويصح تعليقه بشرط وإضافته الى وقت بان يقول له ان دخلت الدار وان كلمت فلانا فانت حر على ألف درهم أو يقول ان دخلت أو ان كلمت فلانا فانت حر على ألف درهم غدا أو رأس شهر كذا ونحو ذلك ولا يصح شرط الخيار فيه بان قال انت حر على ألف على اني بالخيار ثلاثة أيام ومن جانب العبد معاوضة وهو معاوضة المال بالعق لانه من جانبه تمليك المال بالعوض وهذا معنى معاوضة المال فإرعى فيه من جانبه احكام معاوضة المال كالبيع ونحوه حتى لو اجد العبد فقال اشتريت نفسي منك بكذا فله ان يرجع عنه ويبطل قيامه عن المجلس قبل قبول المولى وقيام المولى أيضا ولا يقف على الغائب عن المجلس ولا يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت بان قال اشتريت نفسي منك بكذا اذا جاء غدا وقال عند رأس شهر كذا او لو قال اذا جاء غدا فاعتقني على كذا جاز لان هذا توكل منه بالاعتاق حتى تلك العبد عزله قبل وجود الشرط وبعده وقبل ان يعتق ولو لم يمر له حتى اعتقه نقذا اعتاقه ويجوز بشرط الخيار لهما عند ابى حنيفة على ما ذكرنا في كتاب الطلاق في فصل الخلع والطلاق على مال ولا يصح الاعتاق على مال الا في الملك لان التعليق بما سوى الملك وسببه من الشروط لا صحة له بدون الملك وكذا المعاوضة ويعتق العبد بنفس القبول لانه من جانبه تعليق العتق بشرط قبول العوض وقد وجد الشرط فينزل المعلق كالتعليق بدخول الدار وغيره ومن جانب العبد معاوضة وزوال الملك عن المعوض يتعلق بنفس قبول العوض في المعاوضات كالبيع ونحوه بخلاف قوله ان ادبت الى ألفا فانت حر لانه ليس فيه معنى المعاوضة رأسا بل هو تعليق محض وقد علقه بشرط الاداء فلا يعتق قبله والعق ههنا يتعلق بالقبول فاذا قبل عتق ولو قال المولى اعتقتك امس بالف درهم فلم يقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع عينه لانه من جانب المولى تعليق بشرط القبول والعبد يدعي وجود الشرط والمولى ينكر فكان القول قول المولى كما لو قال لعبد ان دخلت الدار اليوم فانت حر فرفض اليوم والعبد يدعي الدخول وانكر المولى كان القول قول المولى كذا ههنا ولو كان الاختلاف في البيع كان القول قول المشتري بان قال البائع بعتك عبدي امس بالف درهم فلم يقبل وقال المشتري بل قبلت فالقول قول المشتري والفرق ان البيع لا يكون بيعا الا بعد قبول المشتري فاذا قال بعتك فقد أقر بالقبول فيه قوله لم يقبل يريد الرجوع عما اقر به وباطال ذلك فلم يقبل بخلاف الاعتاق على مال لان كونه تعليقا لا يقف على وجود القبول من العبد انما ذاك شرط وقوع العتق فكان الاختلاف واقعا في ثبوت العتق وعدمه فكان القول قول المولى ولو اختلف المولى والعبد في مقدار البدل فالقول قول العبد لانه هو المستحق عليه المال فكان القول قوله في القدر المستحق كما في سائر الديون ولانه لو وقع الاختلاف في اصل الدين كان القول قول المنكر فكذا اذا وقع في القدر وان اقام بينة فالبينة بينة المولى لانها تثبت زيادة بخلاف التعليق بالاداء اذا اختلفا في مبلغ المال ان القول فيه قول المولى لان الاختلاف هناك وقع في شرط ثبوت العتق اذ هو تعليق محض فالعبد يدعي العتق على المولى وهو ينكر فكان القول قوله وان اقام البينة فالبينة بينة العبد لان اصل هو العمل بالبنتين ما أمكن اذ هو عمل بالدليلين وههنا يمكن الجمع بينهما لعدم التناقض لاننا جعل كان المولى علق عتقه بكل واحد من الشرطين على حياله فايهما وجد عتق ثم اذا قبل العبد عتق وصار البدل المذكور ديننا في ذمته اذا كان مما يحتمل الثبوت في الذمة في الجملة على ما تبين ويسعى وهو حر في جميع احكامه وذكر على الرازي اصلا فقال المستسعى على ضربين كل من يسعى في تحليل رقبته فهو في حكم المكاتب عند ابى حنيفة وكل من يسعى في بدل رقبته الذي لزمه بالعق أو في قيمة رقبته لاجل بدل شرط عليه او لدين ثبت في رقبته فهو بمنزلة الحر في احكامه مثل ان يعتق الراهن عبده المهرن وهو معسر وكذلك العبد المأذون اذا اعتق وعليه دين وكذلك امة اعتقها سيدا على أن تزوجه قبلت ثم ابت فأنه تسعى في قيمتها وهي بمنزلة الحرية وكذلك اذا قال لعبد انت حر رقبته قبل ذلك فهو بمنزلة الحر وانما كان كذلك لان السعاية في هذه القصول لزمته بعد ثبوت الحرية وفي الفصل الاول قبل ثبوتها وانما يسعى ليتوسل بالسعاية الى الحرية عند ابى حنيفة وعلى هذا لو ابرأ المولى

المكاتب من مال الكتابة فلم يقبل فهو حر وعليه ان يؤدي الكتابة لان البراء يصح من غير قبول الا انه يرتد بالرد
لكن فيما يحتمل الرد والعق لا يحتمل الرد فلم يرتد بالرد والمال يحتمل الرد فيرتد بالرد فيعتق ويلزمه المال ولو قال لامته
انت حرة على الف درهم فقبلت ثم ولدت ثم ماتت لم يكن على الولد ان يسعى في شيء مما اعتقت عليه لانها اعتقت
بالقبول ودين الحرية لا يلزم ولدها وسواء اعتق عبده على عوض فقبل او نصف عبده على عوض فقبل انه يصح غير
انه اذا اعتق نصفه على عوض فقبل يعتق نصفه بالعوض ويسمى العبد في نصف قيمته عن النصف الا آخر فاذا
ادى بالسعاية عتق باقيه وهو قبل الاداء منزلة المكاتب في جميع احكامه الا انه لا يرد في الرق وهذا قول ابي حنيفة وعلى
قول ابي يوسف ومحمد يعتق كله ولا سعاية عليه بناء على ان العتق يتجزأ عند فسخ البعض بوجوب عتق الباقي فيجب
تجزؤه الى العتاق فيلزمه السعاية وعندهما لا يتجزأ فكان عتق البعض بعوض عتق الكل بذلك العوض وذكر محمد
في الزيادات فحين قال لعبده انت حر على ألف درهم انت حر على مائة دينار فقال العبد قد قبلت عتق وكان عليه
المالان جميعا وكذا لو قال لامرأته انت طالق ثلاثا على الف درهم انت طالق ثلاثا على مائة دينار فقلت قد قبلت
طلقت ثلاثا بالمائة جميعا وهذا قول محمد وقال ابو يوسف في مسئلة الطلاق القبول على الكلام الاخير وهي طالق ثلاثا
بمائة دينار قال الكرخي وكذلك قياس قوله في العتق ووجهه انه لما اوجب العتق بعوض ثم اوجبه بعوض آخر فقد
انفسخ الايجاب الاول فتعلق القبول بالثاني كما في البيع ولحمدان الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى
والزوج وانه لا يحتمل الا نفساخ فلم يتضمن الايجاب الثاني انفساخ الاول فيصح الايجابان وينصرف القبول اليهما
جميعا اذ هو يصلح جوابا لهما جميعا فيلزم المالان جميعا بخلاف البيع لان ايجاب البيع يحتمل النسخ فيتضمن الثاني
انفساخ الاول ولو باع المولى العبد من نفسه أو وهب له نفسه على عوض فله ان يبيع العوض قبل القبض لانه مملوك
بسبب لا ينفسخ بهلاكه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالميراث وله ان يعتقه على مال مؤجل ويكون ذلك ديناً عليه
مؤجلاً وله ان يشتري منه شيئاً بدينار ولا خير فيه نسبته لان من أصل ايجابنا ان جميع الديون يجوز التصرف فيها قبل
القبض كاثمان البياعات والعروض والغصبوب الا بدل الصرف والسلم الا انه لا بد من القبض في المجلس لئلا يكون
افتراقا عن دين بدين ولو اعطاه كفيلاً بالمال الذي اعتقه عليه فهو جائز لانه صار حراً بالقبول والكفالة بدين على حر
جائزة كالسكفالة بسائر الديون ولولاؤه يكون للمولى لانه عتق على ملكه والمال دين على العبد لانه في جانبه معاوضة
والمولى أيضاً لم يرض بخروجه عن ملكه الا ببدل وقد قبله العبد والله عز وجل أعلم وأما بيان ما تصح تسميته من
البذل وما لا تصح وبيان حكم التسمية وفسادها فالبدل لا يخلو اما ان يكون عين مال واما ان يكون منفعة وهي الخدمة
فان كان عين مال فاما ان يكون بعينه بان كان معيناً مشاراً اليه واما ان كان بغير عينه بان كان مسمى غير مشار اليه
فان كان بعينه عتق اذا قبل لان عدم ملكه لا يمنع صحة تسميته عوضاً لانه مال معصوم متقوم معلوم ثم ان اجاز المالك
سلم عينه الى المولى وان لم يرض فعلى العبد قيمة العين لان تسميته قد سحت ثم تعذر تسليمه لحق الغير فيجب قيمته اذ
الاعتاق على القيمة جائز كما اذا قال اعتقتك على قيمة رقبتك أو على قيمة هذا الشيء فقبل يعتق وكذا عدم المالك في باب
البيع لا يمنع صحة التسليم أيضاً حتى لو اشترى شيئاً بعبد مملوك لغيره صح العقد الا ان هناك ان لم يجز المالك يفسخ العقد
اذ لا سبيل الى ايتاعه على القيمة اذ البيع على القيمة بيع فاسد وههنا لا يفسخ لا مكان الا يتاع على القيمة اذ الاعتاق
على القيمة اعتاق صحيح فتجب قيمته كما في النكاح والخلع والطلاق على مال وان كان بغير عينه فان كان المسمى
معلوم الجنس والنوع والصفة كالمكيل والموزون فعليه المسمى وان كان معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة
كالثياب والهروبة والحیوان من الفرس والعبد والجارية فعليه الوسط من ذلك واذا جاء بالقيمة تجبر المولى على القبول
لان جهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية فيما وجب بدلا عما ليس بمال كالمهر وبدل الخلع والصلح من دم العمد وان كان
مجهول الجنس كالنوب والذابة والدار فعليه قيمة نفسه لان الجهالة متفاحشة ففسدت التسمية والا صل فيه ان كل

جهالة تزيد على جهالة القيمة توجب فساد التسمية كالجهالة الزائدة على جهالة مهر المثل في باب النكاح والكلام فيه كالكلال في المهر وقد ذكرناه على سبيل الاستقصاء في كتاب النكاح إلا أن هناك إذا فسدت التسمية يجب مهر المثل وهما نجب قيمة العبد لأن الموجب الأصلي هناك مهر المثل لأنه قيمة البضع وهو العدل والمصير إلى المسمى عند صحة التسمية فإذا فسدت صير إلى الموجب الأصلي والموجب الأصلي ههنا قيمة العبد لأن الاعتاق على مال معاوضة من جانب العبد ومبنى المعاوضة على المعادلة وقيمة الشيء التي تعادله إلا أن عند صحة التسمية يعدل عنها إلى المسمى فإذا فسدت وجب العوض الأصلي وهو قيمة نفس العبد وإن كان البدل منفعة وهي خدمته بأن قال لعبدك أنت حر على أن تأخذ مني سنة فقبل فهو حر حين قبل ذلك والخدمة عليه يؤخذ بها لأن تسمية الخدمة قد سحبت فيلزمه المسمى كما إذا أعتقه على مال عين فإن مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة لأنه قبل الخدمة للمولى وقد مات المولى لكن للورثة أن يأخذوا العبد بقيمة نفسه وإن كان قد خدم بعض السنة فلهم أن يأخذوه بقدر ما بقي من الخدمة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ العبد بقيمة تمام الخدمة إن كان لم يخدم وإن كان قد خدم بعض الخدمة يؤخذ بقيمة ما بقي من الخدمة وكذلك إذا قال أنت حر على أن تأخذ مني أربع سنين فمات المولى قبل الخدمة على قولهما على العبد قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته أربع سنين ولو كان العبد قد خدمه ثم مات المولى فعلى قولهما على العبد ثلاثة أرباع قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته ثلاث سنين وكذلك لو مات العبد وترك مالا يقضى لمولاه في ماله بقيمة نفسه عندهما وعند بعض بقيمة الخدمة وأصل المسئلة أن من باع العبد من نفسه بجارية بعينها ثم استحققت الجارية فعلى قولهما يرجع على العبد بقيمة نفسه وعلى قول محمد يرجع عليه بقيمة الجارية وكذلك لو لم تستحق ولكن وجد بها عيبا فردها فهو على هذا الاختلاف وجهلة الكلام فيه أن المولى إذا قبض العوض ثم استحق من يده فإن كان العوض بغير عينه كالسكيل والموزون والموصوفين في الذمة أو الرض والخيل والحيوان كالثوب الثروي والفرس والعبد والجارية فعلى العبد مثله في السكيل والموزون والوسط في الفرس والحيوان لأن العقد وقع على مال في الذمة وإنما المقبوض عوض عما في الذمة فإذا استحق المقبوض فقد انسخ فيه القبض فيبقى موجب العقد على خاله فله أن يرجع على العبد بذلك وإن كان عينا في العقد وهو مكيل أو موزون فكذلك يرجع المولى على العبد بمثل ما قبلنا وإن كان عرضا أو حيوانا فقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف يرجع على العبد بقيمة نفسه وقال محمد يرجع عليه بقيمة المستحق (وجه) قول محمد أن العقد لم يفسخ باستحقاق العوض لأنه لا يحتل الفسخ فيبقى موجبا لتسليم العوض وقد عجز عن تسليمه فيرجع عليه بقيمته كالخلع والصلح عن دم العمد ولهما أن العقد قد انسخ في حق أحد العوضين وهو المستحق لأنه تبين أنه وقع على عين هي ملك المستحق ولم يحز وإذا انسخ العقد في حقه لم يبق موجبا على العبد تسليمه فلا يجب عليه قيمته وانفساخه في حق أحد العوضين يقتضي انفساخه في حق العوض الآخر وهو نفس العبد إلا أنه تعذر إظهاره في صورة العبد فيجب إظهاره في معناه وهو قيمته فتجب عليه أذ قيمته قائمة مقام رد عينه كمن باع عبدا بجارية فأعتقها ومات العبد قبل التسليم أنه يجب على البائع رد قيمة العبد لا رد قيمة الجارية كذا ههنا ثم ذكرنا من الاختلاف في العيب إذا كان العيب فاحشا لأن العيب الفاحش في هذا الباب يوجب الرد بخلاف كفا في باب النكاح فأما إذا كان غير فاحش فكذلك عندهما وأما عند محمد فلا يملك ردها لأنه مبادلة المال بمال ليس بمال فأشبهه النكاح والمرأة في باب النكاح لا يملك رد المهر إلا في العيب الفاحش وكذا المولى ههنا ولو قال عبد رجل لرجل اشتري نفسي من مولاي بألف درهم فاشتراه فلو قيل لا يخلو أما أن يمين وقت الشراء أنه يشتري نفس العبد للعبد وأما أن لم يمين فإن بين جاز الشراء وعتق العبد بقبول الوكيل ويجب الثمن لأنه أتى بما وكل به فنقد على الموكل ثم ذكر في الجامع أن المولى يطالب الوكيل ثم الوكيل يطالب العبد فقد جعل هذا التصرف في حكم معاوضة المال بالمال كالبيع ونحوه لأن حقوق العبد إنما ترجع إلى الوكيل في مثل هذه

المعاوضة وذكري كتاب الوكالة أنه يطالب العبد ولا يطالب الوكيل واعتبره معاوضة المال بالمال كالتكاح والخلع والطلاق على مال والصلح عن دم العمد وان لم يبين يصير مشتري بالنفس لا للعبد لانه اذا لم يبين فالبائع رضى بالبيع لا بالاعتاق فلو قلنا انه يصير مشتري للعبد ويعتق لكان فيه اثبات الولاية على البائع من غير رضاه وهذا لا يجوز وكذلك لو بين لكونه لو خالف في الثمن بأن اشترى بزيادة يكون مشتري بالنفس لما قلنا هذا اذا أمر العبد رجلا فاما اذا أمر رجل العبد بأن يشتري نفسه من مولاه بألف درهم فاشترى فان بين وقت الشراء أنه يشتري للأمر فيكون للأمر ولا يعتق لانه اشترى للأمر لا لنفسه فيقع الشراء للأمر ويصير قابضا لنفسه بنفس العبد لانه في يد نفسه وليس للبائع أن يحبسها لاستيفاء الثمن لانه صار مسلما اياه حيث عقد على شيء هو في يده وهو نفسه ولو وجد الأمر به عيبا له أن يردده ولكن العبد هو الذي يتولى الرد لانه وكيل وحقوق هذا العقد ترجع الى العاقدين والمبين وقال لمولاه بع نفسي مائة ألف درهم فباع صار مشتري بالنفس واعتق لان بيع نفس العبد منه اعتاق وكذا اذا بين وخالف أمره بصير مشتري بالنفس ويعتق ولو قال لعبد واحد أنت حر على ألف درهم قبل أن يقبل قال له أنت حر على مائة دينار قال قبلت بالمائة عتق ويلزمه المالا ان جميعا بلا خلاف وان قال قبلت مئتي ولم يبين فكذلك في قول محمد وكذلك لو قال لا مرأته أنت طالق ثلاثا على ألف درهم أنت طالق ثلاثا على مائة دينار انها ان قالت قبلت بالمائة طلقت بالمائة بلا خلاف وان أسمت بان قالت قبلت طلقت ثلاثا بالمائة جميعا في قول محمد وأما عند أبي يوسف فالقبول على الكلام الاخير في المسئلتين ووجهه ان القبول خرج عقب الايجاب الاخير فينصرف اليه ولانه لما أوجب بعوض ثم أوجب بعوض آخر تضمن الثاني انفساخ الاول كما في البيع فيتعلق القبول بالثاني كما في البيع ولحمد الفرق بين الاعتاق والطلاق على مال وبين البيع وهو ان الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى والزوج وأنه لا يحتمل الانفساخ فلم يوجب الثاني رفع الاول بخلاف البيع لانه يحتمل الرفع والفسخ فيوجب الثاني ارتفاع الاول هذا اذا قبل بالمائة أو قبل على الأيهام فاما اذا قبل باحد المالين بان قال قبلت بالدرهم أو قال قبلت بالدنانير ذكر القاضي في شرحه مختصرا الطحاوي أنه لا يعتق وعلل بان للمولى أن يقول أعتقتك بالمائة جميعا فلا يعتق بقبول أحدهما مع الشك وذكر أبو يوسف في المال أنه يعتق ووجهه أن المولى أنى بإيجابين مختلفين فكان للعبد أن يقبل بإيهام شاء ولو قال أنت حر على ألف درهم أو مائة دينار قال قبل بأحد المالين عينا عتق بان قال قبلت بالدرهم أو قال قبلت بالدنانير لأنه أعتقه باحد المالين وان قبل بأحد المالين غير عين عتق أيضا لوجود الشرط ويلزمه أحد المالين والبيان اليه كما اذا قال له ان على ألف درهم أو مائة دينار يلزمه أحدهما والبيان اليه كذا ولو قال قبلت بالمائة لا شك أنه يعتق لان في قبول المائة قبول أحد المائتين عتق ويلزمه أحد المائتين لانه أعتقه على أحد المائتين فلا تلزمه الزيادة والبيان الى العبد يختار أيهما شاء وكذلك اذا قال قبلت ويلزمه أحد المائتين وخيار التعيين اليه لان قوله قبلت يصلح جواب الايجاب فيصير كأنه قال قبلت بأحد المائتين أو قبلت بهما وهناك يعتق وخيار التعيين اليه كذا ههنا وعلى هذا اذا قال لا مرأته أنت طالق على ألف درهم أو على مائة دينار قبلت بأحد ههنا عينا أو غير عين أو قبلت بالمائة أو أبهمت لما قلنا في العتق وكذلك لو قال أنت حر على ألف درهم أو على ألفين الا ان ههنا اذا قبل بالمائة يعتق بالف ولا ينجح لان الجنس متحد والتخير بين الاكثر والاقل في الجنس الواحد لا يفيد لانه لا يختار الا الاقل بخلاف الفصل الاول لان هناك اختلف الجنس فكان التخيير مفيدا هذا كله اذا أضاف العتق الى معين فان أضافه الى مجهول بان قال لعبدية أحدكم كما حر بالف درهم لا يعتق واحد منهما ما لم يقبل جميعا حتى لو قبل أحدهما ولم يقبل الا آخر لا يعتق لان قوله أحدكم كما كما يقع على القابل يقع على غير القابل فن الجائز أنه عني به غير القابل ألا ترى أن له أن يقول عنتت به غير القابل فلو حكمتنا بعنى القابل لكان فيه اثبات العتق بالشك وان قبل جميعا فان قبل كل واحد منهما بمائة لا يعتق واحد منهما لانه أعتق أحدهما بالف لا بمائة وان قبل كل واحد منهما

بالف بان قال كل واحد منهما قبلت بالف درهم أو قال قبلت ولم يقل بالف أو قال ما قبلنا بالف أو قال قبلنا ولم يذكر
 الالف عتق أحدهما بالف لوجز شرط العتق وهو قبول كل واحد منهما الالف ويقال للمولى اختار العتق في أحدهما
 لانه هو الذي أجهل العتق فكان البيان اليه فإينما اختار عتق ولزمته الالف فان مات قبل البيان يعتق من كل واحد
 منهما نصفه خمسمائة ويسعى في نصف قيمته لانه لما مات قبل البيان وقد شاع عتق رقبة فيهما فيقسم عليهما نصفين
 ولو قال أحد كإحار بالف درهم قبلنا ثم قال أحد كإحار بالف درهم أو قال أحد كإحار بغير شيء فاللفظ الثاني لغولاهما
 لما قبل العتق بالايحباب الاول فقد نزل العتق في أحدهما لوجود شرط النزل وهو قبولهما فلا يحباب الثاني يقع جمعا
 بين حر وعبد فلا يصح ولو لم يقبلنا ثم قال أحد كإحار بغير شيء عتق أحدهما باللفظ الثاني بغير شيء لانهما لم يقبلنا
 لم ينزل العتق بالايحباب الاول فصحب الايحباب الثاني وهو تنجز العتق على أحدهما بغير عين فيقال للمولى اصرف اللفظ
 الثاني الى أحدهما فاذا اصرفه الى أحدهما عتق ذلك بغير شيء لأن التنجز حصل بغير بدل وأما الآخر فان قبل البدل
 في المجلس يعتق والا فلا لان الايحباب الاول وقع صحيحا لحصوله بين عبيدين وتعلق العتق بشرط القبول وقد وجد فيه
 ضرب اشكان وهو أن شرط وجوب الحرية لا أحدهما هو قبولهما ولم يوجد ههنا الا قبول أحدهما فينبغي أن لا يعتق
 العبد الا آخر والجواب أن الايحباب أضيف الا أحدهما ألا يرى أنه قال أحد كإحار وقد وجد القبول من أحدهما
 ههنا الا انه اذا لم ينجز عتق أحدهما يتوقف عتق أحدهما على قبولهما جميعا لا احتمال أنه أراد به الا آخر فاذا عينه في
 التخيير علم أنه ما أراد بالايحباب الاول لان الاعتاق من المعتق لا يتصور فتعين الا آخر للقبول وقد قبل فيعتق ولو قبلنا
 جميعا قبل البيان عتقا لان العتق لم ينزل بالايحباب الاول لانه تعليق العتق بشرط القبول فلا ينزل قبل وجود الشرخ
 فيصبح الايحباب الثاني فاذا قبلنا جميعا فقد تيقنا بعقدهما لان أيهما أريد بالايحباب الاول عتق بالقبول وأيها أريد
 بالايحباب الثاني عتق من غير قبول لانه ايحباب بغير بدل فكان عتق كل واحد منهما متيقنا به لكن عتق أحدهما
 بالايحباب الاول وعتق الآخر بالايحباب الثاني فيعتقان ولا يمتضى عليهما شيء لان أحدهما وان عتق بالايحباب
 بدل لانه مجهول والقضاء بايحباب المال على المجهول متعذر كرجلين قال لرجل لك على أحدنا ألف درهم انه لا يلزمهما
 بهذا الاقرار شيء لكون المقضى عليه مجهولا كذا هذا ولو لم يقبلنا جميعا ولكن قبل أحدهما لا يعتق الا أحدهما
 لوجود شرط عتق أحدهما وهو قبول أحدهما في هذه الصورة لما بينا من الفقه ثم ان صرف المولى اللفظ الثاني الى غير
 القابل عتق غير القابل بغير شيء وعتق القابل بالف وان صرف اللفظ الثاني الى القابل عتق القابل بغير شيء وعتق
 غير القابل باللفظ الاول بالف ان قبل في الجاس لان القابل منهما يعتق بالايحباب الاول وانه ايحباب ببديل فيعتق
 ببديل وغير القابل يعتق بالايحباب الثاني وانه ايحباب بغير بدل فيعتق بغير بدل ولو قال لعبدية أحد كإحار بغير شيء ثم
 قال أحد كإحار بالف درهم قال كلام الثاني لغولان أحدهما عتق بالايحباب الاول لوجود تنجز العتق في أحدهما
 فالثاني يقع جمعا بين الحر والعبد فيبطل ولو قال أحد كإحار بالف درهم قبل أن يقبلنا قال أحد كإحار بمائة دينار فان
 قبل كل واحد منهما العتق باحد المالين بان قبل أحدهما بالف درهم وقبل الآخر بمائة دينار أو قبل أحدهما بالمالين ولم
 يقبل الآخر أو قبل أحدهما بالمالين وقبل الآخر بمال واحد لا يعتق واحد منهما لان للمولى أن يجمع المالين على
 أحدهما فيقول عنيتك بالمالين أو يقول عنيت غيرك فلا يثبت العتق مع الشك فن قبلنا جميعا بالمالين بان قال كل واحد
 منهما قبلت بالمالين أو قال جميعا قد قبلنا بخير المولى فيقال له امان ان تصرف اللفظين جميعا الى أحدهما فتجمع المالين عليه
 فيعتق بالمالين ويبقى الآخر رقيقا واما ان تصرف أحد اللفظين الى أحدهما والاخر الى صاحبه فيعتق أحدهما
 بالف درهم والاخر بمائة دينار لان الايحبابين وقعا صحيحين أما الاول فلا شك فيه ولانه أضيف الى أحد العبيدين
 وكذا الثاني لان الايحباب الاول لم يتصل به القبول والعتق معلق بالقبول فلا يحباب الثاني حصل مضى الى أحد عبيدين
 فيصح ومتى صح الايحباب الثاني فيحتمل أنه عني به من عناه بالايحباب الاول ويحتمل أنه عني به العبد الا آخر لذلك

خير المولى فان مات قبل البيان عتق من كل واحد ثلاثة أر باعه بنصف المالكين لان أحدهما حر يتيقن لانه أراد
 بالايجاب الثاني غير من أراده بالاول فكان الثابت بالكلامين عتقين بكل كلام عتق وان أراد بالثاني عين من أراده
 بالاول كان الثابت بالكلامين عتق واحد فاذا عتق واحد ثابت يتيقن والعتق الآخر ثبت في حال ولا يثبت في حال
 فينصف عتق وعتق بنصف عتق بالمالكين وليس أحدهما بكامل العتق باولى من الآخر فينقسم عتق ونصف عتق
 بينهما فيصيب كل واحد منهما ثلاثة أر باع العتق بنصف المالكين ويسعى في ربح قيمته ولو قال لعبيده بعينه أنت
 حر على ألف درهم فقبل ان يجمع بين عبيده آخر وبينه فقال أحدكما حر بمائة دينار فقالا قبلنا بخير المولى فان شاء
 صرف اللفظين الى الممين وعتق بالمالكين جميعا وان شاء صرف أحد اللفظين الى أحدهما والاخر الى الآخر وعتق
 المعين بألف درهم وغير المعين بمائة دينار لان الايجابين صحيحان لما قلنا فيحتمل أنه أراد بالثاني المعين أيضا ويحصل
 انه أراد به غير المعين فيقال له بين فأيهما بين فالحكم للبيان فان مات قبل البيان عتق المعين كله لانه دخل تحت الايجابين
 جميعا أما الايجاب الاول فلا شك فيه لانه خصه به فلا يشاركه فيه غيره وأما الايجاب الثاني فلان قوله أحدكما يقع
 على كل واحد منهما فاذا قبل الايجابين وجد شرط عتقه فيعنى فيلزمه ألف درهم وخمسون ديناراً أما الالف فلانه
 لا يشاركه للثاني فيهما وأما نصف المائة الدينار فلانه في حال يلزمه مائة دينار وهي ما عناه باللفظين وفي حال لا يلزمه
 منها شيء وهي ما اذا عني باللفظ الثاني غيره فينصف ذلك فيلزمه خمسون ديناراً وأما غير المعين فانه يعتق نصفه بنصف
 المائة لانه يعتق في حال ولا يعتق في حال لانه ان عناه بالايجاب الثاني يعتق كله بكل المائة وان لم يعنه لا يعتق
 شيء منه ولا يلزمه شيء فيعتق في حال ولم يعتق في حال فتعبر الاحوال ويعتق نصفه بنصف المائة وهو خمسون
 هذا اذا عرف المعين من غير المين فأن لم يعرف وقال كل واحد منهما أنا المعين يعتق من كل واحد منهما ثلاثة
 أر باعه بنصف المالكين وهو نصف الالف ونصف المائة الدينار لا استوائهما في ذلك والثابت عتق ونصف عتق
 فيصيب كل واحد منهما ثلاثة أر باع العتق ويسعى في ربح قيمته ولو قال لعبيده أحدكما حر على ألف درهم والاخر
 على خمسمائة فان قال جميعا قبلنا أو قال كل واحد منهما قبلت بالمالكين أو قال كل واحد منهما قبلت باكثر المالكين
 عتق جميعا فيلزم كل واحد منهما خمسمائة أما عتقهما فلان الايجابين خرجا على الصحة بخر وج كل واحد منهما بين
 عبيدين والمراد بالايجاب الثاني ههنا غير المراد بالايجاب الاول فاذا قبلنا فقد وجد شرط من العتق فيهما جميعا واقطع
 خيار المولى ههنا فيعتقان جميعا وعلى كل واحد منهما خمسمائة لان أحدهما عتق بألف والاخر بخمسمائة لكنا
 لا ندري الذي عليه الالف والذي عليه خمسمائة الا اننا نتيقن بوجود خمسمائة على كل واحد منهما وفي الفصل
 الثاني شك فيجب التيقن ولا يجب المشكوك فيه كاتنين قال الرجل لك على أحدنا ألف درهم وعلى الآخر
 خمسمائة لا يطالب كل واحد منهما الا بخمسمائة لما قلنا فكذا هذا ولو قبل أحدهما بأقل المالكين والاخر باكثر
 المالكين عتق الذي قبل العتق بأكثر المالكين لانه لا يخلو اما ان عناه المولى بالايجاب بالاقل أو بالايجاب بالاكثر
 فتيقنا بعينه ثم في الاكثر قدر الاقل وزيادة فيلزمه خمسمائة كانه قال قبلت بالمالكين فيلزمه الاقل وهو خمسمائة
 ويصير بعد العتق كانه قال لك على ألف درهم أو خمسمائة ولو قال ذلك لزمه الاقل كذا ههنا ولو قبل كل واحد
 منهما بأقل المالكين لا يعتقان لان حجة المولى لم تنقطع لانه أن يقول لم أعتقك بهذا المال بخلاف ما اذا قبل أحدهما
 بأكثر المالكين لان الاقل داخل في الاكثر ولو قال أحدكما حر بألف والاخر بألفين فان قبلنا بان قال كل واحد
 منهما قبلت بالمالكين أو قال قبلنا عتقا لوجود شرط عتقهما وعلى كل واحد منهما ألف لانه أعتق أحدهما بألف
 والاخر بألفين فتيقنا بوجود الالف على كل واحد منهما كرجلين قال الرجل لك على أحدنا ألف وعلى الآخر
 ألفان يلزم كل واحد منهما ألف لكون الالف تيقنا بها كذا هذا وان قبل أحدهما المالكين جميعا بان قال قبلت بالمالكين
 أو قال قبلت أو قبل بأكثر المالكين بان قال قبلت بالمالكين أو قال قبلت بألفين يعتق لوجود شرط العتق وهو القبول

أما إذا قبل بالمالين أو قال قبلت فلا شك فيه وكذا إذا قبل بأكثر المالين لوجود القبول المشروط بيقين فيعتق وقيل
هذا على قياس قولهما فاما على قياس قول أبي حنيفة ينبغي أن لا يعتق وهو القياس على مسألة الشهادة بالالف والالفين
والصحيح أنه يعتق بلا خلاف وإذا اعتق لا يلزمه الالف درهم لأن الواجب أحد المالين وأحدهما أقل والآخر
أكثر والجنس متحد فيتمين بالاقول للوجوب ولا يخير العبد ههنا لأن التخيير بين الأقل والآخر عند اتحاد الجنس
غير مفيد لأنه يختار الأقل لا محالة وإن قبل أحدهما الالف لا يعتق لأن للمولى أن يصرف العتق إلى الآخر كما إذا
قال أحد كإحر بألفين قبل أحدهما ولو قال أحد كإحر بألف أحد كإحر بمائة دينار فإن قبلا عتقا لوجود شرط
العتق ولا شيء عليهما لأن المقضي عليه مجهول إذا يدري الذي عليه الالف منهما والذي عليه المائة الدينار كائنين
قالا لرجل لك على أحد ألف درهم وعلى الآخر مائة دينار لأنه لا يلزم أحدهما شيء كذا هذا وكذا هذا في الطلاق بان
قال لا مرأيتي أحدا كإطالق بألف والآخرى بمائة دينار فقبلت جميعا طلقت كل واحدة منهما طليقة بائة ولا يلزمها
شيء مما قلنا وإن قبل أحدهما العتق بألف درهم أو بمائة دينار أو قبل أحدهما العتق بأحد المالين والآخر بالمال
الآخر لا يعتق واحدهما لأن للمولى أن يقول لم أعنك بهذا المال الذي قبلت ولو قبل أحدهما بالمالين عتق ويلزمه
أي المالين اختاره لأن الواجب أحدهما وهما جنسان مختلفان فكان التخيير مفيداً فيخبر بخلاف الفصل
الاول فان قبل الآخر في المجلس عتقا وسقط المال عن القابل الاول لأن المقضي عليه مجهول هذا إذا كان قبل
قبل البيان من الاول فان قبل بعد البيان عتق الثاني بغير شيء وعتق الاول بالمالين لأن بيانه في حق نفسه صحيح وفي
حق الآخر لم يصح ولو قال أحد كإحر بألف والآخر بغير شيء فان قبلا جميعا عتقا لوجود شرط عتقهما
وهو قبولهما ولا شيء عليهما لأن الذي عليه البديل مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول كرجلين قال لرجل لك على
أحد ألف درهم ولا شيء على الآخر لا يجب على أحدهما شيء لجهالة من عليه الواجب كذا ههنا وإن قبل أحدهما
بألف ولم يقبل الآخر يقال للمولى أصرف اللفظ الذي هو اعتاق بغير بدل إلى أحدهما فان صرفه إلى غير القابل
عتق غير القابل بغير شيء وعتق القابل بألف وإن صرفه إلى القابل عتق القابل بغير شيء و يعتق الآخر بالإيجاب
الذي هو يتبدل إذا قبل في المجلس وكذا لم يقبل واحدهما حتى صرف الإيجاب الذي هو بغير بدل إلى أحدهما
يعتق هو يعتق الآخر إن قبل البديل في المجلس والافلا وإن مات المولى قبل البيان عتق القابل كله وعليه خمسمائة
وعتق نصف الذي لم يقبل ويسعى في نصف قيمته أما عتق القابل كله فلأن عتقه ثابت بيقين لأنه أن أراد بالإيجاب
الاول عتق وإن أراد بالإيجاب الثاني عتق فكان عتقه متيقنا به وأما لزوم خمسمائة لأنه أن عتق بالإيجاب الاول
يعتق بألف وإن عتق بالإيجاب الثاني يعتق بغير شيء فينصف الالف فيلزمه خمسمائة وأما عتق النصف من غير
القابل فلأنه أن أراد باللفظ الاول لا يعتق وإن أراد باللفظ الثاني يعتق فيعتق في حال دون حال فيتنصف عتقه فيعتق
نصفه ويسعى في نصف قيمته هذا إذا كان الاعتاق تنجيذا أو تعليقا بشرط فأما إذا كان أضافه إلى وقت فلا يخلو
أما أن أضافه إلى وقت واحد وأما أن أضافه إلى وقتين فان أضافه إلى وقت واحد فأما أن أضافه إلى مطلق الوقت وأما
أن أضافه إلى وقت موصوف بصفة وفي الوجه كلها يشترط وجود الملك وقت الاضافة لأن اضافة الاعتاق إلى وقت
اثبات العتق في ذلك الوقت لا محالة ولا يثبت للعتق بدون الملك ولا يوجد الملك في ذلك الوقت إلا إذا كان موجودا
وقت الاضافة لأنه أن كان موجودا وقت الاضافة فالظاهر أنه يبقى إلى الوقت المضاف إليه فيثبت العتق وإذا لم يكن
موجودا كان الظاهر بقاءه على العدم فلا يثبت العتق في الوقت المضاف إليه لا محالة فيكون خلاف تصرفه والاصل
اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه أما الاضافة إلى وقت مطلق فنحن أن يقول لعبد أنت حر غدا أو رأس
شهر كذا فيعتق إذا جاء غدا أو رأس الشهر لأنه جعل الغدا أو رأس الشهر ظرفا للعتق فلا بد من وقوع العتق عنده
ليكون ظرفا له وليس هذا تعليقا بشرط لأنعدام أدوات التعليق وهي كلمات الشرط ولهذا الحلف لا يخلف فقال

هذه المقالة لا يبحث بخلاف ما إذا قال أنت حر إذا جاء غداً لأن ذلك تعليق بشرط لوجود كلمة التعليق فان قيل كيف يكون تعليقاً بشرط والشرط ما في وجوده خطر وعجي الغد كائن لا محالة قيل له من مشايخنا من قال ان الغد في محيئه خطر لا محالة قيام الساعة في كل ساعة قال الله سبحانه وتعالى وما أمر الساعة الا كلمح البصر أو هو أقرب فيصلح عجي الغد شرطاً لكن هذا الجواب ليس بسديد لأن الساعة لا تقوم الا عند وجود شرطها من خروج يا جوج وما جوج ودابة الارض وخروج الدجال وطلوع الشمس من مغربها ونحو ذلك مما يدل عليه الكتاب ووردت به الاخبار والجواب الصحيح ان يقال ان عجي الغد وان كان متيقن الوجود يمكن كونه شرطاً لوقوع العتق وليس بمتيقن الوجود بل له خطر الوجود والعدم لا محالة موت العبد قبل عجي الغد أو موت المولى أو موتها ما حينئذ لا يكون شرطاً لعدم تصورها لجزء على ان الشرط اسم لا جعل علماً لزول الجزء سواء كان موهوم الوجود أو متيقن الوجود وأما الاضافة الى وقت موصوف فنحن ان يقول لبعده أنت حر قبل دخولك الدار بشهر أو قبل قدوم فلان بشهر أو قبل موت فلان بشهر ولا شك انه لا يعتق قبل وجود الوقت الموصوف حتى لو وجد شيء من هذه الحوادث قبل تمام الشهر لا يعتق لانه أضاف العتق الى الوقت الموصوف فلا يثبت قبله ويشترط تمام الشهر وقت التكلم وان كان العبد في ملكه قبل ذلك بشهر بن سنين لان اضافة العتق الى وقت إيجاب العتق فيه غير إيجاب العتق في الزمان الماضي وإيجاب العتق في الزمان الماضي لا يتصور فلا يحمل كلام العاقل عليه ولا شك ان العتق ثبت عند وجود هذه الحوادث لتمام الشهر واختلف في كيفية ثبوته فقال زفر يثبت من أول الشهر بطريق الظهور وقال أبو يوسف ومحمد يثبت مقتصر على حال وجود الحوادث وأبو حنيفة فرق بين القدوم والدخول وبين الموت فقال في القدوم والدخول كما قال وفي الموت كما قال زفر حتى لو كان المملوك أمة فولدت في وسط الشهر يعتق الولد في قول أبي حنيفة وزفر وعندهما لا يعتق وجه قول زفر انه أوقع العتق في وقت موصوف بكونه متقدماً على هذه الحوادث بشهر فاذا وجدت بعد شهر متصلة به علم ان الشهر من أوله كان موصوفاً بالتقدم عليها لا محالة فتبين ان العتق كان واقعاً في أول الشهر كما إذا قال أنت حر قبل رمضان بشهر ولا فرق سوى ان هناك يحكم بالعتق من أول هلال شعبان ولا يتوقف على عجي شهر رمضان وههنا لا يحكم بالعتق من أول الشهر لان ثمة رمضان يتصل بشعبان لا محالة وههنا وجود هذه الحوادث يحتمل ان يتصل بهذا الشهر ويحتمل أن لا يتصل لجواز انها لا توجد أصلاً فاما في ثبوت العتق في المسئلتين من ابتداء الشهر فلا يختلفان ولهذا قال أبو حنيفة ثبوت العتق بطريق الظهور في الموت وجه قوله لهما ان هذا في الحقيقة تعليق العتق بهذه الحوادث لانه أوقع العتق في شهر متصف بالتقدم على هذه الحوادث ولا يتصف بالتقدم عليها الا باتصالها به ولا يتصل به الا بعد وجودها فكان ثبوت العتق على هذا التدرج متعلقاً بوجود هذه الحوادث فيقتصر على حال وجودها ولهذا قال أبو حنيفة هكذا في الدخول والقدوم كذا في الموت بخلاف شعبان لان اتصاف شعبان بكونه متقدماً على رمضان لا يقف على عجي رمضان وجه الفرق لاني حنيفة بين الدخول والقدوم وبين الموت ان في مسألة القدوم والدخول بعد ماضى شهر من وقت التكلم يبقى الشهر الذي أضيف اليه العتق هو موهوم الوجود قد يوجد وقد لا يوجد لان قدوم فلان موهوم الوجود قد يوجد وقد لا يوجد فان وجد يوجد هذا الشهر والا فلا ما ذكرنا ان هذا الشهر لا وجود له بدون الاتصاف ولا اتصاف بدون الاتصال ولا اتصال بدون القدوم اذا الاتصال انما يتصور بين موجودين لا بين موجود ومعدوم فصارت العتق وان كان مضافاً الى الشهر متعلقاً بوجود القدوم فكان هذا تعليقاً ضرورياً فيقتصر الحكم المتعلق به على حال وجود الشرط كما في سائر التعليقات فاما في مسألة الموت فبعد ماضى شهر من زمن الكلام لم يبق ذات الشهر الذي أضيف اليه العتق موهوم الوجود بل هو كائن لا محالة لان الموت كائن لا محالة فصارت هذا الشهر متحقق الوجود بلا شك بخلاف الشهر المتقدم على الدخول والقدوم غير انه مجهول الذات فلا يحكم بالعتق قبل وجود الموت واذا وجد فقد وجد المعروف للشهر بخلاف الشهر

المتقدم على شهر رمضان فانه معلوم الذات لانه كما وجد شعبان علم انه موصوف بالتقدم على رمضان وهما بخلافه وبخلاف التقدم والدخول فان بعدمضى شهر من وقت الكلام بقى ذات الشهر الذى أضيف اليه العتق موهوم الوجود فلم يكن التقدم معر فالشهر بل كان محصلا للشهر الموصوف بهذه الصفة بحيث لولا وجوده لما وجد هذا الشهر البتة فكان الموت مظهر امعينا للشهر فيظهر من الاصل من حين وجوده ثم اختلف مشايخنا في كيفية الظهور على مذهب أبى حنيفة قال بعضهم هو ظهور محض فتبين ان العتق كان واقعا من أول الشهر من غير اعتبار حالة الموت وهوان يعتبر الوقوع أولا ثم يسرى الى أول الشهر لان الاصل اعتبار التصرف على الوجه الذى أثبتته المتصرف والمتصرف أضاف العتق الى أول الشهر المتقدم على الموت فيقع في أول الشهر لا في آخره فكان وقت وقوع الطلاق أول الشهر فيظهر ان العتق وقع من ذلك الوقت كما اذا قال ان كان فلان في الدار فعنده حرفة مدة ثم علم انه كان في الدار يوم التكلم بقع العتق من وقت التكلم لا من وقت الظهور وهؤلاء قالوا لو كان مكان العتاق طلاق ثلاث فالعدة تعتبر من أول الشهر في قوله أبى حنيفة حتى لوحاضت في الشهر حيضتين ثم مات فلان كانت الحيضتان محسوبيين من العدة ولو كان قال أنت طالق قبل موت فلان بشهرين أو ثلاثة أشهر ثم مات فلان لتمام المدة أو كانت المرأة رأته ثلاثه حيض في المدة تبين عند موته ان الطلاق كان واقعا وان العدة قد انقضت كما لو قال ان كان زيد في الدار فامرأتى طالق ثم علم بعد ما حاضت المرأة ثلاثه حيض انه كان في الدار يوم التكلم به تبين انه ساقطت من ذلك الوقت وانها منقضية العدة كذا هذا وكذا لو قال ان كان حمل فلانة غلاما فانت طالق فولدت غلاما يقع الطلاق على طريق التبيين كذا هذا والذي يؤيد ما قلنا ان رجلا لو قال آخر امرأة أنز وجهها في طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم ماتت طلقت الثانية على وجه التبيين المحض عند أبى حنيفة وان كان لا يحكم بطلاقها ما لم يمت كذا هذا وقالوا لو خالها في وسط الشهر ثم مات فلان لتمام الشهر فالخلع باطل ويؤمر الزوج برده بدل الخلع سواء كانت عند الموت معتدة أو منقضية العدة أو كانت ممن لا عدة عليها بان كانت غير مدخول بها وهؤلاء طعنوا في ما ذكره في الكتاب لتخرج قول أبى حنيفة انه ان مات فلان وهي في العدة يحكم بطلان الخلع ويؤمر الزوج برده بدل الخلع وان كانت غير معتدة وقت موت فلان بان كان بعد الخلع قبل موت فلان أسقطت سقطا أو كانت غير مدخول بها لا يبطل الخلع ولا يؤمر الزوج برده بدل الخلع وقالوا هذا التخرج لا يستقيم على قول أبى حنيفة لان هذا ظهور محض فتبين عند وجود الجزء الاخير ان هذا الشهر من ابتداء وجوده موصوف بالتقدم فتبين ان الطلاقات الثلاث كانت واقعة من ذلك الوقت سواء كانت معتدة أو غير معتدة كما لو قال ان كان فلان في الدار فامرأتى طالق ثم خالها ثم تبين انه كان يوم الخلع في الدار انه تبين ان الخلع كان باطلا على الاطلاق سواء كانت معتدة أو لم تكن كذا هذا والفقه ان وقت الموت اذا لم يكن وقت وقوع الطلاق لا يعتبر فيه قيام الملك والعدة وطامسة مشايخنا قالوا ان العتق أو الطلاق يقع وقت الموت ثم يستند الى أول الشهر الا انه يظهر انه كان واقعا من أول الشهر ووجهه مما لا يمكن الوصول اليه الا بمقدمة وهي ان ما كان الدليل على وجوده قائما يجعل موجودا في حق الاحكام لان اقامة الدليل مقام المدلول أصل في الشرع والعقل ألا ترى ان الخطاب يدور مع دليل القدرة وسببها دون حقيقة القدرة ومع دليل العلم وسببه دون حقيقة العلم حتى لا يعذر الجاهل بالله عز وجل اقيام الآيات الدالة على وجود الصانع وبالشرايع عند امكان الوصول الى معرفتها بدليلها ثم الدليل وان خفي بحيث يتمدرا الوصول اليه يكتفى به اذا كان يمكن الحصول في الجملة اذ الدلائل تتفاوت في نفسها في الجلاء والخفاء والمستدلون أيضا يتفاوتون في العباوة والذكاء فالشرع أسقط اعتبار هذا التفاوت فكانت العبرة لاصل الامكان في هذا الباب وأما ما كان الدليل في حقه منعدما فهو في حق الاحكام ملحق بالعدم واذا عرف هذا فنقول الشهر الذى يموت فلان في آخره فان اتصف بالتقدم من وقت وجوده لكن كان دليل اتصافه منعدما أصلا فلم يكن لهذا الاتصاف عدة ويبقى ملك النكاح الى آخر جزء من أجزاء الشهر فيعلم

كونه متقدما على موته ومن ضرورة انصاف هذا الجزء بالتقدم انصاف جميع الاجزاء المتقدمة عليه الى تمام الشهر
 ولا يظهر ان دليل الانصاف كان موجودا في أول الشهر اذ الدليل هو آخر جزء من أجزاء الشهر ووجود الجزء
 الاخير من الشهر مقارنا لأول الشهر محال فلم يكن دليل انصاف الشهر بكونه متقدما موجودا فلم يعتبر هذا الانصاف
 فبقى ملك النكاح الى وقت وجود الجزء الاخير فيحكم في هذا الجزء بكونها طالقاً ومن ضرورة كونها طالقاً في هذا
 الجزء ثبوت الانطلاق من الاصل لانها تكون طالقا بذلك الطلاق المضاف الى أول الشهر الموصوف بالتقدم
 على الموت فلاجل هذه الضرورة حكم بالطلاق من أول الشهر لكن بعدما كان النكاح الى هذا الوقت
 قائما اعدم دليل الانصاف بالتقدم على ما بينا ثم لما حكم بكونها طالقاً للحال وثبت الانطلاق فيما مضى من أول الشهر
 ضرورة جعل كان الطلاق يقع للحال ثم بعد وقوعه يسرى الى أول الشهر هكذا يوجب ضرورة ما بينا من الدليل
 واذا جعل هكذا يخرج عليه المسائل أما العدة فانها تجب في آخر جزء من أجزاء حياة فلان الميت لانها بما يحتاج الى
 ايجابها فوجب للحال وجعل كان الطلاق وقع للحال وأما الخلع فان كانت العدة باقية وقت الموت لم يصح وان كانت
 منقضية العدة صح لانها اذا كانت باقية كان النكاح باقيا ومن وجده يحكم ببقائه الى هذه الحالة للضرورة عدم الدليل
 ثم يحكم للحال بكونها طالقا بذلك الطلاق المضاف وسرى واستند الى أول الشهر علم انه خالها وهي بائنة عنه فلم
 يصح الخلع ويؤمر الزوج برده بدل الخلع واذا كانت منقضية العدة وقت الموت فالنكاح الذي كان يبق الى آخر
 جزء من أجزاء حياته للضرورة عدم الدليل لا يبق لارتفاعه بالخلع فبقى النكاح الى وقت الخلع ولم يظهر انه كان
 مرثما عند الخلع فحكم بصحة الخلع ولا يؤمر الزوج برده بدل الخلع بخلاف ما اذا قال ان كان زيد في الدار لان
 دليل الوقوف على كون زيد في الدار موجودا حاله التكم فان عقد الطلاق تنجز الوكان هو في الدار لان التعليق بالموجود
 تحقق وبخلاف ما اذا قال ان كان حمل فلانة غلاما لان الولد في البطن يمكن الوقوف في الجملة على صفة الذكورة
 والانوثه فانه ما من ساعة الا ويجوز ان يسقط الحمل فان عقد الطلاق تنجز ان علمنا بذلك وبخلاف ما اذا قال آخر
 امرأة تزوجها فهي طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات انه يقع الطلاق على الثانية من طريق التبيين لان هناك
 لما تزوج الثانية انصفت بكونها آخر الوجود خذ الآخر وهو القرد اللاحق وهي فرد وهي لاحقة الا ترى انه يقول
 امرأتى الاولى وامراتى الاخيرة الا انه لا يحكم بوقوع الطلاق للحال لاحتمال انه يتزوج بالثالثة فتسلب صفة الاخرية
 عن الثانية فاذا مات قبل أن يتزوج بالثالثة تقرر صفة الاخرية للثانية من الاصل فحكم بوقوع الطلاق من ذلك
 الوقت وههنا دليل انصاف الشهر بالتقدم من عدم في أول الشهر وما لا دليل عليه يلحق بالعدم وهو هذا بخلاف ما اذا
 قال لا امرأتى ان لم تزوج عليك فانت طالق ولم يتزوج حتى مات انه يقع الطلاق على امرأته مقتصر على الحال لان
 هناك علق الطلاق صريحا بعدم التزوج والعدم يستوعب العمر الا ترى انه لو تزوج في العمر مرة لا يوصف بعدم
 التزوج لان الوجود قد تحقق والعدم يقابل الوجود فلا يتحقق مع الوجود فيتم ثبوته عند الموت والمعلق بشرط ينزل
 عند تحقق الشرط بتمامه فوقع مقتصر على حال وجود الشرط وأما هذا فليس بتعليق الطلاق بشرط بل هو اضافة
 الطلاق الى وقت موصوف بصفة فيتحقق الطلاق عند تحقق الصفة بدليله على التقدير الذي ذكرنا والله عز وجل
 الموفق ولو قال لا امرأتى انت طالق قبل موتى بشهر أو قبل موتك بشهر فانت طالق لا يقع الطلاق
 عندهما وعند أبي حنيفة يقع فهما فارقا بين الطلاق والعاق فقالا العاق يقع والطلاق لا يقع لان عندهما هذا تصرف
 تعليق الطلاق والعاق بالشرط والمعلق بشرط ينزل بعد وجود الشرط والزواج بعد الموت ليس من أهل ايقاع
 الطلاق ولا المرأة بعد موتها محل لوقوع الطلاق عليها بخلاف العتق لانه يقع بعد الموت كفاي التدبير والله عز وجل
 أعلم ولو قال لعبد انت حر قبل موت فلان وفلان بشهر أو قبل قدوم فلان وفلان بشهر فان مات أحدهما أو قدم قبل
 مضى شهر لا يعتق أبدا لانه أضاف العتق الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما أو قدومهما ولم يوجد ولا يتصور

وجوده بعد ذلك لانه لو تم الشهر بعد موت أحدهما أو قدوم أحدهما كان موصوفاً بالتقدم على موت أحدهما أو قدوم أحدهما وهو ما أضاف العتق الى هذا الشهر بل الى شهر موصوف بالتقدم على موتيهما أو قدوميهما جميعاً وهذا غير ذلك وان مضى شهر ثم مات أحدهما عتق العبد وان لم يمض الاخر بعد بخلاف ما اذا قال أنت حر قبل قدوم فلان وفلان بشهر ثم قدم أحدهما تمام الشهر انه لا يعتق ما لم يقدم الاخر ووجه الفرق على ما بينا فيما تقدم وهو انه اذا مات أحد هما تحقق كون الشهر سابقاً على موتيهما واذا قدم أحدهما لم يتحقق كون الاول سابقاً على قدوميهما وانما يتحقق عند وجود قدوميهما جميعاً فكان القياس ان لا يعتق ما لم يمض جميعاً في لحظة واحدة بعد مضى شهر فكذا في القدوم وهو قول على الرازي لان العتق أضيف الى شهر موصوف بالتقدم على موتيهما أو قدوميهما متصل بهما لانه أضاف العتق الى شهر متقدم على موتيهما أو قدوميهما ومن ضرورة ذلك وجود موتيهما أو قدوميهما جميعاً وعند ثبوت التراخي فيما بين الموتين أو القدومين يكون العتق واقعاً قبل موت أحدهما أو قدوم أحدهما بشهر وقبل موت الآخر أو قدوم الآخر بشهر وانه خلاف ما أضاف فلا يقع بخلاف ما اذا قال أنت حر قبل يوم الفطر والا نضحى بشهر حيث يعتق كما أهل هلال رمضان لان وجود وقت متصف بالتقدم عليهما بشهر مستحيل والعقل لا يصد بكلامه المستحيل فلم انه أراد به اضافة العتق الى وقت موصوف بالتقدم على أحد اليومين بشهر وعلى الآخر بمدة غير مقدرة وفيما نحن فيه لا استحالة فيراعى عين ما أضاف اليه وجوب الاستحالة عن هذا ان الاصل في أحكام الشرع ان المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة وقدوم شخص في جزء لا يتجزأ من الزمان بحيث لا يتقدم أحدهما على صاحبه مستحيل عادة وكذا موت شخصين على هذا الوجه والجواب في المستحيل حقيقة وهو مسألة الفطر والا نضحى هكذا فكذا في المستحيل عادة وكذا لو قال أنت حر قبل قدوم فلان وموت فلان بشهر فان مات أحدهما أو قدم أحدهما قبل مضى الشهر لا يعتق أبداً قلنا وان مات أحدهما تمام الشهر لا يعتق حتى يقدم الاخر وان قدم أحدهما بعد مضى الشهر عتق ولا ينتظر موت الآخر لانه لا يستدل بما ذكرنا ان الموت كائن لا محالة والقدوم موهوم الوجود ولو قال أنت حر الساعة ان كان في علم الله عز وجل ان فلان يقدم الى شهر فهذا وقوله قبل قدوم فلان بشهر سواء لانه لا يراد بهذا علم الله تعالى الا زلي القائم بذاته عز وجل وانما يراد به ظهور هذا القدوم المعلوم لنا وقد يظهر لنا وقد لا يظهر فكان شرطاً فيقتصر العتق على حالة وجود الشرط كما في سائر التعليقات بشر وطها والله عز وجل أعلم ولو قال أنت حر بعد موتى بشهر فكاتبه في نصف الشهر ثم مات تمام الشهر فان كان استوفى بدل الكتابة ثم مات تمام الشهر كان العتق حاصلًا بمجهدة الكتابة وان كان لم يستوف بعد بدل الكتابة عتق بالاعتاق السابق وسقط اعتبار الكتابة عند أبي حنيفة وهذا يدل على ان العتق يثبت بطريق الاستناد عنده وقال أبو القاسم الصفار انه تبطل الكتابة من الاصل سواء كان استوفى بدل الكتابة أو لم يستوف وهو قياس قول من يقول بثبوت العتق من طريق الظهور المحض لانه تبين ان العتق يثبت من أول الشهر فيتبين ان الكتابة لم تصح وقد ذكرنا تصحيح ما ذكر في الكتاب وهو العتق بطريق الاستناد فيما تقدم فلا نعيده وعندهما ان استوفى بدل الكتابة فالأمر ما مضى لان العتق عندهما يثبت مقتصر على حال الموت وهو حرف في هذه الحالة لوصوله الى الحرية بسبب الكتابة عند أداء البذل وان كان لم يستوف بعد بدل الكتابة فان كان العبد يخرج من الثلث عتق من جميع المال وان لم يكن له مال غيره عتق ثلثه بالتدبير لانه مدبر مقيد لان عتقه علق بموت موصوف بصفة قد يوجد على تلك الصفة وقد لا يوجد ويسعى في الاقل من ثلث قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبي يوسف وعند محمد يسعى في الاقل من ثلث بدل الكتابة به ومن ثلث قيمته وأصل المسئلة ان من دبر عبده ثم كاتبه ثم مات المولى ولا مال له غيره يعتق ثلثه بحال بالتدبير ثم يسعى في الاقل من ثلث قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد في الاقل من ثلث قيمته ومن ثلث بدل الكتابة فهذا على ذلك الا ان عند أبي حنيفة يخبر بين ان يسعى في هذا وبين ان يسعى في ذلك وعندهما يسعى في الاقل

منها بدون التخيير ثم عند أبي حنيفة في مسألة الكتابة يعتبر صحة المالك ومرضه في أول الشهر هكذا ذكر في النوادر لانه يصير معتقاً من ذلك الوقت وقيل هذا هو الحيلة لمن أراد أن يدبر عبده ويعتق من جميع المال وان كان لا يخرج من الثلث بان يقول أنت حر قبل موتى بشهر أو شهرين أو ثلاثة أشهر أو ما شاء من المدة ليعتق من ذلك الوقت وهو فيه صحيح فيعتق من جميع المال وعندهما كيف ما كان يعتبر عتقه من الثلث لانه يصير عندهما معتقاً بعد الموت والله عز وجل المستعان وأما الاضافة الى وقتين فلا يصل فيه ان المضاف الى وقتين ينزل عند أولهما والمعلق بشرطين ينزل عند آخرهما والمضاف الى أحد الوقتين غير عين فينزل عند أحدهما والمعلق بأحد شرطين غير عين ينزل عند أولهما ولو جمع بين فعل و وقت يعتبر فيه الفعل وينزل عند وجوده في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه ينزل عند أولهما أيهما كان و بيان هذه الجملة اذا قال لعهده أنت حر اليوم وغدا يعتق في اليوم لانه جعل الوقتين جميعاً ظرفاً للعتق فلو توقف وقوعه على أحدهما لكان الظرف واحد والوقتين لا كلاهما وانه ايضاً تصرف العاقل لا على الوجه الذي أوقفه ولو قال أنت حر اليوم غداً اعتق في اليوم لانه أضاف الاعناق الى اليوم ثم وصف اليوم بانه غداً وانه محال ويبطل وصفه و بقيت الاضافة الى اليوم ولو قال أنت حر غداً اليوم يعتق في الغد لانه أضاف العتق الى الغد ووصف الغد باليوم وهو محال فلم يصح وصفه و بقيت اضافة العتق الى الغد فيعتق في الغد ولو قال أنت حر ان قدم فلان وفلان فما لم يقدم جميعاً لا يعتق لانه علق عتقه بشرطين فلا ينزل الا عند آخرهما اذ لو نزل عند أولهما لبطل التعليق بهما ولكن ذلك تعليقاً بأحدهما وهو علق بهما جميعاً لا بأحدهما ولو قال أنت حر اليوم أو غداً يعتق في الغد لانه جعل أحد الوقتين ظرفاً لوقت العتق في اليوم لكان الوقتان جميعاً ظرفاً وهذا خلاف تصرفه ولو قال أنت حر ان قدم فلان أو غداً فان قدم فلان قبل مجيء الغد عتق وان جاء الغد قبل قدم فلان لا يعتق ما لم يقدم في جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان أيهما سبق بمجيئه يعتق عند مجيئه والا صل فيه انه ذكر شرطاً ووقتاً تصرف واحد ولا يمكن الجمع بينهما بين التعليق بشرط و بين الاضافة الى وقت من التناهي فلا بد من اعتبار أحدهما وترجيحه على الآخر فابو يوسف رجح جانب الشرط لان الشرط لا يصلح ظرفاً والظرف قد يصلح شرطاً فكان الرجحان لجانب الشرط فاعتبره تعليقاً بأحد الشرطين فينزل عند وجود أولهما أيهما كان كما اذا نص على ذلك ونحن رجحنا السابق منهما في اعتبار التعليق والاضافة فان كان الفعل هو السابق يعتبر التصرف تعليقاً واعتباره تعليقاً يقتضي نزول العتق عند اول الشرطين كما اذا علقه بأحد شرطين نصاً وان كان الوقت هو السابق يعتبر اضافته واعتبارها يقتضي نزول العتق عند آخر الوقتين كما اذا أضاف الى آخر الوقتين نصاً والله عز وجل أعلم وأما الذي يرجع الى نفس الركن فهو ما ذكرنا في الطلاق وهو ان يكون الركن عارياً عن الاستثناء رأساً كيفما كان الاستثناء وضعياً كان أو عرفياً عند عامة العلماء والكلام في الاستثناء في العتاق وبيان أنواعه وماهية كل نوع وشرائط صحته على نحو الكلام في باب الطلاق وقد ذكرنا ذلك كله في كتاب الطلاق ولا يختلفان الا في شيء واحد وهو انه يتصور استثناء بعض العدد في الطلاق ولا يتصور في العتاق لان الطلاق ذو عدد فيتصور فيه استثناء بعض العدد والعتق لا عدده فلا يتصور فيه استثناء بعض العدد وانما يتصور استثناء بعض الجملة المفقوطة نحو ان يقول لعهده أتم أحرار الاسالم لان نص الاستثناء مع نص المستثنى منه تكلم بالباقي ولو استثنى عتق بعض العبد يصبح عند أبي حنيفة ولا يصح عندهما بناء على ان العتق يتجزأ عنده فيكون استثناء البعض من الكل فيصح وعندهما لا يتجزأ فيكون استثناء الكل من الكل فلا يصح و ذكر ابن سبعة في نوادره عن محمد فيمن قال غلامى حر ان سالم و بريح البريعان استثناء جائز لانه ذكر جملة ثم فصلها بقوله سالم و بريح فانصرف الاستثناء الى الجملة المفقوطة بها فكان استثناء البعض من الجملة المفقوطة فصحيح وليس كذلك ما اذا قال سالم حر و بريح الاسالم لانها ذكر كل واحد منهما باقراده كان هذا استثناء عن كل واحد منهما فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح ولو قال

أنت حر وحران شاء الله تعالى بطل الاستثناء في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الاستثناء جائز وجهه قولهما أن هذا كلام واحد معطوف بعضه على بعض بحرف العطف فلا يقع به الفصل بين المستثنى والمستثنى منه كما لو قال أنت حر لئان شاء الله تعالى ولا أبي حنيفة أن قوله حر وحر لئولثبوت الحرية باللفظ الأول فكان فاصلا بمنزلة السكوت بخلاف قوله أنت حر لئان شاء الله تعالى لأن قوله لله تعالى ليس بلفظ فلا يكون فاصلا وروى ابن سبيعة في نوادره عن محمد بن رجل له خمسة من الرقيق فقال عشرة من ممالكى إلا واحدا أحرار انه يعتق الخمسة جميعا لانه لما قال عشرة من ممالكى أحرار إلا واحدا فقد استثنى الواحد من العشرة والاستثناء تكلم بالباقي فصار كأنه قال تسعة من ممالكى أحرار وله خمسة ولو قال ذلك اعتقوا جميعا كذا هذا ولو قال ممالكى العشرة أحرار إلا واحدا اعتق منهم أربعة لأن هذا رجل ذكرا ممالكى وغلط في عددهم بقوله العشرة فيلغوهذا القول ويبقى قوله ممالكى أحرار إلا واحدا ولو قال ذلك وله خمسة بمالكى يعتق أربعة منهم كذا هذا والله عز وجل أعلم

(فصل) وأما صفة الاعتاق فهي أن الاعتاق هل يتجزأ أم لا وقد اختلف فيه قال أبو حنيفة يتجزأ أسوأ كان المعتق موسرا أو معسرا وقال أبو يوسف ومحمد لا يتجزأ كيفما كان المعتق وقال الشافعي أن كان معسرا يتجزأ وإن كان موسرا لا يتجزأ والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم قال بعضهم فيمن أعتق نصف عبدين وبين غيره انه يعتق نصفه ويبقى الباقي رقيقا يجب تخرجه إلى العتاق وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وقال بعضهم يعتق كله وليس للشريك إلا الضمان وقال علي وابن عباس رضى الله عنهما عتق ماعتق ورق مارق هما احتججا بالنص والمعقول والاحكام أما النص فاروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق شقة صاله من عبده عتق كله ليس لله فيه شريك وهذا نص على عدم التجزئ وفي رواية من أعتق شركا له في عبد فقد عتق كله ليس لله فيه شريك وأما المعقول فهو أن العتق في العرف اسم لقوة حكيمة دافعة يد الاستيلاء والرق اسم لضعف حكى يصير به الاتمى محلا للملك فيعتبر الحكمى بالحقيق وثبوت القوة الحقيقية والضعف الحقيقي في النصف شائعا مستحيل فكذا الحكمى ولأن للعتق آثارا من المالكية والولاية والشهادة والارث ونحوها وثبوت هذه الآثار لا يحتمل التجزئ ولهذا لم يتجزأ في حال الثبوت حتى لا يضرب الامام الرق في انصاف السبايا ويمن عليهم بالانصاف كذا في حالة البقاء وأما الاحكام فان اعتاق النصف قد تعدى إلى النصف الباقي في الاحكام حتى امتنع جواز التصرفات الناقلة للملك فيه من البيع والهبة والصدقة والوصية عند أصحابنا وكذا يجب تخرجه إلى عتق الكل بالضمان أو بالسعاية حتى يجبره القاضى على ذلك وهذا من آثار عدم التجزئ وكذا الاستيلاء لا يتجزأ حتى لو استولد جارية بينه وبين شريكه وأدعاه تصير كلها أم ولد له بالضمان ومعلوم أن الاستيلاء يوجب حق الحرية لا حقيقة الحرية فالحق إذا لم يتجزأ فالحقيقة أولى وكذا لو عتق نصف أم ولد له أو أم ولد بينه وبين شريكه عتق كلها وإذا لم يكن الاعتاق متجزئا لم يكن المحل في حق العتق متجزئا وإضافة التصرف إلى بعض ما لا يتجزأ في حقه يكون إضافة إلى الكل كالطلاق والمفوع عن القصاص والله أعلم ولا بى حنيفة النصوص والمعقول والحكم أما النص فاروى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق نعبيا له من مملوك كلف عتق بقيقته وإن لم يكن عنده ما يعتقه فيه جاز ما صنع وروى كلف عتق ما بى وروى وجب عليه أن يعتق ما بى وذلك كله نص على التجزئ لأن تكليف عتق الباقي لا يتصور بعد ثبوت العتق في كله وقوله صلى الله عليه وسلم جاز ما صنع إشارة إلى عتق البعض اذ هو الذى صنعه لا غير وروى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أيضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاه حصصهم وعتق عليه العبد والاعتق ماعتق والحديث يدل على تعلق عتق الباقي بالضمان إذا كان المعتق موسرا وعلى عتق البعض أن كان معسرا فيدل على التجزئ في حالة اليسار والعسار وروى عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه

قال من كان له شقص في مملوك فأعتقه فعليه خلاصه من ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد في رقبته غير مشقوق عليه وفي رواية من أعتق شقصه من مملوك فعليه أن يعتقه كله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه وأما المقول فهو ان الاعتاق ان كان تصرفا في الملك والمالية بالأزالة فالملك متجزئ وكذا المالية بلا شك حتى تجزى فيه سهام الورثة ويكون مشتركا بين جماعة كثيرة من الغانمين وغيرهم وان كان تصرفا في الرق فالرق متجزئ أيضا لأن محله متجزئ وهو العبد وإذا كان محله متجزئا كان هو متجزئا ضرورة وأما حكم الاثنين إذا اعتقا عبدا مشتركا بينهما كان الولاء بينهما نصفين والولاء من أحكام العتق فدل تجزؤه على تجزئ العتق وأما الحديث فقد قيل انه غير سرفوع بل هو موقوف على عمر رضى الله عنه وقدر روى عنه خلافاً فانه روى أنه قال في عبد بين صبي و بالغ أعتق البالغ نصيبه قال ينتظر بلوغ الصبي فإذا بلغ ان شاء أعتق وان شاء استسعى ولكن ثبت رفعه فتأويله من وجهين أحدهما ان معنى قوله عتق كله أى استحق عتق كله لانه يجب تخرج الباقي الى العتق لا محالة فيعتق الباقي لا محالة بالاستسعاء أو بالضمان وما كان مستحق الوجود يسمى باسم الكون والوجود قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون والثاني أنه يحتمل أن المراد منه عتق كله للحال ويحتمل ان المراد منه عتق كله عند الاستسعاء والضمان فنحمله على هذا عملاً بالأجاديث كلها وأما قولهما ان العتق قوة حكيمية فيعتبر بالقوة الحقيقية وثبوتها في البعض شائعاً ممتنع فكذا الحكمية فنقول لم قلتم ان اعتبار الحكم بالحقيقة لازم أليس ان الملك عبارة عن القدرة الحكمية والقوة والقدرة سواء ثم الملك يثبت في النصف شائعاً وهذا لان الامر الشرعي يعرف بدليل الشرع وهو النص والاستدلال بالحقائق وما ذكر من الآثار فليست من لوازم العتق ألا ترى أنه يتصور ثبوت العتق بدونها كما في الصبي والجنون بل هي من الثمرات وفوات الثمرة لا يخل بالذات ثم انها من ثمرات حرية كل الشخص لا من ثمرات حرية البعض فان الولايات والشهادات شرعت قضاء حق العاجزين شكراً للنعمة والقدرة وذلك عند كمال النعمة وهو أن ينقطع عنه حق المولى ليصل الى اقامة حقوق الغير وقولهما لا يتجزأ ثبوت كذا والى من مشايخنا من منع وقال ان الامام اذا ظهر على جماعة من الكفرة وضرب الرق على انصافهم ومن على الانصاف جازو يكون حكمهم حكم معتق البعض في حالة البقاء ثم ان سلمنا فالرق متجزئ في نفسه حالة الثبوت لكنه تكامل لتكامل سببه وهو الاستيلاء اذ لا يتصور و روده على بعض المحل دون بعض وفي حالة البقاء وجود سبب زواله كاملاً وقاصراً فيثبت كاملاً وقاصراً على حسب السبب وأما التخرج الى الاعتاق وامتناع جواز التصرفات فليس لعدم التجزئ بل لمعنى آخر نذكره ان شاء الله تعالى وأما الاستيلاء فممنوع أنه لا يتجزأ بل هو متجزئ فان الامنة المشتركة بين اثنين اذا جاءت بولد فادغياه جميعاً صارت أم ولد لهما الا أنه اذا ادعى أحدهما صارت كلها أم ولد له لوجود سبب التكامل وهو نسبة كل أم الولد اليه بواسطة الولد على ما نذكره في كتاب الاستيلاء وما من متجزئ الا وله حال السكال اذا وجد السبب بكمال يكامل واذا وجد قاصراً لا يكامل بل يثبت بقدره في مسئلتنا وجد قاصراً فلم يكامل وكذا اعتاق أم الولد متجزئ والثابت له عتق النصف وانما يثبت له العتق في النصف الباقي لا باعتاقه بل لعدم الفائدة في بقاء نصيب الشريك كما في الطلاق والفروع عن القصاص على ما عرف في مسائل الخلاف والله أعلم واذا عرف هذا الاصل بينى عليه مسائل عبد بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه يعتق نصيبه لا غير عند أبي حنيفة لان الاعتاق عنده متجزئ واعتاق البعض لا يوجب اعتاق الكل بل يعتق بقدر ما أعتق ويبقى الباقي رقيقاً وللشريك الساكت خمس خيارات ان شاء أعتق نصيبه وان شاء دبره وان شاء كاتبه وان شاء استسعاء معسراً كان المعتق أو موسراً ويسعى وهو رقيق وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسراً وليس له خيار الترك على حاله لانه لا سبيل الى الانتفاع به مع ثبوت الحرية في جزئ منه وترك المال من غير انتفاع أحد به سبب له وأنه حرام فلا بد من تخرجه الى العتق وله الخيار في ذلك من الوجوه التي وصفنا ما خيار الاعتاق والتدبير والكتابة فلان نصيبه باق

على ملكه وأنه يحتمل لهذه التصرفات كما في حال الابتداء وأما خيار السعاية فلان نصيبه صار محتسبا عند العبد لحقه لثبوت العتق له في نصفه فيصير مضمونا عليه كما اذا انصبغ ثوب انسان بصبغ غيره من غير صنع أحد فاختر صاحب الثوب الثوب انه يجب عليه ضمان الصبغ لصيرورة الصبغ محتسبا عنده لقيامه بثوب مملوك له لا يمكنه التمييز كذا ههنا ولان في السعاية سلامة نفسه ورقبته له وان لم تصر رقبته مملوكة له ويجوز ايجاب الضمان بمقابلة سلامة الرقبة من غير تلك كالمكاتب وشراء العبد نفسه من مولاه ولان منفعة الاعتاق حصلت فكان عليه ضمانه لقوله صلى الله عليه وسلم اخرج بال ضمان ثم خيار السعاية مذهبا وقال الشافعي لا أعرف السعاية في الشريعة والوجه لقوله ان ضمان السعاية اما أن يكون ضمان اتلاف واما أن يكون ضمان تلك ولا اتلاف من العبد بوجه اذ لا يصنع له في الاعتاق رأسا ولا ملك يحصل للعبد في نفسه بال ضمان ولان المولى لا يجب له على عبده دين لما فيه من الاستحالة وهي كون الشيء الواحد واجبا عليه وله ولان العبد معسر والضمان في هذا الباب لا يجب على المعسر ألا ترى أنه لا يجب على المعتق اذا كان معسرا مع وجود الاعتاق منه فالعبد أولى ولنا ما روينا من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وروى محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن المجاج بن أرطاة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق عبدا بينه وبين شريكه يقوم نصيب شريكه قبة عدل فأن كان موسرا ضمن نصيب شريكه وان كان معسرا سعى العبد غير مشقوق عليه فدل ان القول بالسعاية لازم في الجملة عرفها الشافعي أو لم عرفها وكذا ما ذكرنا من المعاني وبه يتبين ان ضمان السعاية ليس ضمان اتلاف ولا ضمان تلك بل هو ضمان احتباس وضمان سلامة النفس والرقبة وحصول المنفعة لان كل ذلك من أسباب الضمان على ما بينا وقوله لا يجب للمولى على عبده دين قلنا وقد يجب كالمكاتب والمستسعى في حكم المكاتب عنده الى أن يؤدي السعاية الى الشريك الساكت اذا اختار السعاية أو الى المعتق اذا ضمنه الشريك الساكت لانه يسعى لتخليص رقبته عن الرق كالمكاتب وثبت فيه جميع أحكام المكاتب من الارث والشهادة والنكاح فلا يرث ولا يورث ولا يشهد ولا يزوج الا اثنتين لا يفتقران الا في وجه واحد وهو أن المكاتب اذا عجز رد في الرق والمستسعى لا يرد في الرق اذا عجز لان الموجب للسعاية موجود قبل المعجز وبعده وهو ثبوت الحرية في جزئه منه ولان رده في الرق ههنا لا يفيد لانا لو رددناه الى الرق لا احتجنا الى أن نجبره على السعاية عليه ثانيا فلا يفيد الرق فان قيل بدل الكتابة لا يلزم العبد الا برضاه والسعاية تلزمه من غير رضاه فأنى يستويان فالجواب انه انما كان كذلك لان بدل الكتابة يجب بحقيقة العقد اذ الكتابة معاوضة من وجه فافتقرت الى التراضي والسعاية لا تجب بعقد الكتابة حقيقة بل بكتابة حكيمية ثابتة بمقتضى اختيار السعاية فلا يقف وجوبها على الرضا لان الرضا انما شرط في الكتابة المبتدأة لانه يجوز أن يرضى بها العبد ويجوز أن لا يرضى بها ويختار البقاء على الرق فوقمت على الرضا وههنا لا سبيل الى استبقائه على الرق شرعا اذ لا يجوز ذلك فلم بشرط رضاه للزوم السعاية ثم اختلف أصحابنا فقال أبو حنيفة هذا الخيار يثبت للشريك الذي لم يعتق سواء كان المعتق معسرا أو موسرا وقال أبو يوسف ومحمد لا يثبت الا اذا كان معسرا لان الاعتاق لما لم يكن متعجزا عندهما كان المعتق متلقا نصيب الشريك فوجب عليه الضمان ووجوب الضمان يمنع وجوب السعاية فكان ينبغي أن لا يجب حال الاعسار أيضا وأن لا يكون الواجب الا الضمان في الحالين جميعا وهو قول بشر بن غياث المريسي وهو القياس لان ضمان الاتلاف لا يختلف بالاعسار واليسار الا ناعرفنا وجوبها على خلاف القياس بالنص الذي روينا والنص ورد فيها في حال الاعسار لحال اليسار يقف على أصل القياس ولما كان متعجزا عنده لم يكن الاعتاق اتلا فالنصيب الشريك حتى يوجب ضمان الاتلاف لكن بقي نصيبه محتسبا عند العبد بحقه بحيث لا يمكن استخلاصه منه وهذا يوجب الضمان على ما بينا وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين حال اليسار وبين حال الاعسار فيثبت خيار السعاية في الحالين واذا عتق بالا عتاق أو بالسعاية أو ببديل الكتابة فالولاء بينهما لان الولاء للمعتق والاعتاق حصل منهما وأما خيار التضمين حال يسار

المعتق فأمر ثبت شرعا غير معقول المعنى بالأحاديث التي رويها لأن الاعتاق إذا كان مستجرا فعنده كان المعتق متصرفا في ملك نفسه على طريق الاقتصار ومن تصرف في ملك نفسه لا يؤخذ بما حدث في ملك غيره عند تصرفه لا بتصرفه كمن أحرق دار نفسه فاحترق دار جاره أو أسقى أرض نفسه فنزت أرض جاره أو حفر بئرا في دار نفسه فوقع فيها انسان ونحو ذلك الآن وجوب الضمان حالة اليسار ثبت بالنصوص بعدا غير معقول فتبقى حالة الاعسار على أصل القياس أو ثبت معقولا بمعنى النظر للشريك كي لا ي تلف ماله بمقابلة مال في ذمة المفسد من غير صنع من المعتق في نصيب شريكه فصلح أن يكون موجبا للضمان ومن غير أن يكون في مقابلة عوض فيكون ضمان صلة وتبرع كنفقة الحارم وضمان الصلة والتبرع إنما يجب حالة اليسار كما في حققة الاقارب أو وجب نظرا للعبد لأنه تبرع عليه باعتاق نصفه فلم يتم غرضه في ائصال ثمرات العتق الى العبد فوجب عليه الضمان تنبها لغيره فيختص وجوبه بحالة اليسار ومن مشايخنا من سلك طريقة أخرى لابي حنيفة في ضمان العتق فقال هذا ضمان افساد فعنده لان المعتق باعتاقه نصيبه أفسد نصيب شريكه حيث أخرجه من أن يكون منتفعا به في حقه حتى لا يملك فيه سائر التصرفات المزيلة للملك عقيب فعله وإنما يملك الاعتاق والسعاية والحكم متى ثبت عقيب وصف مؤثر يضاف اليه إلا أنه لا يجب على المقر نصبا بخلاف القياس ومنهم من قال هو ضمان تملك لأنه بوجوب الضمان على المعتق يصير نصيب شريكه ملكا له حتى كان له أن يعتق نصيبه بجائنا بغير عوض وان شاء استسعى العبد وهذا تفسير ضمان التملك أن يكون بمقابلة الضمان ملك العوض وهذا كذلك ولهذا كان ضمان القصب ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي وجود الاتلاف كضمان القصب فان قيل كيف يكون ضمان التملك والمضمون وهو نصيب الشريك لا يحتمل النقل من ملك الى ملك قيل يحتمل النقل الى ملك المعتق بالضمان ان كان لا يحتمل النقل الى ملك غيره ويجوز بيعه منه أيضا في القياس هكذا ذكر في الاصل وقال ان باع الذي لم يعتق نصيبه من المعتق أو وهبه له على عوض أخذه منه وهذا اختياره الضمان سواء في القياس غير أن هذا أخصهما والبيع هو نقل الملك بموضع الأمان في الاستحسان لا يجوز بيعه من المعتق كما لا يجوز من غيره لكن هذا لا ينفى جواز النقل لا على وجه البيع فان الشيء قد يحتمل النقل الى انسان بالضمان وان كان لا يحتمله بجهة البيع فان الخمر تنتقل الى المسلم بالضمان بأن أ تلف على ذمي خمره وان كانت لا تنتقل اليه بالبيع على أن قبول الحبل لا انتقال الملك فيه بشرط حال انعقاد السبب لاحتال أداء الضمان لأنه لا يملكه من ذلك الوقت فيراعى قبول الحبل في ذلك الوقت ألا ترى أن من غصب من آخر عبدا فهلك في يده ثم أدى الضمان أنه يملكه ومعلوم ان المالك لا يقبل الملك لكن لما كان قابلا وقت انعقاد السبب والمالك يثبت من ذلك الوقت يعتبر قبول الحبل فيه وكذا ههنا ثم اذا ضمن الذي أعتق فالمعتق بالخيار ان شاء أعتق ما بقي وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لماذا كرنا في الشريك الذي لم يعتق لان نصيبه انتقل اليه فقام مقامه وبأى وجه عتق من الاعتاق أو السعاية فولا العبد كله له لأنه عتق كله على ملكه هذا اذا كان المعتق موسرا فأما ان كان معسرا فالشريك أربع خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لماذا كرنا وأما على قول أبي يوسف ومحمد فيعتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ فكان اعتاق بعضه اعتاقا لأكمله ولا خيار للشريك عندهما وإنما له الضمان لا غير ان كان المعتق موسرا وان كان معسرا فله السعاية لا غير لماذا كرنا ان المعتق صار متلفا نصيب الشريك فكان ينبغي أن يكون الواجب هو الضمان في حالة اليسار والاعسار الآن وجوب السعاية حال الاعسار ثبت بخلاف القياس بالنص وأما على قول الشافعي ان كان المعتق موسرا اعتق كله وللشريك أن يضمه لا غير كما قالوا وان كان معسرا يعتق ما عتق ويبقى الباقي محلا للبيع التصرفات المزيلة للملك من البيع والهبة وغير ذلك لان الاعتاق عنده لا يتجزأ في حالة اليسار وفي حالة الاعسار يتجزأ لماذا كرنا من الدلائل لابي حنيفة فيقتصر حكم تصرف المعتق على نصيبه فيبقى نصيبه على ما كان من مشايخنا من قال لا خلاف بين أصحابنا في أن العتق لا يتجزأ وإنما اختلفوا في الاعتاق وهذا غير سديد لان الاعتاق لما كان

متجزئاً عند أبي حنيفة كان العتق متجزئاً ضرورة اذ هو حكم الاعتاق والحكم ثبت على وفق العلة ولما لم يكن متجزئاً
عندهما لم يكن للاعتاق متجزئاً أيضاً لما قلنا ولأن القول بهذا قول بتخصيص العلة لأنه يوجد الاعتاق في النصف
ويتأخر العتق فيه الى وقت الضمان أو السعاية وأنه قول بوجود العلة ولا حكم وهو تفسير تخصيص العلة وأنه باطل ولنا
أن العتق وإن ثبت في نصيب المعتق على طريق الاقتصار عليه لكن في الاعتاق حق الله عز وجل وحق العبد بالاجماع
وانما اختلفوا في الرجحان فالقول بالتملك ابطال الحقيين وهذا لا يجوز وكذا فيه اضرار بالمعتق باهتار تصرفه من
حيث الثمرة للحال واضرار بالعبد من حيث الخلق الذل به في استعمال النصف الحر والضرر مني شرعا فان قيل ان
كان في التملك اضرار بالمعتق ففي المنع من التملك اضرار بالشريك الساكت لما فيه من منعه من التصرف في ملكه
فوقع التعارض فالجواب اننا لانمنعه من التملك أصلاً ورأساً فان له ان يضم المعتق ويستسعى العبد ويكاتبه وفي
التضمين تملكه من المعتق بالضمان وفي الاستسعاء والمكاتبه ازالة الملك الى عوض وهو السعاية وبطل الكتابة
فكان فينا قلنا رعاية الجانبين فكان أولى فان اختار التدبير فدبر نصيبه صار نصيبه يدبراً عند أبي حنيفة لأن نصيبه
باق على ملكه فيحتمل التخرج الى العتق والتدبير يخرج الى العتق لأنه لا يجوز له أن يتركه على حاله ليعتق بعد الموت
بل يجب عليه السعاية للحال فيؤدي فيعتق لأن تدبيره اختيار منه للسعاية وله أن يعتق لأن المدبر قابل للاعتاق وليس له
أن يضم المعتق لأن التضمين يقتضي تملك المضمون والمدبر لا يحتمل النقل من ملك الى ملك لأن تدبيره اختيار منه
للسعاية واختيار السعاية يسقط ولاية التضمين على ما ذكرنا شاء الله تعالى وإن اختار الكتابة فكاتب نصيبه
يصير نصيبه مكاتباً عند أبي حنيفة لما ذكرنا وكانت مكاتبته اختياراً منه للسعاية حتى لا يملك تضمين المعتق بعد ذلك
ولأن ملك المكاتب وهو مكاتب لا يحتمل النقل أيضاً فتعذر التضمين ويملك اعتاقه لأن الكتابة لا تمنع من الاعتاق
ثم معتق البعض اذا كوتب فالامر لا يخلو امان كاتبه على الدراهم والدنانير واما ان كاتبه على العروض واما ان كاتبه
على الحيوان فان كاتبه على الدراهم والدنانير فان كانت المكاتبه على قدر قيمته جازت لأنه قد ثبت له اختيار السعاية
فاذا كاتبه على ذلك فقد اختار السعاية وتراضيا عليها وان كاتبه على أقل من قيمته يجوز أيضاً لأنه رضى باسقاط بعض
حقه وله أن يرضى باسقاط الكل فهذا أولى وان كاتبه على أكثر من قيمته فان كانت الزيادة مما يتغابن الناس
في مثلها جازت أيضاً لأنها ليست زيادة متحققة لدخولها تحت تقويم أحد المقومين وإن كانت مما لا يتغابن الناس في
مثلها بطرح عنه الفضل لأن مكاتبته اختياراً للسعاية والسعاية من جنس الدراهم والدنانير فلا يجوز أخذ الزيادة
على القدر المستحق لأنه يكون ربا وإن كانت المكاتبه على العروض جازت بالقليل والكثير لأن الثابت له عليه
وهو السعاية من جنس الدراهم والدنانير بالعروض جائز قلت العروض أو كثرت وإن كانت على الحيوان جازت
لأن الحيوان يثبت ديناً في الذمة عوضاً عما ليس بمال ولهذا جاز ابتداء الكتابة على حيوان ويجب الوسيط كذا
هذا ولو صالح الذي لم يعتق العبد أو المعتق على مال فهذا لا يخلو عن الاقسام التي ذكرناها في المكاتبه فان كان الصلح
على الدراهم والدنانير على نصف قيمته لا شك أنه جائز وكذا اذا كان على أقل من نصف قيمته لأنه يستحق نصف
القيمة فاذا رضى بدونه فقد أسقط بعض حقه فيجوز وكذا ان كان على أكثر من نصف قيمته مما يتغابن الناس في
مثله لما قلنا فماذا كان على أكثر من نصف قيمته مما لا يتغابن الناس في مثله فالفضل باطل في قولهم جميعاً أما على
أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر لأن نصف القيمة قد وجب على العبد أو على المعتق والقيمة من الدراهم والدنانير
فالزيادة على القدر المستحق تكون فضل مال لا يقابلها عوض في عقد المعاوضة فيكون ربا كمن كان له على آخر ألف
درهم فصالحه على ألف وخمسمائة ان الصلح يكون باطلا كذا هذا وهذا على أصلهما مطرد لأن عندهما أن من أئلف
على آخر مالا مثل له أو غصب منه مالا مثل له فملك في يده فالثابت في ذمته القيمة حتى لو صالح على أكثر من قيمته لا يجوز
عندهما فكذا ضمان العتق لأنه ضمان اتلاف عندهما وأما عند أبي حنيفة فالصلح عن المتلف أو المغصوب على

أضعا فقيمته جائز وههنا نقول لا يجوز فيحتاج الى الفرق بين المستثنين والفرق له من وجوه أحدها ان الواجب بالاتلاف والغصب فيما لا مثل له من جنسه في ذمة المتلف والغاصب هو المتلف لا قيمته فاذا صالح على أكثر من قيمة المتلف والمغصوب كان ذلك عوضاً عن المتلف فجاز وضمان العتق ليس بضمان اتلاف ولا ضمان غصب عنده لثبوت المتلف والمغصوب في الذمة فكان الثابت في الذمة هو القيمة وهي دراهم ودنانير فلا يجوز الصلح على أكثر منها والثاني ان الغاصب انما يملك المغصوب عند اختيار الضمان لا قبله بدليل ان له ان لا يضعه ليهلك على ملكه فيثاب على ذلك ويخاصم الغاصب يوم القيامة فكان المغصوب قبل اختيار الضمان على ملك المغصوب منه فكان هذا اصله حتى العبد على هذا القدر من المالكين فكان له ملكه منه به وأنه محفل للملك فصيح ومعتق البعض لا يحتمل التملك مقصودا فكان الصلح عن قيمته فلا يجوز لما بينا والثالث ان الضمان في باب الغصب يجب وقت الغصب لانه هو السبب الموجب للضمان فيثبت الملك الى الغاصب في المغصوب في ذلك الوقت وانه في ذلك الوقت قابل للتملك فيصح الصلح على القليل والكثير والضمان في باب العتق يجب وقت الاعتاق والعبد في ذلك الوقت لا يحتمل التملك مقصودا فالصلح لا يقع عن العبد وانما يقع عن قيمته فلا يجوز الزيادة من قيمته وان كان الصلح على عرض جاز بالقليل والكثير لان ذلك بيع العرض بالدرهم والدنانير وذلك جائز كيفما كان وان صاحبه على شيء من الحيوان كالعبد والقرس ونحوهما فان صالح العبد جاز وعليه الوسط وان صالح المعتق لم يحجز لان في الفصل الاول جعل الحيوان بدلا عن العتق وأنه ليس بمال والحيوان يثبت ديناً في الذمة بدلا عما ليس بمال كالاتاق على مال والكتابة والنكاح والصلح عن دم العمد ولان الصلح مع العبد في معنى مكاتبته وان كاتبه على عبد مطلق أو فرس يصح ويجب الوسط كذا هذا وأما في الفصل الثاني فانما جعل الحيوان بدلا عن القيمة وانها مال والحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بدلا عن المال كالبيع ونحوه ولو كان شريك المعتق في العبد صبيبا أو مجنوناً له أب أو جد أو وصى فوليّه أو وصيه بالخيار ان شاء ضمن المعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء كاتبه وليس له أن يعتق أو يدبر لان التدبير اعتاق والصبي والمجنون لا يملكان الاعتاق فلا يملكه من يلى عليهما وانما ملك الاب والوصى الاستسعاء والتضمين لان الاستسعاء مكاتبه والاب والوصى يملكان مكاتبه عبد الصبي والمجنون والتضمين فيه نقل الملك الى المعتق فيشبه البيع وهما يملكان بيع مال الصبي والمجنون وكذلك لو كان الشريك مكاتباً أو مأذوناً عليه دين أنه يتخير بين الضمان والسعاية والمكاتبه الا أنهما لا يملكان الاعتاق لانعدام ملك الرقبة أما ثبوت الخيار للمكاتب فلا شك فيه لانه أخص بالتصرف فيما في يده من المولى وأما المأذون الذي عليه دين فكذلك لان المولى لا يملك ما في يده على أصل أبي حنيفة فيكون الخيار للعبد وعلى أصلهما ان كان يملك لكن العبد أخص بالتصرف فيما في يده من المولى فان لم يكن عليه دين فالخيار للمولى كما في الحرية لانه اذا لم يكن عليه دين فهو وما في يده ملك المولى فكان الخيار للمولى فان اختار الشريك السعاية في الصبي والمجنون الولاء لهما لانهم من أهل الولاء لكونهما حريين وفي المكاتب والمأذون الولاء للمولى لكونهما رقيقين والولاء لا يثبت الا للحر وان لم يكن للصغير والمجنون ولي ولا وصى فان كان هناك حاكم نصب الحاكم من يختار لهما أصلح الامور من التضمين والاستسعاء والمكاتبه وان لم يكن هناك حاكم وقف الامر حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون فيستوفيان حقوقهما من الخيارات الخمس ثم اذا اختلف حكم اليسار والاعسار في الضمان لا بد من معرفتهما فاليسار هو أن يملك المعتق قدر قيمة ما بقي من العبد قلت أو كثرت والاعسار هو أن لا يملك هذا القدر لا ما يتعلق به حرمة الصدقة وحلها حتى لو ملك هذا القدر كان للشريك ولاية تضمينه والا فلا الى هذا وقعت الاشارة فيما روينا من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان له شقة في مملوك فأعتقه فعمله خلاصه من ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد في رقبته غير مشقوق عليه باعتباره مطلق المال لا النصاب وأشار صلى الله عليه وسلم الى أن الواجب تخليص العبد وبهذا القدر يحصل التخليص وبدونه لا يحصل

ثم يسار المعتق واعساره يعتبر وقت الاعتاق حتى لو كان معسرا وقت الاعتاق لا يضمن وان أيسر بعد ذلك لان ذلك وقت وجوب الضمان فيعتبر بذلك الوقت كضمان الاتلاف والعصب ولو اختلفا في اليسار والاعسار فان كان اختلافا فيما حال الاعتاق فالقول قول المعتق لان الاصل هو الفقر والغنا عارض فكان الظاهر شاهدا للمعتق والبينة بينة الآخر لانها ثبتت زيادة وان كان الاعتاق متقدما واختلفا فقال المعتق أعتقت عام الاول وأنا معسر ثم أيسرت فيعتبر ذلك الوقت وقال الآخر بل أعتقته عام الاول وأنت موسر فالقول قول المعتق وعلى الشريك اقامة البينة لان حالة اعتبار اليسار والاعسار شاهد للمعتق فيحكم الحال كما اذا اختلف صاحب الرحي والطحان في انتطاع الماء وجريانه أنه يحكم الحال كذاهما وقد قال أبو يوسف في عبيدين بين رجلين قال أحدهما أحد كياحر وهو فقير ثم استغنى ثم اختار أن يوقع العتق على أحدهما ضمن نصف قيمته يوم العتق وكذلك لو كان مات قبلا أن يختار وقد استغنى قبل موته ضمن ربع قيمة كل واحد منهما إنما أنظر الى حاله يوم وقع بمنزلة من كاتب نصيبه من العبد ثم أدى العبد فيعتق ثم إنما أنظر الى حال مولاه يوم عتق المكاتب ولا أنظر الى حاله يوم كاتب وهذا على أصله صحيح لان اضافة العتق الى المجهول تعليق لعتق عبده بشرط الاختيار كانه علقه به نصا فيعتبر حاله يوم الاختيار لانه يوم العتق كما لو قال لعبد مشترك بينه وبين غيره ان دخلت الدار فأنت حر فدخل انه يضمن نصف قيمته يوم دخل الدار لا يوم البيع لان يوم الدخول هو يوم العتق وأما على أصل محمد فاضافة العتق الى المجهول تنجز وإنما الاختيار تعيين لمن وقع عليه العتق فيعتبر صفة العتق في يساره واعساره يوم التكلم بالعتق وكذا يعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الاعتاق حتى لو علمت قيمته يوم أعتق ثم ازدادت أو انتقصت أو كاتب أمه فولدت لم يلتفت الى ذلك ويضمنه قيمته يوم أعتقه لانه يوم وجوب الضمان فيعتبر قيمته يومئذ كما في العصب والاتلاف وان لم يعلم ذلك واختلفا فجملة الكلام فيه ان العبد لا يخلو اما أن يكون قائما وقت الخصومة واما أن يكون هالكا انفقا على حال المعتق أو اختلفا فيها والاصل في هذه الجملة ان الحال ان كانت تشهد لأحدهما فالقول قوله لان الحال شاهد صادق أصله مسئلة الطاحونة وان كانت لا تشهد لأحدهما فالقول قول المعتق لانه منكر فان كان العبد قائما وقت الخصومة واتفقا على العتق في الحال واختلفا في قيمته بأن قال المعتق قد أعتقته اليوم وقيمتها كذا وقال شريكه نعم أعتقته اليوم الا أن قيمته أكثر من ذلك يرجع الى قيمته للحال ولا يعتبر التحالف والبينة لان الحال أصدق وكذا لو اختلفا في حال العتق فقال المعتق أعتقته قبل هذا وكانت قيمته كذا وقال الآخر أعتقته اليوم وقيمتها أكثرا وقال المعتق أعتقته اليوم وقيمتها كذا وقال الآخر بل أعتقته قبل ذلك وقيمتها كانت أكثر يرجع الى قيمته في الحال لان الحال اذا شهدت لأحدهما فالظاهر ان قيمته كانت كذلك وقت الاعتاق اذ الاصل دوام الحال والتغير خلاف الاصل فكان الظاهر شاهدا له فأشبه اختلاف صاحب الطاحونة مع الطحان في انتطاع الماء وجريانه أنه يحكم الحال فيه كذا هذا وان اتفقا على أن العتق كان متقدما على زمان الخصومة لكن قال المعتق قيمته كانت كذا وقال الشريك بل كانت أكثر فبهنا لا يمكن تحكيم الحال بالرجوع الى قيمة العبد في الحال لانها تزيد وتنقص في المدة ويكون القول قول المعتق لان الشريك يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كالتلف والناسيب وقالوا في الشفعة اذا احترق البناء واختلف الشفيع والمشتري في قيمته وقيمة الارض ان المرجع الى قيمة الارض في الحال والقول قول المشتري في البناء لان الشفيع يريد أن يملك عليه الارض بالشفعة فلا يجوز أن يملكها الا بقوله فأما المعتق فلا يريد أن يملك على شريكه وإنما شريكه يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وكذلك اذا كان العبد هالكا فالقول قول المعتق لما قلنا انه منكر للزيادة والله عز وجل أعلم فان هلك العبد قبل أن يختار الشريك الذي لم يعتق شيئا هل له أن يضمن المعتق اذا كان موسرا اختلفت الرواية فيه عن أبي حنيفة روى محمد عنه وهو رواية الحسن واحمد بن يونس عن أبي يوسف ان له أن يضمن المعتق وروى أبو يوسف رواية أخرى عنه أنه لا ضمان على المعتق وجه هذه الرواية ان تضمن المعتق ثبت نصا

بخلاف القياس لما بينا فيما تقدم ان الشريك بالاعتاق تصرف في نصيب نفسه على وجه الاقتصار عليه لبقاء نصيب
 الشريك على ملكه ويده بعد الاعتاق الآن ولاية التضمين تثبت شرعا بشرطة تنزل ملك المضمون الى الضمان فاذا
 هلك لم يبق الملك فلا يتصور نقله فتبقى ولاية التضمين على أصل القياس وجهر واية محمدان ولاية التضمين قد ثبتت
 بالاعتاق فلا تبطل بموت العبد كما اذا مات العبد المضمون في بد القاصب وأما قوله ملك الشريك بهلاك العبد خرج
 عن احتمال النقل فنقول الضمان يستند الى وقت الاعتاق فيستند ملك المضمون الى ذلك الوقت كما في باب العصب
 وهو في ذلك الوقت كان محتملا للنقل فأمكن إيجاب الضمان واذا ضمن المعتق يرجع المعتق بما ضمنه في تركه العبد
 ان كان له تركه وان لم يكن فهو دين عليه لما ذكرنا من أصل أبي حنيفة ان نصيب الشريك يبق على ملكه وله أن
 يضمن المعتق ان كان موسرا واذا ضمنه ملك المعتق نصيبه بالسبب السابق وهو الاعتاق وكان له أن يرجع بذلك في
 تركه العبد كما كان له أن يأخذ منه لو كان حيا وان كان معسرا فله أن يرجع في تركه العبد وان لم يترك شيئا فلا شيء
 للشريك لان حقه عليه وهو قد مات مفلسا هذا اذا مات العبد وأما اذا مات أحد الشريكين فان مات المعتق فلا يخلو
 اما أن يكون الاعتاق منه في حال صحته واما أن يكون في حال مرضه فان كان في حال صحته يؤخذ نصف قيمة العبد من
 تركته بلا خلاف وان كان في حال مرضه لم يضمن شيئا حتى لا يؤخذ من تركته وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو
 يوسف ومحمد يستوفى الشريك من ماله قيمة نصيبه وهذا مبني على الأصل الذي ذكرنا ان الاعتاق لا يتجزأ عندهما
 وعنده يتجزأ ووجه البناء على هذا الأصل ان الاعتاق لم يمكن متجزئا عندهما كان ضمان العتق ضمان اتلاف
 وضمن الاتلاف لا يختلف بالصحة والمرض ولما كان متجزئا عنده كان المعتق متصرفا في ملك نفسه على طريق
 الاقتصار ومثل هذا لا يوجب الضمان في أصول الشرع ولهذا لو كان معسرا لا يجب الضمان ولو كان اعتاقه اتلافا
 أو افسادا لنصيب شريكه معنى لوجب الضمان لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار الا أناعرفنا وجوب
 الضمان بالنص وانه ورد في حال اليسار المطلق وذلك في حالة الصحة لانها حال خلوص أمواله وفي مرض الموت
 يتعلق بها حق الورثة حتى لا يصبح اقراره للورثة أصلا ولا يصبح تبرعه على الاجنبي الامن الثلث ولا تصح كفالته ولا
 اعتاقه الامن الثلث فلم يكن حال المرض حال يسار مطلق ولا ملك مطلق فبقى الامر فيها على أصل القياس ولان ضمان
 العتق ضمان صلة وتبرع لوجوبه من غير صنع من جهة المعتق في نصيب الشريك ألا ترى أنه لا يجب على المعسر
 والصلوات اذا لم تكن مقبوضة تسقط بالموت كنفقة الاقارب والزكاة وغير ذلك والى هذا أشار محمد لابي حنيفة
 أنه لو وجب الضمان على المريض ويؤخذ من تركته يكون هذا من مال الوارث والمعنى فيه ان الشرع جعل الثلث
 للمريض في حال مرض موته والثلثين للورثة قال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث
 أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم وهكذا نقول في حالة الصحة أنه يجب صلة ثم قد تنقلب معاوضة في
 حالة البقاء فانه ثبت به الملك في المضمون في حق الاعتاق والاستسعاء كالمطعم بشرط العوض أنه يتعد صلة ثم تنقلب
 معاوضة وكذا الكفالة تنعقد تبرعا حتى لا تصح الامن هو أهل التبرع ثم تنقلب معاوضة وانما انقلبت معاوضة لانه
 يوجب الملك في رقبة الغير مجازاة لصلته أو تحملا عن العبد لان الضمان عليه في الحقيقة للحصول النفع له ثم له حق الرجوع
 في مالية العبد بالسعاية كما في الكفالة ان الكفيل يكون متبرعا في التحمل عن المكفول عنه ثم اذا صح تحمله وملك ما في
 ذمته بالاداء الى المكفول له انقلبت معاوضة ألا ترى أن من قال في حال الصحة ما كان لك على فلان فهو على ثم
 كان له على فلان في مرضه فأخذ ذلك من المريض فانه يعتبر من جميع المال لا من الثلث ويؤخذ من تركته ولو وجد
 ابتداء الكفالة في المرض يكون المؤدى معتبرا من الثلث فسدل على التفرقة بين الفصلين وان مات الشريك الذي لم
 يعتق ثبت الخيار لورثته فان اجتمعوا على شيء من الاعتاق أو التضمين أو الاستسعاء وغير ذلك فلهم ذلك بلا خلاف
 لانهم يخلفون الميت ويقومون مقامه وكان للمورث ذلك قبل موته فكذلك وان انفردوا فأراد بعضهم الاعتاق

وبعضهم التضمين ذكر في الاصل أن لهم ذلك وقال الحسن بن زياد انه ليس لهم ذلك إلا أن يعتقوا أو يستسعوا أو يضموا والظاهر أنه رواية عن أبي حنيفة لأن الاعتراف عند الحسن لا يتجزأ كما لا يتجزأ عند أبي يوسف ومحمد فلا يصح هذا التفرع على مذهبه وجه ما ذكر في الاصل أن نصيب الشريك قد بقي على ملكه عند أبي حنيفة لتجزئ الاعتراف عنده وقد انتقل نصيبه الى الورثة بموته فصاروا كالشركاء في الاصل في العبد أعتق أحدهم نصيبه ان للباقي أن يختار كل واحد منهم ما يشاء كذا هذا وجه رواية الحسن أن الورثة انتقل اليهم ما كان للميت وما كان له أن يختار الضمان في البعض والسعاية في البعض فكذلك ولأن المستسعى بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة ومن كاتب عبده ثم مات ليس لورثته أن ينفردوا بأن يختار بعضهم الاعتراف وبعضهم التضمين وبعضهم الاستسعاء بل ليس لهم إلا أن يجتمعوا على شيء واحد اما العتق واما الضمان كذا هذا ثم على رواية الحسن لو أعتق بعضهم كان عتاقه باطلا ما لم يجتمعوا على الاعتراف لأن المستسعى كالمكاتب على أصل أبي حنيفة ولومات المولى فأعتق بعض الورثة المكاتب كان عتاقه باطلا ما لم يجتمعوا عليه كذا هذا فإذا اجتمعوا على عتقه يعتق بلا خلاف والولاة يكون للميت حتى ينتقل الى الذكور من ورثته دون الاناث وهو قاعدة كونه للميت لأن من أصل أبي حنيفة أن المعتق بعضه في معنى المكاتب والمكاتب لا ينتقل فيه بالارث فكان ولاؤه للميت كذا هذا وإذا كان المعتق موسرا يوم أعتقه فاختر الشريك تضمينه ثم أراد أن يرجع عن ذلك ويختار السعاية ذكر في الاصل أنه ليس له ذلك ولم يفصل بين ما إذا رضى المعتق بالضمان أو حكم به الحاكم أو لم يرض به المعتق ولا حكم به الحاكم وروى ابن سبعة عن محمد أن له ذلك ما لم يقبل المعتق منه التضمين أو يحكم به الحاكم قبل أو حكم به الحاكم فليس له ذلك من المشايخ من لم يجعل في المسئلة اختلاف الرواية وجعل ما ذكره ابن سبعة عن محمد من التفصيل تفسيرا لما ذكره في ظاهر الرواية واليه ذهب الجصاص وقال أراد بما ذكر في الكتاب إذا قضى به القاضى أو رضى به الشريك وحكى عن الكرخي والجصاص أنهما جعلوا مسئلة الغاصب وغاصب الغاصب على هذا أنه إذا اختار المصوب منه تضمين أحدهما ثم بدله واختار تضمين الآخر فله ذلك إلا أن يرضى به المضمين أو يقضى به القاضى ومنهم من جعل في المسئلة روايتين وجه ما ذكر في الاصل أن له خيار التضمين وخيار السعاية والمخير بين شيئين إذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر فكان اختياره التضمين ابراء للعبد عن السعاية ولهذا لو اختار السعاية لم يكن له أن يختار الضمان وكانت نفس اختيار السعاية ابراء له عن الضمان من غير قضاء ولا رضا كذا إذا اختار الضمان وجه رواية ابن سبعة أن اختيار الشريكين تضمين المعتق ايجاب الملك له في المضمون بعوض وهو الضمان وذلك لا يتم إلا بالرضا أو بالقضاء فلم يوجد أحدهما لا يتم له الاختيار وكان له الرجوع عنه الى السعاية بخلاف ما إذا اختار الشريك السعاية أنه لا يكون له خيار التضمين بعد ذلك رضى بذلك العبد أو لم يرض لأن اختيار السعاية على العبد ليس فيه ايجاب الملك للعبد بعوض حتى يقف ذلك على رضاه فلا يقف عليه فإن أعتق أحدهما نصيب صاحبه لم يعتق منه شيء أما على أصل أبي حنيفة فظاهر لأن العتق يتجزأ فيقتصر العتق على نصيب المعتق فإذا صادف ملك غيره لم ينفذ وأما على أصلهما فالعتق وإن كان لا يتجزأ لكن لا بد من ثبوت العتق في نصيبه ثم يسرى الى نصيب شريكه فإذا أضاف الاعتراف الى نصيب شريكه لم يثبت العتق في نصيب نفسه فلا تعدى الى نصيب الشريك وإن كان المعتق جارية حاملا لا يضمن المعتق من قيمة الولد شيئا لأن الحمل بمنزلة طرف من أطرافها والأطراف بمنزلة الأوصاف والأوصاف لا تفرد بالضمان إلا بعد وجود سبب وجوب الضمان فيها مقصودا ولأن الحمل في الأدمية نقصان فكيف يلزمه بتقصان المتلف زيادة ضمان وكذلك كل حمل يعتق أمه إذا كان المعتق مالهما كافي الرهن وإن لم يكن مال الكالولد كافي الجارية الموصى رقبته الرجل وبحملها لا تخرفا عتق صاحب الرقبة الأم يعتق الحمل ويضمن قيمته لصاحبه لأن الولد اقرء عن الأم في الملك فجاز أن ينفرد بالضمان وإن كان العبد بين جماعة فاعتق أحدهما نصيبه فاختر بعض الشركاء الضمان وبعضهم السعاية

وبعضهم العتق فذلك لهم ولكل واحد منهم ما اختار في قول أبي حنيفة لأن اعتناق نصيبه أوجب لكل واحد منهم الخيارات ونصيب كل واحد لا يتعلق بنصيب الآخر فكان لكل واحد منهم ما اختار وعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة في عبد بين ثلاثة أعتق أحدهم نصيبه ثم أعتق الآخر بعده فللثالث أن يضمن العتق الأول أن كان موسرا وأن شاء أعتق أو دبر أو كاتب أو استسعى لأن نصيبه بقي على ملكه فثبت له الخيارات للتخرج إلى الاعتناق وليس له أن يضمن العتق الثاني وأن كان موسرا لأن تضمين الأول ثبت على مخالفة القياس لما ذكرنا أنه لا يصنع للعتق في نصيب الشريك بالتلاف نصيبه وانما عرفناه بالنص نظر الشريك وأنه يحصل بتضمين الأول ولأن ضمان العتق ضمان معاوضة في الأصل فإذا أعتق الأول فقد ثبت للشريك حق نقل الملك المضمون إليه باختيار الضمان وتعلق بذلك النقل حق الولاء والولاء لا يلحقه الفسخ فلا يملك نقل حق التضمين إلى غيره فإن اختار تضمين الأول فلا ولي أن يعتق وإن شاء دبر وإن شاء كاتب وإن شاء استسعى لأنه قام مقام المضمن وليس له أن يضمن العتق الثاني لأن الأول لم يكن له أن يضمنه فكذا من قام مقامه وأما على أصلهما فلما أعتق الأول أعتق جميع العبد فلم يصح اعتناق الثاني وليس للثاني والثالث إلا التضمن إن كان العتق موسرا والسعاية إن كان معسرا وعلى هذا من كان له عبد فاعتق نصفه فعلى قول أبي حنيفة يعتق نصفه ويبقى الباقي رقيقا يجب تخرجه إلى العتاق فإن شاء أعتق وإن شاء دبر وإن شاء كاتب وإن شاء استسعى وإذا أدى السعاية أو بدل الكتابة يعتق كله وليس له أن يتركه على حاله وعلى قولهما يعتق كله سواء كان العتق موسرا أو معسرا من غير سعاية وكذا إذا أعتق جزأ من عبده أو شقصا منه بمضي منه ما شاء ويبقى الباقي رقيقا يخرج إلى العتاق بالخيارات التي وصفنا في قول أبي حنيفة لأن الاعتناق عنده متمم جزئيا إلا أن هنا أضاف العتق إلى مجهول فيرجع في البيان إليه كما لو قال أحد عبيدي حر وقيل ينبغي في قياس قول أبي حنيفة في السهم أن يعتق منه سدسه لأن السهم عبارة عن السدس في عرف الشرع لما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أن رجلا أوصى في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بسهم من ماله لرجل فأعطاه النبي صلى الله عليه وسلم سدس ماله وعن جماعة من أهل اللسان أن السهم عبارة عن السدس في اللغة وعندهما يعتق كله لأن العتق لا يتجزأ عبد بين رجلين دبره أحدهما صار نصيبه مدبرا ثم إن كان المدبر موسرا فللشريك ست خيارات إن شاء أعتق وإن شاء دبر وإن شاء كاتب وإن شاء ضمن وإن شاء استسعى وإن شاء تركه على حاله وإن كان معسرا فللشريك خمس خيارات إن شاء أعتق وإن شاء دبر وإن شاء كاتب وإن شاء استسعى وإن شاء تركه على حاله وليس له أن يضمن وهذا قول أبي حنيفة لأن التدبير عنده متمم جزئيا كالا عتاق فيثبت له الخيارات أما خيار العتق والتدبير والمكاتبه والسعاية فلأن نصيبه بقي على ملكه في حق التخرج إلى العتاق وأما خيار التضمن فلأنه بالتدبير أخرجه من أن يكون محلا للتفليك مطلقا بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد أتلفه في حق هذه التصرفات فكان للشريك ولاية التضمن وأما خيار الترك على حاله فلأن الحرية لم تثبت في جزء منه فجاز بقاؤه على الرق وأنه مفيد لأن له أن ينتفع به منفعة الاستخدام فلا يكلف تخرجه إلى الحرية ما لم يمت المدبر فإن اختار تضمين المدبر فلم يدبر أن يرجع بما ضمن على العبد لأن الشريك كان له أن يستسعيه فلما ضمن شريكه قام مقامه فيها كان له فإذا أدى عتق والولاء كله للمدبر لأن كله عتق على ملكه لا ينتقل نصيب شريكه إليه وإن اختار الاستسعاء أو الاعتناق كان الولاء بينهما لأن نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه وأما إذا كان معسرا فلا حق له في الضمان لأن ضمان التدبير لا يجب مع الأعسار كما لا يجب ضمان الاعتناق فبقى أربع خيارات وأما على قول أبي يوسف ومحمد صار كله مدبرا لأن التدبير على أصحابها لا يتجزأ كالا عتاق المعجل وليس للشريك إلا التضمن موسرا كان المدبر أو معسرا على الرأية المشهورة عنهما لأن ضمان النقل والتفليك لا يختلف باليسار والأعسار كالبيع ولو كان العبد بين ثلاثة رهط دبر أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الثاني وهو موسر فللشريك الثالث أن يضمن المدبر ثلث قيمته ويرجع به المدبر على العبد وليس له أن يضمن العتق والمدبر أن يضمن العتق ثلث

قيمته مدبر وليس له أن يضمه ما انتقل إليه من نصيب الثالث وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف
ومحمد العبد كله مدبر والذي دبره ويضمن ثلثي قيمته لشر يكة موسرا كان أو معسرا لأن التدبير لما كان متجزئا
عند أبي حنيفة فلم يدبره أحدهم فقد ثبت لكل واحد من الشر يكين ست خيارات فلما أعتقه الثاني فقد
استوفى ما كان له فلم تبقى له ولاية تضمين المدبر وللساكت أن يضمه لأنه أتلف عليه نصيبه فكان له ولاية
التضمن وليس له أن يضم المعتق لأن ضمان المعتق ضمان معاوضة في الأصل وهو ضمان التملك وهو أن يكون
بمقابلة الضمان ملك المضمون كضمان الغاصب ولو ضمن المعتق لملك المعتق المضمون لأن التدبير انعقد سببا
لوجوب الضمان على المدبر وأنه يوجب ملك المضمون فصارت ذلك النصيب بحال لا يحتمل النقل إلى غير المدبر فتعذر
تضمن المعتق ولأن المدبر بالتدبير قد ثبت له حق الولاية والولاية لا يلحقه الفسخ فلا يجوز أن ينتقل إلى الغير
والمدبر إن ضمن المعتق لأنه بالاعتساق أتلف نصيبه باخراجه من أن يكون منتفعا به منفعة الاستخدام
فيضمه له قيمة نصيبه لكن مدبر لأن المثلث مدبر ويرجع به المدبر على العبد لأن نصيب الساكت انتقل إليه
فقام هو مقامه وكان له أن يستسعى العبد فكذا للمدبر ولأن الحرية لم تثبت في جزء منه فجاز إبقاؤه على الرق ولم يمكن
أن يحمل هذا ضمان معاوضة لأن نصيبه مدبر والمدبر لا يحتمل النقل إلى ملك الغير فحمل ضمان جنابة بطريق الضرورة
وإن شاء المدبر أعتق نصيبه الذي دبره لأن باعتاق شر يكة لم يزل ملكه وإن شاء استسعى العبد كما في عتق أحد
الشر يكين فإن اختار الضمان كان للمعتق أن يستسعى العبد لأن المدبر أقامه مقام نفسه فكان له أن يستسعيه فكذا
له وليس له أن يضم المعتق قيمة الثلث الذي انتقل إليه من الثالث لأن المدبر إنما ملك ذلك الثلث عند القضاء بالضمان
مستندا إلى وقت التدبير والمستند قبل ثبوته في الحبل يكون ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر ملكه في حق المعتق
فلا يضم المعتق له ذلك وأما عندهما فالتدبير لما لم يكن متجزئا صار الكل مدبرا ويضمن ثلثي قيمته للشر يكين
لأنلاف نصيبهما عليهما سواء كان موسرا أو معسرا لأن السعاية هنا بخلاف الاعتاق لأن الاعتاق يزول ملكه
فيسمى وهو حر وهنا بالتدبير لا يزول ملكه بل يصير العبد كله مدبرا له وكسب المدبر للمولى فتعذر الاستسعاء وعلى
هذا إذا شهد أحد الشر يكين على الآخر بالاعتاق بأن كان العبد بين رجلين وشهد أحدهما على صاحبه أنه أعتقه
وأنكر صاحبه لا تقبل شهادته على صاحبه ويجوز إقراره على نفسه ولم يجز على صاحبه ولا يعتق نصيب الشاهد ولا
يضمن لصاحبه ويسعى العبد في قيمته بينهما موسرين كانا أو معسرين في قول أبي حنيفة وعندهما إن كان المشهود
عليه موسرا فلا سعاية للشاهد على العبد وإن كان معسرا فله السعاية عليه أما عدم قبول شهادته فلأن شهادة الفرد في
هذا الباب غير مقبولة ولو كانا اثنين لكان لا تقبل شهادتهما أيضا لأنهما بشهادتهما يجبران المغمم إلى أنفسهما لأنهما
يثبتان به حق التضمن لأنفسهما ولا شهادة لجار المغمم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أنه بشهادته على
صاحبه صار مقرا بفساد نصيبه بإقراره على صاحبه باعتاق نصيبه فشهادته على صاحبه وإقراره عليه أن لم يجز فأقراره
بفساد نصيب نفسه جائز لأن الإنسان يصدق بإقراره على نفسه خصوصا فيما يتضرر به ولا يعتق نصيب الشر بك
الشاهد لأنه لم يوجد منه الإقرار بعق نصيبه بل بفساد نصيبه وإنما أقر بالعق في نصيب شر يكة إلا أن إقراره بالعق
في نصيب شر يكة في حق شر يكة لم ينفذ فينفذ إقراره بالعق في نصيب شر يكة في حقه ولا يضم الشاهد لشر يكة لأنه
لم يعتق نصيب نفسه وأما السعاية فلأن فساد نصيبه يوجب التخريج إلى العق بالسعاية ويسعى العبد لهما في قيمته
بينهما فيسعى للشاهد في نصف قيمته ويسعى للمنكر في نصف قيمته سواء كان المنكر موسرا أو معسرا في قول أبي
حنيفة لأن السعاية ثبتت مع اليسار والاعسار على أصله أما حق الاستسعاء للشاهد وإن كان المشهود عليه
موسرا فلا نفي في زعمه أن شر يكة قد أعتق وإن له حق التضمن أو الاستسعاء إلا أنه تعذر التضمن لأن
إقراره لم يجز عليه في حقه فبقي له حق الاستسعاء وأما المنكر فلأن في زعمه أن نصيبه على ملكه وقد تعذر

عليه التصرف فيه باقرار شريكه فكان له ان يستسعى وأما عندهما فان كان المنكر موسرا فلا سعاية للشاهد على العبد لانه يزعم انه عتق باعتاق شريكه وانه لا يستحق الا الضمان لان السعاية لا تثبت مع اليسار على أصحهما وان كان معسرا فلا شاهد أن يستسعى وأما المنكر فيستسعى على كل حال بالاجماع معسرا كان أو موسرا لان نصيبه على ملكه ولم يوجد منه الاقرار بسقوط حقه عن السعاية فان أعتق كل واحد منهما بعد ذلك نصيبه قبل الاستسعاء جاز في قول أبي حنيفة لان نصيب المنكر على ملكه وكذلك نصيب الشاهد عنده لان الاعتاق يتجزأ فاذا أعتقا فقد عتقتهما والولاء بينهما لان العتق منهما وكذلك ان استسعيا وأدى السعاية فالولاء لهما وأما على قولهما فالولاء في نصيب الشاهد موقوف لان في زعم الشاهد ان جميع الولاء لشريكه لان الاعتاق لا يتجزأ على أصحهما وشريكه بمجرد ذلك فيسلم له النصف ويوقف له النصف وان شهد كل واحد منهما على صاحبه وأنكر الآخر يحلف أولا لكل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما يدعى العتق على صاحبه يدعى وجوب الضمان على صاحبه أو السعاية على العبد وصاحبه ينكر فيحلف كل واحد منهما لصاحبه وهذا ان فائدة الاستحلاف النكول ليقضى به والنكول ما بذل أو اقرار والضمان عما يصح بذله والاقراء به واذن الجافسعى العبد لكل واحد منهما في نصف قيمته في قول أبي حنيفة لان في زعم كل واحد منهما أن شريكه قد أعتق وان له الضمان أو السعاية وتعذر التضمنين حيث لم يصدقه الاخر فبقى الاستسعاء ولا فرق عند أبي حنيفة بين حال اليسار والاعسار وأما على قولهما فان كانا موسرين فلا سعاية لواحد منهما لان كل واحد منهما يدعى الضمان على شريكه ويزعم أن لا سعاية له مع اليسار فلم يثبت له ما أبرأ العبد عنه وان كانا معسرين يسعى العبد لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يزعم أن شريكه أعتق وهو معسر فلا حق له الا السعاية وان كان أحدهما موسرا والاخر معسرا يسعى العبد للموسر ولم يسع للمعسر لان الموسر يزعم أن لا ضمان على شريكه وانما له السعاية على العبد والمعسر انما يزعم أن الضمان على الشريك وانه قد أبرأ العبد ثم هو عتق في قول أبي حنيفة ويسعى وهو رقيق الى أن يؤدي ما عليه لان المستسعى في حكم المكاتب على أصله وعندهما هو حر عليه دين جين شهد المولى ان يسعى وهو حر لان في زعم كل واحد منهما أنه حر من جهة صاحبه ومن أقر بحرية عبد في ملكه عتق عليه عبد بين رجلين قال أحدهما ان كنت دخلت هذه الدار أمس فانت حر وقال الآخر ان لم تكن دخلتها أمس فانت حر ولا يدري أكان دخل أو لم يدخل عتق نصف العبد بينهما ويسعى في نصف قيمته بين المولين موسرين أو معسرين في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ان كانا معسرين سعى في نصف قيمته بينهما وان كانا موسرين فلا يسعى لاحد وان كان أحدهما موسرا والاخر معسرا سعى للمعسر في ربع قيمته ولا يسعى للموسر وقال مجاهد ان كانا موسرين لا يسعى وان كانا معسرين يسعى لهما في جميع قيمته وجه قول مجاهد ان كل واحد منهما يدعى على صاحبه انه أعتقه فصار كشهادة كل واحد منهما على صاحبه ولان من عتق عليه نصف العبد مجانا بغير سعاية مجهول لان الحائث منهما مجهول فكان من يقضى عليه بسقوط قس السعاية مجهولا فلا يمكن القضاء به ولا في حنيفة وأبي يوسف ان نصف العبد قد عتق بيقين لان أحد الشر يكن حانت بيقين اذا العبد لا يخلو من أن يكون دخل الدار أو لم يدخل اذا واسطة بين الدخول والعدم وليس أحدهما بتعيينه للثبوت أولى من الآخر والمقضى له بالعتق يتعين فيقسم نصف العتق بينهما فاذا أعتق نصف العبد بيقين تعذر إيجاب كل السعاية عليه فتجب نصف السعاية ثم على أصل أبي حنيفة يسعى في نصف قيمته بينهما سواء كانا موسرين أو معسرين لان ضمان السعاية عنده لا يختلف باليسار والاعسار وعند أبي يوسف يختلف فان كانا معسرين سعى لهما وان كانا موسرين لا يسعى لهما وان كانا أحدهما موسرا والاخر معسرا يسعى للمعسر ولا يسعى للموسر وما ذكره مجاهد ان هذا كشهادة كل واحد منهما على الآخر غير سديد لان ههنا تيقنا بحرية نصف العبد لينا وفي مسألة الشهادة لم نستيقن بالحرية لاحتمال أن تكون الشهاداتان كاذبتين وأما قوله ان الذي يقضى عليه بالعتق بغير سعاية مجهول فنعم لكن هذا

لا يمنع القضاء إذا كان المقضى لمعلوماً لأن المقضى له إذا كان معلوماً يمكن رفع الجهالة التي من جانب المقضى له بالقسمة والتوزيع وإذا كان مجهولاً لا يمكن فإن حلف رجلان على عشرين كل واحد منهما لأحدهما فقال أحدهما لعبدته أن كان زيد قد دخل هذه الدار اليوم فانت حر وقال الآخر لعبدته أن لم يكن زيد قد دخل هذه الدار اليوم فانت حر ففرضي اليوم ولا يدري أَدْخَلَ الدار أم لم يدخل لم يعتق واحد من العبدتين لأن ههنا المقضى له وعليه كل واحد منهما مجهول ولا وجه للقضاء عند تمكن الجهالة في الطرفين وفي الفصل الأول المقضى له بالعتق متيقن معلوم والقضاء في مثله جائز كمن أعتق واحدة من جوار به العشر ثم جهلها وعلى هذا قال أبو يوسف في عشرين بين رجلين قال أحدهما لأحد العبدتين أنت حر إن لم يدخل فلان هذه الدار اليوم وقال الآخر للعبد الآخر إن دخل فلان هذه الدار اليوم فانت حر ففرضي اليوم وتصادقاً على أنهما لا يعلمان دخل أم لم يدخل فإن هذين العبدتين يعتق من كل واحد منهما ربه ويسمى في ثلاثة أرباع قيمته بين الموليين نصفين وقال محمد قياس قول أبي حنيفة أن يسمى كل واحد منهما في جميع قيمته بينهما نصفين وجه قول أبي يوسف أن نصف أحد العبدتين غير عين قد عتق يتيقن لأن فلان لا يخلو من أن يكون دخل الدار اليوم أو لم يكن دخل فكان نصف أحدهما حراً يتيقن وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر فيقسم نصف الحرية بينهما فيعتق من كل واحد منهما ربه ويسمى كل واحد منهما في ثلاثة أرباع قيمته للتخرج إلى العتق كما في المسئلة المتقدمه إلا أن هناك العبد واحد فيعتق منه نصفه ويسمى في النصف الباقي وههنا عبدان فيعتق نصف أحدهما غير عين ويقسم بين الموليين فيعتق على كل واحد منهما الربع ويسمى كل واحد منهما في الباقي وذلك ثلاثة أرباع قيمته وجه قياس قول أبي حنيفة أن المقضى له وعليه مجهولان ولا سبيل إلى القضاء بالحرية مع جهلتهما فيسحق كل واحد منهما في جميع قيمته بخلاف المسئلة المتقدمه لأن ثمة المقضى له غير مجهول ومن هذا النوع ما ذكره ابن سبعة عن أبي يوسف في عشرين رجلين زعم أحدهما أن صاحبه أعتقه منذ سنة وأنه هو أعتقه اليوم وقال شريك لم أعتقه وقد أعتقت أنت اليوم فاضعن لي نصف القيمة لعتقك فلا ضمان على الذي زعم أن صاحبه أعتقه منذ سنة لأن قوله أنا أعتقه اليوم ليس باعتاق بل هو اقرار بالعتق وأنه حصل بعد اقراره على شريك بالعتق فلم يصح وكذا وقال أنا أعتقته أمس وأعتقه صاحبي منذ سنة وإن لم يقر باعتاق نفسه لكن قامت عليه بينة أنه أعتقه أمس فهو ضامن لشريك لظهور الاعتاق منه بالبينه فدعواه على شريك العتق المتقدم لا يمنع ظهور الاعتاق منه بالبينه ويمنع ظهوره باقراره والله عز وجل الموفق

فصل في أحكام الاعتاق وبيان وقت ثبوت حكمه فلا اعتاق أحكام بعضها أصلي وبعضها من التوابع أما الحكم الأصلي للاعتاق فهو ثبوت العتق لأن الاعتاق اثبات العتق والعتق في اللغة عبارة عن القوة يقال عتق الطائر إذا قوى فطار عن وكراه وفي عرف الشرع اسم لقوة حكمية للذات يدفع بها الاستيلاء والتملك عن نفسه ولهذا كان مقابله وهو الرق عبارة عن الضعف في اللغة يقال ثوب رقيق أي ضعيف وفي متعارف الشرع يراد به الضعف الحكمي الذي يصير به الأدمى محلاً للملك وعلى عبارة التحرير الحكم الأصلي للتحرير هو ثبوت الحرية لأن التحرير هو إثبات الحرية وهي الخلو من طين حر أي خالص وأرض حرة إذا لم يكن عليها خراج وفي عرف الشرع يراد بها الخلو من الملك والرق وهذا الحكم يعم جميع أنواع الاعتاق غير أنه إن كان تنجزاً ثبت هذا الحكم للحال وإن كان تعليقاً بشرط أو إضافة إلى وقت يثبت بعدم وجود الشرط والوقت ويكون المحل قبل ذلك على حكم ملك المالك في جميع الأحكام إلا في التعليق بشرط الموت المطلق وهو التسدير عندنا وكذا الاستيلاء ثم هذا الحكم قد ثبت في جميع ما أضيف إليه وقد ثبت في بعض ما أضيف إليه وجملة الكلام فيه أن الاعتاق لا يخلو أماناً كان في الصحة وأماناً كان في المرض فإن كان في الصحة عتق كله سواء كان له مال آخر أو لم يكن وسواء كان عليه دين أو لم يكن لأن حق الورثة أو العريم لا يتعلق بالمال حالة الصحة فلا اعتاق صادف خالص ملكه

لاحق لاحد فيه فنقد وان كان في المرض فان كان له مال آخر سوى العبد والعبد كله يخرج من ثلث المال يعتق كله لان الثلث خالص حقه لاحق للورثة فيه وانما تعلق حقه في الثلثين والا صل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم وان كان لا يخرج كله من ثلث المال وأجازت الورثة الزيادة فكذلك لان المانع حق الورثة فاذا أجازوا فقد زال المانع فيعتق كله وان لم يحيزوا الزيادة يعتق منه بقدر ثلث ماله ويسعى في الباقي للورثة وان لم يكن له مال سوى العبد فان أجازت الورثة عتق كله لما قلنا وان لم يحيزوا يعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة لما قلنا والدليل عليه أيضا ما روى في حديث أبي قلابة ان رجلا عتق عبدا له عند موته ولا مال له غيره فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم ثلثه واستسماه في ثلثي قيمته فدل الحديث على جواز الاعتاق في مرض الموت حيث أجاز النبي صلى الله عليه وسلم ذلك على ان الاعتاق في مرض الموت وصية حيث اعتبره من الثلث وعلى بطلان قول من يقول لا سعاية في الشريعة حيث استسعى العبد هذا ما لا يمكن عليه دين فان كان عليه دين فان كان مستغرقا لقيته ولا مال له سوى العبد أوله مال آخر لكن الدين مستغرق لما له فاعتق يسعى في جميع قيمته للغير يرد الوصية لان الدين مقدم على الوصية الا ان العتق لا يحقل النقض فوجب السعاية وروى عن أبي الاعرج ان رجلا عتق عبدا له عند الموت وعليه دين فقال النبي صلى الله عليه وسلم يسعى في الدين وهكذا روى عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وان كان الدين غير مستغرق لقيمة العبدان كان الدين ألف درهم وقيمة العبد ألفان يسعى في نصف قيمته للغير يرد الوصية في قدر الدين ثم نصفه الثاني عتق بطريق الوصية فان أجازت الورثة عتق جميع نصفه الثاني وان لم يحيز يعتق ثلث النصف الثاني عتقا بغير شيء وهو سدس الكل ويسعى في ثلثي النصف فالخاصل انه يعتق سدسه عتقا بغير شيء ويسعى في خمسة أسداسه ثلاثة أسهم للغير وسهمان للورثة ولو كان له عبدان فاعتقهما وهو مريض فهو على التفاصيل التي ذكرنا ان كان له مال سواهما وهما يخرجان من الثلث عتقا جميعا بغير شيء لاذ كرنا وان لم يخرجنا من الثلث وأجازت الورثة الزيادة فكذلك لما قلنا وان لم يحيزوا الزيادة يعتق من كل واحد منهما بقدر ثلث ماله ويسعى في الباقي للورثة وان لم يكن له مال سواهما فان أجازت الورثة عتقا جميعا بغير شيء وان لم يحيزوا يعتق من كل واحد منهما ثلثه عتقا بغير شيء ويسعى في الثلثين للورثة فيجعل كل رقبته على ثلاثة أسهم لاحتاجنا الى الثلث فيصير جملة المال وهو العبدان على ستة أسهم فيخرج منها سهم العتق وسهم السعاية للعبد من سهمان من ستة وللورثة أربعة أسهم فاستقام الثلث والثلثان فان مات أحدهما قبل السعاية يجعل هو مستوفيا لوصيته متلفا لما عليه من السعاية والتلف يدخل على الورثة وعلى العبد الباقي فيجمع نصيب الورثة وذلك أربعة أسهم ونصيب العبد الحى وذلك سهم فيكون خمسة فيعتق من العبد الحى خمسة ويسعى في أربعة أسهمه فيحصل للورثة أربعة أسهم وللحى سهم والميت قد استوفى سهمها فحصل للورثة أربعة أسهم وللوصية سهمان فاستقام الثلث والثلثان ولو كان العبيد ثلاثة ولم يكن له مال سواهم يعتق من كل واحد ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته فيصير كل واحد على ثلاثة أسهم فتصير العبيد على تسعة أسهم ستة أسهم للورثة وثلاثة أسهم للعبيد فان مات أحدهم قبل السعاية صار متلفا لما عليه من السعاية مستوفيا لوصيته فيجمع نصيب الورثة وذلك ستة أسهم ونصيب العبد سهمان فيكون ثمانية أسهم فيجعل كل عبد على أربعة أسهم فيعتق من كل واحد ربه ويسعى في ثلاثة أسهمه فيحصل للورثة ستة أسهم وللعبد سهم والميت استوفى سهمها فاستقام الثلث والثلثان فان مات اثنان يجمع نصيب الورثة ستة وللحى سهم فيكون تسعة فيعتق من الحى سبعة ويسعى في ستة أسباع قيمته فيحصل للورثة ستة وللحى سهم والميتان استوفيا سهمين فحصلت الوصية ثلاثة أسهم والسعاية ستة فاستقام الثلث والثلثان هذا كله اذا لم يكن على الميت دين فان كان عليه دين مستغرق يسعى كل واحد في قيمته للغير ما رد الوصية لان العتق في مرض الموت وصية ولا وصية الا بعد قضاء الدين وان كان الدين غير مستغرق بان كان القاقية كل واحد منهما ألف يسعى

كل واحد في نصف قيمته ثم نصف كل واحد منهما وصية فان أجازت الورثة عتق النصف الباقي من كل واحد وان لم تجز الورثة يعتق من كل واحد ثلث نصف الباقي مجانا وهو السدس ويسعى في ثلث النصف ففي الحاصل عتق من كل واحد سدسه مجانا ويسعى في خمسة أسداسه والله عز وجل أعلم ثم المربى اذا أعتق عبده ولا مال له غيره فامر العبد في الحال في أحكام الحرية من الشهادة وغيرها موقوف فان برأته انما صار حرا من حين أعتق وان مات فهو بمنزلة المكاتب في قول أبي حنيفة لان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما هو حر وعليه دين لان الاعتاق لا يتجزأ وأما الذي هو من التوابع فنحو الملكية والولاية والشهادة والارث وغير ذلك لكن هذه ليست من الأحكام الأصلية للاعتاق بل هي من التوابع والثمار تثبت في بعض أنواعه دون بعض كالاتاق المضاف الى الصبي والمجنون ونحو ذلك ومن هذا القبيل الاعتاق المضاف الى الجهول وجملة الكلام فيه ان جهالة المعتق امانا ان كانت أصلية واما ان كانت طارئة فان كانت أصلية وهي ان تكون الصيغة من الابتداء مضافة الى أحد المذكورين غير عين فيجهل المضاف اليه المزاومة صاحبه اياه في الاسم فصاحبه المزارع لا يخلو امانا ان يكون محتملا للاعتاق أولا يكون محتملا له والمحتمل لا يخلو من ان يكون ممن ينفذ اعتاقه فيه أو ممن لا ينفذ فان كان محتملا للاعتاق وهو ممن ينفذ اعتاقه فيه نحو ان يقول لعبدية أحد كحرا ويقول هذا حر او هذا أو يقول سالم حرا أو بريح لا ينوي أحدهما بعينه فالكلام في هذا الفصل في موضعين أحدهما في بيان كيفية هذا التصرف والثاني في بيان الأحكام المتعلقة به أما كيفية فقد ذكرنا الاختلاف فيها فمما تقدم وأما الكلام في الأحكام المتعلقة به في الأصل فنوعان نوع يتعلق به في حال حياة المولى ونوع يتعلق به بعد وفاته أما الاول فنقول ولا قوة الا بالله تعالى ان للمولى ان يستخدمهما قبل الاختيار وهذا يدل على ان العتق غير نازل في أحدهما لانه لا سبيل الى استخدام الحر من غير رضاه وله ان يستعملهما ويستكسبهما وتكون الفلحة والكسب للمولى وهذا أيضا يدل على ما قلنا ولو جنى عليهما قبل الاختيار فالجناية لا تخلو امانا ان كانت من المولى واما ان كانت من الاجنبي ولا تخلو امانا ان كانت على النفس أو على مادون النفس فان كانت الجناية من المولى فان كانت على مادون النفس بان قطع يد العبد فلا شيء عليه وهذا أيضا يدل على عدم نزول العتق حيث جعلهما في حكم المملوكين قبل الاختيار وسواء قطعهما معا أو على التعاقب لان القطع لا يبطل الخيار ولا يكون ثابتا بخلاف القتل لما ذكرنا وان كانت جناية على النفس بان قتلها فان قتلها معا أو على التعاقب فالاول عبد والثاني حر لانه لا أقدم على قتل الاول فقد تعين الثاني للعتق فاذا قتله فقد قتل حرا فعليه الدية وتكون لورثته لان الدية تصير ميراثا للورثة ولا يكون للمولى من ذلك شيء لانه قاتل والقاتل لا يرث وان قتلها معا بضر بة واحدة فعليه نصف دية كل واحد منهما لورثته لان المضعون على المولى أحدهما وهو الحر منهما وليس أحدهما باولى من الآخر فشاعت حرية واحدة فيهما وهذا يؤيد القول بنزول العتق في غير العيين وان كانت الجناية من الاجنبي فان كانت فيما دون النفس بان قطع انسان يد العبد فعليه ارش العبيد وذلك نصف قيمة كل واحد منهما لكن يكون ارشهما للمولى سواء قطعهما معا أو على التعاقب لان القطع لا يبطل خيار المولى وهذا يوجب القول بعدم نزول العتق اذ لو نزل لكان الواجب ارش يد عبد وحر وهو نصف قيمة عبد ونصف دية حر وان كانت في النفس فالقاتل لا يخلو امانا ان كان واحدا واما ان كان اثنين فان كان واحدا فان قتلها معا فعلى القاتل نصف قيمة كل واحد منهما نصف قيمة هذا ونصف قيمة ذاك ويكون للمولى وعليه نصف دية كل واحد منهما نصف دية هذا ونصف دية ذاك وتكون لورثتهما وهذا دليل على ان العتق نازل في غير العيين اذ لو لم يكن لكان الواجب في قتلها معا قيمة عبيدين ومع ذلك لم يجب بل وجب دية حر وقيمة عبد لان أحدهما حر وقد قتل حرا وعيدا والواجب بقتل الحر الدية وبقتل العبد القيمة والدية للورثة والقيمة للمولى وانما انقسم لان كل واحد منهما اتجب دية في حال وقيمته في حال لاحتمال انه حر وعبد فينقسم ذلك على اعتبار الاحوال كما هو أصلنا وان قتلها على التعاقب يجب على

القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة لان قتل الاول يوجب تعين الثاني للعتق فيتعين الاول للمولى وقد قتل
 حراً وعبد اخطأ وان كان القاتل اثنين فقتل كل واحد منهما رجلاً فان وقع قتل كل واحد منهما ما فعل كل واحد من
 القاتلين القيمة نصفها للورثة ونصفها للمولى واجباب القيمة بوجوب قيمة ودية على قول من يقول ان العتق غير نازل
 ظاهر الان كل واحد منهما قتل عبداً اخطأ وانه يوجب القيمة وأما على قول من يقول بيزول العتق فانما تجب الدية
 لان من تجب الدية عليه منهما مجهول اذ لا يعلم من الذي تجب عليه منهما فلا يمكن اجباب الدية مع الشك والقيمة متيقنة
 فتجب بخلاف ما اذا كان القاتل واحداً لان هناك من عليه معلوم لاجهالة فيه وانما الجهالة فيمن له واما اقسام
 القيمتين فلان المستحق لاحد البدلين هو المولى والمستحق للبدل الآخر هو الوارث وكل واحد منهما يستحق في
 حال ولا يستحق في حال فوجوب القيمتين حجة أحد القولين واتساعها حجة القول الآخر وان وقع قتل كل واحد
 منهما على التعاقب فعلى قاتل الاول القيمة للمولى وعلى قاتل الثاني الدية للورثة لان أحدهما قتل عبداً والآخر قتل
 حراً لان قتل الاول أوجب تعين الثاني للحرية والاول للرق ولو كان المملوك كان أمتين فولدت كل واحدة منهما ولداً أو
 ولدت احدهما ولداً فاختار المولى عتق احدهما اعتقت هي وعتق ولدها سواء كان للآخرى ولداً لم يكن أماً على
 قول التخيير فظاهر لان العتق كان نازلاً في غير العين منهما والبيان تعيين لمن وقع عليه فعتقت المعينة وعتق ولدها تبعاً لها
 وأما على قول التعليق فلان العتق ان لم ينزل فقد انعقد بسبب الزول في احدهما فيسرى الى ولدها كاستيلاء
 والكتابة ولو ماتت الامتان معاً قبل الاختيار وقد ولدت كل واحدة منهما ولداً فاختار المولى فيختار عتق أى الولدين
 شاء لانهما لماتتا معاً لم تتعين احدهما للحرية فحدث الولدان على وصف الام فيخير المولى فيهما كما كان يخير في الام
 فان مات أحد الولدين قبل الآخر مع بقاء الامتين لا يلتفت الى ذلك ويخير المولى لانه لم يتعلق بموته تعيين اذا الحرية
 انما تتعين فيه بتعيينها في أمه وحكم التعيين في الام قائم لان تعيينها ممكن فيخير المولى فيهما فابهما اختار عتقها
 فعتقت عتق ولدها ولو قتل الامتين معاً رجل خير المولى في الولدين لما قلنا في الموت وأبهما اختار عتقه فعتق لا يرث من
 ارش أمه شيئاً لانه انما عتق باختيار العتق فيه وذلك بما خر عن الموت فلا يرث شيئاً بل يكون الكل للمولى وهذا نص
 مذهب التعليق لان العتق لو كان نازلاً في احدهما لحد وثمها على وصف الام لكان الاختيار تعييناً لمن وقع عليه
 العتق فكان عتقه متقدماً على موت الام فينبغي أن يرث والله عز وجل أعلم ولو وطئت الامتان بشبهة قبل اختيار
 المولى بحب عقر أمتين ويكون للمولى كالارش وهذا يؤيد قول التعليق اذ لو كان تنجيز المكان الواجب عقر حرة
 وأمة ولكان نصف ذلك للامتين والنصف للمولى ولما كان كسبهما له والارش فالعقر أولى لانهما لا يملكان
 بدون ملك الاصل وقد يملك الكسب بدون ملك الاصل كالثعلب فلما كان الكسب له فالارش والعقر أولى
 ولو باعهما بصفقة واحدة كان البيع فاسداً أما على قول التنجيز فظاهر لان العتق اذا نزل في غير العين منهما صار جامعاً
 بين حر وعبد في البيع من غير بيان حصص كل واحد منهما لانه غير جائز بالاجماع وأما على قول التعليق فلان حق
 الحرية قد ثبت وهو انعقاد بسبب الحرية لاحدهما فيمنع جواز البيع كما لو جمع بين قن ومدبر في البيع ولم يبين حصص
 كل واحد منهما من الثمن ولو أنه باعهما بصفقة واحدة وسلمهما الى المشتري فاعتقهما المشتري فيقال للبائع اختار العتق في
 احدهما وأبهما اختار عتقه عتق الآخر على المشتري لان المشتري لما قبضهما بعقد فاسد فقدم ملك أحدهما وهذا
 اعتناقه فيه فاذا عين البائع أحدهما للعتق تعين الآخر للملك القاسد فينفذ فيه اعتناق المشتري وانما لم يبدى بتخيير البائع
 لان التملك منه حصل في مجهول فلم يتعين أحدهما للحرية لا يتعين الآخر للملك القاسد فان مات البائع قبل البيان
 قامت الورثة مقامه ويقال لهم ينوون ان يبنوا في أحدهما عتق الآخر على المشتري ولا يقال يبنون أن ينقسم العتق
 بموت المولى كما اذا مات قبل البيع لان شرط الا تقسام أن لا يزول الملك عن أحدهما لاستحالة تقسام الحرية على
 الحر والملك قد زال عن أحدهما فتعذر الا تقسام وبقي الخيار فقام الوارث مقام المورث فان قيل الخيار عندكم لا يورث

فكيف ورثتم هذا الخيار وهذا منكم تناقض فالجواب أن هذا الخيار لا يورث عند نابل يثبت للورثة ابتداء لا بطريق الارث بل لانهم استحقوا قيمة أحد العبدین فكان لهم التعمین كما كان للبائع وهذا كما قالوا فيمن باع أحد عبديه على أنه بالخيار وقبضهما المشتري فنانا في يده ثم مات البائع ان لورثة البائع الاختيار ابتداء لا بطريق الارث كذا هذا فان لم يعق المشتري حتى مات البائع لم يتقسم العتق فيهما حتى يفسخ القاضى البيع فاذا فسخه انقسم وعتق من كل واحد منهما نصفه وانما كان كذلك لما ذكرنا من فوات شرط الانقسام وهو عدم زوال الملك في أحدهما والملك قد زال عن أحد العبدین فتعذر التقسيم والتوزيع الا ان البيع الفاسد واجب الفسخ حقا للشرع رفع الفساد وفسخه بفعل القاضى أو بتراضى المتعاقدين فاذا فسخ عاد الى ملك البائع وشاع العتق فيهما وعتق من كل واحد منهما نصفه ولو وهبهما قبل الاختيار أو تصدق بهما أو تزوج عليهما بخير فيختار العتق في أيهما شاء وتجاوز الهبة والصدقة والامهاري في الآخر لان حرية أحدهما وحق الحرية وهو انعقاد سبب الحرية في أحدهما على اختلاف الكيفيتين لا يوجب بطلان هذه التصرفات ألا ترى أنه لو جمع في الهبة أو في الصدقة أو في النكاح بين حر وعبد يصح في العبد وكذا اذا جمع فيها بين مدبر وعقن يصح في العن وهذا لان الجمع بين الحر والعبد في البيع انما يوجب فساد البيع لانه اذا جمع بينهما فقد جعل قبول البيع في كل واحد منهما شرطا للصحة قبوله في الآخر وانه شرط فاسد وهذه التصرفات لا تبطلها الشروط الفاسدة فان قيل اذا قبضهما الموهوب له أو المتصدق عليه أو المرأة فقد زال الملك عن أحدهما فكيف يخير المولى فالجواب أن لا نقول بزوال الملك عن أحدهما قبل الاختيار بل زواله موقوف على وجود الاختيار فاذا تعين أحدهما للعتق باختياره العتق يزول الملك عن أحدهما وان مات المولى قبل أن يبين العتق في أحدهما بطلت الهبة والصدقة فيهما وبطل امهارها لانه لما مات فقد شاع العتق فيهما لوجود شرط الشيع فيعتق من كل واحد منهما نصفه ومعنى البعض لا يحتمل التملك من الغير ولو أسرها أهل الحرب كان للمولى أن يختار عتق أحدهما ويكون الآخر لأهل الحرب لان أهل الحرب لم يملكوهما بالاسر لان أحدهما حر وحق الحرية لا حد لها ثابت وكل ذلك يمنع من التملك بالاسر ولهذا لا يملك المالك المكاتب والمدبر بالاسر كما لا يملك الحر واذ لم يملك بالاسر بقي على ملك المولى وله خيار العتق فاذا اختار أحدهما بقي الآخر عبدا فملكه أهل الحرب بخلاف المولى حتى مات بطل ملك أهل الحرب بينهما لانه لما مات المولى شاعت الحرية وعتق من كل واحد منهما نصفه فتعذر التملك ولو أسر أهل الحرب أحدهما لم يملكوه لان أحدهما حر واثبت له حق الحرية وكل ذلك يمنع من التملك بخلاف ما اذا باع أحدهما لان بيعه اياه اختيار منه للملك فقد باع ملكه باختياره فصيح ولو اشتراه من أهل الحرب تاجر فلمولى أن يختار عتق أيهما شاء أو يأخذ الآخر بحصته من الثمن لان الخيار كان تابا للمولى قبل البيع فاذا باعوا فقد ثبت للمشتري ما كان تابا قبل خيار العمل فاذا اختار عتق أحدهما أصبح ملك أهل الحرب والمشتري منهم في الآخر فيأخذه بحصته من الثمن فان اشترى التاجر أحدهما فاختار المولى عتقه عتق وبطل الشراء لما ذكرنا أن ولاية الاختيار قاعة للمولى فان أخذه المولى من الذي اشتراه بالثمن عتق الآخر لان أخذه اياه اعادته له الى قديم ملكه فيتمتع الآخر للعتق كانه أعتقه ولو قال في صحته لعيديه أحد كما حرّم مرض مرض الموت فاختار عتق أحدهما يعتق من جميع المال وان كانت قيمته أكثر من الثلث بان كانت قيمة أحدهما ألفا وقيمة الآخر ألفين فبين العتق في الذي قيمته ألفان وهذا يدل على أن اضافة العتق الى المجهول ايقاع وتنجز اذ لو كان تمليقا واقتصر العتق على حالة المرض ينبغي أن يعتبر من الثلث كما لو أنشأ العتق في المرض والله عز وجل الموفق وللعبدین حق محاصصة المولى فلمهما أن يرفعه الى القاضى ويستعد يا عليه واذا استعد يا عليه أعداهما القاضى وأمره القاضى بالبيان أعنى اختيار أحدهما وجبره عليه بالحس لو امتنع أما على مذهب التنجز فلان العتق نازل في أحدهما غير عين وكل واحد منهما يجوز أن يكون هو الحر والحرية حق له فيها حق وأما على مذهب التمليق فلان الحرية انما تثبت في أحدهما فقد ثبت حق

الحرية أعني انعقد سبب ثبوت الحرية من غير ثبوت الحرية أصلاً وهذا حقه وله فيه حق والبيان طريق استيفاء هذا الحق فكان كل واحد منهما بسبيل من الخصومة والمطالبة بالبيان وإنما كان البيان إلى المولى لأن الأجمال منه فكان البيان إليه كما في بيان الحمل والمشترك في النصوص ولكن أقر بشئ مجهول أو باع شيئاً من صبرة كان البيان إليه كذا هذائم البيان أنواع ثلاثة نص ودلالة وضرورة أما النص فنحن أن يقول المولى لأحدهما عينا إياه عنيت أو نويت أو أردت بذلك اللفظ الذي ذكرت أو اخترت أن تكون حراً باللفظ الذي قلت أو أنت حر بذلك اللفظ الذي قلت أو بذلك الاعتاق أو أعتقتك بالعتق السابق وغير ذلك من الألفاظ فلو قال أنت حر أو أعتقتك بالعتق السابق فإن أراد به عتقاً مستأثراً عتقاً جميعاً هذا بالاعتاق المستأثراً وذلك باللفظ السابق لأن إنشاء العتق في أحدهما قبل الاختيار اختيار العتق في الآخر دلالة لما نذكر أن شاء الله تعالى وإن قال عنت به الذي لزمني بقولي أحد كما حر يصدق في القضاء ويحمل قوله أعتقتك على اختيار العتق أي اخترت عتقتك وأما الدلالة فهي أن يخرج المولى أحدهما عن ملكه بالبيع أو بالهبة أو بالصدقة أو بإنشاء العتق أو يرهن أحدهما أو يؤجر أو يكاتب أو يدبر أو يستولد أن كانت أمة لأن الأصل أن من خير بين أمرين فعمل ما يستدل به على اختياره أحدهما يجعل ذلك اختياراً له دلالة ويقوم ذلك مقام النص كأنه قال اخترت والأصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لبريرة أن وطئك زوجك فلا خيار لك لما ان تمكنها زوجها من الوطء دليل اختيارها زوجها لا نفسها فصارت هذا أصلاً في الباب وهذه التصرفات كلها في أحدهما دليل اختيار العتق في الآخر لأن منها ما ينافي اختيار العتق المبهم في المتصرف فيه وهي التصرفات المزيلة للملك ومنها ما لا ينافي اختيار العتق المبهم في المتصرف فيه لكن اختيار العتق المبهم فيه يطلعه وهو الرهن والأجارة والكتابة والتدبير والاستيلاء والمأقل يقصد صحة تصرفاته وسلامتها عن الانتقاض والبطالان فكان أقدامه على كلا النوعين من التصرفات في أحدهما دليل على اختياره العتق المبهم في الآخر واختياره العتق المبهم في أحدهما باعنا شرط لزول العتق فيه بالكلام السابق وهذا التخرج على قول من يقول أن العتق غير نازل في العين فيهما فاعلى قول من يقول بزلول العتق في أحدهما غير عين فهو أن هذه التصرفات لا صحة لها بدون الملك فلا أقدم عليها يكون اختياراً للملك في المتصرف فيه فتعين الآخر فيعتق ضرورة من غير اختيار المولى نصاً ودلالة كما إذا مات أحدهما قبل الاختيار أو قتل وسواء كان البيع جأ وفيه خيار للبائع أو للمشتري أما على مذهب التنجيز فلا نه لاصحة للبيع إلا للملك فكان أقدامه على بيع أحدهما اختياراً إياه للملك فيتعين الآخر للعتق ضرورة وأما على مذهب التعليق أما خيار المشتري فلا يمنع زال المبيع عن ملكه بلا خلاف فينا في اختيار العتق المبهم فيه وأما اختيار البائع فلا ن اختيار العتق المبهم يطل شرط الخيار وسواء كان البيع صحيحاً أو فاسداً إذا قبض المشتري لأنه وقع من يلا للملك فيتعين الآخر للعتق دلالة وضرورة وأما إذا لم يقبض فقد ذكر في الأصل إذا باع أحدهما يبيعاً فاسداً وقبض المشتري عتق الباقي ولم يذكر أنه إذا لم يقبض ما ذاك حكمه وهكذا ذكر محمد في الأملاء إذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض عتق الآخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعندنا ولم يذكر حال عدم القبض وذكر الجصاص أن القبض ليس بشرط ويتعين العتق في الآخر سواء قبض المشتري أو لم يقبض وهكذا ذكر القدوري وقال قد ظهر القول من أصحابنا أنه إذا ساوم بائعاً العبدين وقع العتق في الآخر وهكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه لو أوصى بأحدهما أو ساوم عتق الآخر ومعلوم أن المساومة دون البيع الفاسد فالسوم لما كان بياناً للبيع أولى وبه تبين أن ذكر القبض في الأصل ليس على سبيل الشرط بل وقع ذكره اتفاقاً أو اشعاراً أنه مع القبض من التصرفات المزيلة للملك ولوعلق عتق أحدهما عينا بشرط بأن قال له إن دخلت الدار فانت حر عتق الآخر أما على مذهب التنجيز فلا ن التعليق بما سوى الملك وسببه لا يصبح إلا في الملك فكان الأقدام على تعليق عتقه اختياراً للملك فيه فيتعين الآخر للعتق ضرورة

كما لو نجز العتق في أحدهما وأما على مذهب التعليق فلان اختيار العتق المبهم فيه يبطل التعليق بالشرط فصار كما لو
 دبر أحدهما وذكر ابن سبابة عن محمد أنه إذا قال لأحدهما إن دخلت الدار فانت حر ثم قال أحدكما حر ثم دخل الذي
 علق عتقه بدخول الدار حتى عتق عتق الآخر لان ملك المولى زال عن أحدهما لسبب من جهته فصار كما لو أعتقه ابتداء
 أو باعه ولو كان المملوك كان أختين فوطى المولى أحدهما فإن علقته منه عتقت الأخرى بالاجماع لأنها صارت أم ولد
 له وقد ذكرنا أن الاستيلاء يكون معيناً للعتق في الأخرى وإن لم تعلق لا تعلق الأخرى في قول أبي حنيفة وعند أبي
 يوسف ومحمد تعلق وروى ابن سبابة عن أبي يوسف أنه قال وكذلك لو قبل أحدهما بشهوة أو لس بشهوة أو
 نظر إلى فرجها عن شهوة ولو استخدم أحدهما لا تعلق الأخرى في قولهم جميعاً لان الاستخدام تصرف لا يختص
 بالملك إذ قد يستخدم الحرة (وجه) قولهما أن الظاهر من حال العاقل المتدين الاقدام على الوطء الحلال لا الحرام وحل
 الوطء لا يثبت إلا بحد نوعي الملك ولم يوجد ههنا ملك النكاح فتعين ملك المين للحل وإذا تعينت الموطوءة للملك تعينت
 الأخرى للعتق ولان الوطء لو لم يجعل بياناً فمن الجائز أن يقع اختياره على الموطوءة فيعتق أنه وطئ حرة من غير نكاح
 فيجعل الوطء بياناً ضرورة التخرج عن الحرام حالاً وما لا حتى لو قال أحداً كما سبقة ثم وطئ أحدهما
 لا يكون بياناً بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك الاستمتاع فلا حاجة إلى التحرز بالبيان ولهذا جعل الوطء بياناً في
 الطلاق المبهم حتى لو قال لا امرأته أحداً كما طالق فوطئ أحدهما طلقت الأخرى كذا ههنا ولا يحنيفة أن يكون
 الوطء بياناً للعتق في غير الموطوءة يستدعي زول العتق ليكون العتق تعييناً للمعتقة منهما والعتق بالكلام السابق غير
 نازل لما يتأمن الدلائل وهكذا نقول في الطلاق المبهم أنه غير واقع في غير المين منهما بل هو معلق بشرط الاختيار إلا أن
 هناك جعل الوطء دلالة الاختيار ولم يجعل ههنا لان الوطء في باب النكاح مستحق على الزوج شرعاً لقوله عز وجل
 فامسك بمرءة أو تسريحاً بحسن قبل في التفسير أن الامسك بالمعروف هو الوطء والنفقة وإذا كان الوطء
 مستحقاً بالنكاح عند اختيار الامسك فإذا قصد وطء أحدهما صار مختاراً لا ماسكاً كما فيلزمه إبقاء المستحق شرعاً
 ضرورة اختيار الامسك فيصير مختاراً طلاق الأخرى والوطء في الامة غير مستحق بحال فلا يكون وطء أحدهما
 اختياراً للعتق في الأخرى لو صار مختاراً للامسك إنما يصير ليتبع وطؤه حلالاً لا نحر جاعاً عن الحرمة ووطؤه إياهما جميعاً
 حلالاً واختيار أحدهما لا يظهر أن وطء الموطوءة كان حراماً لان العتق ثبت حال الاختيار مقصوراً عليها وأما
 الضرورة فنحو أن يموت أحد العبدین قبل الاختيار فيعتق الآخر لانه بالموت خرج من أن يكون محلاً لاختيار العتق
 المبهم فتعين الآخر ضرورة من غير تعيين المولى لانصا ولا دلالة وهذا يدل على أن العتق غير نازل إذ لو كان نازلاً لما
 تعين الآخر للعتق لان التعيين للضرورة وهي ضرورة عدم الحل ولا ضرورة لان الميت كان محلاً للبيان إذ البيان
 تعيين لمن وقع عليه العتق بالاجاب السابق وقت وجوده وكان حياً في ذلك الوقت وهذا بخلاف ما إذا باع أحد عبده
 على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام فمات أحدهما ان ملك المشتري يتعين في الميت منهما ولا يتعين في الحي لان هناك
 وجد المسقط للخيار في الميت قبل الموت وهو حدوث العيب فيه اذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض عادة فحدث
 العيب فيه يبطل خيار المشتري فيه فيتعين بالبيع فيتعين الحي للرد وههنا حدوث العيب في أحدهما لا يوجب تعيينه
 للملك قبل الموت فيتعين للموت فيتعين الآخر للعتق ضرورة بخلاف ما إذا قال أحد هذين ابني أو أحد هاتين أم
 ولدي فمات أحدهما لم يتعين الآخر للحرية والاستيلاء كذا روى ابن سبابة عن محمد لان قوله أحد هاتين أم ولدي
 أو أحد هذين ابني ليس بإنشاء بل هو اخبار عن أمر سابق والاخبار يصح في الحي والميت فيقف على بيانه وقوله
 أحد كما حر أو أحد هذين حر إنشاء للحرية في أحدهما ولا إنشاء لا يصح إلا في الحي فاذا مات أحدهما تعين الآخر
 للحرية وكذا إذا قتل أحدهما سواء قتله المولى أو أجني لما قلنا غير ان القتل ان كان من المولى فلا شيء عليه وإن كان
 من الاجني فعليه قيمة العبد المقتول للمولى فان اختار المولى عتق المقتول لا يرتفع العتق عن الحي ولكن قيمة المقتول

تكون لورثته لان المولى قد أقر بجر يته فلا يستحق شيئاً من قيمته فان قطعت يد أحدهما لا يعتق الآخر سواء كان القطع من المولى أو من أجنبي لان القطع لا يقطع خيار المولى لبقاء محل الخيار بخلاف القتل فان قطع أجنبي يد أحدهما ثم بين المولى العتق فان بينه في غير المجنى عليه فالارش للمولى بلا شك وان بينه في المجنى عليه ذكر القدوري في شرحه ان الارش للمولى أيضاً ولا شيء للمجنى عليه من الارش وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان الارش يكون للمجنى عليه وهكذا ذكر القاضي فيما اذا قطع المولى ثم بين العتق أنه ان بينه في المجنى عليه يجب عليه أرش الارش ويكون للعبد وعلل بأنه أقر على نفسه بأنه جنى على حر وان بينه في غير المجنى عليه فلا شيء على المولى ولم يذكر القدوري هذا الفصل وانما ذكر فصل الاجنبي وما ذكره القاضي قياس مذهب التنجيز لان البيان يكون تعييناً لمن وقع عليه العتق فيبين انه كان حراً وقت ورود الجناية عليه فيوجب ارش الارش على المولى للعبد وما ذكره القدوري قياس مذهب التعليق لان العتق ثبت وقت الاختيار مقصوراً عليه فلا يظهر لان الجناية صادفت يد حر والله عز وجل أعلم ولو قال عبدى حر وليس له الا عبد واحد عتق لانه تعين بالايجاب فانصرف اليه فان قال لي عبد آخر عنيته لم يصدق في القضاء لانه اذا لم يعرف له عبد آخر انصرف الى هذا العبد ظاهر افلا يصدق في العبدول عن الظاهر الا بينة تقوم على أن له عبداً آخر ويصدق فيما بينه وبين الله عز وجل لانه نوى ما يحمله لفظه ولو قال أحد عبيدى حر أو أحد عبيدى حر وليس له الا عبد واحد عتق لان لفظة أحد لا تقتضى أحداً ألا ترى أن الله تعالى موصوف بأنه أحد قال سبحانه وتعالى قل هو الله أحد ولا مثل له ولا شريك ولا أحد غيره في الازل وروى بشر عن أبي يوسف فيمن كان له ثلاثة أعبد فقال أحد عبيدى حر أو أحد عبيدى حر أو أحد عبيدى حر قال ذلك ثلاثاً عتقوا لان أحدهم عتق باللفظ الاول لانه أحد عبيده وعتق الآخر باللفظ الثاني لهذا المعنى وقد بقي له عبيدان فيعتق أحدهما وعتق الثالث باللفظ الثالث وان لم يبق الا عبد واحد كما لو قال ابتداء أحد عبيدى حر وليس له الا عبد واحد ولو قال أحد كم حر أحد كم حر أحد كم حر لم يعتق الا واحد لان أحدهم عتق باللفظ الاول ثم باللفظ الثاني جمع بين حر وعبد فن قال أحد كم حر لم يصح ثم باللفظ الثالث جمع بين عبد وحرين فلم يصح ذلك أيضاً لانه يحمل على الاخبار وهو صادق فيما أخبر ولو قال لعبيده أنت حر أو مدبر يؤمر بالبيان فان قال عنت به الحر بعتق وان قال عنت به التدبير صار مدبراً وهذا ظاهر فان مات قبل البيان والقول في الصحة عتق نصفه بالاعتاق البات ونصفه بالتدبير لشيوع المعتقدين فيه الا أن نصفه يعتق بمجاناً من جميع المال لانه يعتق بالاعتاق البات في حالة الصحة ونصفه يعتق من الثلث لانه يعتق بالتدبير والعتق بالتدبير يثبت من طريق الوصية فيعتبر من الثلث سواء كان التدبير في المرض أو في الصحة ان خرج من الثلث عتق كل النصف وان لم يكن له مال غيره عتق ثلث النصف بمجاناً لان هذا القدر لم يتعلق به حق الورثة ويسمى في ثلث النصف وهو ثلث الكل ولو كانا عبيدين فقال أحد كما حر أو مدبر يؤمر بالبيان فان مات قبل البيان ولا مال له غيرهما والقول في الصحة عتق نصف كل واحد منهما للشيوع الا أن الربع من كل واحد منهما يعتق بمجاناً من جميع المال لحصوله بالاعتاق البات في حالة الصحة والربع يعتق من أصوله بالتدبير ويسمى كل واحد منهما في نصف قيمته على كل حال ولو قال أتما حران أو مدبران والمسئلة بحالها عتق نصف كل واحد منهما بالاعتاق البات ونصف كل واحد منهما بالتدبير وهذا كله اذا كان القول في الصحة فان كان في المرض يعتبر ذلك من الثلث ولو كان لرجل ثلاثة أعبد قتل هذا حراً وهذا وهذا عتق الثالث ويؤمر بالبيان في الاولين ولو قال هذا حر وهذا وهذا عتق الاول ويؤمر بالبيان في الآخرى وكذلك هذا في الطلاق ووجه الفرق ان كلمة أو في الفصل الاول دخلت بين الاول والثاني فأوجبت حرية احدهما غير عين ثم الثالث عطف على الحر منهما أيهما كان فعباراً كانه قال أحد كما حر وهذا في الفصل الثاني أوجب الحرية للاول عينا ثم أدخل كلمة أو في الثاني والثالث فأوجبت حرية احدهما غير عين فعتق الاول ويؤمر بالبيان في الثاني والثالث وهذا بخلاف ما اذا قال ان كلمت هذا

أو هذا وهذا فعبدي حر أنه ان كلام الاول وحده حنث وان كالم الثاني أو الثالث وحده لا يحنث مالم يكلمهما جميعا ولو قال ان كلمت هذا وهذا أو هذا فعبدي حر فان كالم الثالث وحده حنث وان كالم الاول أو الثاني وحده لا يحنث مالم يكلمهما جميعا لان في الفصل الاول جعل شرط الحنث كلام الاول وحده أو كالم الثاني والثالث جميعا لانه جعل الثالث معطوفا على الثاني بحرف العطف فقد أدخل كلمة أو بين الاول وحده وبين الثاني والثالث جميعا وأما في الفصل الثاني فقد جعل شرط الحنث كلام الاول والثاني جميعا أو كالم الثالث وحده لانه عطف الثاني على الاول بحرف العطف وأدخل كلمة أو بين الاول والثاني جميعا والثالث وحده والله عز وجل أعلم ولو اختلط حر بعبد كرجل له عبد فاختلط بحر ثم كل واحد منهما يقول أنا حر والمولى يقول أحدكما عبدي كان لكل واحد منهما أن يحلفه بالله تعالى ما يعلم أنه حر فان حلف لا حدهما ونكل للآخر فالذي نكل له حر دون الآخر وان نكل لهما فهما حران وان حلف لهما فقد اختلط الامر فالقاضي يقضي بالاختلاط ويعتق من كل واحد منهما نصفه بغير شيء ونصفه بنصف القيمة وكذا لو كانوا ثلاثة يعتق من كل واحد منهم ثلثه ويسمى في ثلث قيمته كذا ذكره الكرخي وكذلك لو كانوا عشرة فهو على هذا الاعتبار وهذا كرجل أعتق أحد عبديه بعينه ثم نسيه فان بين فهو على ما بين فان لم يبين وقال لا أدري أيهما حر لا يجبر على البيان ولكن يعتق من كل واحد منهما نصفه بحا و نصفه بنصف القيمة كذلك ههنا وأما النوع الثاني وهو ما يتعلق به بعد موت المولى فهو ان المولى اذا قال لعبديه أحدكما حر لا ينوي أحدهما بعينه ثم مات قبل الاختيار عتق من كل واحد منهما نصفه لانه وقع اليأس عن البيان والاختيار اذا لا يمكنه ذلك بنفسه وهذا الخيار لا يورث حتى يقوم الوارث فيه مقامه فيشيع العتق فهما اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيعتق من كل واحد منهما نصفه بحا و يسمى كل واحد منهما في نصف قيمته وفصل الشيوخ دليل نزول العتق في أحدهما اذا ثبت تشييع والموت ليس باعتاق علم ان الكلام السابق وقع تنجيذا للعتق في أحدهما ثم فرق بين هذا الخيار وبين خيار التعيين في باب البيع لانه الوارث هناك يقوم مقام الموت في البيان وههنا لا وجه للفرق ان هناك ملك المشتري أحد العبدین مجبولا اذا كل واحد منهما محل للملك فاذا مات فالوارث ورث منه عبدا مجبولا فتجري الارث ثبت ولاية التعيين أما ههنا فأحدهما حر أو استحق الحرية وذلك بمنع جريان الارث في أحدهما فيمنع ولاية التعيين هذا اذا كان المزارع له محملا للعتق وهو ممن ينفذ اعتاقه فيه فأما اذا كان ممن لا ينفذ اعتاقه فيه بأن جمع بين عبده وعبده غيره فقال أحدكما حر لا يعتق عبده الا بالنية لان قوله أحد كما يحتمل كل واحد منهما لان عبدا الغير قابل للعتق في نفسه ومحتمل لنفوذ الاعتاق فيه في الجملة فلا ينصرف الى عبده نفسه الا بالنية وان كان المزارع ممن لا يحتمل العتق أصلا كما اذا جمع بين عبده وبين هيمة أو حائل أو حجر فقال أحد كما حر أو قال عبدي حر أو هذا وهذا فان عبده يعتق في قول أبي حنيفة نوى أو لم ينو وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق الا بالنية وكذا اذا جمع بين عبده وبين ميت وقد ذكرنا الكلام في هذه الجملة في كتاب الطلاق وعلى هذا اذا جمع بين عبده وبين حر فقال أحد كما حر انه لا يعتق عبده الا بالنية لان صيغته صيغة الخبر فيحمل على الاخبار وهو صادق في اخباره مع ما في الحمل عليه تصحيح تصرفه وانه أصل عند الامكان فيحمل عليه اذا نوى فيحمل على الانشاء بقرينة النية والحل لا يحتمل انشاء الحرية فينصرف الى العبد ولو جمع بين عبده ومدبره فقال أحد كما حر لا يصير عبده مدبرا الا بالنية ويحمل على الاخبار كما في الجمع بين الحر والعبد ولو جمع بين عبده ومدبره فقال اثنان منكم مدبران صار أحد عبديه مدبرا ويؤمر بالبيان لان قوله اثنان منكم يصرف أحدهما الى المدبر ويكون اخبارا عن تدبيره اذ الصيغة للخبر في الوضع وهو صادق في هذا الاخبار والآخر يصرف الى أحد العبدین فيكون انشاء للتدبير في أحدهما اذا لا يمكن حمله على الخبر لانه يكون كذا فيحمل على الانشاء كانه قال للمدبر هذان مدبران وأحد العبدین مدبر فيؤمر بالبيان كما لو قال ذلك ابتداء لعبديه أحد كما مدبر فان مات المولى قبل البيان انقسم تدبير رتبة بين العبدین نصفين فيعتق المدبر المعروف من الثلث ويعتق نصف كل واحد من العبدین من

الثالث لان التدبير وصية والوصية تعتبر من الثلث سواء كان في المرض أو في الصحة وهذا كما لو جمع بين عبيدين وحر فقال انسان منكم حر ان يصرّف أحدهما الى الاخبار عن حرية أحدهم والاخر الى انشاء الحرية في أحد العبيدين لا غير **كما** أنه قال للحران هذا حر وأحد العبيدين حر فيؤمر بالبيان فان مات قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه لشيوع العتق فيهما كذا هذا ولو كان له ثلاثة أعبد دخل عليه انسان فقال أحد كما حر ثم خرج أحدهما ودخل الآخر فقال أحد كما حر فالكلام في هذه المسئلة في الاصل يقع في موضعين أحدهما يتعلق في حال الحياة والثاني يتعلق بحال الموت. أما الاول فادام المولى حيا يؤمر بالبيان ثم ان بدأ بالبيان للايجاب الاول فان عني به الخارج عتق الخارج بالايجاب الاول وتبين ان ايجاب الثاني بين الثابت والداخل وقع صحيحا لوقوعه بين عبيدين فيؤمر بالبيان لهذا الايجاب وان عني بالايجاب الاول الثابت عتق الثابت بالايجاب الاول وتبين ان الايجاب الثاني وقع لغوا لخصوله بين حر وعبد في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه قال الكلام الثاني ينصرف الى الداخل وهذا غير سديد لان على قوله اذا جمع بين حر وعبد فقال أحد كما حر ينبغي ان ينصرف الى العبد وليس كذلك بالاجماع وان بدأ بالبيان للايجاب الثاني فان عني به الداخل عتق الداخل عتق بالايجاب الثاني وبقوى الايجاب الاول بين الخارج والثابت على حاله كما كان فيؤمر بالبيان كما كان وان عني به الثابت عتق الثابت بالايجاب الثاني وعتق الخارج بالايجاب الاول لتعيينه للعتق باعتاق الثابت وأما الذي يتعلق بما بعد الموت فهمنا حالان حال ما بعد موت العبيدين وحال ما بعد موت المولى أما موت العبيدين فان مات الخارج عتق الثابت بالايجاب الاول وتبين ان الايجاب الثاني وقع باطلا وان مات الثابت عتق الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت قد أعيد عليه الايجاب فعتقه بوجوب تعيين كل واحد منهما للعتق وان مات الداخل يؤمر المولى بالبيان للايجاب الاول فان عني به الخارج عتق الخارج بالايجاب الاول وبقى الايجاب الثاني بين الداخل والثابت فيؤمر بالبيان وان عني به الثابت تبين ان الايجاب الثاني وقع باطلا وأما موت المولى قبل البيان فان كان القول منه في الصحة يعتق من الخارج نصه ومن الثابت ثلاثة أرباعه بلا خلاف بين أصحابنا واختلفوا في الداخل قال أبو حنيفة وأبو يوسف يعتق من الداخل نصفه وقال محمد ربه أما في مسئلة الوفاق فلان المولى ان كان عني بالايجاب الاول الخارج عتق كله ولم يعتق به الثابت وان كان عني به الثابت عتق الثابت كله ولم يعتق به الخارج وكل واحد منهما يعتق في حال ولا يعتق في حال فيتنصف فيعتق من كل واحد منهما نصفه بالايجاب الاول ثم الثابت بالايجاب الثاني يعتق نصفه الباقي في حال ولا يعتق في حال فيتنصف ذلك النصف فيعتق ربه بالايجاب الثاني وقد عتق نصفه بالايجاب الاول فيعتق ثلاثة أرباعه وأما مسئلة الخلاف فاما وجه قول محمد فهو ان الايجاب الثاني يصح في حال ولا يصح في حال لانه ان كان المولى عني بالايجاب الاول الخارج يصح الايجاب الثاني لان الثابت يبقى رقيقا فيقع الايجاب الثاني جمعا بين العبيدين فيصح وان كان عني به الثابت لا يصح لانه يقع جمعا بين الحر والعبد فيلغو فيصح الايجاب الثاني في حال ولم يصح في حال فلا يثبت الا نصف حرية فيقسم بين الثابت والداخل فيصيب كل واحد منهما الربع ولهما ان الايجاب الثاني انما يدور بين الصحة والبطلان اذا نزل العتق بالايجاب الاول في غير المعين منهما ولم ينزل لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم فكان الايجاب الثاني صحيحا في الحالين جميعا فلما مات المولى قبل البيان أصاب الداخل من هذا الايجاب نصف حرية ثم ان كان عني به الثابت عتق به النصف الباقي ولا يعتق الداخل وان كان عني به الداخل عتق كله ولا يعتق شيء من النصف الباقي من الثابت فكل واحد منهما يثبت في حال ولا يثبت في حال فيتنصف فيعتق من الثابت ربه ومن الداخل نصفه والدليل على ان ما ذكره محمد غير سديد ان الايجاب الثاني لو كان تردد بين الصحة وعدم الصحة لبطل أصلا ورأسا لان من جمع بين حر وعبد وقال أحد كما حر بطل أصلا ورأسا ومحمد اعتبر الايجاب الثاني حيث قال بثبوت نصف حرية بين الثابت والداخل هذا

إذا كان القول منه في الصحة فإن كان في المرض فإن كان له مال آخر يخرجون من الثلث أولاً يخرجون لكن إن أجازت الورثة فكذلك الجواب وإن لم يكن له مال سوى هؤلاء ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهم على قدر وصيتهم لأن الاعتاق في مرض الموت وصية والوصية فإذا هان الثلث فيضرب كل واحد منهم بمقدار وصيته فوصية الخارج نصف الرقبة وصية الثالث ثلاثة أرباع الرقبة وصية الداخل نصف الرقبة على أصلهما فيجعل كل واحد على أربعة أسهم لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان والثابت يضرب بثلاثة أرباع الرقبة وذلك ثلاثة أسهم والداخل يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان فتجتمع وصاياهم فتصير سبعة أسهم فيجعل ثلث المال مبلغ الوصايا وذلك سبعة أسهم فيكون ثلثا المال أربعة عشر سهماً وربعه فيكون جميع المال أحد عشر بن فصار كل عبد سبعة أسهم لأن ماله ثلاثة أعبد وقد صار ماله كله أحد عشر بن سهماً فيخرج منه سهام العتق وسهام السعاية فالخارج يعتق منه سهمان من سبعة ويسعى في خمسة أسهم والثابت يعتق منه ثلاثة أسهم من سبعة ويسعى في أربعة أسهم والداخل يعتق منه سهمان من سبعة ويسعى في خمسة أسهم كالخارج وإذا صار سهام الوصايا سبعة تصير سهام الورثة أربعة عشر ضرورة فاستقام الثلث والثلثان وهذا يخرج على قولهما وأما على قول محمد فالخارج يضرب بسهمين والثابت بثلاثة والداخل بسهم فذلك ستة أسهم فصار ثلث المال ستة أسهم فيكون ثلثاه مثليه وذلك اثني عشر فيصير جميع المال ثمانية عشر فصار كل عبد ستة أسهم يخرج منها سهام العتق وسهام السعاية فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في أربعة أسهم ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسعى في ثلاثة ويعتق من الداخل سهم واحد ويسعى في خمسة أسهم فصار للورثة اثني عشر ولا يحاب الوصايا ستة فاستقام الثلث والثلثان والله عز وجل أعلم وأما الجملة الطارئة بأن أضاف صيغة الاعتاق إلى أحدهما بعينه ثم نسيه فالكلام في هذا الفصل أيضاً في موضعين أحدهما في كيفية هذا التصرف والثاني في الأحكام المتعلقة به أما الأول فلا خلاف في أن أحدهما حر قبل البيان لأن الصيغة أضيفت إلى معين والمعين محل لزول العتق فيه فكان البيان في هذا النوع اظهاراً وتعييناً لمن نزل فيه العتق وأما الثاني فلا أحكام المتعلقة به ضرر بأن أيضاً ضرب يتعلق به في حال حياة المولى وضرب يتعلق به بعد موته أما الأول فنقول إذا أعتق إحدى جاريته بعينها ثم نسيها أو أعتق إحدى جواريه العشرة بعينها ثم نسي المعتقة فإنه يمنع من وطئهن واستخدامهن لأن واحدة منهن حرة يقين فكل واحدة يحفل أن تكون هي الحرة ووطء الحرة من غير نكاح حرام فلو قرب واحدة منهن بما يقرب الحرة فيمنع من ذلك صيانة عن الحرام والاصل في هذا الباب ما روينا من حديث وابصة بن معبد رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا إن لكل ملك حمى وإن حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه ولا يجوز أن يطأ واحدة منهن بالتحريم لما ذكرنا في كتاب الطلاق فلوانه وطئ واحدة منهن لحكمة نذكرها هنا والحيلة في أن يباح له وطئهن أن يعقد عليهن عقد النكاح فتحل له الحرة منهن بالنكاح والرقبة بملك اليمين ولو خاصم العبدان المولى إلى القاضي وطلبا منه البيان أمره القاضي بالبيان ولو امتنع حبسه ليدين كذا ذكره السكرخي لأن أحدهما حري يقين والحري حقه أوله فيها حق ولكل صاحب حق أن يطلب حقه وإذا امتنع من الإيفاء بحري عليه ولو ادعى كل واحد منهما أنه هو الحر ولا بينة له وجحد المولى فطلبا يمينه استحلقة القاضي لكل واحد منهما بالله عز وجل ما أعتقه لأن الاستحلاف لقاعدة النكول والنكول بذل أو اقرار والعتق يحتمل كل ذلك ثم إن نكل لهما اعتقاً لأنه بذل لهما الحرية أو أقر بهماهما وإن حلف لهما يؤمر بالبيان لأن أحدهما حري يقين وحرية لا ترتفع باليمين وما ذكرنا من رواية ابن سماعة عن محمد في الطلاق يكون ذلك رواية في العتاق وهوانهما إذا استحلقا حلف المولى للأول يعتق الذي لم يحلف له لأنه لم يحلف للأول والله ما أعتقه فقد أقر برقه فيتمين الآخر للحرية كما إذا قال ابتداء لأحدهما عينا هذا عبد وإن لم يحلف له عتق هو لأنه بذل له الحرية أو أقر وإن تشاح في اليمين حلف لهما جميعاً بالله عز وجل ما أعتق واحد منهما فإن حلف

لهما فان كانا أمتين يحجب منهما حتى يبين لماذا كانا حرية احدهما لا ترتفع بالخلف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان المولى لا يجبر على البيان في الجهالة الطارئة اذا لم يتذكر لما فيه من استرقاق الحر لان احدهما حر يمين بخلاف الجهالة الاصلية لان ثمة الحرية غير نازلة في الحل في أصح القولين فلم يكن في البيان استرقاق الحر ثم البيان في هذه الجهالة نوعان نص ودلالة أو ضرورة أما النص فنحو ان يقول المولى لاحد هما عينا هذا الذي كنت أعتقته ونسيت وأما الدلالة أو الضرورة فهي ان يقول أو يفعل ما يدل على البيان نحو ان يتصرف في احدهما تصرفا لا يحجة له بدون الملك من البيع والهبة والصدقة والوصية والاعتاق والاجارة والرهن والكتابة والتدبير والاستيلاء اذا كانتا جاريتين لان هذه التصرفات لا يحجة لها الا في الملك فكان اقدمه دليل اختياره الملك في التصرف فيه وتعين الآخر للعتق وكذا اذا كانا أمتين فوطى احدهما عتقت الاخرى بلا خلاف لان احدهما حرة يمين فكان وطء احدهما تعيينا لها للرق والاخرى للعتق وتعين الاخرى للعتق ضرورة انتفاء المزاحم بخلاف الجهالة الاصلية على أصل أبي حنيفة لان العتق غير نازل في احدهما فكانت كل واحدة منهما حلال الوطء وان كن عشرين فوطىء احدها هن تهيئت الموطوءة للرق حلالا لمره على الصلاح وتعين الباقيات لكون المعتقة فيهن دلالة أو ضرورة فيتعين البيان نصا أو دلالة وكذا لو وطى الثانية والثالثة الى التاسعة فتتعين الباقية وهي العاشرة للعتق لان فعله يحمل على الجواز ولا جوازه الا في الملك فكان الاقدام على وطئهن تعيينا لهن للرق والباقية للعتق أو تعيين الباقية ضرورة والاحسن أن لا يطاق واحدة منهن لاحتمال أن تكون الموطوءة هي الحرة فلو أنه وطى فحكمه ما ذكرنا ولو ماتت واحدة منهن قبل البيان فلا حسن أن لا يطاق الباقيات قبل البيان لاحتمال أن تكون المعتقة فيهن فلو أنه وطئهن قبل البيان جاز لان فعل المسلم العدل محمول على الجواز ما أمكن وأمكن ههنا بان يحمل على أنه قد تذكر أن المعتقة منهن هي الميئة لان البيان في هذا النوع من الجهالة اظهر وتعين لمن نزلت فيه الحرية من الاصل فلم تكن الحياة شرطا لحيية البيان وكان اقدمه على وطئهن تعيينا للميئة للعتق والباقيات للرق دلالة أو تعيين الباقيات للرق ضرورة بخلاف الجهالة الاصلية اذا ماتت واحدة منهن أن الميئة لا تتعين للحرية لان الحرية هناك غير نازلة في احدها ونما نزل عند وجود الشرط وهو الاختيار مة صورا عليه والحل ليس بقابل للحرية وقت الاختيار فهو الفرق ولو كانت اثنتين فماتت واحدة منهما لا تتعين الباقية للعتق لان الميئة لم تتعين للرق لا لعدم دليل يوجب التعيين فلا تتعين الاخرى للعتق ضرورة فوقف تعيينها للعتق على البيان نصا أو دلالة اذا الميئة لم تخرج عن كونها محلا للبيان اذا البيان في هذا النوع اظهر وتعين بخلاف النوع الاول في أصح القولين ولو قال المولى هذا مملوك وأشار الى احدهما يتعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة ولو باعهما جميعا بصفقة واحدة كان البيع فاسدا لانه باع حرا وعبيدا بصفقة واحدة ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن وكذا لو كانوا عشرة فباعهم بصفقة واحدة وبفسخ البيع في الكل ولو باعهم على الافراد جاز البيع في التسعة ويتعين العاشر للعتق كذا ذكر الكرخي لان بيع كل واحد منهم اختيارا يراه للرق ويتعين الباقي للعتق دلالة أو تعيين ضرورة عدم المزاحم كالأول وطى عشرة نفر لكل واحد منهم جارية فاعتق واحد منهم جاريته ولا يعرف المعتق فلكل واحد منهم أن يطاق جاريته وان يتصرف فيها تصرف الملاك لان الجهالة تمكنت في الجانبين جميعا المعتق والمعتق فوقع الشك في الطرفين فلا يزال اليقين بالشك بخلاف ما اذا كانت الجوارى لواحد فاعتق واحدة منهن ثم نسبها أنه يمنع من وطء الكل لان الجهالة هناك لم تقع الا في أحد الجانبين فلم يقع الشك الا في أحد الجانبين اذا المعتق على يقين من حرية احدها وكل واحدة تحتمل أن تكون هي الحرة فجميع من وطئهن ولو دخل الكل في ملك أحدهم صار كأن الكل كن في ملكه فاعتق واحدة منهن ثم جهلها وأما الثاني فهو أن المولى اذا مات قبل البيان يمتق من كل واحدة منهما نصفه بمجانا بغير شيء ونصفه بالقيمة فتسعى كل واحدة منهما في نصف قيمتها للورثة لماذا ذكرنا في الجهالة الاصلية والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان ما يظهر به حكمه فالظاهر له شيان أحدهما الاقرار والثاني البيئة أما الاول فلا شك ان الاقرار من المولى باعتاق عبده يظهر به العتق لان الظاهر ان الانسان لا يقر على نفسه كاذبا فيصدق في اقراره على نفسه ولا يقبل على غيره لكونه شهادة على الغير وشهادة الفرد غير مقبولة ولو أقر بحرية عبده ثم اشتراه عتق عليه لان اقراره على نفسه مقبول ولا يقبل على غيره لكونه شهادة على الغير وشهادة الفرد غير مقبولة فاذا اشتراه فقد زال المانع من تقيده في حقه فيعتق عليه وأما البيئة فجملة الكلام فيها أنه لا خلاف في أنها تقبل على عتق المملوك اذا ادعى المملوك العتق وأنكر المولى سواء كان المملوك عبدا أو جارية فاما اذا لم يدع وأنكر العتق والمولى أيضا منكر فهل تقبل الشهادة على عتقه من غير دعواه فان كان المملوك جارية تقبل بالاجماع وان كان عبدا لا تقبل في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد تقبل من أصحابنا من حمل المسئلة على أن عتق العبد حق العبد عند أبي حنيفة والشهادة على حقوق العباد لا تقبل من غير دعاء وبهم كالا موال وسائر حقوق العباد وعندهما هي حق الله تعالى والشهادة على حقوق الله عز وجل مقبولة من غير دعوى أحد كالشهادة على اعتاق الانسان أمتة وتطبيقه امرأته والشهادة على أسباب الحدود والخالصة لله عز وجل من الزنا والشرب والسكر الا السرقة فانه شرط فيها الدعوى لتحقق السبب اذ لا يظهر كون القمل سرقة شرعا بدون الدعوى لما نذكر في كتاب السرقة فتتكم في المسئلة بناء وابتداء أما البناء فوجه قولهما ان في الاعتاق تحريم الاسترقاق وحرمة الاسترقاق حق الله تعالى قال النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أنا خصمهم ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة وذكر من جملتها رجل باع حرا أو كل ثمنه وكذا يتعلق به اهلية وجوب حقوق الله عز وجل من الكفارات والركوات والجمع والجماعات فنبت أن العتق حق الله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى لقبول الشهادة القائمة عليه كافي عتق الامة وطلاق المرأة وكافي الحدود والخالصة وكذا الاحكام تدل على أن الدعوى ليست بشرط فان الشهادة على حرية الاصل للعبد تقبل من غير دعواه وكذا الشهادة على نسب صبي صغير من رجل وأنكر الرجل وكذا الشهادة على المولى باستيلا دجاريته وهما منكران وكذا التناقض في العتق لا يمنع صحة الدعوى بان قال عبدا لانسان اشتري فاني عبد فلان فاشترته ثم ادعى العبد حرية الاصل تجمع دعواه ولو كانت الدعوى فيه شرط الكان التناقض ما نعلم من صحة الدعوى كافي سائر الدعاوى ولا في حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق والعتق في عرف اللغة والشرع اسم لقوة حكيمية تثبت للعبد تندفع به ايد الاستيلاء والملك عنه والقوة حقه اذ هو المنتفع بها مقصودا ألا ترى أنه هو الذي يتضرر بانتفاء مقصودا بالاسترقاق وكذا التحرر باثبات الحرية والحرية في متعارف الشرع واللغة تنبي عن خلوص نفس العبد له عن الرق والملك وذلك حقه لانه هو المنتفع به دون غيره مقصودا وحق الانسان ما ينتفع به دون غيره فاذا ثبت أن العتق حق العبد فالشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل من غير دعواه كسائر الشهادات القائمة على سائر حقوق العباد والجامع بينهما من وجهين أحدهما أن المشهود به اذا كان حقا للعبد كان العبد مشهودا له فاذا أنكر فقد كذب شهوده والمشهود له اذا كذب شهوده لا تقبل شهادتهم له والثاني ان انكار المشهود له حقه مع حاجته الى استيفاء حقه لينتفع به بموجب تهمته في الشهادة لان المشهود به لو كان ثابتا لتبادر الى الدعوى ولا شهادة لمتهم وأما قوله في الاعتاق تحريم الاسترقاق فنقول الاعتاق لا ينبي عن ذلك وإنما ينبي عن اثبات القوة والخلوص على ما بينا وذلك حقه ثم اذا ثبت حقه بالا اعتاق حرم الاسترقاق لما فيه من ابطال حقه وهذا لا يدل على أن حرمة الاسترقاق حق الله عز وجل ألا ترى ان سائر الحقوق الثابتة للعباد بحرم ابطالها ولا يدل على أن حرمة ابطالها حق الله تعالى على أنا ان سلمنا ان في العتق حق الله تعالى فالتمهيد حاصل لانه من حيث انه حق الله تعالى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى العبد ومن حيث انه حق العبد لا تقبل فدارت الشهادة بين القبول وعدم القبول فلا تقبل مع الشك ولهذا لم تقبل الشهادة على القذف من غير دعوى القذف وان كان حد القذف حق الله تعالى من وجه وحق العبد من وجه كذا ههنا وأما الاحكام فاما عتق الامة فتمهيدا نقول ان تلك الشهادة لا تقبل على العتق

من حيث ذات العتق لما قلنا في العبد وانما تقبل من حيث ان عتق الامة حق الله تعالى على الخلو من حيث انه سبب لتحرير الفرج وسبب له والشيء من حيث التسبب والتوسل غير ومن حيث الذات غير كما قلنا في كفر الحارب انه بوجوب القتل من حيث انه سبب للحارب لان من حيث ذاته بل ذات الكفر غير موجب لانها غير ان كذا هذا الا ترى انه ينفصل أحدهما عن الآخر فان العتق قد لا يكون وسيلة الى تحرير الفرج وهو عتق العبد متى قبلت على العتق من حيث انه سبب حرمة الفرج تقبل من حيث ذات العتق وكذا في طلاق المرأة من غير دعواها وليس للعتق في محل النزاع سببية لتحرير الفرج فلو قبل لقبول على ذات العتق ولا وجه اليه لما ينافاه قيل ما ذكرتم من العذر في فصل الامة والطلاق لا يصح لان الشهادة على عتق الامة المجوسية والاخت من الرضاعة مقبولة من غير دعوى وهذه الشهادة لا تتضمن حرمة الفروج لان الحرمة كانت ثابتة قبل ذلك وكذا الشهادة على الطلاق الرجعي والطلاق المضاف الى الملك يقبل من غير دعوى ولا تتضمن هذه الشهادة تحرير الفرج فالجواب أن من أصحابنا ممن يمنع المستثنين الاولين فقالوا لا تقبل الشهادة فبهما من غير دعوى لانها لا تتضمن تحرير الفرج ومنهم من سلم مسألة المجوسية ومنع مسألة الاخت من الرضاعة وفرق بينهما من حيث ان وطء الامة المجوسية مملوك للمولى وانما منع من الاستيفاء لخبثها كما يمنع من الوطء حالة الحيض ولهذا لو وطئها لا يسقط احصائه وبعد العتق لو وطئها يسقط احصائه فالشهادة على عتقها تضمنت تحرير الفرج فقبلت من غير دعوى فأما الاخت من الرضاعة فخرام الوطء حقيقة حتى لو وطئها يسقط احصائه مع قيام ملك اليمين والمعتبر في الباب تحرير الفرج لا الاثابة والشهادة على النسب قط لا تقبل من غير دعوى وفيما ذكر من المسئلة وهي ما اذا كان صغيرا فلا تقبل عند أبي حنيفة ما لم ينصب القاضي خصما عن الصغير ليدعي النسب له بطريق النيابة شرعا نظر للصغير العاجز عن احياء حقه بنفسه والقاضي نصب ناظرا للمساكين وكان ذلك شهادة على خصم وأما الاستيلاء فهو سبب لتحرير الفرج والدعوى في الجملة لانه بوجوب حقيقة الحرية عند الموت والحرمة لازمة للحرية حتى لا يباح لهامس المولى وغسله بسبب الحرية فكان الاستيلاء في الحال سببا لثبوت الحرية فكان سببا لحق الله تعالى في الحال فيقام السبب مقام الحقيقة في حق التحرير احتياطا وهو الجواب عن الطلاق الرجعي والطلاق المضاف الى الحرية ثمة ثبت في الجملة أيضا عند وجود وال الحل فيعتبر السبب قائما مقام السبب في حق الحرمة احتياطا وأما ابتداء فوجه قولهما ان عدالة الشاهد دلالة صدقه في شهادته من حيث الظاهر فيثبت المشهود به ظاهرا والقاضي مكلف بالقضاء بالظاهر فكان ينبغي أن لا تشترط الدعوى لقبول الشهادة أصلا ولهذا لم تشترط في عتق الامة وطلاق المرأة وأسباب الحدود الا أن نأمرنا اشتراطها فيها وراء العتق من حقوق العباد بالاجماع فيقتصر على مورد الاجماع (وجه) قول أبي حنيفة ان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب محتمل للكذب فلا يفيد العلم للقاضي بالمشهود به والا صل أن لا يجوز القضاء بما لا علم للقاضي به وبما ليس بثابت قطعا لقوله عز وجل ولا تقف ما ليس لك به علم وانه اسم للثابت قطعا وقوله سبحانه وتعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا يثبت مع احتمال العدم فكان ينبغي أن لا يجوز القضاء به أصلا الا أن الشرع جاء بالجواز لحاجة العباد الى دفع الفساد وهو المنازعة القائمة بينهما بالدعوى والمنازعة سبب الفساد أو لدفع فساد الزنا كما في حد الزنا وعتق الامة وطلاق المرأة أو لدفع فساد السكر في حد الشارب والسكر فالحق المحتمل بالثبوت أو اكتفى بظاهر الصدق مع الاحتمال لدفع الفساد فبقى الحكم فيما وراء ذلك على الاصل وعلى هذا شاهدان شهدا على رجل أنه اعتق أحد عبديه والعبدان يدعيان العتق أو يدعيه أحدهما فان شهدا في حال حياة المولى ومحتة لا تقبل شهادتهما في قول أبي حنيفة وعندهما تقبل لان الدعوى شرط قبول الشهادة على عتق العبد عنده والمدعى مجبول فحالة المدعى منتهى صحة الدعوى فامتنع قبول الشهادة وعندهما الدعوى ليست بشرط فحالة المدعى لا تكون أقل من عدم الدعوى فلا تمنع قبول الشهادة فتقبل ويجبر على البيان وان شهدا بعد وفاته على أنه

أعتق أحدهما في حال صحته فهو على هذا الخلاف وإن شهدا على ذلك وهو مريض فمات أو شهدا بعد موته على أنه قال ذلك في المرض لا تقبل في قياس قول أبي حنيفة وفي الاستحسان تقبل ولا خلاف في أنه إذا شهدا على أنه طلق أحدي امرأتيه تقبل ويخير فيختار طلاق أحدهما وجه قياس قول أبي حنيفة ما ذكرنا أن الدعوى شرط والمدعى مجهول وجه الاستحسان أن المدعى هنا معلوم لأن الاعتاق في مرض الموت وصية وانخصم في تنفيذ الوصية هو الموصى فكان الميت المشهود له لوقوع الشهادة له فكان المدعى معلوما تجاوزت الشهادة له بخلاف حال الصحة فإن الشهادة هناك وقعت لأحد العبدین فكان المشهود له مجهولا فلم تجز الشهادة ولأن المولى لمات فقد شاع العتق فيها جميعا فصار كل واحد منهما خصما في حق نفسه متعينا فتقبل الشهادة بخلاف حال الحياة والصحة وكذلك جواب أبي حنيفة في هذه المسئلة في الامتين بأن شهدا بأنه أعتق أحدي أمتيه أنها لا تقبل لأن انعدام اشتراط الدعوى بقبول الشهادة على عتق الامة لكونه سببا لحرمة الفرج وهي حق الله تعالى ولا تثبت حرمة الفرج بالعتق المبهم عند أبي حنيفة فكان الجواب في العبدین والامتين هنا عند علي السواء بخلاف ما إذا شهدا على أنه طلق أحدي امرأتيه أنها تقبل لأنها قامت على سبب حرمة الفرج والدعوى فيها ليست بشرط ولو شهدا أن أحد هذين الرجلين أعتق عبده فلا تأم تجز شهادتهما لأن المدعى عليه مجهول ولو شهدا أنه أعتق عبده وسماه ونسبناه ان الشهادة باطلة لأن الشاهد إذا نسي ما تحمل لا تقبل شهادته ولو شهدا أنه أعتق عبده سالما ولا يعرفان سالما وله عبد اسمه سالم ليس له غيره تقبل شهادتهما ولو شهدا به في البيع لا تقبل وجه الفرق أن البيع لا يحتمل الجهالة أصلا والعتق يحتمل ضربا من الجهالة ألا ترى أنه لا يجوز بيع أحد العبدین ويجوز اعتاق أحد العبدین ولو اختلف الشاهدان في الشرط الذي علق به العتق لم تجز شهادتهما لأنهما شهدا بعقدين كل عقد لا يثبت إلا بشهادة شاهدين ولم يوجد والاصل فيه أنه إذا اختلفت شهادة الشاهدين فإن كان ذلك في دعوى العتق لا تقبل أصلا وإن كان في دعوى المال ففيه تفصيل ووافق واختلف نذكر ذلك كله في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب التدبير ﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع فيما ذكرنا في كتاب العتق وهو بيان ركن التدبير وبيان شرائط الركن وبيان صفة التدبير وبيان حكم التدبير ووقت ثبوت حكمه وبيان ما يظهر به التدبير

﴿ فصل ﴾ أما الأول فركن التدبير هو اللفظ الدال على معنى التدبير لغة وهو اثبات العتق عن دبر نوعان مطلق ومقيّد أما المطلق فهو أن يعلق الرجل عتق عبده بموته مطلقا وله ألفاظ قد تكون بصريح اللفظ مثل أن يقول أنت مدبر أو دبرتك وقد تكون بلفظ التحريض والاعتاق نحو أن يقول أنت حر بعد موتى أو حررتك بعد موتى أو أنت معتق أو عتقتك بعد موتى أو أعتقتك بعد موتى وكذا إذا قال أنت حر عند موتى أو مع موتى أو في موتى هو بمنزلة قوله بعد موتى لأن عند كلمة حضرة فعند الموت يستدعي وجود الموت فيكون موته بمعنى الشرط وجمع للمقارنة ومقارنة الشيء يقتضي وجودهما وفي اللظرف فإذا دخل مالا يصلح ظرفا يجعل شرطا كما إذا قال لعبده أنت حر في دخولك الدار وقد يكون بلفظ اليمين بأن يقول إن مت فانت حر أو يقول إذا مت أو متي مات أو أن حدث بي حدث أو متي حدث بي لانه علق العتق بالموت مطلقا وكذا إذا ذكر في هذه الألفاظ مكان الموت الوفاة أو الهلاك ولو قال إن مات فلان فانت حر لم يكن مدبرا لانه لم يوجد تعليق عتق عبده بموته فلم يكن هذات تدبرا بل كان تعليقاً بشرط مطلق كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك وقال أبو يوسف لو قال أنت حر إن مت أو قتلت فليس بمدبر وقال زفر هو مدبر لانه علق عتقه بالموت وأنه كائن لاعمالة ولا يبي يوسف إن علق بأحد الأمرين فلا يصير مدبرا

كما لو قال ان مت أو مت ز يدو لو قال ان مت وفلان فأنت حر أو قال أنت حر بعد موتي وموت فيلان أو قال بعد موت فلان وموتي لم يكن مدبرا إلا أن يموت فلان قبله فيصير حينئذ مدبرا وانما لا يصير مدبرا للحال لأنه يحتمل أن يموت المولى أولا فلا يعتق لأنه علق العتق بشرطين بموته وموت فلان فلا يعتق بموته وحده ويصير العبد ميراثا بعد ذلك ان مات فلان ووجد الشرط الآخر فاعا وجد بعد ما انتقل الملك الى الورثة ويحتمل أن يموت فلان فيصير مدبرا ويعتق بموت المولى فكان هذا كالتيدير المقيد ثم ينظر ان مات المولى أولا فقد صار العبد ميراثا للورثة لا يثاب وان مات فلان أولا فقد صار مدبرا لان التدير صار مطلقا وصار العبد بحاله يعتق بموت المولى ثم استشهد في الاصل فقال ألا ترى أنه لو قال أنت حر بعد كذا منك فلاناو بعد موتي فكلم فلانا كان مدبرا وكذلك قوله اذا كلمت فلانا فأنت حر بعد موتي فكلمه صار مدبرا لأنه بعد الكلام صار التدير مطلقا فكذا هذا وقد يكون بلفظ الوصية وهو أن يوصي لعبد نفسه أو برقبته أو بعتقه أو بوصيه بوصية يستحق من جملة رقبته أو بعضها نحو أن يقول له أو صبتك بنفسك أو برقبتك أو بعتقك أو كل ما يعبر به عن جملة البدن لان الموصي يزيل ملكه بالوصية ثم ان كان الموصي له من يحتمل الملك يزول الملك اليه والا فيزول لا الى أحد والحال لا يحتمل أن يملك نفسه لما فيه من الاستحالة فكانت الوصية له بنفسه ازالة الملك لا الى أحد وهذا معنى الاعتاق فهذا الطريق جعل يبيع نفس العبد وهبته له اعتاقا كذا هذا فيصير في معنى قوله أنت حر بعد موتي وكذا لو قال له أو صبتك بثلث مالي لان رقبته من جملة ماله فصار موصى له بثلثها ولان هذا ازالة الملك من الثلث لا الى أحد فيكون اعتاقا وروى بشرع أبي يوسف فممن أوصى لعبده بسهم من ماله أنه يعتق بعد موته ولو أوصى له بحيز من ماله لم يعتق ووجه الفرق ان السهم عبارة عن السدس فاذا أوصى له بسدس ماله فقد دخل سدس رقبته في الوصية فاما اسم الجزء فلا يتضمن الوصية بالرقبة لانه لا فكان الخيار فيه الى الورثة فلمهم التعيين فيما شاء والله عز وجل أعلم وأما المقيد فهو ان يعلق عتقه عبده بموته موصوفا بصفة أو بموته بشرط آخر نحو أن يقول ان مت من مرضي هذا أو في سفرى هذا فأنت حر أو يقول ان قتلت فأنت حر أو ان غرقت فأنت حر أو ان حدثت في حدث من مرضي هذا أو من سفرى هذا فأنت حر ونحو ذلك مما يحتمل أن يكون موته على تلك الصفة ويحتمل أن لا يكون وكذا اذا ذكر مع موته شرطا آخر يحتمل الوجود والعدم فهو مدبر مقيد وحكمه يذكروا في موضعه ان شاء الله تعالى وروى الحسن عن أبي خنيفة أنه لو قال اذامت ودفنت أو غسلت أو كفنت فأنت حر فليس مدبرا يريده في حق الاحكام المتعلقة بالتدير في حال حياة المدبر لانه علق العتق بالموت وبمعنى آخر فلم يكن مدبرا مطلقا فان مات وهو في ملكه استحسن أن يعتق من الثلث والقياس أن لا يعتق كما لو قال اذامت فدخلت الدار فأنت حر فمات المولى فدخل العبد الدار انه لا يعتق كذا هذا لانه استحسن وقال يعتق من الثلث لانه علق العتق بالموت وبما هو من علاقته فصار كما لو علقه بموت نصفه فكان حكمه حكم المدبر المقيد بخلاف قوله اذامت فدخلت الدار لان دخول الدار لا تعلق له بالموت فلم يكن تعليقا بموت نصفه فلم يكن تديرا أصلا بل كان عينا مطلقا فيبطل بالموت كسائر الایمان ثم التدير قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بشرط أما المطلق فاذكر: أو أما المعلق فنحو أن يقول ان دخلت الدار أو ان كلمت فلانا أو اذا قدم زيد فأنت مدبر لان التدير اثبات حق الحرية وحقيقة الحرية تحتتمل التعليق بالشرط فكذا في حق التدير وذكر محمد في الاصل اذا قال أنت حر بعد موتي ان شئت فان نوى بقوله ان شئت الساعة فشاء العبد في ساعته تلك صار مدبرا لانه علق التدير بشرط وهو المشيئة وقد وجد الشرط فيصير مدبرا كما اذا قال ان دخلت الدار فأنت مدبر وان عني به مشيئته بعد الموت فليس للعبد مشيئة حتى يموت المولى لانه علق العتق بشرط بوجود بعد الموت فاذا وجد قبله لا يعتق فان مات المولى فشاء عند موته فهو حر من ثلثه كذا ذكره في الاصل وذكر الحالك في مختصره ان المراد منه أن يعتقه الوصى أو الوارث لان العتق هو ان يمتلئ بالموت وانما تعلق به وبأمر آخر بعده فيصير بمنزلة الوصية بالاعتاق فيجب أن لا يعتق

ما لم يعتق وكذا ذكر الجصاص أنه لا يعتق حتى يعتقه الورثة لما قلنا وروى ابن سباعة وعيسى بن أبان وأبو سليمان
 عن محمد فيمن قال لرجل اذامت فأعتق عبدى هذا ان شئت أو قال اذامت فأمر عبدى هذا يسدك ثم مات فشاء
 الرجل عتقه في المجلس أو بعد المجلس فله أن يعتقه لأن هذا وصية بالاعتاق والوصاية لا يتقيد القبول فيها بالمجلس وكذا
 ان قال عبدى هذا حر بعد موتى ان شئت فشاء بعد موته في المجلس أو بعد المجلس فقد وجبت الوصية لما ذكرنا ان
 الوصية لا يتقيد قبولها بالمجلس ولا يعتق العبد حتى يعتقه الورثة أو الوصى أو القاضى وهذا يؤيد قول الحاكم
 والجصاص لا تفرق بين المستثنين سوى أن هناك علق بمشيئة العبد وهما علق بمشيئة الاجنبى وكذلك لو قال
 لعبد أنت حر ان شئت بعد موتى فمات المولى وقام العبد من مجلسه الذى علم فيه بموت المولى أو أخذ في عمل آخر فان
 ذلك لا يبطل شيئا مما جعله اليه لما ذكرنا ان هذا وصية بالاعتاق وليس بتعليق والوصية لا يقف قبولها على المجلس
 وأما المضاف الى وقت فنحو أن يقول أنت مدبر غدا أو رأس شهر كذا فاذا جاء الوقت صار مدبرا لان التسدير
 اثبات حق الحرية فيحتمل الاضافة كاثبات حقيقة الحرية ولهذا احتمل التعليق بالشرط كذا الاضافة وقد
 روى بشر عن أبي يوسف فيمن قال لعبد أنت حر بعد موتى بشهر فليس بمدبر ولا يعتق الا أن يعتق وروى ابن
 سباعة عن محمد أنه قال القياس أن يكون باطلا ألا ترى أنه لو جنى قبل الشهر دفع بالجناية ولو لحقه دين يبيع فيه ووجه
 القياس ما ذكرنا انه لما علق العتق بمضى شهر بعد الموت فكلمات انتقل الملك فيه الى الورثة ولم يبق الا مضى الزمان
 وهو الشهر فلا يحتمل ثبوت العتق به فيبطل الا أنهم استحسنوا جعلوه وصية بالاعتاق لان تصرف العاقل يحمل
 على الصحة ما أمكن وأمكن حمله على الوصية بالاعتاق بعد مضى شهر بعد الموت فيحمل عليها ولو قال أنت حر قبل موتى
 بشهر فليس بمدبر لانه ما أضاف العتق الى الموت أصلا بل أضافه الى زمان موصوف بأنه قبل موته بشهر من وقت
 التكلم وهذا أيضا يحتمل الوجود والعدم لجواز أن يموت قبل تمام الشهر من وقت الكلام فلا يكون مدبرا للحال
 واذا مضى شهر قبل موت المولى وهو في ملكه ذكر الكرخى في مختصره أنه مدبر في قول أبي حنيفة وزفر وعند أبي
 يوسف ومحمد ليس بمدبر وعلى القدورى لابي حنيفة انه لما مضى شهر صار كانه قال عند مضى الشهر أنت حر بعد
 موتى وذكر في الجامع أنه لا يكون مدبرا ويجوز بيعه ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح أما على قول أبي حنيفة
 فلان المدبر اسم لمن علق عتقه بمطلق موت المولى وهما ما أضاف العتق الى الموت أصلا بل أضافه الى أول الشهر وكذا
 حكاه عند أبي حنيفة يثبت من أول الشهر بطريق الظهور أو يستند اليه والثابت بالتدبير يقتصر على حالة الموت ولا
 يستند وبهذا تبين ان ما ذكره القدورى من التعليل لابي حنيفة غير سديد وأما على قولهما فقد ذكر في النوادر ان
 عندهما يصير مدبرا مطلقا ووجهه انه لما مضى الشهر ظهر ان عتقه تعلق بمطلق موت المولى فصار كانه قال عند مضيه
 أنت حر بعد موتى فصار مدبرا مطلقا وأما على ظاهر الرواية منهما فلا يصير مدبرا لانه ما علق عتقه بالموت بل بشهر
 ومتصل بالموت فيصير كانه قال أنت حر قبل موتى بساعة ولو قال يوم أموت فأنت حر أو أنت حر يوم أموت فان
 نوى به النهار دون الليل لم يكن مدبرا لانه نوى حقيقة كلامه اذ اليوم اسم ليلاض النهار لغة ويجوز أن يموت بالليل
 لا بالنهار فلا يكون هذا مدبرا مطلقا وان عني به الوقت المبهم فهو مدبر لان اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق قال الله
 تعالى ومن يومهم يومئذ دبره ومن ولى بالليل لحقه الوعيد المذكور وروى الحسن عن أبي حنيفة فيمن قال ان مت
 الى سنة أو الى عشرين فانت حر فليس بمدبر لانه علق عتقه بموت بصفة تحتمل الوجود والعدم فان قال ان مت
 الى مائة سنة ومثله لا يعيش الى ذلك الوقت في الغالب فهو مدبر لان موته في تلك المدة كائن لا محالة وروى هشام
 عن محمد فيمن قال أنت مدبر بعد موتى فهو مدبر بالساعة لانه أضاف التدبير الى ما بعد الموت والتدبير بعد الموت
 لا يصحور فيلغو قوله بعد موتى فيبقى قوله أنت مدبر أو يجعل قوله أنت مدبر أى أنت حر فيصير كانه قال أنت حر بعد
 موتى ولو قال أنت حر بعد موتى على ألف دزم فالقبول بعد الموت كذا ذكر في الجامع الصغير وهذا جواب ظاهر

الرواية وروى عن أبي يوسف ان القبول في هذا على حالة الحياة لا بعد الموت فاذا قبل في المجلس صبح التدبير وصار مدبراً ولا يلزمه المال واذا مات عتق ولا شيء عليه (وجه) قوله ان هذا ايجاب العتق في الحال بعوض الا ان العتق يتأخر الى ما بعد الموت فكان القبول في المجلس كما اذا قال له ان شئت فانت حر رأس الشهر تعتبر المشيئة في المجلس لثبوت الحرية رأس الشهر كذا ههنا فاذا قبل في المجلس صبح التدبير ولا يلزمه المال لان المدبر مملوك للمولى مطلقاً فلا يجب عليه للمولى دين واذا مات عتق لوجود شرط العتق وهو الموت ولا يلزمه المال لانه لم يلزمه وقت القبول فلا يلزمه وقت العتق وجه ظاهر الرواية انه اضاف الايجاب الى ما بعد الموت فيكون القبول بعد الموت اذ القبول بعد الايجاب يكون ولان الاعناق بعد الموت وصية بدليل اعتبارها من الثلث وقبول الوصايا بعد الموت واذا كان القبول بعد الموت لا يعتبر قبوله في حال الحياة وانما يعتبر بعد الموت فاذا قبل بعد الموت فهل يعتق بعد الموت بنفس القبول أو لا يعتق الا باعتناق الوارث أو الوصى أو القاضي لم يذكر هذا في الجامع الصغير ولو قال أنت مدبر على ألف قبل فهو مدبر والمال ساقط كذا ذكر الكرخي لانه علق التدبير بشرط وهو قبول المال فاذا قبل صار مدبراً والمدبر على ملك المولى فلا يجوز ان يلزمه دين لمولاه فسمكت وروى بشرع أبي يوسف في نوادره فيمن قال لعبدك أنت مدبر على ألف قال أبو حنيفة ليس له القبول الساعة وله ان يبيعه قبل أو لم يقبل فان مات وهو في ملكه فقال قد قبلت أدى الألف وعتق وهو رواية عمرو بن محمد وقال أبو يوسف ان لم يقبل حتى مات ليس له ان يقبل وظاهر قوله أدى الألف وعتق يقتضي ثبوت العتق من غير اعتناق الوارث أو الوصى وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي اذا قال اذا مات فانت حر على ألف درهم فانما يحتاج الى القبول بعد الموت فاذا قبل بعد الموت فلا يعتق بالقبول حتى تعتقه الورثة أو الوصى لان العتق قد تأخر وقوعه عن الموت وكل عتق تأخر وقوعه عن الموت لا يثبت الا بايقاع من الوارث أو الوصى لانه يكون وصية بلا اعتناق فلا يثبت ما لم يوجد الاعتناق كما لو قال أنت حر بعد موتى يوم أو بشهر انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث أو الوصى بعد مضي اليوم أو الشهر لما قلنا كذا ههنا ثم في الوصية بلا اعتناق بملك الوارث الاعتناق تنجيزاً وتعليقاً حتى لو قال له ان دخلت الدار فانت حر فدخل يعتق كما لو نجح العتق والوصى بملك التنجيز لا التعليق حتى لو علق بالدخول فدخل لا يعتق ولان الوارث يتصرف بحكم الخلافة عن الميت ويقوم مقامه كأنه هو والوصى يتصرف بالامر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر كالوكيل والوكيل بالاعتناق لا يملك التعليق ولو اعتقه الوصى أو الوارث عن كفارة لزمته لا يسقط عنه لانه يقع عن الميت والولاء عن الميت لان الوارث لان الاعتناق منه من حيث المعنى ولو قال أنت حر على ألف درهم بعد موتى فالقبول في هذا في الحياة بلا خلاف لانه جعل القبول في الحالين شرطاً لثبوت العتق بعد الموت فاذا قبل صار مدبراً ولا يجب المال لما قلنا فاذا مات عتق ولا شيء عليه وهذا حجة أبي يوسف في المسائل المتقدمة والله عز وجل الموفق ولو قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتى فما في ملكه صار مدبراً وما يستفيده يعتق من الثلث بغير تدبير وهذا قول أبي حنيفة وخمد وقال أبو يوسف لا يدخل في هذا الكلام ما يستفيده (وجه) قوله ان المملوك للحال مراد من هذا الايجاب فلا يكون ما يستفيده مراداً لان الحال مع الاستقبال معنيين مختلفان واللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين ولهذا لم يدخل المستفاد في هذا في الاعتناق البات كذا في التدبير ولهما ان التدبير في معنى العتق ومعنى الوصية أما معنى العتق فظاهر لانه تعليق العتق بالشرط فاليمين ان كان لا يصلح الا في الملك القائم أو مضاً فالى الملك أو سببه فالوصية تتعلق بما في ملك الموصى وبما يستحدث الملك فيه فان من أوصى بثلاث ماله يدخل فيه المملوك للحال وما يستفيده الى وقت الموت وقوله اللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين قلنا قد يشتمل كالكتابة والاعتناق على مال فانهما يشتملان على معنى العتق والمعاوضة كذا هذا والله عز وجل أعلم

فصل في ما شرائط الركن فانواع بعضها يم نعى التدبير أعنى المطلق والمقيد وبعضها يخص أحدهما وهو المطلق أما الذي يم النوعين فاذكرنا في كتاب العتاق فلا يصح التدبير الا بعد صدور ركنه مطلقاً عن الاستثناء

من أهله مضافا الى محله ولا يصح الا في الملك سواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت أو مضافا الى الملك أو سبب الملك نحو ان يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فأنت مدبر أو ان اشتريتك فأنت مدبر لانه التزم اثبات حقيقة الحرية بمعد الموت واثبات حق الحرية في الحال ولا يثبت ذلك الا بعد وجود الملك في الحال لانه اذا كان موجودا للحال فالظاهر دوامه الى وقت وجود الشرط والوقت واذا لم يكن موجودا فالظاهر عدمه فلا يثبت حق الحرية عند وجود الشرط والوقت ولا عند الموت فلا يحصل ما هو الغرض من التدبير أيضا على ما يذكري في بيان حكم التدبير ان شاء الله تعالى ومنها أن يكون التعليق بموت المولى حتى لو علق بموت غيره بأن قال ان مات فلان فأنت حر لا يصير مدبرا أصلا وأما الذي يخص أحدهما فصرح بأن أحدهما أن يكون التعليق بمطلق موت المولى فان كان بموت موصوف بصفة لا يكون تدبير مطلقا بل يكون مقيدا والثاني ان يكون التعليق بموته وحده حتى لو علق بموته بشرط آخر لا يكون ذلك تدبير مطلقا وقد ذكرنا المسائل المتعلقة بهذه الشرطين فيما تقدم

﴿فجبل﴾ وأما صفة التدبير فالتدبير منجز في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يتجزأ لانه باعتبار الحال اثبات حق الحرية فيعتبر باثبات حقيقة الحرية واثبات حقيقة الحرية بتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ كذا اثبات حق الحرية باعتبار المال وهو اثبات حقيقة الحرية فكان اعتنا فكان الخلاف فيه لازما وعلى هذا يخرج عبد بين اثنين دبره أحدهما ان على قول أبي حنيفة صار نصيبه خاصة مدبرا ونصيب شريكه على ملكه لكون التدبير منجزا عنده فيقتصر على نصيبه ثم ان كان المدبر موسرا فله شركست خيارات ان شاء أعتق وان شاء مدبر وان شاء كاتب وان شاء ضمن وان شاء استسعى العبد وان شاء تركه على حاله أما خيار الاعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء فلان نصيبه بقي على ملكه في حق التخرج الى العتاق وأما خيار التضمن فلانه بالتدبير أخرجه من أن يكون محلا للتملك مطلقا بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد ألقاه عليه في حق هذه التصرفات فكان له ولاية التضمن وأما خيار الترك على حاله فلان الحرية لم تثبت في جزء منه فجازا بقاؤه على الرق وانه مفيد لان له أن ينتفع به منفعة الكسب والخدمة فلا يكف بالتخرج الى الحرية ما لم يمت المدبر فان اختيار الاعتاق فأعتق فلم يدبر أن يرجع على المعتق بنصف قيمته مدبرا لانه ألقاه عليه نصيبه وهو مدبر فيضمن قيمته مدبرا والاولا بينهما لان الاعتاق منهما لان نصيب المدبر لا يحتمل الانتقال الى المعتق لان التدبير يمنع من ذلك وللمعتق أن يرجع على العبد بما ضمن لان منفعة الاعتاق حصلت له وان شاء المدبر أعتق نصيبه وان شاء كاتب وان شاء استسعى وليس له الترك على حاله لانه معتق البعض فيجب تخرجه الى العتاق هذا اذا كان المعتق موسرا فان كان معسرا فلم يدبر ثلاث خيارات ان شاء أعتق وان شاء استسعى وان شاء كاتب وان شاء اختيار التدبير فدر نصيبه حتى صار العبد مدبرا بينهما وساو شريكه في التصرف ثم مات أحدهما عتق نصيب الميت بالتدبير ويكون من الثلث لان التدبير وصية ويسعى في نصف قيمته للباقي ان شاء لانه صار معتق البعض وان شاء أعتق وان شاء كاتب وليس له الترك على حاله لما قلنا فان مات الشريك الآخر قبل أخذ السعاية عتق نصيبه من الثلث أيضا لما قلنا وبطلت السعاية لان العتق حصل بموت المولى والمدبر اذا أعتق بموت مولاه وقيمته تخرج من الثلث لا يجب عليه السعاية وقيل ان هذا على قياس قول أبي حنيفة فاما على قياس قولهما فلا يبطل لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ فقد عتق كله بموت الاول فوجب السعاية عليه وهو حر فكان ذلك بمنزلة ديون وجبت على الحر فلا تسقط بالموت وأما على قول أبي حنيفة فلا يعتق نصيب الشريك ما لم يؤد السعاية اذا اختار السعاية لان الاعتاق متجزئ عنده فاذا مات الشريك فهذا مدبر مات مولاه وقيمته تخرج من الثلث فيعتق من غير سعاية وان اختار الكتابة وكاتبه صحت الكتابة لان نصيبه على ملكه فان أدى فعتق مضى الامر وان مات المولى قبل الاداء وهو يخرج من الثلث عتق وبطلت عنه السعاية وان كان لا يخرج من الثلث بان لم يكن له مال غيره فقيه خلاف بين أصحابنا الثلاثة يذكروا فيما بعد ان شاء الله

تعالى وان اختار تضمين المدبر فضمته فقد صار العبد كله للمدبر لا يتقال نصيب شريك اليه بالضمان والولاء كله للمدبر لان كله عتق على ملكه وللمدبر أن يرجع بما ضمن على العبد فيستسعيه لان الشريك كان له أن يستسعيه فلما ضمن المدبر قام مقامه فيما كان له فان مات المدبر عتق نصفه من ثلث المال لان نصفه قد صار مدبراً فيعتق بموته لكن من ثلث المال لما قلنا ويسعى في النصف الآخر كاملاً للورثة لان ذلك النصف كان قنواً وشاؤاً اعتقوا ذلك النصف وان شاؤا دبروا وان شاؤا كاتبوا وان شاؤا تركوه على حاله وان اختار الاستسعاء سعى العبد في نصف قيمته فاذا أدى يعتق ذلك النصف ولا يضمن الشريك للمدبر شيئاً لان العتق حصل بسبب لا يصنع له فيه فلم يوجد منه سبب وجوب الضمان وللمدبر أن يرجع على العبد فيستسعيه لان العبد صار كعتق البعض فاذا أدى يعتق كله والولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه فان مات المدبر قبل أن يأخذ السعاية بطلت السعاية وعتق ذلك النصف من ثلث مالهما ليتاوان اختار ترك نصيبه على خاله فان يكون نصيبه موروثاً عنه فينتقل الخيار الى الورثة في الاعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء والتزك على حاله لان نصيبه انتقل اليهم وقد كان له هذه الخيارات وان مات المدبر عتق ذلك النصف من الثلث ولغير المدبر أن يستسعى العبد في نصف قيمته ان شاء وان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وليس له خيار التزك لانه صار معتق البعض فيجب تخير بحجه الى العتق لا بحالة والولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه هذا اذا كان المدبر موسراً فان كان معسراً فللشريك الخيارات التي ذكرنا الا اختيار التضمين وأما على قولهما اذا دبر نصيبه فقد صار كله مدبراً لان التدبير لا يحجز عندهما ويضمن المدبر لشريكه نصف قيمته موسراً كان أو معسراً فقد فرقا بين التدبير وبين الاعتاق ان في الاعتاق لا يضمن اذا كان معسراً وانما يسمى العبد لان هذا ضمان اتلاف أو ضمان تملك أو ضمان حبس المال وانه لا يختلف باليسار والاعسار في أصول الشرع الا ان السعاية في باب الاعتاق ثبتت بخلاف القياس بالنص ولان بالاعتاق قد زال العبد عن ملك المعتق وصار حراً فيسعى وهو حر وهما الملك قائم بعد التدبير وكسب المدبر على ملك مولاه فلا يمكن القول بالاستسعاء هذا اذا دبره أحدهما أو دبراه على التعاقب فان دبراه معاً ينظر ان قال كل واحد منهما قد دبرتك أو أنت مدبراً ونصيب منك مدبر أو قال اذا مت فانت حر أو أنت حر بعد موتى وخرج الكلامان معاً صار مدبراً لهما بلا خلاف لان تدبير كل واحد منهما صادف ملك نفسه فصار العبد مدبراً بينهما فاذا مات أحدهما عتق نصيبه من الثلث والاخر بالخيار ان شاء اعتق وان شله كاتب وان شاء استسعى وليس له أن يتركه على حاله لانه صار معتق البعض فاذا مات الباقي منهما قبل أخذ السعاية بطلت السعاية وعتق ان كان يخرج من الثلث لما ذكرنا وان قالاً جميعاً اذا متا فانت حر أو أنت حر بعد موتنا وخرج كلامهما معاً لا يصير مدبراً لان كل واحد منهما عتق عتقه بموته وموت صاحبه فصار كل واحد منهما قال ان مت أنا وفلان فانت حر أو أنت حر ان مت أنا وفلان الا اذا مات أحدهما فيصير نصيب الباقي منهما مدبراً بصيرة ورة عتقه معلقاً بموت المولى مطلقاً وصار نصيب الميت ميراثاً للورثته ولهم الخيارات ان شاؤا اعتقوا وان شاؤا دبروا وان شاؤا كاتبوا وان شاؤا استسعوا وان شاؤا ضمنوا الشريك ان كان موسراً واذا مات الاخر عتق نصيبه من الثلث هذا اذا دبره أحدهما أو كلاهما فان دبر أحدهما أو أعتقه الاخر فهذا في الاصل لا يخول من أحد وجهين اما ان خرج الكلامان على التعاقب واما ان خرجا معاً فان خرجا على التعاقب فاما ان علم السابق منهما واما ان لم يعلم فان علم فان كان الاعتاق سابقاً بان أعتقه أحدهما أو لا ثم دبره الاخر فاما على قول أبي يوسف ومحمد فكما أعتقه أحدهما فقد عتق كله لان الاعتاق عندهما لا يحجز أو تدبير الشريك باطل لانه صادف الحر والولاء كله للمعتق لان كله عتق باعتاقه وعليه الضمان ان كان موسراً وعلى العبد السعاية ان كان معسراً الماذكر نافي كتاب العتاق فصار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما وسكت الآخر وقد ذكرنا فيما تقدم وأما على قول أبي حنيفة اذا أعتقه أحدهما فلم يعتق الا نصيبه انجزى الاعتاق عنده فلما دبره الاخر فقد صح تدبيره لانه دبر ملك نفسه فصح وصار ميراثاً للمعتق عن

الضمان لانه قد ثبت له باعتاق الشريك خيار انت منها التضمن ومنه التدبير فاذا دبره فقد استوفى حقه فبرى المتعق عن
الضمان ولانه انما ثبت له ولاية التضمن بشرط ثقل نصيبه الى المتعق بالضمان وقد خرج الجواب عن احتمال النقل
بالتدبير فسطح الضمان والمدبر بالخيار ان شاء اعتق نصيبه الذي صار مدبرا وان شاء كاتبه وان شاء استسعى العبد
وليس له أن يتركه على حاله لانه قد عتق بعضه فوجب تخرجه الى العتق بالطرق التي بينا واذا مات المدبر عتق نصيبه
الذي صار مدبرا من الثلث والولاء بينهما لان كليه عتق باعتاقهما النصف بالا عتاق البات والنصف بالتدبير فعتق
نصيب كل واحد منهما على ملكه وان كان التدبير سابقا بان دبره أحدهما أولا ثم اعتق الآخر فعلى قولهما كما
دبره أحدهما صار كله مدبرا له لان التدبير عندهما لا يتجزأ كالا عتاق البات ويضمن المدبر نصيب شريكه قنا
سواء كان موسرا أو معسرا لما بينا وأما على قول أبي حنيفة فلم يصركه مدبرا بل نصيبه خاصة لتجزى التدبير
عنده فصح اعتاق الشريك فعتق نصفه والمدبر أن يرجع على المتعق بنصف قيمة العبد مدبرا ان كان المتعق موسرا
لما ذكرنا فيما تقدم وان شاء اعتق نصيبه الذي هو مدبر وان شاء استسعى العبد وليس له أن يتركه على حاله لانه
متعق البعض وان خرج الكلامان معا لا يرجع أحدهما على صاحبه بضمن لان الضمان انما يجب باتلاف مال الغير
فاذا خرج الكلامان معا كان كل واحد منهما متصرفا في ملك نفسه لا متلفا ملك غيره فلا يجب عليه الضمان ومنهم
من قال هذا على قياس قول أبي حنيفة لان الا عتاق والتدبير كل واحد منهما يتجزأ عنده فصح التدبير في النصف
والاعتاق في النصف فاما على قياس قولهما ينفذ الاعتاق ويبطل التدبير لان الاعتاق والتدبير لا يتجزأ
والاعتاق أقوى في دفع الادنى وان كان أحدهما سابقا لآخر لا نعلم السابق منهما من اللاحق ذكر في الاصل ان
المتعق يضمن ربع قيمة العبد للمدبر ويستسعى العبد له في الربع الآخر وهذا استحسان ولم يذكر الخلاف ومنهم
من قال هذا قول أبي حنيفة فاما عندهما فالجواب فيه وفيما اذا خرج الكلامان معا سواء وجه قولهما ان كل أمرين
حادثين لا يعلم تاريخهما يحكم بوقوعهما معا في أصول الشرع كالغرق والحرق والهدم ولهذا قال بعض أهل الاصول
في النص العام والخاص اذا تعارضا وجهل التاريخ انه يجعل كأنهما وردا ما وبنى العام على الخاص على طريق البيان
ويكون المراد من النهي العام ما وراء القدر المخصوص وجه قياس قول أبي حنيفة انه وقع الشك في وجوب الضمان
على المتعق لوقوع الشك في سبب وجوبه لان التدبير ان كان لاحقا كان المدبر بالتدبير جبري للمتعق من الضمان
لما مر وان كان سابقا يجب الضمان على المتعق فوق الشك في الوجوب والوجوب لم يكن ثابتا فلا يثبت مع الشك
وجه الاستحسان له اعتبار الاحوال وهوان الاعتاق اذا كان متقدما على التدبير فقد أبرأ المدبر المتعق عن الضمان
وان كان متأخرا فالمتعق ضامن وقد سقط ضمان التدبير بالا عتاق بعده فاذا لا ضمان على المدبر في الحالين جميعا والمتعق
يضمن في حال ولا يضمن في حال والمضمون هو النصف فيتعق ربع القيمة ويسعى العبد للمدبر في الربع
الآخر لانه لما تعذر التضمن فيه ووجب تخرجه الى العتاق أخرج بالسعاية كما لو كان المتعق موسرا والله عز وجل
أعلم مدبرة بين رجلين جاءت بولد ولم يدع أحدهما فهو مدبر بينهما كاملا لان ولد المدبرة مدبر لما نذر في بيان حكم
التدبير ان شاء الله تعالى فان ادعاه أحدهما فالقياس ان لا يثبت نسبه منه وهو قول زفر واليه مال الطحاوي من أصحابنا
وفي الاستحسان يثبت وجه القياس انهما مدبرا فقد ثبت حق الولاء لهما جميعا لانه ولد مدبرتهما جميعا وفي
اثبات النسب من المدعي ابطال هذا الحق عليه والولاء لا يلحقه الفسخ وجه الاستحسان ان النسب قد ثبت في
نصيب المدعي لوجود سبب الثبوت وهو الوطء في الملك واذا ثبت في نصيبه يثبت في نصيب شريكه لان النسب
لا يتجزأ أو ما قوله حق الولاء لا يحتمل الفسخ فنقول نحن ثبت النسب ولا يسقط حق الولاء لانه لا تنافي بينهما فيثبت
النسب من الشريك المدعي ويبقى نصف الولاء للشريك الآخر وصار نصف الجارية أم ولده ونصفها مدبرة على
سأله للشريك فان قيل الاستيلاء لا يتجزأ وهذا قول بالتجزئة فالجواب ما ذكرنا في كتاب العتاق انه متجزئ في نفسه

عند أبي حنيفة كالا عتاق الا انه يتكامل في بعض المواضع لوجود سبب التكامل على انا قول الاستيلاء لا يتجزأ
فما يحتمل نقل الملك فيه فاما ما لا يحتمل فهو متجزأ وهما لا يحتمل لما ذكره يفرم المدعي نصف العتق لشريكه ونصف
قيمة الولد مدبراً ولا يضمن نصف قيمة الام اما وجوب نصف العتق فلا نه أقر بالوطء في ملك الغير لا قراره بوطء
مدبرة مشتركة بينهما وانه حرام الا ان الحد لا يجب للشبهة لان نصف الجارية ملكه فيجب العتق ويفرم نصف قيمة
الولد مدبراً لانه بالدعوة أتلف على شريكه ملكه الثابت ظاهر الا انه حصل في محل هو ملكهما فاذا ادعاه فقد أتلف
على شريكه ملكه الثابت من حيث الظاهر باخراجه من ان يكون منتفعاً به منفعة الكسب والخدمة فيضمن
نصف قيمته مدبراً لانه أتلف على شريكه نصف المدبر ولا يفرم نصف قيمة الجارية لان نصيب الشريك قد بقي
على ملكه ولم تصر الجارية كلها أم ولد له لان استيلاء نصيب شريكه يعتد بملك نصيبه ونصيبه لا يحتمل التملك
لكونه مدبراً بخلاف الامة القنسة بين رجلين جاءت بولد فادعاه أحدهما انه يثبت النسب ويفرم نصف عتق
الجارية لشريكه وتصير الجارية كلها أم ولد له ولا يفرم من قبة الولد شيئاً لان هناك نصيب الشريك محتمل النقل
فامكن القول بملك نصيبه ببدل ضرورة صحة الاستيلاء والتملك يستند الى وقت العلوق فتبين ان الولد حدث على ملكه
فلا يكون مضموناً عليه وهما نصيب الشريك لا يحتمل النقل فيقتصر الاستيلاء على نصيب المدعي وينفرد الولد
بالضمان لا قراره بسبب وجوب الضمان فان مات المدعي أولاً عتق نصيبه بغير شيء لان نصيبه ام ولد له فلا تسعى في
نصيبه ولا يضمن للشريك الساكت شيئاً لحصول العتق من غير صنعه وهو الموت ويسعى في نصيب الآخر في قولهم
جميعاً لان نصيبه مدبر فان مات الآخر قبل ان يأخذ السعاية عتق كلها ان خرجت من ثلث ماله وبطلت السعاية عنها
في قياس قول أبي حنيفة وعلى قياس قولهما لا تبطل بناء على ان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ وقد ذكرنا
وجه البناء فيما تقدم وان مات الذي لم يدع أولاً عتق نصيبه من الثلث لان نصيبه مدبر له ولا يسعى في نصيب الآخر
في قول أبي حنيفة لان نصيبه ام ولد له ورق أم الولد ليس بمعتقوم عنده وفي قولهما يسعى لان رقعة معتقوم فان لم يعت واحد
منهما حتى ولدت ولذا آخر فادعاه فهو ضامن لنصف العتق لانه أقر بوطء مدبرة مشتركة بينهما وأيهما مات يعتق كل
الجارية لان نصيب كل واحد منهما أم ولد وأم الولد اذا أعتق بعضها عتق كلها ولا سعاية عليها وان جاءت بولد
وادعياه جميعاً ما ثبتت نسبته منهما جميعاً ومصار الجارية أم ولد لهما جميعاً ويبطل التدبير الى خلف هو خير وهو
الاستيلاء لان عتق الاستيلاء ينفذ من جميع المال فكان خيراً لهما من التدبير وحكم الضمان في القن ما هو الحكم في
الجارية القنسة وسند كرهه في كتاب الاستيلاء ان شاء الله تعالى ولود برعبدته ثم كاتبه جازت الكتابة لما ذكرنا فان
أدى الكتابة قبل موت المولى عتق لوجود شرط العتق بسبب الكتابة وهو أداء بدل الكتابة وان لم يؤد حتى مات
المولى عتق أيضاً ان كان يخرج كله من ثلث مال المولى لوجود شرط العتق بسبب التدبير وهو موت المولى وخروج
المدبر من ثلث ماله ولا سعاية عليه لان عتق المدبر وصية والوصية في الثلث نافذة فاذا خرج كله من الثلث عتق كله من
غير سعاية وان لم يكن له مال آخر سواه فله الخيار ان شاء استسعى في جميع الكتابة وان شاء سعى في ثلث قيمته فان
اختار الكتابة سعى على النجوم وان اختار السعاية في ثلث قيمته يسعى حالاً وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف
يسعى في الاقل من جميع الكتابة ومن ثلث القيمة وقال محمد يسعى في الاقل من ثلث الكتابة ومن ثلث القيمة والخلاف
في هذه المسئلة يقع في فصلين أحدهما في الخيار والثاني في المقدار والخلاف في الخيار بين أبي حنيفة وصاحبيه وفي
المقدار بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد أما فصل الخيار فالخلاف فيه مبني على ان العتق يتجزأ عند أبي حنيفة
وعندهما لا يتجزأ أو وجه البناء على هذا الاصل ان العتق لما كان متجزأً عنده لم يعتق بموت المولى الا ثلث العبد
وبقي الثلثان منه رقيقاً وقد توجه الى الثلثين العتق من جهتين احدهما الكتابة بأداء بدل مؤجل والثانية التدبير
بسعاية ثلث القيمة معجلاً فيخير ان شاء مال الى هذا وان شاء مال الى ذاك ولما لم يكن العتق متجزأً عندهما فاذا عتق

ثلاثة بالموت فقد عتق كله وبطل التأجيل في بدل الكتابة فصار المالان جميعا حالا وعليه أخذ المالكين اما الكتابة
واما السعابة وأحدهما أقل والآخر أكثر فلا فائدة في التخيير لانه يختار الأقل لاحالة ولان الواجب عليه اذا كان
أحد المالكين وأحدهما أكثر من الآخر أو أقل كان الأقل متيناه فيلزمه ذلك وأما فصل المقدار فوجه قول محمدان
بدل الكتابة كله قول بل بكل الرقبة لان العقد قد انعقد عليه حيث قال كاتبك على كذا وقد عتق ثلث الرقبة فيسقط
عنه ما كان بمقابله وهو ثلث البدل فيبقى الثلثان ولان ثلث مال المولى لو كان مثل كل قيمة العبد استقط عنه كل بدل
الكتابة فاذا كان مثل ثلث قيمته يجب ان يسقط ثلث بدل الكتابة فيبقى الثلثان فيسعى في الأقل من ثلثي الكتابة
ومن ثلثي القيمة لما قلنا ولهما ان العبد كان استحق ثلث رقبته بالتدبير السابق قبل عقد الكتابة فانه يسلم له ذلك كائنا
ما كان فاذا كاتبه بعد ذلك فالبدل لا يقابل القدر المستحق وهو الثلث وانما يقابل الثلثين فاذا قل كاتبك على كذا
قد جعل المال بمقابلة ما لا يصح المقابلة به وهو الثلث ومقابلته ما يصح المقابلة به وهو الثلثان فيصرف كل البدل الى
ما يصح المقابلة به وهو الثلثان كمن طلق امرأته الحرة تطليقتين ثم طلقها ثلاثا على ألف درهم لزما كل الألف لما قلنا
وكذا اذا جمع بين من يحل نكاحها وبين من لا يحل نكاحها فزوجهما بالف درهم وجبت الالف بكلمة بمقابلة نكاح
من يحل له نكاحها عند أبي حنيفة واذا كان الامر على ما وصفنا فالثلث وان عتق عند الموت لكن لا بدل بمقابله
وانما البدل كله بمقابلة الثلثين فلم يسقط من البدل شيء بخلاف ما اذا خرج العبد كله من الثلث لان هناك يسلم له جميع
رقبته فلزم القول بالبراءة هذا اذا دبر عبده ثم كاتبه فان كاتبه ثم دبره ثم مات المولى فعلى قول أبي حنيفة ان شاء سعى
في ثلثي القيمة وان شاء سعى في ثلثي الكتابة وعندهما يسعى في الأقل من ثلثي القيمة ومن ثلثي الكتابة فقد اتفقوا على
المقدار هنا حيث قالوا مقدار بدل الكتابة ثلثان وانما كان كذلك لان هناك كاتبه والعبد لم يكن استحق شيئا من
رقبته فكان جميع البدل بمقابلة جميع الرقبة وقد عتق عند الموت بسبب التدبير ثلثه فيسقط ما كان بازائه من البدل
فبقى الثلثان بلا خلاف وانما اختلفوا في الخيار فعند أبي حنيفة يخير بين الثلثين من بدل الكتابة مؤجلا وبين ثلثي
القيمة معجلا وعندهما يجب عليه الأقل منهما بناء على تجزئ الاعتاق وعدم تجزئ به على ما بينا في الفصل الاول والله

علم عز وجل أعلم

فصل في حكم التدبير فنوعان نوع يرجع الى حياة المدبر ونوع يرجع الى ما بعد موته أما الذي
يرجع الى حال حياة المدبر فهو ثبوت حق الحرية للمدبر اذا كان التدبير مطلقا وهذا عندنا وعند الشافعي
لا حكم له في حال حياة المدبر رأسا فلا يثبت حقيقة الحرية ولا حقها بل حكمه ثبوت حقيقة الحرية بعد الموت مقصورا
عليه وعلى هذا ينبغي بيع المدبر المطلق انه لا يجوز عندنا وعنده جازر ويجوز بيع المدبر المقيد بالاجماع احتج الشافعي
بما روى عن عطاء انه قال دبر رجل عبده فاحتاج فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم ولأدنى درجات
فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز ولان التدبير تعليق العتق بالشرط وانه لا يمنع جواز البيع كالتعليق بسائر
الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك وكالتدبير المقيد ولان فيه معنى الوصية وذلك لا يمنع جواز البيع كما
اذا أوصى بعتق عبده ثم باعه ولنا ما روى عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وهذا نص في الباب وعن أبي سعيد الخدري وجابر بن
عبد الله الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المدبر ومطلق النهي يحمل على التحريم وروى
عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم مثل مذهبنا
وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح ومسروق وسعيد بن المسيب والقاسم بن محمد وأبي جعفر محمد بن علي ومحمد بن
سيرين وعمر بن عبد العزيز والشعبي والحسن البصري والزهري وسعيد بن جبيرة وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد
وقادة حتى قال أبو حنيفة لو لا قول هؤلاء الاجلة لقلت بجواز بيع المدبر لما دل عليه من النظر ولنا لاثبات حق

الحرية ضرورة الاجتماع ودلالة غرض المدبر أما ضرورة الاجتماع فهي أن الحرية تثبت بعد الموت بالاجتماع والحرية لا بد لها من سبب ولا سبب هنا سوى الكلام السابق فلا يخلو أما أن يجعل سببا للحال وأما أن يجعل سببا بعد الشرط ولا نسبيل إلى الثاني لأنه ليس من أهل مباشرة السبب فتعين أن يكون سببا عند وجوده فكان الكلام السابق سببا في الحال لثبوت الحرية بعد الموت ولستنا نعي ثبوت حق الحرية للمدبر إلا هذا وهذا يمنع جواز البيع لأن البيع ابطال السببية إذا ثبتت الحرية عند الموت بعد البيع وأما دالة الغرض فهو أن غرض المدبر من التدبير أن تسلم الحرية للمدبر عند الموت أما قرأ بالي الله عز وجل بالاعتاق لاعتاق رقبته من النار كما نطق به الحديث وأما حقا لخدمته القديمة مع بقاء منافعه على ملكه في حياته لحاجته إليها ولا طريق لتحصيل الغرضين إلا يجعل التدبير سببا في الحال لثبوت الحرية بعد الموت إذ لو ثبتت الحرية في الحال لفات غرضه في الانتفاع به ولو لم يعتقد شيئا رأسا لفات غرضه في العتق لجواز أن يبيعه لشدة غضبه أو غير ذلك فكان انعقاده سببا في الحال وتأخر الحرية إلى ما بعد الموت طريق أحراز الغرضين فثبت ذلك بدلالة الحال فيقتيد الكلام به إذ الكلام يقتيد بدلالة الغرض فإن قيل هذا مناقض لأصل الحكم لأن التدبير تعليق العتق بالشرط ومن أصدكم أن التعاقبات ليست اسبابا للحال وإنما تصير أسبابا عند وجود شرطها وعلى هذا بنيت تعليق الطلاق والعتاق بالملك وسببه وهما جعلتم التدبير سببا لثبوت الحرية للحال وهذا مناقضة في الأصل والتناقض في الأصل دليل فساد القرع فالجواب أن هذا أصلا فإما يمكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وفيما لم يرد المتكلم جعله سببا في الحال وفي التعليق بسائر الشروط وأمكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وهما لا يمكن لما بينا وكذا في التعليق بسائر الشروط أراد المتكلم كونه سببا عند الشرط وهما أراد كونه سببا في الحال لما قلنا فتعين سببا للحال لثبوت الحرية في الثاني وأما حديث عطاء فيحتمل أن ذلك كان تدبيرا مقيدا وقوله باع حكاية فعل فلا عموم له ومحمّل أن يكون معنى قوله باع أي أجر إذا الجارة تسمى بيعة بلغة أهل المدينة وهكذا روى محمد باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم باع خادمة مدبر ولم يبيع رقبته ومحمّل أنه كان ذلك في ابتداء الإسلام حين كان بيع الحر مشروعا على ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع رجلا بدنه يقال له سرق ثم صار منسوخا بنسخ بيع الحر لثبوت حق الحرية في المدبر الحاق الحق بالحقيقة في باب الحرمات وأما المدبر المفيد فهناك لا يمكن أن يجعل الكلام سببا للحال لأن الأمر متروك بين أن يموت من ذلك المرض وفي ذلك السفر أو لا يموت فكان الشرط بمحمّل الوجود والعدم فلم يكن التعليق سببا للحال كالتعليق بسائر الشروط وكذا ما علق العتق بأمر محتمل الوجود والعدم دل أنه ليس غرضه من هذا الكلام التقرب إلى الله عز وجل باعتاق هذا العبد ولا قضاء حق الخدمة القديمة إذ لو كان ذلك غرضه لعلقه بشرط كائن لا محالة وأما قوله أن التدبير معنى الوصية فنعم لكن هذه وصية لازمة لثبوتها في ضمن أمر لازم وهو الدين فلا يحتمل الفسخ ولهذا لا يحتمل الرجوع بخلاف الوصية بالاعتاق فإن قيل هذا يشكل بالتدبير المقيد فإنه يتضمن معنى الوصية اللازمة ومع هذا يجوز بيعه قيل معنى الوصية للحال متردد لتردد موته على تلك الصفة فلا يصير العبد موصى له قبل الموت بتلك الصفة وهما بخلافه وإذا ثبت حق الحرية للمدبر المطلق في الحال فكل تصرف فيه يبطل هذا الحق لا يجوز وما لا يبطله يجوز وعلى هذا يخرج المسائل لا يجوز بيعه وهبته والتصدق به والوصاية به لأنه تصرف تملك الرقبة فيبطل حق الحرية ولا يجوز رهنه لأن الرهن والارتهان من باب إيفاء الدين واستيفائه عند نفاذ كان من باب تملك العين وتملكها ويجوز إيجارته لأنها لا تبطل هذا الحق لأنها تصرف في المنفعة بالتملك لا في العين والمنافع على ملك المدبر وقدر ويناعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه باع خادمة المدبر ولم يبيع رقبته وبيع خادمة المدبر بيع منفعة وهو معنى الإجارة ويجوز الاستخدام وكذا الوطء والاستمتاع في الأمة لأنها استيفاء المنافع ويجوز تزويجها لأن التزويج تملك المنافع وعن عبد الله بن عمر أنه كان يطأ مدينته ولأن الاستيلاء آكد من التدبير لأنه يوجب الحرية من جميع المبال والتدبير من الثلث

ثم الاستيلاء لا يمنع من الاجارة والاستخدام ولا يمنع من الاستمتاع والوطء والتزويج في الامة فالتدبير أولى
والاجرة والمهر والعقر والكسب والغلة للمولى لانها بدل المنافع والمنافع ملكه والارش له لانه بدل جزءات على
ملكه ولا يتعلق الدين برقبته لان رقبته لا تحتل البيع لما بيننا ويتعلق بكسبه ويسعى في ديونه بالغة ما بلغت وجناته
على المولى وهو الاقل من قيمته ومن ارش الجنابة ولا يضمن المولى أكثر من قيمة واحدة وان كثرت الجنابات
لما ذكر في كتاب الجنابات ان شاء الله تعالى ويجوز اعتاقه لانه ايصاله الى حقيقة الحرية مع مجاز ولا يمنع من البيع
ونحوه لما فيه من منعه من وصوله الى هذا المقصود فمن الحال أن يمنع من ايصاله اليه ولهذا جاز اعتاقه أم الولد كذا
المدير ويجوز مكاتبته لانه يريد تعجيل الحرية اليه والمولى يملك ذلك كما يملك مكاتبته أم الولد وولد المدبرة من غير
سيدها بمنزلة الاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فانه روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال ولد المدبرة
بمنزلة يعتق بعثها وريق بوقها وروى ان عثمان رضي الله عنه خصم اليه في أولاد مدبرة فقضى ان ما ولدته قبل
التدبير عبد وما ولدته بعد التدبير مدير وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فيكون اجماعا وهو
قول شريح ومسروق وعطاء وطاوس ومجاهد وسعيد بن جبيرة والحسن وقتادة رضي الله عنهم ولا يعرف في السلف
خلاف ذلك وانما قال به بعض أصحاب الشافعي فلا يعتد بقوله لمخالفة الاجماع ولان حق الحرية يسرى الى
الولد كولد أم الولد وما ولدته قبل التدبير فهم من أقضية عثمان رضي الله عنه بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولان حق
الحرية لم يكن ثابتا في الام وقت الولادة حتى يسرى الى الولد ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها فقال المولى ولدتيه
قبل التدبير فهو رقيق وقالت هي ولدته بعد التدبير فهو مدير فقول المولى مع عينية على علمه والبيئة بينة المدبرة لان
المدبرة تدعى سراية التدبير الى الولد والمولى يشكر فكان القول قوله مع التمين وبحلف على علمه لان الولادة ليست فعله
والبيئة بينة المدبرة لان فيهما اثبات التدبير ولو كان مكان التدبير عتق فقال المولى للمعتقة ولدتيه قبل العتق وهو
رقيق وقالت بل ولدته بعد العتق وهو حر يحكم فيه الحال ان كان الولد في يدها فقول قولها وان كان في يد المولى
فأقول قوله لانه اذا كان في يدها كان الظاهر شاهدا لها واذا كان في يده كان الظاهر شاهدا له بخلاف المدبرة لانها
في يد المولى فكذب اولدها فكان الظاهر شاهدا له على كل حال وكان القول قوله ولو قال لامة لا يملكها ان ملكتك
فأنت مدبرة وان اشتريتك فأنت مدبرة فولدت ولدانم اشتراهما جميعا فالام مدبرة والولد رقيق لان الام انما صارت
مدبرة بالشرط ولم يوجد الشرط في حق الولد وانه منفصل فلا يسرى اليه تدبير الام والله عز وجل أعلم وأما الذي
يرجع الى ما بعد موت المدير فنه عتق المدير لان عتقه كان معلقا بموت المولى والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط
ويستوى فيه المدير المطلق والمقيد لان عتق كل واحد منهما معلق بالشرط الا أن الشرط في المقيد الموت الموصوف
بصفة فاذا وجد ذلك فقد وجد الشرط فينزل المعلق وسواء كان الموت حقيقة أو حكما بالردة بأن ارتد المولى عن
الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب لان الردة مع الحاق بدار الحرب تخبرى بحرى الموت في زوال الاملاك
وكذا المستأمن اذا اشترى عبدا في دار الاسلام فديره ولحق بدار الحرب فاسترق الحر بن عتق مدبره لان
الاسترقاق أوجب زوال ملكه عن أمواله حكما فكان بمنزلة الموت وكذا ولد المدبرة الذي ليس من مولاها لانه تبعها
في حق الحرية فكذا في حقيقة الحرية ويستوى فيه المطلق والمقيد لان معنى التبعية لا يوجب الفصل ومنها ان عتقه
يحسب من ثلث مال المولى وهذا قول عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وهو قول سعيد بن جبيرة وشريح
والحسن وابن سيرين رضي الله عنهم وروى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ان عتقه من جميع المال وهو
قول ابراهيم النخعي وحماد وجعلوه كام الولد ولنا ما رويناه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال المدير لا يباع
ولا يوهب وهو حر من الثلث ولان التدبير وصية والوصية تعتبر من ثلث المال كسائر الوصايا وسواء كان التدبير
في المرض أو في الصحة لانه وصية في الحالين وسواء كان التدبير مطلقا أو مقيدا لمعصوم الحديث الا أنه خص منه

المقيد في حق البيع والهبة فيعمل بعمومه في حق الاعتبار من الثلث ولأن معنى الوصية توجد في النوعين وأنه يقتضي اعتبارهما من الثلث ويعتبر ثلث المال يوم موت المولى لأن في الوصايا هكذا يعتبر وإذا كان اعتبار عتقه من ثلث المال فإن كان كله يخرج من ثلث مال المولى بأن كان له مال آخر سواء يعتق كله ولا سعاية عليه وإن لم يكن له مال آخر غيره عتق ثلثه ويسمى في الثلثين للورثة هذا إذا لم يكن على المولى دين فإن كان عليه دين يسعى في جميع قيمته في قضاء ديون المولى لأن الدين مقدم على الوصية ومنها أن ولا المدبر للمدبر لأنه المعتق وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ولا ينتقل هذا الولاء عن المدبر وإن عتق المدبر من جهة غيره كدبرة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبته منه وعتق عليه وغرم نصيب شر يكمن من الولد والولاء بينهما لأن حق الحرية ثابت في الحال عندنا وأنه ثبت حق الولاء وهو لا يحتل الفسخ وكذا المدبر بين شر يكمن أعتقه أحدهما وهو موسر فضمن عتق بالضمان ولم يتغير الولاء عن الشركة في قول أبي حنيفة لما ذكرنا في تقدم وعلى قول أبي يوسف ومحمد إذا أعتق أحدهما نصيبه عتق جميعه والولاء بينهما

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يظهر به التدبير فالتدبير يظهر بما يظهر به الاعتاق البات وهو الاقرار والبينة لأنه اثبات حق الحرية في الحال فيعتبر الحق بالحقيقة وهو اثبات حقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر بالاثبات بالحال وإذا ظهر بأحد هذين فكذلك هذا اذ عرف هذا فنقول إذا ادعى المملوك التدبير وأنكر المولى فأقام البينة قبلت بينته بلا خلاف فإن لم يدع وأنكر التدبير مع المولى لا يقبل البينة على التدبير من غير دعوى العبد في قول أبي حنيفة وعندهما يقبل والحجج على نحو ما ذكرنا في الاعتاق البات لأن الشهادة على عتق الامة تقبل من غير دعواه بالاجماع والشهادة على تدبير الامة على الاختلاف لأن تدبير الامة لا يوجب نحر بها الفرج فلم تكن الشهادة قائمة على حق الله تعالى ولو شهد أنه دبر أحد عبديه بغير عينه في الصحة فالشهادة باطلة في قول أبي حنيفة لأن المدعى مجهول وعندهما يقبل ولو شهد أن ذلك كان في المرض يقبل عنده استحسانا والقياس أن لا يقبل وقمذكرنا وجه القياس والاستحسان في كتاب العتاق ولو شهد أنه قال هذا حر وهذا حر وهذا مدبر بعد موتى فقد صار مدبرا لم يميز شهادتهما في قول أبي حنيفة لجهالة المدعى ولو شهد أنه قال هذا حر بعد موتى لا بل هذا كانا جميعا مدبرين ويعتقان بعد موتته من ثلثه لأنه لما قال هذا حر بعد موتى فقد صار مدبرا فلما قال لا بل هذا فقد رجع عن الاول وتدارك بالثاني ورجوعه لا يصح وتداركه صحيح كما إذا قال لاحدى امرأتيه هذه طالق لا بل هذه ولو شهد أنه قال هذا حر البتة لا بل هذا مدبر جازت الشهادة لهما لأنه أعتق الاول ثم رجع وتدارك بالثاني فالرجوع لا يصح ويصح التدارك فصارا الاول حرا والثاني مدبرا ولو شهد أحدهما أنه دبره وشهد الآخر أنه أعتقه البتة فالشهادة باطلة لأن كل واحد منهما شهد بغير ما شهد به الآخر لفظا ومعنى أما اللفظ فلا شك فيه وأما المعنى فلأن الاعتاق البات اثبات العتق بعد موت المولى وهما متغايران وليس على كل واحد منهما الا شاهد واحد وكذلك لو شهد بالتدبير واختلعا في شرطه لانهما شهدا على شيئين مختلفين كما في الاعتاق البات والله عز وجل أعلم وهو الموفق

﴿كتاب الاستيلاء﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الاستيلاء لغة وعرفا وفي بيان شرطه وفي بيان صفته وفي بيان حكمه وفي بيان ما يظهر به أما تفسيره لغة فالاستيلاء في اللغة هو طلب الولد كالاستنباب والاستئناس أنه طلب الهبة والانس وفي العرف هو تصيير الجارية أم ولد يقال فلان اسنولد جاريته ان صيرها أم ولده وعلى هذا قلنا انه يستوى في صيرورة الجارية أم ولد والولد الحلي والميت لأن الميت ولد بدليل أنه يتعلق به أحكام الولادة حتى تنقضي به العدة وتصير المرأة به تفساء وكذا لو أسقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه وأقر به فهو بمنزلة الولد الحلي الكامل

الخلق في تصير الجارية أم ولد لأن أحكام الولادة تتعلق بمثل هذا السقط وهو ما ذكرنا وإن لم يكن استنباط شيء من خاقه فألقت مضغة أو علقه أو نطفة فادعاه المولى فأنها لا تصير أم ولد كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لأنه ما لم يستنبط خلقه لا يسمى ولدا وصيرورة الجارية أم ولد بدون الولد محال ولا نه يحفل أن يكون ولدا ويحتمل أن يكون دما جامدا أو لحما فلا يثبت به الاستيلاء مع الشك وهذا الذي ذكرنا قول أصحابنا وللشافعي فيه قولان في قول قال يصب عليه الماء الحار فإن ذاب فهو دم وإن لم يذب فهو ولد وفي قول قال يرجع فيه إلى قول النساء والقولان فاسدان لما ذكرنا في كتاب الطلاق ولو أقر المولى فقال لمارجته حمل هذه الجارية متى صارت أم ولد له لأن الإقرار بالحمل إقرار بالولد إذ الحمل عبارة عن الولد وروى عن أبي يوسف أنه قال إذا قال حمل هذه الجارية متى أو قال هي جيلي متى أو قال ما في بطنها من ولد فهو مني ثم قال بعد ذلك لم تكن حاملا وإنما كان ريجحا وصدقته الأمة فأنها لا يصدق أن هي أم ولد لأنه أقر بحملها والحمل عبارة عن الولد وذلك يثبت لها حرة الاستيلاء فإذا رجع لم يصح رجوعه ولا يلتفت إلى تصديقها لأن في الحرية حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط باسقاط العبد ولو قال ما في بطنها مني ولم يقل من حمل أو ولد ثم قال بعد ذلك كان ريجحا وصدقته لم تصر أم ولد لأن قوله ما في بطنها يحتمل الولد والرجح فقد تصاد على اللفظ المحتمل فلم يثبت الاستيلاء ولو قال المولى إن كانت هذه الجارية حرة فمولى فاستقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه صارت أم ولدا لما بينا فإن ولدت ولدا لاق من ستة أشهر صارت أم ولده ولأن الطريق إلى ثبوت نسب الحمل منه هذا لأن معنى قوله إن كانت حرة فمولى أي أني وطنتها فإن حبست من وطء فمولى فإذا أتت بعد هذه المقالة بولد لاق من ستة أشهر تيقنا أنها كانت حاملا حينئذ فثبت النسب والاستيلاء فإن أنكر المولى الولادة فشهدت عليها أمر أنه يلزمه النسب لأن الزوج إذا كان أقر بالحمل تقبل شهادة امرأته على الولادة على ما ذكرنا في كتاب الطلاق فإن جاءت لستة أشهر فصاعدا لم يلزمه ولم تصر الجارية أم ولدا لأننا علم وجود هذا الحمل في ذلك الوقت لجواز أنها حملت بعد ذلك فلا يثبت النكاح والاستيلاء بالشك

فصل وأما سبب الاستيلاء وهو صيرورة الجارية أم ولده فقد اختلف فيه قال أصحابنا سببه هو ثبوت نسب الولد وقال الشافعي سببه علق الولد حرا على الإطلاق بعد اتفاقهم على أن حكم الاستيلاء في الحال هو ثبوت حق الحرية وثبوت حقيقة الحرية بعدموت المولى والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم في جاريته مارية القبطية لما ولدت إبراهيم بن النبي عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها والمراد منه التسيب أي ولدها سبب عتقها غير أنهم اختلفوا في جهة التسيب فقال أصحابنا هي ثبوت نسب الولد وقال الشافعي هي علق الولد حرا مطلقا (وجه) قوله أن الولد حر بلا شك وأنه جزء الأم وحرية الجزء تقتضي حرية الكل إذ لا يحتمل أن يكون الكل رقيقا والجزء حرا كان ينبغي أن تعتق الأم للحال إلا أنه إنما لا تعتق لأن الولد انفصل منها وحرية على اعتبار الانفصال لا توجب حرية الأم كما لو اعتق الجنين فقلنا بثبوت جق الحرية في الحال وتأخر الحقيقة إلى بعد الموت عملا بالشبهين ولنا أن الوطء المعلق أوجب الجزئية بين المولى والجارية بواسطة الولد لا اختلاط الماءين وصيرورتهما شيئا واحدا واختلاق الولد منه فكان الولد جزءا لهما وبعد الانفصال غمها لم يبق جزأ لها على الحقيقة فقد بقر حكم ثبوت النسب ولهذا ننسب كل الأم إليه بواسطة الولد يقال أم ولده فلو بقيت حقيقة الحرية لثبتت حقيقة الحرية للحال فإذا بقيت حكما ثبت الحق على ما عليه وضعه أخذنا المخرج في ترتيب الأحكام على قدر قوتها وضعفها وإلى هذا المعنى أشار عمر رضي الله عنه فقال أبعد ما اختلطت لحومكم بلحوم من ودماءكم ثم يدون بيمن ثم اختلف أصحابنا في كيفية هذا السبب فقال عطاءنا الثلاثة السبب هو ثبوت النسب شرعا وقال زفر هو ثبوت النسب مطلقا سواء ثبت شرعا أو حقيقة ويان هذه الجملة في مسائل إذا تزوج جارية إنسان فاستوها ثم ملكها صارت أم ولده عند أصحابنا لأن سبب الاستيلاء هو ثبوت النسب وقد ثبت فتحقق السبب إلا أنه توقف الحكم على وجود الملك فتعذر إثبات حكمه

وهو حق الحرية في غير الملك كما تبعد اثبات الحقيقة في غيره فتأخر الحكم الى وقت الملك وعند الشافعي لا تصير أم ولد له وهو قول ابراهيم التخمي لان السبب عنده علوق الولد حراً على الاطلاق ولم يوجد لان الولد رقيق في حق مولاه واذا ملك ولده الذي استولده عتق عليه بالاجماع أما عندنا فلا نه ملك ذارحم محرم منه فيعتق وأما عنده فلا نه ملك ولد اثبات النسب منه شرعاً وكذلك اذا ثبت النسب من غير مالك الجارية بوطء بشبهة ثم ملكها فقد صارت أم ولد له حين ملكها عندنا لوجود السبب وعنده لا لانعدام السبب ولو ملك الولد عتق لما قلنا ولو زنى بجارية فاستولدها بأن قال زينت بها أو غرت بها أو قال هو ابني من زنا أو غيور وصدقته وصدقه مولاه فولدت ثم ملكها لم تصير أم ولد له عند أصحابنا الثلاثة وهو استحسان والقياس أن تصير أم ولد له وهو قول زفر بناء على أن السبب عنده ثبوت النسب مطلقاً وقد ثبت النسب حقيقة بدليل انه لو ملك الولد عتق عليه بلا خلاف بين أصحابنا والسبب عند أصحابنا الثلاثة هو ثبوت نسب الولد شرعاً ولم يثبت

فصل وأما شرطه فما هو شرط ثبوت النسب شرعاً وهو الفراش ولا فراش الا بملك اليمين أو شبهة أو تأويل الملك أو ملك النكاح أو شبهته ولا تصير الامه فراشاً في ملك اليمين بنفس الوطء بل بالوطء مع قرينة الدعوى عندنا وهي من مسائل كتاب الدعوى فلا يثبت الاستيلاء بدون الدعوى ويستوى في الاستيلاء ملك القنعة والمديرة لا استواءهما في اثبات النسب الا أن المدبرة اذا صارت أم ولد بطل التدبير لان أمية الولد أنفع لها ألا ترى ان أم الولد لا تسعى للزيم ولا لوارث والمديرة تسعى ويستوى في ثبات النسب ملك كل الجارية وبعضها وكذا في الاستيلاء حتى لو أن جارية بين اثنين علفت في ملكهما لحاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وصارت الجارية كلها أم ولده بالضمان وهو نصف قيمة الجارية ويستوى في هذا الضمان اليسار والاعسار ويرغم نصف العقر لشرىكه ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً أما ثبوت النسب فلحصول الوطء في محل له فيه ملك لان ذلك القدر من الملك أوجب ثبوت النسب بقدره والنسب لا يتجزأ واذا ثبت في بعضه ثبت في كله ضرورة عدم التجزئ ولان النسب ثبت بشبهة الملك فلان يثبت بحقيقة الملك أولى وأما صيرورة الجارية كلها أم ولده فالتصنيف قضية للنسب لان نصف الجارية مملوكة له والنصف الآخر اما باعتبار ان الاستيلاء لا يتجزأ فيما يمكن نقل الملك فيه فاذا ثبت في البعض يثبت في الكل لضرورة عدم التجزئ واما باعتبار انه وجد سبب التكامل وهو النسب على كونه متجزئاً في نفسه لان سبب الاستيلاء هو ثبوت النسب والنسب لا يتجزأ والحكم على وفق العلة فثبت الاستيلاء وفي نصبيه قضية للسبب ثم يتكامل في الباقي بسبب النسب واما باعتبار سبب آخر أوجب التكامل على ما عرف في الخلافات ثم لا سبيل الى التكامل بدون ملك نصيب شريكه فيصير متملكاً نصيب شريكه ضرورة صحة الاستيلاء في ذلك النصيب ولا سبيل الى ملك مال الغير من غير بدل فيتملكه بالبدل وهو نصف قيمتها وانما استوى في هذا الضمان حالة اليسار والاعصار لانه ضمان ملك كضمان المبيع وأما وجوب نصف العقر فوجود الاقرار منه بوطء ملك الغير وانه حرام الا أن الحد لم يجب لمكان شبهة لحصول الوطء في ملكه وملك شريكه فلا بد من وجوب العقر ولا يدخل العقر في ضمان القيمة لان ضمان نصف القيمة ضمان الجزء وضمان البضع ضمان الجزء ولا منافع البضع لها حكم الاجزاء وضمان الجزء لا يدخل في مثله وأما عدم وجوب نصف قيمة الولد فلانه يملك نصيب شريكه بالعلوق السابق فصار الولد جارية على ملكه فلا يكون مضموناً عليه ولان الولد في حال العلوق لا قيمة له فلا يقابل بالضمان ولانه كان بمنزلة الاوصاف فلا يفرق بالضمان ويستوى في ثبوت النسب وصيرورة الجارية أم ولده ملك الذات وملك اليد كالمكاتب اذا استولد جارية من اكسابه على ما ذكر في كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى ويستوى في دعوة النسب حالة الصحة والمرض لان النسب من الحوائج الاصلية وكذلك اذا ادعاه أحدهما وأعتقه الآخر وخرج القول منهما ما فاعته باطل ودعوة صاحبه أولى لان الدعوة استندت الى حالة متقدمة وهي

العلوق والعقوق وقع في الحال فصارت الدعوة أسبق من الاعتاق فكانت أولى وإن ادعيه جميعاً فهو ابنيهما والجارية أم ولد لهما فتخدم لهذا يوماً ولذا يوماً ولا يضمن واحد منهما من قيمة الأم لصاحبه شيئاً ويضمن كل واحد منهما نصف العقر فيكون قصاصاً ما ثبت النسب منهما فذهبنا وعند الشافعي ثبت من أحدهما ويتعين بقول القافة وهي من مسائل كتاب الدعوى وأما صيرورة نصيب كل واحد منهما من الجارية أم ولد فثبتت نسب ولدهما منه فصاركاً نه انقرد بالدعوة وإنما لا يضمن أحدهما للآخر شيئاً من قيمة الأم لأن نصيب كل واحد منهما لم ينتقل إلى شريكه وإنما ضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف العقر لوجود سبب وجوب الضمان وهو الاقرار بالوطء في ملك الغير فيصير أحدهما قصاصاً للآخر لعدم القائدة في الاستيفاء وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعاً ما ثبتت نسبهم وتصير الجارية أم ولد لهم في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يثبت النسب من أكثر من اثنين وعند محمد من أكثر من ثلاثة ونذكر الحجج في كتاب الدعوى إن شاء الله تعالى وإن كانت الانصباء مختلفة بأن كان لأحدهم السدس والآخر الربع والآخر الثلث ولا خيراً ما بقي ثبتت نسبهم ويصير نصيب كل واحد منهم من الجارية أم ولد له لا يتعدى إلى نصيب صاحبه حتى تكون الخدمة والسكب والغلة بينهم على قدر أنصبتهم لأن كل واحد منهم ثبت الاستيلاء منه في نصيبه فلا يجوز أن يثبت فيه استيلاء غيره ولو كانت الأمة بين الأب والابن فجاءت بولد فادعيه جميعاً أو كانت بين حر وعبد فادعيه أو بين حر ومكاتب أو بين مكاتب وعبد أو بين مسلم وذمي أو بين كتابي ومجوسى أو بين عبد مسلم أو مكاتب مسلم أو بين حر كافر أو بين ذمي ومرد فحكمه يذكروا في كتاب الدعوى هذا إذا كان العلوق في ملك المدعين فإن لم يكن بان اشتريها وهي حامل فجاءت بولد فادعيه أحدهما أو كلاهما فهو من مسائل الدعوى نذكره هناك إن شاء الله تعالى وكذا إذا ولدت الجارية المشتركة بين اثنين ولدين فادعى كل واحد منهما ولداً فادعى أحدهم ولدوا في بطن أو بطنين والدعوتان خرجتا معاً أو على التعاقب وكذا إذا ولدت جارية لثلاثة أولاد فادعى أحدهم ولداً في بطن واحد أو في بطون مختلفة وادعى المولى أحدهم بعينه أو بغير عينه فحكم هذه الجملة في كتاب الدعوى وكذلك دعوة الأب نسب ولد جارية ابنه مع فروعها ودعوة اللقيظ مع فصولها نذكره إن شاء الله تعالى أمة بين رجلين أقر أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك صاحبه قال أبو حنيفة يبطل حق الشاهد في رقبتهما موسراً كان المشهود عليه أو معسراً وتخدم المشهود عليه يوماً ويرفع عنها يوماً فإن مات المشهود عليه سميت لورثته وكانت في حال السعاية كالمكاتبة فإن أدت عتقت وكان نصف ولاتها للمشهود عليه والنصف لبيت المال وهو قول أبي يوسف الآخر وقال محمد يسعى الساعة في نصف قيمتها للمشهود عليه فإذا أدت فهي حرة لا سبيل لأحد عليها وجه قوله أن المقر قد أفسد على شريكه ملكه باقراره لانه لم يصدقه الشريك انقلب اقراره على نفسه فن اشترى عبداً ثم أقران البائع كان قد أعتقه وانكر البائع انه ينقلب اقراره عليه ويجعل معتقاً كذاهما وإذا انقلب اقراره على نفسه صار مقراباً لاستيلاء في نصيبه ومتى ثبت في نصيبه ثبت في نصيب صاحبه لانه لم يتجزأ فقد أفسد نصيب صاحبه لكن لا سبيل إلى تضييعه لأن شريكه قد كذب في اقراره فكان لشريكه السعاية كما لو أعتق المقر نصيبه وهو معسر وإذا سعت في نصيبه وعتق نصيبه يعتق الكل لعدم تجزى العتق عنده ولهما أن المقر بهذا الاقرار يدعى الضمان على المنكر بسبب تملك الجارية لأن الاستيلاء لا يتجزأ فبما يحتمل النقل والملك ويجب الضمان فيه على الشريك في حالة اليسار والاعسار ودعوى الضمان توجب براءة الأمة عن السعاية فبطل حقه في رقبتهما وبقي حق المنكر في نصيبه كما كان ولأن المقر لا يخلو ما ان كان صادقا في الاقرار وأما ان كان فيه كاذباً فان كان صادقا كانت الجارية كلها أم ولد لصاحبه فيسلم له كمال الاستخدام وإن كان كاذباً كانت الجارية بينهما على ما كانت قبل الاقرار فنصف الخدمة ثابتة للمنكر بيقين واعتبار هذا المعنى بوجوب ان لا سعاية عليها أيضاً فاما المقر فقد أسقط حق نفسه عن الخدمة لزمه ان كل الخدمة لشريكه الا ان شريكه لما رد عليه بطلت خدمة اليوم وبيع

هذه الجارية متعذرا لان الشاهد أقر انها أم ولد وحين ما أقر كان له ملك فيها في الظاهر فينفذ اقراره في حقه واذا مات
المشهود عليه فانها تسعى في نصف قيمتها لو رثته لان في زعم الشاهد انها اعتقت بموت صاحبه لزعمه انها أم ولد صاحبه
والامة المشتركة بين اثنين اذا أقر أحدهما على شريكه بالعق كان له عليها السماية وان كذبه صاحبه في الاقرار
كذلك ههنا ونصف الولاء للمشهود عليه لانها اعتقت على ملكه وقف النصف الآخر لان المقر أقر انه للمشهود
عليه والمشهود عليه رد عليه اقراره فلا يعرف لهذا النصف مستحق معلوم فيكون لبيت المال فان جاءت بولد فقال
أحدهما هو ابن الشريك وأنكر الشريك فالجواب في الام كذلك وأما الولد فيعتق ويسعى في نصف قيمته للمشهود
عليه لان الشريك المقر أقر بحرية الولد من جهة شريكه وأحد الشرعيين اذا شهد على الآخر بالعق وأنكر الآخر
يسعى العبد للمشهود عليه وفي مسئلتنا لا يسعى للشاهد لانه أقر انه حر الاصل وانه لا سماية عليه ونظير هذه المسئلة
ما روى بشر عن أبي يوسف في جارية بين شريكين ادعى أحدهما ان شريكه دبرها وأنكر الشريك فان أباحنيفة قال
الشاهد بالخيار ان شاء برئ فخدمته يوما والآخر يوما وان شاء أمسك ولم يدبر فخدمته يوما والآخر يوما وان شاء
استسعاها في نصف قيمتها فسعت له يوما وخدمت الآخر يوما فاذا ادت فعتقت سمعت للآخر وكان قول أبي
يوسف في ذلك انها كام الولد ثم رجع وقال توقف كما قال أبو حنيفة الا في تبعيض التدبير وقال محمد تسعى الساعة وجه
قول محمد على نحو ما ذكرنا في الاستيلاء وهو ان الشريك لما لم يصدق في اقراره اقلب عليه اقراره وثبت التدبير في
نصيبه وانه يتعدى الى نصيب المنكر لعدم تجزئ التدبير عنده فقد أفسد نصيب المنكر وتعذر ايجاب الضمان عليه
للمنكر لتكذيبه اياه فتسعى الجارية له كما لو أنشأ التدبير في نصيبه ومن أصل أبي حنيفة ان التدبير يتجزأ فلا يصير
نصيبه باقراره بالتدبير على صاحبه مدبرا كما لو دبر أحد الشرعيين نصيبه انه يبقى نصيب الآخر على حاله وله التدبير
والاستسعاء والترك على حاله الا أن ههنا لو اختار السماية فانما يستسعاها يوما ويتركها يوما لانه لا يملك جميع منافعها فلا
يملك ان يستسعى الا على مقدار حقه فاذا أدت عتق نصيبه ويسعى للمنكر في نصيبه لانه فسد نصيبه وتعذر تضمين
المقر فكان له ان يستسعى وأبو يوسف وافق أباحنيفة الا انه يقول ان التدبير يتجزأ فهو بدعي التدبير على شريكه
يدعي الضمان عليه موسرا كان أو معسرا فكان ميراث الامة عن السماية فلم يبق له حق الاستسعاء ولا حق الاستخدام
فيوقف نصيبه والله عز وجل أعلم وروى ابن سماعة عن أبي يوسف انه اذا شهد كل واحد منهما بالتدبير على صاحبه
أو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالاستيلاء فلا سبيل لواحد منهما على صاحبه ولا على الامة موسرين كانا أو
معسرين لان كل واحد منهما يدعي حق الحرية من جهة والبراءة للامة من السماية ويدعي الضمان على شريكه وهذا
قول أبي حنيفة وأبي يوسف فأما محمد فوافق أباحنيفة في هذا الفصل لان كل واحد من الشرعيين ههنا أبرأ الامة
من السماية وادعى الضمان على شريكه وروى المولى عن أبي يوسف في عبيدين شريكين قال أحدهما للآخر هذا
ابني وابنتك وابنتي فقال الآخر صدقت فهو ابن المقر خاصة دون المصدق وكذلك قال محمد في الزادات في
صبي لا يعقل في بدرجلين قال أحدهما للآخر هو ابني وابنتك وصدقه صاحبه وانما كان كذلك لانهما قال هو ابني
فكما قال ذلك ثبت نسبه منه لوجود الاقرار منه بالنسب في ملكه فلا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك قال محمد لو قال
هذا ابنتك وسكت فلم يصدق صاحبه حتى قال هو ابني معك فهو موقوف فان قال صاحبه هو ابني دونك فهو كما قال
لانه أقر له بالنسب ابتداء وسكت فقد استقر اقراره ووقف على التصديق فقله بعد ذلك هو ابني يتضمن ابطال
الاقرار فلا يسمع فاذا وجد التصديق من المقر ثبت النسب منه قال فان قال المقر ليس بابني ولكنك ابنتك أو قال
ليس بابني ولا ابنتك أو قال ليس بابني وسكت فليس بابن لواحد منهما في قياس قول أبي حنيفة وقال محمد ان صدقه
فهو ابن المقر له وان كذبه فهو ابن المقر فهذا فرع اختلافهم فحين أقر بعبدانه ابن فلان وكذبه المقر له وادعاه المولى انه لم
تصح دعوته في قول أبي حنيفة وفي قولهما تصح وجه قولهما انه لما كذبه المقر له فقد بدل اقراره كما في الاقرار بالمال

وإذا بطل إقراره التحق بالعدم فجاز أن يدعي لنفسه ولأبي حنيفة أنه لما أقر بالنسب لغيره فقد زعم أنه ثابت النسب منه فتكذيبه ينفي ثبوت النسب منه في حقه لا في حق الشريك بل بقي ثابت النسب منه في حقه فإذا ادعى ولدا هو ثابت النسب من الغير في حقه فلا تسمع دعواه ولو قال هو ابني وابنك فهو من الثاني لأنه لما قال هو ابني فقد صدقه فقد ثبت نسبه منه فأقراره بعد ذلك بقوله وابنك لم يصح قال محمد فان كان هذا الغلام يعقل فالمرجع إلى تصديقه لأنه إذا كان عاقلا كان في يد نفسه فلا تقبل دعوى النسب عليه من غير تصديقه قال وإن كان الولد من أمة ولدت في ملكهما فالجواب كالأول في النسب إن على قول أبي حنيفة لا يثبت من المقر بعد اعترافه لشريكه وعلى قولهم يثبت قال والأمة أم ولد لمن ثبت النسب منه لأن الاستيلاء يتبع النسب ومن هذا النوع ما إذا اشترى رجلان جارية فجاءت بولد في ملكهما الستة أشهر فصاعدا وادعى أحدهما أن الولد ابنه وادعى الآخر أن الجارية بنته وخرجت الدعوتان معا فالدعوة مدعى الولد ودعوة مدعى الأم باطلة لأن مدعى الولد دعوته دعوة الاستيلاء والدعوة مدعى الأم دعوة نحرير والتحرير يثبت في الحال ولا يستند فكانت دعوة مدعى الولد ساقطة فثبت نسب الولد منه ويصير نصيبه من الجارية أم ولد له وينتقل نصيب شريكه منها إليه فكان دعوى الشريك دعوى في الأيالة فلا يسمع وهل يضمن مدعى الولد بنصف قيمة الأم ونصف عقرها قال محمد يضمن وذكري الجامع الكبير أن هذا قياس قول أبي حنيفة وهي رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه لا شيء على مدعى الولد من قيمة الأم ولا من العقر ولا شيء له أيضا على مدعى الأم فإن أكذب مدعى الأم نفسه فله نصف قيمة الأم ونصف عقرها على مدعى الولد وذكر الكرخي أن هذا القول أقيس ووجهه أن مدعى الأم إقرارها حرة الأصل فكان منكرا ضمن القيمة فلا يثبت له حق التضمن فإن رجع عن دعواه وأكذب نفسه ثبت له حق الضمان الذي اعترف به له شريكه وجه قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد والرواية عن أبي يوسف أنه لما ثبت نسب الولد من المدعى فقد صار نصيبه من الجارية أم ولد فكذا نصيب شريكه لعدم تجزئ الجارية في حق الاستيلاء فيما يحتمل النقل فصار متلفا نصيب شريكه عليه ولا يجوز ذلك مال الغير إلا بعوض فيضمن لشريكه نصف قيمة الأم ويضمن له نصف عقر الجارية أيضا لأن الوطء لا قاهها ونصفها مملوك للشريك فإصااف ذلك غيره يجب به المقر وأما قوله أن مدعى الأم إقرارها حرة الأصل فالجواب من وجهين أحدهما أنه لا يقضى بكونها أم ولد للمدعى فقد صار مكذبا شرعا فبطل كإلوا دعوى المشتري أنه اشترى الدار بألف وادعى البائع البيع بألفين وأقام البائع البينة وقضى القاضي بألفين على المدعى عليه أن الشفيع يأخذها بالألفين من المشتري وإن سبق من المشتري الإقرار بالشراء بألف لما أنه كذب شرعا كذا هذا والثاني أن إقراره بحريتها وجد بعد ما حكم بزوالها عن ملكه لأنها جعلت زائلة عنه من وقت العلوق فلم يصح إقراره فلم يصح إقراره ببراءة أبيه عن الضمان كما في مسألة الشفيع ومن مسائل دعوى الولد إذا كاتب الرجل أمته فجاءت بولد ليس له نسب معروف فادعاه المسولي ثبت نسبه منه صدقته أم كذبته وسواء جاءت بالولد لستة أشهر أو لا كثيرا ولا قل فإن نسب الولد يثبت على كل حال إذا ادعاه لأن المكاتب باقية على ملك المولى فكان ولدها مملوكا له ودعوة المولى ولدا أمته لا تقف محتمها على التصديق وعتق الولد لأن نسبه ثبت من المولى ولا ضمان عليه فيه لأن غرض المكاتب من الكتابة عتقها وعتق أولادها وقد حصل لها هذا الغرض فلا يضمن لها شيئا ثم إن جاءت بالولد لاكثر من ستة أشهر فعليه العقر لأنه تبين أن الوطء حصل في حال الكتابة وإن جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ كتبها فلا عقر عليه لأنه علم أنه وطئها قبل الكتابة والمكاتب بالخيار إن شاءت مضت على كتابتها وإن شاءت عجزت لأن الحرية توجهت إليها من جهتين ولها في كل واحدة منهما غرض صحيح لأن بالكتابة تنفصل لها الحرية وبالأستيلاء تنسقط عنها السعاية فكان التخيير مفيدا فكان لها أن تختار أيهما شاءت وإن ادعى المولى ولد جارية المكاتب له وقد علقت به في ملك المكاتب فإنه يرجع إلى تصديق المكاتب فإن كذب المولى لم يثبت نسب

الولد ولا تصير الجارية أم ولد له وكانت الجارية وولدها مملوكين وان صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد وذكر محمد في الزيادات ولم يحك خلافاً وكذا ذكر في الدعاوى الا انه قال أستحسن ذلك اذا كان الحبس في ملك المكاتب وهذا يشير الى أن القياس ان لا يعتق الولد وان صدقه المكاتب وهو رواية عن أبي يوسف وروى ابن سماعه في نوادره عن أبي يوسف أن المولى يصدق بغير تصديق المكاتب وجه القياس أنه لما لم يقبل قوله بغير تصديق فكذلك التصديق لان المكاتب لا يملك التحريم بنفسه فلا يملك التصديق بالحرية أيضاً وجه الرواية الاخرى لابي يوسف أن حق الرجل في مال مكاتبه أقوى من حقه في مال ولده فلما ثبت النسب في جارية الابن من غير تصديق فيها أولى وجه ظاهر الرواية ان حق المكاتب في كسبه أقوى من حق المولى بدليل انه لا يملك الزرع من يده فكان المولى في حق ملك التصرف في مال المكاتب بمنزلة الاجنبي فتقف صحة دعوته على تصديق المكاتب فان صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد لانه يشبه ولد المهرورث بولم يثبت الملك في الام من وجهه دون وجهه لان ملك الذات في المكاتب للمولى وملك التصرفات للمكاتب كالمهرورث أنه يثبت الملك في الام ظاهر او للمستحق حقيقة وولد المهرورث حر بالقيمة قال محمد في الزيادات اذا اشترى المكاتب أمة حاملة فادعى مولاه ولدها واشترى عبداً صغيراً فادعى لم يجز دعوته الا بالتصديق كما في المسئلة الاولى الا ان هناك اذا صدقه ثبت النسب ويعتق وههنا ان صدقه المكاتب ثبت نسبه ولا يعتق لان تلك الدعوة دعوة استيلاء لعدم العلق في الملك فكانت دعوة تحرير والمولى لا يملك تحريره الا ترى انه لو أعتقه لا تصح الا ان النسب يثبت وليس من ضرورة ثبوت النسب ثبوت العلق الا ترى ان من ادعى ولد أمة أجنبي فصدقه مولاه يثبت النسب ولا يعتق في الحال كذا ههنا

﴿فصل﴾ وأما صفة الاستيلاء فلا استيلاء لا يتجزأ عند أبي يوسف ومحمد كالندير وعند أبي حنيفة هو متجزئ الا انه قد يتكامل عند وجود سبب التكامل وشرطه وهو امكن التكامل وقيل انه لا يتجزأ عند أيضاً لكن فيما يحتمل نقل الملك فيه وأما فيما لا يحتمل فهو متجزئ عنده وبيان هذا ما ذكرنا فيما تقدم في الامة القنة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما ان كلها صارت أم ولد له وان ادعياه جميعا صارت أم ولد لهما جميعاً ثم أم الولد الخالصة اذا اعتق المولى نصفها اعتق كلها بالاجماع وكذا اذا كانت بين اثنين فاعتق أحدهما نصيبه عتق جميعها بلا خلاف لكن عند ههنا لعدم تجزئ الاعتاق وعنده لعدم الفائدة في بقاء حكم الاستيلاء في الباقي لا باعتاقه كما في الطلاق والعفو عن القصاص على ما بينا في كتاب العتاق ولا ضمان على الشريك المعتق ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة وستأتي المسئلة في موضعها والفرق بين المدبر وأم الولد في هذا الحكم ان شاء الله تعالى ولو كانت مدبرة صار نصيب المدعي أم ولد له ونصيب الآخر بقى مدبراً على حاله وان كانت مكاتبه بين اثنين صار نصيب المدعي أم ولد عنيد أبي حنيفة وتبقى الكتابة وعند ههنا يصير الكل أم ولد للمدعي وتفسخ الكتابة في النصف وهي من مسائل كتاب المكاتب

﴿فصل﴾ وأما حكم الاستيلاء فموقوف أيضاً كحكم الندير أحدهما يتعلق بحال حياة المستولد والثاني يتعلق بما بعد موته أما الاول فاذكرنا في الندير وهو نبوت حق الحرية عند عامة العلماء وقال بشر بن غياث المريسي وداود بن علي الاصفهاني امام أصحاب الظاهر لا حكم له في الحال وعلى هذا تبني جملة من الاحكام فلا يجوز بيع أم الولد عند العامة وعند ههنا يجوز واحتجاجاً بما روى عن جابر بن عبد الله انه قال كنا نبيع أمهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نعلموا كونه بدليل انه يحل له وطؤها ولا يحل الوطء الا في الملك وكذا تصح اجارتها وكتابتها فدل انها مملوك كونه فيجوز بيعها كبيع القنة ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أم الولد لا تنباع ولا توهب وهي حرة من جميع المال وهذا نص في الباب وروى عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في أم ابراهيم عليه السلام أعتقها ولدها فظاهره يقتضي ثبوت حقيقة الحرية للحال والحرية من كل وجه الا انه تأخر ذلك الى ما بعد الموت بالاجماع فلا أقل من انقاد سبب الحرية أو الحرية من وجه وكل ذلك عدم

يمنع جواز البيع وروى ان سعيد بن المسيب سئل عن بيع أمهات الاولاد فقال ان الناس يقولون ان أول من أمر
باعتق أمهات الاولاد عمر بن الخطاب وليس كذلك لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم أول من أعتقهن ولا يجعلن
في الثلث ولا يستسعين في دين وعن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر باعتق أمهات الاولاد
وان لا يبعن في الدين ولا يجعلن في الثلث وكذا جميع التابعين على انه لا يجوز بيع أم الولد فكان قول بشر وأصحاب
الظواهر مخالفا للاجماع فيكون باطلا ومن مشايخنا من قال عليه اجماع الصحابة أيضا لما روى عن علي رضي الله عنه
انه سئل عن بيع أمهات الاولاد فقال كان رأيي ورأي عمر أن لا يبعن ثم رأيت يبعن فقال له عبيدة السلماني رأيك
مع الجماعة أحب الي من رأيك وحدك وفي رواية أخرى عن علي رضي الله عنه اجتمع رأيي ورأي عمر في ناس من
أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على عتق أمهات الاولاد ثم رأيت بعد ذلك ان يبعن في الدين فقال عبيدة رأيك
ورأي عمر في الجماعة أحب الي من رأيك في الفرقة فقول عبيدة في الجماعة اشارة الى سبق الاجماع من الصحابة
رضي الله عنهم ثم بد العلي رضي الله عنه فيحمل خلافا على أنه كان لا يرى استقرار الاجماع ما لم ينقض العصر ومنهم
من قال كانت المسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فكان علي وجابر رضي الله عنهما يريان بيع أم الولد لكن
التابعين أجمعوا على أنه لا يجوز والاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند أصحابنا لما عرف في أصول الفقه ولان أم
الولد تعتق عند موت السيد بالاجماع ولا سبب سوى الاستيلاء السابق فعلم أنه انعقد سببا للحال لثبوت الحرية بعد
الموت وأنه يمنع جواز البيع لما بينا في التدبير وأما حديث جابر رضي الله عنه فيحتمل أنه أراد بالبيع الاجارة لانها تسمى
بيعا في لغة أهل المدينة ولانها يبع في الحقيقة لكونها مبدلة بشئ مرغوب بشئ مرغوب ويحتمل أنه كان في ابتداء
الاسلام حينما كان يبع الحر مشروعا ثم انتسخ بانتساخه فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما قوله انها مملوكة للمستولد فنعى
لكن هذا لا يمنع ان يقع سبب الحرية من غير حرية أصلا ورأسا وهذا القدر يكفي للمنع من جواز البيع لما ذكرنا في
كتاب التدبير وسواء كان المستولد مسلما أو كافرا مرتدا أو ذميا أو مستأمنًا خرج الى ديارنا ومعه أم ولده لا يجوز له
بيعها لانها أم ولد لان أمية الولد تتبع ثبات النسب والكفر لا يمنع ثبوت النسب ولما دخل المستأمن دار الاسلام
بأمان فقد رضي بحكم الاسلام ومن حكم الاسلام أن لا يجوز بيع أم الولد وكذلك كل تصرف يوجب بطلان حق
الحرية الثابتة لها بالاستيلاء لا يجوز كالهبة والصدقة والوصية والرهن لان هذه التصرفات توجب زوال ملك العين
فيوجب بطلان هذا الحق ومالا يوجب بطلان هذا الحق فهو جائز كالاجارة والاستخدام والاستعانة والاستغلال
والاستمتاع والوطء لانها تصرف في المنفعة لا في العين والمنافع مملوكة له والاجر والسكب والغلة والعقر والمهر
للمولى لانها بديل المنفعة والمنافع على ملكه وكذا ملك العين قائم لان العارض وهو التدبير لم يؤثر الا في ثبوت حق الحرية
من غير حرية فكان ملك العين قائما وانما الممنوع منه تصرف يبطل هذا الحق وهذه التصرفات لا تبطله وكذا
الارش له بدل جزء هو ملكه وله أن يزوجه لان التزويج تملك المنفعة ولا ينبغي أن يزوجه حتى يستبرأ بحبيضة
لاحتمال أنها حملت منه فيكون النكاح فاسدا ويصير الزوج بالوطء ساقيا ماء زرع غيره فكان التزويج تعريضا
للفساد فينبغي أن يتحرز من ذلك بالاستبراء لكن هذا الاستبراء ليس بواجب بل هو مستحب كاستبراء البائع
ولو زوجها فولدت لاقل من ستة أشهر فهو من المولى والنكاح فاسد لانه تبين أنه زوجها وفي بطنها ولد ثابت
النسب منه وان ولدت لاكثر من ستة أشهر فهو ولد الزوج لان الزوج له فراش والولد للفراش على لسان رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولا فراش للمولى لزوال فراشه بالنكاح فان ادعاه المولى وقال هذا ابني لا يثبت نسبه
منه لسبق ثبوته من غيره وهو الزوج فلا يتصور ثبوته فلا تصح دعوته لكنه يعتق عليه لانه في ملكه وقد أقر بحريته
فيعتق عليه وان لم يثبت نسبه منه كما اذا قال لعبد هذا ابني وهو معروف بالنسب من الغير ونسب ولد أم الولد يثبت
من المولى من غير دعوة عند عدم الحرية الا اذا حرمت عليه حرمة مؤبدة فجاءت بولد لستة أشهر من وقت

الحرمة أو زوجها فجاءت بولد ستة أشهر من وقت التزويج فلا يثبت نسبه إلا بالدعوة وانما قلنا أنه يثبت نسب ولدها من المولى من غير دعوة عند عدم الجريمة المؤبدة والنكاح لانها صارت فراشا بثبوت نهب ولدها والولد المولود على الفراش يثبت نسبه من غير دعوة قال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش بخلاف الامة القنة أو المدبرة لانه لا يثبت نسب ولدها وان حصنها المولى وطلب ولدها بدون الدعوة عند نكاحها تصير فراشا بدون الدعوة ثم انما يثبت نسب ولد أم الولد بدون الدعوة دون ولد القنة والمدبرة لان الظاهر ان ولد أم الولد من المولى لانه لا يتحرز عن الاعلاق اذا التحرز تخوف فوات ماليتها وقد حصل ذلك منه فالظاهر ان لا يعزل عنها بل يعلقها فكان الولد منه من حيث الظاهر فلا تقع الحاجة الى الدعوة بخلاف القنة والمدبرة فان هناك الظاهر أنه لا يعلقها بل يعزل عنها تحرزا عن اتلاف المالية فلا يعلم أنه من أم الولد بالدعوة فلا يثبت النسب الا بالدعوة فهو الفرق والله عز وجل أعلم فان صارت أم الولد محرمة على المولى على التأييد بان وطئها ابن المولى أو أبوه أو وطئ المولى أمها أو بنتها فجاءت بولدا كثر من ستة أشهر لم يثبت نسب الولد الذي أتت به بعد التحريم من غير دعوة لان الظاهر أنه ما وطئها بعد الحرمة فكان حرمة الوطء كالنفي دلالة وان ادعى يثبت النسب لان الحرمة لا تنزل الملك وذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي أصلا فقال اذا حرمت أم الولد بما يقطع نكاح الحرمة ويزيل فراشا مثل المسائل التي ذكرنا لا يثبت نسب ولدها من مولاها إلا أن يدعيه لان فراش الزوجة أقوى من فراش أم الولد وهذه المعاني تقطع فراش الزوجة فلان تقطع فراش أم الولد أولى وكذلك اذا زوجها فجاءت بولدا كثر من ستة أشهر لانها صارت فراشا للزوج فيستحيل أن تصير فراشا لغيره إلا أنه اذا ادعى يعتق عليه كما اذا قال لعبد وهو معروف بالنسب من الغير هذا ابني وان حرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحرمة لا يزيل فراشا مثل الحيض والنفاس والاحرام والصوم يثبت نسب ولدها منه لانه تحریم مارض لا يغير حكم الفراش وللمولى أن ينفي ولد أم الولد من غير لعان أما النفي فلا يملك العزل عنها بغير رضاها فاذا أخبر عن ذلك فقد أخبر عما يملك فكان مصدقا وأما النفي من غير لعان فلان فراش أم الولد أضعف من فراش الحر وهذا أحمل يذكر في كتاب الدعوى أن الفرس ثلاثة قوى وضعيف ووسط والقوى هو فراش النكاح حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة ولا ينتفي الا باللعان والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه من غير دعوة والوسط فراش أم الولد حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة وينتفي من غير لعان لانه يحتمل الانتقال بالتزويج فيحتمل الانتفاء بالنفي بخلاف فراش الزوج ثم انما ينتفي بالنفي اذا لم يقض به القاضي أو لم تتناول المدة فاما اذا قضى القاضي به أو تناولت المدة فلا ينتفي لانه يتأكد بقضاء القاضي فلا يحتمل النفي بعد ذلك وكذا تناول المدة من غير ظهور النفي اقراره دلالة والنسب المقر به لا ينتفي بالنفي ولم يقدر أبو حنيفة لتناول المدة تقدير أو أبو يوسف ومحمد قد رآه بمدة النفاس أربعين يوما وقد ذكرناه في كتاب اللعان وولد أم الولد من غير مولاها بمنزلة الام بان زوج أم ولده فولدت ولد الستة أشهر فصاعدا من وقت التزويج لان الولد يتبع الام في الرق والحرية وقد ثبت حق الحرية في الام فيسرى الى الولد فكان حكمه حكم الام في جميع الاحكام هذا اذا استولد جارية في ملكه فان كان استولدها في ملك غيره بنكاح حتى يثبت نسب ولدها منه ثم ملكها ولها ولد من زوج آخر بان استولدها ثم فارقتها فزوجها المولى من آخر فجاءت بولد ثم ملكها يومها من الدهر وولد لها صارت الجارية أم ولده عند أصحابنا ولا يصير ولدها ولد أم ولد حتى يجوز بيعه في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر اذا ملك من ولده بعد ثبوت نسب ولدها منه فهو ولد أم ولده يثبت فيه حكم الام وجه قوله أن الاستيلاد وان كان في ملك الغير لكنه لما ملكها فقد صارت أم ولد عند أصحابنا وانما صارت أم ولد بالمعنى السابق والولد حدث بعد ذلك فيحدث على وصف الام فاذا ملكه يثبت فيه الحكم الذي يثبت في الام ولنا أن الاستيلاد في الام وهو أمية الولد شرعا انما ثبت وقت ملك الام والولد منفصل في ذلك الوقت والسرلية لا تثبت في الولد المنفصل ويعلق الدين بكسبها لا بربيتها لانها لا تقبل البيع لما ذكرنا وتسعى

في ديونها بالنسيئة ما بلغت لان الدين عليها لا في رقبته وارش جنايتها على المولى وهو الاقل من قيمتها ومن الارش وليس على المولى الا قدر قيمتها وان كثرت الجنايات كالمذبر ويجوز اعتاقها لما فيه من استعجال مقصودها وهو الحرية ولو اعتق المولى نصفها يعتق كلها وكذا اذا كانت مشتركة بين اثنين فاعتق أحدهما نصيبه عتق جميعها الماذكر ناولا ضمان على المعتق ولا سعاية عليها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد ان كان المعتق موبسرا ضمن لشريكه وان كان معسرا سعت في نصف قيمتها للشريك الذي لم يعتق ولومات عن أم ولد بينه وبين شريكه عتق جميعها ولا ضمان عليه بالاجماع لانه لا صنع له في الموت ويقع الاختلاف في السعاية عند أبي حنيفة لا سعاية عليها وعندهما عليها السعاية وعلى هذا الخلاف الغصب والقبض في البيع الفاسد انها لا تضمن في قول أبي حنيفة وعندهما تضمن ولا خلاف في المدبرة انها تضمن بهذه الاسباب ولتب المسئلة ان أم الولد هل هي متقومة من حيث انها مال أم غير متقومة عنده غير متقومة من هذه الجهة وعندهما متقومة وأجمعوا على انها متقومة من حيث انها نفس ولا خلاف في ان المذبر متقوم من حيث انه مال ور بما تلحق المسئلة بان رق أم الولد هل له قيمة أم لا ذكر محمد في الاملاء انها تضمن في الغصب عند أبي حنيفة كما تضمن الصبي الحر اذا غصب يعني اذا مات عن سبب حادث بان عقره سبع أو نهشته حية أو نحو ذلك وجه قولهما ان أم الولد لمملوك للمولى ولا شك ولهذا يحل له وطؤها واجارتها واستخدامها وكتابتها وملكه فيها معصوم لان الاستيلاذ له لم يوجب زال العصمة فكانت مضمومة بالغصب والاعتاق والقبض في البيع الفاسد كالمذبر والدليل على ان رقها متقوم ان أم ولد النصراني اذا أسلمت تخرج الى العتاق بالسعاية فلولا ان ماليتها متقومة لعتقت بجانا ولم يكن للمولى أخذ السعاية بدلا عن ماليتها وكذا يجوز للمولى أن يكتنيتها والاعتياض انما يجوز عن مال متقوم والدليل عليه انها تضمن بالقتل بالاجماع ولا في حنيفة قول النبي صلى الله عليه وسلم لما رية لما ولدت ابراهيم عليه السلام اعتقها ولدها فظاهر الحديث يقتضي ثبوت العتق في الحال في حق جميع الاحكام الا انه خص منه الاستمتاع والاستخدام بالاجماع ولا اجماع في التقويم فكانت حرة في حق التقويم بظاهر الحديث وكذا سبب العتق للحال موجود وهو ثبوت نسب الولد لان ذلك يوجب الاتحاد بين الواطي والموطوءة ويجعلهما نفسا واحدة فقضيته ثبوت العتق للحال في جميع الاحكام الا انه لم يظهر في سائر الاحكام بالاجماع فيظهر في حق سقوط التقويم بخلاف المذبر لان هناك السبب وهو التدبير أضيف الى ما بعد الموت لان التدبير اثبات العتق عن دبر الا انه جعل سببا للحال لضرورة ذكرها في بيع المذبر والثابت بالضرورة يتقيد بقدر الضرورة والضرورة في حرمة البيع لا في سقوط التقويم وهنا الامر على القلب من ذلك لان السبب يقتضي الحكم للحال والتأخر على خلاف الاصل والدليل على انها غير متقومة من حيث انها مال لانها لا تسعى لغيره ولا وارث ولو كانت متقومة من حيث انها مال لثبت للغيريم حق فيها وللوارث في ثلثها فيجب ان يسعى في ذلك كالمذبر والسعاية مبنية على هذا الاصل لان استسعاء العبد يكون بقيمته ولا قيمة لام الولد فلا سعاية عليها وأما قوله ان ملك المولى فيها قائم بعد الاستيلاذ والعصمة قائمة فمسلم لكن قيام الملك والعصمة لا يقتضي التقويم كلك القصاص وملك النكاح وملك الحجر وجلد الميتة وأما ولد النصراني اذا أسلمت فالجواب من وجهين أحدهما انها متقومة في زعمهم واعتقادهم ونحن أمرنا بترك قسم وما يدينون فاذا ادانوا تقويمها يتركون وذلك ولذلك جعلت مخورهم متقومة كذا هذا والثاني ان أم ولد النصراني اذا أسلمت تجعل مكاتب للضرورة اذ لا يمكن القول بعقتها لان ملك الذي ملك محترم فلا يجوز ابطاله عليه ولا سبيل الى ابقائها على ملكه يستمتع بها ولا يستخدمها لما فيه من الاستدلال بالمسامة ولا وجه الى دفع المذلة عنها بالبيع من المسلم لحر وجهها بالاستيلاذ عن محلية البيع فتجعل مكاتبه وضمان الكتابة ضمان شرط ولانه لا يوقف على كون ما يقابلها لا متقوما كما في النكاح والخلع ثم اذا سمعت تسعى وهي رقيقة عند أصحابنا الثلاثة وعند فرسعى وهي حرة وجه قوله ان الاستسعاء استدلال بها وهذا لا يجوز ولنا ما ذكرنا ان في الحكم بعقتها ابطال ملك الذي عليه وتعلق ديونه بذمة المقتلس وملكه معصوم

والاستدلال في الاستمتاع والاستخدام لا في نفس الملك ألا ترى أن أمة النصراني إذا أسلمت فكاتبها المولى لا يجبر على البيع وقد خرج الجواب عن الكتابة وانما ضمنت بالقتل لأن ضمان القتل ضمان الدم والنفس وانما معقومة من هذه الجهة وما ذكر محمد في الإملاء عن أبي حنيفة فذلك ضمان القتل لأنه إذا لم يحفظها حتى هلكت بسبب حادث فقد تسبب لقتلها ونحو ذلك كما يجوز اعتاقها لما فيه من تعجيل العتق اليها ولا تشكل الكتابة على أصل أبي حنيفة أنها معاوضة ورق أم الولد لا قيمة له فلا يجوز أن يستحق المولى عليه عوضا لأن صحة المعاوضة لا تقف على كون المعوض مالا أصلا فضلا عن كونه متقوما كما في النكاح والخلع فإن مات المولى قبل أن تؤدي بدل الكتابة عتقت ولا شيء عليها أما العتق فلأنها كانت أم ولد وقد مات مولاه وأما العتق بغير شيء فلا لأن الكتابة قد بطلت لأن الحرية توجهت اليها من وجهين الاستيلاء والكتابة فإذا ثبت العتق باحدهما بطل حكم الآخر وكذا يجوز اعتاقها على مال وبيعها نفسها حتى إذا قبلت عتقت والمال دين عليها لأن الاعتاق على مال من باب تعجيل الحرية وأما الذي يتعلق بما بعد موت المولى فنحن نعتقها لأن عتقها كان معلقا شرعا بموت المولى لما روي عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعمار رجل ولدت أمته منه فهي معتقة عن درمنه وقدر وبناعن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين ولدت أم إبراهيم عليه السلام أعتقها ولدها ومعلوم أنه لا يثبت حقيقة العتق في حال الحياة فلو لم يثبت بعد الموت لتعطل الحديث ولأن سبب ثبوت العتق قد وجد وهو ثبوت نسب الولد ولم يعمل في حال الحياة فلو لم يعمل بعد الموت لبطل السبب ويستوى فيه الموت الحقيقي والحكمي بالردة وللحق بدار الحرب لما ذكرنا في كتاب التدبير وكذا الحربي والمستأمن إذا اشترى جارية في دار الإسلام واستولدها ثم يرجع إلى دار الحرب فاشترى الحربي عتقت الجارية لما ذكرنا في المدبر وكذا يعتق ولدها الذي ليس من مولاها إذا سرت أمية الولد اليها على ما بينا لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية ومنها أنها تعتق من جميع المال ولا تسمى للوارث وللغريم بخلاف المدبرة لما روي بناعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أم الولد لا تباع ولا توهب وهي حرة من جميع المال وهذا نص ورويناعن سعيد بن المسيب أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الأولاد من غير الثلث ولا يبعن في دين ولا يجعلن في الثلث وفي بعض الروايات ولا يجعلن في الثلث ولا يستسعين في دين وفي بعضها أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الأولاد من غير الثلث ولا يبعن في دين ولأن سبب ثبوت حرية أم الولد هو ثبوت نسب الولد والنسب لا يحتاج معها السعاية كذا حرية الاستيلاء ومنها أن ولاءها للمولى لأن الأعتاق منه لما بينا

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يظهر به الاستيلاء فظهوره باقرار المولى ثم أن أقر به في حال الصحة أن هذه الجارية قد ولدت منه فقد صارت أم ولده سواء كان معها ولد أو لم يكن لأن الاقرار في حال الصحة لا نهمة فيه فيصح سواء كان معها ولد أو لم يكن ولهذا الوأعتقها في الصحة يعتبر من جميع المال وإن كان الاقرار به في مرض موته فإن كان معها ولد صارت أم ولده أيضا وتعتق من جميع المال إذا مات المولى لأن كون الولد معها دليل الاستيلاء فسكان الظاهر شاهد الله فيصح اقراره ولأن التسبب من الحوائج الأصلية وتصرف المريض في مرض الموت فيما يحتاج إليه حاجة أصلية نافذة كشراء الطعام والكسوة ونحو ذلك وإن لم يكن معها ولد عتقت من الثلث لأنها منهم في اقراره في حق سائر الورثة ولم يوجد ما ينفي التهمة وهو الولد وكذا إذا لم يكن معها ولد لا يحتاج إلى التسبب فيصير قوله هذه أم ولدي كقوله هذه حرة بعد موتى فتعتق بعد موته من الثلث

كتاب المكاتب

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان جواز المكاتب وفي بيان ركن المكاتب وفي بيان شرائط

الركن وفي بيان ما يملكه المكاتب من التصرفات وما لا يملكه وفي بيان ما يملكه المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه وفي بيان صفة الكتابة وفي بيان حكم الكتابة وفي بيان ما تنسخ به الكتابة أما الأول فالقياس أن لا تجوز الكتابة لما فيها من إيجاب الدين للمولى على عبده وليس يجب للمولى على عبده دين وفي الاستحسان جاز بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله عز وجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وأدنى درجات الامر التدب فكانت الكتابة مندوبا إليها فضلا عن الجواز وقوله عز وجل ان علمتم فيهم خيرا أى رغبة في اقامة الفرائض وقيل وفاء لامانة الكتابة وقيل حرفة وروى هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في قوله عز وجل خيرا أى حرفة ولا ترسلوهم كلابا على الناس وأما السنة فاروى محمد بن الحسن بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أيعابد كوتب على مائة أوقية فأداها كلها الا عشر أواق فهو رقيق وقال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وروى أن عائشة رضي الله عنها كتبت بركة بمحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليها وعليه اجماع الامة وبه تبين ان قول داود بن علي الاصفهاني ان الكتابة واجبة قول مخالف للاجماع وان تعلقه بظاهر الامر لا يصح لان الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يتركون مما يملكهم بعد موتهم ميراثا لو رثتهم من غير نكير فعلم ان ليس المراد من هذا الامر الوجوب وأما الجواب عن وجه القياس ان المولى لا يجب له على عبده دين فهذا على الاطلاق ممنوع وانما نسلم ذلك في العبد القن لافي المكاتب والمستسعى لان كسب القن ملك المولى وكسب المكاتب والمستسعى ملكهما لاحق للمولى فيه فكان المولى كالا جنبي عن كسب المكاتب فأمكن إيجاب الدين للمولى عليه

فصل وأما ركن الكتابة فهو الايجاب من المولى والقبول من المكاتب أما الايجاب فهو اللفظ الدال على الكتابة نحو قول المولى لعهده كاتبك على كذا سواء ذكر فيه حرف التعليق بأن يقول على أنك ان أدبت الى فأنت حر أو لم يذكر عندنا وعند الشافعي لا يتحقق الركن بدون حرف التعليق وهو أن يقول كاتبك على كذا على أنك ان أدبت الى فأنت حر بناء على أن معنى المعاوضة أصل في الكتابة ومعنى التعليق فيها ثابت عندنا والعق عتده الاداء ثبت من حيث المعاوضة لا من حيث التعليق بالشرط وعند معنى التعليق فيها أصل أيضا والعق ثبت من حيث التعليق فلا بد من حرف التعليق وما قلناه أولى بدليل انه لو أبرأه عن بدل الكتابة يعتق ولو كان ثبوت العق فيها من طريق التعليق بالشرط لما اعتق لعدم الشرط وهو الاداء وكذا لو قال لعهده أنت حر على ألف تؤدبها الى نجوماني كل شهر كذا قبل أو قال اذا أدبت الى ألف درهم كل شهر منها كذا فأنت حر قبل أو قال جعلت عليك ألف درهم تؤدبها الى نجوماني كل نجيم كذا فاذا أدبت فأنت حر وان عجزت فأنت رقيق وقبل ونحو ذلك من الالفاظ لان العبرة في العتود الى المعاني لا للالفاظ وأما القبول فهو أن يقول العبد قبلت أو رضيت وما أشبه ذلك فاذا وجد الإيجاب والقبول فقد تم الركن ثم الحاجة الى الركن فحين ثبت حكم العقد فيه مقصودا لا تبعا كالولد المولود في الكتابة والولد المشتري والوالدين على ما نذكر لان الاتباع كما لا يفرد بالشرط لا يفرد بالاركان لما فيه من قلب الحقيقة وهو جعل التبع متبوعا وهذا لا يجوز

فصل وأما شرائط الركن فأشراط بعضها يرجع الى المولى وبعضها يرجع الى المكاتب وبعضها يرجع الى بدل الكتابة وبعضها يرجع الى نفس الركن ثم بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها شرط الصحة أما الذي يرجع الى المولى فمنها العقل وانه شرط الانعقاد فلا تنعقد الكتابة من الصبي الذي لا يعقل والمجنون ومنها البلوغ وهي شرط النفاذ حتى لا تنفذ الكتابة من الصبي الماقل وان كان حرا أو مأذونا في التجارة من قبل المولى أو الوصي لان الكتابة ليست بتجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال والمكاتب ليست كذلك ولست من توابع التجارة ولا من ضروراتها ولهذا لا يملكها العبد المأذون والشريك شركة العتاق لما قلناه انه لا يكتب عبده باذن أبيه أو وصيه

لان الاب والوصى يملكان العقد بأنفسهما فليملكان الاذن به للصبي اذا كان عاقلا ومنها الملك والولاية وهذا شرط
 قهلا لان المكتابة فيها معنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما عند الاقرار لا يصح بدون الملك والولاية فكذا
 عند الاجتماع فلا تنفذ المكتابة من الفضولي لانعدام الملك والولاية وتنفيذ الوكيل لانه نائب الموكل فكان
 تصرفه تصرف الموكل وكذا من الاب والوصى استحسانا والقياس أن لا تنفذ وجه القياس ان المكتابة تصرف يقضى
 الى العتق وهما لا يملكان الاعتراف لا بغير بدل ولا ببدل كالاتفاق على مال وبيع نفس العبد منه وجه الاستحسان
 ان المكتابة من باب اكتساب المال ولهما ولاية اكتساب المال كالبيع والجارعة بخلاف الاعتراف على مال وبيع
 نفس العبد منه لان ذلك ليس من باب الاكتساب بل هو من باب الاعتراف لان العبد يعتق بنفس القبول فيبقى المال
 دينافي ذمة المفلس فان اقر الاب أو الوصى قبض بدل الكتابة فان كانت الكتابة معروفة ظاهرة بحضور الشهود
 يصدق ويستحق المكتاتب لانه أمين في قبض الكتابة فكان مصدقا كالوكيل بالبيع اذا باع ثم اقر قبض الثمن وان
 لم تكن معروفة لم يجز اقراره ولا يعتق العبد لان الكتابة اذا لم تكن ظاهرة كان ذلك منه اقرارا بالعتق واقرار الاب
 أو الوصى يعتق عبد اليتيم لا يجوز واذا كانت الكتابة ظاهرة كان ذلك منه اقرارا باستيفاء الدين فيصح اقراره ولو
 كاتب الاب أو الوصى ثم أدرك الصبي فلم يرض بالكتابة فالمكتابة ما حضية الا أنه ليس للوصى ولا للاب أن يقبض
 بدل الكتابة لانه إنما كان يملك القبض بولايته لا بمباشرة العقد لان حقوق العقد في المكتابة يرجع الى من عقده
 لا الى العاقد وقد زالت ولايته بالبلوغ بخلاف الوصى اذا باع شيئا ثم أدرك اليتيم ان له أن يقبض لان حقوق البيع
 وكل عقده مبادلة المال بالمال يرجع الى العاقد هذا اذا كانت الورثة صغارا فان كانوا كبارا لا يجوز للوصى أن
 يكتتب ولا للاب لزوال ولايتهما بالبلوغ سواء كانوا حاضرا أو غيبا لان الموجب لزوال الولاية لا يختلف وهذا
 بخلاف البيع لان الوارث الكبير اذا كان غائبا ان للاب والوصى أن يبيع المنقول لان بيع المنقول من باب الحفظ
 لان حفظ ثمنه أيسر من حفظ عينه ولهما ولاية الحفظ وليس في الكتابة حفظ فلا يملكانها وان كانت الورثة
 صغارا وكبارا ذكر في الاصل أنه لا يجوز ثم اختلف في هذا الاطلاق قال بعضهم معناه انه لا يجوز في نصيب الكبار
 وأما في نصيب الصغار فجاز وقال بعضهم معناه انه لا يجوز في نصيب الكبار والصغار جميعا لانه اذا لم يجز في نصيب
 الكبار لم يكن في جوازده في نصيب الصغار فائدة لان لهم أن يفسخوا العقد وصار كعبد بين اثنين انه يمنع أحدهما عن
 كتابة نصيبه الا برضا شريكه لانه لو فعل بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يفسخ فلم يكن فيه فائدة كذا هذا ولو
 كان على الميت دين فكاتب الوصى عبده من تركته لم يجز كذا ذكر في الاصل ولم يفصل بين ما اذا كان الدين محيطا
 بالتركة وبين ما اذا لم يكن محيطا به منهم من أجرى المذكور في الاصل على اطلاقه وقال لا يجوز مكاتبته سواء كان
 الدين محيطا بالتركة أو لم يكن أما اذا كان محيطا بالتركة فلان حق الغرماء يكون متعلقا بها والمكتابة تضمن ابطال
 حقهم لانها لو صحت لصارت حقوقهم منجمة مؤجلة وحقوقهم معجلة فلا يملك تأجيلها بالكتابة وان كان غير محيط
 بالتركة فكذلك لان ذلك القدر من الدين يتعلق بالتركة مطلقا وبطل الكتابة لان ذلك القدر من الدين يتأجل
 تسليحه فيتضرر به الغريم الا أن يختار استيفاءه من غير ما في جواز لان عدم الجواز لحق الغريم فاذا استوفى من محل
 آخر فقد زال حقه فزال المانع بين الجواز وذكر القدر في ان المسئلة محمولة على ما اذا كان للميت غير العبد وغير
 القدر الذي يقضى به الدين فاما اذا لم يكن الدين محيطا بالتركة فيجوز له ذلك لانه اذا كان هناك مال آخر يقضى به الدين
 لحق الغرماء لا يتعلق بعين العبد لان التعليق يحتاجهم الى استيفاء دينهم وانه يحصل بدون لانه لو تعلق قليل الدين
 بجملة التركة لادى الى الحرج لان التركة قلما تخلو عن قليل الدين ولا يجوز لاحد الوصيين أن يكتتب بغير اذن
 صاحبه في قول أبي حنيفة ومحمد ويجوز في قول أبي يوسف وأصل المسئلة انه هل لاحد الوصيين أن يتصرف في
 مال اليتيم بغير اذن صاحبه فهو على الخلاف الذي ذكرناوه من مسائل كتاب الوصايا والوصى الوصى أن يكتتب

لانه قائم مقام الوصى وسواء كان المملوك محجورا أو مأذونا بالتجارة وعليه دين أو لا دين عليه لان الدين لا يوجب زوال الملك عنه فتنفذ المكتابة الا أنه اذا كان عليه دين محيط أو غير محيط فللغرماء أن يردوا المكتابة لان لهم حق الاستيفاء من رقبته وهو بالمكتابة أراد ابطال حقهم فكان لهم أن ينقضوا كمالو باعه وعليه دين محيط أو غير محيط ان البيع ينفذ لكن للغرماء أن ينقضوا الا اذا كان قضى المولى دينهم من مال آخر قبل أن ينقضوا فليس لهم أن ينقضوا ومضت المكتابة لانها وقعت جائزة لوقوعها في الملك الا أنه كان للغرماء النقض لقيام حقهم فاذا قضى دينهم فقد زال حقهم فبقيت جائزة ولا يرجع المولى بما قضى من الدين على المكاتب لانه بقضاء الدين أصلح مكاتبته فكان عاملا لنفسه وكذا لو أبى المولى أن يؤدي الدين وأداه الغلام عاجلا مضت المكتابة لما قلنا ولا يرجع العبد على المولى بما أدى لما قلنا فان كان المولى أخذ البذل ثم علم الغرماء بذلك فلمهم أن يأخذوا من المولى ما أخذ من بدل الكتابة لانه كسب العبد المديون وأنه يؤخذ من المولى والعق واقع امامن طريق المعاوضة لسلامة العوض للمولى وامان طريق التعليق بالشرط وهو أداء بدل الكتابة والعق بعد وقوعه لا يحتمل النقض فان بقي من دينهم شيء كان لهم أن يضموا المولى قيمته لانه أبطل حقهم في قدر قيمة العبد حيث منعمهم عن بيعه بوقوع العقد ولهم أن يبيعوا العبد ببقية دينهم لان الدين كان ثابتا في ذمته متعلقا برقبته وقد بطلت الرقبة بالحرية فبقيت الذمة فكان لهم أن يبيعوه ولا يرجع المولى على العبد بما أخذ منه من بدل الكتابة لان المولى حين كاتبه كانت رقبته مشغولة بالدين فكانت مكاتبته اياه مع علمه ان الغرماء أحق منه بكسبه دلالة الرضا بما أخذ منه ولو كان العبد مرسوا أو مؤجرا فكاتبه وقعت المكتابة على اجازة المهرن والمستأجر فان أجاز اجاز وان فسخاها فسوخاها ففسخاها فهو على ما ذكر في البيوع والاجارات ان شاء الله تعالى وسواء كان المملوك قنا أو غيره حتى لو كانت مدبرة أو أم ولد جازت المكتابة لقيام الملك اذ التدبير والاستيلاء لا يزالان الملك وهما من باب استعجال الحرية فان أديا وعقفا فقد مضى الاسروان مات المولى قبل الاداء اعتقالا نهما يعتقان بموت السيد هذا اذا كانا بخرجان من الثلث فان كانا لا بخرجان من الثلث فأم الولد تعتق من غير اعتبار للثلث ولا تنسى وأما المدبر فله الخيار في قول أبي حنيفة ان شاء سعى في جميع الكتابة وان شاء سعى في ثلث القيمة اذا كان لا مال له غيره فان اختار الكتابة سعى على النجوم وان اختار السعاية في ثلث قيمته سعى حالا وعند أبي يوسف ومحمد لا خيار له لكن عند أبي يوسف يسعى في الاقل من جميع الكتابة ومن ثلث القيمة وعند محمد يسعى في الاقل من ثلث الكتابة ومن ثلث القيمة وقد ذكرنا المسئلة في كتاب الاستيلاء ومنها الرضا وهو من شرائط الصحة فلا تصح المكتابة مع الاكراه والهزل والخطأ لانها من التصرفات التي تحتل الفساد فيفسدها الكراه والهزل والخطأ كالبيع ونحوه وأما حرية المكاتب فليست من شرائط جواز المكتابة فتصح مكتابة المكاتب لما ذكرنا ان شاء الله تعالى وكذا اسلامه فتجوز مكتابة الذمي عبده الكافر لقوله صلى الله عليه وسلم فاذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلمين أن يكتبوا عبيدهم فكذا لاهل الذمة ولان المكتابة مشتملة على معنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما يملكه الذمي حالة الانفراد وكذا عند الاجتماع والذمي اذا ابتاع عبدا مسلما فكاتبه فهو جائز وهذا فرع أصلنا في شراء الكافر العبد المسلم انه جائز الا أنه يجبر على بيعه صيانة له عن الاستدلال باستخدام الكافر اياه والصيانة تحصل بالكتابة لزوال ولاية الاستخدام بزوال يده عنه بالمكاتبه وأما مكتابة المرتد فموقوفه في قول أبي حنيفة فان قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وان أسلم نفذت وعندهما هي نافذة وهي من مسائل السير والله عز وجل الموفق

فصل في الرجوع الى المكتابة فانواعها أيضا منها أن لا يكون فيه خطر العدم وقت المكتابة وهو شرط الانعقاد حتى لو كاتب ما في بطن جاريته لم ينقذ لنبي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر والمكتابة فيها معنى البيع ومنها أن يكون عاقلا وهو من شرائط الانعقاد حتى لو كاتب عبدا لهجنونا أو صغيرا لا يعقل لا تنعقد مكتابته لان

لأن القبول أحد شطري الركن وأهلية القبول لا تثبت بدون العقل لأن ما هو المقصود من هذا العقد وهو الكسب لا يحصل منه فإن كاتبه فأدى البدل عنه رجل فقبله المولى لا يعتق لأن العتق لا ينقد بدون القبول ولم يوجد فكان أداء الاجنبي أداء من غير عقد فلا يعتق وله أن يسترد ما أدى لأنه أداء بدل لا عن العتق ولم يسلم العتق ولو قبل عنه الرجل الكتابة ورضى المولى لم يحجز أيضا لأن الرجل قبل الكتابة من غيره من غير رضاه ولا يجوز قبول الكتابة عنه غيره بغير رضاه وهل يتوقف على اجازة العبد بعد البلوغ كالدورى أنه لا يتوقف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوى أنه يتوقف والصحيح ما ذكره القدورى لأن تصرف الفضولى إنما يتوقف على الاجازة إذا كان له محيز وقت التصرف وههنا لا محيز له وقت وجوده إذ الصغير ليس من أهل الاجازة فلا يتوقف بحلاف ما إذا كان العبد كبيراً غائباً فجاره رجل وقبل الكتابة عنه ورضى المولى أن الكتابة تتوقف على اجازة العبد لا نه من أهل الاجازة وقت قبول الفضولى عنه فكان له محيزا وقت التصرف فتوقف فلو أدى القابل عن الصغير الى المولى ذكر في الاصل أنه يعتق استحسانا وجعله بمنزلة قوله إذا أدبت الى كذا فعبدى حر وقال وهذا والكبير سواء والقياس أن لا يعتق لأن الكتابة على الصغير لم تنقد لا نه ليس من أهل القبول فيبقى الاداء بغير مكانة فلا يعتق وجهه الاستحسان ان الكتابة فيها معنى المعاوضة ومعنى التعليق والمولى ان كان لا يملك الزام العبد العوض يملك تعليق عتقه بالشرط فيصح من هذا الوجه ويتعلق العتق بوجود الشرط وكذا اذا كان العبد كبيراً غائباً قبل الكتابة عنه فضولى وأداه الى المولى يعتق استحسانا وليس للقابل استرداد المؤدى والقياس أن لا يعتق وله أن يسترد لما قلنا هذا اذا أدى الكل فان أدى البعض فله ان يسترد قياسا واستحسانا لا نه انما أدى ليسلم العتق والعتق لا يسلم بأداء بعض بدل الكتابة فكان له أن يسترد الا اذا بلغ العبد فأجاز قبل أن يسترد القابل فليس له أن يسترد بعد ذلك لأن الاجازة استند جواب العقد الى وقت وجوده والاداء حصل عن عقد جائز فلا يكون له الاسترداد فلوان العبد عجز عن أداء الباقي ورد في الرق فليس له أن يسترد أيضا وان رد العبد في الرق لأن الكتابة لا تنسخ بالرد في الرق بل تنتهي في المستقبل فكان حكم العقد قائما في القدر المؤدى فلا يكون له الاسترداد بخلاف باب البيع بأن من بلغ شيئا ثم تبرع انسان بأداء الثمن ثم فسخ البيع بالرد بالعيب أو بوجه من الوجوه ان للمتبرع أن يسترد ما دفع لان الدفع كان بحكم العقد وقد انسخ ذلك العقد وكذلك لو تبرع رجل بأداء المهر عن الزوج ثم ورد الطلاق قبل الدخول انه يسترد منها النصف لان الطلاق قبل الدخول ففسخ من وجهه ولو كانت الفرقة من قبلها قبل الدخول بها فله أن يسترد منها كل المهر ولا يكون المهر للزوج بل يكون للمتبرع لا تفساخ النكاح هذا كله اذا أدى القابل فلو امتنع القابل عن الاداء لا يطالب بالإداء الا اذا ضمن فحينئذ يؤخذ به بحكم الضمان فاما بلوغه فليس بشرط حتى لو كاتبه وهو يعقل البيع والشراء جازت الكتابة ويكون كالصغير في جميع أحكامه عندنا خلافا للشافعى لأن الكتابة اذن في التجارة واذن الصبي المعامل بالتجارة صحيح عندنا خلافا له وهي من مسائل المأذون

فصل وأما الذي يرجع الى بدل الكتابة فنه أن يكون مالا وهو شرط الانعقاد فلا تنقد الكتابة على الميتة والدم لانهما ليسا بمال في حق أحد لا في حق المسلم ولا في حق الذمي ألا ترى ان المشتري بهما لا يملك وان قبض ولا تنقد عليهما الكتابة حتى لا يعتق وإن أدى لان التصرف الباطل لا حكم له فكان ملحقا بالعدم الا اذا كان قال على أنك ان أدبت الى فانت حر فأدى فانه يعتق بالشرط واذا عتق بالشرط لا يرجع المولى عليه قيمته لان هذا ليس بكتابة انما هو اعتاق معلق بالشرط بمنزلة قوله ان دخلت الدار فأنت حر ومنها أن يكون متقوما وأنه من شرائط الصحة فلا تصح مكتوبة المسلم عبده المسلم أو الذمي على الحر أو الخنزير ولا مكتوبة الذمي عبده المسلم على الحر والخنزير لان الخنزير وإن كان مالا في حق المسلمين فهي غير متقومة في حقهم فانهقدت الكتابة على الفساد فان أدى يعتق وعليه قيمة نفسه لان هذا حكم المكتوبة الفاسدة على ما ذكر في بيان حكم المكتوبة أما الذي فتجوز مكانته عبده الكافر على

خمر أو خنزير لأن ذلك مال متقوم عندهم كالخل والشاة عندنا فإن كاتب ذمي عبده كافر أعلى خمر فأسلم أحدهما
فالمكاتب ماضية وعلى العبد قيمة الخمر لأن المكاتب وقعت صحيحة لكون الخمر مالا متقوماً في حقهم إلا أنه إذا أسلم
أحدهما فقد تعذر التسليم أو التسلم لأن المسلم منهي عن ذلك فتجب قيمتها ولا يفسخ العقد بخلاف ما إذا اشترى الذمي
من ذمي شيئاً بخمر ثم أسلم أحدهما قبل قبض الثمن الخمران البيع يبطل وههنا لا تبطل المكاتب لأن عقد المكاتب مبناه على
المساهلة والمساحة نظر العبيد أيضاً لا لهم إلى شرف الحرية فلا يفسخ بتعذر تسليم المسمى أو تسليمه بل يصار إلى بدله
فما البيع فعقد مما كسه ومضايقة لا تجري فيه من السهولة ما يجري في المكاتب فيفسخ عند تعذر تسليم عين المسمى
ويرتفع وإذا ارتفع لا يتصور تسليم القيمة مع ارتفاع سبب الوجوب ومنها أن يكون معلوم النوع والقدر وسواء كان معلوم
الصفة أولاً وهو من شرائط الاعتقاد فإن كان مجهول القدر أو مجهول النوع لم ينعقد وإن كان معلوم النوع والقدر
مجهول الصفة جازت المكاتب والأصل أن الجملة متى فحشت منعت جواز المكاتب والأصل وجهالة النوع والقدر
وجهالة فاحشة وجهالة الصفة غير فاحشة فإنه روى عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز المكاتب على الوصفاء بمحض من
الصحابة رضي الله عنهم فيكون اجتماعاً على الجواز والاجماع على الجواز إجماع على سقوط اعتبار هذا النوع من
الجهالة في باب الكتابة وبيان هذا الأصل في مسائل إذا كاتب عبده على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار لم ينعقد حتى
لا يعتق وإن أدى لأن الثوب والدار والحيوان مجهول النوع لا اختلاف أنواع كل جنس وأشخاصه اختلافاً
متفاحشاً وكذا الدور تجري مجرى الاجتناس المختلفة لتفاحش التفاوت بين دار ودار في الهيئة والتقطيع وفي القيمة
باختلاف المواضع من البلدان والحال والسكك ولهذا منعت هذه الجملة التسمية والاعتاق على مال والنكاح
والخلع والصلح عن دم العمد فصارت هذه الأشياء لكثرة التفاوت في أنواعها وأشخاصها بمنزلة الاجتناس المختلفة
فيصير كأنه كاتبه على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار فادى طعاماً ولو كان كذلك لا يعتق وإن أدى أعلى الثياب والدواب
والدور بخلاف ما إذا كاتبه على قيمة فادى القيمة أنه يعتق لأن التفاوت بين القيمتين لا يلحقهما مجنسين فكانت
وجهالة القيمة مفسدة للعقد لا مبطله وإن كاتبه على ثوب هر وى أو عبداً أو جارية أو فرس جازت المكاتب لأن
الجهالة ههنا جهالة الوصف أنه جيد أو ردي أو وسط وانها لا تمنع صحة التسمية كما في النكاح والخلع والأصل أن
الحيوان يثبت ديناً في الذمة في مبادلة المال بغير المال كما في النكاح ونحوه فتصح التسمية ويقع على الوسط كما في
باب الزكاة والدية والنكاح وكذلك لو كاتبه على وصيف يجوز ويقع على الوسط ولو جاء العبد بقيمة الوسط في هذه
المواضع يجبر المولى على القبول كما في النكاح والخلع ونحوهما ولو كاتبه على لؤلؤة أو ياقوتة لم ينعقد لأن الجهالة متفاحشة
ولو كاتبه على كرخطة أو ما أشبه ذلك من المكيل والموزون ولم يصف يجوز وعليه الوسط من جنسه لا يعتق
ديناً في الذمة في مبادلة المال بالمال إذا كان موصوفاً وثبت في مبادلة ما ليس بمال بمال وإن لم يكن موصوفاً كالنكاح
والخلع والصلح عن دم العمد والاعتاق على مال والمكاتب معاً وضمة ما ليس بمال بمال في جانب المولى فتجوز
المكاتب عليه ويجب الوسط ولو كاتبه على حكمة أو على حكم نفسه لم ينعقد لأن الجهالة ههنا أخفش من جهالة النوع
والقدر لأن البذل هناك مسمى ولا تسمية للبذل ههنا رأساً فكانت الجهالة أكثر وإلى هذا أشار في
الأصل فقال أزيلت لو حكم المولى عليه بل الأرض ذهباً كان يلزمه أو حكم العبد على نفسه بفسل هل كان يعتق فلم
ينعقد العقد أصلاً فلا يعتق بالحكم وإن كاتب على ألف درهم إلى العطاء أو إلى الدياس أو إلى الحصاد أو نحو ذلك مما
يعرف من الأجل جاز استجسافاً والقياس أن لا يجوز لأن الأجل مجهول وجهالة الأجل تبطل البيع فتبطل المكاتب
وجه الاستحسان أن الجهالة لم تدخل في صلب العقد لأنها لا ترجع إلى البذل وإنما دخلت في أمر زائد ثم هي غير
متفاحشة فلا توجب فساد المكاتب كجهالة الوصف بخلاف البيع إلى هذه الأوقات أنه يفسد لأن الجهالة لا توجب
فساد العقد لأنها بل لا فضأها إلى المنازعة والمنازعة قل ما تجري في هذا القدر في المكاتب لأن مبناه على المساحة

بخلاف البيع فان ميناه على المما كسة فيفضى الى المنازعة ولهذا جازت الكفالة الى هذه الاوقات ولم يحز تأجيل الثمن اليها في البيع بخلاف المكاتبه الى بحى المطر وهبوب الريح لانه ليس لذلك وقت معلوم فقحشت الجهالة فان كاتبه الى العطاء فاخر العطاء فان الاجل يحل في مثل الوقت الذى كان يخرج فيه العطاء لان المراد به العرف والعادة وقت العطاء لا عين العطاء وكذا في الحصاد والدياس ولو كاتبه على قيمته فالمكاتبه فاسدة لان القيمة تختلف بتقويم المقومين فكان البدل مجهول القدر وانه مجهول جهالة فاحشة ولهذا منعت صحة التسمية في باب النكاح حتى عدل الى مهر المثل فتمنع صحة المكاتبه بل أولى لان النكاح يجوز بدون تسمية البدل ولا جواز للمكاتبه من غير تسمية البدل فلما لم تصبح تسمية القيمة هناك فلان لا تصبح ههنا أولى ولان جهالة القيمة موجب للعقد الفاسد فكان ذكرها نصاعلى الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على عبد لان جهالة العبد جهالة الوصف أى جيد او ردىء أو وسط فعند الاطلاق يقع على الوسط والوسط معلوم عندهم ألا ترى ان أبا حنيفة جعل قيمة الوسط أر بعين ديناراً فاما المكاتبه على القيمة فليست بمكاتبه على بدل معلوم عند الناس عند اطلاق الاسم فصاركألو كاتبه على ألف أو على ألفين غيرانه اذا أدى القيمة عتق لان العقد الفاسد له حكم فى الجملة عندنا كالبيع الفاسد اذا اتصل به القبض والنكاح الفاسد اذا اتصل به الدخول حتى ثبتت الملك فى البيع ونجب العدة والعقر وثبت النسب فى النكاح وكذا المكاتبه الفاسدة ولو قال كاتبك على دراهم فالمكاتبه باطلة ولو أدى ثلاثة دراهم لا يعتق لان البدل مجهول جهالة متفاحشة وليس للدرهم وسط معلوم حتى يقع عليه الاسم بخلاف ما اذا قال أعيتك على دراهم فقبل العبد عتق وتلزمه قيمة نفسه لان العتق هناك وقع بالقبول والجهالة متفاحشة فلزمه قيمة نفسه ولو كاتبه على أن يخدمه شهر افه جاز استحقاقا والقياس ان لا يجوز وجه القياس ان الخدمة مجبولة لانها مختلفة ولا يدري فى أى شىء يستخدمه وانه يستخدمه فى الحضر أو فى السفر وجهالة البدل تمنع صحة الكتابة وجه الاستحسان ان الخدمة المطلقة تنصرف الى الخدمة المعهودة فتصير معلومة بالعادة وبحال المولى انه فى أى شىء يستخدمه وبحال العبد انه لا فى شىء يصلح فصاركألو عينها نصا ولهذا جازت الاجارة على هذا الوجه فالمكاتبه أولى لانها أقبل للجهالة من الاجارة ولو كاتبه على ان يخدم رجلا شهر افه جاز فى القياس كذا ذكره فى الاصل ولم يرد به قياس الاصل لان ذلك يقتضى ان لا يجوز لما ذكرنا وانما أراد به القياس على الاستحسان الذى ذكرنا ويجوز القياس على موضع الاستحسان اذا كان الحكم فى الاستحسان معقول المعنى كقياس الجاع ناسيا على قياس الاكل والشرب ناسيا ولان المنافع أموال فى العقود وانها تصير معلومة بذكر المدة فلا فرق بين ان يستأجر رجلا لخدمته أو لخدمته غيره وكذلك لو كاتبه على ان يحفر بئرأ قدسمى له طولها وعمقها ومكانها أو على ان يبنى له دار أو أراه أجرها وحصها وما يبنى بها لانه كاتبه على بدل معلوم ألا ترى ان الاجارة عليه جائزة فالمكاتبه أولى ولو كاتبه على أن يخدمه ولم يذكر الوقت فالمكاتبه فاسدة لان البدل مجهول ومنها ان لا يكون البدل ملك المولى وهو شرط الاعتقاد حتى لو كاتبه على عين من أعيان مال المولى لم يحز لانه يكون مكاتبه بغير بدل فى الحقيقة فلا يجوز كما اذا باع داره من انسان بعبد هو لصاحب الدار انه لا يجوز البيع لانه يكون بيعا بغير ثمن فى الحقيقة كذا هذا وكذا لو كاتبه على ما فى يد العبد من الكسب وقت المكاتبه لان ذلك مال المولى فيكون مكاتبه على مال المولى فلم يحز وأما كون البدل دينافهل هو شرط جواز الكتابة بان كاتبه على شىء بعينه من عبد أو ثوب أو دار أو غير ذلك مما يتعين بالتعيين وهو ليس من أعيان مال المولى ولا كسب العبد ولكنه ملك أجنبي وهو معين مشار اليه ذكر فى كتاب المكاتب اذا كاتب عبده على عبد بعينه لرجل لم يحز ولم يذكر الخلاف وذكر فى كتاب الشرب اذا كاتبه على أرض لرجل جاز ولم يذكر الخلاف وذكر ابن سماعه الخلاف فقال لا يجوز عند أبى حنيفة ويجوز عند أبى يوسف وعند محمد ان أجاز صاحبه جاز والا لم يحز واطلاق رواية كتاب المكاتب يقتضى ان لا يجوز أجازا ولم يحز واطلاق رواية كتاب الشرب يقتضى الجواز أجازا ولم يحز ولانه لما جاز عند عدم الاجازة فعند الاجازة أولى ويجوز أن يكون قول محمد

تفسير الروايتين المبهمتين فتحمل رواية كتاب المكاتب على حال عدم الاجازة ورواية كتاب الشرب على حال الاجازة وجه رواية كتاب المكاتب انه كاتبه على مال لا يملك لانه كاتبه على عبده هو ملك الغير فلا يجوز وبه على في الاصل فقال لانه كاتبه على مال لا يملك لانه كاتبه على ملك الغير وشرح هذا التعليل ان المكاتبه عقد وضع لا كسب المال والعبد لا يقدر على اكساب هذا العين لاحالة لان مالك العبد قد يبيعه وقد لا يبيعه فلا يحصل ما وضع له العقد ولا نالوا قضيتنا بصرحة هذه المكاتبه لفسدت من حيث تصبح لانه اذا كاتبه على عبده هو ملك الغير ولم يجز المالك فقد تعذر عليه التسليم فكان موجبا وجوب قيمة العبد فيصير كانه كاتبه على قيمة عبد فيفسد من حيث يصبح وما كان في نصحيحه افساده فيقضى بفساده من الاصل او يقال اذا تعذر عليه التسليم فاما ان تجب على قيمة العبد او قيمة نفسه وكل ذلك فاسد وجه رواية كتاب الشرب وهو المروي عن أبي يوسف ايضا ان المكاتبه في معنى الاعتاق على مال ثم لو اعتق عبده على عبد بعينه لرجل قبل العبد جاز وجه ما روى عن محمد من التوقف على الاجازة ان هذا اعتدله مجزأ حال وقوعه فيتوقف على الاجازة كالبيع وكذلك كساعينه من مال غيره من عرض أو مكيل أو موزون لان هذه الاشياء كلها تتمتع في العقود بالتعيين فكانت كالعبد ولو قال كاتبك على ألف فلان هذه جازت المكاتبه لان الدرام لا تتمتع بالتعيين في عقود المعاوضات فيقع العقد على مثلها في الذمة لا على عينها فيجوز وان أدى غيرها عتق لان المكاتبه وقعت على ما في الذمة وسواء كان البذل قليلا أو كثيرا لان دلائل جواز المكاتبه لا يفصل بين القليل والكثير وسواء كان مؤجلا أو غير مؤجل عندنا وعند الشافعي لا يجوز الا مؤجلا وهو على قلب الاختلاف في السلم انه لا يجوز الا مؤجلا عندنا وعنده يجوز مؤجلا وغير مؤجل فالخلاف انه لا خلاف في جواز المكاتبه على بدل مؤجل واختلف في الجواز على بدل غير مؤجل قال أصحابنا يجوز وقال الشافعي لا يجوز الا مؤجلا منجما بنجمين فصاعدا وجه قوله ان العبد عاجز عن تسليم البذل عند العقد لانه معسر لا مال له والعجز عن التسليم عند العقد يمنع انعقاده بدليل انه لو طرأ على العقد يرفعه فاذا قارنه يمنعه من الانعقاد من طريق الاولى لان المنع أسهل من الرفع وكذا ما أخذ الاسم بدل على ما قلنا فان الكتابة مأخوذة من الكتاب والكتاب يذكر بمعنى الاجل قال الله عز وجل وما أهلكنا من قرية الا ولها كتاب معلوم أي أجل لا يتقدم ولا يتأخر فسمى هذا عقد كتابة لكون البذل فيه مؤجلا ويذكر بمعنى الكتاب المعروف وهو المكتوب سمي العقد بذلك لان البذل يكتب في الديوان والحاجة الى الكتابة للمؤجل لا للحال فكان الاجل فيه شرطا كالسلم لما كان مأخوذا من التسليم كان تسليم رأس المال فيه شرطا للجواز السلم وكذا الصرف لما كان ينبغي عن نقل البذل من يد الى يد كان القبض فيه من الجانبين شرطا كذا هذا ولنا قوله عز وجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا من غير فصل بين الحال والمؤجل ولان بدل الكتابة دين يجوز الاستبدال به قبل القبض فلا يشترط فيه التأجيل كسائر الديون بخلاف بدل الصرف والسلم وأما قوله ان العبد عاجز عن تسليم البذل عند العقد فمسلم لكن الاداء يكون بعد العقد ويحتمل حدوث القدرة بعنده بانه يكتب مالا يقبل هبة أو صدقة فيؤدي بدل الكتابة وأما أخذ الاسم فالكتابة تحتل معان يقال كتب أي أوجب قال الله تعالى كتب على نفسه الرحمة وكتب أي ثبت قال الله تعالى كتب في قلوبهم الايمان وكتب أي حكم وقضى قال الله تعالى كتب الله لا غلبن أنا ورسلي وشي من هذه المعاني لا ينبغي عن التأجيل ثم اذا كانت المكاتبه حالة فان أدى البذل حين طالبه المولى بها والا يرد في الرق سواء شرط ذلك في العقد أو لم بشرط بان قال له ان لم تؤدها الى حالة فانت رقيق أو لم يقل لانه كاتبه على بدل موصوف بصفة الحلول فلم يكن راضيا بدون تلك الصفة وكذلك اذا كانت منجسة بنجوم معلومة فعجز عن أول نجم منها يرد الى الرق في قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف لا يرد حتى يتوالى عليه نجمان احتج أبو يوسف بما روى عن علي رضي الله عنه انه قال المكاتب اذا توالى عليه نجمان رد في الرق فقد شرط حلول

نجمين للردي الرق ولان العجز لا يتحقق الا عند حلول نجمين لجواز ان يقرضه انسان أو يحصل له مال من موضع آخر فيؤدى فاذا اجتمع عليه مان نجمين فقد تحقق عجزه ولهما ما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما انه كاتب عبد الله فعجز عن نجم واحد فردده الى الرق والظاهر ان ذلك كان على علم من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ولان المولى شرط عليه في كل نجم قدر من المال وانه شرط معتبر مفيد من شرائط الكتابة فكان له أن يرده الى الرق عند فواته كما لو عجز عن نجمين وأما احتجاجة بقول على رضى الله عنه فغير سديد لانه احتجاج بالسكوت لان فيه انه اذا تولى عليه نجمان يرد الى الرق وليس فيه انه اذا كسر نجما واحدا ماذا خكه أو يحمل على الندب وبه نقول ان المكاتب اذا كسر نجما يندب مولاه الى أن لا يرده الى الرق ما لم يتوالى عليه نجمان رفقابه ونظرا فان عجز عن نجمين على أصله أو عن نجم على أصلهما فان كان له مال حاضر أو غائب مرجو حضوره بان قال لي مال على انسان أو حال يجيئ في القافلة فان القاضي ينتظر فيه يومين أو ثلاثة استحسانا لان هذا القدر من التأخير مالا ضرر فيه على المولى وفيه رجاء وصول كل واحد منهما الى حقه فيفعل القاضي ذلك عند رجاء الوصول ولو اختلف المولى والمكاتب في قدر البذل أو جنسه بان قال المولى كاتبك على ألفين أو على الدنانير وقال العبد كاتبني على ألف أو على الدراهم فالقول قول المكاتب في قول أبي حنيفة الا آخر سواء كان قد أدى عن بدل الكتابة شيئا أو كان لم يؤد وكان يقول أولا لا يتحالفان ويتزادان كالبيع لان في الكتابة معنى المبادلة ثم رجع وقال القول قول المكاتب لانه المستحق عليه ومتى وقع الاختلاف في قدر المستحق أو جنسه فالقول قول المستحق عليه في الشرع كما في سائر الديون ولان القياس يمنع التحالف لما ذكر في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى الا أن الشرع ورد بخلاف القياس في البيع وانه مبادلة المال بالمال مطلقا والكتابة بخلافه فلم تكن في معنى البيع فلا يقاس عليه والله عز وجل أعلم

(فصل في ما لا يفسد العقد من شروطه) وأما الذي يرجع الى نفس الركن من شرائط الصحة فخلوه عن شرط فاسد وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد الداخل في صلب العقد من البذل فان لم يخالف مقتضى العقد جاز الشرط والعقد وان خالف مقتضى العقد، لكنه لم يدخل في صلبه يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا وانما كان كذلك لان عقد الكتابة في جانب العقود عليه وهو العبد بمنزلة الاعتاق لما فيه من فك الحجر واسقاطه والاعتاق مما لا يبطله الشروط الفاسدة وفيما يرجع الى البذل وجانب المولى بمنزلة البيع لان المولى عقد عقدا يؤل الى الزوال ملكه عنه فكان كالبيع والبيع مما يفسده الشرط والفاسدة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيجعل من الشروط الداخلة في صلب العقد كالبيع فيعمل فيه الشرط الفاسد وفيما لا يدخل في صلب العقد من الشروط لا يجعل كالا اعتاق فلا يؤثر فيه الشرط الفاسد عملا بالمعنيين جميعا بقدر الامكان وعلى هذا مسائل اذا كاتب جارية على ألف درهم على أن يطأها مادامت مكاتبة أو على أن يطأها مرة فالكاتبة فاسدة لانه شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى العقد لان عقد المكاتبة يوجب حرمة الوطء وانه دخل في صلب العقد لدخوله في البذل حيث جعل بدل الكتابة بالف درهم ووطئها ففسدت المكاتبة ولو كاتبه على ألف درهم على أن لا يخرج من المصر أو على أن لا يسافر فالشرط فاسد لانه مخالف لمقتضى العقد لان العقد يقتضي اشكاله الحجر واقتراح طريق الاطلاق له الى أي بلد ومكان شاء فيفسد الشرط لكن لا يفسد عقد الكتابة لانه شرط لا يرجع الى صلب العقد ومثله من الشروط لا يوجب فساد العقد لما ينشأ من المقة فلو انما أدت الالف في المسئلة الاولى عتقت في قول عامة العلماء وقال بشر بن غياث المرسي لا تعتق وجهه قوله ان المولى جعل شرط العتق شينين الالف ووطأها والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما كما اذا كاتبها على ألف ووطئ من خمر فأدت الالف دون الخمر ولنا ان الوطء لا يصلح عوضا في المكاتبة فلا يتعلق العتق به فالحق ذكره لعدم بخلاف الخمر فانه يصلح عوضا في الجملة لكونه مالا مقدورا للتسليم فلم يلحق بالعدم وتعلق العتق بادائها اذا أدت فعتقت ينظر الى قيمتها فان كانت قيمتها ألف درهم فلا شيء للمولى عليها

ولا لها على المولى لانها مضمونة بالقيمة لكونها مقبوضة بحكم عقد فاسد والمقبوض بحكم عقد فاسد مضمون لانه يجب عليه رده وهو عاجز عن رد عينه فيرد القيمة لقيامها مقام العين كذا ههنا وجب عليها رد نفسها وقد عجزت لنفوذ العتق فيها فتزد القيمة وهي ألف درهم وقد وصل بنامه الى المولى فلا يكون لاحدهما بعد ذلك على صاحبه سبيل كالمو باع رجل من آخر عبده بالف درهم ورطل من خمر وقبض البائع الالف وسلم العبد الى المشتري وهلك في يده لا يرجع أحدهما على صاحبه لو وصول ما يستحقه البائع على المشتري اليه فكذا ههنا وان كانت قيمة الخارية أكثر من ألف رجوع المولى عليها بما زاد على الالف لانها مضمونة بكامل قيمتها وما أدت اليه كمال قيمتها فيرجع عليها رصا وهذا كما اذا باع عبده من ذمي بألف ورطل من خمر وقبض الالف وسلم العبد وهلك في يد المشتري وقيمتها أكثر من ألف انه يرجع بما زاد لما قلنا كذا ههنا وان كانت قيمة المكاتب أقل من الالف وأدت الالف وعتقت هل يرجع على المولى بما أخذ من الزيادة على قيمتها قال أصحابنا الثلاثة ليس لها ان ترجع وقال زفرها ان ترجع بالزيادة على المولى وجه قوله ان المولى أخذ منها زيادة على ما يستحقه عليها فكانت الزيادة مأخوذة بغير حق فيجب ردها كما في البيع الفاسد اذا استهلك المشتري المبيع انه ان كانت قيمته أكثر من الثمن يرجع البائع على المشتري بالزيادة وان كانت قيمته أقل يرجع المشتري على البائع بفضل الثمن كذا ههنا ولنا انها لو رجعت عليه لأدى الى ابطال العتق لانها عتقت باء الكاتبة فلم يسلم المؤدى للمولى لا يسلم العتق للمكاتب والعتق سألها فيسلم المؤدى للمولى لان عقد المكاتب مشتمل على المعاوضة وعلى التعليق واعتبار جانب المعاوضة بوجوب لها حق الرجوع عليه بما زاد على القيمة واعتبار معنى التعليق لا بوجوب لها حق الرجوع كما لو قال لها ان أدبت الى ألفا فانت حرة فادت ألفا وخمسمائة وقيمتها ألف عتقت ولا ترجع عليه بشئ فيقع الشك في ثبوت حق الرجوع فلا يثبت مع الشك وكذا لو كاتبها وهي حامل على ألف ان ما في بطنها من ولد فهو له وليس في المكاتب أو كاتبة أمة على ألف درهم على ان كل ولد تلده فهو للسيد فالمكاتب فاسدة لانه شرط شرطاً مخالفاً لموجب العقد لان موجه ان يكون كل ولد تلده يكون مكاتباً تبعاً لها فكان هذا شرطاً فاسداً وانه داخل في صلب العقد لانه يرجع الى البدل فيوجب فساد العقد وان أدت الالف عتقت لما قلنا ثم اذا عتقت ينظر الى قيمتها الى المؤدى على ما ذكرنا وكذا لو كاتب عبده على ألف درهم وعلى ان يخدمه ولم يبين مقدارا لخدمة فادى الالف عتق لما قلنا ثم ينظر الى قيمته الى الالف على ما وصفنا ولو كاتبه على ألف منجمة على انه ان عجز عن نجم منها فكاتبته ألفا درهم لم تجز هذه المكاتب لتمكن العذر في البذل لانه لا يدري انه يعجز أو لا يعجز ويمكن الجهالة فيه جهالة فاحشة فيفسد العقد ولهمى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفتين في صفقة وهذا كذلك ولو كاتبه على ألف يؤديها الى غريم له فهو جائز وكذا اذا كاتبه على ألف يضمنها الرجل عن سيده فالمكاتب والضمان جائز ان بخلاف البيع اذا باع عبداً بألف درهم يؤديها الى فلان أو على ان يضمنها المشتري عن البائع لفلان ان البيع فاسد لان البيع يفسد بالشرط الفاسد وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد والكتابة لا تفسد بالشرط الفاسد اذا لم تكن في صلب العقد كما لو كاتبه على ألف على ان لا يخرج من المصر أو لا يسافر الا ان هنالك شرط الضمان باطل وههنا جائز لان ضمان المكاتب عن سيده وكفايته عنه بما عليه مقيد جائز لان ذلك واجب عليه فلا يكون متبرعا في الضمان وضمان المكاتب عن الاجنبي انما لا يصح لكونه متبرعا ولم يوجد فان كاتبه على ألف درهم منجمة على ان يؤدي اليه مع كل نجم أو اسمى نوعه جاز لان مكاتبته على بدل معلوم حيث سمي نوع الثوب فصار الالف مع الثوب بدلا كاملا وكل واحد منهما معلوم ألا ترى ان كل واحد منهما مالم لو اقر في العقد جاز وكذا اذا جع بينهما وقد قال أصحابنا انه لو ذرغ مثل ذلك في البيع جاز بان يقول بعتك هذا العبد بالف درهم على ان تعطيني معه مائة دينار وتصير الالف والمائة دينار ثمننا لما قلنا كذا ههنا وكذلك ان قال على ان تعطيني مع كل نجم عشرة دراهم وكذلك لو قال على ان تؤدي مع مكاتبك ألف درهم لان الكل صار بدلا في العقد ولو كاتبه على ألف درهم وهي قيمته على انه اذا أدى وعتق عليه فعليه ألف أخرى جاز وكان الامر على ما قاله اذا

أدى الالف عتق وعليه ألف أخرى بعد العتق لانه لو جعل الالفين جميعا بدل الكتابة لجاز ولو جعلهما جميعا بعد العتق لجاز كذا اذا جعل البعض قبل العتق والبعض بعده اعتبارا للجزء بالكل وان كاتبه على ألف درهم على نفسه وماله يعني على ان يكون المكاتب أحق بنفسه وماله فهو جاز وان كان للعبد ألف أو أكثر ولا يدخل بينه وبين عبده ربا كذا ذكر في الاصل وفرق بينه وبين البيع اذا باع عبده مع ماله بالف درهم ومال العبد ألف درهم انه لا يجوز البيع لان الالف يقابل الالف فيبقى العبد زيادة في عقد المعاوضة لا يقابلها عوض فيكون ربا ولا يتحقق الربا هنا لان الربا لا يجري بين العبد وسيدته هذا معنى ما أشار اليه في الاصل ثم مال العبد ما يحصل بعد العقد بجارته أو بقبول الهبة والصدة لان ذلك ينسب الى العبد ولا يدخل فيه ما كان من مال المولى في يد العبد وقت العقد لان ذلك لا ينسب الى العبد ولا يدخل فيه الارش والعقروان حصلا بعد العقد يكون للمولى لانه لا ينسب الى العبد بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين انه لا يجوز ويكون ربا لان مراد محمد في قوله انه لا يجري الربا بين العبد وسيدته فيما ليس بمعاوضة مطلقة والكتابة وان كان فيها معنى المعاوضة فليست بمعاوضة مطلقة وجريان الربا يختص بالمعاوضات المطلقة بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لان ذلك معاوضة مطلقة لان المولى كالا جنبي عن كسب المكاتب فهو الفرق ولو اختلفا فقال المولى كان هذا قبل عقد الكتابة وقال المكاتب كان ذلك بعد العقد فالقول قول المكاتب لان الشئ في يده فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولو قال العبد كاتبني على ألف درهم على ان أعطيها من مال فلان فكاتبه على ذلك جازت الكتابة لان هذا شرط فاسد والشروط الفاسدة لا تبطل الكتابة اذا لم تكن داخلية في صلب العقد فلو كاتبه على ألف درهم على انه بالخيار أو على ان العبد بالخيار يوما أو يومين أو ثلاثة أيام جاز لان دلائل جواز الكتابة لا توجب الفصل ولان الحاجة قد تدعو الى شرط الخيار في الكتابة كما تدعو اليه في البيع وهو الحاجة الى التأمل ولان الكتابة عقد قابل للفسخ ولا يعتبر فيه القبض في المجلس فجاز ان يثبت فيه خيار الشرط كالبيع فان قيل ثبوت الخيار في البيع استحسان عندكم فلا يجوز قياس غيره عليه فالجواب ما ذكرنا ان عندنا يجوز القياس على موضع الاستحسان بشرطه وهو ان يكون الحكم في موضع الاستحسان معقول المعنى ويكون مثل ذلك المعنى موجودا في موضع القياس وقد وجد ههنا على ما ذكرنا ولا يجوز شرط الخيار فيه أكثر من ثلاثة أيام في قول أبي حنيفة فان أبطل خياره في الايام الثلاثة جاز كالبيع وان لم يبطل حتى مضت ثلاثة أيام يمكن الفساد كما في البيع وعندهما يجوز قلت المدة أو كثرت بعد ان كانت معلومة من شهر أو نحو ذلك كما في البيع

فصل وأما بيان ما يملك المكاتب من التصرفات وما لا يملكه فله ان يبيع ويشترى لانه صار مأذونا في التجارة والبيع والشراء من باب التجارة وله ان يبيع بقليل الثمن وكثيره وبأى جنس كان وبالنقد وبالنسيئة في قول أبي حنيفة وعندهما لا يملك البيع الا بما يتغابن الناس في مثله وبالدرهم والدنانير وبالنقد لا بالنسيئة كالمكيل بالبيع المطلق وهي من مسائل كتاب الوكالة وله ان يبيع ويشترى من موله لان المكاتب فيما يرجع الى مكاسبه ومافعه كالخرف كان فيها بمنزلة الاجنبي فيجوز بيعه من موله وشراؤه منه كما يجوز ذلك من الاجنبي الا انه لا يجوز له ان يبيع ما اشتري من موله مباحة الا أن يبين وكذلك المولى فيما اشتري منه لان بيع المباحة يبيع أمانة فيجب صيانته عن الخيانة وشبهة الخيانة ما يمكن وكسب المكاتب مال المولى من وجه فيجب أن يبين حتى يرفع الشبهة ولا يجوز له ان يبيع من موله درهم بدرهمين لانه بعقد المكاتب صار أحق بمكاسبه فصار كالا جنبي في المعاوضة المطلقة وكذا لا يجوز ذلك للمولى لما بينا وله ان يأذن لعبده في التجارة لان الاذن في التجارة وسيلة الى الاكتساب والمكاتب مأذون في الاكتساب فان لحقه دين يبيع فيه الا ان يؤدي عنه المكاتب لان اذنه قد صح فصحت استدانته فيباع فيه كما في عبد الحر وله ان يحط شيئا بعد البيع لعباد ادعى عليه أو يزيد في ثمن شي قد اشتراه لانه بالكتابة صار مأذونا بالتجارة وهذا من عمل التجارة وليس له ان يحط بعد

البيع بغير عيب ولو فعل لم يجوز لانه من باب التبرع وهو لا يملك التبرع وله أن يرد ما اشترى بالبيع إذا لم يرض به سواء اشترى من أجنبي أو من مولا لانه أولى بكسبه من مولا فصار كالعبد المأذون إذا كان عليه دين وله الشفعة فيما اشتراه المكاتب لأن املاهم أمخيزة ولهذا جاز بيع أحد همن صاحبه فصارا كالأجنيين وله أن يأذن لعبد في التجارة لانه من باب الاكتساب ولا يجوز هبة المكاتب شيئا من ماله ولا اعتاقه سواء عجز بعد ذلك أو عتق وترك وفاء لأن هذا كله تبرع وكسب المكاتب لا يحتمل التبرع وحكى عن ابن أبي ليلى أنه قال عتقه وهبته موقوفان فان عتق يوما مضى ذلك عليه وان رجع ملو كابطل ذلك وجه قوله ان حال المكاتب موقوف بين ان يعتق وبين ان يعجز فكذا حال عتقه وهبته والجواب ان العقد عندنا إنما يتوقف اذا كان له مجزئ حال وقوعه وههنا لا مجزئ عتقه حال وقوعه فلا يتوقف فاذا وهب هبة أو تصدق ثم عتق ردت اليه الهبة والصدقة حيث كانت لأن هذا عقد لا مجزئ حال وقوعه فلا يتوقف وسواء كان الاعتاق بغير بدل أو ببدل أما بغير بدل فلما قلنا وأما ببدل فلان الاعتاق يبطل ليس من باب الاكتساب لأن العتق فيه ثبت بنفس القبول ويبقى البطل في ذمة المفلس ولا يملك التعليق كمال يملك التجيز كالمالك قال لانه دخلت الدار فانت حر لا يصبح وكذا اذا قال ان ادبت الى ألفا فانت حر لا يصبح لان ذلك تعليق وليس بمكاتبه لما ذكرنا في كتاب العتاق وللمكاتب ان يكاتب عبدا من اكسابه استحسانا والقياس ان لا يجوز لانه عقد يفضى الى العتق فلا يجوز كالمالك لاعتقه على مال وجه الاستحسان ان المكاتب نوع اكتساب المال والمكاتب يملك اكتساب المال ولهذا ملك البيع وكذا المكاتب بخلاف الاعتاق على مال فان ذلك ليس باكتساب المال الا ترى ان المكتسب بعد الاعتاق لا يكون له بل يكون للعبد وانما المكاتب له دين يتعلق بذمة المفلس فكان ذلك اعتاقا بغير بدل من حيث المعنى وفي المكاتبه المكتسب يكون للمكاتب فلم يكن اعتاقا بغير بدل فافترقا وكذا لو اشترى بالمكاتب ذارحم محرم منه لا يعتق لان شراء القريب اعتاق وهو لا يملك الاعتاق ولو اشترى ذارحم محرم من مولا لا يعتق على مولا لان هذا كسب المكاتب والمولى لو عتق عبدا من اكسابه صريحا لا يعتق فبالشراء أولى فان أدى الاعلى أولا عتق وثبت ولاؤه من المولى لان العتق حصل منه فاذا أدى الاسفل بعد ذلك ثبت ولاؤه من الاعلى لانه بالعتق صار من أهل ثبوت الولاء منه وان أدى الاسفل أولا يعتق ويثبت ولاؤه من المولى ولا يثبت من الاعلى لانه ليس من أهل ثبوت الولاء فان عتق بعد ذلك لا يرجع اليه الولاء لان ولاه العتاق متى ثبت لا يحتمل الانتقال بحال وان أدى جميعا معا ثبت ولاؤه من المولى وليس للمكاتب أن يكاتب ولده ولا والده ولا يصل ان كل من لا يجوز له أن يبيعه لا يجوز له أن يكاتبه الا أم ولده لان هؤلاء يعترفون بعتقه فلا يجوز أن يسبق عتقهم عتقه ولا أنهم قد دخلوا في كتابة المكاتب فلا يجوز أن يكاتبوا ثانيا بخلاف أم الولد ولا يملك التصديق الا بشئ يسير حتى لا يجوز له أن يعطى فقيرا درهما ولا أن يكسوه ثوبا وكذا لا يجوز أن يهدي الا بشئ قليل من المأكول وله أن يدعو الى الطعام لان ذلك عمل التجار وقد روى ان سلمان رضى الله عنه أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان مكاتباً فقبل ذلك منه وكذا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يحيب دعوة المملوك ولان ذلك وسيلة الى اداء مال الكتابة لانه يجذب قلوب الناس فيحملهم ذلك على الاهداء اليه فيمكن من اداء بدل الكتابة ويملك الاجارة والاعارة والايذاء لان الاجارة من التجارة ولهذا ملك المأذون بالتجارة والاعارة والايذاء من عمل التجار وضرورات التجارة ولا يجوز له أن يقرض لان القرض تبرع باجداً وقيل معنى قوله لا يجوز أى لا يطيب للمستقرض أكله لان لا يملك المستقرض حتى لو تصرف فيه ثم تصرفه لانه تصرف في ملكه ويكون المستقرض مضمونا عليه وهذا كما قلنا في حق الاعتاق انه لا يجوز ومعناه انه لا يطيب له أكله لكنه يكون مضمونا عليه حتى لو كان عبدا فاعتقه نفذا اعتاقه لانه أعنت ملك نفسه كذا قرض المكاتب ولا يجوز وصيته لانها تبرع ولا يجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالنفس باذن المولى ولا بغير اذنه لانها تبرع أما الكفالة بالنفس فلانها التزام تسليم النفس من غير عوض والكفالة بالمال التزام تسليم المال من غير

غير عوض ان كانت بغير اذن المكفول عنه وان كانت باذنه فهي وان كانت مبادلة في الاتهاء فهي تبرع في الابتداء
والمكاتب ليس من أهل التبرع وسواء أذن المولى فيها أو لم يأذن لأن المولى لا يملك كسبه فلا يصح اذنه بالتبرع
ويجوز له أن يتوكل بالشراء وان كان ذلك يوجب ضمنا عليه للبائع وهو الثمن لأن عند بعض مشايخنا ملك المبيع ثبت
له أو لا ثم ينتقل منه إلى الموكل فصار كالبيع منه وعند بعضهم ان كان لا يثبت له لكن الوكالة من ضرورات التجارة فان
أدى فعتق لزومه الكفالة لأن الكفالة وقعت صحيحة في حقه لأنه أهل الا انه لا يطالب به في الحال لأنه لم يصبح في حق
المولى فاذا عتق فقد زال حق المولى فيطالب به كالعبد المحجور اذا كفل ثم عتق بخلاف الصبي اذا كفل ثم بلغ لأن
الصبي ليس من أهل الكفالة لأنه ليس له قول صحيح في نفسه بخلاف العبد تصرف في ملكه ونحو كفالة عن سيده
لأن بدل الكتابة واجب عليه فلم يكن متبرعا بها والاداء اليه إلى غيره سواء وهل يجوز له قبول الحوالة فهذا على
وجهين ان كان عليه دين لا نسيان وعلى صاحب الدين دين لا آخر فاحاله على المكاتب فهو جائز لأنه ضمن مالا كان
واجبا عليه فلم يكن متبرعا ولا فرق بين أن يؤدي إلى هذا وإلى غيره وان كان لا نسيان على آخر دين فاحاله على المكاتب
وقبل الحوالة وليس عليه دين للذي أحال عليه لا يجوز لأنه تبرع وله أن يشارك حرا شركة عنان وليس له أن يشارك
شركة مفوضة لأن معنى المفوضة على الكفالة وهو ليس من أهل الكفالة وشركة العنان غير مبنية على الكفالة بل
على الوكالة والمكاتب من أهل الوكالة ولو كاتب الرجل عبدين لمكاتبته واحدة على ألف درهم على أن كل واحد
منهما كفيل عن صاحبه فهذه المسئلة على ثلاثة أوجه امانا ان كاتبهما على مال وجعل كل واحد منهما كفيل
عن صاحبه واما ان كاتبهما على مال ولم يجعل كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ولكنه قال ان أدبا عتقا وان
عجزا ردا في الرق واما ان كاتبهما على مال ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه ولم يقل أيضا ان أدبا عتقا وان عجزا
ردا في الرق أما اذا كاتبهما على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فالنسيان أن لا تجوز هذه الكتابة وفي
الاستحسان تجوز اذا قبل وجه القياس ان هذه كتابة بشرط الكفالة وكفالة المكاتب عن غير المولى لا تصح ولأنه
كفالة يبدل الكتابة والكفالة يبدل الكتابة باطلا وجه الاستحسان ان هذا ليس بكفالة في الحقيقة بل هو تعليق
العتق بالاداء والمولى يملك تعليق عتقهما باداء كل واحد منهما ولو فعل هكذا كان جائزا كذلك هذا وأما اذا كاتبهما
على ألف درهم على أنهما ان أدبا عتقا وان عجزا ردا في الرق فكذلك الجواب في قول علماءنا الثلاثة وعند زفر كل واحد
منهما مكاتب على حدة فأيهما أدى حصته يعتق وجه قوله ان كل واحد منهما يلزمه كتابة نفسه خاصة فلا
يجب عليه كتابة غيره مالم يشترط ولم يوجد الشرط ولنا ان المولى علق عتقهما باداء ألف فلم يوجد لا يقع العتق كما
إذا قال لعبدين له ان دخلتهما هذه الدار فأتيا حران فدخل أحدهما لا يعتق مالم يدخل جميعا فكذلك ههنا لا يعتق
واحد منهما الا باداء ألف واذا لم يعتق واحد منهما الا باداء ألف صار جميع ألف على كل واحد منهما فصار كما
إذا كفل كل واحد منهما عن صاحبه ونظير هذا الاختلاف ما قالوا في كتاب الطلاق والعتاق ان من قال
لامرأتين له ان شئتما طائلا لقان أو قال لعبدين له ان شئتما فأتيا حران انه على قول زفر أيهما شاء يعتق وانصرف مشيئة
كل واحد منهما إلى عتق نفسه وطلاق نفسها وفي قول علماءنا الثلاثة مالم توجد مشيئتهما جميعا في طلاقيهما جميعا أو
في عتقيهما جميعا لا يعتق واحد منهما كذلك ههنا وأما الفصل الثالث وهو ما اذا كاتبهما على ألف درهم ولم يقل ان
أدبا عتقا وان عجزا ردا في الرق فأيهما أدى حصته فانه يعتق في قولهم جميعا لأنه لم يعلق عتقهما باداءهما جميعا فانصرف
نصيب كل واحد منهما إليه خاصة وصار كل واحد منهما مكاتب على حدة ثم اذا كاتبهما كتابة واحدة فادى
أحدهما شيئا منه كان له أن يرجع على صاحبه بنصفه بخلاف ما اذا كان الدين على رجلين وكل واحد منهما كفيل
عن صاحبه فادى أحدهما شيئا منه لا يرجع على صاحبه مالم يجاوز النصف فاذا جاوز النصف يرجع على صاحبه
بإزاء وجه الفرق ان في مسألتنا هذه لو جعلنا أداء عن نفسه أدى ذلك إلى تغيير شرط المولى لأنه يعتق ومن شرط

المولى عتقهما جميعا فاذا كان الامر هكذا فكان أدأؤه عن نفسه وعن صاحبه حتى لا يؤدي الى تغير شرط المولى وهذا
المعنى لم يوجد في تلك المسئلة فان أدأؤه عن نفسه لا يؤدي الى تغير شرط المولى فكان أدأؤه عن نفسه الى النصف لان
نصف الدين عليه فان مات أحد المكاتبين لا يسقط شيء من الكتابة ويؤخذ من الحى جميع الكتابة وبمثله لو
أعتق أحدهما سقطت حصته ووجه الفرق بينهما ان الميت من أهل أن تكون عليه الكتابة ألا ترى ان المكاتب
اذا مات عن وفاء يؤدي كتابته وكذا لو ترك ولداتؤخذ منه الكتابة فاما المعتق فليس من أهل أن تجب عليه الكتابة
ألا ترى ان المكاتب لو كان واحدا فاعتقه المولى بطلت عنه الكتابة وكذلك ههنا تبطل حصته والمولى بالخيار ان
شاء أخذ بحصته المكاتب وان شاء أخذ المعتق بحق الكفالة فان أخذ المكاتب لا يرجع عليه لانه أدى دين نفسه
وان أخذ المعتق وأدى رجوع على المكاتب لانه كفيه ولا يجوز للمكاتب أن يزوج بغير إذن مولاه وكذا المكاتب
لان المكاتب عبد مابق عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر
ولان المولى يملك رقبته المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين انه لا يفرد
أحدهما بالنكاح ولا يزوج ابنه وابنته لان جواز الانكاح يعتمد بالولاية ولا ولاية له اذ هو عبد ولا يزوج عبدهما
قلنا ويزوج أمته ومكاتبته لان تزويجهما من باب الاكتساب وعقد الكتابة عقد اكتساب المال بخلاف
تزوج العبد لانه يتعلق المهر برقبته فلم يكن اكتسابا ويجوز اقراره بالدين واستيفائه لان ذلك من ضرورات
التجارة والمكاتبه اذن بالتجارة فكان هو اذنا بما هو من ضرورات التجارة ولا يجوز وصية للمكاتب في ماله وان
ترك وفاء أما اذا لم يترك وفاء فلا شك فيه لانه مات عبدا فلا يجوز وصيته وأما اذا ترك وفاء فلا نا وان حكمنا بعتقه
فانما حكمنا بقبيل الموت بلا فصل وتلك الساعة لطيفة لا تنسج للفظ الوصية ولو أوصى ثم أدى الكتابة في حال
حياته وعتق فان وصيته على ثلاثة أوجه في وجه لا تجوز بالاجماع وفي وجه تجوز بالاجماع وفي وجه اختلفوا فيه
فاما الوجه الذي تجوز بالاجماع فهو ان يقول اذا عتقت فثلث مالى وصية فادى فعتق ثم مات صحت وصيته بالاجماع
لانه أضاف الوصية الى حال الحرية والحر من أهل الوصية وأما الوجه الذي لا تجوز بالاجماع وهو ان يوصى بعين
ماله لرجل فادى فعتق ثم مات لا يجوز لانه ما أضاف الوصية الى حال الحرية وانما أوصى بعين ماله فيتعلق بملكه
في ذلك الوقت وهو ملك المكاتب وملك المكاتب لا يحتمل التبرع فلا يجوز الا اذا أجاز تلك الوصية بعد العتق
فتجوز لان الوصية مما يجوز الاجازة بدليل ان رجلا لو قال لو زنته أجزت لكم أن تعطوا ثلث مالى فلا نا كان ذلك
منه وصية وأما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو ما اذا أوصى بثلث ماله ثم أدى وعتق ثم مات قال أبو حنيفة لا تجوز
الوصية إلا أن يحددها بعد العتق لانهما تعلق بملك المكاتب وملكه لا يحتمل المعروف وقال أبو يوسف ومحمد تجوز
وهذا نظير ما ذكرنا في كتاب العتاق انه اذا قال العبد أو المكاتب كل مملوك أملكه اذا أعتقت فهو خر فاعتق ثم ملك
مملوكا يعتق بالاجماع ولو لم يقل اذا أعتقت لا يعتق بالاجماع ولو قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو خر فعتق وملكه
مملوكا لا يعتق في قول أبي حنيفة وعندهما يعتق والحجج على نحو ما ذكرنا في العتاق ويجوز للمكاتب قبول الصدقات
لقوله تعالى في آية الصدقات وفي الرقاب قيل في التفسير ما أداها المكاتبون ويحل للمولى أن يأخذ ذلك من قضاء من
المكاتبية ويحل له تناوله بعد المعجز وان كان المولى غنيا لان العين تختلف باختلاف أسباب الملك حكما وان كانت
عينا واحدة حقيقة والا صل فيه ما روى ان بريرة رضى الله عنها كانت يتصدق عليها وكانت تهدي ذلك الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم وكان يأكل منه ويقول هو لها صدقة ولنا هدية وكذلك الفقير اذا مات وترك مالا جمعه من
الصدقات وبارئ غنى يحل له أكله لما قلنا ولو أوصى المكاتب الى رجل أى جعله وصيا ثم مات فان مات من غير وفاء
بطل ايصاؤه لانه مات عبدا والعبد ليس من أهل الايصاء وان مات بعد ما أدى بدل الكتابة جاز الايصاء وتكون
وصيته كوصية الحر لان الولاية انما تنتقل اليه عند الموت وعند الموت كان حرا فتنقل الولاية اليه فصار كوصى الحر

وان مات عن وفاق ولم يؤد في حال حياته فان وصيه يكون وصيا على أولاده الذين دخلوا في كتابته دون الاولاد
الاحرار الذين ولدوا من امرأة حرة ويكون أضعف الا وصياء كوصي الام فيكون له ولاية الحفظ ولا يكون له ولاية
البيع والشراء على رواية الزيادات وعلى رواية كتاب القسمة جعل كوصي الاب حيث أجاز قسمته في العقارات
والقسمة تمنع البيع والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يملك المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه فيشتمل عليه حكم المكاتبه نذكره في
فصل الحكم ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما صفة المكاتبه فنوعان أحدهما ان يعقد لزام من جانب المولى اذا كان صحيحا حتى لا يملك فسخه
من غير رضا المكاتب اذا لم يحل نجم أو نجمان على الخلاف غير لازم في جانب المكاتب حتى يفرد بفسخه من غير
رضا المولى لأنه عقد شرع نظر العبيد وتماثل نظرهم ان لا يلزم في حقهم ويجوز رد المكاتب الى الرق وفسخ الكتابة
دون قضاء القاضي عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى لا يجوز رده الا عند القاضي لان العقد قد صبح فلا يفسخ الا
بقضاء القاضي ولنا ما روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه أجاز ذلك ولم ينقل عن غيره خلافاً وبالله اشارة في
الاصل فقال بلغنا ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما ولان المكاتب قد ثبت له الخيار في عقد الكتابة لان له ان يعجز
نفسه ومن له الخيار في العقد اذا فسخ العقد يصح فسخه دون القاضي كالبيع بشرط الخيار وغيره فاما الفاسد منه فغير
لازم من الجانبين حتى يفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير رضا الآخر لان العقد الفاسد واجب النقص
والفسخ حق للشرع رفعاً للفاسد كالبيع الفاسد وغيره والثاني انها متجزئة في قول أبي حنيفة وعندهما غير
متجزئة لانها عقد يفضى الى العتق والعتق متجزئ عنده وعندهما لا يتجزأ كذا المكاتبه وعلى هذا يخرج ما اذا
كتب رجل نصف عبده انه جازت الكتابة في النصف وصار نصفه مكاتباً عند أبي حنيفة لان الكتابة متجزئة
عنده فصحت في ذلك النصف لا غير وصار في النصف الآخر مأذوناً بالتجارة لان الكتابة تقتضي وجوب أداء
بدل الكتابة ولا يمكنه الاداء الا بالاذن والاذن لا يتجزأ أقصا اذ كان في قدر الكتابة اذ نافي الكل فصار
أما ذوناً في الكل ونصفه مكاتب فان أدى عتق نصفه وصار النصف الآخر مستسعى فان شاء عتق وان شاء
استسعى غير مشقوق عليه بمنزلة رجل اعتق نصف عبده فان اكتسب العبد ما لا قبل الاداء فنصفه له ونصفه
للمولى في قول أبي حنيفة لان نصفه مكاتب ونصفه رقيق في قولهما واكتسب كله للمكاتب لانه كله صار مكاتباً
وما اكتسب بعد الاداء فكله للمكاتب بالاجماع وليس للمولى فيه شيء اما على قولهما فلا يشكل لانه حر عليه دين
وأما على أصل أبي حنيفة فلا ان المستسعى كالمكاتب واكتسب المكاتب له واذا كتب نصف عبده ثم أراد أن يحول بينه
وبين الكسب لم يكن له ذلك لانه لما كتب نصفه فقد اذن له بالاكتساب لانه لا يتوصل الى اداء بدل الكتابة الا
بالكسب فلا يملك الحجر عليه الا بعد فسخ الكتابة ولا يفسخ الا برضاه بخلاف العبد المأذون كله انه يملك حجره
ومنعه من الاكتساب لانه انما صار مأذوناً بالقول فيصير محجوزاً عليه بحجره والاذن ههنا لا يثبت بالقبول بل بمتنفي
الكتابة فلا يصير محجوزاً عليه الا بفسخ الكتابة فان اراد ان يخرج من المصرفه منه بالقياس ولكن استحسن ان
لا يمنعه وكذلك اذا اراد ان يستخدمه يوماً أو يستسعيه يوماً ويحلى عنه يوماً للكسب له ذلك في القياس ولكن
استحسن ان لا يتعرض له في شيء حتى يؤدي أو يعجز كذا ذكر في الاصل وجه القياس ان نصفه رقيق لم تنزل
يده عنه فله أن يمنعه من الخروج من المصرف لاجل النصف فيقول له ان كان نصفك مكاتباً فالنصف الآخر غير
مكاتب في المنع فكان له أن يمسكه ويستخدمه يوماً كالعبد المشترك وجه الاستحسان انه بعقد الكتابة صار مأذوناً
بالاكتساب وذلك بالخروج الى المصاف فلا يجوز له منعه وان يحول بينه وبين الاكتساب بالاستخدام ولا يمكنه
أن يخرج بالنصف دون النصف أو يستخدم النصف دون النصف فاما ان يجعل النصف الذي هو مكاتب تبعا

لنصف الذي ليس بمكاتب أو يحمل النصف الذي هو غير مكاتب تبعاً للنصف الذي هو مكاتب وهذا الثاني أولى لأن الحرية والرق إذا اجتمعا غلبت الحرية والرق وفي الكتابة شعبة من العتق لأنها تعقد للعتق في المستقبل وهي سبب من أسبابه وإذا كاتب نصف عبده ثم أراد أن يبيع الباقي فإن باعه من غير العبد لا يجوز لأن حق الحرية تعلق بالرقبة فلا يجوز بيعه من غيره كما لو اعتق نصفه أو دبر نصفه ثم باعه أنه لا يجوز كذا هذا أولاً لأن المكاتب له أن يكتب ويخرج من المصر بغير إذن المولى فصار كانه باعه بشرط أن لا يسلم إلى المشتري ولو فعل هكذا كان البيع فاسداً كذلك هذا ولو باع نصف نفسه من العبد لا يجوز لأن بيع العبد من نفسه بيع في الحقيقة بل هو اعتاق بمال بدليل أن الولاء يثبت منه بدليل أنه لو باع نفس المدبر من المدبر يجوز ولو كان بيعاً لما جاز وإذا اعتق نصفه فالعبد بالخيار أن شاء أدى الكتابة وعتق وإن شاء عجز ويسعى في نصف قيمته لأنه يوجه البها وجهها عتق في ذلك النصف عتق بإداء الكتابة وعتق بالسعاية فله أن يعمل إلى أي الوجهين شاء عبد بين رجلين كاتبه أحدهما فلا ملام لا يخلو أماً أن كاتب نصفه أو كله وكل ذلك لا يخلو أماً أن يكون باذن شريكه أو بغير اذنه وإذا أذن فلا يخلو أماً أن أذن له بقبض بدل الكتابة أو لم يأذن فإن كاتب نصفه بغير إذن شريكه صار نصيبه مكاتباً لكن لشريكه أن ينقض الكتابة لأنه يتضرر به في الحال وفي ثاني الحال لأنه لا يجوز بيعه في الحال لأن نصفه مكاتب وفي الثاني يصير مستسعي فكان له حق الفسخ والكتابة تحتل الفسخ ولا يصح فسخه إلا بقضاء الداعي لأن الشريك الذي كاتب تصرف في ملك نفسه فلا يفسخ تصرفه إلا بقضاء القاضي أو برضا العبد فإن لم يعلم به الشريك حتى أدى عتق نصفه لأن الكتابة نفذت في نصيبه فإذا وجد شرط العتق عتق ثم الذي لم يكتب له أن يرجع على الشريك فيقبض منه نصف ما أخذ لأن ما أخذه كان كسب عبد بينهما فكان له أن يشارك في المأخوذ ثم الذي كاتب له أن يرجع على العبد بما قبض شريكه منه لأنه كاتبه على بدل ولم يسلم له إلا نصفه فكان له أن يرجع عليه إلى تمام البدل وما يكون من الكسب في يد العبد له نصفه بالكتابة ونصفه لشريكه الذي لم يكتب هذا في الكسب الذي اكتسبه قبل الإداء وأما ما اكتسبه بعد الإداء فهو له خاصة لأنه بعد الإداء يصير مستسعي والمستسعي أحق بمنافعه ومكاسبه من السيد فإن اختلف العبد والمولى فقال العبد هذا كسب اكتسبته بعد الإداء وقال المولى بل اكتسبته قبل الإداء فقول قول العبد لأن الكسب شيء حادث في حال حدوثه إلى أقرب الأوقات وصار الحكم بعد كيد بين اثنين أعتقه أحدهما فإن كان موسراً فالشريك ثلاث اختيارات وإن كان معسراً فخير إن هذا إذا كان بغير إذن الشريك فإذا كان باذنه فإن كان لم يأذن له بقبض الكتابة فهذا الأول وسواء الألف في فصلين أحدهما أنه لا يكون له حق الفسخ ههنا لوجود الرضا والثاني أنه ليس له أن يضمه نصف قيمة العبد بعد ما عتق لأنه رضى بالعتاق حيث أذن له في الكتابة وإن كان أذن له بقبض بدل الكتابة فهذا الأول وسواء الألف في ثلاثة فصول اثنان قد ذكرناهما والثالث أن ما قبض ليس له أن يشاركه هذا إذا كاتب النصف فاما إذا كاتب الكل فهذا الأول وسواء الألف في فصل واحد وهو أنه إذا أخذ الشريك منه نصف ما قبض من الكتابة لا يرجع بذلك على المكاتب هذا إذا كان بغير إذن الشريك فاما إذا كان باذنه وإجاز قبل أن يؤدي صار مكاتباً بينهما فلا يعتق جميعه إلا بإداء الألف إليهما جميعاً فإذا أدى إليهما معاً عتق وإن أدى إلى أحدهما أولاً لا يعتق لأن الكتابة وقعت بصيغة واحدة هذا إذا لم يأذن له بقبض الكتابة فإن أذن له بقبض الكتابة فإن أدى إليهما عتق كله وإن أدى جميعه إلى الذي كاتب عتق كله والألف بينهما وإن أدى كله إلى الشريك لا يعتق حتى يصل نصفه إلى شريكه وهذا كله قول أبي حنيفة وأما على قولهما فإن كتابة النصف وكتابة الجميع سواء لأن الكتابة عندهما لا تتجزأ فإن لم يحجز صاحبه حتى أدى عتق كله ويأخذ الشريك منه نصف ما قبض ولا يرجع هو على العبد بما قبض منه شريكه ونصف الكسب الفاضل للمكاتب ونصفه للذي لم يكتب والولاء كله للذي كاتبه ويضمن حصه شريكه إن كان موسراً ويسعى العبدان كان معسراً وإن إجاز شريكه صار مكاتباً بينهما فإن أدى إليهما معاً

عتق والولاء بينهما وجميع الكسب للمكاتب وان أدى الى أحدهما لا يعتق حتى يصل نصفه الى الآخر الا اذا
أذن لشريكه قبض الكتابة فان أدى كله الى المأمور عتق وان أدى كله الى الآخر لا يعتق حتى يصل نصفه الى
المأمور ولو كان عبد بين رجلين كاتب كل واحد منهما نصيبه على الافراد بان كاتب أحدهما نصيبه على ألف درهم
ثم كاتب الآخر نصيبه على مائة دينار صار نصيب كل واحد منهما مكاتباً له فاذا أدى اليهما معا عتق وان أدى الى
أحدهما عتق نصيبه ولا يشاركه الآخر فيما قبض لانهما كاتب صار راضياً بكتابته وللمكاتب ان يقضى غريباً
دون غريب ونصيب الآخر مكاتب على حاله فاذا أدى نصيب الآخر عتق والولاء بينهما وان لم يؤد نصيب الآخر
ولكنه عجز صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما والجواب فيه معروف وكذلك لو كاتب كل واحد جميع العبد صار
نصيب كل واحد منهما مكاتباً له بالبدل الذي سمي فما لم يوجد جميع المسمى لا يعتق والحكم فيه ما ذكرنا ان لو
كاتب كل واحد منهما نصيبه وهذا قول أبي حنيفة وأما على قولهما فكتابة البعض وكتابة الكل سواء فان
أدى اليهما عتق والولاء بينهما وان أدى الى أحدهما ولا يعتق كله من المؤدى اليه وثبت الولاء منه ويضمن ان كان
موسراً ويسعى العبدان كان معسراً الا أن على قول محمد يضمن أو يسعى العبد في نصف القيمة أو في كتابة الآخر في
الاقل منهما وقال أبو يوسف بطلت كتابة الآخر وانما يضمن العبد أو يسعى في نصف قيمته لا غير ولو كان عبد
بين اثنين فكتابته جميعاً مكاتباً واحداً فادى الى أحدهما حصته لم يعتق حصته منه ما لم يؤد جميع الكتابة اليهما لانهما
جعلوا شرط عتقه أداء جميع الكتابة فلا يعتق الا بوجود الشرط بخلاف ما اذا كان لكل واحد منهما عبد
فكتابتهما جميعاً مكاتباً واحدة ان كل واحد منهما يكون مكاتباً على حدة حتى لو أدى حصته يعتق لان ههنا
لوجعل لكل نصف مكاتباً على حدة لا أدى الى تغيير شرطهما لان شرطهما ان يعتق بأداء الكل فلا
يعتق أحدهما الا بأداء جميع الكتابة حتى لا يؤدي الى تغيير الشرط وهذا المعنى لم يوجد هناك لان عتق
أحدهما لا يؤثر في الآخر فكان الشرط فيه لغوا مكاتب بين رجلين أعتقه أحدهما قال أبو حنيفة لا ضمان عليه
في ذلك لشريكه موسراً كان أو معسراً لان نصيب الآخر مكاتب على حاله لكون العتق متجزئاً عنده فان أدى
عتق والولاء بينهما لوجود العتاق منهما وان عجز صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما والحكم فيه ما ذكرنا في كتاب
العتاق وعلى قولهما عتق كله لان العتاق لا يتجزأ عندهما والولاء له الا ان على قول أبي يوسف صار حكمه حكم
عبد بين اثنين أعتقه أحدهما وعلى قول محمد ان كان المعتق موسراً ينظر الى قدر نصيب شريكه والى باقي الكتابة فأيهما
كان أقل ضمن ذلك وان كان معسراً يسعى العبد في الاقل فان لم يعتقه أحدهما ولكن دبره صار نصيبه مدبراً ويكون
مكاتباً على حاله لان التدبير لا ينافي الكتابة فان أدى الكل عتق والولاء يثبت منهما وان عجز صار كعبد بين اثنين دبره
أحدهما صار نصيبه مدبراً ولشريكه خمس خيارات ان كان موسراً وان كان معسراً أربع خيارات وهذا قول أبي
حنيفة وفي قولهما صار كله مدبراً لان التدبير لا يتجزأ فبطلت الكتابة ويضمن لشريكه نصف القيمة موسراً
كان أو معسراً في قول أبي يوسف وعلى قياس قول محمد وجب ان يضمن الاقل من نصف القيمة ومن جميع ما بقي
من الكتابة ولو لم يدبره ولكن كاتب جارية فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسب الولد منه وصار نصيبه أم ولد له
أما ثبت النسب فلا خلاف فيه لان المولى اذا ادعى ولد مكاتبته ثبت النسب لان فيه تأويل الملك ثم المكاتب بالخير
ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها لانه قد ثبت لها حق الحرية من وجهين فلما ان تختار ايها
شاءت ولا تصير كلها أم ولد لان الاستيلاء عند نابة تجزأ فيما لا يمكن نقل الملك فيه فان مضت على الكتابة أخذت
منه عقرها واستمانت به على أدائها بدل الكتابة وان عجزت نفسها وردت الى الرق فانها تصير أم ولد للمستولد لان
المعنى المانع من نقل الملك فيها قد زال ويضمن للشريك نصف قيمتها مكاتباً ونصف عقرها ولا يفرم من قيمة الولد
شيئاً وهذا قول أبي حنيفة وعلى قولهما صارت الجارية كلها أم ولد لان الاستيلاء لا يتجزأ وبطلت الكتابة

فيغرم للشريك نصف القيمة ونصف العقر موسراً كان أو معسراً وعلى قول محمد وجب ان يضمن الاقل من نصف العقر ومن كتابة شريكه عبد كافر بين مسلم وذمي كاتب الذمي نصيبه باذن شريكه على خمر جازت الكتابة في قول أبي حنيفة ولا تجوز في قول أبي يوسف ومحمد ولا شركة للمسلم فيما أخذ النصراني منه من الخمر بناء على ان الكتابة متجزئة عند أبي حنيفة كالمعتق فلما كاتب الذمي نصيبه على خمر باذن شريكه وقعت المكتابة على نصيب نفسه خاصة والذمي اذا كاتب نصيبه على خمر جاز كمالوا باع نصيبه بخمر وأما عندهما فالكتابة فاسدة لان من أصلهما ان العقد انعقد لهما حيث كانت باذن شريكه فلما بطل نصيب المسلم بطل نصيب الذمي لانها كتابة واحدة فاذا بطل بعضها بطل كلها ولا شركة للمسلم فيما أخذ النصراني من الخمر لان المسلم ممنوع من قبض الخمر وان كاتباه جميعاً على خمر مكتابة واحدة لم يجز في نصيب واحد منهما أما في نصيب المسلم فلا يشك وأما في نصيب الذمي فلا ان المكتابة واحدة فاذا بطل بعضها بطل الكل ولو أدى اليها معتق وعليه قيمته للمسلم وللذمي نصف الخمر وإنما اعتق بالاداء اليها لان الكتابة فاسدة وهذا حكم الكتابة الفاسدة انه اذا أدى يعتق كما اذا كاتب المسلم عبده على خمر فادى الا انه لا يسمى في نصف قيمته للمسلم ولا يسمى في نصيب الذمي لان الذمي قد سلم له شرطه لان الخمر مال متقوم في حق المسلم فيسمى في نصف قيمته له والله عز وجل أعلم

فصل وأما حكم المكتابة ويندرج فيها بيان ما يملكه المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه فنقول والله التوفيق المكتابة أنواع ثلاثة صحيحة وفاسدة وباطلة اما الصحيحة فلهما احكام بعضها يتعلق بمقابل أداء بدل الكتابة وبعضها يتعلق بأداء بدل الكتابة اما الاول فزوال يد المولى عن المكاتب وصيرورة المكاتب احق بمنافعه ومكاسبه وصيرورة المولى كالاجنبي عنها وثبوت حق المطالبة للمولى ببذل الكتابة وثبوت حق الحرية للمكاتب لان ما هو المقصود من هذا العقد لا من الجانبين لا يحصل بدونها وهل نزول رقبة المكاتب عن ملك المولى بالكتابة يختلف المشايخ فيه قال عامتهم لا نزول وقال بعضهم نزول عن ملك المولى ولا يملكها العبد بمنزلة البيع بشرط الخيار للمشتري على أصل أبي حنيفة ان المبيع زول عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري وهذا غير سديد لان الملك صفة اضافية فيستحيل وجوده بدون المضاف اليه كسائر الاوصاف الاضافية من الاجرة والبنوة والاخوة والشركة ونحوها فلا يتصور وجود مملوك لا مالك له وهكذا نقول في باب البيع لان الحقيقة ملك البائع أو ملك المشتري الا اننا نعلم ذلك في الحال لا نعلم ان العقد يجاز أو يفسخ فيتوقف في علمنا بجعلنا بعاقبة الامر وعند الاجازة أو النسخ يتبين انه كان ثابتاً للمشتري أو للبائع من وقت البيع حتى يظهر في حق الرواية هذا معنى قول أبي حنيفة في تلك المسئلة وبيان هذه الجملة في مسائل اذا كاتب عبده كتابة صحيحة صار مأذوناً في التجارة لانه وجب عليه أداء بدل الكتابة ولا يتمكن من الاداء الا بالكسب والتجارة كسب وليس له ان يمنعه من الكسب ولا من السفر ولو شرط عليه ان لا يسافر كان الشرط باطلا والكتابة صحيحة لما مر وليس له ان يأخذ الكسب من يده لان كسبه له ولا يجوز له اجارته ورهنه لان الاجارة تملك المنفعة ومنافع المكاتب له والرهن اثبات ملك اليد للمرتين وملك اليد للمكاتب ولا يجوز استخدامه واستغلاله لان ذلك تصرف في المنفعة والمنافع له ويجوز اعتاقه ابتداءً بلا خلاف لان جوازه يعتمد ملك الرقبة وانه قائم سواء كان المولى صحيحاً أو مريضاً غير انه ان كان صحيحاً يعتق مجاًنا وان كان مريضاً والعبد يخرج من الثالث فكذلك وكذلك اذا كان لا يخرج من الثالث لكن اجازت الورثة وان لم تجز الورثة فله الخيار في قول أبي حنيفة ان شاء سعى في ثلث القيمة حالا وان شاء سعى في ثلث الكتابة مؤجلاً وعند أبي يوسف ومحمد لا خيار له ويسعى في الاقل لان الكتابة سبقت الاعتاق والاعتاق في المرض بمنزلة التدبير ولودبره كان حكمه هذا على ما ذكرنا في كتاب التدبير كذا اذا أعتقه في المرض ويجوز له اعتاقه عن الكفاية عندنا خلافاً للشافعي والمسئلة تذكر في كتاب الكفارات ولو أعتق الولد المولود أو المشتري في

الكتابة جاز ولا يسقط شيء من بدل الكتابة والقياس ان لا يجوز اعتاقه وهو قول زفر وجه القياس ان في اعتاقه الولد ابطال حق المكاتب لانه يملك كسب ولده المولد والمشتري وبالاعتاق يبطل واليه اشارة في الاصل فقال لان للمكاتب ان يستخدمهم وجه الاستحسان ان المكاتب انما يسعى في حرية نفسه وأولاده وقد نال هذا المقصود وانما لا يسقط من بدل الكتابة شيء لان البدل كله على المكاتب فلا يسقط شيء منه بعق الولد ولو اعتق أم ولد المكاتب لم يجوز لان المكاتب لو اعتق كانت هي أم ولد على خاله لانها لم تصر مكاتب بكتابتها فلا تعتق بمعنى المكاتب ولا يجوز له بيع المكاتب بغير رضاه بخلاف لان فيه ابطال حق المكاتب من غير رضاه وهو حق الحرية فلا يجوز بيعه كالمدر وأم الولد وان رضى به المكاتب جاز ويكون ذلك فسخا للكتابة لان امتناع الجواز كان لحق المكاتب فاذا رضى فقد زال المانع وذكر ابن سماعه عن محمد بن المولى والمكاتب اذا اجتمعا في البيع قال البيهقي لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لانه لما باعه المولى رضاه فقد تراضيا على الفسخ فيكون اقالته والكتابة تحتمل الاقالة وما روى عن عائشة رضي الله عنها انها اشترت بريرة وكانت مكاتبه فمحمول على ان ذلك كان رضاه او على هذا الهبة والصدقة والوصية ولو كاتب جارية لا يحل له وطؤها ولا استمتاع بها لان ذلك انتفاع بها والمولى كالاجنبي في منافعتها ولو وطئها غرم العقر لها تستعين به على أداء بدل الكتابة لانه بدل متفعة مملوكة لها ولو وطئها فطلعت منه ثبت نسب الولد اذا ادعاه لان النسب يثبت بشبهة الملك وتأويل الملك فلان يثبت بحقيقته أولى صدقته المكاتبه أو كذبت له امر ثم ان جاءت بولد لاكثر من ستة أشهر فعليه العقر وان جاءت به لاقل من ستة أشهر فلا عقر عليه والمكاتبه بالخيار ان شاءت مضت على كتابتها فادت وعقمت وأخذت العقر اذا كان العلوق في حال الكتابة وان شاءت عجزت ففسها وصارت أم ولد وسقط العقر لما ذكرنا في كتاب الاستيلاء ولو جنى المولى على المكاتب غرم الارش ليستعين به على الكتابة ولو استهلك شيئا من كسبه فهو دين عليه لانه احق بكسبه من المولى فكان في مكاسبه كالحر وكذا ما استهلك المكاتب من مال المولى لما قلنا ولو اشترى المكاتب امرأته لا يفسخ النكاح وكذا اذا اشترت المكاتبه زوجها لان الثابت للمكاتب حق الملك لا حقيقة الملك وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء كالعدة انما يمنع من انشاء النكاح واذا طرأت على النكاح لا يبطله ولهذا قال اصحابنا ان المولى اذا تزوج ابتغى من مكاتبه لا يبطل للنكاح بموت الاب لان البنت لا تملك المكاتب حقيقة الملك بل يثبت لها حق الملك فيمنع ذلك من الابتداء ولا يمنع من البقاء فكذا هذا ولو سرق منه يجب القطع على السارق لان المكاتب احق بمنافعه ومكاسبه فكان له حق الخصومة فيه كالحر فيقطع بخصومته ولو جنى المكاتب على انسان خطأ فانه يسمى في الاقل من قيمته ومن ارش الجنابة لان رقبته مملوكة للمولى الا أنه تعذر الدفع من غير اختيار بسبب الكتابة فصار كالعبد القن اذا جنى جنابة ثم اعتقه المولى من غير علمه بالجنابة والحكم هناك ما ذكرنا فكذا هنا فينظر ان كان ارش الجنابة اقل من قيمته فعليه ارش الجنابة لان الجني عليه لا يستحق اكثر من ذلك فاذا دفع ذلك فقد سقط حتمه وان كانت قيمته اقل من ارش الجنابة فعليه قيمته لان حكم الجنابة تعلق بالرقبة لسكون الرقبة ملك المولى وهي لا تحتمل اكثر من قيمتها فلا يلزمه اكثر من ذلك وكذلك لو جنى جنابات خطأ قبل أن يحكم عليه بالجنابة الاولى لا يجب عليه الا قيمة واحدة وان كثرت جناباته في قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر يجب عليه في كل جنابة الاقل من ارشها ومن قيمته وهذا فرع اختلافهم في أن جناباته تعلق بالرقبة او بذمته فعندنا تعلق رقبته والرقبة لا تتسع لاكثر من قيمة واحدة وعنده تعلق بذمته والذمة متسعة والصحيح قولنا لما ذكرنا ان رقبته مملوكة للمولى فانها مقدور الدفع في الجملة بان يعجز في دفع الاتة تعذر الدفع بالمنع السابق وهو الكتابة من غير اختيار فصار كالاجنبي جنابات ثم اعتقه المولى من غير علمه بها وهناك لا يلزمه الا قيمة واحدة كذلك هنا هذا اذا جنى ثانيا قبل أن يحكم عليه الحاكم بالاولى فاما اذا حكم الحاكم بالاولى ثم جنى ثانيا فانه يلزمه قيمة أخرى بالجنابة الثانية لانها لم يحكم الحاكم فقتل الجنابة من رقبته الى ذمته

فحصلت الجناية الثانية والرقبة فارغة عن جنايته متعلقة بها فصار بمنزلة الجناية المبتدأة فرق بين هذا وبين ما اذا حفر المكاتب بئر أعلى قارعة الطريق فوق فيها انسان ووجب عليه أن يسعى في قيمته يوم حفر ثم وقع فيها آخر انه لا يلزمه اكثر من قيمة واحدة سواء حكم الحاكم بالاولى أو لم يحكم ووجه الفرق ان هناك الجناية واحدة وهي حفر البئر فالضمان الذي يلزمه انما يلزمه بسبب واحد فوقع الثاني وان كان بعد حكم الحاكم لكن بسبب سابق على حكمه فصار كأنه قتلها دفعة واحدة فلا يلزمه الا قيمة واحدة فاما هنا فقد تعددت الجناية والثانية حصلت بعد فراغ رقبته عن الاولى وانتقل الى ذمته فيتعدد السبب فيتعدد الحكم ولو ستمط حائط مائل اشهد عليه على انسان فقتله فعليه ان يسعى في قيمته لان المكاتب يملك النقض فيصح الاشهاد عليه كما في الحر ويجب عليه قيمة نفسه كما لو قتل آخر خطأ وكذلك اذا وجد في دار المكاتب قتيل فعليه ان يسعى في قيمته اذا كانت قيمته أكثر من الدية فينتقص منها عشرة دراهم فان جنى جنائيات ثم عجز قبل ان يقضى بها دفعه مولاها أو فداها وان قضى عليه بالسعاية ثم عجز فهي دين في رقبته يباع فيه لانه اذا لم يقض عليه لم تصر القيمة ديناً في رقبته فهو كعبد قن جنى جنابة انه يخاطب مولاها بالدفع أو القداء واذا قضى عليه بالقيمة صار ذلك ديناً في رقبته فاذا عجز صار حكمه حكم عبد لحقه الدين انه يباع أو يقضى السيد دينه هذا كانت جنايته عمداً بان قتل رجلاً عمداً قتل به لانه لو كان حر لقتل به فالمكاتب أولى هذا اذا جنى المكاتب على غيره فاما اذا جنى غيره عليه فان كان خطأ فلا رش له وأرشه أرش العبد اما كون الارش له فلان اجزاءه ملحقه بالمنافع وهو أحق بمنافعه وأما كون أرشه أرش العبد فلانه عبد ما بقي عليه درهم بالحديث فكانت الجناية عليه جنابة على العبد فكان أرشها أرش العبيد وان كان عمداً فالمسئلة على ثلاثة أوجه في وجه يجب القصاص في قولهم وفي وجه لا يجب القصاص وفي وجه اختلفوا فيه أما الاول فهو أن يقتله رجل عمداً ولم يترك وفاء فلمولى أن يقتل القاتل لانه لم يترك وفاء فقصد مات عاجزاً فافات عبد أو العبد اذا قتل عمداً يجب القصاص على قاتله ان كان عبداً بالاجماع وان كان حراً عندنا كذلك ههنا وأما الوجه الثاني فهو أن يقتل عمداً ويترك وفاء ويترك ورثة أحرار أسوى المولى فلا يجب القصاص لاشتباهه بالمولى القصاص لا يختلف الصحابة رضي الله عنهم في أنه يموت حراً أو عبداً على ما نذكر ان شاء الله تعالى فمن قال مات حراً قال ولاية الاستيفاء للورثة ومن قال مات عبداً قال الولاية للمولى فاشتبه المولى فلم يجب القصاص فان قيل قياس هذه النكته ان اذا اجتمع المولى والورثة ينبغي أن يجب القصاص لارتفاع الاشتباه عند الاجتماع كالعبد الموصى برقبته لانسان وبخذه لا آخر اذا قتل ان لهما أن يجتمعا فيقتلا وكذا العبد المهرهون اذا قتل فاجتمع الرهن والمرتهن على القصاص ان لهما أن يستوفياه كذلك ههنا فالجواب ان المانع هو اشتباه المولى وهذا الاشتباه لا يزول بالاجتماع لان الولاية لاحدهما وهو المولى أو الوارث وهذا النوع من الاشتباه لا يزول اجتماعهما بخلاف مسئلة الوصية لان هناك لا اشتباه فان الولاية لصاحب الرقبة لان الملك له وانما لصاحب الخدمة فيها حق فاذا اجتمعا في الاستيفاء فقد رضي باستقاط حقه ويقول لصاحب الخدمة حتى قوى لشبهة الملك فصار بمنزلة عبد بين اثنين قتل فاجتمع الواليان على الاستيفاء وبخلاف مسئلة الرهن فان المستحق للقصاص هناك هو الرهن اذ الملك له الا أن للمرتهن فيه حقاً فاذا رضي بالاستيفاء فقد رضي بهقوط حقه وههنا بخلافه على ما بيناه وأما الوجه الثالث فهو أن يقتل عمداً ويترك وفاء ولا وارث له سوى المولى فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجب القصاص للمولى لانه لا اشتباه ههنا لان القصاص يكون للمولى كيفما كان سواء مات حراً أو عبداً وقال محمد لا يجب لان المولى ان لم يشتهه فبسبب ثبوت الولاية قد اشتبه لانه ان مات حراً فالولاية تثبت بالارث وان مات عبداً فالولاية تثبت بالملك والجواب عن هذا من وجهين أحدهما ان السبب لم يشتهه لان السبب واحد وهو الملك والولاء أثر من آثار الملك والثاني ان سلمنا ان السبب قد اشتبه لكن لا اشتباه في الحكم وهو الولاية لانها ثابتة بيقين فتثبت بأى سبب كان فان قتل ابن المكاتب أو عبده عمداً فلا قود عليه لان المكاتب وهو أو المقتول أو مولى العبد لو عتق كان القصاص له ولو

عجز كان القصاص للمولى فاشتبه إلى و بهذا أعلن في الأصل فقال لاني لا أدري انه للمولى أو للمكاتب ومعناه ما ذكرنا وان اجتمعنا على ذلك لم يقتض أيضا لان الولاية لا أحدهما وهو غير معلوم فان عفوا عفوهما باطل والقيمة واجبة للمكاتب اما بطلان العفو فاما عفوا للمولى فلا نه لا يملك كسب المكاتب فلا يصح عفوه وأما عفوا للمكاتب فلان القيمة قد وجبت على القاتل فكان ابراء المكاتب تبرعاً منه وأنه لا يملك التبرع فان قتل مولى مكاتبه عمداً أو خطأ فلا قصاص عليه في العمد بلا شك لان رقبته مملوكة له فيصير شبهة سولة ترك وفاء أو لم يترك لا يجب القصاص لما قلنا غير أنه ان ترك وفاء فعلى المولى قيمته يقضى بها كتابته وكذلك لو قتل ابنه لان القصاص قد سقط بالشبهة فتجب الدية فسقط عنه قدر ماله من الكتابة لان الأصل ان كل دينين التتيا من جنس واحد في الذمة وليس في اسقاطه ابطال العقد ولا استحق قبضه في المجلس فانه يصير أحدهما بالآخر قصاصاً وما بقي يكون لوارثه لا للمولى لانه قاتله فلا يرثه وانما يصير ذلك قصاصاً اذا حل أجل الدية لان القعدة وجبت عليه بالقتل مؤجلة ولو قتل عبد المكاتب رجلاً خطأ يقال للمكاتب ادفعه أو افده بالدية لان العبد من تجارته وكسبه فكان التدبير اليه كعبد المأذون جنى جناية خطأ انه يخير المأذون بين الدفع والفساد فالمكاتب أولى بخلاف نفس المكاتب اذا جنى انه يلزمه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان نفس المكاتب لا تحتمل النقل بخلاف كسبه واذا لم تحتمل النقل فتعذر الدفع من غير اختيار فصارت كالواعتق نفس العبد الجاني من غير علمه بالجناية وثمة يلزمه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية كذا هاتوا يؤخذ المكاتب باسباب الحدود والمخالصة ونحوها كالزنا والسرقة والشرب والسكر والقتل لانه مأخوذ بها فالمكاتب أولى ولا يقطع في سرقة من مولاه لانه عبده وكذلك لا يقطع في سرقة من ابن مولاه ولا من امرأته مولاه ولا من كل ذي رحم محرم من مولاه لان واحداً من هؤلاء لو سرق حق المولى لا يقطع فكذلك مكاتبه وكذلك لو سرق واحد من هؤلاء من المكاتب لا يقطع لان واحداً منهم لو سرق من المولى لا يقطع فكذلك اذا سرق من المكاتب ولو سرق منه أجنبى يقطع بخصومته لان المكاتب أحق بمكاسبه ومنافعه فكان له حق الخصومة كالحرف يقطع بخصومته ويصح من المولى وغيره نسب ولد أمته المكاتبه اذا لم يكن له نسب معروف صدقته المكاتبه أو كذبت جاءت به لاقل من ستة أشهر أو لاكثر لما ذكرنا فيما تقدم أنه ادعى نسب ولد جارية مملوكة له رقبة فكان ولدها مملوكاً له أيضاً ونسب ولد الجارية المملوكة يثبت بالدعوة من غير حاجة الى التصديق ثم الامة بالخيار ان شاءت عجزت نفسها وان شاءت مضت على الكتابة فان مضت على الكتابة فلها العقران كان العلوق في حال الكتابة بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الكتابة لانها أحق بمنافعها ومكاسبها والمولى كالأجنبي عنها والعقر بدل منافع بعضها فيكون لها وان عجزت نفسها وصارت أم ولد له سقط العقر هذا اذا استولد مكاتبته فان دبر مكاتبته فكذلك هو بالخيار ان شاء قضى الكتابة وان شاء مضى عليها لتوجه العتق اليه من جهتين فكان له الخيار فان مات مولاه وهو لا يخرج من الثلث فقد ذكرنا الاختلاف فيما تقدم ولو ادعى نسب ولد جارية المكاتب وليس له نسب معروف وقد علق به في ملك المكاتب صحت دعوته لما قلنا ويحتاج فيه الى تصديق المكاتب استحساناً وقد ذكرنا هذا في كتاب الاستيلاء ولا يحبس المكاتب ببذل الكتابة لا بدين قاصر حتى لا تجوز الكفالة عند عامة العلماء خلافاً لابن أبي ليلى هو يقول بانه دين فتصح الكفالة كسائر الديون ولنا أن حكم الكفالة ثبوت حق المطالبة للكفيل بمثل ما في ذمة الاصيل وهذا لا يتحقق ههنا لان الثابت في ذمة الاصيل دين يحبس به ودين لا يحبس به فلو جوزنا الكفالة به لم يكن الثابت بها حق المطالبة بمثل ما في ذمة المكفول عنه فلا يتحقق حكم الكفالة بخلاف سائر الديون وأما الذي يتعلق باء ابدل الكتابة فهو عتق المكاتب ولا يعتق الا بقاء جميع بدل الكتابة عند عامة العلماء وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه وقال على رضي الله تعالى عنه يعتق بقدر ما أدى ويبقى الباقي رقيقاً وقال ابن مسعود رضي الله عنه اذا أعطى مقدار قيمته عتق ثم يصير بمنزلة العريم وقال عبد الله بن عباس رضي الله عنهما اذا كاتب العبد مولاه فهو غريم من الغرماء وهذا يدل على

أن مذهبه أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة وقد روى محمد بن الحسن عن شرح مثل ذلك وجه قول على كرم الله وجهه
 أن المكاتبية عقد معاوضة فإذا أدى العبد بعض بدل الكتابة إلى المولى فقد ملك المولى ذلك القدر فلم يملك من نفسه
 ذلك القدر لا جتمع للمولى ملك البدل والمبدل وهذا لا يجوز وجه قول ابن مسعود رضي الله عنه أن قيمة العبد مالية فلو
 عتق بأداء ما هو أقل من قيمته لتضرر به المولى وإذا أدى قدر قيمته فلا ضرر على المولى وجه قول ابن عباس رضي الله
 عنهما أنه لو لم يعتق بنفس العقد لوجب للمولى على عبده دين ولا يجب للمولى على عبده دين ولأن الكتابة اعتاق على
 مال ومن أعتق عبده على مال وقبل العبد عتق والمال دين عليه كذلك ههنا وجه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه قول
 النبي صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وهذا نص في الباب ولأن المولى علق عتقه بأداء جميع بدل
 الكتابة فلا يعتق ما لم يؤد جميعه كما لو قال لعبده إذا أدت إلى ألفا فانت حر أنه لا يعتق ما لم يؤد جميع ألف كذا ههنا
 ثم العتق كما ثبت بأداء بدل الكتابة ثبت بأداء العوض عن بدل الكتابة لأن عوض الشيء يقوم مقامه ويسد
 مسده كانه هو كافي البيع وغيره على أن بدل الكتابة دين في ذمة العبد وقضاء الديون يكون بأعواضها لا بأعيانها وكذا
 ثبت بالأعمال أن كرم إذا أدى بدل الكتابة وعتق يعتق ولده المولود في الكتابة بأن ولد للمكاتب ولد من أمة
 اشتراها لأنه صار مكاتباً تبعاً للاب فيثبت فيه حكم الأصل إلا أن للمولى أن يطالب الاب بدون الولد لأنه لم يدخل في
 العقد مقصوداً بل تبعاً فلا يملك مطالبته التبع حال قيام المتبوع وكما يعتق المكاتب بالأداء من كسبه يعتق بالأداء من
 كسب ولده لأن كسب الولد كسبه فإذا أدى يعتق هو ولده وكذا ولده المشترك في الكتابة وولده ولده وان سفل
 والواديون وإن علوا إذا اشتراهم المكاتب يدخلون في الكتابة كالولد المولود سواء لافرق بينهم إلا في فصل واحد
 وهو أنه إذا مات المكاتب من غير مال يقال للولد المشتري وللوالدين أما أن تؤد والكتابة حالاً والاردن كما في الرق
 بخلاف الولد المولود في الكتابة لما نذكر وأما ما سوى الوالدين والمولودين من ذوى الرحم المحرم كالأخ والعمة والخال
 ونحوهم فهل يدخلون في الكتابة قال أبو حنيفة لا يدخلون وقال أبو يوسف ومحمد يدخلون ويسعون على النجوم
 بمنزلة الوالدين والمولودين والأصل عندهما أن كل من أدام له الحر يعتق عليه فإذا ملكه المكاتب يتكاتب عليه
 ويقوم مقامه وجه قولهما أن المكاتبية عقد يفضي إلى العتق فيعتبر بحقيقة العتق والحكم في الحقيقة هذا فكذا في
 كسب الكسب المقضي إليه ولهذا اعتبر بحقيقة العتق في الوالدين والمولودين كذا ههنا ولا يحنيفة أن الأصل أن
 لا يثبت التكاتب إلا بالملك المكاتب ملك ضروري لكونه مملوكاً ما بقي عليه درهم فلا يظهر في حق التبرع
 والعتق وإنما يظهر في حق حرية نفسه إلا أن حرية ولده وأبويه في معنى حرية نفسه لكان الحرية ولم يوجد في سائر
 ذوى الرحم فبقى الأمر فيهم على الأصل وبدل القياس من وجه آخر يقتضي أن لا يدخل الولد لأنه كسبه وحق
 الحرية لا يسرى للأكساب ككسب أم الولد والمدين وإنما استحسننا الولد بحكم الحرية ولم يوجد والولد المنفصل
 قبل العقد لا يدخل في الكتابة ويكون للمولى ولو اختلفا فقال المولى ولقبيل العقد وقالت المكاتبية بعد العقد ينظر
 أن كان الولد في يد المولى فالقول قوته أنه انفصل قبل العقد وإن كان في يد الأمة فالقول قولها وبحكم فيه الحال كمن استأجر
 عبداً ومضت مدة الإجارة ثم اختلفا فادعى المستأجر الأباق والمؤاجر ينكر أنه ينظر أن كان في الحال أبقا فالقول قول
 المستأجر وإن لم يكن في الحال أبقا فالقول قول المؤاجر وكذلك هذا في الطاحونة إذا اختلفا في انقطاع المباءة وجرياته
 فإن كان في الحال منقطعة فالقول قول المستأجر وإن كان جارياً فالقول قول المؤاجر ولو تصادقا في الأباق والانقطاع
 واختلفا في مدة الأباق والانقطاع فالقول قول المستأجر لأنه منكر وجوب الزيادة وسواء كان الأداء في حال حياة
 العاقدين أو بعد موتهما حتى لو مات المولى فادى المكاتب إلى ورثته عتق لأن العقد لا ينسخ بموت المولى بخلاف
 وكذا لو مات المكاتب عن وفاء يؤدى بدل الكتابة إلى المولى وبحكم بعته عندنا وعند الشافعي لا يعتق ويسلم البدل
 للمولى بناء على أن عقد الكتابة لا ينسخ بموت المكاتبية عندنا كما لا ينسخ بموت المولى وعنده ينسخ بموت

المكاتب وقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم في المكاتب اذا مات عن وفاء انه يموت حراً أو عبد اقال على رضي الله عنه وعبد الله بن مسعود رضي الله عنه يموت حراً فيؤدى بدل كتابته ويحكم بحريته وبه أخذ أصحابنا وعن زيد بن ثابت رضي الله عنه انه يموت عبد او المال كله للمولى وبه أخذ الشافعي وجه قول الشافعي انه لو عتق لا يخلو ما أن يعتق قبل موته واما أن يعتق بعد موته لا سبيل الى الاول لان العتق معلق بأداء البدل والاداء لم يوجد قبل الموت ولا سبيل الى الثاني لان محل العتق قد فات لان محله الرق وقد فات بالموت واثبات الشئ في غير محله محال فامتنع القول بالعتق ولا يقال انه يعتق مستند الى آخر جزء من أجزاء حياته وهو قابل للعتق في ذلك الوقت لان الاصل في إثبات مستندا انه ثبت للحال ثم يستند ألا ترى ان من باع مال الغير توقف على اجازة المالك عند كم فان هلك المال ثم أجاز المالك لا تلحقه الاجازة لان الحكم ثبت عند الاجازة مستندا في راعي قيام محل الحكم للحال والحل ههنا لا يمحط للعتق للحال فلا يستند ولنا ما روي عن قتادة أنه قال قلت لسعيد بن المسيب ان شريحا قال في المكاتب اذا مات عن وفاء وعليه دين بدى بدين الكتابة ثم بالدين فقال سعيد أخطأ شريح وان كان قاضيا فان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول ان المكاتب اذا مات عن وفاء وعليه دين بدى بالدين ثم بالكتابة فاختلف الصحابة رضي الله عنهم في الترتيب والميل على اتقاقهم على بقاء عقد الكتابة بعد الموت فرواية قتادة تشير الى اجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما قلنا ومثله لا يكذب فلا يعتد بخلاف الشافعي لان العتق في الحقيقة معلق بسلامة البدل للمولى اما بصورة ومعنى بالاستيفاء واما معنى لا بصورة بأخذ العوض أو بالبراء لا بصورة الاداء من المكاتب لان العتق يثبت من غير أداء أصلا بأخذ المولى وبالبراء وقد سلم البدل للمولى اما بصورة ومعنى بالاستيفاء واما معنى لا بصورة بالبراء أما طريق الاستيفاء فلان هذا عقد معاوضة بين المولى والمكاتب وحكمه في جانب المولى ملك البدل وسلامته وفي جانب المكاتب سلامة رقبته بالحرية وسلامة أولاده وكنابه حال سلامة البدل للمولى وفي الحال زال يد المولى عنه وصيرورته أحق بمنافعه ومكاسبه وقد ثبت الملك في المبدل للمولى في ذمة العبد للحال حتى لو تبرع عنه انسان بالاداء وقبل المولى صح ولو أبرأه جاز الابراء ويعتق ولو أحال المكاتب على غيره له عليه دين من اكسابه وقبل المولى صح وعتق واذا ثبت الملك للمولى في البدل كان ينبغي أن يزول المبدل من ملكه وهو رقبة المكاتب وتسلم له رقبته تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة اذ المعاوضة في الحقيقة بين البدل والرقبة كما في سائر المعاوضات من البيع والاجارة كما في الخلع وادعاء على مال الأن الزوال لو ثبت ههنا للحال بقي الدين في ذمة المفلس ويتكامل في الاداء فيتضرر به المولى فيجتمع الناس عن الكتابة فشرع هذا العقد على خلاف موجب المعاوضات في ثبوت السلامة وزوال المبدل عن المولى الا بسلامة البدل له على الكمال نظرا للموالي ورغبتهم في عقد الكتابة ونظرا للعييد ليتوصلوا الى العتق فاذا جاء آخر حياته وعجز عن الكسب انتقل الدين من ذمته الى اكسابه كما في الحر الا أن الكسب قد لا يسلم له اما بالهلاك أو بأخذ الورثة فاذا أدى ذلك الى المولى فقد وجد الشرط وهو سلامة البدل للمولى فيسلم المبدل للمكاتب وهو رقبته له واما الابراء فهو انه لما بلغ آخر حياته يسقط عنه المطالبة بأداء البدل لعجزه عن الاداء بنفسه وانتقل الى المال خلفا عن المطالبة عنه فيطالب به وصيه أو وارثه أو وصي القاضي فاذا أدى النائب سقطت المطالبة عن النائب في آخر حياته فيبرأ عن بدل الكتابة وتسقط عنه المطالبة في ذلك الوقت فيعتق في ذلك الوقت وقد خرج الجواب عما ذكره الشافعي لما ذكرنا ان الشرط ليس هو من صورة الاداء بل بسلامة البدل بصورة ومعنى بالاستيفاء أو معنى بالابراء وقد حصل ومن أصحابنا من قال ان العتق يثبت بعد الاداء مقصورا عليه ويبقى حيا تقديرا لحرار شرف الحرية كما يبقى المولى حيا بعد الموت تقديرا لحرار شرف الكتابة ويثبت العتق فيه وهو مثبت حقيقة وقد رخصنا على اختلاف طريق أصحابنا في ذلك على ما عرف في الخلافات ولومات المكاتب وترك وفاء وأولاداً أحراراً بأن ولدوا من امرأة حرة يؤدى بدل كتابته وما فضل يكون ميراثا بين أولاده الأحرار لان المكاتب يعتق في آخر جزء

من حياته ثم يموت حر فيموت حر اثير منه أولاده الا حرار وكذلك أولاده الذين ولدوا في الكتابة لانهم صاروا مكاتبين تبعاله فاذا عتق هو في آخر حياته يعتقون هم أيضا تبعاله فاذا مات هو فقد مات حرا وهم حرا فيرونه وكذا أولاده الذين اشتراهم في الكتابة ووالداه لما قلنا وكذا ولده الذي كوتب معه كتابة واحدة لانه عتق معه في آخر حياته فيرونه وأما ولده الذي كاتبه كتابة على حدة لا يرثه لانه لا يعتق بعته فيموت حرا ولده مكاتب والمكاتب لا يرث الحر ولومات وتركه وفاء وعليه دين أجنبي ودين المولى غير الكتابة وله وصايا من تديره وغير ذلك وترك ولد احرا أو ولدا ولد له في الكتابة من أمته يبدأ بدين الاجانب ثم بدين المولى ثم بالكتابة والباقي ميراث بين سائر أولاده وبطلت وصاياه أما بطلان وصاياه فلو جهين أحدهما يخص التدبير والثاني يعم سائر الوصايا أما الاول فلان المذير يعتق بموت السيد والمكاتب ليس من أهل الاعتاق وأما الثاني فلانه اذا أدى عنه بعد الموت فانه يحكم بعته في آخر جزءه من أجزاء حياته وذلك زمان لطيف لا يسع الوصية ثم انتقل الملك الى الورث والمالك للموصي له ثبت بعقد الوصية الذي هو فعله فاذا لم يتسع الوقت له لا يمكن اثباته بخلاف الميراث لان الملك ينتقل الى الورثة من غير صنع العبد واذا بطلت الوصايا بقيت الديون وأما ترتيب الديون فيبدأ بدين الاجنبي لان الاصل في الديون المتعلقة بالتركة انه يبدأ بالقوى فالأقوى كما في دين الصحة مع دين المرض ودين الاجنبي أقوى من دين المولى لانه يسطل بالرق دين المولى ولا يسطل دين الاجنبي بل يباع فيه فيبدأ بدين الاجنبي ثم ينظر في بقية التركة فان كان فيها وفاء بدين المولى وبالكتابة بدين المولى ثم بالكتابة لان دين المولى أقوى من دين الكتابة بدليل انه يصح الكفالة به ولا يصح بدين الكتابة وكذا المكاتب يملك اسقاط دين الكتابة عن نفسه قصدا بأن يعجز نفسه ولا يملك اسقاط دين المولى قصدا بل يسقط ضرورة بسقوط الكتابة فكان دين المولى أقوى فيقدم على دين الكتابة وان لم يكن في التركة وفاء بالديون جميعا بدين المولى بدين الكتابة لانه لو بدأ بقضاء دين المولى لبطل القضاء لانه اذا قضى ذلك فقد صار عاجزا فيكون قد مات عاجزا فبطلت الكتابة فلم يصح القضاء لانه بالعجز صار قنا ولا يجب للمولى على عبده القن دين وليس في البداية بقضاء دين الكتابة باطل القضاء فيكون أولى فيبدأ بالكتابة حتى يعتق ويكون دين المولى في ذمته فر بما يستوفي منه اذا ظهر له مال وما فضل عن هذه الديون فهو ميراث لا ولده الا حرار من امرأة حرة ولا ولده المولودين في الكتابة لانهم عتقوا بعته في آخر جزء من أجزاء حياته فيرون كالحر الاصل ولومات وتركه وفاء وعليه دين وجنابة ومكاتب ومهر وأولاد احرار من امرأة حرة وأولاد دولدوا في الكتابة من أمته وأولاد اشتراهم يبدأ بالدين ثم بالجنابة ثم بالكتابة ثم يكون الباقي ميراثا لجميعهم لان الدين أقوى من الكتابة لما بينا ثم ينظر الى ما بقي من المال فان كان فيه وفاء بالكتابة فانه يبدأ بالجنابة لانه اذا كان به وفاء بالجنابة صار كان المكاتب قن فيقضى عليه بالجنابة ومتى قضى عليه بالجنابة يصير عاجزا اذا لم يكن في الباقي وفاء وان لم يكن في المال وفاء بالكتابة وكان فيه وفاء بالخيار أو لم يكن فقد مات المكاتب عبدا وبطلت الجنابة لانه لاحق لصاحب الجنابة في مال العبد وانما كان حقه في الرقبة وقد فانت الرقبة وهذا اذا كان القاضي لم يقض بالجنابة في حال حياته فان كان القاضي قضى عليه بالجنابة صار حكه حكم سائر الديون وأما المهر فان كان تزوج نكاحا صحيحا باذن المولى فحكه حكم سائر الديون وان كان النكاح بغير اذن المولى لا يجب للمرأة شيء ما لم يقض سائر الديون والجنابة والكتابة فان فضل شيء يصرف الى المهر لان في النكاح الفاسد انما يتبع به المهر بعد العتاق لانه لا يصح في حق المولى فاذا زال حق المولى حينئذ يؤخذ به فان أدبت كتابته وحكم بحريته وحرية أولاده صار الباقي ميراثا لأولاده كلهم لانهم عتقوا بعته وكذلك ان كان الابن مكاتب معه لانهم عتقوا في زمان واحد وان كاتب الابن مكتابة على حدة لا يرث منه لانه لا يعتق بعته ولا يستند عتقه في حقه فلا يرث منه وان مات المكاتب من غير وفاء وترك ولد امولودا في الكتابة بأن ولدت أمته التي اشتراها بأن كان المكاتب تزوج أمه انسان باذن

مولاه فولدت منه ثم اشتراها المكاتب وولدها أو المكاتبه ولدت من غير مولاه فلهذا يسمى في الكتابة على نجوم أبيه ولا يبطل الاجل لانه اذا مات لعن وفاء فقامت عاجز اقام الولد مقامه كانه حي ولو كان حيا حقيقة لكان يسمى على نجومه فكذا ولده بخلاف ما اذا مات عن وفاء لانه مات قادر افيؤدى بدل الكتابة للحال ولا يؤخر الى أجله بل يبطل الاجل لان موت من عليه الدين يبطل الاجل في الاصل كما في سائر الديون وليس ههنا أحد يقوم مقامه حتى يجعل كانه حي واذا أدى السعاية عتق أبوه وهو وأما ولده المشتري في الكتابة فانه لا يسمى على نجومه بل يقال له اما أن تؤدى السعاية حالا أو ترد الى الرق ولا يقال ذلك للمولود في الكتابة بل يسمى على نجوم أبيه ولا يرد الى الرق الا اذا أخل بنجم أو بنجمين على الاختلاف وانما كان ذلك لان دخول الولد في الكتابة بطريق التبعية وتبعية الولد للمولود في الكتابة أشد من تبعية المشتري في الكتابة لان تبعية باعتبار الجزئية والجزئية في الولد المولود في الكتابة حصلت في العقد فكان بمنزلة المكاتب نفسه والحكم في المكاتب على ما ذكرنا فكذا فيه ولا كذلك الولد المشتري لان جزئته ما حصلت في العقد فانحطت درجته عنه فلا بد من اظهار ذلك في الحكم ترتيبا للاحكام على مراتب الحجج في القوة والضعف وذكر القاضي في شرح الكافي الخلاف في المسئلة وجعل ما ذكرنا قول أبي حنيفة وأما على قولهما فالولد المشتري والولد المولود سواء وجهه قولهما ان التكاثر على الولد المولود لمكان التبعية وهي موجودة في المشتري وجواب أبي حنيفة عن هذا ان معنى التبعية في المولود أقوى منه في المشتري فلا يصح القياس ولومات من غير وفاء وترك الديون التي ذكرنا فالتحيز في ذلك الى الولد يسد أبى ذلك شاء لان المكاتب اذا لم يترك وفاء ضار التدين الى الولد لانه يقضى من كسبه فيبدأ بأبي ذلك شاء فان أخل بنجم أو بنجمين على الاختلاف يرد في الرق ولو كان بعض أولاده غائبا وبعضهم حاضر افعجز الحاضر لا يرد في الرق حتى يحضر الغائب لجواز ان الغائب يحضر فيؤدى ولومات المكاتب ولم يترك وفاء لكنه ترك أم ولد فان لم يكن معها ولد يبعث في المكاتبه وان كان معها ولد استسعت فيها على الاجل الذي كان للمكاتب صغيرا كان ولدها أم كبيرا بناء على أن المكاتب اذا اشترى أم ولد وليس معها ولد فانها لا تدخل في مكاتبته وكان له أن يبيعها عند أبي حنيفة وكذا المولاة عندهما تدخل في مكاتبته فكذلك بعد موته تكون بمنزلة ما دخلت في الكتابة واذا كان معها فانها تتبع ولدها في الكتابة عند أبي حنيفة ولا يجوز بيعها فكذا بعد الموت اذا كان معها ولد ولده في الكتابة ويصير كانه قائم لان الابن قام مقامه وعلى قولهما لا فرق بين وجود الولد وعدمه وجهه قولهما انها انما تسعى لان عتاق الاستيلاء بمنزلة عتاق النسب فلا يبطل بموت الولد فكان حالها بعد موت الولد وقبله واحدا ولا يبي حنيفة انه لا وراثة بينه وبينها وانما دخلت في كتابته لكتابة ولدها تبعا فاذا مات الولد بطلت كتابتها لانه كتابة الولد بطلت بموته فيبطل ما كان تبعاله والله عز وجل أعلم ولو ولدت المكاتبه ولدا واشترت ولدا ثم ماتت سعيها في الكتابة على النجوم والذي يلي الاداء المولود في الكتابة وهذا بناء على أن المولود في الكتابة يقوم مقام المكاتب والولد المشتري لا يقوم مقامه على الاتفاق أو على الاختلاف الا انه يسعى تبعا للولد المولود في الكتابة فلا تجب عليه السعاية ألا ترى ان محمدا ذكر في الاصل فان قلت فلا يجب على الآخر شي من السعاية قال لانها لو لم تدع غيره بيع الا أن يؤدى الكتابة عاجلا وانما قلنا ان الذي يلي الاداء هو الولد المولود في الكتابة لما ذكرنا ان الولد المشتري لا يقوم مقام المكاتب على الاتفاق أو على أصل أبي حنيفة والمكاتبه ولو كانت حية لكانت تملك كسب ولدها المشتري فكذا الذي يقوم مقامها وان سعى المشتري فادى الكتابة لم يرجع على أخيه بشيء لانه أدى الكتابة من كسب الام لان كسب أم الولد المشتري للام فاذا أدى الكتابة من كسبه فقد أدى كتابة الام وكسبه لها فلا يرجع وما ذكرنا ان الولد المولود قائم مقامها ولو كانت الام باقية فادى الولد المشتري فعتقت الام لم يرجع عليه بشيء كذا هذا وكذا الولد المولود في الكتابة لو سعى وأدى لم يرجع على المشتري بشيء من هذا المعنى وقال

بعضهم هذا إذا أدى المولود في الكتابة من مال تركته الام فاما إذا أدى من كسب اكتسبه بنفسه فانه يرجع بنصفه على المشتري ولم يذكر في الاصل حكم المولود في الكتابة وانما ذكر حكم المشتري انه إذا أدى لا يرجع وطوا اكتسب هذا الابن المشتري كسبا كان لا خيه أن يأخذه ويستعين به في كتابته لما ذكرنا ان الولد المولود قائم مقام الام وهي لو كانت قائمة لكانت تلك أخذ كسب المشتري وكذا من يقوم مقامها وكذا إذا أراد أن يسلمه في عمل ليأخذ كسبه فيستعين به في كتابته كان له ذلك وكذلك لو أمره القاضي أن يؤجر نفسه أو أمر أخاه أن يؤجره ويستعين باجره على أداء الكتابة كان ذلك جائزا لانه بمنزلة ما أكتسب الولد المولود في الكتابة بعد موت أمه قبل الاداء فهو له خاصة لانه داخل في كتابة الام وقائم مقامها فالاكتسبه يكون له وما يكتسب أخذ بنصيب من التركة فتتقضى منه المكتوبة والباقي منه ميراث بينهما والفرق بينهما ان الولد المولود في الكتابة قام مقامها فكان حكمها حكمه وكسب المكتوبة لها كذا كسب ولدها وأما الولد المشتري فلم يرقم مقامها غير انه كسبها بجميع ما اكتسبه فيصير كأنها ماتت عن مال ولو ماتت عن مال تؤدي منه كتابتها والباقي ميراثا بينهما كذا هذا وقبل هذا كله قول أبي حنيفة فاما على قولهما فالولدان يقومان مقامها ولا يملك كل واحد منهما كسب صاحبه لان كل واحد منهما لو كان منفردا لكان مقام المكتوبة ويسعى على التجوم عندها فكذا إذا اجتمع لم يكن أحدهما باولى من الآخر والله عز وجل الموفق وأما الفاسد وهي التي فاتها شيء من شرائط الصحة وهي ما ذكرنا فيما تقدم فلا يثبت بها شيء من الاحكام المتعلقة بما قبل الاداء لان الكتابة الفاسدة لا توجب زوال شيء مما كان للمالك عنه الى المكتاتب فكان الحال بعد العقد كالحال قبله وأما الحكم المتعلق بالاداء وهو العتق فالفاسد فيه كالصحيح حتى لو أدى يعتق لان الفاسد من العقد عند اتصال القبض كالصحيح على أصل أصحابنا ونفس المكتاتب في قبضته الا ان في الكتابة الفاسدة إذا أدى يلزمه قيمة نفسه وفي الكتابة الصحيحة يلزمه المسمى لما عرف ان الأصل أن يكون الشيء مضمونا بالمثل والقيمة هي المثل لانها مقدار ما ليته وانما المصير الى المسمى عند صحة التسليمية تحرز عن الفساد لجهة القيمة فاذا فسدت فلا معنى للتحرز فوجب الرجوع الى الأصل وهو القيمة كما في البيع ونحوه وكذا في الكتابة الفاسدة للمولى ان يفسخ الكتابة بغير رضا العبد ويرده الى الرق وليس له أن يفسخ في الصحيحة الا برضا العبد وللعبد أن يفسخ في الصحيحة والفساد جميعا بغير رضا المولى لما ذكرنا ان الفاسدة غير لازمة في حقهما جميعا والصحيحة لازمة في حق المولى غير لازمة في حق العبد ثم اذا أدى في الكتابة الفاسدة ينظر الى المسمى والى قيمة العبد أيهما أكثر على ما ذكرنا الكلام فيه فيما تقدم وسواء كان الاداء في حياة المولى أو بعد موته الى ورثته استحسننا والقياس أن لا يعتق بالاداء الى الورثة وجه القياس أن العتق في الكتابة الفاسدة يقع من طريق التعليق بالشرط لان في الكتابة معنى المعاوضة ومعنى اليمين فاذا فسدت بطل معنى المعاوضة فبقى معنى اليمين واليمين تبطل بموت الخالف ولان الكتابة الفاسدة لا توجب زوال ملك المولى وإذا بقي ملكه فاذا مات قبل الاداء انتقل الى ورثته فلا يعتق بالاداء وجه الاستحسان انهما مع كونها فاسدة فيها معنى المعاوضة والعتق فيها يثبت من طريق المعاوضة لا من طريق التعليق بالشرط بدليل أنه يجب فيها القيمة ولو كان العتق فيها بمحض اليمين لكان لا يجب فيها شيء لان القيمة لم تدخل تحت اليمين وكذا الولد المنفصل ومعلوم أن الولد المنفصل عند الشرط لا يدخل تحت اليمين فثبت أن فساد الكتابة لا يوجب زوال معنى المعاوضة عنها فثبت العتق فيها من طريق المعاوضة وأما قوله ان ملك المولى لا يزول في الكتابة الفاسدة فنعم لكن قبض البدل فاما بعد القبض فانه يزول ذلك عند الاداء ولو كاتب أمته كتابة فاسدة فولدت ولدا ثم أدت عتقت وعتق ولدها معها لما ذكرنا ان الكتابة الفاسدة تعمل عمل الصحيح عند اتصال القبض به والا فلا يدخلون في الكتابة الصحيحة كذا في الفاسدة فان ماتت الام قبل أن تؤدي لم يكن عمل ولدها أن يسعى لان الولد قائم مقام الام ثم الام لا تجبر على السعاية كذلك الولد لكنه اذا سعى فيها على أمه يعتق استحسانا والقياس أن لا يعتق وهو على ما ذكرنا فيما اذا مات المولى فادت المال الى

ورثته تعتق استحسانا والقياس أن لا تعتق وأما الباطلة وهي التي فاتها شرط من شرائط الاعتقاد فلا يثبت بها شيء من الأحكام لأن التصرف الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة كالبيع الباطل ونحوه فلا يعتق بالأداء إلا إذا نص على التعليق بأن قال إن أدبت إلى ألفا فانت حر فادى يعتق لكن لا بالمكاتب بل بالتعليق بالشرط ولا يلزمه شيء كافي التعليق بسائر الشروط

فصل وأما بيان ما تنفسخ به الكتابة فأنها تنفسخ بالاقالة لأنهم من التصرفات المحتملة للفسخ لكون المعاوضة فيها أصلا فتجوز أقالمتها كسائر المعاوضات وكذا تنفسخ بفسخ العبد من غير رضا المولى بأن يقول ففسخت المكاتبه أو كسرتها سواء كانت فاسدة أو صحيحة لما ذكرنا إن كان كانت صحيحة فأنها غير لازمة في جانب العبد نظر إلى فملاك الفسخ من غير رضا المولى والمولى لا يملك الفسخ من غير رضا المكاتب لأنها عقد لا يزم في جانبه وعلى تنفسخ بالموت أما بموت المولى فلا تنفسخ بالاجماع لأنه أن كان له كسب فيؤدى إلى ورثة المولى وإن لم يكن في يده كسب فيكتسب ويؤدى فيعتق فكان في بقاء العقد فائدة فيسقى وإن عجز عن الكسب يزول إلى الرق كما لو كان المولى حيا وإذا مات المولى فادى المكاتب مكاتبته أو بقية منها إلى ورثته وعتق فولأؤه يكون لعصبة المولى لأن الولاء لا يورث من المعتق بعبد موته لما نذكر في كتاب الولاء إن شاء الله تعالى وإن عجز بعد موت المولى فرد إلى الرق ثم كتبه الورثة كتابة أخرى فادى اليهم وعتق فولأؤه للورثة على قدم موارثتهم لأنه عتق باعتاقهم فكان ماله ميراثا بينهم إذا الولاء يورث به أن كان لا يورث نفسه وأما بموت المكاتب فينظر إن مات عن ولاء لا ينفسخ عندنا خلافا للشافعي وإن مات لا عن ولاء ينفسخ بالاجماع لأنه مات عاجزا فلا فائدة في بقاء العقد فيتنفسخ ضرورة ولا ينفسخ برده المولى بأن كاتب مسلم عبده ثم ارتد المولى لأنها لا تبطل بموت المولى حقيقة فيموت حكا أو لى أن لا ينفسخ ولهذا لا تبطل سائر عقوده بالردة كذا المكاتبه فإن أقر بقبض بدل الكتابة وهو مرتد ثم أسلم جازأقراره في قوطهم وإن قتل أو مات على الردة لم يحز في قول أبي حنيفة إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله بناء على أن تصرفات المرتد غير نافذة عنده بل هي موقوفة وإن علم ذلك بشهادة الشهود جاز قبضه وكذا يجوز للمرتد أخذ الدين بشهادة الشهود في كل ما وليه من التصرفات كذا ذكر في الأصل لأن ردة بمنزلة عزل الوكيل فيملك قبض الدين التي وجبت بعقده كالوكيل المعزول في باب البيع أنه يملك قبض الثمن بعد العزل وذكر في موضع آخر ولا يجوز قبض المرتد لأنه إنما يملك لكونه من حقوق العقد وحقوق هذا العقد وهو المكاتبه لا يتعلق بالعقد فلا يملك القبض بخلاف البيع وأما على أصلهما فأقراره بالقبض جائز لأن تصرفاته نافذة عنه هما فإن لم يقبض شيئا حتى لحق بدار الحرب فجعل القاضي ماله ميراثا بين ورثته فأخذوا الكتابة ثم رجع مسلما فولأؤه العبد لأن ردة مع لحوقه بدار الحرب بمنزلة موته ولودفع إلى الورثة بعد موته كان الولاء له كذلك هذا أو يأخذ من الورثة ما قبضوه منه أن وجد بعينه كافي سائر أملا كذا التي وجدها مع الورثة باعياها لأن الوارث إنما قبض بتسليط المورث فصار بمنزلة الوكيل والله عز وجل أعلم

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولا عتاقه ولا أمواله أما ولاء العتاقة فلا خلاف في ثبوته شرعا فذا ذلك بالسنة واجماع الأمة والمعقول أما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعنتق وهذا نص وروى أن رجلا اشترى عبدا فأعتقه فجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إنى اشتريت هذا فأعتقته فقال صلى الله عليه وسلم هو أخوك وميرلاك فإن شكرك فهو خير له وشر لك وإن كفرك فهو خير لك وشر له وإن مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصيته والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه جعله عسبة إذا لم يترك وارثا آخر والثاني أنه صلى الله عليه وسلم جعل المعتق مولى المعتق بقوله صلى الله عليه وسلم هو أخوك ومولاك ولا يكون مولاه إلا وإن يكون ولاؤه

ونظير هذا الاستدلال استدلنا بقوله عز وجل والله خلقكم وما تعملون على تقدير تسليم إرادة الممّول من قوله سبحانه وتعالى وما تعملون في إثبات خلق الأفعال من الله تبارك وتعالى أخبر سبحانه أنه خلقهم وخلق ممولهم ولا ممول بدون العمل فيدل على كون الممول مخلوق لله عز وجل وقوله صلى الله عليه وسلم إن شكريك فهو خير له لأن المعتق لما أنعم الله عليه بالاعتاق فقد وجب عليه الشكر فاذا شكره فقد أدى ما وجب عليه فكان خيرا له وقوله صلى الله عليه وسلم وشركك لأنه قد وصل إليه شيء من العوض فأوجب ذلك تقصّنا في الثواب لأنه يصير كأنه أعنته على عوض فكان ثوابه أقل من أعتق ولم يصل إليه على اعتاقه عوض دينوي أصلا ورأسا وقوله صلى الله عليه وسلم وإن كفرتك فهو خير لك لأن اعتاقه إذا خلى عن عوض دينوي يتكامل ثوابه في الآخرة وقوله صلى الله عليه وسلم وشركك لأن شكر النعمة واجب عقلا وشرا فإذا لم يشكره فقد ترك الواجب فكان شراله وروى أن معتق بنت حمزة رضي الله عنه مات وترك بنتا حمل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته والنصف لابنة حمزة وروى عن عمر رضي الله عنه وعلى وعبد الله بن مسعود وأبي بن كعب وزيد بن ثابت وأبي مسعود أن أنصارى وأسامة ابن زيد رضي الله عنهم أنهم قالوا الولاء لكبير فاتفق هؤلاء النجباء من الصحابة رضي الله عنهم على لفظ واحد بدليل سماعهم ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ما أن هذا حكم لا يدرك بالقياس فالظاهر قول السماع وسيأتي تفسير هذا الحديث في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على ثبوت هذا الولاء وأما المعقول فمن وجوه أحدها أن الاعتاق إنعام إذا لمعتق أنعم على المعتق بإيصاله إلى شرف الحرية ولهذا سمي المولى الأسفل مولى النعمة في عرف الشرع وكذا سماه الله تعالى إنعاما فقال عز وجل في زيد مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأذ يقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه قيل في التفسير أنعم الله عليه بالسلام وأنعمت عليه بالاعتاق فجعل كسبه عند استغنائه عنه لمولاه شكر الانعام السابق. ولهذا لا يرث المعتق من المعتق والثاني أن المعتق في نصرة المعتق حال حياته ولهذا كان عقله عليه وعليه أن ينصره بدفع الظلم عنه وبكفه عن الظلم على غيره فاذا جنى فقد قصر في أحد نوعي النصرة وهو كفه عن الظلم على غيره فجعل عقله عليه ضمانا للتقصير فاذا مات جمل ولا ولمعتقه جزاء للنصرة السابقة والثالث أن الاعتاق كالأيلاد من حيث المعنى لأن كل واحد منهما أحياء معنى فإن المعتق سبب حياة المعتق باكتساب سبب الاهلية والمالكية والولاية التي يمتاز بها الأدمى عن البهائم كما أن الأب سبب حياة الولد باكتساب سبب وجوده عادة وهو الأيلاد ثم الأيلاد سبب لثبوت النسب فالاعتاق يكون سببا لثبوت الولاء كالأيلاد وهذا معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لحمية النسب والله عز وجل أعلم فبعد هذا يقع الكلام في مواضع في بيان سبب ثبوته وفي بيان شرائط الثبوت وفي بيان صفة الثابت وكيفيته وفي بيان قدره وفي بيان حكمه وفي بيان ما يظهر له أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق أو ما يجري مجرى الاعتاق شرعا كشرائه القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية أو بغير صنعه بان ورث قريبه وسواء أعتقه لوجهه الله أو لوجه الشيطان وسواء أعتقه تطوعا أو عن واجب عليه كالأعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار والأيلاد والعيمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل أو ببذل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضيا فالوقت وسواء كان صريحا أو مجريا مجرى الصريح أو كناية أو مجريا مجرى الكناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد ويستوى فيه صريح التدبير والاعتاق والاستيلاد والكتابة والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق من غير فصل وعلى هذا إذا أمر المولى غيره بالاعتاق في حال حياته أو بعد وفاته إن الولاء للأمر لأن العتق يقع عنه ولو قال لا خراعتني عبدك عني على ألف درهم فاعتق فالولاء للأمر لأن العتق يقع عنه استحسانا والقياس أن يكون الولاء للأمر لأن العتق يقع عن المأمور وهو قول زفر وجهه القياس أنه أمر باعتاق عبد الغير عن نفسه وهذا لا يصح لأن العتق لا يقع بدون الملك ولا ملك للأمر بل

للمأمور فكان العتق عنه ولنا ان الامر بالفعل أمر بما لا وجود للفعل بدون كالا امر بصعود السطح يكون
أمر انصب السلم والامر بالصلاة يكون أمرا بالطهارة ونحو ذلك ولا وجود للعتق عن الأمر بدون ثبوت الملك
فكان أمر الملك باعتاق عبده عنه بالبدل المذكور أمرا بتخليكه منه بذلك البدل ثم باعتاقه عنه تصحيحا لتصرفه
كانه صرح بذلك فقال بعنه منى واعتقه عنى ففعل ولو قال احبب عبدا عنى ولم يذكر البدل فاعتق فالولاء
للمأمور في قول أبي حنيفة ومحمد لان العتق عنه وعند أبي يوسف هذا والاول سواء وجه قوله على نحو ما
ذكرنا في المسئلة الاولى ولهما الفرق بين المسئلتين وهوانه في المسئلة الاولى أمكن اثبات الملك للأمر
بالبدل المذكور بمقتضى الامر بالاعتاق لان الملك في البيع الصحيح لا يقف على القبض بل يثبت بنفس
العقد فصار المأمور بآلما عبده منه بالبدل المذكور ثم معتقا عنه بامر وتوكيله وأما في المسئلة الثانية
فلا يمكن اثبات الملك بالتخليك الثابت بطريق الاقتضاء لان التخليك من غير عوض يكون هبة والملك في باب الهبة
لا يثبت بدون القبض فاذا أعتق فقد أعتق ملك نفسه لا ملك الأمر فيقع عن نفسه فكان الولاية له فهو الفرق ولو قال
أعتق عبدا ولم يقل شئ آخر فأعتق فالولاء للمأمور لان العتق عنه لانه عتق عن نفسه لا عن الأمر لعدم الطلب
من الأمر بالاعتاق عنه ولو قال أعتق عبدا على ألف درهم ولم يقل عنى فأعتق توقف على قبول العبد اذا كان من
أهل القبول فان قبل في مجلس علمه يعتق ويلزمه المال والا فلا لانه لم يطلب اعتاق العبد لنفسه وانما طلب اعتاق العبد
للعبد وهو فضولى فيه فاذا عتق المالك توقف اعتاقه على اجازة العبد كما اذا قال لغيره بع عبدا هذا من فلان على ألف
درهم فباعه أنه يتوقف على اجازة فلان كذا هذا وسواء كان المعتق ذكرا أو أنثى لوجود السبب منهما ولعموم قوله
صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقال صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما عتقن الحديث والمستثنى
من المنقضى مثبت ظاهر أو سواء كان المعتق والمعتق مسلمين أو كافرين أو كان أحدهما مسلما والآخر كافرا لوجود
السبب ولعموم الحديث حتى لو أعتق مسلم ذميا أو ذمى مسلما فالولاء للمعتق منهما للمعتق لما قلنا الا أنه لا يرثه لانعدام
شرط الارث وهو اتحاد الملة قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتوارث أهل ملتين بشئ وقال صلى الله عليه وسلم
لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن ويجوز أن يكون الولاء ثابتا لانسان ولا يرث به لانعدام شرط الارث به على
ما نذكر حتى لو أسلم الذمى منهما قبل موت المعتق ثم مات المعتق يرث به لتحقق الشرط وكذا لو كان للذمى الذى هو
معتق العبد المسلم عصبة من المسلمين بأن كان له عم مسلم أو ابن عم مسلم فانه يرث الولاء لان الذمى يجعل بمنزلة الميت
وان لم يكن له عصبة من المسلمين يرد الى بيت المال ولو كان عبد مسلم بين مسلم وذمى فأعتقه ثم مات العبد فنصف
ولائه للمسلم لان المسلم يرث المسلم والنصف الآخر لا قرب عصبة الذمى من المسلمين ان كان له عصبة مسلم وان لم
يكن يرد الى بيت المال ولو أعتق حر بي عبده الحر بي في دار الحرب لم يصير بذلك مولا حتى لو خرج الى دار الاسلام
مسلمين ولا ولائه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد لانه لا يعتق عندهما لانه لا يعتق بكلام الاعتاق وانما يعتق بالتخلية
والعتق الثابت بالتخلية لا يوجب الولاء وعند أبي يوسف يصير مولا هو يكون له ولؤه لان اعتاقه بالقول قد صح في
دار الحرب وكذلك لو دبره في دار الحرب فهو على هذا الاختلاف ولا خلاف في أن استيلاده جائز وتصير الجارية
أم ولد له لا يجوز بيعها ما ذكرنا فبا تقدم ان مبنى الاستيلاء على ثبوت النسب والنسب يثبت في دار الحرب ولو أعتق
مسلم عبدا له مسلما أو ذميا في دار الحرب فالولاء له لان اعتاقه جائز بالاجماع وان أعتق عبدا له حربيا في دار الحرب
لا يصير مولا عند أبي حنيفة لانه لا يعتق بالقول وانما يعتق بالتخلية وعند أبي يوسف يصير مولا لثبوت العتق
بالقول وقول محمد فيه مضطرب حتى لو أسلم العبد في دار الحرب وخرجا مسلمين الى دار الاسلام فلا ولء للمعتق
على المعتق وللمعتق أن يوالى من شاء عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يرث المعتق من المعتق وله ولؤه اذا خرجا
مسلمين وان سبي العبد المعتق كان مملوكا للذى سباه في قولهم جميعا ولا يخلو اما أن يكون مملوكا أو حرا فان كان مملوكا

كان محلاً للاستيلاء وأنتك وكذا ان كان حراً لان الحربى الحر محل للاستيلاء والتك وعلى هذا يخرج ما اذا
دخل رجل من أهل الحرب دار الاسلام بأمان فان اشترى عبداً فاعتقه ثم رجع الى دار الحرب فسي فاشترى عبده
المعتق فاعتقه ان كل واحد منهما يكون مولى صاحبه حتى ان أيهما مات ولم يترك عصبه من النسب ورثه صاحبه
لوجود سبب الارث من كل واحد منهما وهو الاعتاق وشرطه وكذا الذمى اذا اعتق عبداً له ذمياً فأسلم العبد ثم
هرب الذمى المعتق ناقضاً للعهد الى دار الحرب فسي وأسلم فاشترى العبد الذى كان أعتقه فاعتقه فكل واحد منهما
مولى صاحبه لما قلنا وكذلك المرأة اذا اعتقت عبداً لها ثم ارتدت المرأة ولحقته بدار الحرب ثم سبيت فاشترىها الذى
كانت المرأة أعتقته فاعتقها كان الرجل مولى المرأة والمرأة مولاة الرجل لوجود الاعتاق من كل واحد منهما ثم المعتق كما
هو سبب ثبوت الولاء للمعتق فهو سبب وجوب العقل عليه حتى لو جنى المعتق كان عقله على المعتق لما ذكرنا ان عليه
حفظه فاذا جنى قصده قصر في الحفظ وأما شرط ثبوته فثبوت الولاية بشرائط بعضها يعم ولقاء العتاقة وولاء مولد
العتاقة وبعضها يخص ولقاء العتاقة فأما الذى يعمها جميعاً فهو ان لا يكون للعبد المعتق أول ولد عصبه من جهة
النسب فان كان لبرته المعتق لانه يرثه من طريق التعصيب وفي العصبية يعتبر الاقوى فالاقوى ولا شك ان
العصبية من جهة النسب أقوى فكان أولى وهذا لان الولاء وان كان لجهة النسب كما نطق به الحديث لكنه
لا يكون مثل حقيقة النسب فكان اعتبار حقيقة النسب أولى فان لم يكن له عصبية من جهة النسب وله أصحاب
القرائن أو ذوو الارحام فحكمه يذكروا في موضعين ان شاء الله تعالى وأما الذى يخص ولقاء العتاقة فنها ان تكون
الام معتقة فان كانت مملوكة فلا ولاء لاحد عليه مادام مملوكا سواء كان الاب حراً أو مملوكا لان الولد يتبع امه في
الرق والحرية فكان مملوكاً كالمولى أمه فلا يتصور الولاء ومنها ان لا تكون الام حرة أصلية فان كانت فلا ولاء
لاحد على ولدها وان كان الاب معتقاً لما ذكرنا ان الولد يتبع الام في الرق والحرية ولا ولاء لاحد على أمه فلا ولاء
على ولدها فان كانت الام معتقة والاب معتقاً فالولد يتبع الاب في الولاء ويكون ولاؤه مولى الاب لا المولى الام
لان الولاء كالنسب والاصل في النسب هو الاب ومنها ان لا يكون الاب عربياً فان كان الاب عربياً والام مولاة
لقوم فالولد تابع للاب ولا ولاء عليه لان الولاء أثر من آثار الرق ولا رق على عربى ولو كان الاب نبطياً وهو حر
مسلم لم يعتق وله ولاؤه مولاة أو لم يكن فالولد يتبع الام في ولقاء العتاقة عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يكون
تبعا للاب كما في العربى (وجه) قول أبي يوسف ان النسب يشبه النسب والنسب الى الآباء وان كان أضعف ألا
ترى ان الام لو كانت من العرب والاب من الموالى فالولد يكون تابعاً لقوم الاب ولهما ان ولقاء الام لموالها لا جل
النصرة فيثبت للولد هذه النصرة ولا نصرة له من جهة الاب لان من سوى العرب لا يتناصرون بالقبائل فصارت معتقة
زوجت عبداً فيكون ولقاء أولادها لموالها ومنها ان لا يكون للاب مولى عربى فان كان لا ولاية لاحد عليه لان
حكمه حكم العربى لقول النبي صلى الله عليه وسلم ان مولى القوم منهم ومنها ان لا يكون الولد معتقاً فان كان لا يكون
ولاؤه لمولى الاب ولا لمولى الام بل يكون لمن أعتقه لانه اذا أعتق صار له ولقاء نفسه لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء
لمن أعتق فلا يكون تبعا لغيره في الولاء وبيان هذا الاصل يذكروا في بيان صفة الولاء وأما صفته فله صفات منها ان
الارث به عند وجود سبب ثبوته وشرطه من طريق التعصيب ومعنى هذا الكلام ان المعتق انما يرث بالولاء مال
المعتق بطريق المصوبة ويكون المعتق آخر عصبية المعتق مقدما على ذوى الارحام وعلى أصحاب القرائن في
استحقاق ما فضل من سهامهم حتى انه لو لم يكن للمعتق وارث أصلاً أو كان له ذوارحم كان الولاء للمعتق وان كان له
أصحاب القرائن فانه يعطى فرائضهم أولاً فان فضل شئ يعطى المعتق والا فلا شئ له ولا يرد الفضل على أصحاب
القرائن وان كانوا ممن يحمل الرد عليه وهذا قول عامة العلماء وهو قول على وابن عباس وزيد بن رضى الله عنهم وروى
عن عمرو بن عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما أنه لا يرث بطريق التعصيب وهو مؤخر عن أصحاب القرائن في

استحقاق الفاضل وعن ذوى الارحام أيضا واحتجوا بظاهر قوله تعالى وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض فظاهره يقتضى أن يكون ذو الرحم أولى من المعتق (وجه) قول الاولين ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه جعل ولا مولى بنت حمزة رضى الله عنه بينها وبين بنت معتق نصفين فقد أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم بنت حمزة رضى الله عنه مقام العصبات حيث جعل النصف الآخر لها ولم يأمر برده على بنت المعتق ولو كان الأمر كما زعموا لا مولى الله عليه وسلم بالرد كما فى سائر المواريث اذا لم يكن هناك عصبه وقال صلى الله عليه وسلم ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقيت فلاولى رجل ذكر وأولى رجل ذكر هيها هو المولى وروى فلاولى عصبه ذكر وهو المولى ههنا وأما الآية السكرية فقال بعضهم فى تأويلها أى ذوى الارحام من العصبه بعضهم أولى ببعض أى الاقرب من ذوى الارحام من العصبات بعضهم أولى ببعض من الابعد كالابن مع ابن الابن والاخ لاب وأم مع الاخ لاب ونحو ذلك واذا عرف هذا الاصل فبيانه فى مسائل اذا مات المعتق وترك أم أو مولى فلا لام الثلث والباقي للمولى عند الاولين لانه عصبه وعند الآخرين الثلث للام بالقرض والباقي رداعليها أيضا وان ترك بنتا ومولى فللبنت فرضها وهو النصف والباقي للمولى عند الاولين لانه عصبه وعند الآخرين النصف للبنت بالقرض والباقي رداعليها ولو ترك ثلاث أخوات متفرقات وأم أو ترك مولاة فللاخت للاب والام النصف وللأخت للاب المدس تكملة الثلثين وللأخت للام المدس والام المدس فقد استغرقت سهامهم الميراث فلم يبق شئ للمولى وان ترك امرأة ومولى فللمرأة فرضها وهو الربع والباقي للمولى بلا خلاف وكذا اذا كان المعتق أمة فترك زوجها ومولى فللزوج فرضه وهو النصف والباقي للمولى أما على قول الاولين فلان المولى عصبه فكان الباقي له وأما على قول الآخرين فلانه لا سبيل الى الرد اذا ليرد على الزوج والزوجة فان ترك المعتق عمه وخالة ومولاة فالل للمولى فى قول الاولين لانه آخر العصبات يقدم على ذوى الارحام وفى قول الآخرين للعمة الثلثان وللخاله الثلث لتقدم ذوى الارحام عليه وقس على هذا نظائره وعلى هذا يخرج ما اذا اشترت المرأة عبدا فاعتقته ثم مات العبد المعتق وترك ابنته فللابنة النصف وما بقى فلهو لانه لانه عصبه وهذا قول الاولين وأما على قول الآخرين فالباقي يرد عليها بالقرابة واذا اشترت أباه فعتق ثم مات الاب وليس له عصبه فللابنة النصف بالنسب وما بقى فللابنة أيضا بحق الولاء بالرد لانها عصبه الاب فى الولاء وعلى قول الآخرين ما بقى يرد عليها بالقرابة فان كان الاب أعتق عبدا قبل أن يموت ثم مات الاب ثم مات العبد المعتق ولم يترك عصبه فانه يرثه لانه معتق معتقها فكان ولاؤه له والقول النبى صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن أو أعتق من أعتقن الحديث والاستثناء من التقي اثبات ظاهرا فان اشترت اختان لاب وأم أباهما ثم مات الاب ولم يترك عصبه وترك ابنتيه هاتين فللابنتين الثلثان بالنسب وما بقى فلهما أيضا بلا خلاف ولكن عند الاولين بطريق العصبوبة لانهما عصبه وعند الآخرين بطريق الرد وان اشترت احدهما اباهما ثم مات الاب ولم يترك عصبه وترك ابنتيه هاتين فللابنتين الثلثان بالنسب وللتى اشترت الاب الثلث والباقي خاصة بالولاء فى قول الاولين لانها عصبه وفى قول الآخرين الباقي يرد عليها نصفين فان اشترتا أباهما ثم اشترتا احدهما والاب اشترى أخاهما من الاب ثم مات الاب فان المال بين الابنتين وبين الابن للذكر مثل حظ الأنثيين لانه مات حرا عن ابن حروع ابنتين حرتين فكان الميراث لهما بالقرابة فلا عبرة للولاء فى ذلك فان مات الابن بعد ذلك فلا ختيه الثلثان بالنسب والثلث الباقي نصفه لتي اشترته مع الاب خاصة لان لها نصف ولها الاخ لانه عتق بشرائها وشراء الاب فكان ولاؤه بينهما او ما بقى فيبينهما نصفان لانهما مشتركتان فى ولء الاب فصار حصصه الاب بينهما نصفين وهو سدس جميع المال وتخرج المسئلة من اثنتى عشر للاختين الثلثان لكل واحدة منهما أربعة أسهم ونصف ثلث الباقي وذلك سهمان لتي اشترته مع الاب بالولاء ونصف الثلث بينهما نصفان بولاء الاب لكل واحدة منهما سهم فصار لتي اشترته سبعة أسهم وللأخرى خمسة أسهم وهذا على قياس قول على

وابن عباس وزيد رضي الله عنهم وأما على قياس قول عمرو ابن مسعود رضي الله عنهما إذا مات الابن بعد موت
الاب فلا ختيه الثلثان بالنسب كما قالوا والثلث الباقي يرد عليهما فان اشترت احدهما الاب واشترت الاخرى
والاب أخيهما ثم مات الاب فالمال بين الابن والابنتين للذكر مثل حظ الانثيين لما قلنا فان مات الاخ بعد ذلك
فلا ختين الثلثان بالنسب ونصف الثلث الباقي للتي اشترت الاخ مع الاب وما بقي فهو للتي اشترت الاب خاصة فيصير
المال بينهما نصفين وهذا على قول علي وابن عباس وزين رضي الله عنهم وأما على قول عمرو ابن مسعود رضي الله
عنهما فالثلث الباقي يرد عليهما والله عز وجل الموفق ومنها انه لا يورث من المعتق بعد موته ولا يكون سبيله سبيل
الميراث وانما يستحقه عصبه المعتق بنفسها وهم الذكور من عصبته لا الاناث ولا الذكور من أصحاب القرأض
والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كل حمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث أى لا يورث من
المعتق لاجتماعه على أنه يورث من المعتق ولان الولاء لما كان سببه النسب ثم النسب لا يورث نفسه وان كان يورث
به فكذا الولاء وروينا عن النجباء السبعة رضي الله عنهم أنهم قالوا يلفظ واحد الولاء للكبر فالظاهر هو
السمع فان لم يكن فقد ظهرت الفتوى بينهم ولم يظهر لهم فيها مخالف فيكون اجماعا ومعنى قولهم الولاء للكبرى
للاقرب وهو أقرب العصبه الى المعتق يقال فلان أكبر قومه اذا كان أقربهم الى الاصل الذي ينسبون اليه وانما
شرطنا الذكورة في هذه العصبه لان الاصل في العصبه هم الذكور اذ العصبه عبارة عن الشدة والقوة قال الله تبارك
وتعالى خيرا عن بن يعقوب عليهم الصلاة والسلام اذا قالوا ليوسف وأخوه أحب الى أبينا منا ونحن عصبه أى
جماعة أقوياء أشداء قادرين على النفع والدفع وهذا قول عامة العلماء وعن ابراهيم النخعي وشرح ان الولاء يجرى
بجرى المال فيورث من المعتق كما يورث سائر أمواله الا أنه انما يرث منه الرجال لا النساء بالنص وهو قول النبي صلى
الله عليه وسلم ليس للنساء الا ما اعتقن الخبر وكان شريح يقول من أحرز شيئا في حياته فهو لورثته بعد موته واحتجوا
بما روى عن الصحابة رضي الله عنهم أنهم قالوا من أحرز المال أحرز الولاء فقد أوزله منزلة المال فدل على أن حكمه
حكم المال والجواب ان معنى قولهم من أحرز المال أحرز الولاء أى من أحرز المال من عصبه المعتق يوم موت المعتق
أحرز الولاء أيضا بدليل ان المرأة تحرز المال ولا تحرز الولاء بالاجماع وبالحديث فلم ان المراد منع العصبات وبه تقول
ولان في الحمل على ما قلنا عملا بالدلائل بقدر الامكان فهو أولى ثم بيان هذا في الاصل في مسائل في رجل اعتق عبدا
له ثم مات المعتق وترك ابنين ثم مات احدا البنين وترك ابنا ثم مات العبد المعتق فولاه ابن المعتق لصلبه لا لابن
ابنه لانه الاكبر اذ هو أقرب عصبات المعتق بنفسها والاصل انه يعتبر كون المستحق عصبه يوم موت المعتق لا يوم
موت المعتق ويعتبر له الكبر من حيث القرب لا من حيث السن ألا ترى ان الابن قد يكون أكبر سنا من عمه الذي
هو ابن المعتق وهذا على قول عامة العلماء وأما على قول ابراهيم وشرح فالمال بين ابن المعتق وبين ابنه نصفين
لانه يجرى مجرى الميراث عندهما فكما مات المعتق فقد ورثاه جميعا فانقل الولاء اليهما ثم اذا مات أحدهما انقل
نصيبه الى ولده كما في ميراث المال فان مات الابن الباقي وترك ابنا ثم مات المعتق فالولاء بين ابن هذا الميت وبين
ابن الميت الاول نصفين بلا خلاف أما على قول عامة العلماء فلا استواء في العصبه وأما على قول ابراهيم
النخعي وشرح فلا تنقل نصيب كل واحد منهما الى ولده ولو كان الاول حين مات ترك ابنين ثم مات الباقي وترك
ابنا واحدا ثم مات المعتق فالولاء بين ابن هذا وبنى الاول يكون ثلاثا عندنا لا استواء الكل في العصبه وعندهما
الولاء بينهما نصفين النصف لابن هذا والنصف الآخر بين ابني الاول نصفين لانهما يجعلان لكل ولد واحد حصه
أبيه فان مات المعتق وترك ثلاثة بنين فمات البنون وترك أحدهم ابنا واحدا وترك الآخر خمسة بنين وترك
الثالث عشرة بنين ثم مات العبد المعتق وترك مالا فله بين أولاد البنين بالسوية على عدد الرؤس في قول
عامة العلماء لا استواء في العصبه والقرب من المعتق وعلى قول ابراهيم وشرح المال بينهم أثلاثا ثلاث لابن

الابن الواحد والثلاث الآخر بين الخمسة بنى الابن والثلاث الآخر بين العشرة بنى الابن فتصح فريضتهم من ثلاثين
 سهم لابن الابن الواحد عشرة وعشرة بين بنى الابن الآخر على خمسة وعشرة بين بنى الابن الآخر وهو
 الثالث على عشرة ولو أعتق رجل هو وابنه عبدا ثم مات الرجل وترك ابنين أحدهما شريكاً في الاعتاق ثم مات
 العبد المعتق فنصف الولاء لابنه الذى هو شريك أبيه خاصة لأنه شريك في الاعتاق والنصف الباقي بينهما نصفان
 لأن ذلك حصبة أبيه فيكون بينهما بالسوية فيصير الولاء بينهما على أربعة أسهم ثلاثة أرباعه لابن الذى كان شريك
 أبيه والرابع للآخر فان مات شريك أبيه قبل العبد وترك ابناً ثم مات العبد المعتق فللابن نصف الولاء الذى
 كان لآبيه خاصة والنصف الآخر لابن وحده لأنه الأكبر من عصبية الأب فكان أحق بنصيبه من الولاء فيصير
 نصف الولاء للمم ونصفه لابن أخيه فان مات المم وترك ابنتين ثم مات العبد المعتق فنصف الولاء لابن شريك أبيه
 خاصة والنصف الآخر بينه وبين ابني عمه اثلاثا لكل واحد منهم الثلث فيصير لابن شريك أبيه الثلثان ويصير
 لابن عمه الثلث لكل واحد منهما السدس فان مات المعتق وترك ابناً وأبناً ثم مات العبد المعتق فالولاء لابن وابن
 الابن وان سفل للآب في قول أبي حنيفة ومحمد وعامة الفقهاء وعند أبي يوسف سدسا للآب والباقي لابن
 وهو قول إبراهيم النخعي وشرع وهذا على أصلهما صحيح لأنها لا يزالان الولاء بمنزلة الميراث والحكم في الميراث هذا
 وانما المشكل قول أبي يوسف لأنه لا يحل ما يتركه المعتق بعد موته محل الارث بل يجعله لعصبية المعتق بنفسها والآب
 لا عصوبة له مع الابن بل هو صاحب فريضته كما في ميراث المال فكان الابن هو العصبية فكان الولاء له فان مات
 المعتق وترك ابناً ثلاثة أخوة متفرقين أخا للآب وأم وأخا للآب وأخا لمات العبد المعتق فالولاء للآب خاصة
 لأنه العصبية فان مات الآب ثم مات العبد المعتق فالولاء للاخ من الآب والام لأنه أقرب العصبية الى المعتق
 فان مات الاخ من الآب والام وترك ابناً فان الولاء يرجع الى الاخ للآب لأنه الأكبر فان مات الاخ من الآب والام وترك ابناً فان
 الولاء يرجع الى ابن الاخ من الآب لأنه أقرب فان مات ابن الاخ من الآب والام وترك ابناً فان
 ابن الاخ من الآب والام لأنه أقرب ولا يرث الاخ من الام ولا أحد من ذوى الارحام شيئاً من الولاء على ما تقدم
 ولومات المعتق وترك جده أباً أبيه وأخاه لا أبيه وأمه أولاً أبيه فالولاء للجد لا للاخ في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف
 ومحمد الولاء بين الجد والاخ نصفين بناء على أنه لا ميراث للاخ مع الجد عنده وعندهما يورثان الاخ مع الجد بالتعصيب
 فان مات المعتق وترك ابناً بنتاً ثم مات العبد المعتق فالولاء لابن لا لبنت لأن الابن هو العصبية بنفسه لا البنت
 ولقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن أو أعتقن أو كاتبن أو كاتبن من كاتبن ولم
 يوجد ههنا المستثنى فبقى استحقاقها للولاء على أصل النبي وجملة الكلام فيه ان النساء لا يرثن بالولاء الا ما اعتقن أو أعتق
 من اعتقن أو كاتبن أو كاتبن من كاتبن أو دبرن أو دبرن من دبرن وأولادهم وأولاد أولادهم وان سلفوا اذا كانوا من امرأة
 معتقة أو ماجر معتق من الولاء اليهن وبيان هذه الجملة امرأة اعتقت عبداً لها ثم مات العبد ولا وارث له فولأؤه
 للمرأة لقوله صلى الله عليه وسلم خاصة في النساء ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن وهذا معتقها ولعموم قوله صلى
 الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق ومن ثم الذكر والانثى فلوان معتقها اعتق عبداً له ثم مات العبد الاسفل ولم
 يترك وارثاً فولأؤه لمولاه الذى اعتقه ولا يرث مولاه منه شيئاً لأنه معتق مولاه وليس بمعتق حقيقة بل معتق معتقها
 فكان اثبات الولاء للمعتق حقيقة أولى فان مات العبد الاعلى ولم يترك عصبية ثم مات العبد الاسفل فولأؤه للمرأة
 المعتقة لأنه معتق معتقها فدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم أو أعتق من اعتق ولوترك العبد الاعلى عصبية فآله
 لعصبته لما ذكرنا ان شرط الارث بالولاء ان لا يكون للمعتق عصبية من النسب وكذلك لو ان المعتق الثانى اعتق
 ثالثاً والثالث اعتق رابعاً فآلهم اذا ماتوا آله اذا لم يخلف من مات منهم مولى اقرب اليه منها ولا عصبية ولو كاتبت

المرأة عبد لها فادى فعتق ثم مات العبد المكاتب فولأؤه لها القول النبي صلى الله عليه وسلم أو كاتب وكذا لو كان العبد المكاتب كاتب عبد الله من اكسابه فادى الاسفل أو لا فعتق كان ولاؤه لها لان الاعلى ليس من أهل الولاء لانه عبد مملوك بعد وكذا اذا ادنا جميعا معا فعتقا فولأؤه لها لقوله صلى الله عليه وسلم أو كاتب من كاتبين وكذا اذا دبرت امرأة عبد لها فماتت ثم مات العبد كان ولاؤه لها من حق يكون للذكور من عصبتها وكذا اذا ماتت المرأة حتى عتق المدير بموتها فادى عبد الله فولأؤه يكون لعصبتها وكذا اولادها وولاء اولاد اولادهم الذين ولدوا من امرأة معتقة يكون لها لان ولاؤه هم يثبت لا بائهم وولاء آبائهم لها كذا اولادها وولاء اولادهم امرأه زوجت عبد لها بمولاة قوم فولدت ولدا فولأؤه الولد يكون لمولى أمه ولا يكون للمرأة منه شيء وهذا لما لا يشك فيه لان أبا الولد ليس بمعتق بل هو عبد مملوك ولا يتصور ولا العتاقة بدون العتق فلو أعتقت المرأة عبد لها جحر العبد المعتق ولا الولد الى مولاه حتى لو مات الولد ولا وارث له كان ماله لايه فان لم يكن له أب فان كان مات فولأؤه للمرأة التي أعتقت اباه هذا تفسير جرح موالى النساء الولاء اليهن والله عز وجل أعلم امرأة أعتقت عبد لها ثم ماتت ثم مات العبد المعتق فولأؤه معتقها ولدها الذكور ان كانوا من عصبتها وعقله عليهم أيضا بلا خلاف وان كانوا من غير عصبتها فولأؤه معتقها ولدها الذكور الذين هم من غير عصبتها وعقله على سائر عصبتها دون ولدها فان اقرض ولدها وخلقوا عصبة لهم ليسوا من قوم المرأة المعتقة ولها عصبة كان لعصبتها دون عصبة ابنها لان الولاء للكبر وان له لا يورث وكذلك ما روى عن علي رضي الله عنه انه قال يرجع الولاء الى عصبتها اذا انقطع ولدها الذكور وهو قول عامة العلماء واذا لم يكن لها عصبة من نسب وكان لها موالى اعتقوها فولأؤه لعلو اليها وكان شريح يجعل الولاء بعد بنيتها لعصبة البنين دون عصبتها لانه يجعل الولاء ميراثا كالسالم وبيان هذه الجملة امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت وترك ابنها واخاها ثم مات العبد المعتق فاله لا بنها لا اخيها بلا خلاف فان مات ابنها وترك اخاله واباه فان الولاء للخال دون الاب لان الخال أخ المعتقة وهو عصبتها والاب لا قرابة ينسبه وبين المعتقة وعلى قول شريح الولاء الذى للاخ ينسب ان يكون للاب لا للخال لان الاب عصبة الابن وكذلك اذا مات الابن وترك اخا لاب أو عما أوجد من قبل أبيه أو ترك ابني عم أو ترك موالى أبيه فهذا كله سواء والولاء يرجع الى عصبة الام الاقرب منهم فلا قرب ان كان لها بنوعم يرجع اليهم وان لم يكن وكان لها موالى اعتقوها يرجع الولاء اليهم وفي قول شريح لا يرجع الولاء ويخصى على جهته وعن الشعبي وابن أبي ليلى ان الولاء للذكور من ولدها والعقل عليهم أيضا دون سائر عصبة المعتقة وقالوا كما يرونه كذلك يقولون عنه لان الخراج بالضمان والصحيح قول العامة لما ان عليا والزبير رضي الله عنهما اختصا الى عمر رضي الله عنه في ولأؤه مولى صفية بنت عبد المطلب فقال الزبير هي أمى فانا ارثها وولى ولاؤه وقال علي هي عمى وأنا عصبتها وأنا أعقل عنها فلى ولاؤه فقتضى عمر رضي الله عنه بالولاء للزبير وبالعقل على علي رضي الله عنه والمعنى فيه ان استحقاق الميراث بالعصوبة والابن في ذلك مقدم على الاخ وابن العم وأما العقل فبالتناصرا لا ترى ان أهل الديوان يتعاقلون بالتناصر ولا ميراث بينهم ولا عصوبة والتناصر لها ولمولاها بقوم أبيها لا بابنها كذلك كان العقل عليهم واعتبار العقل بالميراث غير سديد لان العقل ليس يتبع الميراث لا محالة لا ترى ان الرجل يرث ولده الذكور والاناث وأخواته ولوجنى جنابة لها عقل كان عقلها على عصبته دون ولده وأخواته ولو اعتق أمة له ثم غرقا جميعا ولا يدري أيهما مات أولا لم يرث المولى منها وكان ميراثه لعصبة المولى ان لم يكن لها وارثا واصل المسئلة ان العرق والهدم لا يرث بعضهم بعضا عندنا وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم لان كل أمر بن حادين لا يعرف تاريخهم يجعل كأنهما وقعا معا والمسئلة تعرف في كتاب القرائض ومنها انه لا زرع حتى لا يقدر المعتق على ابطاله حتى لو اعتق عبده سائبة بان اعتقه وشرط ان يكون سائبة لا ولاية له عليه كان شرطه باطلا وولأؤه له عند عامة العلماء وقال مالك ولاؤه لجميع المسامين والصحيح قول العامة لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وكذا لا يملك نقله الى غيره حتى لا يجوز بيعه

وهبته والتصدق به والوصية. وهذا قول عامة العلماء وقال بعضهم عليك قلة بالبيع وغيره واحتجوا بما روى ان اسماء
رضي الله عنها اعتقت عبدا فوهبت الولاء لابن مسعود رضي الله عنهما ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لجمعة كل جمعة
النسب لا يباع ولا يوهب ولا يحل هذه التصرفات المال والولاء ليس بمال فلا يجوز بيعه كالنسب وامامنا روى عن
اسماء رضي الله عنها فيحتمل ان يكون معناه وهبت له ما استحققت بالولاء وهو المال فرواه الراوى ولا يمكن ان يكون مستحقا
بالولاء او يحل على هذا توفيقا بين الدلائل وكذا اذا باع عبدا وشرط على المشتري ان يكون ولاؤه له فالشرط باطل
ويكون ولاؤه للمشتري اذا اعتق عبده وشرط ان يكون ولاؤه لجماعة المسلمين لم يصح ويكون ولاؤه له لما روى ان
عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة شرط عليها ان يكون ولاؤها لمواليها فخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال
في خطبته ما بال اقوام يشترون شروطا ليست في كتاب الله تعالى كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وان كان
مائة شرط وهل يحتمل الولاء التحول من محل الى محل ينظر فيه ان ثبت بايقاع العتق فيه لا يتحول ابدا لقوله صلى الله
عليه وسلم الولاء لمن اعتق الزم الولاء للمعتق وان ثبت بمحصول العتق لغيره تبعا يتحول اذا قام دليل التحول وبيان هذه
الجملة عند تزوج امه لقوم فولدت منه ولدا فاعتقها مولداها وولدها او كانت حبل به حين اعتقها او اعتقها فولدت بعد
العتق لاقول من ستة اشهر او كانت معتدة من طلاق أو موت فولدت لحام سنتين من يوم الموت أو الطلاق وقد اعتق
الاب رجل آخر كان ولدا للذي اعتقه مع امه ولا يتحول الى مولى ابيه وان اعتق ابوه بعد ذلك لانه لما اعتقها
فقد ثبت ولدا للولد بايقاع العتق فيه فلا يحتمل التحول وكذا اذا اعتقها وهي حبل لما قلنا وكذا اذا اعتقها ثم جاءت
بولدا لاقول من ستة اشهر من وقت الاعتراف لا ناتيقنا بكونه في البطن وقت الاعتراف لان الولد لا يولد لاقول من ستة اشهر
فيثبت ولاؤه بالاعتاق فلا يتحول ولو جاءت بولد لستة اشهر فصاعدا يتحول ولاؤه الى مولى الاب لاننا لم نعلم يقينا
انه كان في البطن وقت اعتاق الام فيجمل كاتها خبلت بعد العتق فيكون حرا تبعا للام وثبت له الولاء من مولى امه
على جهة التبعية وولاء الولد اذا ثبت لمولى الام على وجه التبعية يتحول الى مولى الاب اذا اعتق الاب لما نذكر ان
شاء الله عز وجل واذا كانت الام معتدة من طلاق أو موت فان نسب الولد ثبت الى سنتين لان الوطء كان حراما
فيجعل مدة الحمل سنتين ويحكم بكون الولد في البطن يوم الاعتراف فاذا حكمنا بوجوده يوم الاعتراف ثبت الولاء بالاعتاق
فلا يتحول الى غيره واذا كانت المعتقة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعته لان الولد يتبع الام في الرق والحرية فان
اعتق ابوه جرد ولا الولد الى مولاه هكذا روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك
فولدت عتق الولد بعته فاذا اعتق ابوه جرد ولا عنه وعن ابن عمر بن العوام رضي الله عنه انه ابصر فتية لعمامه عجبهم
وامهم مولدة لرافع بن خديج رضي الله عنه وابوهم عبد لمع من الحرة من جهينة او لمع من اشجع فاشترى ابنه اباهم
فاعتقه ثم قال انتسبوا الى وقال رافع بل هم موالى فاختصا الى عثمان رضي الله عنه في ولاد الولد فقضى بولاهم للزبير يعني
ان الاب جرد ولا ولده الى مولاهم وهو الزبير حين اعتقه الزبير وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل
انه انكر عليه احد فيكون اجماعا لان الاصل في الولاء هو الاب لان الولاء لجمعة كل جمعة والنسب والاب هو الاصل في
النسب حتى ينسب الولد الى الاب ولا ينسب الى الام الا عند تعذر النسبة الى الاب وكذا في اعتبار الولاء وانما يعتبر
جانب الام عند تعذر الاعتبار من جانب الاب بان لم يكن من أهل الولاء ولا تعذرهما فيعتبر جانبها لان الارث بالولاء
من طريق العصوبة والتعصيب من قبل الاب اقوى فكان أولى ولو مات الاب عبدا ولم يعتق كان ولده
لمولى الام ابد التعذر اعتبارا من جانب الاب واما الجد فهل يجوز ولا الخلفاء بان كان للاب الذي هو عبد اب عبد وهو
جد الصبي فاعتق الجد والاب عبد على حاله قال عامة العلماء لا يجوز ولا يكون مسلما باسلام الجد وولاء اولاد ابنه
العبد لمولى الام لا لمولى الجد وقال الشعبي يجوز ويكون مسلما باسلام الجد ووجه قوله ان الجد يقوم مقام الاب في
الولاية فان الاب اذا كان عبدا تتحول الولاية الى الجد فكذا يقوم مقامه في جرد الولاء والاسلام ولنا ان الاب

فاصل بين الابن والجد فلا يكون الابن تابعا له في الولاء والاسلام ولان الجسد لو جرح الولاء كان لا يثبت الولاء
لوالى الام رأسا اذ لا شك ان أصله يكون حرا اما من الجد أى لا يبه أو من قبله من الاجداد الى آدم صلى الله عليه
وسلم فلما ثبت الولاء لوالى الام في الجملة ثبت ان الجد لا يجر وكذا لا يصير مسلما باسلام الجد لانه لو صار مسلما
باسلامه لصار مسلما باسلام جد الجد ولكان الناس كلهم مسلمين باسلام آدم صلى الله عليه وسلم وينبى أن
لا يجوز استرقاق احد والمعلوم بخلافه فثبت أن القول بمجمل الولد تابعا للجد في الولاء باطل وأما بيان قدره فالولاء
يثبت بقدر العتق لان سبب ثبوته العتق والحكم يتقدر بقدر السبب ويانه في العبد المشترك بين اثنين أعنى
أحدهما نصيبه وهو موسر وموسر وقد ذكرنا الاختلاف فيه في كتاب العتاق بناء على تجزى العتق وعدم تجزى
والله أعلم وأما بيان حكم الوفاء له احكام منها الميراث وهو أن يرث المعتق مال المعتق لما ذكرنا من الأدلة ويرث مال
أولاده عند وجود شرط الارث وهو ما ذكرنا ومنها تحمل العقل للتقصير في النصرة والحفظ ومنها ولاية الانكاح
لانه آخر العصبات ثم اذا ورث المعتق مال المعتق فان كان العتق معلوما يدفع اليه وان لم يعلم توقف الولاء كما اذا
اشتري رجل عبدا ثم ان المشتري أقران البائع كان قدا عتقه قبل أن يبيعه فهو حر وولاءه موقوف اذا جحد
البائع ذلك فان صدقه بعد ذلك لزمه الولاء وعليه أن يرد الثمن على المشتري وكذا ان صدقه ورثته بعد موته أما حرة
العبد فان اعتاق البائع ان لم يثبت في حق البائع باقرار المشتري لتكذيب البائع اياه فقد ثبت في حقه لانه في اقراره
على نفسه مصدق ان لم يصدق على غيره فيثبت اعتاق البائع حقه فيثبت حرية العبد في حقه لكن ليس له أن
يرجع بالثمن على البائع لان اقراره بالاعتاق لم ينفذ في حقه لتكذيبه اياه فلم يثبت عتق العبد في حقه وأما كون الولاء
موقوفا فلا نه لا يمكن اثباته للمشتري لانه لم يوجد منه الاقرار باعتاق العبد عن نفسه ولا يمكن اثباته للبائع لان
اقرار المشتري لم ينفذ عليه فلم يكن العتق معلوما فبقى ولاء العبد موقوفا على تصديق البائع له وورثته فان صدقه
البائع لزمه الولاء لوجود الاعتاق منه باقراره ولزمه رد الثمن الى المشتري لانه تبين أنه باع حرا وكذا اذا مات البائع
فصدقه ورثة المشتري لان ورثته قاموا مقام الميت فصارت تصديقهم كتصديق الميت هذا اذا أقر المشتري
باعتاق البائع فانه أقر بتدبيره وانكر البائع فبات البائع عتق العبد لان اقرار المشتري بالتدبير من البائع اقرار منه باعتاقه
العبد بعد موته فاذا مات هذا اقراره في حقه ان لم ينفذ في حق البائع لما قلنا في حكم بخرية العبد على المشتري وولاءه يكون
موقوفا لما قلنا الا اذا صدقه ورثة البائع بعد موته فيلزم الولاء البائع استحسانا والقياس ان لا يلزمه في هذا وفي الوجه
الاول أيضا ووجه القياس أن ولاء الميت لم يثبت فالورثة بالتصديق يريدون اثبات ولاء لم يثبت فلا يملكون ذلك كما
لا يملكون اثبات النسب ووجه الاستحسان ان تصديقهم اقرار منهم بما يملكون انشاء سببه في الحال لانهم يملكون
اعتاق العبد للحال فكان اقرار اعلی أنفسهم بثبوت الولاء لهم في الحقيقة فيصح اقرارهم في حق أنفسهم بثبوت الولاء
وكذلك امة بين رجلين شهد كل واحد منهما أنها أم ولد من صاحبه وصاحبه ينكر فاذا مات أحدهما عتقت
الجارية وولاءها موقوف أما العتق فلان كل واحد منهما اقر على صاحبه بعتقها عند موت صاحبه فيصح اقرار
كل واحد منهما في حق نفسه ويكون ولاءها موقوفا لان كل واحد منهما نفى الولاء عن نفسه والحقة بصاحبه فانفى
عن نفسه ولم يلحق بصاحبه فبقى موقوفا وكذلك عبد بين رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه انك قد اعتقت هذا
العبد وجحد الآخر فالعبد حر وولاءه موقوف حتى لو مات وترك مالا لم يرثه واحد منهما ويوقف في بيت المال
الى ان يصدق أحدهما صاحبه لما قلنا وعلى هذا مسائل ثم كل ولا موقوف فيرثه يوقف في بيت المال وجناية العبد
على نفسه لا يعقل عنه بيت المال وانما يوقف ميراثه بيت المال لان ولاءه موقوف لا يعرف لمن هو فكان ميراثه
موقوفا أيضا لانه يثبت به فيوقف في بيت المال كاللقطة وأما جنايةه فاعمالا تحمل عنه بيت المال لان له عاقلة غير
بيت المال وهو نفسه فلا يجوز حمل غفله على بيت المال ويصير هو عاقلة نفسه في هذه الحالة لجهة المولاه بخلاف

الميراث فانه لا يمكن اثباته لغير مستحقته ولا يستحق الا أحدهما وهو غير معلوم فيوضع في بيت المال ضرورة وهذا بخلاف اللقيط انه يرثه بيت المال ويعقل عنه أيضا لان ههنا ولاؤه كان ثابتا من انسان الا انه لا يعرف وانما يجعل العقل على بيت المال اذا لم يكن له ولاؤه ثابت الا ان ميراثه يوضع في بيت المال لانه مال ضائع ولا يثبت ولاء اللقيط من أحد فكان عقله على بيت المال كما ان ميراثه لبيت المال والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يظهر به الولاء فالولاء يظهر بالبينه مرة وبالقرار أخرى أما البينة فنحن ان يدعي رجل انه وارثه بولاء العتاقة فيشهد له شاهدان ان هذا الحى أعتق هذا الحى أو أعتق هذا الميت وهو مملوك وهو وارثه ولا يعلمون له وارثا غيره جازت الشهادة لانهم شهدوا بشهادة مقسرة لاجمالها قبلت ولو شهدا ان الميت مولاه واثبته وارثه لا وارث له غيره لم يحجز الشهادة حتى يفسر الولاء لان الولاء يختلف قد يكون ولا عتاقة وقد يكون ولا مولاة أو أحكامها تختلف فلم يفسر كان مجهولا فلا يقبل الشهادة عليه وكذلك لو شهدوا ان الميت مولاه مولى العتاقة أيضا لم يحجز لان مولى العتاقة نوعان أعلى وأسفل واسم المولى يستعمل في كل واحد منهما على السواء فلا تقبل الشهادة الا بالبيان والتفسير ولو ادعى رجلا ولاؤه بالعتق وأقام بكل واحد منهما بينة جعل ميراثه بينهما لانهما استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوى والحجة فيستويان في الاستحقاق ولو وقتا وقتا فالسابق وقتا أولى لانه أثبت العتق في وقت لا ينازع فيه صاحبه وكان الثاني مستحقا عليه ولو كان هذا في ولاء المولاة كان صاحب الوقت الآخر أولى لان ولاء المولاة يحتمل النقص والفسخ فكان عقد الثاني نقضا للاول الا ان يشهد شهود صاحب الوقت الاول أنه كان قد عقل عنه لانه حينئذ لا يحتمل النقص فاشبهه ولاء العتاقة وان أقام رجل البينة انه أعتقه وهو مملوك لا يعلمون له وارثا سواه فقتضى له القاضي ميراثه وولائه ثم أقام آخر البينة على مثل ذلك لم يقبل الا ان يشهدوا انه اشترى من الاول قبل ان يعتقه ثم أعتقه وهو مملوك فيبطل قضاء الاول لان الاصل أن القاضي اذا قضى بقضية فانه لا يسمع ما يتا فيها الا اذا تبين ان القضاء الاول كان باطلا واذا لم يشهدوا انه اشتراه من الاول قبل ان يعتقه ثم يتبين بطلان القضاء الاول فلا تقبل البينة من الثاني الا اذا قامت على الشراء من الاول قبل ان يعتقه فيقبل ويقتضى الثاني ويبطل قضاؤه للاول لانه تبين بهذا الشهادة ان الاول أعتق مالا يملك فتبين انه وقع باطلا وصحح الثاني وأما الاقرار فنحن ان يقر رجل انه مولى لفلان مولى عتاقة من فوق أو تحت وصدقه الآخر وهو مولاه يرثه ويعقل عنه قومه لان الولاء سبب يتوارث به فيصح الاقرار به كالنسب والنكاح فان كان له اولاد كبار فانكر واذلك وقالوا أبونا مولى العتاقة لفلان آخر فالأب مصدق على نفسه وأولاده مصدقون على أنفسهم لانه لا ولاية للأب على الاولاد الكبار فلا ينفذ اقراره عليهم ويصح اقرارهم على أنفسهم لان لهم ولاية على أنفسهم وان كان الاولاد صغارا كان الأب مصدقا لانه له ولاية على أولاده الصغار ألا ترى انه لو عقد مع انسان عقدا بولاء تبعه أولاده الصغار وان كذبه الام وقت ولاؤه لم يلتفت الى قولها ويؤخذ بقول الأب لان الأب اذا كان حيا كانت الولاية له والولاء يشبه النسب والنسب الى الآباء وكذلك ان قالت هم ولدى من غيرك تصدق لانهم في يد الأب دون الام فلا تصدق الام أنهم لغيره فان قالت ولدته بعد عتقي بخمسة أشهر فهو مولى المولى وقال الزوج ولدني بعد عتقك بستة أشهر فالقول قول الزوج لان الولد ظهر في حال يكون ولاؤه لمولى الأب والمرأة تدعى انها ولدت في حال يكون ولاؤه لمولى الام فكان الحال شاهد الزوج فلا يقبل قولها الا بينة ونظير هذا الزوج والمرأة اذا اختلفا فقال أحدهما كان النكاح قبل ستة أشهر والولد من الزوج وقال الآخر كان النكاح منذ أربعة أشهر فالقول قول الذى يدعى ان النكاح قبل ستة أشهر لان الولد ظهر في حال اثبات النسب من الزوج وهو حال قيام النكاح ويصح الاقرار بولاء العتاقة في الصحة والمرض لانه سبب التوارث فيستوى فيه الصحة والمرض كالنسب والنكاح ولو قال أعتقني فلان أو فلان وادعاه كل واحد منهما على صاحبه فهذا الاقرار باطل لانه اقرار بمجهول فلان أقر بعد ذلك لاحدهما أو لغيره انه مولاه

جازلان اقراره الاول وقم باطلا لجهالة المقر له والولاء لا يثبت من الجهول كالنسب فبطل والتحقق بالعدم فبعد ذلك له ان يقر لمن شاء والله عز وجل أعلم .

فصل وأما ولأء الموالاة فالكلام فيه في مواضع في بيان ثبوته شرعا وفي بيان سبب الثبوت وفي بيان شرائط الثبوت وفي بيان صفة السبب وفي بيان حكمه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان ما يظهر به أما الاول فقد اختلف في ثبوت هذا الولاء قال أصحابنا انه ثابت ويقع به التوارث وهو قول عمرو بن علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وهو قول ابراهيم النخعي وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه انه يورث به ويوضع في بيت المال وبه أخذ مالك والشافعي وجه قولهما ان في عقد الولاء ابطال حق جماعة المسلمين لانه اذا لم يكن للعاقدة وارث كان ورثته جماعة المسلمين ألا ترى انهم يعقلون عنه قفاما ومقام الورثة المعينين وكلا لا يقدر على ابطال حقهم لا يقدر على ابطال حق من قام مقامهم ولهذا قال اذا أوصى بجميع ماله لانسان ولا وارث لم يصح لانه اذا لم يكن له وارث معين كان وارثه جماعة المسلمين فلا يملك ابطال حقهم كذا هذا والصحيح قولنا بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب الكريم فقوله عز وجل والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والمراد من النصيب الميراث لانه سبحانه وتعالى أضاف النصيب اليهم فيدل على قيام حق لهم مقدر في التركة وهو الميراث لان هذا معطوف على قوله ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون لكن عند عدم ذوى الارحام عرفناه بقوله عز وجل وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله وأما السنة فاروى عن تميم الدارى رضي الله عنه انه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أسلم على يدي رجل ووالاه فقال صلى الله عليه وسلم هو أحق الناس به بحياة ومماته أى حال حياته وحال موته أراد به صلى الله عليه وسلم محياه في العقل ومماته في الميراث وأما المعقول فهو ان بيت المال انما يرث بولاء الايمان فقط لانه بيت مال المؤمنين قال الله عز وجل والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض وللمولى هذا التولية بولاء الايمان فقط لانه بيت مال من عامة المؤمنين ألا ترى ان مولى العتاقة أولى من بيت المال للتساوى في ولأء الايمان والتزجيج لولأء العتق كذا هذا الا أن مولى المتوالاة يتأخر عن سائر الاقارب ومولى العتاقة يتقدم على ذوى الارحام لان الولاء بالرحم فوق الولاء بالعقد فيخلف عن ذوى الارحام وولأء العتاقة بما تقدم من النعمة بالاعتاق الذى هو احياء وايلا بمعنى الحق بالتعصيب من حيث المعنى ولذلك قال صلى الله عليه وسلم الولأء لحمة كل حممة النسب وأما قولهما ان جماعة المسلمين ورثته فلا يقدر على ابطال حقهم بالعقد فنقول انما يصيرون ورثته اذا مات قبل المعاقدة فاما بعد المعاقدة فلا والدليل على بطلان هذا الكلام انه تصح وصيته بالثلث ولو كان كذلك لما حلت لكونها وصية للوارث وأما سبب ثبوته فالعقد وهو الايجاب والقبول وهو ان يقول الذى أسلم على يد انسان له أو لغيره أنت مولأى ترثنى اذا مت وتمتلى عني اذا جنيت فيقول قبلت سواء قال ذلك للذى أسلم على يديه أو لا آخر بعد ان ذكر الارث والعقل في العقد ولو أسلم على يد رجل ولم يواله ووالى غيره فهو مولى للذى والاه عند عامة العلماء وعند عطاء هو مولى للذى أسلم على يده والصحيح قول العامة لقوله عز وجل والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم جعل الولأء للعاقدة وكذا ما ينقل ان الصحابة أثبتوا الولأء بنفس الاسلام وكل الناس كانوا يسمون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين وكان لا يقول أحد لمن أسلم على يد أحد انه ليس له أن يوالى غير الذى أسلم على يده فثبت أن نفس الاسلام على يد رجل ليس سببا لثبوت الولأء له بل السبب هو العقد فلم يوجد لا يثبت الارث والعقل وأما شرائط العقد فنها عقل العاقدة اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل وأما البلوغ فهو شرط لان عقد في جانب الايجاب فلا ينقد الايجاب من الصبي وان كان عاقلا حتى لو أسلم الصبي العاقل على يد رجل والاه لم يحز وان أذن أبوه الكافر بذلك لان هذا عقد وعقود الصبي العاقل انما يقف على اذن وليه ولا ولاية للاب الكافر على ولده المسلم فكان اذنه والعدم بمنزلة واحدة ولهذا لا تجوز سائر عقود باذنه كالتبعية ونحوه كذا عقد الموالاة وأما من جانب

القبول فهو شرط النفاذ حتى لو والى بالغ صبياً قبل الصبي ينعقد موقوفاً على إجازة أبيه أو وصيه فإن أجاز جاز لأن هذا نوع عقد فكان قبول الصبي فيه بمنزلة قبوله في سائر العقود فيجوز باذن وليه ووصيه كسائر العقود والاب الوصي أن يقبل عنه كإفادته في البيع ونحوه وكذلك لو والى رجل عبداً قبل العبد وقف على إجازة المولى فإذا أجاز جاز إلا أن في العبد إذا أجاز المولى فالولاء من المولى وفي الصبي إذا أجاز الاب والوصي فيكون الولاء من الصبي وإن كان كذلك لأن العبد لا يملك شيئاً فوق قبوله لمولاه ألا ترى أنه لو اشترى شيئاً كان المشتري لمولاه فاما الصبي فهو من أهل الملك ألا ترى أنه لو اشترى شيئاً كان المشتري له ولو والى رجل مكاتباً جاز وكان مولى لمولى المكاتب لأن قبول المكاتب صحيح ألا ترى أنه يملك الشراء فجاز قبوله إلا أن الولاء يكون للمولى لأن المكاتب ليس من أهل الولاء ألا ترى أنه لو كاتب عبداً فادى وعق كان الولاء للمولى بخلاف الصبي فإنه من أهل الولاء ألا ترى أن الاب لو كاتب عبداً بنه الصغير فادى فمضى ثبت الولاء من الابن وأما الاسلام فليس بشرط لصحة هذا العقد فيصح فتجوز مولاة الذمي والذمي المسلم والمسلم الذمي لأن المولاة بمنزلة الوصية بالمال ولو أوصى ذمي لذمي أو لمسلم أو مسلم لذمي بالمال جازت الوصية كذا الموالاة وكذا الذمي إذا والى ذمياً ثم أسلم الأسفل جاز لما قلنا وكذا الذكورة ليست بشرط فتجوز مولاة الرجل امرأة والمرأة رجلاً وكذا دار الاسلام حتى لو أسلم حربى فوالى مسلماً في دار الاسلام أو في دار الحرب فهو مولاة لأن المولاة عقد من العقود فلا يختلف بالذكورة والأنثى وبقدر السلام وبدار الحرب والله عز وجل أعلم ومنها أن لا يكون للعاقدة وارث وهو أن لا يكون له من أقارب من يرثه فإن كان لم يصح العقد لأن القرابة أقوى من العقد ولقوله عز وجل وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله وإن كان له زوج أو زوجة يصح العقد وتعطى نصيبها والباقي للمولى ومنها أن لا يكون من العرب حتى لو والى عربى رجلاً من غير قبيلته لم يكن مولاه ولكن ينسب الى عشيرته وهم يعقلون عنه لأن جواز الموالاة للتناصر والعرب يتناصرون بالقبائل وإنما تجوز موالاة العجم لأنهم ليس لهم قبيلة فيتناصرون بها فتجوز موالاتهم لا جمل التناصر وأما الذي هو من العرب فله قبيلة ينصرونه والنصرة بالقبيلة أقوى فلا يصير مولى ولهذا لم يثبت عليه ولا العتاقة وكذا ولا الموالاة ولا نه لم يثبت عليه ولا العتاقة مع أنه أقوى فولاء الموالاة أولى وكذا لو والت امرأة من العرب رجلاً من غير قبيلته لم ينسب إليها ومنها أن لا يكون من موالى العرب لأن مولاهم منهم لقوله صلى الله عليه وسلم وإن مولى القوم منهم ومنها أن لا يكون معتق أحد فإن كان لا يصح منه عقد الموالاة لأن ولاء العتاقة أقوى من ولاء الموالاة لأنه لا يلحقه الفسخ وولاء الموالاة يلحقه الفسخ فلا يجوز رفع الأقوى بالضعف ومنها أن لا يكون قد عقل عنه بيت المال لأنه لما عقل عنه بيت المال فقد صار ولاؤه لجماعة المسلمين فلا يجوز تحويله الى واحد منهم بعينه فإن كان قد عقل عنه لم يحز أبداً لأنه سواء كان عاقده غيره فعقل عنه أو عقل عنه بيت المال حتى لو مات فإن ميراثه لم يلقه عاقده أولاً فعقل عنه أول بيت المال لأنه لما عاقده غيره فعقل عنه فقد تأكد عقده ولزم وخرج عن احتمال النقص والفسخ لما يذكر فلا يصح معاقده غيره وكذا إذا عقل عن الذي يواليه وإن كان عاقده غيره ولم يعقل عنه جاز عقده مع آخر لأن مجرد العقد بدون العقل غير لازم فكان أقدمه على الثاني ففسخ الأول وأما صفة العقد فهو أنه عقد جائز غير لازم حتى لو والى رجلاً كان له أن يتحول عنه بولائه الى غيره لأنه عقد لا يملك به شيء فلم يكن لازماً كالوكالة والشركة لأنه بمنزلة الوصية بالمال والوصية غير لازمة فكذا عقد الموالاة إلا إذا عقل عنه لأنه إذا عقل عنه فقد تأكد العقل بقضاء القاضي وفي التحول به الى غيره ففسخ قضائه فلا يملك فسخ القضاء وكذلك أنه أن يفسخه صريحاً قبل أن يعقل عنه لأن كل عقد غير لازم لكل واحد من العاقلين ففسخه كسائر العقود التي هي غير لازمة ولأن كل عقد يجوز لأحد العاقلين ففسخه يجوز للأخر كسائر العقود القابلة للفسخ وما هنا يجوز لأحد العاقلين ففسخه وهو القابل فكذا الآخر إلا أنه ليس له أن يفسخه إلا بحضور الآخر أى بعلمه لأنه تعلق به حق الآخر فلا يملك إسقاطه متصوراً من غير علمه كمنزل الوكيل مقصوراً من غير علمه

الأن بوالى الاسفل آخر فيكون ذلك نقضا لدلالة وان لم يحضر صاحبه أو انتقاضا ضرورة لأنه لا يملك مولاة غيره
 إلا بانفساخ الاول فينسخ الاول دلالة وضرورة وقد ثبتت الشئ بدلالة أو ضرورة وان كان لا يثبت قضاء كمن وكل
 رجلا ببيع عبده ثم عزله والوكيل غائب لم يعلم به لم يصح عزله ولو باع العبد أو أعتقه انزل الوكيل علم أو لم يعلم كذا هذا
 والله الموفق وأما حكم العقد للعقل في حال الحياة والارث بعد الموت وهو أن المولى الأعلى يعقل عنه في حال حياته
 ويرثه بعد موته فيرث الأعلى من الاسفل عند المآذ كمن نال من الدلائل فيما تقدم ويرث الاسفل من الأعلى أيضا إذا
 شرط ذلك في المعاقدة بخلاف ولأه العتاقة أن هناك يرث الأعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل من الأعلى لأن سبب
 الارث هناك وجد من الأعلى لا من الاسفل وهو العتق والسبب هنا العقد وقد شرط فيه التوارث من الجانبين
 فيعتبر ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وكما ثبتت حكم الولاية في الرجال ثبت في أولادهم الصغار
 تبعاً لهم حتى لو إلى انسا ناوله أو لا دصغار صاروا موالى للذى والآلة الاب وكذا إذا ولى انسا ناوله أو لا د دخلوا
 في ولاية الاب بطريق التبعية ولا للاب ولاية على ولده الصغير فينفذ عتقه عليه ولا يصير أولاده الكبار موالى
 بمولاة الاب لا تقطاع التبعية والولاية بالبلوغ حتى لو إلى الاب انسا ناوله ابن كبير فوالى رجلا آخر فولأه
 له المولى أبيه ولو كبر بعض أولاده الصغار فإراد التحول عنه إلى غيره فان كان المولى قد عقل عنه أو عن أبيه أو عن
 أحد اخوته لم يكن به أن يتحول وان لم يكن عقل عن أحد منهم كان له ذلك أما جواز التحول عند عدم العقل فلا نه لو كان
 كبيرا وقت عقد الاب لجاز له التحول وكذا إذا كبر في العقد لأن المانع من السرية في الخالين واحد وهو عدم التبعية
 والولاية وأما عدم الجواز عند العقل فلما ذكرنا من اتصال قضاء القاضي به وفي التحول فسخره وهذا لا يجوز فيلزم
 ضرورة ولو عاقدت امرأة عقد الولاية ولها أولاد صغار لا يصيرون موالى للذى والته أهمهم ولا تشبه الام في هذا الباب
 الاب لأنه ليس للمرأة ولاية على أولادها الصغار ألا ترى انها لا تشتري لهم ولا تباع عليهم وللأب أن يفعل ذلك
 وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوى الخلاف في المسئلة فقال ثبت حكم ولائها في أولادها الصغار في قول أبي
 حنيفة وعند هـ لا يثبت ولو إلى رجل رجلا ثم ولده من امرأة قد ولى رجلا فولأه الولد للمولى الاب لأنه اجتمع
 ولا أن ولاه الاب وولاه الام فترجح جانب الاب لأن للاب ولاية عليهم ولا ولاية للام ألا ترى أن للاب أن يعقد
 على ولده عقد البيع والنكاح وليس للام ذلك فكذلك عقد الولاية وكذلك الولى حبل ولا يشبه هذا ولأه العتاقة
 لأن في ولاية العتاقة إذا أعتقها وهى حبل يثبت الولاية بالعتق والعتق يثبت في الولد كما يثبت في الام فكان للولد ولاية
 نفسه لكونه أصلا في العتق فاما ولاية المولاة قبل العقد وعقد هـ لا يجوز على ما في بطنها فلم يصير الولد أصلا في الولاية
 فكان تبعاً للاب في الولاية كما في المسئلة الاولى وكذلك لو كان لهما أولاد صغار فوالى الام انسا ناوله وإلى الاب
 آخر فولأه الا ولا للمولى الاب لما قلنا ذمية أسلمت فوالى رجلا ولها ولد صغير من ذمى لم يكن ولا ولد للمولاة
 في قول أبي يوسف ومحمد وفي قياس قول أبي حنيفة يكون ولاية ولدها المولى لها بمنزلة العتاقة وجه قولهما أن الام
 لا ولاية لها على الولد بدليل انه لا يجوز لها أن تعقد على ولدها عقد البيع والنكاح فكذلك عقد الولاية ولا يرى
 حنيفة أن الذمى لا ولاية له على ولده المسلم فتعذر اثبات الولاية من الاب والولاية إذا تعذر اثباته من جهة الاب
 يثبت من جهة الام كما إذا كان الاب عبداً وكفى ولاية العتاقة إذا كان الاب عبداً ولو قدم حر بي الينا بامان فاسلم
 وإلى رجلا ثم سبي ابنه فاعتق لم يحز ولاية الاب وان سبي أبوه فاعتق جر ولاه ابنه إلى مولاة لان الابن يتبع الاب
 في الولاية لما ذكرنا فاما الاب فلا يتبع الابن لأنه لا ينسب اليه وانما ينسب الابن إلى أبيه فان كان ابن الابن أسلم
 وإلى رجلا لم يحز الجد ولا هـ ذكر في الاصل وقال لان الجد لا يحز الولاية الا ان يحز ولاه ابنه فيحز بجره ولاه ابنه
 ولا هـ وقال الحاكم الشهيد وجه هذه المسئلة أن يكون الاسفل مواليا والاوسط حر بيا والجد معتق فلا يحز ولاه
 الاسفل الا ان يسلم الاوسط ويولى فيحز الجد ولاه هـ وولاه الاسفل بجر ولاه ولو أسلم حر بي أو ذمى على يدي

رجل ووالاه ثم اسلم ابنه الكبير على يد رجل آخر ووالاه كان كل واحد منهما مولى للذي ووالاه ولا يجر بعضهم الى بعض وليس هذا كالعقاق انه اذا اعتق أبوه جرح ولا الولد الى نفسه لان ههنا ولا كل واحد منهما ثبت بالعقد وعقد كل واحد منهما يجوز على نفسه ولا يجوز على غيره وههناك ولا الولد ثبت بالعقد ولا الاب ثبت بالعق و ولا العتق أقوى من ولا المولاة فيستتبع الأقوى الاضعف وههنا بخلافه لان ولا كل واحد منهما ليس أقوى من ولا صاحبه لثبوت كل واحد منهما بالعقد فهو الفرق

فصل وما صفة الحكم فهو ان الولاء الثابت بهذا العقد لا يحتمل التملك بالبيع والهبة والصدقة والوصية لانه ليس بمال فلا يكون محلا للبيع كالنسب وولا العتاقة لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لا يباع ولا يوهب حتى لو باع رجل ولا مولاة أو عتاقة بعبد وقبضه ثم أعتقه كان عتاقه باطلا لانه قبضه بغير بدل اذ الولاء ليس بمال فلم يملكه فلم يصح عتاقه كالمواشيتى عبد ابيته أودم أو جرح وقبضه ثم أعتقه ولو باع المولى الاسفل ولا همن آخر أو وهبه لا يكون بيعا أيضا ولا هبة لما قلنا لانه يكون قضا لولا الاول ومولاة لهذا الثاني لان الولاء لا يمتاض منه فبطل العوض وبقى قوله الولاء لك فيكون مولاة بينه وبين الثاني كالمولى الشفعة بمال صح التسليم لكن لا يجب المال

فصل وأما بيان ما يظهر به فانه يظهر بما ظهر به ولا العتاقة وهو الشهادة المفسرة أو الاقرار سواء كان الاقرار في الصحة أو المرض لانه غير متهم في اقراره اذالم يكن له وارث معلوم فيصنع اقراره كما تصح وصيته بجميع ماله اذالم يكن له وارث معلوم ولو مات رجل فآخذ رجل ماله وادعى انه وارثه وليس للقاضي أن يمنع منه اذالم يخصه أحد لان القاضي لا يدري البيت المال أو لغيره وهو يدعى انه له ولا مانع عنه فلا يتعرض له فان خاصمه أحد سأل القاضي البينة لانه لا يدل له وكان مدعيا فعليه البينة



كتاب الاجارة

الكلام في هذا الكتاب يقع في سبع مواضع في بيان جواز الاجارة وفي بيان ركن الاجارة ومعناها وفي بيان شرائط الركن وفي بيان صفة الاجارة وفي بيان حكم الاجارة وفي بيان حكم اختلاف العاقدین في عقد الاجارة وفي بيان ما ينتهي به عقد الاجارة أما الاول فلا جارة جائزة عند عامة العلماء وقال أبو بكر الاصم انها لا تجوز والقياس ما قاله لان الاجارة بيع المنفعة والمنافع للحال معدومة والمعدوم لا يحتمل البيع فلا يجوز اضافة البيع الى ما يؤخذ في المستقبل كاضافة البيع الى أعيان تؤخذ في المستقبل فاذا لا سبيل الى تجوزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المآل فلا جوازها رأسا لكانا استحسننا الجواز بالكتاب العزيز والسنة والاجماع أما الكتاب العزيز فقوله عز وجل خيرا عن أب المرتين اللتين سقى لهما موسى عليه الصلاة والسلام قال اني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج أي على أن تكون أجيرا لي أو على أن تحصل عوضي من أنكاح ابنتي إياك رعى غنى ثمانى حجج يقال آجره الله تعالى أي عوضه وأثابه وقوله عز وجل خيرا عن تينك المرتين قالت احداهما يا أبت استأجره ان خير من استأجرت القوى الامين وما قص الله علينا من شرائع من قبلنا من غير نسخ يصير شريعة لنا مبتدأة ويلزمنا على أنه شر يعتدنا على أنه شريعة من قبلنا لما عرف في أصول الفقه وقوله عز وجل فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض واجفوا من فضل الله والاجارة ابتغاء الفضل وقوله عز وجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم وقد قيل نزلت الآية في حج المكارى فانه روى أن رجلا جاء الى ابن عمر رضي الله عنهما فقال انا قوم نكرى ونزعم أن ليس لنا حج فقال ألستم تحرمون وتفقون وترمون فقال نعم فقال رضي الله عنه أتم حجاج ثم قال سألت رجلا رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتني فلم يجبه حتى أنزل الله عز وجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتم حجاج وقوله عز وجل في استئجار الظئر وان أردتم ان تسترضعوا أولادكم فلا

جناح عليكم نفي سبحانه وتعالى الجناح عن يسترضع ولده والمراد منه الاسترضاع بالاجرة دليله قوله تعالى اذا سلمتم ما آتيتكم بالمعروف قيل أى الاجر الذى قبلتم وقوله فان أرضعن لكم فآتهن أجورهن وهذا نص وهو فى المطلقات وأما السنة فماروى محمد فى الاصل عن أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا ينكح على خطبته ولا تتاجشوا ولا تبيعوا بالقائم الحجر ومن استأجر أجيرا فليعلم أجره وهذا منه صلى الله عليه وسلم تعليم شرط جواز الاجارة وهو اعلام الاجر فيدل على الجواز وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه أمر صلى الله عليه وسلم بالمبادرة الى اعطاء أجر الاجير قبل فراغه من العمل من غير فصل فيدل على جواز الاجارة وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فأكمل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره وعن عائشة رضى الله عنها أنها قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رضى الله عنه رجلا من بنى الدئل هاديا خريتا وهو على دين كفار قریش فدفعنا اليه راحلتيهما وواعدها غار ثور بعد ثلاث فأتاهما فارتحلا وانطلق معهما عمر بن فهيرة والدليل الدئل فأخذ بهم طريق الساحل وأدنى ما يستدل بفعل النبي صلى الله عليه وسلم الجواز وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على رافع بن خديج وهو فى حائطه فأعجبه فقال لمن هذا الحائط فقال لى يارسول الله استأجرته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تستأجره بشئ منه خصص صلى الله عليه وسلم النهى باستجاره ببعض الخارج منه ولو لم تكن الاجارة جائزة لأصل لم النهى اذ النهى عن المنكر واجب وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يؤاجرون ويستأجرون فلم ينكر عليهم فكان ذلك تقريرامنه والتقرير أحد وجوه السنة وأما الاجماع فان الامة أجمعت على ذلك قبل وجود الاصم حيث يعتقدون عقد الاجارة من زمن الصحابة رضى الله عنهم الى يومنا هذا من غير تكثير فلا يعبأ بخلافه اذ هو خلاف الاجماع وبه تبين ان القياس متروك لان الله تعالى انما شرع العقود لحوائج العباد وحاجتهم الى الاجارة ما يستهم لان كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها أو أرض مملوكة يزرعها أو دابة مملوكة يركبها وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن ولا بالهبه والاعارة لان نفس كل واحد لا تسمح بذلك فيحتاج الى الاجارة فجوزت بخلاف القياس لحاجة الناس كالسلم ونحوه تحقيقه ان الشرع شرع لكل حاجة عقد يختص بها فشرع لتملك العين بعوض عقدا وهو البيع وشرع لتملكها بغير عوض عقدا وهو الهبة وشرع لتملك المنفعة بغير عوض عقدا وهو الاعارة فلو لم يشرع الاجارة مع امتساس الحاجة اليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلا وهذا خلاف موضوع الشرع

فصل وأما ركن الاجارة ومعناها اماركنها فالاجاب والقبول وذلك بلفظ دال عليها وهو لفظ الاجارة والاستئجار والاكتراء والاكرأ فاذا وجد ذلك فقد تم الركن والكلام فى صيغة الاجاب والقبول وصفتهما فى الاجارة كالكلام فيهما فى البيع وقد ذكرنا ذلك فى كتاب البيوع وأما معنى الاجارة فالاجارة بيع المنفعة لغة ولهذا سهاها أهل المدينة بيعا وأرادوا به بيع المنفعة ولهذا سمي البدل فى هذا العقد أجرة وسمى الله بدله الرضاع أجرا بقوله فان أرضعن لكم فآتهن أجورهن والاجرة بدل المنفعة لغة ولهذا سمي المهر فى باب النكاح أجرا بقوله عز وجل فانكحوهن باذن أهلن وآتهن أجورهن أى مهرهن لان المهر بدل منفعة البضع وسواء أضيف الى الدور والمنازل والبيوت والحوانيت والحمامات والفساطيط وعبيد الخدمة والدواب والثياب والحلى والاوانى والظروف ونحو ذلك أو الى الصناعات من القصور والحياط والصباغ والصائغ والنجار والبناء ونحوهم والاجير قد يكون خاصا وهو الذى يعمل لواحد وهو المسمى باجير الواحد وقد يكون مشتركا وهو الذى يعمل لعامة الناس وهو المسمى بالاجير المشترك وذكر بعض المشايخ ان الاجارة نوعان اجارة على المنافع واجارة على الاعمال وفسر النوعين بما ذكرنا وجعل العقود عليه فى أحد النوعين المنفعة وفى الآخر العمل وهى فى الحقيقة نوع واحد لانها يبيع المنفعة فكان المقود عليه

المنفعة في النوعين جميعا الا ان المنفعة تختلف باختلاف محل المنفعة فيختلف استيفائها باستيفاء منافع المنازل بالسكنى والاراضى بالزراعة والثياب والحلل وعميد الخدمة بالخدمة والدواب بالركوب والحمل والاواني والظروف بالاستعمال والصناعات بالعمل من الخياطة والقصارة ونحوهما وقد يقام فيه تسليم النفس مقام الاستيفاء كقاي أجير الواحد حتى لو سلم نفسه في المدة ولم يعمل يستحق الاجر واذا عرف ان الاجارة يبيع المنفعة فنخرج عليه بعض المسائل فنقول لا يجوز اجارة الشجر والكرم للثمر لان الثمر عين والثمر عين والاجارة يبيع المنفعة لا يبيع العين ولا يجوز اجارة الشاة للبهن أو سمنها أو صوفها أو ولدها لان هذه اعيان فلا تستحق بعقد الاجارة وكذا اجارة الشاة لترضع جديا أو صبيها لما قلنا ولا يجوز اجارة ماء في نهر أو بئر أو قناة أو عين لان الماء عين فان استأجر القناة والعين والبئر مع الماء لم يجز أيضا لان المقصود منه الماء وهو عين ولا يجوز استئجار الآجام التي فيها الماء للسكك وغيره من القصب والصيد لان كل ذلك عين فان استأجر هامع الماء فهو أقسد وأخبث لان استئجارها بدون الماء فاسد فكان مع الماء أفسد ولا يجوز اجارة المراعى لان الكلاء عين فلا تحفل الاجارة ولا يجوز اجارة الدراهم والدنانير ولا تبرهما وكذا تبر النحاس والبرصا ولا استئجار المكيلات والموز وناث لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد استهلاك اعيانها والداخل تحت الاجارة المنفعة لا العين حتى لو استأجر الدراهم والدنانير ليعبر بهما زمانا وحنطة ليعبر بهما ميلا أو ز مثا ليعبر به أرطالا أو أمنا أو وقتا معلوما ذكر في الاصل انه يجوز لان ذلك نوع انتفاع بهامع بقاء عينها فاشبه استئجار سنجات الميزان وذكر الكرخى انه لا يجوز الفقد شرط آخر وهو كون المنفعة مقصودة والانتفاع بهذه الاشياء من هذه الجهة غير مقصود عادة ولا يجوز استئجار الفحل للضراب لان المقصود منه النسل وذلك بانزال الماء وهو عين وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن عسب الفحل أى كرائه لان العسب في اللغة وان كان اسما للضراب لكن لا يمكن حمله عليه لان ذلك ليس بمنهى لما في النهى عنه من قطع النسل فكان المراد منه كراء عسب الفحل الا انه حذف الكراء واقام العسب تمامه كقاي قوله عز وجل واسأل القرية ونحو ذلك ولو استأجر كلبا معالما ليصيده أو باز لم يجز لانه استئجار على العين وهو الصيد وجنس هذه المسائل تخرج على الاصل فان قيل أليس ان استئجار الظفر جائز وانه استئجار على العين وهى اللبى بدليل انها لو أرضعته لبن شاة لم تستحق الاجرة فالجواب انه روى عن محمد بن المقديق على خدمة الصبي واللبن يدخل على طريق التبعية فكان ذلك استئجارا على المنفعة أيضا واستيفائها بالقيام بخدمة الصبي من غسله وغسل ثيابه وبالسبا اياه وطبخ طعامه ونحو ذلك واللبن يدخل فيه تبعا كالصبغ في استئجار الصباغ واذا أرضعته لبن الشاة فلم تأت بما دخل تحت العقد فلا تستحق الاجرة كالصبغ اذا صبغ الثوب لونا آخر غير ما وقع عليه العقد انه لا يستحق الاجر وذلك لا يدل على ان المعقود عليه ليس هو المنفعة كذا هيها ومن مشايخنا من قال ان المعقود عليه هناك العين وهى اللبن مقصودا والخدمة تبع لان المقصود تربية الصبي ولا يتربى الا باللبن فاجرى اللبن مجرى المنافع ولهذا لا يجوز بيعه وعلى هذا يخرج استئجار الاقطع والاشل للخياطة بنفسه والقصارة والكتابة وكل عمل لا يقوم الا باليدى واستئجار الاخرس لتعليم الشعر والادب والاعمى لنقط المصاحف لانه غير جائز لان الاجارة يبيع المنفعة والمنفعة لا تحدث عادة الا عند سلامة الآلات والاسباب وكذا استئجار الارض السبعة والثر للزراعة وهى لا تصلح لها لان منفعة الزراعة لا يتصور وحدونها منها عادة فلا تقع الاجارة ببيع المنفعة فلم تجز وعلى هذا يخرج استئجار المصحف انه لا يجوز لان منفعة المصحف النظر فيه والقراءة منه والنظر في مصحف الغير والقراءة منه مباح والاجارة يبيع المنفعة والمباح لا يكون محلا للبيع كالا عيان المباحة من الحطب والحشيش وكذا استئجار كتب ليقرأ فيها شعرا أو قفها لان منافع الدفاتر النظر فيها والنظر في دفتر الغير مباح من غير أجر فصارت كالأستأجر ظل حائط خارج داره ليقعد فيه ولو استأجر شيئا من الكتب ليقرأ فقرأ لا أجر عليه لان عدم عقد المعاوضة وعلى هذا أيضا يخرج اجارة الآجام للسكك والقصب واجارة المراعى

للכלا وسائر الاعيان المباعة انها غير جائزة لما بينا والله عز وجل أعلم
فصل وأما شرائط الركن فأنواع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها شرط الصحة
 وبعضها شرط الزوم أما شرط الانعقاد فتلاثة أنواع نوع يرجع الى العاقد ونوع يرجع الى نفس العقد ونوع يرجع
 الى مكان العقد أما الذي يرجع الى العاقد فالعقل وهو ان يكون العاقد عاقلًا حتى لا تنعقد الاجارة من المجنون والصبي
 الذي لا يعقل كالا يتعقد البيع منهما وأما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد ولا من شرائط النفاذ عندنا حتى ان
 الصبي العاقل لو أجر ماله أو نفسه فان كان مأذونًا ينفذ وان كان محجورًا يقف على اجازة الولي عندنا خلافا للشافعي
 وهي من مسائل المأذون ولو أجر الصبي المحجور نفسه وعمل وسلم من العمل يستحق الاجر ويكون الاجر له أما
 استحقاق الاجر فلان عدم النفاذ كان نظر الله والنظر بعد الفراغ من العمل سلبًا في النفاذ فيستحق الاجرة ولا يهدر
 سعيه فيتضرر به وكان الولي اذن له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهبة من الغير وأما كون الاجرة المسماة فلا تبادل منافع
 وهي حقه وكذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد هذا العقد ولانفاذه عندنا فينفذ عقد المملوك ان كان مأذونًا
 ويقف على اجازة مولاه ان كان محجورًا وعند الشافعي لا يقف بل يبطل واذا سلم من العمل في اجارة نفسه أو اجارة
 مال المولى وجب الاجر المسمى لنا ذكرنا في الصبي الا ان الاجر هنا يكون للمولى لان العبد ملك المولى والاجر كسبه
 وكسب المملوك للمالك ولو هلك الصبي أو العبد في يد المستأجر في المدة ضمن لانه صار خاصا حيث استعملهما من
 غير اذن المولى ولا يجب الاجر لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان ولو قتل العبد أو الصبي خطأ فعلى عاقلته الدية أو القيمة
 وعليه الاجر في ماله لان ايجاب الاجرة هنا لا يؤدي الى الجمع لاختلاف من عليه الواجب وللكاتب ان يؤجر
 ويستأجر لانه في مكاسبه كالحر وأما كون العاقد طائعا جادا عاقلًا ليس بشرط لانعقاد هذا العقد ولانفاذه عندنا
 لكن من شرائط الصحة كما في بيع العيين واملا ماله ليس بشرط أصلا فتجوز الاجارة والاستئجار من المسلم
 والذمي والحر في المستأمن لان هذا من عقود المعاوضات فملكه المسلم والكافر جميعا كاليابات غير ان الذمي ان
 استأجر دارا من مسلم في المصر فأراد ان يخذها مضى للعامة ويضرب فيها بالنقوس له ذلك ولرب الدار وعامة
 المسلمين ان يمتنعوا من ذلك على طريق الحسبة لما فيه من احداث شعائر لهم وفيه تهاون بالمسلمين واستخفاف بهم
 كما يمتنع من احداث ذلك في دار نفسه في أمصار المسلمين ولهذا يمتنعون من احداث الكنائس في أمصار المسلمين
 قال النبي صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة أي لا يجوز اخصاء الانسان ولا احداث الكنيسة
 في دار الاسلام في الامصار ولا يمتنع أن يصلي فيها بنفسه من غير جماعة لانه ليس فيه ما ذكرناه من المعنى ألا ترى انه
 لو فعل ذلك في دار نفسه لا يمتنع منه ولو كانت الدار بالسواد ذكر في الاصل انه لا يمتنع من ذلك لكن قيل ان أبا حنيفة
 انما أجاز ذلك في زمانه لان أكثر أهل السواد كانوا أهل الذمة من الجوس فكان لا يؤدي ذلك الى الاهانة
 والاستخفاف بالمسلمين وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر فكان الحكم فيه كالحكم في المصر
 وهذا اذا لم يشترط ذلك في العقد فأما اذا شرط بأن استأجر ذمي دارا من مسلم في مصر من أمصار المسلمين ليتخذها
 مصلى للعامة لم تجز الاجارة لانه استئجار على المعصية وكذا لو استأجر ذمي من ذمي ليفعل ذلك لما قلنا ولا بأس
 باستئجار ظئر كافر والتي ولدت من غفور لان الكفر والفجور لا يؤثران في اللبن لان لبنهما لا يضر بالصبي ويكره
 استئجار الحقاء لقوله صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحقاء فان اللبن يفسد والظاهر ان المراد منه غير الام لان الولادة
 أبلغ من الرضاع نهى وعلل بالفساد لان حمق الممرض بها عادة ولبن المريضة يضر بالصبي ويحتمل ان النهي عن ذلك
 لئلا يعود الصبي بعادة الحمق لان الصبي يعود بعادة ظئر والله أعلم وأما الذي يرجع الى نفس العقد ومكانه فاذكرنا
 في كتاب البيوع وأما شرط النفاذ فأنواع منها خلو العاقد عن الردة اذا كان ذكرا في قول أبي حنيفة وعند أبي
 يوسف ومحمد ليس بشرط بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عند أبي حنيفة وعندهما نافذة وتصرفات المرتدة نافذة

في قولهم جميعا وهي من مسائل كتاب السير ومنها الملك والولاية فلا تنفذ اجارة القضيولى لعدم الملك والولاية لكنه
ينعقد موقفا على اجارة المالك عندنا خلافا للشافعي كاليبيع والمسئلة ذكرناها في كتاب البيوع ثم الاجارة انما تلحق
الاجارة الموقوفة بشرائط ذكرناها في البيوع منها قيام العقود عليه وعلى هذا يخرج ما اذا أجر القضيولى فأجاز المالك
العقد انه لو أجاز قبل استيفاء المنفعة جازت وكانت الاجرة للمالك لان العقود عليه ما فات ألا ترى انه لو عقد عليه
ابتداء بأمره جاز فاذا كان محلا لا نشاء العقد عليه كان محلا للاجارة اذا الاجارة اللاحقة كالمالك السابقة وان أجاز
بعد استيفاء المنفعة لم تجز اجازته وكانت الاجرة للعاقدا لان المنافع العقود عليها قد انعدمت ألا ترى انها قد خرجت
عن احتمال انشاء العقد عليها فلا تلحقها الاجارة وقد قالوا فيمن غصب عبدًا أجره سنة للخدمة وفي رجل آخر غصب
غلامًا أو دارًا فأقام البيعة رجل انه له فقال المالك قد أجرت ما أجرت ان مدة الاجارة ان كانت قد انقضت فللغاصب
الاجر لما ذكرنا ان العقود عليه قد انعدم والاجارة لا تلحق المعلوم وان كان في بعض المدة فلا جرم الماضي والباقي
لرب الغلام في قول أبي يوسف وقال محمد أجرة ماضى للغاصب وأجر مابق للمالك فأبو يوسف نظر الى المدة فقال اذا
بقي بعض المدة لم يبطل العقد بقي محلا للاجارة ومحمد نظر الى العقود عليه فقال كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه
بحياله كانه عقد عليه عقد مبتدأ بالمنافع في الزمان الماضي وانعدمت فانعدم شرط لحق الاجارة العقد فلا تلحقه
الاجارة وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف وقد قال محمد فيمن غصب أرضًا فأجرها للزراعة فأجاز صاحب
الارض الاجارة ان أجرة ماضى للغاصب وأجرة مابق للمالك وهو على ما ذكرنا من الاختلاف قال فان أعطاه
من ارضه فأجازها صاحب الارض جازت وان كان الزرع قد سنبل ما لم يسمن ولا شئ للغاصب من الزرع لان
المزارعة بمنزلة شئ واحد لا يفردها من بعضها من بعض فكان اجارة العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد وأما اذا سمن
الزرع فقد انقضت عمل المزارعة فلا يلحق العقد الاجارة وأما الاستئجار من القضيولى فهو كشرائه فانه أضاف
العقد الى نفسه كان المستأجر له لان العقد وجد فذا على العاقدين نفذ عليه وان أضاف العقد الى من استأجر له ينظر
ان وقعت الاضافة اليه في الايجاب والقبول جميعا يتوقف على اجازته وان وقعت الاضافة اليه في أحدهما دون
الآخر لا يتوقف بل ينفذ على العاقد لما ذكرنا في البيوع بخلاف الوكيل بالاستئجار انه يقع استئجاره للموكل وان
أضاف العقد الى نفسه والفرق على نحو ما ذكرنا في كتاب البيوع وعلى هذا يخرج اجارة الوكيل انها نافذة لوجود
الولاية بآية المالك اياه مناب نفسه فينفذ كما لو فعله الموكل بنفسه وله أن يؤجر من ابن الموكل وأبيه لان للموكل ذلك
لاختلاف ملكيهما كذا للوكيل وله أن يؤجر من مكاتبه لان للمولى أن يؤجر منه لانه لا يملك ما في يده فكذا
لو كيله وأما العبد المأذون فان لم يكن عليه دين فلا يملك أن يؤجر منه لان المولى لا يجوز له ذلك لان كسبه ملكه
فكذا الوكيل وان كان عليه دين فله ذلك أما عند أبي حنيفة فلان المولى لا يملك ما في يده وكان بمنزلة المكاتب
فيجوز لو كيله أن يؤجر منه وأما على قولهما فكسبه وان كان ملك المولى لكن تعلق به حق الغير فجعل المالك
كالاجنبي ولا يجوز له أن يؤجر من أبيه وابنه وكل من لا تقبل شهادته له في قول أبي حنيفة وعندهما تجوز بأجر مثله
كما في بيع العين وهومن مسائل كتاب الوكالة وله أن يؤجر بمثل أجر الدار أو أقل عند أبي حنيفة وعندهما ليس له
أن يؤجر بالقل وهو على الاختلاف في البيع ولو أجر اجارة فاسدة فقدت ولان مطلق العقد يتناول الصحيح
والفاسد كما في البيع ولا ضمان عليه لانه لم يصرح مخالفا وعلى المستأجر أجر المثل اذا انتفع لانه استوفى المنافع بالعقد
الفاسد ولو لم يؤجر الموكل الدار لكانه وهما من رجل أو أعازها اياه فسكنها سنين ثم جاء صاحبها فلا أجر له على
الوكيل ولا على الساكن لان المنافع على أصل أحكامها بالتضمن الا بالعقد الصحيح أو الفاسد ولم يوجد ههنا وكذلك
الاجارة من الاب والوصى والقاضى وأمينه نافذة لوجود الولاية من الشرع فلا بد أن يؤجر ابنه الصغير في عمل
من الاعمال لان ولايته على الصغير كولايته على نفسه لان شفقتة عليه كشفتته على نفسه وله أن يؤجر نفسه

فكذا ابنه ولان فيها نظرا للصغير من وجهين أحدهما ان المنافع في الاصل ليست بمال خصوصاً مانافع الحر
 وبالاجارة تصير مالاً وجعل ما ليس بمال من باب النظر والثاني ان اجارته في الصنائع من باب التهذيب والتأديب
 والرياسة وفيه نظر للصبي فملكه الاب وكذا وصى الاب لانه مرضى الاب والجد اب الاب لقيامه مقام الاب
 عند عدمه ووصيه لانه مرضيه والقاضي لانه نصب ناظرًا وأمينه لانه مرضيه ولا تجوز اجارة غير الاب ووصيه
 والجد ووصيه من سائر ذوى الرحم المحرم اذا كان له أحدهم ممن ذكرنا لان من سواهم لا ولاية له على الصغير ألا ترى
 أنه لا يملك التصرف في ماله ففي نفسه أولى الا اذا كان في حجره فتجوز اجارته اياه في قولهم لانه اذا كان في حجره كان
 له عليه ضرب من الولاية لانه يربيه ويؤدبه واستعماله في الصنائع نوع من التأديب فملكه من حيث انه تأديب
 فان كان في حجر ذى رحم محرم منه فأجره ذو رحم محرم آخر هو أقرب اليه من الذى هو في حجره بأن كان الصبي في
 حجر عمه وله أم فأجرته قال أبو يوسف تجوز اجارته لايامه وقال محمد لا تجوز (وجه) قول محمدان هؤلاء لا ولاية لهم
 على الصبي أصلاً ومقصودنا انما يملك كون الاجارة ضمن الولاية الترتيبية وانها تثبت لمن كان في حجره فاذا لم يكن في حجره
 كان بمنزلة الاجانب ولا ييوسف ان ذا الرحم انما يلي عليه هذا النوع من الولاية بسبب الرحم فمن كان أقرب اليه
 في الرحم كان أولى كلاب مع الجد وللذى في حجره ان يقبض الاجرة لان قبض الاجرة من حقوق العقد وهو العاقد
 فكان ولاية القبض له وليس له أن ينفقها عليه لان الاجرة ماله والاتفاق عليه تصرف في ماله وليس له ولاية التصرف في
 المال وكذا اذا وهب له هبة فله ان يقبضها وليس له أن ينفقها لان قبض الهبة منفعة محض للصغير ألا ترى ان الصغير
 يملك قبضها بنفسه وأما الاتفاق فهو من باب الولاية فلا يملكه من لا يملك التصرف في ماله ولو بلغ الصبي في هذا كله
 قبل انقضاء مدة الاجارة فله الخيار ان شاء أمضى الاجارة وان شاء فسخ لان في استيفاء العقد اضراراً به لانه بعد
 البلوغ تلحقه الأنفة من خدمة الناس والى هذا أشار أبو حنيفة فقال رأيت لو تفقه فولى القضاء أكنت أتركه
 يخدم الناس وقد أجره أبوه هذا قبيح ولأن المنافع تحدث شيئاً فشيئاً والعقد يتعقد على حسب حدوث المنافع فاذا
 بلغ فيصير كان الأب عقد ما يحدث من المنافع بعد البلوغ ابتداء فكان له خيار الفسخ والاجارة كما اذا عقدا ابتداء
 بعد البلوغ وكذا الاب والجد ووصيهما والقاضي ووصيه في اجارة عبد الصغير وعقاره لان لهم ولاية التصرف
 في ماله بالبيع كذا بالاجارة ولو بلغ قبل انتهاء المدة فلا خيار له بخلاف اجارة النفس وقد ذكرنا الفرق بينهما في
 كتاب البيوع وليس للاب ومن يملك اجارة مال الصبي ونفسه وماله ان يؤجره بأقل من أجر المثل قدر مالا يتغابن
 الناس في مثله عادة ولو فصل لا ينفذ لانه ضرر في حقه وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر وليس لغير هؤلاء ممن هو
 في حجره ان يؤجر عبده أو داره لان ذلك تصرف في المال فلا يملكه الا من يملك التصرف في المال كبيع المال
 وقال ابن سماعه عن محمد أسحق ان يؤجر واغيبه لانهم يملكون اجارة نفسه فاجارة ماله أولى وكذا أسحق حسن
 ان ينفقوا عليه ماله لا بد منه لان في تأخير ذلك ضرراً عليه وكذلك أحد الوصيين يملك ان يؤجر اليتيم في قول أبي حنيفة
 ولا يؤجر عبده وقال محمد يؤجر عبده والصحيح قول أبي حنيفة لان لكل واحد من الوصيين التصرف فيما يخاف
 الضرر بتأخيره وفي ترك اجارة الصبي ضرر منه بترك تأديبه ولا ضرر في ترك اجارة العبد ولا تجوز اجارة الوصى
 نفسه للصبي وهذا على أصل محمد لا يشكل لان الوصى لا يملك بيع ماله من الصبي أصلاً فلا يملك اجارة
 نفسه منه أما على أصل أبي حنيفة فيحتاج الى الفرق بين البيع والاجارة حيث يملك البيع ولا يملك الاجارة
 ووجه الفرق انه انما يملك بيع ماله منه اذا كان فيه نظر للصغير ولا نظر للصغير في اجارة نفسه منه لان فيها جمل
 ما ليس بمال مالا فلم يجز للوصى ان يعمل في مال الصبي مضاربة والفرق بين الاجارة والمضاربة ان الوصى بعقد
 المضاربة لا يوجب حقاً في مال المضاربة وانما يوجب حقاً في الربح وانه قد يكون وقد لا يكون فلا يلحقه تهمة بخلاف
 الاجارة لانها توجب حقاً في مال الصبي لا محالة وهو متهم فيه لما بينا (وأما) استئجار الصغير لنفسه فينبغي ان

يجوز على قول أبي حنيفة إذا كان بأجرة لا يتغابن في مثلها لأنه يملك بيع ماله من نفسه إذا كان فيه نظر له وفي استئجاره
 إياه لنفسه نظره لما فيه من جعل ماله ليس بمال ولا يجوز للاب أن يؤجر نفسه للصغير أو يستأجر الصغير
 لنفسه لأن بيع مال الاب من الصغير وشراء ماله لنفسه لا يتقيد بشرط النظر بدليل أنه لو باع ماله منه بمثل
 قيمته أو اشترى مال الصغير لنفسه بمثل قيمته يجوز فكذا الاجارة ومنها تسليم المستأجر في اجارة المنازل ونحوها
 إذا كان العقد مطلقاً عن شرط التعجيل بأن لم يشترط تعجيل الاجرة في العقد ولم يوجد التعجيل أيضاً من غير شرط
 عندنا خلافاً للشافعي بناء على أن الحكم في الاجارة المطلقة لا يثبت بنفس العقد عندنا لأن العقد في حق الحكم ينعقد
 على حسب حدوث المنفعة فكان العقد في حق الحكم مضافاً الى حين حدوث المنفعة فيثبت حكمه عند ذلك وعنده
 تجمل منافع المدة موجودة في الحال تقديراً كأنها عين قائمة فيثبت الحكم بنفس العقد كما في بيع العين وهذا أصل
 نذكره في بيان حكم الاجارة وكيفية انعقادها في حق الحكم أن شاء الله تعالى ونعني بالتسليم التخليه والتمكين من
 الانتفاع برفع الموانع في اجارة المنازل ونحوها وعبيد الخدمة وأجير الواحد حتى لو أقتضت المدة من غير تسليم المستأجر
 على التفسير الذي ذكرنا لا يستحق شيئاً من الاجر لأن المستأجر لم يملك من المعقود عليه شيئاً فلا يملك هو أيضاً شيئاً
 من الاجر لأنه معاً وضعة مطلقة ولو مضى بعد العقد مدة ثم سلم فلا أجر له فيما مضى لعدم التسليم فيه ولو أجر المنزل
 مفارغاً وسلم المفتاح الى المستأجر فلم يفتح الباب حتى مضت المدة لزمه كل الاجر لوجود التسليم وهو التمكن من
 الانتفاع برفع الموانع في جميع المدة فحدثت المنافع في ملك المستأجر فهلكت على ملكه فلا يسقط عنه الاجر كالبائع
 إذا سلم المبيع الى المشتري بالتخليه فهلك في يد البائع كان الهلاك على المشتري لأنه هلك على ملكه كذا هذا وان لم يسلم
 المفتاح اليه لكنه أذن له بفتح الباب فقال مر وافتح الباب فإن كان يقدر على فتح الباب بالمعاجة لزمه الكراء لوجود
 التسليم وإن لم يقدر لا يلزمه لأن التسليم لم يوجد ولو استأجر داراً يسكنها شهراً أو عبداً يستخدمه شهراً أو دابة ليركبها
 الى الكوفة فسكن واستخدم في بعض الوقت وركب في بعض المسافة ثم حدثت بهما مانع يمنع من الانتفاع من غرق أو
 مرض أو إباق أو غصب أو كان زرعاً قطع شربه أو رعى فاقطع ماؤه لا يلزمه أجرة تلك المدة لأن المعقود عليه المنفعة
 في تلك المدة لأنها تحدث شيئاً فشيئاً فلا تصير منافع المدة مسلمة بتسليم محل المنفعة لأنها معدومة والمعدوم لا يحتمل
 التسليم وإنما يسلمها على حسب وجودها شيئاً فشيئاً فإذا اعترض منع فقد تعذر تسليم المعقود عليه قبل القبض فلا
 يجب البديل كما لو تعذر تسليم المبيع قبل القبض بالهلاك والله عز وجل أعلم ومنها أن يكون العقد مطلقاً عن شرط
 الخيار فإن كان فيه خيار لا ينفذ في مدة الخيار لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم مادام الخيار قائماً الحاجة من له
 الخيار الى دفع العين عن نفسه كما في بيع العين وهذا لأن شرط الخيار وإن كان شرطاً محلاً للمقتضى العقد والقياس
 يأباه لما مر لكن تركناه اعتبار القياس لحاجة الناس ولهذا جاز في بيع العين كذا في الاجارة والله عز وجل الموفق وأما
 شرط الصحة فلصحة هذا العقد شرائط بعضها يرجع الى العاقد وبعضها يرجع الى المعقود عليه وبعضها يرجع الى
 محل المعقود عليه وبعضها يرجع الى ما يقابل المعقود عليه وهو الاجرة وبعضها يرجع الى نفس العقد أعني الركن أما
 الذي يرجع الى العاقد فرض المتعاقدين لقوله عز وجل يأياها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون
 تجارة عن تراض منكم والاجارة تجارة لأن التجارة تبادل المال بالمال والاجارة كذلك ولهذا يملك المأذون وأنه
 لا يملك ما ليس بجارة فتثبت أن الاجارة تجارة قد خلت تحت النص وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يحمل مال
 امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه فلا يصح مع المكره والهزل والخطأ لأن هذه العوارض تنافي الرضا فتمنع صحة
 الاجارة ولهذا منعت صحة البيع وأما اسلام العاقد فليس بشرط فيصح من المسلم والكافر والحر في المستأمن كما يصح
 البيع منهم وكذا الحرية فيصح من المملوك المأذون وينفذ من الحجور وينعقد ويتوقف على ما بيننا والله عز وجل
 أعلم وأما الذي يرجع الى المعقود عليه فضروري منها أن يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوماً علماً يمنع من المنازعة فإن

كان مجهولا ينظر ان كانت تلك الجهة مفضية الى المنازعة تمنع صحة العقد والافلالان الجهة المفضية الى المنازعة تمنع من التسليم والتسليم فلا يحصل المقصود من العقد فكان العقد عبثا غلوه عن العاقبة الحميدة واذا لم تكن مفضية الى المنازعة يوجد التسليم والتسليم فيحصل المقصود ثم العلم بالمعقود عليه وهو المنفعة يكون ببيان أشياء منها بيان محل المنفعة حتى لو قال أجرتك إحدى هاتين الدارين أو أحد هذين العبدین أو قال استأجرت أحد هذين الصانعين لم يصبح العقد لان المعقود عليه مجهول الجهة المحل له جهة مفضية الى المنازعة فتمنع صحة العقد وعلى هذا قال أبو حنيفة اذا باع نصيبا له من دار غير مسمى ولا يعرفه المشتري انه لا يجوز لجهة النصيب وقال أبو يوسف ومحمد يجوز اذا علم به بعد ذلك وان كان عرفه المشتري وقت العقد أو عرفه في المجلس جاز سواء كان البائع يعرفه أولا يعرفه بعد ان صدق المشتري فيما قال وجواب أبي حنيفة مبني على أصليين أحدهما أن بيع النصيب لا يجوز عنده وهو قول محمد وعند أبي يوسف جائز والثاني ان اجارة المشاع غير جائزة عنده وان كان المستأجر معلوما من نصف أو ثلث أو غير ذلك فالجهمول أولى وعندهما اجارة المشاع جائزة وانما فرق محمد بين الاجارة والبيع حيث جاز اجارة النصيب ولم يجوز بيع النصيب لان الاجارة لا تحجب بنفس العقد على أصل أصحابنا وانما تحجب عند استيفاء المعقود عليه وهو المنفعة والنصيب عند الاستيفاء معلوم بخلاف البيع فان البديل فيه يحجب بنفس العقد وعند العقد النصيب مجهول وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ما اذا استأجر من عقار مائة ذراع أو استأجر من أرض جريا أو جريسا ان لا يجوز كذا لا يجوز البيع لان اسم الذراع عنده يقع على القدر الذي يحل الذراع من البقعة المعينة وذلك للحال مجهول وكذا اجارة المشاع لا يجوز عنده وان كان معلوما فالجهمول أولى وعندهما الذراع كالسهم وتجزأ اجارة السهم كذا اجارة الذراع وقد ذكرنا المسئلة في كتاب البيوع وعلى هذا تخرج اجارة المشاع من غير الشريك عند أبي حنيفة انها لا تجوز لان المعقود عليه مجهول الجهة المحل له اذا الشائع اسم لجزء من الجملة غير عين من الثلث والربع ونحوها وانه غير معلوم فاشبه اجارة عبد من عبيد وعندهما جائز كييع الشائع وبه أخذ الشافعي وتخرج المسئلة على أصل آخر هو أولى بالتخرج عليه ونذكر الدلائل هناك ان شاء الله تعالى وان استأجر طر يقام دليل فيهما وقتا معلوما يجوز في قياس قول أبي حنيفة لان البقعة المستأجرة غير معلومة من بقية الدار فكان اجارة المشاع فلا يجوز عنده وعندهما يجوز ولو استأجر ظهر بيت ليبيت عليه شهرا أو ليضع متاعه عليه اختلف المشايخ فيه لا اختلاف نسخ الاصل ذكر في بعضها انه لا يجوز وفي بعضها انه يجوز وهو الصحيح لان المعقود عليه معلوم وذكر في الاصل اذا استأجر علو منزل ليبيت عليه لا يجوز في قياس قول أبي حنيفة لان البناء عليه يختلف في الخفة والثقيل ومنه يضر بالعلو والضرر لا يدخل في العقد لان الاجير لا يرضى به فكان مستثنى من العقد دلالة ولا ضابط له فصار محل المعقود عليه مجهولا بخلاف ما اذا استأجر أرضا ليبنى عليها انه يجوز لان الأرض لا تتأثر لثقل البناء وخفته ويجوز في قياس قول أبي يوسف ومحمد لان البناء المذكور ينصرف الى المتعارف والجواب ما ذكرنا انه ليس لذلك حد معلوم وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر شربا من نهر أو مسيل ماء في أرض انه لا يجوز لان قدر ما يشغل الماء من النهر والأرض غير معلوم ولو استأجر نهر ليسوق منه الماء الى أرض له فيسقيها لم يجوز ذكر في الاصل اذا استأجر نهر ايا بسا يجري فيه الماء الى أرضه أو رحي لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وقال رأيت لو استأجر ميرا باليسيل فيه ماء المطر على سطح المؤاجر ألم يكن هذا فاسدا وذكر هشام عن محمد فممن استأجر موضعا معلوما من أرض مؤقتا بوقت معلوم يسيل فيه ماءه انه يجوز فصار عن محمد وايتان وجه هذه الرواية ان المانع جهالة البقعة وقد زالت الجهة بالتعيين وجه الرواية المشهورة وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ان مقدار ما يسيل من الماء في النهر والمسيل مختلف والكثير منه مضر بالنهر والسطح والمضر منه مستثنى من العقد دلالة وغير المضر غير مضبوط فصار محل المعقود عليه مجهولا ولو استأجر ميرا باليركبه في داره كل شهر بشئ مسمى جاز لان الميزاب المركب في داره لا يختلف منفعته بكثرة ما يسيل فيه وقتله

فكان محل المعقود عليه معلوما ولو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوا لم يجوز لأن مقدار ما يصب فيها من الماء مجهول والضرر يختلف فيه بقلته وكثرته فكان محل المعقود عليه مجهولا وعلى هذا يخرج أيضا ما إذا استأجر حائطا ليضع عليه جذوعا أو يبنى عليه ستر أو يضع فيه ميزابا أنه لا يجوز لأن وضع الجذوع وبناء السترة يختلف باختلاف الثقل والخفة والثقل منه يضر بالحائط والضرر مستثنى من العقد دلالة وليس لذلك المضر حد معلوم فيصير محل المعقود عليه مجهولا وكذلك لو استأجر من الحائط موضع كوة ليدخل عليه الضوء أو موضعا من الحائط ليتدفئه وتدا لم يجوز لما قلنا فان قيل أليس أنه لو استأجر دابة بغير عينها يجوز وإن كان المعقود عليه مجهولا لجهالة عمله فالجواب أن هذه الجهالة لا تنفي إلى المنازعة لحاجة الناس إلى سقوط اعتبارها لأن المسافر لو استأجر دابة بغيرها فربما عوت الدابة في الطريق فتبطل الاجارة بموتها ولا يمكنه المطالبة بدابة أخرى فيبقى الطريق فيقضى بغير حيلة فيتضرر به فدعت الضرورة إلى الجواز واسقاط اعتبار هذه الجهالة لحالة الناس فلا تكون الجهالة مفضية إلى المنازعة كجهالة المدة وقدر الماء الذي يستعمل في الحمام وقال هشام سألت محمدا عن الاطباء بالنورة بأن قال أظليك بدائق ولا يعلم بما يطليه من غلظه ونحافته قال هو جائز لأن مقدار البدن معلوم بالعادة والتفاوت فيه يسير لا يفضي إلى المنازعة ولأن الناس يتعاملون ذلك من غير تكبر فسقط اعتبار هذه الجهالة بتعامل الناس ومنها بيان المدة في اجارة الدور والمنازل والبيوت والحوانيت وفي استئجار الظن لأن المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه فترك بيانه يفضي إلى المنازعة وسواء قصرت المدة أو طالت من يوم أو شهر أو سنة أو أكثر من ذلك بعد أن كانت معلومة وهو أظهر أقوال الشافعي وفي بعضها أنه لا يجوز أكثر من سنة وفي بعضها أنه لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة والقولان لا معنى لهما لأن المانع أن كان هو الجهالة فلا جهالة وإن كان عدم الحاجة للحاجة قد تدعو إلى ذلك وسوء عين اليوم والشهر أو السنة أو لم يمين وتعين الزمان الذي يعقب العقد لثبوت حكمه وقال الشافعي لا يصح العقد ما لم يمين الوقت الذي على العقد نصبا (وجه) قوله أن قوله يوما أو شهرا أو سنة مجهول لأنه أهم لوقت منكر وجهالة الوقت توجب جهالة المعقود عليه وليس في نفس العقد ما يوجب تعيين بعض الاوقات دون بعض فيبقى مجهولا فلا بد من التعيين ولنا أن التعيين قد يكون نصبا وقد يكون دلالة وقد وجد ههنا دلالة التعيين من وجهين أحدهما أن الإنسان إنما يعقد عقد الاجارة للحاجة والحاجة عقيب العقد قائمة والثاني أن العاقد يقصد بعقده الصحة ولا صحة لهذا العقد إلا بالصرف في الشهر الذي يعقب العقد فتعين بخلاف ما إذا قال لله على أن أصوم شهرا أو أعتكف شهرا أن له أن يصوم ويعتكف أي شهر أحب ولا يتعين الشهر الذي على النذر لأن تعيين الوقت ليس بشرط لصحة النذر فوجب المنذور به في شهر منكر فله أن يمين أي شهر شاء ولو أجر داره شهرا أو شهرا معلومة فإن وقع العقد في غرة الشهر يقع على الأهلة بلا خلاف حتى لو نقص الشهر يوما كان عليه كمال الاجرة لأن الشهر اسم للهلال وإن وقع بعد ما مضى بعض الشهر ففي اجارة الشهر يقع على ثلاثين يوما بالاجماع لتعذر اعتبار الأهلة فتعتبر بالايام وأما في اجارة الشهر فقهارا يتان عن أبي حنيفة في رواية اعتبر الشهور كلها بالايام وفي رواية اعتبر تسكيم هذا الشهر بالايام من الشهر الاخير والباقي بالأهلة وهكذا ذكر في الاصل فقال إذا استأجر سنة أو لها هذا اليوم وهذا اليوم لا ربعة عشر من الشهر فانه يسكن بقية هذا الشهر وأحد عشر شهرا بالأهلة وستة عشر يوما من الشهر الاخير وهذا غلط وقع من الكاتب والصحيح أن يقال وأربع عشر يوما لأن ستة عشر يوما قد سكن فلم يبق لتسام الشهر بالايام إلا أربع عشر يوما وهكذا ذكر في بعض النسخ وإنما يسكن ستة عشر يوما إذا كان سكن أربع عشر يوما وهو قول أبي يوسف ومحمد وجهه ما ذكرنا في كتاب الطلاق لأن اسم الشهور للأهلة إذ الشهر اسم للهلال لانه لا يمكن اعتبار الأهلة في الشهر الاول فاعتبر فيه الايام ويمكن فيها بعبده فيعمل بالاصل ولأن كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه لانه يتجدد ويحدث شيئا فشيئا فيصير عند تمام الشهر الاول كأنه عقد الاجارة ابتداء فيعتبر بالأهلة بخلاف العدة انه يعتبر فيها الايام على احدى

الر واثنين لان كل جزء من أجزاء العدة ليس بعدة ولان العدة فيها حق الله تعالى فاعتبر فيها زيادة العدد احتياطا
والاجارة حق العبد فلا يدخله الاحتياط وجه الرواية الاخرى ان الشهر الاول يكمل بالايام بلا خلاف وانما
يكمل بالايام من الشهر الثاني فاذا كمل بالايام من الشهر الثاني بصير أول الشهر الثاني بالايام فيكمل من الشهر الثالث
وهكذا الى آخر الشهر ولو قال أجرتك هذه الدار سنة كل شهر بدرهم جاز بالاجماع لان المدة معلومة والاجارة
معلومة فلا يجوز ولا يملك أحدهما التفسير قبل تمام السنة من غير عذر ولو لم يذكر السنة فقال أجرتك هذه الدار كل
شهر بدرهم جاز في شهر واحد عند أبي حنيفة وهو الشهر الذي يعقب العقد كما في بيع العين بأن قال بعث منك هذه
الصبرة كل قفيز منها بدرهم انه لا يصح الا في قفيز واحد عنده لان جملة الشهر مجهولة فأما الشهر الاول فمعلوم وهو
الذي يعقب العقد وذكر القهودري ان الصحيح من قول أبي يوسف ومحمد انه لا يجوز أيضا وبقا بين الاجارة
وبيع العين من حيث ان كل شهر لا نهاية له فلا يكون العقود عليه معلوما بخلاف الصبرة لانه يمكن معرفة الجملة
بالكيل وعامة مشايخنا قالوا يجوز هذه الاجارة على قولهما كل شهر بدرهم كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وفي بيع
للمذروع كل ذراع بدرهم وعند أبي حنيفة لا يجوز البيع في المذروع في الكل لاني ذراع واحد ولا في الباقي وفي
المكيل والموزون يجوز في واحد ولا يجوز في الباقي في الحال الا اذا علم المشتري جملة في المجلس لان بيع قفيز من
صبرة جائز لان الجملة لا تنقضي الى المنازعة لعدم التفاوت بين قفيز وقفيز فأما بيع ذراع من ثوب فلا يجوز لتفاوت في
أجزاء الثوب فيفضي الى المنازعة وقال الشافعي هذه الاجارة فاسدة واعتبرها ببيع كل ثوب من هذه الانواع
بدرهم وهذا الاعتبار غير سديد لان الثياب تختلف في أنفسها اختلافا فاحشا ولا يمكن تعيين واحد منها لاختلافها
فأما الشهر فانها لا تختلف فتعين واحد منها للاجارة عند أبي حنيفة وهو الشهر الاول لما بينا واذا جاز في الشهر الاول
لا غير عند أبي حنيفة فلنكل واحد منهما أن يترك الاجارة عند تمام الشهر الاول فاذا دخل الشهر الثاني ولم يترك
أحدهما انعقدت الاجارة في الشهر الثاني لانه اذا مضى الشهر الاول ولم يترك أحدهما فقد تراضيا على انعقاد العقد
في الشهر الثاني فصارا كأنهما جدد العقد وكذا هذا عند مضي كل شهر بخلاف ما اذا أجر شهر او سكت ولم يقل
كل شهر لان هناك لم يسبق منه شيء يبنى عليه العقد في الشهر الثاني ثم اختلف مشايخنا في وقت التفسير وكيفيته قال
بعضهم اذا اهل الهلال يقول أحدهما على الفور فسخت الاجارة فاذا قال ذلك لا ينعقد في الشهر الثاني وان سكتا
عنه انعقدت وقال بعضهم يفسخ أحدهما الاجارة في الحال فاذا جاء رأس الشهر عمل ذلك التفسير السابق وقال
بعضهم يفسخ أحدهما ليلة الهلال أو يومها وان سكتا حتى غربت الشمس من اليوم الاول انعقدت الاجارة في
الشهر الثاني وهذا أصبح الا قائل ومعنى التفسير ههنا هو منع انعقاد الاجارة في الشهر الثاني لانه رفع العقد الموجود
من الاصل ولو استأجر دلو او بكرة ليسقي غنمه ولم يذكر المدة لم يحز لان قدر الزمان الذي يسقي فيه الغنم غير معلوم
فكان قدر العقود عليه مجهولا وان بين المدة جاز لانه صار معلوما ببيان المدة والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يستأجر
له في هذا النوع من الاجارة أعني اجارة المنازل ونحوها فليس بشرط حتى لو استأجر شيئا من ذلك ولم يسم ما يعمل
فيه جاز وله أن يسكن فيه نفسه ومع غيره وله أن يسكن فيه غيره بالاجارة والاعارة وله أن يضع فيه متاعا وغيره غير أنه
لا يعمل فيه حدا ولا قصارا ولا طحانا ولا ما يضر بالبناء وبهونه وانما كان كذلك لان الاجارة شرعت
للانتفاع والدور والمنازل والبيوت ونحوها معدة للانتفاع بها بالسكنى ومنافع العقار المعدة للسكنى متقاربة لان الناس
لا يتفاوتون في السكنى فكانت معلومة من غير تسمية وكذا المنفعة لا تتفاوت بكثرة السكان وقتلهم الا هاتوا يسيرا
وانه ملحق بالعدم ووضع المتاع من توابع السكنى وذكر في الاصل ان له أن يربط في الدار دابته وبغيره وشاته لان
ذلك من توابع السكنى وقيل ان هذا الجواب على عادة أهل الكوفة والجواب فيه يختلف باختلاف العادة فان كان
في موضع جرت العادة بذلك فله ذلك والا فلا وانما لم يكن له أن يقعد فيه من يضر بالبناء وبهونه من القصار والحداد

والطحان لان ذلك اتلاف العين وانه لم يدخل تحت العقد اذا اجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولان مطلق العقد ينصرف الى المعتاد والظاهر ان الحانوت الذي يكون في صف البرازين انه لا يؤاجر لعمل الحداد والقصار والطحان فلا ينصرف مطلق العقد اليه اذ المطلق محمول على العادة فلا يدخل غيره في العقد الا بالتسمية أو بالرضا حتى لو اجر حانوتا في صف الحدادين من حداد يدخل عمل الحدادة فيسه من غير تسمية للعادة وانما كان له أن يؤاجر من غيره ويمير لانه ملك المنفعة فكان له أن يؤاجر من غيره بعوض وبغير عوض وأما في اجارة الارض فلا بد فيها من بيان ما تستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك فان لم يبين كانت الاجارة فاسدة الا اذا جعل له أن ينفع بها بما شاء وكذا اذا استأجرها للزراعة فلا بد من بيان ما يزرع فيها أو يجعل له أن يزرع فيها ما شاء والا فلا يجوز العقد لان منافع الارض تختلف باختلاف البناء والغرس والزراعة وكذا المزرع يختلف منه ما يفسد الارض ومنه ما يصلحها فكان العقود عليه مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فلا بد من البيان بخلاف السكنى فانها لا تختلف وأما في اجارة الدواب فلا بد فيها من بيان أحد الشئتين المدة أو المكان فان لم يبين أحدهما فسدت لان ترك البيان يفضي الى المنازعة وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر دابة يشيع عليها رجلا أو يلقاه ان الاجارة فاسدة الا أن يسمى موضعها معلوما قلنا وكذا اذا استأجرها الى الجبانة لان الجبانة تختلف أولها وأوسطها وآخرها لانها موضع واسع يتباعد أطرافها وجوانبها بخلاف ما اذا استأجر دابة الى الكوفة انه يصبح العقد وان كان أطرافها وجوانبها متباعدة لان المكان هناك معلوم بالعادة وهو منزله الذي بالكوفة لان الانسان اذا استأجر الى بلدة فاما يستأجر الى بيته ألا ترى انه ما جرت العادة بين المكاريين بطرح المحولات على أول جزء من البلد فصار منزله بالكوفة منذ كوراد لالة والمذكور دلالة كالذ كور نصا ولا عادة في الجبانة على موضع بعينه حتى يحمل العقد عليه حتى لو كان في الجبانة موضع لا يركب الا اليه يصبح العقد وينصرف اليه كما يصبح الى الكوفة ولو تكا رها بدرهم يذهب عليها الى حاجة له لم يجز ما لم يبين المكان لان الحوائج تختلف منها ما ينقضي بالكوب الى موضع ومنها ما لا ينقضي الا بقطع مسافة بعيدة فكانت المنافع مجهولة فتفسد الاجارة وذكر في الاصل اذا تكا رى دابة من القرى الى جعفي وجعفي قبيلتان بالكوفة ولم يسم احدهما أو الى الكناسة وفيها كنستان ولم يسم احدهما أو الى بحيلة وبها بحيلتان الظاهرة والباطنة ولم يسم احدهما ان الاجارة فاسدة لان المكان مجهول ولا بد فيها من بيان ما يستأجر له في الحمل والكوب لانها منفتحتان مختلفتان وبعد بيان ذلك لا بد من بيان ما يحمل عليها ومن ركبها لان الحمل يتفاوت بتفاوت المحمول والناس يتفاوتون في الركوب فتلك البيان يفضي الى المنازعة وذكر في الاصل اذا استأجر بعيرين من الكوفة الى مكة فحمل على أحدهما محملا فيه رجلان وما يصلح لهما من الوطاء والدثر وقد رى الرجلين ولم ير الوطاء والدثر وأحداهما زاملة يحمل عليها كذا كذا محتوما من السويق والدقيق وما يصلح لهما من الزيت والخل والمعاليق ولم يبين ذلك واشتراط عليه ما يكتفي به من المباع ولم يبين ذلك فهذا كله فاسد بالقياس ولكن قال أبو حنيفة أستحسن ذلك وجه القياس انه شرط عملا مجهولا لانه قدر الكسوة والدثار يختلف باختلاف الناس فصارت المنافع مجهولة وجه الاستحسان ان الناس يفعلون ذلك من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فكان ذلك اسقاطا منهم اعتبار هذه الجهالة فلا يفضي الى المنازعة وان اشترط المستأجر أن يحمل عليه من هدايا مكة من صالح ما يحمل الناس فهو جائز لان قدر الهدايا يعلم بالعادة وهذا مما يفعله الناس في سائر الاعصار من غير تكبر وان بين وزن المعاليق وصف ذلك والهدايا أحب اليها لانه يجوز قياسا واستحسانا وذلك يكون أبعد من الخصومة لذلك قال أحب اليها ولكل محل قربتين من ماء وادواتين من أعظم ما يكون لان هذا كله يصير معلوما بالعادة وذكره أفضل وكذا الخمية والقبعة وذكره أفضل لما قلنا وفي استئجار العبد للخدمة والثوب للباس والتدر للطبخ لا بد من بيان المدة لما قلنا والقياس أن يشترط بيان نوع الخدمة في استئجار العبد للخدمة لان الخدمة تختلف فكانت مجهولة وفي الاستحسان لا يشترط وينصرف الى المتعارف وليس له أن

يسافر به فلا بد من بيان ما يلبس وما يطبخ في القدر لان اللبس يختلف باختلاف اللابس والقدر يختلف باختلاف المطبوخ فلا بد من البيان ليصير المعقود عليه معلوما فان اختصاصا حين وقعت الاجارة في هذه الاشياء قبل أن يزرع أو يبنى أو يفرس أو قبل أن يحمل على الدابة أو يركبها أو قبل أن يلبس الثوب أو يطبخ في القدر فان القاضي يفسخ الاجارة لان العقد وقع فاسدا ورفع الفساد واجب حقا للشرع فان زرع الارض وحمل الدابة ولبس الثوب وطبخ في القدر فضت المدة فله ما سمي استحسانا والقياس أن يكون له أجر المثل لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد واستيفاء المنفعة بعقد فاسد يوجب أجر المثل لا المسمى وجه الاستحسان ان المفسد جهة المعقود عليه والمعقود عليه قد تعين بالزراعة والحمل واللبس والطبخ فزال الوجهالة فقد استوفى المعقود عليه في عقد صحيح فيجب كمال المسمى كما لو كان متعينا في الابتداء ولو فسخ القاضي الاجارة ثم زرع أو حمل أو لبس أو غير ذلك لا يجب شئ لان القاضي لما نقض العقد فقد بطل العقد فصار مستعملا مال الغير من غير عقد فصار غاصبا والمنافع على أصلنا لا تتقوم الا بالعقد الصحيح أو الفاسد ولم يوجد ومنها بيان العمل في استئجار الصانع والعمال لان جهة العمل في الاستئجار على الاعمال جهة المفضية الى المنازعة ففسد العقد حتى لو استأجر عاملا ولم يسم له العمل من القصارة والخياطة والرعي ونحو ذلك لم يحجز العقد وكذا بيان المعبول فيه في الاجير المشترك اما بالاشارة والتعيين أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة في ثوب القصارة والخياطة وبيان الجنس والقدر في اجارة الراعي من الخيل والابل والبقر أو الغنم وعدد هالان العمل يختلف باختلاف المعبول وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر حفارا ليحفر له بئر انه لا بد من بيان مكان الحفر وعمق البئر وعرضها لان عمل الحفر يختلف باختلاف عمق الحفور وعرضه ومكان الحفر من الصلابة والرخاوة فيحتاج الى البيان ليصير المعقود عليه معلوما وهل يشترط فيه بيان المدة اما في استئجار الراعي المشترك فيشترط لان قدر المعقود عليه لا يصير معلوما بدونه وأما في استئجار القصار المشترك والخياط المشترك فلا يشترط حتى لو دفع الى خياط أو قصار أو نواب معلومة ليخطبها أو ليقصرها جاز من غير بيان المدة لان المعقود عليه يصير معلوما بدونه وأما في الاجير الخاص فلا يشترط بيان جنس المعبول فيه ونوعه وقدره وصفته وانما يشترط بيان المدة فقط وبيان المدة في استئجار الظئر شرط جوازه بمنزلة استئجار العبد للخدمة لان المعقود عليه هو الخدمة فما جاز فيه جاز في الظئر وما لم يحجز فيه لم يحجز فيها الا ان أبا حنيفة استحسنت في الظئر ان تستأجر بطعامها وكسوتها ما نذ كره في موضعه ان شاء الله تعالى ولو استأجر انسانا ليبيع له أو يشتري ولم يبين المدة لم يحجز لجهة قدر منفعة البيع والشراء ولو بين المدة بان استأجره شهر البيع له أو يشتري جاز لان قدر المنفعة صار معلوما ببيان المدة وما روى عن بعض الصحابة رضوان الله عليهم قال كنا نبيع في أسواق المدينة ونسمى أنفسنا السناصرة فنخرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم وسما بنا باحسن الاسماء فقال صلى الله عليه وسلم يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدق والممسار هو الذي يبيع أو يشتري لغيره بالاجرة فهو محمول على ما اذا كانت المدة معلومة وكذا اذا قال بعلم هذا الثوب ولاك درهم وبين المدة وان لم يبين فباع واشترى فله أجر مثل عمله لانه استوفى منفعته بعقد فاسد قال الفضل بن غانم سمعت أبا يوسف قال لا بأس أن يستأجر القاضي رجلا مشاهرة على أن يضرب الحدود بين يديه وان كان غير مشاهرة فلا جارة فاسدة لانه اذا كانت مشاهرة كان المعقود عليه معلوما ببيان المدة ويستحق الاجرة فيها بتسليم النفس عمل أو لم يعمل واذا لم يذكر الوقت بقي المعقود عليه مجهولا لان قدر الحدود التي سهاها غير معلوم وكذا عمل الأقامة مجهول وذكر محمد في السير الكبير اذا استأجر ألا مام رجلا ليقول المرتدين والاسارى لم يحجز عند أصحابنا وان استأجره لقطع اليد جاز ولا فرق بينهما عندى والاجارة جائزة فيهما هكذا ذكر محمد وأراد بقوله أصحابنا ابا يوسف وأبا حنيفة وعلى هذا الخلاف اذا استأجر رجل رجلا لا ستيفاء القصاص في النفس وجه قوله انه استأجره لعمل معلوم وهو القتل ومحلّه معلوم وهو العنق اذ لا يباح له العدول عنه فيجوز كما لو استأجره لقطع اليد وذبح الثاة ولهما أن محلّه من العنق ليس بمعلوم

بخلاف القطع فان محله من اليد معلوم وهو المفصل وكذا محل الذبح الحلقوم والودجان وذلك معلوم وقال ابن رستم عن محمد في رجل قال لرجل اقتل هذا الذئب أو هذا الاسد ولك درهم وهما صيد ليسا للمستأجر قتله فان له أجر مثله لا أجور به درهما لان الاسد والذئب اذا لم يكونا في يده فيحتاج في قتلتهما الى المعالجة فكان العمل مجهولا وانما وجب عليه أجر المثل لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد ويكون الصيد للمستأجر لان قتل الصيد بسبب التملك وعمل الاجير يقع للمستأجر فصار كانه قتله بنفسه وعلى هذا يخرج ما اذا قال لرجل استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم أو لتقصير هذا الثوب اليوم أو لتخبز قفيز دقيق اليوم أو قال استأجرتك هذا اليوم لتخيط هذا الثوب أو لتقصير أو لتخبز قدم اليوم أو أخره ان الاجارة فاسدة في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد جائزة وعلى هذا الخلاف اذا استأجر الدابة الى الكوفة أيا مسافة فالاجارة فاسدة عنده وعندهما جائزة ووجه قولهما ان المعقود عليه هو العمل لانه هو المقصود والعمل معلوم فاما ذكر المدة فهو التعجيل فلم تكن المدة معقودا عليها فذكرها لا يمنع جواز العقد واذا وقعت الاجارة على العمل فان فرغ منه قبل تمام المدة أى اليوم فله كمال الاجر وان لم يفرغ منه في اليوم فعليه أن يعمل في الغد كما اذا دفع الى خياط ثوبا يقطعه ويخيطه قبضا على أن يفرغ منه في يومه هذا أو كثرى من رجل ابلا الى مكة على أن يدخله الى عشرين ليلة كل بعير بعشرة دنائير مثلا ولم يزد على هذا ان الاجارة جائزة ثم ان وفي بالشرط أخذ المسمى وان لم يف به فله أجر مثله لا يزداد على ما شرطه ولا يبي حنيفة ان المعقود عليه مجهول لانه ذكر أمرين كل واحد منهما يجوز أن يكون معقودا عليه أعنى العمل والمدة أما العمل فظاهر وكذا ذكر المدة بدليل انه لو استأجره يوما للخبازة من غير بيان قدر ما يجزى جاز وكان الجواب باعتبار انه جعل المعقود عليه المنفعة والمنفعة مقدرة بالوقت ولا يمكن الجمع بينهما في كون كل واحد منهما معقودا عليه لان حكمهما مختلف لان العقد على المدة يقتضى وجوب الاجر من غير عمل لانه يكون أجيرا خالصا والعقد على العمل يقتضى وجوب الاجر بالعمل لانه يصير أجيرا مشتركا فكان المعقود عليه أحدهما وليس أحدهما باولى من الآخر فكان مجهولا وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد بخلاف تلك المسئلة لان قوله على أن يفرغ منه في يومى هذا ليس جعل الوقت معقودا عليه بل هو بيان صفة العمل بدليل انه لو لم يعمل في اليوم وعمل في الغد يستحق أجر المثل ولو قتل أجر نك هذه الدار شهر الخمسة دراهم وهذه الاخرى شهرا بعشرة دراهم أو كان هذا القول في حاتوتين أو عبيدين أو مساقطين مختلفتين بان قال أجرتك هذه الدابة الى واسط بكذا أو الى مكة بكذا فذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة استحسانا وعند زفر والشافعى لا يجوز قياسا وعلى هذا اذا خيره بين ثلاثة أشياء وان ذكر أو بعة لم يجز وعلى هذا أنواع الخياطة والصبغ انه ان ذكر ثلاثة جاز عندنا ولا يجوز ما زاد عليها كما في بيع العين وجه القياس انه أضاف العقد الى أحد المذكورين وهو مجهول فلا يصح ولهذا لم يصح اذا أضيف الى أحد الاشياء الاربعة ولنا أنه خيره بين عقدين معلومين في محلين متقومين ببدلين معلومين كما قال ان رددت الايق من موضع كذا فلك كذا وان رددته من موضع كذا فلك كذا وكما لو قال ان خيبت هذا الثوب فبدرهم وان خيبت هذا الاخر فبدرهم وعملهما سواء وكما لو قال ان سرت على هذه الدابة الى موضع كذا فبدرهم وان سرت الى موضع كذا فبدرهم والمسافة سواء وأما قولهما ان العقد أضيف الى أحد المذكورين من غير عين فنعم لكن فوض خيار التعيين الى المستأجر ومثل هذه الجهالة لا تنقض الى المنازعة كجهالة قفيز من الصبرة ولهذا جاز البيع فالاجارة أولى لانها أوسع من البيع ألا ترى انها تقبل من الخطر ما لا يقبله البيع ولهذا جازوا هذه الاجارة من غير شرط الخيار ولم يجوزوا البيع الا بشرط الخيار وكذلك اذا دفع الى خياط ثوبا فقال له ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان أو قال لصباغ ان صبغت هذا الثوب بعصفر فلك درهم وان صبغته بزعفران فلك درهمان فذلك جائز لانه خيره بين ايفاء منفعتين معلومتين فلا جهالة ولان الاجر على أصلهما بنا لا يجب الا بالعمل وحين يأخذ في أحد العملين تعين ذلك الاجر وهذا عند أصحابنا الثلاثة فاما عند زفر فالاجارة فاسدة لان المعقود عليه مجهول والجواب ما ذكرناه ولو

قال أجزرك هذه الدار شهر اعل أنك ان قعدت فيها حداد فاجر ها عشرة وان بعت فيها الخبز خمسة فالاجارة جائزة
 في قول أبي حنيفة الاخير وقال أبو يوسف ومحمد الاجارة فاسدة وجه قولهما ان الاجر لا يجب بالسكنى وانما يجب
 بالتسليم وهو التخلية وحالة التخلية لا يدري ما يسكن فكان البدل عنده مجهولا بخلاف الرومى والقارسى لان البدل
 هناك يجب ابتداء العمل ولا بد وان يتبدى بأحد العاملين وعند ذلك يتعين البدل و يصير معلوما عند وجوده ولا بى
 حنيفة انه خير بين منفعتين معلومتين فيجوز كافي خياطة الرومية والفارسية وهذا لان السكنى وعمل الحدادة
 مختلفتان والعقد على واحد منهما صحيح على الاقراد فكذا على الجمع وقولهما بان الاجر ههنا يجب بالتسليم من غير
 عمل مسلم لكن العمل يوجد ظاهرا وغالبا لان الانتفاع عند التمكن من الانتفاع هو الغالب فلا يجب الاحتراز عنه
 على ان بالتخلية وهو التمكن من الانتفاع يجب اقل الاجرين لان الزيادة تجب بزيادة الضرر ولم توجد زيادة الضرر
 وأقل الاجرين معلوم فلا يؤدى الى الجهالة وهذا جواب امام الهدى الشيخ أبى منصور الماترىدى وعلى
 هذا الخلاف كل ما كان اجره يجب بالتسليم ولا يعلم الواجب به وقت التسليم فهو باطل عندهما وعند أبى حنيفة
 العقد جائز وأى التعيين استوفى وجب أجر ذلك كما سمي وان أمسك الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدة فعليه
 أقل المسميين لما ذكرنا ان الزيادة انما تجب باستيفاء منفعة زائدة ولم يوجد ذلك فلا يجب بالتسليم وهو التخلية الأقل
 الاجرين وعلى هذا الخلاف اذا استأجر دابة الى الحيرة على أنه ان حمل عليها شعيرافين نصف درهم وان حمل عليها
 حنطة فيدبرهم فهو جائز على قول أبى حنيفة الاخر وعلى قولهما لا يجوز وكذلك ان استأجر دابة الى الحيرة بدبرهم والى
 القادسية بدبرهم فهو جائز عنده وعلى قولهما ينبغي ان لا يجوز لما ذكرنا ولو استأجر دابة من بغداد الى القصر خمسة
 والى الكوفة بعشرة قال محمد لو كانت المسافة الى القصر النصف من الطريق الى الكوفة فالاجارة جائزة وان كانت
 أقل أو أكثر فهي فاسدة على أصلهما لان المسافة اذا كانت النصف فحال ما يسير يصير البدل معلوما لانه ان
 سار الى القصر أو الى الكوفة فالاجارة الى القصر خمسة فاما اذا كانت المسافة الى القصر أقل من النصف أو أكثر
 فالاجارة حال ما يسير مجهولة لانه ان سار الى القصر فالاجارة خمسة وان سار الى الكوفة فالاجارة الى القصر بحصته
 من المسافة وجهالة الاجرة عند وجود سبب وجوبها تقسّد العقد عندهما فاما على قول أبى حنيفة فالعقد جائز
 لانه سمي منفعتين معلومتين لانه كل واحد منهما بدل معلوم ولو أعطى خياطون باقوال ان خطته اليوم فلك درهم وان
 خطته غد فلك نصف درهم قال ابو حنيفة الشرط الاول صحيح والثاني فاسد حتى لو خاطه اليوم فله درهم وان
 خاطه غدا فله أجر مثله على ما ذكر تفسيره وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان باطلان
 وبه أخذ الشافعى فتكلم مع زفر والشافعى فى اليوم الاول لانهما خالفا أصحاب الثلاثة فيه والوجه لهما أن المفقود
 عليه مجهول ولنا انه سمي فى اليوم الاول عملا معلوما وبدا معلوما وفساد الشرط الثانى لا يؤثر فى الشرط الاول
 كمن عقد اجارة صحيحة واجارة فاسدة وأما اليوم الثانى فوجه قول أبى يوسف ومحمد على نحو ما ذكرنا فى اليوم
 الاول انه سمي فى اليوم الثانى عملا معلوما وبدا معلوما كما فى الاول فلامعنى لفساد العقد فيه كما لا يفسد فى اليوم
 الاول ولا بى حنيفة انه اجتمع فى اليوم الثانى بدلان متفاوتان فى القدر لان البدل المذكور فى اليوم الاول جعل
 مشروطا فى اليوم الثانى بدليل أنه لو لم يذ كر لليوم الثانى بدلا آخر وعمل فى اليوم الثانى يستحق المسمى فى الاول فلو لم
 يجعل المذكور من البدل فى اليوم الاول مشروطا فى الثانى لما استحق المسمى واذا اجتمع بدلان فى اليوم الثانى صار
 كأنه قال فى اليوم الثانى فلك درهم أو نصف درهم فكان الاجر مجهولا فوجب فساد العقد فاذا خاطه فى اليوم الثانى فله
 أجر مثله لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم هكذا ذكر فى الاصل وفى الجامع الصغير وذكر محمد فى الاملاء
 وهو احدى روايتى ابن سماعه فى نوادره عن أبى يوسف واحدى روايتى ابن سماعه فى نوادره عن محمد وروى ابن
 سماعه فى نوادره عن أبى يوسف عن أبى حنيفة فى رواية أخرى أن له فى اليوم الثانى أجر مثله لا يزداد على نصف درهم

وذكر القدوري ان هذه الرواية هي الصحيحة ووجهها ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يزداد على المسمى والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم لا درهم انما الدرهم مسمى في اليوم الاول وذلك بمقدار آخر فلا يعتبر فيه وجه رواية الاصل انه اجتمع في العقد اسميتان لان التسمية الاولى عند مجيء العقد قائمة لما ذكرنا فيعمل بهما فتعتبر الاولى لمنع الزيادة والثانية لمنع النقصان فان خاط نصفه في اليوم الاول ونصفه في العقد فله نصف المسمى لاجل خياطته في اليوم الاول وأجر المثل لاجل خياطته في العقد لا يزداد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم فان خاطه في اليوم الثالث فقد روى ابن سماعه عن محمد بن ابي حنيفة انه أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لان صاحب الثوب لم يرض بتأخيرها الى الغد باكثر من النصف فبتأخيرها الى اليوم الثالث اولى فان قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا أجرك ذلك ذكر محمد في املائه انه ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزداد على درهم لان اسقاطه في اليوم الثاني لا يبنى وجوبه في اليوم الاول ونفى التسمية في اليوم الثاني لا يبنى أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد لا تسمية فيه ويجب اجر المثل ولو قال ان خطته أنت فاجرك درهم وان خاطه تليذك فاجرك نصف درهم فهذا الخياطة الرومية والفارسية سواء ولو استأجر دارا شهر بعشرة دراهم على أنه ان سكنها يوما ثم خرج فعليه عشرة دراهم فهو فاسد لان المعقود عليه مجهول وهو سكنى شهر او يوم والله عز وجل أعلم ومنها أن يكون مقدورا لاستيفاء حقيقة وشرعا لان العقد لا يقع وسيلة الى المعقود بدونه فلا يجوز استئجار الأبق لان لا يقدر على استيفاء منفعة حقيقة لكونه معجوزا للتسليم حقيقة ولهذا لم يجز بيعه ولا يجوز اجارة المصوب من غير الغاصب كما لا يجوز بيعه من غيره لما قلنا وعلى هذا يخرج اجارة المشاع من غير الشريك انها غير جائزة عند أبي حنيفة وزفر وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي انها جائزة وجه قولهم ان الاجارة أحد نوعي البيع فيعتبر بالنوع الآخر وهو بيع العين وانه جائزة في المشاع كذا هذا فلو امتنع انما يتمتع لتعذر استيفاء منفعة بسبب الشباع والمشاع مقدور الانتفاع بالمهاياة ولهذا جاز بيعه وكذا يجوز من الشريك أو من الشريك في صفقة واحدة فكذا من الاجنبي والدليل عليه أن الشيوع الطارىء لا يفسد الاجارة فكذا المقارن لان الطارىء في باب الاجارة مقارن لان المعقود عليه المنفعة وانها تحدث شيئا فشيئا فكان كل جزء يحدث معقودا عليه مبتدأ ولا يبي حنيفة ان منفعة المشاع غير مقدور الاستيفاء لان استيفاءها بتسليم المشاع والمشاع غير مقدور بنفسه لانه اسم لهم غير معين وغير المعين لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقة وانما يتصور تسليمه بتسليم الباقي وذلك غير معقود عليه فلا يتصور تسليمه شرعا وأما قوله سبحانه يمكن استيفاء منفعة المشاع بالتمام فيقول لا يمكن على الوجه الذي يقتضيه العقد وهو الانتفاع بالنصف في كل المدة لان المهاياة بالزمان انتفاع بالكل في نصف المدة وهذا ليس بمقتضى العقد وانها يؤا بالمكان انتفاع برفع المستأجر في كل المدة لان نصف هذا النصف له بالملك ونصفه على طريق البدل عما في يد صاحبه وانه ليس بمقتضى العقد أيضا فاذا لا يمكن تسليم المعقود عليه على الوجه الذي يقتضيه العقد أصلا ورأسا فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا ولا يجوز هذا العقد بالمهاياة يؤدي الى الدور لانه لا مهاياة الا بعد ثبوت الملك ولا ملك الا بعد وجود العقد ولا عقد الا بعد وجود شرطه وهو القدرة على التسليم فيتعلق كل واحد بصاحبه فلا يتصور وجوده بخلاف البيع لان كون المبيع مقدورا للانتفاع ليس بشرط لجواز البيع فان بيع المهر والحش والارض السبخة جائزة وان لم يكن منتفعها ولهذا يدخل الشرب والطريق في الاجارة من غير تسمية ولا يدخلان في البيع الا بالتسمية لان كون المستأجر منتفعها بنفسه شرط صحة الاجارة ولا يمكن الانتفاع بدون الشرب والطريق بخلاف البيع وأما الاجارة من الشريك فعن أبي حنيفة فيه روايتان ولئن سلمنا على الرواية المشهورة فلان المعقود عليه هناك متدور الاستيفاء بدون المهاياة لان منفعة كل الدار تحدث على ملك المستأجر لكن بسببين مختلفين بعضها بسبب الملك وبعضها بسبب الاجارة وكذا الشيوع الطارىء فيه روايتان عن أبي حنيفة في رواية تفسد الاجارة كالمتارن

وفي رواية لا تنفسد وهي الزاوية المشهورة عنه ووجهها أن عدم الشيوع عنده شرط جواز هذا العقد وليس كل ما يشترط لا ابتداء العقد يشترط لبقائه كالخلوع عن المدة فإن العدة تمنع ابتداء العقد ولا تمنع البقاء كذا هذا وسواء كانت الدار كلها لرجل فأجر نصفها من رجل أو كانت بين اثنين فأجر أحدهما نصيبه من رجل كذا ذكر الكرخي في جامعه نصاعن أبي حنيفة أن الأجرة لا تجوز في الوجهين جميعاً ذكر أبو طاهر الدباس أن أجرة المشاع إنما لا تجوز عند أبي حنيفة إذا أجر الرجل بعض ملكه فاما إذا أجر أحد الشرعيين نصيبه فالعقد جائز بلا خلاف لأن في الصورة الأولى تقع المهايأة بين المستأجر وبين المؤاجر فتكون الدار في يد المستأجر مدة وفي يد المؤاجر مدة ولا يجوز أن يستحق المؤاجر الأجر مع كون الدار في يده والمهايأة في الصورة الثانية إنما تقع بين المستأجر وبين غير المؤاجر وهذا لا يمنع استحقاق الأجر لجواز أن تكون الدار في يد غير المستأجر وأجرها عليه كالأجر ثم أجرها والصحيح ما ذكره الكرخي لأن ما ذكرنا من المانع يعم الوجهين جميعاً وسواء كان المستأجر محتملاً للقسمة أولاً لأن المانع من الجواز لا يوجب الفصل بينهما بخلاف الهبة فإن المانع ثمة خص المحتمل للقسمة وهو ما ذكرنا في كتاب الهبة ولو أجر مشاعاً محتملاً للقسمة فقسم وسلم جاز لأن المانع قد زال كالأجر الجذع في السقف ثم نزع وسلم وكما لو هب مشاعاً محتملاً للقسمة ثم قسم وسلم فإن اختصاصاً قبل القسمة فباطل الحالك الأجرة ثم قسم وسلم بعد ذلك لم يجز العقد لأن العقد انفسخ من الأصل بابطال الحالك لم يمحتمل الجواز إلا بالاستثناف ويجوز أجرة الاثنين من واحد لأن المنافع تدحل في يد المستأجر جملة واحدة من غير شيوع ويستوفيتا من غير مهايأة ولو مات أحد المؤاجر حتى انقضت الأجرة في حصته لا تنقض في حصة الخي وان صارت مشاعة وهو المسمى بالشيوع الطاري لما ذكرنا وكذا يجوز رهن الاثنين من واحد وهبة الاثنين من واحد لعدم الشيوع عند القبض وكذا يجوز أجرة الواحد من الاثنين لأن المنافع تخرج من ملك الأجر جملة واحدة من غير شيوع ثم ثبت الشياح لضرورة تفرق ملكيهما في المنفعة وأنه يوجب قبضة المنفعة بالنهاية فينعدم الشيوع ولو مات أحد المستأجرين حتى انتقضت الأجرة في حصته بقيت في حصة الخي كما كانت ويجوز رهن الواحد من اثنين أيضاً لأن الرهن شرع وثيقة بالدين فجميع الرهن يكون وثيقة لكل واحد من المرتهنين ألا ترى أنه لو قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يأخذ بعض الرهن وأما هبة الواحد من اثنين فاعلم لا تجوز عند أبي حنيفة لأن الملك في باب الهبة يقع بالقبض والشيوع ثابت عند القبض وأنه يمنع من القبض فيمنع من وقوع الملك على ما ذكرنا في كتاب الهبة وإن استأجر أرضاً فيها زرع للآجر أو شجراً أو قصباً أو كرم أو ما يمنع من الزراعة لم تجز لأنها مشغولة بمال المؤاجر فلا يتحقق تسليحه فلا يكون المعقود عليه مقدوراً الاستيفاء شرعاً فلم تجز كالأجر في سقوف وكذا لو استأجر أرضاً فيها رطبة فالأجرة فاسدة لأنه لا يمكن تسليحها إلا بضرر وهو قلع الرطبة فلا يجز على الأضرار بنفسه فلم تكن المنفعة مقدورة الاستيفاء شرعاً فلم تجز كالأجر في سقوف فإن قلع رب الأرض الرطبة فقتل للمستأجر قبض الأرض فقبضها فهو جائز لأن المانع قد زال فصار كسواء الجذع في السقف إذا نزع البائع وسلمه إلى المشتري فإن اختصاصاً قبل ذلك فباطل الحالك الأجرة ثم قلع الرطبة بعد ذلك لم يصح العقد لأن العقد قد بطل بابطال الحالك لم يمحتمل العود فإن مضى من مدة الأجرة يوم أو يومان قبل أن يختصما ثم قلع الرطبة فالمستأجر بالخيار إن شاء قبضها على تلك الأجرة وطرح عنه ما لم يقبض وإن شاء لم يقبض ففرق بين هذا وبين الدار إذا سلمها المؤاجر في بعض المدة أن المستأجر لا يكون له خيار الترك ووجه الفرق أن المقصود من أجرة الأرض الزراعة والزراعة لا يمكن في جميع الأوقات بل في بعض الأوقات دون بعض وتختلف بالتقديم والتأخير فالمدة المذكورة فيها يقف بعضها على بعض ويكون الكل كمدة واحدة فإذا مضى بعضها فقد تغير عليه صفة العقد لا اختلاف المعقود فكان له الخيار بخلاف أجرة الدار لأن المقصود منها السكنى وسكنى كل يوم لا تعلق له بيوم آخر فلا يقف بعض المدة فيها على بعض فلا يوجب خلافاً في المقصود من الباقي فلا يثبت الخيار ولو اشترى أطراف رطبة ثم استأجر الأرض لتبقيسة ذلك لم تجز

الاجارة لان اصل الرتبة ملك المؤاجر فكانت الارض مشغولة بملك المؤاجر واستئجار بقعة مشغولة بملك المؤاجر
 لم تصبح لان كونها مشغولة بملكه يمنع التسليم فيمنع استيفاء المعقود عليه كاستئجار أرض فيها زرع المؤاجر ولو
 اشترى الرتبة باصلها ليقلمها ثم استأجر الارض مدة معلومة لتبقيتها جازلان الارض ههنا مشغولة بملك المستأجر وذا
 لا يمنع الاجارة كما لو استأجر ما هو في يده وكذلك اذا اشترى شجرة فيها ثمر ثمرها على أن يقلمها ثم استأجر
 الارض فبقاها فيها جازلما قلنا قال محمد وان استعار الارض في ذلك كله فهو جائز لان المالك بالاعارة اباح الارتفاع بملكه
 فيجوز وعلى هذا يخرج ما ذكرنا ايضا من استئجار الفحل للانزاع واستئجار الكلب المعلم والبازي المعلم للاصطياد
 انه لا يجوز لان المنفعة المطلوبة منه غير مقدورة الاستيفاء اذ لا يمكن اجبار الفحل على الضراب والانزال ولا اجبار
 الكلب والبازي على الصيد فلم تكن المنفعة التي هي معقود عليها مقدورة الاستيفاء في حق المستأجر فلم تجز وعلى هذا
 يخرج استئجار الانسان للبيع والشراء انه لا يجوز لان البيع والشراء لا يتم بواحد بل بالبائع والمشتري فلا يقدر الاجير
 على ايفاء المنفعة بنفسه فلا يقدر المستأجر على الاستيفاء فصار كما لو استأجر رجلا ليحمل خشبة بنفسه وهو
 لا يقدر على حملها بنفسه ولو ضرب لذلك مدة بأن استأجره شهرا ليبيع له ويشترى جازلما مر وعلى هذا يخرج
 الاستئجار على تعليم القرآن والصنائع انه لا يجوز لان الاجير لا يقدر على ايفاء العمل بنفسه فلا يقدر المستأجر على
 الاستيفاء وان شئت افردت لجنس هذه المسائل شرطا قللت ومنها ان يكون العمل المستأجر له مقدور الاستيفاء
 من العامل بنفسه ولا يحتاج فيه الى غيره وخرجت المسائل عليه والاول اقرب الى الصناعة فافهم وعلى هذا يخرج
 الاستئجار على المعاصي انه لا يصبح لانه استئجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعا كاستئجار الانسان للعب
 واللهو وكاستئجار المغنية والناحية للغناء والنوح بخلاف الاستئجار لكتابة الغناء والنوح انه جائز لان المنوع
 عنه نفس الغناء والنوح لا كتابتهما وكذا لو استأجر رجلا ليقول له رجلا أو ليسجته أو ليضربه ظملا وكذا كل اجارة
 وقعت لمظلمة لانه استئجار لفعل المعصية فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعا فان كان ذلك بحق بان
 استأجر انسانا لقطع عضو جازلانه مقدور الاستيفاء لان محله معلوم فيمكنه أن يضع السكين عليه فيقطعه وان
 استأجره لقصاص في النفس لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ويجوز عند محمد هو يقول استيفاء القصاص
 بطريق مشروع هو حزر الرقبة والرقبة معلومة فكان المعقود عليه مقدور الاستيفاء فاشبه الاستئجار لنزع الشاة
 وقطع اليد وهما يقولان ان القتل بضرب العنق يقع على سبيل التجافي عن المضروب فر بما يصيب العنق وربما
 يعدل عنه الى غيره فان أصاب كان مشروعا وان عدل كان محظورا لانه يكون مثله وانها غير مشروعة بخلاف الاستئجار
 على تشقيق الحطاب لانه وان كان ذلك يقع على سبيل التجافي فكله مباح وههنا بخلافه فلم يكن هذا النوع من
 المنفعة مقدورا للاستيفاء وليس كذلك القطع والذبح لان القطع يقع بوضع السكين على موضع معلوم من اليد وهو
 المفصل وامراره عليه وكذلك الذبح فهو الفرق ولو استأجر ذمي من مسلم بيعة ليصلي فيها لم يجز لانه استئجار
 لفعل المعصية وكذا لو استأجر ذمي من ذمي لما قلنا ولو استأجر الذمي دارا من مسلم وأراد أن يصلي فيها من غير
 جماعة أو يتخذها مصلى للعامة فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم ولو استأجر ذمي مسلمانا ليعلمه ذكر في الاصل انه
 يجوز واكره للمسلم خدمة الذمي أما الكراهة فلان الاستخدام استدلال فكان اجارة المسلم
 نفسه منه اذلالا لنفسه وليس للمسلم ان يذل نفسه خصوصا بخدمة الكافر وأما الجواز فلانه
 عقد معاوضة فيجوز كالبيع وقال ابو حنيفة اكره ان يستأجر الرجل امرأة حرة يستخدمها ويخلو
 بها وكذلك الامه وهو قول أبي يوسف ومحمد أما الخلوة فلان الخلوة بالمرأة الاجنينة معصية وأما الاستخدام
 فلانه لا يؤمن معه الاطلاع عليها والوقوف في المعصية ويجوز الاستئجار لقبول الميتات والجيف والتجاسات
 لان فيه رفع أذيتهن عن الناس فلم تجز لتضرر بها الناس وقال ابن رستم عن محمد انه قال لا بأس باجرة الكناس

أرأيت لو استأجره ليخرج له حماراً ميتاً ما يجوز ذلك ويجوز الاستئجار على نقل الميت الكافر إلى المقبرة لانه جيفة فيدفع أذيتها عن الناس كسائر الانجاس وأما الاستئجار على نقله من بلد إلى بلد فقد قال محمد ابتلينا بمسئلة ميت مات من المشركين فاستأجرنا له من يحمل به إلى موضع فيدفنه في غير الموضع الذي مات فيه أراد بذلك اذا استأجرنا له من ينقله من بلد إلى بلد فقال أبو يوسف لا أجر له وقلت أنا ان كان الحمل الذي حمله يعلم انه جيفة فلا أجر له وان لم يعلم فله الاجر وجه قول محمد ان الاجير اذا علم انه جيفة فقد نقل ما لا يجوز له نقله فلا يستحق الاجر واذا لم يعلم فقد غرره بالتسمية والغرور يوجب الضمان ولا يبي يوسف ان الاصل أن لا يجوز نقل الجيفة وانما رخص في نقلها للضرورة وهي ضرورة رفع أذيتها ولا ضرورة في النقل من بلد إلى بلد فبقى على أصل الحرمة كنقل الميتة من بلد إلى بلد ومن استأجر حماراً ليحمل له الخمر فله الاجر في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا أجر له كذا ذكر في الاصل وذكر في الجامع الصغير أنه يطيب له الاجر في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا أجر له كذا ذكر في الاصل لان حمل الخمر معصية لكونه اعانة على المعصية وقد قال الله عز وجل ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولهذا العن الله تعالى عشرة منهم حاملها والمحمول اليه ولا يبي حنيفة ان نفس الحمل ليس بمعصية بدليل ان حملها للاراقة والتخيل مباح وكذا ليس بسبب للمعصية وهو الشرب لان ذلك يحصل بفعل فاعل مختار وليس الحمل من ضرورات الشرب فكانت سبباً محضاً فلا حكم له كمصر العنب وقطفه والحديث محمول على الحمل بنية الشرب وبه نقول ان ذلك معصية ويكره أكل أجرته ولا يجوز اجارة الاماء للزنا لانها اجارة على المعصية وقيل فيه نزل قوله تعالى ولا تكرر هو اقيانكم على البغاء ان أردن تحصناً لتبتغوا عرض الحياة الدنيا وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن مهر البغي وهو أجر الزانية على الزنا ويجوز اجارة المحجمة وأخذ الاجرة عليها لان المحجمة أمر مباح وما ورد من النهي عن كسب الحجام في الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من السحت عسب التيس وكسب الحجام فهو محمول على الكراهة لدناءة الفعل والدليل عليه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قال ذلك أتاه رجل من الانصار فقال ان لي حجاماً وانما خافاً علفاً ناخيتي من كسبه قال صلى الله عليه وسلم نعم وروى انه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام ديناراً ولا يجوز استئجار الرجل اباه لخدمته لانه مأثور عظيم أيه وفي الاستخدام استخفاف به فكان حراماً فكان هذا الاستئجار على المعصية وسواء كان الاب حراً أو عبداً استأجره ابنه من مولا لخدمته لانه لا يجوز استئجار الاب حراً كان أو عبداً وسواء كان الاب مسلماً أو ذمياً لان تعظيم الاب واجب وان اختلف الدين قال الله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وهذا في الابوين الكافرين لانه معطوف على قوله عز وجل وان جاهدك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعمهما وان شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطاً وخرجتها عليه فقلت ومنها أن تكون المنفعة مباحة الاستيفاء فان كانت محظورة الاستيفاء لم تجز الاجارة لكن في هذا شبهة التداخل في الشروط والصناعة تمنع من ذلك وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر رجلاً على العمل في شيء هو فيه شريكاً نحو ما اذا كان بين اثنين طعام فاستأجر أحدهما صاحبه على أن يحمل نصيبه إلى مكان معلوم والطعام غير مقسوم فحمل الطعام كله أو استأجر ذلام صاحبه أو دابة صاحبه على ذلك انه لا يجوز هذه الاجارة عند أصحابنا واذا حمل لا أجر له وعند الشافعي هذه الاجارة جائزة وله الاجر اذا حمل وجه قوله ان الاجر تابع نصف منفعة الحمل الشائنة من شريكه لان الاجارة بيع المنفعة فتصح في الشائع كبيع العين وهذا لان عمله وهو الحمل وان صادف محلاً مشتركاً وهو لا يستحق الاجرة بالعمل في نصيب نفسه فيستحقها بالعمل في نصيب شريكه ولنا انه أجر ما لا يقدر على ايافائه لتعذر تسليم الشائع بنفسه فلم يكن المقدور عليه مقدوراً الاستيفاء وانما لا يجب الاجر أصلاً لانه لا يتصور استيفاء المعقود عليه الا لا يتصور حمل نصف الطعام تباعاً ووجوب أجر المثل يقف على استيفاء المعقود عليه ولم يوجد فلا يجب بخلاف ما اذا استأجر من رجل بيتاً لوضع فيه طعاماً مشتركاً بينهما أو سفينة أو جواراً لكان الاجارة جائزة لان التسليم ثمة يتحقق بدون الوضع

بدليل أنه لو سلم السفينة والبيت والجوالق ولم يضع وجب الاجر وههنا لا يتحقق بدون العمل وهو الحمل والمشاع غير مقدور الحمل بنفسه وذكر ابن سبابة عن محمد بن طهمان عن رجلين ولا حد هما سفينة وأراد أن يخرج الطعام من بلدهما إلى بلد آخر فاستأجر أحدهما نصف السفينة من صاحبه أو أراد أن يطبخنا الطعام فاستأجر أحدهما نصف الرخي الذي لشريكه أو استأجر انصاف جوالقه ليحمل عليه الطعام إلى مكة فهو جائز وهذا على قول من يحيز اجارة المشاع والاصل فيه أن كل موضع لا يستحق فيه الاجرة الا بالعمل لا يجوز الاجارة فيه على العمل في الحمل مشتركة وما يستحق فيه الاجرة من غير عمل تجوز الاجارة فيه لوضع العين المشتركة في المستأجر وفعه هذا الاصل ما ذكرنا ان ما لا تجب الاجرة فيه الا بالعمل فلا بد من امكان ايفاء العمل ولا يمكن من العين المشتركة فلا يكون المعقود عليه مقدور التسليم فلا يكون مقدور الاستيفاء فلم تجز الاجارة وما لا يقف وجوب الاجرة فيه على العمل كان المعقود عليه مقدور التسليم والاستيفاء بدونه فتجوز الاجارة وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر رجلا على أن يحمل له طعاما بعينه إلى مكان محصوص بغير منه أو استأجر غلامه أو دابته على ذلك انه لا يصح لانه لو صحح لبطل من حيث صحح لان الاجير يصير شريكا بول جزء من العمل وهو الحمل فكان عمله بعد ذلك فيما هو شريك فيه وذلك لا يجوز لما بينا واذا حمل فله أجر مثله لانه استوفى المنافع بعد فاسد فيجب أجر المثل ولا يصح جازه بغيره لان الواجب في الاجارة الفاسدة الاقل من المسمى ومن أجر المثل لما ذكر في بيان حكم الاجارة الفاسدة ان شاء الله تعالى ومنها أن لا يكون العمل المستأجر له فرضا ولا واجبا على الاجير قبل الاجارة فان كان فرضا أو واجبا عليه قبل الاجارة لم تصح الاجارة لان من أتى بعمل يستحق عليه لا يستحق الاجرة كمن قضى ديناً عليه ولهذا قلنا ان الثواب على العبادات والقرب والطاعات افضل من الله سبحانه غير مستحق عليه لان وجوبها على العبد بحق العبودية لمولاه لان خدمة المولى على العبد مستحقة ولحق الشكر للنعمة السابقة لان شكر النعمة واجب عقلا وشرعا ومن قضى حقا مستحقا عليه لغيره لا يستحق قبله الاجر كمن قضى ديناً عليه في الشاهد وعلى هذا يخرج الاستئجار على الصوم والصلاة والحج انه لا يصح لانها من فروض الاغنياء ولا يصح الاستئجار على تعليم العلم لانه فرض عين ولا على تعليم القرآن عندنا وقال الشافعي الاجارة على تعليم القرآن جائزة لانه استئجار لعمل معلوم بدل معلوم فيجوز ولنا انه استئجار لعمل مفروض فلا يجوز كالاستئجار للصوم والصلاة ولانه غير مقدور الاستيفاء في حق الاجير لتعلقه بالتعلم فاشبه الاستئجار للحمل خشية لا يقدر على حملها بنفسه وقد روى أن أبي بن كعب رضي الله عنه أقر رجلا فاعطاه قوسا فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم أحب أن يقوسك الله بقوس من نار قال لا فقال صلى الله عليه وسلم فرده ولا على الجهاد لانه فرض عين عند عموم التفسير وفرض كفاية في غير تلك الحال واذا شهد الوقعة فتعين عليه فيقع عن نفسه وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مثل من يغزو في أمتي ويأخذ الحمل عليه كمثل أم موسى ترضع ولدها وتأخذ عليه اجرا ولا على الاذان والاقامة والامامة لانها واجبة وقد روى عن عثمان بن أبي العاص الثقفي انه قال أخر ما عهد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أصلي بالقوم صلاة أضعمهم وان اتخذ مؤذنا لا يأخذ على الاذان اجرا ولا ان الاستئجار على الاذان والاقامة والامامة وتعليم القرآن والعلم سبب لتغيير الناس عن الصلاة بالجماعة وعن تعليم القرآن والعلم لان ثقل الاجر يمنعهم عن ذلك وإلى هذا أشار الرب جل شأنه في قوله عز وجل أم تسألهم اجر افهمهم من مفرم مثقلون فيؤدى إلى الرغبة عن هذه الطاعات وهذا لا يجوز وقال تعالى وما تسألهم عليه من أجر الا على ما تبلغ اليهم أجر او هو كان صلى الله عليه وسلم يبلغ نفسه وبغيره بقوله صلى الله عليه وسلم الا فيبلغ الشاهد الغائب فكان كل معلم مبلغا فاذا لم يحجز له أخذ الاجر على ما يبلغ بنفسه لما قلنا فكذا لمن يبلغ بامر له لان ذلك تبليغ منه معنى ويجوز الاستئجار على تعليم اللغة والادب لانه ليس بفرض ولا واجب وكذا يجوز الاستئجار على بناء المساجد والرباطات والقناطر لما قلنا ولا يجوز الاستئجار على غسيل

الميت ذكره في الفتاوى لانه واجب ويجوز على جفر القبور وأما على حمل الجنائز فذكر في بعض الفتاوى انه جائز على الإطلاق وفي بعضها انه ان كان يوجد غيرهم يجوز وان كان لا يوجد غيرهم لا يجوز لان الحمل عليهم واجب وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر الرجل ابنه وهو حر بالغ ليخدمه انه لا يجوز لان خدمة الاب الحر واجبة على الابن الحر فان كان الولد عبدا والاب حر فاستأجر ابنه من مولا جاز لانه اذا كان عبدا لا يجب عليه خدمة الاب وكذلك ان كان الابن مكاتباً لانه لا يلزمه خدمة ابيه فكان كالاجنبي ولو استأجر امراً أنه لخدمه كل شهر بأجر مسمى لم يحجز لان خدمة البيت عليها فيها بينهما وبين الله تعالى لا روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين علي وفاطمة رضي الله عنهما فجعل ما كان داخل البيت على فاطمة رضي الله عنها وما كان خارج البيت على علي رضي الله عنه فكان هذا استئجاراً على عمل واجب فلم يحجز ولانها تنفع بخدمة البيت والاستئجار على عمل ينتفع به الاجير غير جائز ولا يجوز استئجار الزوجة على رضاع ولده منها لان ذلك استئجار على خدمة الولد وانما اللب يدخل فيه تبعاً على ما ذكرنا فكان الاستئجار على امر عليها فيها بينهما وبين الله تعالى ولان الزوجة مستحقة للنفقة على زوجها وأجرة الرضاع تجري مجرى النفقة فلا تستحق نفقتين على زوجها حتى لو كان للولد مال فاستأجرها لارضاع ولدها منه من مال الولد جاز كذا روى ابن رستم عن محمد لانه لا نفقة لها على الولد فلا يكون فيه استحقاق نفقتين ولو استأجر لولده من ذوات الرحم المحرم اللاتي لهن حضراته جاز لانه ليس عليهن خدمة البيت ولا نفقة لهن على اب الولد ويجوز استئجار الزوجة لترضع ولده من غيرها لانه ليس عليها خدمة ولدها ولو استأجر على ارضاع ولده خادمه فادما بمنزلها فجاز فيها جاز في خادمها ومالم يحجز فيها لم يحجز في خادمها لانها هي المستحقة لمنفعة خادمها فصارت كنفقتها وكذا مدبرتها لانها تملك منافعتها فان استأجر مكاتبها جاز لانها لا تملك منافع المكاتب فكانت كالاجنبية ولو استأجرت المرأة زوجها لخدمها في البيت بأجر مسمى فهو جائز لان خدمة البيت غير واجبة على الزوج فكان هذا استئجاراً على امر غير واجب على الاجير وكذا لو استأجرته لرعى غنمها لان رعى الغنم لا يجب على الزوج وان شئت عبرت عن هذا الشرط فقلت ومنها ان لا ينتفع الاجير بعمله فان كان ينتفع به لم يحجز لانه حينئذ يكون عاملاً لنفسه فلا يستحق الاجر ولهذا قلنا ان الثواب على الطاعات من طريق الافضل لا الاستحقاق لان العبد فيما يعمل من القربات والطاعات عامل لنفسه قال سبحانه وتعالى من عمل صالحاً فلنفسه ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره وعلى هذه العبارة ايضا يخرج الاستئجار على الطاعات فرضاً كانت أو واجبة أو تطوعاً لان الثواب موعود للمطيع على الطاعة فينتفع الاجير بعمله فلا يستحق الاجر وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر رجلاً ليطحن له قفيزاً من حنطة ربع من دقيقها أو ليعصر له قفيزاً من سمسم بحجز معلوم من دهنه انه لا يجوز لان الاجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر فيكون عاملاً لنفسه وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قفيز الطحان ولودفع الى حائك غزلاً لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة لان الحائك ينتفع بعمله وهو الحائك وكذا هو في معنى قفيز الطحان فكان الاستئجار عليه منها واذا حاكه فللحائك أجر مثل عمله لاستيفائه المنفعة بأجرة فاسدة وبعض مشايخنا ببلغ جواز هذه الاجارة وهو محمد بن سلمة ونصر بن يحيى ومنها ان تكون المنفعة مقصودة بعتاد استيفائها بسعد الاجارة ويجرى بها التعامل بين الناس لانه عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستغلال بها لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقيّة ذلك فيه لم يحجز لانه لا يقصد من الشجر هذا النوع من المنفعة وهو تبقيّة الثمر عليها فلم تكن منفعة مقصودة عادة وكذا لو استأجر الارض التي فيها ذلك الشجر يصير مستأجراً باستئجار الارض ولا يجوز استئجار الشجر وقال أبو يوسف اذا استأجر ثياباً ليسطها بيت ليزين بها ولا يجلس عليها فالاجارة فاسدة لان بسط الثياب من غير استعمال

ليس منفعة مقصودة عادة وقال عمرو بن محمد في رجل استأجر دابة ليجنبها يتر بن بها فلا أجر عليه لان قود الدابة للتر بن ليس بمنفعة مقصودة ولا يجوز استئجار الدراهم والدنانير ليزن الحانوت ولا استئجار المسك والعود وغيرهما من المشهومات للشم لانه ليس بمنفعة مقصودة الا ترى انه لا يعتاد استيفاءها بعد الاجارة والله عز وجل الموفق وأما الذي يرجع الى محل المقود عليه فهو ان يكون مقبوض المؤجر اذا كان منقولاً فان لم يكن في قبضه فلا تصح اجارته لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض والاجارة نوع بيع فتدخل تحت النهي ولان فيه غرر افساخ العقد لاحتمال هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ البيع فلا تصح الاجارة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وان لم يكن منقولاً فهو على الاختلاف المعروف في بيع العين انها تجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا تجوز عند محمد وقيل في الاجارة لا تجوز بالاجماع وأما الذي يرجع الى ما يقابل المقود عليه وهو الاجارة والاجرة في الاجارات معتبرة بالثمن في البياعات لان كل واحد من العقدين معاوضة المال بالمال فما يصلح ثمناً في البياعات يصلح اجرة في الاجارات وما لا فلا وهو ان تكون الاجرة مالا متقوماً معلوماً وغير ذلك مما ذكرناه في كتاب البيوع والاصل في شرط العلم بالاجرة قول النبي صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيراً فليعلمه أجره والعلم بالاجرة لا يحصل الا بالاشارة والتعيين أو بالبيان وحمل الكلام فيه أن الاجر لا يخلو اما ان كان شيئاً بعينه واما ان كان بغير عينه فلان كان بعينه فانه يصير معلوماً بالاشارة ولا يحتاج فيه الى ذكر الجنس والصفة والنوع والقدر سواء كان مما يتعين بالتعيين أو مما لا يتعين كالدرهم والدنانير ويكون تعيينها كناية عن ذكر الجنس والصفة والنوع والقدر على أصل أصحابنا لان المشار اليه اذا كان مما له حل ومؤنة يحتاج الى بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة وان كان بغير عينه فان كان مما ثبتت ديناً في الذمة في المعاوضات المطلقة كالدرهم والدنانير والمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة والثياب لا يصير معلوماً الا ببيان الجنس والنوع من ذلك الجنس والصفة والقدر الا أن في الدرهم والدنانير اذا لم يكن في البلد الا بقدر واحد لا يحتاج فيها الى ذكر النوع والوزن ويكتفي بذكر الجنس ويقع على نقد البلد ووزن البلد وان كان في البلد نقود مختلفة يقع على النقد الغالب وان كل فيه نقود غالبه لا بد من البيان فان لم يبين ففسد العقد ولا بد من بيان مكان الايفاء فيها له حل ومؤنة في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يشترط ذلك ويضمن مكان العقد للايفاء وقد ذكرنا المسئلة في كتاب البيوع وهل يشترط الاجل ففي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لا يشترط لان هذه الاشياء كما ثبتت ديناً في الذمة مؤجلاً بطريق السلم تثبت ديناً في الذمة مطلقاً لا بطريق السلم بل بطريق القرض فكان لثبوتها اعلان فان ذكر الاجل جاز وثبت الاجل كالسلم وان لم يذكر جاز كالقرض وأما في الثياب فلا بد من الاجل لانها لا تثبت ديناً في الذمة الا مؤجلاً فكان لثبوتها اجل واحد وهو السلم فلا بد فيها من الاجل كالسلم وان كان مما لا يثبت ديناً في الذمة في عقود المعاوضات المطلقة كالحيوان فانه لا يصير معلوماً بذكر الجنس والنوع والصفة والقدر الا ترى أنه لا يصلح ثمناً في البياعات فلا يصلح اجرة في الاجارات وحكم التصرف في الاجرة قبل القبض اذا وجبت في الذمة حكم التصرف في الثمن قبل القبض اذا كان ديناً وقد بينا ذلك في كتاب البيوع واذا لم يجب بأن لم يشترط فيها التعميل فحكم التصرف فيها نكح في بيان حكم الاجارة ان شاء الله عز وجل وما كان منها عيناً مشارة اليها فحكمه حكم الثمن اذا كان عيناً حتى لو كان منقولاً لا يجوز التصرف فيه قبل القبض وان كان عقاراً فاعلى الاختلاف المعروف في كتاب البيوع انه يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز وهي من مسائل البيوع ولو استأجر عبداً بأجر معلوم وبطعامه أو استأجر دابة بأجر معلوم وبعلقها لم يجز لان الطعام أو العلف يصير اجرة وهو محمول فكانت الاجرة محمولة والقياس في استئجار الظئر بطعامها وكسوتها انه لا يجوز وهو قول ابي يوسف ومحمد لجهالة الاجرة وهي الطعام والكسوة الا أن ابا حنيفة استحسن الجواز بالنص وهو قوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف من غير فصل بين ما اذا كانت

الوالدة منكوحة أو مطلقة وقوله عز وجل وعلى الوارث مثل ذلك أى الرزق والكسوة وذلك يكون بعد موت المولود وقوله تعالى وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا أسلمتم ما آتيتم بالمعروف نفي الله سبحانه وتعالى الجناح عن الاسترضاع مطلقاً وقولهما الأجرة بمجولة مسلم لكن الجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها بل لافضاءها الى المنازعة وجهالة الأجرة في هذا الباب لا تقضى الى المنازعة لأن العادة جرت بالمساحة مع الاطلاق والتوسيع عليهن شفقة على الأولاد فأشبهت جهالة القفيز من الصبرة ولو استأجر داراً بأجرة معلومة وشرط ألا تجرطين الدار وممرتها أو تعليق باب عليها أو إدخال جذع في سقفها على المستأجر فلا جارة فاسدة لأن المشروط يصير أجرة وهو محمول فتصير الأجرة بمجولة وكذا إذا أجرة أرضاً وشرط كرى نهرها أو حفر بئرها أو ضرب مسنة عليها لأن ذلك كله على المؤاجر فإذا شرط على المستأجر فقيد جعله أجرة وهو محمول فصارت الأجرة بمجولة ومنها أن لا تكون الأجرة منفعة هي من جنس المعقود عليه كاجارة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة والركوب بالركوب والزراعة بالزراعة حتى لا يجوز شيء من ذلك عندنا وعند الشافعي ليس بشرط ونجوز هذه الاجارة وإن كانت الأجرة من خلاف الجنس جاز كاجارة السكنى بالخدمة والخدمة بالركوب ونحو ذلك والكلام فيه فرع في كيفية انعقاد هذا العقد فمندان يعتقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنفعة فلم تكن كل واحدة من المنفعتين معينة بل هي معدومة وقت العقد فيتأخر قبض أحد المستأجرين فيتحقق ر بالنساء والجنس باقراده يحرم النساء عندنا كاسلام الهروي في الهروي وإلى هذا أشار محمد فيما حكى ابن سبابة كتب يسأله عن هذه المسئلة أنه كتب اليه في الجواب أنك أطلت الفكرة فأصابك الحيرة وجالست الجبابرة فكانت منك زلة أما علمت أن بيع السكنى بالسكنى كبيع الهروي بالهروي بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة لأن الرابح لا يتحقق في جنسين وعند الشافعي منافع المدة تجمل موجودة وقت العقد كما أنها أعيان قائمة فلا يتحقق معنى النسبة ولو تحقق فالجنس باقراده لا يحرم النساء عنده وتعليل من علل في هذه المسئلة أن هذا في معنى بيع الدين بالدين لأن المنفعتين معدومتان وقت العقد فكان بيع الكالي بالكالي غير سديد لأن الدين اسم لموجود في القصة آخر بالاجل المضروب بتغيير مقتضى مطلق العقد فأما مالا وجوده وتأخر وجوده الى وقت فلا يسمى ديناً وحقبة الفقه في المسئلة ما ذكره الشيخ أبو منصور الماتريدي هي أن الاجارة عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة تقع عند اتحاد الجنس فبقى على أصل القياس والحاجة تتحقق عند اختلاف الجنس فيجوز ويستوى في ذلك العبد والامة حتى لو استأجر عبد اخذ منه شهراً بخدمته أمة كان فاسداً لاتحاد جنس المنفعة ثم في اجارة الخدمة بالخدمة إذا اخدم أحدهما ولم يخدم الآخر روى عن أبي يوسف أنه لا أجرة عليه وذكر الكرخي وقال الظاهر أن له أجر المثل وجهه رواية أبي يوسف أنه لما قابل المنفعة بجنسها ولم تصبح هذه المقابلة قد جعل بازاء المنفعة مالا قيمة له فكان راضياً ببذل المنفعة بلابديل وجهه ما ذكره الكرخي أنه استوفى المنافع بعقد فاسد والمنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد ما نذكر تحقيقه أنها تقوم بالعقد الفاسد الذي لم يذكريه بدل رأساً بأن استأجر شيئاً ولم يسم عوضاً أصلاً فاذن اسمي العوض وهو المنفعة أولى وقالوا في عبد مشترك نهاياً الشريك كان فيه فخدم أحدهما يوماً ولم يخدم الآخر أنه لا أجر له لأن هذا ليس بمبادلة بل هو إفراز ويجوز استئجار العبد لعملين مختلفين كالغياطة والصياغة لأن الجنس قد اختلف وذكر الكرخي في الجامع إذا كان عبد بين اثنين أجر أحدهما نصيبه من صاحبه يخطط معه شهراً على أن يصوغ نصيبه معه في الشهر الداخل إن هذا لا يجوز في العبد الواحد وإن اختلف العمل وانما يجوز في العاملين المختلفين إذا كانا في عشرين لأن هذاهما ياتيهما لانها فعلاً ما يستحق عليهما من غير اجارة والمهاياة من شرط جوازها أن تقع على المنافع المطلقة فاما أن يعين أحد الشر يكتن على الآخر المنفعة فلا يجوز والله عز وجل أعلم وأما الذي يرجع الى ركن العقد فخلوه عن شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه حتى لو أجره داره على أن يسكنها شهراً ثم يسلمها الى المستأجر أو أرضاً على أن يزرعها ثم يسلمها

الى المستأجر أودابة على أن يركبها شهرا أو ثوبا على أن يلبسه شهرا ثم يسلمه الى المستأجر فالاجارة فاسدة لان هذا شرط لا يقتضيه العقد وانه شرط لا يلائم العقود زيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض في معاوضة المال بالمال يكون ربا أو فيها شبهة الربا وكل ذلك مفسد للعقد وعلى هذا يخرج أيضا شرط تعيين الدار واصلاح ميزابها وما هو منها واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج وكري الانهار وفي اجارة الارض وطعام العبد وعلف الدابة في اجارة العبد والدابة وتحوز ذلك لان ذلك كله شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لاحد العاقدين وذكر في الاصل اذا استأجر دارا مدة معلومة بأجرة مسمية على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة ولا أجرة على المستأجر اذا لم يسكنها وان سكنها فعليه أجر مثلها لا ينقص مما سمي أما فساد العقد فظاهر لان شرطه أن لا يسكن نفى موجب العقد وهو الانتفاع بالمعقود عليه وانه شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائم العقد فكان شرطاً فاسداً وأما عدم وجوب الأجر رأساً أن لم يسكن ووجوب أجر المثل ان سكن فظاهر أيضاً لان أجر المثل في الاجارات الفاسدة انما يجب باستيفاء المعقود عليه لا بنفس التسليم وهو التخلية كما في النكاح الفاسد لان التخلية هي التمكين ولا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعاً فاشبه المنع الحسى من العباد وهو النصب بخلاف الاجارة الصحيحة لانه لا منع هناك فتحقق التسليم فلئن لم ينتفع به المستأجر فقد أسقط حق نفسه في المنفعة فلا يسقط حق الأجر في الاجارة واذا سكن فقد استوفى المعقود عليه بعقد فاسد وانه يوجب أجر المثل وأما قوله لا ينقص من المسمى ففيه اشكال لانه قد صرح من مذهب أصحابنا الثلاثة ان الواجب في الاجارة الفاسدة بعد استيفاء المعقود عليه الاقل من المسمى ومن أجر المثل اذا كان الأجر مسمى وقد قال في هذه المسئلة انه لا ينقص من المسمى من المشايخ من قال المسئلة مؤولة تاو يلها انه لا ينقص من المسمى اذا كان أجر المثل والمسمى واحداً ومنهم من أجرى الرواية على الظاهر فقال ان العاقدين لم يجعل المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستأجر أن لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لما ذكرنا انه لا يتحقق مع فساد العقد فاذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلتها بدل فيجب أجر المثل بالتمام بلغ كما اذا لم يذ كر في العقد تسمية أصلاً الا انه قال لا ينقص من المسمى لان المستأجر رضى بالمسمى بدون الانتفاع فعند الانتفاع أولى ولو أجره داره أو أرضه أو عبده أو دابته وشرط تسليم المستأجر جاز لان تسليم المستأجر من مقتضيات العقد لا ترى انه يثبت بدون الشرط فكان هذا شرطاً مقرباً مقتضى العقد لا مخالفاً له فصار كالأجره على أن يملك المستأجر منفعة المستأجر ولو أجر بشرط تعجيل الاجارة أو شرط على المستأجر أن يعطيه بالاجارة رهناً أو كفيل جاز اذا كان الرهن معلوماً والكفيل حاضر لان هذا شرط يلائم العقد وان كان لا يقتضيه كما ذكرنا في البيوع فيجوز كافي بيع العين وأما شرط اللزوم فنوع هو شرط انعقاد العقد لا زمام من الاصل ونوع هو شرط بقائه على اللزوم أما الاول فانواع منها أن يكون العقد صحيحاً لان العقد الفاسد غير لازم بل هو مستحق النقض والفسخ رفعاً للفساد حقاً للشرع فضلاً عن الجواز ومنها أن لا يكون بالمستأجر عيب في وقت العقد أو وقت القبض يخل بالانتفاع به فان كان يلزم العقد حتى قالوا في العبد المستأجر للخدمة اذا ظهر انه سارق له أن يفسخ الاجارة لان السلامة مشروطة دلالة فتكون كالمشروط نصاً كافي بيع العين ومنها أن يكون المستأجر مريضاً المستأجر حتى لو استأجر داراً لم يرها ثم رآها فلم يرض بها انه يردّها لان الاجارة بيع المنفعة فيثبت فيها خيار الرؤية كافي بيع العين فان رضى بها بطل خياره كافي بيع العين وأما الثاني فنوعان أحدهما سلامة المستأجر عن حدوث عيب به يخل بالانتفاع به فان حدث به عيب يخل بالانتفاع به لم يبق العقد لازماً حتى لو استأجر عبداً لم يخدمه أو دابة لم يركبها أو داراً لم يسكنها فرفض العبد أو عرجت الدابة أو انهدم بعض بناء الدار فاستأجر بالخيار ان شاء مضي على الاجارة وان شاء فسخ بخلاف البيع اذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض انه ليس للمشتري أن يرده لان الاجارة بيع المنفعة والمنافع تحدث شيئاً فشيئاً فكان كل جزء من أجزاء المنافع معقوداً مبتدأ فاذ حدث العيب

بالمستأجر كان هذا عيبا حدث بعد العقد قبل القبض وهذا يوجب الخيار في بيع العين كذا في الاجارة فلا فرق بينهما من حيث المعنى واذا ثبت الخيار للمستأجر فان لم يفسخ ومضى على ذلك الى تمام المدة فعليه كمال الاجرة لانه رضى بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل كما في بيع العين اذا اطلع المشتري على عيب فرضى به وان زال العيب قبل أن يفسخ بان صح العبد وزال العرج عن الدابة وبنى المؤاجر ماسقط من الدار بطل خيار المستأجر لان الموجب للخيار قد زال والعقد قائم فيزول الخيار هذا اذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستأجر فان كان لا يضر بالانتفاع به بقي العقد لازما ولا خيار للمستأجر كالعبد المستأجر اذا ذهبت احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره أو سقط من الدار المستأجرة حائطا لا ينتفع به في سكناها لان العقد ورد على المنفعة لا على العين اذا الاجارة يبيع المنفعة لا يبيع العين ولا نقصان في المنفعة بل في العين والعين غير معة ودعيلها في باب الاجارة وتغير عين المعقود عليه لا يوجب الخيار بخلاف ما اذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع لانه اذا كان يضر بالانتفاع فالنقصان يرجع الى المعقود عليه فوجب الخيار فله أن يفسخ ثم انما يلى الفسخ اذا كان المؤاجر حاضرا فان كان غائبا فحدث بالمستأجر ما يوجب حق الفسخ فليس للمستأجر أن يفسخ لان فسخ العقد لا يجوز الا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما وقال هشام عن محمد في رجل استأجر أرضا سنة يزرعها شيئا ذكره فزرعها قاصاب الزرع أفة من رد أو غيره فذهب به وتأخر وقت زراعة ذلك النوع فلا يقدر أن يزرع قال ان أراد أن يزرع شيئا غيره مما ضرره على الارض أقل من ضرره أو مثل ضرره فله ذلك والافسخت عليه الاجارة وألزمته اجر ما مضى لانه اذا عجز عن زراعة ذلك النوع كان استيفاء الاجارة اضرارا به قال واذا نقص الماء عن الرحي حتى صار يطحن أقل من نصف طاحنه فذلك عيب لانه لا يقدر على استيفاء العقد الا بضرر وهو نقصان الانتفاع ولو انهدمت الدار كلها أو أقطع الماء عن الرحي أو أقطع الشرب عن الارض فقد اختلفت اشارة الروايات فيه ذكر في بعضها ما يدل على أن العقد يفسخ فانه ذكر في اجارة الاصل اذا سقطت الدار كلها فله أن يخرج كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا فهذا دليل الانقاساخ حيث جاز للمستأجر الخروج من الدار مع غيبة المؤاجر ولو لم تنفسخ توقف جواز الفسخ على حضوره والوجه فيه أن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت بالسقوط اذا المطلوب منها الانتفاع بالسكنى وقد بطل ذلك فقد هلك المعقود عليه فيفسخ العقد وذكر في بعضها ما يدل على أن العقد لا يفسخ لكن يثبت حق الفسخ فانه ذكر في كتاب المصلح اذا صالح على سكنى دار فأنهدمت لم يفسخ المصلح وروى هشام عن محمد فممن استأجر بيتا وقبضه ثم انهدم فبناه الآخر فقال المستأجر بعد ما بناه لا حاجة لي فيه قال محمد ليس للمستأجر ذلك وكذلك لو قال المستأجر آخذ وأبى الآخر ليس للآخر ذلك وهذا يجري مجرى النص على أن الاجارة تم تنفسخ ووجهه أن الدار بعد الانهدام بقيت منتفعا بها منفعة السكنى في الجملة بان يضرب فيها خيمة فلم يفت المعقود عليه رأسا فلا يفسخ العقد على انه ان فات كله لكن فات على وجه يصور عوده وهذا يكفي لبقاء العقد كمن اشترى عبدا فابق قبل القبض والاصل فيه أن العقد المنعقد بيقين يبقى لتوهم الفائدة لان الثابت بيقين لا يزال بالشك كما أن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك وذكر القدوري وقال الصحيح ان العقد يفسخ لما ذكرنا أن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت وضرب الخيمة في الدار ليس بمنفعة مطلوبة من الدار عادة فلا يعتبر بقاؤه لبقاء العقد وقال فيما ذكره محمد في البيت اذا بناه المؤاجر انه لما بناه تبين أن العقد لم يفسخ حقيقة وان حكم بفسخه ظاهر فيجبر على التسليم والقبض وليس يمتنع الحكم بانفساخ عقد في الظاهر مع التوقف في الحقيقة كمن اشترى شاة فانت في يد البائع فدبغ جلدها انه يحكم ببقاء العقد بعد الحكم بانفساخه ظاهرا بموت الشاة كذا ههنا واذا بقي العقد يجبر على التسليم والتسلم وقبل البناء لا يعلم ان العقد لم يفسخ حقيقة فيجب العمل بالظاهر وذكر محمد في السفينة اذا تقضت وصارت ألواحها بناها المؤاجر انه لا يجبر على تسليمها الى المستأجر فقد فرق بين السفينة وبين البيت ووجه الفرق أن العقد في السفينة قد انفسخ حقيقة لأن الاصل فيها الصناعة وهي التركيب

والالواح تابعة للصناعة بدليل ان من غصب خشبة فعملها سفينه ملكها فكان تركيب الالواح بمنزلة اتحاذ سفينه
أخرى فلم يجبر على تسليمها الى المستأجر بخلاف الدار لان عرصه الدار ليست بتابعة للبناء بل العرصه فيها أصل
فاذا بناها فقد بنى تلك الدار بعينها فيجبر على التسليم وقال محمد فحين استأجر رحي ماء سنة فاقطع الماء بعد ستة
أشهر فامسك الرحي حتى مضت المدة فعليه أجر للسته أشهر الماضية ولا شيء عليه لما بقي لان منفعة الرحي قد بطلت
فاقسخ العقد قال فان كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه بقي شيء من العقود عليه له حصه
في العقد فاذا استوفى لزمه حصته فان سلم المؤاجر الدار الا يتأمنها ثم منع ربح الدار أو غيره بعد ذلك من البيت فلا
أجر على المستأجر في البيت لانه استوفى بعض العقود عليه دون بعض فلا يكون عليه حصه ما لم يستوف والمستأجر
أن يمتنع من قبول الدار بغير البيت وأن يفسخ الاجاره اذا حدث ذلك بعد قبضه لان الصفقة تفرقت في العقود عليه
وهو المنافع وتفرق الصفقة بوجوب الخيار ولو استأجر دارا أشهر اسماء فلم تسلم اليه الدار حتى مضى بعض المدة ثم أراد
أن يتسلم الدار فيها بقي من المدة فله ذلك وليس للمستأجر أن يأبى ذلك وكذلك لو كان المستأجر طلبها من المؤاجر فنعى
اياها ثم أراد أن يسلمها فذلك له وليس للمستأجر أن يمتنع لان الخيار انما يثبت بحدوث تفرق الصفقة بعد حصولها
بجمعة والصفقة ههنا حينما وقعت وقمت متفرقة لان المنافع تحدث شيئا فشيئا فكان كل جزء من المنافع كالعقد
عليه عقد امتدأ فكان أول جزء من المنفعة مملوكا بعقد والثاني مملوكا بعقد آخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في
أحدهما لا يؤثر في الآخر فان استأجر دارين فسقطت احدهما أو منعه مانع من احدهما أو حدث في احدهما
عيب فله أن يتركهما جميعا لان العقد وقع عليهما صفقة واحدة وقد تفرقت عليه فيثبت له الخيار والله عز وجل أعلم
والثاني عدم حدوث عذر بأحد العاقدين أو بالمستأجر فان حدث بأحدهما أو بالمستأجر عذر لا يبيق العقد لازما
وله أن يفسخ وهذا عند أصحابنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط بقاء العقد لازما ولقب المسئلة ان الاجاره تفسخ
بالاعذار عندنا خلافا له (وجه) قوله ان الاجاره أحد نوعي البيع فيكون لازما كالنوع الآخر وهو بيع الاعيان
والجامع بينهما ان العقد انعقد باتفاقهما فلا يفسخ الا باتفاقهما ولنا ان الحاجة تدعو الى الفسخ عند العذر لانه لو لم
عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلزمه بالعقد لما ذكر في تفصيل الاعذار الموجبة للفسخ فكان الفسخ في
الحقيقه امتناعا من الزام الضرر وله ولاية ذلك وقد خرج الجواب عن قوله ان هذا بيع لا نقول نعم لكنه عجز عن
المضى في موجهه الا بضرر يلحقه لم يلزمه بالعقد فكان محتملا للفسخ في هذه الحالة كما في بيع العين اذا اطع المشتري
على عيب بالبيع وكما لو حدث عيب بالمستأجر وكذا عن قوله العقد انعقد باتفاقهما فلا يفسخ الا باتفاقهما ان هذا
هكذا اذا لم يعجز عن المضى على موجب العقد الا بضرر غير مستحق بالعقد وقد عجز ههنا فلا يشترط التراضي على
الفسخ كما في بيع العين وحدث العيب بالمستأجر ثم انكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقلي والشرع لانه
يقتضي ان من اشتكى ضرره فاستأجر رجلا ليقلمها فسكن الوجع يجبر على القلع ومن وقعت يده أكلة فاستأجر
رجلا ليقطعها فسكن الوجع ثم رأت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلا وشرعا واذا ثبت ان الاجاره تفسخ بالا عذار
فلا بد من بيان الاعذار المثبتة للفسخ على التفصيل فنقول والله التوفيق ان العذر قد يكون في جانب المستأجر وقد
يكون في جانب المؤاجر وقد يكون في جانب المستأجر أما الذي في جانب المستأجر فتحو أن فليس فيقوم من
السوق أو يريد سفرا أو ينتقل من الحرفة الى الزراعة أو من الزراعة الى التجارة أو ينتقل من حرفة الى حرفة لان
المفلس لا ينتفع بالحنوت فكان في ابقاء العقد من غير استيفاء المنفعة اضرار به ضررا لم يلزمه العقد فلا يجبر على عمله
واذا عزم على السفر في ترك السفر مع العزم عليه ضرر به وفي ابقاء العقد مع خروجه الى السفر ضرر به أيضا لما فيه
من لزوم الاجرة من غير استيفاء المنفعة والانتقال من عمل لا يكون الا للاعراض عن الاول ورغبته عنه فان منعناه
عن الانتقال اضررنا به وان أبقينا العقد بعد الانتقال لا لزمناه الاجرة من غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به ولو أراد

أن ينتقل من حانوت الى حانوت ليعمل ذلك العمل بعينه في الثاني لما ان الثاني أرخص وأوسع عليه لم يكن ذلك عذرا
لانه يمكنه استيفاء المنفعة من الاول من غير ضرر وانما بطلت زيادة المنفعة وقد رضى بالقدر الموجود منها في الاول وعلى
هذا اذا استأجر رجلا لايصل الى الافتقاع به من غير ضرر يدخل في ملكه أو بدنه ثم بدله أن يفسخ الاجارة
بأن استأجر رجلا يقصر له ثيابا أو ليقطعها أو يحيطها أو يهدم دارا له أو يقطع شجرة له أو يقطع ضرسه أو يهجم
أو ليفصد أو ليزرع أرضا أو يحدث في ملكه شيئا من بناء أو تجارة أو حفر ثم بدا له أن لا يفعل فله أن يفسخ الاجارة
ولا يجبر على شيء من ذلك لان القصارة والقطع نقصان عاجل في المال بالغسل والقطع وفيه ضرر وهدم الدار وقطع
الشجر اتلاف المال والزراعة اتلاف البذر وفي البناء اتلاف الآلة وقلع الضرس والحجامة والقصد اتلاف جزء من
البدن وفيه ضرر به الا أنه استأجره لها المصلحة تاملها تر بوعلى المضرة فاذا بدا له علم أنه لا مصلحة فيه فبقى الفعل ضرا
في نفسه فكان له الامتناع من الضرر بالفسخ اذا الانسان لا يجبر على الاضرار بنفسه وكذلك لو استأجر رجلا الى مكة
ثم بدا للمستأجر أن لا يخرج فله ذلك ولا يجبر على السفر لانه لما بدله علم ان السفر ضرر فلا يجبر على تحمل الضرر
وكذا كل من استأجر دابة ليسافر ثم قعد عن السفر فله ذلك لما قلنا وقد قالوا ان الجمل اذا قال للحاكم ان هذا لا يريد
أن يترك السفر وانما يريد أن يفسخ الاجارة قال له الخاكم انظره فان خرج ثم قفل الجمل معه فاذا فعلت ذلك فلك
الاجر فان قال صاحب الدار للحاكم ان هذا لا يريد سفرا وانما يقول ذلك ليفسخ الاجارة استحلفه الخاكم بالله عز
وجل انه يريد السفر الذي عزم عليه لانه يدعى سبب الفسخ وهو اداة السفر ولا يمكنه اقامة البيئة عليه فلا يقبل قوله
الاعم عينه وقالوا لو خرج من المصر فاسخ ثم رجع فقال صاحب الدار انما أظهر الخروج لفسخ الاجارة وقد عاد
استحلفه الخاكم بالله عز وجل لقد خرج قاصدا الى الموضع الذي ذكر لان المؤاجر يدعى ان الفسخ وقع بغير عذر
وهو عزم السفر الى موضع معلوم ولا يمكنه اقامة البيئة عليه لان عزم المستأجر لا يعلم الا من جهته فكان القول قوله
مع عينه وأما الجمل اذا بدله من الخروج فليس له أن يفسخ الاجارة لان خروج الجمل ليس بمستحق
بالعقد فان له أن يبعث غيره مع الجمل فلا يكون قعوده عذرا بخلاف خروج المستأجر لان غرضه يتعلق بخروجه بنفسه
فكان قعوده عذرا ولو استأجر رجلا ليحفر له بئرا فحفر بعضها فوجد هاصلية أو خرج حجرا أو وجدها رخوة
بحيث يخاف التلف كان عذرا لانه يعجز عن المضي في موجب العقد الا بضر لم يلزمه وقال هشام عن أبي يوسف
في امرأة ولدت يوم النحر قبل أن تطوف فأبى الجمل أن يقيم قال هذا عذر لانه لا يمكنها الخروج من غير طواف
ولا سبيل الى الزام الجمل للاقامة مدة النفاس لانه يتضرر به اذ هي مدة ما جرت العادة باقامة القافلة قدرها فيجعل عذرا
في فسخ الاجارة وان كانت قد ولدت قبل ذلك وقد بقي من مدة نفاسها كمدة الحيض أو أقل أجبر الجمل على المقام
معه لان هذه المدة قد جرت العادة بمقام الحاج فيها بعد القراغ من الحج وأما الذي هو في جانب المؤاجر فتحوان
يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه الا من ثمن المستأجر من الابل والعقار ونحو ذلك اذا كان الدين ثبت قبل عقد الاجارة
بالبيئة أو بالقرار أو ثبت بالبيئة بعد عقد الاجارة ولو ثبت بعد عقد الاجارة بالقرار فكذلك عند أبي حنيفة وأما
عندهما فالدين الثابت بالقرار بعد عقد الاجارة لا يفسخ به الاجارة لانه متهم في هذا القرار ولا يحنفان
الظاهر ان الانسان لا يقر بالدين على نفسه كاذبا وهذا العذر من جانب المؤاجر بناء على أن يبيع المؤاجر لا ينفذ عندنا
من غير اجازة المستأجر خلا للشافعي على ما ذكره واذا لم يحجز البيع مع عقد الاجارة جعل الدين عذرا في فسخ الاجارة
لان ابقاء الاجارة مع حقوق الدين الفادح العاجل اضرار بالمؤاجر لا يمحس به ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير
مستحق بالعقد فان قيل كيف يحبس القاضى وهو غير قادر على قضاء الدين بالمؤاجر لتعلق حق المستأجر به فينبغي
أن لا يحبس القاضى فالجواب ان القاضى لا يصدق انه لا مال له سوى المؤاجر فيحبسه الى أن يظهر حاله وفي الحبس
ضرر على أنه لم يكن له مال آخر غير المؤاجر لكن حق المستأجر انما يتعلق بالمنفعة لا بالعين وقضاء الدين يكون من

بدل العين وهو الثمن فيحبس حتى يبيع وكذلك لو اشترى شيئاً فآجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الاجارة
ويرده بالعيب على بائعه وان رضى المستأجر بالعيب ويجعل حق الرد بالعيب عذراً له في فسخ الاجارة لانه لا يقدر
على استيفائها الا بضرر وهو التزام المبيع المعيب ولو اراد المؤاجر السفر أو النقلة عن البلد وقد آجر عقاراً له فليس ذلك
بعذر لان استيفاء منفعة العقار مع غيبته لا ضرر عليه فيه قال أبو يوسف ان مرض المؤاجر أو أصاب ابله داء فله أن
يفسخ اذا كانت بعينها أما اذا أصاب الابل داء فلان استعمال الدابة مع ما بها من الداء اجحاف بها وفيه ضرر بصاحبها
والضرر لا يستحق بالعقد فيثبت له حق الفسخ وكذا المستأجر لان المنافع تنقص بمرض الابل فصار ذلك عيباً
فيها وأما مرض الجمال فظاهر رواية الاصل يقتضي أن لا يكون عذراً لان أثر المرض في المنع من الخروج وخروج
الجمال بنفسه مع الجمال غير مستحق بالعقد وأما وجه رواية أبي يوسف وهو الفرق بين مرض الجمال وبين قوده ان
الجمال يقوم على جماله بنفسه فاذا مرض لا يقوم غيره مقامه الا بضرر وليس كذلك اذا بهد المنع والخروج لانه يقدر
على الخروج فاذا ترك ذلك باختياره كان عليه أن يقيم غيره مقامه ولو أجز صانع من الصنائع أو عامل من العمال نفسه
لعمل أو صناعة ثم قال بدالى أن أترك هذا العمل وانتقل منه الى غيره قال محمدان كان ذلك من عمله بان كان حججاً ما
فقال قد أنفت من عملي وأريد تركه لم يكن له ذلك ويقال أوف العمل ثم انتقل الى ما شئت من العمل لان العقد قد
لزمه ولا عار عليه فيه لانه من أهل تلك الحرفة فهو بقوله أربد أن أتركه يريد أن يدفع عنه في الحال ويقدر على ذلك بعد
انقضاء العمل وان كان ذلك العمل ليس من عمله وصنعتة بل أسلم نفسه فيها وذلك مما يعاب به أو كانت امرأه
أجرت نفسها ظئراً وهي ممن تعاب بذلك فلا هلا أن يخرجوها وكذلك أن أبت هي أن ترضعه لان من لا يكون من
أهل الصنائع الدينية اذا دخل فيها يلحقه العار فاذا أراد التزك فهو لا يقدر على ايفاء المنافع الا بضرر وكذلك الظئر اذا
لم تكن ممن يرضع مثلها فلا هلا الفسخ لانهم يعيرون بذلك وفي المثل السائر تجوع الحرة ولا تأكل بثديها فان لم يمكن
ايفاء العقد الا بضرر فلا يقدر على تسليم المنفعة الا بضرر بخلاف ما اذا زوجت نفسها من غير كفء انه لا يثبت لها
حق الفسخ ويثبت للاولياء لان النكاح لا يفسخ بالعذر فقد لزمها العقد والاجارة تنفسخ بالعذر وان وقعت لازمة
ولو انه دهم منزل المؤاجر ولم يكن له منزل آخر سوى المنزل المؤاجر فاذا انقضى الاجارة ويسكنها ليس له ذلك
لانه يمكنه أن يستأجر منزلاً آخر أو يشتري فلا ضرورة الى فسخ الاجارة وكذا اذا أراد التحول من هذا المص
لانه يمكنه أن يترك المنزل في الاجارة ويخرج بخلاف المستأجر اذا أراد أن يخرج لما ذكرنا ولو اشترى المستأجر
منزلاً فآراد التحول اليه لم يكن ذلك عذراً لانه يمكنه أن يؤاجر دار نفسه فشرائه داراً أخرى أو وجود دار أخرى
لا يوجب عذراً في الدار المستأجرة والله عز وجل أعلم وأما الذي هو في جانب المستأجر فمنها عتق العبد المستأجر فانه
عذر في فسخ الاجارة حتى لو أجز رجل عبده سنة فلما مضت ستة أشهر اعتقه فهو بالخيار ان شاء مضى على الاجارة
وان شاء فسخ أما العتق فلا شك في نفاذه لصندوق الاعتاق من الاهل في الجمل المملوك المرقوق والعارض وهو حق
المستأجر لا يؤثر الا في المنع من التسليم ونفاذ العتق لا يقف على إمكان التسليم بدليل ان اعتاق الآبق نافذ وأما الخيار
فلا نالعقد على المنافع منع شيئاً فشيئاً على حسب حدودها فيصير بعد الحرية كأنه عقد عليه ابتداء فكان له خيار
الاجارة والفسخ فان فسخ بطل العقد فيما بقي وسقط عن المستأجر الأجزر فيما بقي وكان أجزر ماضى للمولى لانه لا يبدل
منفعة استوفيت على ملك المولى بعقده وان أجاز ومضى على الاجارة فالاجارة فبها يستقبل الى تمام السنة تكون
للعبد لانه لا يبدل منفعة استوفيت بعد الحرية فكانت له كالأجزر نفسه من انسان بغير اذن مولاه فاعتقه للمولى في المدة
فلا خيار له بخلاف العبد المأذون اذا أجز نفسه بعد الحرية فان اختار الاجارة لم يكن له أن ينقضها بعد ذلك لانه باختيار
الاجارة أبطل حق الفسخ فلا يحتمل المود قبض الاجارة كلها للمولى وليس للعبد أن يقبض الاجارة الا بوكالة من
المولى لان العاقيد هو المولى وحقوق العقد ترجع الى العاقد هذا ان لم يكن المستأجر عجل الاجارة ولا شرط المولى عليه

التعجيل فان كان عجل أو شرط عليه التعجيل فاعتق العبد واختار المضى على الاجارة فالاجرة كلها للمولى لانه ملكها بالتعجيل أو باشتراط التعجيل وان اختار الفسخ برد النصف الى المستأجر لان الاجرة بمقالة المنفعة ولم يسلم له الا منفعة نصف المدة وسواء كان المولى أجره بنفسه أو أذن للعبد أن يؤاجر نفسه سنة فاجر ثم أعتقه المولى في نصف المدة لان عقده باذن المولى كمقد المولى بنفسه الا ان قبض الاجرة ثم أعتقه المولى في المدة لان اجارة المحجور وقعت فاسدة وخيار الامضاء في العقد الفاسد لا يثبت شرعا فبطل العقد بنفس الاعتاق بخلاف الماذون ومنها بلوغ الصبي المتأجر أجره أبوه أو وصي أبيه أو جده أو وصي جده أو القاضي أو أمينه فبلغ في المدة فهو عذر ان شاء أمضى الاجارة وان شاء فسخ لان في ابقاء العقد بعد البلوغ ضررا بالصبي لما ينفيا تقدم فيعجز عن المضى في موجب العقد الا بضر لم يلزمه فكان عذرا ولو أجر واحد من هؤلاء شيئا من ماله فبلغ قبل تمام المدة لا خيار له والفرق بين اجارة النفس والمال ذكره في كتاب البيوع ان اجارة ماله تصرف نظري في حقه فلا يملك ابطاله بالبلوغ فاما اجارة النفس فهو في وضعها اضرار وانما يملكها الولي أو الوصي من حيث هي تأديب وقد انقطعت ولاية التأديب بالبلوغ فاما غلاء أجر المثل فليس بعذر تنفسخ به الاجارة الا في اجارة الوقف حتى لو أجر دار ارضي ملكه ثم غلا أجر مثل الدار ليس له أن يفسخ العقد الا في الوقف فانه يفسخ نظرا للوقف ويجدد العقد في المستقبل على أجره معلومة وفيما مضى يجب المسمى بقدره وقيل هذا اذا ازداد أجر مثل الدور فاما اذا جاء واحد وزاد في الاجرة تعنتا على المستأجر الاول فلا يعتبر ذلك ثم انما تنفسخ هذه الاجارة اذا أمكن الفسخ فاما اذا لم يمكن فلا تنفسخ بأن كان في الارض زرع لم يستحصد لان في القلع ضررا بالمستأجر فلا تنفسخ بل تترك الى أن يستحصد الزرع بأجر المثل فالى وقت الزيادة يجب المسمى بقدره وبعد الزيادة الى أن يستحصد يجب أجر المثل هذا اذا غلا أجر مثل الوقف فاما اذا رخص فان الاجارة لا تنفسخ لان المستأجر رضى بذلك القدر وزيادة ولان الفسخ في الوقف عند الغلاء معنى النظر للوقف وفي هذا ضرر فلا تنفسخ وأما العذر في استئجار الظئر فنحو أن لا يأخذ الصبي من لبنها لانه لم يحصل بعض ما دخل تحت العقد أو بقي من لبنها لان الصبي يتضرر به أو تحبل الظئر لان لبن الحامل يضر بالصبي أو تكون سارقة لانهم يخافون على متاعهم أو تكون فاجرة بينة الفجور لانها تشاغل بالفجور عن حفظ الصبي أو أرادوا أن يسافروا بصبيهم وأبت الظئر أن تخرج معهم لان في الزامهم ترك المسافرة اضرارا بهم وفي ابقاء العقد بعد السفر اضرارا أيضا وأمرض الظئر لان الصبي يتضرر بلبن المريضة والمرأة تتضرر بالارضاع في المرض أيضا فيثبت حق الفسخ من الجانبين فان كانوا يؤذونها بالسنتهم أمروا أن يكفوا عنها فان لم يكفوا كان لها أن تخرج لان الاذية محظورة فعليهم تركها فان لم يتركوها كان في ابقاء العقد ضرر غير ملتزم بالعقد فكان عذرا وللزوج أن يخرجها من الرضاع ان لم تكن الاجارة برضاه وقيل هو على التفصيل ان كان ممن يشينه أن ترضع زوجته فله الفسخ لانه يعير بذلك فيتضرر به وان كان ممن لا يشينه ذلك لم يكن له أن يفسخ لان المملوك له بالنكاح منافع بضمها لا منافع تديها فكانت هي بالاجارة متصرفا في حقها وقيل له الفسخ في الوجهين لانها ان أرضعت الصبي في بيتهم فلز وج أن يمنعها من الخروج من منزله وان أرضعت في بيته فله أن يمنعها من ادخال الصبي الى بيته ثم اذا اعترض شيء من هذه الاعذار التي وصفناها فالاجارة تنفسخ بنفسها أو تحتاج الى الفسخ قال بعض مشايخنا تنفسخ بنفسها وقال بعضهم لا تنفسخ والصواب انه ينظر الى العذر ان كان يوجب العجز عن المضى في موجب العقد شرعا بان كان المضى فيه حراما فالاجارة تنتقض بنفسها كإيفاء الاجارة على قلع الضرر اذا اشتكت ثم سكنت وعلى قطع اليد المتأكلة اذا برأت ونحو ذلك وان كان العذر بحيث لا يوجب العجز عن ذلك لكنه يتضمن نوع ضرر لم يوجب العقد لا يفسخ الا بالفسخ وهسل يحتاج فيه الى فسخ القاضي أو التراضي ذكر في الاصل وفي الجامع الصغير انه لا يحتاج اليه بل للعاقدة فسحها وذكر في الزيادات انها لا تنفسخ الا بفسخ القاضي أو التراضي وجه ما ذكر في الزيادات ان هذا خيار ثبت بعد تمام العقد فاشبه الرد بالعيب بعد القبض

وجه المذكور في الاصل والجامع الصغير ان المنافع في الاجارة لا تملك جملة واحدة بل شيئاً فشيئاً فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض في باب البيع يوجب للعاقده حق الفسخ ولا يقف ذلك على القضاء والرضا كذا هذا ومن مشايخنا من فصل فيه تفصيلاً فقال ان كان العذر ظاهراً لا حاجة الى القضاء وان كان خفياً كالدين يشترط القضاء ليظهر العذر فيه ويزول الاشتباه وهذا حسن وينبغي أن يبيع المستأجر ثم يفسخ الاجارة

فصل وأما صفة الاجارة فالاجارة عقد لازم اذا وقعت صحيحة عريضة عن خيار الشرط والعيب والرؤية عند جامة العلماء فلا تفسخ من غير عذر وقال شريح انها غير لازمة وتفسخ بلا عذر لانها اباحة المنفعة فأشبهت الاجارة ولنا انها تملك المنفعة بم عوض فأشبهت البيع وقال سبحانه وتعالى أو فوا بالعقود والفسخ ليس من الايفاء بالعقد وقال عمر رضي الله عنه البيع صفقة أو خيار جعل البيع نوعين نوعاً خيار فيه ونوعاً فيه خيار والاجارة بيع فيجب أن تكون نوعين نوعاً ليس فيه خيار الفسخ ونوعاً فيه خيار الفسخ ولانها معاوضة عقدت مطلقاً فلا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ الا عند المعجز عن المضي في موجب العقد من غير تحمل ضرر كالبيع

فصل وأما حكم الاجارة فالاجارة لا تخلو اما ان كانت صحيحة واما ان كانت فاسدة واما ان كانت باطلة أما الصحيحة فلها أحكام بعضها أصلي وبعضها من التوابع أما الحكم الأصلي فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان كيفية ثبوته أما الأول فهو ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر وثبوت الملك في الاجرة المسماة بالآجر لانها عقد معاوضة اذ هي بيع المنفعة والبيع عقد معاوضة فيقتضي ثبوت الملك في العوضين وأما وقت ثبوته فالعقد لا يخلو اما ان كان عقداً مطلقاً عن شرط تعجيل الاجرة واما ان شرط فيه تعجيل الاجرة أو تأجيلها فان عقداً مطلقاً فالحكم يثبت في العوضين في وقت واحد فيثبت الملك للمؤاجر في الاجرة وقت ثبوت الملك للمستأجر في المنفعة وهذا قول أصحابنا وقال الشافعي حكم الاجارة المعاوضة هو ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد بلا فصل وأما كيفية ثبوت حكم العقد فعندنا يثبت شيئاً فشيئاً على حسب حدوث محله وهو المنفعة لانها تحدث شيئاً فشيئاً وعنده تجعل المدة موجودة تقديرًا كأنها اعيان قائمة ويثبت الحكم فيها في الحال وعلى هذا ينبغي ان الاجارة لا تملك بنفس العقد المطلق عندنا وعنده تملك (وجه) قوله ان الاجارة عقد معاوضة وقد وجدت مطلقاً والمعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد كالبيع لأن الملك لا بد له من محل يثبت فيه منافع المدة معلومة في الحال حقيقة فتجعل موجودة حكماً تصحيحاً للعقد وقد يجعل المعلوم حقيقة موجوداً تقديرًا عند تحقق الحاجة والضرورة ولنا ان المعاوضة المطلقة اذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر اذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة لانه لا يقابلها عوض ولان المساواة في العقود المطلقة مطلوب للعاقدين ولا مساواة اذا لم يثبت الملك في أحد العوضين والملك لم يثبت في أحد العوضين وهو منافع المدة لانها معلومة حقيقة فلا تثبت في الاجرة في الحال تحقيقاً للمعاوضة المطلقة في أي وقت تثبت فقد كان أبو حنيفة أولاً يقول ان الاجارة لا تجب الا بعد مضي المدة مثل استئجار الارض سنة أو عشر سنين وهو قول زفر ثم رجع هنا فقال تجب يوماً فيوماً وفي الاجارة على المسافة مثل ان استأجر بعيراً الى مكة ذاهباً وجائياً كان قوله الاول انه لا يلزمه تسليم الاجر حتى يعود وهو قول زفر ثم رجع وقال يسلم حالاً فلا وذكر الكرخي انه يسلم اجرة كل مرحلة اذا انتهى اليها وهو قول أبي يوسف ومحمد وجه قول أبي حنيفة الاول ان منافع المدة أو المسافة من حيث انها معقود عليها شيء واحد فلم يستوفها كلها لا يجب شيء من بدنها كمن استأجر خياطاً فيحيط ثوباً فحاط بعضه انه لا يستحق الاجرة حتى يفرغ منه وكذا القصار والصباغ (وجه) قوله الثاني وهو المشهور انه ملك البدل وهو المنفعة وانها تحدث شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان فملكها شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فكذا ما يقابلها فكان ينبغي أن يجب عليه تسليم الاجرة

ساعة فساعة إلا أن ذلك متعذر فاستحسن فقال يومافيو ما و مر حلة فمر حلة لأنه لا يعذرفيه و روى عن أبي يوسف
فمن استأجر بعيرا إلى مكة أنه إذا بلغ ثلث الطريق أو نصفه أعطى من الأجر بحسبه استحسننا و ذكر الكرخي
أن هذا قول أبي يوسف الأخير ووجهه أن السير إلى ثلث الطريق أو نصفه منفعه مقصودة في الجملة فإذا وجد ذلك
القدر يلزمه تسليم بدله على هذا يخرج ما إذا أبرأ المؤاجر المستأجر من الأجر أو هبة له أو تصدق به عليه أن ذلك
لا يجوز في قول أبي يوسف الأخير عينا كان الأجر أو ديننا وقال محمدان كان ديننا جاز وجه قول أبي يوسف ظاهر
خارج على الأصل وهو أن الأجرة لم يملكها المؤاجر في العقد المطلق عن شرط التعجيل والإبراء عما ليس بمملوك
المبرى لا يصح بخلاف الدين المؤجل لأنه مملوك وإنما التأجيل لتأخير المطالبة فيصح الإبراء عنه وهبة غير المملوك
لا تصح وجه قول محمدان الإبراء لا يصح إلا بالقبول فإذا قبل المستأجر فقد قصد صحة تصرفهما ولا صحة إلا بالملك
فيثبت الملك مقتضى التصرف تصحيحاً له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني ألف درهم فقال أعتقت
والإبراء اسقاط واسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب جائز كالغفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت
وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب أنه إن كان يعني بالانقضاء في حق الحكم فهو غير منعقد في
حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا وإن كان يعني شيئاً آخر فهو غير معقول ولو أبرأه عن بعض الأجرة أو هب منه
جاز في قولهم جميعاً أما على أصل محمد فظاهر لأنه يجوز ذلك عنده في الكل فكذلك في البعض وأما على أصل أبي
يوسف فلأن ذلك حط بمحض الأجرة فيلحق الحط بأصل العقد فيصير كالموعد في حال العقد بمنزلة هبة بعض
التمن في البيع وحط الكل لا يمكن إلحاقه بأصل العقد ولا سبيل إلى تصحيحه للحال لعدم الملك وأما إذا كانت
الأجرة عينا من الأعيان فوهبها المؤاجر للمستأجر قبل استيفاء المنافع فقد قال أبو يوسف إن ذلك لا يكون نقضاً
للأجرة. وقال محمدان قبل المستأجر الهبة بطلت الأجرة وإن ردها لم تبطل أما أبو يوسف فقد مر على الأصل أن
الهبة لم تصبح لعدم الملك فالتحقت بعدم كانه لم توجد رأساً بخلاف المشتري إذا وهب المبيع من بائع قبل القبض
وقبله البائع أن ذلك يكون نقضاً للبيع لأن الهبة هناك قد سمت لصدرها من المالك فثبت الملك للبائع فأنسخ
البيع وأما محمد فانه يقول الأجرة إذا كانت عينا كانت في حكم المبيع لأن ما يقابلها هو في حكم الأعيان والمشتري
إذا وهب المبيع قبل القبض من البائع قبله البائع يبطل البيع كذا هذا وإذا أورد المستأجر الهبة لا تبطل الأجرة لأن
الهبة لا تتم إلا بالقبول فإذا رد بطلت والتحقت بعدم وعلى هذا إذا صار في المؤاجر المستأجر بالأجرة فأخذها
ديناراً بأن كانت الأجرة دراهم أن العقد باطل عند أبي يوسف في قوله الأخير وكان قوله الأول أنه جائز وهو قول محمد
فأبو يوسف مر على الأصل فقال الأجرة لم تجب بمقد الأجرة وما وجب بمقد الصرف لم يوجد فيه التقابض في
المجلس فيبطل العقد فيه كمن باع ديناراً بعشرة قلم يتقاضا ولا يشترى الدينار بدراهم في ذمته ثم يجعلها قصاصاً
بالأجرة ولا أجرة له فيبقى ثمن الصرف في ذمته فإذا افتقر قبل القبض بطل الصرف ومحمد يقول إذا لم يجز الصرف إلا
ببدل واجب ولا وجوب إلا بشرط التعجيل ثبت الشرط مقتضى إقدامهما على الصرف ولو شرطاً تعجيل الأجرة ثم
تصارفاً جاز كذا هذا ولو اشترى المؤاجر من المستأجر عينا من الأعيان بالأجرة جاز في قولهم لأن العقد على
الأعيان والهبة جائز إن فالرهن والكفالة أولى وأما على أصل أبي يوسف فأما الكفالة فلأن جوازها لا يستدعي
قيام الدين للحال بدليل أنه لو كفل بما يذوب له على فلان جازت وكذلك الكفالة بالدرك جائزة وكذلك الرهن
بدين لم يجب جائز كالرهن بالتمن في البيع المشروط فيه الخيار ولأن الكفالة والرهن شرعا للتوثيق والتوثق ملائم للأجر
هذا إذا وقع العقد مطلقاً عن شرط تعجيل الأجرة فأما إذا شرط في تعجيلها ملكية بشرط وجب تعجيلها
فالحاصل أن الأجرة لا تملك عندنا إلا بأحد معان ثلاثة أحدها شرط التعجيل في نفس العقد والثاني التعجيل من غير
شرط والثالث استيفاء المدة مقدماً عليه أما ملكها بشرط التعجيل فلأن ثبوت الملك في الغرضين في زمان واحد لتحقيق

معنى المعاوضة المطلقة وتحقيق المساواة التي هي مطلوب العاقدين ومعنى المعاوضة والمساواة لا يتحقق الا في ثبوت الملك فيهما في زمان واحد فاذا شرط التعجيل فلم توجد المعاوضة المطلقة بل المقيدة بشرط التعجيل فيجب اعتبار شرطهما لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم فيثبت الملك في العوض قبل ثبوته في العوض ولهذا صح التعجيل في ثمن المبيع وان كان اطلاق العقد يقتضي الحلول كذا هذا والمؤجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفي الاجرة كذا ذكر السرخي في جامعه لان المنافع في باب الاجارة كالمبيع في باب البيع والاجرة في الاجارات كالثمن في البياعات وللبائع حبس المبيع الى أن يستوفي الثمن فكذا للمؤجر حبس المنافع الى أن يستوفي الاجرة المعجلة فان قيل لا فائدة في هذا الحبس لان الاجارة اذا وقعت على مدة فاذا حبس المستأجر مدة بطلت الاجارة في تلك المدة ولا شيء فيها من الاجرة فلم يكن الحبس مفيداً فالجواب ان الحبس مفيد لانه يحبس ويطلب بالاجرة فان عجل والافسخ العقد فكان في الحبس فائدة على أن هذا لا يلزم في الاجارة على المسافة بأن أجر دابة مسافة معلومة لان العقد ههنا لا يبطل بالحبس وكذا هذا ويبطل ببيع ما يتسارع اليه الفساد كالسهم الطري ونحوه اذ للبائع حبسه حتى يستوفي الثمن وان كان يؤدي الى ابطال البيع سلك المبيع قبل القبض وان وقع الشرط في عقد الاجارة على أن لا يسلم المستأجر الاجارة بعد انقضاء مدة الاجارة فهو جائز وأما على قول أبي حنيفة الاول فظاهر لان الاجارة لا تجب الا في آخر المدة فاذا شرط كان هذا شرطاً مقرر مقتضى العقد فكان جائزاً وأما على قوله الآخر فالاجرة وان كانت تجب شيئاً فقد شرط تأجيل الاجرة والاجرة كالثمن فتحمل التأجيل كالثمن وأما اذا عجل الاجرة من غير شرط فلا نه لما عجل الاجرة فقد غير مقتضى مطلق العقد وله هذه الولاية لان التأخير ثبت حقاً له فملك ابطاله بالتعجيل كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله ولان العقد سبب استحقاق الاجرة فلا استحقاق وان لم يثبت فقد انعقد سنيبه وتعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب جائز كتعجيل الكفارة بعد الجرح قبل الموت وأما اذا استوفى المعقود عليه فلا نه يملك المعوض فملك المؤجر العوض في مقابلة تحقيق المعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقدين في حكم العقد المطلق وعلى هذا الاصل تبنى الاجارة المضافة الى زمان في المستقبل بان قال أجر ترك هذه الدار غداً أو رأس شهر كذا أو قال أجر ترك هذه الدار سنة أو لها غرة شهر رمضان انها جائزة في قول أصحابنا وعند الشافعي لا تجوز وجه البناء ان الاجارة بيع المنفعة وطريق جوازها عنده أن يحمل منافع المدة موجودة تقدير عقيب العقد تصحيحاً له اذ لا بد وأن يكون محل حكم العقد موجوداً ليمكن اثبات حكمه فيه فجعلت المنافع موجودة حكماً كما انها أعيان قائمة بنفسها واضلغة البيع الى عين ستوجد لا تصح كإي بيع الأعيان حقيقة وأما عندنا فالعقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المعقود عليه شيئاً وهو المنفعة فكان المقدم مضافاً الى حين وجود المنفعة من طريق الدلالة والتنصيص على الاضافة يكون مقرر مقتضى العقد الا أن اجوزنا الاضافة في الاجارة دون البيع للضرورة لان المنفعة حال وجودها لا يمكن انشاء العقد عليها فدعت الضرورة الى الاضافة ولا ضرورة في بيع العين لا مكان ايقاع العقد عليها بعد وجودها لكونها محتملة للبقاء فلا ضرورة الى الاضافة وطريقنا أولى لان جعل المعدوم موجوداً تقدير للمحال وتقدير المحال محال ولا حالة في الاضافة الى زمان في المستقبل فان كثيراً من التصرفات تصح مضافة الى المستقبل كالطلاق والعناق ونحوهما فكان الصحيح ما قلنا وأما الاحكام التي هي من التوابع فكثيرة بعضها يرجع الى الأجر والمستأجر مما عليهما ولهما وبعضها يرجع الى صفة المستأجر والمستأجر فيه أما الاول فجملة الكلام فيه ان عقد الاجارة لا يخلو اما ان شرط فيه تعجيل البذل أو تأجيله واما ان كان مطلقاً عن شرط التعجيل والتأجيل فان شرط فيه تعجيل البذل فعلى المستأجر تعجيلها والا ابتداء بتسليمها سواء كان ما وقع عليه الاجارة شيئاً ينتفع به كالدار والدابة وعبد الخدمه أو كان صانها أو عاملاً ينتفع بصنعتة أو عمله كالخياط والقصار والصباغ والاسكاف لانهما لما شرط تعجيل البذل لزم اعتبار شرطهما لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وملك

الاجر البذل حتى تجوز له هبته والتصدق به والبراء عنه والشراء والرهن والكفالة وكل تصرف يملك البائع في الثمن في باب البيع والمؤاجر أن يمتنع عن تسليم المستأجر في الاشياء المنتفع باعيانها حتى يستوفي الاجرة وكذا للاجير الواحد أن يمتنع عن تسليم النفس وللأجير المشترك أن يمتنع عن ايفاء العمل قبل استيفاء الاجرة في الاجارة كالثمن في البياعات والبيائع حبس المبيع الى أن يستوفي الثمن اذا لم يكن مؤجلا كذا ههنا وان شرط فيه تأجيل الاجرة يبتدأ بتسليم المستأجر وايفاء العمل وانما يجب بتسليم البذل عندا قضاء الاجل لان الاصل في الشروط اعتبارها للحدث الذي رويها وان كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل والتأجيل يبتدأ بتسليم ما وقع عليه العقد في نوعي الاجارة فيجب على المؤاجر تسليم المستأجر وعلى الاجير تسليم النفس أو ايفاء العمل أولا عندا خلافا للشافعي لان الاجرة لا تجب عندنا بالعقد المطلق وعنده تجب والمسئلة قد مررت غير ان في النوع الاول وهو الاجارة على الاشياء المنتفع باعيانها اذا سلم المستأجر لا يجب على المستأجر تسليم البذل كله للحال بل على حسب استيفاء المنفعة شيئا فشيئا حقيقة أو تقديرًا بالتمكن من الاستيفاء في قول أبي حنيفة الآخر وللمؤاجر أن يطالبه بالاجرة بمقدار ذلك يوما فيوما في الاجرة على العقار ونحوه ومرحلة مرحلة في الاجارة على المسافة ولكن بخير المكاري على الحمل الى المكان المشروط اذ لو لم يخير لتضرر المستأجر وفي قوله الاول وهو قول أبي يوسف ومحمد لا يجب تسليم شيء من البذل الا عند انتهاء المدة أو قطع المسافة كلها في الاجارة على قطع المسافة وقد ذكرنا وجه القولين فيما تقدم وأما في النوع الآخر وهو استئجار الصنائع والعمل فلا يجب تسليم شيء من البذل الا عند انتهاء المدة أو قطع المسافة بعد الفراغ من العمل بلا خلاف حتى قالوا في الحال ما لم يحيط المتاع من رأسه لا يجب الاجر لان الحظ من تمام العمل وهكذا قال أبو يوسف في الحال يطلب الاجرة بعد ما بلغ المنزل قبل أن يضعه انه ليس له ذلك لان الوضع من تمام العمل والفرق ان كل جزء من العمل في هذا النوع غير مقصود لانه لا ينتفع ببعضه دون بعض فكان الكل كشيء واحد فلم يوجد لا يقابل به البذل بلا خلاف بخلاف النوع الاول على قول أبي حنيفة الآخر لان كل جزء من السكنى وقطع المسافة مقصود فيقابل بالاجرة ثم في النوع الآخر اذا أراد الاجير حبس العين بعد الفراغ من العمل لاستيفاء الاجرة هل لذلك ينظر ان كان لعمله أثر ظاهر في العين كالحياط والقصار والصباغ والاسكاف له ذلك لان ذلك الاثر هو المقود عليه وهو صيرورة الثوب مخيطا مقصورا وانما العمل يحصل ذلك الاثر عادة والبذل يقابل ذلك الاثر فكان كالبيع فكان له أن يحبس لاستيفاء الاجرة كالبيع قبل القبض انه يحبس لاستيفاء الثمن اذا لم يكن الثمن مؤجلا ولو هلك قبل التسليم تسقط الاجرة لانه مبيع هلك قبل القبض وهل يجب الضمان فعند أبي حنيفة لا يجب وعندهما يجب لانه يجب قبل الحبس عندهما فبعد الحبس أولى والمسئلة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى وان لم يكن لعمله أثر ظاهر في العين كالحمال والملاح والمكاري ليس له أن يحبس العين لان ما لا أثر له في العين فالبذل انما يقابل نفس العمل الا أن العمل كله كشيء واحد اذ لا ينتفع ببعضه دون بعض فكافر غ حصل في يد المستأجر فلا يملك حبسه عنه بعد طلبه كاليد المودعة ولهذا لا يجوز حبس الوديعة بالدين ولو حبسه فهلك قبل التسليم لا تسقط الاجرة لما ذكرنا انه كما وقع في العمل حصل مسلما الى المستأجر لحصوله في يده فتقررت عليه الاجرة فلا تخفى السقوط بالهلاك ويضمن لانه حبسه بغير حق فصار غاصبا بالحبس ونص محمد على الغصب فقال فان حبس الحمال المتاع في يده فهو غاصب ووجهه ما ذكرنا ان العين كانت أمانة في يده فاذا حبسها بذنبه فقد صار غاصبا كما لو حبس المودع الوديعة بالدين هذا الذي ذكرنا ان العمل لا يصير مسلما الى المستأجر الا بعد الفراغ منه حتى لا يملك الاجير المطالبة بالاجرة قبل الفراغ اذا كان الممول فيه في يد الاجير فان كان في يد المستأجر فقد مر ما أوقفه من العمل فيه يصير مسلما الى المستأجر قبل الفراغ منه حتى يملك المطالبة بقدره من المدة ان استأجر رجلا ليني له بناء في ملكه أو غيا في يده بان استأجره ليني له بناء في داره أو يعمل له ساباطا أو جناحاً أو يحفر له بئرا أو قنطرة

أونهر أو ما أشبه ذلك في ملكه أو في يده فعمل بعضه فله أن يطالبه بقدره من الاجرة لكنه يحير على الباقي حتى لو
انهدم البناء أو انهارت البئر أو وقع فيها الماء والتراب وسواهما مع الارض أو سقط السايط فله أجر ماعمله بمحضته لانه
اذا كان في ملك المستأجر لو في يده فكذا عمل شيئاً حصل في يده قبل هلاكه وصار مسلماً اليه فلا يسقط بدله بالهلاك
ولو كان غير ذلك في غير ملكه ويده ليس له أن يطلب شيئاً من الاجرة قبل الفراغ من عمله وتسليمه اليه حتى لو هلك
قبل التسليم لا يجب شيء من الاجرة لانه اذا لم يكن في ملكه ولا في يده توقف وجوب الاجرة فيه على الفراغ والتمام
وقال الحسن بن زياد اذا أراه موضعاً من الصحراء يخفر فيه بئراً فهو بمنزلة ما هو في ملكه ويده وقال في آخر الكلام
وهذا قياس قول أبي حنيفة وقال محمد لا يكون قابضاً الا بالخيلة وإن أراه الموضع وهو الصحيح لان ذلك الموضع
بالتعين لم يصرف في يده فلا يصير عمل الاجير فيه مسلماً له وإن كان ذلك في غير ملك المستأجر ويده فعمل الاجير
بعضه والمستأجر قريب من العامل على الاجير بينه وبينه فقال المستأجر لا أقبضه منك حتى يفرغ فله ذلك لان قدر
ما عمل لم يصرف مسلماً اذ لم يكن في ملك المستأجر ولا في يده لانه لا ينتفع ببعض عمله دون بعض فكان للمستأجر أن
يمنع من التسليم حتى يتم ولو استأجر لبناً ليضرب له لبناً في ملكه أو في يده لا يستحق الاجرة حتى يحجب اللبن
وينصبه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد حتى يحجب أو ينصبه ويشرجه ولا خلاف في انه اذا ضرب به ولم يقم
انه لا يستحق الاجرة لانه ما لم يقبله عن مكانه فهو أرض فلا يتناوله اسم اللبن والخلاف بينهم يرجع الى أنه هل يصير
قابضاً له بالاقامة أولاً يصير الا بالتشريع فعلى قول أبي حنيفة يصير قابضاً بنفسه الاقامة لان نفس الاقامة من تمام
هذا العمل فيصير اللبن مسلماً اليه بها وعلى قولهما لا يصير قابضاً ما لم يشرج لان تمام العمل به حتى لو هلك قبل النصب
في قول أبي حنيفة وقبل التشريع في قولهما فلا أجر له لانه هلك قبل تمام العمل على اختلاف الاصلين ولو هلك بعده
فله الاجر لان العمل قد تم فصار مسلماً اليه لكونه في ملكه أو في يده فهلا كما بعد ذلك لا يسقط البديل وجه قولهما
ان الامن عن الفساد يقع بالتشريع ولهذا جرت العادة بين الناس ان اللبان هو الذي يشرج ليؤمن عليه الفساد فكان
ذلك من تمام العمل كخراج الخبز من التنور ولا في حنيفة ان المستأجر له ضرب اللبن ولما جف ونصبه فقد وجد
ما ينطلق عليه اسم اللبن وهو في يده أو في ملكه فصار قابضاً له فاما التشريع فعمل زائد لم يلزمه العامل بمنزلة النقل من
مكان الى مكان فلا يلزمه ذلك وإن كان ذلك في غير ملكه ويده لم يستحق الاجرة حتى يسلمه وهو أن يخلى الاجير
بين اللبن وبين المستأجر لكن ذلك بعد ما نصبه عند أبي حنيفة وعندهما بعد ما شرجه وروى ابن سباعة عن محمد في
رجل استأجر خبازاً ليخبز له قفيزاً من دقيق بدرهم فخبز فاحترق الخبز في التنور قبل أن يخرج له أو ألقه في التنور ثم أخذه
ليخرجه فوقع من يده في التنور فاحترق فلا أجر له لانه هلك قبل تمام العمل لان عمل الخبز لا يتم الا بالاخراج من
التنور فلم يكن قبل الاخراج خبز فصار كهلاك اللبن قبل أن يتم قال ولو أخرجه من التنور ووضعوه وهو يخبز في
منزل المستأجر فاحترق من غير جنايته فله الاجر ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة أما استحقاق الاجر فلا نه فرغ
من العمل باخراج الخبز من التنور وحصل مسلماً الى المستأجر لكونه في ملك المستأجر وأما عدم وجوب الضمان
فلان الهلاك من غير صنع الاجير المشترك لا يتعلق به الضمان عنده وأما على قول من يضمن الاجير المشترك فانه
ضامن له دقيقاً مثل الدقيق الذي دفعه اليه ولا أجر له وإن شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزاً أو أعطاه الاجر لان قبض
الاجير قبض مضمون عندهما فلا يبرأ عن الضمان بوضعه في منزل مالكه وانما يبرأ بالتسليم كالتعصب اذا وجب
الضمان عليه عندهما فصاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه دقيقاً وأسقط الاجر لانه لم يسلم اليه العمل وإن شاء ضمنه
خبزاً فصار العمل مسلماً اليه فوجب الاجر عليه قال ولا أضمنه التعصب ولا الملح لان ذلك صار مستهلكاً قبل
وجوب الضمان عليه وحين وجب الضمان عليه لا قيمة له لان التعصب صار ماداً والملاح صار ماء وكذلك الخياط
الذي يخيط لفان منزله قيصاً فان خاط له بعضه لم يكن له أجرته لان هذا العمل لا ينتفع ببعضه دون بعضه فلا تلزم الاجرة

الابن بانه فاذا فرغ منه ثم هلك فله الاجرة في قول أبي حنيفة لان العمل حصل مسلماً اليه لحصوله في ملكه وأما على قولهما فالعين مضمونة فلا يرأى عن ضمانها الا بتسليمها الى مالكها فان هلك الثوب فان شاء ضمنه قيمته صحيحاً ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته مخيطاً وله الاجر لما بينا ولو استأجر حملاً لا يحمل له دنانير السوق الى منزله فحملة حتى اذا بلغ باب درب الذي استأجره كسره انسان فلا ضمان على الحامل في قول أبي حنيفة وله الاجر وهو على ما ذكرنا ان العمل اذا لم يكن له أثر ظاهر في العين كما وقع بحصول مسلماً الى المستأجر وذكر ابن سباعة عن محمد بن رجل دفع ثوباً الى خياط يخيطه بدرهم فضي فخطاه ثم جاء رجل فقتله قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر للخياط لان المنافع هلكت قبل التسليم فسقط بدلها قال ولا أجر للخياط على أن يعيد العمل لانه لما فرغ من العمل فقد انتهى العقد فلا يلزمه العمل ثانياً وان كان الخياط هو الذي فتن الثوب عليه أن يعيده لانه لما قيمته فقد فسخ المنافع التي عملها فكانه لم يعمل رأساً واذا فتنه الاجنبى فقد أتلف المنافع بدليل انه يجب عليه الضمان وقالوا في الملاح اذا حمل الطعام الى موضع فرد السفينة انسان فلا أجر للملاح وليس عليه أن يعيد السفينة فان كان الملاح هو الذي ردها لزمه اعادة الحمل الى الموضع الذي شرط عليه لما قلنا وان كان الموضع الذي رجعت اليه السفينة لا يقدر رب الطعام على قبضه فعلى الملاح أن يسلمه في موضع يقدر رب الطعام على قبضه ويكون له أجر مثله فيما سار في هذا المسير لانه لو جازنا للملاح تسليمه في مكان لا ينتفع به لتلف المال على صاحبه ولو كلفناه حمله بالاجر الى أقرب المواضع التي يمكن القبض فيه فقد راعينا الحنين قالوا ولو كثرى بغلام الى موضع ركبته فلما سار الى بعض الطريق جمع به فرداه الى موضعه الذي خرج منه فعليه الكراء بقدر ما سار لانه استوفى ذلك القدر من المنافع فلا يستقط عنه الضمان وقال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة في رجل استأجر رجلاً يذهب الى البصرة فيجيء به اليه فذهب فوجد فلا نقد مات فجاءه من بقي قال له من الاجر بحسابه وعن أبي حنيفة في رجل استأجر رجلاً يذهب بكتابه الى البصرة الى فلان ويحيى به بجوابه فذهب فوجد فلا نقد مات فرد الكتاب فلا أجر له وهو قول أبي يوسف وقال محمد له الاجر في الذهاب أما في المسئلة الاولى فلان مقصوده حمل العيال فاذا حمل بعضهم دون بعض كان له من الاجر بحساب ما حمل وأما في الثانية فوجه قول محمد ان الاجر مقابل قطع المسافة لا بحمل الكتاب لانه لا حمل له ولا مؤنة وقطع المسافة في الذهاب وقطع على الوجه المأمور به فيستحق حصته من الاجر وفي العود لم يقع على الوجه المأمور به فلا يجب به شيء ولهما أن المقصود من حمل الكتاب ايصاله الى فلان ولم يوجد فلا يجب شيء على أن المقصود وان كان ثقل الكتاب لكنه اذا رده فقد نقص تلك المنافع فبطل الاجر كما لو استأجره ليحمل طعاماً الى البصرة الى فلان فحملة فوجد نقد مات فرداه انه لا أجر له لما قلنا كذا هذا وللمستأجر في اجارة الدار وغيرها من العقار أن ينتفع بها كيف شاء بالسكنى ووضع المتاع وان يسكن بنفسه وبغيره وأن يسكن غيره بالاجارة والاعارة الا أنه ليس له أن يجعل فيها حداً او لا قصاراً ونحو ذلك مما يوهن البناء لما بينا فمما تقدم ولو أجرها المستأجر بأكثر من الاجرة الاولى فان كانت الثانية من خلاف جنس الاولى طابت له الزيادة وان كانت من جنس الاولى لا تطيب له حتى يزيد في الدار زيادة من بناء أو حفر أو تطيبين أو تحصيلين فان لم يزد فيه شيئاً فلا خير في الفضل ويتصدق به لكن تجوز الاجارة أما جواز الاجارة فلا شك فيه لان الزيادة في عقد لا يعتبر فيه المساواة بين البدل والمبدل لا تمنع صحة العقد وههنا كذلك فيصبح العقد وأما التصديق بالفضل اذا كانت الاجرة الثانية من جنس الاولى فلان الفضل ربح مالم يضمن لان المنافع لا تدخل في ضمان المستأجر بدليل انه لو هلك المستأجر نصار بحيث لا يمكن الانتفاع به كان الهلاك على المؤجر وكذا لو غصبه غاصب فكانت الزيادة ربح مالم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فان كان هناك زيادة كان الربح في مقابلة الزيادة فيخرج من أن يكون ربحاً ولو كنس البيت فلا يعتبر ذلك لانه ليس بزيادة فلا تطيب به زيادة الاجر وكذا في اجارة الدابة اذا زاد في الدابة جوالق أو لجاماً أو مأشبه ذلك يطيب له الفضل لما بينا فان علقها لا يطيب له لان الاجرة لا يصير

شئ عنهما مقابلا بالعرف فلا يطيب له الفضل ولو استأجر دابة ليركبها ليس له أن يركب غيره وإن فعل ضمن وكذا إذا
 استأجر ثوبا باللبسه ليس له أن يلبسه غيره وإن فعل ضمن لأن الناس متفاوتون في الركب واللبس فإن أعطاه غيره
 فلبسه ذلك اليوم ضمنه أن أصابه شئ إلا أنه غاصب في الباسة غيره وإن لم يصبه شئ فلا أجر له لأن المعقود عليه ما يصير
 مستوفيا بلبسه فما يكون مستوفى بلبس غيره لا يكون معقودا عليه واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب اليد ألا يرى أنه
 لو استأجر ثوبا بعينه ثم غصب منه ثوبا آخر فلبسه لم يلزمه إلا جر فكذلك إذا ألبس ذلك الثوب غيره لأن تعيين
 اللابس كتعيين الملبوس فإن قيل هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه وذلك لا يكفي لوجوب الأجر عليه كما لو
 وضعه في بيته ولم يلبسه قلنا تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده فاذا وضعه في بيته فيده عليه معتبرة ولهذا لو هلك لم يضمن
 فاما إذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكما ألا ترى أنه ضامن وإن هلك من غير اللبس فإن يد اللابس عليه معتبرة حتى
 يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس ولا يكون إلا بطريق تقويت يده حكما فلذلك لا يلزمه إلا جرة وإن سلم وإن كان
 استأجره ليلبس يوما إلى الليل ولم يسم من يلبسه فالعقد فاسد للجهالة بالمعقود عليه فإن اللبس يختلف باختلاف اللابس
 وباختلاف الملبوس وكما أن ترك التعيين في الملبوس عند العقد يفسد العقد فكذلك ترك تعيين اللابس وهذه جهالة
 تنفي إلى المنازعة لأن صاحب الثوب يطالبه بالباس أرفق الناس في اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس إلا
 أحسن الناس في ذلك ويحتاج كل واحد منهما بمطلق التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد وإن اختصاصية قبل
 اللبس فسدت الإجارة وإن لبسه هو وأعطاه غيره فلبسه إلى الليل فهو جائز وعليه الأجر استحسانا والقياس عليه
 أجر المثل وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها أو للعمل ولم يسم من يعمل عليها فعملها إلى الليل فعليه
 المسمى استحسانا وفي القياس عليه أجر المثل لأنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية
 ولا تصح التسمية مع فساد العقد وجه الاستحسان أن الفساد هو الجهالة التي تنفي إلى المنازعة قد زال وبانعدام
 العلة المفسدة ينعدم الفساد وهذا لأن الجهالة في المعقود عليه وعقد الإجارة في حق المعقود عليه كالمضاف وإنما يتجدد
 انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك ووجوب الأجر عند ذلك أيضا فلذلك أوجبنا المسمى وجعلنا التعيين في
 الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه إن ضاع منه لأنه غير مخالف سواء لبس نفسه أو ألبس غيره بخلاف
 الأول فقد عين هناك لبسه عند العقد فيصير مخالفًا بالباس غيره وإذا استأجر قيسا ليلبسه يوما إلى الليل فوضعه في
 منزله حتى جاء الليل فعليه الأجر كاملا لأن صاحبه مكنته من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب إليه وما زاد على ذلك
 ليس في وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لأن العقد انتهى بمضي المدة والأذن في اللبس كان بحكم العقد ولو استأجر
 دابة ليركبها أو ثوبا باللبسه لا يجوز له أن يؤجر غيره للركوب واللبس لما قلنا ولو باع المؤجر الدار المستأجرة بعد
 ما أجزها من غير عذر ذكر في الأصل أن البيع لا يجوز ذكر في بعض المواضع أن البيع موقوف ذكر في بعضها
 أن البيع باطل والتوفيق ممكن لأن في معنى قوله لا يجوز أي لا ينفذ وهذا لا يمنع التوقف وقوله باطل أي ليس له حكم
 ظاهر للحال وهو تفسير التوقف والصحيح أنه جائز في حق البائع والمشتري موقوف في حق المستأجر حتى إذا
 انقضت المدة يلزم المشتري البيع وليس له أن يتمتع من الأخذ وليس للبائع أن يأخذ المبيع من يد المستأجر من غير
 إجازة البيع فإن أجاز جاز وإن أبى فلم يشتري أن يفسخ البيع متى فسخ لا يعود جائز بعده قضاء مدة الإجارة وهل
 يملك المستأجر فسخ هذا البيع ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يملك الفسخ حتى لو فسخ لا يفسخ حتى إذا مضت مدة
 الإجارة كان للمشتري أن يأخذ الدار وروى الطحاوي عن أبي حنيفة ومحمد أنه لا ينقض البيع وإذا انقضه لا يعود
 جائزا وروى عن أبي يوسف أنه ليس للمستأجر نقض البيع والإجارة كالعيب فإن كان المشتري عالما بها وقت
 الشراء وقعت الإجارة لازمة وإن لم يكن عالما بها وقت الشراء فهو بالخيار إن شاء نقض البيع لاجل العيب وهو الإجارة
 وإن شاء أمضاه وهذا كله مذهب أصحابنا وقال الشافعي البيع نافذ من غير إجازة المستأجر وجه قوله أن البيع صادف

محله لان الرقبة ملك المؤاجر وانما حق المستأجر في المنفعة ومحل البيع العين ولا حق المستأجر فيها ولنا ان البائع غير قادر على تسليمه لتعلق حق المستأجر به وحق الانسان يجب صيانته عن الابطال ما أمكن وأمكن ههنا بالتوقف في حقه فقلنا بالجواز في حق المشتري والتوقف في حق المستأجر صيانة للتحمين ومراعاة للجانين وعلى هذا اذا أجرداره ثم أقر بها لانسان ان اقراره ينفذ في حق نفسه ولا ينفذ في حق المستأجر بل يتوقف الى أن يمضي مدة الاجارة فاذا مضت فهذا اقرار في حقه أيضاً فيقضى بالدار للمقر له وهذا بخلاف ما اذا أجرداره من انسان ثم أجرد من غيره ان الاجارة الثانية تكون موقوفة على اجارة المستأجر الاول فان أجازها جازت وان أبطلها بطلت وههنا ليس للمستأجر ان يبطل البيع ووجه الفرق ان عقد الاجارة يقع على المنفعة اذ هو تملك المنفعة والمنافع ملك المستأجر الاول فتجوز باجازه وتبطل باطلاله فاما الاقرار فاما يقع على العين والعين ملك المؤاجر لكن للمستأجر فيها حق فاذا زال حقه بتقديم المستأجر الاول اذا أجاز الاجارة الثانية حتى تهذت كانت الاجارة له لا لصاحب الدار وفي البيع يكون الثمن لصاحب الملك ووجه الفرق على نحو ما ذكرنا لان الاجارة وردت على المنفعة وانها ملك المستأجر الاول فاذا أجاز كان بدها له فاما الثمن فانه بدل العين والعين ملك المؤاجر فكان بدها له وبالاجارة لا ينسخ عند المستأجر الاول ما لم تمض مدة الاجارة الثانية فاذا مضت فان كانت مدتهما واحدة تنقضي المدتان جميعا وان كانت مدة الثانية اقل فللاول أن يسكن حتى تم المدة وكذلك لو رهنها المؤاجر قبل انقضاء مدة الاجارة ان العقد جائز فيما بينه وبين المرتهن موقوف في حق المستأجر لتعلق حقه بالمستأجر وله أن يحبس حتى تنقضي مدته وعلى هذا بيع المرهون من الراهن انه جائز بين البائع والمشتري موقوف في حق المرتهن وله ان يحبسه حتى يستوفي ماله فاذا افتركا الراهن يجب عليه تسليم الدار الى المشتري كمال الاجارة الا ان ههنا اذا أجاز المرتهن البيع حتى جاء وسلم الدار الى المشتري فالثمن يكون رهنا عند المرتهن قائما مقام الدار لان حق حبس العين كان ثابتا له مادامت في يده وبدل العين قائم مقام العين فثبت له حق حبسه وقرق القيد وري بين الرهن والاجارة فقال في الرهن للمرتهن ان يبطل البيع وليس للمستأجر ذلك لان حق المستأجر في المنفعة لا في العين فكان النسخ منه تصرفا في محل حق الغير فلا يملكه وأما حق المرتهن فتعلق بغير المرهون الا ترى انه يميز به مستوفيا للدين فكان النسخ منه تصرفا في محل حقه فملكه والله عز وجل اعلم وللأجير ان يعمل بنفسه واجرائه اذا لم يشترط عليه في العقد ان يعمل بيده لان العقد وقع على العمل والانسان قد يعمل بنفسه وقد يعمل بغيره ولان عمل أجراءه يقع له فيصير كانه يعمل بنفسه الا اذا شرط عليه عمله بنفسه لان العقد وقع على عمل من شخص معين والتمتعين مفيد لان العمال متفاوتون في العمل فيتعين فلا يجوز تسليمها من شخص آخر من غير رضا المستأجر كمن استأجر جملا يعينه للعمل لا يجبر على أخذ غيره ولو استأجر على الحمل ولم يعين جملا كان للمكاري ان يسلم اليه أى جمل شاء كذا ههنا وتطمين الدار واصلاح ميزانها وما وهى من بنائها على رب الدار دون المستأجر لان الدار ملكه واصلاح الملك على المالك لكن لا يجبر على ذلك لان المالك لا يجبر على اصلاح ملكه والمستأجر ان يخرج ان لم يعمل المؤاجر ذلك لانه عيب بالمعقود عليه والمالك لا يجبر على ازالة العيب عن ملكه لكن للمستأجر ان لا يرضى بالعيب حتى لو كان استأجر وهى كذلك ورآها فلا خيار له لانه رضى بالمبيع المعيب واصلاح دلو الماء والبالوعة والخروج على رب الدار ولا يجبر على ذلك وان كان امتلا من فعل المستأجر لما قلنا وقالوا في المستأجر اذا انقضت مدة الاجارة وفي الدار تراب من كنسه فعليه ان يرفعه لانه حدث بفعله فصارت تراب وضعه فيها وان امتلا خلاها وبجرها من فعله فالقياس ان يكون عليه نقله لانه حدث بفعله فيلزمه نقله كالكناسة والرماد الا انهم استحسنا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة اذ العادة بين الناس ان ما كان مغيبا في الارض فنقله على صاحب الدار فحملوا ذلك على العادة فان أصلح المستأجر شيئا من ذلك

لم يحتسب له بما أفتق لأنه أصلح ملك غيره بغير أمره ولا ولاية عليه فكان متبرعا وقبض المستأجر على المؤجر حتى لو استأجر دابة ليركبها في حوائجه في المصر وقتا معلوما فمضى الوقت فليس عليه تسليمها إلى صاحبها بأن يعرضها إليه وعلى الذي أجزها أن يقبض من منزل المستأجر لأن المستأجر وإن انتفع بالمستأجر لكن هذه المنفعة إنما حصلت له بعوض حصل للمؤجر فبقيت العين أمانة في يده كالوديعة ولهذا لا يلزمه فقته فلم يكن عليه ردها كالوديعة حتى لو أمسكها أيا ما فهلك في يده لم يضمن شيئا سواء طلب منه المؤجر أم لم يطلب لأنه لم يلزمه الرد إلى يده بعد الطلب فلم يكن متعديا في الأمسك فلا يضمن كالمودع إذا امتنع عن رد الوديعة إلى بيت المودع حتى هلك وهذا بخلاف المستعار أن رده على المستعير لأن نفعه له على الخلو فكان رده عليه لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ولهذا كانت فقته عليه فكذلك أمانة الرد فإن كان استأجرها من موضع مسمى في المصر ذاهبا وجائيا فإن على المستأجر أن يأتي بها إلى ذلك الموضع الذي قبضها فيه لئلا الرد واجب عليه بل لا جمل المسافة التي تناو لها العقد لأن عقد الاجارة لا ينتهي إلا برده إلى ذلك الموضع فإن حملها إلى منزله فأمسكها حتى عطبت ضمن قيمتها لأنه تعدي في حملها إلى غير موضع العقد فإن قال المستأجر أركبها من هذا الموضع إلى موضع كذا وأرجع إلى منزلي فليس على المستأجر ردها إلى منزل المؤجر لأنه لما عاد إلى منزله فقد اقتضت مدة الاجارة بقيت أمانة في يده ولم يتبرع المالك بالانتفاع بها فلا يلزم ردها كالوديعة وليس للظن أن تأخذ صبيا آخر فترضعه مع الأول فإن أخذت صبيا آخر فارضته مع الأول فقد أساءت وأثمت أن كانت قد أضرت بالصبي ولها الاجر على الأول والآخر (أما) الإنم فلأنه قد استحق عليها كمال الرضاع ولما أرضعت صبيين فقد أضرت بأحدهما لتقصان اللبن (وأما) استحقاق الاجرة فلأن الداخل تحت العقد الارضاع مطلقا وقد وجد وللمسترضع أن يستأجر ظئرا آخر لقوله عز وجل وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتكم بالمعروف نفق الجناح عن المسترضع مطلقا فإن أرضعته الأخرى فلها الاجر أيضا فإن استأجرت الظئر ظئرا أخرى فارضته أو دفعت الصبي إلى جاريتها فارضته فلها الاجر استحيانا والقياس أن لا يكون لها الاجر وجه القياس أن العقد وقع على عملها فلا تستحق الاجر بعمل غيرها كمن استأجر أجيرا يعمل بنفسه فامر غيره فعمل لم يستحق الاجرة فكذلك إذا وجهه الاستحيان أن أرضاعها قد يكون بنفسها وقد يكون بغيرها لأن الإنسان تارة يعمل بنفسه وتارة بغيره ولأن الثانية لما عملت بامر الأولى وقع عملها للأولى فصارت كأنها عملت بنفسها هذا إذا أطلق فاما إذا قيد ذلك بنفسها ليس لها أن تسترضع أخرى لأن العقد أوجب الارضاع بنفسها فإن استأجرت أخرى فارضته لا تستحق الاجر كما قلنا في الاجارة على الاعمال وليس للمسترضع أن يجلس الظئر في منزله إذا لم يشترط ذلك عليها ولها أن تأخذ الصبي إلى منزلها لأن المكان لم يدخل تحت العقد وليس على الظئر طعام الصبي ودواؤه لأن ذلك لم يدخل في العقد وما ذكره في الأصل أن على الظئر ما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن فذلك محمول على العادة وقد قالوا في توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود أنها تحمل على عادة كل بلد حتى قالوا فمن استأجر رجلا بضرب له لبنان الزنبيل والملين على صاحب اللبن وهذا على عادتهم وقالوا فمن استأجر على حفر قبران حتى التراب عليه إن كان أهل تلك البلاد يتعاملون به وأشرج اللبن على اللبن وإخراج الخبز من التنور على الخبز لأن ذلك من تمام العمل وقالوا في الخياط أن السلوك عليه لأن عادتهم جرت بذلك وقالوا في الدقيق الذي يصلح به الحائك الثوب أنه على صاحب الثوب فإن كان أهل بلد تعاملوا بخلاف ذلك فهو على ما يتعاملون وقالوا في الطباخ إذا استأجر في عرس أن يخرج المرق عليه ولو طبخ قدر خاصة ففقرغ منها فله الاجر وليس عليه من إخراج المرق شيء وهو مبني على العادة يختلف باختلاف العادة وقالوا فمن تكأرى دابة يحمل عليها حنطة إلى منزله فلما انتهى إليه أراد صاحب الحنطة أن يحمل المكاري ذلك فيدخله منزله وأبى المكاري قالوا قال أبو حنيفة عليه ما فعله الناس ويتعاملون عليه

وان أراد ان يصعد بها الى السطح والغرفة فليس عليه ذلك الا ان يكون اشتراطه ولو كان حمالا على ظهره فعليه ادخال ذلك وليس عليه ان يصعد به الى علو البيت الا ان يشترطه واذا تكرر ذابة فلا كاف على صاحب الدابة فاما الحبال والجوالق فعلى ما عارفه أهل الصنعة وكذلك اللجام وأما السرج فعلى رب الدابة الا ان تكون سنة البلد بخلاف ذلك فيكون على سنتهم وعلى هذا مسائل ولو التقط رجل لقيطا فاستأجر له ظئرا فلا جرة عليه وهو متطوع في ذلك أما لزوم الاجرة اياه فلا نه التزم ذلك فيلزمه وأما كونه متطوعا فيه فلا نه لا ولاية له على اللقيط فلا يملك ايجاب الدين في ذمته ورضاه على بيت المال لان ميراثه لبيت المال وأما الثاني وهو الذي يرجع الى صفة المستأجر والمستأجر فيه فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان صفة المستأجر والمستأجر فيه والثاني في بيان ما يغير تلك الصفة أما الاول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في ان المستأجر أمانة في يد المستأجر كالدابة والدابة وعبد الخدمة ونحو ذلك حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا ضمان عليه لان قبض الاجارة قبض مأذون فيه فلا يكون مضمونا كقبض النوديعة والعارية وسواء كانت الاجارة صحيحة أو فاسدة لما قلنا وأما المستأجر فيه كثوب القصارة والصباغة والخياطة والمتاع المحمول في السفينة أو على الدابة أو على الجمل ونحو ذلك فلا جبر لا يخلو اما ان كان مشتركا أو خاصا وهو المسمى أجير الوحد فان كان مشتركا فهو أمانة في يده في قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو أحد قولي الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد هو مضمون عليه الا حرق غالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرين ولو احترق بيت الاجير المشترك بسراج يضمن الاجير كذا روى عن محمد لان هذا ليس بحريق غالب وهو الذي يقدر على استدراكه لو علم به لانه لو علم به لا طفاؤه فلم يكن موضع العذر وهو استحسان ثم ان هلك قبل العمل بضمن قيمته غير معمول ولا أجر له وان هلك بعد العمل فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته معمولاً وأعطاه الاجر بحسبه وان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال على اليد ما أخذت حتى ترده وقد عجز عن رد عينه بالهلاك فيجب رد قيمته قائما مقامه وروى ان عمر رضى الله عنه كان يضمن الاجير المشترك احتياطا لاموال الناس وهو المعنى في المسئلة وهو ان هؤلاء الاجراء الذين يسلم المال اليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم فلو علموا انهم لا يضمنون هلكت أموال الناس لانهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك وهذا المعنى لا يوجد في الحرق الغالب والفرق الغالب والسرقة الغالب ولا في حنيفة ان الاصل ان لا يجبر الضمان الا على المتعدي لقوله عز وجل ولا عدوان الا على الظالمين ولم يوجد التعدي من الاجير لانه مأذون في القبض والهلاك ليس من صنعه فلا يجبر الضمان عليه ولهذا لا يجبر الضمان على المودع والحديث لا يتناول الاجارة لان الرد في باب الاجارة لا يجبر على المستأجر فكان المراد منه الا عارة والغصب وفعل عمر رضى الله عنه يحتمل انه كان في بعض الاجراء وهو المتهم بالخيانة وبه تقول ثم عندهما انما يجبر الضمان على الاجير اذا هلك في يده لان العين انما تدخل في الضمان عندهما بالقبض كالعين المغصوبة فلم يوجد القبض لا يجبر الضمان حتى لو كان صاحب المتاع معه راكبا في السفينة أو راكبا على الدابة التي عليها الحمل فعطب الحمل من غير صنع الاجير لا ضمان عليه لان المتاع في يده صاحبه وكذلك اذا كان صاحب المتاع والمكاري راكبين على الدابة أو سائقين أو قائدين لان المتاع في أيديهما فلم ينفرد الاجير باليد فلا يلزمه ضمان اليه وروى بشر عن أبي يوسف انه ان سرق المتاع من رأس الحمل وصاحب المتاع عشي معه لا ضمان عليه لان المتاع لم يصر في يده حيث لم يخل صاحب المتاع بينه وبين المتاع وقالوا في الطعام اذا كان في سفينتين وصاحبه في احدهما وهما مقرونتان أو غير مقرونتين الا ان سيرهما جميعا وحبسهما جميعا فلا ضمان على الملاح فيما هلك من يده لانه هلك في يده صاحبه وكذلك القطار اذا كان عليه حمولة ورب الحمولة على بعير فلا ضمان على الجمل لان المتاع في يده صاحبه لانه هو حافظ له وروى ابن سبيعة عن أبي يوسف في رجل استأجر حمارا ليحمل عليه زقما من سمن فحمله صاحب الزق والحمال جميعا ليضعاه على رأس الحمال فانحرق الزق وذهب ما فيه قال أبو يوسف لا يضمن الحمال لانه لم يسلم الى

الحمال بل هو في يده قال وان حمله الى بيت صاحبه ثم أنزله الحمال من رأسه وصاحب الزق فوق من أيديهما فالحمال ضامن وهو قول محمد الأول ثم رجع وقال لا ضمان عليه لاني يوسف ان المحمول داخل في ضمان الحمال بثبوت يده عليه فلا يبرأ الا بالتسليم الى صاحبه فاذا أخطأ جميعا فالحمال لم ينزل فلا يزول الضمان ومحمدان الشيء قد وصل الى صاحبه بانزله فخرج من ان يكون مضمونا كما لو حملاه ابتداء الى رأس الحمال فهلك وروى هشام عن محمد بن دفع الى رجل مصحفا يعمل فيه ودفع الغلاف معه أو دفع سيفا الى صبيقل بصقله باجر ودفع الجفن معه فضا عا قال محمد بضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن لان المصحف لا يستغنى عن الغلاف والسيف لا يستغنى عن الجفن فصارا كشيء واحد قال فان أعطاه مصحفا يعمل له غلافا أو سكيناً يعمل له نصلا فضا المصحف أو وضاع السكين لم يضمن لانه لم يستأجره على ان يعمل فيهما بل في غيرهما ولو اختلف الاجير وصاحب الثوب فقال الاجير ردته وأنكر صاحبه فالقول قول الاجير في قول أبي حنيفة لانه أمين عنده في القبض والقول قول الامين مع الممين ولكن لا يصدق في دعوى الاجر وعندهما القول قول صاحب الثوب لان الثوب قد دخل في ضمانه عندهما فلا يصدق على الرد الا بينة وان كان الاجير خاصا في يده يكون امانة في قوالم جميعا حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا يضمن أما على أصل أبي حنيفة فلانه لم يوجد منه صنع يصلح سببا لوجوب الضمان لان القبض حصل باذن المالك وأما على أصلهما فلان وجوب الضمان في الاجير المشترك ثبت استحسانا صيانة لاموال الناس ولا حاجة الى ذلك في الاجير الخاص لان الغالب انه يسلم نفسه ولا يتسلم المال فلا يمكنه الخيانة والله عز وجل أعلم وأما الثاني وهو بيان ما يغيره من صفة الامانة الى الضمان فالغير له أشياء منها ترك الحفظ لان الاجير لا قبض المستأجر فيه فقد ألزم حفظه وترك الحفظ الملتزم سبب لوجوب الضمان كما لو دعى اذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت على ما ذكره في كتاب الوديعة ان شاء الله تعالى ومنها الاتلاف والافساد اذا كان الاجير متعديا فيه بان تعمد ذلك أو عتف في الدق سواء كان مشتركا أو خاصا وان لم يكن متعديا في الافساد بان أفسد الثوب خطأ بعمله من غير قصده فان كان الاجير خاصا لم يضمن بالاجماع وان كان مشتركا كالقصار اذا دق الثوب فتخرق أو ألقاه في النورة فاحترق أو الملاح غرقت السفينة من عمله ونحو ذلك فانه يضمن في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يضمن وهو أحد قول الشافعي وجه قول زفر ان الفساد حصل بعمل مأذون فيه فلا يجنب الضمان كالاجير الخاص والمعين والدليل على انه حصل بعمل مأذون فيه انه حصل بالدق والدق مأذون فيه ولئن لم يكن مأذونا فيه لكن لا يمكنه التحرز عن هذا النوع من الفساد لانه ليس في وسعه الدق المصلح فاشبهه الحجام والبرازغ ولئن كان ذلك في وسعه ليكنه لا يمكنه تحصيله الا بخرج والخرج منفي فكان ملحقا بما ليس في الوسع ولان المأذون فيه الدق المصلح لا الفساد لان العاقل لا يرضى بافساد ماله ولا يلتزم الاجرة بمخالفة ذلك فيقتيد الامر بالمصلح دلالة وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد ممنوع بل في وسعه ذلك بالاجتهاد في ذلك وهو بذل المجهود في النظر في آلة الدق ومحلله وأرسال المدقة على المحل على قدر ما يحتمل مع الحذاقة في العمل والمهارة في الصنعة وعند مراعاة هذه الشرائط لا يحصل الفساد فلما حصل دل انه قصر كانه قول في الاجتهاد في امور الدين الا أن الخطأ في حقوق العباد ليس بعذر حتى يؤخذ الخاطئ والناس بالضمان وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد الاجماع مسلم لكن الحرج انما يؤثر في حقوق الله عز وجل بالاسقاط لافي حقوق العباد وبهذا فارق الحجام والبرازغ لان السلامة والسراية هناك مبنية على قوة الطبيعة وضعفها ولا يوقف على ذلك بالاجتهاد فلم يكن في وسعه الاحتراز عن السراية فلا يتقيد العقد بشرط السلامة وأما الاجير الخاص فهناك وان وقع عمله افسادا حقيقيا الا أن عمله يلتحق بالعدم شرعا لانه لا يستحق الاجرة بعمله بل بتسليم نفسه اليه في المدة فكانه لم يعمل وعلى هذا الخلاف الحمال اذا زلقت رجله في الطريق أو عثر فسقط وفسد حمله ولو زحمه الناس حتى فسد لم يضمن بالاجماع لانه لا يمكنه حفظ نفسه عن ذلك فكان بمعنى الحرق الغالب والفرق الغالب ولو كان الحمال هو الذي زاحم الناس

حتى اتكسر يضمن عند أصحابنا الثلاثة وكذلك الراعي المشترك إذا ساق الدواب على السرعة فازدحم على القنطرة أو على الشط فدفع بعضها بعضا فاستقط في الماء فمطب فعلى هذا الخلاف ولو تلفت دابة بسوقه أو ضرب به أياها فان ساق سوقا معتادا أو ضرب ضرر باعتاد افعطبت فهو على الاختلاف وإن ساق أو ضرب سوقا وضربا بخلاف العادة يضمن بل خلاف لأن ذلك اتلاف على طريق التعدي ثم إذا تخرق الثوب من عمل الاجير حتى يضمن لا يستحق الاجرة لانه ما أوفى المنفعة بل المضرة لأن إيفاء المنفعة بالعمل المصلح دون المفسد وفي الحال إذا وجب ضمان المتاع المحمول فصاحبه بالخيار أن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي سلمه اليه وإن شاء في الموضع الذي قسد أو هلك وأعطاه الاجر إلى ذلك الموضع وروى عن أبي حنيفة أنه لا خيار له بل يضمنه قيمته محمولا في الموضع الذي فسد أو هلك أما التخيير على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر لأنه وجد جهتا الضمان القبض والاتلاف فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض وله أن يضمنه بالاتلاف يوم الاتلاف أما على أصل أبي حنيفة ففيه اشكال لأن عنده الضمان يجب بالاتلاف لا بالقبض فكان لوجوب الضمان سبب واحد وهو الاتلاف فيجب أن تعتبر قيمة يوم الاتلاف ولا خيار له فيما روى عنه والجواب عنه من وجهين أحدهما أنه وجد ههنا سببان لوجوب الضمان أحدهما الاتلاف والثاني العقد لأن الاجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالعقد عليه وذلك بالعمل المصلح وقد خالف والخلاف من أسباب وجوب الضمان فثبت له الخيار أن شاء ضمنه بالعقد وأن شاء بالاتلاف والثاني أنه لما لم يوجد منه إيفاء المنفعة في القدر التالف فقد تفرقت عليه الضمومة في المنافع فثبت له الخيار أن شاء رضى بتفريقها وأن شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك إلا بالتخيير ولو كان المستأجر على عمله عيبا صغارا أو كبارا فلا ضمان على المكارى فيما عطب من سوقه ولا قوده ولا يضمن بنو آدم من وجه الاجارة ولا يشبه هذا المتاع لأن ضمان بنى آدم ضمان جنائية وضمان الجنائية لا يجب بالعقد دلت هذه المسئلة على أن ما يضمنه الاجير المشترك يضمنه بالعقد لا بالفساد والاتلاف لأن ذلك يستوى فيه المتاع والأدنى وإن وجوب الضمان فيه بالخلاف لا بالاتلاف وذكر بشرى نوادره عن أبي يوسف في القصار إذا استعان بصاحب الثوب ليدق معه فتخرق ولا يدري من أى الدق تخرق وقد كان يحيا قبل أن يدقاه قال على القصار نصف القيمة وقال ابن سميعة عن محمد أن الضمان كله على القصار حتى يعلم أنه تخرق من دق صاحبه أو من دقهما فمحمد مر على أصلهما أن الثوب دخل في ضمان القصار بالقبض بيقين فلا يخرج عن ضمانه إلا بيقين مثله وهو أن يعلم أن التخرق حصل بفعل غيره ولا بى يوسف أن الفساد احتمل أن يكون من فعل القصار واحتمل أنه من فعل صاحب الثوب فيجب الضمان على القصار في حال ولا يجب في حال فإلزام اعتبار الاحوال فيه فيجب نصف القيمة وقالوا في تلميذ الاجير المشترك إذا وطئ ثوبا من القصار فخرقه يضمن لأن وطئ الثوب غير مأذون فيه ولو وقع من يد سراج فاحرق ثوبا من القصار فالضمان على الاستاذ ولا ضمان على التلميذ لأن الذهاب والنجى بالسراج عمل مأذون فيه فينتقل عمله إلى الاستاذ كأنه فعله بنفسه فيجب الضمان عليه ولودق الغلام فاقبل الكودين ممن غير يد فخرق ثوبا من القصار فالضمان على الاستاذ لأن هذا من عمل القصار فكان مضافا إلى الاستاذ فان كان ثوبا ودعة عند الاستاذ فالضمان على الغلام لأن عمله إنما يضاف إلى الاستاذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه وهو أن يملك ذلك في ثياب القصار لا في ثوب الودعة فبقى مضافا اليه فيجب عليه الضمان كالأجنبي وكذلك لو وقع من يده سراج على ثوب الودعة فاحرقه فالضمان على الغلام لما قلنا وذكر في الأصل لو أن رجلا دعى قوما إلى منزله فمشوا على بساطه فتخرق لم يضمنوا وكذلك لو جلسوا على وسادة لأنه مأذون في المشي على البساط والجلوس على الوسادة فالتولد منه لا يكون مضمونا ولو وطؤ آنية من الأواني ضمنوا لأن هذا مما لا يؤذن في وطئه فكذلك إذا وطؤ ثوبا لا ينسبط مثله ولو قبلوا أثناء أيديهم فأنكسر لم يضمنوا لأن ذلك عمل مأذون فيه ولو كان رجل منهم مقداسيا فاحرق السيف الوسادة لم يضمن لأنه مأذون في الجلوس على هذه الضيقة ولو جفف القصار ثوبا على حبل في الطريق فرت عليه جمولة فخرقه فلا ضمان

على القصار والضمان على سائق الحوالة لأن الجناية من السائق لأن المشي في الطريق مقيد بالسلامة فكان التاف مضا فاليه فكان الضمان عليه ولو تكارى رجل دابة ليركبها فضررها فغطبت أو كبحها بالعجم فغطبها ذلك فانه ضامن إلا أن يأذن له صاحب الدابة في ذلك عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد نستحسن أن لا نضمنه إذا لم يتعد في الضرب المعتاد والكبح المعتاد وجهه هو ههنا أن ضرب الدابة وكبحها معتاد متعارف والمعتاد كالشرط ولو شرط ذلك لا يضمن كذا هذا ولا بى حنيفة أن كل واحد منهما من الضرب والكبح مأذون فيه لأن العقد لا يوجب الاذن بذلك لا مكان استيفاء المنافع بدونه فصار كالألو كان ذلك من اجنبى على انا ان سلمنا أنه مأذون فيه لكنه مقيد بشرط السلامة لانه يفعله لمنفعة نفسه مع كونه مخيرا فيه فاشبهه ضربه لزوجته ودعوى العرف في غير الدابة المملوكة ممنوعة على أن كونه مأذونا فيه لا يمنع وجوب الضمان اذا كان بشرط السلامة على ما ذكرنا والله عز وجل أعلم ومنها الخلاف وهو سبب لوجوب الضمان اذا وقع غصبا لان الغصب سبب لوجوب الضمان وجملة الكلام فيه أن الخلاف قد يكون في الجنس وقد يكون في القدر وقد يكون في الصفة وقد يكون في المكان وقد يكون في الزمان والخلاف من هذه الوجوه قد يكون في استئجار الدواب وقد يكون في استئجار الصناعات كالحائك والصباغ والخياط خلا المكان اما استئجار الدواب فالمعتبر في الخلاف فيه في الجنس والقدر والصفة في استئجار الدواب ضرر الدابة فان كان الخلاف فيه في الجنس ينظر ان كان ضرر الدابة فيه بالخفة والثقل يعتبر الخلاف فيه من جهة الخفة والثقل فان كان الضرر في الثاني أكثر يضمن ككل القيمة اذا عطبت الدابة لانه يصير غاصبا لكها وان كان الضرر في الثاني مثل الضرر في الاول أو أقل لا يضمن عندنا لان الاذن بالشئ اذاذن بما هو مثله أو دونه فكان مأذونا بالا لتفاديه من هذه الجهة دلالة فلا يضمن وان كان ضرر الدابة فيه لا من حيث الخفة والثقل بل من وجه آخر لا يعتبر فيه الخلاف من حيث الخفة والثقل وانما يعتبر من ذلك الوجه لان ضرر الدابة من ذلك الوجه وان كان الخلاف في القدر والضرر فيه من حيث الخفة والثقل يعتبر الخلاف في ذلك القدر ويجب الضمان بقدره لان الغصب يتحقق بذلك القدر وان كان الضرر فيه من جهة أخرى تعتبر تلك الجهة في الضمان لا الخفة والثقل وان كان الخلاف في الصفة وضرر الدابة ينشأ منها يعتبر الخلاف فيها ويبني الضمان عليها وبيان هذه الجملة في مسائل اذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فغطبت يضمن قيمتها لان الحنطة أثقل من الشعير وليس من جنسه فلم يكن مأذونا فيه أصلا فصار غاصبا كل الدابة متعددا عليها فيضمن كل قيمتها ولا أجر عليه لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان لان وجوب الضمان لصيرورته غاصبا ولا أجره على الغاصب على أصلنا ولا ان المضمونات تلك على أصل أصحابنا واذ يمنع وجوب الاجرة عليه ولو استأجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلا آخر ثقله كمثل الحنطة وضرره كضررها فغطبت لا يضمن وكذلك من استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا من غلات فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالأرض وكذلك ان استأجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة فحمل عليها قفيزا من شعير وكذا اذا استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا آخر ضرره أقل من ضرر المسمى وهذا كله استحسن وهو قول أصحابنا الثلاثة والقياس أن يضمن وهو قول زفر لان الخلاف قد تحقق فتحقق الغصب ولنا أن الخلاف الى مثله أو الى ما هو دونه في الضرر لا يكون خلا فامعنى لان الثاني اذا كان مثله في الضرر كان الزهبا بالاول ورضا بالثاني واذا كان دونه في الضرر فاذا رضى بالاول كان بالثاني رضى فصار كالألو استأجرها ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره وهما متساويان في الكيل أو ليحمل عليها عشرة فحمل عليها تسعة انه لا يصير مخالفا كذا هذا ولو استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفرة فحمل عليها أحد عشر فان سلمت فعليه ما سمي من الاجرة ولا ضمان عليه وان عطبت ضمن جزأ من أخذ عشر جزأ من قيمة الدابة وهو قول عامة العلماء وقال زفر وابن أبى ليلى يضمن قيمة كل الدابة لان التلف حصل بالزيادة فكانت الزيادة على التلف ولنا أن تلف الدابة حصل بالثقل والثقل بعضه مأذون فيه وبعضه غير مأذون فيه فيقسم التلف أحد عشر

جزاً فيضمن بتقدير ذلك ونظيره هذا ما قال أصحابنا في حائط بين شريكين أثلاثا مال إلى الطريق فاشهد على أحدهما دون الآخر فسقط الحائط على رجل فقتله فعلى الذي أشهد عليه قدر نصيبه لأنه مات من ثقل الحائط وثقل الحائط أثلاث كذا هذا وعليه الاجر لأنه استوفى المعقود عليه وهو حمل عشرة مخاتيم وإنما خالف في الزيادة لأنها استوفيت من غير عقد فلا أجر لها وكذا لو استأجر سفينة لي طرح فيها عشرة أكرار فطرح فيها أحد عشر ففرقت السفينة أنه يجب الضمان بقدر الزيادة عند عامة العلماء وعند زفر وابن أبي ليلى يضمن قيمة كل السفينة لأن التلف حصل بقدر الزيادة ففي علة التلف ألا ترى أنه لو لم يزد لما حصل التلف والجواب أن هذا ممنوع بل التلف حصل بالكل ألا ترى أن السكر الزائد لو أقرد لما حصل به التلف فثبت أن التلف حصل بالكل والبعض مأذون فيه والبعض غير مأذون فيه فما هلك بما هو مأذون فيه لا ضمان عليه وما هلك بما هو غير مأذون فيه ففيه الضمان وصار كسئلة الحائط ولو استأجر دابة ليحتمل عليها مائة رطل من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديدا أو أقل من وزنه فمطبت الدابة لا يضمن قيمتها لأن ضرر الدابة ههنا ليس للثقل بل للانبساط والاجتماع لأن القطن ينسبط على ظهر الدابة والحديد يجتمع في موضع واحد فيكون أنكى لظهور الدابة وأعقر لها فلم يكن مأذوناً فيه فصار غاصبا فيضمن ولا أجره عليه لما قلنا وكذلك إذا استأجر ليحتملها حنطة فحمل عليها حطباً أو خشباً أو أجراً أو حديداً أو حجارة أو نحو ذلك مما يكون أنكى لظهور الدابة أو أعقر له حتى عطبت يضمن كل القيمة ولا أجر عليه لما قلنا ولو استأجرها ليركبها فحمل عليها أو استأجرها ليحتمل عليها فركبها حتى عطبت يضمن لأن الجنس قد اختلف وقد يكون الضرر في أحدهما أكثر ولو استأجرها ليركبها فركبها من هو مثله في الثقل أو أخف منه يضمن لأن الخلاف ههنا ليس من جهة الخفة والثقل بل من حيث الحرق والعلم فإن خفيف البدن إذا لم يحسن الركوب يضر بالدابة والثقل الذي يحسن الركوب لا يضر بها فإذا عطبت علم أن التلف حصل من حرقه بالركوب فضمن ولا أجر عليه لما قلنا ولو استأجر دابة ليركبها بنفسه فاركب معه غيره فمطبت فهو ضامن لنصف قيمتها ولا يعتبر الثقل ههنا لأن تلف الدابة ليس من ثقل الراكب بل من قلة معرفته بالركوب فصار تلقها بالركوب بها بمنزلة تلقها بجراحها وركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الآخر غير مأذون فيه فيضمن نصف قيمتها وصار كحائط بين شريكين أثلاثا أشهد على أحدهما فوقعت منه آجرة فقتلت رجلاً فعلى الذي أشهد عليه نصف دية وإن كان نصيبه من الحائط أقل من النصف لأن التلف ما حصل بالثقل بل بالجرح والجراحة اليسيرة كالسكيرة في حكم الضمان كن جرح إنساناً جراحة وجرحه آخر جراحتين فمات من ذلك كان الضمان عليهما نصفين كذا ههنا وعليه الاجرة لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة على ذلك وهو أركاب الغير غير أن الزيادة استوفيت من غير عقد فلا يجب بها الاجر هذا إذا كانت الدابة تطيق اثنين فإن كانت لا تطيقهما فعليه جميع قيمتها لأنه ألقها بالركاب غيره ولو استأجر حماراً بكاف فزرعه منه وأسرجه فمطبت فلا ضمان عليه لأن ضرر السرج أقل من ضرر الكاف لأنه يأخذ من ظهر الدابة أقل مما يأخذ الكاف ولو استأجر حماراً بكاف فزرعه منه السرج وأوكفه فمطبت ذكر في الأصل أنه يضمن قدر ما زاد الكاف على السرج ولم يذكر الاختلاف وذكر في الجامع الصغير أنه يضمن كل القيمة في قول أبي حنيفة وفي قولهما يضمن بحساب الزيادة ونحو قولهما أن الكاف والسرج كل واحد منهما يركب به عادة وإنما يختلفان بالثقل والخفة لأن الكاف أثقل فيضمن بقدر الثقل كما لو استأجره بسرج فزرعه وأسرجه أسرج آخر أثقل من الأول فمطبت أنه يضمن بقدر الزيادة كذا هذا ولا يبي حنيفة أن الكاف لا يخالف السرج في الثقل وإنما يخالفه من وجه آخر وهو أنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ السرج ولأن الدابة التي لم تألف الكاف يضر بها الكاف والخلاف إذا لم يكن للثقل يجب به جميع الضمان كما إذا حمل مكان القطن الحديد ونحو ذلك بخلاف ما إذا بدل السرج بسرج أثقل منه والاكاف بكاف أثقل منه لأن التفاوت هناك من ناحية الثقل فيضمن بقدر الزيادة كما في الزيادة على المقدرات من جنسها على ما مر ولو استأجر حماراً عارياً فأسرجه ثم ركب

فقطب كان ضامناً لان السرج أثقل على الدابة وقيل هذا اذا استأجره ليركبه في المصر وهو من غرض الناس ممن يركب في المصر بغير سرج فاما اذا استأجره ليركبه خارج المصر أو هو من ذوي الهيئات لا يضمن لان الحمار لا يركب من بلد الى بلد بغير سرج ولا كاف وكذا اذا الهيئة فكان الاسراج ما ذونا فيه دلالة فلا يضمن وان استأجر حمارا بسرج فاسرجه بغيره فان كان سرجا بسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه وان كان لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن لان الثاني اذا كان مما يسرج به الحمر لا يتفاوتان في الضرر فكان الاذن باحدهما اذا بالآخر دلالة واذا كان مما لا يسرج بمثله الحمر بان كان سرجا كبيرا كسروج البراذين كان ضرره أكثر فكان اتلا فالله دابة فيضمن وكذلك ان لم يكن عليه لجام فالجمله فلا ضمان عليه اذا كان مثله يلجم بمثل ذلك اللجام وكذلك ان أبدله لان الحمار لا يتلف باصل اللجام فاذا كان الحمار قد يلجم بمثله أو أبدله بمثله لم يوجد منه الاتلاف ولا الخلاف فلا يضمن وأما الخلاف في المكان فتحو أن يستأجر دابة للركوب أو للحمل الى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان وحكمه أنه كما جاوز المكان المعلوم دخل المستأجر في ضمانه حتى لو عطب قبل العود الى المكان المأذون فيه يضمن كل القعية ولو عاد الى المكان المأذون فيه هل يبرأ عن الضمان كان أبو حنيفة أولا يقول ببراءة كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وهو قول زفر وعيسى بن أبان من أصحابنا ثم رجع وقال لا يبرأ حتى يسلمها الى صاحبها سليمة وكذلك العار بغير خلاف الوديعه وجهه قوله الاول ان الشيء أمانة في يده ألا ترى انه لو هلك في يده قبل الخلاف لا ضمان عليه فكانت يده بالمالك فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك فاشبه الوديعه ولهذا لو هلك في يده ثم استحق بعد الهلاك وضمنه المستحق يرجع على المؤاجر كالمودع سواء بخلاف المستعير فانه لا يرجع (وجه) قوله الآخر ان المستأجر يد نفسه لانه قبض الشيء والمنفعة نفسه فكانت يده يد نفسه لا يد المؤاجر وكذا يد المستعير لما قلنا واذا كانت يده يد نفسه فاذا ضمن بالتعدي لا يبرأ من ضمانه الا برده الى صاحبه لانه لا تكون الاعادة الى المكان المأذون فيه رد الى يد نائب المالك فلا يبرأ من الضمان بخلاف الوديعه لان يد المودع يد المالك لا يد نفسه ألا ترى انه لا ينتفع بالوديعه فكان العود الى الوفاق ردا الى يد نائب المالك فكان ردا الى المالك معنى فهو الفرق وأما الرجوع على المؤاجر بالضمان فليس ذلك لكون يده يد المؤاجر بل لانه صار مغروا من جهته كالمشتري اذا استحق المبيع من يده انه يرجع على البائع بسبب الغرور كذا هذا ولو استأجرها ليركبها الى مكان عينه فركبها الى مكان آخر يضمن اذا هلك وان كان الثاني أقرب من الاول لانه صار مخالفا لاختلاف الطرق الى الاماكن فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا أجره عليه لما قلنا ولو ركبها الى ذلك المكان الذي عينه لكنه من طريق آخر ينظر ان كان الناس يسلكون ذلك الطريق لا يضمن لانه لم يصير مخالفا وان كانوا لا يسلكونه يضمن اذا هلك لصيرورته مخالفا غاصبا بسلو كوان لم تهلك وبلغ الموضع المعلوم ثم رجع وسلم الدابة الى صاحبها فعليه الاجر ولو استأجرها ليركبها أو ليحمل عليها الى مكان معلوم فذهب بها ولم يركبها ولم يحمل عليها شيئا فعليه الاجر لانه سلم المنافع اليه بتسليم محلها الى المكان المعلوم فصارت كما لو استأجر دارا ليسكنها فسلم المفتاح اليه فلم يسكن حتى مضت المدة انه يجب الاجرة لما قلنا كذا هذا ولو أمسك الدابة في الموضع الذي استأجرها ولم يذهب بها الى الموضع الذي استأجرها اليه فان أمسكها على قدر ما يمسك الناس الى أن يرتحل فهلك فلا ضمان عليه لان حبس الدابة ذلك القدر مستثنى عادة فكان ما ذونا فيه دلالة وان حبس مقدار ما لا يحبس الناس مثله يومين أو ثلاثة فقطب يضمن لانه خالف في المكان بالامساك الخارج عن العادة فصار غاصبا فيضمن اذا هلك ولا أجره عليه لما قلنا وان لم تهلك فأمسكها في بيته فلا أجر عليه لمران الاجر بمقابلة تسليم الدابة في جميع الطريق ولم يوجد بخلاف ما اذا استأجرها عشرة أيام ليركبها فحبسها ولم يركبها حتى ردها يوم العاشر ان عليه الاجرة ويسع لصاحبها أن يأخذ الكرامة وان كان يعلم انه لم يركبها لان استحقاق الاجرة في الاجارات على الوقت بالتسليم في الوقت وقد وجد فيجب الاجرة كما في اجارة الدار ونحوها بخلاف الاجارة على المسافة فان الاستحقاق هناك بالتسليم

في جميع الطرق ولم يوجد فلا يجب وأما الخلاف في الزمان فنحن أن يستأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها مائة طومة فانتهج بها زيادة على المدة فمطبت في يده ضمن لافه صار غاصبا بالانتفاع بها فيما وراء المدة المذكورة وأما استئجار الصانع من الحائك والخياط والصباغ ونحوهم فالخلاف أن كان في الجنس بأن دفع ثوبا إلى صباغ ليصبغه لو نأفصبغه لو نأخر فصاحب الثوب بالخيار أن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وسلم الثوب للاجير وان شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه ان كان الصبغ مما يزيد أما خيار التضمين فلقوات غرضه لأن الأغراض تختلف باختلاف الألوان فله أن يضمه قيمة ثوب أبيض لتفويته عليه منفعة مقصودة فصار متلفا الثوب عليه فكان له أن يضمه وان شاء أخذ الثوب لأن الضمان واجب حقه فله أن يستقط حقه ولا أجر له لأنه لم يأت بما وقع عليه العقد رأسا حيث لم يوف العمل المأذون فيه أصلا فلا يستحق الاجر كالفاسب اذا صبغ الثوب المعصوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه ان كان الصبغ مما يزيد كالحمرة والصفرة ونحوهما لأنه عين مال قائم بالثوب فلا سبيل إلى أخذه بما لا عوض فيأخذه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه رعاية للحقين ونظر من الجانبين كالفاصب وان كان الصبغ مما لا يزيد كالسواد على أصل أبي حنيفة فاختر أخذ الثوب لا يعطيه شيئا بل يضمه نقصان الثوب في قول أبي حنيفة بناء على أن السواد لا قيمة له عنده فلا يزيد بل ينقص ويحدهما له قيمة فكان حكمه حكم سائر الألوان ولو استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لأن الرطبة مع الزرع جنستان مختلفان اذ الرطبة ليست لها نهاية معلومة بخلاف الزرع وكذا الرطبة تضر بالارض مالا يضرها الزرع فصار بالاشتغال بزرعة الرطبة غاصبا يابها بل متلفا ولا أجر له لأن الاجر مع الضمان لا يجتمعان وقال هشام عن محمد في رجل أمر انسانا أن ينقش في فضة اسمه فنقش اسم غيره انه ضمن الخاتم لأنه فوت الغرض المطلوب من الخاتم وهو الختم به فصار كالتلف اياه قال واذا أمر رجلا أن يحمر له بيتا فحضره قال محمد أعطيه ما زادت الحضره فيه ولا أجر له لأنه لم يعمل ما استأجره عليه رأسا فلا يستحق الاجرة ولكن يستحق قيمة الصبغ الذي زاد في البيت لما روى في الخياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه فباعه فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ماسمى لأن القباء والقميص مختلفان في الانتفاع فصار مفعولا منفعة مقصودة فصار متلفا الثوب عليه فله أن يضمه وله أن يأخذه ويعطيه أجر مثله لما قلنا واذا كان الخلاف في الصفة نحو أن دفع إلى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ مسمى فصبغه بصبغ آخر لكنه من جنس ذلك اللون فصاحب الثوب أن يضمه قيمته أبيض ويسلم اليه الثوب وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ماسمى أما ثبوت الخيار فلما ذكرنا من الخلاف في الجنس وانما وجب الاجر ههنا لأن الخلاف في الصفة لا يخرج العمل من أن يكون معقودا عليه فقد أتى بأصل المعقود عليه إلا أنه لم يأت بوصفه فن حيث أنه لم يأت بوصفه المأذون فيه لم يجب المسمى ومن حيث أنه أتى بالأصل وجب أجر المثل ولا يجاوز به المسمى لأن هذا شأن أجر المثل لما ذكرنا شاء الله تعالى وروى هشام عن محمد فمين دفع إلى رجل شبرا ليضرب له طشتا موصوفا ممر وفاضرب له كوزا قال ان شاء ضمنه مثل شبره ويصير الكوز للعامل وان شاء أخذه أعطاه أجر مثل عمله لا يجاوز به ماسمى لأن العقد وقع على الضرب والصناعة صفة فقد فعل المعقود عليه بأصله وخالف في وصفه فثبت للمستعمل الخيار وعلى هذا اذا دفع إلى حائك غزلا ليحوك له ثوبا صفيقا فحالك له ثوبا رقيقا أو شرط عليه أن يحوك له ثوبا رقيقا فحالك صفيقا ان صاحب الغزل بالخيار ان شاء ضمنه غزله وان شاء أخذ الثوب وأعطاه مثل أجر عمله لا يجاوز ماسمى وذكر في الأصل اذا دفع خفه إلى خفاف لينعله فانعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف فصاحب الخلف بالخيار ان شاء ضمنه خفه وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله في عمله وقيمة النعل لا يجاوز به ماسمى وان كان ينعل بمثله الخفاف فهو جائز وان لم يكن جيدا وأما ثبوت الخيار اذا أنعله بما لا ينعل بمثله الخفاف فلا نه لم يأت بالمأمور به رأسا بل أتى بالمأمور به ابتداء فصار كالفاصب اذا أنعل الخلف

المغضوب فكان للمالك أن يضمه كالفاسد وله أن يأخذ الخلف لأن ولاية التضمين تثبت لحق المالك فإذا رضى بالأخذ كان له ذلك وإذا أخذ أعطاه أجر مثله لأنه ما ذون في العمل وقد أتى بأصل العمل وإنما خالف في الصفة فله أن يختاره ويعطيه أجر المثل ولا يعطيه المسمى لأن ذلك بمقابلة عمل موصوف ولم يأت بالصفة ويعطيه ما زاد النمل لأنه عين مال قائم للخفاف فصار بمنزلة الصبغ في الثوب وإنما جعل الخيار في هذه المسائل إلى صاحب الخلف والثوب لأنه صاحب متبوع والنمل والصبغ تبع فكان إثبات الخيار لصاحب الأصل أولى وإن كان يفعل بمثله الخفاف فهو جائز وإن لم يكن جيد لأن الأذن يتناول أدنى ما يقع عليه الاسم وقد وجد ولو شرط عليه جيد فانه لا يغير جيد فإن شاء ضمنه قيمة الخلف وإن شاء أخذ الخلف وأعطاه أجر مثل عمله وقيمة ما زاد فيه ولا يجاوز به ما سمي لأن الردى من جنس الجيد ويثبت الخيار لقوات الوصف المشروط وإن كان الخلاف في القدر نحو ما ذكر محمد في الأصل في رجل دفع غزلا إلى حائك ينسجه له سبعة أرباع فخالف بالزيادة أو بالنقصان فإن خالف بالزيادة على الأصل المذكور فإن الرجل بالخيار أن شاء ضمنه مثل غزله وسلم الثوب وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه الأجر المسمى أما ثبوت الخيار فلأنه لم يحصل له غرضه لأن الزيادة في قدر الذراع توجب نقصا في الصفة وهي الصفاقة فيفوت غرضه فيثبت له الخيار وإن شاء ضمنه مثل غزله لتعديه عليه بتقويت منفعة مقصودة وإن شاء أخذه وأعطاه الأجر الذي سماه لأنه أتى بأصل العمل الذي هو معقود عليه وآما خالف في الصفة والخلاف في صفة العمل لا يخرج العمل من أن يكون معقودا عليه كمن اشترى شيئا فوجده معيبا حتى كان له أن يأخذه مع العيب وإن كان الخلاف في النقصان ففيه روايتان ذكر في الأصل أن له أن يأخذه ويعطيه من الأجر بحسبه وذكر في رواية أخرى أن عليه أجر المثل وجه هذه الرواية أنه لا نقص في القدر فقد فوت الفرض المطلوب من الثوب فصار كأنه عمل بحكم اجارة فاسدة ليس فيها أجر مسمى وجه رواية الأصل أن العقد وقع على عمل مقدر ولم يأت بالمقدر فصار كالعقد على نقل كمن طعم إلى موضع كذا بدرهم فنقل بعضه انه يستحق من الأجر بحسبه فكذا ههنا وإن أوفاه الوصف وهو الصفاقة والذراع وزاد فيه قدر روى هشام عن محمد أن صاحب الثوب بالخيار أن شاء ضمنه مثل غزله وصار الثوب للصانع وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى ولا يزيد للذراع الزائد شيئا أما ثبوت الخيار فتغير الصفة إذا الإنسان قد يحتاج إلى الثوب القصير ولا يحتاج إلى الطويل فيثبت له الخيار ولأنه إذا زاد في طوله فقد استكثر من الغزل فإن أخذه فلا أجر له في الزيادة لأنه مقطوع فيها حيث عملها بغير إذن صاحب الثوب فكان متبرعا فلا يستحق الأجر عليها وذكر في الأصل إذا أعطى صباغاً أو بالصبغة بمصفر ربع الهاشمي بدرهم فصبغه بققير عصفرو أقر رب الثوب بذلك فإن رب الثوب بالخيار أن شاء ضمنه قيمة ثوبه وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد العصفير فيه مع الأجر وذكر القدر روى أن مشايخنا ذكروا تفصيلا فقالوا إن هذا على وجهين إن كان صبغه أولا بر ربع الهاشمي ثم صبغه بثلاثة أرباع القفيز فصاحب الثوب بالخيار أن شاء ضمنه قيمة ثوبه وإن شاء أخذه وأعطاه الأجر المسمى وما زاد لثلاثة أرباع القفيز في الثوب لأنه لما أفرده بالصبغ المأذون فيه أولا وهو بر ربع الهاشمي فقد أوفاه المعقود عليه وصار متمتعاً بالصبغ الثاني كأنه غصب ثوبا مصبوغا بالبر ربع ثم صبغه بثلاثة أرباع فيثبت له الخيار أن شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى لأنه سلم له الصبغ المعقود عليه فيلزمه المسمى ويعطيه ما زاد الصبغ الثاني فيه لأنه عين مال قائمة للصبغ في الثوب وإن شاء ضمنه قيمة الثوب مصبوغا بر ربع القفيز ووجب له الأجر لأن الصبغ في حكم المقبوض من وجه لحصوله في ثوبه لكن يكمل القبض فيه لأنه لم يصل إلى يده فكان مقبوضا من وجه دون وجه فكان له فسخ القبض لتغير الصفة المقصودة وله أن يضمه ويضمن الأجر وإن كان صبغه أجداء بققير فله ما زاد الصبغ ولا أجر له لأنه لم يوف بالعميل المأذون فيه فلم يعمل المعقود عليه فيصير كأنه غصب ثوبا وصبغه بمصفر وروى ابن سباعة عن محمد خلاف ذلك وهو أن يأخذ الثوب ويغرم الأجر وما زاد العصفير فيه محقعا كان أو متفرقا لأن الصبغ لا يتشرب

في اثوب دفعة واحدة بل شيئاً فستوى فيه الاجتماع والافتراق وأما الاجارة الفاسدة وهي التي فاتها شرط من شروط الصحة فحكمها الاصل هو ثبوت الملك للمؤاجر في أجر المثل لا في المسمى بمقابلة استيفاء المنافع المملوكة ملكاً فاسداً لان المؤاجر لم يرض باستيفاء المنافع الا ببدل ولا وجه الى ايجاب المسمى لفساد التسمية فيجب أجر المثل ولان الموجب الاصل في عقود المعاوضات هو القيمة لان مبناها على المعادلة والقيمة هي العدل الا انها مجهولة لانها تعرف بالجزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فيعدل منها الى المسمى عند صحة التسمية فاذا فسدت وجب المصير الى الموجب الاصل وهو أجر المثل ههنا لانه قيمة المنافع المستوفاة الا انه لا يزداد على المسمى في عقد فيه تسمية عند استحبابنا الثلاثة وعند زفر يزداد ويحب بالغاما بلغ بناء على ان المنافع عند اصحاب الثلاثة غير متقومة شرعاً بانفسها وانما تقوم بالعقد بتقويم العاقدين والعاقدان ما قوماها الا بالقدر المسمى فلو وجبت الزيادة على المسمى لوجبت بلا عقد وانها لا تقوم بلا عقد بخلاف البيع الفاسد فان المبيع يباع فاسداً مضمون بقيمة بالغاما بلغ لان الضمان هناك بمقابلة العين والاعيان متقومة بانفسها فوجب كل قيمتها وفي قول زفر وبه أخذ الشافعي هي متقومة بانفسها بمنزلة الاعيان فكانت مضمونة بجميع قيمتها كالأعيان هذا اذا كان في العقد تسمية فاما اذا لم يكن فيه تسمية فانه يجب أجر المثل بالغاما بلغ بالاجماع لانه اذا لم يكن فيه تسمية الاجر لا يرضى باستيفاء المنافع من غير بدل كان ذلك تملكاً بالقيمة التي هي الموجب الاصل دلالة فكان تقويم المنافع باجر المثل اذ هو قيمة المنافع في الحقيقة ولا يثبت في هذه الاجارة شيء من الاحكام التي هي من التوابع الا ما يتعلق بصفة المستأجر له فيه وهي كونه أمانة في يد المستأجر حتى لو هلك لا يضمن المستأجر لحصول الهلاك في قبض مأذن فيه من قبل المؤاجر وأما الاجارة الباطلة وهي التي فاتها شرط من شرائط الانعقاد فلا حكم لها رأساً لان ما لا ينعقد فوجوده في حق الحكم وعدمه بمنزلة واحدة وهو تفسير الباطل من التصرفات الشرعية كالبيع ونحوه والله أعلم

فصل وأما حكم اختلاف العاقدين في عقد الاجارة فان اختلفا في مقدار البدل أو المبدل والاجارة وقعت صحيحة ينظر ان كان اختلافهما قبل استيفاء المنافع تحالفاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفاً وترادوا بالاجارة نوع يبيع فيتناولها الحديث والرواية الاخرى وهي قوله والسلعة قائمة بعينها يتناول بعض أنواع الاجارة وهو ما اذا باع عينا بمنفعة واختلفا فيها واذا ثبت التحالف في نوع بالحديث ثبت في الأنواع كلها بنتيجة الاجماع لان أحدا لا يفصل بينهما ولان التحالف قبل استيفاء المنفعة موافق الاصول لان البين في أصول الشرع على المنكر وكل واحد منهما منكر من وجه ومدع من وجه لان المؤاجر يدعي على المستأجر زيادة الاجرة والمستأجر منكر والمستأجر يدعي على المؤاجر وجوب تسليم المستأجر بما يدعي من الاجرة والمؤاجر ينكر فكان كل واحد منهما منكر من وجه واليمين وظيفة المنكر في أصول الشرع ولهذا جرى التحالف قبل القبض فيبيع العين والتحالف ههنا قبل القبض لانهما اختلفا قبل استيفاء المنفعة ثم ان كان الاختلاف في قدر البدل يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر وجوب الاجرة الزائدة وان كان في قدر المبدل يبدأ بيمين المؤاجر لانه منكر وجوب تسليم زيادة المنفعة واذا تحالفا تفسخ الاجارة وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه لان النكول بذل أو اقرار والبدل والمبدل كل واحد منهما محتمل البذل والاقرار وأيهما أقام البيئة يقضى بينته لان الدعوى لا تقابل بالحجة وان أقاما جميعا البيئة فان كان الاختلاف في البدل فيبينة المؤاجر أولى لانها تثبت زيادة الاجرة وان كان الاختلاف في المبدل فيبينة المستأجر أولى لانها تثبت زيادة المنفعة فان ادعى المؤاجر فضلاً فيما يستحقه من الاجر وادعى المستأجر فضلاً فيما يستحق من المنفعة بان قال امؤاجر أجرتك هذه الدابة الى القصر عشرة وقال المستأجر الى الكوفة بخمسة أو قال المؤاجر أجرتك شهر بعشرة وقال المستأجر شهرين بخمسة فالامر في التحالف والنكول واقامة أحدهما البيئة على ما ذكرنا ولو أقاما جميعا البيئة قبلت بيئة كل واحد منهما على الفعل الذي يستحقه بعقد الاجارة فيكون الى الكوفة بعشرة وشهرين بعشرة لان

بينة كل واحد منهما ثبتت زيادة لأن بينة المؤاجر ثبتت زيادة الاجر وبينة المستأجر ثبتت زيادة المنفعة فتقبل كل
 واحدة منهما على الزيادة التي تأتينا وان كان اختلافهما بعد ما استوفى المستأجر بعض المنفعة بان سكن الدار المستأجرة
 بعض المدة أو ركب الدابة المستأجرة بعض المسافة ثم اختلفوا فالقول قول المستأجر فيما مضى مع يمينه ويتحالفان
 وتفسخ الاجارة فيما بقي لأن العقد على المنافع ساعة فساعة على حسب حد وثم شيئاً فشيئاً فكان كل جزء من أجزاء
 المنفعة معقوداً عليه مبتدأ فكان ما بقي من المدة والمسافة منفرداً بالعقد فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع
 على قول أبي حنيفة أنه لا يثبت التحالف عنده لأن البيع ورد على جملة واحدة وهي العين القائمة للحال وكل جزء من
 المبيع ليس بمعقود عليه مبتدأ إنما الجملة معقود عليها بعقد واحد فإذا تعدى التفسخ في قدرها لك يسقط في الباقي وان
 كان اختلافهما بعد مضي وقت الاجارة أو بعد بلوغ المسافة التي استأجر اليها لا يتحالفان فيه والقول قول المستأجر
 في مقدار البدل مع يمينه ولا يمين على المؤاجر لأن التحالف يثبت التفسخ والمنافع المنعومة لا تخفى فسخ العقد فلا
 يثبت التحالف وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر لأن قيام المبيع في باب البيع شرط جريان التحالف
 في المبيع الهالك والمنافع ههنا هالك فلا يثبت فيها التحالف وأما محمد فيحتاج إلى الفرق بين المبيع الهالك وبين المنافع
 الهالك ووجه الفرق له أن المنافع غير متعومة بأنفسها على أصلنا وإنما تقوم بالعقد فإذا فسخت الاجارة بالتحالف
 تبقى المنافع مستوفاة من غير عقد فلا تتقوم فلا يثبت التحالف بخلاف الأعيان فإنها متعومة بأنفسها فإذا فسخت البيع
 بالتحالف يبقى العقد متقوماً بنفسه في يد المشتري فيجب عليه قيمته وإنما كان القول قول المستأجر لأنه المستحق عليه
 والخلاف متى وقع في الاستحقاق كان القول قول المستحق والله عز وجل أعلم وان كان الاختلاف في جنس
 الاجر بان قال المستأجر استأجرت هذه الدابة إلى موضع كذا بعشرة دراهم وقال الآخر بدينار فالحكم في التحالف
 والنكول واقامة أحدهما البينة ما وصفنا فان أقام البينة فالبينة بينة المؤاجر لأنها ثبتت الاجارة حقاًه وبينة المستأجر
 لا تثبت الاجارة حقاًه فكانت بينة المؤاجر أولى بالقبول ولو اختلفا فقال المؤاجر أجرتك هذه الدابة إلى القصر بدينار
 وقال المستأجر إلى الكوفة بعشرة دراهم وأقام البينة فهي إلى الكوفة بدينار وخمسة دراهم لأن الاختلاف إلى القصر
 وقع في البدل فكانت بينة المؤاجر أولى لما قلنا وثبتت الاجارة إلى القصر بدينار ثم المستأجر يدعي من القصر إلى
 الكوفة بخمسة لأن القصر نصف الطريق والمؤاجر يحجده هذه الاجارة فالبينة المثبتة للاجارة أولى من النافية وقد
 روى ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل استأجر من رجل داراً سنة فاختلفا فقام المستأجر البينة أنه استأجر إحدى
 عشر شهراً منها بدينار وثمان مائة وأقام البينة رب الدار أنه أجراها بعشرة قال فاني أخذ بينة رب الدار لأنه يدعي
 فضل أجرة في أحد عشر شهراً وقد أقام على ذلك بينة فتقبل بينته فاما الشهر الثاني عشر فقد أقر المستأجر للمؤاجر فيه
 بفضل الاجارة فيما ادعى فان صدقه على ذلك والاستسقط الفضل بكذبه ولو اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب
 الثوب أمرتك أن تقطعه قباء وقال الخياط أمرتني أن أقطعه قميصاً فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا والخياط
 ضامن قيمة الثوب وان شاء رب الثوب أخذ الثوب وأعطاه أجراً مثله وقال ابن أبي ليلى القول قول الخياط مع يمينه
 واختلف قول الشافعي فقال في موضع مثل قولهما وقال في موضع يتحالفان فإذا حلفا سقط الضمان عن الخياط وسقط
 الاجر وجه قول ابن أبي ليلى ان صاحب الثوب أقر بالاذن بالقطع غير أنه يدعي زيادة صفة توجب الضمان وتسقط
 الاجر والخياط ينكر فكان القول قوله ولئلا يظن الاذن مستفاد من قبل صاحب الثوب فكان القول في صفة الاذن
 قوله ولهذا لو وقع الخلاف في أصل الاذن بالقطع فقال صاحب الثوب لم أذن بالقطع كان القول قوله وكذا اذا قال لم
 أذن بقطعه قميصاً وقد خرج الجواب عن قول ابن أبي ليلى لأن الماذون فيه قطع القباء لا مطلق القطع ولا معنى لاحد
 قول الشافعي لأن التحالف وضع للفسخ ولا يمكن التفسخ ههنا فلا يثبت التحالف لأن صاحبه يدعي على الخياط
 العصب والخياط يدعي الاجر وذلك مما لا يثبت فيه التحالف وان كان له تضمين الخياط قيمة الثوب لأن صاحب

الثوب لم يحلف على دعوى الخياط فقد صار الخياط بقطعه الثوب لا على الصبغة المأذون فيها متصرفاً في ملك غيره
 بغير إذنه فصار متلفاً للثوب عليه فيضمن قيمته وإن شاء رب الثوب أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله أما اختيار أخذ
 الثوب فلا نه أن ياصل المعقود عليه مع تغير الصبغة فكان لصاحب الثوب الرضا به وأعطاه أجر المثل لا المسمى لأنه لم
 يأت بالمأمور به على الوصف الذي أمر به وطريقه أخرى لبعض مشايخنا أن منفعة القباء والقميص متقاربة لأنه
 يمكن أن ينتفع بالقباء انتفاع القميص بأن يسد وسطه وازرارته وإنما يفوت بعض الأغراض فقد وجد المعقود عليه مع
 البيب فيستحق الأجرة حتى قالوا لوقطعه سراويل لم تجب له الأجرة لاختلاف منفعة القباء والسراويل فلم يأت
 المعقود عليه رأساً قال القدوري والرواية بخلاف هذا فإن هشاماً روى أن محمداً قال في رجل دفع إلى رجل شياً
 ليضرب له طشتاً موصوفاً فضر به كوزاً أن صاحبه بالخيار أن شاء ضمنه مثل شبهه والسكوز للعامل وإن شاء أخذه
 وأعطاه أجر مثله لا يجاوز ما سمي في السراويل يجب أن يكون كذلك وجهه ما مر أن العقد وقع على الضرب
 والصناعة صبغة له فقد وافق في أصل المعقود عليه وخالف في الصبغة فيثبت للمستعمل الخيار وروى ابن سماعه وبشر
 عن أبي يوسف في رجل أمر رجلاً أن يزرع له ضرساً متاً كلاً فزرع ضرساً متاً كلاً فقال الأثر أمرت بغير هذا بهذا
 الأجر وقال المأمور أمرتني بالذي نزعته فان أبا حنيفة قال في ذلك القول قول الأثر مع عيئته لا يثبت الأمر يستفاد من
 قبله خاصة فكان القول في المأمور به قوله وذكر في الأصل في رجل دفع إلى صباغ ثوباً بالصبغة أحمر فصبغه أحمر على ما
 وصف له بالعصفر ثم اختلفا في الأجر فقال الصباغ عملته بدرهم وقال رب الثوب بداقنين فان قامت لهما بينة أخذت
 بينة الصباغ وإن لم يقيم لهما بينة فاني أنظر إلى ما زاد العصفر في قيمة الثوب فان كان درهماً أو أكثر أعطيته درهماً بعد أن
 يحلف الصباغ ما صبغته بداقنين وإن كان ما زاد في الثوب من العصفر أقل من داتين أعطيته داتين بعد أن يحلف
 صاحب الثوب ما صبغته إلا بداقنين أما إذا قامت لهما بينة فلان بينة الصباغ تثبت زيادة الأجرة فكانت أولى بالقبول
 وأما إذا لم يقيم لهما بينة فلان ما زاد العصفر في قيمة الثوب إذا كان درهماً أو أكثر كان الظاهر شاهداً للصباغ إلا أنه
 لا يزداد على درهم لأنه رضى بسقوط الزيادة وإذا كان ما زاد العصفر داتين كان الظاهر شاهداً لرب الثوب إلا أنه
 لا ينقص من داتين لأنه رضى بذلك وإن كان يزيد في الثوب نصف درهم قال أعطيت الصباغ ذلك بعد أن يحلف ما
 صبغته بداقنين لما ذكرنا أن الدعوى إذا سقطت للتعارض يحكم بالصبيغ فوجب قيمة الصبيغ وهذا بخلاف القصار مع
 رب الثوب إذا اختلفا في مقدار الأجرة ولا بينة لهما أن القول قول رب الثوب مع عيئته لأنه ليس في الثوب عين مال
 قائم للقصار فلم يوجد ما يصلح حكماً فيرجع إلى قول صاحب الثوب لأن القصار يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر
 فكان القول قوله مع عيئته وكذلك كل صبغ له قيمة فان كان الصبيغ أسوداً فالقول قول رب الثوب مع عيئته على أصل
 أبي حنيفة أن السواد قصبان عنده وكذلك كل صبغ ينقص الثوب لأنه تعذر القضاء بالدعوى للتعارض ولا سبيل
 إلى الرجوع إلى قيمة الصبيغ لأنه لا قيمة له فيرجع إلى قول المستحق عليه ولو اختلف الصباغ ورب الثوب فقال رب
 الثوب أمرت بالعصفر وقال الصباغ بالزعفران فالقول قول رب الثوب في قولهم جميعاً لأن الأمر يستفاد من قبله ومن
 هذا النوع ما إذا أمر المستعمل الصانع بالزيادة من عنده ثم اختلفا فقال في الأصل في رجل دفع غزلاً إلى حائك ينسجه
 ثوباً وأمره أن يزيد في الغزل رطلاً من عنده مثل غزله على أن يعطيه ثمن الغزل وأجرة الثوب دراهم مائة فاختلعا بعد
 الفراغ من الثوب فقال الحائك قد زدت وقال رب الثوب لم تزد فالقول قول رب الغزل مع عيئته على عمله لأن الصانع
 يدعى على صاحب الثوب الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع عيئته على عمله لأنه يمين على فعل الغير فإن
 خلف برى وإن نكل عن اليمين لزمه مثل الغزل لأن النكول حجة يقضى بها في هذا الباب فان أقام الصانع بينة قبلت
 بينته ولو اتفقا أن غزل المستعمل كان منا وقال الصانع قد زدت فيه رطلاً فوزن الثوب فوجدوا زيادة على ما دفع إليه زيادة
 لم يعلم أن مثلاً يكون من الدقيق وادعى رب الثوب أن الزيادة من الدقيق فالقول قول الصانع لأن رب الثوب يدعى

خلاف الظاهر وان كان الثوب مستهلكا قبل أن يعلم وزنه ولم يقر المستعمل ان فيه ما قال الصانع فالقول قول رب
 الثوب لان الصانع يدعي عليه الضمان ولا ظاهر ههنا يشهد له فلم يقبل قوله وقال هشام عن محمد بن رجل دفع الى صانع
 عشرة دراهم فضة وقال زد عليها درهمين قرصا على فصمته قلبا وأجره درهم فصاغه وجاء به محشوا فاختلفا فقال الصانع
 قد زدت عليه درهمين وقال رب القلب لم زد شيئا قال محمد بن حلقان ثم الصانع بالخيار ان شاء دفع القلب وأخذ منه
 أجرة خمسة دنانير وان شاء دفع اليه عشرة دراهم فضة وأخذ القلب أما التحالف فلأن الصانع يدعي على صاحب
 القلب القرص وهو يتكر فيستحلف وصاحب القلب يدعي على الصانع انه يحقاق القلب بنير شي وهو يتكر
 فيستحلف وإذا بطل دعوى الصانع في القلب علم ان الوزن عشرة وانما بذل صاحب القلب للصانع درهما لصياغته
 اثني عشر درهما فاذا ثبت الزيادة تلزمه للعشرة خمس دنانير وانما كان للصانع أن يحبس القلب ويعطي صاحب
 القلب مثل فضته لان عنده ان الزيادة ثابتة وانه يتقرر بطلان حنثه عليها من غير عوض القرص فلا يجوز استحقاقها
 من غير رضا ولا ضرر على صاحب القلب لانه وصل اليه مثل حقه وقال ابن سماعة عن محمد بن رجل دفع الى نذاف
 ثوبا وقطنا يندف عليه وأمره أن يزيد من عنده ما رأى ثم أن صاحب الثوب أتاه وقد ندف على الثوب عشرين استارا
 من قطن فاختلفا فقال صاحب الثوب دفعت اليك خمسة عشر استارا من قطن وأمرتك أن تزيد عليه عشرة وتقص
 ان رأيت فلم تزد الا خمسة أساتير وقال النذاف دفعت الي عشرة وأمرتني أن أزيد عشرة فزدتها فالقول قول النذاف
 وعلى صاحب الثوب أن يدفع اليه عشرة أساتير من قطن كما ادعى لان صاحب الثوب لا يدعي على النذاف مخالفة
 ما أمر به وانما يدعي انه دفع اليه خمسة عشر استارا فكان القول قول النذاف في مقداره فبقى العشرة زيادة فيضمونها
 صاحب الثوب وان كان صاحب الثوب قال دفعت اليك خمسة عشر وأمرتك أن تزيد عليه خمسة عشر وقال
 النذاف دفعت الي عشرة وأمرتني أن أزيد عليه عشرة فزدت عليه عشرة فصاحب الثوب في هذا بالخيار ان شاء
 صدقه وفه اليه عشرة أساتير وأخذ ثوبه وان شاء أخذ قيمة ثوبه ومثل عشرة أساتير قطن وكان الثوب للنذاف لان
 النذاف يزعم أنه فعل ما أمر به وصاحب الثوب يدعي الخلاف فكان القول قوله فيما أمر به والقول قول النذاف في
 مقدار ما قبض وقال بشر عن أبي يوسف في رجل أعطى رجلا ثوبا بالقطعة فحشاها ودفع اليه البطانة والقطن
 فقطعه وخاطه وحشاها واتفقا على العمل والاجر فان الثوب ثوب رب الثوب والقطن قطنه غير أن رب الثوب ان قال
 ان البطانة ليست بطائني فالقول في ذلك قول الخياط مع عيته البتة ان هذا بطلانه ويلزم رب الثوب ويسع رب الثوب
 أن يأخذ البطانة فيلبسها لان البطانة أمانة في يد الخياط فكان القول قوله فيها ثم ان كانت بطانة صاحب الثوب حل
 له لبسها وان كانت غيرها فقد رضى الخياط بدفعها اليه بدل بطانته فحل له لبسها وروى بشر وابن سماعة عن أبي
 يوسف فبين أعطى حملا متاعا ليجعله من موضع بأجر معلوم فحمله ثم اختلفا فقال رب المتاع ليس هذا متاعي وقال
 الحمل هو متاعك فالقول قول الحمل مع عيته ولا ضمان عليه ولا يلزم الأمر الا بالجر الا أن يصدق به يأخذه لان المتاع
 أمانة في يد الحمل فكان القول قوله ولا يلزم صاحب المتاع لانه لم يعترف باستيفاء المنافع فان صدقه فقد رجع عن قوله
 فوجب عليه الاجر قال والنوع الواحد والنوعان في هذا سواء الا أنه في النوع الواحد أخش وأقبح يرده هذا الوجه
 طعاما أو زينا وقال الاجير هذا طعامك بعينه وقال رب الطعام كان طعامي أجود من هذا فان هذا فحش أن يكون
 القول فيه قول رب الطعام ويبطل الاجر ويحسن أن يكون القول قول الحمل و يأخذ الاجر ان كان قد حمله فأما اذا
 كانا نوعين مختلفين بأن جاء بشعير وقال رب الطعام كان طعامي حنطة فلا أجر للحمل حتى يصدق به يأخذه
 وانما قال يبيع في الجنس الواحد لان عند اتحاد الجنس يملك صاحب الطعام أن يأخذ الشعير عوضا عن طعامه لان
 الحمل قد بذل له ذلك فاذا أخذ عوض سلمت له المنفعة فأما في النوعين فلا يسعه أن يأخذ النوع الآخر الا بالتراضي
 بالبيع فلم يصدق به لا يستحق عليه الاجر ولو اختلف الصانع والمساجر في أصل الاجر كالساج والقصار والخفاف

والصباغ فقال رب الثوب والخف عملته لي بغير شرط وقال الصانع لا بل عملته بأجرة درهم أو اختلف رب الدار مع المستأجر فقال رب الدار أجرتهام منك بدرهم وقال الساكن بل سكتها عارية فالقول قول صاحب الثوب والخف وساكن الدار في قول أبي حنيفة مع يمينه ولا أجر عليه وقال أبو يوسف ان كان الرجل حرا ثقة فعليه الاجر والا فلا وقال محمد ان كان الرجل انتصب للعمل فالقول قوله وان لم يكن انتصب للعمل فالقول قول صاحبه وعلى هذا الخلاف اذا اتفقا على أنهما لم يشترطا الاجر لكن الصانع قال اني انما عملت بالاجر وقال رب الثوب ما شرطت لك شيئا فلا يستحق شيئا (وجه) قولهما اعتبار العرف والعادة فان انتصبا به للعمل وفتح الله كان لذلك دليل على أنه لا يعمل الا بالاجرة وكذا اذا كان حريه فكان العقد موجودا دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا ولا يبي حنيفة ان المنافع على أصلها لا تقوم الا بالعقد ولم يوجد اما اذا اتفقا على أنهما لم يشترطا الاجر فظاهر وكذا اذا اختلفا في الشرط لان العقد لا يثبت مع الاختلاف للتعارض فلا تجب الاجرة ثم ان كان في المصنوع عين قائمة للصانع كالصبغ الذي يزيد والنعل بغير رب الثوب والخف للصانع ما زاد الصبغ والنعل فيه لا يجاوز به درهما والا فلا والله عز وجل أعلم

فصل وما يمان ما ينتهي به عقد الاجارة فعقد الاجارة ينتهي بأشياء منها الاقالة لانه معاوضة المال بالمال فكان محتملا للاقالة كالبيع ومنها موت من وقع له الاجارة الا لعذر عندنا وعند الشافعي لا تبطل بالموت كبيع العين والكلام فيه على أصل ذكرناه في كيفية انعقاد هذا العقد وهو ان الاجارة عندنا تنعقدنا ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيئا فشيئا واذا كان كذلك فما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها والمالك صفة الموجود لا المعدوم فلا يملكها الوارث اذ الوارث انما يملك ما كان على ملك المورث فما لم يملكه يستحيل وراثته بخلاف بيع العين لان العين ملك قائم بنفسه ملك المورث الى وقت الموت فجاز ان ينتقل منه الى الوارث لان المنافع لا تملك الا بالعقد وما يحدث منها في يد الارث لم يعقد عليه رأسا لانها كانت معدومة حال حياة المورث والوارث لم يعقد عليها فلا يثبت للملك فيها الوارث وعند الشافعي منافع المدة تجعل موجودة للحال كانت اعيان قائمة فاشبه بيع العين والبيع لا يبطل بموت أحد المتبايعين كذا الاجارة وعلى هذا يخرج ما اذا أجر رجل دارا من رجل ثم مات أحد المؤجرين ان الاجارة تبطل في نصيبه عندنا وتبقى في نصيب الحى على حالها لان هذا شيوخ طازى وانه لا يؤثر في العقد في الرواية المشهورة لما بينا فيما تقدم وكذلك لو استأجر رجلا من رجل دارا فمات أحد المستأجرين فان رضى الوارث بالبقاء على العقد ورضى المأقدا ايضا جاز ويكون ذلك بمنزلة عقد مبتدأ ولومات الوكيل بالعقد لا تبطل الاجارة لان العقد لم يقع له وانما هو عاقد وكذا لومات الأب أو الوصى لما قلنا وكذا لومات أبو الصبي في استئجار الظئر لا تنقض الاجارة لان الاجارة وقعت للصبي والظئر وهما قائمان ولومات الظئر انقضت الاجارة وكذا لومات الصبي لان كل واحد منهما معقوده والا صل ان الاجارة تبطل بموت المعقود له ولا تبطل بموت المأقدا وانما كان كذلك لان استيفاء العقد بعد موت من وقع له العقد يوجب العقد لان من وقع له ان كان هو المأجر فالعقد يقتضى استيفاء المنافع من ملكه ولو بقيناه بعد موته لاستوفيت المنافع من ملك غيره وهذا خلاف مقتضى العقد وان كان هو المستأجر فالعقد يقتضى استحقاق الاجرة من ماله ولو بقيناه العقد بعد موته لاستحققت الاجرة من مال غيره وهذا خلاف موجب العقد بخلاف ما اذا مات من لم يقع العقد له كالوكيل ونحوه لان العقد منه لا يقع مقتضيا استحقاق المنافع ولا استحقاق الاجرة من ملكه فابقاء العقد بعد موته لا يوجب تغيير موجب العقد وكذلك الولى في الوقف اذا عقد ثم مات لا تنتقض الاجارة لان العقد لم يقع له فوته لا يغير حكمه ولو استأجر دابة الى مكة فمات المؤجر في بعض المقازة فله ان يركبها أو يحمل عليها الى مكة أو الى أقرب الاماكن من المصر لان الحكم بطلان الاجارة ههنا يؤدي الى الضرر بالمستأجر لمسا فيه من تعرض ماله ونفسه الى التلف فجعل

ذلك عذراً في بقاء الاجارة وهذا معنى قولهم ان الاجارة كما تنسخ بالعذر تبقى بالعذر وقالوا فمن اكرتني إبلا الى مكة
 ذاهبا وجائيا ففات الجال في بعض الطريق فللمستأجر أن يركبها الى مكة أو يحمل عليها وعليه المسمى لان الحكم
 باقساخ الاجارة في الطريق إلحاق الضرر بالمستأجر لانه لا يجد ما يحمله ويحمل قماشه وإلحاق الضرر بالورثة اذا
 كانوا غيبا لان المنافع تقوت من غير عوض فكان في استيفاء العقد نظر من الجانبين فاذا وصل الى مكة رفع الامر الى
 الحاكم لانه لا ضرر عليه في فسخ الاجارة عند ذلك لانه قد رعى أن يستأجر من جال آخر ثم ينظر الحاكم في الاصلح
 فان رأى بيع الجال وحفظ الثمن للورثة اصلح فعل ذلك وان رأى امضاء الاجارة الى الكوفة اصلح فعل ذلك لانه
 نصب ناظر محتاطا وقد يكون احدا من احوط فيختار ذلك قالوا والافضل اذا كان المستأجر تمة ان يمضي
 القاضي الاجارة والافضل اذا كان غير تمة ان يفسخها فان فسخها وقد كان المستأجر عجل الاجرة سمع القاضي بئته
 عليها وقضاه من ثمنها لان الاجارة اذا انقضت فللمستأجر امساك العين حتى يستوفي جميع الاجرة وقام القاضي
 مقام الغائب فنصب له خصما وسمع عليه البيعة ولومات احد من وقع له عقد الاجارة قبيل انقضاء المدة وفي الارض
 المستأجرة زرع لم يستحصد يترك ذلك في الارض الى ان يستحصد ويكون على المستأجر اوعلى ورثته ماسمى
 من الاجر لان في الحكم بالا فسخ وقطع الزرع ضررا بالمستأجر وفي الابقاء من غير عوض ضررا بالوارث ويمكن
 توفير الحقين من غير ضرر ببقاء الزرع الى ان يستحصد بالاجر فيجب القول به وانما وجب المسمى استحسانا
 والقياس ان يجب اجر المثل لان العقد انفسخ حقيقة بالموت وانما بقينا حكما فاشبهه شبهة العقد واستيفاء المنافع
 بشبهة العقد توجب اجر المثل كما لو استوفاه بعد انقضاء المدة ووجه الاستحسان ان التسمية تناولت هذه المدة فاذا
 مست الضرورة الى الترك بعوض كان يجب العوض المسمى أولى لوقوع التراضي بخلاف الترك بعد انقضاء
 المدة لان التسمية لم تناول ما بعد انقضاء المدة فتعذر ايجاب المسمى فوجب اجر المثل ومنها هلاك المستأجر
 والمستأجر فيه لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه فلم يكن في بقاء العقد فائدة حتى لو كان المستأجر
 عبدا أو ثوبا أو حليا أو ظرفا أو دابة معينة فهلك أو هلك الثوب المستأجر فيه للخياطة أو للقضارة بطلت الاجارة لما قلنا
 وان كانت الاجارة على دواب بغير اعيانها فسلم اليه دواب فقبضها فماتت لا تبطل الاجارة وعلى المؤجر ان ياتي به غير
 ذلك لانه هلك ما لم يقع عليه العقد لان الدابة اذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع في الذمة وانما تسلم العين ليقم منافعها
 مقام ما في ذمته فاذا هلك بقي ما في الذمة محال فكان عليه ان يعين غيرها وقد ذكرنا اختلاف اشارة الروايات في الدار
 اذا انهدم كلها او انقطع الماء عن الرحي والشرب من الارض ان الاجارة تنفسخ او ثبت حق الفسخ فيما تقدم وعلى
 هذا أيضا يخرج موت الظئر ان الاجارة تبطل به لانها مستأجرة ومنها انقضاء المدة لا العذر لان الثابت الى غاية
 ينتهي عند وجود الغاية فتفسخ الاجارة باقضاء المدة الا اذا كان تمة عذر بان انقضت المدة وفي الارض زرع لم
 يستحصد فانه يترك الى أن يستحصد بأجر المثل بخلاف ما اذا انقضت المدة وفي الارض رطبة أو غرس انه يؤمر
 بالقلع لان في ترك الزرع الى أن يدرك مراعاة الحقين والنظر من الجانبين لان لقطعه غاية معلومة فأما الرطبة فليس
 لقطعه غاية معلومة فلم تقطع لتعطل الارض على صاحبها فيتضرر به وبخلاف الغاصب اذا زرع الارض
 المعصوبة انه يؤمر بالقلع ولا يترك الى وقت الحصاد باجر لان الترك في الاجارة لدفع الضرر عن المستأجر نظره وهو
 مستحق للنظر لانه زرع باذن المالك فاما الغاصب فظالم متمرد في الزرع فلا يستحق النظر بالترك مع ما انه هو
 الذي أضر بنفسه حيث زرع أراضى غيره بغير حق فكان مضيا فاليه ومنها عجز المكاتب بعد ما استأجر شيئا انه
 يوجب بطلان الاجارة بخلاف لان الاجرة استحققت من كسب المكاتب والعجز يبطل كسبه فتبطل
 الاجارة اذ لا سبيل الى ايجابها من مال المولى فان عجز بعد ما استأجر فلا جارة باقية في قول أبي يوسف وقال محمد
 تبطل والكلام فيه راجع الى أصل نذكره في كتاب الهبة في كيفية ملك المولى كسب المكاتب عند عجزه ان عند أبي

يوسف كسب المكاتب موقوف مملكه في الحقيقة على عجزه أو عنته فان عجز مملكة المولى من الاصل وان عنت
 مملكة المكاتب من الاصل وعند محمد هو ملك المكاتب ثم اذا عجز انتقل الى المولى كما ينتقل الملك من
 الميت الى ورثته بالموت ووجه البناء على هذا الاصل ان عند أبي يوسف لما وقع الملك
 للمولى في الكسب من حين وجوده صار كان الاجارة وجدت من المولى
 فلا تنتقض بعجز المكاتب ولما كان الملك للمولى فيه من طريق الانتقال
 من المكاتب عند عجزه على أصل محمد صار بمنزلة انتقال الملك من الميت
 الى وارثه عند عجزه وذلك بوجوب انتقاض الاجارة كذا هذا
 وأصل هذه المسئلة في المكاتب اذا وهبت له هبة ثم
 عجز ان اللواهب أن يرجع في قول أبي يوسف
 وعند محمد لا يرجع وسند كره في كتاب
 الهبة والله عز وجل
 أعلم

﴿ تم الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس أوله كتاب الاستصناع ﴾



(الجزء الرابع من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

صحيفة	صحيفة
٤١ فصل في بيان من له الحضانة	٠١ (كتاب الرضاع) والكلام عليه
٤٢ فصل في وقت الحضانة التي من قبل النساء	٠١ فصل في أحكام المحرمات بالرضاع
٤٤ فصل في بيان مكان الحضانة	٠٥ فصل في صفة الرضاع المحرم
٤٥ (كتاب الاعتاق) والكلام عليه	٠٩ مطلب وأما الاقطار في الاذن
٤٦ فصل في ان ركن الاعتاق اللفظ الدال عليه	١٠ مطلب ويستوي في تحريم الرضاع الرضاع المقارن
٥٥ فصل في شرائط ركن الاعتاق	للكاح والطاري عليه
٥٦ مطلب في بيان ما يرجع الى العاق والمعتوق	١٤ فصل في بيان ما ثبت به الرضاع
٨٦ فصل في ان الاعتاق هل يصحزأ أم لا	١٥ (كتاب النفقة) والكلام على نفقة الزوجات
٩٨ فصل في بيان حكم الاعتاق ووقت ثبوته	١٦ فصل في سبب وجوب هذه النفقة
١١٠ فصل في بيان ما يظهر به حكم الاعتاق	١٨ فصل وأما شرط وجوب هذه النفقة
١١٢ (كتاب التدبير) والكلام عليه	٢٣ فصل في بيان مقدار الواجب منها
١١٢ فصل في ان ركن التدبير اللفظ الدال عليه	٢٥ فصل في بيان كيفية وجوب هذه النفقة
١١٥ فصل في شرائط ركن التدبير	٢٩ فصل في بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها
١١٦ فصل في صفة التدبير	دينا في ذمة الزوج
١٢٠ فصل في ان حكم التدبير نوعان	٣٠ فصل في نفقة الاقارب
١٢٣ فصل في بيان ما يظهر به التدبير	٣١ فصل في سبب وجوب هذه النفقة
١٢٣ (كتاب الاستيلاد) والكلام عليه	٣٤ فصل في شروط وجوب هذه النفقة
١٢٤ فصل وأما سبب الاستيلاد	٣٨ فصل في مقدار الواجب منها
١٢٥ فصل في شرط الاستيلاد	٣٨ فصل في بيان كيفية وجوبها
١٢٩ فصل في صفة الاستيلاد	٣٨ فصل في بيان المسقط لها بعد الوجوب
١٢٩ فصل في ان حكم الاستيلاد نوعان	٣٨ فصل في نفقة الرقيق
١٣٣ فصل في بيان ما يظهر به الاستيلاد	٣٩ فصل في سبب وجوبها
١٣٣ (كتاب المكاتب) والكلام عليه	٣٩ فصل في شرط وجوبها
١٣٤ فصل في بيان ركن المكاتب	٤٠ فصل في مقدار وجوبها وكيفيته
١٣٤ فصل في شرائط الركن	٤٠ (كتاب الحضانة) والكلام عليه

صحيفة	صحيفة
١٧٠ فصل في ولاء الموالاة والكلام عليه	١٣٦ فصل في بيان ما يرجع الى المكتبة
١٧٣ فصل وأما صفة الحكم فيها	١٣٧ فصل وأما الذي يرجع الى بدل الكتابة
١٧٣ (كتاب الاجارة) والكلام عليه في سبع مواضع	١٤١ فصل وأما الذي يرجع الى نفس الركن من
١٧٣ مطلب في بيان جواز الاجارة	الشرائط
١٧٤ فصل في ركن الاجارة ومعناها	١٤٣ فصل في بيان ما يملك المكاتب من التصرفات وما
١٧٦ فصل وأما شرائط الركن فأنواع	لا يملكه
١٧٩ مطلب فيما يرجع الى العقود عليه	١٤٧ فصل وأما صفة المكتبة فنوعان
٢٠١ فصل في صفة الاجارة	١٥٠ فصل وأما حكم المكتبة
٢٠١ فصل وأما حكم الاجارة فلا تخلفوا	١٥٩ فصل وأما بيان ما تنفسخ به الكتابة
٢١٨ فصل وأما حكم اختلاف العاقدين	١٥٩ (كتاب الولاء) والكلام على ولاء العتاقة
٢٢٢ فصل في بيان ما ينتهي به عقد الاجارة	

كِتَابُ
بَنَائِعِ الصَّحَابِ
فِي
تَنْذِيرِ الشَّرَائِعِ

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء الخامس

الطبعة الثانية

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

المصنوع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاستصناع

يحتاج لمعرفة مسائل هذا الكتاب الى بيان صورة الاستصناع ومعناه والى بيان جوازه والى بيان حكمه والى بيان صفته

فصل أما صورة الاستصناع فهي أن يقول انسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما عمل لي خفا أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بضمن كذا وبين نوع ما يعمل وقدره وصفته فيقول الصانع نعم وأما معناه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هو مواعده وليس يبيع وقال بعضهم هو بيع لكن للمشتري فيه خيار وهو الصحيح بدليل ان محمداً رحمه الله ذكر في جوازه القياس والاستحسان وذلك لا يكون في العداات وكذا أثبت فيه خيار الرؤية وأنه يختص بالبياعات وكذا يجري فيه التقاضي والتعاضى فيه الواجب لا الموعود ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع قال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة وقال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل وجه القول الاول ان الصانع لو حضر عينا كان عملها قبل العقد ورضى به المستصنع لجاز ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز لان الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي والصحيح هو القول الاخير لان الاستصناع طلب الصنع فلم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا فكان مأخذا لاسم دليل عليه ولان العقد على مبيع في الذمة يسمى سلبا وهذا العقد يسمى استصناعا واختلاف الاسامي دليل اختلاف المعاني في الاصل وأما اذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضى به المستصنع فأنما جاز لا بالعقد الاول بل بعقد آخر وهو التعاطى بتراضيهما

فصل وأما جوازه فالقياس أن لا يجوز لانه يبيع ما ليس عند الانسان لا على وجه السلم وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ويجوز استحسانا لاجماع الناس على ذلك لانهم يعملون

ذلك في سائر الاعصار من غير نكر وقد قال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع أمتي على ضلالة وقال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح والقياس يترك بالاجماع ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالاجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذي يستعمل وفي قطعه الشارب للسقاء من غير بيان قدر المشروب وفي شراء البقل وهذه المحقرات كذا هذا ولأن الحاجة تدعو اليه لأن الانسان قد يحتاج الى خب أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة وقلبا يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج الى أن يستصنع فلولا يميز لوقع الناس في الحرج وقد خرج الجواب عن قوله انه معدوم لانه ألحق بالموجود لمساس الحاجة اليه كالمسلم فيه فلم يكن بيع ما ليس عند الانسان على الاطلاق ولأن فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والاجارة لأن السلم عقد على مبيع في الذمة واستجار الصانع يشترط فيه العمل وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزا

فصل وما شرائط جوازه (فنها) بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لانه لا يصير معلوما بدونه (ومنها) أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس من أواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال والحلج الحديد للدواب ونصول السيوف والسكاكين والقسي والنبل والسلاح كله والطشت والقمقمعة ونحو ذلك ولا يجوز في الثياب لأن القياس يأبي جوازه وانما جوازه استحسانا لتعامل الناس ولا تعامل في الثياب (ومنها) أن لا يكون فيه أجل فان ضرب للاستصناع أجلا صار سائما حتى يعتبر فيه شرائط السلم وهو قبض البدل في المجلس ولا خيار لواحد منهما اذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم (وهذا) قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد هذا ليس بشرط وهو استصناع على كل حال ضرب فيه أجلا أو لم يضرب ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع كالثياب ونحوها اجلا ينقلب سائما في قولهم جميعا (وجه) قولهما ان العادة جارية بضرب الاجل في الاستصناع وانما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة فلا يخرج به عن كونه استصناعا أو يقال قد يقصد بضرب الاجل تأخير المطالبة وقد يقصد به تعجيل العمل فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع لأن ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الاجل فيه تعجيل العمل فتعين ان يكون لتأخير المطالبة بالدين وذلك بالسلم ولا في حنيفة رضي الله عنه انه اذا ضرب فيه أجلا فقد أتى بمعنى السلم اذ هو عقد على مبيع في الذمة مؤجلا والعبارة في العقود لمعناها لا لصور الالفاظ ألا ترى ان البيع ينقذ بلفظ التمسك وكذا الاجارة وكذا النكاح على أصلنا (ولهذا) صار سائما فيما لا يحتمل الاستصناع كذا هذا ولأن التأجيل يخص بالدين لانه وضع لتأخير المطالبة وتأخير المطالبة انما يكون في عقد فيه مطالبة وليس ذلك الا السلم اذ لا دين في الاستصناع ألا ترى ان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق ثم اذا صار سائما يراعى فيه شرائط السلم فان وجدت صح والا فلا

فصل وأما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة وثبوت الملك للصانع في الثمن ما كان غير لازم على ما سئد كره ان شاء الله تعالى

فصل وأما صفة الاستصناع فهي انه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعا بخلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل كالبيع المشروط فيه الخيار للمبتاعين ان لكل واحد منهما القسح لأن القياس يقتضي أن لا يجوز لساقلنا وانما عرفنا جوازه استحسانا لتعامل الناس فبقي اللزوم على أصل القياس (وأما) بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك حتى كان للصانع ان يبيعه من شاء كذا ذكر في الاصل لأن العقد ما وقع على عين الممول بل على مثله في الذمة لسا ذكرنا انه لو اشترى من مكان آخر وسلم اليه جاز ولو باعه الصانع واراد المستصنع ان ينقض البيع ليس له ذلك ولو استسهاه قبل الرؤية فهو كالبايع اذا استسهاه المبيع قبل التسليم كذا قال أبو يوسف فاما اذا حضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع والمستصنع الخيار لأن

الصانع بائع مالم يره فلا خيار له واما المستصنع فمشتري مالم يره فكان له الخيار وانما كان كذلك لان المقود عليه وان كان معدوما حقيقة فقد الحق بالموجود ليمكن القول بجواز العقد ولان الخيار كان ثابتا لهما قبل الاحضار لمسا ذكرنا ان العقد غير لازم فالصانع بالا حضار اسقط خيار نفسه فبقى خيار صاحبه على حاله كالبيع الذي فيه شرط الخيار للعاقدين اذا أسقط احدهما خياره انه يبقى خيار الآخر كذا هذا (هذا) جواب ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رضى الله عنهم وروى عن ابي حنيفة رحمه الله ان لكل واحد منهما الخيار وروى عن ابي يوسف انه لا خيار لهما جميعا (وجهه) رواية ابي يوسف ان الصانع قد افسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة فلو كان للمستصنع الامتناع من اخذه لكان فيه اضرار بالصانع بخلاف ما اذا قطع الجلد ولم يعمل فقال المستصنع لا أر بدلا نا لا ندرى ان العمل يقع على الصفة المشروطة ولا فلم يكن الامتناع منه اضرارا بصاحبه فثبت الخيار (وجهه) رواية ابي حنيفة رحمه الله ان في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه وانه واجب والصحيح جواب ظاهر الرواية لان في اثبات الخيار للصانع ما شرع له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع لا نه متى ثبت الخيار للصانع فكل ما فرع عنه يتبعه من غير المستصنع فلا تندفع حاجة المستصنع وقول ابي يوسف ان الصانع يتضرر باثبات الخيار للمستصنع مسلم ولكن ضرر المستصنع بابطال الخيار فوق ضرر الصانع باثبات الخيار للمستصنع لان المصنوع اذا لم يلائمه وطول بتمنه لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله ولا يتعد ذلك على الصانع لكثرة ممارسته وانتصاه به لذلك ولان المستصنع اذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته لم يحصل ما شرع له الاستصناع وهو اندفاع حاجته فلا بد من اثبات الخيار له والله سبحانه وتعالى الموفق فان سلم الى حداد حديد ا يعمل له اثناء معلوما بأجر معلوم او جلدا الى خفاف ليعمل له خفا معلوما بأجر معلوم فذلك جائز ولا خيار فيه لان هذا ليس باستصناع بل هو استئجار فكان جائزا فان عمل كما امر استحق الاجر وان افسد فله ان يضمه حديد امثله لا نه لما افسده فكانه اخذ حديد آله واتخذ منه آنية من غير اذنه والانه للصانع لان المضمونات تملك بالضمان

كتاب الشفعة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان سبب ثبوت حق الشفعة وفي بيان شرائط ثبوت حق الشفعة وفي بيان ما يتأكد به حق الشفعة ويستقر وفي بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته وفي بيان ما يملك به المشفوع فيه وفي بيان طريق التملك وبيان كفيته وفي بيان شرط التملك وفي بيان ما يملك به وفي بيان التملك وفي بيان التملك منه وفي بيان حكم اختلاف الشفع والمشتري وفي بيان الحيلة في ابطال الشفعة وفي بيان انها مكروهة ام لا (اما) سبب وجوب الشفعة فالكلام فيه في موضعين احدهما في بيان ماهية السبب والثاني في بيان كفيته (اما) الاول فسبب وجوب الشفعة احد الاشياء الثلاثة الشركة في ملك المبيع والخلطة وهي الشركة في حقوق الملك والجوار وان شئت قلت احد الشيئين الشركة والجوار ثم الشركة نوعان شركة في ملك المبيع وشركة في حقوقه كالشرب والطريق وهذا عند اصحابنا رضى الله عنهم وقال الشافعي السبب هو الشركة في ملك المبيع لا غير فلا تجب الشفعة عنده بالخلطة ولا بالجوار احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انما الشفعة في مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فصدر الحديث اثبات الشفعة في غير المقسوم ونفيها في المقسوم لان كلمة انما لا تثبت المذكور ونفي ما عداه وآخره نفى الشفعة عند وقوع الحدود وصرفت الطرق والحدود بين الجارين واقعة والطرق مصروفة فكانت الشفعة منفية ولان الاخذ بالشفعة تملك مال المشتري من غير رضاه وعصمة ملكه وكون التملك اضرارا يمنع من ذلك فكان ينبغي ان لا يثبت حق الاخذ اصلا الا اناعر فثابته فيما لم يقسم بالنص غير معقول المعنى فبقى الامر في المقسوم على الاصل او ثبت معلولا بدفع ضرر خاص وهو ضرر القسمة لكونه ضررا لازما لا يمكن دفعه الا

بالشفعة فأما ضرر الجوار فليس بلازم بل هو ممكن الدفع بالرفع الى السلطان والمقابلة بنفسه فلا حاجة الى دفعه بالشفعة (ولنا) ما روى انه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ارض بيعت وليس لها شريك ولها جار فقال عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعتهما وهذا نص في الباب وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الجار أحق بصقبة والصقبة الملاصق أى أحق بما يليه وبما يقرب منه وروى الجار أحق بشفعته وهذا نص في الباب ولان حق الشفعة بسبب الشركة انما يثبت لدفع اذى الدخيل وضرره وذلك متوقع الوجود عند الجاورة فور ودالشرع هناك يكون ورودا هنادالة وتعليل النص بضرر القسمة غير سديد لان القسمة ليست بضرر بل هي تكميل منافع الملك وهي ضرر غير واجب الدفع لان القسمة مشروعة ولهذا المتجرب الشفعة بسبب الشركة في العروض دفعا للضرر القسمة (وأما) قوله يمكن دفع الضرر بالمقابلة بنفسه والمرافعة الى السلطان فنقول وقد لا يندفع بذلك ولو اندفع بالمقابلة والمرافعة في نفسها ضرر وضرر الجار السوء يكثر وجوده في كل ساعة فيبقى في ضرر دائم وأما الحديث فليس في صدره نفى الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضي نفى غير المذكور قال الله تبارك وتعالى انما انا بشر مثلكم وهذا لا ينفي ان يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشر أمثله وآخره حجة عليه لانه علق عليه الصلاة والسلام سقوط الشفعة بشرطين وقوع الحدود وصرف الطرق والملاق بشرطين لا يترك عند وجود أحدهما وعنده يسقط بشرط واحد وهو وقوع الحدود وان لم تصرف الطرق ثم هو مؤول وتأويله فاذا وقعت الحدود فتابنت وصرفت الطرق فتابعت فلا شفعة أولا شفعة مع وجود من لم ينفصل حده وطريقه او فلا شفعة بالقسمة كما لا شفعة بالرد بخيار الرؤية لان في القسمة معنى المبادلة فكان موضع الاشكال فأخبر انه لا شفعة ليزول الاشكال والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) بيان كيفية السبب فالكلام فيه في موضعين احدهما يعم حال انفراد الاسباب واجتماعها والثاني يخص حالة الاجتماع (اما) الذي يعم الحالين جميعا فهو ان السبب أصل الشركة لا قدرها واصل الجوار لا قدره حتى لو كان للدار شريك واحدا وجار واحدا أخذ كل الدار بالشفعة كثر شركته وجواره أو قل وعلى هذا يخرج قول أصحابنا رضي الله عنهم في قسمة الشفعة بين الشركاء عند اتحاد السبب وهو الشركة او الجوار انهما تنقسم على عدد الرؤوس لا على قدر الشركة وعند الشافعي رحمه الله على قدر الشركة في ملك المبيع حتى لو كانت الدار بين ثلاثة نفر لآدم نصفها وللآخر ثلثها ولا آخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه كانت الشفعة بين الباقيين نصفين عندنا على عدد الرؤوس وعنده اثلاثا لثلاثا لصاحب الثلث وثلثا لصاحب السدس على قدر الشركة (وجه) قوله ان حق الشفعة من حقوق الملك لانه ثبت لتكامل منافع الملك فيتقدر بقدر الملك كالثمرة والغلة (ولنا) ان السبب في موضع الشركة أصل الشركة وقد استويا فيه فيستويان في الاستحقاق والدليل على ان السبب أصل الشركة دلالة الاجماع والمقول اما دلالة الاجماع فلان الشفيع اذا كان واحدا يأخذ كل الدار بالشفعة ولو كان السبب قدر الشركة لتقدر حق الاخذ بقدرها واما المعقول فلان حق الشفعة انما يثبت لدفع اذى الدخيل وضرره والضرر لا يندفع الا بأخذ كل الدار بالشفعة فدل ان سبب الاستحقاق في الشركة هو اصل الشركة وقد استويا فيه فبعد ذلك لا يخلو اما ان يأخذ احدهما الكل دون صاحبه واما ان يأخذ كل واحد منهما الكل لا سبيل الى الاول لانه ليس احدهما بأولى من صاحبه ولا سبيل الى الثاني لاستحالة تملك دار واحدة في زمان واحد من اثنين على الكمال فتتصرف بينهما عملا بكامل السبب بقدر الامكان ومثل هذا جائز فان من هلك عن ابنين كان ميراثه بينهما نصفين لان بنوة كل واحد منهما سبب لاستحقاق كل الميراث الا انه لا يمكن اثبات الملك في مال واحد لكل واحد منهما على الكمال لتضايق المحل فينصف بينهما فكذا هذا وكذلك اذا كان لدار واحدة شفيعان جاران جوارهما على التفاوت بأن كان جوار احدهما بخمسة اسداس الدار وجوار الآخر لسدسها كانت الشفعة بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو اصل الجوار وعلى هذا يخرج ما اذا كان للدار شفيعان فأسقط احدهما الشفعة ان لا آخر ان يأخذ كل الدار

بالشفعة لوجود سبب الاستحقاق للكل في حق كل واحد منهما وانما القسمة للتزاحم والتعارض على ما بينا فاذا اسقط احدهما زال التزاحم والتعارض فظهر حق الآخر في الكل فياخذ الكل وكذلك لو كان الشفعة جماعة فاسقط بعضهم حقه فلباقين ان يأخذوا الكل بالشفعة لما قلنا ولو كان للدار شفيهان واحد هما غائب فللحاضر ان يأخذ كل الدار بالشفعة لان سبب ثبوت الحق على الكمال وجد في حقه وقد تأكد حقه بالطلب ولم يعرف تأكد حق الغائب لانه محتمل محتمل ان يطلب ويحتمل ان لا يطلب او يعرض فلم يقع التعارض والتزاحم فلا يمنع الحاضر من استيفاء حقه الثابت المتأكد بحق محتمل التأكد والعدم بل يقضى له بالكل عملاً بكال السبب من غير تعارض بخلاف ما اذا كان لرجلين على رجل الف درهم فهلك الرجل وترك الف درهم واحد صاحبي الدين غائب انه لا يسلم الى الحاضر الاخمسة لان هناك حق كل واحد منهما يساوي حق الآخر في التأكد فيقسم بينهما على السوية لوقوع التعارض والتزاحم وكذلك لو كان للدار شفعة بعضهم غائب وبعضهم حاضر يقضى بالدار بين الحضور على عدد رؤسهم لما قلنا ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض لم يصح جعله في حق غيره وسقط حق الجاعل وقسمت على عدد رؤس من بقي لان حق الشفعة مما لا يحتمل النقل لانه ليس بأمر ثابت في المحل فبطل الجعل في حق غيره وسقط حقه لكون الجعل دليل الاعراض وبقي كل الدار بين الباقين فيقسمونها على عدد الرؤس لما ذكرنا ولو كان احدهم حاضراً فاقضى له بكل الدار ثم جاء آخر يقضى له بنصف ما في يد الحاضر فان جاء ثالث يقضى له بثالث ما في يد كل منهما لوقوع التعارض والتزاحم لا يستواء الكل في سبب ثبوت الحق وتأكد حقه فيقسم بينهم على السوية ولو أخذ الحاضر الكل ثم قدم الغائب واراد ان يأخذ النصف فقال له الحاضر انا اسلم لك الكل فاما ان تأخذ او تدع فليس له ذلك وللذي قدم ان يأخذ النصف لان القاضي لما قضى للحاضر بكل الدار تضمن قضاؤه بطلان حق الغائب عن النصف وصار الغائب مقضياً عليه في ضمن القضاء للحاضر بالكل فبعد ذلك وان بطل القضاء لكن الحق بعد ما بطل لا يتصور عوده ولو قضى بالدار للحاضر ثم وجده عيباً فردته ثم قدم الغائب فليس له ان يأخذ بالبيع الاول الا نصف الدار سواء كان الرد بالعيب بقضاء أو بغير قضاء وسواء كان قبل القبض أو بعده لما ذكرنا انه لما قضى القاضي للحاضر بكل الدار بالشفعة فقد أبطل حق الغائب عن النصف وصار هو مقضياً عليه ضرورة القضاء على المشتري فبطلت شفעתه في هذا النصف فلا يحتمل العود سواء كان الرد بالعيب بقضاء أو بغير قضاء لانه انما بطل حقه في النصف بالقضاء بالشفعة وبالرد بالعيب لا يتبين ان القضاء بالشفعة لم يكن وكذا يستوى فيه الرد قبل القبض وبعده لما قلنا ولو اراد الغائب ان يأخذ كل الدار بالشفعة برد الحاضر بالعيب ويدع البيع الاول ينظر ان كان الرد بغير قضاء فله ذلك لان الرد بغير قضاء بيع مطلق فكان بيعاً جديداً في حق الشفعة فياخذ الكل بالشفعة كما يأخذ بالبيع المبتداه كما ذكر محمد واطلق الجواب ولم يفصل بينا اذا كان الرد بالعيب قبل القبض او بعده من مشايخنا من قال ما ذكر من الجواب محمول على ما بعد القبض لان الرد قبل القبض بغير قضاء بيع جديد وبيع العقار قبل القبض لا يجوز على اصله وانما يستقيم اطلاق الجواب على اصل ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله (ومنهم) من قال يستقيم على مذهب الكل لان رضا الشفيع هنا غير معتبر لكونه مجبوراً في التملك فكان رضاه ملحقاً بالعدم وان كان بقضاء فليس له ان يأخذ لانه فسخ مطلق ورفع العقد من الاصل كانه لم يكن والاخذ بالشفعة يختص بالبيع ولو اطلع الحاضر على عيب قبل ان يقضى له بالشفعة فسلم الشفعة ثم قدم الغائب فان شاء اخذ الكل وان شاء ترك لان القاضي اذا لم يقض بالشفعة للحاضر لم يطل حق الغائب بل بقي في كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل الا انه لم يظهر لزاحمة الحاضر في الكل وبالتسليم زالت المزاحمة فظهر حق الغائب في كل الدار ولو رد الحاضر الدار بالعيب بعد ما قضى له بالشفعة ثم حضر شفيهان اخذاً ثلثي الدار بالشفعة والحكم في الاثنين والثلاث سواء يسقط حق الغائب بقدر حصة الحاضر لما قلنا وكذلك لو كان الشفيع الحاضر اشترى الدار من المشتري ثم حضر الغائب فان شاء أخذ كل الدار بالبيع الاول وان شاء اخذ كلها بالبيع

الثاني (أما) الاخذ بالبيع الاول فلان حق الحاضر في الشفعة قد بطل بالشراء من المشتري لكون الشراء منه دليل الاعراض فرالت المزاومة الموجبة للقسمة فبقى حق الغائب في كل الدار فيأخذ الكل بالبيع الاول ان شاء بخلاف الشفيع اذا اشترى الدار المشفوعة من صاحبها انه لا تبطل شفعته لان البطالان بالاقدام على الشراء ولا حق له قبل الشراء ليبطل به (واما) الاخذ بالبيع الثاني فلان البيع الثاني وجد ولا حق للحاضر في الشفعة لصيرورته معرضا بالشراء فيظهر حق الاخذ بالكل ولو كان المشتري الاول شفيعا للدار فاشترى الشفيع الحاضر منه ثم قدم الغائب فان شاء اخذ نصف الدار بالبيع الاول وان شاء اخذ كلها بالبيع الثاني (اما) اخذ النصف بالبيع الاول فلان المشتري الاول لم يثبت له حق قبل الشراء حتى يكون بشرائه معرضا عنه فاذا باعه من الشفيع الحاضر لم يثبت للغائب الا مقدار ما كان يخصه بالمزاومة مع الاول وهو النصف وأما اخذ الكل بالعقد الثاني فلان السبب عند البيع الاول اوجب الشفعة للكل في الدار وقد بطل حق الشفيع الحاضر بالشراء لكون الشراء دليل الاعراض فبقى حق المشتري الاول والغائب في كل الدار فيقسم بينهما للترامح فيأخذ الغائب نصف الدار بالبيع الاول ان شاء وان شاء اخذ الكل بالعقد الثاني لان السبب عند العقد الثاني اوجب للشفيع حق الشفعة ثم بطل حق الشفيع الحاضر عند العقد الاول ولم يتعلق باقدامه على الشراء الثاني بعقده حق لا عراضه فكان للغائب ان يأخذ كل الدار بالعقد الثاني ولو كان المشتري الاول أجنبيا اشترى بألف فباعها من اجنبي بألفين ثم حضر الشفيع فالشفيع بالخيار ان شاء أخذ بالبيع الاول وان شاء اخذ بالبيع الثاني لوجود سبب الاستحقاق وشرطه عند كل واحد من اليعين فكان له الخيار فان اخذ بالبيع الاول سلم الثمن الى المشتري الاول والعهد عليه وينسخ البيع الثاني ويسترد المشتري الثاني الثمن من الاول وان أخذ بالبيع الثاني تم البيعان جميعا والعهد على الثاني غير أنه ان وجد المشتري الثاني والدار في يده فله ان يأخذ بالبيع الثاني سواء كان المشتري الاول حاضرا أو غائبا وان أراد ان يأخذ بالبيع الاول فليس له ذلك حتى يحضر المشتري الاول والثاني هكذا ذكر القاضي الامام الاسيحي في شرحه عليه الرحمة في شرحه مختصر الطحاوي ولم يحكم خلافا وذكر الكرخي عليه الرحمة ان هذا قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبي يوسف رحمه الله حضرة الاول ليست بشرط وللشفيع أن يأخذ من الذي في يده ويدفع اليه الفأو يقال له اتبع الاول واخذ منه الفأو وان كان الثاني اشترى بألف يؤخذ منه ويدفع اليه الفأو (وجه) قول أبي يوسف أن حق الشفعة حق متعلق بعين الدار فلا يشترط لاستيفائه حضرة المشتري (وجه) قوله أن الاخذ من غير حضرة المشتري الاول يكون قضاء على الغائب لان الاخذ بالبيع الاول يوجب انفساخ البيع الاول على المشتري الاول على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تبارك وتعالى فيكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وانه لا يجوز وقوله حق الشفعة متعلق بالعين ممنوع بل لا حق في العين وانما الثابت حق التملك على المشتري فلا بد من حضرته ولو كان المشتري باع نصف الدار ولم يبيع جميعها فجاء الشفيع وأراد أن يأخذ بالبيع الاول أخذ جميع الدار ويبطل البيع في النصف الثاني من المشتري الثاني لان سبب استحقاق الجميع وشرطه موجود عند البيع الاول فاذا أخذ الكل بالبيع الاول انفسخ البيع في النصف الثاني من المشتري لانه تبين انه تقدم على حق الشفيع في قدر النصف وان أراد ان يأخذ النصف بالبيع الثاني فله ذلك لان شرط الاستحقاق وهو البيع وجد في النصف وبطلت شفعته في النصف الذي في يد المشتري الاول لوجود دليل الاعراض ولو كان المشتري لم يبيع الدار ولكنه وهبها من رجل أو تصدق بها على رجل وقبضها الموهوب له أو المتصدق عليه ثم حضر الشفيع والموهوب له حاضر ان اخذها الشفيع بالبيع لا بالهبة لان كون القدمة اوضة من شرائط الاستحقاق على ما نذكره ان شاء الله تعالى ولا بد من حضرة المشتري حتى لو حضر الشفيع ووجد الموهوب له فلا خصومة معه حتى يجد المشتري فيأخذها بالبيع الاول والثمن للمشتري وتبطل الهبة كذا ذكر القاضي من غير خلاف وأما الكرخي فقد جعله على الخلاف الذي ذكرنا ان الذي في يده الدار وهو الموهوب له

لم يكن خصما عندهما وعند أبي يوسف يتكون خصما كما في البيع ولو وهب المشتري نصف الدار مقسوما وسلمه إلى الموهوب له ثم حضر الشفيع وأراد أن يأخذ النصف الباقي بنصف الثمن ليس لذلك ولكنه يأخذ جميع الدار بجميع الثمن أو يدع لان في أخذ البعض دون البعض تفرق الصفقة على المشتري وإذا أخذ الكل بطلت الهبة وكان الثمن كله للمشتري لا للموهوب له ولو اشترى داراً بألف ثم باعها بألفين فعلم الشفيع بالبيع الثاني ولم يعلم بالبيع الأول فأخذها بقضاء أو بغير قضاء ثم علم أن البيع الأول كان بألف فليس له أن ينقض أخذه لأنه لما أخذها بالبيع الثاني فقد ملكها وحق التمليك بالبيع الأول بعد ثبوت الملك له لا يتصور فسقط حقه في الشفعة في البيع الأول ضرورة ثبوت الملك له والثابت ضرورة يستوى فيه العلم والجهل فان اشتراها بألف ثم زاده في الثمن ألفاً فعلم الشفيع بالألفين ولم يعلم أن الألف زيادة فأخذها بألفين فإذا أخذ بقضاء القاضي بطل القاضي الزيادة وقضى له بالألف لان الزيادة غير ثابتة شرعاً في حق الشفيع فكان القضاء بالزيادة قضاء بما ليس بثابت فيبطلها القاضي وإن أخذها بغير قضاء فليس له أن ينقض أخذه لان الأخذ بغير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ فسقط حقه في الشفعة ولو كان المشتري حين اشتراها بألف ناقضه البيع ثم اشتراه بألفين فأخذ الشفيع بألفين ولم يعلم بالبيع الأول ثم علم به لم يكن له أن ينقضه سواء كان بقضاء أو بغير قضاء لانه اجتمع بيعان لا يمكن الأخذ بهما فإذا أخذ بأحدهما انتقض الآخر والله عز وجل أعلم وإذا كان للدار جاران أحدهما غائب والآخر حاضر فخاصم الحاضر إلى قاض لا يرى الشفعة بالجوار فأبطل شفيعته ثم حضر الغائب فخاصمه إلى قاض يرى الشفعة قضى له بجميع الدار لان قضاء القاضي الأول صادف محل الاجتهاد فنفذ وبطلت شفعة الحاضر فبقى حق الغائب في كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل في أخذ الكل بالشفعة ولو كان القاضي الأول قال أبطلت كل الشفعة التي تتعلق بهذا البيع لم تبطل شفعة الغائب كذا قاله محمد وهو صحيح لانه قضاء على الغائب وانه لا يجوز والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الذي يخص حالة الاجتماع فهو ان اسباب استحقاق الشفعة اذا اجتمعت راعى فيها الترتيب فيقدم الأقوى فالأقوى فيقدم الشريك على الخليط والخليط على الجار لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من غيره ولان المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه وسبب وصول الضرر والذى هو الاتصال والاتصال على هذه المراتب فالأصل اتصال بالشركة في عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط والاتصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح فان سلم الشريك وجبت للخليط وان اجتمع خليطان يقدم الاخص على الاعم وان سلم الخليط وجبت للجار لما قلنا وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه اذا سلم الشريك فلا شفعة لغيره (وجه) رواية أبي يوسف ان الحق عند البيع كان للشريك لا لغيره الا ترى أن غيره لا يملك المطالبة فاذا سلم سقط الحق أصلاً والصحيح جواب ظاهر الرواية لان كل واحد من هذه الاشياء الثلاثة سبب صالح للاستحقاق الا أنه يرجح البعض على البعض لقوة التأثير على ما بينا فاذا سلم الشريك التحقت شركته بالعدم وجمعت كلها لم تكن فیراعى الترتيب في الباقي كما لو اجتمعت الخلطة والجوار ابتداء وبيان هذا في مسائل دار بين رجلين في سكة غير نافذة طريقها من هذه السكة باع أحدهما نصيبه فالشفعة لشريكه لان شركته في عين الدار وشركة أهل السكة في الحقوق فكان الشريك في عين الدار أولى بالشفعة فاذا سلم فالشفعة لأهل السكة كلهم يستوى فيه الملاصق وغير الملاصق لانهم كلهم خلطاء في الطريق فان سلموا فالشفعة للجار الملاصق وعلى ما روى عن أبي يوسف اذا سلم الشريك سقطت الشفعة أصلاً ولو انشعبت من هذه السكة سكة أخرى غير نافذة فبيعت دارها فالشفعة لأهل هذه السكة خاصة لان خلطة أهل هذه السكة السفلى أخص من خلطة أهل السكة العليا ولو بيعت دار في السكة العليا استوى في شفعتها أهل السكة العليا وأهل السكة السفلى لان خلطتهم في السكة العليا سواء فيستوون في الاستحقاق وقال محمد رحمه الله أهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق اذا كان ملكهم او كان فناء غير مملوك أما اذا كان ملكهم فظاهر

لوجود الخلطة وهي الشركة في الطريق وأما إذا كان فناء غير مملوك فلأنهم أخص به من غيرهم فكان في معنى المملوك وان كانت السكة نافذة فيبعت دار فيها فلا شفعة إلا للجار الملاصق لأن الشركة العامة باحة معنى لما قلنا وان كان مملوكا فهو في حكم غير النافذ والطريق النافذ الذي لا يستحق به الشفعة ما لا يملك أهله سده لأنه إذا كان كذلك يتعلق به حق جميع المسلمين فكانت شركته عامة فيشبهه الباحة وعلى هذا يخرج النهر إذا كان صغيرا يسقى منه أراضى معدودة أو كروم معدودة فيبيع أرض منها أو كرم أن الشركاء في النهر كلهم شفعاء يستوي الملاصق وغير الملاصق لاستوائهم في الخلطة وهي الشركة في الشرب وان كان النهر كبيرا فالشفعة للجار الملاصق بمنزلة الشوارع واختلف في الحد الفاصل بين الصغير والكبير قال أبو حنيفة ومحمد رحمهم الله إذا كان تجري فيه السفن فهو كبير وان كان لا تجري فهو صغير وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال لا أستطيع أن أحد هذا الحد هو عندي على ما أرى حين يقع ذلك وروى عن أبي يوسف رحمه الله رواية أخرى أنه ان كان يسقى منه مرأحان أو ثلاثة أو بستانان أو ثلاثة ففيه الشفعة وما زاد على ذلك فلا كذا ذكر الكرخي رضي الله عنه الاختلاف بين أصحابنا والقاضي لم يذكر خلافا فيهم وإنما ذكر اختلاف المشايخ رحمهم الله قال بعضهم ان كان شركاء النهر بحيث يحصون فهو صغير وان كانوا لا يحصون فهو كبير وقال بعضهم ان كانوا مائة فادونهم فهو صغير وان كانوا أكثر من مائة فهو كبير وقال بعضهم هو مفوض الى رأي القاضي فان رأى صغيرا قضى بالشفعة لاهله وان رأى كبيرا قضى بالجار الملاصق ولو نزح من هذا النهر نهر آخر فيه أرضون أو بساتين وكروم فيبيع أرض أو بستانا شرب به من هذا النهر التازع فأهل هذا النهر أحق بالشفعة من أهل النهر الكبير ألا ترى انهم مختصون بشرب النهر التازع فكانوا أولى كما في السكة المنشعبة من سكة غير نافذة ولو بيعت أرض على النهر الكبير كان أهله وأهل النهر التازع في الشفعة سواء لاستوائهم في الشرب قال محمد رحمه الله في قراح واحد في وسط ساقية جارية يشرب هذا القراح منها من الجانبين فيبيع القراح فجاء شفعيان أحدهما إلى هذه الناحية في القراح والآخر إلى الجانب الآخر قال هما شفعيان في القراح وليست الساقية بمائلة لأن الساقية من حقوق هذا القراح فلا يعتبر فاصلا كالحائط الممتد ولو كانت هذه الساقية بحوار القراح ويشرب منها ألف جريب من هذا القراح فأصحاب الساقية أحق بالشفعة من الجار لأنهم شركاء في الشرب والشريك مقدم على الجار لما مر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما روى عن أبي يوسف أنه قال في دار بين رجلين ورجل فيهما طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار ان الشريك أحق بالشفعة من صاحب الطريق لأن الشريك في عين العتار أحق من الخليط وكذلك اذا كانت الدار بين رجلين ولا حد لها حائط بأرضه في الدار بينهما وبين آخر فباع الذي له شركة في الخليط وكذلك اذا كانت الدار والحائط للشريك في الدار أحق بشفعة الدار والشريك في الحائط أولى بالحائط لأن الشريك في الحائط ليس بشريك في الدار بل هو جار لبقية الدار والشريك مقدم على الجار وكذلك دار بين رجلين ولا حد لها بئر في الدار بينهما وبين آخر فباع الذي له شركة في البئر نصيبه من الدار والبئر فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار والشريك في البئر لأن الشريك في البئر جار لبقية الدار والشريك مقدم على الجار وكذلك سفلى بين رجلين ولا حد لها علو عليه بينهما وبين آخر فباع الذي له نصيب في السفلى والعلو نصيبه فلشريك في السفلى الشفعة في السفلى ولشريك في العلو الشفعة في العلو ولا شفعة لشريك في السفلى في العلو ولا لشريك في العلو في السفلى لأن شريك في السفلى جار للعلو وشريك في حقوق العلو وان كان طريق العلو فيه ليس بشريك له في العلو والشريك في عين البقعة أو ما هو في معنى البقعة مقدم على الجار والشريك في الحقوق وشريك في العلو جار للسفلى أو شريك في الحقوق اذا كان طريق العلو في تلك الدار ولا شركة له في عين البقعة فكان الشريك في عين البقعة أولى ولو كان لرجل علو على دار وطريقه فيها وبقية الدار لا آخر فباع صاحب العلو بطريقه فالقياس أن لا بشفعة لصاحب السفلى في العلو وفي الاستحسان تجب (وجهه) القياس ان من شرائط وجوب الشفعة ان يكون المبيع عقارا والعلو

منقول فلا تجب فيه الشفعة كما لا تجب في سائر المنقولات (وجه) الاستحسان ان العلو في معنى العقار لان حق البناء على السفلى حق لازم لا يمتثل البطلان فأشبه العقار الذي لا يمتثل الهلاك فكان ملحقاً بالعقار فيعطى حكمه ولو كان طريق هذا العلو في دار وجعل آخر فبيع العلو فصاحب الدار التي فيها الطريق أولى بشفعة العلو من صاحب الدار التي عليها العلو لان صاحب الدار التي فيها الطريق شريك في الحقوق وصاحب الدار التي عليها العلو جار والشريك مقدم على الجار فان سلم صاحب الطريق الشفعة فان لم يكن للعلو جار ملاصق أخذه صاحب الدار التي عليها العلو بالجوار لانه جاره وان كان للعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفلى لانهما جاران وان لم يكن جار العلو ملاصقاً وبين العلو وبين مسكنه طائفة من الدار فلا شفعة له لانه ليس بجار ولو باع صاحب السفلى السفلى كان صاحب العلو شفعياً لانه جاره وليس شريكاً وهو كدارين متجاورتين لا حدهما خشب على حائط الآخر ان صاحب الخشب لا يستحق الا بالجوار ولا يستحق بالخشب شيئاً ولو بيعت الدار التي فيها الطريق العلو فصاحب العلو أولى بشفعة الدار من الجار لانه شريك في الحقوق فكان مقدماً على الجار وروى عن أبي يوسف أنه قال في بيت عليه غرفتان احدهما فوق الاخرى ولكل غرفة طريق في دار أخرى وليس بينهما شركة في الطريق فباع صاحب البيت الاوسط بيته وسلم صاحب الطريق فالشفعة لصاحب العلو ولصاحب السفلى جميعاً لاستوائهما في الجوار فان باع صاحب العلو كانت الشفعة للاوسط دون الاسفل لان الجوار له لا للاسفل وعلى هذا يخرج ما روى عن أبي يوسف انه قال في دار فيها مسيل ماء لرجل آخر فبيعت الدار كانت له الشفعة بالجوار لا بالشركة وليس المسيل كالشرب لان صاحب المسيل مختص بمسيل الماء لا شركة للاخر فيه فصاحب الحائط لصاحب احدي الدارين في الاخرى ولو أن حائطاً بين دارين رجلين والحائط بينهما فصاحب الشرك في الحائط أولى بالحائط من الجار وبقية الدار يأخذها بالجوار مع الجار بينهما هكذا روى عن أبي يوسف وزفر رحمهما الله وروى عن أبي يوسف رواية أخرى ان الشريك في الحائط أولى بجميع الدار (وجه) هذه الرواية ان الشريك في الحائط شريك في بعض المبيع فكان أولى من الجار الذي لا شركة له كالشريك في الشرب والطريق (وجه) الرواية الاولى ان الشريك في الحائط شريك لكن في بقعة معينة وهي ماتحت الحائط لا في بقية الدار بل هو جار في بقية الدار فكان أولى بما هو شريك فيه وبقية الدار بينهما وبين الجار الآخر لا استوائهما في الجوار وكذلك الدار لرجل فيها بيت بينهما وبين غيره فباع الرجل الدار وطلب الجار الشفعة وطلبها الشريك في البيت فصاحب الشركة في البيت أولى بالبيت وبقية الدار بينهما نصفان قال الكرخي عليه الرحمة وأصح الروايات عن أبي يوسف ان الشريك في الحائط أولى ببقية الدار من الجار لما ذكرنا من تحقق الشركة في نفس المبيع والشريك مقدم على الجار قال وعن محمد مسألة تدل على ان الشريك في الحائط أولى فانه قال في حائط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة ولا يعلم ان الحائط بينهما الا بالخشبة فبيعت احدي الدارين قال فان أقام الآخر بينة ان الحائط بينهما فهو أحق من الجار لانه شريك وان لم يقيم بينة لم أجعله شريكاً وقوله أحق من الجار أي أحق بالجميع لا بالحائط خاصة وهذا هو مقتضى ظاهر هذا الاطلاق وروى عن أبي يوسف فيمن اشترى حائطاً بأرضه ثم اشترى ما بقي من الدار ثم طلب جار الحائط الشفعة فله الشفعة في الحائط ولا شفعة له فيما بقي من الدار لانه لم يكن جاراً لبقية الدار وقت البيع اذ الحائط حائل بين ملكه وبقية الدار فلا تجب الشفعة له وروى عن أبي يوسف في دار بين رجلين لرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار فشرى بكمه في الدار حق بالشفعة في الدار ولصاحب الطريق الشفعة في الطريق لان الطريق اذا كان معينا كان بمنزلة الحائط على ما ذكرنا وهذا على الرواية التي تقول الشريك في الحائط جار في بقية الدار على ما ذكرنا فإما تقدم والله أعلم

* (فصل) * وأما شرائط وجوب الشفعة فانواع (منها) عقد المعاوضة وهو البيع أو ما هو في معناه فلا تجب الشفعة

فما ليس يبيع ولا بمعنى البيع حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية لأن الأخذ بالشفعة يملك على المأخوذ منه
 مثل ممالك هو فإذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع فاما أن يأخذ بالقيمة واما أن يأخذ بمجانا بلا عوض
 لا سبيل إلى الأول لأن المأخوذ منه لم يملكه بالقيمة ولا سبيل إلى الثاني لأن الحدد على التبرع ليس بمشروع فامتنع
 الأخذ أصلا وإن كانت الهبة بشرط العوض فإن تقابضاً وحلت الشفعة لوجود معنى المعاوضة عند التقابض وإن
 قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أصحابنا الثلاثة وعند من عجب الشفعة بنفس العقد وهذا بناء على أصل
 وهو أن الهبة بشرط العوض عندنا تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وعند معاوضة ابتداء وانتهاء ودلائل هذا الأصل في
 كتاب الهبة نذكرها هناك إن شاء الله تعالى ولو وهب عقاراً من غير شرط العوض ثم إن الموهوب له عوضه من ذلك
 داراً فلا شفعة في الدارين لأن دار الهبة ولا في دار العوض لأن إعطاء دار العوض هبة مبتدأة لأنها اختصت
 بالمنع من الرجوع إلا أن تكون عوضاً حقيقة بدليل أنه ولو وهب عشرة دراهم فعوضه بخمسة جاز ولو كان عوضاً حقيقة
 لم يجز لأنه يكون بأدل أن الثاني ليس بعوض عن الأول حقيقة فلم يكن هذا معاوضة بل كان هبة مبتدأة فلم تجب به
 الشفعة وتجب الشفعة في الدار التي هي بدل الصالح سواء كان الصالح على الدار عن إقرار أو إكراه أو سكوت لوجود
 معنى المعاوضة (أما) في الصالح عن إقرار فظاهر لأن المدعى ملك المدعى في حق المدعى والمدعى عليه فكانت الدار
 التي هي بدل الصالح عوضاً عن ملك ثابت في حقها جميعاً فيتحقق معنى المعاوضة في هذا الصالح (وأما) في الصالح عن
 إنكار فلأن عند المدعى أنه أخذ الدار عوضاً عن ملكه الثابت فكان الصالح معاوضة في حقه وكان للشفيع فيها حق
 الشفعة وكذا في الصالح عن سكوت المدعى عليه لأن المدعى إن كان محققاً في دعواه كان بدل الصالح عوضاً عن ملكه
 حقيقة وإن كان مبطلاً كان عوضاً عن ملكه في زعمه فيتحقق معنى المعاوضة في زعمه وكذا تجب الشفعة في الدار
 المصالح عنها عن إقرار لوجود معنى المعاوضة في هذا الصالح من الجانبين جميعاً (وأما) عن إنكار فلا تجب به الشفعة
 لأن في زعم المدعى عليه أن الدار المدعاة ملكه وأنما بذل المال لدفع الخصومة الباطلة فلا يتحقق معنى المعاوضة في
 حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها منه بالشفعة للحال ولكنه يقوم مقام المدعى في إقامة الحجج فإن أقام البينة على صاحب
 اليد أن الدار كانت للمدعى أو حلف المدعى عليه فنكل فله الشفعة لأنه تبين أن الصالح وقع معاوضة حقيقة وإن لم تتم
 له الحجج فلا شفعة له وكذلك لا تجب الشفعة في الدار المصالح عنها عن سكوت المدعى إن كان محققاً في دعواه كان
 الصالح معاوضة فتجب الشفعة وإن كان مبطلاً لم يكن معاوضة في حق المدعى عليه فلا تجب الشفعة مع الاحتمال
 لأن الحكم كما لا يثبت بدون شرطه لا يثبت مع وجود الشك في شرطه لأن غير الثابت يبين لا يثبت بالشك ولو
 كان بدل الصالح منافع فلا شفعة في الدار المصالح عنها سواء كان الصالح عن إنكار أو إقرار لأن بدل الصالح ليس بعين
 مال فلم يكن هذا الصالح معاوضة عين المال بعين المال وهذا من شرائط ثبوت الشفعة على ما نذكره إن شاء الله تعالى
 ولو اختلف على أن يأخذ المدعى عليه الدار ويعطيه داراً أخرى فإن كان الصالح عن إنكار تجب في كل واحدة
 من الدارين الشفعة بقيمة الدار الأخرى لأن الصالح إذا كان عن إنكار كان الصالح على معاوضة دار بدار وإن
 كان عن إقرار لا يصح الصالح ولا تجب الشفعة في الدارين جميعاً لأنهما جميعاً ملك المدعى ولو اشترى داراً فسلم
 الشفيع الشفعة ثم رد المشتري الدار بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده فأراد الشفيع أن يأخذ الدار
 بالشفعة بسبب الرد لم يكن لذلك لأن الرد بخيار الرؤية والشرط ليس في معنى البيع ألا ترى أنه يرد من غير رضا
 البائع بل هو فسخ محض في حق الكل ورفع العقد من الأصل كأنه لم يكن فيعود إليه قديم ملكه فلم يتحقق معنى
 البيع فلا تجب الشفعة وكذا لو رد عليه ببيع قبل القبض أو بعده بقضاء القاضى لأن الرد بقضاء القاضى فسخ
 مطلق وإن كان بغير قضاء القاضى فلا شفيع الشفعة لأن الرد بغير قضاء يبيع جديد في حق ثالث وكذا إذا قال قبل
 القبض أو بعده لأنها يبيع جديد في حق ثالث ولا تجب الشفعة في القسمة وإن كان فيها معنى المعاوضة لأنها ليست

بمعاوضة محضة بل فيها معنى الاقرار والتميز ألا ترى انه يجري فيها الجبر فلم تكن معاوضة مطلقة فلا تجب فيها الشفعة كما اذا صالح عن دم عمد على دارانه لا تجب الشفعة (ومنها) معاوضة المال بالمال فلا تجب في معاوضة المال بغير المال لان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري فلو وجبت في معاوضة المال بغير المال فاما أن يأخذ بملك به المشتري ولا سبيل اليه لانه تملك بالقصاص واما أن يأخذ بقيمة الدار ولا سبيل اليه أيضاً لان المشتري لم يملك به فامتنع التملك أصلاً وعلى هذا يخرج ما اذا صالح عن دم العمد على دارانه لا تجب الشفعة لان القصاص ليس بمال فلم توجد معاوضة المال بالمال وكذا لو صالح من جنابة توجب القصاص فيما دون النفس على دار لمالقلنا ولو صالح من جنابة توجب الارش دون القصاص على دار تجب فيها الشفعة بالارش لوجود معاوضة المال بالمال وكذا لو اعتق عبد أعلى دار لان العتق ليس بمال فلم توجد معاوضة المال بالمال (ومنها) معاوضة عين المال بعين المال فلا تجب في معاوضة عين المال بمال ليس بعين المال لاذكرنا ان التملك بما تملك به المشتري غير ممكن والتملك بعين المال ليس بملك بما تملك به المشتري فامتنع أصلاً وعلى هذا يخرج ما اذا جعل الدار مهرأ بأن تزوج على دار أو جعلها بدل الخلع بأن خلع امرأته على دار أو جعلها أجرة في الاجارات بأن استأجر داراً لان هذا معاوضة المال بالمنفعة لان حكم الاجارة ثبت في المنفعة وكذا حكم النكاح وهو الصحيح على ما عرف في مسائل النكاح من الخلاف والمنفعة ليست بمال وهذا عند أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله هذا ليس بشرط وتجب الشفعة في هذه المواضع فيأخذها الشفيع بقيمة البضع وهي مهر المثل في النكاح والخلع وفي الاجارة بأجرة المثل (وجه) قوله ان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري عند الامكان وعند التعذر تقام قيمته مقامه ألا ترى انه لو اشترى داراً بعد الشفيع يأخذها بقيمة العبد للتعذر الاخذ بمثله اذ لا مثل له فتقوم قيمته مقامه كذا هيها والمنافع تتقوم بالعقد بخلاف فتقام قيمة العوض مقامه (ولنا) ان المنافع في الاصل لا قيمة لها على أصول أصحابنا والاصل فيها أن لا تكون مضمونة لان الشيء يضمن بمثله في الاصل والعرض لا يضمن العين ولهذا قالوا انها لا تضمن بالنصب والاتلاف الا انها تتقوم بالعقد بطريق الضرورة ولحاجة الناس فبقى ما وراء ذلك على الاصل فلا يظهر تقومها في حق الشفيع ولو تزوج امرأة على دار على أن ترد المرأة عليه ألقاً فلا شفعة في شيء من الدار عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تجب الشفعة في حصة الالف (وجه) قولهما ان الدار بضمها مهر وبعضها مبيع فلتنجز تعذر ايجاب الشفعة في حصة المهر أمكن ايجابها في حصة المبيع فتجب في حصته (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله انه لا يمكن ايجاب الشفعة في حصة المبيع الا بعد قسمة الدار وفي قسمتها تقويم المنافع ولا قيمة لها الا عند الضرورة وعلى ما بينا ولان المهر في الدار هو الاصل لانها انما دفعت الالف لتسلم لها الدار فاذا لم تثبت الشفعة في الاصل فكيف تجب في التابع ولو تزوجها على مهر مسمى ثم باع داره من المرأة بذلك المهر أو تزوجها بغير مهر مسمى ثم باع داره من المرأة بمهر المثل تجب فيها الشفعة لان هذا مبيع مبتدأ فتجب به الشفعة ولو تزوجها على دار أو تزوجها على غير مسمى ثم فرض لها داره مهر الانجب فيها الشفعة لان الفرض منه ليس ببیع بل هو تقدير المهر فلا تجب الشفعة (ومنها) أن يكون المبيع عقاراً أو ما هو بمعناه فان كان غير ذلك فلا شفعة فيه عند عامة العلماء رضي الله عنهم وقال مالك رضي الله عنه هذا ليس بشرط وتجب الشفعة في السفن (وجه) قوله أن السفينة أحد المسكنين فتجب فيها الشفعة كما تجب في المسكن الآخر وهو العقار ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا شفعة الا في ربع أو حائط لان الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكناً وانما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام وذلك لا يتحقق الا في العقار ولا تجب الا في العقار أو ما في معناه وهو العلو على ما نذكره ان شاء الله تعالى سواء كان العقار مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها كالحمام والرحا والبئر والنهر والعين والدور الصغار عند أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله لا تجب الشفعة الا في عقار يحتمل القسمة والكلام فيه يرجع الى أصل تقدم ذكره وهو

ان الشفعة عندنا وجبت معلولة بدفع ضرر الدخيل وأذاه على سبيل الزوم وذلك يوجد فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل القسمة على السواء وعنده وجبت معلولة بدفع ضرر خاص وهو ضرر القسمة فلا يتعدى الى ما لا يحتمل القسمة وهذا مع انه تعليل لمنع التعدية قدأ بطلناه فيما تقدم وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال انما الشفعة فيما لم يقسم من غير فصل واذا بيع سفل عقار دون علوه أو علو دون سفله أو بيعا جميعا وجبت الشفعة أما السفل فلا شك فيه لانه عقار وأما العلو بدون السفل فتجب فيه الشفعة اذا كان العلوقا استحسانا لان حق البناء على السفل متعلق به على سبيل التأيد فصار بمعنى العقار فتجب فيه الشفعة ولو انهدم العلو ثم بيع السفل وجبت الشفعة لصاحب العلو عند أبي يوسف وعند محمد لا شفعة له ذكره محمد في الزادات (وجه) قول أبي يوسف ان البناء وان بطل حق البناء قائم وأنه حق متعلق بالبقعة على سبيل الاستقرار والتأيد فكان بمنزلة البقعة (وجه) قول محمد ان الشفعة انما تجب اما بالشركة في الملك أو بالحقوق أو بحوار الملك ولم يوجد شيء من ذلك أما الشركة فظاهر الانقضاء وكذا الجوار لان الجوار كان بالبناء وقد زال البناء فلا تجب الشفعة وذكر في الزادات فيمن باع علوا فأحرق قبل التسليم بطل البيع هكذا ذكر ولم يحسك خلافا من مشايخنا رحمهم الله من قال هذا قوله (فأما) على أصل أبي يوسف ينبغي أن لا يبطل لانه يعمل في حق البناء بمنزلة العرصه فصار كانه باع العرصه مع البناء فأحرق البناء (ومنها) زوال ملك البائع عن المبيع لان الشفيع يملك المبيع على المشتري بمثل ما ملك به فاذا لم يزل ملك البائع استحلال تملك المشتري فاستحال تملك الشفيع فلا تجب الشفعة في المبيع بشرط خيار البائع لان خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه حتى لو أسقط خياره وجبت الشفعة لانه تبين ان المبيع زال عن ملكه من حين وجود المبيع ولو كان الخيار للمشتري تجب الشفعة لان خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وحق الشفعة يقف عليه ولو كان الخيار لهما لم تجب الشفعة لاجل خيار البائع ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له لان شرط الخيار للشفيع شرط لنفسه وانه يمنع وجوب الشفعة فان اجاز الشفيع البيع جاز البيع ولا شفعة له لان البيع تم من جهته فصار كانه باع ابتداء وان فسخ البيع فلا شفعة له لان ملك البائع لم يزل والحيلة للشفيع في ذلك أن لا يفسخ ولا يجزى حتى يجزى البائع أو يجوز هو بمضى المدة فتكون له الشفعة وخيار العيب والرؤية لا يمنع وجوب الشفعة لانه لا يمنع زوال ملك البائع (ومنها) زوال حق البائع فلا تجب الشفعة في المشتري شراء فاسد لأن للبائع حق النقض والرد الى ملكه رد الفاسد وفي إيجاب الشفعة تقرير الفساد حتى لو سقط حق الفسخ بأسباب مسقطه للفسخ كالزيادة زوال ملك المشتري ونحو ذلك كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لان المانع قيام الفسخ وقد زال كماله باع بشرط الخيار له ثم أسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع من الوجوب وهو الخيار فكذلك اذا ولو باعها المشتري شراء فاسد أيعا صحيحا فجاء الشفيع فهو بالخيار ان شاء أخذها بالبيع الاول وان شاء أخذها بالبيع الثاني لان حق الشفيع ثابت عند كل واحد من البيعين لوجود سبب الثبوت عند كل واحد منهما وشرائطه فكان له الخيار غير انه ان أخذ بالبيع الثاني أخذ بالثمن وان أخذ بالبيع الاول أخذ بقيمة المبيع يوم القبض لان الشفيع يملك بما تملك به المشتري والمشتري الثاني يملك بالثمن لان البيع الثاني صحيح والبيع الصحيح يفيد الملك بالمسمى وهو الثمن والمشتري الاول يملك المبيع بقيمته لان البيع الفاسد يفيد الملك بقيمة المبيع بالثمن وانما تعتبر قيمته يوم القبض لان المبيع يباع فاسدا فاسد أمضمون بالقبض كالمغصوب وعلى هذا الاصل يخرج قول أبي حنيفة رضي الله عنه فيمن اشترى أرضا شراء فاسدا أفنى عليها انه يثبت للشفيع حق الشفعة لان حق البائع في القبض قد زال بالبناء وبطل فزال المانع من وجوب الشفعة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يثبت لان حق البائع لم يبطل بالبناء فكان المانع قائما وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة رحمه الله في المريض اذا باع الدار من وارثه بمثل قيمتها وشفيعها أجني انه لا شفعة له لان بيع المريض مرض الموت عينا من أعيان ماله لو ارثه فاسد عنده الا اذا جازا ورثه وان كان بمثل القيمة ولا شفعة له في البيع الفاسد الا اذا جاز فتجب الشفعة ولو باعها من أجني بمثل قيمتها والوارث شفيعها لا شفعة للوارث عنده

أيضاً لأنه يصير كأنه باعها من الوارث ابتداءً لتحول ملك الصفقة إليه أو لتقدير صفقة أخرى مع الوارث وذلك فاسد عنده وعندهما تجب الشفعة للوارث لأن العقد جائز هذا إذا باع بمثل القيمة فأما إذا باع وحاشي بأن باعها بألفين وقيمتها ثلاثة آلاف فان باعها من الوارث وشفيعها أجني فلا شك أنه لا شفعة عند أبي حنيفة عليه الرحمة لأن بيعها من الوارث بمثل القيمة فاسد عنده في الحاباة أولى ولا شفعة في البيع الفاسد وعندهما البيع جائز ولكن يدفع قدر الحاباة فتجب الشفعة ولو باع من أجني فكذلك لا شفعة للوارث عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الشفيع يأخذها بتلك الصفقة بالتحويل إليه أو بصفقة مبتدأة مقدرة بينهما فكان بيعاً من الوارث بالحاباة وسواء أجازت الورثة أو لم يجزوا لأن الإجازة محلها العقد الموقوف والشراء وقع نافذاً من المشتري لأن الحاباة قدر الثلث وهي نافذة من الأجني فلفت الإجازة في حق المشتري فتلغوف في حق الشفيع أيضاً وأما عندهما فقد اختلفت الروايات فيه في رواية كتاب الشفعة من الأصل والجامع لا شفعة له وفي رواية كتاب الوصاية بالشفعة وهي من مسائل الجامع تعرف ثمة أن شاء الله تعالى (ومنها) ملك الشفيع وقت الشراء في الدار التي يأخذها بالشفعة لأن سبب الاستحقاق جواز الملك والسبب إنما ينقد سبباً عند وجود الشرط والانعقاد أمر زائد على الوجود فإذا لم يوجد عند البيع كيف ينقد سبباً فلا شفعة له بدار يسكنها بالاجارة والإعارة ولا بدار باعها قبل الشراء ولا بدار جعلها مسجداً ولا بدار جعلها وقفاً وقضى القاضي بجوازها ولم يقض على قول من يحجز الوقف لأنه زال ملكه عنها لا إلى أحد ومنها ظهور ملكه للمشتري عند الإنكار بحجة مطلقة وهي البيئة وهذا في الحقيقة شرط ظهور الحق لشرط ثبوته وعلى هذا يخرج ما إذا أنكر المشتري كون الدار التي يشفع بها مملوكة للشفيع أنه ليس له أن يأخذ بالشفعة حتى يقيم البيئة أنهاره وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وأحدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عنه رواية أخرى أن هذا ليس بشرط والقول قول الشفيع ولا يحتاج إلى إقامة البيئة وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله (وجه) هذه الرواية أن الملك كان ثابتاً للشفيع في هذه الدار لوجود سبب الثبوت وما ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل ولأن اليد دليل الملك ألا ترى أن من رأى شيئاً في يد إنسان حل له أن يشهد له بالملك دل أن اليد دليل الملك من حيث الظاهر فكان الملك ثابتاً للشفيع ظاهراً (وجه) ظاهر الرواية أن سبب ثبوت الحكم لا يوجب بقاءه وإنما البقاء بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالتزام على الغير كحياة المفقود وحرية الشهود ونحو ذلك والحاجة هنا إلى الزام المشتري فلا يظهر الملك في حق المشتري وقوله اليد دليل الملك قلنا إن سلم ذلك فالثابت باليد ملك يظهر في حق الدفع لا في حق الاستحقاق على الغير والحاجة هنا إلى الاستحقاق على المشتري فلا يكفي الملك الثابت بظاهر اليد وذكر عن أبي يوسف فيمن ادعى على آخر داراً وأقام البيئة على أن هذه الدار كانت في يد أبيه مات وهي في يده أنه يقضى له بالدار فإن جاء يطلب بها شفعة دار أخرى إلى جنبها لم يقض له بالشفعة حتى يقيم البيئة على الملك لم يحمل القضاء باليد قضاء بالملك على الإطلاق حيث لم يوجب به الشفعة وعلى هذا يخرج ما ذكر عن محمد أنه قال في حائط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة ولا يعلم أن الحائط بينهما إلا بالخشبة فبيعت إحدى الدارين أنه أن أقام الآخر بيئة أن الحائط بينهما فهو أحق من الجار لأنه شريك وإن لم يقيم بيئة لم أجعله شريكاً لأن ملك الحائط بينهما لم يثبت إلا بظاهر الاستعمال بالخشبة والملك الثابت بمثل هذا الظاهر لا يكفي لاستحقاق الشفعة قال ولو أقر البائع قبل البيع أن الحائط بينهما لم أجعل له بهذا شفعة بمنزلة دار في يدرجل أقر أنها لا آخر فبيعت إلى جنبها دار فطلب المقر له الشفعة فلا شفعة له حتى يقيم البيئة أن الدار داره لأن الملك في الموضعين جميعاً ثبت بالاقرار وأنه حجة قاصرة فيظهر في حق المقر في المسئلة الأولى وفي المسئلة الثانية يظهر في حق المقر له خاصة ولا يتبدى إلى المشتري وذكر في المتقن عن أبي يوسف في رجل في يده دار عرف القاضي أنها في بيعت دار إلى جنب داره فقال الشفيع بعد بيع الدار التي فيها الشفعة دارى هذه لقلا أن وقد بعتهما منذ سنة وقال هذا في وقت يقدر على الأخذ بالشفعة أو طلبها لنفسه قال لا شفعة له في الدار حتى يقيم المقر له بيئة على المشتري (أما) المقر فلا شك أنه لا شفعة له

لانه لا ملك له وقت البيع في الدار باقراره بالبيع قبله (واما) المقر له فلماذا كرتان الملك الثابت بالاقرار ليس بثابت بحجة مطلقة لكون الاقرار حجة قاصرة فلا يظهر في حق الاستحقاق على المشتري وذكر الخصاف في اسقاط الشفعة ان البائع اذا اقر سهم من الدار للمشتري ثم باع منه بقية الدار ان الجار لا يستحق الشفعة لان المشتري صار شريك البائع في ذلك السهم والشريك مقدم على الجار ومن اصحابنا من خطأ الخصاف في هذا وقال يجب الشفعة للجار لان شركة المشتري لم تثبت الا بالاقرار من البائع والاقرار حجة قاصرة فلا يظهر في حق الجار فكان على شفيعته وكان يستدل بمسئلة الخاطئ والله سبحانه وتعالى اعلم (ومنها) أن لا تكون الدار المشفوعة ملكا للشفيع وقت البيع فان كانت لم تجب الشفعة لاستحالة تملك الانسان مال نفسه وعلى هذا يخرج ما اذا باع المأذون دارا والمولى شفيعها انه ان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لانها ملك المولى والعبد كالوكيل عنه بالبيع فلا تثبت له الشفعة وان كان عليه دين فله الشفعة لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون فكان بمنزلة الاجنبي وكذا اذا باع المولى دارا والمأذون شفيعها وعليه دين فله الشفعة لان الإخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري وشراء كل واحد منهما من صاحبه جائز وان لم يكن عليه دين فلا يتصور الاخذ بالشفعة لان الاخذ يقع تملك للمولى وتملك المولى محال ولو اشترى المأذون دارا والمولى شفيعها فان كان عليه دين فلم يولاه الشفعة لان الملك بالشراء لم يقع للمولى وان لم يكن عليه دين فلا يستحق الاخذ بالشفعة لان الملك يقع له وكذا اذا اشترى المولى دارا والمأذون شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة وان لم يكن فلا يتصور الاخذ بالشفعة لما قلنا (واما) المكاتب اذا باع أو اشترى دارا والمولى شفيعها فله أن يأخذ بالشفعة سواء كان عليه دين أو لم يكن لانه فيما يبيع ويشتري مع المولى بمنزلة الاجنبي لانه حر يدأ لا تترى انه لا سبيل لمولاه على ما في يده فكان في حق ما في يده ملحقا بسائر الاجانب والله سبحانه وتعالى اعلم (ومنها) عدم الرضا من الشفيع بالبيع وحكمه فان رضى بالبيع أو بحكمه فلا شفعة له لان حق الشفعة انما يثبت له دفعا لضرر المشتري فاذا رضى بالشراء أو بحكمه فقد رضى بضرر جواره فلا يستحق الدفع بالشفعة ثم الرضا قد يكون صريحا وقد يكون دلالة (أما) الصريح فلا يشكل (واما) الدلالة فنحن ان يبيع الشفيع الدار المشفوع فيها بأن وكله صاحب الدار يبيعها فاعلم فلا شفعة له لان بيع الشفيع دلالة الرضا بالقصد وثبوت حكمه وهو الملك للمشتري وكذلك المضارب اذا باع دارا من مال المضاربة ورب المال شفيعها بداره أخرى فلا شفعة لرب الدار سواء كان في الدار ربح أو لم يكن (أما) اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والرضا بالتوكيل بالبيع وحكمه ضرورة وانه يمنع وجوب الشفعة وان كان فيها ربح (أما) في حصص المضارب المال فلماذا كرتان وجوب الشفعة في البيع في حصته (واما) في حصص المضارب فلانه متى امتنع الوجوب في حصص المضارب المال فلو ثبت في حصص المضارب لادى الى تفريق الصفقة على المشتري وانه لا يجوز ولان المشتري صار شريكا للمضارب والشريك مقدم على الجار ولو كان الشفيع وكيله بشراء الدار المشفوع فيها فاشترى لموكله فالشفيع الشفعة لان الشراء لغيره لا يكون فوق الشراء لنفسه والشراء لنفسه لا يمنع وجوب الشفعة حتى لو اشترى الدار المشفوع فيها ثم حضر شفيع آخر كان له أن يأخذ النصف بالشفعة فالشراء لغيره لان لا يمنع الوجوب أولى ولو باع رب المال دارا لنفسه والمضارب شفيعها بدار من المضاربة فان كان في يده من مال المضاربة وفاء بثلث الدار لم تجب الشفعة لان الاخذ ذاك يقع لرب المال وقد وجد منه دلالة الرضا بثبوت الملك للمشتري وانه يمنع وجوب الشفعة ولو لم يكن في يده وفاء فان لم يكن في الدار ربح فلا شفعة أيضا لان الاخذ يقع لرب المال وان كان فيها ربح فالمضارب أن يأخذها بالشفعة لنفسه لانه نصيبا في ذلك ولم يوجد منه الرضا سقوط حقه ولو اشترى أجنبي دارا الى جنب دار المضاربة فان كان في يده المضارب وفاء بالثلث فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وله أن يسلم الشفعة لان حق الاخذ له فيملك تسليمه وان لم يكن في يده وفاء فان كان في الدار ربح فالشفعة لرب المال والمضارب جميعا لان الدار مشتركة بينهما وان لم يكن فيها ربح فالشفعة لرب

المال خاصة لان الدار ملكه خاصة والشفعة من حقوق الملك وعلى هذا يخرج ما اذا باع الدار على أن يضمن له الشفيع اثنتي من المشتري فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع انه لا شفعة للشفيع لان ضمان اثنتي من المشتري دلالة الرضا بالشراء وحكمه لان تمام العقد وابعاده يتعلق به فكان دليل الرضا وكذا لو اشترى المشتري الدار على أن يضمن الشفيع الدرك عن البائع فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع انه لا شفعة للشفيع لانه لما ضمن الدرك فقد صار راضيا بالعقد وحكمه وهو الملك للمشتري فلم تجب الشفعة وأما اسلام الشفيع فليس بشرط لوجوب الشفعة فتجب لاهل الذمة فيما بينهم وللدعي على المسلم لان هذا حق التملك على المشتري بمنزلة الشراء منه والكافر والمسلم في ذلك سواء لانه من الامور الدنيوية وروى عن شريح انه قضى بالشفعة لدعي على مسلم فكتب الى سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فأجازه وكان ذلك بحضور من الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم فيكون ذلك اجماعا ولو اشترى دمي من دمي دار أختي أو خزيرو شفيعها دمي أو مسلم وجبت الشفعة عند أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله لا تجب بناء على أن ذلك ليس بمال عنده أصلا حتى لم يكن مضمونا بالاتلاف أصلا ومن شرط وجوب الشفعة معاوضة المال بالمال وعندنا هو مال متقوم في حق أهل الذمة بمنزلة الخل والشاة لنا ثم اذا وجبت الشفعة فان كان الشفيع ذميا أخذ الدار بمثل الخمر وبقيمة الخنزير لان الخمر عندهم من ذوات الامثال كالخل والخنزير ليس من ذوات الامثال بل من ذوات القيم كالشاة وان كان مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير لان الاخذ تملك والمسلم ليس من أهل تملك الخمر والخنزير ومضى تذرع عليه التملك بالعين تملك بالقيمة كالمال كان الشراء بالعرض انه يأخذها بقيمة العرض كذا هذا وكذا الحرية والذكورة والعقل والبلوغ والعدالة فتجب الشفعة للمأذون والمكاتب ومعتق البعض والنسوان والصبيان والجنانين وأهل البني لانه حق مبني على الملك وهؤلاء من أهل ثبوت الملك لهم الا أن الخصم فيما يجب للصبي أو عليه وليه الذي يتصرف في ماله من الاب ووصيه والجد لاب ووصيه والقاضي ووصي القاضي فاذا بيعت دار والصبي شفيعها كان لوليه أن يطالب بالشفعة ويأخذ له لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري والولي يملك ذلك كما يملك الشراء فان سلم الشفعة صح التسليم ولا شفعة للصبي اذا بلغ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يصح تسليمه والصبي على شفيعته اذا بلغ (وجهه) قوله ان هذا حق ثبت للصبي نظرا فابطال لا يكون نظرا في حقه ومثل هذا لا يدخل تحت ولاية الولي كالمفوع عن قصاص وجب للصبي على انسان والابراء عن كفالته بنفس أو مال ولا يحنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ما ذكرنا ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فتسليمه امتناع من الشراء وللولى ولاية الامتناع من الشراء لا ترى ان من قال بعت هذا الشيء لقفلان الصبي لا يلزم الولي القبول وهذا لان الولي يتصرف في مال الصبي على وجه المصلحة والمصلحة قد تكون في الشراء وقد تكون في تركه والولى أعلم بذلك فيفوض اليه وعلى هذا الخلاف اذا سكنت الولي أو الوصى عن الطلب انه يبطل حق الشفعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يبطل وذكر في نوادر أبي يوسف رحمه الله فيمن اشترى دار أو ابنه الصغير شفيعها كان له أن يأخذ لابنه الصغير بالشفعة فان لم يأخذ وسلم لنفسه جاز لان الشراء لا ينافي الاخذ بالشفعة لان كل واحد منهما تملك بمعوض ولهذا لو كان وكيلا بالشراء لغيره كان له ان يأخذ بالشفعة لنفسه فلان يملك الاخذ لابنه أولى واذا ملك الاخذ ملك التسليم لانه امتناع عن الاخذ ولو باع دار لنفسه وابنه شفيعها لم يكن له أن يأخذ بالشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك والبيع تملك فينافي التملك ولهذا لا يملك الوكيل بالبيع لغيره أن يأخذ بالشفعة واذا لم يملك الاخذ لم يملك التسليم فلم يصح تسليمه وتوقف الى حين بلوغ الصبي كما اذا لم يكن له ولي وأما الوصى اذا اشترى دار لنفسه والصبي شفيعها لم يكن له أن يأخذ بالشفعة للصغير ولو سلم الشفعة للصغير على شفيعته وكذا اذا باع لانه ملك الدار بالشراء لنفسه فبالاخذ بالشفعة للصغير ير بد تملك مملكه من الصغير والوصي لا يملك تملك مال الصغير الا اذا كان فيه نفع ظاهر له واذا لم يملك الاخذ بالشفعة لم يكن سكوته عن الطلب تسليما للشفعة فبقى حق الصغير

في الشفعة يأخذها إذا بلغ والله سبحانه وتعالى أعلم
فصل وأما بيان ما يتأكد به حق الشفعة ويستقر فتقول والله تعالى التوفيق انه يتأكد ويستقر بالطلب
والكلام في الطلب في مواضع في بيان وقت الطلب وفي بيان شرطه وفي بيان كيفية وفي بيان حكمه (أما) وقته
فالطلب نوعان طلب موأبنة وطلب تقرير (أما) طلب الموأبنة فوقته وقت علم الشفع بالبيع حتى لو سكت عن
الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل شفعته لانه ترك الطلب قبل وقت الطلب فلا يضره ثم علمه بالبيع قد يحصل بسماعه
بالبيع بنفسه وقد يحصل باخبار غيره لكن هل يشترط فيه العدد والعدالة. اختلف أصحابنا رحمهم الله فيه فقال أبو
حنيفة رضي الله عنه يشترط أحد هذين اما العدد في المخبر رجلان أو رجل وامرأتان واما العدالة وقال أبو يوسف
ومحمد لا يشترط فيه العدد ولا العدالة حتى لو أخبره واحد بالشفعة عدلا كان أو فاسقا حراً أو عبداً مؤذناً بالغا أو صبيها
ذكر أو أنثى فسكت ولم يطلب على فور الخبر على رواية الاصل أولم يطلب في المجلس على رواية محمد بطلت شفعته
عندهما إذا ظهر كون الخبر صدقا وهذا على اختلافهم عن عزل الوكيل وعن جنابة العبد وعن عجز المولى على ما نذكر
في كتاب الوكالة فهما يقولان العدد والعدالة ساقطا لاعتبار شرعا في المعاملات وهذا من باب العامة فلا يشترط
فيه العدد ولا العدالة ولا بي حنيفة رضي الله عنه ان هذا اخبار فيه معنى الالتزام ألا ترى ان حق الشفع يبطل لو لم
يطلب بعد الخبر فاشبه الشهادة فيه تبر فيه أحد شرطى الشهادة وهو العدد والعدالة ولو أخبر المشتري الشفع بنفسه
فقال قد اشتريته فلم يطلب بشفعته وان لم يكن المشتري عدلا كذا روى عن أبي حنيفة لان المشتري خصم وعدالة
الخصم ليست بشرط في الخصومات وقالوا في المخيرة اذا بلغها التخيير انه لا يشترط في المخبر العدد ولا العدالة والفرق
لأبي حنيفة رحمه الله ان الاخبار عن التخيير ليس في معنى الشهادة لخلوه عن الزام حكم فلم يعتبر فيه أحد شرطى الشهادة
بخلاف الاخبار عن البيع في باب الشفعة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرطه فهو أن يكون على فور العلم
بالبيع اذا كان قادراً عليه حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حق الشفعة في رواية الاصل
وروى عن محمد رحمه الله انه على المجلس كخيار المخيرة وخيار القبول ما لم يتم عن المجلس أو يتشاغل عن الطلب بعمل
آخر لا تبطل شفعته وله ان يطلب وذكر الكرخي رحمه الله ان هذا أصح الروايتين (وجه) هذه الرواية ان حق
الشفعة ثبت نظر الشفع دفعاً للضرر عنه فيحتاج الى التأمل ان هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن وانه هل يتضرر
بجوار هذا المشتري فيأخذ بالشفعة أو لا يتضرر فيترك وهذا لا يصح بدون العلم بالبيع والحاجة الى التأمل شرط
المجلس في جانب المخيرة والقبول كذا ههنا (وجه) رواية الاصل ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
الشفعة لمن واثمها وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال انما الشفعة كنشط عقال ان قديم مكانه ثبت والذهب
وفي بعض الروايات انما الشفعة كحل عقال ان قديم مكانه ثبت والا فاللوم عليه ولا نه حق ضعيف مترزل لثبوته على
خلاف القياس اذا اخذ بالشفعة تملك مال معصوم بخلاف مال الكافر هل يجوز له ان يملكه ولا يشترط الا
بالطلب على الموأبنة (وأما) الاشهاد فليس بشرط لصحة الطلب حتى لو طلب على الموأبنة ولم يشهد صح طلبه فيما بينه
وبين الله سبحانه وتعالى جلت عظمتة وانما الاشهاد للاظهار عند الخصومة على تقدير انكار لان من الجائز أن
المشتري لا يصدق الشفع في الطلب أو لا يصدق في الفور ويكون القول قوله فيحتاج الى الاظهار بالبينة عند القاضى
على تقدير عدم التصديق لانه شرط لصحة الطلب ونظيره من أخذ لقطة ليردها على صاحبها فهلكت في يده لا ضمان عليه
فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى وانما الحاجة الى الاشهاد عند أبي حنيفة رضي الله عنه لتوثيق الاخذ للرد على تقدير
الانكار الا أنه شرط البراءة عن الضمان حتى لو صدقه صاحبها في ذلك ثم طلب منه الضمان ليس له ذلك بالاجماع كذا ههنا
واذا طلب على الموأبنة فان كان هناك شهود اشهدهم وتوثق الطلب وان لم يكن بحضرته من يشهده فبعث في طلب
شهود لم تبطل شفعته لما قلنا أن الاشهاد لاظهار الطلب عند الحاجة لكن يصح الاشهاد على الطلب على رواية الفور

فبطلت الشهادة على الفور ضرورة وعلى رواية المجلس اذا قال وهو في المجلس ادعوا الى شهود أو شهدهم فجاء الشهود فاشهدهم صح وتوثق الطلب لان المجلس قائم ولو أخبر ببيع الدار فقال الحمد لله قد ادعيت شفعتها أو سبحان الله قد ادعيت شفعتها فهو على شفعتها على رواية محمد لان هذا يذكرك لا فتتاح الكلام تبرك به فلا يكون دليل الاعراض عن الطلب وكذا اذا سلم أو شمت العاطس لان ذلك ليس بعمل يدل على الاعراض ولهذا لم يطل به خيار الخيرة وكذلك اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لان الانسان قد يرضى بمجاورة انسان دون غيره وقد تصلح له الدار بشمن دون غيره فكان السؤال عن حال الجار ومقدار الثمن من مقدمات الطلب لا اعراضاً عنه وهذا كله على رواية اعتبار المجلس فاما على رواية اعتبار الفور تبطل شفعتها في هذه المواضع لا تقطع الفور من غير ضرورة ولو أخبر بالبيع وهو في الصلاة فضى فيها فالشفيع لا يخلو من أن يكون في الفرض أو في الواجب أو في السنة أو في النفل المطلق فان كان في الفرض لا تبطل شفعتها لان قطعها حرام فكان معذوراً في ترك الطلب وكذا اذا كان في الواجب لان الواجب ملحق بالفرض في حق العمل وان كان في السنة فكذلك لان هذه السنن الرتبة في معنى الواجب سواء كانت السنة ركعتين أو أربعاً كالاربع قبل الظهر حتى لو أخبر بعد ما صلى ركعتين فوصل بهما الشفع الثاني لم تبطل شفعتها لانها بمنزلة صلاة واحدة واجبة وقال محمد اذا بلغ الشفع البيع فصلي بعد الجملة أربعاً لم تبطل شفعتها وان صلى أكثر من ذلك بطلت شفعتها لان الاربع بتسليمه واحدة سنة فصار كالركعتين والزيادة عليها ليست بسنة وذكر محمد رحمه الله في الخيرة اذا كانت في صلاة النفل فزادت على ركعتين بطل خيارها لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة والغائب اذا علم بالشفعة فهو مثل الحاضر في الطلب والشهاد لان له قادراً على الطلب الذي يتأكد به الحق وعلى الاشهاد الذي يتوثق به الطلب ولو وكل الغائب رجلاً لياخذله بالشفعة فذلك طلب منه لان في التوكيل طلباً وزيادة واذا طلب الغائب على الموائبة وأشهد فله بعد ذلك من الاجل مقدار المسافة التي يأتي الى حيث البائع أو المشتري أو الدار لازيادة عليه لان تأجيل هذا القدر للضرورة ولا ضرورة للزيادة (أما) طلب التقرير فشرطه أن يكون على فور الطلب الاول والاشهاد عليه فاذا طلب على الموائبة وأشهد على فوره ذلك شخصاً الى حيث البائع أو المشتري أو الدار اذا كان قادراً عليه وتفصيل الكلام فيه ان المبيع اما أن يكون في يد البائع واما أن يكون في يد المشتري فان كان في يد البائع فالشفيع بالخيار ان شاء طلب من البائع وان شاء طلب من المشتري وان شاء طلب عند الدار (أما) الطلب من البائع والمشتري فلان كل واحد منهما خصم البائع باليد والمشتري بالملك فكان كل واحد منهما خصماً فصاح الطلب من كل واحد منهما (وأما) الطلب عند الدار فلان الحق متعلق بها فان سكت عن الطلب من أحد المتبايعين وعند الدار مع القدرة عليه بطلت شفعتها لانه فرط في الطلب وان كان في يد المشتري فان شاء طلب من المشتري وان شاء عند الدار ولا يطلب من البائع لانه خرج من أن يكون خصماً واليد ولا ملك له فصار بمنزلة الاجنبي ولو لم يطلب من المشتري ولا عند الدار وشخص الى البائع للطلب منه والاشهاد بطلت شفعتها لوجود دليل الاعراض وفي الحقيقة لوجود دليل الرضا ولو تعاقد البائع والمشتري في غير الموضع الذي فيه الدار فليس على الشفع أن يأتيهما ولكنه يطلب عند الدار ويشهد عليه لان الشفع اذا كان بحجب الدار والعاقدان غائبان تعينت الدار للطلب عندها والاشهاد فان لم يطلب عندها وشخص الى العاقدين بطلت شفعتها لوجود الاعراض عن الطلب هذا اذا كان قادراً على الطلب من المشتري أو البائع أو عند الدار فاما اذا كان هناك حائل بأن كان بينهما امر مخوف أو أرض مسبعة أو غير ذلك من الموانع لا تبطل شفعتها بترك الموائبة الى ان يزول الحائل (وأما) الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط لصحته كما ليس بشرط لصحة طلب الموائبة وانما هو لتوثيقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول وكذا تسمية المبيع وتحديد له ليس بشرط لصحة الطلب والاشهاد في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه شرط لان الطلب لا يصح الا بعد العلم والعقار لا يصير معلوماً الا بالتحديد فلا يصح الطلب والاشهاد بدونه (وأما) بيان كيفية الطلب فقد اختلف فيه

عبارات المشايخ عن محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله ان الشفيع يقول طلبت الشفعة وأطلبها وأنا طالبها وعن محمد بن سلمة رضي الله عنه انه كان يقول طلبت الشفعة فحسب وعن الفقيه أبي جعفر الهندي رضي الله عنه لا يراعى فيه ألفاظ الطلب بل لو أتى بالقول يدل على الطلب أى لفظ كان يكفي نحو أن يقول ادعيت الشفعة أو سألت الشفعة ونحو ذلك مما يدل على الطلب وهو الصحيح لان الحاجة الى الطلب ومعنى الطالب يتأدى بكل لفظ يدل عليه سواء كان بلفظ الطلب أو بغيره (وأما) حكم الطلب فهو استتقرار الحق فالشفيع اذا أتى بطالبين صحيحين استقر الحق على وجه لا يبطل بتأخير المطالبة بالاخذ بالشفعة أبداً حتى يسقطها بلسانه وهو قول أبي حنيفة وأبي حنيفة والرواية عن أبي يوسف وفي رواية أخرى قال اذا ترك المخاصمة الى القاضي في زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفيعته ولم يؤقت فيه وقتاً وروى عنه انه قدره بما يراه القاضي وقال محمد وزفر رحمه الله اذا مضى شهر بعد الطلب ولم يطلب من غير عذر بطلت شفيعته وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً (وجه) قول محمد وزفر ان حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع ولا يجوز دفع الضرر عن الانسان على وجه يتضمن الاضرار بغيره وفي ابقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة أبداً اضرار بالمشتري لانه لا يبنى ولا يفرس خوفاً من النقض والقلع فيتضرر به فلا بد من التقدير بزمان لتسليم الشفعة به فقد رنا بالشهر لانه أدنى الاجال فاذا مضى شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فرط في الطالب فبطلت شفيعته (وجه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان الحق للشفيع قد ثبت بالطالبين والاصل ان الحق متى ثبت لانسان لا يبطل الا باطال ولم يوجد لان تأخير المطالبة منه لا يكون ابطالا كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون وقوله يتضرر المشتري ممنوع فانه اذا علم ان للشفيع أن يأخذ بالشفعة فالظاهر أن يتمتع من البناء والفرس خوفاً من النقض والقلع فإذن فعله الذي أضر بنفسه فلا يضاف ذلك الى الاخذ بالشفعة ولهذا لم يبطل حق الشفعة بغية الشفيع ولا يقال ان فيه ضرراً بالمشتري بالامتناع من البناء والفرس لما قلنا كذا هذا

فصل وأما بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته في الاصل نوعان اختياري وضروري والاختياري نوعان صريح وما يجرى مجرى الصريح ودلالة أما الاول فبحوان يقول الشفيع ابطلت الشفعة أو اسقطتها أو أبرأتك عنها أو سلمتها ونحو ذلك لان الشفعة خالص حقه فيملك التصرف فيها استيفاء واسقاطا كالابراء عن الدين والعفو عن القصاص ونحو ذلك سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد أن كان بعد البيع لان هذا اسقاط الحق صريحاً وصريح الاسقاط يستوي فيه العلم والجهل كالطلاق والابراء عن الحقوق بخلاف الاسقاط من طريق الدلالة فانه لا يسقط حقه ثمة الا العلم والفرق يذكر بعد هذا ولا يصح تسليم الشفعة قبل البيع لانه اسقاط الحق واسقاط الحق قبل وجوبه ووجوده سبب وجوبه محال ولو أخبر بالبيع بقدر من الثمن أو جنس منه أو من فلان فسلم فظهر بخلافه هل يصح تسليمه فالاصل في جنس هذه المسائل انه ينظر ان كان لا يختلف غرض الشفيع في التسليم صح التسليم وبطلت شفيعته وان كان يختلف غرضه لم يصح وهو على شفيعته لان غرضه في التسليم اذا لم يختلف بين ما أخبر به وبين ما يبيع به وقع التسليم محصلاً لغرضه فصح واذا اختلف غرضه في التسليم لم يقع التسليم محصلاً لغرضه فلم يصح التسليم وبيان هذا في مسائل اذا أخبر ان الدار بيعت بألف درهم فسلم ثم تبين انها بيعت بألفين فلا شفعة له لان تسليمه كان لا يستكثاره الثمن فاذا لم تصلح له بأقل الثمنين فبأكثرهما أولى فحصل غرضه بالتسليم فبطلت شفيعته ولو أخبر انها بيعت بألف فسلم ثم تبين انها بيعت بخمسائة فله الشفعة لان التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند قلته فلم يحصل غرضه بالتسليم فبقى على شفيعته ولو أخبر انها بيعت بألف درهم ثم تبين انها بيعت بمائة دينار فان كانت قيمتها ألفاً أو أكثر فلا شفعة له وان كانت أقل فهو على شفيعته عند أصحها الثلاثة رضي الله عنهم وقال زفر رحمه الله الشفعة في الوجهين جميعاً (وجه) قول زفر ان الدار والذنان جنسان مختلفان حقيقة واعتباراً الحقائق هو الاصل والغرض يختلف باختلاف الجنس لانه قد يتيسر عليه جنس ويتعذر عليه الآخر فلم يقع

التسليم محصلاً لغرضه فيبقى على شفيعته كما لو أخبر أنها بيعت بخنطة فسلم ثم تبين أنها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الخنطة (ولنا) أن الدرهم والدنانير في حق الثمنية كجنس واحد لأنها أمان الأشياء وقيمتها تقوم بالأشياء بها تقوياً واحداً أعني أنها تقوم بهذامرة وبذلك الأخرى وإنما يختلفان في القدر لا غير فوجب اعتبار قدر قيمتهما في الكثرة والقلّة كما إذا أخبر أنها بيعت بألف درهم أو بمائة دينار فسلم ثم تبين أنها بيعت بأكثر أو بأقل على ما بينا كذا هذا بخلاف ما إذا أخبر أنها بيعت بخنطة فسلم ثم تبين أنها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الخنطة أو أقل أو أكثر لأن هناك اختلاف إذا الخنطة والشعير جنسان مختلفان على الإطلاق واختلاف الجنس يوجب اختلاف الغرض فلم يصبح التسليم ولو أخبر أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم تبين أنها بيعت بمكيال أو بموزون سوى الدرهم والدنانير أو عددي متقارب فالشفعة قائمة لأن الثمن الذي وقع به البيع إذا كان من ذوات الامثال فالشفيع يأخذ بمثله وأنه جنس آخر غير الجنس الذي أخبر به الشفيع فاختلف الغرض ولو أخبر أنها بيعت بألف فسلم ثم تبين أنها بيعت بعرض وماليس من ذوات الامثال فإن كانت قيمته مثل الألف أو أكثر صريح تسليمه وإن كانت أقل لم يصبح تسليمه وله الشفعة لأن الشفيع ههنا يأخذ الدار بقيمة العرض لأنه لا مثل له وقيمته درهم أو دينار فكان الاختلاف راجعاً إلى القدر فأشبه الألف والالفين والالف وخمسمائة على ما مر ولو أخبر بشراء نصف الدار فسلم ثم تبين أنه اشترى الجميع فله الشفعة ولو أخبر بشراء الجميع فسلم ثم تبين أنه اشترى النصف فالتسليم جائز ولا شفعة له هذا هو رأي المشهور في الفصلين وقد روى الجواب فيهما على القلب وهو أن التسليم في النصف يكون تسليمًا في الكل لا يكون تسليمًا في النصف (وجه) هذه الرواية أن تسليم النصف لعجزه عن الثمن ومن عجز عن القليل كان عن الكثير أعجز فأما المعجز عن الكثير لا يدل على العجز عن القليل (وجه) الرواية المشهورة أن التسليم في النصف للاحتراز عن الضرر وهو ضرر الشركة وهذا لا يوجد في الكل فاختلف الغرض فلم يصبح التسليم فبقى على شفيعته وإذا صح تسليم الكل فقد سلم البعض ضرورة أنه داخل في الكل فصار بتسليم الكل مسلماً للنصف لأن الشركة عيب فكان التسليم بدون العيب تسليمًا مع العيب من طريق الأولى ولو أخبر أن المشتري زيد فسلم ثم تبين أنه عمرو فهو على شفيعته لأن التسليم للأمن عن الضرر والأمن عن ضرر زيد لا يدل على الأمن عن ضرر عمرو ولتفاوت الناس في الجوار ولو أخبر أن المشتري زيد فسلم ثم تبين أنه زيد وعمرو كان له أن يأخذ نصيب عمرو ولا نه سلم نصيب زيد لا نصيب عمرو فبقى له الشفعة في نصيبه ولو أخبر أن الدار بيعت بألف درهم فسلم ثم أن البائع حط عن المشتري خمسمائة وقبل المشتري الحط كان له الشفعة لأن الحط يلحق بأصل العقد فتبين أن البيع كان بخمسمائة فصار كما إذا أخبر أنها بيعت بألف فسلم ثم تبين أنها بيعت بخمسمائة ولو لم يقبل الحط لم تجب الشفعة لأن الحط لم يصح إذا لم يقبل فلم تبين أنها بيعت بألف فلم تجب الشفعة ولو باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد شراء المشتري هل تبطل شفيعته فهذا لا يخلو أمان كان البيع بآنا وأمان كان فيه شرط الخيار فإن كان بآنا لا يخلو أمان باع كل الدار وأمان باع جزء منها فإن باع كلها بطلت شفيعته لأن سبب الحق هو جوار الملك وقد زال سواء علم بالشراء أو لم يعلم لأن هذا في معنى صريح الاستقاط لأن إبطال سبب الحق إبطال الحق فيستوى فيه العلم والجهل فإن رجعت الدار إلى ملكه بهيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو بخيار شرط للمشتري فليس له أن يأخذ بالشفعة لأن الحق قد بطل فلا يعود إلا بسبب جديد وكذلك لو باعها الشفيع بيعاً فاسداً وقبضها المشتري بطلت شفيعته لأن سبب الحق وهو جوار الملك فإن قضى البيع فلا شفعة له لما ذكرنا أن الحق بعد ما بطل لا يعود إلا بسبب جديد وإن باع جزء من داره فإن باع جزءاً منها فله الشفعة بما بقي لأن ما بقي يصلح لاستحقاق الشفعة ابتداء فأولى أن يصلح للبقاء لأن البقاء أسهل من الابتداء وإن باع جزءاً معيّنًا بيتاً أو حجرة فإن كان ذلك لا يلي الدار التي فيها الشفعة فكذلك لأن السبب وهو جوار الملك قائم وإن كان مما يلي تلك الدار فإن استغرق حدود الدار التي فيها الشفعة بطلت الشفعة لأن الجوار قد زال وإن بقي من حدها شيء ملاصق لما بقي من الدار فهو على شفيعته لما ذكرنا أن

هذا القدر يصلح للاستحقاق ابتداء فلان يصلح لبقاء المستحق أولى وان كان فيه خيار الشرط فان كان الخيار للبائع وهو الشفيع فهو على شفيعته ما لم يوجب البيع لان السبب وهو جوار الملك قائم لان خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه فان طلب الشفعة في مدة الخيار كان ذلك منه تقضاً للبيع لان طلب الشفعة دليل استبقاء الملك في المبيع وذلك اسقاط للخيار وتقض للبيع وان كان الخيار للمشتري بطلت شفيعته لان الدار خرجت عن ملكه بلا خلاف فزال سبب الحق وهو جوار الملك وان كان الشفيع شريكاً وجاراً فباع نصيبه الذي يشفع به كان له أن يطلب الشفعة بالجوار لانه ان بطل أحد السببين وهو الشركة فقد بقي الآخر وهو الجوار ولهذا استحق به ابتداء فلان يبقى به الاستحقاق أولى ولو صالح المشتري الشفيع من الشفعة على مال لم يحجز الصلح ولم يثبت العوض وبطل حق الشفعة أما بطلان الصلح فلا نعدام ثبوت الحق في الحل لان الثابت للشفيع حق التملك وانه عبارة عن ولاية التملك وانها معنى قائم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه فبطل الصلح ولم يجب العوض وأما بطلان حق الشفيع في الشفعة فلانه أسقطه بالصلح فالصلح وان لم يصح فاسقاط حق الشفعة صحيح لان صحته لا تقف على العوض بل هو شيء من الاموال لا يصلح عوضاً عنه فالتحق ذكر العوض بالعدم فصار كانه سلم بلا عوض وعلى هذا اذا قال الزوج للمخيرة اختاري بيني بألف درهم فقالت اخترتك لم يجب العوض وبطل خيارها وكذلك العتق اذا قال لامرأته بعد ما خبرت بسبب العنة اختاري ترك الفسخ بالعتة بألف فقالت اخترت بطل خيارها ولم يجب العوض وفي الكفالة بالنفس اذا أسقطها بعوض وايتان في رواية لا يجب العوض وتبطل الكفالة كما في الشفعة وفي رواية لا تبطل الكفالة (وجهه) الرواية الاولى انه أسقط الكفالة بعوض فلا عتياض ان لم يصح فلا سقاط صحيح لان صحته لا تقف على العوض (وجهه) الرواية الاخرى انه مارضى بالسقوط الا بعوض ولم يثبت العوض فلا يسقط وأما بطلان الشفعة من طريق الدلالة فهو ان يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري وهو ثبوت الملك له لان حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا فيبطل بدلالة الرضا أيضاً وذلك نحو ما اذا علم بالشراء فترك الطلب على الفور من غير عذر وأقام عن المجلس أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين لان ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للدخيل وكذا اذا ساوم الشفيع الدار من المشتري أو سأله أن يوليهاها أو استأجرها الشفيع من المشتري أو أخذها مزارة أو معاملة وذلك كله بعد علمه بالشراء لان ذلك كله دليل الرضا أما المساومة فلانها طلب تملك بعقد جديد وانه دليل الرضا بملك الممتلك وكذلك التولية لانها تملك بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وانها دليل الرضا بملك الممتلك وأما الاستئجار والاخذ بمعاملة أو مزارة فلانها تقرير لملك المشتري فكانت دليل الرضا بملكه فرق بين هذا وبين الفصل الاول حيث شرط هنا علم الشفيع بالشراء لبطلان حق الشفعة وهناك لم يشترط وانما كان كذلك لان السقوط في الفصل الاول بصريح الاسقاط والاسقاط تصرف في نفس الحق فيستدعي ثبوت الحق لا غير كالطلاق والعتاق والبراء عن الديون والسقوط هنا بطريق الدلالة وهي دلالة الرضا لا بالتصرف في محل الحق بل في محل آخر والتصرف في محل آخر لا يصلح دليل الرضا الا بعد العلم بالبيع اذ الرضا بالشيء بدون العلم به محال والله عز وجل أعلم ولو سلم الشفعة في النصف بطلت في الكل لانه لما سلم في النصف بطلت في النصف المسلم فيه بصريح الاسقاط وبطل حقه في النصف الباقي لانه لا يملك تفريق الصفقة على المشتري فبطلت شفيعته في الكل ولو طلب نصف الدار بالشفعة هل يكون ذلك تسليمه للشفعة في الكل اختلف فيه أبو يوسف ومحمد قال أبو يوسف لا يكون تسليمها وقال محمد يكون تسليمها في الكل الا أن يكون سبق منه طلب الكل بالشفعة فلم يسلم له المشتري فقال له حينئذ اعطني نصفها على أن أسلم لك النصف الباقي فان هذا لا يكون تسليمها (وجهه) قول محمد انه لما طلب النصف بالشفعة فقد أبطل حقه في النصف الآخر لانه ترك الطلب فيه مع القدرة عليه واذ دليل الرضا فبطل حقه فيه فيبطل حقه في النصف المطلوب ضرورة تعذر تفريق الصفقة على المشتري بخلاف ما اذا كان سبق منه الطلب في الكل لانه لما طلب

في الكل فقد تقرر حقه في الكل ولم يكن قوله بعد ذلك أعطني النصف على أن أسلم لك النصف الباقي تسليماً بخلاف ما إذا قل ابتداءً لأن الحق لم يتقرر بعد (وجه) قول أبي يوسف أن الحق ثبت له في كل الدار والحق إذا ثبت لا يسقط إلا بالاستقاط ولم يوجد فبقى كما كان أن شاء أخذ الكل بالشفعة وإن شاء ترك وجواب محمد رحمه الله عن هذا أنه وجد منه الاستقاط في النصف الذي لم يطلبه من طريق الدلالة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الضرورى فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة فتبطل شفעתه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا تبطل ولو ارثه حق الأخذ ولقب المسئلة أن خيار الشفعة هل يورث عندنا لا يورث وعند يورث والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام في خيار الشرط وسيأتى ذكره في كتاب البيوع ولا يبطل بموت المشتري وللشفيع أن يأخذ من وارثه لأن الشفعة حق على المشتري ألا ترى أنه مجبور عليه في التملك فلا يسقط بموته كحق الرد بالعيب والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يملك به المشفوع فيه فنقول وبالله التوفيق المشفوع فيه يملك بالتملك وهو تفسير الأخذ بالشفعة فلا يملك للشفيع قبل الأخذ بل له حق الأخذ والتملك قبل الأخذ للمشتري لوجود سبب الملك فيه وهو الشراء فله أن يبنى ويهدم ويقلع ويؤجر ويطيّب له الاجر أو يأكل من ثمار الكرم ونحو ذلك وكذلك أن يبيع ويهب ويوصى وإذا فعل ينفذ إلا أن للشفيع أن ينقض ذلك بالأخذ بالشفعة لأن حقه سابق على تصرف المشتري فيمنع الزم ومولج المشتري الدار مسجداً أو مقبرة فللشفيع أن يأخذها بالشفعة وينقض ما صنع المشتري كذا ذكر في الأصل وقال الحسن بن زياد بطلت شفעתه (وجه) قوله أن المشتري تصرف في ملك نفسه فينفذ كما لو باع إلا أن البيع ونحوه مما يحتمل النقص بعد وجوده فنفذ ولم يلزم وهذه التصرفات مما لا يحتمل الانتقاض كالأعتاق فكان نفاذها لزوماً ولأنه أن تعلق حق الشفيع بالمبيع يمنع من صيرورته مسجداً إلا أن المسجد ما يكون خالصاً لله تعالى وتعلق حق العبد به يمنع خلو صلبه لله عز وجل فيمنع صيرورته مسجداً وله أن يأخذ الدار المشتراة بالشفعة لوجود السبب وهو جوار الملك أو الشركة في ملك المبيع وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى داراً ولها شفيع فبيعت داراً إلى جنب هذه الدار فطالب المشتري بالشفعة وقضى له بها ثم حضر الشفيع يقضى له بالدار التي بجوارها ويمضى القضاء في الثانية للمشتري أما للشفيع فظاهر وأما للمشتري فلأن الجوار كان ثابتاً له وقت البيع والقضاء بالشفعة إلا أنه بطل بعد ذلك بأخذ الشفيع للدار بالشفعة وهذا لا يوجب بطلان القضاء لأنه تبين أن جوار الملك لم يكن ثابتاً كمن اشترى داراً ولها شفيع فقضى له بالشفعة ثم باع داره التي بها شفيع أنه لا يبطل القضاء بالشفعة لما قلنا كذا هذا ولو كان الشفيع جارا للدارين فالمسئلة بحالها فيقضى له بكل الدار الأولى والنصف من الثانية لأنه جار خاص للدار الأولى فيختص شفعتها وهو مع المشتري جاران للدار الثانية فيشتركان في شفعتها وشراء المشتري لا يبطل حقه في الشفعة ولأنه لا ينافيه بل يقرره على ما بينا فيما تقدم وروى عن أبي يوسف رحمه الله فيمن اشترى نصف دار ثم اشترى رجل آخر نصفها الآخر فخاصمه المشتري الأول فيقضى له بالشفعة بالشركة ثم خاصمه الجار في الشفعتين جميعاً أن الجار أحق بالشفعة والنصف الأول ولا حق له في النصف الثاني لأنه جار للنصف الأول فيأخذ به الجوار والمشتري شريك عند بيع النصف الثاني لثبوت الملك له في النصف الأول بسبب الشراء وثبوت الحق للشفيع في النصف الأول لا يمنع ثبوت الملك للمشتري فيه فكان شريكاً عند بيع النصف الثاني والشريك مقدم على الجار وكذلك لو اشترى نصفها ثم اشترى نصفها الآخر رجل آخر فلم يخاصمه فيه حتى أخذ الجار النصف الأول فالجار أحق بالنصف الثاني لأن الملك وإن ثبت للمشتري الأول في النصف الأول لكنه قد بطل بأخذ الجار بالشفعة فبطل حقه في الشفعة ولو ورث رجل داراً فبيعت داراً مجنبها فأخذها بالشفعة ثم بيعت داراً إلى جنب الثانية فأخذها بالشفعة ثم استحققت الدار الموروثة وطلب المستحق الشفعة فإن المستحق يأخذ الدار الثانية والوارث أحق بالثالثة لأن بالاستحقاق تبين أن الدار التي يشفع بها الوارث كانت ملك المستحق فتبين أنه أخذ الثانية بغير حق اذ تبين أنه لم يكن جاراً فكانت الشفعة في الثانية للمستحق والوارث

يكون أحق بالتأثير لأن الملك كان ثابتاً للوارث عند بيع الثالثة فكان السبب وهو جوار الملك ثابتاً عنده ثم بطل الاستحقاق وبطلان الملك لا يوجب بطلان الشفعة وليس للشفيع أن ينقض قسمة المشتري حتى لو اشترى نصف دار من رجل مشاعاً وقاسم المشتري البائع ثم حضر الشفيع فالقسمة ماضية ليس للشفيع أن ينقضها ليأخذ نصفها مشاعاً سواء كانت قسمته بقضاء أو بغير قضاء لأن القسمة من تمام القبض ولهذا لم تصبح هبة المشاع فيها يحتمل القسمة لأن القبض شرط صحة الهبة والقبض على التمام لا يتحقق مع الشيع وإذا كانت القسمة من تمام القبض فالشفيع لا يملك قبض القبض بأن اشترى داراً أو قبضها ثم حضر الشفيع وأراد أن ينقض قبضه ليأخذها من البائع يملك ذلك وإذا لم يملك قبض القبض لا يملك نقضه ما به تمام القبض وهو القسمة بخلاف ما إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين باع أحدهما نصيبه من رجل فقام المشتري الشريك الذي لم يبيع ثم حضر الشفيع له أن ينقض القسمة لأن القسمة هناك ليست من جملة القبض لأنها من حكم البيع الأول إذا البيع الأول كما أوجب الملك أو جوب القسمة في المشاع والبيع الأول لم يقع مع هذا المشتري الذي قاسم فلم تكن هذه القسمة بحكم العقد بل بحكم الملك يملك الشفيع قبضه كالبيع والهبة وللشفيع أن يأخذ النصف الذي أصاب المشتري بالشفعة سواء وقع نصيب المشتري من جانب الشفيع أو من جانب آخر لأن الشفعة وجبت له في النصف المشتري والنصف الذي أصاب المشتري هو المشتري لأن القسمة إفراز ولو وقع نصيب البائع من جانب الشفيع فباعه بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الأولى ثم طلب الشفيع فإن قضى القاضي بالشفعة الأخيرة جعل نصف البائع بين الشفيع وبين المشتري وقضى بالشفعة الأولى وهي نصف المشتري للشفيع لأن الشفيع مع المشتري جاران لنصف البائع والشفيع جارا خاصاً لنصف المشتري ولو بدأ قبض الشفيع بالشفعة الأولى قضى له بالأخيرة أيضاً لأنه لما قضى له بالشفعة الأولى بطل حق جوار المشتري فلم يبق له حق الأخذ بالشفعة وللشفيع أن يرد المشفوع فيه بخيار الرؤية والعيب وللمشتري حق الحبس لاستيفاء الثمن لأن الملك فيه لما كان يثبت بالتملك ببدل كان الأخذ بالشفعة شراء فإرأى فيه أحكام البيع والشراء والله سبحانه وتعالى أعلم

*(فصل) * وأما بيان طريق التملك بالشفعة وبيان كيفية التملك بالشفعة يكون بأحد طريقين إما بتسليم المشتري وأما بقضاء القاضي أما التملك بالتسليم بالبيع فظاهر لأن الأخذ بتسليم المشتري برضاه يبدل بيده الشفيع وهو الثمن يفسر الشراء والشراء تملك وأما بقضاء القاضي فالكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان كيفية التملك بالقضاء بالشفعة وفي بيان شرط جواز القضاء بالشفعة وفي بيان وقت القضاء بالشفعة أما الأول فالمبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع وأما أن يكون في يد المشتري فإن كان في يد البائع ذكر الكرخي رحمه الله أن القاضي إذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذي كان بين البائع وبين المشتري في المشهور من قولهم وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا ينقض واختلف المشايخ فيه قال بعضهم البيع لا ينتقض بل تتحول الصفة إلى الشفيع وقال بعضهم ينتقض البيع الذي جرى بين البائع والمشتري وينعقد للشفيع بيع آخر كأنه كان من البائع إيجاباً أحدهما مع المشتري والاخر مع الشفيع فإذا قضى القاضي بالشفعة فقد قبل الشفيع الإيجاب الذي أضيف إليه وانتقض ما أضيف إلى المشتري سواء قبل المشتري الإيجاب المضاف إليه أو لم يقبل (وجه) قول من قال بالتحويل لا بالانتقاض أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة لأنه من شرائط وجوب الشفعة فإذا انتقض لم يجب فتعذر الأخذ (وجه) قول من قال أنه ينتقض نص محمد والمقول والأحكام أما الأول فقد ذكر محمد رحمه الله وقال انتقض البيع فيما بين البائع والمشتري وهذا نص في الباب وأما المقول فن وجهين أحدهما أن القاضي إذا قضى بالشفعة قبل القبض فقد عجز المشتري عن قبض المبيع والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع لخلوه عن الفائدة كما إذا هلك المبيع قبل القبض والثاني أن الملك قبل الأخذ بالشفعة للمشتري لوجود آثار الملك في حقه على ما بينا فيما تقدم ولتحويل الملك إلى الشفيع لم يثبت الملك للمشتري وأما الأحكام

فان للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية وإذا رد عليه لا يعود شراء المشتري ولو تحولت الصفقة الى الشفيع لماد شراء المشتري لان التحول كان لضرورة مراعاة حق الشفيع ولما رد فقد زالت الضرورة فينبغي أن يعود الشراء ولا نهالو تحولت اليه لصار المشتري وكيل للشفيع لان عقده يقع له ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري رآها قبل ذلك ورضى بها لان خيار الرؤية يبطل برؤية الوكيل ورضاه وكذلك لو كان الشراء بثمن مؤجل فأراد الشفيع أن يأخذها للحال يأخذ بثمن حال ولو تحولت الصفقة اليه لأخذها بثمن مؤجل وكذا لو اشتراها على أن البائع يرى من كل عيب بها عند البيع ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيبا فله أن يردها على من أخذها منه ولو تحولت تلك الصفقة الى الشفيع لما ثبت له حق الرد كما ثبت للمشتري فدلّت هذه المسائل على أن شراء المشتري ينتقض ويأخذها الشفيع بشرأ مبتدأ بعد إيجاب مبتدأ مضاف اليه وقد خرج الجواب عن قولهم أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة لانه لا يأخذ بذلك العقد لا تنقاضه بل بمقدّم مبتدأ مقرر بين البائع وبين الشفيع على ما يناتق ربه والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان المبيع في يد المشتري أخذ منه ودفع الثمن الى المشتري والبيع الاول صحيح لان التملك وقع على المشتري فيجعل كأنه اشتري منه ثم اذا أخذ الدار من يد البائع يدفع الثمن الى البائع وكانت العهدة عليه ويسترد المشتري الثمن من البائع ان كان قد قد وان أخذها من يد المشتري دفع الثمن الى المشتري وكانت العهدة عليه لان العهدة هي حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق فيكون على من قبض الثمن وروى عن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري اذا كان قد اثنى ولم يقبض الدار حتى قضى للشفيع بمحض منهما أن الشفيع يأخذ الدار من البائع ويتقد الثمن للمشتري والعهدة على المشتري وان كان لم يتقد دفع الشفيع الثمن الى البائع والعهدة على البائع لانه اذا كان قد اثنى للبائع فالملك لا يقع على البائع أصلا لانه لا ملك له ولا بدأ أيضا لبطان حق الحبس بنقد الثمن بل يقع على المشتري فيكون الثمن له والعهدة عليه واذا كان لم يتقد فللبائع حق الحبس فلا يتمكن الشفيع من قبض الدار الا بدفع الثمن الى البائع فكانت العهدة على البائع وأما شرط جواز القضاء بالشفعة فحضره المقضى عليه لان القضاء على الغائب لا يجوز وجملة الكلام فيه أن المبيع اما أن يكون في يد البائع واما أن يكون في يد المشتري فان كان في يد البائع فلا بد من حضرة البائع والمشتري جميعا لان كل واحد منهما خصم أما البائع فباليد وأما المشتري فبالملك فكان كل واحد منهما مقضيا عليه فيشترط حضرتهما لئلا يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وأما ان كان في يد المشتري فحضره البائع ليست بشرط ويكتفى بحضرة المشتري لان البائع خرج من أن يكون خصما لزوال ملكه ويده عن المبيع فصار كالاجنبي وكذا حضره الشفيع أو وكيله شرط جواز القضاء بالشفعة لان القضاء على الغائب كالا يجوز فالحق للغائب لا يجوز أيضا ثم القاضي اذا قضى بالشفعة يثبت الملك للشفيع ولا يقف ثبوت الملك له على التسليم لان الملك للشفيع يثبت بمنزلة الشراء والشراء الصحيح يوجب الملك بنفسه وأما وقت القضاء بالشفعة فوقته وقت المنازعة والمطالبة بها فاذا طال به الشفيع يقضى القاضي له بالشفعة سواء حضر الثمن أولا في ظاهر الرواية وللمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن من الشفيع وكذا الورثة لان التملك بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فان أبي أن يتقد حبسه القاضي لانه ظهر ظلمه بالامتناع من إيفاء حق واجب عليه فيحبسه ولا ينتقض الشفعة كالمشتري اذا امتنع من إيفاء الثمن انه يحبس ولا ينتقض البيع وان طلب أجلا لنقد الثمن أجله يوما أو يومين أو ثلاثة أيام لانه لا يمكنه النقد للحال فيحتاج الى مدة يتمكن فيها من النقد فيمهل ولا يحبس لان الحبس جزاء الظلم بالمطل ولم يظهر مطله فان مضى الاجل ولم يتقد حبسه وقال محمد رحمه الله ليس ينبغى للقاضي أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال فان طلب أجلا أجله يوما أو يومين أو ثلاثة أيام ولم يقض له بالشفعة فان قضى بالشفعة ثم أبى الشفيع أن يتقد حبسه وهذا عندى ليس باختلاف على الحقيقة وللقاضي أن يقضى بالشفعة قبل احضار الثمن بلا خلاف لان لفظ محمد رحمه الله ليس ينبغى للقاضي أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال لا يدل على أنه ليس له أن يقضى بل هو اشارة الى نوع احتياط

واختيار الاول لا تستعمل لفظة لا ينبغي الا في مثله ولهذا الوقضى جاز وقد قضاؤه نص عليه محمد وليس ذلك لكونه محل الاجتهاد ولان القضاء بمذهب المخالف في المجتهدات انما ينفذ بشرطة اعتقاد اصابته فيه واقضاء اجتهاده اليه وقد اطلق القضية في النفاذ من غير هذا الشرط فدل انه لا خلاف في المسئلة على التحقيق ثم ان ثبت الخلاف (فوجه) قول محمد ان حق الشفعة انما يثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع والقضاء قبل احضار الثمن يتضمن الضرر بالمشتري لاحتمال افلاس الشفيع ودفع الضرر عن الانسان باضرار غيره متناقض فلا يقضى قبل الاحضار ولكن يؤجله يومين أو ثلاثة ان طلب التأجيل تمكيناً له من تقديم الثمن (وجه) ظاهر الرواية ان الشفيع يصير ممتلكاً المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة كان اشتراؤه منه والتمكك بالشراء لا يقف على احضار الثمن كما في الشراء المبتدأ وقال محمد رحمه الله لو ضرب له القاضى أجلاً فقال له ان لم تأت بالثمن الى وقت كذا فلا شفعة لك فلم يأت به بطلت شفيعته وكذا اذا قال الشفيع ان لم أعطك الثمن الى وقت كذا فأنا برى من الشفعة لان هذا تعليق اسقاط حق الشفعة بالشرط والاسقاطات مما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعناق ونحو ذلك

فصل وأما بيان شرط التملك فالتمكك بالشفعة له شرطان أحدهما رضا المشتري أو قضاء القاضى لان تملك مال الغير مما لا سبيل اليه في الشرع الا بالتراضي أو بقضاء القاضى فلا يثبت التملك بدونهما والثاني أن لا يتضمن التملك تفريق الصفقة على المشتري فان تضمن ليس له أن يملك لان التفريق ضرر بالمشتري وهو ضرر الشركة ودفع الضرر بالضرر متناقض وعلى هذا يخرج ما اذا أراد الشفيع أن يأخذ بعض المشتري بالشفعة دون بعض أنه هل يملك ذلك فجعله الكلام فيه ان المشتري لا يخلو اما أن يكون بعضه ممتازا عن البعض واما أن لا يكون فان لم يكن بأن اشترى داراً واحدة فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها بالشفعة دون البعض أو يأخذ الجانب الذي يلي الدار دون الباقي ليس له ذلك بلا خلاف بين أصحابنا ولكن يأخذ الكل أو يدع لانه لو أخذ البعض دون البعض لتفرقت الصفقة على المشتري لان الملك له في كل الدارين بقول واحد فكان أخذ البعض تفرقاً فلا يملكه الشفيع وسواء اشترى واحد من واحد أو واحد من اثنين أو أكثر حتى لو أراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين ليس له لما قلنا سواء كان المشتري قبض أو لم يقبض في ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى عنهم أن الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض وليس له أن يأخذ من المشتري نصيب أحدهما بعد القبض (وجه) هذه الرواية ان التملك قبل القبض لا يتضمن معنى التفريق لان التملك يقع على البائع وقد خرج نصيبه عن ملكه فلا يلزمه ضرر التفريق وهو ضرر الشركة بخلاف ما بعد القبض لان التملك بعد القبض يقع على المشتري ألا ترى ان العهدة عليه وفيه تفرق ملكه والصحيح جواب الرواية لان الملك قبل القبض للمشتري بصفقة واحدة فملك نصيب أحد البائعين تفرق ملكه فيلزمه ضرر الشركة ولو اشترى رجلان من رجل داراً فالشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين في قولهم جميعاً لان الأخذ هنا لا يتضمن التفريق لان الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها اذا الملك في نصيب كل واحد منهما ثبت بقوله فلم تتحد الصفقة فلا يقع الأخذ تفرقاً لحصول التفريق قبله وسواء كان بعد القبض أو قبله في ظاهر الرواية وروى انه ليس للشفيع أن يأخذ قبل القبض الا الكل وبعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين (وجه) هذه الرواية ان الأخذ البعض قبل القبض يتضمن تفرقاً اليد على البائع والتمكك قبل القبض لا يتضمن التفريق لان التملك يقع على البائع وانه لا يجوز ألا ترى ان أحد المشتريين لو أراد أن يقبض حصته دون صاحبه ليس له ذلك (وجه) ظاهر الرواية ما ذكرنا ان الصفقة حصلت متفرقة من ابتداء فلا يكون أخذ البعض تفرقاً لحصول التفريق قبل الأخذ وقوله فيه تفرق اليد وهو القبض ممنوع فالشفيع يملك نصيب أحد المشتريين بالشفعة ولكنه لا يفرق اليد حتى لو قد اثنى ليس له أن يقبض أحد النصفين ما لم يتقد الآخر كيلا يتفرق القبض وسواء سمى لكل نصف تمنا على حدة أو سمى للجملة تمناً واحداً فالعبرة لا بتعدد الصفقة وتعدد هال لا بتعدد الثمن وتعدد لان المانع من التفريق هو الضرر والضرر

ينشأ عن اتحاد الصفة لا عن اتحاد الثمن وسواء كان المشتري عاقد لنفسه أو لغيره في الفصلين جميعاً حتى لو وكل رجلان جميعاً رجلاً واحداً بالشراء فاشترى الوكيل من رجلين فجاء الشفيع ليس له أن يأخذ نصيب أحد الباعين بالشفعة ولو وكل رجل واحد رجلين فاشترى يامن واحد فالشفيع أن يأخذ ما اشتراه أحد الوكيلين وكذا لو كان الوكلاء عشرة اشترى الرجل واحد فالشفيع أن يأخذ من واحد أو من اثنين أو من ثلاثة قال محمد رحمه الله وإنما أنظر في هذا إلى المشتري ولا أنظر إلى المشتري له وهو نظر صحيح لأن الأخذ بالشفعة من حقوق البيع وانهار اجمعة إلى الوكيل فكانت العبرة لاتحاد الوكيل وتعدد دون الموكل والله سبحانه وتعالى أعلم وإن كان المشتري بعضه ممتازاً عن البعض بأن اشترى دارين صفقة واحدة فأراد الشفيع أن يأخذ أحدهما دون الأخرى فإن كان شفيعاً لهما جميعاً فليس له ذلك ولكن يأخذهما جميعاً أو يدعهما وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضي الله تعالى عنهم وقال زفر رحمه الله له أن يأخذ أحدهما بحصتها من الثمن (وجه) قوله إن المانع من أخذ البعض دون البعض هو لزوم ضرر الشركة ولم يوجد ههنا لا انفصال كل واحدة من الدارين عن الأخرى (ولنا) إن الصفة وقعت بمجموعة لأن المشتري ملك الدارين قبول واحد فلا يملك الشفيع تفرقهما كما في الدار الواحدة وقوله ليس فيه ضرر الشركة مسلم لكن فيه ضرر آخر وهو أن الجمع بين الجيد والردى في الصفقة معتاد فيما بين الناس فلو ثبت له حق أخذ أحدهما لا أخذ الجيد فيتضرر له المشتري لأن الردى لا يشتري وحده بمثل ما يشتري مع الجيد فيتضرر به وسواء كانت الداران متلاصقتين أو متفرقتين في مصر واحد أو مصرين فهو على الاختلاف لما ذكرنا من المعنى في الجانبين فإن كان الشفيع شفيعاً لأحدهما دون الأخرى ووقع البيع صفقة واحدة فهل له أن يأخذ الكل بالشفعة روى عن أبي حنيفة أنه ليس له أن يأخذ إلا التي تجاوره بالصفة وكذا روى عن محمد في الدارين المتلاصقتين إذا كان الشفيع جارا لأحدهما أنه ليس له الشفعة إلا فيما يليه وكذا قال محمد في الأقربة المتلاصقة وواحد منها يلي أرض إنسان وليس بين الأقربة طريق ولا نهر إنما هي منسأة أنه لا شفعة له إلا في القراح الذي يليه خاصة وكذلك في القرية إذا بيعت بدورها وأراضيها أن لكل شفيع أن يأخذ القراح الذي يليه خاصة وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن للشفيع أن يأخذ الكل في ذلك كله بالشفعة قال الكرخي رواية الحسن تدل على أن قول أبي حنيفة كان مثل قول محمد رحمه الله ثم رجع عن ذلك فجعله كالدار الواحدة (وجه) الرواية الأولى أن سبب ثبوت الحق وهو الجوار وجد في أحدهما وهو ما يليه فلا يملك الأخذ أحدهما والشفعة وإن وقعت بمجموعة ولكنها أضيفت إلى شئئين أحدهما ثبت فيه حق الشفعة والأخر لم يثبت فيه حق الشفعة فله أن يأخذ ما ثبت فيه الحق كما إذا اشترى عقاراً أو منقولاً صفقة واحدة أنه يأخذ العقار خاصة كذا هذا (وجه) الرواية الأخرى أن سبب الوجوب وإن وجد فيما يليه دون الباقي لكن لا سبيل إلى أخذه خاصة بدون الباقي لما فيه من تفرق الصفقة فإخذ ما يليه قضية للسبب وإخذ الباقي ضرورة التحرز عن تفرق الصفقة

فصل وأما بيان ما يملك به فنقول وبالله التوفيق ثمن المشتري لا يخلو إما أن يكون مما له مثل المكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة وإما أن يكون مما لا مثل له كالزروع والمعدودات المتفاوتة كالثوب والعبء ونحو ذلك فإن كان مما له مثل فالشفيع يأخذ بمثله لأن فيه تحقيق معنى الأخذ بالشفعة إذ هو تملك بمثل ما تملك به المشتري وإن كان مما لا مثل له يأخذ بقيمته عند عامة العلماء وقال أهل المدينة يأخذ بقيمة المشتري (وجه) قولهم إن المصير إلى قيمة المبيع عند تعذر إيجاب المسمى من الثمن هو الأصل في الشريعة كما في البيع الفاسد وههنا تعذر الأخذ بالمسمى فصار إلى قيمة الدار والعقار ولنا أن الأخذ بالشفعة يملك بمثل ما تملك به المشتري فإن كان الثمن الذي تملك به المشتري من ذوات الأمثال كان الأخذ به تملكاً بالمثل بصورة ومعنى وإن لم يكن من ذوات الأمثال كان الأخذ بقيمته تملكاً بالمثل معنى لأن قيمته مقدار ما ليته بتقويم القومين لهذا سميت قيمته بقيامه مقامه فكان مثله معنى وأما قيمة الدار فلا تكون مثل العبد والثوب لا بصورة ولا معنى فالملك بها لا يكون تملكاً بالمثل فلا

يتحقق معنى الاخذ بالشفعة ولو تباعد ارباب ارباب فلفشيع كل واحدة من الدارين أن يأخذها بقيمتها لان الدار ليست من ذوات الامثال فلا يمكن الاخذ بمثلها فياً أخذ بقيمتها كالعبد والثوب وعلى هذا يخرج ما لو اشترى داراً بعرض ولم يتقاض حتى هلك العرض بطل البيع فيما بين البائع والمشتري وللشفيع الشفعة وكذلك لو كان المشتري قبض الدار ولم يسلم العرض حتى هلك أما بطلان البيع فيما بين البائع والمشتري فلان العرض مبيع اذ المبيع في الاصل ما يتعين بالتعيين في البيع والعرض يتعين بالتعيين في البيع فكان مبيعاً وهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان البيع لعدم التسليم بعد الهلاك فلم يكن في ابقاء العقد فائدة فيبطل وأما بقاء الشفعة للشفيع فلان الواجب عليه قيمة العرض لا عينه والقيمة مقدور التسليم في حقه فكان بقاء العرض في حق الشفيع وهلاكه بمنزلة واحدة ثم الشفيع انما يأخذ بما وجب بالعقد لا بما أعطى بدلاً من الواجب لما ذكرنا ان الاخذ بالشفعة يملك بمثل ما تملك به المشتري والمشتري تملك المبيع بالمسمى وهو الواجب بالعقد فياً أخذه الشفيع به حتى لو اشترى الدار بالدرهم والدنانير ثم دفع مكانها عرضاً فالشفيع يأخذ بالدرهم والدنانير لا بالعرض لان الدرهم والدنانير هي الواجبة بالعقد وأما العرض فانما أخذه البائع بعقد آخر وهو الاستبدال فلم يكن واجباً بالعقد فصار كان البائع اشترى بالثمن عرضاً ابتداء ثم حضر الشفيع ولو كان كذلك لكان يأخذ بالثمن لا بالعرض كذا هذا والله عز وجل اعلم ولولو زاد المشتري البائع في الثمن فالزاد لا يلزم الشفيع لان الشفيع انما يأخذ بما وجب بالعقد والزاد ما وجبت بالعقد في حق الشفيع لا نعداها وقت العقد حقيقة الا انها جعلت موجودة عند العقد في حق المتعاقدين تصحيحاً لتصرفهما فلا يظهر الوجود في حق الشفيع فلم تكن الزيادة ثمناً في حقه بل كانت هبة مبتدأة فلا تتعلق بها الشفعة كالهبة المبتدأة ولو حط البائع عن المشتري أو أبراه عن البعض فالشفيع يأخذ بما بقي لان حط بعض الثمن يلحق بأصل العقد ويظهر في حق الشفيع كان العقد ما ورد الا على هذا القدر بخلاف الزيادة فان التحاقها لا يظهر في حق الشفيع لما بينا ولا في تصحيح الزيادة ثمناً في حق الشفيع ضرراً به ولا ضرراً عليه في الخط ولو حط جميع الثمن يأخذ الشفيع بجميع الثمن ولا يسقط عنه شيء لان حط كل الثمن لا يلحق بأصل العقد لانه لو التحق لبطل البيع لانه يكون بيعاً بلا ثمن فلم يصح الخط في حق الشفيع والتحقيق في حقه بالعدم فياً أخذ بجميع الثمن ولا يسقط عنه شيء لان حط كل الثمن لا يلحق بأصل العقد وصح في حق المشتري وان كان ابراه عن الثمن ولو اشترى داراً بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء انتظر مضي الاجل فأخذ عند ذلك وليس له أن يأخذها للحال بثمن مؤجل لان الشفيع انما يأخذ بما وجب بالبيع والاجل لم يجز بالبيع وانما وجب بالشرط والشرط لم يوجد في حق الشفيع ولهذا لم يثبت خيار المشتري للشفيع بأن اشترى على انه بالخيار لان ثبوته بالشرط ولم يوجد من الشفيع وكذا البراءة عن العيب لا تثبت في حق الشفيع لان ثبوته بالشرط ولم يوجد مع الشفيع كذا هذا وله أن يمتنع من الاخذ في الحال لان الشفيع غير مجبور على الاخذ بالشفعة ولو اختار الشفيع أخذ الدار بثمن حال كان الثمن للبائع على المشتري الى أجل لان الاخذ من المشتري تملك منه بمنزلة التملك المبتدأ كانه اشترى منه فلا يوجب بطلان البيع الا بالاول فبقي الاول على حاله فكان الثمن على حاله الى أجله وروى عن أبي يوسف في شراء الدار بثمن مؤجل انه يجب على الشفيع ان يطلب عند علمه بالبيع فان سكت الى حين محل الاجل فذلك تسليم منه ثم رجع وقال اذا طلب عند حل الاجل فله الشفعة وان لم يطلب عند علمه بالبيع (وجه) قوله الاول ان وقت الطلب هو وقت العلم بالبيع لا وقت حل الاجل فقد أخره عن وقته من غير عذر فبطل الحق (وجه) قوله الاخر ان الطالب لا يراد لعينه بل لتأكيده الحق واستقراره والتأكيده لا يراد لنفسه بل لا مكان الاخذ وله أن لا يأخذ قبل حل الاجل فله أن لا يطلب قبل حله أيضاً والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يملك بالشفعة فالذي يملكه الشفيع بالشفعة هو الذي ملكه المشتري بالشراء سواء ملكه أصلاً أو تبعاً بعد أن يكون متصلًا وقت التملك بالشفعة وذلك نحو البناء والفرس والزرع والثمر وهذا استحسان

والقياس ان لا يؤخذ البناء والفرس والزرع والتمر بالشفعة (وجه) القياس ان الشفيع انما يملك ما يثبت له فيه حق الشفعة وانه يثبت في العقار لا في المنقول وهذه الاشياء منقولة فلم يثبت فيها الحق فلا تملك بالشفعة وخاصة الزرع والتمر لانهما مبيعان ومقصودان لا يدخلان في العقد من غير تسمية فلم يثبت الحق فيهما الا أصلاً ولا تبعاً ولنا ان الحق اذا ثبت في العقار يثبت فيما هو تبع له لان حكم التبع حكم الاصل وهذه الاشياء تابعة للعقار حالة الاتصال أما البناء والفرس فظاهران لان قيامهما بالارض وكذلك الزرع والتمر لان قيام الزرع وقيام الثمر بالشجر وقيام الشجر بالارض فكان تبعاً للارض بواسطة الشجر فيثبت الحق فيهما تبعاً فيملكهما بالشفعة بطريق التبعية الا انهما لا يدخلان في العقد الا بالتسمية مع وجود التبعية حقيقة بالنص وهو ما سنرى في كتاب البيوع عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع فادام البناء والشجر متصلين بالارض فللشفيع أن يأخذ الارض معه بالثمن الاول وكذلك أن يأخذ الارض مع الثمر والزرع بالثمن الاول بقل كان الزرع أو مستحصداً اذا كان متصلاً فاما اذا زال الاتصال ثم حضر الشفيع فلا سبيل للشفيع عليه وان كان عينه قائمة سواء كان الزوال بآفة ساهوية أو بصنع المشتري أو الاجنبي لان حق الشفعة في هذه الاشياء انما ثبت معدولاً به عن القياس معلولاً بالتبعية وقد زالت التبعية بزوال الاتصال فيرد الحكم فيه الى أصل القياس وهل يسقط عن الشفيع حصته من الثمن هذا لا يخلو اما ان كان مما يدخل في العقد من غير تسمية واما ان كان مما لا يدخل فيه الا بالتسمية فان كان مما يدخل في العقد من غير تسمية كالبناء والشجر ينظر ان كان زوال الاتصال بآفة ساهوية بأن احترق البناء أو غرق أو جف شجر البستان لا يسقط شيء من الثمن والشفيع يأخذ الارض بجميع الثمن ان شاء أخذ وان شارك وكذلك لو انهدمت الدار سواء بقى عين النقص أو هلك كذا ذكر القدرى رحمه الله في مختصره وسوى بينه وبين الفرق والحرق وغرق الكرخى رحمه الله فقال ان احترق أو غرق ولم يبق منه شيء لا يسقط شيء من الثمن وان انهدم يسقط عن الشفيع حصته من الثمن وسوى بينه وبين ما اذا انهدم بفعل المشتري أو الاجنبي لكنه فرق بينهما من وجه آخر وهو ان هناك تعتبر قيمته متصلاً فيقسم الثمن على قيمة البناء مبنياً وعلى قيمة الارض فيأخذ الارض بحصتها من الثمن وهنا يعتبر منفصلاً ساقطاً ويسقط ذلك القدر من الثمن والصحيح ما ذكره القدرى رحمه الله لان البناء تبع والانواع لا حصة لها من الثمن الا أن تصير مقصودة بالفعل وهو التلاف والقبض ولم يوجد ولهذا لو احترق أو غرق لا يسقط شيء من الثمن كذا هذا وان كان زوال الاتصال بفعل المشتري أو اجنبي بأن انهدم البناء أو قطع الشجر تسقط حصته من الثمن لانه صار مقصوداً بالتلاف فصار له حصة من الثمن كطراف العبد ويقسم الثمن على البناء مبنياً وعلى قيمة الارض لانه انما يسقط حصة البناء فصار مضموناً عليه بفعله وهو الهدم والهدم صادفه وهو مبنى فتعتبر قيمته مبنياً بخلاف ما اذا انهدم بنفسه على رواية الكرخى رحمه الله لانه انهدم لا يصنع أحد فيعتبر حاله يوم الانهدام ولو لم يهدم المشتري البناء لكنه باعه بغير ارض ثم حضر الشفيع كان أحق بالبناء والارض فيأخذ وينتقض البيع في البناء لانه باع البناء وحق الشفيع متعلق به تبعاً للارض لوجود الاتصال فكان سبيل من ابطال البيع كما لو باع الاصل وهو الارض ثم حضر الشفيع أن له أن يأخذ وينتقض البيع كما قلنا كذا هذا وان كان مما لا يدخل في العقد الا بالتسمية كالتمر والزرع يسقط عن الشفيع حصته من الثمن سواء كان زوال الاتصال بصنع العبد أو بآفة ساهوية بخلاف الفصل الاول اذا احترق البناء أو غرق أو انهدم على رواية القدرى رحمه الله انه لا يسقط شيء من الثمن لان البناء مبيع تبعاً لا مقصوداً لثبوت حكم البيع فيها تبعاً لا مقصوداً بالتسمية والانواع ما لها حصة من الثمن الا اذا صارت مقصودة بالفعل ولم يوجد فاما الثمر والزرع فكل واحد منهما مبيع مقصود الا يرى انه لا يدخل في العقد من غير تسمية فلا بد وأن يخصه شيء من الثمن فان هلك يهلك بحصته من الثمن سواء هلك بنفسه أو بالاسهالك لما قلنا وتعتبر قيمته يوم العقد لانه أخذ الحصة بالعقد فتعتبر قيمته يوم العقد فيقسم الثمن على قيمة

الارض وعلى قيمة الزرع وقت العقد لكنه كيف تعتبر قيمتها يوم العقد مفصولا بمجذوذاً أم قائماً روى عن أبي يوسف أنه تعتبر قيمة الزرع وهو بقل مفصول ومجذوذ فيسقط عنه ذلك القدر وروى عن محمد في النوادر أنه يعتبر قيمته قائماً فتقوم الارض وفيها الزرع والتمر وتقوم وليس فيها الزرع والتمر فيسقط عن الشفيع ما بين ذلك (وجه) قول محمد ان الزرع دخل في العقد وهو متصل ويثبت الحق فيه وهو منفصل وكذا التمر فتعتبر قيمتها على صفة الاتصال على أن في اعتبار حالة الاتصال اضراراً بالشفيع اذ ليس للمفصول والتمر المجذوذ كثير قيمة فيتضرر به الشفيع (وجه) قول أبي يوسف ان حق الشفيع انما يسقط بعد زوال الاتصال فتعتبر قيمتها منفصلاً لا متصلاً وكذا لو كانت الارض مبدورة ولم يطلع الزرع بعد ثم طلع فقضيه المشتري عند أبي يوسف يقسم الثمن على قيمة البذر وعلى قيمة الارض فيسقط قدر قيمة البذر عن الثمن وعند محمد تقوم الارض مبدورة وغير مبدورة فيسقط عنه ما بين ذلك اذا أجز الشفيع الارض مع الشجر بحصتها من الثمن وقيمت الثمرة في يد البائع هل يثبت الخيار للمشتري ذكر محمد ان الثمرة لازمة للمشتري ولا خيار له ولو كان البائع أ تلف الثمرة قبل أن يأخذ الشفيع الارض بالشفعة فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ الارض بحصتها من الثمن وان شاء ترك لانه لما أ تلف الثمرة فقد فرق الصفة على المشتري قبل التمام من غير رضاه وأنه يوجب الخيار بخلاف ما اذا كان الشفيع أخذ الارض بالشفعة لان التفريق هناك حصل رضا المشتري لان حق الشفيع كان ثابتاً في المأخوذ وانه حق لازم فكان التفريق هناك لضرورة حق ثابت لازم شرعاً فكان المشتري راضياً به والتفريق المرضي به لا يوجب الخيار والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كانت هذه الأشياء موجودة عند العقد متصلة بالمقار ودام الاتصال الى وقت التملك بالشفعة أو زال ثم حضر الشفيع فاما اذا لم تكن موجودة عند العقد وجدت بعده ثم حضر الشفيع فان كان الحادث مما يثبت حكم البيع فيه تبعاً وهو التمر بأن وقع البيع ولا تمر في الشجر ثم أثمر بعده ثم حضر الشفيع فادام متصلاً يأخذه الشفيع مع الارض بالثمن الاول استحساناً لانه ثبت حكم البيع فيه تبعاً لثبوته في الارض بواسطة الشجر فكان مبيعاً تبعاً فيثبت حق الشفعة تبعاً سواء حدث في يد المشتري أو في يد البائع لان الشفعة موجودة في الحالين فان زال الاتصال فحضر الشفيع فان كان حدث في يد المشتري فالشفيع يأخذ الارض والشجر بالثمن الاول ان شاء وان شاء ترك ولا يسقط شيء من الثمن وسواء كان زواله بآفة سبأ أو بآفة سبأ وهو قائم بعد الزوال أو هالك أو كان زواله بفعل أحد ما اذا كان بآفة سبأ وهو قائم أو هالك لانه كان تبعاً حالة الاتصال ولم يرد عليه فعل يصير به مقصودا والتبع لا يصير له حصصة من الثمن بدونه وأما اذا كان الزول بصنع العبدان جده المشتري وهو قائم أو هالك فلا يرد عليه العقد ولا القبض وان كان حدث في يد البائع فان كان الزوال بآفة سبأ وهو قائم أو هالك فكذلك أخذ الشفيع الارض والشجر بجميع الثمن ان شاء لانه لم يوجد فعل يصير به مقصودا فيقال له الثمن وان كان فعل البائع بأن استهلكه يسقط عن الشفيع حصته من الثمن لصيرورته مقصودا بالاتلاف وان كان الحادث مما لم يثبت فيه حكم البيع رأساً أصلاً ولا تبعاً بأن بني المشتري بناء أو غرس أو زرع ثم حضر الشفيع يقضى له بالشفعة الارض ويجبر المشتري على قلع البناء والغرس وتسليم الساحة الى الشفيع الا اذا كان في القلع نقصان الارض فالشفيع الخيار ان شاء أخذ الارض بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعاً وان شاء أجبر المشتري على القلع وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه لا يجبر المشتري على قلع البناء والغرس ولكنه يأخذ الارض بشمئها والبناء والغرس بقيمته قائماً غير مقلوع ان شاء وان شاء ترك وبه أخذ الشافعي رضي الله عنه واجمعوا على أن المشتري لو زرع في الارض ثم حضر الشفيع انه لا يجبر المشتري على قلعها ولكنه ينتظر ادراك الزرع ثم يقضى له بالشفعة فيأخذ الارض بجميع الثمن (وجه) رواية أبي يوسف رحمه الله ان في الجبر على القبض ضرراً بالمشتري وهو باطل تصرفه في ملكه وفيما قلنا مراعاة الجانبين (أما) جانب المشتري فظاهر لان فيه صيانة حقه عن الابطال (وأما) جانب الشفيع فلا ينفذ يأخذ البناء بقيمته وأخذ الشيء بقيمته لا ضرر فيه على أحد (وجه) ظاهر

الرواية ان حق الشفيع كان متعلقا بالارض قبل البناء ولم يبطل ذلك بالبناء بل بقي فاذا قضى له بالشفعة فقد صار ذلك الحق ملكا له فيؤمر بتسليم ملكه اليه ولا يمكنه التسليم الا بالنقض فيؤمر بالنقض ولهذا امر الغاصب والمشتري عند الاستحقاق بالنقض كذا هذا قوله في النقض ضرر بالمشتري قلنا ان كان فيه ضرر به فهو الذي اضر بنفسه حيث بنى على محل تعلق به حق غيره ولو اخذ الشفيع الارض بالشفعة وبنى عليها ثم استحققت وأمر الشفيع بنقض البناء فان الشفيع يرجع على المشتري بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة البناء ان كان اخذ منه ولا على البائع ايضا ان كان اخذ منه في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه يرجع عليه (وجه) هذه الرواية ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري ولو كان اشتراه لرجع عليه كذا اذا اخذ بالشفعة له الرجوع بقيمة البناء في الشراء لوجود الغرور ومن البائع وضمان السلامة للمشتري لان كل بائع مخير للمشتري انه يبيع ملك نفسه وشارط سلامة ما يبي فيه دلالة فاذا لم يسلم يدفع بحكم الضمان المشروط دلالة اذ ضمان الغرور وضمان الكفالة في الحقيقة ولا غرور من المشتري في حق الشفيع لانه مجبور على التملك منه وحق الرجوع بضمان الغرور على المختار لا على الجبور كالجارية المأسورة اذا اشتراها رجل فأخذها المالك القديم بالثمن واستولدها ثم استحققت من يده وقضى عليه بالعقر وقيمة الولد فانه يرجع على المشتري بالثمن الذي دفعه اليه ولا يرجع عليه بقيمة الولد ومثله اذا استولد جارية بالشراء ثم استحققت فان المشتري يرجع على بائعه بالثمن وقيمة الولد لصيرورته مفرورا من جهة ولا غرور من المشتري من الحربى لكونه مجبورا في التملك عليه بما اخذ من الحربى كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان من يملك منه الشخص المشفوع فيه فالشفيع يملك من الذي في يده ان كان في يد البائع اخذ منه وقده الثمن والعهد عليه وان كان في يد المشتري اخذ ودفع الثمن اليه والعهد عليه سواء كان المشتري عاقدا لنفسه أو لغيره بأن كان وكيلا بالشراء وقبض الدار ثم حضر الشفيع وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يأخذها من يد الوكيل (وجه) هذه الرواية أن الوكيل لم يشتل نفسه وانما اشترى لموكله فلم يكن هو خصما بل الخصم الموكل فلا يأخذ منه ولكن يقال له سلم الدار الى الموكل فاذا سلم يأخذها الشفيع منه (وجه) ظاهر الرواية ان الشفعة من حقوق العقد وانما راجعة الى الوكيل والوكيل في الحقوق أصل بمنزلة المشتري لنفسه فكان خصم الشفيع فإخذ الدار منه بالثمن وكانت العهدة عليه وان كان الوكيل سلم الدار الى الموكل ثم حضر الشفيع فانه يأخذ الدار من الموكل ويدفع الثمن اليه وكانت العهدة عليه ولا خصومة للشفيع مع الوكيل لانه بالتسليم الى الموكل زالت يده عن الدار فخرج من أن يكون خصما بمنزلة البائع اذا سلم الدار الى المشتري انه لا خصومة للشفيع مع البائع لما قلنا كذا هذا غير ان الدار اذا كانت في يد البائع لم يكن خصما ما لم يحضر المشتري واذا كانت في يد الوكيل يكون خصما وان لم يحضر الموكل لان الوكيل بالتوكيل قائم مقام الموكل والبائع ليس بقائم مقام المشتري لانعدام ما يوجب ذلك ولوقال المشتري قبل أن يخاصمه الشفيع في الشفعة انما اشترى لفلان وسلم اليه ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين المشتري لانه أقر قبل أن يكون خصما للشفيع فصح اقراره لانعدام التهمة فصاح كالكالات الوكالة معلومة ولو أقر بذلك بعد ما خصمه الشفيع لم تسقط الخصومة عنه لانه متهم في هذا الاقرار لصيرورته خصما للشفيع فلا يقبل في ابطال حقه ولو أقام بينة أنه قال قبل الشراء انما اشترى لفلان لم تقبل بينته لان هذه البينة لو صدقت لم تدفع الخصومة عنه لانه لا يثبت بها الا الشراء لفلان وبهذا لا تندفع عنه الخصومة وروى عن محمد انها لا تقبل لاثبات الملك للغائب وتقبل لدفع الخصومة بينه وبين الشفيع حتى يحضر المقر له

فصل وأما بيان حكم اختلاف الشفيع والمشتري فاختلفا فهما لا يخلو اما أن يرجع الى الثمن واما أن يرجع الى المبيع واما أن يرجع الى صفة المبيع أما الذي يرجع الى الثمن فلا يخلو اما أن يقع الاختلاف في جنس الثمن واما أن يقع في قدره واما يقع في صفته وان وقع في الجنس بأن قال المشتري اشترت بمائة دينار وقال الشفيع لا بل

بألف درهم فالقول قول المشتري لأن الشفيع يدعى عليه التملك بهذا الجنس وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه ولأن المشتري أعرف بجنس الثمن من الشفيع لأن الشراء وجد منه لا من الشفيع فكان أعرف به من الشفيع فيرجع في معرفة الجنس إليه وان وقع الاختلاف في قدر الثمن بأن قال المشتري اشترى بثلثين وقال الشفيع بألف فالقول قول المشتري مع يمينه وعلى الشفيع البيينة أنه اشتراه بألف لأن الشفيع يدعى التملك على المشتري بهذا القدر من الثمن والمشتري ينكر فكان القول قول المنكر ولو صدق البائع الشفيع بأن قال بت بألف ينظر في ذلك ان كان البائع ما قبض الثمن فالقول قول البائع والشفيع يأخذ بألف سواء كان المبيع في يد البائع أو في يد المشتري اذا لم يكن قد قبض الثمن لأن البائع اذا لم يكن قبض الثمن فالتملك يقع عليه بتملكه فيرجع في مقدار ماله بكيفية قوله ولأن الشراء لو وقع بألف كما قاله البائع أخذ الشفيع به وان وقع بثلثين كما قاله المشتري كان قول البائع بت بألف حط بعض الثمن عن المشتري وحط بعض الثمن يصح ويظهر في حق الشفيع على ما مر وان كان البائع قبض الثمن لا يلتفت الى تصديقه والقول قول المشتري لأنه اذا قبض الثمن لم يبق له حق في المبيع أصلاً وصار أجنياً فالحق تصديقه بالعدم وقيل انه يراعى التقديم والتأخير في تصديق البائع فان بدأ بالقرار بالبيع بأن قال بت الدار بألف وقبضت الثمن فالشفيع يأخذها بألف وان بدأ بالقرار بقبض الثمن بأن قال قبضت الثمن وهو الألف لا يلتفت الى قوله لأنه لما بدأ بالقرار بالبيع فقال بت بألف فقد تعلق به حق الشفعة فهو بقوله قبضت الثمن يريد اسقاط حق متعلق بقوله فلا يصدق واذا بدأ بالقرار بقبض الثمن فقد صار أجنياً فلا يقبل قوله في مقدار الثمن وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما ان المبيع اذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن وزعم انه ألف فالقول قوله لأن المبيع اذا كان في يد البائع فالتملك يقع عليه فكان القول قوله في مقدار الثمن ولو اختلف البائع مع المشتري والشفيع والدار في يد البائع أو المشتري لكنه لم ينقد الثمن فالقول في ذلك قول البائع والبائع مع المشتري يتحالفان ويتزادان والشفيع يأخذ الدار بما قال البائع ان شاء أما التحالف والترادف بين البائع والمشتري فلقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا أو أخذ الشفيع بقول البائع ان شاء فلانه اذا لم يقبض الثمن فالتملك يقع عليه فكان القول في مقدار الثمن في حق الشفيع قوله وان كان البائع قد قبض الثمن فلا يلتفت الى قوله لأنه صار أجنياً على ما بينا هذا اذا لم يكن لأحدهما بيينة للشفيع ولا للمشتري فان قامت لأحدهما بيينة قبلت بينته وان أقام جميعاً البيينة فالبيينة بيينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف البيينة بيينة المشتري (وجه) قوله ان بيينة المشتري تظهر زيادة فكانت أولى بالقبول كما اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن فقال البائع بت بثلثين وقال المشتري بألف وأقام جميعاً البيينة فالبيينة بيينة البائع لما قلنا والجامع بينهما من وجهين أحدهما ان الزيادة التي تظهرها إحدى البينتين لا معارض لها فتقبل في قدر الزيادة خلوها عن المعارض ولا يمكن إلا بالقبول في الكل فتقبل في الكل ضرورة والثاني ان البيينة المظهرة للزيادة مثبتة والاخرى نافية والمثبت يترجح على النافي ولا يبي حنيفة رضي الله عنه طريقان أحدهما ذكرها أبو يوسف لأبي حنيفة ولم يأخذ بها والثانية ذكرها محمد وأخذ بها أما الأولى فهي ان البيينة جعلت حجة للمدعى قال النبي عليه الصلاة والسلام البيينة على المدعى والمدعى ههنا هو الشفيع لانه غير مجبور على الخصومة في الشفعة بل اذا تركها ترك والمشتري مجبور على التملك عليه بحيث لو ترك الخصومة لا يترك فكان المدعى منهما هو الشفيع فكانت البيينة حجة وأما الثانية فهي ان البيينة حجة من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وهنا أمكن العمل بالبينتين في حق الشفيع بأن يجعل كانه وجد عقدان أحدهما بألف والاخر بثلثين لأن البيع الثاني لا يوجب انقاسخ البيع الاول في حق الشفيع وان كان يوجب ذلك في حق العاقدين ألا ترى انه لو باع بألف ثم باع بثلثين ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذ الدار بألف دل ان البيعين قائمان في حق الشفيع وان القسح الاول في حقهما فأمكن تقدير عقدين بخلاف ما اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن واقاما البيينة أن البيينة بيينة البائع أما على الطريق الأولى فلان البائع هناك هو

المدعى فكانت البينة حجة ألا ترى أنه لا يجبر على الخصومة والمشتري مجبور عليها وهما بخلافه على ما بينا وأما على الطريق الثانية فلان تعد برعدين هنا متعذر لان البيع الثاني يوجب انقاسخ الاول في حق العاقدين فكان العقد واحد أو الترجيح بجانب البائع لا شراد يثبت باظهار فضل فكانت أولى بالقبول والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى داراً عرض ولم يتقاضا حتى هلك العرض وانتقض البيع فيما بين البائع والمشتري أو كان المشتري قبض الدار ولم يسلم العرض حتى هلك وانتقض البيع فيما بينهما وبقي للشفيع حق الشفعة بقيمة العرض على ما بينا فيما تقدم ثم اختلف الشفيع والبائع في قيمة العرض فالقول قول البائع مع يمينه لان الشفيع يدعى عليه التملك بهذا القدر من الثمن وهو ينكر فان أقام أحدهما بينة قبلت بيئته وان أقام جميعا البينة فالقول قول البائع عند أبي يوسف ومحمد وهو قول أبي حنيفة على قياس العلة التي ذكرها محمد لأبي حنيفة رحمه الله في تلك المسئلة أما عند أبي حنيفة فظاهر لان بيئته البائع اقررت باثبات زيادة وكذلك عند محمد على قياس ما ذكره لأبي حنيفة في تلك المسئلة وأخذه لان تقدير عقدين ههنا غير ممكن لان المقدور وقع على عرض بينه وانما اختلفا في قيمة ما وقع عليه العقد فكان العقد واحد فلا يمكن العمل بالبينتين فيعمل بالراجح منهما وهو بيئته البائع لا شرادها باظهار الفضل وكذلك عند أبي حنيفة على قياس ما عمل له محمد وأما على قياس ما عمل له أبو يوسف فينبغي أن تكون البينة بينة الشفيع لانه هو المدعى وهكذا ذكر الطحاوي رحمه الله والله سبحانه وتعالى أعلم ولو هدم المشتري بناء الدار حتى سقط عن الشفيع قدر قيمته من الثمن ثم اختلفا في قيمة البناء فهذا لا يخلو (أما) ان اختلفا في قيمة البناء واتفقا على قيمة الساحة واما ان اختلفا في قيمة البناء والساحة جميعا فان اختلفا في قيمة البناء لا غير فالقول قول المشتري مع يمينه لان الشفيع يدعى على المشتري زيادة في السقوط وهو ينكر وان اختلفا في قيمة البناء والساحة جميعا فان الساحة تقوم الساعة والقول في قيمة البناء قول المشتري (أما) تقوم الساحة الساعة فلا يمكن معرفة قيمتها للحال فيستدل بالحال على الماضي ولا يمكن تحكيم الحال في البناء لانه تغير عن حاله والقول قول المشتري لما قلنا فان قامت لاحدهما بينة قبلت بيئته وان أقام جميعا البينة قال أبو يوسف البينة بينة الشفيع على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد البينة بينة المشتري على قياس قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف من تلقاء نفسه البينة بينة المشتري لانها تظهر زيادة وانما اختلفا في القياس على قول أبي حنيفة لا خلافا للطريقين اللذين ذكرناهما له في تلك المسئلة فطريق أبي يوسف ان الشفيع هو المدعى والبينة حجة المدعى وهذا موجود ههنا وطريق محمد رحمه الله العمل بالبينتين بتقدير عقدين وهذا التقدير منعدم ههنا فيعمل بأحد البينتين وهي بيئته المشتري لا شرادها باظهار زيادة والله سبحانه وتعالى أعلم وان اختلفا في صفة الثمن بأن قال المشتري اشتريت ثمن معجل وقال الشفيع لا بل اشتريته ثمن مؤجل فالقول قول المشتري لان الحلول في الثمن أصل والاجل عارض فالمشتري يتمسك بالأصل فيكون القول قوله ولان العاقد أعرف بصفة الثمن من غيره ولان الاجل ثبت بالشرط فالشفيع يدعى عليه شرط التأجيل وهو ينكر فكان القول قوله (وأما) الذي يرجع الى المبيع فهو ان يختلفا فيما وقع عليه البيع انه وقع عليه بصفة واحدة أم بصفقتين نحو ما اذا اشترى داراً فقال المشتري اشتريت العرصة على حدة بألف والبناء بألف وقال الشفيع لا بل اشتريتها جميعاً بألفين والدار لي ببنائها فالقول قول الشفيع لان افراد كل واحد منهما بالصفة حالة الاتصال ليس بمعتاد بل العادة يعمها بصفة واحدة فكان الظاهر شاهداً للشفيع فكان القول قوله ولان سبب وجوب الشفعة في العرصة يقتضي الوجوب في البناء تبعاً له حالة الاتصال وشرط الوجوب هو الشراء وقد أقر المشتري بالشراء الا انه يدعى زيادة أمر وهو طريق الصفة فلا يصدق الا بتصديق الشفيع أو بيئته ولم توجد وأيهما أقام البينة قبلت بيئته وان أقام جميعا البينة ولم يوقتوا وقتاً فالبينة بينة المشتري عند أبي يوسف وعند محمد البينة بينة الشفيع (وجه) قول محمد ان بيئته الشفيع أكثر اثباتاً لانها تثبت زيادة استحقاق وهو استحقاق البناء فكانت أولى بالقبول ولان العمل بالبينتين ههنا ممكن بأن يجعل كانه باعها بصفقتين ثم باعها

بصفقة واحدة فكان للشفيع أن يأخذها بأيهما شاء (وجه) قول أبي يوسف أن بينة المشتري أكثر إثباتاً لأنها تثبت زيادة صفقة فكانت أولى بالقبول فأبو يوسف نظر إلى زيادة الصفقة ومحمد نظر إلى زيادة الاستحقاق وقال أبو يوسف إذا ادعى المشتري أنه أحدث البناء في الدار وقال الشفيع لا بل اشتريتها والبناء فيها ان القول قول المشتري لأنه لم يوجد من المشتري الاقرار بشراء البناء والشفيع يدعي عليه استحقاق البناء وهو ينكر ولو اشترى دارين ولهما شفيع ملاقص فقال المشتري اشتريت واحدة بعد واحدة وأنا شريكك في الثانية وقال الشفيع لا بل اشترى بهما صفقة واحدة ولي الشفعة فيهما جميعاً فالقول قول الشفيع لأن سبب الاستحقاق ثابت فيهما جميعاً وهو الجوار على سبيل الملاصقة وقد أقر المشتري بشرط الاستحقاق وهو شرائهما إلا أنه بدعوى تهريق الصفقة يدعي البطلان بعد وجود السبب وشرطه من حيث الظاهر فلا يصدق إلا بينة وأيهما أقام بينة قبلت بينته وإن أقام جميعاً البينة فهو على الاختلاف الذي ذكرنا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولو قال المشتري وهب لي هذا البيت مع طريقيه من هذه الدار ثم اشتريت بقيتها وقال الشفيع لا بل اشتريت الكل فالشفيع الشفعة فيما أقر أنه اشترى ولا شفعة له فيما ادعى من الهبة لأنه وجد سبب الاستحقاق وهو الجوار ووجد شرطه وهو الشراء باقراره فهو بدعوى الهبة يريد بطلان حق الشفيع فلا يصدق وللشفيع الشفعة فيما أقر بشرائه ولا شفعة له في الموهوب لأنه لم يوجد من المشتري الاقرار بشرط الاستحقاق على الموهوب وأيهما أقام البينة قبلت بينته وإن أقام جميعاً البينة فالبينة بينة المشتري عند أبي يوسف رحمه الله لأنها تثبت زيادة الهبة وينبغي أن تكون البينة بينة الشفيع عند محمد رحمه الله لأنها تثبت زيادة الاستحقاق وروى عن محمد فيمن اشترى دار أو طلب الشفعة فقال المشتري اشتريت نصفاً ثم نصفاً فلك النصف الاول وقال الشفيع لا بل اشتريت الكل صفقة واحدة ولي الكل فالقول قول الشفيع لأن سبب ثبوت الحق في الكل كان موجوداً وقد أقر بشرط الثبوت وهو الشراء ولكنه يدعي أمراً زائداً وهو تهريق الصفقة فلا يقبل ذلك منه إلا بينة فإن قال المشتري اشتريت ربماً ثم ثلاثة أرباع فلك الربع فقال الشفيع لا بل اشتريت ثلاثة أرباع ثم ربعاً فالقول قول الشفيع لأن السبب كان موجوداً وقد أقر المشتري بشراء ثلاثة أرباع إلا أنه يدعي أمراً زائداً وهو سبق الشراء في الربع فلا يثبت إلا بينة فإن قال المشتري اشتريت صفقة واحدة وقال الشفيع اشتريت نصفاً ثم نصفاً فأنا أخذ النصف فالقول قول المشتري يأخذ الشفيع الكل أو يدع لأن الشفيع يريد تهريق الصفقة وفيه ضرر الشريك فلا يقبل قوله إلا بينة والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذي يرجع إلى صفة البيع فهو أن يختلف في البتات والخيار أو في الصحة والفساد بأن اشترى داراً بألف درهم وتقا بضاً فأراد الشفيع أخذها بالشفعة فقال البائع والمشتري البيع كان بخيار البائع ولم يحض فلا شفعة لك وانكر الشفيع الخيار فالقول قول البائع والمشتري وعلى الشفيع البينة أن البيع كان باتاً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وروى عن أبي يوسف رواية أخرى أن القول قول الشفيع (وجه) هذه الرواية أن الظاهر شاهد للشفيع لأن البتات أصل في البيع والخيار فيه عارض فكان القول قول من يتمسك بالأصل (وجه) ظاهر الرواية أن الشفيع يدعي ثبوت حق الشفعة وهما ينكران ذلك بقولهما كان فيه خيار لأن حق الشفعة لا يجب في بيع فيه خيار فكان القول قول المنكر ولأن البيع يقوم بالعاقدين فكانا أعرف بصفقته من الشفيع والرجوع في كل باب إلى من هو أعرف به ولهذا الوتصاد على أن الثمن كان دنائير والشفيع يدعي أنه كان دراهم كان القول قولهما كذا هذا ولو كان البائع غائباً والدار في يد المشتري فأراد الشفيع أن يأخذ منه فقال المشتري كان للبائع فيه خيار وكذبه الشفيع فالقول قول المشتري أيضاً لما ذكرنا من المعنيين وأن اختلف العاقدان فيما بينهما فادعى البائع الخيار وقال المشتري لم يكن فيه خيار كان القول قول المشتري ويأخذ الشفيع الدار في الرواية المشهورة وروى عن أبي يوسف أن القول قول البائع (وجه) هذه الرواية أن البائع بدعوى الخيار منكر للبيع حقيقة لأن البيع بشرط الخيار غير منعقد في حق الحكم وخيار البائع يمنع زال المبيع

عن ملكه والمشتري والشفيع يدعيان الزوال عن ملكه فكان القول قول البائع كما لو وقع الاختلاف بينهم في أصل العقد (وجه) ظاهر الرواية ان الخيار لا يثبت الا باشتراطهما فالبائع بدعوى الخيار يدعى الاشتراط على المشتري وهو ينكر فكان القول قوله كما لو ادعى المشتري الشراء بشمن مؤجل وادعى البائع التعجيل فالقول قول البائع لما ان التأجيل لا يثبت الا بشرط يوجد من البائع وهو منكر للشرط فكان القول قوله كذا هذا بخلاف ما لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعيه ان القول قول البائع لانه أنكر زوال ملكه ولم يدع على المشتري فعلا فكان القول قوله ولو اراد الشفيع ان يأخذ الدار المشتراة بالشفعة فقال البائع والمشتري كان البيع فاسدا فلا شفعة لك وقال الشفيع كان جائزا ولي الشفعة فهو على اختلافهم في شرط الخيار للبائع في قول أبي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبي يوسف القول قول العاقدين ولا شفعة للشفيع وفي رواية عن أبي يوسف القول قول الشفيع وله الشفعة فأبو يوسف يعتبر الاختلاف بينهم في الصحة والفساد باختلاف المتعاقدين فيما بينهما ولو اختلفا فيما بينهما في الصحة والفساد كان القول قول من يدعى الصحة كذا هذا والجامع ان الصحة أصل في العقد والفساد عارض وهما يعتبران اختلافا فهم في هذا باختلافهم في البتات والخيار للبائع والجامع ان الشفيع بدعوى البتات والصحة يدعى عليهما حق التملك وهما بدعوى الخيار والفساد ينكران ذلك فكان القول قولهما وكذا هما أعرف بصفة العقد الواقع منهما لقيامه بهما فكان القول في ذلك قولهما والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان الحيلة في اسقاط الشفعة فقد ذكرنا الاسقاط الشفعة حيلة بعضها يعم الشفعاء كلها وبعضها يخص البعض دون البعض أما الذي يعم كل الشفعاء فتحوان يشترى الدار بأكثر من قيمتها بأن كانت قيمتها ألفا فيشتريها بألفين ويتقدم الثمن ألفا لا عشرة ثم يبيع المشتري من البائع عرضاً قيمته عشرة بألف درهم وعشرة فتحصل الدار للمشتري بألف لا يأخذها الشفيع الا بالعين وهذه الحيلة ليست بمسقط للشفعة شرعا لكنها مانعة من الاخذ بالشفعة عادة ألا ترى أن للشفيع أن يأخذها بالعين ويلتزم الضرر (وأما) الذي يخص بعض الشفعاء دون بعض فأنواع منها أن يبيع دار الأذراع منها في طول الحد الذي يلي دار الشفيع فالشفيع لا يستحق الشفعة أما في قدر الذراع فلا نعدام الشرط وهو البيع وأما فيما وراء ذلك فلا نعدام السبب وهو الجوار ومنها ان يهب البائع الحائط الذي بينه وبين الجار مع أصله للمشتري مقسوماً ويسلمه اليه أو يهب له من الارض قدر ذراع من الجانب الذي يلي دار الشفيع ويسلمه اليه ثم يبيع منه البقية بالثمن فلا شفعة للجار لا في الموهوب ولا في المبيع (أما) في الموهوب فلا نعدام شرط وجوب الشفعة وهو البيع وأما في المبيع فلا نعدام سبب الوجوب وهو الجوار ومنها ان يبيع الدار نصفين فيبيع الحائط باصله أولاً بشمن كثير ثم يبيع بقية الدار بشمن قليل فلا شفعة للشفيع شرعاً فيما وراء الحائط لا نعدام السبب وهو الجوار ولا يأخذ الحائط عادة لكثرة الثمن ومنها ان يبيع الدار والارض في صفقتين فيبيع من الدار بناها ومن الارض أشجارها أولاً بشمن قليل ثم يبيع الارض بشمن كثير فلا شفعة للشفيع في البناء والشجر شرعاً لا نعدامهما بالصفقة ولا يأخذ الارض بذلك الثمن عادة ليضمن تكثير الثمن ومنها أن يبيع الدار نصفين فيبيع عشر أمثها بشمن كثير ثم يبيع البقية بشمن قليل فلا يأخذ الشفيع العشر شمنه عادة لما فيه من الضرر ولا شفعة له في تسعة أعشارها شرعاً لانه حين اشترى البقية كان شريك البائع بالعشر والشريك في البقعة مقدم على الجار والحائط وهذا النوع من الحيلة لا يصلح للشريك لان الشفيع اذا كان شريكاً له أن يأخذ نصف البقعة بقليل الثمن أيضاً ولو كانت الدار لصغير فلا تباع بقية الدار بقليل الثمن لانه لا يجوز اذ هو يبيع مال الصغير بأقل من قيمته مقدار ما يتقارب الناس في مثله عادة والولي لا يملك ذلك فالسبيل فيه أن تباع بقية الدار بثمن مثله (ومنها) ما ذكره الخصاص رحمة الله أن يقر البائع بسهم من الدار للمشتري ثم يبيع بقية الدار منه فلا يستحق الشفيع الشفعة أما في القدر المقرر به فلا نعدام شرط الاستحقاق وهو البيع وأما فيما وراء ذلك فلان المشتري صار شريك البائع في ذلك السهم والشريك في البقعة مقدم على الجار والحائط ومن

مشايخنا من كان يفتي بوجوب الشفعة في هذه الصورة ويحطى الخصاص لان الشركة في السهم المقر به لم تثبت الا باقراره فلا يظهر في حق الشفيع على ما بينا فيما تقدم والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما الكلام في كراهة الحيلة للاسقاط وعدمها فالحيلة اما ان كانت بعد وجوب الشفعة واما ان كانت قبل الوجوب فان كانت بعد الوجوب قيل انها مكروهة بلا خلاف وذلك بأن يقول المشتري للشفيع صالحتك على كذا كذا درهماً على أن تسلم لي شفعتك فيقبل فتبطل شفيعته ولا يستحق بدل الصلح أو يقول له اشترا دار مني بكذا فيقول اشتريت فتبطل شفيعته ونحو ذلك وان كانت قبل الوجوب فقد اختلف فيه قال أبو يوسف رحمه الله لا تكره وقال محمد رحمه الله تكره (وجه) قول محمد ان شرع الحيلة يؤدي الى سد باب الشفعة وفيه ابطال هذا الحق أصلاً ورأساً (وجه) قول أبي يوسف ان الحيلة قبل الوجوب تمنع من الوجوب بمباشرة سبب الامتناع شرعاً وهذا جائز كالشراء والهبة وسائر التمليكات فان المشتري يمنع حدوث الملك للبائع في المبيع بمباشرة سبب الامتناع شرعاً وهو الشراء وكذا الهبة والصدقة وسائر التمليكات وقد خرج الجواب عن قول محمد رحمه الله ان هذا ابطال لحق الشفعة لان ابطال الشيء بعد ثبوته ضرر والحق ههنا لم يثبت بعد ذلك فلا تكون الحيلة ابطالاً له بل هو منع من الثبوت بمباشرة سبب الامتناع شرعاً وانه جائز فساد كرهه أبو يوسف رحمه الله هو الحكم المر وما ذكره محمد رحمه الله احتياطاً والاصل في شرع الحيلة قوله سبحانه وتعالى في قصة سيدنا أيوب عليه الصلاة والسلام وخذي يدك ضغناً فأضرب به ولا تحنث والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب الذبائح والصيد﴾

يحتاج في هذا الكتاب الى بيان المأكول وغير المأكول من الحيوانات والى بيان المكروه ومنها والى بيان شرائط حل الاكل في المأكول والى بيان ما يحرم أكله من أجزاء الحيوان المأكول أما الاول فالحيوان في الاصل نوعان نوع يعيش في البحر ونوع يعيش في البر أما الذي يعيش في البحر فجميع ما في البحر من الحيوان محرم الا كل السمك خاصة فانه يحل أكله الا ما طفا منه وهذا قول أصحابنا رضي الله تعالى عنهم وقال بعض الفقهاء وابن أبي ليلى رحمهم الله انه يحل أكل ما سوى السمك من الضفدع والسرطان وحية الماء وكلبه وخزيره ونحو ذلك لكن بالكافة وهو قول الليث بن سعد رحمه الله الا في انسان الماء وخزيره انه لا يحل وقال الشافعي رحمه الله يحل جميع ذلك من غير ذكاة وأخذه ذكاته ويحل أكل السمك الطافي أما الكلام في المسئلة الاولى فهم احتجوا بظاهر قوله تبارك وتعالى أحل لكم صيد البحر واسم الصيد يقع على ما سوى السمك من حيوان البحر فيقتضي ان يكون الكل حلالاً وبقول النبي عليه الصلاة والسلام حين سئل عن البحر فقال هو الطهور ماؤه والحل ميتته وصف ميتة البحر بالحل من غير فصل بين السمك وغيره ولنا قوله تبارك وتعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير من غير فصل بين البري والبحري وقوله عز شأنه ويحرم عليهم الخبائث والضفدع والسرطان والحية ونحوها من الخبائث وروى عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن ضفدع يحمل شحمه في الدواء فنهى عليه الصلاة والسلام عن قتل الضفدع وذلك نهى عن أكله وروى انه لما سئل عنه فقال عليه الصلاة والسلام خبيثة من الخبائث ولا حجة لهم في الآية لان المراد من الصيد المذكور هو فعل الصيد وهو الاضطهاد لانه هو الصيد حقيقة لا المصيد لانه مفعول فعل الصيد واطلاق اسم الفعل يكون مجازاً ولا يجوز العدول عن حقيقة اللفظ من غير دليل ولان الصيد اسم لما يتوحش ويتنوع ولا يمكن أخذه الا بحيلة اما الطير انه أولعده وهذا انما يكون حالة الاضطهاد لا بعد الاخذ لانه صار لحماً بعده ولم يبق صيداً حقيقة لانعدام معنى الصيد وهو التوحش والامتناع والدليل عليه انه عطف عليه قوله عز شأنه وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً والمراد منه الاضطهاد من المحرم لأكل الصيد لان ذلك مباح للمحرم اذا لم يصطده بنفسه ولا غيره بماز به فثبت انه لا دليل في الآية

على اباحة الاكل بل خرجت للفصل بين الاصطياد في البحر وبين الاصطياد في البر المحرم والمراد من قول النبي عليه الصلاة والسلام والحل ميتة السمك خاصة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان الميتتان السمك والجراد والدمان الكبد والطحال فسر عليه الصلاة والسلام بالسمك والجراد فدل أن المراد منها السمك ويحمل الحديث على السمك وتخصيصه بما تلونا من الآية ورؤينا من الخبر (وأما) المسئلة الثانية وهي مسئلة الطافي فالشافعي رحمه الله أحسب بقوله تعالى وطعامه مما لكم معطوفاً على قوله أحل لكم صيد البحر أى أحل لكم طعامه وهذا يتناول ما صيده منه وما لم يصد والطافي لم يصد فيتناوله بقوله عليه الصلاة والسلام في صفة البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته وأحق ما يتناوله اسم الميتة الطافي لأنه الميت حقيقة وبقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الميتتان السمك والجراد فسر النبي عليه الصلاة والسلام الميتة بالسمك من غير فصل بين الطافي وغيره ولنا ما روى عن جابر ابن عبد الله الانصاري رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن أكل الطافي وعن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال لا تبعوا في أسواقنا الطافي وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال ما دسر به البحر فكله وما وجدته يطفو على الماء فلا تأكله وأما الآية فلا حجة له فيها لأن المراد من قوله تعالى وطعامه ما قد فقه البحر إلى الشطفت كذا قال أهل التأويل وذلك حلال عندنا لأنه ليس بطاف إنما الطافي اسم لما مات في الماء من غير آفة وسبب حادث وهذه مات بسبب حادث وهو قد ف البحر فلا يكون طافياً والمراد من الحديثين غير الطافي لما ذكرنا ثم السمك الطافي الذي لا يحل أكله عندنا هو الذي يموت في الماء حتف آفة غير سبب حادث منه سواء علا على وجه الماء أو لم يعمل بعد أن مات في الماء حتف آفة من غير سبب حادث وقال بعض مشايخنا هو الذي يموت في الماء بسبب حادث ويعلو على وجه الماء فإن لم يعمل يحل والصحيح هو الحد الأول وتسميته طافياً لعلوه على وجه الماء عادة وروى هشام عن محمد رحمهما الله في السمك إذا كان بعضها في الماء وبعضها على الأرض أن كان رأسها على الأرض أكلت وإن كان رأسها أو أكثره في الماء لم تؤكل لأن رأسها موضع نفسها فإذا كان خارجاً من الماء فالظاهر أنه مات بسبب حادث وإذا كان في الماء أو أكثره فالظاهر أنه مات في الماء بغير سبب وقالوا في سمكة ابتلعت سمكة أخرى أنها تؤكل لأنها ماتت بسبب حادث ولو ماتت من الحر والبرد وكدر الماء فقيده وابتان في رواية لا يؤكل لأن الحر والبرد وكدر الماء ليس من أسباب الموت ظاهر أفلم يوجد الموت بسبب حادث بوجوب الموت ظاهر أو غالباً فلا يؤكل وفي رواية يؤكل لأن هذه أسباب الموت في الجملة فقد وجد الموت بسبب حادث فلم يكن طافياً فيؤكل ويستوى في حل الأكل جميع أنواع السمك من الجريث والمارماهي وغيرهما لأن ما ذكرنا من الدلائل في اباحة السمك لا يفصل بين سمك وسمك إلا ما خص بدليل وقدر روى عن سيدنا علي وابن عباس رضي الله عنهما اباحة الجريث والسمك الذكور ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعاً (وأما) الذي يعيش في البر فانواع ثلاثة ما ليس له دم أصلاً وما ليس له دم سائل وما له دم سائل مثل الجراد والزنبور والذباب والعنكبوت والعنابة والخنفساء والبغاة والعقرب ونحوها لا يحل أكله إلا الجراد خاصة لأنهما من الخبائث لا يستبعد الطباع السليمة أياها وقد قال الله تبارك وتعالى ويحرم عليهم الخبائث إلا أن الجراد خص من هذه الجملة بقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان فبقى على ظاهر العموم وكذلك ما ليس له دم سائل مثل الحية والوزغ وسام أبرص وجميع الحشرات وهوام الأرض من القار والقراد والقنفاذ والضب واليربوع وابن عرس ونحوها ولا خلاف في حرمة هذه الأشياء إلا في الضب فإنه حلال عند الشافعي وأحسب بما روى ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال أكلت على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم لحم ضب وعن ابن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أنه لم يكن بأرض قومي فأجد نفسي تعافه فلا آكله ولا أحرمه وهذا نص على عدم الحرمة الشرعية وإشارة إلى الكراهة الطبيعية (ولنا) قوله تبارك وتعالى ويحرم عليهم الخبائث والضب من الخبائث وروى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه الصلاة والسلام

أهدى إليه لحم ضب فامتنع أن يأكله فجاءت سائلة فأرادت سيدتنا عائشة رضي الله عنها أن تطعمها إياه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أتعلمين مالاً تأكلين ولا يحتمل أن يكون امتناعه ما أن نفسه الشريفة عافته لانه لو كان كذلك لما منع من التصديق به كشاة الانصار انه لما امتنع من أكلها أمر بالتصدق بها ولان الضب من جملة المسوخ والمسوخ محرمة كالذب والقرد والقيل فيباقل والدليل عليه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال عليه الصلاة والسلام ان أمة مسخت في الارض واتى أخاف أن يكون هذا منها وهكذا روى عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال كنا في بعض المغازي فاصابتنا جماعة فزلنا في أرض كثيرة الضباب فنصبنا القدور وكانت القدور تعلو اذ جاء النبي عليه الصلاة والسلام فقال ما هذا قلنا الضب يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ان أمة مسخت فاحاف أن يكون هذا منها فأمر بالقاء القدور وما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما وماروينا فهو خاطر والعمل بالخاطر أولى وماله دم سائل نوعان مستأنس ومستوحش اما المستأنس من البهائم فنحو الابل والبقر والغنم بالاجماع وبقوله تبارك وتعالى والانعام خلقها لكم فيها دافء ومنافع ومنها تأكلون وقوله سبحانه وتعالى الله الذي جعل لكم الانعام لتركبوا منها ومنها تأكلون واسم الانعام يقع على هذه الحيوانات بلا خلاف بين أهل اللغة ولا تحل البغال والحمر عند عامة العلماء رحمهم الله تعالى وحكى عن بشر المريسي رحمه الله أنه قال لا بأس بأكل الحمار واحتج بظاهر قوله عز وجل قل لا أجد فيها أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا ولحم خنزير ولم يذكر الحمر الا نسية وروى ان رجلا جاء الى النبي عليه الصلاة والسلام وقال انه فني مالى ولم يبق لي الا الحمر الا هلية فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك فاني انما كنت نهيتكم عن جلال القرية وروى عن جوال القرى بتشديد اللام وروى فانما قدرت لكم جالة القرية (ولنا) قوله تبارك وتعالى والخليل والبغال والحمر لتركبوا وزينة وسند ذكر وجه الاستدلال بالآية ان شاء الله تعالى وروى أبو حنيفة عن نافع عن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة خيبر عن لحوم الحمر الا هلية وعن متعة النساء وروى ان سيدنا علياً رضي الله عنه قال لابن عباس رضي الله عنهما وهو يفتي الناس في المتعة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء وعن لحوم الحمر الا هلية يوم خيبر فرجع ابن عباس رضي الله عنهما عن ذلك وروى انه قيل للنبي عليه الصلاة والسلام يوم خيبر أكلت الحمر فأمر أبا طاححة رضي الله عنه ينادي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الحمر فانها رجز وروى فانها رجز وهذه اخبار مستفيضة عرفها الخاص والعام وقبلوها وعملوا بها وظهر العمل بها وأما الآية فقد اختلفت منها أشياء غير مذكورة فيها فيختص المتنازع فيها بما ذكرنا من الدلائل مع ما ان ماروينا من الاخبار مشهورة ويجوز نسخ الكتاب بالخبر المشهور وعلى ان في الآية الشريفة أنه لا يحمل سوى المذكور فيها وقت نزولها لان الاصل في الفعل هو الحال فيحتمل انه لم يكن وقت نزول الآية تحريم سوى المذكور فيها ثم حرم ما حرم بعد على أنا نقول بموجب الآية لا يحرم سوى المذكور فيها ونحن لانطلق اسم المحرم على لحوم الحمر الا هلية اذ المحرم المطلق ما ثبت حرمة دليل مقطوع به فأما ما كانت حرمة محل الاجتهاد فلا يسمى محرما على الاطلاق بل نسميه مكرهاً فنقول بوجوب الامتناع عن أكلها عملاً مع التوقف في اعتقاد الحل والحرمه وأما الحديث فيحتمل أن يكون المراد من قوله عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك أى من أئمتنا كما يقال فلان أكل عقاره أى ثمن عقاره ويحتمل أن يكون ذلك اطلاقاً لا انتفاع بظهورها بالا كراء كما يحمل على شئ مما ذكرنا عملاً بالدلائل كلها ويحتمل انه كان قبل التحريم فأنسخ بما ذكرنا وان جعل التاريخ فالعمل بالخاطر أولى احتياطاً فان قيل ماروينا يحتمل أيضاً أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل الحمر يوم خيبر لانها كانت غنيمة من الخمس أو لقلة الظهور أو لانها كانت جلالة فوقع التعارض والجواب ان شيئاً من ذلك لا يصلح محلاً (أما) الاول فلان ما يحتاج اليه الجند لا يخرج منه الخمس كالطعام والعلف (وأما) الثاني فلان المروي أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم أمر بكفاء القدور يوم خيبر ومعلوم ان ذلك مما لا ينتفع به في الظهر (وأما) الثالث فلانه عليه الصلاة والسلام خص النهي بالحر الا هلية وهذا المعنى لا يختص بالحر بل يوجد في غيرها (وأما) لحم الخيل فقد قال أبو حنيفة رضي الله عنه يكره وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكره وبه أخذ الشافعي رحمه الله واحتج بما روى عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى عن جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحر الا هلية وأذن في الخيل وروى أنه قال أطلعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الخيل ونها نأكل لحوم الحر وروى عنه انه قال كنا قد جعلنا في قدورنا لحم الخيل ولحم الحمار فها نأكل النبي عليه الصلاة والسلام أن نأكل لحم الحمار وأمرنا أن نأكل لحم الخيل وعن سيدتنا أسماء بنت سعيد نأبى بكر الصديق رضي الله عنهما أنها قالت نحرنا فرساً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكلناه ولا بى حنيفة رضي الله عنه الكتاب والسنة ودلالة الاجماع (أما) الكتاب العز يز فقوله جل شأنه والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة (ووجه) الاستدلال به ما حكى عن ابن عباس رضي الله عنهما فانه روى أنه سئل عن لحم الخيل فقرأ هذه الآية الشريفة وقال ولم يقل تبارك وتعالى لتأكلوها فيكره أكلها وتام هذا الاستدلال ان الله تبارك وتعالى ذكر الانعام فيما تقدم ومنافعها وبالغ في ذلك بقوله تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفاء ومنافع ومنها تأكلون ولكم فيها جمال حين تريحون وحين تسرحون وتحمل أثقالكم الى بلدكم تكونون بالغيه الا بشق الانفس ان ربكم لرؤف رحيم وكذا ذكر فيها بعد هذه الآية الشريفة متصلاً بامانافع الماء المنزل من السماء والمنافع المتعلقة بالليل والنهار والشمس والقمر والنجوم والمنافع المتعلقة بالبحر على سبيل المبالغة بيان شفاء لا بيان كفاية وذكر في هذه الآية انه سبحانه وتعالى خلق الخيل والبغال والحمير للركوب والزينة وذكر منافع الركوب والزينة ولم يذكر سبحانه وتعالى منفعة الاكل فدل انه ليس فيها منفعة أخرى سوى ما ذكرناه ولو كان هناك منفعة أخرى سوى ما ذكرناه لم يحتمل ان لا نذكرها عند ذكر المنافع المتعلقة بها على سبيل المبالغة والاستقصاء وقوله عز وجل يحمل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ولحم الخيل ليس بطيب بل هو خبيث لأن الطباع السليمة لا تستطيه بل تستخبثه حتى لا تجرد أحد اترك بطبعه الا ويستخبثه وينقي طبعه عن أكله وانما يرغبون في ركوبه الا يرغب طبعه فيما كان مجهولاً عليه وبه تبين ان الشرع انما جاء بحلال ما هو مستطاب في الطبع لا بما هو مستخبث ولهذا لم يجعل المستخبث في الطبع غذاء اليسر وانما جعل ما هو مستطاب يرفع في الطيب غايته (وأما) السنة فمارى عن جابر رضي الله عنه أنه قال لما كان يوم خيبر أصاب الناس مجاعة فأخذوا الحر الا هلية فذبجوها فحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحر الا نسية ولحوم الخيل والبغال وكل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير وحرم الخلسة والنهبة وعن خالد بن الوليد رضي الله عنه أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير وعن المقدم بن معدى كرب أن النبي عليه الصلاة والسلام قال حرم عليكم الحمار الا هلى وخيلها وهذا نص على التحريم وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الخيل لثلاثة قهى لرجل ستر ورجل أجر ورجل وزر ولو صلبحت للاكل لقال عليه الصلاة والسلام الخيل لاربعة لرجل ستر ورجل أجر ورجل وزر ورجل طعام (وأما) دلالة الاجماع فهى أن البغل حرام بالاجماع وهو ولد الفرس ولو كانت أمه حلالاً لكان هو حلالاً أيضاً لان حكم الولد حكم أمه لانه منها وهو كبعضها ألا ترى ان حمار وحش لو نرى على حمارة أهلية فولدت لم يؤكل ولدها ولو نرى احماراً هلى على حمارة وحشية فولدت يؤكل ولدها ليعلم ان حكم الولد حكم أمه في الحل والحرم دون الفحل فلما كان لحم الفرس حراماً كان لحم البغل كذلك وماروى في بعض الروايات عن جابر ومافى رواية سيدتنا أسماء رضي الله عنهما يحتمل أنه كان ذلك في الحال التى كان يؤكل فيها الحر لان النبي عليه الصلاة والسلام انما نهى عن أكل لحوم الحر يوم خيبر وكانت الخيل تؤكل في ذلك الوقت ثم حرمت يدل عليه ماروى عن الزهرى أنه قال ما علمنا الخيل أكلت الا في حصار وعن الحسن رضي الله عنه أنه قال

كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكلون لحوم الخيل في مغازيهم فهذا يدل على أنهم كانوا يأكلونها في حال الضرورة كما قال الزهر رحمه الله أو يحمل على هذا عملاً بالدليل صيانة لها عن التناقض أو يترجح الحاضر على المبيح احتياطاً وهذا الذي ذكرنا صحيح أبي حنيفة رضي الله عنه على رواية الحسن أنه يحرم أكل لحم الخيل (وأما) على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يكره أكله ولم يطلق التحريم لاختلاف الأحاديث المروية في الباب واختلاف السلف فكره أكل لحم احتياطاً لباب الحرمة وأما المتوحش منها نحو الظباء وبق الوحش وحمير الوحش وأبل الوحش فحلال بإجماع المسلمين لقوله تبارك وتعالى يستلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وقوله عز شأنه ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث وقوله سبحانه وتعالى كلوا من طيبات ما رزقناكم ولحوم هذه الأشياء من الطيبات فكان حلالاً وروى أنه لما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر فقال الأهلية قليل نعم فدل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم على اختلاف حكم الأهلوية والوحشية وقد ثبت أن الحكم في الأهلوية الحرمة لما ذكرنا من الدلائل فكان حكم الوحشية الحل ضرورة وروى أن رجلاً من فهر جاء إلى النبي عليه الصلاة والسلام وهو بالروحاء ومع الرجل حمار وحشي عقره فقال هذه رميتي يا رسول الله وهي لك فقبله النبي عليه الصلاة والسلام وأمر سيدنا بأب بكر رضي الله عنه فقسمه بين الرفاق والحديث وأن ورد في حمار الوحش لكن إحلال الحمار الوحشي إحلال للطبي والبقر الوحشي والأبل الوحشي من طريق الأولى لأن الحمار الوحشي ليس من جنسه من الأهل ما هو حلال بل هو حرام وهذه الأشياء من جنسها من الأهل ما هو حلال فكانت أولى بالحل وأما المستأنس من السباع وهو الكلب والسنور الأهل فلا يحل وكذلك المتوحش منها المسمى بسباع الوحش والطيور وهو كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير لما روى في الخبر المشهور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير وعن الزهري رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ذي ناب من السباع حرام فذو الناب من سباع الوحش مثل الأسد والذئب والضبع والفهد والثعلب والسنور البري والسنجاب والفك والسمور والدلق والذب والقرود والقيط ونحوها فلا خلاف في هذه الجملة أنها محرمة إلا الضبع فإنه حلال عند الإمام الشافعي رحمه الله واحتج بما روى عن عطاء عن جابر رضي عنهما أنه قال في الضبع كبش قتلته أهو صيد فقال نعم فقلت يؤكل فقال نعم فقلت أسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم (ولنا) أن الضبع سبع ذو ناب فيدخل تحت الحديث المشهور وما روى ليس بمشهور فاعمل بالمشهور أولى على أن ما روى يناحره وما رواه محلل والمحرّم يقضي على المبيح احتياطاً ولا بأس بأكل الأرنب لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأهدى له أعرابي أرنبه مشوية فقال لأصحابه كلوا وعن محمد بن صفوان أو صفوان بن محمد أنه قال أصبت أرنبتين فذبحتهما بمرّة وسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرني بأكلهما وذا المخلب من الطير كالبازي والباشق والصقر والشاهين والحداة والنعاب والنسر والعقاب وما أشبه ذلك فيدخل تحت نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن كل ذي مخلب من الطير وروى أنه نهى عن كل ذي خنقة ونهية ومجثمة وعن كل ذي ناب من الطير والمجثمة روى بكسر التاء وفتحها من الجثوم وهو تلبد الطائر الذي من عادته الجثوم على غيره ليقتله وهو السباع من الطير فيكون نهياً على أكل كل طير هذا عاداته وبالفتح هو الصيد الذي يجثم عليه طائر فيقتله فيكون نهياً عن أكل كل طير يقتله طيراً آخر بمجثومه عليه وقيل بالفتح هو الذي يرمى حتى يجثم فيموت وما لا مخلب له من الطير فالمستأنس منه كالدجاج والبط والمتوحش كالحمام والفاخنة والعصافير والقبيج والكركي والغراب الذي يأكل الحب والزرع والعقرب ونحوها حلال بالإجماع

فصل وأما بيان ما يكره من الحيوانات فيكره أكل لحوم الأبل الجلالة وهي التي الأغلب من أكلها النجاسة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الأبل الجلالة ولأنه إذا كان الغالب من أكلها النجاسات

يتغير لحمها وينت فيكره أكله كالطعام المنتن وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الجلالة أن تشرب البانها لأن لحمها إذا تغير يتغير لبنها وما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أن يحج عليها وأن يتمر عليها وأن يغزى وأن ينتفع بها فباسوى ذلك فذلك محمول على أنها انتنت في نفسها فيمتنع من استعمالها حتى لا يتأذى الناس بنتنهما كذا ذكره القدوري رحمه الله في شرحه مختصر الكرخي وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى أنه لا يحل الانتفاع بها من العمل وغيره إلا أن تحبس أياماً وتلف فينثنتحل وما ذكر القدوري رحمه الله أجود لأن النهي ليس لمعنى يرجع إلى ذاتها بل لعارض جاورها فكان الانتفاع بها حلالاً في ذاته إلا أنه يمنع عنه لغيره ثم ليس لحبسها تقدير في ظاهر الرواية هكذا روى عن محمد رحمه الله أنه قال كان أبو حنيفة رضى الله عنه لا يوقت في حبسها وقال تحبس حتى تطيب وهو قولهما أيضاً وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة عليه الرحمة أنها تحبس ثلاثة أيام وروى ابن رستم رحمه الله عن محمد في الناقة الجلالة والشاة والبقر الجللال أنها إذا انتنت وجعلت وجعاً منتهى فهي الجلالة حينئذ لا يشرب لبنها ولا يؤكل لحمها ويبعها وهبتها جائز هذا إذا كانت لا تخلط ولا تأكل إلا العذرة غالباً فإن خلطت فليست جلالة فلا تكره لأنها لا تنتن ولا يكره أكل الدجاج المحلى وإن كان يتناول النجاسة لأنه لا يغلب عليه أكل النجاسة بل يخلطها بغيرها وهو الحلب فيأكل ذواذا وقيل إنما لا يكره لأنه لا ينتن كما ينتن الإبل والحكم متعلق بالنتن ولهذا قال أصحابنا في جدى ارتضع بلبن خنزير حتى كبر أنه لا يكره أكله لأن لحمه لا يتغير ولا ينتن فهذا يدل على أن الكراهة في الجلالة لمكان التغير والنتن لا لتناول النجاسة ولهذا إذا خلطت لا يكره وإن وجد تناول النجاسة لأنها لا تنتن فدل أن العبرة للنتن لا لتناول النجاسة والافضل أن تحبس الدجاج حتى يذهب ما في بطنها من النجاسة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يأكله وذلك على طريق التنزه وهور وإية أبي يوسف عن أبي حنيفة عليهما الرحمة أنها تحبس ثلاثة أيام كأنه ذهب إلى ذلك للخبر ولما ذكرنا أن ما في جوفها من النجاسة يزول في هذه المدة ظاهر أو غالباً ويكره الغراب الأسود الكبير لما روى عن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال من يأكل بعد ما ساء الله تبارك وتعالى فاسقاً عني بذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس من القواصق يقتلن المحرم في الحل والحرم ولأن غالب أكلها الجفيف فيكره أكلها كالجلالة ولا بأس بغراب الزرع لأنه يأكل الحب والزرع ولا يأكل الجفيف هكذا روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال سألت أبا حنيفة عليه الرحمة عن أكل الغراب فرخص في غراب الزرع وكره الغداف فسألت عن الأبقع فكره ذلك وإن كان غراباً يخلط فيأكل الجفيف ويأكل الحب لا يكره في قول أبي حنيفة عليه الرحمة قال وإنما يكره من الطير ما لا يأكل إلا الجفيف ولا بأس بالعق لا لأنه ليس بذى مخلب ولا من الطير الذى لا يأكل إلا الحب كذا روى أبو يوسف أنه قال سألت أبا حنيفة رحمه الله في أكل العقق فقال لا بأس به فقلت أنه يأكل الجفيف فقال أنه يخلط فحصل من قول أبي حنيفة أن ما يخلط من الطيور لا يكره أكله كاللجج وقال أبو يوسف رحمه الله يكره لأن غالب أكله الجفيف

فصل وما بيان شرط حل الأكل في الحيوان المأكول فشرط حل الأكل في الحيوان المأكول البرى هو الذكاة فلا يحل أكله بدونها لقوله تبارك وتعالى حرمت عليكم الميتة والدم إلى قوله عز شأنه وما أكل السبع إلا ما ذكيتم استثنى سبحانه وتعالى الذكى من الحرم والاستثناء من التحريم أباحه ثم الكلام في الذكاة في الأصل في ثلاثة مواضع في بيان ركن الذكاة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يستحب من الذكاة وما يكره منها فالذكاة نوعان اختيارية وضرورية أما الاختيارية فركنها الذبح فيما يذبح من الشاة والبقرة ونحوهما والنحر فيما ينحر وهو الإبل عند القدرة على الذبح والنحر لا يحل بدون الذبح والنحر لأن الحرمة في الحيوان المأكول لمكان الدم المسفوح وأنه لا يزول إلا بالذبح والنحر ولأن الشرع إنما ورد بأحلال الطيبات قال الله تبارك وتعالى يسئلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وقال سبحانه وتعالى ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ولا يطيب إلا بمخرج الدم المسفوح وذلك بالذبح والنحر

ولهذا حرم الميتة لان الحرم وهو الدم المسفوح فيها قائم ولذا لا يطيب مع قيامه ولهذا يفسد في اذنى مدة ما يفسد في مثلها المذبح وكذا المنخقة والموقوذة والمتردية والنطيحة لما قلنا والذي هو فرى الاوداج ومحلها ما بين اللبة واللحين لقول النبي عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحية أى محل الذكاة ما بين اللبة واللحين وروى الذكاة في الحلق واللبة والنحر فرى الاوداج ومحلها آخر الحلق ولونحر ما يذبح وذبح ما ينحر يحل لوجود فرى الاوداج ولكنه يكره لان السنة في الابل النحر وفي غيرها الذبح ألا ترى ان الله تعالى ذكر في الابل النحر وفي البقر والغنم الذبح فقال سبحانه وتعالى فصل ربك وانحر قيل في التأويل أى انحر الجزور وقال الله عز شأنه ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح بمعنى المذبح كالطحن بمعنى المطحون وهو الكبش الذى فدى به سيدنا اسماعيل أو سيدنا إسحاق صلوات الله عليهما على اختلاف أصل القضية في ذلك وكذا النبي عليه الصلاة والسلام نحر الابل وذبح البقر والغنم فدل أن ذلك هو السنة وذكر محمد رحمه الله في الاصل وقال بلغنا أن أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام ورى الله عنهم كانوا ينحرون الابل قياما معقولة اليد اليسرى فدل ذلك على ان النحر في الابل هو السنة لان الاصل في الذكاة انما هو الاسهل على الحيوان وما فيه نوع راحة له فيه فهو أفضل لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شىء فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته والاسهل في الابل النحر لخلوليتها عن اللحم واجتماع اللحم فيما سواه من خلفها والبقر والغنم جميع حلقها لا يختلف فان قيل اليس انه روى عن جابر رضى الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة أى ونحرننا البقرة عن سبعة لانه معطوف على الاول فكان خبر الاول خبرا للثاني كقولنا جاعنى زيد وعمرو فالجواب ان الذبح مضمرة فيه ومعناه وذبحنا البقرة على عادة العرب فى الشىء اذا عطف على غيره وخبر المعطوف عليه لا يحتمل الوجود فى المعطوف أولا بوجد عادة أن يضم المتعارف المعتاد كما قال الشاعر

ولقيت زوجك فى الوغى * متقلدا سيفا ورمحا

أى متقلدا سيفاً ومعتقلاً رمحاً وقال آخر * علقتهما تبناً وماء بارداً *

أى علقتهما تبناً وسقيتهما ماء بارداً لان الرمح لا يحتمل التقيد أو لا يتقيد عادة والماء لا يعلف بل يسقى كذا ههنا الذبح فى البقر هو المعتاد فيضم فيه فصار كأنه قال نحرننا البدنة وذبحنا البقرة وهذا الذى ذكرنا قول عامة العلماء رضى الله تعالى عنهم وقال مالك رحمه الله اذا ذبح البدنة لا تحل لان الله تبارك وتعالى أمر فى البدنة بالنحر بقوله عز شأنه فصل ربك وانحر فاذا ذبح فقد ترك المأمور به فلا يحل ولنا ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ما أنهر الدم وفرى الاوداج فكل وبه تبين ان الامر بالنحر فى البدنة ليس لعينه بل لانها ردم واقرأ الاوداج وقد وجد ذلك ولا بأس فى الحلق كله أسفله أو أوسطه أو أعلاه لقوله عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحين وقوله عليه الصلاة والسلام الذكاة فى الحلق واللبة من غير فصل ولان المقصود اخراج الدم المسفوح وتطيب اللحم وذلك يحصل بقطع الاوداج فى الحق كله ثم الاوداج ربعة الحلقوم والمرى والمرقان اللذان بينهما الحلقوم والمرى فاذا فرى ذلك كله فقد أتى بالذكاة بكاملها وسننها وان فرى البعض دون البعض فعند ابى حنيفة رضى الله عنه اذا قطع أكثر الاوداج وهو ثلاثة منها أى ثلاثة كانت وترك واحدا يحل وقال أبو يوسف رحمه الله لا يحل حتى يقطع الحلقوم والمرى أو أحد المرقين وقال محمد رحمه الله لا يحل حتى يقطع من كل واحد من الاربعة أكثره وقال الشافعى رحمه الله اذا قطع الحلقوم والمرى وحل اذا استوعب قطعهما (وجه) قول الشافعى رضى الله عنه ان الذبح ازالة الحياة والحياة لا تبقى بعد قطع الحلقوم والمرى عادة وقيد تبقى بعد قطع الودجين اذ هما عرقان كسائر العروق والحياة تبقى بعد قطع عرقين من سائر العروق (ولنا) ان المقصود من الذبح ازالة الحرم وهو الدم المسفوح ولا يحصل الا بقطع الودج (وجه) قول محمد عليه الرحمة انه اذا قطع الاكثر من كل واحد من الاربعة فقد حصل المقصود بالذبح وهو خروج الدم لانه يخرج ما يخرج

بقطع الكل (وجه) قول أبي يوسف أن كل واحد من العروق يقصد بقطعه غير ما يقصده الآخر لأن الخلقوم
 مجرى النفس والمرى ومجرى الطعام والودجين مجرى الدم فإذا قطع أحد الودجين حصل بقطعه المقصود منهما وإذا
 ترك الخلقوم لم يحصل بقطعه ما سواه المقصود منه ولذلك اختلفوا ولا يحنيفة عليه الرحمة أنه قطع الأكثر من العروق
 الأربعة وللاكثر حكم الكل فيما يبنى على التوسعة في أصول الشرع والذكاة بنيت على التوسعة حيث يكتفى فيها
 ببعض بلا خلاف بين الفقهاء وإنما اختلفوا في الكيفية فيقام الأكثر فيها مقام الجميع ولو ضرب عنق جزورا أو بقرة
 أو شاة بسيفه وإبانها وسمى فإن كان ضرب بهما من قبل الخلقوم تؤكل وقد أساء أما حل الكل فلا نه أنى بفعل الذكاة وهو
 قطع العروق وأما الأساء فلا نه زائد في المهاز يادة لا يحتاج إليها في الذكاة فيكره ذلك وإن ضرب بهما من الفقا فان مات قبل
 القطع بأن ضرب على التأنى والتوقف لا تؤكل لأنها ماتت قبل الذكاة فكانت ميتة وإن قطع العروق قبل موتها تؤكل
 لوجود فعل الذكاة وهي حية إلا أنه يكره ذلك لأنه زائد في المهام من غير حاجة وإن أمضى فعله من غير توقف تؤكل لأن
 الظاهر أن موتها بالذكاة وعلى هذا يخرج ما إذا ذبح بالرمولة أو بليفة القصب أو بشقة العصا أو غيرها من الآلات
 التي تقطع أنه محل لوجود معنى الذبح وهو فرى الأوداج وجملة الكلام فيه أن الآلة على ضرب من آلة تقطع وآلة تفسخ
 والتي تقطع نوعان حادة وكليّة أما الحادة فيجوز الذبح بها حديد أو غير حديد والأصل في جواز الذبح بدون
 الحديد ما روى عن عدي بن حاتم رضي الله عنه أنه قال قلت يا رسول الله أ رأيت أحدا نأصاب صيدا وليس معه
 سكين أ يذكي بمرولة أو بشقة العصا فقال عليه الصلاة والسلام أنهر الدم بما شئت واذكر اسم الله تعالى وروى
 أن جارية لكعب بن مالك رضي الله عنه ذبحت شاة بمرولة فسأل كعب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأمر
 بأكلها ولا نه يجوز بالحديد والجواز ليس لكونه من جنس الحديد بل لوجود معنى الحديد بدليل أنه لا يجوز بالحديد
 الذي لا حدة له فإذا وجد معنى الحديد في المرولة والليفة جاز الذبح بهما وأما الكليّة فإن كانت تقطع يجوز لحصول معنى
 الذبح لكنه يكره لما فيه من زيادة إيلام لا حاجة إليها ولهذا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحديد الشفرة
 وإراحة الذبيحة وكذلك إذا جرح بظفر منزع أو سن منزع جاز الذبح بهما ويكره وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
 واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أنهر الدم بما شئت إلا ما كان من سن أو ظفر فإن الظفر مدي
 الحبشة والسن عظم من الإنسان استثنى عليه الصلاة والسلام الظفر والسن من الإباحة والاستثناء من الإباحة يكون
 حظرا وعلل عليه الصلاة والسلام بكون الظفر مدي الحبشة وكون السن عظم الإنسان وهذا خرج مخرج النكار
 ولأنه لما قطع الأوداج فقد وجد الذبح بهما فيجوز كما لو ذبح بالرمولة وليفة القصب وأما الحديث فالمراد السن القائم
 والظفر القائم لأن الحبشة إنما كانت تفعل ذلك لاظهار الجلادة وذلك بالقائم لا بالمزوع والدليل عليه أنه روى في بعض
 الروايات إلا ما كان قرضا بسن أو حزا بظفر والقرض إنما يكون بالسن القائم وأما الآلة التي تفسخ فالظفر القائم والسن
 القائم ولا يجوز الذبح بهما بالاجماع ولو ذبحهما كان ميتة للخبر الذي رويناه ولأن الظفر والسن إذا لم يكن منفصلا فالذبح
 يعتمد على الذبيح فيخلق وينفسخ فلا يحل أكله حتى قالوا لو أخذ غيره يده فأمريده كما أمر السكين وهو ساكت يجوز
 ويحل أكله وعلى هذا يخرج الجنين إذا خرج بعد ذبح أمه أن خرج حيا فذكي يحل وإن مات قبل الذبح لا يؤكل
 بلا خلاف وإن خرج ميتا فإن لم يكن كامل الخلق لا يؤكل أيضا في قولهم جميعا لأنه بمعنى المضغعة وإن كان كامل الخلق
 اختلف فيه قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا يؤكل وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد
 والشافعي رحمهم الله لا بأس بأكله واحتجوا بقول النبي عليه الصلاة والسلام ذكاة الجنين بذكاة أمه فيقتضى أنه
 يتذكي بذكاة أمه ولا نه تبع لأمه حقيقة وحكما (أما الحقيقة فظاهر وأما الحكم فلا نه يباع ببيع الأم ويعتق بعقها
 والحكم في التبع يثبت بعلّة الأصل ولا يشترط له علة على حدة لثلاث ينقلب التبع أصلا ولا يحنيفة قوله تعالى حرمت
 عليكم الميتة والدم والجنين ميتة لأنه لا حياة فيه والميتة لا حياة فيه فيدخل تحت النص فإن قيل الميتة اسم لأهل الحياة

فيستدعي تقدم الحياة وهذا لا يعلم في الجنين فالجواب ان تقدم الحياة ليس بشرط لاطلاق اسم الميت قال الله تبارك وتعالى وكنتم أمواتاً فأحياكم ثم يميتكم على أنا ان سألنا ذلك فلا بأس به لانه يحتمل انه كان حيافات بموت الام ويحتمل انه لم يكن فيحرم احتياطاً ولا نه أصل في الحياة فيكون له أصل في الذكاة والدليل على انه أصل في الحياة انه يتصور بقاؤه حياً بعد ذبح الام ولو كان تبعاً للام في الحياة لما تصور بقاؤه حياً بعد ذبح الام واذا كان أصلاً في الحياة يكون أصلاً في الذكاة لان الذكاة تقويت الحياة ولانه اذا تصور بقاؤه حياً بعد ذبح الام لم يكن ذبح الام سبباً لخروج الدم عنه اذ لو كان لما تصور بقاؤه حياً بعد ذبح الام اذ الحيوان الدموي لا يعيش بدون الدم عادة فبقى الدم المسفوح فيه ولهذا اذا جرح سبل منه الدم وانه حرم بقوله سبحانه وتعالى دماً مسفوحاً وقوله عز شأنه حرمت عليكم الميتة والدم ولا يمكن التمييز بين لحمه ودمه فيحرم لحمه أيضاً وأما الحديث فقد روي بنصب الذكاة الثانية معناه كذكاة أمه اذا تشبیهه قد يكون بحرف التشبيه وقد يكون بحذف حرف التشبيه قال الله تعالى وهي تمرر السحاب وقال عز شأنه ينظرون اليك نظر المغشى عليه من الموت أى كنظر المغشى عليه وهذا حجة عليكم لان تشبيه ذكاة الجنين بذكاة أمه يقتضى استواءهما في الافتقار الى الذكاة ورواية الرفع تحتل التشبيه أيضاً قال الله سبحانه وتعالى وجنة عرضها السموات والأرض أى عرضها كعرض السموات فيكون حجة عليكم ويحتمل الكناية كما قالوا فلا تكون حجة مع الاحتمال مع أنه من أخبار الآحاد ورد فيما تم به البلوى وانه دليل عدم الثبوت اذ لو كان ثابتاً لا اشتهر واذا خرجت من الدجاجة الميتة بيضة تؤكل عند ناسواء اشتد قشرها ولم يشتد وعند الشافعى رحمه الله ان اشتد قشرها تؤكل والا فلا (وجه) قوله أنه اذا لم يشتد قشرها فهي من أجزاء الميتة فتحرم بتحريم الميتة واذا اشتد قشرها فقد صار شيئاً آخر وهو منفصل عن الدجاجة فيحل (ولنا) انه شئ طاهر في نفسه مودع في الطير منفصل عنه ليس من اجزائه فتحريمها لا يكون تحريماً له كما اذا اشتد قشرها ولو ماتت شاة وخرج من ضرعها لبن يؤكل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يؤكل وهو قول الشافعى رحمه الله جميعاً الا ان عند الشافعى لا يؤكل لكونه ميتة وعندهما لا يؤكل لتنجاسة الوعاء ولا يبي حنيفة عليه الرحمة قوله تبارك وتعالى وان لكم في الانعام لبرة نسقيكم بما في بطونه من بين فرث ودم لبناً خالصاً سائغاً للشاربين والاستدلال بالآية من وجوه أحدها انه وصفه بكونه خالصاً فيقتضى ان لا يشوبه شئ من النجاسة والثاني أنه سبحانه وتعالى وصفه بكونه سائغاً للشاربين والحرام لا يسوغ للسلم والثالث انه سبحانه وتعالى من علينا بذلك اذا لاية خرجت مخرج المنة والمنة بالحلال لا بالحرام وعلى هذا الخلاف الا فتحة اذا كانت مائة وان كانت صلبة فعند أبي حنيفة رحمه الله تؤكل وتستعمل في الادوية كلها وعندهما يغسل ظاهرها وتؤكل وعند الشافعى لا تؤكل أصلاً (وأما) الاضطرابية فركنها العقر وهو الجرح في أى موضع كان وذلك في الصيد وما هو في معنى الصيد وانما كان كذلك لان الذبح اذا لم يكن مقدوراً ولا بد من اخراج الدم لازالة الحريم وتطبيب اللحم وهو الدم المسفوح على ما بينا في مقام سبب الذبح مقامه وهو الجرح على الاصل المعهود في الشرع من اقامة السبب مقام المسبب عند العذر والضرورة كما يقام السفر مقام المشقة والنكاح مقام الوطء والنوم مضطجعا ومتور كما مقام الحدث ونحو ذلك وكذلك ما ند من الابل والبقر والغنم بحيث لا يقدر عليها صاحبها لانها بمعنى الصيد وان كان مستأنساً وقدر روى ان بغير اند على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فرماه رجل فقتله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لهذه الابل اوباد كاوباد الوحش فاذا غلبكم منها شئ فاصنعوا به هكذا وسواء عند البقر والبقرة في الصحراء أو في المصر فذكاتها العقر كذا روى عن محمد لا نهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر عليهما قال محمد والبعير الذي ند على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان بالمدينة فدل ان ند البعير في الصحراء والمصر سواء في هذا الحكم (وأما) الشاة فان نذت في الصحراء فذكاتها العقر لانه لا يقدر عليها وان نذت في المصر لم يحز عقرها لانه يمكن أخذها اذ هي لا تدفع عن نفسها فكان الذبح مقدوراً عليه فلا يجوز العقر وهذا لان العقر خلف من الذبح والقدرة على الاصل تمنع المصير الى الخلف كما في التراب مع الماء والاشهر

مع الاقراء وغير ذلك وكذلك ما وقع منها في قلب فلم يقدر على اخراجه ولا على مذبجه ولا منحره فان ذكاته ذكاة
الصيد لكونه في معناه لتعذر الذبح والنحر وذكر في المنتقى في البعير اذا صال على رجل ققتله وهو يريد الذكاة حل
أكله اذا كان لا يقدر على أخذه وضمن قيمته لانه اذا كان لا يقدر على أخذه صار بمنزلة الصيد فجعل الصيال منه
كئنه لانه يعجز عن أخذه فيعجز عن نحره فيقام الجرح فيه مقام النحر كما في الصيد ثم لا خلاف في الاصطبياد
بالسهم والرمح والحجر والخشب ونحوها انه اذا لم يجرح لا يحل وأصله ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
سئل عن صيد المراض فقال عليه والسلام اذا خرق فكل وان أصابه برص فلا تأكل فانه وقيد (وأما)
الاصطبياد بالجوارح من الحيوانات اما بناب كالكلب والقهد ونحوهما واما بالخيل كالبازي والشاهين ونحوهما
فكذلك في الرواية المشهورة انه اذا لم يجرح لا يحل حتى لو خنق أو صدم ولم يجرح ولم يكسر عضو منه لا يحل في ظاهر
الرواية وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف انه يحل (وجه) هذه الرواية ان الكلب يأخذ الصيد على حسب ما يتفق له
فقد يتفق له الاخذ بالجرح وقد يتفق بالخنق والصدم والحال حال الضرورة فيوسع الامر فيه ويجعل الخنق والصدم
كالجرح كما توسع في الذبح (وجه) ظاهر الرواية قوله تعالى يستلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من
الجوارح وهي من الجراحة فيقتضي اعتبار الجرح ولان الركن هو اخراج الدم وذلك بالذبح في حال القدرة وفي حال
العجز أقيم الجرح مقامه لكونه سبباً في خروج الدم ولا يوجد ذلك في الخنق وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم في صيد المراض اذا خرق فكل وان أصاب برصه فلا تأكل فانه وقيد وروى انه عليه الصلاة والسلام قال
ما أصبت برصه فلا تأكل فهو وقيد وما أصبت بجرحه فلا تأكل فانه وقيد وروى انه عليه الصلاة والسلام قال
وعدم الجرح وسمى عليه الصلاة والسلام غير المجروح وقيداً وانه حرام بقوله تبارك وتعالى والموقودة ولانها
منخقة وانها محرمة بقوله عز وجل والمنخقة فان لم يجرحه ولم ينخقه ولكنه كسر عضو آمنه فأت فقد ذكر الكرخي
رحمه الله انه لم يحل عن أبي حنيفة رحمه الله فيه شيء مصرح وذكر محمد في الزيادات وأطلق انه اذا لم يجرح لم يؤكل وهذا
الاطلاق يقتضي انه لا يحل بالكسر وقال أبو يوسف اذا جرح بناب أو مخالب أو كسر عضو أقتله فلا بأس بأكله
فقد جعل الكسر جراحة باطنه فيلحق بالجراحة لظاهرة في حكمه بنى على الضرورة والعدول (وجه) رواية محمد رحمه
الله وهي الصحيحة ان الاصل هو الذبح وانما أقيم الجرح مقامه في كونه سبباً لخروج الدم وذلك لا يوجد في الكسر
فلا يقام مقامه ولهذا لم يعم الخنق مقامه وقد قالوا اذا أصاب السهم ظلف الصيد فان وصل الى اللحم فأدماه حل والا
فلا وهذا تفرع على رواية اعتبار الجرح ولو ذبح شاة ولم يسلم منها دم قيل وهذا قد يكون في شاة اعتلفت العناب
اختلف المشايخ فيه قال ابوالقاسم الصفار رحمه الله لا تؤكل لقوله عليه الصلاة والسلام ما فرى الاوداج وأمر الدم
فكل يؤكل بشرط انها بالدم ولم يوجد ولان الذبح لم يشترط لعينه بل لاخراج الدم المحرم وتطيب اللحم ولم يوجد
فلا يحل وقال أبو بكر الاسكاف والفقهاء أبو جعفر الهندي وأبو جعفر الهندي وأبو جعفر الهندي وأبو جعفر الهندي
سبب لخروج الدم عادة لكنه امتنع لما رخص بعد وجود السبب فصار كالدم الذي احتبس في بعض العروق عن
الخروج بعد الذبح وهذا يمنع الحل كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا قطع من الية الشاة قطعة أو من فخذها انه لا يحل
المبان وان ذبحت الشاة بعد ذلك لان حكم الذكاة لم يثبت في الجزء المبان وقت الابانة لا نعدام ذكاة الشاة لكونها حية
وقت الابانة وحال فوات الحياة كان الجزء منفصلاً وحكم الذكاة لا يظهر في الجزء المنفصل وروى ان أهل الجاهلية
كانوا يقطعون قطعة من الية الشاة ومن سنام البعير فيأكلونها فلما بعث النبي المكرم عليه الصلاة والسلام نهاهم عن ذلك
فقال عليه الصلاة والسلام ما بين من الحى فهو ميت والجزء المقتطوع مبان من حى وبأن منه فيكون ميتاً وكذلك اذا
قطع ذلك من صيد لم يؤكل المقتطوع وان مات الصيد بعد ذلك لمأقلنا وقال الشافعي رحمه الله يؤكل اذا مات الصيد
بذلك وسند كرم المسئلة ان شاء الله تعالى وان قطع فتعلق العضو بجذبه لا يؤكل لان ذلك القدر من التعلق لا يعتبر

فكان وجوده والعدم بمنزلة واحدة وإن كان متعلقاً باللحم يؤكل الكل لأن العضو المتعلق باللحم من جملة الحيوان وذكاة الحيوان تكون لما اتصل به ولو ضرب صيداً بسيف فقطعه نصفين يؤكل النصفان عندنا جميعاً وهو قول إبراهيم النخعي لأنه وجد قطع الأوداج لكونها متصلة من القلب بالدهن فأنشبه الذبح فيؤكل الكل وإن قطع أقل من النصف فأتى فان كان مما يلي العجز لا يؤكل المبان عندنا وقال الشافعي يؤكل كل (وجه) قوله إن الجرح في الصيد إذا اتصل به الموت فهو ذكاة اضطرارية وإنها سبب الحل كالذبح (ولنا) . قول النبي عليه الصلاة والسلام ما بين من الحي فهو ميت والمقطوع مبان من الحي فيكون ميتاً وأما قوله إن الجرح الذي اتصل به الموت ذكاة في الصيد فنعم لكن حال فوات الحياة عن الحل وعند الأئمة الحل كان حياً فلم يقع الفعل ذكاة له وعند ما صار ذكاة كان الجزء منفصلاً وحكم الذكاة لا يلحق الجزء المنفصل وإن كان مما يلي الرأس يؤكل الكل لوجود قطع الأوداج فكان الفعل حال وجوده ذكاة حقيقة فيحل به الكل وإن ضرب رأس صيد فأبانه نصفين طولاً أو عرضاً يؤكل كله في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال لا يؤكل النصف البائن ويؤكل ما بقى من الصيد والأصل فيه ما ذكرنا أن الأوداج متصلة بالدهن فتصير مقطوعة بقطع الرأس وكان أبو يوسف على هذا ثم ظن أنها لا تكون إلا فيما يلي البدن من الرأس وإن كان المبان أكثر من النصف فكذلك يؤكل الكل لأنه إذا قطع العروق فلم يكن ذلك ذبحاً بل كان جرحاً وأنه لا يبيح المبان لما ذكرنا (وأما) شرائط ركن الذكاة فأنواع بعضها يعم نوعي الذكاة الاختيارية والاضطرارية وبعضها يخص أحدهما دون الآخر أما الذي يعمهما فنحن أن يكون عاقلاً فلا تؤكل ذبيحة المجنون والصبي الذي لا يعقل والسكران الذي لا يعقل لما نذكر أن القصد إلى التسمية عند الذبح شرط ولا يتحقق القصد الصحيح ممن لا يعقل فإن كان الصبي يعقل الذبح وقدر عليه تؤكل ذبيحته وكذا السكران (ومنها) أن يكون مسلماً أو كتابياً فلا تؤكل ذبيحة أهل الشرك والجوسى والوثني وذبيحة المرتد أما ذبيحة أهل الشرك فللقوله تعالى وما أهل لغير الله وقوله عز وجل وما ذبح على النصب أى للنصب وهى الأصنام التى يعبدونها وأما ذبيحة الجوس فللقوله عليه الصلاة والسلام سنوا للجوس سنة أهل الكتاب غيرنا كحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم ولأن ذكراً سمى الله تعالى على الذبيحة من شرائط الحل عندنا لما ذكرنا ولم يوجد وأما المرتد فلأنه لا يقر على الدين الذى انتقل إليه فكان كالوثني الذى لا يقر على دينه ولو كان المرتد غلاماً مراهقاً لا تؤكل ذبيحته عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تؤكل بناء على أن رده صحیحة عندهما وعندنا لا تصح وتؤكل ذبيحة أهل الكتاب لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد منه ذبائحهم إذ لو لم يكن المراد ذلك لم يكن للتخصيص بأهل الكتاب معنى لأن غير الذبائح من أطعمة الكفرة ما كُول ولا نطلق اسم الطعام يقع على الذبائح كما يقع على غيرها لانه اسم لما يتطعم والذبائح مما يتطعم فيدخل تحت إطلاق اسم الطعام فيحل لنا أكلها ويستوى فيه أهل الحرب منهم وغيرهم لعموم الآية الكريمة وكذا يستوى فيه نصارى بنى تغلب وغيرهم لأنهم على دين النصارى إلا أنهم نصارى العرب فيتناولهم عموم الآية الشريفة وقال سيدنا على رضى الله عنه لا تؤكل ذبائح نصارى العرب لأنهم ليسوا بأهل الكتاب وقرأ قوله عز شأنه ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب إلا أمانى وقال ابن عباس رضى الله عنهما تؤكل وقرأ قوله عز وجل ومن يتولهم منكم فإنه منهم والآية الكريمة التى تلاها سيدنا على رضى الله عنه دليل على أنهم من أهل الكتاب لانه قال عز وجل ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب أى من أهل الكتاب وكلمة من التبعية إلا أنهم يخالفون غيرهم من النصارى فى بعض شرائعهم وذا يخرجهم عن كونهم نصارى كسائر النصارى فان انتقل الكتابى الى دين أهل الكتاب من الكفرة لا تؤكل ذبيحته لأن المسلم لو انتقل الى ذلك الدين لا تؤكل ذبيحته فالكتابى أولى ولو انتقل غير الكتابى من الكفرة الى دين أهل الكتاب تؤكل ذبيحته والأصل انه ينظر الى حاله ودينه فيه انه ينظر الى حاله ودينه وقت ذبيحته دون ما سواه وهذا أصل أصحابنا أن من انتقل من ملة يقر عليها يجعل كانه من أهل تلك الملة من الأصل على ما ذكرنا فى كتاب

النكاح والمولود بين كتابي وغير كتابي تؤكل ذبيحته أيهما كان الكتابي الاب أو الام عندنا وقال مالك يعتبر الاب فان كان كتابياً تؤكل والا فلا وقال الشافعي لا تؤكل ذبيحته رأساً والصحيح قولنا لان جعل الولد تبعاً للكتابي منهما أولى لانه خيرهما ديناً بالنسبة فكان باتباعه اياه أولى وأما الصابئون فتؤكل ذبائحهم في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد لا تؤكل واختلاف الجواب لاختلاف تفسيرهم في الصابئين انهم ممن هم وقد ذكرنا ذلك في كتاب النكاح ثم انما تؤكل ذبيحة الكتابي اذا لم يشهد ذبحه ولم يسمع منه شيء أو سمع وشهد منه تسمية الله تعالى وحده لانه اذا لم يسمع منه شيئاً يحمل على أنه قد سمي الله تبارك وتعالى وجرى التسمية تحسناً للظن به كما بالمسلم ولو سمع منه ذكر اسم الله تعالى لكنه عني بالله عز وجل المسيح عليه الصلاة والسلام قالوا تؤكل لانه أظهر تسمية هي تسمية المسلمين الا اذا نص فقال بسم الله الذي هو ثالث ثلاثة فلا تحل وقد روى عن سيدنا علي رضي الله عنه انه سئل عن ذبائح أهل الكتاب وهم يقولون ما يقولون فقال رضي الله عنه قد أحل الله ذبائحهم وهو يعلم ما يقولون فاما اذا سمع منه أنه سمي المسيح عليه الصلاة والسلام وحده أو سمي الله سبحانه وتعالى وسمى المسيح لا تؤكل ذبيحته كذا روى سيدنا علي رضي الله عنه ولم يرو عنه غيره خلافة فيكون اجماعاً لقوله عز وجل وما أهل لغير الله وهذا أهل لغير الله عز وجل به فلا يؤكل ومن أكلت ذبيحته ممن ذكرنا كل صيده الذي صاده بالسهم أو بالجوارح ومن لا فلا لان أهلية المذكي شرط في نوعي الذكاة الاختيارية والاضطرارية جميعاً (ومنها) التسمية حاله الذكرك عندنا وعند الشافعي ليست بشرط أصلاً وقال مالك رحمه الله انها شرط حاله الذكرك والسهو حتى لا يحل متروك التسمية ناسياً عنده والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فانه احتج بقوله تبارك وتعالى قل لا اجد فيها أوحى الى محرماً على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحماً خنزيراً أمر النبي عليه الصلاة والسلام ان يقول انه لا يجد فيها أوحى اليه محرماً سوى الاشياء الثلاثة ومتروك التسمية لم يدخل فيها فلا يكون محرماً ولا يقال يحتمل انه لم يكن المحرم وقت نزول الآية الكريمة سوى المذكور فيها ثم حرم بعد ذلك متروك التسمية بقوله عز وجل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لانه قيل ان سورة الانعام نزلت جملة واحدة ولو كان متروك التسمية محرماً لكان واجداً له فيجب ان يستثنى كما استثنى الاشياء الثلاثة (ولنا) قوله عز وجل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق والاستدلال بالآية من وجهين أحدهما ان مطلق النهي للتحريم في حق العمل والثاني انه سمي اكل ما لم يذكر اسم الله عليه فسقاً بقوله عز وجل وانه لفسق ولا فسق الا بارتكاب المحرم ولا تحمّل الاعلى الميتة وذبائح أهل الشرك بقول بعض أهل التأويل في سبب نزول الآية الكريمة لان العام لا يخص بالسبب عندنا بل يعمل بعموم اللفظ لما عرف في أصول الفقه مع ما ان الحمل على ذلك حمل على التكرار لان حرمة الميتة وذبائح أهل الشرك ثبتت بنصوص أخرى وقوله عز وجل حرمت عليكم الميتة وقوله عز وجل وما أهل لغير الله به وقوله عز وجل وما ذبح على النصب فالحمل على ما قاله يكون حملاً على ما قلنا ويكون حملاً على فائدة جديدة فكان أولى وقوله عز وجل فاذا ذكروا اسم الله عليها صواف ومطلق الامر للوجوب في حق العمل ولو لم يكن شرط المساء وجب وروى الشعبي عن عدي بن حاتم رضي الله عنهما قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد الكلب فقال ما أمسك عليك ولم يأكل منه فكله فان أخذه ذكاته فان وجدت عندك كلبك غيره فحسبت أن يكون أخذه معه وقد قتله فلا تأكل لانه انما ذكرت اسم الله تعالى على كلبك ولم تذكره على كلب غيره نهي النبي عليه الصلاة والسلام عن الاكل وعلى بترك التسمية فدل انها شرط (وأما) الآية الكريمة ففيها انه كان يجد وقت نزول الآية الشريفة محرماً سوى المذكور فيها فاحتمل انه كان كذلك وقت نزول الآية الشريفة وجد تحریم متروك التسمية بعد ذلك لما تلونا كما كان لا يجد تحریم كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير وتحریم الحمار والبغل عند نزولها ثم وجد بعد ذلك بوحى متلو أو غير متلو على ما ذكرنا (وأما) ما يروى ان سورة الانعام نزلت كلها جملة واحدة فروى على طريق الاحاد فلا يقبل

في إبطال حرمة تثبت بالكتاب على أن المذكور فيها من جملة المستثنى الميتة فالدليل على أن متروك التسمية عمدا ليس بميتة بل هو ميتة عند ناعم أنه لا يجد فيها أوحى إليه محر ما سوى المذكور ونحن لا نطلق اسم المحرم على متروك التسمية إذ المحرم المطلق ما ثبتت حرمة بدليل مقطوع به ولم يوجد ذلك في محل الاجتهاد إذا كان الاختلاف بين أهل الديانة وإنما نسميه مكرها أو محرما في حق الاعتقاد قطعا على طريق التبيين بل على الإبهام أن ما أراد الله عز وجل من هذا النهي فهو حق لكننا نمتنع عن أكله احتياطا وهو تفسير الحرمة في حق العمل (وأما) الكلام مع مالك رحمه الله فهو احتج بعموم قوله تبارك وتعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه من غير فصل بين العمد والسهو ولا أن التسمية لما كانت واجبة حالة العمد فكذا حالة النسيان لأن النسيان لا يمنع الوجوب والحظر كالخطأ حتى كان الناسي والخطأ جازر المؤاخذه عقلا ولهذا استوى العمد والسهو في ترك تكبيرة الافتتاح والطهارة وغيرها من الشرائط والكلام في الصلاة عمدا وسهوا عندكم كذا ههنا (ولنا) ما روى عن راشد بن سعد عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ذبيحة المسلم حلال سمي أو لم يسم ما لم يعتمد وهذا نص في الباب وأما الآية فلا تتناول متروك التسمية لوجهين أحدهما أنه قال عز وجل وأنه لفسق أي ترك التسمية عند الذبح فسق وترك التسمية سهوا لا يكون فسقا وكذا كل متروك التسمية سهوا لا يلحقه سمة الفسق لأن المسئلة اجتهادية وفيها اختلاف الصحابة فدل أن المراد من الآية الكريمة متروك التسمية عمدا لا سهوا والثاني أن الناسي لم يترك التسمية بل ذكر اسم الله عز وجل والذكري قد يكون باللسان وقد يكون بالقلب قال الله تعالى ولا تطعم من اغفلنا قلبه عن ذكرنا والناسي ذا كرك قلبه لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن رجل ذبح ونسى أن يذكر اسم الله عليه فقال رضي الله عنه اسم الله عز وجل في قلب كل مسلم فليأكل وعنه في رواية أخرى قال أن المسلم ذكر الله في قلبه وقال كما لا ينفع الاسم في الشرك لا يضر النسيان في الإسلام وعنه رضي الله عنه في رواية أخرى قال في المسلم اسم الله تعالى فاذا ذبح ونسى أن يسمى فكل واذا ذبح المجوسى وذكر اسم الله تعالى فلا تطعمه وعن سعيدنا على رضي الله عنه سئل عن هذا فقال إنما هي علة المسئلة فثبت أن الناسي ذا كرك كانت ذبيحته منذ كور التسمية فلا تتناولها الآية الكريمة وأما قوله أن النسيان لا يدفع التكليف ولا يدفع الحظر حتى لم يجعل عذرا في بعض المواضع على ما ضرب من الأمثلة فنقول النسيان جعل عذرا ما نأمن التكليف والمؤاخذه فيها يغلب وجوده ولم يجعل عذرا فيما لا يغلب وجوده لأنه لو لم يجعل عذرا فيما يغلب وجوده لوقع الناس في الحرج والحرج مدفوع والأصل فيه أن من لم يعود نفسه فعلا يعذر في تركه واشتغاله بضده سهوا لأن حفظ النفس عن العادة التي هي طبيعة خامسة خطب صعب وأمر أمر فيكون النسيان فيه غالب الوجود فلو لم يعذر للحق الحرج وليس كذلك إذا لم يعود نفسه مثاله أن الأكل والشرب من الصائم سهوا جعل عذرا في الشرع حتى لا يفسد صومه لأنه يعود نفسه ذلك ولم يعودها ضده وهو الكف عن الأكل والشرب ولم يجعل ذلك عذرا في المصلي لأنه لم يعود نفسه ذلك في كل زمان بل في وقت معهود وهو الغداة والعشي خصوصا في حال الصلاة التي تحالف أوقات الأكل والشرب فكان الأكل والشرب فيها في غاية الندرة فلم يجعل عذرا والكلام في الصلاة من هذا القبيل لأن حالة الصلاة تمنع من ذلك عادة فكان النسيان فيها نادرا فلم يجعل عذرا وكذلك ترك تكبيرة الافتتاح سهوا لأن الشروع في الصلاة يكون بها وتركها سهوا عند تصميم العزم على الشروع فيها مما يندر فلم يعذر وكذا ترك الطهارة عند حضور وقت الصلاة سهوا لأن المسلم على استعداد الصلاة عند هجوم وقتها عادة فالشروع في الصلاة من غير طهارة سهوا يكون نادرا فلا يعذر ويلحق بالعدم فأما ذكر اسم الله تعالى فأمر لم يعود الذابح نفسه لأن الذبح على مجرى العادة يكون من القضاة ومن الصبيان الذين لم يعودوا أنفسهم ذكر الله عز وجل فترك التسمية منهم سهوا لا يندر وجوده بل يغلب فجعل عذرا دفعا للحرج فهو الفرق بين هذه الجملة والله سبحانه وتعالى هو الموفق وإذا ثبت أن التسمية حالة الذكرك من شرائط الحل عندنا بعد ذلك بقع الكلام في بيان ركن التسمية وفي بيان شرائط الركن وفي بيان وقت التسمية أما ركنها فذكر اسم الله عز وجل أي اسم كان

لقوله تبارك وتعالى فكلوا مما ذكر اسم الله عليه ان كنتم بآياته مؤمنين ومالككم ان لاتأكلوا مما ذكر اسم الله من غير فصل بين اسم واسم وقوله عز شأنه ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لانه اذا ذكر اسم من أسماء الله تبارك وتعالى لم يكن المأكل مما لم يذكر اسم الله عليه فلم يكن محرماً وسواء قرن بالاسم الصفة بان قال الله اكبر الله أجل الله أعظم الله الرحمن الله الرحيم ونحو ذلك ولم يقرن بان قال الله أو الرحمن أو الرحيم أو غير ذلك لانه المشروط بالآية عز شأنه وقد وجد وكذا في حديث عدي بن حاتم رضي الله عنهما اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل من غير فصل بين اسم واسم وكذا التهليل والتحميد والتسبيح سواء كان جاهلاً بالتسمية المعهودة أو عالماً بها لما قلنا وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما في تكبيرة الافتتاح انه يصير شارعاً في الصلاة بلا إله إلا الله والحمد لله أو سبحان الله فهما أولى وأما على أصل أبي يوسف رحمه الله فلا يصير شارعاً بهذه الالفاظ وتصح بها عنده فيحتاج هو الى الفرق والفرق له أن الشرع ما ورد هناك الا بلفظ التكبير وهما ورد بذكر اسم الله تعالى وسواء كانت التسمية بالعربية أو بالفارسية أو أي لسان كان وهو لا يحسن العربية أو يحسنها كداروي بشرع أبي يوسف رحمه الله لو أن رجلاً سمي على الذبيحة بالرومية أو بالفارسية وهو يحسن العربية أو لا يحسنها أجزأه ذلك عن التسمية لان الشرط في الكتاب العزيز والسنة ذكر اسم الله تعالى مطلقاً عن العربية والفارسية وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة رحمه الله في اعتباره المعنى دون اللفظ في تكبيرة الافتتاح فيستوى في الذبح الكبيرة العربية والعجمية من طريق الأولى فأما على أصلهما فهما يحتاجان الى الفرق بين التكبير والتسمية حيث قالوا في التسمية انها جائزة بالعجمية سواء كان يحسن العربية أو لا يحسن وفي التكبير لا يجوز بالعجمية الا اذا كان لا يحسن العربية لان المشروط ههنا ذكر اسم الله تعالى وانه يوجد بكل لسان والشرط هناك لفظة التكبير لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ويستقبل القبلة ويقول الله اكبر نفى عليه الصلاة والسلام القبول بدون لفظ التكبير ولا يوجد ذلك بغير لفظ العربية وأما شرائط الركن فمنها أن تكون التسمية من الذابح حتى لو سمي غيره والذابح ساكت وهوذا كغير ناس لا يحل لان المراد من قوله تبارك وتعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه أي لم يذكر اسم الله عليه من الذابح فكانت مشروطة فيه (ومنها) أن يريد بها التسمية على الذبيحة فان من أراد بها التسمية لافتتاح العمل لا يحل لان الله سبحانه وتعالى أمر بذكر اسم الله تعالى عليه في الآيات الكريمة ولا يكون ذكر اسم الله عليه الا وأن يراد بها التسمية على الذبيحة وعلى هذا اذا قال الحمد لله ولم يرد به الحمد على سبيل الشكر لا يحل وكذا الوسيح أو هلل أو كبر ولم يرد به التسمية على الذبيحة وانما أراد به وصفه بالوحدانية والتزه عن صفات الحدوث لا غير لا يحل لما قلنا (ومنها) تجر يد اسم الله سبحانه وتعالى عن اسم غيره وان كان اسم النبي عليه الصلاة والسلام حتى لو قال بسم الله واسم الرسول لا يحل لقوله تعالى وما اهل لغير الله به وقول النبي عليه الصلاة والسلام موطنان لا أذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح وقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما جردوا التسمية عند الذبح ولان المشركين يذكرون مع الله سبحانه وتعالى غيره فتعجب مخالفتهم بالتجريد ولو قال بسم الله ومحمد رسول الله فان قال ومحمد بالجر لا يحل لانه أشرك في اسم الله عز شأنه اسم غيره وان قال محمد بالرفع يحل لانه لم يعطه بل استأنف فلم يوجد الا شرك الا انه يكره لوجود الوصل من حيث الصورة فيتصور بصورة الحرام فيكره وان قال ومحمد بالنصب اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يحل لانه ما عطف بل استأنف الا انه أخطأ في الاعراب وقال بعضهم لا يحل لان انتصابه بنزع الحرف الخافض كانه قال ومحمد فيتحقق الاشارة فلا يحل هذا اذا ذكر الوالو فان لم يذكر بان قال بسم الله ومحمد رسول الله فانه يحل كيفما كان لعدم الشراكة (ومنها) أن يقصد بذكر اسم الله تعالى تعظيمه على الخلوص ولا يشوبه معنى الدعاء حتى لو قال اللهم اغفر لي لم يكن ذلك تسمية لانه دعاء والدعاء لا يقصد به التعظيم المحض فلا يكون تسمية كما لا يكون تكبير أو في قوله اللهم اختلف المشايخ كافي التكبير (أما) وقت التسمية فوقها في الذكاة الاختيارية وقت الذبح لا يجوز تقديمها عليه الا بزمان قليل لا يمكن

التحرز عنه لقوله تبارك وتعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله تعالى عليه والذبح مضمر فيه معناه ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله تعالى عليه من الذبائح ولا يتحقق ذكر اسم الله تعالى على الذبيحة الا وقت الذبح وكذا قيل في تأويل الآيتين الاخرين أن الذبح مضمر فيهما أي فكلوا مما ذكر اسم الله عليه وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله تعالى عليه فكان وقت التسمية الاختيارية وقت الذبح (وأما) الذكاة الاضطرارية فوقتها وقت الرمي والارسال لا وقت الاصابة لقول النبي عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم رضى الله عنه حين سأله عن صيد المراض والكلب اذا رميت بالمراض وذكرت اسم الله عليه فكل وان أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وقوله عليه أي على المراض والكلب ولا تقع التسمية على السهم والكلب الا عند الرمي والارسال فكان وقت التسمية فيها هو وقت الرمي والارسال والمعنى هكذا يقتضي وهو أن التسمية شرط والشرايط يعتبر وجودها حال وجود الركن لان عند وجودها يصير الركن علة كفا في سائر الاركان مع شرائطها هو المذهب الصحيح على ما عرف في أصول الفقه والركن في الذكاة الاختيارية هو الذبح وفي الاضطرارية هو الجرح وذلك مضاف الى الرمي والمرسل وانما السهم والكلب آلة الجرح والفعل يضاف الى مستعمل الآلة لا الى الآلة لذلك اعتبر وجود التسمية وقت الذبح والجرح وهو وقت الرمي والارسال ولا يعتبر وقت الاصابة في الذكاة الاضطرارية لان الاصابة ليست من صنع العبد لا مباشرة ولا سبباً بل محض صنع الله عز وجل يعني به مصنوعه هو مذهب أهل السنة والجماعة وهي المسئلة المرفوعة بالتولدات وهذا لان فعل العبد لا بد وأن يكون مقدور العبد ومقدور العبد ما يقوم بمحل قدرته وهو نفسه وذلك هو الرمي السابق والارسال السابق فتعتبر التسمية عندهما على أن الاصابة قد تكون وقد لا تكون فلا يمكن إيقاع التسمية عليها وعلى هذا يخرج ما روى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه قال لو أن رجلاً اضجع شاة ليذبحها وسمى ثم بدله فأرسلها وأضجع أخرى فذبحها بتلك التسمية لم يحزه ذلك ولا تؤكل لعدم التسمية على الذبيحة عند الذبح ولو رمى صيداً فسمى فأخطأ وأصاب آخر فقتله فلا بأس بأكله وكذلك اذا أرسل كلباً على صيد فأخطأ فأخذ غير الذي أرسله عليه فقتله لوجود التسمية على السهم والكلب عند الرمي والارسال وذكر في الاصل رأيت الذابح يذبح الشاتين والثلاثة فيسمى على الاولى ويدع التسمية على غير ذلك عمد أقال يأكل الشاة التي سمي عليها ولا يأكل ماسوى ذلك لما بينا ولو اضجع شاة ليذبحها وسمى عليها ثم أتى السكين وأخذ سكيناً آخر فذبح به يؤكل لان التسمية في الذكاة الاختيارية تقع على المذبوح لا على الآلة والمذبوح واحد فلا يعتبر اختلاف الآلة بخلاف ما اذا سمي على سهم ثم رمى بغيره انه لا يؤكل لان التسمية في الذكاة الاضطرارية تقع على السهم لا على الرمي اليه وقد اختلف السهم فالتسمية على أحدهما لا تكون تسمية على الآخر ولو اضجع شاة ليذبحها وسمى عليها فكله انسان فأجابه وأستسقى ماء فشرب أو أخذ السكين فان كان قليلاً ولم يكثر ذلك منه ثم ذبح على تلك التسمية تؤكل وان تحدث وأطال الحديث أو أخذ في عمل آخر أو حدث شفرته أو كانت الشاة قائمة فصبر عنها ثم ذبح لا تؤكل لان زمان ما بين التسمية والذبح اذا كان يسيراً لا يعتد به لانه لا يمكن التحرز عنه فيلحق بالعدم ويجعل كانه سمي مع الذبح واذا كان طويلاً وقع فصلاً بين التسمية والذبح فيصير كانه سمي في يوم وذبح في يوم آخر فلم توجد التسمية عند الذبح متصلة به ولو سمي ثم اقلبت الشاة وقامت من مضجعها ثم أعادها الى مضجعها فقد انقطعت التسمية وعلى هذا يخرج ما اذا رمى صيداً ولم يسم متعمداً ثم سمي بعد ذلك أو أرسل كلباً وترك التسمية متعمداً فلما مضى الكلب في تبع الصيد سمي أنه لا يؤكل لان التسمية لم توجد وقت الرمي والارسال وكذا لو مضى الكلب الى الصيد فزجره وسمى وانزجر بزجره انه لا يؤكل أيضاً وافرقت بين هذا وبين ما اذا تبع الكلب الصيد بنفسه من غير أن يرسله أحد ثم زجره مسلم انه ان زجر بزجره فأخذ الصيد فقتله يؤكل وان لم يزجر لا يؤكل (وجهه) الفرق نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو رمى أو أرسل وهو مسلم ثم ارتد أو كان حلالاً فأحرم قبل الاصابة وأخذ الصيد يحل ولو كان مرتداً ثم أسلم وسمى لا يحل لان المعتبر وقت الرمي

والارسال كما ينفذ في الاهلية عند ذلك وعلى هذا الاصل ينبغي شرط تعيين المحل بالتسمية في الذكاة الاختيارية وهو بيان القسم الثاني من الشرائط التي تخص أحد النوعين دون الآخر وهي أنواع يرجع بعضها الى المذكي وبعضها يرجع الى محل الذكاة وبعضها يرجع الى آلة الذكاة أما الذي يرجع الى المذكي فهو أن يكون حلالاً وهذا في الذكاة الاضطرارية دون الاختيارية حتى ان المحرم اذا قتل صيد البر وسمى لا يؤكل لانه ممنوع عن قتل الصيد لحق الاحرام لقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم أي وأنتم محرمون وقوله جل شأنه أحلت لكم بهيمة الانعام الا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم معناه والله سبحانه وتعالى أعلم أحلت لكم بهيمة الانعام والصيد الا ما يتلى عليكم من الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره غير محلي الصيد وأنتم حرم لانه استثنى سبحانه وتعالى الصيد بقوله تبارك وتعالى غير محلي الصيد وانما يستثنى الشيء من الجملة المذكورة فجعل مذكوره رابطاً بيق الاضمار والاستثناء من الاباحة تحريم فكان اصطيد المحرم محرماً فكان صيد ميتة كصيد الجوسى سواء اصطاد بنفسه أو اصطيد له بأمره لان ما صيده بأمره فهو صيده معنى وتحل ذبيحة المستأنس لان التحريم يخص بالصيد في غيره على عموم الاباحة ويحل له صيد البحر لقوله تبارك وتعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه وقد مر ذلك وأما الذي يرجع الى محل الذكاة فمنها تعيين المحل بالتسمية في الذكاة الاختيارية ولا يشترط ذلك في الذكاة الاضطرارية وهي الرمي والارسال الى الصيد لان الشرط في الذكاة الاختيارية بذكرا اسم الله تبارك وتعالى على الذبيح لما تلونان الآيات ولا يتحقق ذلك الابتعيين الذبيح بالتسمية ولان ذكر الله تبارك وتعالى لما كان واجباً فلا بد أن يكون مقدوراً أو التعيين في الصيد ليس بمقدور لان الصائد قد يرمى ويرسل على قطيع من الصيد وقد يرمى ويرسل على حس الصيد فلا يكون التعيين واجباً والمستأنس مقدور فيكون واجباً وعلى هذا يخرج ما اذا ذبح شاة وسمى ثم ذبح شاة أخرى يظن ان التسمية الاولى تجزى عنهما لم تؤكل ولا بد من أن يجد لكل ذبيحة تسمية على حدة ولورم سهماً فقتل به من الصيد اثنين لا بأس بذلك وكذلك لو أرسل كلباً أو بازاً وسمى فقتل من الصيد اثنين فلا بأس بذلك لان التسمية تجب عند الفعل وهو الذبح فاذا تجدد الفعل تجدد التسمية فأما الرمي والارسال فهو فعل واحد وان كان يتعدى الى مفعولين فتجزى فيه تسمية واحدة وو زان الصيد من المستأنس ما لو أضحج شاتين وأمر السكين عليهما معاً أنه تجزى في ذلك تسمية واحدة كما في الصيد فان قيل هلا جعل ظنه ان التسمية على الشاة الاولى تجزى عن الثانية عذراً كنسيان التسمية فالجواب ان هذا ليس من باب النسيان بل من الجهل بحكم الشرع والجهل بحكم الشرع ليس بعذر والنسيان عذر ألا ترى ان من ظن أن الاكل لا يفطر الصائم فأكل بطل صومه ولو أكل ناسياً لا يبطل فان نظر الى جماعة من الصيد فرمى بسهم وسمى وتعمدها ولم يتعمد واحداً بعينه فأصاب منها صيداً فقتله لا بأس بأكله وكذلك الكلب والبازي ولو أن رجلاً نظر الى غنمه فقال بسم الله ثم أخذ واحدة فأضجعها وذبحها وترك التسمية عامداً وظن ان تلك التسمية تجزى به لا تؤكل لانه لم يسم عند الذبح والشرط هو التسمية على الذبيحة وذلك بالتسمية عند الذبح نفسه لا عند النظر وتعيين الذبيحة مقدور فيمكن أن يجعل شرطاً وتعيين الصيد بالرمي والارسال متعذراً ينفذ يمكن أن يجعل شرطاً ولورم صيداً بعينه أو أرسل الكلب أو البازي على صيد بعينه فأخطأ فأصاب غيره يؤكل وكذا الورم ظيياً فأصاب طيراً أو أرسل على ظي فأخذ طيراً لان التعيين في الصيد ليس بشرط (ومنها) قيام أصل الحياة في المستأنس وقت الذبح قلت أو كثرت في قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكتفى بقيام أصل الحياة بل تعتبر حياة مقدورة كالشاة المريضة والوقيدة والنطيحة وجرح السبع اذا لم يبق فيها الحياة قليلة عرف ذلك بالصياح أو بتحرريك الذنب أو طرف العين أو التنفس وأما خر وج الدم فلا يدل على الحياة الا اذا كان يخرج كما يخرج من الحى المطلق فاذا ذبحها وفيها قليل حياة على الوجه الذي ذكرنا تؤكل عند أبي حنيفة رضى الله عنه وعن أبي يوسف وابنان في ظاهر الرواية عنه انه ان كان يعلم انها لا تعيش مع ذلك فذبحها لا تؤكل وان كان

يعلم أنها تعيش مع ذلك فذبحها تؤكل وفي رواية قال إن كان لها من الحياة مقدار ما تعيش به أكثر من نصف يوم فذبحها
تؤكل والا فلا وقال محمد رحمه الله إن كان لم يبق من حياتها الا قدر حياة المذبح بعد الذبح أو أقل فذبحها لا تؤكل وإن
كان أكثر من ذلك تؤكل وذكر الطحاوي قول محمد مفسراً فقال إن على قول محمد أن لم يبق معها الا الاضطراب
للموت فذبحها فانها لا تحل وإن كانت تعيش مدة كالיום أو كنصفه حلت (وجهه) قوله ما إن لم يكن لها حياة
مستقرة على الوجه الذي ذكرنا كانت ميتة معنى فلا تلحقها الذكاة كالميتة حقيقة ولا بى حنيفة رضي الله عنه قوله
تعالى حرمت عليكم الميتة الى قوله تعالى والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الا ما ذكركم استثنى
سبحانه وتعالى المذكي من الجملة المحرمة والاستثناء من التحريم اباحة وهذه ذكاة لوجود فرى الا وادج مع قيام
الحياة فدخلت تحت النص وأما الصيد اذا جرحه السهم أو الكب فأدر كصاحبه حياً فإن ذكاه يؤكل بلا خلاف
بين أصحابنا كيف ما كان سواء كانت فيه حياة مستقرة أو لم تكن وخرج الجرح من أن يكون ذكاة في حقه وصار
ذكاته الذبح في الحياة المستقرة ذكاة مطلقة فيدخل تحت النص وإن لم يكن فيه حياة مستقرة فعلى أصل أبى حنيفة رحمه
الله ذكاته الذبح وقد وجد لوجود أصل الحياة فصار مذكي وعلى أصلهما لا حاجة الى الذبح لانه صار مذكي بالجرح
فالذبح بعد ذلك لا يضربان كان لا ينفع وإن لم يذكه وهو قادر على ذبحه فتركه حتى مات فإن كانت فيه حياة مستقرة
لا يؤكل لأن ذكاته تحولت من الجرح الى الذبح فاذا لم يذبح كان ميتة وإن كانت حياته غير مستقرة يؤكل عند أبى حنيفة
رضي الله عنه وإن قلت من غير ذكاة بخلاف المستأنس عنده والفرق له إن الرمي والارسال اذا اتصل به الجرح كان
ذكاة في الصيد فلا تعتبر هذه الحياة بعد وجود الذكاة ولم تقوم ذكاة في المستأنس فلا بد من اعتبار هذا القدر من الحياة
لتحقق الذكاة وأما عندهما فكذلك لكن على اختلاف تفسيرهما للحياة المستقرة وغير المستقرة على ما ذكرنا في
المستأنس من هكذا ذكر عامة المشايخ رحمهم الله وذكر الجصاص رحمه الله وقال يجب أن يكون قول أبى حنيفة رحمه الله
في الصيد مثل قوله في المستأنس على أن قوله يجب الذبح في جميع الاحوال لا يحل بدونه سواء كانت الحياة مستقرة
أو غير مستقرة وقد ذكرنا وجه الفرق له على قول عامة المشايخ رحمهم الله وإن مات قبل أن يقدر على ذبحه لضيق الوقت
أو لعدم آلة الذكاة ذكر القدرى عليه الرحمة انه لا يؤكل عندنا وعند محمد بن شعاع البلخي ومحمد بن مقاتل الرازي
رحمهم الله يؤكل استحساناً أشار الى أن القول بالحرمه قياس ومن مشايخنا رحمهم الله من جعل جواب الاستحسان
مذهبناً أيضاً وتركوا القياس (وجهه) القياس انه لما ثبت يده عليه فقد خرج من أن يكون صيد الزوال معنى الصيد
وهو التوحش والامتناع فيزول الحكم المختص بالصيد وهو اعتبار الجرح ذكاة وصار كالشاة اذا مرضت وماتت
في وقت لا يتسع لذبحها انما لا تؤكل كذا هذا (وجهه) الاستحسان ان الذبح هو الاصل في الذكاة وانما يقيم الجرح
مقامه خلفاً عنه وقد وجد شرط بخلافه وهو العجز عن الاصل فيقيام الخلف مقامه كفاً في سائر الاخلاف مع أصولها
وقال أصحابنا رحمهم الله لو جرحه السهم أو الكب فأدر كذا لكن لم يأخذه حتى مات فإن كان في وقت لو أخذه
يمكنه ذبحه فلم يأخذه حتى مات لم يؤكل لأن الذبح صار مقدوراً عليه فخروج الجرح من أن يكون ذكاة وإن كان
لا يمكنه ذبحه أكل لانه اذا لم يأخذه ولا يتمكن من ذبحه لو أخذه بقي ذكاته الجرح السابق ودلت هذه المسألة على أن
جواب الاستحسان في المسألة المتقدمة مذهب أصحابنا جميعاً لانه لا فرق بين المسألتين سوى أن هناك أخذوهما
لم يأخذ وما يصنع بالاخذ اذا لم يقدر على ذكاته وجواب القياس عن هذا ان حقيقة القدرة والتمكن لا عبرة به لان
الناس مختلفون في ذلك فان منهم من يتمكن من الذبح في زمان قليل لهدايته في ذلك ومنهم من لا يتمكن الا في زمان
طويل لقلة هدايته فيه فلا يمكن بناء الحكم على حقيقة القدرة والتمكن فيقيام السبب الظاهر وهو ثبوت اليد مقامها كفاً
السفر مع المشقة وغير ذلك وذكر ابن سماعه في نوادره رحمه الله عن أبى يوسف لو أن رجلاً قطع شاة نصفين ثم أن رجلاً
فرى أوداجها والرأس يتحرك أو شق بطنها فأخرج ما في جوفها و فرى رجل آخر الاوداج فان هذا لا يؤكل لأن

الاول قاتل وذكر القدوري رحمه الله ان هذا على وجهين ان كانت الضربة ممسايلى العجز لم تؤكل الشاة وان كانت ممسايلى الرأس أكلت لان العروق المشروطة في الذبح متصلة من القاب الى الدماغ فاذا كانت الضربة ممسايلى الرأس فقد قطعها فحلت وان كانت ممسايلى العجز فلم يقطعها فلم يحل وأما خروج الدم بعد الذبح فيما لا يحل الا بالذبح فهل هو من شرائط الحل فلا راية فيه واختلف المشايخ على ما ذكرنا فيما تقدم وكذا التجرك بعد الذبح هل هو شرط ثبوت الحل فلا راية فيه أيضاً عن أصحابنا وذكر في بعض الفتاوى انه لا بد من أحد شيئين اما التحرك واما خروج الدم فان لم يوجد لا يحل كأنه جعل وجود أحدهما بعد الذبح علامة للحياة وقت الذبح فاذا لم يوجد لم تعلم حياته وقت الذبح فلا يحل وقال بعضهم ان علم حياته وقت الذبح بغير التحرك يحل وان لم يتحرك بعد الذبح ولا يخرج منه الدم والله أعلم (ومنها) ما يخص الذكاة الاضطرارية وهو أن لا يكون صيد الحرم فان كان لا يؤكل ويكون ميتة سواء كان المذكي محرماً أو حلالاً لان التعرض لصيد الحرم بالقتل والدلالة والاشارة محرم حقاً لله تعالى قال الله تعالى أولم يروا أنا جعلنا حرماً آمناً ويتخطف الناس من حولهم وقال النبي عليه الصلاة والسلام في صفة الحرم ولا ينفر صيده والفعل في الحرم شرعاً لا يكون ذكاة وسواء كان مولده الحرم أو دخل من الحل اليه لانه يضاف الى الحرم في الحالين فيكون صيد الحرم وأما الذي يرجع الى آلة الذكاة (فنها) أن يكون ما يصطاد به من الجوارح من الحيوانات من ذى الناب من السباع وذى الخلب من الطير معلماً لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح معطوفاً على قوله سبحانه وتعالى يستلونها ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات أى أحل لكم الطيبات وأحل لكم ما علمتم من الجوارح أى الاصطياد بما علمتم من الجوارح كانهم سألوا النبي عليه الصلاة والسلام عما يحل لهم الاصطياد به من الجوارح أيضاً مع ما ذكر في بعض القصص أن النبي عليه الصلاة والسلام لما أمر بقتل الكلاب أتاه ناس فقالوا ماذا يحل لنا من هذه الامة التي أمرت بقتلها فنزل قوله تعالى جل شأنه يستلونها الآية ففى الآية الكريمة اعتبار الشرطين وهما الجرح والتعليم حيث قال عز شأنه وما علمتم من الجوارح لان الجوارح هي التي تجرح مأخوذة من الجرح وقيل الجوارح الكواكب قال الله عز شأنه ويعلم ما جرحتم بالنهار أى كسبتم والحمل على الاول أولى لانه حمل على المعنيين لانها بالجر احة تكسب وقوله تعالى مكابين قرى بالخفض والنصب وقيل بالخفض صاحب الكلب يقال كلاب ومككب والنصب الكلب المعلم وقيل المكابين بالخفض الكلاب التي يكالبن الصيد أى يأخذنه عن شدة فالكلب هو الاخذ عن شدة ومنه الكلوب للآلة التي يؤخذ بها الحديد وقوله جل عظمته تعلمون أى تعلمون لمن لم يسكن الصيد لكم ولا يأكل منه وهذا أحد التعليم في الكلب عندنا على ما ذكره ان شاء الله تعالى فدلّت الآية الكريمة على أن كون الكلب معلماً شرط لا باحة أكل صيده فلا يباح أكل صيد غير المعلم واذا ثبت هذا الشرط في الكلب بالنص ثبت في كل ما هو في معناه من كل ذى ناب من السباع كالفهد وغيره مما يحتمل التعلم بدلالة النص لان فعل الكلب انما يضاف الى المرسل بالتعليم اذ المعلم هو الذى يعمل لصاحبه فيأخذ لصاحبه ويمسك على صاحبه فكان فعله مضافاً الى صاحبه فأما غير المعلم فاما يعمل لنفسه لا لصاحبه فكان فعله مضافاً اليه لا الى المرسل لذلك شرط كونه معلماً ثم لا بد من معرفة حد التعليم في الجوارح من ذى الناب كالكلب ونحوه وذى الخلب كالبازي ونحوه أما تعليم الكلب فهو انه اذا أرسل اتبع الصيد واذا أخذه أمسكه على صاحبه ولا يأكل منه شيئاً وهذا قول عامة العلماء وقال مالك رحمه الله تعليمه أن يتبع الصيد اذا أرسل ويحجب اذا دعى وهو أحد قول الشافعي رحمه الله حتى لو أخذ صيداً فأكل منه لا يؤكل عندنا وعنده يؤكل (وجه) قوله ان كونه معلماً انما شرط للاصطياد فيعتبر حاله الاصطياد وهي حالة الاتباع فأما الامساك على صاحبه وتركه الاكل يكون بعد الفراغ عن الاصطياد فلا يعتبر في الحد ولنا الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل تعلمون مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم في الآية الكريمة اشارة الى أن حد تعليم الكلب وما هو في معناه ما قلنا وهو الامساك على صاحبه وتركه الاكل منه لانه شرط التعليم ثم أباح أكل ما أمسك علينا فكان هذا اشارة الى أن

التعليم هو أن يمسك علينا الصيد ولا يأكل منه يقرر ان الله تعالى انما أباح أكل صيد المعلم من الجوارح الممسك على صاحبه ولو لم يكن ترك الأكل من حد التعليم وكان مأكل منه حلالاً لاستوى فيه المعلم وغير المعلم والممسك على صاحبه وعلى نفسه لأن كل كلب يطلب الصيد ويمسه لنفسه حتى يموت أن أرسلت عليه واغريته إلا المعلم وأما السنة فإروى عن عدي بن حاتم الطائي أنه قال قلت يا رسول الله أنا قوم نتصيد بهذه الكلاب والزاة فما يحل لنا منها فقال عليه الصلاة والسلام يحل لكم ما علمتم من الجوارح مكبلين تعلمون من ما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم مما علمتموهن من كلب أو بازو ذكراً اسم الله عليه قلت فإن قتل قال عليه الصلاة والسلام إذا قتله ولم يأكل منه فكل فإنا أمسك عليك وإن أكل فلا تأكل فإنا أمسك على نفسه فقلت يا رسول الله رأيت أن خالط كلابنا كلاب أخرى قال عليه الصلاة والسلام أن خالطت كلابك كلاب أخرى فلا تأكل فإنا أمسك على اسم الله تعالى على كلبك ولم تذكره على كلب غيرك وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال إذا أكل الكلب من الصيد فليس بمسك وعنه أيضاً أنه قال إذا أكل الكلب فلا تأكل وإذا أكل الصقر فكل لأن الكلب يستطيع أن تضربه والصقر لا وعن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما أنه قال إذا أكل الكلب من الصيد فلا تأكل واضربه وأما المعقولة فمن وجهين أحدهما أن أخذ الصيد وقتله مضاف إلى المرسل وانما الكلب آلة الأخذ والقتل وانما يكون مضافاً إليه إذا أمسك لصاحبه لأن نفسه لا العامل لنفسه يكون عمله مضافاً إليه لا إلى غيره والامساك على صاحبه أن يترك الأكل منه وهو وحد التعليم والثاني أن تعليم الكلب ونحوه هو تبديل طبعه وفضاضته عن العادة المألوفة ولا يتحقق ذلك إلا بالامساك الصيد لصاحبه وترك الأكل منه لأن الكلب ونحوه من السباع من طباعهم أنهم إذا أخذوا الصيد فإنا يأخذونه لا تقسم ولا يصبرون على أن لا يتناولوا منه فإذا أخذوا أحدهم الصيد ولم يتناولوا منه دل أنه ترك عادته حيث أمسك لصاحبه ولم يأكل منه فإذا أكل منه دل أنه على عادته سواء اتبع الصيد إذا أغرى واستجاب إذا دعى أولاً لأنه ألوف في الأصل يجب إذا دعى ويتبع إذا أغرى فلا يصلح ذلك دليلاً على تعلمه فثبت أن معنى التعليم لا يتحقق إلا بمسكنا وهو أن يمسك الصيد على صاحبه ولا يأكل منه ثم في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه لا توقيت في تعليمه أنه إذا أخذ صيداً ولم يأكل منه هل يصير معلماً أم يحتاج فيه إلى التكرار وكان يقول إذا كان معلماً فكل كذا ذكر في الأصل وهكذا روى بشر بن الوليد رحمه الله عن أبي يوسف قال سألت أبا حنيفة رحمه الله ما حد تعليم الكلب قال إن يقول أهل العلم بذلك أنه مسلم وذكر الحسن بن زياد في المجرى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال لا يأكل ما يصيد ولا ولا الثاني ولو أكل الثالث وما بعده وأبو يوسف ومحمد رحمه الله قد رآه بالثلاث فقال إذا أخذ صيداً فلم يأكل ثم صاد ثانياً فلم يأكل ثم صاد ثالثاً فلم يأكل فهذا معلماً فأبو حنيفة رضي الله عنه على الرواية المشهورة أنه أجاز رجوع ذلك إلى أهل الصناعة ولم يقدر فيه تقدير لأن حال الكلب في الامساك وترك الأكل يختلف فقد يمسك للتعليم وقد يمسك للشبع فقوض ذلك إلى أهل العلم بذلك وعلى الرواية الأخرى جعل أصل التكرار دلالة التعلم لأن الشبع لا يتفق في كل مرة فدل تكرار التكرار على التعليم وأبو يوسف ومحمد رحمه الله قد رآه بالثلاث مرات لما أن الثلاث موضوع لا بداء إلا عذار أصله قضية سيدنا موسى عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام مع العبد الصالح حيث قال له في المرة الثالثة إن سألتك على شيء بعدها فلا تصاحبني قد بلغت من لدني عذراً وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال من اتجرف في شيء ثلاث مرات فلم يرجع فلينتقل إلى غيره ثم إذا صار معلماً في الظاهر على اختلاف الأقاويل وصاد به صاحبه ثم أكل بعد ذلك فإنا صاد قبل ذلك لا يؤكل شيء منه إن كان باقياً في قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله يؤكل كله (وجه) قوله ان أكل الكلب يحتمل أن يكون لعدم التعلم ويحتمل أن يكون مع التعلم لقرط الجوع ويحتمل أن يكون للنسيان لأن المعلم قد ينسى فلا يحرم ما تقدم من الصيد بالشك والاحتمال ولا في حنيفة رحمه الله أن علامة التعلم لما كانت ترك الأكل فإذا أكل بعد ذلك علم أنه لم يكن معلماً وإن أمسك لم يكن لصبر ورثه معلماً بل

لشبعه في الحال اذ غير المعلم قد يمسك بشبعه للحال الى وقت الحاجة فاستدل لنا بأكله بعد ذلك على ان امساكه في الوقت الذي قبله كان على غير حقيقة التعليم أو يحتمل ذلك فلا تخل مع الاحتمال احتياطا ومن المشايخ من حمل جواب أبي حنيفة رحمه الله على ما اذا كان زمان الاكل قريبا من زمان التعليم لانه اذا كان كذلك فلا كل يدل على عدم التعلم وانه انما ترك الاكل فيما تقدم للشبع لا للتعليم لان المدة القصيرة لا تتحمل النسيان في مثلها فاذا طالت المدة فيعجز أن يقال انه يؤكل ما بقي من الصيد المتقدمه لانه يحتمل أن يكون الاكل للنسيان لاعدام التعلم لوجود مدة لا يندر النسيان في مثلها الا أن ظاهر الرواية عنه مطلق عن هذا التفصيل واطلاق الرواية يقتضي أنه لا يؤكل على كل حال والوجه ما ذكرنا وأما قولهم ان النسيان لا يندر عند طول المدة فنقول من تعلم حرفة تمامها وكما لها فالظاهر انه لا ينساها بالكلية وان طال مدة عدم الاستعمال لكن ربما يدخلها خال كصناعة الكتابة والحياطة والرمي اذ اتركها صاحبها مدة طويلة فلما أكل وحرفته ترك الاكل دل انه لم يكن تعلم الحرفة من الاصل وانه اعلم بما كل قبل ذلك لا للتعليم بل لشبعه في الحال فلا تخل صيوده المتقدمة وأما في المستقبل فلا يحل صيده لا بتعليم مستأنف بلا خلاف فأما على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فلانه تبين بالاكل انه لم يكن معلما وان ترك الاكل لم يكن للتعليم بل لشبعه للحال وأما على قولهما فلا يحتمل أن يكون لم يتعلم كما قال أبو حنيفة رحمه الله ويحتمل انه نسي وكيف ما كان لا يحل صيده في المستقبل الا بتعليم مبتدأ أو تعليمه في الثاني بما به تعليمه في الاول وقد ذكرنا الاختلاف فيه ولو جرح الكلب الصيد وولغ في دمه يؤكل لانه قد أمسك الصيد على صاحبه وانما وولغ فيما أمسك على صاحبه لكان لا يأكله صاحبه وذلك من غاية تعلمه حيث تناول الخبيث وأمسك الطيب على صاحبه وذكر في الاصل في رجل أرسل كلبه على صيد وهو معلم فأخذ صيداً فقتله وأكل منه ثم اتبع آخر فقتله ولم يأكل منه قال لا يؤكل واحد منهم ما لانه لما أكل دل على عدم التعلم أو على النسيان فلا يحل صيده بعد ذلك فان أخذ الكلب المعلم صيدا فأخذه منه صاحبه وأخذ صاحب الكلب من الصيد قطعة فالتقاها الى الكلب فأكلها الكلب فهو على تعلمه لان ترك الاكل انما يعتبر حال أخذه الصيد فأكله باطعام صاحبه بعد الاخذ لا يقدح في التعلم مع ما ان من عادة الصائد بالكلب انه اذا أخذ الكلب الصيد أن يطعمه من لحمه ترغيباً له على الصيد فلا يكون أكله باطعامه دليلاً على عدم التعلم وكذلك لو كان صاحب الكلب أخذ الصيد من الكلب ثم وثب الكلب على الصيد فأخذه منه قطعة فأكلها وهو في يد صاحبه فانه على تعلمه لان الاكل بعد ثبوت يد الاذى عليه بمنزلة الاكل من غيره فلا يقدح في التعليم وكذلك قالوا لو سرق الكلب من الصيد بعد دفعه الى صاحبه لانه انما يفعل ذلك للجوع لان هذا الاكل لم يدخل في التعليم وان أرسل الكلب المعلم على صيد فتبعه فنهشه فقطع منه قطعة فأكلها ثم أخذ الصيد بعد ذلك فقتله ولم يأكل منه شيئاً لا يؤكل لان الاكل منه في حال الاضطهاد دليل على عدم التعلم فان نهشه فالتقى منه بضعة والصيد حتى ثم اتبع الصيد بعد ذلك فأخذه فقتله ولم يأكل منه شيئاً يؤكل لانه لم يوجد منه ما يدل على عدم التعليم لانه انما قطع قطعة منه ليخضعه فيتوصل به الى أخذه فكان بمنزلة الجرح وان أخذ صاحب الكلب الصيد من الكلب بعد ما قطعه ثم رجع الكلب بعد ذلك فرب تلك القطعة فأكلها يؤكل صيده لانه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لا يضر فاذا أكل مما بان منه أولى وان اتبع الصيد فنهشه فأخذه منه بضعة فأكلها وهو حي فانقلت الصيد منه ثم أخذ الكلب صيدا آخر فقتله ولم يأكل منه ذكر في الاصل وقال أكره أكله لان الاكل في حالة الاضطهاد يدل على عدم التعليم فلا يؤكل ما اضطاده بعده والله تعالى عز شأنه أعلم وأما تعليم ذى الخالب كالبازي ونحوه فهو أن يحبس صاحبه اذا دعاه ولا يشترط فيه الامساك على صاحبه حتى لو أخذ الصيد فأكل منه فلا بأس بأكل صيده بخلاف الكلب ونحوه والفرق من وجوه أحدها ان التعلم يترك العادة والطبع والبازي من عادته التوحش من الناس والتنفّر منهم بطبعه فالفقه بالناس واجبته صاحبه اذا دعاه فكيف دليل على تعليمه بخلاف الكلب فانه ألوف بطبعه يألف بالناس ولا يتوحش منهم فلا يكفي هذا القدر دليل التعلم في حقّه فلا بد من زيادة أمر وهو ترك

الاكل والثاني ان البازي انما يعلم بالاكل فلا يحتمل أن يخرج بالاكل عن حد التعليم بخلاف الكلب والثالث ان الكلب يمكن تعليمه بترك الاكل بالضرب لان جثته تتحمل الضرب والبازي لا لان جثته لا تتحمل وقد روى عن سيدنا علي وابن عباس وسلمان الفارسي رضي الله عنهم انهم قالوا اذا أكل الصقر فكل وان أكل الكلب فلا تأكل ومنها الارسال او الزجر عند عدمه على وجه ينزجر بالزجر فيما يحتمل ذلك وهو الكلب وما في معناه حتى لو ترسل بنفسه ولم يزجره صاحبه فيما ينزجر بالزجر لا يحل صيده الذي قتله لان الارسال في صيد الجوارح أصل ليكون القتل والجرح مضافا الى المرسل الا أن عند عدمه يقام الزجر مقام الانزجار فيما يحتمل قيام ذلك مقامه فاذا لم يوجد فلا تثبت الاضافة فلا يحل ولو أرسل مسلم كلبه وسمى فزجره بمجوسى فانزجر يؤكل صيده ولو أرسل مجوسى كلبه فزجره مسلم فانزجر لا يؤكل صيده وكذلك لو أرسل مسلم كلبه وترك التسمية عمدا فاتبع الصيد ثم زجره فانزجر لا يؤكل صيده ولو لم يرسله أحد وانبعث بنفسه فاتبع الصيد فزجره مسلم وسمى فانزجر يؤكل صيده وان لم ينزجر لا يؤكل وانما كان كذلك لان الارسال هو الاصل والزجر كالحلف عنه والحلف يعتبر حال عدم الاصل لا حال وجوده ففي المسائل الثلاث وجد الاصل فلا يعتبر الحلف الا أن في المسئلة الاولى المرسل من أهل الارسال فيؤكل صيده وفي المسئلة الثانية لا فلا يؤكل وفي المسئلة الرابعة لم يوجد الاصل فيعتبر الحلف فيؤكل صيده ان الزجر وان لم ينزجر لا يؤكل لان الزجر بدون الانزجار لا يصح خلفا عن الارسال فكان ملحقا بعدم فيصير كأنه يرسل بنفسه من غير ارسال ولا زجر ولو أرسله مسلم وسمى وزجره رجل ولم يسم على زجره فأخذ الصيد وقتله يؤكل لما ذكرنا ان العبرة للارسال فيعتبر وجود التسمية عنده وأصل آخر لخبر يج هذه المسائل ما ذكره بعض مشايخنا ان الدلالة لا تعتبر اذا وجد الصريح واذا لم يوجد تعتبر في المسائل الثلاث وجد من الكلب صريح الطاعة بالارسال حيث عدا بارساله وانزجاره طاعة للزجر بطريق الدلالة فلا يعتبر في مقابلة الصريح وفي المسئلة الرابعة لم يوجد الصريح فاعتبرت الدلالة وعلى هذا يخرج بقية المسائل ومنها بقاء الارسال وهو أن يكون أخذ الكلب أو البازي الصيد في حال فو الارسال لا في حال اقطاعه حتى لو أرسل الكلب أو البازي على صيد وسمى فأخذ صيدا أو قتله ثم أخذ آخر على فوره ذلك وقتله ثم وثم يؤكل ذلك كله لان الارسال لم ينقطع فكان الثاني كالاول مع ما بيننا ان التعيين ليس بشرط في الصيد لانه لا يمكن فكان أخذ الكلب أو البازي الصيد في فور الارسال كوقوع السهم بصيد بن فان أخذ صيدا وجثم عليه طويلا ثم مر به آخر فأخذه وقتله لم يؤكل الا بارسال مستقبل أو زجره وتسمية على وجه ينزجر فيما يحتمل الزجر لبطلان الفور وكذلك ان أرسل كلبه أو بازه على صيد فعدل عن الصيد بمنة أو يسرة وتشاغل بغير طلب الصيد وفتر عن سننه ذلك ثم تبع صيدا آخر فأخذه وقتله لا يؤكل الا بارسال مستأنف أو أن يزجره صاحبه ويسمى فينزجر فيما يحتمل الزجر لانه لما تشاغل بغير طلب الصيد فقد انقطع حكم الارسال فاذا صاد صيدا بعد ذلك فقد ترسل بنفسه فلا يحل صيده الا أن يزجره صاحبه فيما يحتمل الزجر لما بيننا وان كان الذي أرسل فهدا أو الفهد اذا أرسل كمن ولا يتبع حتى يستمكن فيمكث ساعة ثم يأخذ الصيد فيقتله فانه يؤكل وكذلك الكلب اذا أرسل فصنع كما يصنع الفهد فلا بأس بأكل ما صاد لان حكم الارسال لم ينقطع بالكون لانه انما يمكن ليتمكن من الصيد فكان ذلك من أسباب الاصطياد ووسيلة اليه فلا ينقطع به حكم الارسال كالوثوب والعدو وكذلك البازي اذا أرسل فسقط على شيء ثم طار فأخذ الصيد فانه يؤكل لانه انما يسقط على شيء ليتمكن من الصيد فكان سقوطه بمنزلة كونه الفهد وكذلك الرامي اذا رمى صيدا بسهم فاصابه في سننه ذلك ووجهه أكل لانه اذا مضى في سننه فلم ينقطع حكم الرمي فكان ذهابه بقوة الرمي فكان قتله مضافا اليه فيدخل فان اصاب واحدا ثم نفذ الى آخر وآخر أكل الكل لما قلنا مع ما أن تعيين الصيد ليس بشرط فان أملت الرمح السهم الى ناحية أخرى مينا أو شمالا فاصاب صيدا آخر لم يؤكل لان السهم اذا تحول عن سننه فقد انقطع حكم الرمي فصارت الاصابة بغير فعل الرامي فلا يحل كما لو كان على جبل سيف فالتفت الرمح على صيد فقتله انه

لا يؤكل كذا هذا فان لم ترده الرمح عن وجهه ذلك أكل الصيد لانه اذا مضى في وجهه كان مضيه بقوة الرمي وانما الرمح اعانتته ومعونة الرمح السهم مما لا يمكن الاحتراز عنه فكان ملحقاً بالعدم فان أصابت الرمح السهم وهي رمح شديدة فدفعته لكنه لم يتغير عن وجهه فأصاب السهم الصيد فانه يؤكل لانه مضى في وجهه ومعونة الرمح اذا لم تعدل السهم عن وجهه لا يمكن التحرز عنه فلا يعتبر ولو أصاب السهم حائطاً أو صخرة فرجع فاصاب صيداً فانه لا يؤكل لان فعل الرمي اقطع وصارت الاصابة في غير جهة الرمي فان مر السهم بين الشجر فجعل يصيب الشجر في ذلك الوجه لكن السهم على سننه فأصاب صيداً فقتله فانه يؤكل فان رده شيء من الشجر بمنسة أو يسرة لا يؤكل لما بينا فان مر السهم فحجسته حائط وهو على سننه ذلك فاصاب صيداً فقتله أكل لان فعل الرمي لم يقطع وانما أصاب السهم الصيد والحائط وذلك لا يمنع الحل وروى عن أبي يوسف رحمه الله ان حكم الارسال لا يقطع بالتغير عن سننه يميناً وشمالاً الا اذا رجع من ورأه ولو أن رجلاً رمى بسهم وسمى ثم رمى رجلاً آخر بسهم وسمى فأصاب السهم الاول السهم الثاني قبل أن يصيب الصيد فرده عن وجهه ذلك فاصاب صيداً فقتله فانه لا يؤكل لانه لم يرد السهم الثاني عن سننه اقطع حكم الرمي فلا يتعلق به الحل قال القدوري وهذا محمول على أن الرامي الثاني لم يقصد الا اصطيداً لان القتل حصل بفعله وهو لم يقصد الا اصطيداً فلا يحل فاما اذا كان الثاني رمى للاصطياد فيحل أكل الصيد وهو الثاني لانه مات بفعله وان لم يقصده بالرمي وتعين المرمى اليه ليس بشرط ولو أن رجلين رمى كل واحد منهما صيداً بسهم فاصابا الصيد جميعاً وقمت الرميان بالصيد مغاوقات فانه لهما يؤكل (أما) حل الاكل فظاهر (وأما) كون الصيد لهما فلا ينهما اشتركا في سبب الاستحقاق وتساويا فيه فيتساويان في الاستحقاق فان أصابه سهم الاول فوقده ثم أصابه سهم الآخر فقتله قال أبو يوسف رحمه الله يؤكل والصيد للاول وقال زفر رحمه الله لا يؤكل وهذا فرع اختلافهم في أن المعتبر في الرمي حال الرمي أو حال الاصابة فعند أصحابنا الثلاثة المعتبر حال الرمي وعند زفر حال الاصابة (ووجهه) البناء على هذا الاصل ان المعتبر لما كان حال الرمي عندنا فقد وجد الرمي منهما والصيد ممتنع فلا يتعلق بالسهم الثاني حظر الا ان الملك للاول لان سهمه أخرجه من حيز الامتناع فصار السهم الثاني كأنه وقع بصيد مملوك فلا يستحق به شيء فكان الاعتبار بحال الرمي في حق الحل والاصابة في حق الملك لان الحل يتعلق بالفعل والملك يتعلق بالحل ولما كان الاعتبار بحال الاصابة عنده فقد أصابه الثاني والصيد غير ممتنع فصار كمن رمى الى شاة فقتلها (وجهه) قول زفر رحمه الله الاعتبار بحال الاصابة ان الملك يقف بثبوته على الاصابة فانه لو لم يصب لملك فدل ان المعتبر هو وقت الاصابة ولنا أن حال الرمي هو الذي يفعله والتسمية معتبرة عند فعله فكان الاعتبار بحال الرمي وكذلك ان رمى أحدهما بعد الآخر قبل اصابة الاول فهو كرميهما معاً في القولين لان رمى الثاني وجد والصيد ممتنع فصار كالمزجي معاً فان أصابه سهم الاول ولم يخرج من الامتناع فأصابه الثاني فقتله فهو الثاني لان الاول اذا لم يخرج من حد الامتناع ففعل الاصطياد وجد من الثاني وللأول تسبب في الصيد فصار كمن أثار صيداً أو أخذه غيره ان الصيد يكون للأخذ لا للبشر كذا هذا وان كان سهم الاول وقده وأخرجه عن الامتناع ثم أصابه سهم الثاني فهذا على وجهه ان مات من الاول أكل وعلى الثاني ضمان ما قصته جراحته لان السهم الاول وقع به وهو صيد فاذا قتلته حل وقدم ملكه الاول بالاصابة فالجراحة الثانية نقص في ملك الاول فيضمنها الثاني وان مات من الجراحة الثانية لم يؤكل لان الثاني رمى اليه وهو غير ممتنع فصار كالمزجي معاً في القولين وان مات من الجراحة الثانية فلا يضمن الثاني وان مات من الجراحة الاولى فلا يضمن قيمته مجرد حاجب احتين لانه أ تلف بفعله الا أنه غرم نقصان الجرح الثاني فلا يضمنه ثانياً والجرح الاول نقص حصل بفعل المالك للصيد فلا يضمنه الثاني وان مات من الجرح الثاني لم يؤكل لان أحد الرميين حاطر والاخر مبيح فالحكم للحاطر احتياطاً والصيد للاول لا نقراده بسبب ملكه وهو الجراحة المخرجة له من الامتناع وعلى الثاني للاول نصف قيمته مجرد حاجب الجرح الثاني ويضمن نصف ما قصته الجراحة الثانية لانه مات بفعله ما فسقط نصف

الضمان وثبت نصفه والجرحة الثانية يضمنها الثاني لأنها حصلت في ملك غيره ولأنه أتلف على شريكه نصيبه حين أخرجه من الاباحة إلى الحظر فيلزمه الضمان وإن لم يعلم بأي الجرحتين مات فهو كالمعلم أنه مات منهما لأن كل واحدة من الجرحتين سبب القتل في الظاهر والله جل وعز أعلم ولو أرسل كلباً على صيد وسمى فأدرك الكلب الصيد فضر به فوقه ثم ضر به ثانياً فقتله أكل وكذلك لو أرسل كلبين على صيد فضر به أحدهما فوقه ثم ضر به الكلب الآخر فقتله فانه يؤكل لأن هذا لا يدخل في تعليم الكلب إذ لا يمكن أن يعلم بترك الجرح بعد الجرح الأول فلا يعتبر فكانه قتله بمجرد واحد ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبه على صيد فضر به كلب أحدهما فوقه ثم ضر به كلب الآخر فقتله فانه يؤكل لما ذكرنا أن جرح الكلب بعد الجرح مما لا يمكن التحفظ عنه فلا يوجب الحظر فيؤكل ويكون الصيد لصاحب الأول لأن جرحه كلبه أخرجه عن حد الامتناع فصار ملكه بفجرحة كلب الثاني لا تزيل ملكه عنه ومنها أن يكون الرمي على الصيد واليه حتى لو أرسل على غير صيد أو رمى إلى غير صيد فأصاب صيداً لا يحل لأن الرسل إلى غير الصيد والرمي إلى غيره لا يكون اصطيداً فلا يكون قتل الصيد وجرحه مضاً إلى المرسل والرامي فلا تتعلق به الاباحة وعلى هذا يخرج ما إذا سمع حساً فظنه صيداً فأرسل عليه كلبه أو بزه أو رماه بسهم فأصاب صيداً أو بان له أن الحس الذي سمعه لم يكن حس صيداً وإنما كان شاة أو بقرة أو آدمياً أنه لا يؤكل الصيد الذي أصابه في قوهم جميعاً لأنه تبين أنه أرسل على ما ليس بصيد ورمى إلى ما ليس بصيد فلا يتعلق به الحل لما بينا من الفقه وصار كأنه رمى إلى آدمي أو شاة أو بقرة وهو يعلم به فأصاب صيداً أنه لا يؤكل كذا هذا وإن كان الحس حس صيد فأصاب صيداً يؤكل سواء كان ذلك الحس حس صيداً كقول أو غير ما كقول بعد أن كان المصايب صيداً أم كولا وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفران كان ذلك الحس حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع ونحوها لا يؤكل وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه إن كان حس ضبع يؤكل الصيد وإن كان حس خنزير لا يؤكل الصيد (وجهه) قول زفران السبع غير ما كولا فالرمي إليه لا يثبت به حل الصيد المأكول كالمأكول كان حس آدمي فرمى إليه فأصاب صيداً ولنا أن الرسل إلى الصيد اصطيداً مباحاً كولا كان الصيداً وغيره كولا فتعلق به الاباحة الصيد المأكول لأن حل الصيد المأكول يتعلق بالرسل فإذا كان الرسل حلالاً يثبت حله لأنه لا يثبت بحل الرسل حل الصيد بل حكم المرسل إليه لأن حرمة تثبت لمعنى يرجع إلى الحل فلا يتبدل بالفعل ولأن المعترف في الرسل هو قصد الصيد فما التعيين فليس بشرط لما بينا فيما تقدم وقد قصد الصيد حلالاً كان أو حراماً بخلاف ما إذا كان الحس حس آدمي لأن الرسل على آدمي ليس باصطياد فضلاً عن أن يكون حلالاً إذ لا يتعلق حل الصيد بما ليس باصطياد وعلى الوجه الثاني لم يوجد منه قصد الصيد فلا يتعلق به الحل (وجهه) رواية أبي يوسف رحمه الله في فصله بين سائر السباع وبين الخنزير أن الخنزير محرّم العين حتى لا يجوز الانتفاع به بوجهه فسقط اعتبار الرسل عليه والتحقق بالعدم فأما سائر السباع فخارج الانتفاع بها في غير جهة الأكل فكان الرسل إليها معتبراً وإن سمع حساً ولكنه لا يعلم أنه حس صيد أو غيره فأرسل فأصاب صيداً لم يؤكل لأنه إذا لم يعلم استوى الحظر والاباحة فكان الحكم للحظر احتياطاً وذكر في الأصل فيمن رمى خنزيراً أهلياً فأصاب صيداً قال لا يؤكل لأن الخنزير أهلي ليس بصيد لعدم التوحش والامتناع فكان الرمي إليه كالرمي إلى الشاة فلا يتعلق به حل الصيد وإن أصاب صيداً أم كولا وقد قالوا فيمن سمع حساً فظنه آدمياً فرماه فأصاب الحس نفسه فاذا هو صيداً كل لأنه رمى إلى المحسوس المعين وهو الصيد فصيح ونظيره ما إذا قال لامرأته وأشار إليها هذه الكلبة طالق أنها تطلق وبطل الاسم وقالوا لورمي طائر فأصاب صيداً أو ذهب المرء إليه ولم يعلم أو حشى أو مستأنس أكل الصيد لأن الأصل في الطير التوحش فيجب التمسك بالأصل حتى يعلم الاستئناس ولو علم أن المرء إليه داجن تأوى البيوت لا يؤكل الصيد لأن الداجن يأوى البيت وثبت اليد عليه فكان الرمي إليه كالرمي إلى الشاة وذلك لا يتعلق به الحل كذا هذا وقالوا لورمي بعيراً فأصاب صيداً

وذهب البعير فلم يعلم أنادأ وغير ناد لم يؤكل الصيد حتى يعلم أن البعير كان نادا لأن الأصل في الابل الاستئناس فيتمسك
 بالأصل حتى يظهر الأمر بخلافه واختلفت الرواية عن أبي يوسف رحمه الله فيمن رمى سمكة أو جرادة فأصاب
 صيدا فقال في رواية لا يؤكل لأن السمك والجراد لا ذكاة لهما وروى عنه أنه يؤكل لأن المرمى إليه من جملة الصيد
 وإن كان لا ذكاة وقالوا لو أرسل كلبه على ظبي موثق فأصاب صيدا لم يؤكل لأن الموثق ليس بصيد لعدم معنى الصيد
 فيه وهو الامتناع فأشبهه شاة ولو أرسل بازه على ظبي وهو لا يصيد الظبي فأصاب صيدا لم يؤكل لأن هذا إرسال لم
 يقصده الاضطهاد فصار بمن أرسل كلبا على قتل رجل فأصاب صيدا (ومنها) أن لا يكون ذوالناب الذي يضطاده
 من الجوارح محرم العين فإن كان محرم العين وهو الخنزير فلا يؤكل صيده لأن محرم العين محرم الانتفاع به والاضطاد به
 انتفاع به فكان حراما فلا يتعلق به الحل (وأما) ما سواه من ذى الناب من السباع فقد قال أصحابنا جميعا كل ذى
 مخلب وذى ناب علم فتعلم ولم يكن محرم العين فصيد به كان صيده حلالا لعموم قوله عز شأنه وما علمتم من الجوارح
 وقالوا في الاسد والذئب أنه لا يجوز الصيد بهما لا معنى يرجع إلى ذاتهما بل لعدم احتمال التعلم لأن التعلم بترك العادة
 وذلك بترك الأكل وقيل إن من عادتهما أنهما إذا أخذوا صيدا لا يأكلانه في الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الأكل
 فيهما على التعلم حتى لو تصور تغليهما بجوز وذكر هشام وقال سألت محمدا عن الذئب إذا علم فصاد فقال هذا أرى
 أنه لا يكون فإن كان فلا بأس به وقال سألت عن صيد ابن عرس فأخبرني أن أبا حنيفة رحمه الله قال إذا علم فتعلم فكل
 مما صاد فصار الأصل ما ذكرنا أن لا يكون محرم العين من الجوارح إذا علم فتعلم يؤكل صيده والله جل شأنه أعلم
 (ومنها) أن يعلم أن تلف الصيد بارسال أو رمى هو سبب الحل من حيث الظاهر فإن شاركهما معنى أو سبب يحتمل
 حصول التلف به والتلف به محال فيصيد الحل لا يؤكل إلا إذا كان ذلك المعنى مما لا يمكن الاحتراز عنه لأنه إذا
 احتمل حصول التلف بما لا يثبت به الحل فقد احتمل الحل والحرمة فيرجح جانب الحرمة احتياطاً لأنه إن أكل
 عسى أنه أكل الحرام فيأثم وإن لم يأكل فلا شئ عليه والتحرز عن الضرر واجب عقلاً وشرعاً والأصل فيه ما روى عن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لو أبصرت بن معبد رضى الله عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات
 فدع ما يربك إلى ما لا يربك وقال عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما ما اجتمع الحلال والحرام في شئ إلا وقد غلب
 الحرام الحلال وعلى هذا يخرج ما إذا رمى صيداً وهو يطير فأصابه فسقط على جبل ثم سقط منه على الأرض فمات أنه
 لا يؤكل وهو تفسير المتزدي لأنه لا يحتمل أنه مات من الرمي ويحتمل أنه مات بسقوطه عن الجبل وكذلك لو كان على
 جبل فأصابه فسقط منه شئ على الجبل ثم سقط على الأرض فمات أو كان على سطح فأصابه فهوئى فأصاب حائط
 السطح ثم سقط على الأرض فمات أو كان على نخلة أو شجرة فسقط منها على جذع النخلة أو ندمن الشجرة ثم سقط
 على الأرض فمات أو وقع على رمح مركوز في الأرض وفيه سنان فوق وقع على السنان ثم وقع على الأرض فمات أو نشب
 فيه السنان فمات عليه أو أصاب سهمه صيداً فوق وقع في الماء فمات فيه لا يحل لأنه لا يحتمل أنه مات بالرمي ويحتمل أنه
 مات بهذه الأسباب الموجودة بعده وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال وإن وقع في الماء فلا تأكله
 فلعل الماء قتله بين عليه الصلاة والسلام الحكم وعلى بما ذكرنا من احتمال موته بسبب آخر وهو وقوعه في الماء
 والحكم المعلن بعلته يتعمم بعموم العلة ولو أصابه السهم فوق وقع على الأرض فمات فالقياس أن لا يؤكل لجواز موته بسبب
 وقوعه على الأرض وفي الاستحسان يؤكل لأنه لا يمكن الاحتراز عن وقوع المرمى إليه على الأرض فلو اعتبر هذا
 الاحتمال لوقع الناس في الحرج وذكر في المنتقى في الصيد إذا وقع على صخرة فانشق بطنه أو انقطع رأسه لا يؤكل قال
 الحاكم الجليل الشهيد المروزي وهذا خلاف جواب الأصل قال القدوري رحمه الله وعنى به أنه خلاف عموم جواب
 الأصل لأنه ذكر في الأصل لو وقع على آجرة موضوعة في الأرض أكل ولم يفصل بين أن يكون انشق بطنه أو لم
 ينشق فهذا يقتضى أن يؤكل في الحالين فيجوز أن يجعل في المسألة روايتان ويجوز أن يفرق بين الحالين من حيث أن

لو انشق بطنه أو انقطع رأسه فالظاهر أن موته بهذا السبب لا بالرمي فكان احتمال موته بالرمي احتمال خلاف الظاهر فلا يعتبر واذ لم ينشق ولم ينقطع فوته بكل واحد من السببين محتمل احتمالاً على السواء إلا أن التحرز غير ممكن فسقط اعتبار موته بسبب العارض ويجوز أن يكون المذكور في المنتقى تفسيراً لما ذكر في الأصل فيكون معناه أنه يؤكل اذ لم ينشق بطنه أو لم ينقطع رأسه فيحمل المطلق على المقيد ويجعل المقيد بياناً للمطلق عند تعذر العمل بهما ولو وقع على حرف آجرة أو حرف حجر ثم وقع على الأرض فمات لم يؤكل لما قلنا ولو كانت الآجرة منطرحية على الأرض فوقع عليها ثم مات أكل لأن الآجرة المنطرحية كالارض فوقه عليها كوقوعه على الأرض ولو وقع على جبل فمات عليه أكل لأن استقراره على الجبل كاستقراره على الأرض وذكر في المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله لورمى صيداً على قلة جبل فأثخنه حتى صار لا يتحرك ولم يستطع أن يأخذه فرماه فقتله ووقع لم يأكله لأنه خرج عن كونه صيداً بالرمي الأول لخروجه عن حد الامتناع فالرمي الثاني لم يصادف صيداً فلم يكن ذكاً له فلا يؤكل وعلى هذا يخرج ما اذا اجتمع على الصيد معلم وغير معلم أو مسمى عليه وغير مسمى أنه لا يؤكل لاجتماع سببي الحظر والاباحة ولم يعلم أيهما قتله ولو أرسل مسلم كلبه فاتبع الكلب كلب آخر غير معلم لكنه لم يرسله أحد ولم يزجره بعد انبعائه أو ينبع من السباع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن يعلم فيصاذه فرد الصيد عليه ونهشه أو فعل ما يكون معونة للكلب المرسل فأخذه الكلب المرسل وقتله لا يؤكل لأن رد الكلب ونهشه مشاركة في الصيد فأشبهه مشاركة المعلم غير المعلم والمسمى عليه غير المسمى عليه بخلاف ما اذا رد عليه آدمى أو بقرة أو حمار أو فرس أو ضب لأن فعل هؤلاء ليس من باب الاصطياد فلا يزاحم الاصطياد في الاباحة فكان ملحقاً بالعدم فان تبع الكلب الأول كلب غير معلم ولم يرد عليه ولم يهيب الصيد ولكنه اشتد عليه وكان الذي أخذ وقتل الكلب المعلم لا بأس بأكله لأنهما ما اشتركا في الاصطياد لعدم المعاونة فيحمل أكله والله جل شأنه أعلم (ومنها) أن يلحق المرسل أو الرامي الصيد أو من يقوم مقامه قبل التواري عن عينه أو قبل انقطاع الطلب منه اذ لم يدرك ذبحه فان توارى عن عينه وقعد عن طلبه ثم وجدته لم يؤكل فأما اذا لم يتوار عنه أو توارى لكنه لم يقعد عن الطلب حتى وجدته لم يؤكل استحساناً والقياس أنه لا يؤكل (وجه) القياس أنه يحتمل أن الصيد مات من جراحة كلبه أو من سهمه ويحتمل أنه مات بسبب آخر فلا يحمل أكله بالشك (وجه) الاستحسان ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه إليه فقال دعوه فسيأتني صاحبه فجاء رجل من فهر فقال هذه رميتني يا رسول الله وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم سيدنا أبا بكر رضي الله عنه قسمه بين الرفاق ولان الضرورة توجب ذلك لان هذا مما لا يمكن الاحتراز عنه في الصيد فان العادة أن السهم اذا وقع بالصيد تحامل فغاب واذا أصاب الكلب الخوف منه غاب فلو اعتبرنا ذلك لادى ذلك الى انسداد باب الصيد ووقوع الصيادين في الحرج فسقط اعتبار الغيبة التي لا يمكن التحرز عنها اذ لم يوجد من الصائد تفریط في الطلب لمكان الضرورة والحرج وعند قعوده عن الطلب لا ضرورة فيعمل بالقياس وقد روى أن رجلاً أهدى الى النبي عليه الصلاة والسلام صيداً فقال له من أين لك هذا فقال رميته بالانس وكنت في طلبه حتى همم على الليل فقطعتني عنه ثم وجدته اليوم ومزراق في فيه فقال عليه الصلاة والسلام انه غاب عنك ولا أدري لعل بعض الهوام أعانك عليه لا حاجة لي فيه بين عليه الصلاة والسلام الحكم وعلة الحكم وهو ما ذكرنا من احتمال موته بسبب آخر وهذا المعنى لا يتحقق فيه اذ لم يقعد عن الطلب وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن ذلك فقال كل ما أصميت ودع ما أنميت قال أبو يوسف رحمه الله الا صماء ما عينه والانساء ما توارى عنه وقال هشام عن محمد رحمه الله الا صماء ما لم يتوارى عن بصرك والانساء ما توارى عن بصرك لأنه أقيم الطلب مقام البصر للضرورة ولا ضرورة عند عدم الطلب ولا نه اذا قعد عن طلبه فن الجائر أنه لو كان طلبه لا دركه حياً فيخرج الجرْح من أن يكون ذكاً فلا يحمل بالشك بخلاف ما اذا لم يقعد عن طلبه لا نه لم يدركه حياً فبقى الجرْح ذكاً له والله تعالى عز وجل أعلم وأما

ما يستحب من الذكاة وما يكره منها (فمنها) ان المستحب أن يكون الذبح بالنهار ويكره بالليل والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الاضحية ليلًا وعن الحصاد ليلًا وهو كراهة تنزيه ومعنى الكراهة يحتمل أن يكون لوجوه أحدها ان الليل وقت أمن وسكون وراحة فايصال الالم في وقت الراحة يكون أشد والثاني انه لا يأمن من أن يخطئ فيقطع يده ولهذا كره الحصاد بالليل والثالث ان العروق المشروطة في الذبح لا تبين في الليل فربما لا يستوفى قطعها (ومنها) انه يستحب في الذبح حالة الاختيار أن يكون ذلك بآلة حادة من الحديد كالسكين والسيف ونحو ذلك ويكره بغير الحديد وبالكيل من الحديد لان السنة في ذبح الحيوان ما كان أسهل على الحيوان وأقرب الى راحته والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله تعالى عز شأنه كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته وفي بعض الروايات وليشد قوائمه وليلقه على شفه الا يسر وليوجهه نحو القبلة وليسلم الله تعالى عليه والذبح بما قلنا أسهل على الحيوان وأقرب الى راحته (ومنها) التذفيف في قطع الاوداج ويكره الا بطاء فيه لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال ويرح ذبيحته والاسراع نوع راحته (ومنها) الذبح في الشاة والبقرة والنحر في الابل ويكره القلب من ذلك لما ذكرنا فيما تقدم والله عز شأنه أعلم ومنها أن يكون ذلك من قبل الخلقوم ويكره من قبل القفا لما روى (ومنها) قطع الاوداج كلها ويكره قطع البعض دون البعض لما فيه من ابطاء فوات حياته (ومنها) الاكتفاء بقطع الاوداج ولا يبلغ به النخاع وهو العرق الابيض الذي يكون في عظم الرقبة ولا يبان الرأس ولو فعل ذلك يكره لما فيه من زيادة ايلام من غير حاجة اليها وفي الحديث ألا لا تنخعوا الذبيحة والنخع القتل الشديد حتى يبلغ النخاع (ومنها) أن يكون الذبح مستقبل القبلة والذبيحة موجهة الى القبلة لما روى ان الصحابة رضی الله عنهم كانوا اذا ذبحوا استقبلوا القبلة فانه روى عن الشعبي أنه قال كانوا يستحبون أن يستقبلوا بالذبيحة القبلة وقوله كانوا كناية عن الصحابة رضي الله عنهم ومثله لا يكذب ولان المشركين كانوا يستقبلون بذابحهم الى الاوثان فاستحب محالتهم في ذلك باستقبال القبلة التي هي جهة الرغبة الى طاعة الله عز شأنه ويكره أن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وانما يقول ذلك بعد الفراغ من الذبح وقبل الاشتغال بالذبح هكذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله عن حماد عن ابراهيم وكذلك قال أبو يوسف ادع بالتقبل قبل الذبح ان شئت أو بعده وقدر وينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال موطنان لا أذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح وروينا عن ابن مسعود رضي الله عنهما انه قال جردوا التسمية عند الذبح ولو قال ذلك لا تحرم الذبيحة لانه ما ذكر اسم غير الله عز شأنه على سبيل الاشارة لكنه يكره لترك التجريد من حيث الصورة فان قيل أليس انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والاخر عن أمته فالجواب انه ليس فيه انه ذكّر مع اسم الله تعالى جل شأنه نفسه عليه الصلاة والسلام أو أمته فيحتمل انه ضحى أحدهما وذكر اسم الله تعالى ونوى بقباه أن يكون عنه وضحى الاخر وذكر اسم الله تعالى ونوى بقباه أن يكون عنه وضحى وهذا لا يوجب الكراهة ويكره له بعد الذبح قبل أن تبرد أن ينخعها أيضا وهو أن ينحرفها حتى يبلغ النخاع وأن يسلخها قبل أن تبرد لان فيه زيادة ايلام لا حاجة اليها فان نخع أو سلخ قبل أن تبرد فلا بأس بأكلها لوجود الذبح بشرائطه ويكره جرها برجلها الى المذبح لانه الحاق زيادة ألمها من غير حاجة اليها في الذكاة وروى عن ابن سيرين عن سيدنا عمر رضي الله عنهما أنه رأى رجلا يسوق شاة ليدبحها سواقا غنفا فضر به بالدرة ثم قال له سقها الى الموت سواقا جميلا لأمك ويكره أن يضجمها ويحد الشفرة بين يديها لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد الشفرة وهي تلا حظه فقال عليه الصلاة والسلام أوددت أن تقيمها وموتت الا حددت الشفرة قبل أن تضجمها وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه رأى رجلا وقد أضجع شاة ووضع رجله على صفحة وجهها وهو يحد الشفرة فضر به

بالدرة فهرب الرجل وشردت الشاة ولان البهيمة تعرف الالة الجارحة كما تعرف المالك فتحرز عنها فاذا أحد الشفرة وقد أصبحها يزداد ألمها وهذا كله لا تحرم به الذبيحة لان النهي عن ذلك ليس لمعنى بل لما يلحق الحيوان من زيادة ألم لا حاجة اليه فكان النهي عنه لمعنى في غير المنهى وانه لا يوجب الفساد كالذي يحبسكن منصوب والا صطياد بقوس مقصوب ونحو ذلك

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يحرم أكله من أجزاء الحيوان المأكول فالذي يحرم أكله منه سبعة الدم المسفوح والذكر والانثيان والقبل والغدة والمثانة والمرارة لقوله عز شأنه ويحمل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث وهذه الاشياء السبعة مما تستخبثه الطباع السليمة فكانت محرمة وروى عن مجاهد رضي الله عنه أنه قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم فالمراد منه كراهة التحريم بدليل انه جمع بين الاشياء الستة وبين الدم في الكراهة والدم المسفوح محرم والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال الدم حرام وأكره الستة أطلق اسم الحرام على الدم المسفوح وسمى ما سواه مكروها لان الحرام المطلق ما ثبتت حرمة بدليل مقطوع به وحرمة الدم المسفوح قد ثبتت بدليل مقطوع به وهو النص المفسر من الكتاب العزيز قال الله تعالى عز شأنه قل لأجد فيأوحى الى محرما الى قوله عز شأنه أودما مسفوحا ولحم خنزير وانعقاد الاجماع أيضا على حرمة فاما حرمة ما سواه من الاشياء الستة فثبتت بدليل مقطوع به بل بالاجتهاد أو بظاهر الكتاب العزيز المحتمل للتأويل أو الحديث لذلك فصل بينهما في الاسم فسمى ذلك حراما وما ذكرناه والله عز اسمه أعلم

﴿كتاب الاصطياد﴾

قد بينا في كتاب الذبائح والصيد ما يؤكل من الحيوانات وما يحرم أكله منها وما يكره والا نبيين في كتاب الاصطياد ما يباح اصطياده وما لا يباح ومن يباح له الاصطياد ومن لا يباح له فقط أما الاول فيباح اصطياد ما في البحر والبر مما يحل أكله وما لا يحل أكله غير أن ما يحل أكله يكون اصطياده الانتفاع باحمله وما لا يحل أكله يكون اصطياده للانتفاع بجده وشعره وعظمه أو لدفع أذيته الا صيد الحرم فانه لا يباح اصطياده الا المؤذى منه لقوله عز شأنه أو لم يروا ان جعلنا حراما آمنا وقول النبي عليه الصلاة والسلام في صيد الحرم في حديث فيه طول ولا ينفرد صيده وخص منه المؤذيات بقوله عليه الصلاة والسلام خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم وأما الثاني فيباح اصطياد ما في البحر للحلال والحرم ولا يباح اصطياد ما في البر للمحرم خاصة لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر الى قوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما والفصل بين صيد البر والبحر وغير ذلك من المسائل بيناه في كتاب الحج والله عز شأنه الموفق

﴿كتاب التوضيحية﴾

يحتاج لمعرفة مسائل هذا الكتاب الى بيان صفة التوضيحية انها واجبة أولا والى بيان شرائط الوجوب لو كانت واجبة والى بيان وقت الوجوب والى بيان كيفية الوجوب والى بيان محل اقامة الواجب والى بيان شرائط جواز اقامة الواجب والى بيان ما يستحب أن يفعل قبل التوضيحية وعندها وبعدها وما يكره كراهة تحريم أو تنزيه أما صفة التوضيحية فالتوضيحية نوعان واجب وتطوع والواجب منها أن يوليح منها ما يجب على الغنى والفقير ومنها ما يجب على الفقير دون الغنى ومنها ما يجب على الغنى دون الفقير أما الذي يجب على الغنى والفقير فالنذور به بأن قال لله على ان أضحي شاة أو بدنة أو هذه الشاة أو هذه البدنة أو قال جعلت هذه الشاة ضحية أو أضحية وهو غنى أو فقير لان هذه قربة لله تعالى عز شأنه من جنسها الإيجاب وهو هدى المتعة والقران والاحصار وفداء اسماعيل عليه الصلاة والسلام وقيل هذه القربة تلزم بالنذر كسائر القرب التي لله تعالى عز شأنه من جنسها الإيجاب من الصلاة والصوم ونحوهما والوجوب بسبب

النذر يستوى فيه الفقير والغنى وإن كان الواجب يتعلق بالمال كالنذر بالحج أنه يصبح من الغنى والفقير جميعاً وأما الذى
يجب على الفقير دون الغنى فالمشتري للاضحية إذا كان المشتري فقيراً بان اشترى فقيراً شاة ينوى أن يضحي بها وقال
الشافعى رحمه الله لا تجب وهو قول الزعفرانى من أصبح بائناً وإن كان غنياً لا يجب عليه بالشراء شاة بالاتفاق (وجهه)
قول الشافعى رحمه الله ان الايجاب من العبد يستدعى لفظاً يدل على الوجوب والشراء بنية الاضحية لا يدل على
الوجوب فلا يكون ايجاباً ولهذا لم يكن ايجاباً من الغنى (ولنا) ان الشراء للاضحية ممن لا أضحية عليه يجرى مجرى
الايجاب وهو النذر بالتضحية عرفاً لانه اذا اشترى للاضحية مع فقره فالظاهر أنه يضحي فيصير كأنه قال جعلت هذه
الشاة أضحية بخلاف الغنى لان الاضحية واجبة عليه بإيجاب الشرع ابتداءً فلا يكون شراؤه للاضحية ايجاباً بل
يكون قصداً الى تفرغ ما فى ذمته ولو كان فى ملك انسان شاة فنوى أن يضحي بها واشترى شاة ولم ينو الاضحية وقت
الشراء ثم نوى بعد ذلك أن يضحي بها لا يجب عليه سواء كان غنياً أو فقيراً لان النية لم تقارن الشراء فلا تعتبر (وأما) الذى
يجب على الغنى دون الفقير فإيجاب من غير نذر ولا شراء للاضحية بل شكر النعمة بالحياة واحياء ميراث الخليل عليه
الصلاة والسلام حين أمره الله تعالى عز اسمه بذي الكبيش فى هذه الايام فداء عن ولده ومطية على الصراط ومغفرة
للذنوب وتكفير للخطايا على ما نطقت بذلك الاحاديث وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وزفر والحسن بن زياد واحدى
الروايين عن أبى يوسف رحمهم الله وروى عن أبى يوسف رحمه الله انها لا تجب وبه أخذ الشافعى رحمه الله وحجة
هذه الرواية ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاث كتبت على ولم تكتب عليكم الوتر والضحي
والاضحي وروى ثلاث كتبت على وهى لكم سنة وذكر عليه الصلاة والسلام الاضحية والسنة غير الواجب فى
العرف وروى ان سيدنا ابا بكر وسيدنا عمر رضى الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنين وروى عن أبى مسعود
الانصارى رضى الله عنه أنه قال قد يروح على الف شاة ولا أضحي بواحدة مخافة أن يعتقد جارى انها واجبة ولانها
لو كانت واجبة لكان لافرق فيها بين المقيم والمسافر لانهما لا يفرقان فى الحقوق المتعلقة بالمال كزكاة وصدقة الفطر ثم
لا تجب على المسافر فلا تجب على المقيم (ولنا) قوله عز وجل فصل لربك وانحر قيل فى التفسير صل صلاة العيد وانحر
البدن بعدها وقيل صل الصبح يجمع وانحر بمعنى ومطلق الامر للوجوب فى حق العمل ومتى وجب على النبي عليه
الصلاة والسلام يجب على الامة لانه قدوة للامة فان قيل قد قيل فى بعض وجوه التأويل لقوله عز شأنه وانحر أى ضع
يدك على نحره فى الصلاة وقيل استقبال القبلة بنحرك فى الصلاة فالجواب ان الحمل على الاول أولى لانه حمل اللفظ
على فائدة جديدة والحمل على الثانى حمل على التكرار لان وضع اليد على النحر من أفعال الصلاة عندكم يتعلق به كمال
الصلاة واستقبال القبلة من شرائط الصلاة لا وجود للصلاة شرعاً وبه فدخل تحت الامر بالصلاة فكان الامر
بالصلاة أمر به فحمل قوله عز شأنه وانحر عليه يكون تكراراً والحمل على ما قلناه يكون حملاً على فائدة جديدة فكان
أولى وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم عليه الصلاة والسلام أمر عليه
الصلاة والسلام بالتضحية والامر المطلق عن القرينة يقتضى الوجوب فى حق العمل وروى عنه عليه الصلاة
والسلام أنه قال على أهل كل بيت فى كل عام اضحاة وعتيرة وعلى كلمة ايجاب ثم نسخت العتيرة فثبتت الاضحية
و روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من لم يضح فلا يقربن مصلانا وهذا خرج من خرج الوعيد على ترك الاضحية
ولا وعيد الا بترك الواجب وقال عليه الصلاة والسلام من ذبح قبل الصلاة فليعد أضحيته ومن لم يذبح فليذبح بسم الله
أمر عليه الصلاة والسلام بذي الاضحية واعادتها اذا ذبحت قبل الصلاة وكل ذلك دليل الوجوب ولان اراقة الدم
قربة والوجوب هو القرينة فى القرابات (وأما) الحديث فنقول بموجبه ان الاضحية ليست بمكتوبة علينا ولكنها
واجبة وفرق ما بين الواجب والقرض كفرق ما بين السماء والارض على ما عرفت فى أصول الفقه وقوله هى لكم سنة
ان ثبت لا ينفى الوجوب اذا السنة تنبى عن الطريقة أو السيرة وكل ذلك لا ينفى الوجوب (وأما) حديث سيدنا أبى

بكر وسيدنا عمر رضي الله عنهما فيحتمل أنهما كانا لا يضحيان السنة والسنين لعدم غناهما لما كان لا يفضل رزقهما الذي كان في بيت المال عن كفايتهما والغنى شرط الوجوب في هذا النوع وقول أبي مسعود رضي الله عنه لا يصلح معارضا للكتاب الكريم والسنة مع ما أنه يحتمل أنه كان عليه دين فخاف على جاره لو ضحى أن يعتقد وجوب الضحية مع قيام الدين ويحتمل أنه أراد بالوجوب الفرض اذ هو الواجب المطلق فخاف على جاره اعتقاد القرصية لو ضحى فصان اعتقاده بترك الضحية فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحتمل على ما قلنا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض والاستدلال بالمسافر غير سديد لأن فيه ضرورة لا توجد في حق المقيم على ما ذكر في بيان الشرائط أن شاء الله تعالى عز شأنه ولونذر أن يضحى بشاة وذلك في أيام النحر وهو موسر فعليه أن يضحى بشاتين عند ناشأة لاجل النذر وشاة بإيجاب الشرع ابتداء إذا عني به الاخبار عن الواجب عليه بإيجاب الشرع ابتداء فلا يلزمه الا التضحية بشاة واحدة ومن المشايخ من قال لا يلزمه الا التضحية بشاة واحدة لأن هذه الصيغة حقيقتها للاخبار فيكون اخباراً عما وجب عليه بإيجاب الشرع فلا يلزمه التضحية باخرى ولنا ان هذه الصيغة في عرف الشرع جعلت انشاء كصيغة الطلاق والعقاق لكنها تحتمل الاخبار فيصدق في حكم بينه وبين ربه عز شأنه ولو قال ذلك قبل أيام النحر يلزمه التضحية بشاتين بلا خلاف لأن الصيغة لا تحتمل الاخبار عن الواجب اذ لا وجوب قبل الوقت والاخبار عن الواجب ولا واجب يكون كذباً فتعين الانشاء مرادها وكذلك لو قال ذلك وهو معسر ثم أسير في أيام النحر فعليه أن يضحى بشاتين لأنه لم يكن وقت النذر أضحية واجبة عليه فلا يحتمل الاخبار فيحمل على الحقيقة الشرعية وهو الانشاء فوجب عليه أضحية بنذره وأخرى بإيجاب الشرع ابتداء لوجود شرط الوجوب وهو الغنى (وأما) التطوع فاضحية المسافر والفقير الذي لم يوجد منه النذر بالتضحية ولا الشراء للضحية لانعدام سبب الوجوب وشرطه فصل في أنواع الوجوب فاما في النوعين الاولين فشرائط أهلية النذر وقد ذكرناها في كتاب النذر وأما في النوع الثالث فمنها الاسلام فلا تجب على الكافر لا ناهقرية والكافر ليس من أهل القرب ولا يشترط وجود الاسلام في جميع الوقت من أوله الى آخره حتى لو كان كافراً في أول الوقت ثم أسلم في آخره تجب عليه لأن وقت الوجوب يفضل عن اداء الواجب فيكفي في وجوبها بقاء جزء من الوقت كالصلاة ومنها الحرية فلا تجب على العبد وان كان مآذوناً في التجارة أو مكاتباً لأنه حق مالي متعلق بملك المال ولهذا لا تجب عليه زكاة ولا صدقة الفطر ولا يشترط أن يكون حراً من أول الوقت الى آخره بل يكتفى بالحرية في آخر جزء من الوقت حتى لو اعتق في آخر الوقت وملك نصاباً تجب عليه الاضحية لما قلنا في شرط الاسلام ومنها الاقامة فلا تجب على المسافر لأنها لا تتأدى بكل مال ولا في كل زمان بل بحیوان مخصوص في وقت مخصوص والمسافر لا يظهر به في كل مكان في وقت الاضحية فلو أوجبنا عليه لا احتاج الى حمله مع نفسه وفيه من الحرج ما لا يخفى أو احتاج الى ترك السفر وفيه ضرر فدعت الضرورة الى امتناع الوجوب بخلاف الزكاة لأن الزكاة لا تتعلق بوجوبها بوقت مخصوص بل بجميع العمر وقتها فكان جميع الاوقات وقتاً لادائها فان لم يكن في يده شيء للحال يؤديها اذا وصل الى المال وكذا تتأدى بكل مال فإيجابها عليه لا يوقفه في الحرج وكذلك صدقة الفطر لأنها تجب وجوباً موسماً كالزكاة وهو الصحيح وعند بعضهم وان كانت تتوقف بيوم الفطر لكنها تتأدى بكل مال فلا يكون في الوجوب عليه حرج وذكر في الاصل وقال ولا تجب الاضحية على الحاج وأراد بالحاج المسافر فاما أهل مكة فتجب عليهم الاضحية وان حجوا لما روى نافع عن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما أنه كان يخلف لمن لم يحج من أهله أثمان الضحايا ليضحوا عنه تطوعاً ويحتمل أنه ليضحوا عن أنفسهم لا عنه فلا يثبت الوجوب مع الاحتمال ولا تشتط الاقامة في جميع الوقت حتى لو كان مسافراً في أول الوقت ثم أقام في آخره تجب عليه لما بينا في شرط الحرية والاسلام ولو كان مقيماً في أول الوقت ثم سافر في آخره لا تجب عليه لما ذكرنا هذا اذا سافر قبل ان يشتري أضحية فان اشترى شاة للضحية ثم سافر ذكر في المنتقى ان له بيعها ولا يضحى بها وهكذا

روى عن محمد رحمه الله انه يبيعها من المشايخ من فصل بين الموسر والمعسر فقال ان كان موسراً فالجواب كذلك لانه ما
أوجب بهذا الشراء شيئاً على نفسه وانما قصده اسقاط الواجب عن نفسه فاذا سافر تبين أنه لا وجوب عليه فكان
له ان يبيعها كما لو شرع في العبادة على ظن أنها عليه ثم تبين أنها ليست عليه أنه لا يلزمه الاتمام وان كان معسراً ينبغي أن
تجب عليه ولا تستقط عنه بالسفر لان هذا ايجاب من الفقير بمنزلة النذر فلا يسقط بالسفر كما لو شرع في التطوع أنه يلزمه
الاتمام والقضاء بالافساد كذا ههنا وان سافر بعد دخول الوقت قالوا ينبغي أن يكون الجواب كذلك لما ذكرنا ومنها
الغنى لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من وجد سعة فليضح شرط عليه الصلاة والسلام السعة وهي
الغنى ولا نأوجبنا ما بطلت المال ومن الجائر أن يستغرق الواجب جميع ماله فيؤدي الى الخرج فلا بد من اعتبار الغنى
وهو أن يكون في ملكه مائت درهم أو عشرون ديناراً أو شئء تبلغ قيمته ذلك سوى مسكنه وما يتأث به وكسوته
وخادمه وفرسه وسلاحه وما لا يستغنى عنه وهو نصاب صدقة الفطر وقد ذكرناه وما يتصل به من المسائل في صدقة
الفطر ولو كان عليه دين بحيث لو صرف اليه بعض نصابه لا ينقص نصابه لا تجب لان الدين يمنع وجوب الزكاة فلا
يمنع وجوب الاضحية أولى لان الزكاة فرض والاضحية واجبة والفرض فوق الواجب وكذا لو كان له مال غائب
لا يصل اليه في أيام النحر لانه فقير وقت غيبة المال حتى تحل له الصدقة بخلاف الزكاة فانها تجب عليه لان جميع
العمر وقت الزكاة وهذه قربة موقوفة فيعتبر الغنى في وقتها ولا يشترط أن يكون غنياً في جميع الوقت حتى لو كان فقيراً في
أول الوقت ثم أيسر في آخره يجب عليه ما ذكرنا ولو كان له مائت درهم فحال عليها الحول فزكاهها بخمسة دراهم ثم حضرت
أيام النحر وماله مائة وخمسة وتسعون لا رواية فيه وذكر الزعفراني أنه تجب عليه الاضحية لان النصاب وان انتقص
لكنه انتقص بالصرف الى جهة هي قربة فيجعل قائماً تقديره حتى لو صرف خمسة منها الى النفقة لا تجب لانعدام
الصرف الى جهة القربة فكان النصاب ناقصاً حقيقة وتقديراً فلا يجب ولو اشترى الموسر شاة للاضحية فضاعت
حتى انتقص نصابه وصار فقيراً فجاءت أيام النحر فليس عليه أن يشتري شاة أخرى لان النصاب ناقص وقت
الوجوب فلم يوجد شرط الوجوب وهو الغنى فلو أنه وجدها وهو معسر وذلك في أيام النحر فليس عليه أن يضحي بها
لانه معسر وقت الوجوب ولو ضاعت ثم اشترى أخرى وهو موسر فضحي بها ثم وجد الأولى وهو معسر لم يكن عليه
أن يتصدق بشيء لما قلنا جميع ما ذكرنا من الشرط يستوى فيها الرجل والمرأة لان الدلائل لا تفصل بينهما وأما
البلوغ والعقل فليس من شرائط الوجوب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفرهما من شرائط الوجوب
حتى تجب الاضحية في مال الصبي والمجنون اذا كانا موسرين عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله حتى لو ضحي
الاب أو الصبي من ماله ما لا يضمن عندهما وعند محمد وزفر رحمهما الله يضمن وهو على الاختلاف الذي ذكرنا في
صدقة الفطر والحج ذكرت هنالك ومن المتأخرين من قال لا خلاف بينهم في الاضحية انها لا تجب في مالهما لان
القربة في الاضحية هي اراقة الدم وانها اتلاف ولا سبيل الى اتلاف مال الصغير والتصدق بالحلم تطوع ولا يجوز ذلك
في مال الصغير والصغير في العادة لا يقدر على ان يأكل جميع اللحم ولا يجوز بيعه ولا سبيل للوجوب رأساً والصحيح أنه على
الاختلاف وتجب الاضحية عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولا يتصدق باللحم لما قلنا لكن يأكل منها الصغير
ويدخله قدر حاجته ويتناع بالباقي ما ينتفع بعينه كابتاع البالغ بجلد الاضحية ما ينتفع بعينه والذي يحسن ويفيق يعتبر
حاله في الجنون والافاقة فان كان مجنوناً في أيام النحر فهو على الاختلاف وان كان مفقياً يجب بلا خلاف وقيل ان
حكمه حكم الصحيح كيف ما كان ومن بلغ من الصغار في أيام النحر وهو موسر يجب عليه باجماع بين أصحابنا لان
الاهلية من الحرفي آخر الوقت لا في أوله كما لا يشترط اسلامه وحرية واقامته في أول الوقت لما بينا ولا يجب على
الرجل أن يضحي عن عبده ولا عن ولده الكبير وفي وجوبها عليه من ماله لولده الصغير روايتان كذا ذكره القدوري
رحمه الله وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انها لا تجب في ظاهر الرواية ولكن الافضل أن يفعل ذلك وأطلق

الطحاوي رحمه الله ما يدل على الوجوب فانه قال ويجب على الرجل أن يضحي عن أولاده الصغار (وجه) رواية الوجوب ان ولد الرجل جزؤه فاذا وجب عليه أن يضحي عن نفسه فكذا عن ولده ولهذا وجب عليه أن يؤدي عنه صدقة الفطر ولأن له على ولده الصغير ولاية كاملة فيجب كصدقة الفطر بخلاف الكبير فانه لا ولاية له عليه (وجه) ظاهر الرواية ان الاصل ان لا يجب على الانسان شيء على غيره خصوصاً في القربات لقول الله تعالى وأن ليس للانسان الا ما سعى وقوله جل شأنه لما كسبت ولهذا لم تجب عليه عن عبده وعن ولده الكبير الا ان صدقة الفطر خصت عن النصوص فبقيت الاضحية على عمومها ولأن سبب الوجوب هناك رأس يمونه ويلى عليه وقد وجد في الولد الصغير وليس السبب الرأس هنا ألا ترى أنه يجب بدونه وكذا لا يجب بسبب العبد وأما الوجوب عليه من ماله لولد ولده اذا كان أبوه ميتاً فقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ان عليه أن يضحي عنه قال القدوري رحمه الله ويجب أن يكون هذا على روايتين كما قالوا في صدقة الفطر وقدم وجه الروايتين في صدقة الفطر وأما المصنف فليس بشرط الوجوب فتجب على المقيمين في الامصار والقرى والبادي لأن دلائل الوجوب لا توجب الفصل والله أعلم بفصل ١٠ وأما وقت الوجوب فأيام النحر فلا تجب قبل دخول الوقت لأن الواجبات الموقته لا تجب قبل أوقاتها كالصلاة والصوم ونحوهما وأيام النحر ثلاثة يوم الاضحى وهو اليوم العاشر من ذى الحجة والحادي عشر والثاني عشر وذلك بعد طلوع الفجر من اليوم الاول الى غروب الشمس من الثاني عشر وقال الشافعي رحمه الله تعالى أيام النحر أربعة أيام العاشر من ذى الحجة والحادي عشر والثاني عشر والثالث عشر والصحيح قولنا لما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي وابن عباس وابن سيدنا عمر وأنس بن مالك رضي الله تعالى عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة وأهلها أفضلها والظاهر أنهم سمعوا ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن أوقات العبادات والقربات لا تعرف الا بالسمع فاذا طلع الفجر من اليوم الاول فقد دخل وقت الوجوب فتجب عند اجتماع شرائط الوجوب ثم لجواز الاداء بعد ذلك شرائط أخر نذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى فان وجدت يجوز والا فلا كما تجب الصلاة بدخول وقتها ثم ان وجدت شرائط جواز ادائها جازت والا فلا والله تعالى أعلم

فصل ١١ وأما كيفية الوجوب فانواع (منها) انها تجب في وقتها وجوباً موسماً ومعناه انها تجب في جملة الوقت غير عين كوجوب الصلاة في وقتها ففي أي وقت ضحى من عليه الواجب كان مؤدياً للواجب سواء كان في أول الوقت أو وسطه أو آخره كالصلاة والا صل ان ما وجب في جزء من الوقت غير عين يتعين الجزء الذي أدى فيه الوجوب أو آخر الوقت كما في الصلاة وهو الصحيح من الاقاويل على ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا يخرج ما اذا لم يكن أهلاً للوجوب في أول الوقت ثم صار أهلاً في آخره بان كان كافراً أو عبداً أو قتيلاً أو مسافراً في أول الوقت ثم أسلم أو أعتق أو أيسر أو أقام في آخره أنه يجب عليه ولو كان أهلاً في أوله ثم لم يبق أهلاً في آخره بان ارتد أو أيسر أو أسافر في آخره لا يجب عليه ولو ضحى في أول الوقت وهو قتيلاً ثم أيسر في آخر الوقت فعليه أن يعيد الاضحية عندنا وقال بعض مشايخنا ليس عليه الاعادة والصحيح هو الاول لانه لما أيسر في آخر الوقت تعين آخر الوقت للوجوب عليه وتبين ان ما أداه وهو قتيلاً كان تطوعاً فلا يثوب عن الواجب وما روى عن الكرخي رحمه الله في الصلاة المؤداة في أول الوقت انها نفل مانع من الوجوب في آخر الوقت فاسد عرف فساده في أصول الفقه ولو كان موسراً في جميع الوقت فلم يضح حتى مضى الوقت ثم صار قتيلاً صار قيمة شاة سالحة للاضحية ديناً في ذمته يتصدق بهامتي وجدها لان الوجوب قد تأكد عليه بآخر الوقت فلا يسقط بفقره بعد ذلك كالتقويم اذا مضى عليه وقت الصلاة ولم يصل حتى سافر لا يسقط عنه شرط الصلاة وكالمرة اذا مضى عليها وقت الصلاة وهي طاهرة ثم حاضت لا يسقط عنها فرض الوقت حتى يجب عليها القضاء اذا طهرت من حيضها كذا ههنا ولومات الموسر في أيام النحر قبل أن يضحي سقطت عنه الاضحية وفي الحقيقة لم تجب لما ذكرنا ان الوجوب عند الاداء أو في آخر الوقت فاذا مات قبل الاداء مات قبل أن تجب عليه كمن مات في وقت الصلاة قبل أن

يصلها أنه مات ولا صلاة عليه كذاهما هنا وعلى هذا تخرج رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن الرجل الموسر إذا ولد له ولد في آخر أيام النحر أنه يجب عليه أن يذبح عنه وهي إحدى الروايتين اللتين ذكرناهما أنه كما يجب على الإنسان إذا كان موسراً أن يذبح عن نفسه يجب عليه أن يذبح عن ولده الصغير لأنه ولد وقت تأكيد الوجوب بخلاف صدقة الفطر أنه إذا ولد له ولد بعد طلوع الفجر من يوم الفطر أنه لا يجب عليه صدقة فطره لأن الوجوب هناك تعلق بأول اليوم فلا يجب بعد مضي جزء منه وههنا بخلافه وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شاة للضحية وهو موسر ثم انها ماتت أو سرقت أو ضلت في أيام النحر أنه يجب عليه أن يضحي بشاة أخرى لأن الوجوب في جملة الوقت والمشتري لم يتعين للوجوب والوقت باق وهو من أهل الوجوب فيجب ألا إذا كان عينها بالنذر بأن قال الله تعالى على أن اضحي بهذه الشاة وهو موسر أو معسر فهلكت أو ضاعت أنه تسقط عنه التضحية بسبب النذر لأن المندوب به معين لأقامة الواجب فيسقط الواجب بهلاكه كالأزكاة تسقط بهلاك النصاب عندنا غير أنه إن كان النذر موسراً أتلفه شاة أخرى بإيجاب الشرع ابتداءً بالنذر وإن كان معسراً فاشترى شاة للضحية فهلكت في أيام النحر أو ضاعت سقطت عنه وليس عليه شيء آخر لما ذكرنا أن الشراء من الفقير للضحية بمنزلة النذر فإذا هلك فقد هلك محل إقامة الواجب فيسقط عنه وليس عليه شيء آخر بإيجاب الشرع ابتداءً لفقد شرط الوجوب وهو اليسار ولو اشترى الموسر شاة للضحية فضلت فاشترى شاة أخرى ليضحي بها ثم وجد الأولى في الوقت فلا فضل أن يضحي بهما فإن ضحى بالأولى أجزأه ولا تلزمه التضحية بالآخرى ولا شيء عليه غير ذلك سواء كانت قيمة الأولى أكثر من الثانية أو أقل والأصل فيه ما روى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أنها سأقت هدياً فضع فاشترت مكانه آخر ثم وجدت الأولى فنحرتها ما ثم قالت الأولى كان يحزني عنى فثبت الجواز بقولها والفضيلة بفعلها رضي الله عنها ولأن الواجب في ذمته ليس إلا التضحية بشاة واحدة وقد ضحى وإن ضحى بالثانية أجزأه وسقطت عنه الاضحية وليس عليه أن يضحي بالأولى لأن التضحية بهما لم تجب بالشراء بل كانت الاضحية واجبة في ذمته بطلاق الشاة فإذا ضحى بالثانية فقد أدى الواجب بها بخلاف المتنفل بالاضحية إذا ضحى بالثانية أنه يلزمه التضحية بالأولى أيضاً لأنه لما اشتراها للاضحية فقد وجب عليه التضحية بالأولى أيضاً بعينها فلا يسقط بالثانية بخلاف الموسر فإنه لا يجب عليه التضحية بالشاة المشتراة بعينها وإنما الواجب في ذمته وقد أداه بالثانية فلا تجب عليه التضحية بالأولى وسواء كانت الثانية مثل الأولى في القيمة أو فوقها أو دونها لما قلنا غير أنها إن كانت دونها في القيمة يجب عليه أن يتصدق بفضل ما بين القيمتين لأنه بقيت له هذه الزيادة سالمة من الاضحية فصارت كاللبن ونحوه ولو لم يتصدق بشيء ولو كان ضحى بالأولى أيضاً وهو في أيام النحر أجزأه وسقطت عنه الصدقة لأن الصدقة إنما تجب خلفاً عن فوات شيء من شاة الاضحية فإذا أدى الأصل في وقت سقطت عنه الخلف وأما على قول أبي يوسف رحمه الله فإنه لا تجزئ التضحية بالأولى لأنه يجعل الاضحية كالوقف ولو لم يذبح بالثانية حتى مضت أيام النحر ثم وجد الأولى ذكر الحسن بن زياد في الاضحية أن عليه أن يتصدق بفضلهما ولا يذبح وذكر فيها أنه قول زفر وأبي يوسف والحسن بن زياد رحمهم الله أنه لا يجب عليه في آخر الوقت الا التضحية بشاة فإذا خرج الوقت تحول الواجب من الراقاة إلى التصديق بالعين ولو اشترى شاة للضحية وهو معسر أو كان موسراً فانتقص نصابه بشراء الشاة ثم ضلت فلا شيء عليه ولا يجب عليه شيء آخر أما الموسر فللقوات شرط الوجوب وقت الوجوب وأما المعسر فهلاك محل إقامة الواجب فلا يلزمه شيء آخر (ومنها) أن لا يقوم غيرهما مقامها حتى لو تصدق بعين الشاة أو قيمتها في الوقت لا يجزئ به عن الاضحية لأن الوجوب تعلق بالراقاة والأصل أن الوجوب إذا تعلق بفعل معين أنه لا يقوم غيره مقامه كإتيان الصلاة والصوم وغيرهما بخلاف الزكاة فإن الواجب أداء جزء من النصاب ولو أدى من مال آخر جاز لأن الواجب هناك ليس جزءاً من النصاب عند أصحابنا بل الواجب مطلق المال وقد أدى وعند بعضهم وإن كان الواجب أداء جزء من النصاب لكن من حيث أنه مال لا من حيث أنه جزء من النصاب لأن مبنى وجوب

الزكاة على التيسير والتيسير في الوجوب من حيث انه مال لا من حيث انه عين والصورة وهما الواجب في الوقت اراقة الدم شرعا غير معقول المعنى فيقتصر الوجوب على مورد الشرع وبخلاف صدقة الفطر أنها تأدى بالقيمة عندنا لان الواجب هناك معلول بمعنى الاغناء قال النبي عليه الصلاة والسلام اغنوهم عن المسئلة في مثل هذا اليوم والاغناء يحصل باداء القيمة والله عز شأنه أعلم (ومنها) انه تجزى فيها النياية فيجوز للانسان أن يضحي بنفسه وبغيره باذنه لانها قرينة تتعلق بالمسال فتجزى فيها النياية كاداء الزكاة وصدقة الفطر ولأن كل أحد لا يقدر على مباشرة الذبح بنفسه خصوصاً النساء فلم تجز الاستنابة لادى الى الحرج وسواء كان المأذون مسلماً أو كتابياً حتى لو أمر مسلم كتابياً أن يذبح أضحيته يجزى به لان الكتابي من أهل الذكاة الا أنه يكره لان التضحية قربة والكافر ليس من أهل القرينة لنفسه فتكره انابته في اقامة القرينة لغيره وسواء كان الاذن نصاً أو دلالة حتى لو اشترى شاة للاضحية فجاء يوم النحر فاضجمها وشد قوائمها فجاء انسان وذبحها من غير أمره أجزأه استحساناً والقياس أنه لا يجوز أن يضمن الذابح قيمتها وهو قول زفر رحمه الله وقال الشافعي يجزى به عن الاضحية ويضمن الذابح أما الكلام مع زفر فوجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فلا يجزى عن صاحبها ويضمن الذابح كالمالوغصب شاة وذبحها وهو وجه الشافعي في وجوب الضمان على الذابح وجه الاستحسان أنه لما اشترها للذبح وعينها لذلك فاذا ذبحها غيره فقد حصل غرضه واستقط عنه مؤنة الذبح فالظاهر أنه رضى بذلك فكان مؤذوناً فيه دلالة فلا يضمن ويجزى به عن الاضحية كما لو أذن له بذلك نصاً وبه تبين وهي قول الشافعي رحمه الله أنه يجزى به عن الاضحية ويضمن الذابح لان كون الذابح مؤذوناً فيه يمنع وجوب الضمان كما لو نص على الاذن وكما لو باعها باذن صاحبها ولو لم يرض به وأراد الضمان يقع عن المضحي وليس للوكيل أن يضحي ما وكل بشرائه بغير أمر موكله ذكره أبو يوسف رحمه الله في الاملاء فان ضحى جاز استحساناً لانه أعانه على ذلك فوجد الاذن منه دلالة الا أن يختار أن يضمنه فلا يجزى عنه وعلى هذا اذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه عن نفسه أنه يجزى كل واحد منهما أضحيته عنه استحساناً وأخذها من الذابح لما بينا أن كل واحد منهما يكون راضياً بفعل صاحبه فيكون مؤذوناً فيه دلالة فيقع الذبح عنه ونية صاحبه تقع لغوا حتى لو تشاحا وأراد كل واحد منهما الضمان تقع الاضحية له وجازت عنه لانه ملكه بالضمان على ما ذكره في الشاة المغصوبة ان شاء الله تعالى وذكر هشام عن أبي يوسف رحمهما الله في نوادره في رجلين اشترى أضحيتين فذبح كل منهما أضحية صاحبه غلطاً عن نفسه وكلها قال يجزى كل واحد منهما في قول أبي حنيفة رحمه الله وقولنا ويحل كل واحد منهما صاحبه فان تشاحا ضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته فان كان قد اقتضت ايام النحر يتصدق بثلك القيمة اما جواز احلالها فلا نه يجوز لكل واحد منهما ان يطعمها لصاحبه ابتداء قبل الاكل فيجوز ان يحلله بعد الاكل وله ان يضمنه لان من اتلف لم الاضحية يضمن ويتصدق بالقيمة لان القيمة بدل عن اللحم فصار كما لو باعه قال وسألت ابا يوسف رحمه الله عن البقرة اذا ذبحها سبعة في الاضحية ايتسمون لحما جزأه أو وزناً قال بل وزناً قال قلت فان اقتسموها بحازفة وحلل بعضهم بعضاً قال أكره ذلك قال قلت فأتقول في رجل باع درهما بدرهم فرجح أحدهما فحل صاحبه الرجحان قال هذا جائز لانه لا يقسم معناه أنه هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة وهو الدرهم الصحيح أما عدم جواز القسمة بحازفة فلان فيها معنى التمليك واللحم من الاموال الربوية فلا يجوز تمليكك بحازفة كسائر الاموال الربوية وأما عدم جواز التحليل فلان الربوى لا يحتمل الحل بالتحليل ولانه في معنى الهبة وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة لا تصح بخلاف ما اذا رجح الوزن (ومنها) انها تقضى اذا فاتت عن وقتها والكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان انها مضمونة بالقضاء في الجملة والثاني في بيان ما تقضى به أما الاول فلان وجوبها في الوقت لإلحاق العبودية أو لحق شكر النعمة أو لتكفير الخطايا لان العبادات والقرابات انما تجب لهذه المعاني وهذا لا يوجب الاختصاص بوقت دون وقت فكان الاصل فيها أن تكون واجبة في جميع الاوقات وعلى الدوام بالقدر الممكن الا

أن الاداء في السنة مرة واحدة في وقت مخصوص أقيم مقام الاداء في جميع السنة تيسيراً على العباد فضلاً عن الله عز وجل وزحمة كما أقيم صوم شهر في السنة مقام جميع السنة وأقيم خمس صلوات في يوم وليلة مقام الصلاة أثناء الليل وأطراف النهار فإذا لم يؤد في الوقت بقي الوجوب في غيره لقيام المعنى الذي له وجبت في الوقت وأما الثاني فنقول إنها لا تقضى بالاراقة لأن الاراقة لا تعقل قرباً وإنما جعلت قرباً بالشرع في وقت مخصوص فاقصر كونها قرباً على الوقت المخصوص فلا تقضى بعد خروج الوقت ثم قضاءؤها قد يكون بالتصدق بعين الشاة حية وقد يكون بالتصدق بقيمة الشاة فإن كان أوجب التضحية على نفسه بشاة بعينها فلم يضحها حتى مضت أيام النحر يتصدق بعينها حية لأن الأصل في الاموال التقرب بالتصدق بها لا بالانلاف وهو الاراقة لأنه نقل الى الاراقة مقيداً في وقت مخصوص حتى يحل تناول لحمه للمالك والاجنب والغني والفقير لكون الناس أضياف الله عز شأنه في هذا الوقت فإذا مضى الوقت عاد الحكم الى الأصل وهو التصدق بعين الشاة سواء كان موسراً أو معسراً لما قلنا وكذلك المعسر إذا اشترى شاة ليضحى بها فلم يضح حتى مضى الوقت لأن الشراء للاضحية من الفقير كالنذر للتضحية وأما الموسر إذا اشترى شاة للاضحية فكذلك الجواب ومن المشايخ من قال هذا الجواب في المعسر لأن الشاة المشتراة للاضحية من المعسر تعين للاضحية فاما من الموسر فلا تعين بدليل أنه يجوز له التضحية بشاة أخرى في الوقت مع بقاء الاولى وتسقط عنه الاضحية والصحيح أنها تعين من الموسر أيضاً بخلاف بين أصحابنا فإن محمد رحمه الله ذكر عقيب جواب المسئلة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقلنا (ووجهه) ان نية التعيين قارنت الفعل وهو الشراء فوجب تعيين المشتري للاضحية إلا أن تعيينه للاضحية لا يمنع جواز التضحية بغيرها كتعيين النصاب لاداء الزكاة منه لا يمنع جواز الاداء بغيره وتسقط عنه الزكاة وهذا لأن المتعين لا يزاحمه غيره فاذا ضحى بغيره أو أدى الزكاة من غير النصاب لم يبق الاول متعيناً فكانت الشاة متعينة للتضحية ما لم يضح بغيرها كالزكاة وإن كان لم يوجب على نفسه ولا اشترى وهو موسر حتى مضت أيام النحر تصدق بقيمة شاة تجوز في الاضحية لانه اذا لم يوجب ولم يشتر لم يتعين شيء للاضحية وإنما الواجب عليه اراقة دم شاة فاذا مضى الوقت قبل أن يذبح ولا سبيل الى التقرب بالاراقة بعد خروج الوقت لما قلنا انتقل الواجب من الاراقة والعين أيضاً لعدم التعيين الى القيمة وهو قيمة شاة يجوز ذبحها في الاضحية ولو صار فقيراً بعد مضى أيام النحر لا يسقط عنه التصدق بعين الشاة أو بقيمتها لانه اذا مضى الوقت صار ذلك ديناً في ذمته فلا يسقط عنه فقره بعد ذلك ولو وجب عليه التصدق بعين الشاة فلم يتصدق ولكن ذبحها يتصدق بلحمها ويحز به ذلك ان لم ينقصها الذبح وان قصها يتصدق باللحم وقيمة النقصان ولا يحل له أن يأكل منها وان أكل منها شيئاً غرم قيمته ويتصدق بها لما يذكر في موضعه وكذلك لو أوجب على نفسه أن يتصدق بها لا يأكل منها اذا ذبحها بعد وقتها أو في وقتها فهو سواء ومن وجبت عليه الاضحية فلم يضح حتى مضت أيام النحر ثم حضرته الوفاة فعليه أن يوصي بان يتصدق عنه بقيمة شاة من ثلث ماله لانه لما مضى الوقت فقد وجب عليه التصدق بقيمة شاة فيحتاج الى تخليص نفسه عن عهدة الواجب والوصية طريق التخليص فيجب عليه أن يوصي بكافي الزكاة والحج وغير ذلك ولو أوصي بان يضحى عنه ولم يسم شاة ولا بقرة ولا غير ذلك ولم يبين الثمن أيضاً جاز ويقع على الشاة بخلاف ما اذا وكل رجلاً أن يضحى عنه ولم يسم شيئاً ولا ثمناً أنه لا يجوز والفرق ان الوصية تحتمل من الجهالة شيئاً لا تحتمله الوكالة فان الوصية بالمجهول وللمجهول تصح ولا تصح الوكالة ولو أوصي بان يشتري له شاة بعشرين درهماً فيضحى عنه ان مات فأت ثلثه أقل من ذلك فانه يضحى عنه بما يبلغ الثلث على قياس الحج اذا أوصي بان يحج عنه بمائة وثلثه أقل من مائة فانه يحج بمائة بخلاف العتق اذا أوصي بان يعتق عنه عبد بمائة وثلثه أقل ان عند أبي حنيفة رحمه الله تبطل الوصية وعندهما يعتق عنه بما بقي لانه أوصي بمال مقدراً فيما هو قرينة فتفسد الوصية فيما أمكن كافي الحج (ووجه) الفرق لا بى حنيفة رحمه الله أن مصرف الوصية في العتق هو العبد فكانه أوصي بعبد مو صوف بصفة وهو أن يكون ثمنه مائة فاذا اشترى باقل

وحشية في الاصل والجوهر فلا يبطل حكم الاصل بعارض نادر والله عز شأنه الموفق وأما سنه فلا يجوز شي مما ذكرنا من الابل والبقر والغنم من الاضحية الا الثاني من كل جنس الا الجذع من الضأن خاصة اذا كان عظيما لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ضحوا بالثنايا لأن يعز على أحدكم فيذبح الجذع في الضأن وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال يحزى الجذع من الضأن عما يحزى فيه الثاني من المعز وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى المصلى فشم قنارا فقال ما هذا فقالوا أضحية ابى بردة فقال عليه الصلاة والسلام تلك شاة لم فجاء أبو بردة فقال يا رسول الله عندى عناق خير من شاتى لحم فقال عليه الصلاة والسلام تجزى عنك ولا تجزى عن أحد بعدك وروى عن البراء بن عازب رضى الله عنهما انه قال خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عيد فقال ان أول نسككم هذه الصلاة ثم الذبح فقام اليه خالى أبو بردة بن دينار فقال يا رسول الله كان يومنا نشتى فيه اللحم فبيجلنا فذبحنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبدلها فقال يا رسول الله عندى ما عز جذع فقال هى لك وليست لاحد بعدك وروى ان رجلا قدم المدينة بغنم جذاع فلم تنفق معه فذكر ذلك لابي هريرة رضى الله عنه فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول نعمت الاضحية الجذع من الضأن وروى الجذع السمين من الضأن فلما سمع الناس هذا الحديث اتهموها أى تبادروا الى شرائها وتخصيص هذه القرية بسن دون سن أمر لا يعرف الا بالتوقيف فيتبع ذلك (وأما) معانى هذه الاسماء فقد ذكر القدورى رحمه الله ان الفقهاء قالوا الجذع من الغنم ابن ستة أشهر والثنى منه ابن سنة والجذع من البقر ابن سنة والثنى بن سنتين والجذع من الابل ابن أربع سنين والثنى منها ابن خمس وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى فى الثنى من الابل ما تم له أربع سنين وطعن فى الخامسة وذكر الزعفرانى فى الاضاحى الجذع ابن ثمانية أشهر أو تسعة أشهر والثنى من الشاة والمعز ما تم له حول وطعن فى السنة الثانية ومن البقر ما تم له حولان وطعن فى السنة الثالثة ومن الابل ما تم له خمس سنين وطعن فى السنة السادسة وتقدر هذه الاسنان بما قلنا المنع التقصان لان الزيادة حتى لوضعى بأقل من ذلك سننا لا يجوز ولوضعى بأكثر من ذلك سننا يجوز ويكون أفضل ولا يجوز فى الاضحية حمل ولا جدى ولا عجل ولا فضيل لان الشرع انما ورد بالاسنان التى ذكرناها وهذه لا تسمى بها وأما قدره فلا يجوز الشاة والمعز الا عن واحد وان كانت عظيمة سميعة تساوى شاتين مما يجوز أن يضحي بهما لان القياس فى الابل والبقر ان لا يجوز فيهما الاشتراك لان القرية فى هذا الباب اراقة الدم وانها لا تحتل التجزئة لانهما ذبح واحد وانما عرفتنا جواز ذلك بالخبر فبقى الامر فى الغنم على أصل القياس فان قيل أليس انه روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين امليحين أحدهما عن نفسه والاخر عن من لا يذبح من أمته فكيف ضحى بشاة واحدة عن أمته عليه الصلاة والسلام (فالجواب) أنه عليه الصلاة والسلام انما فعل ذلك لاجل الثواب وهو انه جعل ثواب تضحيته بشاة واحدة لا مثله لالاجزاء وسقوط التعبد عنهم ولا يجوز بعير واحد ولا بقرة واحدة عن أكثر من سبعة ويجوز ذلك عن سبعة أو أقل من ذلك وهذا قول عامة العلماء وقال مالك رحمه الله يحزى ذلك عن أهل بيت واحد وان زادوا على سبعة ولا يحزى عن أهل بيتين وان كانوا أقل من سبعة والصحيح قول العامة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة تجزى عن سبعة والبقرة تجزى عن سبعة وعن جابر رضى الله عنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة من غير فصل بين أهل بيتين ولان القياس يأبى جوازها عن أكثر من واحد لما ذكرنا ان القرية فى الذبح وانما فعل واحد لا يتجزأ لكننا تركنا القياس بالخبر المقتضى للجواز عن سبعة مطلقا فيعمل بالقياس فيما وراءه لان البقرة بمنزلة سبع شياه ثم جازت التضحية بسبع شياه عن سبعة سواء كانوا من أهل بيت أو بيتين فكذا البقرة ومنهم من فصل بين البعير والبقرة فقال البقرة لا تجوز عن أكثر من سبعة فأما البعير فانه يجوز عن عشرة وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال البدنة تجزى عن عشرة ونوع من القياس يؤيده وهو ان الابل أكثر قيمة من البقر ولهذا فضلت الابل على البقر

في باب الزكاة والديات فتفضل في الاضحية أيضا (ولنا) ان الاخبار اذا اختلفت في الظاهر يجب الاخذ بالاحتياط وذلك فيما قلنا لان جوازه عن سبعة ثابت بالاتفاق وفي الزيادة اختلاف فكان الاخذ بالمتفق عليه اخذا بالمتيقن وأما ما ذكره من القياس فقد ذكرنا ان الاشتراك في هذا الباب معدول به عن القياس واستعمال القياس فيها هو معدول به عن القياس ليس من الفقه ولا شك في جواز بدنة أو بقرة عن أقل من سبعة بان اشتراك اثنين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو ستة في بدنة أو بقرة لانه لما جاز السبع فالزيادة أولى وسواء اتفقت الانصبا في القدر أو اختلفت بان يكون لاحد النصف وللآخر الثلث ولا آخر السدس بعد ان لا ينقص عن السبع ولو اشترك سبعة في خمس بقرات أو في أكثر فذبحوها أجزأهم لان لكل واحد منهم في كل بقرة سبعة ولو ضحوا ببقرة واحدة أجزأهم فلا أكثر أولى ولو اشترك ثمانية في سبع بقرات لم يحجزهم لان كل بقرة بينهم على ثمانية أسهم فيكون لكل واحد منهم أنقص من السبع وكذلك اذا كانوا عشرة أو أكثر فهو على هذا ولو اشترك ثمانية في ثمانية من البقر فضحوا بها لم يحجزهم لان كل بقرة تكون بينهم على ثمانية أسهم وكذلك اذا كان البقر أكثر لم يحجزهم ولا رابة في هذه الفضول وانما قيل انه لا يجوز بالقياس ولو اشترك سبعة في سبع شياه بينهم فضحوا بها القياس أن لا يحجزهم لان كل شاة تكون بينهم على سبعة أسهم وفي الاستحسان يحجزهم وكذلك لو اشترى اثنان شاتين للتضحية فضحيا بهما بخلاف عشرين بين اثنين عليهما كفارتان فاعتقاهما عن كفارتيهما انه لا يجوز لان الانصبا تجتمع في الشاتين ولا تجتمع في الرقيق بدليل انه يحجز على القسمة في الشاة ولا يحجز في الرقيق ألا ترى انها لا تقسم قسمة جمع في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعلى هذا ينبغي أن يكون في الاول قياس واستحسان والمذكور جواب القياس وأما صفة فهي أن يكون سليما عن العيوب الفاحشة

وسند كرها في بيان شرائط الجواز بعون الله تعالى والله الموفق

فصل ﴿ وأما شرائط جواز اقامة الواجب وهي التضحية فهي في الاصل نوعان نوع يذبح كل حيوان ما كوله ونوع يخص التضحية أما الذي يذبح كل حيوان ما كوله فقد ذكرناه في كتاب الذبائح وأما الذي يخص التضحية فانواع بعضها يرجع الى من عليه التضحية وبعضها يرجع الى وقت التضحية وبعضها يرجع الى محل التضحية أما الذي يرجع الى من عليه التضحية فمنها نية الاضحية لا يحجزى الاضحية بذونها لان الذبح قد يكون للحم وقد يكون للقربة والفعل لا يقع قربة بدون النية قال النبي عليه الصلاة والسلام لا عمل لمن لا نية له والمراد منه عمل هو قربة وللقربة جهات من المتعة والقران والاحصار وجزاء الصيد وكفارة الحلق وغيره من المحظورات فلا تبطل الاضحية الابالية وقال النبي عليه الصلاة والسلام انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى ويكفيه أن ينوى بقلبه ولا يشترط أن يقول بلسانه ما نوى بقلبه كما في الصلاة لان النية عمل القلب والذكر باللسان دليل عليها ومنها أن لا يشارك المضحى فيما يحتتمل الشركة من لا يريد القربة رأسا فان شارك لم يحجز عن الاضحية وكذا هذا في سائر القرب سوى الاضحية اذا شارك المتقرب من لا يريد القربة لم يحجز عن القربة كما في دم المتعة والقران والاحصار وجزاء الصيد وغير ذلك وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله هذا ليس بشرط حتى لو اشترك سبعة في بعير أو بقرة كلهم يريدون القربة الاضحية أو غيرهما من وجوه القرب الا واحد منهم يريد اللحم لا يحجزى واحدا منهم من الاضحية ولا من غيرهما من وجوه القرب عندنا وعند غيره (وجه) قوله ان الفعل انما يصير قربة من كل واحد بنيته لا بنية صاحبه فعدم النية من أحدهم لا يقدح في قربة الباقيين (ولنا) ان القربة في اراقة الدم وانها لا تتجزأ لأنها ذبح واحد فان لم يقع قربة من البعض لا يقع قربة من الباقيين ضرورة عدم التجزؤ ولو أرادوا القربة الاضحية أو غيرهما من القرب أجزأهم سواء كانت القربة واجبة أو تطوعا أو وجبت على البعض دون البعض وسواء اتفقت جهات القربة أو اختلفت بان أراد بعضهم الاضحية وبعضهم جزاء الصيد وبعضهم هدى الاحصار وبعضهم كفارة شيء أصابه في احرامه وبعضهم هدى التطوع وبعضهم دم المتعة والقران وهذا قول اصحابنا الثلاثة وقال

زفر رحمه الله لا يجوز الا اذا اتفقت جهات القرية بان كان الكل بجهة واحدة (وجه) قوله ان القياس يأبى الاشتراك لان الذبح فعل واحد لا يتجزأ فلا يتصور أن يقع بعضه عن جهة وبعضه عن جهة أخرى لانه لا بعض له الا عند الاتحاد فنقد الاتحاد جعلت الجهات كجهة واحدة وعند الاختلاف لا يمكن فبقى الامر فيه مردود الى القياس (ولنا) ان الجهات وان اختلفت صورة فهي في المعنى واحد لان المقصود من الكل التقرب الى الله عز شأنه وكذلك ان أراد بعضهم المقيقة عن ولد ولده من قبل لان ذلك جهة التقرب الى الله تعالى عز شأنه بالشكر على ما أنعم عليه من الولد كذا ذكر محمد رحمه الله في نوادر الضحايا ولم يذكر ما اذا أراد أحدهم الوليمة وهي ضيافة التزويج وينبغي ان يجوز لانها انما تقام شكر الله تعالى عز شأنه على نعمة النكاح وقد وردت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أولم ولو بشاة فاذا قصد بها الشكر أو إقامة السنة فقد أراد بها التقرب الى الله عز شأنه وروى عن أبي حنيفة رحمه الله كره الاشتراك عند اختلاف الجهة وروى عنه انه قال لو كان هذا من نوع واحد لكان أحب الى وهكذا قال أبو يوسف رحمه الله ولو كان أحد الشركاء ذمياً كتابياً أو غير كتابي وهو يريد اللحم أو أراد القرية في دينه لم يحزم عندنا لان الكافر تتحقق منه القرية فكانت نيته ملحقه بالعدم فكان يريد اللحم والمسلم لو أراد اللحم لا يجوز عندنا فالكافر أولى وكذلك اذا كان أحدهم عبداً ومذنباً ويريد الاضحية لان نيته باطلة لانه ليس من أهل هذه القرية فكان نصيبه لما فيمتنع الجواز أصلاً وان كان أحد الشركاء ممن يضحى عن ميت جاز وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز ذكرك في الاصل اذا اشترك سبعة في بدنة فأت أحدهم قبل الذبح فرضي ورثته أن يذبح عن الميت جازاً استحساناً والقياس أن لا يجوز (وجه) القياس انه لما مات أحدهم فقد سقط عنه الذبح وذبح الوارث لا يقع عنه اذ الاضحية عن الميت لا يجوز فصار نصيبه اللحم وانه يمنع من جواز ذبح الباقي من الاضحية كما لو أراد أحدهم اللحم في حال حياته (وجه) الاستحسان أن الموت لا يمنع التقرب عن الميت بدليل أنه يجوز أن يتصدق عنه ويحج عنه وقد صرح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أحدهما عن نفسه والاخر عن من لا يذبح من أمته وإن كان منهم من قدم قبل أن يذبح فدل ان الميت يجوز أن يتقرب عنه فاذا ذبح عنه صار نصيبه للقرية فلا يمنع جواز ذبح الباقي ولو اشترى رجل بقره يريد أن يضحى بها ثم أشرك فيها بعد ذلك قال هشام سألت أبا يوسف فأخبرني ان أبا حنيفة رحمه الله قال أكره ذلك ويجزى بهم أن يذبحوها عنهم قال وكذلك قول أبي يوسف قال قلت لأبي يوسف ومن نيته أن يشرك فيها قال لا أحفظ عن أبي حنيفة رحمه الله فيها شيئاً ولكن لا أرى بذلك بأساً وقال في الاصل قال رأيت في رجل اشترى بقره يريد أن يضحى بها عن نفسه فأشرك فيها بعد ذلك ولم يشركهم حتى اشتراها فأتاه انسان بعد ذلك فأشركه حتى استكمل يعني انه صار سابعهم هل يحزى عنهم قال نعم استحسن وان فعل ذلك قبل أن يشتريها كان أحسن وهذا محمول على الغنى اذا اشترى بقره لا ضحيته لانها لم تتمين لوجوب التضحية بها وانما يقيمها عند الذبح بمقام ما يجب عليه أو واجب عليه فيخرج عن عهدة الواجب بالفعل فيما يقيمه فيه فيجوز اشتراكهم فيها وذبحهم الا أنه يكرهه لما اشتراها ليضحى بها فقد وعدوا فيكره أن يخلف الوعد فاما اذا كان فقيراً فلا يجوز له أن يشرك فيها لانه أوجبها على نفسه بالشراء للاضحية فتعين للوجوب فلا يسقط عنه ما أوجبه على نفسه وقد قالوا في مسألة الغنى اذا أشرك بعد ما اشتراها للاضحية انه ينبغي أن يتصدق بالثلث وان لم يذكرك ذلك محمد رحمه الله لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام ديناراً وأمره أن يشتري له أضحية فاشترى شاة فباعها بدينارين واشترى بأحدهما شاة وجاء الى النبي عليه الصلاة والسلام بشاة ودينار وأخبره بما صنع فقال له عليه الصلاة والسلام بارك الله في صفقة يمينك وأمر عليه الصلاة والسلام أن يضحى بالشاة ويتصدق بالدينار لما أنه قصد اخراجه للاضحية كذا ههنا (ومنها) أن تكون نية الاضحية مقارنة للتضحية كما في باب الصلاة لان النية معتبرة في الاصل فلا يسقط اعتبار القران بالضرورة كما في باب الصوم لعدم قران النية لوقت الشروع لمافي من الحرج (ومنها) اذن صاحب

الاضحية بالذبح اما نصاً أو دلالة اذا كان الذابح غيره فان لم يوجد لا يجوز لان الاصل فيما يعمل الانسان أن يقع للعامل وانما يقع لغيره باذنه وأمره فاذا لم يوجد لا يقع له وعلى هذا يخرج ما اذا غصب شاة انسان فضحى بها عن صاحبها من غير اذنه واجازته انه لا يجوز ولو اشترى شاة للاضحية فأضجها وشدقوا نائمها في أيام النحر فجاء انسان فذبحها جاز استحسانا لوجود الاذن منه دلالة لما بينا فيما تقدم وأما الذي يرجع الى وقت التضحية فهو انها لا يجوز قبل دخول الوقت لان الوقت كما هو شرط الوجوب فهو شرط جواز اقامة الواجب كوقت الصلاة فلا يجوز لاحد أن يضحي قبل طلوع الفجر الثاني من اليوم الاول من أيام النحر ويجوز بعد طلوعه سواء كان من أهل المصر أو من أهل القرى غير ان للجواز في حق أهل المصر شرطاً زائداً وهو أن يكون بعد صلاة العيد لا يجوز تقديمها عليه عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا مضى من الوقت مقدار ما صلى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة العيد جازت الاضحية وان لم يصل الامام والصحيح قولنا لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من ذبح قبل الصلاة فليعد أضحيته وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال أول نسكنا في يومنا هذا الصلاة ثم الذبح وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في حديث البراء بن عازب رضي الله عنه من كان منك ذبح قبل الصلاة فأنما هي غدوة أطعمه الله تعالى انما الذبح بعد الصلاة فقد رتب النبي عليه الصلاة والسلام الذبح على الصلاة وليس لأهل القرى صلاة العيد فلا يثبت الترتيب في حقهم وان أخر الامام صلاة العيد فليس للرجل أن يذبح أضحيته حتى يتنصف النهار فان اشتغل الامام فلم يصل العيد أو ترك ذلك متممداً حتى زالت الشمس فقد حل الذبح بغير صلاة في الايام كلها لانه لما زالت الشمس فقد فات وقت الصلاة وانما يخرج الامام في اليوم الثاني والثالث على وجه القضاء والترتيب شرط في الاداء لا في القضاء كذا ذكره القدوري رحمه الله وان كان يصلي في المصر في موضعين بأن كان الامام قد خلف من يصلي بضمفة الناس في الجامع وخارج هو بالآخرين الى المصلي وهو الجبانة ذكر الكرخي رحمه الله انه اذا صلى أهل أحد المسجدين أيهما كان جاز ذبح الاضاحي وذكر في الاصل اذا صلى أهل المسجد فالتقياس أن لا يجوز ذبح الاضحية وفي الاستحسان يجوز (وجه) القياس ان صلاة العيد لا كانت شرطاً لجواز الاضحية في حق أهل المصر فاعتبار صلاة أهل أحد الموضعين يقتضي أن يجوز واعتبار صلاة أهل الموضع الآخر يقتضي أن لا يجوز فلا يحكم بالجواز بالشك بل يحكم بعدم الجواز احتياطاً (وجه) الاستحسان ان الشرط صلاة العيد والصلاة في المسجد الجامع تجزى عن صلاة العيد بدليل أنهم لو اقتصر واعلمها جاز ويقع الاكتفاء بذلك فقد وجد الشرط فجاز وكذا في الحديث الذي روينا ترتيب الذبح على الصلاة مطلقاً وقد وجدت ولو سبق أهل الجبانة بالصلاة قبل أهل المسجد لم يذكر هذا في الاصل وقيل لا رواية في هذا وذكر الكرخي رحمه الله ان هذا كصلاة أهل المسجد فعلي قوله يكون فيه قياس واستحسان كما اذا صلى أهل المسجد واختلف المتأخرون منهم من قال يجب أن يكون هذا جائزاً قياساً واستحساناً لان الاصل في صلاة العيد صلاة من في الجبانة وانما يصلي من يصلي في المسجد لعذر فوجب اعتبار الاصل دون غيرهم ومنهم من أثبت فيه القياس والاستحسان كما في المسئلة الاولى ووجهها ما ذكرنا ومنهم من قال لا يجوز الاضحية بصلاة أهل الجبانة حتى يصلي أهل المسجد لان الصلاة في المسجد هي الاصل بدليل سائر الصلوات وانما يخرج الامام الى الجبانة لضرورة ان المسجد لا يتسع لهم فيجب اعتبار الاصل ولو ذبح والامام في خلال الصلاة لا يجوز وكذا اذا ضحى قبل أن يقعد قدر التشهد ولو ذبح بعد ما قعد قدر التشهد قبل السلام قالوا على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز كالمكان في خلال الصلاة وعلى قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله يجوز بناء على أن خروج المصلي من الصلاة بصفة فرض عنده وعندهما ليس بفرض ولو ضحى قبل فراغ الامام من الخطبة أو قبل الخطبة جاز لان النبي عليه الصلاة والسلام رتب الذبح على الصلاة لا على الخطبة فباريئنا من الاحاديث فدل ان العبرة للصلاة لا للخطبة ولو صلى الامام صلاة العيد وذبح رجل أضحيته ثم تبين أنه يوم عرفه فعلي الامام أن يعيد

الصلوة من الغد وعلى الرجل أن يعيد الاضحية لانه تبين ان الصلاة والاضحية وقتا قبل الوقت فلم يحز وان تبين ان الامام كان على غير وضوء فان علم ذلك قبل أن يتفرق الناس يعيدهم الصلاة باتفاق الروايات وهل يجوز ما ضحى قبل الاعادة ذكر في بعض الروايات انه يجوز لانه ذبح بعد صلاة يحيزها بعض الفقهاء وهو الشافعي رحمه الله لان فساد صلاة الامام لا يوجب فساد صلاة المقتدى عنده فكانت تلك صلاة معتبرة عنده فعلى هذا يعيد الامام وحده ولا يعيد القوم وذلك استحسانا وذكر في اختلاف زفر رحمه الله أنه يعيدهم الصلاة ولا يجوز ما ضحى قبل اعادة الصلاة وان تفرق الناس عن الامام ثم علم بعد ذلك فقد ذكر في بعض الروايات ان الصلاة لا تعاد وقد جازت الاضحية عن المضحى لانها صلاة قد جازت في قول بعض الفقهاء فترك اعادتها بعد تفرق الناس أحسن من أن ينادي الناس أن يجتمعوا وانما هو أسير من أنه تبطل أضاحيهم وروى عن أبي حنيفة رحمه الله انه تعاد الاضحية ولا تعاد بهم الصلاة لان اعادة الاضحية أسير من اعادة الصلاة وروى أيضا أنه ينادي بهم حتى يجتمعوا ويعيدهم الصلاة قال البلخي رحمه الله فعلى هذا القياس لا تحزى ذبيحة من ذبح قبل اعادة الصلاة إلا أن تكون الشمس قد زالت فتجزى ذبيحة من ذبح في قولهم جميعا وسقطت عنهم الصلاة ولو شهد ناس عند الامام بعد نصف النهار وبعد ما زالت الشمس ان ذلك اليوم هو العاشر من ذي الحجة جاز لهم أن يضجوا ويخرج الامام من الغد فيصلي بهم صلاة العيد وان علم في صدر النهار انه لم التحر فشغل الامام عن الخروج أو غفل فلم يخرج ولم يامر أحدا يصلي بهم فلا ينبغي لأحد أن يضحى حين يصلي الامام الى أن تزول الشمس فاذا زالت قبل أن يخرج الامام ضحى الناس وان ضحى أحد قبل ذلك لم يحز ولو صلى الامام صلاة العيد وذبح رجل أضحيته ثم تبين للامام ان يوم العيد كان بالامس جازت الصلاة وجاز للرجل أضحيته ولو وقعت فتنة في مصر ولم يكن لها امام من قبل السلطان يصلي بهم صلاة العيد فالقياس في ذلك أن يكون وقت التحر في ذلك المصير بعد طلوع الفجر يوم التحر بمنزلة القرى التي لا يصلى فيها ولكن يستحسن أن يكون وقت نحرهم بعد زوال الشمس من يوم التحر لان الموضع موضع الصلاة ألا ترى ان الامام لو كان حاضرا كان عليهم أن يصلوا الا أنه امتنع أدائها العارض فلا يتغير حكم الاصل كما لو كان الامام حاضرا فلم يصل لعارض أسباب من مرض أو غير ذلك وهناك لا يجوز الذبح الا بعد الزوال كذا ههنا ولو ذبح أضحيته بعد الزوال من يوم عرفة ثم ظهر ن ذلك اليوم كان يوم التحر جازت الاضحية عندنا لان الذبح حصل في وقته فيجزى به والله عز شأنه أعلم هذا اذا كان من عليه الاضحية في المصير والشاة في المصير فان كان هو في المصير والشاة في الرستاق أو في موضع لا يصلى فيه وقد كان أمر أن يضجوا عنه فضجوا بها بعد طلوع الفجر قبل صلاة العيد فانما تحز به وعلى عكسه لو كان هو في الرستاق والشاة في المصير وقد أمر من يضحى عنه فضجوا بها قبل صلاة العيد فانما لا تحز به وانما يعتبر في هذا المكان الشاة لا مكان من عليه هكذا ذكر محمد عليه الرحمة في النوادر وقال انما نظر الى محل الذبح ولا نظر الى موضع المذبح عنه وهكذا روى الحسن عن أبي يوسف رحمه الله يعتبر المكان الذي يكون فيه الذبح ولا يعتبر المكان الذي يكون فيه المذبح عنه وانما كان كذلك لان الذبح هو القرية فيعتبر مكان فعلها لا مكان المفعول عنه وان كان الرجل في مصر وأهله في مصر آخر فكتب اليهم أن يضجوا عنه روى عن أبي يوسف أنه اعتبر مكان الذبيحة فقال ينبغي لهم أن لا يضجوا عنه حتى يصلي الامام الذي فيه أهله وان ضجوا عنه قبل أن يصلي لم يحزه وهو قول محمد عليه الرحمة وقال الحسن بن زياد انتظرت الصلاتين جميعا وان شكوا في وقت صلاة المصير الآخر انتظرت به الزوال فعنده لا يذبحون عنه حتى يصلوا في المصيرين جميعا وان وقع لهم الشك في وقت صلاة المصير الآخر لم يذبحوا حتى تزول الشمس فاذا زالت ذبحوا عنه (وجه) قول الحسن ان فيما قلنا اعتبار الحالين حال الذبح وحال المذبح عنه فكان أولى ولا يي يوسف ومحمد رحمه الله ان القرية في الذبح والقرية في المذبح وقتها في حق فاعلها لا في حق المفعول عنه ويجوز الذبح في أيام التحر نهارا وليالها وهما ليلتان ليلة اليوم الثاني وهي ليلة الحادي عشر وليلة اليوم الثالث وهي ليلة الثاني عشر

عشر ولا يدخل فيها ليلة الاضحى وهى ليلة العاشر من ذى الحجة لقول جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أيام النحر ثلاثة وذكر الأيام يكون ذكر الليالي لغة قال الله عز شأنه فى قصة زكريا عليه الصلاة والسلام ثلاثة أيام الارمى وقال عز شأنه فى موضع آخر ثلاث ليال سوياء والقصة قصة واحدة الا أنه لم يدخل فيها الليلة العاشرة من ذى الحجة لانه استتبعها النهار الماضى وهو يوم عرفة بدليل ان من أدركها فقد أدرك الحج كما لو أدرك النهار وهو يوم عرفة فاذا جعلت تابعة للنهار الماضى لا تتبع النهار المستقبل فلا تدخل فى وقت التضحية وتدخل الليلتان بعدها غير أنه يكره الذبح بالليل لانه ليس بوقت للتضحية بل معنى آخر ذكرناه فى كتاب الذبايح والله عز شأنه أعلم وأما الذى يرجع الى محل التضحية فنوعان أحدهما سلامة الحل عن العيوب الفاحشة فلا تجوز العمياء ولا العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها وهى التى لا تقدر تمشى برجلها الى المنسك والمرضىة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى وهى المهزولة التى لا تنقى لها وهو المنخ ومقطوعة الاذن والالية بالكلية والتى لا أذن لها فى الحلقة وسئل محمد رحمه الله عن ذلك فقال لا يكون ذلك فان كان لا يجزى ويجزى السكاء وهى صغيرة الاذن ولا يجوز مقطوعة احدى الاذنين بكاملها وهى لها اذن واحدة خلقة والاصل فى اعتبار هذه الشروط ما روى عن البراء بن عازب رضى الله عنهما أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تجزى من الضحايا أربع العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمرضىة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال استشر فوالعين والاذن أى تأملوا سلامتهما عن الآفات وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يضحي بعضباء الاذن ولو ذهب بعض هذه الاعضاء دون بعض من الاذن والالية والذنب والعين ذكر فى الجامع الصغير ينظر فان كان الذاهب كثيرا يمنع جواز التضحية وان كان يسيرا لا يمنع لان اليسير مما لا يمكن التحرز عنه اذ الحيوان لا يجلو عن عادة فلو اعتبرنا نكاحا لضايق الامر على الناس ووقعوا فى الحرج واختلف أصحابنا فى الحد الفاصل بين القليل والكثير فعن أبى حنيفة رحمه الله أربع روايات روى محمد رحمه الله عنه فى الاصل وفى الجامع الصغير أنه ان كان ذهب الثلث أو أقل جاز وان كان أكثر من الثلث لا يجوز وروى أبو يوسف رحمه الله أنه ان كان ذهب الثلث لا يجوز وان كان أقل من ذلك جاز وقال أبو يوسف رحمه الله ذكرت قولى لأبى حنيفة رحمه الله فقال قولى مثل قولك وقول أبى يوسف أنه ان كان الباقي أكثر من الذاهب يجوز وان كان أقل منه أو مثله لا يجوز وروى أبو عبد الله البايع عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه اذا ذهب الربع لم يجزه وذكر الكرخى قول محمد مع قول أبى حنيفة فى روايته عنه فى الاصل وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى قوله مع قول أبى يوسف (وجه) قول أبى يوسف وهو احدى الروايات عن أبى حنيفة ان القليل والكثير من الاسماء الاضافية فما كان مضافا أقل منه يكون كثيرا وما كان أكثر منه يكون قليلا الا أنه قد قال بعدم الجواز اذا كان لسواء احتياطاً لا اجتماع جهة الجواز وعدم الجواز الا أنه يعتبر بقاء الاكثر للجواز ولم يوجد وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن العضباء قال سعيد ابن المسيب العضباء التى ذهب أكثر أذنهما فقد اعتبر النبي عليه الصلاة والسلام الاكثر وأما وجه رواية اعتبار الربع كثيرا فلا نه يلحق بالكثير فى كثير من المواضع كما فى مسح الرأس والحلق فى حق المحرم فى موضع الاحتياط أولى وأما وجه رواية اعتبار الثلث كثيرا فلقول النبي عليه الصلاة والسلام فى باب الوصية الثلث والثلث كثير جعل عليه الصلاة والسلام الثلث كثيرا مطلقاً وأما وجه رواية اعتباره قليلا فاعتباره بالوصية لان الشرع جواز الوصية بالثلث ولم يجوز بما زاد على الثلث فدل أنه اذا لم يزد على الثلث لا يكون كثيرا وأما الهتاء وهى التى لا أسنان لها فان كانت ترعى وتختلف جازت والا فلا وذكر فى المتن عن أبى حنيفة رحمه الله أنه ان كان لا يمنع عن الاعتلاف تجزى به وان كان يمنع عن الاعتلاف الا ان يصب فى جوفها صباً لم تجزه وقال أبو يوسف فى قول لا تجزى سواء اعتلفت أو لم تعتلف وفى قول ان ذهب أكثر أسنانها لا تجزى كما قال فى الاذن والالية والذنب وفى قول ان بقى من أسنانها قدر ما تعتلف تجزى والا فلا وتجوز التولاء وهى الجنونة الا اذا كان ذلك يمنع عن الرعى والاعتلاف فلا تجوز لانه يفضى الى

هلا كما فكان عيباً فاحشاً وتحوز الجر باء اذا كانت سمينية فان كانت مهزولة لا تحوز وتحزى الجماء وهي التي لا قرن لها خلقه وكذا مكسورة القرن تحزى لما روى ان سيدنا علياً رضي الله عنه سئل عن القرن فقال لا يضرك امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن وروى ان رجلاً من همدان جاء الى سيدنا علي رضي الله عنه فقال يا أمير المؤمنين البقرة عن كم قال عن سبعة ثم قال مكسورة القرن قال لا ضير ثم قال عرجاء فقال اذا بلغت المنسك ثم قال سيدنا علي كرم الله وجهه أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اننا نستشرف العين والاذن فان بلغ الكسر المشاش لا تحزى به والمشاش رأس العظام مثل الركبتين والمرفقين وتحزى الشرقاء وهي مشقوقة الاذن طولاً وما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يضحي بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدبرة فالخرقاء هي مشقوقة الاذن والمقابلة هي التي تقطع من مقدم أذننا شيء ولا بيان بل يترك معلقاً والمدبرة أن يفعل ذلك بمؤخر الاذن من الشاة فالنهى في الشرقاء والمقابلة والمدبرة محمول على الندب وفي الخرقاء على الكثير على اختلاف الاقوال في حد الكثير على ما بينا ولا بأس بما فيه سمة في أذنه لان ذلك لا يعد عيباً في الشاة ولا نه عيب يسير أولان السمة لا يخلو عنها الحيوان ولا يمكن التحرز عنها ولو اشترى رجل أضيحية وهي سمينية فمجنفت عنده حتى صارت بحيث لو اشتراها على هذه الحالة لم تحزى لم تحزه ان كان موسراً وان كان معسراً أجزأته لان الموسر تجب عليه الاضيحية في ذمته وانما أقام ما اشترى لها مقام ما في الذمة فاذا قصبت لا تصلح أن تقام مقام ما في الذمة فبق ما في ذمته بحاله وأما الفقير فلا أضيحية في ذمته فاذا اشتراها للاضيحية فقد تعينت الشاة المشتراة للقرية فكان ثعبانها كهيلا كما حتى لو كان الفقير أو وجب على نفسه أضيحية لا تحوز هذه لانها وجب عليه بإيجابه فصارت كالغنى الذي وجبت عليه بإيجاب الله عز شأنه ولو اشترى أضيحية وهي صحيحة ثم أعورت عنده وهو موسر أو قطعت أذنها كلها أو ألبتها أو ذنبها أو أنكرت رجلها فلم تستطع أن تمشي لا تحزى عنه وعليه مكانها أخرى لما بينا بخلاف الفقير وكذلك ان ماتت عنده أو سرقت ولو قدم أضيحية ليدبحها فاضطربت في المكان الذي يدبحها فيه فانكسرت رجلها ثم دبحها على مكانها أجزأه وكذلك اذا انقابت منه الشفرة فاصابت عينها فذهبت والقياس أن لا يحوز (وجهه) القياس ان هذا عيب دخلها قبل تعيين القرية فيها فصارت كالوكان قبل حال الذبح (وجهه) الاستحسان ان هذا مما لا يمكن الاحتراز عنه لان الشاة تضطرب فتلتحقها العيوب من اضطرابها وروى عن أبي يوسف أنه قال لو عالج أضيحية ليدبحها فكسرت أو أعورت فذبحها ذلك اليوم أو من الغد فانهما تحزى لان ذلك النقصان لما يعتد به في الحال لو ذبحها فكذلك في الثاني كالتقصان اليسير والله عز شأنه أعلم والثاني ملك الحبل وهو أن يكون المضحي ملك من عليه الاضيحية فان لم يكن لا تحوز لان التضحية قرية ولا قرية في الذبح ملك الغير بغير اذنه وعلى هذا يخرج ما اذا اغتصب شاة انسان فضحي بها عن نفسه أنه لا تحزى به لعدم الملك ولا عن صاحبها لعدم الاذن ثم ان أخذها صاحبها مذبوحة وضمنه النقصان فكذلك لا تحوز عن التضحية وعلى كل واحد منهما أن يضحي باخرى لما قلنا وان ضمنه صاحبها قيمتها حية فانها تحزى عن الذابح لانه ملكها بالضمان من وقت النصب بطريق الظهور والاستناد فصارت ذابحة شاة هي ملكه فتحزى به لكنه يأثم لان ابتداء فعله وقع محظوراً فتلزمه التوبة والاستغفار وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا تحزى عن الذابح أيضاً بناء على ان المضمومات تملك بالضمان عندنا وعند زفر لا تملك وبه أخذ الشافعي وأصل المسئلة في كتاب العصب وكذلك اذا اغتصب شاة انسان كان اشتراها للاضيحية فضحها عن نفسه بغير امره لما قلنا وكذلك الجواب في الشاة المستحقة بان اشترى شاة ليضحي بها فضحي بها ثم استحقها رجل بالينة أنه ان أخذها المستحق مذبوحة لا تحزى عن واحد منهما وعلى كل واحد منهما أن يضحي بشاة أخرى مادام في أيام النحر وان مضت أيام النحر فعلى الذابح أن يتصدق بقيمة شاة وسط ولا يلزمه التصدق بقيمة تلك الشاة المشتراة لانه لا يستحقاق تبين ان شراءه اياها للاضيحية والعدم بمنزلة بخلاف ما اذا اشترى شاة للاضيحية ثم باعها حيث يلزمه التصدق بقيمتها لان شراءه اياها للاضيحية قد صح لوجود الملك فيجب عليه

التصدق بقيمتها وان تركها عليه وضمنه قيمتها جاز الذبح عندنا كما في الغصب ولو أودع رجل رجلاً شاة يضحى بها المستودع عن نفسه يوم النحر فاختر صاحبها القيمة ورضى بها فاخذها فانما لا تجزى المستودع من أضحيتها بخلاف الشاة المغصوبة والمستحقة ووجه الفرق ان سبب وجوب الضمان هنا هو الذبح والمالك ثبت بعد تمام السبب وهو الذبح فكان الذبح مصداقاً لماك غيره فلا يجزى به بخلاف الغاصب فإنه كان ضامناً قبل الذبح لوجود سبب وجوب الضمان وهو الغصب السابق فعند اختيار الضمان أو أدائه ثبت الملك له من وقت السبب وهو الغصب فالذبح صادف ملك نفسه فجاز وكل جواب عرفته في الودعة فهو الجواب في العارية والاجارة بان استعار ناقة أو ثوراً أو بعيراً أو استأجره فضحى به أنه لا يجزى به عن الاضحية سواء أخذها المالك أو ضمنه القيمة لأنها أمانة في يده وإنما يضمنها بالذبح فصار كالودعة ولو كان مريضاً ينبغي أن يجوز لانه يصير ماله من وقت القبض كما في الغصب بل أولى ومن المشايخ من فصل في الرهن تفصيلاً بأس به فقال ان كان قدر الرهن مثل الدين أو أقل منه يجوز فاما اذا كانت قيمته أكثر من الدين فينبغي أن لا يجوز لانه اذا كان كذلك كان بعضه مضموناً وبعضه أمانة ففي قدر الامانة إنما يضمنه بالذبح فيكون بمنزلة الودعة ولو اشترى شاة يبيعاً فاسد اقبضها فضحى بها جاز لانه يملكها بالقبض وللبائع أن يضمنه قيمتها حية ان شاء وان شاء أخذها مذبوحة لان الذبح لا يبطل حقه في الاسترداد فان ضمنه قيمتها حية فلا شيء على المضحي وان أخذها مذبوحة فعلى المضحي أن يتصدق بقيمتها مذبوحة لانه بالرد أسقط الضمان عن نفسه فصار كأنه باعها بمقدار القيمة التي وجبت عليه وكذلك لو وهب له شاة هبة فاسدة فضحى بها فالواهب بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها حية وتجوز الاضحية وياً كل منها وان شاء استردها واسترد قيمة النقصان ويضمن الموهوب له قيمتها فيتصدق بها اذا كان بعد مضى وقت الاضحية وكذلك المريض مرض الموت لو وهب شاة من رجل في مرضه وعليه دين مستغرق فضحى بها الموهوب له فالغرماء بالخيار ان شاءوا استردوا عينها وعليه أن يتصدق بقيمتها وان شاءوا ضمنوه قيمتها فتجوز الاضحية لان الشاة كانت مضمونة عليه فاذا ردها فقد أسقط الضمان عن نفسه كما قلنا في البيع الفاسد ولو اشترى شاة بثوب فضحى بها المشتري ثم وجد البائع بالثوب عيباً فرده فهو بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الشاة ولا يتصدق المضحي ويجوز له الاكل وان شاء استردها ناقصة مذبوحة فبعد ذلك ينظر ان كانت قيمة الثوب أكثر يتصدق بالثوب كأنه باعها بالثوب وان كانت قيمة الشاة أكثر يتصدق بقيمة الشاة لان الشاة كانت مضمونة عليه فبرد ما أسقط الضمان عن نفسه كأنه باعها بثمن ذلك القدر من قيمتها فيتصدق بقيمتها ولو وجد بالشاة عيباً فالبايع بالخيار ان شاء قبلها ورد الثمن ويتصدق المشتري بالثمن الا حصة النقصان لانه لم يوجب حصة النقصان على نفسه وان شاء لم يقبل ورد حصة العيب ولا يتصدق المشتري بها لان ذلك النقصان لم يدخل في القرية وإنما دخل في القرية ما ذبح وقد ذبح ناقصاً الا في جزاء الصيد فإنه ينظر ان لم يكن مع هذا العيب عدلاً للصيد فعليه أن يتصدق بالفضل لما ذكر ولو وهب لرجل شاة فضحى بها الموهوب له أجزأته عن الاضحية لانه ملكها بالهبة والقبض فصار كما لو ملكها بالشراء فلو أنه ضحى بها ثم أراد الواهب أن يرجع في هبته فعند أبي يوسف رحمه الله ليس له ذلك بناء على أن الاضحية بمنزلة الوقف عنده فاذا ذبحها الموهوب له عن أضحيتها أو وجبها أضحية لا يملك الرجوع فيها كما لو أعتق الموهوب له العبد أنه يقطع حق الواهب عن الرجوع كذا ههنا وعند محمد عليه الرحمة له ذلك لان الذبح نقصان والنقصان لا يمنع الرجوع ولا يجب على المضحي أن يتصدق بشيء لان الشاة لم تكن مضمونة عليه فصار في الحكم بمنزلة ابتداء الهبة ولو وهبها أو استهلكها لا شيء عليه هذا ولو كان هذا في جزاء الصيد أوفى كفارة الخلق أوفى موضع يجب عليه التصديق بالحم فاذا رجع الواهب في الهبة فعليه أن يتصدق بقيمتها لان التصديق واجب عليه فصار كما اذا استهلكها ولا نه ذبح شاة لغيره حق الرجوع فيها فصار كأنه هو الذي دفع اليه الرجوع في الهبة بقضاء أو بغير قضاء سواء في هذا الفصل يفترق الجواب بين ما يجب صدقة وبين ما لا يجب

وفي القصول الاول يستوى الجواب بينهما ولو وهب المريض مرض الموت شاة لانسان وقبضها الموهوب له فضحاها ثم مات الواهب من مرضه ذلك ولا مال له غيرها فالورثة بالخيار ان شاءوا ضمنوا الموهوب له ثلثي قيمتها حية وان شاءوا أخذوا ثلثيها مذبوحة فان ضمنوه ثلثي قيمتها حية فلا شيء على الموهوب له لانها لو كانت مغسوبة فضمن قيمتها لاشي عليه غير ذلك فهذه أولى وان أخذوا ثلثيها اختلف المشايخ فيه قال بعضهم القياس أن يتصدق بثلثي قيمتها حية لان الموهوب له قد ضمن ثلثي قيمتها حية ثم سقط عنه ثلث قيمتها حية بأخذ الورثة منه ثلث الشاة مذبوحة فصار كأنه باعها بذلك وقضى ديننا عليه بثلثي الشاة فعليه أن يتصدق بذلك القدر وقال بعضهم لاشي عليه الا ثلثي قيمتها مذبوحة لان الورثة لما أخذوا ثلثيها مذبوحة فقد أبرأوا الموهوب له من فضل ما بين ثلثي قيمتها حية الى ثلثي قيمتها مذبوحة فلا يجب على الموهوب له الا ثلثا قيمتها مذبوحة وهكذا ذكر في نوادر الضحايا عن محمد عليه الرحمة في هذه المسألة أن الورثة بالخيار ان شاءوا ضمنوا ثلثي قيمة الشاة وسلموا له لحمها وان شاءوا أخذوا ثلثي لحمها وكانوا شر كاه فيها فان ضمنوا ثلثي القيمة أجزأت عنه الاضحية وان شاركوه فيها وأخذوا ثلثي لحمها فعليه أن يتصدق بثلثي قيمتها مذبوحة وقد أجزأت عنه من قبل أنه ذبحها وهو يملكها والله عز شأنه أعلم

فصل وأما بيان ما يستحب قبل التضحية وعندها وبعدها وما يكره أما الذي هو قبل التضحية فيستحب أن يربط الاضحية قبل أيام النحر بأيام لم ينفق فيه من الاستعداد للقربة واطهار الرغبة فيها فيكون له فيه أجر وثواب وأن يقدها ويحلبها اعتبارا بالهدايا والجامع أن ذلك يشعر بتعظيمها قال الله تعالى ذلك ومن يعظم شعائر الله فانها من تقوى القلوب وأن يسوقها الى المنسك سوقا جميلا لا عنيفا وان لا يحجر برجلها الى المذبح كما ذكرنا في كتاب الذبايح ولو اشترى شاة للاضحية فيكره أن يحلبها أو يحجز صوفها فينتفع به لانه عينها للقربة فلا يحل له الا نتفاع بحجزه من أجزائها قبل اقامة القربة فيها كما لا يحل له الا نتفاع بلحمها اذا ذبحها قبل وقتها ولان الحلب والحجز يوجب تقصفا فيها وهو ممنوع عن ادخال النقص في الاضحية ومن المشايخ من قال هذا في الشاة المندورة بما عينها من المعسر أو الموسر أو الشاة المشتراة للاضحية من المعسر فأما المشتراة من الموسر للاضحية فلا بأس أن يحلبها ويحجز صوفها لان في الاول تعيينت الشاة لوجوب التضحية بها بدليل أنه لا تقوم التضحية بغيرها مقامها واذا تعينت لوجوب التضحية بها بتعيينها لا يجوز له الرجوع في جزء منها وفي الثاني لم تعين للوجوب بل الواجب في ذمته وانما يسقط بها ما في ذمته بدليل أن غيرها يقوم مقامها فكانت جائزة الذبح لا واجبة الذبح والجواب على نحو ما ذكرنا فاقدم أن المشتراة للاضحية متعينة للقربة إلى أن يقام غيرها مقامها فلا يحل الانتفاع بها مادامت متعينة ولهذا لا يحل له لحمها اذا ذبحها قبل وقتها فان كان في ضرعها لبن وهو يخاف عليها أن يحلبها نضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقاص اللبن لانه لا سبيل الى الحلب ولا وجه لا بقائها كذلك لانه يخاف عليها الهلاك فيتضرر به فتمتن نضح الضرع بالماء البارد لينقطع اللبن فيندفع الضرر فان حلب تصدق باللبن لانه جزء من شاة متعينة للقربة ما أقيمت فيها القربة فكان الواجب هو التصديق به كما لو ذبحت قبل الوقت فعليه أن يتصدق بمثله لانه من ذوات الامثال وان تصدق بقيمته جاز لان القيمة تقوم مقام العين وكذلك الجواب في الصوف والشعر والوبر ويكره له بيعها لما قلنا ولو باع جاز في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة لانه يبيع مال مملوك منتفع به مقدور التسليم وغير ذلك من شرائط فيجوز وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجوز لما روى عنه انه بمنزلة الوقف ولا يجوز بيع الوقف ثم اذا جاز بيعها على أصلها فما فعله مكانها مثلها أو أرفع منها فيضحى بها فان فعل ذلك فليس عليه شيء آخر وان اشترى دونها فعليه أن يتصدق بفضل ما بين القيمتين ولا ينظر الى الثمن وانما ينظر الى القيمة حتى لو باع الاولى بأقل من قيمتها واشترى الثانية بأكثر من قيمتها وثن الثانية أكثر من ثمن الاولى يجب عليه أن يتصدق بفضل قيمة الاولى فان ولدت الاضحية ولدا يذبح ولدها مع الام كذا ذكر في الاصل وقال أيضا وان باعه يتصدق بثمنه لان الام تعينت للاضحية والولد يحدث على وصف الام في الصفات الشرعية فيسرى الى

الولد كالرق والحرية ومن المشايخ من قال هذا في الاضحية الموجبة بالنذر كالفقير اذا اشترى شاة للاضحية فأما
الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فولدت لا يتبعها ولدها لان في الاول تعين الوجوب فيسرى الى الولد وفي الثاني لم
يتعين لانه لا تجوز التضحية بغيرها فكذا ولدها وذكر القدوري رحمه الله وقال كان أصحابنا يقولون يجب ذبح
الولد ولو تصدق به جاز لان الحق لم يسر اليه ولكنه متعلق به فكان كجلا لها وخطاها فان ذبحه تصدق بقيمته وان باعه
تصدق بثمنه ولا يبيعه ولا يأكله وقال بعضهم لا ينبغي له أن يذبحه وقال بعضهم انه بالخيار ان شاء ذبحه أيام النحر وأكل
منه كالألم وان شاء تصدق به فان أمسك الولد حتى مضت أيام النحر تصدق به لانه فات ذبحه فصارت الشاة المنذورة
وذكر في المنتقى اذا وضعت الاضحية فذبح الولد يوم النحر قبل الام أجزأه فان تصدق به يوم الاضحية قبل أن يعلم
فعليه أن يتصدق بقيمته قال القدوري رحمه الله وهذا على أصل محمد عليه الرحمة ان الصغار تدخل في الهدايا ويجب
ذبحها ولو ولدت الاضحية تعلق بولدها من الحكم ما يتعلق بها فصارت كالوفات بمضي الايام ويكره له ركوب الاضحية
واستعمالها والحمل عليها فان فعل فلا شيء عليه الا أن يكون نقصها ذلك فعليه أن يتصدق بنقصها ولو أجزأها صاحبها
ليحمل عليها قال بعض المشايخ ينبغي أن يفرم ما نقصها الحمل فانه ذكر في المنتقى في رجل أهدى ناقة ثم أجزأها ثم حمل
عليها فان صاحبها يفرم ما نقصها ذلك ويتصدق بالكراء كذا ههنا (وأما) الذي هو في حال التضحية فبعضها يرجع الى
نفس التضحية وبعضها يرجع الى من عليه التضحية وبعضها يرجع الى الاضحية وبعضها يرجع الى وقت التضحية
وبعضها يرجع الى آلة التضحية أما الذي يرجع الى نفس التضحية فمأذ كزنا في كتاب الذبايح وهو ان المستحب هو
الذبح في الشاة والبقر والنحر في الابل ويكره القلب من ذلك وقطع العروق الاربعة كلها والتذيف في ذلك وأن
يكون الذبح من الحلقوم لا من القفا (وأما) الذي يرجع الى من عليه التضحية فالأفضل أن يذبح بنفسه ان قدر عليه لانه
قربة فباشرتها بنفسه أفضل من توليتها غيره كسائر القربات والدليل عليه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
ساق مائة بدنة فنحر منها نيفا وستين بيده الشريفة عليه الصلاة والسلام ثم أعطى المديّة سيدنا علياً رضي الله عنه
فنحر الباقي وهذا اذا كان الرجل يحسن الذبح ويقدّر عليه فأما اذا لم يحسن فتوليتها غيره فيه أولى وقدرى عن أبي
حنيفة رضي الله عنه انه قال نحررت بدنة قائمة معقولة فلم أشق عليها فكذت أهلها ناسا لانها نكرت فاعتقدت أن
لا أنحرها الا بركة معقولة وأولى من هو أقدر على ذلك مني وفي حديث أنس رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة
والسلام ضحى بكبشين أملحين أقرنين قال أنس فرأيت النبي عليه الصلاة والسلام واضعاً قدمه على صفاحهما
أي على جوانب عنقهما وهو يذبحهما بيده عليه الصلاة والسلام مستقبلاً القبلة فذبح الاول فقال بسم الله والله أكبر
اللهم هذا عن محمد وعن آل محمد ثم ذبح الآخر وقال عليه الصلاة والسلام اللهم هذا عن شهدك بالتوحيد وشهد
لى بالبلاغ ويستحب أن يكون الذبايح حال الذبح متوجها الى القبلة لما روينا واذا لم يذبح بنفسه يستحب له أن يامر
مسلماً فان أمر كتابياً يكره لما قلنا ويستحب أن يحضر الذبح لما روى عن سيدنا علي رضي الله عنه أن النبي عليه
الصلاة والسلام قال لسيدتنا فاطمة رضي الله عنها يا فاطمة بنت محمد قومي فاشهدي ضحيتك فانه ينفرك بأول قطرة
تقطر من دمها مغفرة لكل ذنب اما أنه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفاً فقال أبو سعيد الخدري رضي
الله عنه يا نبي الله هذا أكل محمد خاصة فانهم أصل لما خصوا به من الخير أم لا أكل محمد وللمسلمين عامة فقال هذا أكل
محمد خاصة وللمسلمين عامة وفي حديث عمران بن الحصين رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
يا فاطمة قومي فاشهدي ضحيتك فانه ينفرك بأول قطرة تقطر من دمها كل ذنب عملت به وقولي ان صلاتي ونسكي
ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وان يدعوق يقول اللهم منك ولك صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب
العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين لما روي ان يقول ذلك قبل التسمية أو بعدها لما روى عن
جابر رضي الله عنه قال ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكبشين فقال حين وجههما وجهت وجهي للذي فطر

السموات والارض حنيفا مسميا اللهم منك ولك عن محمد وأمه بسم الله والله أكبر وروى عن الحسن بن المعتم
الكناي قال خرجت مع سيدنا علي بن أبي طالب رضى الله عنه يوم الاضحى الى عيد فلما صلى قال يا قنبر اذن منى أحد
الكباشين فأخذيده فأضججه ثم قال وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا وما أنا من المشركين ان
صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين بسم الله اللهم منك ولك
بسم الله والله أكبر اللهم تقبل من على فذبحه ثم دعا بالثاني ففعل به مثل ذلك ويستحب أن يجرد التسمية عن الدعاء فلا
يخلط معها دعاء أو تلميح أو تسمية أو بعدها ويكره حالة التسمية (وأما) الذي يرجع الى الاضحية فالمستحب أن
يكون أسمنها وأحسنها وأعظمها لانهما مطية الآخرة قال عليه الصلاة والسلام عظموا ضحاياكم فانها على الصراط
مطاياكم ومهما كانت المطية أعظم وأسمن كانت على الجواز على الصراط أقدر وأفضل الشاء أن يكون كبشاً أملح
أقرن موجواً لما روى جابر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكباشين أقرنين موجواً من
عظيمين سمينين والقرن العظيم القرن والا ملح الابيض وروى عليه الصلاة والسلام أنه قال دم العفراء يعدل عند
الله مثل دم السوداء وإن أحسن اللون عند الله البياض والله خلق الجنة بيضاء والموجوء قليل هو مدقوق الخصبيتين
وقيل هو الخصى كذا روى عن أبي حنيفة رحمه الله فانه روى عنه انه سئل عن التضحية بالخصى فقال ما زاد في لحمه
أنفع مما ذهب من خصيته (وأما) الذي يرجع الى وقت التضحية فالمستحب هو اليوم الاول من أيام النحر لما روى
جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أولها أفضلها ولانه مسارعة الى الخير وقد مدح الله جل
شأنه المسارعين الى الخيرات السابقين لها بقوله عز شأنه أولئك يسارعون في الخيرات وهم لها سابقون وقال عز شأنه
وسارعوا الى مغفرة من ربكم أى الى سبب المغفرة ولان الله جل شأنه أضاف عباده في هذه الايام بلحوم القرابين
فكانت التضحية في أول الوقت من باب سرعة الاجابة الى ضيافة الله جل شأنه والمستحب أن تكون بالنهار ويكره
أن تكون بالليل لما ذكرنا في كتاب الذبائح والصيد وأفضل وقت التضحية لاهل السواد ما بعد طلوع الشمس لان
عنده يتكامل آثار أول النهار والله عز وجل أعلم (وأما) الذي يرجع الى آلة التضحية فاذكرنا في كتاب الذبائح وهو
أن تكون آلة الذبح حادة من الحديد (وأما) الذي هو بعد الذبح فالمستحب أن يتر بص بعد الذبح قدر ما يبرد ويسكن
من جميع أعضائه وتزول الحياة عن جميع جسده ويكره أن ينخع ويسلخ قبل أن يبرد لما ذكرنا في كتاب الذبائح
ولصاحب الاضحية أن يأكل من أضحيته لقوله تعالى فكلوا منها ولا تنفكوا عنها ولا تنسوا ولا تنسوا ولا تنسوا ولا تنسوا
أن يأكل من ضيافة الله عز شأنه وجملة الكلام فيه ان الدماء أنواع ثلاثة نوع يجوز لصاحبه أن يأكل منه بالاجماع
ونوع لا يجوز له أن يأكل منه بالاجماع ونوع اختلف فيه فالاول دم الاضحية فلا كان أو واجباً منذراً كان أو
واجباً مبتدأ والثاني دم الاحصار وجزاء الصيد ودم الكفارة الواجبة بسبب الجنابة على الاحرام كحلق الرأس
ولبس المخيط والجماع بعد الوقوف بعرفة وغير ذلك من الجنائيات ودم النذر بالذبح والثالث دم المتعة والقران فعندنا
يؤكل وعند الشافعي رحمه الله لا يؤكل وهي من مسائل المناسك ثم كل دم يجوز له أن يأكل منه لا يجب عليه أن
يتصدق به بعد الذبح اذ لو وجب عليه التصديق لما جاز له أن يأكل منه وكل دم لا يجوز له أن يأكل منه يجب عليه أن
يتصدق به بعد الذبح اذ لو لم يجب لادى الى التسييب ولو هلك اللحم بعد الذبح لا ضمان عليه في النوعين جميعاً أما في النوع
الاول فظاهر وأما في الثاني في فلانه هلك عن غير ضعه فلا يكون مضموناً عليه وان استملكه بعد الذبح ان كان من النوع
الثاني يفرم قيمته لانه أتلّف مالا متعينا للتصدق به فيفرم قيمته ويتصدق بها وان كان من النوع الاول لا يفرم شيئاً
ولو باعه فذبيحته سواء كان من النوع الاول أو الثاني فعليه ان يتصدق بثمنه ويستحب له أن يأكل من أضحيته لقوله
تعالى عز شأنه فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال اذا ضحى أحدكم
فلأكل من أضحيته ويطعم منه غيره وروى عن سيدنا علي رضى الله عنه أنه قال لفلان قد قرب حنين ضحى بالكباشين

ياقنبر خذلى من كل واحد منهما بضعة وتصدق بهما بجلودهما ورؤسهما بأكارعهما والافضل أن يتصدق
 بالثلث ويتخذ الثلث ضيافة لا قارب وأصدقائه وبخثر الثلث لقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر وقوله عز
 شأنه فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير وقول النبي عليه الصلاة والسلام كنت نهيتكم عن لحوم الاضاحى فكلوا منها
 وادخر واقتبعت بجموع الكتاب العزيز والسنة ان المستخب ما قلنا ولا نه يوم ضيافة الله عز وجل بلحوم اقربا بين
 فيندب اشراك الكل فيها ويطعم الفقير والغنى جميعا لكون الكل اضياف الله تعالى عز شأنه في هذه الايام وله أن
 يهبه منهما جميعاً ولو تصدق بالكل جاز ولو حبس الكل لنفسه جاز لان القرابة في الاراقة (وأما) التصديق بالحم
 فتطوع وله أن يدخر الكل لنفسه فوق ثلاثة ايام لان النهى عن ذلك كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ بما روى عن
 النبي عليه الصلاة والسلام انه قال انى كنت نهيتكم عن امساك لحوم الاضاحى فوق ثلاثة ايام الا فامسكوا ما بدا
 لكم وروى انه عليه الصلاة والسلام قال انما نهيتكم لاجل الرأفة دون حضرة الاضحية الا أن اطعمها والتصدق
 أفضل الا أن يكون الرجل ذا عيال وغير موسع الحال فان الافضل له حينئذ أن يدعه لعياله ويوسع به عليهم لان
 حاجته وحاجة عياله مقدمة على حاجة غيره قال النبي عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بفريك ولا يحل بيع جلد ها
 وشحمها ولحمها وأطرافها ورأسها وصوفها وشعرها وبرها ولبنها الذي يحلبه منها بعد ذبحها بشئ لا يمكن الانتفاع به
 الا باستهلاك عينه من الدراهم والدنانير والمأكولات والمشروبات ولأن يعطى أجر الجزار والذابح منها لما روى
 عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من باع جلد أضحيته فلا أضحية له وروى أن النبي عليه الصلاة والسلام
 قال اعلى رضى الله عنه تصدق بجلدها وخطامها ولا تعطى أجر الجزار منها وروى عن سيدنا على كرم الله وجهه أنه
 قال اذا اضحيتم فلا تبيعوا لحوم ضحاياكم ولا جلودها واكلوا منها وتعموا ولا نهام من ضيافة الله عز شأنه التي أضاف بها
 عباده وليس للضيف أن يبيع من طعام الضيافة شيئاً فان باع شيئاً من ذلك فقد عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف
 لا ينفذ لاذكرنا فيما قبل الذبح ويتصدق بثمنه لان القر به ذهبت عنه فيتصدق به ولأنه استفاد به بسبب محذور وهو
 البيع فلا يخلو عن خبث فكان سبيله التصديق وله أن ينتفع بجلد أضحيته في بيته بأن يجعله سقاء أو فرواً أو غير ذلك
 لما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنها اتخذت من جلد أضحيته سقاء ولأنه يجوز الانتفاع بلحمها فكذا
 بجلدها وله أن يبيع هذه الاشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل لان البدل
 الذى يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل فكان المبدل قائماً معنى فكان الانتفاع به كالانتفاع بعين
 الجلد بخلاف البيع بالدراهم والدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون
 الجلد قائماً معنى والله تعالى عز شأنه أعلم

❖ ❖ ❖

كتاب النذر

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ركن النذر وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم النذر
 أما الاول فركن النذر هو الصيغة الدالة عليه وهو قوله الله عز شأنه على كذا أو على كذا أو هذا هدى أو صدقة أو مالى
 صدقة أو ما أملك صدقة ونحو ذلك

فصل في وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يتعلق بالنذر وبعضها يتعلق بالمنذور به وبعضها يتعلق بنفس
 الركن أما الذى يتعلق بالنذر فشرائط الالهية (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح نذر المجنون والصبي الذى
 لا يعقل لان حكم النذر وجوب المنذور به وهما ليسا من أهل الوجوب وكذا الصبي العاقل لا نه ليس من أهل
 وجوب الشرائع ألا ترى انه لا يجب عليها شئ من الشرائع بإيجاب الشرع ابتداء فكذا بالنذر اذا وجوب عند

وجود الصيغة من الأهل في المحل بإيجاب الله تعالى لا بإيجاب العبد إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب وإنما الصيغة علم على إيجاب الله تعالى (ومنها) الإسلام فلا يصح نذر الكافر حتى لو نذر ثم أسلم لا يلزمه الوفاء به وهو ظاهر مذهب الشافعي رحمه الله لأن كون المنذور به قرينة بشرط صحة النذر وفصل الكافر لا يوصف بكونه قرينة (وأما) حرية النادر فليست من شرائط الصحة فيصح نذر المملوك ثم إن كان المنذور به من القرب الدينية كالصلاة والصوم ونحوهما يجب عليه للحال ولو كان من القرب المالية كالعاق والاطعام ونحو ذلك يجب عليه بعد العتاق لأنه ليس من أهل الملك للحال ولو قال إن اشتريت هذه الشاة فهي هدى أو إن اشتريت هذا العبد فهو حر فعتق لم يلزمه حتى يضيئه إلى ما بعد العتق في قياس قول أبي حنيفة وقد ذكرناه في كتاب العتاق (وأما) الطوعية فليست بشرط عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله كما في اليمين وكذا الجد والهزل والله عز شأنه أعلم (وأما) الذي يرجع إلى المنذور به فأناؤه (منها) أن يكون متصور الوجود في نفسه شرعاً فلا يصح النذر بما لا يتصور وجوده شرعاً كمن قال لله تعالى على أن أصوم ليلاً أو نهاراً أكل فيه وكلمة إذا قالت لله تعالى على أن أصوم أيام حيضتي لأن الليل ليس محل الصوم والا كل مناف للصوم حقيقة والحيض مناف له شرعاً إذ الطهارة عن الحيض والنقاس شرط وجود الصوم الشرعي ولو قالت لله تعالى على أن أصوم غداً فخاضت في غداً وقالت لله تعالى على أن أصوم يوم يقدم فلان فقدم في يوم حاضت فيه لاشئ عليها عند محمد وعند أبي يوسف عليها قضاء ذلك اليوم وهي من مسائل الصوم وعلى هذا يخرج ما إذا قال لله تعالى على أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم في النهار أنه ان قدم قبل الزوال أو قبل أن تناول شيئاً من المفطرات يلزمه صومه وإن قدم بعد الزوال أو بعد تناول شيئاً من المفطرات لا يلزمه شئ لأنه لا يجب على نفسه صوم يوم موصوف بأنه يوجد فيه قدوم فلان ولا علم له بهذا اليوم قبل القدوم ولا دليل العلم ولا وجوب لهذا الصوم بدون العلم أو دليله لأن ما ثبت أدائه على قصد المؤدى في تحصيله لا يجب أدائه إلا بعد العلم بوجوده أو دليل العلم فلم يجب الصوم ما لم يوجد اليوم الموصوف ولا وجوده إلا بالقدوم فصار الوجوب على هذا التخرج متعلقاً بالقدوم ووجوب صوم يوم لم تزل فيه الشمس ولم يتناول شيئاً من المفطرات متصور كما لو أنشأ النذر فوجب عليه للحال ولا تصوره بعد تناول وبعده الزوال فلا يجب عليه شئ بخلاف اليمين بأن قال والله لا صوم من اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم بعد ما أكل أو بعد الزوال حنث في يمينه والفرق أن في باب النذر يجب الفعل حقاً لله تعالى لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى عند مباشرة سبب الوجوب من العبد فصار هذا وسائر العبادات المقصودة على السواء (وأما) في باب اليمين فالفعل في نفسه غير واجب بل الواجب هو الامتناع عن هتك حرمة اسم الله تعالى عز شأنه وإنما وجب الفعل لضرورة حصول البر وحصول البر أيضاً للضرورة الامتناع عن اهتك فوجبه لا يفتقر إلى العلم فكان وجوب تحصيل البر والامتناع ثابتاً قبل وجود دليل الوجوب وهو القدوم فوجب عليه البر من أول وجود هذا اليوم الذي حلف أن يصومه وإن لم يكن له به علم فاذا لم يصم بأن أكل أو امتنع من النذر حتى زالت الشمس حنث في يمينه لفوات البر والله عز شأنه أعلم (ومنها) أن يكون قرينة فلا يصح النذر بما ليس بقرينة رأساً كالنذر بالمعاصي بأن يقول لله عز شأنه على أن أشرب الخمر أو أقتل فلاناً أو أضربه أو أشتمه ونحو ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر في معصية الله تعالى وقوله عليه الصلاة والسلام من نذر أن يعصى الله تعالى فلا يعصه ولأن حكم النذر وجوب المنذور به ووجوب فعل المعصية محال وكذا النذر بالمباحات من الأكل والشرب والجماع ونحو ذلك لعدم وصف القرينة لاستوائها فاعلاً وتركها وكذا لو قال على طلاق امرأتى لأن الطلاق ليس بقرينة فلا يلزم بالنذر وهل يقع الطلاق به فيه كلام نذكره إن شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون قرينة مقصودة فلا يصح النذر بعبادة المرضى وتشجيع الجنائز والوضوء والغتسال ودخول المسجد ومس المصحف والأذان وبناء الرباطات والمساجد وغير ذلك وإن كانت قرينة لأنها ليست بقرينة مقصودة ويصح النذر بالصلاة والصوم والحج والعمرة والأحرام بهما والعتق والبدنة والهدى والاعتكاف ونحو ذلك لأنها قرب مقصودة

وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله تعالى فليطعه وقال عليه الصلاة والسلام من نذر وسمى فعليه وفاؤه بما سمي إلا أنه خص منه المسمى الذي ليس بقربة أصلاً والذي ليس بقربة مقصودة فيجب العمل بعمومه فيما وراءه ومن مشايخنا من أصل في هذا أصلاً فقال ماله أصل في القروض يصبح النذر به ولا شك أن ما سوى الاعتكاف من الصلاة والصوم وغيرهما له أصل في القروض والاعتكاف له أصل أيضاً في القروض وهو الوقوف بمرقة وما لا أصل له في القروض لا يصح النذر به كقيادة المرضى وتشجيع الجنائز ودخول المسجد ونحوها وعلل بأن النذر إيجاب العبد فيعتبر بإيجاب الله تعالى ولو قال الله على أن أصوم يوم النحر أو أيام التشريق يصبح نذره عند أصحابنا الثلاثة ويفطر ويقضى وقال زفر رحمه الله والشافعي لا يصح نذره لهنما أنه نذر بما هو معصية لكون الصوم في أيام التشريق منهياً عنه لقوله عليه الصلاة والسلام ألا تصوموا في هذه الأيام فإنها أيام أكل وشرب والمنهي عنه يكون معصية والنذر بالمعاصي لا يصح لما بينا والدليل عليه أن الصوم في هذه الأيام لا يلزم بالشروع ولا يضمن بالقضاء عند الفساد بأن أصبح صائماً ثم أفطر (ولنا) أنه نذر بقربة مقصودة فيصح النذر كما لو نذر بالصوم في غير هذه الأيام ودلالة الوصف النص والمعقول (أما) النص فقوله عليه الصلاة والسلام خبراً عن الله تعالى جل شأنه الصوم لي وأنا أجزى به من غير فصل (وأما) المعقول فهو أنه سبب التقوى والشكر ومواساة الفقراء لأن الصائم في زمان الصوم يتقى الحلال فالحرām أولى ويعرف قدر نعم الله تعالى جل شأنه عليه بما تحجم من مرارة الجوع والعطش فيحمله ذلك على الشكر وعلى الإحسان إلى الفقراء لما عرف قدر مقاساة المبلى بالجوع والفقير وهذه المعاني موجودة في الصوم في هذه الأيام وأنهم ما من مستحسنة عقلاً والنهي لا يرد عما عرف حسنة عقلاً لما فيه من التناقض فيحمل على غير مجاور له صيانة لما يجب الله تعالى عن التناقض عملاً بالدلائل بقدر الامكان (وأما) فصل الشروع والقضاء فممنوع عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وعند أبي حنيفة عليه الرحمة أنما يلزم بالشروع ولا يجب القضاء بالافطار لأن لزوم الاتمام في صوم التطوع لضرورة صيانة المؤادي عن الإبطال لأن إبطال العمل حرام وههنا صاحب الحق وهو الله تعالى جلّت عظمتهم رضي بإبطال حقّه فلا يجرم الإبطال فلا يلزم الاتمام ووجوب القضاء ضرورة لزوم الاتمام فإذا لم يلزم لا يجب ولو قال على المشي إلى بيت الله تعالى أو إلى الكعبة أو إلى مكة أو إلى بكة فعليه حجة أو عمرة ماشياً وإن شاء ركب وعليه ذبح شاة لركوبه وجملة الكلام فيه أن المكان نوعان مكان يصح الدخول فيه بغير إحرام وهو ما سوى الحرم كمسجد المدينة على صاحبها أفضل الصلاة والسلام ومسجد بيت المقدس وغيرهما من سائر المساجد والأماكن ومكان لا يصح الدخول فيه بغير إحرام وهو الحرم والحرم مشتمل على مكة ومكة على المسجد الحرام والمسجد الحرام على الكعبة فالنادر إما أن يسمى في النذر الكعبة أو بيت الله تعالى أو مكة أو بكة أو الحرم أو المسجد الحرام والأفعال التي يوجبها على نفسه شبه ألقاظ المشي والخروج والسفر والركوب والذهاب والاياب فإن أوجب على نفسه شيئاً من هذه الأفعال وأضافه إلى مكان يصح دخوله فيه بغير إحرام لا يصح إيجابه لأنه أوجب على نفسه التحول من مكان إلى مكان وذلك ليس بقربة مقصودة ولا يصح النذر بما ليس بقربة والدليل عليه ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني نذرت أن أفتح لك مكة أن أصلي مائتي ركعة في مائة مسجد فقال عليه الصلاة والسلام صلي في مسجد واحد فلم يصحح عليه الصلاة والسلام نذرها بالصلاة في كل مسجد والنذر بخلاف اليمين فإن اليمين تنعقد بهذه الألقاظ بأن يقول والله لا ذهب إلى موضع كذا أو لا سافرن أو غيرهما من الألقاظ لأن اليمين لا يقف انعقادها على كون الحلوفاً عليه قربة بل ينعقد على القربة وغيرها بخلاف النذر وإن أضاف إيجاب شيء من هذه الأفعال إلى المكان الذي لا يصح الدخول فيه بغير إحرام ينظر فإن أضاف إيجاب المشي إليه لا يصح ولا يلزمه شيء لما ذكرنا أن التحول من مكان إلى مكان ليس بقربة في نفسه وإن أضاف إيجاب المشي إليه فإن ذكر سوى ما ذكرنا من الأماكن من الكعبة وبيت الله تعالى ومكة وبكة

والمسجد الحرام والحرم بأن أوجب على نفسه المشي إلى الصفا والمروة ومسجد الخيف وغيرهما من المساجد التي في الحرم لا يصح نذر به بخلاف وإن ذكر الكعبة وبيت الله عز شأنه أو مكة أو بكة يصح نذر به ويلزمه حجة أو عمرة ماشياً وإن شاء ركب وذبح لركوبه شاة وهذا استحسان والقياس أن لا يصح ولا يلزمه شيء (وجه) القياس أن من شرط صحة النذر أن يكون المنذور به قرينة مقصودة ولا قرينة في نفس المشي وإنما القرينة في الأحرام وأنه ليس بمذكور ولهذا لم يصح بسائر الألفاظ سوى لفظ المشي (وجه) الاستحسان أن هذا الكلام عندهم كناية عن التزام الأحرام يستعملونه لا التزام الأحرام بطريق الكناية من غير أن يعقل فيه وجه الكناية بمنزلة قوله الله على أن أضرب بثوبي حطيم الكعبة كناية عن التزام الصدقة باصطلاحهم والأحرام يكون بالحجة أو بالعمرة فيلزمه أحدهما بخلاف سائر الألفاظ فإنها ما جرت عادتهم بالتزام الأحرام بها والمتبر في الباب عرفهم وعادتهم ولا عرف هناك فيلزمه ذلك ماشياً لأنه التزم المشي وفيه زيادة قرينة قال النبي عليه الصلاة والسلام من حج ماشياً فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قليل وما حسنات الحرم قال عليه الصلاة والسلام واحدة بسبع مائة فإن التزامه بالنذر كصفة التتابع في الصوم فيمشي حتى يطوف طواف الزيارة لأن بذلك يقع الفراغ من أركان الحج إلا أنه أن يركب ويذبح لركوبه شاة لما روى أن أخت أبي سعيد الخدري رضي الله عنهما نذرت أن تحج ماشية فقال النبي عليه الصلاة والسلام لا بي سعيد الخدري أن الله تعالى غني عن تعذيب أختك مرها فلتركب ولترق دماً وما روى في بعض الروايات أن عقبة بن عامر الجهني سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن أختي نذرت أن تحج البيت ماشية غير مختمرة فقال عليه الصلاة والسلام إن الله غني عن تعذيب أختك فلتركب ولنهد شاة وفي بعضها أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى بيت الله تعالى حافية حاسرة فذكر ذلك عقبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام إن الله تعالى غني عن عناء أختك مرها فلتركب ولنهد شاة وتحرم إن شاءت بحجة وإن شاءت بعمره وروى عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال من جعل على نفسه الحج ماشياً حج وركب وذبح لركوبه شاة رواه في الأصل وإنما استوى فيه لفظ الكعبة وبيت الله ومكة وبكة لأن كل واحد من هذه الألفاظ يستعمل عند استعمال الآخر يقال فلان مشى إلى بيت الله وإلى الكعبة وإلى مكة وإلى بكة ولا يقال مشى إلى الصفا والمروة وإن ذكر المسجد الحرام أو الحرم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يصح نذر به ولا يلزمه شيء وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يلزمه حجة أو عمرة (وجه) قولهما أن الحرم مشتمل على البيت وعلى مكة فصارك أنه قال على المشي إلى بيت الله وإلى مكة ولا بي حنيفة رحمه الله أن القياس أن لا يجب شيء بإيجاب المشي المضاف إلى مكان ما لما ذكرنا أن المشي ليس بقرينة مقصودة إذ هو انتقال من مكان إلى مكان فليس في نفسه قرينة ولهذا لا يجب بسائر الألفاظ إلا أنا أوجبنا عليه الأحرام في لفظ المشي إلى بيت الله وإلى الكعبة وإلى مكة وإلى بكة للعرف حيث تعارفوا استعمال ذلك كناية عن التزام الأحرام ولم يتعارفوا استعمال غيرها من الألفاظ لا ترى أنه يقال مشى إلى مكة والكعبة وبيت الله ولا يقال مشى إلى الحرم والمسجد الحرام كما يقال مشى إلى الصفا والمروة والكناية تتبع فيها عين اللفظ لا المعنى بخلاف الجواز فإنه يراعى فيه المعنى اللازم المشهور في محل الحقيقة لأن الكناية ثابتة بالاصطلاح كالأسماء الموضوعة فيتبع فيها العرف واستعمال اللفظ بخلاف الجواز ولو قال على المشي إلى بيت الله وهو ينوي مسجداً من مساجد الله سوى المسجد الحرام لم يلزمه شيء لأنه نوى ما يحتمله لفظه لأن كل مسجد بيت الله تعالى فصحت نيته على أن الظاهر أن كانت إرادة الكعبة من هذا الكلام لا غير لكن هذا أمر بينه وبين الله تعالى فيكتفي فيه باحتمال اللفظ إياه في الجملة ولو قال أنا أحرم وأنا أحرم أو أهدي أو أمشي إلى البيت فإن نوى به الإيجاب يكون إيجاباً لأنه يذبح ويراد به الإيجاب كقولنا أشهد أن لا إله إلا الله أنه يكون توحيداً وكقول الشاهد عند القاضي أشهد أنه يكون شهادة فقد نوى ما يحتمله لفظه وإن نوى أن يعد من نفسه عدة ولا يوجب شيئاً كان عدة ولا شيء عليه لأن اللفظ يحتمل العدة لأنه يستعمل في العادات وإن لم يكن له نية فهو

فهو على الوعد لانه غالب استعماله فيه فمندا لا طلاق يحمل عليه هذا اذا لم يعلقه بالشرط فان علقه بالشرط بأن قال ان فعلت كذا فانا أحرم فهو على الوجوه التي بينا أنه ان نوى الايجاب يكون ايجابا وان نوى الوعد يكون وعدا المساقلة وان لم يكن له نية فهو على الايجاب. سالف الفصل الاول لان العدا لا تتعلق بالشروط وان الواجبات تتعاقب بها فالمعرفة الى الايجاب بقرينة التعليق بالشرط ولم توجد اقرينة في الفصل الاول فصار الحاصل ان هذا اللفظ في غير المعين بالشرط على الوعد الا أن ينوى به الايجاب وفي المعلق يقع على الايجاب الا أن ينوى به الوعد ولو قال الله تعالى على أن أنحر ولدي أو أذبح ولدي يصبح نذره ويلزمه الهدى وهو نحر البدنة أو ذبح الشاة والافضل هو الابل ثم البقر ثم الشاة وانما ينحر أو يذبح في أيام النحر سواء كان في الحرم أولا وهذا اسم بحسان وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله والقياس أن لا يصبح نذره وهو قول أبي يوسف وزفر والشافعي رحمهم الله (وجه) القياس أنه نذر بما هو معصية والنذر بالمعاصي غير صحيح ولهذا لم يصبح بلفظ القتل (وجه) الاستحسان قول النبي عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه وقوله عليه الصلاة والسلام من نذر وسعى فعليه الوفاء باسمي والمراد من الحديثين النذر بما هو طاعة مقصودة وقرينة مقصودة وقد نذر بما هو طاعة مقصودة وقرينة مقصودة لانه نذر بذبح الولد تقديرًا بما هو خلف عنه وهو ذبح الشاة فيصح النذر بذبح الولد على وجه يظهر أثر الوجوب في الشاة التي هي خلف عنه كالشيخ القاني اذا نذر أن يصوم رجب أنه يصبح نذره وتلزمه الفدية خلفاً عن الصوم ودليل ما قلنا الحديث وضرب من المقول (أما) الحديث فقول النبي عليه الصلاة والسلام أنا ابن الذي يحين أراد أول آبائه من العرب وهو سيدنا اسماعيل عليه الصلاة والسلام وآخر آبائه حقيقة وهو عبد الله بن عبد المطالب مما هما عليه الصلاة والسلام ذبيحين ومعلوم انهما ما كانا ذبيحين حقيقة فكانا ذبيحين تقديرًا بطريق الخلافة لقيام الخلف مقام الاصل (وأما) المقول فلان المسلم انما يقصد بنذره التقرب الى الله تعالى الا انه يحجز عن التقرب بذبح الولد تحقيقاً فلم يكن ذلك مراداً من النذر وهو قادر على دبحه تقديرًا بذبح الخلف وهو ذبح الشاة فكان هذا نذرًا بذبح الولد تقديرًا بذبح ما هو خلف عنه حقيقة كالشيخ القاني اذا نذر بالصوم وانما لا يصبح بلفظ القتل لان التعيين بالنذر وقع للواجب على سيدنا ابراهيم عليه الصلاة والسلام والواجب هناك بالايجاب المضاف الى ذبح الولد بقوله تعالى عز شأنه إني أرى في المنام أني أذبحك على ان هذا حكم ثبت استحسانا بالشرع والشرع انما ورد بلفظ الذبح لا بلفظ القتل ولا يستقيم القياس لان لفظ القتل لا يستعمل في تهويت الحياة على سبيل القرينة والذبح يستعمل في ذلك ألا ترى أنه لو نذر بقتل شاة لا يلزمه ولو نذر بذبحها لم يلزمه ولو نذر بنحر نفسه لم يذكر في ظاهر الروايات وذكر في نوادر هشام أنه على الاختلاف الذي ذكرنا ولو نذر بنحر ولد ولده ذكر في شرح الآثار أنه على الاختلاف ولو نذر بنحر والديه أو جده أو وجدته يصبح نذره عند أبي حنيفة رحمه الله وعند الباقيين لا يصبح ولو نذر بذبح عبده عند محمد رحمه الله يصبح وعند الباقيين لا يصبح وانما يختلف أبو حنيفة ومحمد فيما بينهما مع اتفاقهما في الولد لا اختلافهما في المعنى في الولد فالمعنى في الولد عند أبي حنيفة رحمه الله هو أنه نذر بالتقرب الى الله تعالى بذبح ما هو أعز الاشياء عنده وهذا المعنى يوجد في الوالد والجد ولا يوجد في العبد وعند محمد رحمه الله المعنى في الولد ان النذر بذبحه تقرب الى الله تعالى بما هو من مكاسبه والولد في معنى المملوك له شرعا قال النبي عليه الصلاة والسلام ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فعدى الحكم الى المملوك حقيقة وهو العبد والى النفس وولده لكونهما في معنى المملوك ولم يعد الى الوالد لان انعدام هذا المعنى وعلى هذا القياس ينبغي أن يصبح نذر الجد بذبح الخلف وعنده محمد لا يصبح واذا أوجب على نفسه الهدى فهو بالخيار بين الاشياء الثلاثة ان شاء أهدي شاة وان شاء بقره وان شاء ابلا وأفضلا أعظم لان اسم الهدى يقع على كل واحد منهم ولو أوجب على نفسه بدنة فهو بالخيار بين شيتين الابل والبقر والابل أفضل لان اسم البدانة يقع على كل واحد منهما ولو أوجب جزر أو فليه الابل خاصة لان اسم الجزر يقع عليه خاصة ولا يجوز فيهما الا ما يجوز في الاضاحي وهو الثني من الابل والبقر والجدع من

الضمان اذا كان ضخما ولا يجوز ذبح الهدي الذي اوجب الا في الحرم لقوله تعالى ثم حملها الى البيت العتيق ولم يرد به نفس البيت بل البقعة التي هوفيهي وهي الحرم لان الدم لا يراق في البيت والمراد من قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق نفس البيت لانه هناك ذكر الطواف بالبيت وههنا اضافة الى البيت لذلك افترقا ولا الهدي اسم لما يهدي الى مكان الهدايا ومكان الهدايا هو الحرم ولا يحل له الا تنفاج بها ولا بشي منها الا في حال الضرورة فان اضطر الى ركوبها ركبا ويضمن ما يقصر ركوبه عليها وهذه من مسائل المناسك ولو اوجب على نفسه ان يهدي مالا بعينه فان كان مالا يحتمل الذبح يلزمه ان يتصدق به أو بقيمته على فقراء مكة وان كان مما يذبح ذبحه في الحرم وتصدق بلحمه على فقراء مكة ولو تصدق به على فقراء الكوفة جاز كذا ذكر في الاصل ولو اوجب بدنة فذبحها في الحرم وتصدق على الفقراء جاز بالاجماع ولو ذبح في غير الحرم وتصدق باللحم على الفقراء جاز عن نذره في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجوز ولو اوجب جز ورافله أن ينحرف في الحل والحرم ويتصدق بلحمه وهذه من مسائل الحج ولو قال مأمالك هدي أو قال مأمالك صدقة بمسك بعض ماله ويمضي الباقي لانه أضاف الهدي والصدقة الى جميع ما يملكه فيتناول كل جنس من جنس أمواله ويتناول القليل والكثير الا أنه يمسك بعضه لانه لو تصدق بالكل لا يحتاج الى ان يتصدق عليه فيتضرر بذلك وقد قال عليه الصلاة والسلام بدأ بنفسك ثم بمن تعول فكان له أن يمسك مقدار ما يعلم أنه يكفيه الى ان يكتسب فاذا اكتسب مالا تصدق بمثله لانه انتفع به مع كونه واجب الاخراج عن ملكه لجهة الصدقة فكان عليه عوضه كن أنفق ماله بعد وجوب الزكاة عليه ولو قال مالي صدقة فهذا على الاموال التي فيها الزكاة من الذهب والفضة وعروض التجارة والسواهم ولا يدخل فيه مالا زكاة فيه فلا يلزم ان يتصدق بدور السكنى وثياب البدن والاثاث والعروض التي لا يقصدهم التجارة والعمامل وأرض الخراج لانه لا زكاة فيها ولا فرق بين مقدار النصاب وما دونه لانه مال الزكاة ألا ترى أنه اذا انضم اليه غيره تجب فيه الزكاة ويعتبر فيه الجنس لا القدر ولهذا قالوا اذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط أنه يلزمه أن يتصدق به لانه جنس مال تجب فيه الزكاة وان لم تكن واجبة فان قضى دينه به لزمه التصديق بمثله لما ذكرنا فيما تقدم وهذا الذي ذكرنا استحسان والقياس أن يدخل فيه جميع الاموال كما في فصل الملك لان المال اسم لما يتحول كما ان الملك اسم لما يملك فيتناول جميع الاموال كالمالك (وجه) الاستحسان ان النذر يعتبر بالامر لان الوجوب في الكل بايجاب الله جل شأنه وانما وجد من العبد مباشرة السبب الدال على ايجاب الله تعالى ثم الايجاب المضاف الى المال من الله تعالى في الامر وهو الزكاة في قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقوله عز شأنه وفي أموالهم حق معلوم ونحو ذلك تعلق بنوع دون نوع فكذا في النذر وقد قال أبو يوسف رحمه الله قياس قول أبي حنيفة عليه الرحمة اذا حلف لا يملك مالا ولا نيسة له وليس له مال تجب فيه الزكاة بحث لان اطلاق اسم المال لا يتناول ذلك وقال أبو يوسف ولا أخفظ عن أبي حنيفة اذا نوى بهذا النذر جميع ما يملك داره تدخل في نذره لان اللفظ يحتمله وفيه تشديد على نفسه وقال أبو يوسف ويجب عليه أن يتصدق بما دون النصاب ولا أخفظه عن أبي حنيفة رحمه الله والوجه ما ذكرنا واذا كانت له ثمة عشرية أو غلة عشرية تصدق بها في قولهم لان هذا مما يتعلق به حق الله تعالى وهو العشر وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا تدخل الارض في النذر وقال أبو يوسف يتصدق بها لابي يوسف انها من جملة الاموال النامية التي تتعلق حق الله تعالى بها فتدخل في النذر ولا يحنيفة رضي الله عنه ان حق الله تعالى لا يتعلق بها وانما يتعلق بالخارج منها فلا تدخل قال بشر عن أبي يوسف اذا جعل الرجل على نفسه أن يطعم عشرة مساكين ولم يسم فعليه ذلك فان أطعم خمسة لم يحزه لان النذر يعتبر باصل الايجاب ومعلوم ان ما وجبه ينبغي أن يكون لعدد من المساكين لا يجوز دفعه الى بعضهم الا على التفريق في الايام فكذا النذر ولو قال الله على أن أتصدق بهذه الدراهم على المساكين فتصدق بها على واحد أجزأه لانه يجوز دفع الزكاة الى مسكين واحد وان كان المذكور فيها جميع المساكين لقول الله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين كذلك النذر ولو قال الله على أن أطعم هذا المسكين هذا

الطعام بعينه فأعطى ذلك الطعام غيره أجزأه لأن الصدقة المتعلقة بمال متعين لا يتعين فهم المسكين لأنه لما عين المال صار هو المقصود فلا يعتبر تعيين الفقير والافضل أن يعطى الذى عينه ولو قال لله على أن أطعم هذا المسكين شيئاً ساءه ولم يعينه فلا بد أن يعطيه الذى ساءه لأنه إذا لم يعين المندور صار تعيين الفقير مقصوداً فلا يجوز أن يعطى غيره ولو قال لله على إطعام عشرة مساكين وهو لا ينوى أن يطعم عشرة مساكين انما ينوى أن يطعم واحداً ما يكنى عشرة أجزأه لأن الطعام اصم للمقدار فكانه أوجب مقدار ما يطعم عشرة فيجوز أن يطعم بعضهم ولو قال لله على أن أتصدق بهذه الدراهم يوم يقدم فلان ثم قال ان كلمت فلان فاعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلان وأقدم فلان أجزأه ان يتصدق بتلك الدراهم عنهما جميعاً ولا يلزمه غير ذلك وكذلك الصيام اذا سمي يوماً بعينه لأنه علق وجوب شئ واحد بشرطين لكل واحد منهما بحاله فان وجد الشرطان معا وجبت بالاجابين جميعاً لان اجتماع سببين على حكم واحد جائز فان وجد احد على التعاقب وجب بالاول ولا يتعلق بالثاني حكم نظيره اذا قال لعبد ان دخل زيد هذه الدار فأنت حر ثم قال ان دخلها عمر فأنت حر فان دخلاً مع اعتق العبد بالاجابين وان دخلاً على التعاقب عتق بالاول ولا يتعلق بالثاني حكم كذا هذا ولو قال ان كلمت فلان فاعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلان وأوجب عليه أن يتصدق بها لأنه أوجب على نفسه التصديق بها فيجب عليه ذلك فان أعطى ذلك من كفارة يمينه أو من زكاة ماله فعليها لنذره مثل ما أعطى لأنه لما أعطى تعين للاخراج بحجة النذر ولم يتعين للاخراج بحجة الزكاة فاذا أخرجه بحق لم يتعين فيه صار مستهلكاً له فيصوم من مثله كالأول وفقه بخلاف الفصل الاول لان مثال الواجب تعين لكل واحد عن النذرين فجاز عنهما ولو قال ان قدم فلان لله على أن أصوم يوم الخميس ثم صام يوم الخميس عن قضاء رمضان أو كفارة يمين أو تطوعاً فقدم فلان يومئذ بعد ارتفاع النهار فعليها يوم مكانه لقدوم فلان لأنه وجب عليه صوم ذلك اليوم عن جهة النذر لوجود شرط وجوبه وهو قدوم فلان فيه فاذا صام عن غيره فقد منع وقوعه عن النذر فصار كأنه قدم بعدما أكل فيلزمه صوم يوم آخر مكانه لقدوم فلان ولو كان أراد بهذا القول التمين لم يحنث في يمينه لوجود شرط البر وهو صوم اليوم الذى حلف على صومه وجهات الصوم لم تتناولها التمين ولو كان قدم فلان بعد الظهر لم يكن عليه قضاؤه لأنه لما قدم بعد الظهر لم يجب الصوم عن النذر كما لو أنشأ النذر بعد الزوال فقال لله على أن أصوم هذا اليوم فلا يجب قضاؤه وان قدم فلان قبل الزوال في يوم قد أكل فيه فعليها أن يقضى لان القدوم حصل في زمان يصح ابتداء النذر فيه وانما امتنع الصوم لوجود المنافي له وهو الاكل فلا يمنع صحة النذر كما لو أوجب ثم أكل ولو قال لله على أن أصوم الشهر الذى يقدم فيه فلان فقدم في رمضان فصامه في رمضان أجزأه عن رمضان ولا يلزمه صوم آخر بالنذر لان شهر رمضان في حال الصحة والاقامة يتعين لصومه لا يحتمل غيره فلم يتعلق بهذا النذر حكم ولا كفارة عليه ان كان أراد به التمين لتحقق البر وهو الصوم واليمين انعقدت على الصوم دون غيره وقد صام ولو قال لله على أن أصوم اليوم الذى يقدم فيه فلان شكر الله تطوعاً لقدومه ونوى به التمين فصامه عن كفارة يمين ثم قدم فلان ذلك اليوم عند ارتفاع النهار فعليها قضاؤه والكفارة (اما) القضاء فلان نذر أن يصوم ذلك اليوم للقدم وذلك اليوم غير متعين لصوم الكفارة فاذا صام عن جهة يتعين الوقت لها لزمه القضاء (وأما) الكفارة فلان لم يحلف على مطلق الصوم بل على أن يصوم عن القدوم فاذا صام عن غيره لم يوجد البر فيحنث ولو كان في رمضان فلا قضاء عليه وعليه الكفارة (اما) عدم وجوب القضاء فلان زمان رمضان يتعين لصوم رمضان فلا يصح إيجاب الصوم فيه لغيره (واما) وجوب الكفارة فيه فلان لم يصم لما حلف عليه فلم يوجد البر وان صامه بنوى الشكر على قدوم فلان ولا ينوى رمضان بر في يمينه وأجزأه عن رمضان (اما) الجواز عن رمضان فلان صوم رمضان لا يعتبر فيه تعيين النية لكون الزمان متعيناً له فوقع عنه (وأما) بره في يمينه فلان حلف على الصوم بحجة وقد قصد تلك الجهة الا انه وقع عن غيره حكماً من غير قصد ولو قال لله على أن أصوم هذا اليوم شهر أفاته يصوم ذلك اليوم حتى يستكمل منه ثلاثين يوماً فانه تعذر حمله على ظاهره اذ اليوم الواحد لا يوجد شهر الا انه اذا مضى لا يعود ثانياً فيحمل على التزام صوم اليوم المسمى

بذلك اليوم الذي هو فيه من الاثنين أو الخميس كلما تجدد الى ان يستكمل شهر اثنانين يوماً حملاً للكلام على وجه الصحة ولو قال الله على أن أصوم هذا الشهر يوماً نظراً الى ذلك الشهر انه رجب أو شعبان أو غيره ويصير كأنه قال لله على أن أصوم رجب أو شعبان في وقت من الاوقات اذا الشهر لا يوجد في يوم واحد فلا يمكن حمله على ظاهره وقد قصد تصحيح نذره فيحمل على وجه يصح وهو حمل اليوم على الوقت وقد يذكر اليوم ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى وتلك الايام نذوا لها بين الناس وقال تعالى ومن يومهم يومئذ يبره ويقال في العرف يوماً لنا ويوماً علينا على ارادة مطلق الوقت ولو قال الله على أن أصوم هذا اليوم غداً فعليه أن يصوم اليوم الذي قال فيه هذا القول ان قال ذلك قبل الزوال وقبل أن يتناول ما ينقض صومه ويبطل قوله غداً لانه ركب اسماً على اسم لا بحرف النسق فبطل التركيب لانه يكون يحاب صوم هذا اليوم غداً وهذا اليوم لا يوجد في غداً فلا يكون الغد ظراً له بطل قوله غداً أو بقى قوله الله على أن أصوم هذا اليوم فينظر في ذلك اليوم فان كان قابلاً لايجاب صحح والا بطل بخلاف الفصل الاول لان اليوم قد يعتد به عن مطلق الوقت (وأما) الغد فلا يصلح عبارة عن مطلق الوقت ولا يعبر به الا عن عين الغد ولو قال الله على أن أصوم غداً اليوم فعليه أن يصوم غداً وقوله اليوم حشون كلامه لانه أو جب على نفسه صوم الغد وذلك صحيح ولم يصح قوله اليوم لانه ركه على الغد لا بحرف النسق فبطل لان صوم غداً لا يتصور وجوده في اليوم فلغنى قوله اليوم وبقى قوله الله على أن أصوم غداً ولو قال الله على صوم أمس غداً لم يلزمه شيء لان أمس لا يمكن أن يصام فيه لانه لا يعود ثانياً فبطل الالتزام فيه فلا يلزمه بقوله غداً لانه لم يوجب صوم غداً وانما جعل الغد ظراً للامس وانه لا يصلح ظراً له فلغت تسمية الغد أيضاً والاصل في هذا النوع ان اللفظ الثاني يبطل في الاحوال كلها اذا ذكرنا واذا بطل هذا ينظر الى اللفظ الاول فان صلح صحح النذر به والا بطل ولو قال الله على صوم كذا كذا يوماً ولا نية له فعليه صوم أحد عشر يوماً لانه جمع بين عددين مفردين مجملين لا بحرف النسق فانصرف الى أقل عدد من مفردين يجمع بينهما لا بحرف النسق وذلك أحد عشر لان الأقل متيقن به والزائدة مشكوك فيها وان نوى شيئاً فهو على ما نوى يوماً كان أو أكثر لان حمل هذا اللفظ على التكرار جائز في اللغة يقال صوم يوماً يوماً ويراد به تكرار يوم واذا جاز هذا فقد نوى ما يحتمله كلامه فعملت نيته ولو قال الله على صوم كذا وكذا يوماً فعليه صوم أحد وعشرين يوماً أن لم يكن له نية لانه جمع بين عددين مفردين على الاكمال بحرف النسق فحمل على أقل ذلك وأقله أحد وعشرون يوماً وان كانت له نية فهو على ما نوى واحداً أو أكثر لان هذا مما يحتمل التكرار يقال صوم يوماً يوماً ويراد به تكرار يوم واحد ولو قال الله على صوم بضعة عشر يوماً ولا نية له كان عليه صوم ثلاثة عشر يوماً لان البضع عند العرب عبارة عن ثلاثة فافوقها الى تمام العقد وهو عشرة وعشرون وثلاثون وأربعون ونحو ذلك فاذا لم يكن له نية صرف الى أقله وذلك ثلاثة عشر اذا قل متيقن ولو قال الله على صوم سنين فهو على ثلاث سنين لان الثلاث مستحقة هذا الاسم يتيقن ولو قال السنين فهو على عشرين سنين في قول أبي حنيفة رضى الله عنه وعندهما على الابد ولو قال على صوم الشهور فهو على عشرة أشهر عند أبي حنيفة رحمه الله اذا لم يكن له نية وعندهما على اثني عشر شهراً ولو قال صوم شهور فهو على ثلاثة أشهر بلا خلاف وكذا هذا في الايام وأياماً منكراً ومعرفاً وعندهما المعروف يقع على الايام السبعة وقد ذكرناه في كتاب الايمان ولو قال الله على صوم جمع هذا الشهر فعليه صوم كل يوم جمعة في ذلك الشهر اذا لم يكن له نية لان هذا اللفظ يراد به في ظاهر العادة عين يوم الجمعة ولو قال الله على صوم أيام الجمعة فعليه صوم سبعة أيام لان ايام الجمعة سبعة في تعارف الناس ولو قال الله على صوم جمعة فان كانت له نية فهو على ما نوى ان نوى عين يوم الجمعة أو نوى أيامها لان ظاهر لفظه يحتمل كلاهما وان لم يكن له نية فهو على أيامها لانه يراد به في أغلب العادات أيامها والله عز شأنه أعلم ولو نذر بقربة مقصودة من صلاة أو صوم فقال رجل آخر على مثل ذلك يلزمه وكذا اذا قال على المشي الى بيت الله عز شأنه وكل مملوك لى حر وكل امرأة لى طالق اذا دخلت الدار فقال رجل آخر على مثل ذلك ان دخلت الدار ثم

دخل الثاني الدار فاته يلزمه المشي ولا يلزمه العتاق والطلاق ثم قال ألا ترى أنه لو قال على طلاق امرأتى فإن الطلاق لا يقع عليها وهذا يدل على أن من قال الطلاق على واجب أنه لا يقع طلاقه قال القدوري رحمه الله وكان أصحابنا بالعراق يقولون فيمن قال الطلاق لي لازم يقع الطلاق لعرف الناس أنهم يريدون به الطلاق وكان محمد بن سامة يقول أن الطلاق يقع بكل حال وحكي الفقيه أبو جعفر الهندواني عن علي بن أحمد بن نصير بن يحيى عن محمد بن مقاتل رحمه الله أنه قال المسئلة على الخلاف قال أبو حنيفة عليه الرحمة إذا قال الطلاق لي لازم أو على واجب لم يقع وقال محمد يقع في قوله لازم ولا يقع في قوله واجب وحكي ابن سامة في نوادره عن أبي يوسف في رجل قال ألزمت نفسي طلاق امرأتى هذه أو ألزمت نفسي عتق عبدى هذا قال ابن نوى به الطلاق والعتاق فهو واقع واللام يلزمه وكذلك لو قال ألزمت نفسي طلاق امرأتى هذه إن دخلت الدار أو عتق عبدى هذا فدخل الدار وقع الطلاق والعتاق إن نوى ذلك وإن لم ينو فليس بشئ جعله بمنزلة كنيات الطلاق وجه قول محمد عليه الرحمة أن الوقوع العادة والعادة في اللزوم لا نهى يذكر وأنه على إرادة الإيقاع ولا عادة في الإيجاب فلا يقع به شئ ولا يبي يوسف رحمه الله أن الظاهر الإلزام والإيجاب للنذر ويحتمل أن يراد به التزام حكم الطلاق الواقع فيقف على النية كسائر كنيات الطلاق ولا يبي حنيفة رحمه الله أن الطلاق لا يحتمل الإيجاب والإلزام لأنه ليس بقربة فبطل وروى ابن سامة عن أبي يوسف إذا قال رجل امرأته زيد طالق ثلاثا ورقيقه أحرار وعليه المشي إلى بيت الله جل شأنه إن دخل هذه الدار فقال زيد نعم كان كأنه قد حلف بذلك كله لأن نعم جواب لا يستقل بنفسه فيتضمن إضمار ما خرج جواباً له كما في قوله عز شأنه فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم تقديره نعم وجدنا ما وعدنا ربنا حقاً وكالشهود إذا قرأوا على المشهود عليه كتاب الوثيقة فقالوا نشهد عليك بما فيه فقال نعم إن لهم أن يشهدوا لأن تقديره نعم أشهدوا على بما في الكتاب ولو لم يكن قال نعم ولكنه قال أجزت ذلك فهذا لم يحلف على شئ لأن قوله أجزت ليس بإيجاب والتزام فلا يلزمه شئ فإن قال قد أجزت ذلك على أن دخلت الدار أو قال قد ألزمت نفسي ذلك إن دخلت الدار كان لازماً له لأنه التزم ما قاله فلزمه ولو أن رجلاً قال امرأته زيد طالق فقال زيد قد أجزت لزمه الطلاق وكذلك لو قال قد رضيت ما قال أو ألزمته نفسي لأن هذا ليس بيمين بل هو إيقاع فيقف على الإجازة فأما اليمين فيحتاج إلى الالتزام ليحوز على الحالف وينفذ عليه فلا بد من لفظ الالتزام ولو أن رجلاً قال إن بعث هذا المملوك من زيد فهو حر فقال زيد قد أجزت ذلك أو رضيت ذلك ثم اشتراه لم يعتق لأن الحالف أعتق عبده بشرط فوجد الشرط في غير ملكه فلم يحنث ولا يتعلق بالإجازة حكم لأن البائع لم يوقت اليمين وإنما حلف في ملك نفسه ولو كان البائع قال إن اشتري زيد هذا العبد فهو حر فقال نعم ثم اشتراه عتق عليه لأن البائع لم يوقت اليمين في ملك نفسه وإنما أضافها إلى ملك المشتري فصار عاقد اليمين موقوفة وقد أجازها من وقتت عليه فتمتلك الحكم بها وقال ابن سامة عن أبي يوسف لو أن رجلاً طلق امرأته فقال آخر على مثل ذلك فإن هذا لا يلزم الثاني وكذلك لو قال على مثل هذا الطلاق لأن قوله على مثل ذلك إيجاب الطلاق على نفسه والطلاق لا يحتمل الإيجاب ولو حلف رجل بطلاق امرأته لا يدخل هذه الدار فقال آخر على مثل ذلك إن دخلتها فإن دخلها الثاني لم يلزمه طلاق امرأته لأنه أوجب على نفسه الطلاق إن دخل الدار والطلاق لا يحتمل الإيجاب والإلزام لأنه ليس بقربة فإن أراد بهذا الإيجاب اليمين فليست بطلاق حتى تطلق فإن لم يفعل حتى مات أحدهما حنث لأن النذر إذا أراده اليمين صار كأنه قال لا طلقها ولو قال ذلك لا يحنث حتى يموت أحدهما كذا هذا ولو قال عبدى هذا حر إن دخلت هذه الدار فقال آخر على مثل ذلك إن دخلت هذه الدار فدخل الثاني لم يعتق عبده لأنه أوجب على نفسه بدخول الدار عتقاً غير معين فكان له أن يخرج منه بشراء عبده بعتقه فلا يتعلق العتق بعيده الموجودين لاجتماعه وإذا لم يتعلق بهم لا يلزمه عتق في ذمته لأنه لو لم يلزمه لم يكن ذلك مثل ما فعله الحالف ولو أن رجلاً قال لله على نسمة إن دخلت هذه الدار فقال آخر على مثل ذلك إن دخلت فهذا لازم للاول ولازم للثاني أيهما دخل لزمه نسمة لأن الاول أوجب

عقاف في ذمته وذلك مما يجب بالنذر وإذا أوجب آخر مثله وجب عليه بخلاف الفصل الاول لان ثمة ما أوجب العتق بل علق فلا يكون على الثاني ايجاب لانه ليس بمنى ولو قال كل ما لى هدى وقال آخرو على مثل ذلك فعليه أن يهدى جميع ماله سواء كان أقل من مال الاول أو أكثر إلا أن يعنى مثل قدره فيلزمه مثل ذلك ان كان مال الثاني أكثر وان كان مال الثاني أقل يلزمه في ذمته تمام مال الاول لان مطلق الايجاب يضاف الى هدى جميع ماله كما أوجب الاول فاذا أراد القدر فقد نوى ما يحتمله الكلام فيحمل عليه فان قال رجل كل مال أملك الى سنة فهو هدى فقال آخر على مثل ذلك لم يلزمه شئ لان الثاني لم يضاف الهدى الى الملك فلا تثبت الاضافة بالاضمار والله عز شأنه أعلم (ومنها) أن يكون المنذور به اذا كان مالا مملوك الناذر وقت النذر أو كان النذر مضافا الى الملك أو الى سبب الملك حتى لو نذر بهدى مالا يملكه أو بصدقة مالا يملكه للحال لا يصح لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذرفيما لا يملكه ابن آدم الا اذا أضاف الى الملك أو الى سبب الملك بأن قال كل مال أملكه فيما استقبل فهو هدى أو قال فهو صدقة أو قال كلما اشتريته أو أوثرت فيه يصح عند أصحابنا خلافا للشافعي رحمه الله والصحيح قولنا لقوله عز وجل ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين الى قوله تعالى فأعقبهم نفاقا في قلوبهم الى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون دلت الآية الشريفة على صحة النذر المضاف لان الناذر بنذره عاهد الله تعالى الوفاء بنذره وقد لزمه الوفاء بما عاهد والمؤاخذه على ترك الوفاء به ولا يكون ذلك الا في النذر الصحيح (ومنها) أن لا يكون مفروضا ولا واجبا فلا يصح النذر بشئ من الفرائض سواء كان فرض عين كالصلوات الخمس وصوم رمضان أو فرض كفاية كالجهاد و صلاة الجنازة ولا بشئ من الواجبات سواء كان عيناً كالوتر وصدقة الفطر والعمرة والاضحية أو على سبيل الكفاية كتجهيز الموتى وغسلهم وورد السلام ونحو ذلك لان ايجاب الواجب لا يتصور (وأما) الذي يرجع الى نفس الركن نخلوه عن الاستثناء فان دخله أبطله

﴿فصل﴾ (وأما) حكم النذر فالكلام فيه في مواضع الاول في بيان أصل الحكم والثاني في بيان وقت ثبوته والثالث في بيان كيفية ثبوته أما أصل الحكم فالناذر لا يخلو من أن يكون نذرو سمي أو نذر ولم يسم فان نذرو سمي فحكمه وجوب الوفاء بما سمي بالكتاب العزيز والسنة والاجماع والمعقول (أما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وليوفوا نذورهم وقوله تعالى وأوفوا بالعهدان العهد كان مسؤولاً وقوله سبحانه وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم والنذر نوع عهد من الناذر مع الله جل وعلا فيلزمه الوفاء بما عاهد وقوله جللت عظمتهم وأوفوا بالعقود أى العهد وقوله عز شأنه ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن الى قوله تعالى بما أخلفوا الله ما وعدوه ألزم الوفاء بعهدهم حيث أوعده على ترك الوفاء (وأما) السنة فقول النبي عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله تعالى فليطعه وقوله عليه الصلاة والسلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمي وعلى كلمة ايجاب وقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والناذر شرط الوفاء بما نذر فيلزمه مراعاة شرطه وعليه اجماع الامة (وأما) المعقول فهو أن المسلم يحتاج الى أن يتقرب الى الله سبحانه وتعالى بنوع من القرب المقصودة التي له رخصة تركها لما يتعلق به من المعاقبة الحميدة وهي نيل الدرجات العلى والسعادة العظمى في دار الكرامة وطبقة لا يطاوعه على تحصيله بل يمنعه عنه لما فيه من المضرة الحاضرة وهي المشقة ولا ضرورة في الترك فيحتاج الى اكتساب سبب يخرج عن رخصة الترك ويلحقه بالفرائض الموظفة وذلك يحصل بالنذر لان الوجوب يحمله على التحصيل خوفا من مضرة الترك فيحصل مقصوده فثبت أن حكم النذر الذي فيه تسمية هو وجوب الوفاء بما سمي وسواء كان النذر مطلقاً أو مقيداً بمعلوق بشرط بأن قال ان فعلت كذا ففعل الله حججاً أو عمرة أو صوم أو صلاة أو ما أشبه ذلك من الطاعات حتى لو فعل ذلك يلزمه الذي جعله على نفسه ولم يجز عنه كفارة وهذا قول أصحابنا رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله أن علقه بشرط يريد كونه لا يخرج عنه بالكفارة كما اذا قال ان شفى الله مريضى أو ان قدم غائبى فعلى كذا وان علقه بشرط لا يريد كونه بأن قال ان كلمت فلاناً أو قال ان دخلت الدار فله على

نذراً أو نوى النذر واليمين جميعاً فإن لم يخطر بباله شيء إلا النذر ولا اليمين أو نوى النذر ولم يخطر بباله اليمين أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يميناً يكون نذراً بالاجماع وان نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذراً يكون يميناً ولا يكون نذراً بالاتفاق وان نوى اليمين ولم يخطر بباله النذر أو نوى النذر واليمين جميعاً كان نذراً أو يميناً في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يكون يميناً ولا يكون نذراً والاصل عند أبي يوسف لا يتصور أن يكون الكلام الواحد نذراً ويميناً بل إذا بقي نذراً لا يكون يميناً وإذا صار يميناً لم يبق نذراً وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يجوز أن يكون الكلام الواحد نذراً ويميناً (وجه) قول أبي يوسف أن الصيغة للنذر حقيقة وتحتل اليمين مجازاً المناسبة بينهما يكون كل واحد منهما سبباً لوجوب الكف عن فعل أو الأقدام عليه فإذا ثبت الحقيقة معتبرة لم يثبت المجاز وإذا انقلب مجازاً لم تنق الحقيقة لأن الكلام الواحد لا يشتمل على الحقيقة والمجاز لما بينهما من التنافي إذا الحقيقة من الاسامى ما تقرر في المحل الذي وضع له والمجاز ما جاوز محل وضعه وانتقل عنه إلى غيره لضرب مناسبة بينهما ولا يتصور أن يكون الشيء الواحد في زمان واحد متقراً في محله ومتقللاً عنه إلى غيره (ولهما) أن النذر فيه معنى اليمين لأن النذر وضع لا يجاب الفعل مقصوداً تعظيماً لله تعالى وفي اليمين وجوب الفعل المحلوف عليه إلا أن اليمين ما وضعت لذلك بل لتحقيق الوعد والوعيد ووجوب الفعل لضرورة تحقق الوعد والوعيد لا أنه ثبت مقصوداً باليمين لأنها ما وضعت لذلك وإذا كان وجوب الفعل فيها أمراً لم يكن الفعل واجباً في نفسه ولهذا تعتقد اليمين في الأفعال كلها واجبة كانت أو محظورة أو مباحة ولا يعتقد النذر إلا فيما لله تعالى من جنسه إيجاب ولهذا لم يصح اقتداء الناذر بالناذر لتغاير الواجبين لأن صلاة كل واحد منهما وجبت بنذره فتغاير الواجبين ولم يصح الاقتداء ويصح اقتداء الحالف بالحالف لأن المحلوف عليه إذا لم يكن واجباً في نفسه كان في نفسه نقلاً كان اقتدى المتنفل بالمتنفل فصح وإذا ثبت أن المنذور واجب في نفسه والمحلوف واجب لغيره فلا شك أن ما كان واجباً في حق نفسه كان في حق غيره واجباً فكان معنى اليمين وهو الوجوب لغيره موجوداً في النذر فكان كل نذره معنى اليمين إلا أنه لا يعتبر لوقوع النسبة بوجوبه في حق نفسه عن وجوبه في حق غيره فإذا نواه فقد اعتبره فصار نذراً ويميناً وبه تبين أن ليس هذا من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد لأن المجاز ما جاوز محل الحقيقة إلى غيره لنوع مناسبة بينهما وهذا ليس من هذا القليل بل هو من جعل ما ليس بمعتبر في محل الحقيقة مع وجوده وتقرر معتبراً بالنسبة فلم يكن من باب المجاز والدليل على أنه يجوز اشتغال لفظ واحد على معنيين مختلفين كالكتابة والاعتاق على مال أن كل واحد منهما يشتمل على معنى اليمين ومعنى المعاوضة على ما ذكرنا في كتاب العتاق والمكاتب (وأما) النذر الذي لا تسمية فيه فحكمه وجوب ما نوى أن كان الناذر نوى شيئاً سواه كان مطلقاً عن شرط أو معلقاً بشرط بأن قال لله على نذراً أو قال إن فعلت كذا فله على نذراً فان نوى صوماً أو صلاةً أو حجاً أو عمرة لزمه الوفاء به في المطلق للحال وفي المعلق بالشرط عند وجود الشرط ولا تجز به الكفارة في قول أصحابنا على ما بينا وإن لم تكن له نية فعلية كفارة اليمين غير أنه ان كان مطلقاً بحث للحال وإن كان معلقاً بشرط بحث عند الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام النذر يمين وكفارته كفارة اليمين والمراد منه النذر المبهم الذي لا نية للناذر فيه وسواء كان الشرط الذي علق به هذا النذر مباحاً أو معصية بأن قال إن صمت أو صليت فله على نذري يجب عليه أن يحث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين فرأى غير ما خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه ولو نوى في النذر المبهم صياماً ما ولم ينو عدداً فعلياً صيام ثلاثة أيام في المطلق للحال وفي المعلق إذا وجد الشرط وإن نوى طعاماً ما ولم ينو عدداً فعلياً طعام عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع من حنطة لأنه لو لم يكن له نية لكان عليه كفارة اليمين لما ذكرنا أن النذر المبهم يمين وإن كفارته كفارة يمين بالنص فلما نوى به الصيام انصرف إلى صيام الكفارة وهو صيام ثلاثة أيام وانصرف إلى طعام الكفارة وهو طعام عشرة مساكين ولو قال لله على صدقة فعلياً نصف صاع ولو قال لله على صوم فعلياً صوم يوم ولو قال لله على صلاة فعلياً ركعتان لأن ذلك أدنى ما ورد

الامر به والنذر يعتبر بالامر فاذا لم ينوشيثاً ينصرف الى أدنى ما ورد به الامر في الشرع (وأما) وقت ثبوت هذا الحكم فالنذر لا يخلو اما أن يكون مطلقاً واما أن يكون معلقاً بشرط أو مقيداً بمكان أو مضافاً الى وقت والمندور لا يخلو اما أن كان قربة بدنية كالصوم والصلاة واما أن كان مالية كالصدقة فان كان النذر مطلقاً عن الشرط والمكان والزمان فوقت ثبوت حكمه وهو وجوب المندور به هو وقت وجود النذر فيجب عليه في الحال مطلقاً عن الشرط والمكان والزمان لان سبب الوجوب وجد مطلقاً فيثبت الوجوب مطلقاً وان كان معلقاً بشرط نحو أن يقول ان شفى الله مريضاً أو ان قدم فلان الغائب فله على أن أصوم شهر أو أصلي ركعتين أو أتصدق بدرهم ونحو ذلك فوقته وقت الشرط فلم يوجد الشرط لا يجب بالاجماع ولو فعل ذلك قبل وجود الشرط يكون نقلاً لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وهذا لان تعليق النذر بالشرط هو اثبات النذر بعد وجود الشرط كتعليق الحرية بالشرط اثبات الحرية بعد وجود الشرط فلا يجب قبل وجود الشرط لانعدام السبب قبله وهو النذر فلا يجوز تقديمه على الشرط لانه يكون اداء قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب فلا يجوز كما لا يجوز التكفير قبل الحنث لانه شرط أن يؤديه بعد وجود الشرط فيلزمه مراعاة شرطه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وان كان مقيداً بمكان بان قال الله على أن أصلي ركعتين في موضع كذا أو أتصدق على فقراء بلد كذا يجوز أدائه في غير ذلك المكان عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله لا يجوز الا في المكان المشرط (وجه) قوله أنه أوجب على نفسه الاداء في مكان مخصوص فاذا أدى في غير لم يكن مؤدياً ما عليه فلا يخرج عن عهدة الواجب ولان ايجاب العبد يعتبر بايجاب الله تعالى وما أوجبه الله تعالى مقيداً بمكان لا يجوز أدائه في غيره كالتحر في الحرم والوقوف بعرفة والطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة كذا ما أوجبه العبد (ولنا) ان المقصود والمبتغى من النذر هو التقرب الى الله عز وجل فلا يدخل تحت نذره الا ما هو قربة وليس في عين المكان وانما هو محل اداء القربة فيه فلم يكن بنفسه قربة فلا يدخل المكان تحت نذره فلا يتقيد به فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة وان كان مضافاً الى وقت بان قال الله على أن أصوم رجب أو أصلي ركعتين يوم كذا أو أتصدق بدرهم في يوم كذا فوقت الوجوب في الصدقة هو وقت وجود النذر في قولهم جميعاً حتى يجوز تقديمها على الوقت بلا خلاف بين أصحابنا واختلف في الصوم والصلاة قال أبو يوسف وقت الوجوب فيهما وقت وجود النذر وعند محمد عليه الرحمة وقت مجيء الوقت حتى يجوز تقديمه على الوقت في قول أبي يوسف ولا يجوز في قول محمد رحمه الله (وجه) قول محمد ان النذر ايجاب ما شرع في الوقت نقلاً لا ترى ان النذر بما ليس بمشروع نقلاً وفي وقت لا يتصور كصوم الليل وغيره لا يصح والناذر أوجب على نفسه الصوم في وقت مخصوص فلا يجب عليه قبل مجيئه بخلاف الصدقة لانها عبادة مالية لا تعلق لها بالوقت بل بالمال فكان ذكر الوقت فيه لغوا بخلاف العبادة البدنية (وجه) قول أبي يوسف ان الوجوب ثابت قبل الوقت المضاف اليه النذر فكان الاداء قبل الوقت المذكور اداء بعد الوجوب فيجوز والدليل على تحقق الوجوب قبل الوقت المعين وجهان أحدهما ان العبادات واجبة على الدوام بشرط الامكان وانتفاء الحرج بالنصوص والمعقول (أما) النصوص فقوله عز شأنه يا أيها الناس اعبدوا ربكم وافعلوا الخير وقوله تعالى اعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً ونحو ذلك (وأما) المعقول فهو ان العبادة ليست الا خدمة المولى وخدمة المولى على العبد مستحقة والتبرع من العبد على المولى محال والعبودية دائمة فكان وجوب العبادة عليه دائماً ولان العبادات وجبت شكراً للنعمة والنعمة دائمة فيجب أن يكون شكرها دائماً حسب دوام النعمة الا ان الشرع رخص للعبد تركها في بعض الاوقات فاذا نذر فقد اختار العزيمة وترك الرخصة فيعود حكم العزيمة كالمسافر اذا اختار صوم رمضان فصام سقط عنه القرض لان الواجب عليه هو الصوم الا أنه رخص له تركه لعذر السفر فاذا صام فقد اختار العزيمة وترك الرخصة فعاد حكم العزيمة لهذا المعنى كان الشرع في ثقل العبادة للزوم في الحقيقة بما ذكرنا من الدلائل بالشرع الا أنه لما شرع فقد اختار العزيمة وترك الرخص فعاد حكم العزيمة كذا في النذر والثاني أنه وجه سبب الوجوب للحال وهو

النذر وانما الاجل ترفيه يترفع به في التأخير فاذا عجل فقد أحسن في اسقاط الاجل فيجوز كفاي الإقامة في حق المسافر
لصوم رمضان وهذا لان الصيغة صيغة إيجاب أعني قوله لله على أن أصوم والاصل في كل لفظ موجود في زمان
اعتباره فيه فيا يقتضيه في وضع اللغة ولا يجوز ابطاله ولا تغييره الى غير ما وضع له الا بدليل قاطع أو ضرورة داعية
ومعلوم أنه لا ضرورة الى ابطال هذه الصيغة ولا الى تغييرها ولا دليل سوى ذكر الوقت وأنه محتمل قديذ كر
للوجوب فيه كفاي باب الصلاة وقد يذ كر لصحة الاداء كفاي الحج والاضحية وقد يذ كر للترفيه والتوسعة كفاي
وقت الإقامة للمسافر والحول في باب الزكاة فكان ذكر الوقت في نفسه محتملا فلا يجوز ابطال صيغة الإيجاب
الموجودة للحال مع الاحتمال فبقيت الصيغة موجبة و ذكر الوقت للترفيه والتوسعة كيلا يؤدي الى ابطال الثابت بيقين
الى أمر محتمل وبه تبين ان هذا ليس بإيجاب صوم رجب عينا بل هو إيجاب صوم مقدر بالشهر أى شهر كان فكان
ذكر رجب لتقرير الواجب لا للتعين فإى شهر اتصل الاداء به تعين ذلك الشهر للوجوب فيه وان لم يتصل به الاداء
الى رجب تعين رجب للوجوب الاداء فيه فكان تعيين كل شهر قبل رجب باتصال الاداء به وتعيين رجب بمجيئه قبل
اتصال الاداء بشهر قبله كفاي باب الصلاة انها تحجب في جزء من الوقت غير عين وانما تعين الوجوب بالشروع ان شرع
فيها وان لم يشرع الى آخر الوقت تعين آخر الوقت للوجوب وهو الصحيح من الاقوال على ما عرف في أصول
الفقه وكفاي النذر المطلق عن الوقت وسائر الواجبات المطلقة عن الوقت من قضاء رمضان والكفارة وغيرهما انها
تجب في مطلق الوقت في غير عين وانما تعين الوجوب اما باتصال الاداء به واما بآخر العمر اذا صار الى حال لو لم يؤد لقات
بالموت (وأما) كيفية ثبوته فالنذر لا يخلو اما أن أضيف الى وقت مبهم واما أن أضيف الى وقت معين فان أضيف
الى وقت مبهم بان قال لله على أن أصوم شهرا ولا نية له فكذلك هو حكم الامر المطلق عن الوقت واختلف اهل الاصول
في ذلك ان حكمه وجوب الفعل على الفور أم على التراخي حكى الكرخي رحمه الله عن أصحابنا أنه على الفور وروى ابن
شجاع البلخي عن أصحابنا أنه يجب وجوباً موسعاً فظهر الاختلاف بين أصحابنا في الحج فعند أبي يوسف يجب
على الفور وعند محمد على التراخي وروى عن أبي حنيفة عليه الرحمة مثل قول أبي يوسف وقال عامة مشايخنا بما وراء
النهر انه على التراخي وتفسير الواجب على التراخي عندهم انه يجب في جزء من عمره غير عين واليه خيار التعيين ففي أى
وقت شرع فيه تعين ذلك الوقت للوجوب وان لم يشرع بتضييق الوجوب في آخر عمره اذا بقي من آخر عمره قدر ما
يمكنه الاداء فيه بغالب ظنه حتى لو مات قبل الاداء يأثم بتركه وهو الصحيح لان الامر بالفعل مطلق عن الوقت فلا
يجوز تقييده الا بدليل فكذلك النذر لان النصوص المقتضية لوجوب الوفاء بالنذر مطلقة عن الوقت فلا يجوز تقييدها
الا بدليل وكذا سبب الوجوب وهو النذر وجد مطلقاً عن الوقت والحكم يثبت على وفق السبب فيجب عليه ان
يصوم شهرا من عمره غير عين وخيار التعيين اليه الى ان يغلب على ظنه القوت لو لم يصم فيضييق الوقت حينئذ وكذا
حكم الاعتكاف المضاف الى وقت مبهم بان قال لله على ان اعتكف شهرا ولا نية له وهذا بخلاف اليمين بالكلام بأن
قال والله لا أكلم فلانا شهرا انه يتعين الشهر الذي يلي اليمين وكذا الاجارة بأن أجر داره أو عبده شهرا فانه يتعين الشهر
الذي يلي العقد لانه أضاف النذر الى شهر منكر والصرف الى الشهر الذي يلي النذر يعين المنكر ولا يجوز تعيين المنكر
الا بدليل هو الاصل وقد قام دليل التعيين في باب اليمين والاجارة لان غرض الخالف منع نفسه عن الكلام والانسان
انما يمنع نفسه عن الكلام مع غيره لاهائه والاستخفاف به لداع يدعو الى ذلك الحال والاجارة تنعقد للحاجة الى
الانتفاع بالمستأجر والحاجة قائمة عقيب العقد فتعين الزمان المتعقب للعقد لثبوت حكم الاجارة ويجوز تعيين المبهم عند
قيام الدليل المعين ولو نوى شهرا معينا صحت نيته لا نه نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه ثم في النذر المضاف الى
وقت مبهم اذا عين شهر للصوم فهو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق بخلاف الاعتكاف انه اذا عين شهر للاعتكاف
فلا بد وأن يعتكف متتابعاً في النهار والليالي جميعاً لأن الإيجاب في النوعين حصل مطلقاً عن صفة التتابع إلا أن في

ذات الاعتكاف ما يوجب التتابع وهو كونه لبثاً على الدوام فكان مبناه على الاتصال واللبالي والنهر قابلة لذلك فلا بد من التتابع ومبنى الصوم ليس على التتابع بل على التفریق لما بين كل يومين ما لا يصلح له وهو الليل فبقى له الخيار وان أضيف الى وقت معين بأن قال الله على أن أصوم غداً يجب عليه صوم الغد وجوباً مضيئاً ليس له رخصة التأخير من غير عذر وكذا اذا قال الله على صوم رجب فلم يصم فيما سبق من الشهر وعلى رجب حتى هم رجب لا يجوز له التأخير من غير عذر لانه اذا لم يصم قبله حتى جاء رجب تعين رجب لوجوب الصوم فيه على التضييق فلا يباح له التأخير ولو صام رجب وأفطر منه يوماً لا يلزمه الاستقبال ولكنه يقضى ذلك اليوم من شهر آخر بخلاف ما اذا قال الله على أن أصوم شهرًا متتابعاً أو قال أصوم شهر أو نوى التتابع فأفطر يوماً انه يستقبل لأن هناك أوجب على نفسه صوماً موصوفاً بصفة التتابع وصح الإيجاب لأن صفة التتابع زيادة قرباً لما يلحقه بمواعينهم من زيادة مشقة وهي صفة معتبرة شرعاً ورد الشرع بها في كفارة القتل والظهار والافطار والممين عندنا فيصح التزامه بالنذر فيلزمه كما ألزم فاذا ترك فلم يأت بالملتزم فيستقبل كما في صوم كفارة الظهار والقتل فأما هنا فما أوجب على نفسه صوماً متتابعاً وانما وجب عليه التتابع لضرورة تجاؤرا لا يام لان أيام الشهر متجاورة فكانت متتابعة فلا يلزمه الا قضاء ما أفطر كما لو أفطر يوماً من رمضان لا يلزمه الا قضاؤه وان كان صوم شهر رمضان متتابعاً بما قلنا كذا هذا ولا نالوا زمنه الاستقبال لوقوع أكثر الصوم في غير ما أضيف اليه النذر ولو أنهم وقضى يوماً كان مؤدياً أكثر الصوم في الوقت المعين فكان هذا أولى ولو أفطر رجب كله قضى في شهر آخر لانه فوت الواجب عن وقته فصاردنا عليه والدين مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولهذا وجب قضاء رمضان اذا فات عن وقته ولأن الوجوب عند النذر بإيجاب الله عز شأنه فيعتبر بالإيجاب المبتدأ وما أوجبه الله تعالى عز شأنه على عباده ابتداء لا يسقط عنه الا بالاداء أو بالقضاء كذا هذا والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿كتاب الكفارات﴾

الكلام في الكفارات في مواضع في بيان أنواعها وفي بيان وجوب كل نوع وفي بيان كيفية وجوبه وفي بيان شرط وجوبه وفي بيان شرط جوازه (أما) الاول فالكفارات المصروفة في الشرع خمسة أنواع كفارة اليمين وكفارة الحلق وكفارة القتل وكفارة الظهار وكفارة الافطار والكل واجبة الا أن أربعة منها عرف وجوبها بالكتاب العزيز وواحدة منها عرف وجوبها بالسنة (أما) الاربعة التي عرف وجوبها بالكتاب العزيز فكفارة اليمين وكفارة الحلق وكفارة القتل وكفارة الظهار قال الله تعالى عز شأنه في كفارة اليمين لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم اذا حلقتهم والكفارة في عرف الشرع اسم للواجب وقال جل شأنه في كفارة الحلق فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك أي فعلية فدية من صيام أو صدقة أو نسك وقال تعالى في كفارة القتل ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبته مؤمنة الى قوله تعالى فان كان من قوم عدولكم وهو مؤمن فتحرير رقبته مؤمنة وان كان من قوم يئسكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبته مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله أي فعلية تحرير رقبته مؤمنة وعليه ذلك وعليه صوم شهرين متتابعين لان صيغته وان كانت صيغة الخبر لكن لو حمل على الخبر لادى الى الخلف في خبر من لا يحتمل خبره الخلف فيحمل على الإيجاب والامر بصيغة الخبر كثير النظير في القرآن قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن أي ليرضعن وقال عز شأنه والمطلقات يتربصن بأنفسهن أي ليستربصن ونحو ذلك وقال الله تعالى في كفارة الظهار والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبته من قبل أن يتماسا الى قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل

أن يتم سافن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا أى فعلهم ذلك لما قلنا (وأما) كفارة الافطار فلاذ كرها في الكتاب العزيز وإنما عرف وجوبها بالسنة وهو ما روى أن اعرابا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله هلكت وأهلك فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا صنعت فقال واقعت امرأتى في شهر رمضان متعمدا فقال النبي عليه الصلاة والسلام أعتق رقبة قال ليس عندي ما أعتق فقال له عليه الصلاة والسلام صم شهرين متتابعين قال لا أستطيع فقال له عليه الصلاة والسلام اطعم ستين مسكينا فقال لا أجد ما أطعم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمرق فيه خمسة عشر صاعا من تمر فقال خذها وافرقتها على المساكين فقال أعلى أهل بيت أحوج منى والله ما بين لا بقى المدينة أحد أحوج منى ومن عيالى فقال له النبي عليه الصلاة والسلام كلها وأطعم عيالك تجزيك ولا تجزى أحد بعدك وفي بعض الروايات ان الاعرابي لما قال ذلك تبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى بدت نواجذه ثم قال عليه الصلاة والسلام كلها وأطعم عيالك تجزيك ولا تجزى أحد بعدك فقد أمر عليه الصلاة والسلام بالاعتاق ثم بالصوم ثم بالاطعام ومطلق الامر محمول على الوجوب والله عز شأنه أعلم

فصل وأما بيان كيفية وجوب هذه الأنواع فلو جوبها كيفيتان احدهما ان بعضها واجب على التعمين مطلقا وبعضها على التخيير مطلقا وبعضها على التخيير في حال والتعمين في حال (أما) الاول فكفارة القتل والظهار والافطار لان الواجب في كفارة القتل التحريم على التعمين لقوله عز شأنه ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله جل شأنه فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين والواجب في كفارة الظهار والافطار ما هو الواجب في كفارة القتل وزيادة الاطعام اذا لم يستطع الصيام لقوله عز شأنه فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وكذا الواجب في كفارة الافطار لما روي من الحديث (وأما) الثاني فكفارة الحلق لقوله عز شأنه فقدية من صيام أو صدقة أو نسك وأما الثالث فهو كفارة العمين لان الواجب فيها أحد الاشياء الثلاثة باختياره فعلا غير عين وخيار التعمين الى الخالف يعين أحد الاشياء الثلاثة باختياره فعلا وهذا مذهب أهل السنة والجماعة في الامر بأحد الاشياء انه يكون أمرا بواحد منها غير عين ولما مور خيار التعمين وقالت المعتزلة يكون أمرا بالكل على سبيل البدل وهذا الاختلاف بناء على أصل مختلف بيننا وبينهم معروف يذكروا في أصول الفقه والصحيح قولنا لان كلمة أو اذا دخلت بين أفعال يراد بها واحد منها لا الكل في الاخبار واليجاب جميعا يقال جاء في زيد أو عمرو ويراد به مجيء أحدهما ويقول الرجل لا آخر بع هذا أو هذا ويكون توكيلا ببيع أحدهما فالقول بوجوب الكل يكون عدولا عن مقتضى اللغة ولدلائل آخر عرفت في أصول الفقه فان لم يجد شيئا من ذلك فعليه صيام ثلاثة أيام على التعمين لقوله عز شأنه فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيما نكح اذا حلقت والثانية أن الكفارات كلها واجبة على التراخي هو الصحيح من مذهب أصحابنا في الامر المطلق عن الوقت حتى لا يأنهم بالتأخير عن أول أوقات الامكان ويكون مؤديلا قاضيا ومعنى الوجوب على التراخي هو أن يجب في جزء من عمره غير عين وإنما يتعمين بتعيينه فعلا أو في آخر عمره بأن أخره الى وقت يغلب على ظنه انه لو لم يؤد فيه لفات فاذا أدى فقد أدى الواجب وان لم يؤد حتى مات أتم لتضييق الوجوب عليه في آخر العمر وهل يؤخذ من تركته ينظر ان كان لم يوص لا يؤخذ ويستقطب في حق أحكام الدنيا عندنا كالزكاة والنذر ولو تبرع عنه ورثته جاز عنه في الاطعام والكسوة وأطعموا في كفارة العمين عشرة مساكين أو كسوتهم وفي كفارة الظهار والافطار أطعموا ستين مسكينا ولا يجبرون عليه ولا يجوز أن يعتموا عنه لان التبرع بالاعتاق عن الغير لا يصح ولا أن يصوموا عنه لانه عبادة بدنية محضة فلا تجزى فيه النيابة وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد وان كان أوصى بذلك يؤخذ من ثلث ماله فيطعم الوصى في كفارة العمين عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة لانه لما أوصى فقد بقي ملكه في ثلث ماله وفي كفارة القتل والظهار والافطار تحرير رقبة ان بلغ ثلث ماله قيمة الرقبة وان لم يبلغ أطعم ستين مسكينا في كفارة الظهار والافطار ولا يجب الصوم فيها وان أوصى لان الصوم نفسه لا يحتمل النيابة ولا

ولا يجوز القداء عنه بالطعام لانه في نفسه بدل والبدل لا يكون له بدل ولو أوصى أن يطعم عنه عشرة مساكين عن كفارة عيته ثم مات فغدى الوصى عشرة ثم ماتوا يستأنف فيغدى ويمشى غيرهم لانه لا سبيل الى تفريق القداء والعشاء على شخصين لما ذكر ولا يضمن الوصى شيئاً لانه غير متعد لا صانع له في الموت ولو قال أطعموا عني عشرة مساكين غداء وعشاء ولم يسم كفارة فغداً وعشرة ثم ماتوا يمضوا عشرة غيرهم لانه لم يأمر بذلك على وجه الكفارة ألا ترى انه لم يسم كفارة فكان سببه النذر فجاز التفريق والله تعالى عز شأنه أعلم

فصل وأما شرائط وجوب كل نوع فكل ما هو شرط انعقاد سبب وجوب هذه الكفارة من اليمين والظهار والافطار والقتل فهو شرط وجوبها لان الشروط كلها شروط العلل عندنا وقد ذكرنا ذلك في كتاب الايمان والظهار والصوم والجنائيات ومن شرائط وجوبها القدرة على أداء الواجب وهذا شرط معقول لا استحالة وجوب فعل بدون القدرة عليه غير أن الواجب اذا كان معيناً تشترط القدرة على أدائه عينا كما في كفارة القتل والظهار والافطار فلا يجب التحريم فيها الا اذا كان واجداً للرقبة وهو أن يكون له فضل مال على كفايته يؤخذ به رقبة صالحة للتكفير فان لم يكن لا يجب عليه التحريم لقوله جل وعلا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين شرط سبحانه وتعالى عدم وجدان الرقبة لوجوب الصوم فلو لم يكن الوجود شرط الوجوب التحريم وكان يجب عليه وجداً ولم يجد لم يكن لشروط عدم وجدان الرقبة لوجوب الصوم معنى فدل ان عدم الوجود شرط الوجوب فاذا كان في ملكه رقبة صالحة للتكفير يجب عليه تحريمها سواء كان عليه دين أو لم يكن لانه واجد حقيقة فكذا اذا لم يكن في ملكه عین رقبة وله فضل مال على كفايته يجب رقبة صالحة للتكفير لانه يكون واجداً من حيث المعنى فأما اذا لم يكن له فضل مال على قدر كفايته ما يتوصل به الى الرقبة ولا في ملكه عين الرقبة لا يجب عليه التحريم لان قدر الكفارة مستحق الصرف الى حاجته الضرورية والمستحق كالمصروف فكان ملحقاً بالعدم كالماء المحتاج اليه للشرب في السفر حتى يباح له التيمم ويدخل تحت قوله عز شأنه فان لم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً وان كان موجوداً حقيقة لكنه لما كان مستحق الصرف الى الحاجة الضرورية الحلق بالعدم شرعاً كذا هذا وان كان الواجب واحداً منها كما في كفارة اليمين تشترط القدرة على أداء الواجب على الابهام وهو أن يكون في ملكه فضل على كفايته ما يجده أحد الاشياء الثلاثة لانه يكون واجداً معنى أو يكون في ملكه واحد من المنصوص عليه عينا من عبد صالح للتكفير أو كسوة عشرة مساكين أو اطعام عشرة مساكين لانه يكون واجداً حقيقة وكذا لا يجب الصيام ولا الاطعام فيما للطعام فيه مدخل الاعلى القادر عليهما لان ايجاب الفعل على العاجز ممتنع وقوله عز اسمه في كفارة الظهار فن لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً شرط سبحانه وتعالى عدم استطاعة الصيام لوجوب الاطعام فدل ان استطاعة الصوم شرط لوجوبه ولا يجب على العبد في انواع كلها الا الصوم لانه لا يقدر الا عليه لانه ليس من أهل ملك المال لانه مملوك في نفسه فلا يملك شيئاً ولو اعتق عنه موله أو أطعم أو كسا لا يجوز لانه لا يملك وان ملك وكذا المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم وكذا المستسعى في قول أبي حنيفة رضي الله عنه لانه بمنزلة المكاتب (ومنها) العجز عن التحريم عينا في انواع الثلاثة شرط لوجوب الصوم فيها لقوله عز شأنه في كفارة القتل والظهار فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين أي من لم يجد رقبة شرط سبحانه وتعالى عدم وجود الرقبة لوجوب الصوم فلا يجب الصوم مع القدرة على التحريم (وأما) في كفارة اليمين فالعجز عن الاشياء الثلاثة شرط لوجوب الصوم فيها لقوله تعالى فن لم يجد فصيام ثلاثة أيام أي فن لم يجد واحداً منها فعليه صيام ثلاثة أيام فلا يجب الصوم مع القدرة على واحد منها (وأما) العجز عن الصيام فشرط لوجوب الاطعام فيما للاطعام فيه مدخل لقوله جل وعلا فن لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً أي من لم يستطع الصيام فعليه اطعام ستين مسكيناً فلا يجب الاطعام مع استطاعة الصيام ثم اختلف في ان المعتبر هو القدرة والعجز وقت الوجوب أم وقت الاداء قال أصحابنا رحمهم الله وقت الاداء وقال الشافعي رحمه الله وقت الوجوب حتى لو كان

موسراً وقت الوجوب ثم أعسر جازله الصوم عندنا وعندنا لا يجوز ولو كان على القلب لا يجوز عندنا وعندنا يجوز (وجه) قوله أن الكفارة وجبت عقوبة فيعتبر فيها وقت الوجوب كالحد فان العبد اذا زان ثم أعتق يقيم عليه حد العبيد (والدليل) على أنها وجبت عقوبة أن سبب وجوبها الجنائية من الظهار والقتل والافطار والحنث وتعليق الوجوب بالجنائية تعليق الحكم بوصف مناسب مؤثر في حال عليه وربما قالوا هذا ضمان يختلف باليسار والاعسار فيعتبر فيه حال الوجوب كضمان الاعتاق (ولنا) أن الكفارة عبادة لها بدل ومبدل فيعتبر فيها وقت الاداء لا وقت الوجوب كالصلاة بان فاتته صلاة في الصحة فقضاه في المرض قاعداً أو بالايام انه يجوز (والدليل) على أنها عبادة وان لها بدلا أن الصوم بدل عن التكفير بالمال والصوم عبادة وبدل العبادة عبادة وكذا يشترط فيها النية وانها لا تشترط الا في العبادات واذا ثبت أنها عبادة لها بدل ومبدل فهذا يوجب أن يكون المعتبر فيها وقت الاداء لا وقت الوجوب لانه اذا يسر قبل الشرع في الصيام أو قبل تمامه فقد قدر على المبدل قبل حصول المقصود بالبدل فيبطل البدل وينتقل الامر الى المبدل كالتييم اذا وجد الماء قبل الشرع في الصلاة أو بعده قبل الفراغ منها عندنا وكالصغيرة اذا اعتدت بشهر ثم حاضت انه يبطل الاعتداد بالشهر وينتقل الحكم الى الحيض واذا أعسر قبل التكفير بالمال فقد عجز عن المبدل قبل حصول المقصود به وقدر على تحصيله بالبدل كواجد الماء اذا لم يتوضأ حتى مضى الوقت ثم عدم الماء ووجد تراباً نظيفاً انه يجوز له أن يتيمم ويصلي بل يجب عليه ذلك كذا ههنا بخلاف الحدود لأن الحد ليس بعبادة مقصودة بل هو عقوبة ولهذا لا يفتقر الى النية وكذا لا بد له لأن حد العبيد ليس بدلا عن حد الاحرار بل هو أصل بنفسه ألا ترى انه يحل العبد مع القدرة على حد الاحرار ولا يجوز المصير الى البدل مع القدرة على المبدل كالتراب مع الماء وغير ذلك بخلاف الصلاة اذا وجبت على الانسان وهو مقيم ثم سافر أو مسافر ثم أقام انه يعتبر في قضائها وقت الوجوب لأن صلاة المسافر ليست بدلا عن صلاة المقيم ولا صلاة المقيم بدل عن صلاة المسافر بل صلاة كل واحد منهما أصل بنفسها ألا ترى انه يصلي احدهما مع القدرة على الاخرى وبخلاف ضمان الاعتاق لانه ليس بعبادة وكذا السعاية ليست ببديل عن الضمان على أصل أبي حنيفة رحمه الله لأن الشريك مخير عندهم بين التضمين والاستسعاء ولا يخير بين البدل والمبدل في الشريعة (وأما) قوله أن سبب وجوب الكفارة الجنائية فمنع بل سبب وجوبها ما هو سبب وجوب التوبة اذ هي أحد نوعي التوبة وانما الجنائية شرط كفاي التوبة هذا قول المحققين من مشايخنا وعلى هذا يخرج ما اذا وجب عليه التحريم أو أحد الاشياء الثلاثة بان كان موسراً ثم أعسر انه يحجز به الصوم ولو كان معسراً ثم أيسر لم يحجزه الصوم عندنا وعند الشافعي لا يحجز به في الاول ويحجز به في الثاني لأن الاعتبار لوقت الاداء عندنا لا لوقت الوجوب وهو في الاول يعتبر وقت الاداء فوجد شرط جواز الصوم وجوبه وهو عدم الرقبة فجاز بل وجب وفي الثاني لم يوجد الشرط فلم يحجز وعنده لما كان المعتبر وقت الوجوب فإرعى وجود الشرط للجواز وعدمه وقت الوجوب ولم يوجد في الاول ووجد في الثاني ولو شرع في الصوم ثم أيسر قبل تمامه لم يحجز صومه ذكر هذا في الاصل بلغنا ذلك عن عبد الله بن عباس وابراهيم لما ذكرنا انه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فلا يعتبر البدل والافضل أن يتم صوم ذلك اليوم فلو أفطر لا يلزمه القضاء عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله يقضى وأصل هذه المسئلة في كتاب الصوم وهو من شرع في صوم على ظن انه عليه ثم تبين أنه ليس عليه فالأفضل له أن يتم الصوم ولو أفطر فهو على الاختلاف الذي ذكرنا وعلى قياس قول الشافعي رحمه الله يمضي على صومه لأن العبرة في باب الكفارات لوقت الوجوب عنده ووقت الوجوب كان معسراً ولو أيسر بعد الاتمام جاز صومه لانه قدر على المبدل بعد حصول المقصود بالبدل فلا يبطل البدل بخلاف الشيخ الثاني اذا أدى ثم قدر على الصوم انه تبطل القدية ويلزمه الصوم لأن الشيخ الثاني هو الذي لا ترجى له القدرة على الصوم فاذا قدر تبين انه لم يكن شيخاً فانياً ولأن القدية ليست ببديل مطلق لانها ليست بمثل للصوم صورة ومعنى فكانت بدلا ضرورياً وقد ارتفعت الضرورة فبطلت القدرة

فاما الصوم فبدل مطلق فلا يبطل بالقدرة على الاصل بعد حصول المقصود به والله عز شأنه أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرط جواز كل نوع فاجوز هذه الانواع شرائط بعضها يعم الانواع كلها وبعضها يخص البعض دون البعض (أما) الذي يعم الكل فنية الكفارة حتى لا تتأدى بدون النية والكلام في النية في موضعين أحدهما في بيان ان نية الكفارة شرط جوازها والثاني في بيان شرط صحة النية (أما) الاول فلان مطلق الفعل يحتمل التكفير ويحتمل غيره فلا بد من التعيين وذلك بالنية ولهذا لا يتأدى صوم الكفارة بمطلق النية لان الوقت يحتمل صوم الكفارة وغيره فلا يتعين الا بالنية كصوم قضاءه رمضان وصوم النذر المطلق ولو أعتق رقبة واحدة عن كفارتين فلا شك انه لا يجوز عنهما جميعا لان الواجب عن كل كفارة منهما اعتاق رقبة كاملة ولم يوجد وهل يجوز عن احدهما فالكفارتان الواجبتان لا يخلو (أما) ان وجبتا بسببين من جنسين مختلفين واما ان وجبتا بسببين من جنس واحد (فان) وجبتا بسببين من جنسين مختلفين كالقتل والظهار فأعتق رقبة واحدة ينوي عنهما جميعا لا يجوز عن احدهما بلا خلاف بين أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله يجوز (وان) وجبتا بسببين من جنس واحد كظهارين أو قتلين يجوز عن احدهما عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله استحسانا وهو قول الشافعي رحمه الله والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله وهذا الاختلاف مبني على ان نية التعمين والتوزيع هل تقع معتبرة أم تقع لغواً فعند أصحابنا معتبرة في الجنسين المختلفين وعند الشافعي رحمه الله لغو فيهما جميعا (وأما) في الجنس الواحد فهي لغو عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وعند زفر معتبرة قياساً (أما) الكلام مع الشافعي فوجه قوله ان الكفارات على اختلاف أسبابها جنس واحد ونية التعمين في الجنس الواحد لغو لما ذكر (ولنا) ان التعمين في الاجناس المختلفة محتاج اليه وذلك بالنية فكان نية التعمين محتاجا اليها عند اختلاف الجنس فصادت النية محلها فصحت ومتى صحت أوجبت انقسام عين رقبة واحدة على كفارتين فيقع عن كل واحد منهما عتق نصف رقبة فلا يجوز لا عن هذه ولا عن تلك (وأما) قوله الكفارتان جنس واحد فنعم من حيث هما كفارة لكنهما مختلفا سببا وقد راو صفة (أما) السبب فلا شك فيه (وأما) القدر فان الطعام يدخل في احدهما وهي كفارة الظهار ولا يدخل في الاخرى وهي كفارة القتل (وأما) الصفة فان الرقبة في كفارة الظهار مطلقة عن صفة الايمان وفي كفارة القتل مقيدة بها واذا اختلفا من هذه الوجوه كان التعمين بالنية محتاجا اليه فصادت النية محلها فصحت فانقسم عتق رقبة بينهما فلم يحجز عن احدهما حتى لو كانت الرقبة كافرة وتمذر صرفها الى الكفارة للقتل انصرفت بالكلية الى الظهار وجازت عنه كذا قال بعض مشايخنا بما وراء النهر (ونظيره) ما اذا جمع بين امرأة وابنتها أو أمها وأختها وتزوجهما في عقدة واحدة فان كانتا فارغتين لا يجوز وان كانت احدهما منكوحه والاخرى فارغة يجوز نكاح الفارغة (وأما) الكلام بين أصحابنا فوجه القياس في ذلك انه أوقع عتق رقبة واحدة عن كفارتين على التوزيع والانقسام فيقع عن كل واحدة منهما عتق نصف رقبة فلا يجوز عن واحدة منهما لان المستحق عليه عن كل واحدة منهما اعتاق رقبة كاملة ولم يوجد وبهذا لم يحجز عن احدهما عند اختلاف الجنس (ولنا) ان نية التعمين لم تصادف محلها لان محلها الاجناس المختلفة اذ لا تقع الحاجة الى التعمين الا عند اختلاف الجنس فاذا اتحد الجنس لم تقع الحاجة اليها فلفت نية التعمين وبقي أصل النية وهي نية الكفارة فتقع عن واحدة منهما كما في قضاء صوم رمضان اذا كان عليه صوم يومين فصام يوما ينوي قضاء صوم يومين تلغو نية التعمين وبقيت نية ما عليه كذا هذا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان باختلاف الجنس تقع الحاجة الى التعمين فلا تلغو نية التعمين بل تعتبر ومتى اعتبرت يقع عن كل جنس نصف رقبة فلا يجوز عنه كما اذا كان عليه صوم يوم من قضاء رمضان وصوم يوم من كفارة اليمين فنوى من الليل أن يصوم غدا عنهما كانت نية التوزيع معتبرة حتى لا يصير صائما عن أحدهما لان الانقسام يمنع من ذلك والله تعالى أعلم ولو أطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا من حنطة عن ظهارين لم يحجز الا عن أحدهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لم يحجز به عنهما وقال زفر رحمه الله لم يحجز به

عنهما وكذلك لو أطمع عشرة مسكين كل مسكين صاعاً عن يمينين فهو على هذا الاختلاف ولو كانت الكفارتان من جنسين مختلفين جاز فيهما بالاجماع (وأما) وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلماذا ذكرنا أن أصل أصحابنا الثلاثة أن الكفارتين إذا كانتا من جنس واحد لا يحتاج فيهما إلى نية التعيين بل تلغو نية التعيين ههنا و يبقى أصل النية وهونية الكفارة يدفع ستين صاعاً إلى ستين مسكيناً من غير تعيين أن نصفه عن هذا ونصفه عن ذلك ولو لم يعين لم يحجز إلا عن أحدهما كذا هذا إلا أن محمداً يقول إن نية التعيين إنما تبطل لأنه لا فائدة فيها وههنا في التعيين فائدة وهي جواز ذلك عن الكفارتين فوجب اعتبارها ويقول أطعام ستين مسكيناً يكون عن كفارة واحدة والكفارة الواحدة منهما مجهول ولهذا قال إذا اعتقر رقة واحدة عنهما لا يجوز عن واحدة منهما بخلاف ما إذا كانت الكفارتان من جنسين لأنه قد صحح من أصل أصحابنا جميعاً أن نية التعيين عند اختلاف الجنس معتبرة وإذا صحح التعيين والمؤدى يصلح عنهما جميعاً وقع المؤدى عنهما فجاز عنهما جميعاً والله تعالى أعلم (وأما) شرط جواز النية فهو أن تكون النية مقارنة لفعل التكفير فإن لم تقارن الفعل رأساً ولم تقارن فعل التكفير بأن تأخرت عنه لم يحجز لأن اشتراط النية لتعيين المحتمل وإيقاعه على بعض الوجوه ولن يتحقق ذلك إلا إذا كانت مقارنة للفعل ولأن النية هي الإرادة والإرادة مقارنة للفعل كالقدرة الحقيقية لأن بها يصير الفعل اختيارياً وعلى هذا يخرج ما إذا اشتري أباه أو ابنه ينوي به العتق عن كفارة يمينه أوظهاره أو أظهاره أو قتله أجزأه عندنا استحساناً والقياس أن لا يحجز به وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله بناء على أن شراء القريب اعتاق عندنا فإذا اشتراه ناوياً عن الكفارة فقد قارنت النية الاعتاق فجاز وعندهما العتق يثبت بالقرابة والشراء شرط فلم تكن النية مقارنة لفعل الاعتاق فلا يجوز (وجه) القياس أن الشراء ليس باعتاق حقيقة ولا مجازاً أما الحقيقة فلا شك في انتفاءه لأن واضع اللغة ما وضع الشراء للاعتاق (وأما) المجاز فلأن المجاز يستدعي المشابهة في المعنى اللازم المشهور في محل الحقيقة ولا مشابهة ههنا أصلاً لأن الشراء تملك والاعتاق إزالة الملك و بينهما مضادة (ولنا) ما روى أبو داود في سننه بإسناد عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لن يحجزى ولد والدا إلا أن يحده مملوكاً فيشتهر به فيعتقه سواه معتقاً عقيب الشراء ولا فعل منه بعد الشراء فعلم أن الشراء وقع اعتاقاً منه عقلاً ووجه ذلك أولم نقل فإذا نوى عند الشراء الكفارة فقد اقترنت النية بفعل الاعتاق فجاز وقولهما الشراء ليس باعتاق حقيقة ممنوع بل هو اعتاق حقيقة لكن حقيقة شرعية لا وضعية والحقائق أنواع وضعية وشرعية وعرفية على ما عرف في أصول الفقه وكذلك إذا وهب له أو وصى له به قبله لا نه يعقب بالقبول فقارنت النية بفعل الاعتاق وإن ورثه ناوياً عن الكفارة لم يحجز لأن العتق ثبت من غير صعبه رأساً فلم يوجد قران النية الفعل فلا يجوز وعلى هذا يخرج ما إذا قال لعبد الغير إن اشتريتك فأنت حر فاشتراه ناوياً عن الكفارة لم يحجز لأن العتق عند الشراء يثبت بالكلام السابق ولم تقارن النية حتى لو قال إن اشتريت فلاناً فهو حر عن كفارة يميني أوظهارى أو غير ذلك يحجز به لقراء النية كلام الاعتاق ولو قال إن اشتريت فلاناً فهو حر عن ظهاري ثم قال بعد ذلك ما اشتريته فهو حر عن كفارة قتلى ثم اشتراه فهو حر عن الظهار لأنه لما قال إن اشتريته فهو حر عن كفارة قتلى فقد أراد فسخ الأول واليمين لا تحتل الفسخ وكذلك لو قال إن اشتريته فهو حر تطوعاً ثم قال إن اشتريته فهو حر عن ظهاري ثم اشتراه كان تطوعاً لأنه بالاول علق عتقه تطوعاً بالشراء ثم أراد بالتالي فسخ الأول واليمين لا يلحقها الفسخ والله عز شأنه أعلم (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فأما كفارة اليمين فيبدأ بالطعام ثم بالكسوة ثم بالتحجير لأن الله تعالى عز شأنه بدأ بالطعام في كتابه الكريم وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام ابدأوا بما بدأ الله به فتقول لجواز الاطعام شرائط بعضها يرجع الى صفة الاطعام وبعضها يرجع الى مقدار ما يطعم وبعضها يرجع الى محل المصروف اليه الطعام أما الذي يرجع الى صفة الاطعام فقد قال أصحابنا انه يجوز فيه التملك وهو طعام الاباحة وهو مروي عن سيدنا علي كرم الله وجهه وجماعة من التابعين مثل محمد بن كعب والقاسم وسالم والشعبي وابراهيم وقتادة ومالك والثوري والازاعي رضي الله عنهم وقال الحكم وسعيد بن

جبير لا يجوز الا التملك وبه أخذ الشافعي رحمه الله فالخصل أن التملك ليس بشرط الجواز الاطعام عندنا بل الشرط
 هو التمكن وانما يجوز التملك من حيث هو تمكين لا من حيث هو تملك وعند الشافعي رحمه الله التملك شرط الجواز
 لا يجوز بدونه (وجه) قوله أن التكفير مفروض فلا بد وان يكون معلوم القدر ليتمكن المكلف من الاتيان به لئلا
 يكون تكليف ما لا يحتمله الوسع وطعام الاباحة ليس له قدر معلوم وكذا يختلف باختلاف حال المسكين من الصغر
 والكبر والجوع والشبع يحققه ان المفروض هو المقدرة إذ القرض هو التقدير يقال فرض القاضى النفقة أى قدر
 قال الله سبحانه وتعالى فنصف ما فرضتم لمن أى قدرتم فطعام الاباحة ليس بمقدر ولان المباح له يأكل على ملك
 المسيح فيهلك المأكل على ملكه ولا كفارة بما يملك في ملك المكفر وبهذا شرط التملك في الزكاة والعشر
 وصدقة الفطر (ولنا) أن النص ورد بلفظ الاطعام قال الله عز شأنه فكفارة اطعام عشرة مساكين والاطعام في
 متعارف اللغة اسم للتمكن من المطعم لا التملك قال الله عز شأنه ويطعمون الطعام على حبه مسكيناً ويتيماً وأسيراً والمراد
 بالاطعام الاباحة لا التملك وقال النبي عليه الصلاة والسلام أفشوا السلام وأطعموا الطعام والمراد منه الاطعام على
 وجه الاباحة وهو الامر المتعارف بين الناس يقال فلان يطعم الطعام أى يدعو الناس الى طعامه والدليل عليه قوله
 سبحانه وتعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم وانما يطعمون على سبيل الاباحة دون التملك بل لا يخطر ببال أحد
 في ذلك التملك فدل أن الاطعام هو التمكن من التطعم الا أنه اذا ملك جازلان تحت التملك تمكيناً لانه اذا ملكه فقد
 مكنه من التطعم والاكل فيجوز من حيث هو تمكين وكذا اشارة النص دليل على ما قلنا لانه قال اطعام عشرة مساكين
 والمسكنة هي الحاجة واختصاص المسكين للحاجة الى كل الطعام دون تملكه تم المسكين وغيره فكان في اضافة
 الاطعام الى المساكين اشارة الى أن الاطعام هو الفعل الذى يصير المسكين به متمكناً من التطعم لا التملك بخلاف
 الزكاة وصدقة الفطر والعشر أنه لا يجوز فيه طعام الاباحة لان الشرع هناك لم يرد بلفظ الاطعام وانما ورد بلفظ الايتاء
 والاداء قال الله تعالى في الزكاة وآتوا الزكاة وقال تعالى في العشر وآتوا حقه يوم حصاده وقال النبي عليه الصلاة
 والسلام في صدقة الفطر أدوا عن كل حر وعبد الحديث والايتاء والاداء يشيران بالتملك على أن المراد من الاطعام
 المذكور في النص ان كان هو التملك كان النص معلولاً بدفع حاجة المسكين وهذا يقتضى جواز التمكن على طريق
 الاباحة بل أولى من وجهين أحدهما أنه أقرب الى دفع الجوع وسد المسكنة من التملك لانه لا يحصل معنى الدفع
 والسد بتملك الحنطة الا بعد طول المدة والا بعد تحمل مؤن فكان الاطعام على طريق الاباحة أقرب الى حصول
 المقصود من التملك فكان أحق بالجواز والثاني أن الكفارة جعلت مكفرة للسيئة بما أعطى نفسه من الشهوة التى لم
 يؤذن له فيها حيث لم يف بالعهد الذى عهد مع الله تعالى عز شأنه فخرج فعله مخرج ناقض العهد ومخلف الوعد فجعلت
 كفارته بما تنفر عنه الطباع وتأنم ويثقل عليها ليدوق ألم اخراج ماله المحبوب عن ملكه فيكفر ما أعطى نفسه من
 الشهوة لانه من وجه أذن له فيها ومعنى تألم الطبع فيما قلنا أكثر لان دعاء المساكين وجمعهم على الطعام وخدمتهم والقيام
 بين أيديهم أشد على الطبع من التصديق عليهم لما جبل طبع الاغنياء على النفرة من الفقراء ومن الاختلاط معهم
 والتواضع لهم فكان هذا أقرب الى تحقيق معنى التكفير فكان تجويز التملك تكفيراً تجويز الطعام الاباحة تكفيراً من
 طريق الاولى (وأما) قوله ان الكفارة مفروضة فلا بد وان تكون معلومة القدر فنقول هي مقدرة بالكفارة لان
 الله عز شأنه فرض هذا الاطعام وعرف المفروض باطعام الاهل بقوله عز شأنه من أوسط ما تطعمون أهليكم فلا بد
 وان يكون الاهل معلوماً والمعلوم من طعام الاهل هو طعام الاباحة دون التملك فدل على أن طعام الاباحة معلوم القدر
 وقدره الكفارة بطعام الاهل فجاز أن يكون مفروضاً كطعام الاهل فيمكنه الخروج عن عهده القرض وأما قوله ان
 الطعام يهلك على ملك المكفر فلا يقع عن التكفير فمنع بل كما صار ما كولا فقد زال ملكه عنه الا أنه يزول لالى أحد
 وهذا يكفي لصيرورته كفارة كالاعتاق (وأما) الذى يرجع الى مقدار ما يطعم فالقدر في التملك هو نصف صاع

من حنطة أو صاع من شعير أو صاع من تمر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي وسيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنهم
 وذكر في الأصل بلغنا عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لير قامولا إني أحلف على قوم لا أعطيهم ثم
 يبدولي فأعطيهم فإذا نأفعلت ذلك فأطعم عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاع من تمر وبلغنا عن
 سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال في كفارة اليمين اطعام عشرة مساكين نصف صاع من حنطة و به قال جماعة من التابعين
 سعيد بن المسيب وسعيد بن جبيرة وإبراهيم ومجاهد والحسن وهو قول أصحابنا رضي الله عنهم وروى عن ابن عباس
 رضي الله عنهما وابن سيدنا عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ومن التابعين عطاء وغيره لكل مسكين مد من حنطة و به
 أخذ مالك والشافعي رحمهما الله والترجيح لقول سيدنا عمر وسيدنا علي وسيدتنا عائشة رضوان الله عليهم لقوله
 تعالى عز اسمه من أوسط ما تطعمون أهليكم والمديس من الأوسط بل أوسط طعام الأهل يزيد على المدي في الغالب
 ولأن هذه صدقة مقدرة بقوت مسكين ليوم فلا تنقص عن نصف صاع كصدقة الفطر والأذى فإن أعطى عشرة
 مساكين كل مسكين مد من حنطة فعليه أن يعيد عليهم مد أمداً فإن لم يقدر عليهم استقبل الطعام لأن المقدار لكل
 مسكين في التملك مدافلاً يجوز أقل من ذلك ويجوز في التملك الدقيق والسويق ويعتبر فيه تمام الكيل ولا يعتبر فيه
 القيمة كالحنطة لأنه حنطة إلا أنه فرقت أجزاؤها بالطحن وهذا التفريق تقرىب إلى المقصود منها فلا تعتبر فيه القيمة
 ويعتبر في تملك المنصوص عليه تمام الكيل ولا يقوم البعض مقام بعض باعتبار القيمة إذا كان أقل من كيله حتى لو
 أعطى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من حنطة لا يجوز لأنه منصوص عليه فيقع عن نفسه لا عن
 غيره فأما الرز والذرة والجوارس فلا يقوم مقام الحنطة والشعير في الكيل لأنه غير منصوص عليه وإنما جوازه
 باعتبار القيمة فتعتبر قيمته كالدرهم والدنانير وهذا عند أصحابنا رحمهم الله وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز إلا إذا عين
 المنصوص عليه ولا يجوز دفع القيم والبدال كما في الزكاة وعندنا يجوز (وجه) قوله إن الله تعالى أمر بالاطعام بقوله جل
 شأنه فكفارته اطعام عشرة مساكين فالقول بجواز أداء القيمة يكون تغيير الحكم النص وهذا لا يجوز (ولنا) ما ذكرنا
 أن اطعام المسكين اسم لفعل يتمكن المسكين به من التطعم في متعارف اللغة لما ذكرنا فاقبل تقدم وهذا يحصل بتمليك القيمة
 فكان تملك القيمة من الفقير اطعاماً له في تناول النص وجواز التملك من حيث هو تمكن لا من حيث هو تملك على ما
 مر أن الاطعام إن كان اسماً للتمليك فجوازه معلول بدفع الحاجة وهو المسئلة عرفنا ذلك بإشارة النص وضرب
 من الاستنباط على ما بينا والقيمة في دفع الحاجة مثل الطعام فورود الشرع بجواز الطعام يكون وروداً بجواز القيمة
 بل أولى لأن تملك الثمن أقرب إلى قضاء حاجة المسكين من تملك عين الطعام لأن به يتوصل إلى ما يختاره من الغذاء
 الذي اعتاد الاغتذاء به فكان أقرب إلى قضاء حاجته فكان أولى بالجواز ولما ذكرنا أن التكفير بالاطعام يحمل
 مكرهه الطبع بازاء ما نال من الشهوة وذلك المعنى يحصل بدفع القيمة ولأن الكفارة جعلت حقاً للمسكين فحقاً أخرج
 من عليه الطعام إلى المستحق بدله وقبله المستحق عن طوع فقد استبدل حقه به فيجب القول بجواز هذا الاستبدال
 بمنزلة التناول في سائر الحقوق (وأما) المقدار في طعام الأباة فكلتان مشبعتان غداء وعشاء وهذا قول عامة العلماء
 وعن ابن سيرين وجابر بن زيد ومكحول وطاوس والشعبي أنه يطعمهم أكلة واحدة وقال الحسن وجبة واحدة
 والصحيح قول العامة لأن الله عز وجل عرف هذا الطعام بطعام الأهل بقوله تعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم
 وذلك أكلتان مشبعتان غداء وعشاء كذا هذا ولأن الله جل شأنه ذكر الأوسط والأوسط ما له حاشيتان متساويتان
 وأقل عدله حاشيتان متساويتان ثلاثة وذلك يحتمل أنواعاً ثلاثة أحدها الوسط في صفات الماء كقول من الجودة
 والرداءة والثاني الوسط من حيث المقدار من السرف والقت والثالث الوسط من حيث أحوال الأكل من مرة
 ومرتين وثلاث مرات في يوم واحد ولم يثبت دليل عقلي ولا يسمي تعيين بعض هذه الأنواع فيحمل على الوسط
 من الكل احتياطاً ليخرج عن عهدة الفرض بيقين وهو أكلتان في يوم بين الجسد والردى والسرف والقت ولأن

أقل الاكل في يوم مرة واحدة وهو المسمى بالوجبة وهو في وقت الزوال الى زوال يوم الثاني منه والاكثر ثلاث مرات غداء وعشاء وفي نصف اليوم والوسط مرتان غداء وعشاء وهو الاكل المعتاد في الدنيا وفي الآخرة أيضاً قال الله سبحانه وتعالى في أهل الجنة ولهم رزقهم فيها بكرة وعشياً فيحمل مطلق الاطعام على المتعارف وكذلك اذا غداهم وسحروهم أو غداهم وسحروهم أو غداهم غداً أو غداً وسحروهم أو غداً وسحروهم سحورين لانهما أكلتان مقصودتان فاذا غداهم في يومين أو غداهم في يومين كان كالكيتين في يوم واحد معنى الا ان الشرط ان يكون ذلك في عدد واحد حتى لو غدى عدد أو عشى عدد آخر لم يحزه لانه لم يوجد في حق كل مسكين أكلتان ولهذا لم يحز مثله في التملك بان فرق حصّة مسكين على مسكينين فكذا في التملكين وبسواء كان الطعام مأدوماً أو غير مأدوم حتى لو غداهم وعشاهم خبزاً بلا إدام أجزأه لقول الله تبارك وتعالى فكفارة اطعام عشرة مساكين مطلقاً من غير فصل بين المأدوم وغيره وقد أطمع ولان الله عز شأنه عرف الاطعام على وجه الاباحة باطعام الاهل وذلك قد يكون مأدوماً وقد يكون غير مأدوم فكذا هذا وكذلك لو أطمع خبز الشعير أو سويقاً أو تمرأً أجزأه لان ذلك قد يؤكل وحده في طعام الاهل وروى ابن سباعة عن أبي يوسف أنه قال اذا أطمع مسكيناً واحداً غداء وعشاء أجزأه من اطعام مساكين وان لم يأكل الا رغيفاً واحداً لان المعتبر هو الكفاية والكفاية قد تحصل برغيف واحد فلا يعتبر القلة والكثرة فان ملكه الخبز بان أعطاه أربعة أرغفة فان كان يعدل ذلك قيمة نصف صاع من حنطة أجزأه وان لم يعدل لم يحزه لان الخبز غير منصوص عليه فكان جوازه باعتبار القيمة وقال أبو يوسف رحمه الله لو غدى عشرة مساكين في يوم ثم أعطاهم مدأماً أجزأه لانه جمع بين التملك والتمكين وكل واحد منهما جائز حال الافراد كذا حال الاجتماع ولان الغداء مقدر بنصف كفاية المسكين والمدمقدر بنصف كفايته فقد حصلت له كفاية يوم فيجوز ان أعطى غيرهم مدأماً لم يحزه لانه فرق طعام العشرة على عشرين فلم يحصل لكل واحد منهم مقدار كفايته ولو غداهم وأعطى قيمة العشاء فلوساً أو دراهم أجزأه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله لان القيمة في الكفارة تقوم مقام المنصوص عليه عندنا وعنده لا تقوم (وأما) الذي يرجع الى المحل المصروف اليه الطعام فيها أن يكون فقيراً فلا يجوز اطعام الغني عن الكفارة تملكاً واباحة لان الله تبارك وتعالى أمر باطعام عشرة مساكين بقوله سبحانه فكفارة اطعام عشرة مساكين ولو كان له مال وعليه دين لم مطالب من جهة العباد يجوز اطعامه لانه فقير بدليل انه يجوز اعطاء الزكاة اياه فالكفارة أولى ومنها أن يكون ممن يستوفي الطعام وهذا في اطعام الاباحة حتى لو غدى عشرة مساكين وعشاهم وفيهم صبي أو فوق ذلك لم يحزه وعليه اطعام مسكين واحد لقوله جل جلاله من أوسط ما تطعمون أهليكم وذلك ليس من أوسط ما يطعم حتى لو كان مراهاقاً جازلان المراهق يستوفي الطعام فيحصل الاطعام من أوسط ما يطعم ومنها أن لا يكون مملوكه لان الصرف اليه صرف الى نفسه فلم يحزه ومنها أن لا يكون من الوالدين والمولودين فلا يجوز اطعامهم تملكاً واباحة لان المنافع بينهم متصلة فكان الصرف اليهم صرفاً الى نفسه من وجه ولهذا لم يحزه صرف الزكاة اليهم ولا تقبل شهادة البعض للبعض ولما ذكرنا ان الواجب بحق التكفير لما اقترف من الذنب بما أعطى نفسه منها وأوصلها الى هواها بغير اذن من الأذن وهو الله سبحانه جلّت عظمتة ففرض عليهم الخروج عن المعصية بما تألم به النفس وينفر عنه الطبع ليندق نفسه المارة بمقابلة اعطائه من الشهوة وهذا المعنى لا يحصل باطعام هؤلاء لان النفس لا تألم به بل تميل اليه لما جعل الله سبحانه الطباع بحيث لا يمتثل نزول البلاء والشدة بهم وبحيث يجتهد كل في دفع الحاجة عنهم مثل الدفع عن نفسه ولو أطمع أخاه أو أخته وهو فقير جازلان هذا المعنى لا يوجد في الاخ والاخت فدخل تحت عموم قوله تعالى فكفارة اطعام عشرة مساكين ولو أطمع ولده أو غنياً على ظن أنه أجني أو فقير ثم تبين أجزأه في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الزكاة وقدر الكلام فيه ومنها ان لا يكون هاشمياً لان الله تبارك وتعالى كره لهم غسل أيدي الناس وعوضهم بخمس الخمس من الغنيمة ولو دفع اليه على ظن أنه ليس

بهاشمي ثم ظهر أنه هاشمي فهو على الاختلاف ومنها أن لا يكون زوجاً أو زوجة له لأن ما شرع له الكفارة وهو تألم
الطبع وقارمه بالبذل والاخراج لا يوجد بين الزوجين لما يوجد البذل بينهما شهوة وطبيعة ويكون التناكح لثله في
العرف والشرع على ما روى تنكح المرأة لها وجماعها وعلى ما وضع النكاح للمودة والمحبة ولا يتحقق ذلك إلا بالبذل
ودفع الشح ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر لأن أحدهما ينتفع بما لصاحبه فتتمكن التهمة في الشهادة ومنها أن لا
يكون حربياً وإن كان مستأماً لأن الله تعالى عز شأنه نهانا عن البر بهم والاحسان إليهم بقوله تعالى انما ينهاكم الله عن
الذين قاتلوكم في الدين واخرجوكم من دياركم ولأن في الدفع إلى الحربى اعانة له على الحرب مع المسلمين وقد قال الله
سبحانه وتعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ويجوز اعطاء قراء أهل الذمة من الكفارات والنذور وغير ذلك إلا
الزكاة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجوز إلا النذور والتطوع ودم المتعة (وجه)
قوله ان هذه صدقة وجبت بإيجاب الله عز شأنه فلا يجوز صرفها إلى الكافر كالزكاة بخلاف النذر لأنه وجب بإيجاب
العبد والتطوع ليس بواجب أصلاً والتصدق بلحم المتعة غير واجب لأن معنى القرية في الازالة (ولهما) عموم قوله
تعالى فكفارة اطعام عشرة مساكين من غير فصل بين المؤمن والكافر إلا أنه خص منه الحربى بما توفنا بقي الذمى على
عموم النص فكان ينبغى أن يجوز صرف الزكاة إليه إلا ان الزكاة خصت بقول النبي عليه الصلاة والسلام لما ذهبن
بعته إلى اليمن خذها من اغنيائهم وردّها في فقرائهم أمر عليه الصلاة والسلام برد الزكاة إلى من أمر بالأخذ من اغنيائهم
والمأخوذ منه المسلمون فكذلك الردود عليهم وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام قال أمرت أن آخذ الصدقة من
اغنيائهم وأردّها في فقرائهم (ووجه) الاستدلال ما ذكرنا ولأن الكفارة وجبت لدفع المسكنة والمسكنة موجودة
في الكفرة فيجوز صرف الصدقة إليهم كما يجوز صرفها إلى المسلم بل أولى لأن التصديق عليهم بعض ما يرغبهم إلى
الاسلام ويحملهم عليه ولما ذكرنا ان الكفارات وجبت بما اختار من اعطاء النفس شهوتها فيما لا يحل له فتكون كفارتها
بكف النفس عن شهوتها فيما يحل له وبذل ما كان في طبعه منعه وهذا المعنى يحصل بالصرف إلى الكافر بخلاف الزكاة
لأنها ما وجبت بحق التكفير بل بحق الشكر ألا ترى انها تجب بلا كسب من جهة العبد وحق الشكر الاتفاق في طاعة
المنعم والعرف إلى المؤمن اتفاق على من يصرفه إلى طاعة الله جل شأنه فيخرج مخرج المعونة على الطاعة فيحصل
معنى الشكر على الكمال والكافر لا يصرفه إلى طاعة الله عز شأنه فلا يتحقق معنى الشكر على التمام فأما الكفارات فما
عرف وجوبها شكرًا بل تكفيراً لآعطاء النفس شهوتها باخراج ما في شهوتها المنع وهذا المعنى في الصرف إلى الكافر
موجود على الكمال والتمام لذلك اختلفوا هل يشترط عدد المساكين بصورة في الاطعام تملكها وإباحة قال أصحابنا ليس
بشرط وقال الشافعي رحمه الله شرط حتى لو دفع طعام عشرة مساكين وذلك خمسة أصبوع إلى مسكين واحد في عشرة
أيام كل يوم نصف صاع أو غدي مسكيناً واحداً أو عشاء عشرة أيام أجزأ عندنا وعندنا لا يجزئ الا عن واحد واحتج
بظاهر قوله جل شأنه فكفارة اطعام عشرة مساكين نص على عدد العشرة فلا يجوز الاقتصار على مادونه كسائر
الاعداد المذكورة في القرآن العظيم كقوله عز شأنه فاجد وهم ثمانين جلدة وقوله جل شأنه يتر بصن بأ نفسن أربعة
أشهر وعشر أو نحو ذلك والدليل عليه أنه لو دفع طعام عشرة مساكين إلى مسكين واحد دفعة واحدة في يوم واحد لا يجوز
(ولنا) ان في النص اطعام عشرة مساكين واطعام عشرة مساكين قد يكون بأن يطعم عشرة مساكين وقد يكون بأن يكنى
عشرة مساكين سواء أطم عشرة مساكين أو لا فإذا أطم مسكيناً واحد عشرة أيام قدر ما يكنى عشرة مساكين فقد
وجد اطعام عشرة مساكين نخرج عن العهدة على ان معنى اطعام مساكين ان كان هو بأن يطعم عشرة مساكين لكن
اطعام عشرة مساكين على هذا التفسير قد يكون بصورة ومعنى بأن يطعم عشرة من المساكين عدد في يوم واحد أو في
عشرة أيام وقد يكون معنى لا بصورة وهو ان يطعم مسكيناً واحد في عشرة أيام لأن الاطعام لدفع الجوع وسد المسكنة وله
كل يوم جوعة ومسكنة على حدة لأن الجوع يتجدد والمسكنة تحدث في كل يوم ودفع عشر جوعات عن مسكين

واحد في عشرة أيام في معنى دفع عشر جوعات عن عشرة مساكين في يوم واحد أو في عشرة أيام فكان هذا اطعام عشرة مساكين معنى فيجوز ونظير هذا ما روى في الاستنجاة بثلاثة أحجار ثم لو استنجى بالمدر أو بحجر له ثلاثة أحرف جاز لحصول المقصود منه وهو التطهير كذا هذا ولأن ما وجبت له هذه الكفارة يقتضى سقوط اعتبار عدد المساكين وهو ما ذكرنا من اذاقة النفس مرارة الدفع وازالة الملك لا بتغاء وجه الله سبحانه وتعالى لتكفير ما أتبعها هواها وأوصلها إلى منها كما خالف الله عز وجل في فعله بترك الوفاء بهد الله سبحانه وتعالى وهذا المعنى في بذل هذا القدر من المال تملكها وإباحة لا في مراعاة عدد المساكين صورة بخلاف ذكر العدد في باب الحدود والعدة لأن اشتراط العدد هناك ثبت نصاً غير معقول المعنى فلا يحتمل التعدية وههنا معقول على ما بينا وبخلاف الشهادات حيث لا تجوز إقامة الواحد فيها في يومين أو في دفعتين مقام شهادة شاهدين لأن هناك المعنى الذي يحصل بالعدد لا يحصل بالواحد وهو انتفاء التهمة ومنفعة التصديق ونفاذ القول على ما ذكره في كتاب الشهادات أن شاء الله تعالى وههنا معنى التكفير ودفع الحاجة وسد المسكنة لا يختلف لما بينا (وأما) إذا دفع طعام عشرة مساكين إلى مسكين واحد في يوم واحد دفعة واحدة أو دفعات فلا راية فيه واختلف مشايخنا قال بعضهم يجوز وقال عامة مشايخنا لا يجوز إلا عن واحد لأن ظاهر النص يقتضى الجواز على الوجه الذي بينا إلا أنه مخصوص في حق يوم واحد لدليل كما صار مخصوصاً في حق بعض المساكين من الوالدين والمولودين ونحوهم فيجب السمل به فيها وراء المخصوص ولما ذكرنا أن الأصل في الطعام هو طعام الإباحة إذ هو المتعارف في اللغة وهو التغذية والتعشية لدفع الجوع وازالة المسكنة وفي الحاصل دفع عشر جوعات وهذا في واحد في حق مسكين واحد لا يكون فلا بد من تريق الدفع على الأيام ويجوز أن يختلف حكم التريق المجتمع كما في رمي الجمار أنه إذا رمى بالحصى متفرقاً جاز ولو رمى مجتمعاً دفعة واحدة لا يجوز إلا عن واحدة ووجد في مسئلتنا جاز وكذلك لو غدى رجلاً واحداً عشرين يوماً أو عشرين رجلاً واحداً في رمضان عشرين يوماً أجزأه عندنا لما ذكرنا وعند الشافعي لا يجوز لأن عدد المساكين عنده شرط ولم يوجد والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الكسوة فالكلام فيها في ثلاثة مواضع في بيان قدرها وفي بيان صفتها وفي بيان مصرفها (أما) الأول فأدنى الكسوة ثوب واحد جامع لكل مسكين قميص أو رداء أو كساء أو ملخفة أو جبة أو قباء أو أزار كبير وهو الذي يستلبدن لأن الله تعالى ذكر الكسوة ولم يذكر فيه التقدير فكلمة يسمي لا بسمة مكتسباً يحزى وما لا فلا ولا بس ما ذكرنا يسمي مكتسباً فيحزى عن الكفارة ولا تحزى القلنسوة والخفان والنعلان لأن لا بسهما لا يسمي مكتسباً إذا لم يكن عليه ثوب ولا هي تسمى كسوة في العرف وأما السراويل والعمامة فقد اختلفت الروايات فيها روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا أعطى مسكيناً ثوباً أو كساءاً أو سراويل أو عمامة سابعة يجوز وروى عن أبي يوسف أنه لا تحزى السراويل والعمامة وهو رواية عن محمد بن الأملأ وروى هشام رحمه الله عنه أن السراويل تحزى به وهذا لا يوجب اختلاف الرواية في العمامة لأن رواية الحسن شرط في العمامة أن تكون سابعة فتحمل رواية عدم الجواز فيها على ما إذا لم تكن سابعة وهي أن لا تكفى قميص واحد (وأما) السراويل (فوجه) رواية الجواز تحوز فيه الصلاة فيحزى عن الكفارة كالقميص (ووجه) رواية عدم الجواز وهي التي صححها القدوري رحمه الله أن لا بس السراويل لا يسمي مكتسباً عرفاً وعادة بل يسمي عرفاً فلا يدخل تحت مطلق الكسوة وذكر الطحاوي أنه إذا كسا امرأة فانه يز يد فيه الجمار وهذا اعتبار جواز الصلاة في الكسوة على ما روى عن محمد بن رأسة عورة لا تحوز صلاتها مع انكشافه ولو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يحز منه الكسوة ولكنه يحزى من الطعام عندنا إذا كان يساوي نصف صاع من حنطة (أما) عدم جواز من الكسوة فلان الواجب هو الكسوة ونصف ثوب لا يسمي كسوة لا يجوز أن تعتبر قيمته عن كسوة رد ثقل لأن الشيء لا يكون بدلاً عن نفسه (وأما) جوازه عن الطعام إذا بلغ قيمته نصف صاع فلان القيمة تجوز بدلاً عن الكسوة عندنا كما تجوز بدلاً

عن الطعام والوجه فيه على نحو ما ذكرنا في الطعام وهل تشتريه البديلة قال أبو يوسف تشتري ولا تجزي الكسوة
عن الطعام بالنية وقال محمد لا تشتريه ونية التكفير كافية (وجهه) قول محمدان الواجب عليه ليس الا التكفير
فيستدعي نية التكفير وقد وجدت فيجزيه كالأعطى المساكين دراهم بنية الكفارة وهي لا تبلغ قيمة الكسوة وتبلغ
قيمة الطعام جازت عن الطعام ولو كانت لا تبلغ قيمة الطعام وتبلغ قيمة الكسوة جازت عن الكسوة من غير نية البديلة
كذا هذا (وجهه) قول أبي يوسف ان المؤدى يحتمل الجواز عن نفسه لانه يمكن تكيله بضم الباقي اليه فلا يصير بدلا
الا بجعله بدلا وذلك بالنية بخلاف الدراهم لانه لا جواز لها عن نفسها لانها غير منصوب عليها فكانت متعينة للبديلة فلا
حاجة الى التعيين وكذلك لو كسا كل مسكين قلنسوة أو خفين أو نعلين لم يجزه في الكسوة وأجزأه في الطعام اذا كان
يساويه في القيمة عند أصحابنا قلنا وكذلك أعطى عشرة مساكين ثوبا واحدا بينهم كثير القيمة نصيب كل مسكين
منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه في الكسوة وأجزأه في الطعام لما ذكرنا ان الكسوة منصوب عليها فلا تكون بدلا عن
نفسها وتصلح بدلا عن غيرها كالأعطى كل مسكين ربع صاع من حنطة وذلك يساوي صاعا من تمر لانه لا يجزي
عن الطعام وان كان مدمن حنطة يساوي ثوبا يجزي عن الكسوة لان الطعام يجوز ان يكون قيمة عن الثوب ولا
يجوز ان يكون قيمة عن الطعام لان الطعام كله شيء واحد لان المقصود منه واحد فلا يجوز بعضه عن بعض بخلاف
الطعام مع الكسوة لانهما متغايران ذاتا ومقصودا فجاز ان يقوم أحدهما مقام الآخر وكذلك أعطى عشرة مساكين
دابة أو عبدا وقيمتها تبلغ عشرة أثواب جاز في الكسوة وان لم تبلغ قيمة عشرة أثواب وبلغت قيمة الطعام أجزأه عنه
عندنا لان دفع البدل في باب الكفارة جائز عندنا قال أبو يوسف لو أن رجلا عليه كفارة يمين فأعطى عشرة مساكين
مسكينا نصف صاع من حنطة ومسكينا صاعا من شعير ومسكينا ثوبا وغدى مسكينا وعشاء لم يجزه ذلك حتى يكمل
عشرة من أحد النوعين لان الله تبارك وتعالى جعل الكفارة أحد الأنواع الثلاثة من الاطعام أو الكسوة أو التحرير
بقوله تبارك وتعالى فكفارة اطعام عشرة مساكين الى قوله تعالى أو كسوتهم أو تتناول أحداهم فلا يجوز الجمع بينها
لانه يكون نوعا رابعا وهذا لا يجوز لكنه اذا اختار الطعام جاز له أن يعطى مسكينا حنطة ومسكينا شعيرا ومسكينا تمرا لان
اسم الطعام يتناول الكل ولو أعطى نصف صاع من تمر جيد يساوي نصف صاع من بر لم يجز الا عن نفسه بقدره لان
التمر منصوب عليه في الاطعام كالبر فلا يجزي أحد هماغا الآخر كما لا يجوز الثمن عن التمر ويجزي التمر عن الكسوة
لان المقصود من كل واحد منهما غير المقصود من الآخر فجاز اخراج أحد هماغا الآخر بالقيمة والله سبحانه وتعالى
أعلم (وأما) صفة الكسوة فهي انها لا تجوز الا على سبيل التملك بخلاف الاطعام عندنا لان الكسوة لدفع حاجة الحر
والبرد وهذه الحاجة لا تندفع الا بتملك لانه لا ينقطع حقه الا به فأما الاطعام فدفع حاجة الجوع وذلك يحصل بالطعم
لان حقه ينقطع به ويجوز أداء القيمة عن الكسوة كما يجوز عن الطعام عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ولودفع كسوة
عشرة مساكين الى مسكين واحد في عشرة أيام جاز عندنا وعند الشافعي لا يجوز الا عن مسكين واحد كما في الاطعام
ولو أطم خمسة مساكين على وجه الاباحة وكسا خمسة مساكين فان أخرج ذلك على وجه المنصوص عليه لا يجوز لما
ذكرنا أن الله تبارك وتعالى أوجب أحد شيئين فلا يجمع بينهما وان أخرج على وجه القيمة فان كان الطعام أرخص
من الكسوة أجزأه وان كانت الكسوة أرخص من الطعام لم يجزه لان الكسوة تملك فجاز ان تكون بدلا عن الطعام
ثم اذا كانت قيمة الكسوة مثل قيمة الطعام فقد أخرج الطعام وان كانت أغلى فقد أخرج قيمة الطعام وزيادة فجاز
وصار كالأطعم خمسة مساكين طعام الاباحة وأدى قيمة طعام خمسة مساكين طعام الاباحة وأداء قيمة طعام خمسة
مساكين أو أكثر جائز عندنا كذا هذا واذا كانت قيمة الكسوة أرخص من قيمة الطعام لا يكون الطعام بدلا عنه
لان طعام الاباحة ليس بتمليك فلا يقوم مقام التملك وهو الكسوة لان الشيء لا يقوم مقام ما هو فوقه ولو أعطى خمسة
مساكين وكسا خمسة جاز وجعل أغلاهما مائنا بدلا عن أرخصهما مائنا أيهما كان لان كل واحد منهما تملك فجاز ان

يكون أحدهما بدلا عن الآخر (وأما) مصرف الكسوة فمصرفها هو مصرف الطعام وقد ذكرناه (وأما) التحرير فليجوز
عن التكفير شرائط تختص به (منها) ملك الرقبة حتى لو أعتق إنسان عبده عن كفارة الغير لا يجوز أن أجاز ذلك الغير لأن
الاعتاق وقع عنه فلا توقف على غيره وكذا لو قال لغيره أعتق عبدك عن كفارتى فأعتق لم يجز عن كفارته وعتق العبد
ولو قال أعتق عبدك على ألف درهم عن كفارة يعنى فأعتقه أجزأه عند أصحابنا الثلاثة لأن العتق يقع عن الآخر
وعند زفر رحمه الله لا يجوز به لأن العتق عن المأمور ولو قال أعتق عبدك عني عن كفارة يعنى ولم يذكر البديل لم يجزه عن
الكفارة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن العتق يقع عن الأمر والمسألة قد مرت في كتاب الولاء فرق بين هذا
وبين الكسوة والأطعام أن هناك يجز به عن الكفارة وأن لم يذكر البديل وعن الاعتاق لا يجوز عندهما (وجهه)
أن التملك بغير بدل هبة ولا جواز لها بدون القبض ولم يوجد القبض في الاعتاق ووجد في الأطعام والكسوة لأن
قبض الفقير يقوم مقام قبض المكفر (ومنها) أن تكون الرقبة كاملة للمعتق وهو أن تكون كلها ملك للمعتق
وإن شئت قلت ومنها حصول كمال العتق للرقبة بلا عتاق لأن التحرير المطلق مضاف إلى الرقبة لا يتحقق بدونه وعلى
هذا يخرج ما إذا أعتق عبيدين بينهما وبين رجل أنه لا يجوز عنه عن الكفارة لأن اعتاق عبيدين بين رجلين يوجب تفريق
العتق في شخصين فلا يحصل لكل واحد منهما عتق كامل لا تمام كمال الملك له في كل واحد منهما فالواجب
عليه صرف عتق كامل إلى شخص واحد فإذا فرقه لا يجوز كماله أعطى طعام مسكين واحد إلى مسكينين
بخلاف شاتين بين رجلين ذكياهما عن نسكهما أجزأهما لأن الشركة في النسك جائزة إذا صاب كل واحد منهما
مقدار شاة بدليل أنه يجوز بدنة واحدة لسبعة فكان الشرط في باب النسك أن يكون مقدار شاة وقد وجد وعلى
هذا يخرج ما إذا أعتق عبدا بينه وبين غيره وهو موسر أو معسر أنه لا يجوز عن الكفارة عند أبي حنيفة رضي الله
عنه لنقصان الملك والعتق لأن العتق يتجزأ عنده وعندهما أن كان موسرا يجوز وأن كان معسرا لا يجوز لأنه تجب
السعاية على العبد إذا كان معسرا فيكون اعتاقه مبوض وإذا كان موسرا لا سعاية على العبد (ومنها) أن تكون الرقبة
كاملة الرق لأن المأمور به تحرير رقبة مطلقا والتحرير تحليلص عن الرق فيقتضي كون الرقبة مرقوقة مطلقا ونقصان
الرق فوات جزء منه فلا تكون الرقبة مرقوقة مطلقا فلا يكون تحريره مطلقا فلا يكون آتيا بالواجب وعلى هذا
يخرج محرير المذبر وأم الولد عن الكفارة أنه لا يجوز لنقصان رقبتهما لثبوت الحرية من وجهه أو حق الحرية بالتدبير
والاستيلاد حتى امتنع تملكها بالبيع والهبة وغيرهما (وأما) تحرير المكاتب عن الكفارة فجاز استحسانا إذا كان
لم يؤد شيئا من بدل الكتابة والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله ولو كان أدى شيئا من بدل
الكتابة لا يجوز بتحريمه عن الكفارة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه يجوز
ولو عجز عن أداء بدل الكتابة ثم أعتقه جاز بلا خلاف سواء كان أدى شيئا من بدل الكتابة أو لم يؤد (وجهه)
القياس أن الاعتاق إزالة الملك وملك المولى من المكاتب زائل إذا ملك عبارة عن القدرة الشرعية على التصرفات
الحسية والشرعية من الاستخدام والاستغراش والبيع والهبة والإجازة ونحوها وهذه القدرة زائلة عن المولى
في حق المكاتب فإنه لا يملك شيئا من ذلك عليه والدليل أنه لو قال كل مملوك لي حر لا يدخل فيه المكاتب
وكذا لو طئت المكاتب بشبهة كان العقر لها للمولى وإذا جنى على المكاتب كان الارش له لا للمولى فدل أن ملكه
زائل فلا يجوز اعتاقه عن الكفارة ولهذا تسلم له الأولاد ولا كساب ولا يسلم ذلك بالاعتاق المبتدأ فدل أن
العتق يثبت بجهة الكتابة (ولنا) لبيان أن الملك ملك المولى النص ودلالة الإجماع والمعقول (أما) النص فقول النبي
عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والعبد المضاف إلى العباد اسم للمملوك من بني آدم في عرف اللغة
والشرع ولهذا لو قال كل عبد لي فهو حر دخل فيه المكاتب والله جل وعلا أعلم (وأما) دلالة الإجماع فإنه لو أدى
بدل الكتابة أو أبرأ المولى عن البديل يعتق ولا يعتق فيما لا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم

(وأما) المعقول فهو ان الملك كان ثابتاً له فيه قبل العقد والعارض ليس الالفاظ الكتابة وليس فيه ما ينبي عن زوال الملك لان الكتابة تستعمل في القرض والتقدير وفي الكتابة المعروفة وشئ من ذلك لا ينبي عن زوال الملك فيبقى الملك على ما كان قبل العقد (وأما) قوله ان الملك هو القدرة الشرعية على التصرفات الحسية والشرعية وهي غير ثابتة للمولى فمنع ان الملك هو القدرة بل هو اختصاص المالك بالملوك فلك العين هو اختصاص المالك بالعين وكونه أحق بالعين من غيره ثم قد يظهر أثره في جواز التصرفات وقد لا يظهر مع قيامه في نفسه لقيام حق الغير في الحبل حقاً محترماً كالرهن والمستأجر وانما لا يدخل في اطلاق قوله كل ملوك لي فهو حر لا لخلل في الملك لانه لا لخلل فيه كما بينا بل لخلل في الاضافة لكونه حراً اذ لم يدخل تحت مطلق الاضافة حتى لو نوى يدخل وسلامة الاولاد والا كساب ممنوعة في القرض والرواية فيما أدى بدل الكتابة أو أبرأه عنها كذا قال أستاذنا أستاذي الشيخ الامام فخر الاسلام علي بن محمد البردوي ولئن سلمنا سلامة الاكساب والاولاد ولكن لم قائم ان السلامة تثبت حكماً لثبوت العتق بجهة الكتابة السابقة بل تثبت حكماً لثبوت العتق بالاعتاق الموجود في حال الكتابة بدليل انه يسقط عنه بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يسقط بثبوت العتق بجهة الكتابة بل بتقر ربه (وأما) اذا كان أدى بعض بدل الكتابة فاعتقه عن الكفارة فمنع على رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه (وأما) التخرج على ظاهر الرواية فظاهر أيضاً لانه لما أدى بعض بدل الكتابة فقد حصل للمولى عوضاً عن بعض رقبته فيكون في معنى الاعتاق بعوض وهذا لا يجزئ عن التكفير كذا هذا والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق نصف عبده عن كفارة ثم أعتق النصف الآخر عنها انه يجزئ (أما) على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فظاهر لان اعتاق النصف اعتاق الكل لان العتق لا يتجزأ فلم يتطرق الى الرق نقصان (وأما) على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه فالتعق وان كان متجزئاً وحصل باعتاق النصف الاول نقصان لكن النقصان حصل مصر وفاقاً الى الكفارة في رق النصف الآخر لاستحقاقه حق الحرية بتخريجه الى الاعتاق لانه حين ما أعتق النصف الاول كان النصف الآخر على ملكه فامكن صرف النقصان الى الكفارة فصار كأنه أعتق النصف وبعض النصف الكامل وهو ما انتقص منه ثم أعتق البقية في المرة الثانية بخلاف ما اذا أعتق نصف عبدين وبين آخر وهو مفسر فضمنه صاحبه نصف قيمته ثم أعتق النصف الآخر انه لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه لان اعتاق النصف الاول أو جب نقصاناً في النصف الباقي ولا يمكن أن يجعل كأنه صرف ذلك النقصان الى الكفارة لانه لا ملك له في ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة ثم بعد أداء النصف الباقي صرفه الى الكفارة وهو ناقص فيصير في الحقيقة معتقاً عن الكفارة عبد الا قدر النقصان (وأما) على أصلهما فيجوز في المسئلتين لان العتق عندهما لا يتجزأ فكان اعتاق البعض اعتاق الكل دفعة واحدة فلا يمكن نقصان الرق في الرقبة فيجوز ولو أعتق عبداً حلال الدم جاز لان حل الدم لا يوجب نقصاناً في الرق فكان كامل الرق وانما وجب عليه حق فأشبه العبد المديون (ومنها) أن تكون كاملة الذات وهو أن لا يكون جنس من أجناس منافع أعضائها فائتاً لانه اذا كان كذلك كانت الذات هالكة من وجهه فلا يكون الموجود تحرير رقبة مطلقة فلا يجوز عن الكفارة وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق عبداً مقطوع اليدين أو الرجلين أو مقطوع يد واحدة ورجل واحدة من جانب واحد أو يابس الشق مغلوجاً ومقعداً أو زمناً أو أشل اليدين أو مقطوع الابهامين من اليدين أو مقطوع ثلاثة أصابع من كل يد سوى الابهامين أو أعمى أو مفقود العينين أو معتوهاً مغلوباً أو أخرس أن لا يجوز عن الكفارة لقوات جنس من أجناس المنفعة وهي منفعة البطش بقطع اليدين وشللهم أو قطع الابهامين لان قطع الابهامين يذهب بقوة اليد فكان كقطع اليدين وقطع ثلاثة أصابع من كل يد لان منفعة البطش تقوت به ومنفعة المشي بقطع الرجلين و بقطع يد ورجل من جانب والزمانة والقليح ومنه النظر بالعمى وفق العينين ومنفعة الكلام بالخرس ومنفعة العقل بالجنون ويجوز اعتاق الاعور ومفقود احدى العينين والاعشى

ومقطوع يد واحدة أو رجل واحدة ومقطوع يد ورجل من خلاف وأشل يد واحدة ومقطوع الأصبعين من كل يد سوى الإبهامين والعينين والخصى والمجبوب والخنثى والامة الرتقاء والقرناء وما ينزع من الجماع لأن منفعة الجنس في هذه الأعضاء قائمة ويجوز مقطوع الأذنين لأن منفعة السمع قائمة وإنما الأذن الشاحصة للزينة وكذا مقطوع الأنف لأن القاءت هو الجمال (وأما) منفعة الشم قائمة وكذا ذهاب شعر الرأس واللحية والحاجبين لأن الشعر للزينة وكذا مقطوع الشفتين إذا كان يقدر على الأكل لأن منفعة الجنس قائمة وإنما عادت الزينة ولا يحجز ساقط الأسنان لأنه لا يقدر على الأكل فقالت منفعة الجنس (وأما) الأصم فالقياس أن لا يجوز لقوات جنس المنفعة وهي منفعة السمع فأشبهه الأعمى ويجوز استحسانا لأن أصل المنفعة لا يفوت بالصمم وإنما ينقص لأن ما من أصم إلا ويسمع إذا بولغ في الصياح إلا إذا كان أخرس كذا قيل فلا يفوت بالصمم أصل المنفعة بل ينتقص ونقصان منفعة الجنس لا يمنع جواز التكفير وقيل هذا إذا كان في أذنه وقر فاما إذا كان بحال لوجهه بالصوت في أذنه لا يسمع لا يجوز ولو أعتق جنينا لم يحجزه عن الكفارة وإن كان ولد بعد يوم جنائسه لأن المأمور به تحرير رقبة والجنين لا يسمى رقبة ولأنه لا يبصر فأشبهه الأعمى (ومنها) أن يكون الاعتاق بغير عوض فإن كان بعوض لا يجوز لأن الكفارة عبارة عما يكون شاقا على البدن فاذا قابله عوض لا يشق عليه إخراجه عن ملكه ولما ذكرنا أن كفارة العيمين إنما تجب لاداقة النفس مرارة زال الملك بمقابلة ما استوفت من الشهوات في غير حلها وهذا المعنى لا يحصل إذا كان بعوض لأن الزائل إلى عوض قائم معنى فلا يتحقق ما وضعت له هذه الكفارة وعلى هذا يخرج ما إذا أعتق عبده على مال عن كفارته أنه لا يجوز وإن أبرأه بعد ذلك عن العوض لا يجوز أيضاً لأنه وقع لا عن جهة التكفير ومضى على وجهه فلا يتقلب كفارة بعد ذلك كما لو أعتق بغيرنية الكفارة ثم نوى بعد العتق ولو كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو معسر عن كفارته لا يحجز به لأن للشرىك أن يستعسى العبد في نفسه بالاتفاق فيصير في معنى الاعتاق بعوض ولو كان في رقبة العبد دين فأعتقه المولى عن كفارته فاختر الغرماء استسعاء العبد أجرأه عن الكفارة لأن السعاية ليست بعوض عن الرق وانما هي لدين لزم العبد قبل الحرية فيسعى وهو حر فلا يمنع جواز الاعتاق عن الكفارة وكذا لو أعتق عبداً هنا فسعى العبد في الدين فإنه يرجع على المولى ويجوز عن الكفارة لأن السعاية ليست بدل الرق لأنها ما وجبت للتخريج إلى الاعتاق لحصول العتق بالاتفاق السابق وانما هي لدين لزمه عن المولى وإن كان موسراً لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه لنقصان الملك والرق أيضاً على ما بينا ألا ترى أنه لا يعتق إلا نصفه عنده لتجزى العتق عنده وعندهما لا يجوز لأن العتق لا يتجزأ عندهما فيتكامل ولا يتكامل الملك فيتملك نصيب الشريك بمقتضى الاعتاق ويسار المعتق يمنع استسعاء العبد عندهما فمضى الاعتاق عن العوض فجاز ولو أعتق عبداً في مرض موته عن الكفارة وليس له مال غيره لم يحجزه عن الكفارة لأنه يعتق ثلثه ويسمى في ثلثه فيصير بعضه ببذل وبعضه بغير بدل فلم يحجز والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الحنث في كفارة العيمين فلا يجوز تكفير العيمين قبل الحنث وهو قول الشافعي رحمه الله في التكفير بالصوم (وأما) التكفير بالمال فجاء عنده والمسئلة مرت في كتاب الإيمان (وأما) الموت فليس بشرط في كفارة القتل حتى يجوز التكفير فيها بعد الجرح قبل الموت وقد ذكرنا وجه الفرق بين الكفارتين في كتاب الإيمان والله عز وجل الموفق ويستوى في التحرير الرقبة الكبيرة والصغيرة والذكر والأنثى لا تطلق اسم الرقبة في النصوص فإن قيل الصغير لا منافع لأعضائه فينبغي أن لا يجوز اعتاقه عن الكفارة كالذمي وكذا لا يحجز إطعامه عن الكفارة فكذا اعتاقه فالجواب عن الأول أن أعضاء الصغير سليمة لكنها ضعيفة وهي عرض أن تصير قوية فأشبهه المريض وهذا لأن سلامة الأعضاء إذا كانت ثابتة يشق عليه إخراجها عن ملكه أكثر مما يشق عليه إخراج فائت جسس المنفعة وذاجاً فهذا أولى (وأما) إطعامه عن الكفارة فجاء على طريق التملك وانما لا يجوز على سبيل الإباحة لأنه لا يأكل إلا كلاً كلاً معتاداً ويستوى فيه الرقبة المؤمنة

والكافرة وكذا في كفارة الظهار عندنا (وأما) في كفارة القتل فلا يجوز فيها إلا المؤمنة بالاجماع وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز في الكفارات كلها إلا المؤمنة والأصل فيه أن النص الوارد في كفارة اليمين وكفارة الظهار مطلق عن قيد إيمان الرقبة والنص الوارد في كفارة القتل مقيد بقيد الإيمان فحمل الشافعي رحمه الله المطلق على المقيد ونحن أجربنا المطلق على إطلاقه والمقيد على تقييده (وجه) قوله أن المطلق في معنى الجمل والمقيد في معنى المفسر والجمل يحمل على المفسر ويصير النصان في معنى كنص الجمل والمفسر ولهذا حمل المطلق على المقيد في باب الشهادة والزكاة وكفارة اليمين حتى شرطت العدالة لوجوب قبول الشهادة والاسامة لوجوب الزكاة وشرط التتابع في صوم كفارة اليمين كذا هي (ولنا) وجهان أحدهما طريق مشايخنا بسمرقند وهو أن حمل المطلق على المقيد ضرب النصوص بعضها في بعض وجعل النصين كنص واحد مع إمكان العمل بكل واحد منهما وهذا لا يجوز بخلاف الجمل لأنه غير ممكن العمل بظاهره والثاني طريق مشايخ العراق وهو أن حمل المطلق على المقيد نسخ للاطلاق لأن بدور ودالنص المقيد لا يجوز العمل بالمطلق بل ينسخ حكمه وليس النسخ الا بيان منتهى مدة الحكم الأول ولا يجوز نسخ الكتاب بالقياس ولا بخبر الواحد وقوله المطلق في معنى الجمل ممنوع لأن الجمل لا يمكن العمل بظاهره والمطلق يمكن العمل بظاهره إذ هو اسم لما يتعرض للذات دون الصفات فيمكن العمل باطلاقه من غير الحاجة الى البيان فلا ضرورة الى حمل المطلق على المقيد وفي الموضع الذي حمل انما حمل لضرورة عدم الامكان وذلك عند اتحاد السبب والحكم لا استحالة ثبوت حكم واحد في زمان واحد مطلقا ومقيدا فيخرج على البيان وعلى النسخ وعلى الاختلاف المعروف بين مشايخنا أن تقييد المطلق بيان أو نسخ وعند اختلاف السبب لا ضرورة فلا يحمل والله عز وجل أعلم وبه تبين أن شرط الايمان في كفارة القتل ثبت نصا غير معقول المعنى فيقتصر على مورد النص ويمكن أن يقال ان تحرير رقبة موصوفة بصفة الايمان في باب القتل ما وجب بطريق التكفير لان الكفارة كاسمها ستارة للذنوب والمواخذات في الآخرة والله سبحانه وتعالى وضع المؤاخذة في الخطأ بدعاء النبي عليه أشرف التعبد بنالا تؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا وقال النبي عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وانما وجبت بطريق الشكر لسلامة نفسه في الدنيا عن القصاص وفي الآخرة عن العقاب لان حفظ النفس عن الوقوع في الخطأ مقدور في الجملة بالجهد والجد والتكليف فجعل الله سبحانه وتعالى تحرير رقبة موصوفة بكونها مؤمنة شكرًا لتلك النعمة والتحرير في اليمين والظهار يجب بطريق التكفير اذا لم يعرف ارتفاع المؤاخذة الثابتة ههنا فوجب التحريم فيهما تكفيراً فلا يستقيم القياس فان قيل اذا حثت في عيینه خطأ كان التحريم شكراً على ما قلتم فينبغي أن يقاس على القتل في ايجاب تحرير رقبة مؤمنة فالجواب أنه لا يمكن القياس في هذه الصورة أيضاً لما ذكرنا أن تحرير المؤمن جمل شكر النعمة خاصة وهي سلامة الحياة في الدنيا مع ارتفاع المؤاخذة في الآخرة وفي باب اليمين النعمة هي ارتفاع المؤاخذة في الآخرة فحسب إذ ليس ثمة موجب دينوي يسقط عنه فكانت النعمة في باب القتل فوق النعمة في باب اليمين وشكر النعمة يجب على قدر النعمة كالجزاء على قدر الجناية ولا يعلم مقدار الشكر الا من علم مقدار النعمة وهو الله سبحانه وتعالى فلا يمكن المقايسة في هذه الصورة أيضاً والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) كفارة الظهار والافطار والقتل فأما التحريم فجميع ما ذكرنا أنه شرط جوازه في كفارة اليمين فهو شرط جوازه في كفارة الظهار والافطار والقتل وما ليس بشرط لجواز التحريم في كفارة اليمين فليس بشرط لجوازه في تلك الكفارات الا إيمان الرقبة خاصة فانه شرط الجواز في كفارة القتل بالاجماع وكذا كمال العتق قبل المسيس في كفارة الظهار وهذا تفريع على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه خاصة حتى لو أعتق نصف عبده ثم وطئ ثم أعتق ما بقي فعليه أن يستقبل عتق الرقبة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان العتق يتجزأ عند أبي حنيفة عليه الرحمة فلم يوجد تحرير كامل قبل المسيس فيلزمه الاستقبال (وأما) الصوم فقد ر الصوم في كفارة اليمين ثلاثة أيام لقوله سبحانه وتعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام وكذا

في كفارة الحلق لحديث كعب بن عجرة رضي الله عنه ذكرناه في كتاب الحج وفي القتل والظهار والافطار صوم شهرين لورود النص به (وأما) شرط جواز هذه الصيامات فلجواز صيام الكفارة شرائط مخصوصة منها النية من الليل حتى لا يجوز بنية من النهار بالاجماع لانه صوم غير عين فيستدعي وجوب النية من الليل لما ذكرنا في كتاب الصوم (ومنها) التابع في غير موضع الضرورة في صوم كفارة الظهار والافطار والقتل بلا خلاف لان التابع منصوب عليه في هذه الكفارات الثلاثة قال الله تبارك وتعالى في كفارتى القتل والافطار فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وقال النبي عليه الصلاة والسلام للاعرابي صم شهرين متتابعين بخلاف صوم قضاء رمضان لان الله سبحانه وتعالى أمر به من غير شرط التابع بقوله تبارك وتعالى فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر (وأما) صوم كفارة اليمين فيشترط فيه التابع أيضاً عندنا وعند الشافعي لا يشترط بل هو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق واحتج بظاهر قوله تبارك وتعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام من غير شرط التابع (ولنا) قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما فصيام ثلاثة أيام متتابعات وقراءته كانت مشهورة في الصحابة رضي الله تعالى عنهم فكانت بمنزلة الخبر المشهور لقبول الصحابة رضي الله عنهم إياها تفسيراً للقرآن العظيم ان لم يقبلوها في كونها قرأناً فكانت مشهورة في حق حكم الصحابة رضي الله عنهم إياها في حق وجوب العمل فكانت بمنزلة الخبر المشهور والزيادة على الكتاب الكريم بالخبر المشهور جائزة بلا خلاف ويجوز بخبر الواحد وكذا عند بعض مشايخنا على ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا يخرج ما اذا أفطر في خلال الصوم انه يستقبل الصوم سواء أفطر لغير عذر أو لعذر مرض أو سفر لقوت شرط التابع وكذلك لو أفطر يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق فانه يستقبل الصيام سواء أفطر في هذه الايام أو لم يفطر لان الصوم في هذه الايام لا يصلح لاسقاط ما في ذمته لان ما في ذمته كامل والصوم في هذه الايام ناقص لجأورة المصيبة إياه والناقص لا ينوب عن الكامل ولو كانت امرأة فصامت عن كفارة الافطار في رمضان أو عن كفارة القتل فحاضت في خلال ذلك لا يلزمها الاستقبال لانها لا تجد صوم شهرين لا تحيض فيهما فكانت معدورة وعليها أن تصلي أيام القضاء بعد الحيض بما قبله حتى لو لم تصلي وأفطرت يوماً بعد الحيض استقبلت لانها تركت التابع من غير ضرورة ولو قست تستقبل ادم الضرورة لانها تجد شهرين لا تقاس فيهما ولو كانت في صوم كفارة اليمين فحاضت في خلال ذلك تستقبل لانها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها فلا ضرورة الى سقوط اعتبار الشرط ولو جامع امرأته التي لم يظاهر منها بالنهار ناسياً أو بالليل عامداً أو ناسياً أو أكل بالنهار ناسياً لا يستقبل لان الصوم لم يفسد فلم يفت شرط التابع (ومنها) عدم المسيس في الشهرين في صوم كفارة الظهار سواء فسد الصوم أو لا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الشرط عدم فساد الصوم حتى لو جامع امرأته التي ظاهرها بالليل عامداً أو ناسياً أو بالنهار ناسياً استقبل عندهما وعند أبي يوسف يمضي على صومه وبه أخذ الشافعي (وجه) قول أبي يوسف ان هذا الجماع لا ينقطع به التابع لأنه لا يفسد الصوم فلا يجب الاستقبال كما لو جامع امرأة أخرى ثم ظاهرها والصحيح قولنا لان المأمور به صوم شهرين متتابعين لا مسيس فيهما بقوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فاذا جامع في خلاهما فلم يأت بالمأمور به ولو جامعها بالنهار عامداً استقبل بالاتفاق (أما) عندهما فلو جود المسيس (وأما) عنده فلا تقطع التابع لوجود فساد الصوم (وأما) وجوب كفارة الحلق فصاحبه بالخيار ان شاء فرق لا طلاق قوله تبارك وتعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك من غير فصل (وأما) الاطعام في كفارتى الظهار والافطار والكلام في جوازه صفة وقدر أو محلاً كالكلام في كفارة اليمين وقد ذكرناه وعدم المسيس في خلال الاطعام في كفارة الظهار ليس بشرط حتى لو جامع في خلال الاطعام لا يلزمه الاستئناف لان الله تبارك وتعالى لم يشترط ذلك في هذه الكفارة لقوله سبحانه وتعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً من غير شرط ترك المسيس الا أنه منع من الوطء قبله لجواز أن يقدّر على الصوم والاعتكاف فتنتقل الكفارة اليهما فيبتين ان الوطء كان حراماً على ما ذكرنا في كتاب الظهار

والكلام في الاطعام في كفارة الحلق كالكلام في كفارة العين الا في عدد من يطعم وهم ستة مساكين لحديث كعب بن عجرة رضي الله عنه فاما في الصفة والقدر والحل فلا يختلفان حتى يجوز فيه التملك والتمكين وهذا قول أبي يوسف وقال محمد لا يجوز فيها الا التملك كذا حكى الشيخ القدوري رحمه الله الخلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي رحمه الله قول أبي حنيفة مع أبي يوسف (وجهه) قول محمد رحمه الله ان جواز التمكن في طعام كفارة العين لو ورد النص بلفظ الاطعام اذ هو في عرف اللغة اسم لتقديم الطعام على وجه الاباحة والنص ورد ههنا بلفظ الصدقة وانها تقتضي التملك لكنه معلل بدفع الحاجة والتصدق تملك فأشبه الزكاة والعشر (ولهما) ان النص وان ورد بلفظ الصدقة وانها تقتضي التملك لكنه معلل بدفع الحاجة وذا يحصل بالتمكين فوق ما يحصل بالتملك على ما بينا ولهذا جاز دفع القيمة وان فسرت الصدقة بثلاثة أصوع في حديث كعب بن عجرة رضي الله عنه ولو وجب عليه كفارة عين فلم يجز ما يعتق ولا ما يكسو ولا ما يطعم عشرة مساكين وهو شيخ كبير لا يقدر على الصوم فأراد أن يطعم ستة مساكين عن صيام ثلاثة أيام لم يجز الا أن يطعم عشرة مساكين لان الصوم بدل والبذل لا يكون له بدل فاذا عجز عن البذل تأخر وجوب الاصل وهو أحد الاشياء الثلاثة الى وقت القدرة وان كان عليه كفارة القتل أو الظهار أو الافطار ولم يجز ما يعتق وهو شيخ كبير لا يقدر على الصوم ولا يجز ما يطعم في كفارة الظهار والافطار يتأخر الوجوب الى أن يقدر على الاعتاق في كفارة القتل وعلى الاعتاق أو الاطعام في كفارة الظهار والافطار لان إيجاب الفعل على العاجز محال والله أعلم

كتاب الاشربة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان أسماء الاشربة المعروفة المسكرة وفي بيان معانيها وفي بيان أحكامها وفي بيان حد السكر (أما) أسماؤها فالخمر والسكر والفضيخ وقيع الزبيب والطلاء والباذق والمنصف والمثلث والجمهوري وقد يسمى أبوسقيا والخليطان والمزروا والجمعة والبتع (أما) بيان معاني هذه الاسماء أما الخمر فهو اسم للتي من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وهذا عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعند أبي يوسف ومحمد عليهما الرحمة ماء العنب اذا غلا واشتد فقد صار خمرًا وترتب عليه أحكام الخمر قذف بالزبد أو لم يقذف به (وجهه) قولهما أن الركن فيها معنى الاسكار وذا يحصل بدون القذف بالزبد (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله أن معنى الاسكار لا يتكامل الا بالقذف بالزبد فلا يصير خمرًا بدونه (وأما) السكر فهو اسم للتي من ماء الرطب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لم يقذف على الاختلاف (وأما) الفضيخ فهو اسم للتي من ماء البسر المنضوخ وهو المذقوق اذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لا على الاختلاف (وأما) قيع الزبيب فهو اسم للتي من ماء الزبيب المنقوع في الماء حتى خرجت حلاوته اليه واشتد وقذف بالزبد أو لا على الخلاف (وأما) الطلاء فهو اسم للمطبوخ من ماء العنب اذا ذهب أقل من الثلثين وصار مسكرًا أو يدخل تحت الباذق والمنصف لان الباذق هو المطبوخ أدنى طبخة من ماء العنب والمنصف هو المطبوخ من ماء العنب اذا ذهب نصفه وبقي النصف وقيل الطلاء هو المثلث وهو المطبوخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي معقًا وصار مسكرًا (وأما) الجمهوري فهو المثلث يصب الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ قدر الزاغب وهو الثلثان ثم يطبخ أدنى طبخة ويصير مسكرًا (وأما) الخليلطان فهما التمر والزبيب أو البسر والرطب اذا خاطا ونبذ حتى غليا واشتد (وأما) المزروا فهو اسم لنبيذ الذرة اذا صار مسكرًا (وأما) الجمعة فهو اسم لنبيذ الحنطة والشعير اذا صار مسكرًا (وأما) البتع فهو اسم لنبيذ العسل اذا صار مسكرًا هذا بيان معاني هذه الاسماء (وأما) بيان أحكام هذه الاشربة أما الخمر فيتعلق بها أحكام (منها) انه يحرم شرب قليلها وكثيرها الا عند الضرورة لانه محرمة العين فيستوى في الحرمة قليلها وكثيرها (والدليل) على أنها محرمة العين قوله سبحانه وتعالى رجس من عمل الشيطان وصف سبحانه وتعالى الخمر بكونها رجسا

وغير المحرم لا يوصف به فهذا يدل على كونها محرمة في نفسها وقوله عز من قائل انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة
الآية فدل على حرمة السكر فحرمت عينها والسكر منها وقال عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها قليلاً وكثيرها
والسكر من كل شراب الا أنه رخص شرها عند ضرورة العطش أولاً كراه قدر ما تندفع به الضرورة ولأن حرمة
قليلاً ثبتت بالشرع المحض فاحتمل السقوط بالضرورة كحرمة الميتة ونحو ذلك وكذا لا يجوز الانتفاع بها للداواة
وغيرها لأن الله تعالى لم يجعل شفاءنا فيها حرم علينا ويحرم على الرجل أن يسقى الصغير الخمر فإذا سقاها فلاثم عليه دون
الصغير لأن خطاب التحريم يتناولها (ومنها) انه يكفر مستحلباً لأن حرمتها ثبتت بدليل مقطوع به وهونص
الكتاب الكريم فكان منكر الحرمة منكر الكتاب (ومنها) انه يحذر شرها قليلاً أو كثيراً لاجتماع الصحابة
رضي الله تعالى عنهم على ذلك ولو شرب خمر أَمْزُوجاً للماء أن كانت الغلبة للخمر يجب الحد وإن غلب الماء عليها حتى
زال طعمها ويرى أنها لا يجب لأن الغلبة إذا كانت للخمر فقد بقي اسم الخمر ومعناها وإذا كانت الغلبة للماء فقد زال الاسم
والمعنى الا أنه يحرم شرب الماء الممزوج بالخمر لما فيه من أجزاء الخمر حقيقة وكذا يحرم شرب الخمر المطبوخ لأن
الطبخ لا يحل حراماً ولو شر بهما يجب الحد لبقاء الاسم والمعنى بعد الطبخ ولو شرب دردى الخمر لا حد عليه الا اذا
سكر لأنه لا يسمى خمر ومعنى الخمرية فيه ناقص لكونه مخلوطاً بغيره فأشبهه المنصف وإذا سكر منه يجب حد السكر
كما في المنصف ويحرم شره لما فيه من أجزاء الخمر ومن وجد منه رائحة الخمر أو قاء خمر لا حد عليه لأنه يحتمل انه
شر بهما مكرهاً فلا يجب مع الاحتمال ولا حد على أهل الذمة وإن سكر وامن الخمر لأنها حلال عندهم وعن الحسن بن
زيد رحمه الله انهم يحدون إذا سكر والآن السكر حرام في الأديان كلها (ومنها) ان حد شرب الخمر وحد السكر
مقدر ثمانين جلدة في الحرار لاجتماع الصحابة رضي الله عنهم وقياسهم على حد القذف حتى قال سيدنا علي رضي
الله عنه إذا سكر هذى وإذا هذى افتري وحد المقتربين ثمانون وبأربعين في العبد لأن الرق منتصف الحد كحد القذف
والزنا قال الله تعالى جل وعلا فان أتيتن بما حشة فعلن نصف ما على المحصنات من العذاب (ومنها) انه يحرم على
المسلم تملكها وتملكها بسائر أسباب الملك من البيع والشراء وغير ذلك لأن كل ذلك انتفاع بالخمر وانها محرمة الانتفاع
على المسلم وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال يا أهل المدينة ان الله تبارك وتعالى قد أنزل تحريم الخمر فمن
كتب هذه الآية وعنده شيء منها فلا يشربها ولا يبيعها فسكرها في طرق المدينة الا أنها تورث لأن الملك في الموروث
ثبت شرعاً من غير صنع العبد فلا يكون ذلك من باب التملك والملك والخمر ان لم تكن متقومة فهي مال عندنا فكانت
قابلة للملك في الجملة (ومنها) انه لا يضمن متلفها اذا كانت لمسلم لأنها ليست متقومة في حق المسلم وإن كانت مالا في
حقه واتلاف مال غير متقوم لا يوجب الضمان وإن كانت لذي يضمن عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله وهي من مسائل
النصب (ومنها) أنها نجسة غليظة حتى لو أصاب ثوباً أكثر من قدر الدرهم منع جواز الصلاة لأن الله تبارك وتعالى
سماها رجساً في كتابه الكريم بقوله رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ولو بل بها الحنطة فغسلت وجفت وطحنت
فان لم يوجد منها طعم الخمر ورأيتها يحل أكله وإن وجد لا يحل لأن قيام الطعم والرأحة دليل بقاء أجزاء الخمر
وزوالها دليل زوالها ولو سقيت بهيمة منها ثم ذبحت فان ذبحت ساعة ماسقيت به تحل من غير كراهة لأنها في
أمعائها بعد فتطهر بالغسل وإن مضى عليها يوم أو أكثر تحل مع الكراهة لا احتمال أنها تفرقت في العروق والأعصاب
(ومنها) اذا تخللت بنفسها يحل شرب الخل بلا خلاف لقوله عليه الصلاة والسلام نعم الا دام الخل وانما يعرف بالتخلل
بالتغير من المرارة الى الحموضة بحيث لا يبقى فيها مرارة أصلاً عند أبي حنيفة رضي الله عنه حتى لو بقي فيها بعض
المرارة لا يحل وعند أبي يوسف ومحمد تصير خلا بظهور قليل الحموضة فيها لأن من أصل أبي حنيفة رحمه الله ان العصير
من ماء العنب لا يصير خمر إلا بعد تكامل معنى الخمرية فيه فكذا الخمر لا يصير خلا إلا بعد تكامل معنى الخلية فيه
وعندهما يصير خمر ا بظهور دليل الخمرية ويصير خلا بظهور دليل الخلية فيه هذا اذا تخللت بنفسها فاما اذا خلها

صاحبها بعلاج من نخل أو ملح أو غيرهما فالتخليل جائز والنخل حلال عندنا وعند الشافعي لا يجوز التخليل ولا يحل النخل وان خللها بالنخل من موضع الى موضع فلا شك أنه يحل عندنا وللشافعي رحمه الله قولان واحتج بما روى ان بعد نزول تحريم الخمر كانت عند أبي طلحة الانصارى رحمه الله خمرة لا يتام فجاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما نصنع بها يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ارقها فقال أبو طلحة أفلا أدخلها قال عليه الصلاة والسلام لا نص عليه الصلاة والسلام على النهي عن التخليل وحقيقة النهي للتحريم ولان في الاشتغال بالتخليل احتمال الوقوع في الفساد ويتجنس الظاهر منه ضرورة وهذا لا يجوز بخلاف ما اذا تخللت بنفسها (ولنا) ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال أياها ب دبع فقد طهر كالخمر اذا تخلل فيحل فحقق عليه الصلاة والسلام التخليل وأثبت حل الحل شرعاً ولان التخليل سبب لحصول الحل فيكون مباحاً استدلالاً بما اذا أمسكها حتى تخللت والدليل على أنه سبب لحصول الحل ان بهذا الصنع صار المائع حامضاً بحيث لا يبين في الذوق أثر المرارة فلا يخلو اما ان كان ذلك لغلبة الحموضة المرارة مع بقائها في ذاتها واما ان كان لتغير الخمر من المرارة الى الحموضة لا سبيل الى الاول لانه لا حموضة في الملح لتغلب المرارة وكذا بالقاء حلو قليل يصير حامضاً في مدة قليلة لا تتخلل بنفسها عادة والقليل لا يغلب الكثير فتعين ان ظهور الحموضة باجراء الله تعالى العادة على أن يحاورة النخل بغيرها من المرارة الى الحموضة في مثل هذا الزمان ثبت ان التخليل سبب لحصول الحل فيكون مباحاً لانه حينئذ يكون اكتساب مال متقوم عندنا وعنده يكون اكتساب المال وكل ذلك مشروع (وأما) الحديث فقد روى أن أبا طلحة رحمه الله لما قال أفلا أدخلها قال عليه الصلاة والسلام نعم فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج على أنه يحمل على النهي عن التخليل لمعنى في غيره وهو دفع عادة العامة لان القوم كانوا حديثي العهد بتحريم الخمر فكانت بيوتهم لا تخلو عن خمر وفي البيت غلمان وجواري وصبيان وكانوا ألفوا شرب الخمر وصاروا عادة لهم وطبيعة والنزوع عن العادة أمر صعب فقيم البيت ان كان ينزجر عن ذلك ديانة فقل ما يسلم الاتباع عنها لو أمر بالتخليل اذ لا يتخلل من ساعتها بل بعد وقت معتبر فيؤدي الى فساد العامة وهذا لا يجوز وقد انعدم ذلك المعنى في زماننا ليقرر التحريم ويألف الطبع تحريمها فخللنا على هذا دفعا للتناقض عن الدليل وبه تبين ان ليس فيما قلناه احتمال الوقوع في الفساد وقوله تنجس الظاهر من غير ضرورة نعم لكن الحاجة وانه لما ترك دبع جلد الميتة والله سبحانه وتعالى أعلم ثم لا فرق في ظاهر الرواية بين ما اذا اتى فيها شيئاً قليلاً من الملح أو السمك أو الخل أو كثير أحتى تحل في الحالين جميعاً وروى عن أبي يوسف أنه ان كان النخل كثيراً لا يحل (وجهه) رواية أبي يوسف رحمه الله ان الملقى من الخل اذا كان قليلاً فهذا التحليل لظهور الحموضة فيها بطريق التغيير فاما اذا كان كثيراً فهذا ليس بتخليل بل هو تغليب لغلبة الحموضة المرارة فصار كما لو اتى فيها كثيراً من الخلاوات حتى صار حلواً أنه لا يحل بل يتنجس الكل فكذا هذا (وجهه) ظاهر الرواية ان كل ذلك تحليل أما اذا كان قليلاً فظاهر وكذلك اذا كان كثيراً الماذكر ان ظهور الحموضة عند القاء الملح والسمك لا يكون بطريق التغليب لانعدام الحموضة فيهما فتعين أن يكون بطريق التغيير وفي الكثير يكون أسرع والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) السكر والفضيخ وقيح الزبيب فيحرم شرب قليلها وكثيرها لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال الخمر من هاتين الشجرتين وأشار عليه الصلاة والسلام الى النخلة والكرمة والتي ههنا هو المستحق لاسم الخمر فكان حراماً وسئل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن التداوى بالسكر فقال ان الله تبارك وتعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال السكر هي الخمر ليس لها كنية وروى أنه لما سئل عن قيع الزبيب قال الخمر أحبتما أشار الى علة الحرمة وهي ان ايقاع الزبيب في الماء احياء للخمر لان الزبيب اذا وقع في الماء يعود عنباً فكان قيعه كعصير العنب ولان هذا لا يتخذ الا للسكر فيحرم شرب قليلها وكثيرها فان قيل اليس أن الله تبارك وتعالى قال ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكراً ورزقاً حسناً وهذا خرج مخرج تدكير النعمة والتنبية على

شكرها فيدل على حلها فالجواب قيل ان الآية منسوخة بآية تحريم الخمر فلا يصح الاحتجاج بها والثاني ان لم تكن منسوخة فيحتمل ان ذلك خرج مخرج التنبيه اي انكم نجعلون ما أعطاكم الله تعالى من نعمات النخيل والاعناب التي هي حلال بعضها حراما وهو الشراب والبعض حلالا وهو الدبس والزبيب والخل ونحو ذلك نظيره قوله تعالى قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا وعلى هذا كانت الآية حجة عليكم لان التغيير على الحرام لا على الحلال ولا يكفر مستحلها ولكن يضال لان حرمتها دون حرمة الخمر لثبوتها بدليل غير مقطوع به من أخبار الآحاد وأثار الصحابة رضي الله عنهم على ما ذكرنا ولا يحد بشرب القليل منها لان الحد انما يجب بشرب القليل من الخمر ولم يوجد بالسكر لان حرمة السكر من كل شراب كحرمة الخمر لثبوتها بدليل مقطوع به وهو نص الكتاب العزيز قال الله تعالى جل شأنه في الآية الكريمة اتايريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون وهذه المعاني تحصل بالسكر من كل شراب فكانت حرمة السكر من كل شراب ثابتة بنص الكتاب العزيز كحرمة الخمر ولهذا جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الخمرتين في قوله عليه الصلاة والسلام حرمت عليكم الخمر لعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب ومعلوم أنه عليه الصلاة والسلام ما أراد به أصل الحرمة لان ذلك لا يفق على السكر في كل شراب دل ان المراد منه الحرمة الكاملة التي لا شبهة فيها كحرمة الخمر وكذا جمع سيدنا على رضي الله عنه بينهما في الحد فقال فيا أسكر من النبيذ ثمانون وفي الخمر قليلها وكثيرها ثمانون ويجوز بيعها عند أبي حنيفة مع الكراهة وعند أبي يوسف ومحمد لا يجوز أصلا (وجه) قولهما ان محل البيع هو المال وانه اسم لما يباح الانتفاع به حقيقة وشرعا ولم يوجد فلا يكون مالا فلا يجوز بيعها كبيع الخمر (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه ان البيع مبادلة شيء مرغوب فيه شيء مرغوب فيه قال الله تبارك وتعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فارتبحت تجارتهم وما كانوا مهتدين وقد وجد ههنا لان الاشربة مرغوب فيها والمال اسم لشيء مرغوب فيه الا ان الخمر مع كونها مرغوبة بافها لا يجوز بيعها بالنص الذي روينا والنص ورد باسم الخمر فيقتصر على مورد النص وعلى هذا الخلاف اذا ألقها انسان يضمن عنده وعندهما لا يضمن (ومنها) حكم نجاستها فقد روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انها لو أصابت الثوب أكثر من قدر الدرهم تمنع جواز الصلاة لانه يحرم شرب قليلها وكثيرها كالماء فكانت نجاستها غليظة كنجاسة الخمر وروى انها لا تمنع أصلا لان نجاسة الخمر انما ثبتت بالشرع بقوله عز شأنه رجس من عمل الشيطان فيختص باسم الخمر وعن أبي يوسف رحمه الله انه اعتبر فيها الكثير الفاحش كما في النجاسة الحقيقية لانه وان كانت محرمة الانتفاع لكن حرمتها دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يحد بشرب القليل منها فوجب ذلك خفة في نجاستها هذا الذي ذكرنا حكم النبي عن عصير العنب ونبيذ التمر وتقيع الزبيب (وأما) حكم المطبوخ منها ما عصير العنب اذا طبخ أدنى طبخة وهو الباذق أو ذهب نصفه وبقى النصف وهو المنصف فيحرم شرب قليله وكثيره عند عامة العلماء رضي الله عنهم وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله الاول أنه مباح وهو قول حماد بن أبي سليمان ويصح قول العامة لانه اذا ذهب أقل من الثلثين بالطبخ فالحرام فيه بان وهو ما زاد على الثلث والدليل على ان الزائد على الثلث حرام ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه كتب الى عمار بن ياسر رضي الله عنه اني أتيت بشراب من الشام طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه يبقى حلاله ويذهب حرامه ويريج جنونه فمن قبلك فليتبوسعوا من أشربتهم نص على ان الزائد على الثلث حرام وأشار الى أنه ما لم يذهب ثلثاه فالقوة المسكرة فيه قائمة وكان ذلك بحضور من الصحابة الكرام رضي الله عنهم ولم ينقل عنهم خلافا فكان اجماعهم ولا يحد شاربه ما لم يسكر واذا سكر حد ولا يكفر مستحل له لما روي ويجوز بيعه عند أبي حنيفة وان كان لا يحل شربه وعندهما لا يحل شربه ولا يجوز بيعه على ما ذكرنا هذا اذا طبخ عصير العنب فأما اذا طبخ العنب كما هو فقد حكى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما ان حكمه حكم الفصير لا يحل حتى يذهب ثلثاه

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن حكم الزبيب حتى لو طبخ أدنى طبخة يحل بمنزلة الزبيب (وأما المطبوخ من نبيذ التمر وقيع الزبيب أدنى طبخة والمنصف منهما فيحل شر به ولا يحرم إلا السكر منه وهو طاهر يجوز بيعه ويضمن مثله وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وعن محمد رحمه الله روايتان في رواية لا يحل شر به لكن لا يجب الحد إلا بالسكر وفي رواية قال لا أحرمه ولكن لا أشرب منه والحجج تذكر في المثلث فأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يحتاجان إلى الفرق بين المطبوخ أدنى طبخة والمنصف من عصير العنب (ووجه) الفرق لهما أن طبخ العصير على هذا الحد وهو أن يذهب أقل من ثلثه لا أثر له في العصر لأن بعد الطبخ بقيت فيه قوة الاسكار بنفسه ألا ترى أنه لو ترك يغلي ويشتم من غير أن يخلط بغيره كما كان قبل الطبخ لم يعمل فيه هذا النوع من الطبخ فبقى على حاله بخلاف نبيذ التمر وقيع الزبيب لأنه ليس فيه قوة الاسكار بنفسه ألا ترى أنه لو ترك على حاله ولا يخلط به الماء لم يحتمل الغليان أصلاً كعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه والماء يغلي ويسكر إذا خلط فيه الماء وإذا لم يكن مسكراً بنفسه بل بغيره جاز أن يتغير حاله بالطبخ بخلاف العصير على ما ذكرنا وإلى هذا أشار سيدنا عمر رضي الله عنه فبارونا عنه من قوله يذهب حرامه ويريح جنونه يعني إذا كان يغلي بنفسه من غير صب الماء عليه فقد بقي سلطاناً له وإذا صار بحيث لا يغلي بنفسه بأن طبخ حتى ذهب ثلثاه فقد ذهب سلطاناً له والله سبحانه وتعالى أعلم هذا إذا وقع الزبيب المدقوق في الماء ثم طبخ قيعه أدنى طبخة فأما إذا وقع الزبيب كما هو وصفي مأوه ثم طبخ أدنى طبخة فقد روى محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله أنه لا يحل حتى يذهب بالطبخ ثلثاه ويبقى ثلثه ووجهه ما ذكرنا أن اقاع الزبيب أحياء للعنب فلا يحل به عصيره إلا بما يحل به عصير العنب وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر في ذلك أدنى طبخة لأنه زبيب انتفخ بالماء فلا يتغير حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المثلث فنقول لا خلاف في أنه ما دام حلوا لا يسكر يحل شر به (وأما) المعتق المسكر فيحل شر به للتداوى واستمرار الطعام والتقوى على الطاعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وروى محمد رحمه الله أنه لا يحل وهو قول الشافعي رحمه الله وأجمعوا على أنه لا يحل شر به للهو والطرب كذا روى أبو يوسف رحمه الله في الامالى وقال لو أراد أن يشرب المسكر قليلاً وكثيره حرام وقعوده لذلك والمشى إليه حرام (وجه) قول محمد والشافعي رحمهما الله ما روى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما أسكر كثيره فقليله حرام وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال كل مسكر من عصير العنب انما يسمى خمر الكونه مخامر للعقل ومعنى المخامرة يوجد في سائر الاشربة المسكرة وأبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما احتجاً بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وأثار الصحابة الكرام رضي الله عنهم (أما) الحديث فما ذكره الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار عن عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بنبيذ فشمه فقطب وجهه لشدته ثم دعا بماء فصبه عليه وشرب منه (وأما) الآثار فمنها ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه كان يشرب النبيذ الشديد ويقول انال ننحر الجزر وأن العتق منها لا لآل عمر ولا يقطعه إلا النبيذ الشديد (ومنها) ما روى عنه أنه كتب إلى عمار بن ياسر رضي الله عنهما أني أتيت بشراب من الشام طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه يبقى حلالاً ويذهب حرامه ويريح جنونه فمن قبلك فليتوسعوا من أشربتهم نص على الحل ونبه على المعنى وهو زوال الشدة المسكرة بقوله ويذهب ريح جنونه ونذب إلى الشرب بقوله فليتوسعوا من أشربتهم (ومنها) ما روى عن سيدنا علي رضي الله تعالى عنه أنه أضاف قوماً فسقاهم فسكر بعضهم فحده فقال الرجل تسقيني ثم تحدني فقال سيدنا علي رضي الله عنه انما أحده للسكر وروى هذا المذهب عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما أنه قال حين سئل عن النبيذ اشرب الواحد والاثنين والثلاثة فإذا خفت السكر فذرع وإذا ثبت الا حلال من هؤلاء الكبار من الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم فالقول بالتحريم يرجع إلى تيسيقهم وأنه بدعة ولهذا عد أبو حنيفة رضي الله عنه احوال المثلث من شرائط مذهب السنة والجماعة فقال في

بيانها أن يفضل الشيخين ويحب الخنتين وأن يرى المسح على الخفين وأن لا يحرم نبيذ الخمر لما أن في القول بحريمه
تفسيق كبار الصحابة رضي الله تعالى عنهم والكف عن تسيقهم والامساك عن الطعن فيهم من شرائط السنة
والجاعة (وأما) ما ورد من الاخبار ففيها طعن تم بهاتوا ويل ثم قول بموجبها (أما) الطعن فإن يحيى بن معين رحمه الله قد
ردها وقال لا تصح عن النبي عليه الصلاة والسلام وهو من قلة الاحاديث فطعنه بوجوب جر حافى الحديثين (وأما)
التأويل فهو أنها محمولة على الشرب للتلهي توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض (وأما) القول بالموجب فهو أن
المسكر عندنا حرام وهو القدر الاخير لان المسكر ما يحصل به الاسكار وأنه يحصل بالقدر الاخير وهو حرام قليله
وكثيره وهذا قول بموجب الاحاديث ان ثبتت بحمد الله تعالى (وأما) قولهم ان هذه الاشربة خمر لوجود معنى الخمر
فيها وهو صفة مخمرة العقل قلنا اسم الخمر للتي من ماء العنب اذا صار مسكراً حقيقة ولسائر الاشربة مجاز لان معنى
الاسكار والمخمرة فيه كامل وفي غيره من الاشربة ناقص فكان حقيقة له مجازاً لغيره وهذا لا نه لو كان حقيقة لغيره
لكان الامر لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون اسماً مشتركاً واما أن يكون اسماً عاماً لا سبيل الى الاول لان شرط
الاشتراك اختلاف المعنى فالاسم المشترك ما يقع على مسميات مختلفة الحدود والحقائق كاسم العين ونحوها وههنا
ما يختلف ولا سبيل الى الثاني لان من شرط العموم أن تكون افراد العموم متساوية في قبول المعنى الذي وضع له
اللفظ لا متفاوتة ولم يوجد التساوي ههنا واذا لم يكن بطريق الحقيقة تميز أنه بطريق المجاز فلا يتناولها مطلق اسم الخمر
والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الجمهوري فحكمه حكم المثلث لانه مثلث يرق بصب الماء عليه ثم يطبخ أدنى طبخة للمثلا
يفسد (وأما) الخليطان فحكمهما عند الاجتماع ما هو حكمهما عند الافراد من التي عنهما والمطبوخ وقد ذكرناه
وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن شرب التمر والزبيب جميعاً والزهو والربط جميعاً وهو محمول
على النوى والسكر منه والله عز وجل أعلم وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن نبيذ البسر والتمر والزبيب جميعاً
ولو طبخ أحدهما ثم صب قدح من التي فيه أفسده سواء كان من جنسه أو خلاف جنسه لانه اجتمع الحلال
والحرام فيغلب الحرام الحلال ولو خلط العصير بالماء فان ترك حتى اشتد لاشك أنه لا يحل وان طبخ حتى ذهب
ثلثاه ففيه نظر ان كان الماء هو الذي يذهب أولاً بالطبخ يطبخ حتى يذهب قدر الماء ثم يطبخ العصير حتى يذهب ثلثاه
فيحل وان كان الماء والعصير يذهبان معاً بالطبخ حتى يذهب ثلثا الجملة فلا يحل والله عز وجل أعلم (وأما) المزروعة
والبتع وما يتخذ من السكر والتين ونحو ذلك فيحل شره عند أبي حنيفة رضي الله عنه قليلاً كان أو كثيراً مطبوخاً
كان أو نيئاً ولا يحذر شاربه وان سكر وروى عن محمد رحمه الله أنه حرام بناء على أصله وهو أن ما أسكر كثيره قليله
حرام كالمثلث وقال أبو يوسف رحمه الله ما كان من هذه الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فاني أكرهه
وكذا روى عن محمد ثم رجع أبو يوسف عن ذلك الى قول أبي حنيفة رضي الله عنه (وجه) قول أبي يوسف الاول
ان بقاءه وعدم فساده بعد هذه المدة دليل شدة تدهونه دليل حرمة (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان الحرمة
متعلقة بالخمرية لا تثبت الا بشدة والشدة لا توجد في هذه الاشربة فلا تثبت الحرمة والدليل على انعدام الخمرية أيضاً
ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال الخمر من هاتين الشجرتين ذكر عليه الصلاة والسلام الخمر بلام
الجنس فاقتضى اقتضار الخمرية على ما يتخذ من الشجرتين وانما لا يجب الحد وان سكر منه لا نه سكر حصل بتناول
شيء مباح وأنه لا يوجب الحد كالسكر الحاصل من تناول البنج والخبز في بعض البلاد بخلاف ما اذا سكر بشرب المثلث
أنه يجب الحد لان السكر هناك حصل بتناول المخطور وهو القدر الاخير (وأما) ظروف الاشربة المحرمة فيباح
الشرب منها اذا غسلت الاخرى الجديد الذي يتشرب فيها على الاختلاف الذي عرف في كتاب الصلاة والاصل
فيه قول النبي عليه الصلاة والسلام اني كنت نهيتكم عن الشرب في الدباء والحنم والمزفت الا فاشربوا في كل ظرف
فان الظروف لا تحل شيئاً ولا تحرمه (وأما) بيان حد السكر الذي يتعلق به وجوب الحد فقد اختلف في حده قال

أبو حنيفة رضي الله عنه السكران الذي يحدو الذي لا يعقل قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الارض من السماء والرجل من المرأة وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله السكران هو الذي يغلب على كلامه الهذيان وروى عن أبي يوسف أنه يمتحن بقل يأبها الكافرون فيستقر أن لم يقدر على قراءتها فهو سكران لما روي أن رجلاً صنع طعاماً فدعى سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علياً وسيدنا سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنهم فأكلوا وسفاهم خمر أو كان قبل تحريم الخمر فحضرتهم صلاة المغرب فأمرهم واحد منهم فقرأ قل يا أيها الكافرون على طرح لا أعبد ما تعبدون فنزل قوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقرؤا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون وهذا الامتحان غير سديد لأن من السكران من لم يتعلم هذه السورة من القرآن أصلاً ومن تعلم فقد يتعذر عليه قراءتها في حالة الصحو خصوصاً من لا اعتناؤه بأمر القرآن فكيف في حالة السكر وقال الشافعي رحمه الله إذا شرب حتى ظهر أثره في مشيه وأطرافه وحركاته فهو سكران وهذا أيضاً غير سديد لأن هذا أمر لا نبات له لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس منهم من يظهر ذلك منه بأدنى شيء ومنهم من لا يظهر فيه وإن بلغ به السكر غاية (وجه) قوله ما شهادة العرف والعادة فإن السكران في متعارف الناس اسم لمن هذى واليه أشار سيدنا علي رضي الله عنه بقوله إذا سكر هذى وإذا هذى افتري وحد المقتري ثمانون وأبو حنيفة عليه الرحمة يسلم ذلك في الجملة فيقول أصل السكر يعرف بذلك لكنه اعتبر في باب الحدود ما هو الغاية في الباب احتيالا للدرء المأمور به بقوله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود ما استطعتم ولا يعرف بلوغ السكر غاية إلا بما ذكر والله عز وجل أعلم

« ٥ ٥ ٥ »

كتاب الاستحسان

وقد يسمى كتاب الحظر والاباحة وقد يسمى كتاب الكراهة والكلام في هذا الكتاب في الاصل في موضعين في بيان معنى اسم الكتاب وفي بيان أنواع المحظورات والمباحات انجموعة فيه (أما) الاول فلا استحسان يذكر ويراد به كون الشيء على صفة الحسن ويذكر ويراد به فعل المستحسن وهو رتبة الشيء حسناً يقال استحسننت كذا أي رأيته حسناً فاحتمل تخصيص هذا الكتاب بالتسمية بالاستحسان لاختصاص عامة ما أورد فيه من الاحكام بحسن ليس في غيرها ولو كونها على وجه يستحسنها العقل والشرع (وأما) التسمية بالحظر والاباحة قسمية طابقت معناها ووافقت مقتضاها لاختصاصه ببيان جملة من المحظورات والمباحات وكذا التسمية بالكراهة لأن الغالب فيه بيان المحرمات وكل محرم مكر وفي الشرع لأن الكراهة ضد المحبة والرضا قال الله تبارك وتعالى وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم والشرع لا يحب الحرام ولا يرضى به إلا أن ماتت حرمة دليل مقطوع به من نص الكتاب العزيز أو غير ذلك فعادة محمد أنه يسميه حراماً على الإطلاق وماتت حرمة دليل غير مقطوع به من أخبار الآحاد وأقوال الصحابة الكرام رضي الله عنهم وغير ذلك يسميه مكرهاً وربما يجمع بينهما فيقول حرام مكره أو أشعاراً منه أن حرمة ثبتت بدليل ظاهر لا بدليل قاطع (وأما) بيان أنواع المحرمات والمحلات المجموعة فيه فنقول وبالله تعالى التوفيق المحرمات المجموعة في هذا الكتاب في الاصل نوعان نوع ثبتت حرمة في حق الرجال والنساء جميعاً ونوع ثبتت حرمة في حق الرجال دون النساء (أما) الذي ثبتت حرمة في حق الرجال والنساء جميعاً فبعضها مذكور في مواضعه في الكتب فلا نعيده ونذكر ما لا ذكر له في الكتب ونبدأ بما بدأ به محمد رحمه الله الكتاب وهو حرمة النظر والمس والكلام فيها في ثلاث مواضع أحدها في بيان ما يحل من ذلك ويحرم للرجل من المرأة والمرأة من الرجل والثاني في بيان ما يحل ويحرم للرجل من الرجل والثالث في بيان ما يحل ويحرم للمرأة من المرأة (أما) الاول فلا يمكن الوصول الى معرفته إلا بعد معرفة أنواع النساء فنقول وبالله تعالى التوفيق النساء في هذا الباب سبعة أنواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم وهو

وهو الرحم المحرم للنكاح كالام والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن أصلاً ولا محرم وهن الاجنبيات الحرائر ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم وهو الرحم الذي لا يحرم النكاح كبنت العم والعمة والخال والخالة (أما) النوع الاول وهو المنكوحات فيحل للزوج النظر الى زوجته ومساهمة رأسها الى قدمها لانه يحل له وطؤها لقوله تعالى والذين هم لقروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين وانه فوق النظر والمس فكان احلالهما من طريق الاولى الا أنه لا يحل له وطؤها في حالة الحيض لقوله تبارك وتعالى ويستلثونك عن الحيض قل هو اذى فاعتزلوا النساء في الحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فصارت حالة الحيض مخصوصة عن عموم النص الذي تلونا وهل يحل الاستمتاع بها فيما دون الفرج اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهما لا يحل الاستمتاع بما فوق الازار وقال محمد رحمه الله يجتنب شعار الدم وله ما سوى ذلك واختلف المشايخ في تفسير قولهما بما فوق الازار قال بعضهم المراد منه ما فوق السرة فيحل الاستمتاع بما فوق سرتها ولا يباح بما تحتها الى الركبة وقال بعضهم المراد منه مع الازار فيحل الاستمتاع بما تحت سرتها ما سوى الفرج لكن مع المزنا لا مكشوفاً ويمكن العمل بعموم قولهما بما فوق الازار لانه يتناول ما فوق السرة وما تحتها ما سوى الفرج مع المزنا ذلك فوق الازار فيكون عملاً بعموم اللفظ والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول محمد ظاهر قوله تبارك وتعالى ويستلثونك عن الحيض قل هو اذى جعل الحيض اذى فتختص الحرمة بموضع الاذى وقدر وى أن سيدتنا عائشة رضى الله عنها سئلت عما يحل للرجل من امراته الحائض فقالت يتقى شعار الدم وله ما سوى ذلك (وجه) قولهما ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لنا مات تحت السرة وله ما فوقها وروى ان أزواج النبي عليه الصلاة والسلام كن اذا حضن أمرهن أن يترن ثم يضاجعن ولان الاستمتاع بها بما يقرب من الفرج سبب الوقوع في الحرام قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه وفي رواية من رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه والمستمتع بالخذنيحوم حول الحمى ويرتع حوله فيوشك أن يقع فيه دل ان الاستمتاع به سبب الوقوع في الحرام وسبب الحرام حرام أصله الخلو بالاجنبية (وأما) الآية الكريمة فجحة عليه لان ما حول الفرج لا يخلو عن الاذى عادة فكان الاستمتاع به استعمال الاذى وقول سيدتنا عائشة رضى الله عنها له ما سوى ذلك أى مع الازار فحمل على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وكذلك المرأة يحل لها النظر الى زوجها واللمس من فرقه الى قدمه لانه حل لها ما هو أكثر من ذلك وهو التمسك من الوطء فهذا أولى ويحل النظر الى عين فرج المرأة المنكوحة لان الاستمتاع به حلال فالنظر اليه أولى الا أن الادب غض البصر عنه من الجانبين لما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وما نظرت الى مامنه ولا نظرت الى مامنى ولا يحل اتيان الزوجة في دبرها لان الله تعالى عز شأنه نهى عن قربان الحائض ونهى على المعنى وهو كون الحيض اذى والاذى في ذلك المحل أخفش وأذم فكان أولى بالتحريم وروى عن سيدنا علي رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها أو أتى كاهناً فصدقه فيما يقول فهو كافر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وسلم نهى عن اتيان النساء في محاشهن أى أدبارهن وعلى ذلك جاءت الآثار من الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم انها سميت اللوطية الصغرى ولان حل الاستمتاع في الدنيا لا يثبت لحق قضاء الشهوات خاصة لان قضاء الشهوات خاصة دار أخرى وانما يثبت لحق قضاء الحاجات وهي حاجة بقاء النسل الى انقضاء الدنيا الا أنه ركبت الشهوات في البشر للبعث على قضاء الحاجات وحاجة النسل لا تحتمل الوقوع في الادبار فلو ثبت الحل لثبت لحق قضاء الشهوة خاصة والدنيا لم تخلق له (وأما) النوع الثانى وهن المملوكات فحكهن حكم المنكوحات فيحل للمولى النظر الى سائر بدن جاريته ومساهمة رأسها الى قدمها لانه حل له ما هو أكثر منه لقوله عز وجل أو ما ملكت أيمانكم الآية الا أن حالة الحيض صارت

مخصوصة فلا يقر بها في حالة الحيض ولا يأتي في دبرها لما ذكرنا من الدلائل وفي الاستمتاع بها فيا دون الفرج على الاختلاف وكذا اذا ملسها بسائر أسباب الملك لا يحل له أن يقر بها قبل أن يستبرأها والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في سبأ أو طاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحبالى حتى يستبرأ بحبضة ولا ن فيه خوف اختلاط المياه وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره وكذا فيه وهم ظهور الحبل بها فيدعيه ويستحقها فيبين انه يستمتع بملك الغير (وأما) الدهاءى من القبلة والمعلقة والنظر الى الفرج عن شهوة فلا يحل عند عامة العلماء الا في المسيية وقال مكحول رحمه الله يحل (وجه) قوله أن الملك في الاصل مطلق التصرف ولهذا لم تحرم الدواعى في المسيية ولا على الصائم فكان ينبغي أن لا يحرم القربان أيضا إلا أن الحرمة عرفناها بالنص فتقتصر الحرمة على مورد النص على أن النص ان كان معلولا بخوف اختلاط المياه فهذا معنى لا يحتتمل التعدى الى الدواعى فلا يتعدى اليها (وجه) قول العامة ان حرمة القربان انما ثبتت خوفا عن توهم العلوق وظهور الحبل وعند الدعوة والاستحقاق يظهر ان الاستمتاع صادف ملك الغير وهذا المعنى موجود في الدواعى من المستبرأة ونحوها فيتعدى اليها ولا يتعدى في المسيية فيقتصر الحكم فيها على مورد النص ولان الاستمتاع بالدواعى وسيلة الى القربان والوسيلة الى الحرام حرام أصله الخلوته وهذا أولى لان الخلوته في التوصل الى الحرام دون المس فكان تجريمها تجرима للمس بطريق الأولى كما في تجريم التأفيف من الضرب والشتم ومن اعتمد على هذه النكتة منع فضل المسيية وزعم أن لانص فيها عن أمحبا وهو غير سديد فان حل الدواعى من المسيية منصوص عليه من محمد رحمه الله فلا يستقيم المنع فكان الصحيح هو العلة الأولى وحرمة الدواعى في باب الظهار والاحرام ثبت لمعنى آخر ذكرناه في كتاب الحج والظهار (وأما) النوع الثالث وهو ذات الرحم المحرم فيحل للرجل النظر من ذوات محارمه الى رأسها وشعرها وأذنها وصدرها وعضدها وندبها وساقها وقدمها لقوله تبارك وتعالى ولا يدين زينت من الالبوتن أو آباءهن الآية نهان سبحانه وتعالى عن ابداء الزينة مطلقا واستثنى سبحانه ابداءها للذكور من بين الآية الكريمة منهم ذوات الرحم المحرم والاستثناء من الحظر اباحة في الظاهر والزينة نوعان ظاهرة وهو الكحل في العين والخاتم في الاصبع والفتحة للرجل وباطنة وهو العصابة للرأس والعقاص للشعر والقرط للأذن والحائل للصدر والدملج للمضد والخلخال للساق والمراد من الزينة مواضعها لا نفسها لان ابداء نفس الزينة ليس بمنهى وقد ذكر سبحانه وتعالى الزينة مطلقة فيتناول النوعين جميعا فيحل النظر اليها بظاهر النص ولان المخالطة بين المحارم للزينة وغيرها ثابتة عادة فلا يمكن صيانة مواضع الزينة عن الكشف الا بخرج وانه مدفوع شرعا وكل ما جاز النظر اليه منهن من غير حائل جاز مسه لان المحرم يحتاج الى اركانها وانزالها في المسافرة معها وتعد صيانة هذه المواضع عن الانكشاف فيتعذر على المحرم الصيانة عن مس المكشوف ولان حرمة النظر الى هذه المواضع ومساهمة الاجنبيات انما ثبتت خوفا عن حصول الشهوة الداعية الى الجماع والنظر الى هذه الاعضاء ومساهمة ذوات المحارم لا يورث الشهوة لانهما لا يكونان للشهوة عادة بل للشفقة ولهذا جرت العادة فيما بين الناس بتقبيل أمهاتهم وبناتهم وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا قدم من الغزو قبل رأس السيدة فاطمة رضى الله عنها وهذا اذا لم يكن النظر والمس عن شهوة ولا غلب على ظنه انه لا يشتهى فاما اذا كان يشتهى أو كان غالب ظنه وأكبر رأيه انه لو نظر أو مس اشتهى لم يحجز له النظر والمس لانه يكون سببا للوقوع في الحرام فيكون حراما ولا بأس أن يسافر بها اذا أمن الشهوة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر ثلاثا فوقها الا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها ولان الذى يحتاج المحرم اليه في السفر مسها في الحمل والانزال ويحل له مسها فتحل المسافرة معها وكذا لا بأس أن يخلو بها اذا أمن على نفسه لانه لما حل المس فالخلوة أولى فان خاف على نفسه لم يفعل لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

انه قال لا يخلون الرجل بمغيبية وان قبل حموها الا حموها الموت وهو محمول على حالة الخوف أو يكون نهى نذب وتزييه
والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها لعموم قوله تبارك
وتعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الآية الا انه سبحانه وتعالى رخص النظر للمحارم الى مواضع الزينة
الظاهرة والباطنة بقوله عز شأنه ولا يبدن زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن الآية فبقى غض البصر عما وراءها ما موراً
به واذا لم يحل النظر فالمس أولى لانه أقوى ولان رخصة النظر الى مواضع الزينة للحاجة التي ذكرناها ولا حاجة الى
النظر الى ما وراءها فكان النظر إليها بحق الشهوة وانه حرام ولان الله تبارك وتعالى جعل الظهار منكر من القول
وزوراً والظهار ليس التشبيه المنكوحه بظهر الام في حق الحرمة ولو لم يكن ظهرا لكان حرام النظر والمس لم يكن
الظهار منكر من القول وزوراً فيؤدى الى الخلف في خبر من يستحيل عليه الخلف هذا اذا كانت هذه الاعضاء
مكشوفة فاما اذا كانت مستورة بالثياب واحتاج ذوالرحم المحرم الى اركانها وانزالها فلا بأس بان يأخذ بطنها أو ظهرها
أو فخذها من وراء الثوب اذا كان يأمن على نفسه لما ذكرنا من ذوات الرحم المحرم لا يورث الشهوة عادة
خصوصاً من وراء الثوب حتى لو خاف الشهوة في المس لا يمسها وليجنب ما استطاع وكل ما يحل للرجل من ذوات
الرحم المحرم منه من النظر والمس يحل للمرأة ذلك من ذى رحم محرم منها وكل ما يحرم عليه محرم عليها والله عز وجل
أعلم (وأما) النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم وقد ذكرناه والاصل فيه قول
النبي عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى ان أفلح بن أبي القيس رحمه الله استأذن
أن يدخل على سيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنها فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه الصلاة
والسلام ليلج عليك فانه عمك أرضعتك امرأة أخيه (وأما) النوع الخامس وهو مملوكات الاغيار فحكمهن أيضاً
في حل النظر والمس وحرمتها حكم ذوات الرحم المحرم فيحل النظر الى مواضع الزينة منهن ومسها ولا يحل ما سوى
ذلك والاصل فيه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مس ناصية أمة ودعا لها بالبركة وروى ان سيدنا عمر
رضي الله تعالى عنه رأى أمة متقنة فعلاها بالدرة وقال ألقى عنك الخمار يا دقاراً تشبهين بالحرائر فدل على حل النظر الى
رأسها وشعرها وأذنها وروى عن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه انه مر بجارية تعرض على البيع فضرب بيده على
صدرها وقال اشتروا ولو كان حراماً لم يتوهم منه رضي الله عنه أن يمسها ولان بالناس حاجة الى النظر الى هذه المواضع
ومسها عند البيع والشراء لمعرفة بشرتها من اللين والخشونة ونحو ذلك لا اختلاف قيمتها باختلاف أطرافها فحلقت
بذوات الرحم المحرم دفعاً للخروج عن الناس ولهذا يحل بين المسافرة بلا محرم ولا حاجة الى المس والنظر الى غيرها لانها
تصير معلومة بالنظر الى الاطراف ومسها وهذا اذا أمن على نفسه الشهوة فان لم يأمن وخاف على نفسه أن يشتهي لو نظر
أو مس فلا بأس أن ينظر إليها وان اشتهى اذا أراد أن يشتريها فلا بد له من النظر لما قلنا فيحتاج الى النظر فصار النظر
من المشتري بمنزلة النظر من الحاكم والشاهد والمتر وج فلا بأس بذلك وان كان عن شهوة فكذا هذا وكذا لا بأس
له أن يمس وان اشتهى اذا أراد أن يشتريها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وروى عن محمد رحمه الله انه يكره للشباب مس
شي من الامة والصحيح قول أبي حنيفة رضي الله عنه لان المشتري يحتاج الى العلم ببشرتها ولا يحصل ذلك الا باللمس
فرخص للضرورة وكذا يحل للامة النظر والمس من الرجل الاجنبي ما فوق السرة ودون الركبة الا ان تخاف
الشهوة فيجتنب كالرجل وكل جواب عرفته في القنة فهو الجواب في المدبرة وأم الولد لقيام الرق فيهما (وأما) النوع
السادس وهو الاجنبيات الحرائر فلا يحل النظر للاجنبي من الاجنبية الحرة الى سائر بدنهما الا الوجه والكفين
لقوله تبارك وتعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الا ان النظر الى مواضع الزينة الظاهرة وهي الوجه والكفان
رخص بقوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها والمراد من الزينة مواضعها ومواضع الزينة الظاهرة الوجه
والكفان فالكل حل زينة الوجه والخاتم زينة الكف ولانها تحتاج الى البيع والشراء والاخذ والعطاء ولا يمكنها

ذلك عادة الا بكشف الوجه والكفين فيحل لها الكشف وهذا قول أبي حنيفة رضى الله عنه وروى الحسن عن
أبي حنيفة رحمهما الله انه يحل النظر الى القدمين أيضاً (وجه) هذه الرواية ما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنها
في قوله تبارك وتعالى الا ما ظهر منها القلب والفتحة وهي خاتم أصبع الرجل فدل على جواز النظر الى القدمين ولان
الله تعالى نهى عن ابداء الزينة واستثنى ما ظهر منها والقدمان ظاهران ألا ترى انهما يظهران عند المشي فكانا من
جملة المستثنى من الحظر فيباح ابداءهما (وجه) ظاهر الرواية ما روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما انه قال في
قوله جل شأنه الا ما ظهر منها انه الكحل والخاتم وروى عنه في رواية أخرى انه قال الكف والوجه فيبقى ما وراء
المستثنى على ظاهر النهي ولان اباحة النظر الى وجهه الاجنبية وكفها للحاجة الى كشفها في الاخذ والعطاء ولا حاجة
الى كشف القدمين فلا يباح النظر اليهما ثم انما يحل النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها من غير شهوة فاما عن شهوة
فلا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام العينا تزنيان وليس زنا العينين الا النظر عن شهوة ولان النظر عن شهوة سبب
الوقوع في الحرام فيكون حراما الا في حالة الضرورة بان دعى الى شهادة أو كان حاكما فأراد أن ينظر اليها ليجزأ قراها
عليها فلا بأس أن ينظر الى وجهها وان كان لو نظر اليها لاشتبهى أو كان أكبر رأيه ذلك لان الحرمات قد يسقط
اعتبارها لمكان الضرورة ألا ترى انه خص النظر الى عين الفرج لمن قصد إقامة حسبة الشهادة على الزنا ومعلوم ان
النظر الى الفرج في الحرمة فوق النظر الى الوجه ومع ذلك سقطت حرمة لمكان الضرورة فهذا أولى وكذا اذا أراد
أن يزوج امرأة فلا بأس أن ينظر الى وجهها وان كان عن شهوة لان النكاح بعد تقديم النظر أدل على الالفة
والموافقة الداعية الى تحصيل المقاصد على ما قال النبي عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة رضى الله عنه حين أراد
أن يزوج امرأة اذهب فانظر اليها فانه أخرى أن يدوم بينكما دعاه عليه الصلاة والسلام الى النظر مطلقا وعلل
عليه الصلاة والسلام بكونه وسيلة الى اللفة والموافقة (وأما) المرأة فلا يحل لها النظر من الرجل الاجنبي ما بين السرة
الى الركبة ولا بأس أن تنظر الى ما سوى ذلك اذا كانت تأمن على نفسها والا فضل للشباب غض البصر عن وجه
الاجنبية وكذا الشابة لما فيه من خوف حدوث الشهوة والوقوع في الفتنة يؤيده المروى عن عبد الله بن مسعود رضى
الله عنهما انه قال في قوله تبارك وتعالى الا ما ظهر منها انه الرداء والثياب فكان غض البصر وترك النظر أزكى وأطهر
وذلك قوله عز وجل قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم وروى ان أعميين دخلا على
رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده بعض أزواجه سيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنها وأخرى فقال لهما قوموا فقالتا
انهما أعميان يا رسول الله فقال لهما اعميا وان اتيا الا اذا لم يكونا من أهل الشهوة بان كانا شيخين كبيرين لعدم احتمال
حدوث الشهوة فيهما والعبد فيما ينظر الى مولاه كالحُر الذي لا قرابة بينه وبينها سواء وكذا الفحل والخصى والعين
والمختن اذا بلغ مبلغ الرجال سواء لعدم قوله تبارك وتعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم واطلاق قوله عز شأنه
ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها ولا ان الرق والخصاء لا يعدمان الشهوة وكذا العنة والخنوثة (أما) الرق فظاهر (وأما)
الخصاء فان الخصى رجل الا أنه مثل به الى هذا أشارت سيدتنا عائشة رضى الله عنها فقالت انه رجل مثل به افتحل له
المثلة ما حرم الله تبارك وتعالى على غيره (وأما) العنة والخنوثة فالعين والمختن رجلان فان قيل اليس ان المملوك يملك
اليمن للمرأة مستثنى من قوله جل وعلا ولا يبدن زينتهن الالبعواتهن الى قوله عز شأنه الا ما ملكت أيمانهم من غير
فصل بين العبد والامة والاستثناء من الحظر اباحة للجواب ان قوله سبحانه وتعالى الا ما ملكت أيمانهم ينصرف الى
الاماء لان حكم العبيد صار معلوما بقوله سبحانه وتعالى أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال اذا العبد من جملة التابعين
من الرجال فكان قوله عز شأنه الا ما ملكت أيمانهم مصر وفا الى الاماء لثلايؤدى الى التكرار فان قيل حكم الاماء
صار معلوما بقوله تبارك وتعالى أو التابعين فالصرف اليهن يؤدى الى التكرار أيضا فالجواب ان المراد بالنساء الحرائر
فوقعت الحاجة الى تعريف حكم الاماء بان قوله جل شأنه أو ما ملكت أيمانهم ان حكم الحر والامة فيه سواء

وروى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان يدخل على نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم مخنث فكانوا يعدونه من غير أولى الأربعة فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو ينعث امرأة فقال لا أرى هذي يعلم ما هنا لا يدخل عليك فحجبه وكذا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة رضي الله عنها عندها مخنث فاقبل على أخي أم سلمة فقال يا عبد الله ان فتح الله عليكم غدا الطائف دللتك على بنت غيلان فانهتقبل بأربع وتدبر بثمان فقال عليه الصلاة والسلام لا أرى يعرف هذا ما هنا لا يدخل عليكم هذا إذا بلغ الاجنبي مبلغ الرجال فان كان صغيرا لم يظهر على عورات النساء ولا يعرف العورة من غير العورة فلا بأس لمن من ابداء الزينة لهم لقوله جل وعلا وأولئك الذين لم يظهروا على عورات النساء مستثنى من قوله عز شأنه ولا يبدين زينتهن الا لمن ذكر والطفل في اللغة الصبي ما بين أن يولد الى يحتلم وأما الذي يعرف التميز بين العورة وغيرها وقرب من الحلم فلا ينبغي لها أن تبدى زينتها له ألا ترى ان مثل هذا الصبي أمر بالاستئذان في بعض الاوقات بقوله تبارك وتعالى والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات الا اذا لم يكونا من أهل الشهوة بان كانا شيخين كبيرين لعدم احتمال حدوث الشهوة فيهما وروى ان أعميين دخلا على سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده بعض أزواجه سيدتنا عائشة وأخرى فقال لهما قوما فقلنا انهما أعميان يا رسول الله فقال اعميا وان أتيا هذا حكم النظر الى الوجه والكفين وأما حكم مس هذين العضوين فلا يحل مسهما لان حل النظر للضرورة التي ذكرناها ولا ضرورة الى المس مع ما ان المس في بحث الشهوة وتحريكها فوق النظر واباحة أدنى الفلين لا يدل على اباحة اعلاهما هذا اذا كان شا بين فان كانا شيخين كبيرين فلا بأس بالمصافحة لحر وج المصافحة منهما من أن تكون موروثة للشهوة لانعدام الشهوة وقدر روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز ثم انما يحرم النظر من الاجنبية الى سائر أعضائها سوى الوجه والكفين أو القدمين أيضا على اختلاف الروايتين اذا كانت مكشوفة فاما اذا كانت مستورة بالثوب فان كان ثوبها صفيقا لا يلتزق ببدنها فلا بأس أن يتأمل جسد ها لان المنظور اليه الثوب دون البدن وان كان ثوبها رقيقا يصف ماتحته ويشف أو كان صفيقا لكنه يلتزق ببدنها حتى يستبين له جسد ها فلا يحل له النظر لانه اذا استبان جسد ها كانت كاسية بصورة عارية حقيقة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الكاسيات العاريات وروى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها انها قالت دخلت على أختي السيدة أسماء وعليها ثياب شامية رقاق وهي اليوم عندكم صفاق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه ثياب تمجها سورة النور فامر بها فاخرجت فقلت يا رسول الله زارتني أختي فقلت لها ما قلت فقال يا عائشة ان المرأة اذا حاضت لا ينبغي أن يرى منها الا وجهها وكفاها فان ثبت هذا من النبي عليه الصلاة والسلام كان تفسيره لقوله عز وجل الا ما ظهر منها فدل على محبة ظاهر الرواية ان الحرة لا يحل النظر منها الا الى وجهها وكفيها والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع السابع وهو ذوات الرحم بلا محرم فحكمهن حكم الاجنبيات الحر اثر لعموم الامر بنقض البصر والنهي عن ابداء زينتهن الا للمذكورين في محل الاستثناء وذوات الرحم بلا محرم غير المذكورين المستثنى فبقية منية عن ابداء الزينة له والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الثاني وهو ما يحل من ذلك ويحرم للرجل من الرجل فتقول وبالله التوفيق يحل للرجل أن ينظر من الرجل الاجنبي الى سائر جسده الا ما بين السرة والركبة الا عند الضرورة فلا بأس أن ينظر الرجل من الرجل الى موضع الختان ليختنه ويداويه بعد الختن وكذا اذا كان بموضع العورة من الرجل قرح أو جرح أو وقعت الحاجة الى مداواة الرجل ولا ينظر الى الركبة ولا بأس بالنظر الى السرة فالركبة عورة والسرة ليست بعورة عندنا وعند الشافعي على العكس من ذلك والصحيح قولنا لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ماتحت السرة عورة والركبة ماتحتها فكانت عورة الا ان ماتحت الركبة صار مخصوصا ببقية الركبة تحت العموم ولان الركبة عضو مركب من عظم الساق والفخذ على وجهه يتعذر تمييزه والفخذ من العورة والساق ليس من العورة فعند الاشتباه يجب العمل بالاحتياط وذلك فيما قلنا بخلاف السرة لانه اسم لموضع

الثالث فان شاء اذنوا وان شاء اذنوا فاذا استأذن ثلاث مرات ولم يؤذن له ينبغي أن يرجع ولا يقعد على الباب لينتظر لان للناس حاجات وأشغال في المنازل فلو قعد على الباب وانتظر لضاق ذرعهم وشغل قلوبهم ولعل لا تلتئم حاجاتهم فكان الرجوع خيرا له من القعود وذلك قوله تعالى هو أذكى لكم هذا اذا كان الدخول للزيارة ونحوها فأما اذا كان الدخول لتغيير المنكر بأن سمع في دار صوت المزمار والمعارف فليدخل عليهم بغير اذنهم لان تغيير المنكر فرض فلو شرط الاذن لتعذر التغيير والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان من محارمه فلا يدخل بغير استئذان أيضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة لعموم النص الذي تلونا ولودخل عليها من غير استئذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكره ان ذلك وهكذا روى أن رجلا سأل النبي عليه الصلاة والسلام وقال أنا أخدم أمي وأفرشها إلى أستأذن عليها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فساله ثلاثا فقال عليه الصلاة والسلام يسرك أن تراها عريانة فقال لا قال استأذن عليها وكذا روى عن حذيفة رضي الله عنه أن رجلا سألها فقال أستأذن على أختي فقال رضي الله عنه ان لم تستأذن رأيت ما يسوءك الا أن الامر في الاستئذان على المحارم أيسر وأسهل لان المحرم مطلق النظر الى موضع الزينة منها شرعا وهذا الذي ذكرنا حكم الاحرار البالغين (وأما) حكم المماليك والصبيان أما المملوك فيدخل في بيت سيده من غير استئذان الا في ثلاثة أوقات قبل صلاة الفجر وعند الظهر و بعد صلاة العشاء الآخرة لقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم الى قوله تعالى ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض ولان هذه أوقات التجرد وظهور العورة في العادة (أما) قبل صلاة الفجر فوقت الخروج من ثياب النوم ووقت الظهر وقت وضع الثياب للقيولة وأما بعد صلاة العشاء فوقت وضع ثياب النهار للنوم ولا كذلك بعد هذه الاوقات الثلاث لان العورات بعدها تكون مستورة عادة والعبد والامة في ذلك سواء وسواء كان المملوك صغيرا أو كبيرا بعد أن كان يعرف العورة من غير العورة لان هذه أوقات غرة وساعات غفلة فر بما يكون على حالة يكره أن يراه أحد عليها وهذا المعنى يستوى فيه الذكور والانثى والكبير والصغير بعد أن يكون من أهل التمييز ويكون الخطاب في الصغار للسادات بالتعليم والتأديب كما في الآباء مع الابناء الصغار (وأما) الصبيان فان كان الصغير ممن لا يميز بين العورة وغيرها فيدخل في الاوقات كلها وان كان من أهل التمييز بأن قرب من البلوغ يمنعه الأب من الدخول في الاوقات الثلاثة تأديبا وتعلما لامور الدين كالامر بالصلاة اذا بلغ سبعا وضر به عليها اذا بلغ عشرة والتفريق بينهم في المضاجع والله عز وجل أعلم هذا اذا كان البيت مسكونا بأن كان له ساكن وأما اذا لم يكن كالحانات والرباطات التي تكون للمارة والخربات التي تقضي فيها حاجة البول والغائط فلا بأس أن يدخله من غير استئذان لقوله سبحانه وتعالى ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم أي منفعة لكم وهي منفعة دفع الحر والبرد في الحانات والرباطات ومنفعة قضاء الحاجة من البول والغائط في الخربات والله سبحانه وتعالى أعلم وروى في الخبر انه لما نزلت آية الاستئذان قال سيدنا أبو بكر رضي الله عنه يا رسول الله فكيف بالبيوت التي بين مكة والمدينة وبين المدينة والشام ليس فيها ساكن فأذن الله تعالى عز وجل قوله ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم والله عز وجل الموفق هذا الذي ذكرنا حكم الدخول (وأما) حكم ما بعد الدخول وهو الخلوة فان كان في البيت امرأة أجنبية أو ذات رحم محرم لا يحل للرجل أن يخلو بها لان فيه خوف الفتنة والوقوع في الحرام وقدر روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يخلون رجلان امرأة فان تألها الشيطان وان كانت المرأة ذات رحم محرم منه فلا بأس بالخلوة والافضل أن لا يفعل لما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال ما خلوت امرأة قط مخافة أن أدخل في نهى النبي عليه الصلاة والسلام ويكره للمرأة أن تصل شعر غير هان من بني آدم بشعرها لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة ولان الآدمي بجميع أجزائه مكرم والانتفاع بالجزء المنفصل منه اهانة له ولهذا كره بيعه ولا بأس بذلك من شعر الهيمة وصوفها لانه

انتفاع بطريق التزين بما يحتمل ذلك ولهذا احتمل الاستعمال في سائر وجوه الانتفاع فكذا في التزين ولا بأس
للرجل أن يعزل عن أمته بغير اذنها (وأما) المنكوحه فان كانت حرة يكره له العزل من غير اذنها بالاجماع لان لها في الولد
حقا وفي العزل فوت الولد ولا يجوز تهويت حق الانسان من غير رضاه فاذا رضيت جاز وان كانت أمة فلا بد من
الاذن أيضا بخلاف لكن الكلام في أن الاذن بذلك الى المولى أم اليها قال أبو حنيفة رحمه الله الاذن فيه الى مولاهما
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اليها (وجه) قولهما ان لها حقاً في قضاء الشهوة والعزل يوجب نقصاناً فيه ولا يجوز
ابطال حق الانسان من غير رضاه (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه ان الكراهة في الحر لمكان خوف فوت الولد
الذي لها فيه حق والحق ههنا في الولد للمولى لا للامة وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة فنعم لكن حقها في أصل قضاء
الشهوة لا في وصف الكمال ألا ترى ان من الرجال من لا ماء له وهو يجامع امرأته من غير انزال ولا يكون لها حق
الخصومة دل ان حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال والله سبحانه وتعالى أعلم ويكره للرجل أن يقول في
دعائه أسألك بحق أنبيائك ورسلك وبحق فلان لانه لا حق لأحد على الله سبحانه وتعالى جل شأنه وكذا يكره
أن يقول في دعائه أسألك بمعقد العزم من عرشك وروى عن أبي يوسف انه لا بأس بذلك لورود الحديث وهو
ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يقول في دعائه اللهم اني أسألك بمعقد العزم من عرشك ومنتهى
الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة (وجه) ظاهر الرواية ان ظاهر هذا اللفظ
يوهم التشبيه لان العرش خلق من خلقت الله تبارك وتعالى جل وعلا فاستحال أن يكون عز الله تبارك وتعالى معقودا
به وظاهر الخبر الذي هو في حد الاحاد اذا كان موهما للتشبيه فالكف عن العمل به أسلم ويكره حمل الخرق لمسح
العرق والامتخاط ترغفاً بها وتكبراً لان التكبر من المخلوق مذموم وكذا هو تشبيه بزي العجم وقال سيدنا عمر رضي الله
عنه اياكم وزى العجم فأما الحاجة فلا بأس به لانه لو لم يحمل لاحتاج الى الاخذ بالكم والذيل وفيه افساد ثوبه ولا بأس
ر بطل الخيط في الاصبع أو الخاتم للحاجة لان فيه استعانة على قضاء حاجة المسلم بالتذكير ودفع النسيان وانه أمر مندوب
اليه وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بعض الصحابة بذلك ويكره استقبال القبلة بالمرج في الخلاء لما
روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال اذا أتيتم الفاطم فظموا قبلة الله تبارك وتعالى فلا تسقبلوها ولا تستدبروها
ولكن شرقوا وأغربوا وهذا بالمدينة (وأما) الاستدبار فمن أبي حنيفة رضي الله عنه فيه روايتان في رواية يكره وفي
رواية لا يكره لما روى عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما أنه رأى النبي عليه الصلاة والسلام مستقبل الشام مستدبر
القبلة ولان فرجه لا يوازي القبلة حالة الاستدبار وانما يوازي الارض بخلاف حالة الاستقبال هذا اذا كان في
القضاء فان كان في البيوت فكذلك عندنا وعند الشافعي عليه الرحمة لا بأس بالاستقبال في البيوت واحتج بما
روى عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما سئل عن ذلك فقال انما ذلك في القضاء (ولنا) ما رويناه من حديث
رسول الله صلى الله عليه وسلم مطلقاً من غير فصل بين القضاء والبيوت والعمل بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم
أولى من العمل بقول الصحابي ولان الفارق بين القضاء وبين البيوت ان كان وجود الحائل من الجدار ونحوه فقد
وجد الحائل في القضاء وهو الجبال وغيرها ولم يمنع الكراهة فكذا هذا ويكره أن تكون قبلة المسجد الى متوضاً أو
مخرج أو حمام لان فيه ترك تعظيم المسجد وأما مسجد البيت وهو الموضع الذي عينه صاحب البيت للصلاة فلا بأس
بذلك لانه ليس بمسجد حقيقة فلا يكون له حكم المسجد وتكره التصاوير في البيوت لما روى عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تدخل بيتاً فيه كلب أو صورة ولان امسا كها تشبه
بعبد الاوثان الا اذا كانت على البسط أو الوسائد الصغار التي تلي على الارض ليجلس عليها تكره لان دوسها
بالا رجل اهانة لها فامسا كها في موضع الاهانة لا يكون تشبهاً بعبد الا صنم الا أن يسجد عليها فيكره لخصول معنى
التشبه ويكره على الستور وعلى الارز المضروبة على الحائط وعلى الوسائد الكبار وعلى السقف لما فيه من تعظيمها

اولم يكن هارأس فلا بأس لانها لا تكون صورة بل تكون تشبهاً فان قطع رأسه بان خاط على عنقه خيطاً فذاك يس بشئ لانهم يخرجون عن كونها صورة بل ازدادت حلية كالطوق لذوات الاطواق من الطيور ثم المكر وهه صورة ذى الروح فاما صورة مالا روح له من الاشجار والقناديل ونحوها فلا بأس به ويكره التعشير والنقش في المصحف لقول عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما جردوا مصاحفكم وذلك في ترك التعشير والنقش ولان ذلك يؤدى الى الخلل في تحفظ القرآن لانه يتكل عليه فلا يجتهد في التحفظ بل يتكاسل لكن قيل هذا في بلادهم فاما في بلاد المعجم فلا يكره لان المعجم لا يقدر ان يعلم القرآن بدونه ولهذا جرى التعارف به في عامة البلاد من غير تكبر فكان مسنوناً لا مكرهاً ولا بأس بنقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب لان تزيين المسجد من باب تعظيمه سكن مع هذا تركه افضل لان صرف المال الى الفقراء أولى واليه أشار عمر بن عبد العزيز رضى الله عنهما حين رأى مالا ينقل الى المسجد الحرام فقال المساكين أحوج من الاساطين وكان لمسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم جريد النخل وهذا اذا نقش من مال نفسه فاما من مال المسجد فلا ينبغي أن يفعل ولو فعل الفهم من مال المسجد قيل انه يضمن ولا يبق عن الغلام والحارية عندنا وعند الشافعي رحمه الله العقيقة سنة واحتج بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم علق عن سيدنا الحسن وسيدنا الحسين رضى الله عنهما كبشاً كبشاً (ولنا) ما روى عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال نسخت الاضحية كل دم كان قبلها ونسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله ونسخت الزكاة كل صدقة كانت قبلها والعقيقة كانت قبل الاضحية فصارت منسوخة بها كالعقيقة والعقيقة ما كانت قبلها فرضاً بل كانت فضلاً وليس بعد نسخ الفضل الا الكراهة بخلاف صوم عاشوراء وبعض الصدقات المنسوخة حيث لا يكره التنفل بها بعد النسخ لان ذلك كان فرضاً واتساخت القرصية لا يخرجها عن كونه قربة في نفسه والله سبحانه وتعالى أعلم ويكره للرجل أن يجعل الزاية في عنق عبده ولا بأس بان يقيده اما الزاية وهي الفل فلانه شئ أحدثته الجارية وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار فاما التقييد فليس يحدث بل كان يستعمله الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم روى أن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما قيد عبداً يعلمه تأويل القرآن وبه جرت العادة في سائر الاعصار من غير تكبر فيكون اجماعاً ولان ضرب الزاية على العبد لا بقاء التمكن من الانتفاع مع الامن عن الباقي الا ان لا يحصل بالزاية لان كل أحد اذا رآه يمشي مع الزاية يظنه أبقاف يصرفه عن وجهه ويرده الى مولاه فلا يمكنه الانتفاع به فلم يكن ضرب الزاية عليه مفيداً ولا بأس بالحفنة لانها من باب التداوى وأنه أمر مندوب اليه قال النبي عليه الصلاة والسلام تداؤوا فان الله تعالى لم يخلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والحرم ويكره اللعب بالترد والشطرنج والاربع عشرة وهي لعب تستعمله اليهود لانه قمار أو لعب وكل ذلك حرام (أما) القمار فلقوله عز وجل (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس) وهو القمار كذا روى ابن عباس وابن سيدنا عمر رضى الله عنهما وروى عن مجاهد وسعيد بن جبيرة والشعبي وغيرهم رضى الله عنهم أنهم قالوا الميسر القمار كله حتى الجوز الذي يلعب به الصبيان وعن سيدنا علي رضى الله عنه أنه قال الشطرنج ميسر الا عاجم وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ما لها كم عن ذكر الله فهو ميسر (وأما) اللعب فلقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه وقوله عليه الصلاة والسلام ما أنا من رد ولا ردمني وحكى عى الشافعي رحمه الله أنه رخص في اللعب بالشطرنج وقال لان فيه تشجيعاً لخطرت وكية القهم والعلم بتدبير الحرب ومكايده فكان من باب الادب فاشبه الرماية والقوسية وبهذا لا يخرج عن كونه قماراً ولعباً وكل ذلك حرام لما ذكرنا وكره أبو يوسف التسليم على اللاعبين بالشطرنج تحقيراً لهم لجرهم عن ذلك ولم يكرهه أبو حنيفة رضى الله عنه لان ذلك يشغلهم عما هم فيه فكان التسليم بعض ما ينعمهم عن ذلك فلا يكره ولا بأس بعبادة اليهود والنصارى لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عاد يهود يافعا قال له قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر الى أبيه

فقال له أبوه أجب محمد فأسلم ثم مات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي أتقذني نسمة من النار ولان عيادة الجار قضاء حق الجوار وأنه مندوب اليه قال الله تبارك وتعالى والجار الجنب من غير فصل مع ما في العيادة من الدعوة الى الايمان رجاء الايمان فكيف يكون مكروها ويكرهه لا ابتداء بالتسليم على اليهودى والنصرانى لان السلام اسم لكل بر وخير ولا يجوز مثل هذا الدعاء للكافر الا أنه اذا سلم لا بأس بالرد عليه مجازاة له ولكن لا يزيد على قوله وعليك لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان اليهود اذا سلم عليكم أحدهم فأتهم يقول السام عليكم فقولوا وعليك ولا بأس بدخول أهل الذمة المساجد عندنا وقال مالك رحمه الله والشافعى لا يحل لهم دخول المسجد الحرام احتج مالك رحمه الله بقوله عز وجل انما المشركون نجس وتزيه المسجد عن النجس واجب بحقيقته أنه يجب تزيه المسجد عن بعض الطاهرات كالتخامة ونحوها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان المسجد ليتزوى من التخامة كما تزوى الجدة من النار فمن النجاسة أولى واحتج الشافعى رحمه الله بقوله جل وعلا (فلا يقر بوا المسجد بعد عامهم هذا) خص المسجد الحرام بالنهى عن قرانه فيدل على اختصاص حرمة الدخول به ليكون التخصيص مفيداً (ولنا) أن المشركين من وفود العرب وغيرهم كانوا يدخلون المسجد على رسول الله صلى الله عليه وسلم فإنه روى أن أباسفيان دخل المسجد عام الحديبية وكذا وفد تقيف دخلوا المسجد وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة من دخل المسجد فهو آمن وجل عليه الصلاة والسلام المسجد مأمناً ودعاهم الى دخوله وما كان عليه الصلاة والسلام ليدعو الى الحرام (وأما) الآية الكريمة فالمراد أنهم نجس الاعتقاد والافعال لان نجس الاعيان اذ لا نجاسة على أعيانهم حقيقة وقوله عز وجل (فلا يقر بوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) نهى عن دخول مكة للحج لا عن دخول المسجد الحرام تقسه لقوله تعالى (وان خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله ان شاء) ومعلوم ان خوف العيلة انما يتحقق بمنعهم عن دخول مكة لا عن دخول المسجد الحرام تقسه لانهم اذا دخلوا مكة ولم يدخلوا المسجد الحرام لا يتحقق خوف العيلة ولما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سيدنا علياً رضى الله عنه ينادى الا لا يحجن بعد هذا العام مشرك فثبت ان هذا نهى عن دخول مكة للحج الا أنه سبحانه وتعالى ذكر المسجد الحرام لما أن المقصد من اتيان مكة البيت والبيت في المسجد والله سبحانه وتعالى أعلم مسلم باع خمر أو أخذ منها وعليه دين يكره لصاحب الدين أن يأخذه منه ولو كان البائع نصرانياً فلا بأس بأخذه (ووجه) الفرق أن بيع الخمر من المسلم باطل لانها ليست بمقتومة في حق المسلم فلا يملك منها فبقى على حكم ملك المشتري فلا يصح قضاء الدين به وان كان البائع نصرانياً فالبيع صحيح لكونها مالا متقوماً في حقه فملك منها فصح قضاء الدين منه والله عز وجل أعلم رجل دعى الى وليمة أو طعام وهناك لعب أو غناء جملة الكلام فيه ان هذا في الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون عالماً ان هناك ذاك واما ان لم يكن عالماً به فان كان عالماً به فان كان من غالب رأيه أنه يمكنه التغيير فيجب لان اجابة الدعوى مسنونة قال النبي عليه الصلاة والسلام اذا دعى أحدكم الى وليمة فليأتها وتغيير المنكر مفروض فكان في الاجابة اقامة الفرض ومراعاة السنة وان كان في غالب رأيه أنه لا يمكنه التغيير لا بأس بالاجابة لما ذكرنا ان اجابة الدعوة مسنونة ولا تترك السنة لمعصية توجد من الغير ألا ترى أنه لا يترك تشييع الجنائز وشهود المآتم وان كان هناك معصية من النياحة وشق الجيوب ونحو ذلك كذا همنا وقيل هذا اذا كان المدعو اماماً يقتدى به بحيث يحترم ويحتشم منه فان لم يكن فترك الاجابة والقعود عنها أولى وان لم يكن عالماً حتى ذهب فوجد هناك لعباً أو غناء فان أمكنه التغيير غير وان لم يمكنه ذلك كفى الكتاب وقال لا بأس بان يقعدوا كل قال أبو حنيفة رضى الله عنه ابتليت بهذا مرة لما ذكرنا ان اجابة الدعوة أمر مندوب اليه فلا يترك لاجل معصية توجد من الغير هذا اذا لم يعلم به حتى دخل فان علمه قبل الدخول يرجع ولا يدخل وقيل هذا اذا لم يكن اماماً يقتدى به فان كان لا يمكنه بل يخرج لان في المكث استخفافاً بالعلم والدين وتجربة لاهل الفسق على الفسق وهذا لا يجوز وصبر أبى حنيفة رحمه الله محمول على وقت لم يصرفه مقتدى به على الاطلاق ولو صار لما صبر ودلت المسئلة على أن مجرد الغناء

معصية وكذا الاستماع اليه وكذا ضرب القصب والاستماع اليه الا ترى ان ابا حنيفة رضى الله عنه ساء ابتلاء ويكره الاحتكار والكلام في الاحتكار في موضعين أحدهما في تفسير الاحتكار وما يصير به الشخص محتكرا والثاني في بيان حكم الاحتكار (أما) الاول فهو أن يشتري طعاما في مصر ويمتنع عن بيعه وذلك يضر بالناس وكذلك لو اشتراه من مكان قريب يحمل طعامه الى مصر وذلك المصير صغير وهذا يضر به يكون محتكرا وان كان مصرا كبيرا لا يضر به لا يكون محتكرا ولو جلب الى مصر طعاما من مكان بعيد وجبسه لا يكون احتكرا وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يكون احتكارا لان كراهة الاحتكار بالشراء في مصر والامتناع عن البيع لمكان الاضرار بالعامّة وقد وجدناها ولا في حنيفة رضى الله عنه قول النبي عليه الصلاة والسلام الجالب مرزوق وهذا جالب ولان حرمة الاحتكار بحبس المشتري في مصر لتعلق حق العامة به فيصير ظالما يمنع حقهم على ما ذكره ولم يوجد ذلك في المشتري خارج مصر من مكان بعيد لانه متى اشتراه ولم يتعلق به حق أهل مصر فلا يتحقق الظلم ولكن مع هذا الافضل له أن لا يفعل ويبيع لان في الحبس ضررا بالمسلمين وكذلك ما حصل له من ضياعه بان زرع أرضه فأمسك طعامه فليس ذلك باحتكار لانه لم يتعلق به حق أهل مصر لكن الافضل أن لا يفعل ويبيع لما قلنا ثم الاحتكار يجري في كل ما يضر بالعامّة عند أبي يوسف رحمه الله قوتا كان أولا وعند محمد رحمه الله لا يجري الاحتكار الا في قوت الناس وعلف الدواب من الحنطة والشعير والتبن والقت (وجه) قول محمد رحمه الله ان الضرر في الاعمال اغلب انما يلحق العامة بحبس القوت والعلف فلا يتحقق الاحتكار الا به (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان الكراهة لمكان الاضرار بالعامّة وهذا لا يختص بالقوت والعلف (وأما) حكم الاحتكار فتقول بتعلق بالاحتكار أحكام (منها) الحرمة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المحتكر ملعون والجالب مرزوق ولا يلحق اللعن الا بمباشرة المحرم وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برى من الله وبرى الله منه ومثل هذا الوعيد لا يلحق الا بارتكاب الحرام ولان الاحتكار من باب الظلم لان ما بيع في مصر فقد تعلق به حق العامة فاذا امتنع المشتري عن بيعه عند شدة حاجتهم اليه فقد منعهم حقهم ومنع الحق عن المستحق ظلم وانه حرام وقيل مدة الحبس وكثيرها سواء في حق الحرمة لتحقق الظلم (ومنها) أن يورث المحتكر بالبيع ازالة للظلم لكن انما يورث ما يبيع ما فضل عن قوته وقوت أهله فان لم يفعل وأصر على الاحتكار ورفع الى الامام مرة أخرى وهو مصر عليه فان الامام يعظه ويهدده فان لم يفعل ورفع اليه مرة ثالثة بحبسه ويمر به جراً له عن سوء صنعه ولا يجبر على البيع وقال محمد بن يحيى عليه وهذا يرجع الى مسألة الحجر على الحر لان الحجر على البيع في معنى الحجر وكذا لا يسر لقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه وروى ان السمرعلا في المدينة وطلبوا التسمير من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يسر وقال ان الله تبارك وتعالى هو المسمر القابض الباسط (ومنها) انه اذا خاف الامام الهلاك على أهل مصر أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم فاذا وجدوا وعليهم مثله لانهم اضطروا اليه ومن اضطروا الى مال الغير في محضه كان له أن يتناوله بالضمآن لقوله تعالى فمن اضطروا في محضه غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وكذا يكره تلقى الركبان اذا كان يضر بأهل مصر لما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن تلقى الركبان ولان فيه اضرارا بالعامّة فيكره كما يكره الاحتكار ويكره خرق الزق الذي فيه محرّم لمسلم عند أبي حنيفة رحمه الله ولو خرق يضمن وعند أبي يوسف ومحمد لا يكره ولا يضمن وعلى هذا الخلاف كسر آلات الملاهي من البربط والعود والزمار ونحوها والمسئلة تعرف في كتاب البيوع رجل ابتلع درة رجل فبات المبتلع فان ترك ما لا كانت قيمة الدرة في تركته وان لم يترك ما لا لا يشق بطنه لان الشق حرام وحرمة النفس أعظم من حرمة المال وعليه قيمة الدرة لانه استهلكها وهي ليست من ذوات الامثال فكانت مضمونة بالقيمة فان ظهر له مال في الدنيا قضى منه والا فهو

مأخوذ به في الآخرة حامل ماتت فاضطرب في بطنها ولد فان كان في أكبر الرأى انه حتى يشق بطنها لانا بلبينا بلبتين فاختار أهونهما وشق بطن الام الميتة أهون من اهلاك الولد الحى رجل له ورتة صغار فأراد أن يوصى بنظر في ذلك فان كان أكبر رأيه انه تقع الكفاية لهم بما سوى ثلث الوصية من المتروك فالوصية بالثلث أفضل لان فيه رعاية الجانبين وان كان أكبر رأيه انه لا تقع الكفاية لهم الا بكل المتروك فالمتروك لهم أفضل من الوصية لما روى ان سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بكم يوصى الرجل من ماله فقال عليه الصلاة والسلام بالثلث والثلث كثير لان تدع ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس رجل رأى رجلا قتل أباه وادعى القاتل انه قتله بقصاص أو ردة ولم يعلم الابن من ذلك شيئا وسع الابن أن يقتله لانه عاين السبب الموجب للقصاص في الاصل وهو القتل العمد لقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود الا أن يعنى أو يفادى والقاتل يدعى أمرا عارضا فلا يسمع الابحجة وكذلك اذا أقر بالقتل في السر ثم ادعى انه قتله بقصاص أو ردة كان الابن في سعة من قتله لان الاقرار بالقتل العمد اقرار بالسبب الموجب للقصاص في الاصل على ما بينا ولولم يعاين القتل ولا أقر به عنده ولكن شهد عنده شاهدان عدلان على معاينة القتل أو على الاقرار به لم يسمعه قتله حتى يقضى القاضى بشهادتهما فراقبين الاقرار وبين الشهادة ووجه الفرق بينهما ظاهر لان الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضى لما فيها من تهمة جبر النفع فلا تندفع التهمة الا بقضاء القاضى (فاما) الاقرار فحجة بنفسه اذا لانسان غير متهم في الاقرار على نفسه فهو الفرق وكذلك يحل لمن عاين القتل أو سمع اقراره به أن يعين الولي على قتله لانه اعانة لصاحب الحق على استيفاء حقه ظاهر ولو شهد عند الابن اثنان بما يدعيه القاتل مما يحل دمه من القتل والردة فان كانا ممن يقضى القاضى بشهادتهما لو شهدا عنده لا ينبغي للابن أن يعجل بالقتل لجواز أن يتصل القضاء بشهادتهما فيتبين انه قتله بغير حق والامتناع عن المباح أولى من ارتكاب المحذور وان كانا ممن لا يقضى القاضى بشهادتهما لو شهدا عنده كالحذودين في القذف والنساء وحدهن كان في سعة من قتله لما ذكرنا ان الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضى فان كانت ممن لا يتصل بها القضاء كان وجودها وعدمها بمنزلة واحدة ولكن مع هذا ان توقف في ذلك فهو أفضل لاحتمال اتصال القضاء به في الجملة أولا احتمال أن يكون صدقا حقيقة عند الله عز وجل ولو شهد عنده رجل واحد عدل غير محدود في القذف ينبغي أن يتوقف في القتل لجواز أن ينضم اليه شاهد آخر ولهذا لو شهد عند القاضى لتوقف أيضا فكان الانتظار أفضل ولولم ينتظر واستعجل في قتله كان في سعة منه لان الموجود أحد شرطى الشهادة وانه لا يعتبر بدون الشرط الآخر ولوعاين الوارث رجلا أخذ مالا من أبيه أو أقر عنده انه أخذ مالا من أبيه وادعى انه كان وديعة له عند أبيه أو كان دينه عليه اقتضاه منه وسعه أن يأخذه منه لانه لما عاين أخذ المال منه فقد عاين السبب الموجب للضمان في الاداء وهو الاخذ لان الاخذ في الاصل سبب لوجوب ضمان المأخوذ وهو رد عينه ان كان قائما ورد بدله ان كان هالكا لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى تردده ودعوى الايداع والدين أمر عارض فلا يسمع الابحجة وله أن يأخذه منه ولو امتنع عن الدفع يقاتله عليه لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك وكذا اذا أقر بذلك لانه أقر بالسبب الموجب للضمان على ما بينا فله أن يأخذه منه وكذلك يسع لمن عاين ذلك أو سمع اقراره أن يعينه على الاخذ منه لكونه اعانة على استيفاء الحق ظاهر ولو لم يعاين ذلك ولا أقر به عنده ولكن شهد شاهدان عدلان عنده ان هذا الشئ الذى في يد فلان ملك ورثته عن أبيك لا يسمعه أخذه منه حتى يقضى القاضى بخلاف الاقرار وقد مر الفرق بينهما في فصل القتل والله عز وجل أعلم (وأما) الذى ثبت حرمة في حق الرجال دون النساء فتلاثة أنواع منها لبس الحرير المصمت من الديباج والقز لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب فقال هذان حرامان على ذكور أمتي حل لائهما * وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه حلة فقال يا رسول الله كسوتني حلة

وقد قلت في حلة عطاءنا يلبسه من لا خلاق له في الآخرة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني لم أكسكها لتلبسها وفي رواية انما أعطيتك لتكسو بعض نسائك * فان قيل أليس روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وعليه قباء من ديباج قيل نعم ثم نسخ لما روى عن أنس رضي الله عنه انه قال لبس رسول الله صلى الله عليه وسلم جبة حر يرأدها له أكيذر رومة وذلك قبل أن ينهى عنه كذا قال أنس وهذا في غير حال الحرب (وأما) في حال الحرب فكذلك عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يكره لبس الحر في حال الحرب وجه قولهما ان في لبس الحر في حال الحرب ضرورة لا نه يحتاج الى دفع ضرر السلاح عنه والحر يرأدفع له وأهيب للعدو وأيضا فرخص للضرورة ولابي حنيفة رضي الله عنه اطلاق التحريم الذي رويناه من غير فصل بين حال الحرب وغيرها وما ذكرناه من الضرورة يندفع بلبس ما لمحتة حر ير وسداه غير حر ير لان دفع ضرر السلاح وتيبب العدو يحصل به فلا ضرورة الى لبس الحر ير الخالص فلا تسقط الحرمة من غير ضرورة ولا فرق بين الكبير والصغير في الحرمة بعد ان كان ذكر الان النبي عليه الصلاة والسلام أدار هذا الحكم على الذكورة بقوله عليه الصلاة والسلام هذان حرمان على ذكر رأمي الا ان اللبس اذا كان صغيرا فالانتم على من ألبسه لا عليه لانه ليس من أهل التحريم عليه كما اذا سقى خمرا فشر بها كان الانتم على الساق لا عليه كذا ههنا هذا اذا كان كله حريرا وهو المصمت فان كانت لمحتة حريرا وسداه غير حرير لا يكره لبسه في حال الحرب بالاجماع لما ذكرنا من ضرورة دفع مضرة السلاح وتيبب العدو فاما في غير حال الحرب فكروه لانعدام الضرورة وان كان سداه حريرا ولمحتة غير حرير لا يكره في حال الحرب وغيرها وههنا تكتتان احدهما ان الثوب يصير ثوبا للحمية لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمية بالسدى فكانت اللحمية كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه وهذه النكتة تقتضي اباحة لبس الثياب العتاني والنكتة الثانية وهي نكتة الشيخ أبي منصور ان السدى اذا كان حريرا واللحمية غير حرير يصير السدى مستورا باللحمية فأشبهه الحشو وهذه النكتة تقتضي أن لا يباح لبس العتاني لان سداه ظاهر غير مستور والصحيح هو النكتة الاولى لان رواية الاباحة في لبس مطلق ثوب سداه حرير ولمحتة غير حرير منصوصة فتجري على اطلاقها فلا تناسبها الا بالنكتة الاولى ولوجمل حشوا القباء حريرا أو قز لا يكره لانه مستور بالظاهرة فلم يحصل معنى التزين والتنم الا يرى أن لا لبس هذا الثوب لا يسمى لبس الحرير والقز ولو جعل الحرير بطانة يكره لانه لا لبس الحرير حقيقة وكذا معنى التنم حاصل للزين بالحرير ولطفه هذا اذا كان الحرير كثير افان كان قليلا كاعلام الثياب والعمائم قدر أربع أصابع فادونها لا يكره وكذا العلم المنسوج بالذهب لانه تابع والعبرة للمتبوع ألا ترى ان لا بسه لا يسمى لبس الحرير والذهب وكذا جرت العادة بتعمم العمائم ولبس الثياب المعلمة بهذا القدر في سائر الاعصار من غير تكثير فيكون اجماعا وكذا الثوب والقلنسوة الذي جعل على أطرافها حرير لا يكره اذا كان قدر أربع أصابع فادونها قلنا وروى أن النبي عليه الصلاة والسلام لبس فروة وعلى أطرافها حرير وعن محمد انه لا يسع ذلك في القلنسوة وان كان أقل من أربع أصابع وانما رخص أبو حنيفة رضي الله عنه اذا كان في عرض الثوب وذكر في نوادر هشام عن محمد رحمه الله انه يكره تكة الديباج والا برسم لانه استعمال الحرير مقصود الا بطريق التبعية فيكره وان قل بخلاف العلم ونحوه هذا الذي ذكرناه حكم لبس الحرير (فأما) حكم التوسد به والجلوس والنوم عليه فغير مكروه عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعند أبي يوسف ومحمد مكروه (لهما) اطلاق التحريم الذي رويناه من غير فصل بين اللبس وغيره ولان معنى التزين والتنم كما يحصل باللبس يحصل بالتوسد والجلوس والنوم ولابي حنيفة ما روى انه كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرقعة من حرير وروى ان أنس رضي الله عنه حضر وليمة فجلس على وسادة حرير عليها طيور فدل فعله رضي الله عنه على رخصة الجلوس على الحرير وعلى الوسادة الصغيرة التي عليها صورة به تبين ان المراد من التحريم في الحديث تحريم اللبس فيكون فعل الصحابي مبينا لقول النبي عليه الصلاة والسلام لا تخالقه والقياس باللبس غير

سديد لان التزين بهذه الجهات دون التزين باللبس لانه استعمال فيه اهانة المستعمل بخلاف اللبس فيبطل الاستدلال به (وأما) المرأة فيحل لها لبس الحرير المصمت والديباج والقز لان النبي عليه الصلاة والسلام أحل هذا للأنثى بقوله عليه الصلاة والسلام حل لائنها (ومنها) الذهب لان النبي عليه الصلاة والسلام جمع بين الذهب وبين الحرير في التحريم على الذكور بقوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان على ذكور أمتي فيكره للرجل التزين بالذهب كالتيختم ونحوه ولا يكره للمرأة لقوله عليه الصلاة والسلام حل لائنها وروى عن النعمان بن بشير رضي الله عنه أنه قال اتخذت خاتماً من ذهب فدخلت على سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مالك اتخذت حلى أهل الجنة قبل أن تدخلها فرميت ذلك واتخذت خاتماً من حديد فدخلت عليه فقال مالك اتخذت حلى أهل النار فاتخذت خاتماً من نحاس فدخلت عليه فقال اني أجد منك ريح الاصنام فقالت كيف أصنع يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام اتخذها من الورق ولا تزد على المثقال والاصل ان استعمال الذهب فيما يرجع الى التزين مكر وفي حق الرجل دون المرأة لما قلنا واستعماله فيما يرجع منفعة الى البدن مكر وفي حق الرجل والمرأة جميعاً حتى يكره الاكل والشرب والادهان والتطيب من مجاز الذهب للرجل والمرأة لقول النبي عليه الصلاة والسلام ان الذي يشرب من آنية الفضة انما يجر جر في بطنه نار جهنم ومعلوم ان الذهب أشد حرمة من الفضة ألا يرى انه رخص عليه الصلاة والسلام الترخيم بالفضة للرجال ولا رخصة في الذهب أصلاً فكان النص الوارد في الفضة وارداً في الذهب دلالة من طريق الأولى كتحريم التأنيف مع تحريم الضرب والشم وكذلك الاكتحال بمحالة الذهب أو بميل من ذهب مكره للرجل والمرأة جميعاً لان منفعة عائدة الى البدن فأشبهه الاكل والشرب (وأما) الاناء المصنوب بالذهب فلا بأس بالاكل والشرب فيه عند أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول محمد ذكره في الموطأ وعند أبي يوسف يكره (وجه) قول أبي يوسف أن استعمال الذهب حرام بالنص وقد حصل باستعمال الاناء فيكره (وجه) قوله أن هذا القدر من الذهب الذي عليه هو تابع له والعبرة للمتبوع دون التابع كالثوب المعلم والجهة المكشوفة بالحرير وعلى هذا الخلاف الجلوس على السرير المصنوب والكرسي والسرير واللباس والركاب والتفر المصنوبة وكذا المصحف المصنوب على هذا الخلاف وكذا حلقة المرأة اذا كانت من الذهب ولبس ثوب فيه كتابة بذهب على هذا الاختلاف (وأما) السيف المصنوب والسكين فلا بأس به بالاجماع وكذلك المنطقة المصنوبة لورود الآثار بالرخصة بذلك في السلاح ولا بأس بشد القص بسمار الذهب لانه تبع للقص والعبرة بالاصل دون التابع كالعلم للثوب ونحوه (وأما) شد السن المتحرك بالذهب فقد ذكر الكرخي رحمه الله أنه يجوز ولم يذكر خلافاً وذكر في الجامع الصغير انه يكره عند أبي حنيفة وعند محمد رحمه الله لا يكره ولو شدها بالفضة لا يكره بالاجماع وكذا الوجدع أنه فاتخذ أقلاماً من ذهب لا يكره بالاتفاق لان الانف ينتق بالفضة فلا بد من اذنه من ذهب فكان فيه ضرورة فسقط اعتبار حرمة وقد روى أن عرجة أصيب أنه يوم الكلاب فاتخذ أقلاماً ورق فانتق فأمره سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أقلاماً من ذهب وبهذا الحديث يبيح محمد على ما ذكر في الجامع لجواز تضبيب السن بالذهب ولا نه يباح له أن يشده بالفضة فكذلك بالذهب لانها في حرمة الاستعمال على السواء ولا نه تبع للسن والتبع حكمه حكم الاصل وهذا يوافق أصل أبي حنيفة رضي الله عنه وحجة ما ذكر أبو حنيفة رضي الله عنه في الجامع اطلاق التحريم من غير فصل ولا يرخص مباشرة الحرم الا للضرورة وهي تندفع بالادنى وهو الفضة فبقى الذهب على أصل التحريم والاستدلال بالفضة غير سديد لتفاوت بين الحرمتين على ما مر ولو سقط سنه يكره أن يأخذ سن ميت فيشدها مكان الاولى بالاجماع وكذا يكره أن يعيد تلك السن الساقطة مكانها عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله ولكن يأخذ سن شاة ذكية فيشدها مكانها وقال أبو يوسف رحمه الله لا بأس بسنه ويكره سن غيره قال ولا يشبه سنه سن ميت استحس ذلك وبينهما عندى فصل ولكن لم يحضرنى (وجه) الفصل له من وجهين أحدهما ان سن نفسه جزء منفصل للحال عنه لكنه محتمل أن يصير متصل في الثاني بأن يلتئم فيشتد بنفسه

بنفسه فيعود الى حالته الاولى واعادة جزء منفصل الى مكانه ليلتئم جائز كما اذا قطع شئ من عضوه فأعاده الى مكانه فأما
 سن غيره فلا يحتمل ذلك والثاني ان استعمال جزء منفصل عن غيره من بني آدم اهانته بذلك الغير والآدمي بجميع
 أجزائه مكرم ولا اهانته في استعمال جزء نفسه في الإعادة الى مكانه (وجهه) قولهما ان السن من الآدمي جزء منه
 فاذا انفصل استحق الدفن ككله والاعادة صرف له عن جهة الاستحقاق فلا تجوز وهذا لا يوجب الفصل بين سنه
 وسن غيره (ومنها) القضية لان النص الوارد بتحريم الذهب على الرجال يكون وارداً بتحريم القضية دلالة فيكره
 للرجال استعمالها في جميع ما يكره استعمال الذهب فيه الا يتختم به اذا ضرب على صيغة ما يلبسه الرجال ولا يزيد
 على المثقال لمار وبنام حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما وكذا المنطقة وحلية السيف والسكين من القضية
 لما مر وما لا يكره استعمال الذهب فيه لا يكره استعمال القضية من طريق الاولى لانها أخف حرمة من الذهب
 وقد ذكرنا جميع ذلك على الاتفاق والاختلاف فلا نبيده (وأما) التختم بما سوى الذهب والقضية من الحديد
 والنحاس والصفر فسكره للرجال والنساء جميعاً لانه زى أهل النار لمار وبنام الحديث (وأما) الاواني المموهة
 بماء الذهب والقضية الذي لا يخلص منه شئ فلا بأس بالانتفاع بهما في الاكل والشرب وغير ذلك بالاجماع وكذا
 لا بأس بالانتفاع بالسرج والركاب والسلاح والسرير والسقف المموهة لان التمويه ليس بشئ لا يرى انه لا يخلص
 والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب البيوع ﴾

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في مواضع في بيان ركن البيع وفي بيان شرائط الركن وفي بيان أقسام البيع
 وفي بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها وفي بيان حكم البيع وفي بيان ما يرفع حكم البيع (أما) ركن البيع فهو
 مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب وذلك قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل (أما) القول فهو المسمى بالايجاب
 والقبول في عرف الفقهاء والكلام في الايجاب والقبول في موضعين أحدهما في صيغة الايجاب والقبول والثاني في صيغة
 الايجاب والقبول (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق الايجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضي وقد يكون بصيغة
 الحال (أما) بصيغة الماضي فهي أن يقول البائع بعث ويقول المشتري اشتريت فتم الركن لان هذه الصيغة وان
 كانت للماضي وضعا لكنها جعلت ايجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع والعرف قاض على الوضع وكذا اذا
 قال البائع خذ هذا الشئ بكذا أو أعطيتك بكذا أو هلك بكذا أو بذلتك بكذا وقال المشتري قبلت أو أخذت أو رضيت
 أو هويت ونحو ذلك فانه يتم الركن لان كل واحد من هذه اللفاظ يؤدي معنى البيع وهو المبادلة والعبرة للمعنى
 لا للصورة (وأما) صيغة الحال فهي أن يقول البائع للمشتري أبيع منك هذا الشئ بكذا ونوى الايجاب فقال المشتري
 اشتريت أو قال المشتري اشتري منك هذا الشئ بكذا ونوى الايجاب وقال البائع أبيعك منك بكذا وقال المشتري
 اشتريه ونوى الايجاب يتم الركن وينعقد وانما اعتبر النية ههنا وان كانت صيغة الفعل للحال هو الصحيح لانه غالب
 استعمالها للاستقبال اما حقيقة أو مجازاً فوقع الحاجة الى التعيين بالنية ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق بأن
 يقول المشتري للبائع اتبيع مني هذا الشئ بكذا أو أبعته مني بكذا فقال البائع بعث لا ينعقد ما لم يقل المشتري اشتريت
 وكذا اذا قال البائع للمشتري اشتري هذا الشئ بكذا فقال المشتري لا ينعقد ما لم يقل البائع بعث وهل ينعقد بصيغة
 الاستقبال وهي صيغة الامر بأن يقول المشتري للبائع بع عبدك هذا مني بكذا فيقول البائع بعث قال أصحابنا رحمهم الله
 لا ينعقد ما لم يقل المشتري اشتريت وكذا اذا قال البائع للمشتري اشتري هذا الشئ بكذا فقال المشتري لا ينعقد ما لم
 يقل البائع بعث عندنا وقال الشافعي رحمه الله ينعقد (وجهه) قوله ان هذه الصيغة تصلح شرط العقد في الجملة ألا ترى ان
 من قال لا آخرك زواج ابنتي فقال المخاطب تزوجت أو قال زواج ابنتك مني فقال زوجت ينعقد النكاح فاذا

صلحت هذه الصيغة شرط في النكاح صلحت شرط في البيع لان الركن في كل واحد منهما هو الايجاب والقبول ولنا ان قوله بع أو اشترط طلب الايجاب والقبول وطلب الايجاب والقبول لا يكون ايجاباً وقبولاً فلم يوجد الا أحد الشرطين فلا يتم الركن ولهذا لا ينقد بلفظ الاستفهام لكون الاستفهام سؤال الايجاب والقبول لا ايجاباً وقبولاً كذا هذا وهذا هو القياس في النكاح الا اننا استحسننا في النكاح بنص خاص وهو ما روى أبو يوسف ان بلالا خطب الى قوم من الانصار فأبوا أن يزوجه فقال لولا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أخطب اليكم لم أخطب فقالوا له أملكك ولم ينقل ان بلالا رضى الله عنه قال قبلت فتزكنا القياس هناك بالنص ولا نص في البيع فوجب العمل بالقياس ولان هذه الصيغة مساومة حقيقة فلا تكون ايجاباً وقبولاً حقيقة بل هي طلب الايجاب والقبول فلا بد للايجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة في باب النكاح لان المساومة لا توجد في النكاح عادة فحملت على الايجاب والقبول على ان الضرورة توجب أن يكون قول القائل زوج ابنتك مني شرط العقد فلم يجعل شرط العقد لتضرر به الولي لجواز ان يزوجه ولا يقبل المخاطب فيلحقه الشين فجعلت شرط الضرورة دفع الضرر عن الاولياء وهذا المعنى في باب البيع منعدم فبقيت سؤالاً فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشرط الآخر (وأما) صفة الايجاب والقبول فهوان أحدهما لا يكون لازماً قبل وجود الآخر فأحد الشرطين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشرط الآخر حتى اذا وجد أحد الشرطين من أحد المتبايعين فلا آخر خيار القبول وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر لما روى عن أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال البيعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما والخيار الثابت لهما قبل التفرق عن بيعهما هو خيار القبول وخيار الرجوع ولان أحد الشرطين لو لم يزل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشرط وهذا لا يجوز (وأما) المبادلة بالفعل فهي التعاطي ويسمى هذا البيع بيع المروضة وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز البيع بالتعاطي لان البيع في عرف الشرع كلام ايجاب وقبول فاما التعاطي فلم يعرف في عرف الشرع بيعاً وذكر القدر في ان التعاطي يجوز في الاشياء الخسيسة ولا يجوز في الاشياء النفيسة ورواية الجواز في الاصل مطلق عن هذا التفصيل وهي الصحيحة لان البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب وحقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الاخذ والاعطاء وانما قول البيع والشراء دليل عليهما والدليل عليه قوله عز وجل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم والتجارة عبارة عن جعل الشيء للغير ببدل وهو تفسير التعاطي وقال سبحانه وتعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين أطلق سبحانه وتعالى اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع وقال الله عز وجل ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة سمي سبحانه وتعالى مبادلة الجنة بالقتال في سبيل الله تعالى اشتراء وبيعاً لقوله تعالى في آخر الآية فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به وان لم يوجد لفظ البيع واذا ثبت ان حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الاخذ والاعطاء فهذا يوجد في الاشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً فكان التعاطي في كل ذلك بيعاً فكان جائزاً

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فلا يمكن الوصول الى معرفتها الا بعد معرفة أقسام البياعات لان منها ما يعم البياعات كلها (ومنها) ما يخص البعض دون البعض فنقول البيع في القسمة الاولى ينقسم قسمين قسم يرجع الى البدل وقسم يرجع الى الحكم (أما) الذي يرجع الى البدل فينقسم قسمين آخرين أحدهما يرجع الى البدلين والآخر يرجع الى أحدهما وهو الثمن أما الاول فنقول البيع في حق البدلين ينقسم أربعة أقسام بيع العين بالعين وهو بيع السلع بالسلع ويسمى بيع المقايضة وبيع العين بالدين وهو بيع السلع بالثمن المطلقة وهي الدراهم والدنانير وبيعها بالقلوس الناقصة وبالمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف والعددي المتقارب الموصوف وبيع الدين بالعين وهو السلم وبيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الصرف (فاما) الذي يرجع الى أحد البدلين وهو الثمن فينقسم في حق البدل وهو الثمن خمسة أقسام بيع المساومة وهو مبادلة المبيع بأي ثمن اتفق

وبيع المراجعة وهو مبادلة المبيع بمثل الثمن الاول وزيادة ربح وبيع التولية وهو المبادلة بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وبيع الاشتراك وهو التولية لكن في بعض المبيع ببعض الثمن وبيع الوضعية وهو المبادلة بمثل الثمن الاول مع نقصان شيء منه وأما القسم الذي يرجع الى الحكم فنذكره في باب حكم البيع ان شاء الله تعالى واذا عرفت أقسام البياعات فنذكر شرائطها وهي انواع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وهو ما لا يثبت الحكم بدونه وان كان قد انعقد التصرف بدونه وبعضها شرط الصحة وهو ما لا صحته بدونه وان كان قد انعقد وينفذ بدونه وبعضها شرط لزوم وهو ما لا يلزم البيع بدونه وان كان قد انعقد وينفذ بدونه (أما) شرائط الانعقاد فانواع بعضها يرجع الى العاقد وبعضها يرجع الى نفس العقد وبعضها يرجع الى مكان العقد وبعضها يرجع الى المقود عليه (أما) الذي يرجع الى العاقد فنوعان أحدهما أن يكون عاقلا فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل لان أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف والاهلية لا تثبت بدون العقل فلا يثبت الانعقاد بدونه فاما البلوغ فليس بشرط لان انعقاد البيع عندنا حتى لو باع الصبي العاقل مال نفسه ينعقد عندنا موقوفاً على اجازة وليه وعلى اجازة نفسه بعد البلوغ وعند الشافعي شرط فلا ينعقد تصرفات الصبي عنده اصلاً وكذا ليس بشرط النفاذ في الجملة حتى لو توكل عن غيره بالبيع والشراء ينفذ تصرفه وعنده لا ينفذ وهي مسألة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط لان انعقاد البيع ولا لنفاذه حتى ينفذ بيع العبد المأذون بالاجماع وينعقد بيع العبد المحجور اذا باع مال مولاه موقوفاً على اجازته عندنا وكذا الملك او الولاية ليس بشرط لان انعقاد البيع عندنا بل هو شرط النفاذ حتى يتوقف بيع القضيولى وعنده شرط حتى لا يتوقف أصلاً والمسئلة تأتي في موضعها وكذا السلام البائع ليس بشرط لان انعقاد البيع ولا لنفاذه ولا لصحته بالاجماع فيجوز بيع الكافر وشراؤه وقال الشافعي اسلام المشتري شرط جواز شراء الرقيق المسلم والمصحف حتى لا يجوز ذلك من الكافر (وجه) قوله ان في تملك الكافر المسلم اذ لا لا بالمسلم وهذا لا يجوز ولهذا يجبر على بيعه عندكم ولنا عمومات البيع من غير فصل بين بيع العبد المسلم من المسلم وبين بيعه من الكافر فهو على العموم الا حيث ما خص بدليل ولان الثابت للكافر بالشراء ليس الا الملك في المسلم والكافر من أهل ان يثبت الملك له على المسلم الا ترى ان الكافر يرث العبد المسلم من أبيه وكذا اذا كان له عبد كافر فأسلم بقي ملكه فيه وهو في الحقيقة ملك مبتدأ لان الملك عرض لا بقاء له فدل ان الكافر من أهل ثبوت الملك له في المسلم وقوله فيه اذ لا لا بالمسلم قلنا الملك عندنا لا يظهر في فيه اذ لا لا بالمسلم فانه لا يظهر في حق الاستخدام والوطء والاستمتاع بالجارية المسامة وانما يظهر فيما لا ذل فيه من الاعناق والتدبير والكتابة والبيع وبه تبين ان الجبر على البيع ليس لدفع الذل اذ لا ذل على ما بينا ولكن لاحتمال وجود فعل لا يحل ذلك في الاسلام لمداوة بين المسلم والكافر واذا جاز شراء الذمي العبد المسلم فيجوز اعتاقه وتدبيره واستيلاده وكتابته لان جواز هذه التصرفات مبني على الملك وقد وجد الا انه اذا دبره يسمى العبد في قيمته لانه لا سبيل الى ابقائه على ملكه ولا سبيل الى الازالة بالبيع لانه يبيع المدبر وانه لا يجوز فتعينت الازالة بالسعاية وكذا اذا كانت أمة فاستولدها فانها تسمى في قيمتها لما قلنا ويوجع الذمي ضرر بالوطئه المسامة لانه حرام عليه فيستحق التعزير واذا كتابته لا يعترض عليه لانه ازال يده عنه حتى لو عجز ورد في الرق يجبر على بيعه وكذا الذمي اذا ملك شقصاً فالحكم في البعض كالحكم في الكل ولو اشتراه مسلم من الكافر شراء فاسداً فانه يجبر على الرد لان رد القساد واجب حقاً للشرع ثم يجبر الكافر على بيعه والله سبحانه وتعالى أعلم وكذا النطق ليس بشرط لان انعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحتهما فيجوز بيع الاخرس وشراؤه اذا كانت الاشارة مفهومة في ذلك لانه اذا كانت الاشارة مفهومة في ذلك قامت الاشارة مقام عبارته هذا اذا كان الاخرس أصلياً بان ولد الاخرس فاما اذا كان عارضاً بان طرأ عليه الاخرس فلا الا اذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الاشارة مفهومة فيلحق بالاخرس الاصلى والثاني العدد في العاقد فلا يصلح الواحد عاقد من الجانبين في باب البيع الا بالبيع فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل

قيمته أو بما يتلبن الناس فيه عادة أو يشتري مال الصغير لنفسه بذلك عند أصحابنا الثلاثة استحساناً والقياس أن لا يجوز ذلك أيضاً وهو قول زفر رحمه الله وجه القياس أن الحقوق في باب البيع ترجع إلى العاقد وللبيع حقوق متضادة مثل التسليم والتسليم والمطالبة فيؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلماً طالباً ومطالباً وهذا محال ولهذا لم يحز أن يكون الواحد وكيلاً من الجانبين في باب البيع لما ذكرنا من الاستحالة ويصلح رسولاً من الجانبين لأن الرسول لا تلزمه الحقوق فلا يؤدي إلى الاستحالة. وكذا القاضي يتولى العقد من الجانبين لأن الحقوق لا ترجع إليه فكان بمنزلة الرسول وبخلاف الوكيل في باب النكاح لأن الحقوق لا ترجع إليه فكان سفيراً محضاً بمنزلة الرسول وجه الاستحسان قوله تبارك وتعالى ولا تقر بوا مال اليتيم الباقي هي أحسن فيملكه الأب وكذا البيع والشراء بمثل قيمته وبما يتلبن الناس فيه عادة قد يكون قرباً على وجه الاحسن بحكم الحال والظاهر أن الأب لا يفعل ذلك إلا في تلك الحال لكمال شفقتة فكان البيع والشراء بذلك قرباً على وجه الاحسن وقوله يؤدي إلى الاستحالة قلنا ممنوع فإنه يجعل كأن الصبي باع أو اشتري بنفسه وهو بالغ فتعدد العاقد حكماً فلا يؤدي إلى الاستحالة (وأما) الوصي إذا باع مال نفسه من الصغير أو اشتري مال الصغير لنفسه فإن لم يكن فيه نفع ظاهر لا يجوز بالاجماع وإن كان فيه نفع ظاهر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز لأن القياس يأبى جواز أصله من الأب والوصي جميعاً لما ذكرنا من الاستحالة إلا أن الأب لكمال شفقتة جعل شخصه المتحد حقيقة متعدداً ذاتاً ورأياً وعبارة والوصي لا يساويه في الشفقة فبقى الأمر فيه على أصل القياس ولا يبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما أن تصرف الوصي إذا كان فيه نفع ظاهر لليتيم قرباً من ماله على وجه الاحسن فيملكه بالنص قوله لا يمكن إلحاق الوصي بالأب لتصور شفقتة قلنا الوصي له شبهان شبه بالأب وشبه بالوكيل أما شبهه بالوكيل فلكونه أجنبياً وشبهه بالأب لكونه مرضى الأب فالظاهر أنه مرضى به إلا لو فرض شفقتة على الصغير فأثبتت له الولاية عند ظهور النفع عملاً بشبه الأب وقطعنا ولا يثبت عند عدمه عملاً بشبه الوكيل عملاً بالشبهين بقدر المكان

فصل وأما الذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه فان خالفه بان قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق ببيان هذه الجملة إذا أوجب البيع في العبد قبل في الجارية لا ينعقد وكذا إذا أوجب في العبد قبل في أحدهما بان قال بست منك هذين العبدين بألف درهم فقال المشتري قبلت في هذا العبد وأشار إلى واحد معين لا ينعقد لأن القبول في أحدهما تفرق الصفقة على البائع والصفقة إذا وقعت مجتمعة من البائع لا يملك المشتري تفرقها قبل التمام لأن من عادة التجار ضم الردي إلى الجيد وترى بالردى وبواسطة الجيد فلو ثبت للمشتري ولاية التفرق قبل في الجيد دون الردي فيفتضرر به البائع والضرر منقول ولا نغرض الترويج لا يحصل إلا بالقبول فيهما جميعاً فلا يكون راضياً بالقبول في أحدهما ولأن القبول في أحدهما يكون اعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس وكذا لو أوجب البيع في كل العبد قبل المشتري في نصفه لا ينعقد لأن البائع يتضرر بالتفرق لأنه يلزمه عيب الشركة ثم إذا قبل المشتري بعض ما أوجبه البائع كان هذا شراء مبتدأ من البائع فان اتصل به الإيجاب من البائع في المجلس فينظر أن كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن جاز والأفلا بيانه إذا قال بست منك هذين الكرين بعشرين درهماً قبل المشتري في أحدهما وأوجب البائع جاز لأن الثمن يتقسم على المبيع باعتبار الأجزاء فيما له مثل فكان بيع الكرين بعشرين بيع كل كرين بعشرة لتماثل قفزان الكرين وكذلك إذا قال بست منك هذين العبدين بألف درهم قبل المشتري في أحدهما وبين ثمنه فقال البائع بست يجوز فأما إذا لم يبين ثمنه لا يجوز وإن ابتدأ البائع الإيجاب بخلاف مسألة الكرين وسائر الأشياء المتماثلة لما ذكرنا أن الثمن في المثليات يتقسم على المبيع باعتبار الأجزاء فكان حصة كل واحد معلوماً وفيما لا مثل له لا يتقسم الثمن على المبيع باعتبار الأجزاء لعدم تماثل الأجزاء وإذا لم

ينقسم بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن بمجهولة وجهالة الثمن تمنع صحة البيع هذا اذا لم يبين البائع حصة كل واحد من العبدين بأن قال بعث منك هذين العبدين بألف درهم فاما اذا بين بأن قال بعث منك هذين العبدين هذا بألف وهذا بخمسة فقبل المشتري في أحدهما دون الآخر جاز البيع لا نعدم تفريق الصفقة من المشتري بل البائع هو الذي فرق الصفقة حيث سمي لكل واحد منهما ثمنا على حدة وعلم انه لا ضرر له فيه ولو كان فهو ضرر مرضي به وانه غير مدفوع * وكذا اذا أوجب البيع في شيء بألف فقبل فيه بخمسة لا ينعقد وكذا لو أوجب بخمسة ثم قبل بخمسة بخمسة آخر الا اذا رضي البائع به في المجلس وعلى هذا اذا خاطب البائع رجلين فقال بعثك هذا العبد أو هذين العبدين فقبل أحدهما دون الآخر لا ينعقد لانه أضاف الايجاب في العبدين أو عبد واحد اليهما جميعاً فلا يصلح جواب أحدهما جواباً للإيجاب وكذا لو خاطب المشتري رجلين فقال اشتريت منك هذا العبد بكذا فأوجب في أحدهما لم ينعقد لما قلنا

فصل في وأما الذي يرجع الى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس بان كان الايجاب والقبول في مجلس واحد فان اختلف المجلس لا ينعقد حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد لان القياس أن لا يتأخر أحد الشرطين عن الآخر في المجلس لانه كما وجد أحدهما انعدم في الثاني من زمان وجوده فوجد الثاني والا اول منعدم فلا ينتظم الركن الا ان اعتبار ذلك يؤدي الى انسداد باب البيع فتوقف أحد الشرطين على الآخر حكماً وجعل المجلس جامعا للشرطين مع تفرقهما للضرورة وحق الضرورة يصير مقضياً عند اتحاد المجلس فاذا اختلف لا يتوقف وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله القور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه (وجه) قوله ما ذكرنا ان القياس أن لا يتأخر أحد الشرطين عن الآخر والتأخر لمكان الضرورة وانها تندفع بالقور (ولنا) ان في ترك اعتبار القور ضرورة لان القابل يحتاج الى التأمل ولو اقتصر على القور لا يمكنه التأمل وعلى هذا اذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة في محل واحد فان خرج الايجاب والقبول منهما متصلين انعقد وان كان بينهما فصل وسكوت وان قل لا ينعقد لان المجلس تبدل بالمشي والسير وان قل ألا ترى انه لو قرأ آية سجدة وهو يمشي على الارض أو يسير على دابة لا يصلي عليها مراً يلزمه لكل قراءة سجدة وكذا لو خيرا مراً وهي تمشي على الارض أو تسير على دابة لا يصلي عليها فشت أو سارت يبطل خيارها لتبدل المجلس وان اختارت نفسها متصلاً بتخيير الزوج صح اختيارها لان المجلس لم يتبدل فكذلكها وتبايعا وهما واقفان انعقد لاتحاد المجلس ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً ثم قبل لا ينعقد لانه لما سارا فسار فقد تبدل المجلس قبل القبول فلم يجتمع الشرطان في مجلس واحد ولو وقفا خيرا مراً أنه ثم سارا الزوج وهي واقفة فالخيار في يدها ولو سارت هي والزوج واقف بطل خيارها فالعبرة بمجلسها لان المجلس الزوج وفي باب البيع يعتبر مجلسهما جميعاً لان التخيير من قبل الزوج لازم ألا ترى انه لا يملك الرجوع عنه فلا يبطل بالاعراض وأحد الشرطين في باب البيع لا يلزم قبل قبول الآخر فاحتمل البطلان بالاعراض ولو تبايعا وهما في سفينة ينعقد سواء كانت واقفة أو جارية خرج الشرطان متصلين أو منفصلين بخلاف المشي على الارض والسير على الدابة لان جريان السفينة بجران الماء لا باجرائه ألا ترى ان راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جريانهما مضاًفاً اليه فلم يختلف المجلس فأشبه البيت بخلاف المشي والسير أما المشي فظاهر لانه فعله وكذا سير الدابة مضاًفاً اليه ألا ترى انه لو سيرها سارت ولو وقفها وقفت فاختلف المجلس بسيرها ولهذا ذكر رأية السجدة في السفينة وهي جارية لا يلزمه الا لسجدة واحدة كما لو كررها في بيت واحد وكذا لو خيرا مراً أنه في السفينة وهي جارية فهي على خيارها ما لم يوجد منها دليل الاعراض وعلى هذا اذا أوجب أحدهما البيع والآخر غائب قبله فقبل لا ينعقد بان قال بعث عبدى هذا من فلان الغائب بكذا قبله فقبل ولو قبل عنه قابل ينعقد والاصل في هذا ان أحد الشرطين من أحد العاقلين في باب البيع يتوقف على الآخر في المجلس ولا يتوقف على الشرط الآخر من العاقل الآخر فيما وراء المجلس بالاجماع الا اذا

كان عنه قابل أو كان بالرسالة أو بالكتابة أما الرسالة فهي أن يرسل رسولا إلى رجل ويقول للرسول اني بعث عبدى هذا من فلان الغائب بكذا فاذهب اليه وقل له ان فلانا أرسلنى اليك وقال لى قل له انى قد بعث عبدى هذا من فلان بكذا فاذهب الرسول وبلغ الرسالة فقال المشتري فى مجلسه ذلك قبلت انعقد البيع لان الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه الى المرسل اليه فكانه حضر بنفسه فوجب البيع وقبل الاخر فى المجلس وأما الكتابة فهي أن يكتب الرجل الى رجل أما بعد فقد بعث عبدى فلانا منك بكذا فبلغه الكتاب فقال فى مجلسه اشتريت لان خطاب الغائب كتابه فكانه حضر بنفسه وخطب بالاجاب وقبل الاخر فى المجلس ولو كتب شطر العقد ثم رجع صح رجوعه لان الكتاب لا يكون فوق الخطاب ولو خطب ثم رجع قبل قبول الاخر صرح رجوعه فهنا أولى وكذا لو أرسل رسولا ثم رجع لان الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة وذات محتمل للرجوع فهنا أولى وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به بخلاف ما اذا وكل انسانا ثم عزله بغير علمه لا يصح عزله لان الرسول يحكى كلام المرسل وينقله الى المرسل اليه فكان سفيراً ومعبراً محضاً فلم يشترط علم الرسول بذلك فاما الوكيل فاما يتصرف عن تفويض الموكل اليه فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التعزير على ما ذكره فى كتاب الوكالة وكذا هذا فى الاجارة والكتابة ان اتحاد المجلس شرط للاعقاد ولا يتوقف أحد الشرطين من أحد العاقلين على وجود الشرط الآخر اذا كان غائباً لان كل واحد منهما مقدم معاوضة الا اذا كان عن الغائب قابل أو بالرسالة أو بالكتابة كما فى البيع وأما فى النكاح فهل يتوقف بان يقول رجل للشهود اشهدوا انى قد تزوجت فلانة بكذا وبلغها فجازت أو قالت امرأة اشهدوا انى زوجت نفسى من فلان بكذا فبلغه فجاز عند أبى حنيفة ومحمد لا يتوقف أيضاً الا اذا كان عن الغائب قابل وعند أبى يوسف يتوقف وان لم يقبل عنه أحد وكذا الفضولى من الجانبين بان قال زوجت فلانة من فلان وهما غائبان فبلغهما فجاز المبحر عندهما وعند أبى يوسف يجوز وهذه مسئلة كتاب النكاح والفضولى من الجانبين فى باب البيع اذا بلغهما فجاز المبحر بالاجماع والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الشرط فى باب الخلع فمن جانب الزوج يتوقف بالاجماع حتى لو قال خالعت امرأتى الغائبة على كذا فبلغها الخبر قبلت جازاً وأما من جانب المرأة فلا يتوقف بالاجماع حتى لو قالت اختلعت من زوجى فلان الغائب على كذا فبلغه الخبر فجاز المبحر ووجه الفرق أن الخلع فى جانب الزوج عين لانه تعليق الطلاق بيقول المالك فكان يميناً ولهذا لا يملك الرجوع عنه وتصح فيه الاضافة الى الوقت والتعليق بالشرط بان يقول الزوج خالعتك غداً وان قدم فلان فقد خالعتك على كذا واذا كان يميناً فغيبية المرأة لا تمنع صحة اليمين كفاى التعليق بدخول الدار وغير ذلك وأما من جانب المرأة فهو معاوضة ولهذا لا يصح تعليقه بالشرط من جانبها ولا تصح اضافته الى وقت وتملك الرجوع قبل اجازة الزوج واذا كان معاوضة فالشرط فى المعاوضات لا يتوقف كفاى البيع وغيره وكذا الشرط فى اعتاق العبيد على مال من جانب المولى يتوقف اذا كان العبد غائباً ومن جانب العبد لا يتوقف اذا كان المولى غائباً لانه من جانبته تعليق العتق بالشرط ومن جانب العبد معاوضة والا صل ان فى كل موضع لا يتوقف الشرط على ما وراء المجلس يصح الرجوع عنه ولا يصح تعليقه بالشرط وضافته الى الوقت كفاى البيع والاجارة والكتابة وفى كل موضع يتوقف الشرط على ما وراء المجلس لا يصح الرجوع عنه ويصح تعليقه بالشرط وضافته الى الوقت كفاى الخلع من جانب الزوج والا عتاق على مال من جانب المولى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المعقود عليه فانواع (منها) أن يكون موجوداً فلا ينعتق ببيع المعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج الناج بان قال بعث ولدك هذه الناقة وكذا بيع الحمل لانه ان باع الولد فهو بيع المعدوم وان باع الحمل فله خطر المعدوم وكذا بيع اللبن فى الضرع لانه له خطر لا احتمال انتفاخ الضرع وكذا بيع التمر والزرع قبل ظهوره لانهما معدوم وان كان بعد الطلوع جاز وان كان قبل بدو صلاحهما اذا لم يشترط الترك ومن مشايخنا من قال لا يجوز

الا اذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه فان كان بحيث لا ينتفع به أصلاً لا ينقذ واحتجوا بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ولأنه اذا لم يبد صلاحها لم تكن منتفعاً بها فلا تكون مالا فلا يجوز بيعها وهذا خلاف الرواية فان محمد أذ كرفي كتاب الزكاة في باب العشر أنه لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها بامر البائع حتى أدركت فالعشر على المشتري ولو لم يحجز بيعها حين ما طلعت لما وجب عشرها على المشتري والدليل على جواز بيعه ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال من باع نخلاً مؤبرة فثمرته للبائع إلا أن يشترطها المبتاع جعل الثمرة للمشتري بالشرط من غير فصل بين ما اذا بد صلاحها ولا دل أنها محل البيع كيف ما كان والمعنى فيه وهو أنه باع ثمرة موجودة وهي بعرض أن تصير منتفعاً بها في الثاني وإن لم يكن منتفعاً بها في الحال فيجوز بيعها كبيع جر والكلب على أصلنا وبيع المهر والجنح والارض السبخة والنهي محمول على بيع الثمار مدركة قبل ادراكها بان باعها ثم راو هي سرأوباعها عتبا وهي حصرم دليل صحة هذا التأويل قوله عليه الصلاة والسلام في سياق الحديث أريت أن منع الله الثمرة يستحل أحدكم مال صاحبه ولقطة المنع تقتضي أن لا يكون ماقع عليه البيع موجودا لان المنع منع الوجود وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم وقال مالك رحمه الله اذا ظهر فيه الخارج الاول يجوز بيعه لان فيه ضرورة لانه لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على التعاقب بعضها بعد بعض فلو لم يحجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج (ولنا) أن ما لم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع ودعوى الضرورة والحرج ممنوعة فانه يمكنه أن يبيع الاصل بما فيه من الثمر وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشتري وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحبل وحبل الحبل وروى حبل الحبل وهو بمعنى الاول وانما زيادة الهاء للتأكيد والمبالغة وروى حبل الحبل بحفظ الهاء من الكلمة الأخيرة والحيلة هي الحبل فكان نهياً عن بيع ولد الحبل وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع اللبن في الضرع وبيع عسب الفحل لان عسب الفحل ضرابه وهو عند العقد معدوم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب الفحل ولا يمكن حمل النهي على نفس العسب وهو الضراب لان ذلك جائز بالا عارة فيحمل على البيع والاجارة الا أنه حذف ذلك واضمره فيه كما في قوله تعالى واسأل القرية وغير ذلك ولا يجوز بيع الدقيق في الخنطة والزيت في الزيتوت والدهن في السمس والعصير في العنب والسمن في اللبن ويجوز بيع الخنطة وسائر الحبوب في سنبليها لان بيع الدقيق في الخنطة والزيت في الزيتون ونحو ذلك بيع المعدوم لانه لا دقيق في الخنطة ولا زيت في الزيتون لان الخنطة اسم للمركب والدقيق اسم للمفروق فلا دقيق في حال كونه خنطة ولا زيت حال كونه زيتونا فكان هذا بيع المعدوم فلا ينقذ بخلاف بيع الخنطة في سنبليها لان ما في السنبلي خنطة اذهى اسم للمركب وهي في سنبليها على تركيبتها فكان بيع الموجود حتى لو باع تبين الخنطة في سنبليها دون الخنطة لا ينقذ لانه لا يصير تبناً بالعلاج وهو الدق فلم يكن تبناً قبله فكان بيع المعدوم فلا ينقذ وبخلاف بيع الجذع في السقف والآجر في الحائط وذراع من كرباس أو ديباج أنه ينقذ حتى لو نزع وقطع وسلم الى المشتري يحجز على الاخذ وهنأ لا ينقذ أصلاً حتى لو طحن أو عصر وسلم لا يحجز المشتري على القبول لان عدم النفاذ هناك ليس خللاً في الركن ولا في العاقد والمقود عليه بل امصرة تلتحق العاقد بالزرع والقطع فاذا نزع وقطع فقد زال المانع فنفاذ ما هنأ فالمقود عليه معدوم حالة العقد ولا يتصور انعقاد العقد بدونه فلم ينقذ أصلاً فلا يحتمل النفاذ فهو الفرق وكذا بيع البزري البطيخ الصحيح لانه بمنزلة الزيت في الزيتون وبيع النوى في التمر وكذلك بيع اللحم في الشاة الحية لانها اذا تصير لحماً بالذبح والسليخ فكان بيع المعدوم فلا ينقذ وكذا بيع الشحم الذي فيها والينها واكارعها وأرأسها لما قلنا وكذا بيع البحير في السمسم لانه انما يصير بحيراً بعد العصر وعلى هذا يخرج ما اذا قال بعتك هذا الباقوت بكذا فاذا هوز جاج أو قال بعتك هذا القصب على أنه ياقوت بكذا فاذا هوز جاج

أوقال بعثك هذا الثوب المروى بكذا فاذا هو مروى أو قال بعثك هذا الثوب على أنه مروى فاذا هو مروى لا ينعقد البيع في هذه المواضع لأن المبيع معدوم والاصل في هذا أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا في باب البيع فيما يصلح محل البيع ينظر أن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية ويتعلق العقد بالمسمى وإن كان من جنسه لكن بخلافه في الصفة فإن تفاحش التفاوت بينهما فالعبرة للتسمية أيضاً عندنا ويلحقان بمختلفي الجنس وإن قل التفاوت فالعبرة للمشار إليه ويتعلق العقد به وإذا عرف هذا فنعقل قول الياقوت مع الزجاج جنسان مختلفان وكذا المروى مع المروى نوعان مختلفان فيتعلق العقد فيه بالمسمى وهو معدوم فيبطل ولا ينعقد ولو قال بعثك هذا العبد فاذا هو جارية لا ينعقد عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله يجوز (وجهه) قوله أن المسمى ههنا من جنس المشار إليه أعني العبد والجارية وإنما يختلفان في صفة الذكورة والانوثة وهذا لا يمنع تعلق العقد بالمشار إليه كما إذا قال بعثك هذه الشاة على أنها نعجة فاذا هي كبش (ولنا) أنهما جنسان مختلفان في المعنى لا اختلاف جنس المنفعة المطلوبة باختلاف فاحشا فالتحقق بمختلفي الجنس حقيقة بخلاف النعجة مع الكبش لأنهما اتفاقاً جنساناً ومعنى أما إذا تظاهر لانا اسم الشاة يتناولهما وأما معنى فلا أن المطلوب من كل واحد منهما منفعة الاكل فتجانسا ذاتاً ومنفعة فتعلق العقد بالمشار إليه وهو موجود محل للبيع فجاز بيعه ولكن المشتري بالخيار لأنه فاتته صفة مرغوبة فأوجب ذلك خلافاً في الرضا فثبت له الخيار وكذا لو باع داراً على أن يبنها أجر فاذا هو لبن لا ينعقد لأنهما يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً فكانا كالجنسين المختلفين وكذا لو باع ثوباً على أنه مصبوع بمصفر فاذا هو مصبوع بزعفران لا ينعقد لأن العصفر مع الزعفران يختلفان في اللون اختلافاً فاحشاً وكذا لو باع حنطة في جولى فاذا هو دقيق أو شرط الدقيق فاذا هو خبز لا ينعقد لأن الحنطة مع الدقيق جنسان مختلفان وكذا الدقيق مع الخبز ألا ترى أن من غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حق الملك دل أنها تصير بالطحن شيئاً آخر فكان بيع المعدوم فلا ينعقد وإن قال بعثك هذه الشاة على أنها ميتة فاذا هي ذكيرة جاز بالاجماع لأن الميتة ليست بمحل للبيع فلفت التسمية وبقيت الإشارة إلى الذكيرة ولو قال بعثك هذا الثوب القز فاذا هو ما حم ينظر أن كان سداً من القز ولحمته من غيره لا ينعقد وإن كان لحمته من القز فالبيع جائز لأن الاصل في الثوب هو الخمة لأنه إنما يصير ثوباً فاذا كانت لحمته من غير القز فقد اختلف الجنس فكانت العبرة للتسمية والمسمى معدوم فلم ينعقد البيع وإذا كانت من القز فالجنس لم يختلف فتعتبر الإشارة والمشار إليه موجود فكان محل البيع إلا أنه يثبت الخيار للمشتري لأن كون السدى منه أمر مرغوب فيه وقد فات فوجب الخيار وكذلك إذا قال بعثك هذا الثوب الخبز بكذا فاذا هو ملح فهو على التفصيل إلا أن لحمته إذا كانت خراً وسداً من غيره حتى جاز البيع فقد قيل أنه ينبغي أن لا يثبت الخيار للمشتري ههنا لأن الخبز هكذا ينسج بخلاف القز ولو باع جبة على أن بطاؤها وظهارتها كذا وحشوها كذا فإن كانت الظهارة من غير ما شرط لا ينعقد البيع وإن كانت البطانة والحشوم ما شرط وإن كانت الظهارة مما شرط جاز البيع وإن كانت البطانة والحشوم غير ما شرط لأن الاصل هو الظهارة ألا ترى أنه ينسب الثوب إليها ويختلف الاسم باختلافها وإنما البطانة تجري مجرى التابع لها وكذا الحشو فكان المعقود عليه هو الظهارة وما سواها جاري مجرى الوصف لها فقوانه لا يمنع الجواز ولكنه يوجب الخيار لأنه فات شيء مرغوب فيه ولو قال بعثك هذه الدار على أن فيها بناء فاذا لا بناء فيها فالبيع جائز والمشتري بالخيار إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء ترك فرق بين هذا وبين ما إذا قال بعثك هذه الدار على أن يبنها أجر فاذا هو لبن لا ينعقد (وجهه) الفرق أن الأجر مع اللبن يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً فالتحقق بمختلفي الجنس على ما بينا فيما تقدم (ومنها) أن يكون مالا لأن البيع مبادلة المال بالمال فلا ينعقد بيع الحر لأنه ليس بمال وكذا بيع أم الولد لأنها حرة من وجه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أعتقها ولدها وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في أم الولد لا تباع ولا توهب وهي حرة من الثلث نفى عليه الصلاة والسلام جواز بيعها مطلقاً وسماها حرة فلا تكون مالا على الإطلاق خصوصاً على أصل أبي

حنيفة رضى الله عنه لان الاستيلاء يوجب سقوط المالية عنده حتى لا تضمن بالغصب والبيع الفاسد والاعتاق وانما تضمن بالقتل لا غير لان ضمان القتل ضمان الدم لا ضمان المال والمسئلة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى ولا يبيع المدبر المطلق عندنا وقال الشافعي عليه الرحمة يبيع المدبر جائز واحتج بما روى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز بيع المدبر وعن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنها دبرت مملوكة لها فغضبت عليها فباعها ولان التدبير تعليق العتق بالموت والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فلم يكن العتق ثابتاً أصلاً قبل الموت فيجوز بيعه كما اذا علق عتق عبده بدخول الدار ونحو ذلك ثم باعه قبل أن يدخل الدار وكما في المدبر المقيد (ولنا) ما روى أبو سعيد الخدري وجابر بن عبد الله الانصاري رضى الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع المدبر ومطلق النهي محمول على التحريم وروى عن عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث وهذا نص في الباب ولانه حر من وجه فلا يجوز بيعه كام الولد والدليل على انه حر من وجه الاستدلال بضرورة الاجماع وهو انه يعتق بعد الموت بالاجماع والحرية لا بد لها من سبب وليس ذلك الا الكلام السابق وليس هو بتحرير بعد الموت لان التحرير فعل اختياري وانه لا يتحقق من الميت فكان تحريره من حين وجوده فكان ينبغى ان تثبت به الحرية من كل وجه للحال الا أنها تأخرت من وجه الى آخر جزء من أجزاء حياته بالاجماع ولا اجماع على التأخير من وجه فبقيت الحرية من وجه ثابتة للحال فلا يكون مالا مطلقاً فلا يجوز بيعه وحديث جابر وسيدتنا عائشة رضى الله عنهما حكاية فعل يحتمل انه أجاز عليه الصلاة والسلام بيع مدب مقيد أو باع مدبراً مقيداً ويحتمل أن يكون المراد منه الاجارة لان الاجارة بلغة أهل المدينة تسمى بيعاً ويحتمل انه كان في ابتداء الاسلام حين كان يبيع المدبر مكره وعائمه نسخ فلا يكون حجة مع الاحتمال (وأما) المدبر المقيد فهناك لا يمكن أن يجعل الكلام السابق اجاباً من حين وجوده لانه علق عتقه بموت موصوف بصفة واحتمل أن يموت من ذلك المرض والسفر أولاً فكان الخطر قائماً فكان تعليقاً فلم يكن اجاباً مادام الخطر قائماً ومتى اتصل به الموت يظهر انه كان تحريره من حين وجوده لكن لا يتعلق به حكم والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يبيع المكاتب لانه حر يد افلا تثبت يد تصرف الغير عليه ولا يبيع معتق البعض موسراً كان المعتق أو معسراً عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم لانه بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة رضى الله عنه وعندهما هو حر عليه دين (وأما) عند الشافعي رضى الله عنه فان كان المعتق معسراً فليشريكه الساكت أن يبيع نصيبه بناء على أصله أن المعتق ان كان معسراً فلا عتاق منه جز فبقي نصيب شريكه على ملكه فيجوز له بيعه وكل جواب عرفته في هؤلاء فهو الجواب في الاولاد من هؤلاء لان الولد يحدث على وصف الام ولهذا كان ولد الحر حراً وولد الام مرقية وكما لا ينقد بيع المكاتب وولده المولود في الكتابة لا ينقد بيع ولده المشتري في الكتابة ووالدته لانهم تكتبوا بالشراء (وأما) من سواهم من ذوى الارحام اذا اشتراهم فيجوز بيعهم عند أبي حنيفة رضى الله عنه لانهم لم يكتبوا بالشراء وعند أبي يوسف ومحمد لا يجوز لانهم تكتبوا وهي مسئلة كتاب المكاتب ولا ينقد بيع الميتة والدم لانه ليس بمال وكذلك ذبيحة الجوسي والمرتد والمشرية لانها ميتة وكذا متروكة التسمية عمداً عندنا خلافاً للشافعي وهي مسئلة كتاب الذبايح وكذلك ذبيحة الجنون والصبي الذي لا يعقل لانها في معنى الميتة وكذا ما ذبح من صيد الحرم محرماً كان الذابح أو حلالاً وما ذبحه الحرم من الصيد سواء كان صيد الحرم أو الحلال لان ذلك ميتة ولا ينقد بيع صيد الحرم محرماً كان البائع أو حلالاً لانه حرام الانتفاع به شرعاً فلم يكن مالا ولا يبيع صيد الحرم سواء كان صيد الحرم أو الحلال لانه حرام الانتفاع به في حقه فلا يكون مالا في حقه ولو وكل محرماً حلالاً لا يبيع صيد فباعه فالبيع جائز عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد باطل وهو على اختلافهم في مسلم وكل ذمياً يبيع محرماً فباعها (وجه) قولهما ان البائع هو الموكل معنى لان حكم البيع يقع له والحرم ممنوع عن تسليم الصيد وتملكه (وجه) قول أبي حنيفة رضى الله عنه أن البائع في الحقيقة هو الوكيل لان بينه كلامه القائم بحقيقة

ولهذا ترجع حقوق العقد اليه إلا أن الموكل يقوم مقامه شرعاً في نفس الحكم مع اقتصار نفس التصرف على مباشرة حقيقة والحرم من أهل ثبوت الملك له في الصيد حكماً لا يملكه حقيقة ألا يرى أنه يرثه وهذا لأن المنع إنما يكون عما للصيد فيه صنع ولا يصنع له فيما ثبت حكماً فلا يحتل المنع ولو باع حلالاً حلالاً صيداً ثم أحرم أحدهما قبل القبض يفسخ البيع لأن الأحرام كما يمنع البيع والشراء يمنع التسليم والقبض لأنه عقد من وجهه على ما عرف فيلحق به في حق الحرمة احتياطاً ولو وكل حلالاً حلالاً لا يبيع صيداً فباعه ثم أحرم الموكل قبل قبض المشتري فعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله جاز البيع وعلى قياس قوله ما يبطل لأن الأحرام القائمة لا يمنع من جواز التوكيل عنده فالطاري لا يبطله وعندهما القائم يمنع فالطاري يبطله حلالاً لا تباعاً صيداً في الحل وهما في الحرم جاز عند أبي حنيفة وعند محمد لا يجوز (وجهه) قول محمد أن كون الحرم ما مناه من التعرض للصيد سواء كان المتعرض في الحرم أو الحل بعد أن كان المتعرض في الحرم ألا ترى أنه لا يحمل للحلال الذي في الحرم أن يرمى إلى الصيد الذي في الحل كما لا يحمل له أن يرمى إليه إذا كان في الحرم (وجهه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن كونه في الحرم يمنع من التعرض لصيد الحل لكن حسناً لا شرعاً بدليل أن الحلال في الحرم إذا أمر حلالاً آخر ببيع صيد في الحل جاز ولو ذبح حلأ كله ومعلوم أن الأمر بالذبح في معنى التعرض للصيد فوق البيع والشراء فلما لم يمنع من ذلك فلا يمنع من هذا أولى وهذا لأن المنع من التعرض إنما كان احتراماً للحرم فكل ما فيه ترك احترامه يجب صيانة الحرم عنه وذلك بمباشرة سبب الإيذاء في الحرم ولم يوجد في البيع والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يبيع لحم السبع لأنه لا يباح الانتفاع به شرعاً فلم يكن مالا وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يجوز بيعه إذا ذبح لأنه صار طاهراً بالذبح وأما جلد السبع والحمار والبغل فإن كان مذبوحاً أو مذبوحاً يجوز بيعه لأنه مباح الانتفاع به شرعاً فكان مالا وإن لم يكن مذبوحاً ولا مذبوحاً لا ينعقد بيعه لأنه إذا لم يذبح ولم يذبح بقيت رطوبات الميتة فيه فكان حكمه حكم الميتة ولا ينعقد بيع جلد الخنزير كيف ما كان لأنه نجس العين بجميع أجزائه وقيل إن جلده لا يحتل الدباغ وأما عظم الميتة وعصبها وشعرها وصوفها وبرها وريشها وخفها وظلفها وحافرها فيعجز بيعها والانتفاع بها عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز بناء على أن هذه الأشياء طاهرة عندنا وعند نجسة واحتج بقوله سبحانه وتعالى حرمت عليكم الميتة وهذه من أجزائها الميتة فكأن حراماً فلا يجوز بيعها وقال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب (ولنا) قوله سبحانه وتعالى والله جعل لكم من بيوتكم سكناً إلى قوله عز وجل ومن أصوافها وأوبارها الآية أخبر سبحانه وتعالى أنه جعل هذه الأشياء لنا ومن علينا بذلك من غير فصل بين الذكية والميتة فيدل على تأكد الإباحة ولأن حرمة الميتة ليست لموتها فإن الموت موجود في السمك والجراد وهما حلالان قال عليه الصلاة والسلام أحل لنا ميتتان ودمان بل لما فيها من الرطوبات السائلة والدماء النجسة لانجمادها بالموت ولهذا يطهر الجلد بالدباغ حتى يجوز بيعه لزال الرطوبة عنه ولا رطوبة في هذه الأشياء فلا تكون حراماً ولا حجة له في هذا الحديث لأن الأهاب اسم أمير المذبوح لغة والمراد من العصب حال الرطوبة يحمل عليه توفيقاً بين الدلائل وأما عظم الخنزير وعصبه فلا يجوز بيعه لأنه نجس العين وأما شعره فقد روى أنه طاهر يجوز بيعه والصحيح أنه نجس لا يجوز بيعه لأنه جزء منه إلا أنه رخص في استعماله للخرازين للضرورة وأما عظم الأدمى وشعره فلا يجوز بيعه لانتجاسته لأنه طاهر في الصحيح من الرواية لكن احتراماً له ولا ابتداءً بالبيع بشعره بالاهانة وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لعن الله الواصلة والمستوصلة وأما عظم الكلب وشعره فقد اختلف المشايخ فيه على الأصل الذي ذكرنا وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه لا بأس ببيع عظم الفيل والانتفاع به وقال محمد رحمه الله عظم الفيل نجس لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به ذكره في العيون ويجوز بيع كل ذي مخلب من الطير معلماً كان أو غير معلماً بلا خلاف وأما بيع كل ذي ناب من السباع سوى الخنزير كالكلب والقط والاسد والثعلب والهر ونحوها فجاز عند أصحابنا وعند الشافعي

رحمه الله لا يجوز ثم عندنا لا فرق بين المعلم وغير المعلم في رواية الأصل فيجوز بيعه كيف ما كان وروى عن أبي
 يوسف رحمه الله أنه لا يجوز بيع الكلب العقور احتج الشافعي رحمه الله بما روى عن النبي المكرم عليه الصلاة
 والسلام أنه قال ومن السحت مهر البغي وثن الكلب ولو جاز بيعه لما كان ثمنه سحتاً ولا نه نجس العين فلا يجوز بيعه
 كالخنزير إلا أنه رخص الانتفاع به بجهة الحراسة والأصطيد للحاجة والضرورة وهذا لا يدل على جواز البيع كما في
 شعر الخنزير (ولنا) أن الكلب مال فكان محلاً للبيع كالصقر والبازي والدليل على أنه مال أنه منتفع به حقيقة مباح
 الانتفاع به شرعاً على الإطلاق فكان مالا ولا شك أنه منتفع به حقيقة والدليل على أنه مباح الانتفاع به شرعاً على
 الإطلاق أن الانتفاع به بجهة الحراسة والأصطيد مطلق شرعاً في الأحوال كلها فكان محلاً للبيع لأن البيع إذا
 صادف محلاً منتفعاً به حقيقة مباح الانتفاع به على الإطلاق مست الحاجة إلى شرعه لأن شرعه يقع سبباً ووسيلة
 للاختصاص القاطع للمنازعة إذا الحاجة إلى قطع المنازعة فيما يباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق لا فيما يجوز (وأما)
 الحديث فيحتمل أنه كان في ابتداء الإسلام لأنهم كانوا ألقوا اقتناء الكلاب فأمر بقتلها ونهى عن بيعها ما لفته في
 الزجر أو يحمل على هذا توفيقاً بين الدلائل قوله أنه نجس العين قلنا هذا ممنوع فإنه يباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق
 أصطيداً وحراسة ونجس العين لا يباح الانتفاع به شرعاً إلا في حالة الضرورة كالخنزير ولا ينقض بيع الخنزير من
 المسلم لأنه ليس بمال في حق المسلمين فأما أهل الذمة فلا يمنعون من بيع الخمر والخنزير أما على قول بعض مشايخنا
 فلا نه مباح الانتفاع به شرعاً لم كالخل وكالشاة لكان مالا في حقهم فيجوز بيعه وروى عن سيدنا عمر بن
 الخطاب رضي الله عنه كتب إلى عشاره بالشام أن ولو هم بيعها وخذوا العشر من أثمانها ولو لم يحز بيع الخمر منهم لما أمرهم
 بتوليتهم البيع وعن بعض مشايخنا حرمة الخمر والخنزير ثابتة على العموم في حق المسلم والكافر لأن الكفار
 مخاطبون بشرائع هي حرمات هو الصحيح من مذهب أصحابنا فكانت الحرمة ثابتة في حقهم لكنهم لا يمنعون عن
 بيعها لأنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها ونحن أمرنا بتركهم وما يدنون ولو باع ذمي من ذمي خمر أو خنزيراً ثم
 أسلم أو أسلم أحدهما قبل القبض يفسخ البيع لأنه بالإسلام حرم البيع والشراء فيحرم القبض والتسليم أيضاً لأنه
 يشبه الانشاء أو انشاء من وجهه فيلحق به في باب الحرمت احتياطاً وأصله قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله
 وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين والامر بترك ما بقى من الربا هو انتهى عن قبضته يؤيده قوله تعالى في آخر الآية
 الشريعة وإن تبتم فلم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون وإذا حرم القبض والتسليم لم يكن في بقاء العقد فائدة
 فيبطله القاضي كمن باع عبداً فأبق قبل القبض ولو كان إسلامهما أو إسلام أحدهما بعد القبض مضى البيع لأن الملك
 قد ثبت على الكمال بالعقد والقبض في حالة الكفر وانما يوجد بعد الإسلام دوام الملك والإسلام لا ينافي ذلك فإن
 من تخمر عصيره لا يؤمر بإبطال ملكه فيها ولو أقرض الذمي ذمياً خمر أثم أسلم أحدهما فإن أسلم المقرض سقطت الخمر
 ولا شيء له من قيمة الخمر على المستقرض أما سقوط قيمة الخمر فلان العجز عن قبض المثل جاء من قبله فلا شيء له
 وإن أسلم المستقرض روى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله أنه تسقط الخمر وليس عليه قيمة الخمر أيضاً
 كما لو أسلم المقرض وروى محمد وزفر وعافية بن زياد القاضي عن أبي حنيفة رضي الله عنهم أن عليه قيمة الخمر وهو
 قول محمد رحمه الله (وجه) هذه الرواية أن امتناع التسليم من المستقرض إنما جاء لمعنى من قبله وهو إسلامه
 فكانه استهلك عليه خمره والمسلم إذا استهلك خمر الذمي يضمن قيمته (وجه) رواية أبي يوسف رحمه الله أنه
 لا سبيل إلى تسليم المثل لأنه يمنع منه ولا إلى القيمة لأن ذلك يوجب ملك المستقرض والإسلام يمنع منه والله
 سبحانه وتعالى أعلم وأما القرض فعن أبي حنيفة رضي الله عنه وإيتان (وجه) رواية عدم الجواز أنه غير منتفع به شرعاً
 فلا يكون مالا كالخنزير (وجه) رواية الجواز أنه إن لم يكن منتفعاً به بذاته يمكن الانتفاع بحجده والصحيح هو الأول
 لأنه لا يشترى للانتفاع بحجده عادة بل للهوبه وهو حرام فكان هذا بيع الحرام للحرام وأنه لا يجوز ويحوز بيع القيل

بالاجماع لانه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا ولا يتعد بيع الحية والعقرب وجميع
هوام الارض كالوزغة والضب والسحفاة والنفذ ونحو ذلك لانها محرمة الانتفاع بها شرعا لكونها من الخبائث فلم
تكن أموالا فلم يحز بيعها وذكر في الفتاوى انه يجوز بيع الحية التي ينتفع بها للدوية وهذا غير سديد لان المحرم شرعا
لا يجوز الانتفاع به للتداوى كالخمر والخنزير وقال النبي عليه الصلاة والسلام لم يجعل شفاؤكم فيما حرم عليكم فلا تقع
الحاجة الى شرع البيع ولا يتعد بيع شيء مما يكون في البحر كالضفدع والسرطان الا السمك وما يجوز الانتفاع
بجده أو عظمه لان مالا يجوز الانتفاع بجده ولا به ولا بعظمه لا يكون مالا فلا يكون محلا للبيع وقدرى ان
النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن الضفدع يجعل في دواء فنهى عنه وقال خبيثة من الخبائث وذكر أبو بكر
الاسكاف رحمه الله انه لا يجوز وذكر في الفتاوى انه يجوز لان الناس ينتفعون به ولا يتعد بيع النحل الا
اذا كان في كوارته عسل فباع الكوارة بما فيها من العسل والنحل وروى هشام عن محمد انه يجوز بيعه منفردا
من غير كوارته اذا كان مجموعا وهو قول الشافعي رحمه الله لان النحل حيوان منتفع به فيجوز بيعه (ولنا)
انه ليس بمنتفع به فلم يكن مالا بنفسه بل بما يحدث منه وهو معدوم حتى لو باعه مع الكوارة وفيها عسل يجوز بيعه تبعا
للعسل ويجوز ان لا يكون الشيء محلا للبيع بنفسه مفردا أو يكون محلا للبيع مع غيره كالشرب وأنكر الكرخي
رحمه الله هذا فقال انما يدخل فيه تبعا اذا كان من حقوقه كفاي الشرب مع الارض وهذا ليس من حقوقه وعلى
هذا بيع دود القز لا يتعد الا اذا كان معه قز وروى محمد انه يجوز بيعه مفردا والمحجج على نحو ما ذكرنا في النحل
ولا يتعد بيع بذر الدود عند أبي حنيفة رحمه الله كالا يتعد بيع الدود وعندهما يجوز بيعه (ووجه) الكلام
فيه على نحو ما ذكرنا في بيع النحل والدود ويجوز بيع السرقين والتبرع لانه مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق
فكان مالا ولا يتعد بيع العذرة الخالصة لانه لا يباح الانتفاع بها بحال فلا تكون مالا الا اذا كان مخلوطا بالتراب
والتراب غالب فيجوز بيعه لانه يجوز الانتفاع به وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه قال كل شيء أفسده الحرام
والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه ونبين ذلك وما كان الغالب عليه الحرام لم يحز بيعه ولا هبته كالقارة اذا وقعت
في العجين والسمن المائع وكذلك قال محمد في الزيت اذا وقع فيه ودك الميتة انه ان كان الزيت غالبا يجوز بيعه وان
كان الودك غالبا لا يجوز بيعه لان الحلال اذا كان هو الغالب يجوز الانتفاع به استصحابا ودفعاً على ما ذكرنا في
كتاب الطهارات فكان مالا فيجوز بيعه واذا كان الحرام هو الغالب لم يحز الانتفاع به بوجه فلم يكن مالا فلا يجوز
بيعه ويجوز بيع آلات الملاهي من البربط والطبل والمزمار والدف ونحو ذلك عند أبي حنيفة لكنه يكره وعند أبي
يوسف ومحمد لا يتعد بيع هذه الاشياء لانه آلات معدة للتلهي بها موضوعة للفسق والفساد فلا تكون أموالا فلا
يجوز بيعها ولا بي حنيفة رحمه الله أنه يمكن الانتفاع بها شرعا من جهة أخرى بان تجعل ظر ولا لاشياء ونحو ذلك من
المصالح فلا تخرج عن كونها أموالا وقولهما انها آلات التلهي والفسق بها قلنا نعم لكن هذا لا يوجب سقوط ماليها
كالغنيات والقيان وبدن القناسق وحياته وماله وهذا لانها كما تصلح للتلهي تصلح لغيره على ماليها بجهة اطلاق
الانتفاع بها لاجهة الحرمة ولو كسر هذا انسان ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمن وعلى هذا الخلاف
بيع النرد والشطرنج والصحيح قول أبي حنيفة رضي الله عنه لان كل واحد منهما منتفع به شرعا من وجه آخر بان يجعل
صنجات الميزان فكان مالا من هذا الوجه فكان محلا للبيع مضمونا بالاتلاف ويجوز بيع ما سوى الخمر من
الاشربة الحرم كالسكر وشيع الزبيب والمنصف ونحوها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يجوز لانه اذا
حرم شر بها لم تكن مالا فلا تكون محلا للبيع كالخمر ولان ما حرم شر به لا يجوز بيعه لما روى عن النبي عليه
الصلاة والسلام انه قال لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوهوا وابعوهوا وان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم بيعه
وأكل منه ولا بي حنيفة رحمه الله ان حرمة هذه الاشربة ما ثبتت بدليل متيقن مقطوع به لكونها محل الاجتهاد

والمالية قبل حدوث الشدة كانت ثابتة بيقين فلا تبطل بحرمة ثابتة بالاجتهاد فبقيت أموالا وبه تبين ان المراد من الحديث محرم تبنت حرمة بدليل مقطوع به ولم يوجد هنا بخلاف الحر لان حرمتها ثبتت بدليل مقطوع به فبطلت مآليتها والله سبحانه وتعالى أعلم ولا ينقد بيع الملاقيح والمضامين الذي ورد النهي عنه لان المضمون ما في صلب الذكر والملقوح ما في رحم الانثى وذلك ليس بمال وعلى هذا أيضا يخرج بيع عصب الفحل لان العصب هو الضرب وانه ليس بمال وقد يخرج على هذا بيع الحمل انه لا ينقد لان الحمل ليس بمال ولا ينقد بيع لبن المرأة في قدح عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه (وجهه) قوله ان هذا مشروب طاهر فيجوز بيعه كلبن البهائم والماء (ولنا) ان اللبن ليس بمال فلا يجوز بيعه والدليل على انه ليس بمال اجماع الصحابة رضي الله عنهم والمقول اما اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فماروى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله تعالى عنهما انهما حكما في ولد المغرور بالقيمة وبالقر بمائة الوطاء وما حكما بوجوب قيمة اللبن بالاستهلاك ولو كان مالا لحكما لان المستحق يستحق بدل اتلاف ماله بالاجماع ولكان ايجاب الضمان بمقا بلته أولى من ايجاب الضمان بمقا بآ منافع البضع لانها ليست بمال فكانت حاجة المستحق الى ضمان المال أولى وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليهما أحد فكان اجماعا (وأما) المعقول فهو لانه لا يباح الاتفاق به شرعا على الاطلاق بل لضرورة تغذية الطفل وما كان حرام الاتفاق به شرعا الا لضرورة ولا يكون مالا كالحمر والخزير والدليل عليه ان الناس لا يعدونه مالا ولا يباع في سوق ما من الاسواق دل انه ليس بمال فلا يجوز بيعه ولانه جزء من الآدمي والآدمي بجميع أجزائه محترم مكرم وليس من الكرامة والاحترام ابتداء بالبيع والشراء ثم لا فرق بين لبن الحرة وبين لبن الامة في ظاهر الرواية وعند أبي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه جزء من آدمي هو مال فكان محلا للبيع كسائر أجزائه (ولنا) ان الآدمي لم يجعل محلا للبيع بالجلول الرق فيه والرق لا يحل الا في الحى واللبن لا حياة فيه فلا يحل الرق فلا يكون محلا للبيع سفلى وعلو بين رجلين انهد ما فباع صاحب العلوه لم يحز لان الهواء ليس بمال ولو جمع بين ما هو مال وبين ما ليس بمال في البيع بان جمع بين حر وعبد أو بين عصير ومخمر أو بين ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة فان لم يبين حصص كل واحد منهما من الثمن لم ينقد العقد أصلا بالاجماع وان بين فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في العصور والعبد والذكية وبطل في الحر والخمر والميتة ولو جمع بين قن ومدبر أو أم ولد ومكاتب أو بين عبده وعبد غيره وباعهما صفقة واحدة جاز البيع في عبده بخلاف (وجهه) قوله ان الفساد بقدر الفساد لان الحكم يثبت بقدر العلة والمفسد خص أحدهما فلا يتعمم الحكم مع خصوص العلة فلو جاء الفساد انما يجبي عن قبل جهالة الثمن فاذا بين حصص كل واحد منهما من الثمن فقد زال هذا المعنى أيضا ولهذا جاز بيع القن اذا جمع بينه وبين المدبر أو المكاتب أو أم الولد وباعهما صفقة واحدة كذا هذا ولا يبي حنيفة رضي الله عنه ان الصفقة واحدة وقد فسدت في أحدهما فلا تصح في الآخر والدليل على ان الصفقة واحدة ان لفظ البيع والشراء لم يتكرر والبائع واحد والمشتري واحد وقرىق الثمن وهو التسمية لكل واحد منهما لا يمنع اتحاد الصفقة دل ان الصفقة واحدة وقد فسدت في أحدهما يبين لخروج الحر والخمر والميتة عن محمية البيع يبين فلا يصح في الآخر لا استحالة كون الصفقة الواحدة صحيحة وفاسدة ولهذا لم يصح اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنًا فكذا اذا سمي لان التسمية وقرىق الثمن لا يوجب تعدد الصفقة لاتحاد البيع والعاقدين بخلاف الجمع بين العبد والمدبر لان هناك الصفقة مفسدت في أحدهما يبين بل بالاجتهاد الذي يحتمل الصواب والخطأ فاعتبر هذا الاحتمال في تصحيح الاضافة الى المدبر ليظهر في حق القن ان لم يمكن اظهاره في حقه ولانه لما جمع بينهما في الصفقة فقد جعل قبول العقد في أحدهما شرط القبول في الآخر بدليل انه لو قبل العقد في أحدهما دون الآخر لا يصح والحر لا يحتمل قبول العقد فيه فلا يصح القبول في الآخر بخلاف المدبر لانه محل لقبول العقد فيه في الجملة فصح قبول العقد فيه الا انه تعذر اظهاره فيه بنوع اجتهاد فيجب اظهاره في القن ولان في تصحيح العقد في

أحدهما تفرق الصفقة على البائع قبل التمام لأنه أوجب البيع فيهما فالقبول في أحدهما يكون تفرقا وهذا لا يجوز بخلاف ما إذا جمع بين القن والمدبر لأن المدبر محل لقبول البيع فيه لكونه مملوكا له إلا أنه لم ينفذ للحال مع احتمال النفاذ في الجملة بقضاء القاضى لحق المدبر وهذا يمنع محمية القبول في حق نفسه لا في صاحبه فيجعل محلا في حق صاحبه والدليل على التفرقة بين الفصلين أن الحكم ههنا يختلف بين أن يسمى لكل واحد منهما مائنا أولا يسمى وهنالك لا يختلف دل أن الفرق بينهما ما ذكرنا وعلى هذا الخلاف إذا جمع بين شاة ذكية وبين متروكة التسمية عمدا ثم إذا جاز البيع في أحدهما عندهما فهل يثبت الخيار فيه أن علم بالحرام يثبت لأن الصفقة تفرقت عليه وإن لم يعلم لا لأنه رضى بالتفرق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون مملوكا لأن البيع تملك فلا ينعقد فيما ليس بمملوك كمن باع الكلا في أرض مملوكة والماء الذي في نهره أو في بئر له لأن الكلا وإن كان في أرض مملوكة فهو مباح وكذلك الماء ما لم يوجد إلا حرا قال النبي صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث والشركة العامة هي الإباحة وسواء خرج الكلا بماء السماء من غير مونة أو ساق الماء إلى أرض ولحقه مونة لأن سوق الماء إليه ليس بأحراز فلم يوجد بسبب الملك فيه فبقى مباحا كما كان وكذا بيع الكجاة وبيع صيد لم يوجد في أرضه لا ينعقد لأنه مباح غير مملوك لانعدام سبب الملك فيه وكذا بيع الحطب والحشيش والصيود التي في البراري والطير الذي لم يصدف الهواء والسماك الذي لم يوجد في الماء وعلى هذا يخرج بيع رابع مكة وأجارتها أنه لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه وروى عنه أنه يجوز وبه أخذ الشافعي رحمه الله للعمومات البيع من غير فصل بين أرض الحرم وغيرها ولأن الأصل في الأرض كلها أن تكون محلا للتمليك إلا أنه امتنع تملك بعضها شرعا لعارض الوقف كالمساجد ونحوها ولم يوجد في الحرم فبقى محلا للتمليك (ولنا) ما روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال إن الله تبارك وتعالى حرم مكة يوم خلقها لم تحل لاحد قبلي ولا تحل لاحد بعدى وإنما أحلت لي ساعة من نهار لا يتخلى خلاها ولا يعصده شجرها ولا ينفر صيدها ولا يتحتش خشبها أخبر عليه الصلاة والسلام أن مكة حرام وهي اسم للبقعة والحرام لا يكون محلا للتمليك وروى عن عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال مكة حرام وبيع رابعها حرام وهذا نص في الباب ولأن الله تبارك وتعالى وضع للحرم حرمة وفضيلة ولذلك جعله سبحانه وتعالى مائنا قال الله تبارك وتعالى جل شأنه أو لم يروا أنا جعلنا حرما مائنا فابتدأه بالبيع والشراء والتمليك والتملك امتنان وهذا لا يجوز بخلاف سائر الأراضي وقيل إن بقعة مكة وقف حرم سيدنا إبراهيم عليه الصلاة والسلام ولا حجة في العمومات لأنه خص منها الحرم بالحديث المشهور ويجوز بيع بناء بيوت مكة لأن الحرم للبقعة لا للبناء وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال كره أجارة بيوت مكة في الموسم من الحاج والمعتمر فاما من المقيم والمجاور فلا بأس بذلك وهو قول محمد رحمه الله ويجوز بيع أراضي الخراج والقطيعة والمزارعة والأجارة والأكارة والمراد من الخراج أرض سواد العراق التي فتحها سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه لأنه من عليهم وأقرهم على أراضيهم فكانت ميقاتة على ملكهم فجاز لهم بيعها وأرض القطيعة هي الأرض التي قطعها الإمام لقوم وخصهم بها فملكوها بجعل الإمام لهم فيجوز بيعها وأرض المزارعة أن يدفع الإنسان أرضه إلى من يزرعها ويقوم بها وهذا لا يخرج عن كونها مملوكة وأرض الأجارة هي الأرض التي يأخذها الإنسان من صاحبها ليعمرها ويزرعها وأرض الأكارة التي في أيدي الأكره فيجوز بيع هذه الأرض لأنها مملوكة لأصحابها وأما أرض الموات التي أحيها رجل غير إذن الإمام فلا يجوز بيعها عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأنها لا تملك بدون إذن الإمام وعندهما يجوز بيعها لأنها تملك بنفس الأحياء والمسئلة تذكر في كتاب أحياء الموات وذكر القسودري رحمه الله أنه لا يجوز بيع دور بغداد وحوادث السوق التي للسلطان عليها غلة لأنها ليست بمملوكة لما روى أن المنصور أذن للناس في بنائها ولم يجعل للبقعة ملكا لهم والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) وهو شرط انعقاد البيع للبائع أن يكون مملوكا للبائع عند

البيع فان لم يكن لا ينقد وان ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه الا السلم خاصة وهذا بيع ما ليس عنده ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ولو باع المغصوب فضمنه المالك قيمته نفذ بيعه لان سبب الملك قد تقدم فتبين أنه باع ملك نفسه وهما تأخر سبب الملك فيكون بائعا ما ليس عنده فدخل تحت النهي والمراد منه بيع ما ليس عنده ملكا لان قصة الحديث تدل عليه فانه روى أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها أو يأخذ الثمن منهم ثم يدخل السوق فيشتري ويسلم اليهم فيبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا تبع ما ليس عندك ولان بيع ما ليس عنده بطريق الاصاله عن نفسه تملك ما لا يملك بطريق الاصاله وأنه محال وهو الشرط فيما يبيعه بطريق الاصاله عن نفسه فاما ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره ينظر ان كان البائع وكيلًا وكفيلًا فيكون المبيع مملوكًا للبائع ليس بشرط وان كان فضوليًا فليس بشرط لان انعقادنا بل هو من شرائط النفاذ فان بيع الفضولي عندنا منعقد موقوف على اجازة المالك فان أجاز نفذ وان رد بطل وعند الشافعي رحمه الله هو شرط الانعقاد لا ينقد بدونه وبيع الفضولي باطل عنده وسيأتي ان شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون مقدور التسليم عند العقد فان كان معجوز التسليم عنده لا ينقد وان كان مملوكًا له كبيع الآبق في جواب ظاهر الروايات حتى لو ظهر يحتاج الى تجديد الايجاب والقبول الا اذا تراضيا فيكون بيعا مبتدأ بالتعاطي فان لم يتراضيا وامتنع البائع من التسليم لا يجبر على التسليم ولو سلم وامتنع المشتري من القبض لا يجبر على القبض وذكر الكرخي رحمه الله أنه ينقد بيع الآبق حتى لو ظهر وسلم يجوز ولا يحتاج الى تجديد البيع الا اذا كان القاضي فسخه بان رفعه المشتري الى القاضي فطالبه بالتسليم وعجز عن التسليم ففسخ القاضي البيع بينهما ثم ظهر العبد وجه قول الكرخي رحمه الله ان الباقي لا يوجب زوال الملك الا ترى أنه لو اعتقه أو دبره ينفذ ولو وهبه من ولده الصغير يجوز وكان ملكه كاله قديبا ما لا يملكه الا أنه لم ينفذ للحال للعجز عن التسليم فان سلم زال المانع فينفذ وصار كبيع المغصوب الذي في يد الغاصب اذا باعه المالك لغيره أنه ينقد موقوفا على التسليم لما قلنا كذا هذا وجه ظاهر الروايات أن القدرة على التسليم لذا العاقد شرط انعقاد العقد لانه لا ينقد الا لفائدة ولا يفيد اذا لم يكن قادرا على التسليم والعجز عن التسليم ثابت حالة العقد وفي حصول القدرة بعد ذلك شك واحتمال قد يحصل وقد لا يحصل والممكن منعقد ابقيين لا ينقد لفائدة تحتل الوجود والعدم على الاصل المعهود ان ما لم يكن ثابتا بيقين أنه لا يثبت بالشك والاحتمال بخلاف ما اذا أبق بعد البيع قبل القبض أنه لا يفسخ لان القدرة على التسليم كانت ثابتة لذا العقد فانه قد تم زالت على وجه يحتمل عودها فيقع الشك في زوال المنعديين والثابت باليقين لا يزول بالشك فهو الفرق بخلاف بيع المغصوب من غير الغاصب أنه ينقد موقوفا على التسليم حتى لو سلم ينفذ ولان هناك المالك قادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين الا أنه لم ينفذ للحال لقيام يد الغاصب بصورة فاذا سلم زال المانع فينفذ بخلاف الآبق لانه معجوز التسليم على الاطلاق اذ لا تصل اليه يد أحد لما أنه لا يعرف مكانه فكان المعجز متقرا والقدرة محتملة موهومة فلا ينقد مع الاحتمال فاشبه ببيع الآبق ببيع الطير الذي لم يوجد في الهواء وبيع السمك الذي لم يوجد في الماء وذلك باطل كذا هذا ولو جاء انسان الى مولى العبد فقال ان عبدك عند فلان فبعه مني وأنا أقبضه منه فصدقه وباعه منه لا ينفذ لما فيه من عذر القدرة على القبض لكنه ينقد حتى لو قبضه ينفذ بخلاف الفصل المتقدم لان القدرة على القبض هنا ثابتة في زعم المشتري الا أن احتمال المنع قائم فانه قد موقوفا على قبضه فاذا قبضه تحقق مازعمه فينفذ بخلاف الفصل الاول لان العجز عن التسليم للحال متحقق فيمنع الانعقاد ولو أخذه رجل فجاء الى مولاه فاشتراه منه جاز الشراء لان المانع هو العجز عن التسليم ولم يوجد في حقه وهذا البيع لا يدخل تحت النهي لان النهي عن بيع الآبق وهذا ليس بآبق في حقه ثم اذا اشتري منه لا يخلو اما ان احضر العبد مع نفسه واما ان لم يحضره فان احضره صار قابضًا له عقيب العقد بلا فصل وان لم يحضره مع نفسه ينظر ان كان أخذه ليرده على صاحبه وأشهد على ذلك لا يصير قابضًا له ما لم يصل اليه لان قبضه قبض أمانة وقبض الامانة

لا ينوب عن قبض الضمان فلا بد من التجديد بالوصول اليه حتى لو هلك العبد قبل الوصول يهلك على البائع ويبطل العقد لانه مبيع هلك قبل القبض واذا وصل اليه صار قابضاً له بنفس الوصول ولا يشترط القبض بالراجح لان معنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقة وان كان أخذه لنفسه لا يردده على صاحبه صار قابضاً له عقيب العقد بلا فصل حتى لو هلك قبل الوصول اليه يهلك على المشتري لان قبضه قبض ضمان وقبض الشراء أيضاً قبض الضمان فيجانس القبضان فتناوبوا ولو كان أخذه ليرده ولكنه لم يشهد على ذلك فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وصاحبيه عند أبي حنيفة عليه الرحمة يصير قابضاً له عقيب العقد لان هذا قبض ضمان عنده وعندهما لا يصير قابضاً إلا بعد الوصول اليه لان هذا قبض أمانة عندهما وهي من مسائل كتاب الاباق واللقطة وعلى هذا بيع الطائر الذي كان في يده وطار أنه لا ينعقد في ظاهر الرواية وعلى قياس ما ذكره الشافعي رحمه الله ينعقد وعلى هذا بيع السمكة التي أخذها ثم ألقاها في حظيرة سواء استطاع الخروج عنها أولاً بعد ان كان لا يمكنه أخذها بدون الاصطياد وان كان يمكنه أخذها من غير اصطياد يجوز بيعها بخلاف لانه مقدور التسليم كذا البيع وعلى هذا يخرج بيع اللبن في الضرع لان اللبن لا يجتمع في الضرع دفعة واحدة بل شيئاً فشيئاً فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينهما فكان المبيع معجوز التسليم عند البيع فلا ينعقد وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم في ظاهر الرواية لانه ينمو ساعة فساعة فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التمييز بينهما فصار معجوز التسليم بالجز والتفت استخراج أصله وهو غير مستحق بالعقد وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وروى عن أبي يوسف انه يجوز بيعه والصلح عليه لانه يجوز جزه قبل الذبح فيجوز بيعه كبيع القصيل في الارض (ووجه) الفرق بين القصيل والصوف لظاهر الرواية ان الصوف لا يمكن جزه من أصله من غير ضرر يلحق الشاة بخلاف القصيل ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين لان الدين اما أن يكون عبارة عن مال حكى في الذمة واما أن يكون عبارة عن فعل تملك المال وتسليمه وكل ذلك غير مقدور التسليم في حق البائع ولو شرط التسليم على المديون لا يصح أيضاً لانه شرط التسليم على غير البائع فيكون شرطاً فاسداً فيفسد البيع ويجوز بيعه ممن عليه لان المانع هو العجز عن التسليم ولا حاجة الى التسليم ههنا ونظير بيع المغصوب انه يصح من الفاصب ولا يصح من غيره اذا كان الفاصب منكراً ولا بينة للمالك ولا يجوز بيع المسلم فيه لان المسلم فيه مبيع ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض وهل يجوز بيع الحمد فقول لا خلاف في أنه اذا سلم الحمد أولاً الى المشتري انه يجوز اما اذا باع ثم سلم قال بعض مشايخنا لا يجوز لانه الى أن يسلم بعضه يذوب فلا يقدر على تسليم جميعه الى المشتري وقال بعضهم يجوز وقال الققيه أبو جعفر الهندي روى رحمه الله اذ باعه وسلمه من يومه ذلك يجوز وان سلمه بعد أيام لا يجوز وبه أخذ الققيه أبو الليث عليه الرحمة لانه في اليوم لا يتقص قصا ناله حصصة من الثمن (وأما) الذي يرجع الى النفاذ فنوعان أحدهما الملك او الولاية أما الملك فهو أن يكون المبيع مملوكاً للبائع فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفاً على اجازة المالك وعند الشافعي رحمه الله هو شرط الانعقاد أيضاً حتى لا ينعقد بدونه وأصل هذا ان تصرفات الفضولي التي لها مجزاة العقد مقدمة موقوفة على اجازة المجز من البيع والاجارة والنكاح والطلاق ونحوها فان أجاز ينفذ والا فيبطل وعند الشافعي رحمه الله تصرفاته باطلة (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان صحة التصرفات الشرعية بالملك أو بالولاية ولم يوجد أحدهما فلا تصح وهذا لان صحة التصرف الشرعي هو اعتباره في حق الحكم الذي وضع له شرعاً لا يعقل للصحة معنى سوى هذا (فأما) الكلام الذي لا حكم له لا يكون صحيحاً شرعاً والحكم الذي وضع له البيع شرعاً وهو الملك لا يثبت حال وجوده لعدم شرطه وهو الملك أو الولاية فلم يصح ولهذا لم يصح شرؤه فكذا بيعه (ولنا) عمومات البيع من نحو قوله تبارك وتعالى وأحل البيع وقوله عز شأنه يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض عنكم

وقوله سبحانه وتعالى فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله شرع سبحانه وتعالى البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الصلاة وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء أو بين ما إذا وجدت الاجارة من المالك في الانتهاء وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده فيجب العمل باطلاقها الا ما خص بدليل وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه دفع دينارا الى حكيم بن حزام رضى الله عنه وأمره أن يشتري له أضيحة فاشترى شاتين ثم باع احدهما بدينار وجاء بدينار وشاة الى النبي عليه الصلاة والسلام فدعاه بالبركة وقال عليه الصلاة والسلام بارك الله في صفقة يمينك ومعلوم انه لم يكن حكيماً ما موراً ببيع الشاة فلو لم يعتقد تصرفه لما باع ولما دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والبركة على ما فعل ولا نكر عليه لان الباطل ينكر ولان تصرفه لما باع على الوجه الاحسن ما أمكن وقد أمكن حمله على الاحسن وهنا وقد قصد البر به والاحسان اليه بالا عانة على ما هو خير للمالك في زعمه لعلمه بحاجته الى ذلك لكن لم يتبين الى هذه الحالة الموانع وقد يغلب على ظنه زوال المانع فأقدم عليه نظر الصدقة واحسانا اليه لبيان المحمدة والثناء لتحمل مؤنة مباشرة التصرف الذي هو محتاج اليه والثواب من الله عز وجل بالا عانة على البر والاحسان قال الله تبارك وتعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال تعالى جل شأنه وأحسنوا ان الله يحب المحسنين الا أن في هذه التصرفات ضرراً في الجملة لان للناس رغائب في الاعيان وقد يقدم الرجل على شيء ظهر له الحاجة عنه بازائه عن ملكه لحصول غرضه بدون ذلك ونحو ذلك فيتوقف على اجازة المالك حتى لو كان الامر على ما ظنه مباشرة التصرف اجازة وحصل له النفع من جهته فينال الثواب والثناء والا فلا يجيزه ويثنى عليه بقصد الاحسان وايصال النفع اليه فلا يجوز القول باهدار هذا التصرف والحاق كلامه وقصده بكلام المجانين وقصدهم مع نذب الله عز وجل الى ذلك وحته عليه لما تلو من الآيات وقوله صحة التصرف عبارة عن اعتباره في حق الحكم فلنا تم وعندنا هذا التصرف مفيد في الجملة وهو بثوث المالك فيا يتضرر المالك بزواله موقوفاً على الاجازة امام كل وجه أو من وجهه لكن لا يظهر شيء من ذلك عند العقد وما يظهر عند الاجازة وهو تفسير التوقف عندنا أن يتوقف في الجواب في الحال انه صحيح في حق الحكم أم لا ولا يقطع القول به للحال ولكن يقطع القول بصحته عند الاجازة وهذا جائز وله نظائر في الشرع وهو البيع بشرط الخيار للبائع والمشتري على ما عرف (وأما) شراء الفضولي ففيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى في موضعه ثم الاجازة اما تحقق تصرف الفضولي عندنا بشرائط (منها) أن يكون له مجيز عند وجوده فلا يجيزه عند وجوده لا تلحقه الاجازة لان ماله مجيز متصور منه الاذن للحال وبعد وجود التصرف فكان الانقضاء عند الاذن القائم مفيداً فيعتقد وما لا يجيزه لا يتصور الاذن به للحال والاذن في المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث فان حدث كان الانقضاء مفيداً وان لم يحدث لم يكن مفيداً فلا ينضم مع الشك في حصول الفائدة على الاصل المعهود ان ما لم يكن ثابتاً يقين لا يثبت مع الشك واذا لم ينضم لا تلحقه الاجازة لان الاجازة للمعتقد وعلى هذا يخرج ما اذا طلق الفضولي امرأة البالغ أو أعتق عبده أو وهب ماله أو تصدق به انه يعتق موقوفاً على الاجازة لان البالغ ملك هذه التصرفات بنفسه فكان لها مجيز حال وجودها فيتوقف على اجازة المالك وبمثله لو فعل ذلك على الصبي لا يعتق ولا ان الصبي ليس من أهل هذه التصرفات بنفسه ألا ترى لو فعل ذلك بنفسه لا تعتق فلم يكن لها مجيز حال وجودها فلم تعتق وكذلك الصبي المحجور عليه اذا باع مال نفسه أو اشترى أو تزوج امرأة أو زوج أمته أو كاتب عبده أو فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه يتوقف على اجازة وليه مادام صغيراً أو على اجازته بنفسه بعد البلوغ ان لم يوجد من وليه في حال صغره حتى لو بلغ الصبي قبل اجازة الولي فأجاز بنفسه جاز ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير اجازة لان هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها ألا ترى انه لو فعلها وليه جازت فاحتمل التوقف على الاجازة وانما يتوقف على اجازته بنفسه أيضاً بعد البلوغ كما يتوقف على اجازة وليه في حال صغره لانه لما بلغ قدم ملك الانشاء فأولى أن يملك الاجازة ولان ولايته على نفسه فوق ولاية وليه عليه في حال صغره فلما

جاز باجازه وليه فلا يجوز باجازه نفسه أولى ولا يجوز بمجرد البلوغ لان الاجازة لها حكم الانشاء من وجه وانه
فعل فاعل مختار والبلوغ ليس صنعه فلا يعقل اجازة وكذا اذا وكل الصبي وكيل بهذه التصرفات ففعل الوكيل قبل
بلوغ الصبي أو بعده توقف على اجازته بعد البلوغ الا التوكيل بالشراء فانه لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل لان الشراء
وجد فاعل الوكيل فلا يتوقف الا اذا بلغ الصبي قبل أن يشتري الوكيل فأجاز التوكيل ثم اشترى الوكيل بعد ذلك
فيكون الشراء للصبي لا للوكيل لان اجازة الوكيل منه بعد البلوغ بمنزلة انشاء التوكيل ولو وكله ابتداء لكان الشراء له
لا للوكيل كذا هذا او يمثله اذا طلق الصبي امرأته أو خالها أو أعتق عبده على غير مال أو على مال أو وهب ماله أو تصدق
به أو زوج عبده امرأة أو باع ماله بمحابة أو اشترى شيئا بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس في مثله عادة أو غير ذلك
من التصرفات مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه لا ينعقد حتى لو أجاز وليه أو الصبي بعد البلوغ لا يصح لان
هذه التصرفات ليس لها محيز حال وجودها فلا تحتل التوقف على الاجازة الا اذا أجاز الصبي بعد البلوغ بلفظ
يصاح للانشاء بأن يقول بعد البلوغ أو وقت ذلك الطلاق أو ذلك العتاق فيجوز ويكون ذلك انشاء الاجازة ولو
وكل الصبي وكيل بهذه التصرفات ففعل الوكيل ينظر ان فعل قبل البلوغ لا يتوقف وهو باطل لان فعل الوكيل كفعل
الموكل ولو فعل الصبي بنفسه لا يتوقف فكذا اذا فعله الوكيل وان فعل بعد البلوغ يتوقف على اجازته بمنزلة
القبض على البائع وان بلغ الصبي فأجاز التوكيل بعد البلوغ قبل أن يفعل الوكيل شيئا ثم فعل جاز لان اجازة التوكيل
منه بمنزلة انشاءه وكذا وصية الصبي لا تنعقد لانها تصرف لا محيز له حال وجوده ألا ترى انه لو فعل الولى لا يجوز عليه
فلا يتوقف وسواء أطلق الوصية أو اضافها الى حال البلوغ لما قلنا حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده
لا تجوز وصيته الا اذا بلغ وأجاز تلك الوصية بعد البلوغ فتجوز لان الاجازة منه بمنزلة انشاء الوصية ولو أنشأ الوصية
بعد البلوغ صح كذا هذا وعلى هذا تصرف المكاتب والعبد المأذون ان ماله محيز حال وجوده يتوقف على اجازة المولى
ومالا محيز له حال وجوده يبطل ولا يتوقف لما ذكرنا من الفقه الا أن بين المكاتب والعبد المأذون والصبي فرقان
وجه وهو ان المكاتب أو المأذون اذا فعل ما يتوقف على الاجازة بان زوج نفسه امرأة ثم عتق ينفذ بنفس الاعتاق
وفي الصبي لا ينفذ بنفس البلوغ ما لم توجد الاجازة (ووجه) الفرق أن العبد بعد الاذن يتصرف بمالكية نفسه
على ما عرف فكان ينبغي أن ينفذ للحال الا أنه توقف لحق المولى فاذا عتق فقد زال المانع فنفذ بخلاف الصبي فان في
أهليته قصور القصور عقله فانه مقدم موقوف على الاجازة والبلوغ ليس باجازه على مامر (وأما) حكم شراء الفضولي فجملة
الكلام فيه أن الفضولي اذا اشترى شيئا لغيره فلا يخلو اما ان اضاف العقد الى نفسه واما ان اضافته الى الذى اشترى
له فان اضافته الى نفسه كان المشتري له سواء وجدت الاجازة من الذى اشترى له أو لم توجد لان الشراء اذا وجد فاعل
على العاقد فذ عليه ولا يتوقف لان الاصل أن يكون تصرف الانسان لنفسه لا لغيره قال الله تعالى عز من قائل لها
ما كسبت وقال عز من قائل وأن ليس للانسان الا ما سعى وشراء الفضولي كسبه حقيقة فلا يصل أن يكون له الا اذا
جعله لغيره ولم يجد فاعل عليه لعدم الاهلية فيتوقف على اجازة الذى اشترى له بان كان الفضولي صبيًا محجورا أو عبدا
محجورا فاشترى لغيره يتوقف على اجازة ذلك الغير لان الشراء لم يجد فاعل عليه فيتوقف على اجازة الذى اشترى له
ضرورة فان أجاز فقد كانت العهدة عليه لا عليها لانهم ليسا من أهل لزوم العهدة وان أضاف العقد الى الذى
اشترى له بان قال الفضولي للبائع بع عبدك هذا من فلان بكذا اقال بع وقبل الفضولي البيع فيه لاجل فلان أو قال
البائع بع هذا العبد من فلان بكذا وقبل المشتري الشراء منه لاجل فلان فانه يتوقف على اجازة المشتري له لان
تصرف الانسان وان كان له على اعتبار الاصل الا أن له أن يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك وهنا جعله لغيره فينعقد
موقوف على اجازته ولو قال الفضولي للبائع اشترى منك هذا العبد بكذا لاجل فلان فقال بع أو قال البائع
للفضولى بع منك هذا العبد بكذا فلان فقال اشترى لا يتوقف وينفذ الشراء عليه لانه لم توجد الاضافة الى فلان

في الإيجاب والقبول وإنما وجدت في أحدهما وأحدهما بشرط العقد فلا يتوقف لما ذكرنا أن الأصل أن لا يتوقف
 وإنما توقف لضرورة الإضافة من الجانبين فإذا لم يوجد يجب العمل بالأصل وهذا بخلاف الوكيل بالشراء أنه إذا
 اشترى شيئاً يقع شراؤه للموكل وأن أضاف العقد إلى نفسه لا إلى الموكل لأنه لما أمره بالشراء فقد أنا به مناب نفسه
 فكان تصرف الوكيل كتصرفه بنفسه ولو اشترى بنفسه كان المشتري له كذا هذا والله تعالى أعلم ولو اشترى
 الفضولي شيئاً لغيره ولم يصف المشتري إلى غيره حتى لو كان الشراء له فظن المشتري والمشتري له أن المشتري يكون
 للمشتري له فسلم إليه بعد القبض بالثمن الذي اشتراه به وقبل المشتري له صبح ذلك ويجعل ذلك تولية كأنه ولاه منه بما
 اشترى ولو علم المشتري بعد ذلك أن الشراء قد عليه والمشتري له فأراد أن يسترد من صاحبه بغير رضاه لم يكن له ذلك
 لأن التولية منه قد حتمت فلا يملك الرجوع كمن اشترى متقولا فطلب جاره الشفعة فظن المشتري أن له شفعة فسلم إليه
 ثم أراد أحدهما أن ينقض ذلك من غير رضا الآخر لم يكن له ذلك لأنه لما سلم إليه صار ذلك بيعاً بينهما ولو اختلفا فقال
 المشتري له كنت أمرتك بالشراء وقال المشتري اشتريته لك بغير أمرك فالقول قول المشتري له لأن المشتري لما قال
 اشتريته لك كان ذلك إقراراً منه بأنه اشتراه بأمره لأن الشراء له لا يكون إلا بأمره عادة فكان القول قوله ثم أن أخذه
 بقضاء القاضى لا يحل له ذلك إلا إذا كان صادقا في كلامه فيما بينه وبين الله جل شأنه وأن أخذه بغير قضاء طاب له
 لأنه أخذه برضاه فصار ذلك بيعاً بينهما بتراضيهما (ومنها) قيام البائع والمشتري حتى لو هلك أحدهما قبل الإجازة
 من المالك لا تلحقه الإجازة (ومنها) قيام المالك حتى لو هلك المالك قبل إجازته لا يجوز بإجازة ورثته (ومنها) قيام
 المبيع حتى لو هلك قبل إجازة المالك لا يجوز بإجازة المالك غير أنه أن هلك في يد المالك بغير شيء وأن هلك بعد التسليم
 إلى المشتري فالمالك بالخيار أن شاء ضمن البائع وأن شاء ضمن المشتري لوجود سبب الضمان من كل واحد منهما
 وهو التسليم من البائع والقبض من المشتري لأن تسليم مال الغير وقبضه بغير إذن صاحبه كل واحد منهما سبب
 لوجوب الضمان وأيهما اختار تضمينه يرى الآخر ولا سبيل عليه بحال لأنه لما ضمن أحدهما فقد ملك المضمون
 فلا يملك تملكه من غيره لما فيه من الاستحالة وهو تملك شيء واحد في زمان واحد من اثنين على الكمال فإن اختار
 تضمين المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع وبطل البيع وليس له أن يرجع عليه بما ضمن كإيفاء المشتري من
 الغاصب وإن اختار تضمين البائع ذكر الطحاوي رحمه الله أنه ينظر أن كان قبض البائع قبض ضمان بان كان
 مقصوداً في يده فقد يبيعه لأنه لما ضمنه فقد ملك المقتضوب من وقت التصيب فتبين أنه باع ملك نفسه فينفذ وإن
 كان قبضه قبض أمانة بان كان وديعة عنده فباعه وسلمه إلى المشتري لا ينفذ بيعه لأن الضمان إنما وجب عليه بسبب
 متأخر عن البيع وهو التسليم فيملك المضمون من ذلك الوقت لا من وقت البيع فيكون باعاً مال غيره بغير إذنه فلا ينفذ
 وذكر محمد رحمه الله في ظاهر الرواية وقال يجوز البيع بتضمين البائع قيل هذا محمول على ما إذا سلمه البائع أولاً
 ثم باعه لأنه إذا سلمه أولاً فقد صار مضموناً عليه بالتسليم فتقدم سبب الضمان البيع فتبين أنه باع مال نفسه فينفذ ثم
 إن كان قيام الأربعة التي ذكرنا شرطاً للحقوق الإجازة لأن الإجازة إنما تلحق القيام وقيام العقد بهذه الأربعة ولأن
 الإجازة لها حكم الأنشاء من وجه ولا يصحق الأنشاء بدون العاقلين والمعقود عليه لذلك كان قيامها شرطاً للحقوق
 الإجازة فإن وجدت الإجازة وصار البائع بمنزلة الوكيل إذا الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ويكون الثمن
 للمالك إن كان قائماً لأنه بدل ماله وان هلك في يد البائع يملك أمانة كما إذا كان وكيلًا في الابتداء وهلك الثمن في
 يده ولو فسخه البائع قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع أن كان قد سلم ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان
 قد تقدم وكذا إذا فسخه المشتري انفسخ وكذا إذا فسخه الفضولي فمحمد يحتاج إلى الفرق بين البيع والنكاح
 فإن الفضولي من جانب الرجل في باب النكاح إذا زوجت المرأة نفسها لملك الفسخ عنده (ووجه) الفرق أن
 البيع الموقوف لو اتصل به الإجازة فالجقوق ترجع إلى العاقد فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه فله ذلك بخلاف

النكاح لان الحقوق في باب النكاح لا ترجع الى العاقد بل هو سفير ومعبّر فاذا فرغ عن السفارة والعبارة التحق
بالاجانب وأما قيام الثمن في يد البائع هل هو شرط لصحة الاجازة أم لا فلا امر لا يخلو اما ان كان الثمن ديناً كالدرهم
والدنانير والفلوس الناقصة والموزون الموصوف والمكيل الموصوف في الذمة واما ان كان عيناً كالعروض فان
كان ديناً فقيامه في يد البائع ليس بشرط للحقوق الاجازة لان الدين لا يمين باليمين فكان قيامه بقيام الذمة وان كان
عيناً فقيامه شرط للحقوق الاجازة فصار الحاصل ان قيام الاربعة شرط صحة الاجازة اذا كان الثمن ديناً واذا كان عيناً
فقيام الخمس شرط فان وجدت الاجازة عند قيام الخمس جاز ويكون الثمن للبائع لا للمالك لان الثمن اذا كان عيناً
كان البائع مشترياً بمن وجهه والشراء لا يتوقف على الاجازة بل ينفذ على المشتري اذا وجد نقداً عليه بان كان أهلاً وهو
أهل والمالك يرجع عليه بقيمة ماله ان لم يكن له مثل وبمثله ان كان له مثل لانه عقد لنفسه وقد الثمن من مال غيره
فيتوقف النقد على الاجازة فاذا جاز ماله بعد النقد فيرجع عليه بمثله أو بقيمته بخلاف ما اذا كان الثمن ديناً لانه اذا
كان ديناً كان العاقد بائعاً من كل وجه ولا يكون مشترياً بنفسه أصلاً فتوقف على اجازة المالك فاذا أجاز كان مجزياً
للمتدفك كان بدله ولو هلك العين في يد الفضولي بطل العقد ولا تلحقه الاجازة ويرد المبيع الى صاحبه ويضمن
للمشتري مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل لانه قبضه بعقد فاسد ولو تصرف الفضولي في العين قبل الاجازة
ينظر ان تصرف فيه قبل القبض فتصرفه باطل لان الملك في العقد الفاسد يقف على القبض وان تصرف فيه بعد ما قبض
باذن المشتري صريحاً أو دلالاً يصبح تصرفه لانه تصرف في ملك نفسه وعليه مثله أو بقيمته لان المقبوض بالبيع الفاسد
مضمون به ولا تلحقه الاجازة لانه ملك بجواز تصرفه فيه فلا يحتمل الاجازة بعد ذلك ولو تصرف المشتري في
المبيع قبل الاجازة لا يجوز تصرفه سواء كان قبض المبيع أو لم يقبضه لعدم اذن ماله والله تعالى أعلم (وأما) الولاية
فالولاية في الاصل نوعان نوع ثبت بتولية المالك ونوع ثبت شرعاً لا بتولية المالك أما الاول فهو ولاية الوكيل
فينفذ تصرف الوكيل وان لم يكن المحل مملوكاً له لوجود الولاية الاستفادة من الموكل وأما الثاني فهو ولاية الاب والجد
أب الاب والوصي والقاضي وهو نوعان أيضاً ولاية النكاح وولاية غيره من التصرفات أما ولاية النكاح فوضع
بينها كتاب النكاح وأما ولاية غيره من المعاملات فالكلام فيه في مواضع في بيان سبب هذه الولاية وفي بيان
شرائطها وفي بيان ترتيب الولاية أما الاول فسبب هذا النوع من الولاية في التحقيق شيان أحدهما الابوة
والثاني القضاء لان الجد من قبل الاب أب لكن بواسطة وصي الاب والجد استفاد الولاية منهم فكان ذلك ولاية
الابوة من حيث المعنى وصي القاضي يستفيدا لولاية من القاضي فكان ذلك ولاية القضاء معنى أما الابوة فلانها
داعية الى كمال النظر في حق الصغير لو فو رشفقة الاب وهو قادر على ذلك لكمال رأيه وعقله والصغير عاجز عن النظر
لنفسه بنفسه وثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز عن النظر أمر معقول مشروع لانه من باب الاعانة على البر ومن
باب الاحسان ومن باب اعانة الضعيف واغاثة اللهيان وكل ذلك حسن عقلاً وشرعاً ولان ذلك من باب شكر
النعمة وهي نعمة القدرة اذا شكر كل نعمة على حسب النعمة فشكر نعمة القدرة معونة العاجز وشكر النعمة واجب
عقلاً وشرعاً فضلاً عن الجواز وصي الاب قائم مقامه لانه رضي به واختاره فالظاهر انه ما اختاره من بين سائر الناس
الا لعلهم بان شفقته على ورثته مثل شفقته عليهم ولولا ذلك لما ارتضاه من بين سائر الناس فكان الوصي خلقاً عن الاب
وخلف الشيء قائم مقامه كانه هو والجد له كمال الرأي وفور الشفقة الا أن شفقته دون شفقة الاب فلا جرم تأخرت
ولايته عن ولاية الاب وولاية وصيه وصي وصيه أيضاً لان تلك ولاية الاب من حيث المعنى على ما ذكرنا وصي
الجد قائم مقامه لانه استفاد الولاية من جهته وكذا وصي وصيه وأما القضاء فلان القاضي لا اختصاصه بكمال العلم
والعقل والورع والتقوى والخصال الحميدة أشفق الناس على اليتامى فصلح ولياً وقد قال عليه الصلاة والسلام
السلطان ولي من لا ولي له الا أن شفقته دون شفقة الاب والجد لان شفقتهما تنشأ عن القرابة وشفقته لا وكذا وصيه

فأخرت ولايته عن ولايتهما

فصل وأما شرائطها فأشياء يرجع إلى المولى وبعضها يرجع إلى المولى عليه وبعضها يرجع إلى المولى فيه أما الذي يرجع إلى المولى فأشياء (منها) أن يكون حراً فلا تثبت ولاية العبد لقوله سبحانه وتعالى ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ولا نه لا ولاية له على نفسه فكيف تثبت له الولاية على غيره (ومنها) أن يكون عاقلاً فلا ولاية للمجنون لما قلنا (ومنها) إسلام المولى إذا كان المولى عليه مسلماً فإن كان كافراً لا تثبت له عليه الولاية لقوله عز وجل ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ولأن تنفيذ الولاية للكافر على المسلم يشعر بالذل به وهذا لا يجوز (وأما) الذي يرجع إلى المولى عليه فالصغر فلا تثبت الولاية على الكبير لأنه يقدر على دفع حاجة نفسه فلا حاجة إلى إثبات الولاية عليه لغيره وهذا لأن الولاية على الحر تثبت مع قيام المنافي للضرورة ولا ضرورة حالة القدرة فلا تثبت (وأما) الذي يرجع إلى المولى فيه فهو أن لا يكون من التصرفات الضارة بالمولى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وقال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا فليس منا والضرار بالضرر ليس من الرحمة في شيء فليس له أن يهب مال الصغير من غيره بغير عوض لأنه إزالة ملكه من غير عوض فكان ضرراً محضاً وكذا ليس له أن يهب بموضع عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد له ذلك (وجه) قوله أن الهبة بموضع معاوضة المال بالمال فكان في معنى البيع فملك البيع (ولهما) أنها هبة ابتداء بدليل أن الملك فيها يقف على القبض وذلك من أحكام الهبة وإنما تصير معاوضة في الانتهاء وهو لا يملك الهبة فلم تنعده هبة فلا يتصور أن تصير معاوضة بخلاف البيع لأنه معاوضة ابتداء وانتهاء وهو يملك المعاوضة وليس له أن يتصدق بماله ولا أن يوصي به لأن التصديق والوصية إزالة الملك من غير عوض مالى فكان ضرراً فلا يملكه وليس له أن يطلق امرأته لأن الطلاق من التصرفات الضارة المحضة وليس له أن يعتق عبده سواء كان بعوض أو بغير عوض أما بغير عوض فلا نه ضرر محض وكذا بعوض لأنه لا يقابله العوض للحال لأن العتق معلق بنفس القبول وإذا عتق بنفس القبول يبقى الدين في ذمة القبلتس وقد يحصل وقد لا يحصل فكان الاعتاق ضرراً محضاً للحال وكذلك ليس له أن يقرض ماله لأن القرض إزالة الملك من غير عوض للحال وهو معنى قولهم القرض تبرع وهو لا يملك سائر التبرعات كذا هذا بخلاف القاضى فإنه يقرض مال اليتيم (وجه) الفرق أن القراض من القاضى من باب حفظ الدين لأن توى الدين بالافلاس أو بالانكار والظاهر أن القاضى يختار أملى الناس وأوتهم وله ولاية التفحص عن أحوالهم فيختار من لا يتحقق إفلاسه ظاهر أو غالباً وكذا القاضى يقضى بعلمه فلا يتحقق التوى بالانكار وليس لغير القاضى هذه الولاية فبقى القراض منه إزالة الملك من غير أن يقابله عوض للحال فكان ضرراً فلا يملكه وله أن يدين ماله من غيره وصورة الاستدانة أن يطلب إنسان من غير الأب أو الوصى أن يبيعه شيئاً من أموال الصغير بمثل قيمته حتى يجعل أصل الشيء ملكه ونحن المبيع ديناً عليه ليرده فإن باعه منه بزيادة على قيمته فهو غنيه وأما ملك الادانة ولم يملك القرض لأن الادانة بيع ماله بمثل قيمته وليس له أن يزوجه عبده لأنه يتعلق المهر برقبته وفيه ضرر وليس له أن يبيع ماله بأقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة ولو باع لا ينفذ بيعه لأنه ضرر في حقه وكذلك ليس له أن يؤجر نفسه أو ماله بأقل من أجره المثل قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة وليس له أن يشتري بماله شيئاً بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة لما قلنا ولو اشتري ينفذ عليه ويكون المشتري له لأن الشراء وجد فاذا أعلى المشتري وله أن يقبل الهبة والصدقة والوصية لأن ذلك تقع محض فيملكه المولى وقال عليه الصلاة والسلام خير الناس من ينفع الناس وهذا يجري مجرى الحث على النفع والحث على النفع ممن لا يملك النفع عبث وله أن يزوجه أمته لأنه يقع وله أن يبيع ماله بأكثر من قيمته ويشتري له شيئاً بأقل من قيمته لما قلنا وله أن يبيعه بمثل قيمته وبأقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فيه عادة وله أن يشتري له شيئاً بمثل قيمته وبأكثر من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادة وكذلك له أن يؤجر نفسه وماله بأكثر من أجر مثله أو بأجر مثله أو بأقل منه قدر ما يتغابن الناس

فيه عادة وكذالك أن يستأجر له شيئاً بأقل من أجر المثل أو بأجر المثل أو بأكثر منه قدر ما يتغابن الناس فيه عادة ولو أجز نفسه أو ماله ثم بلغ الصبي في المدة فله الخيار في اجارة النفس ان شاء مضى عليها وان شاء أبطاها ولا خيار له في اجارة المال (ووجه) الفرق ان اجارة مال الصغير تصرف في ماله على وجه النظر فيقوم الأب فيه مقامه فلا يثبت له خيار الا بطلان بالبلوغ فأما اجارة نفسه فتصرف على نفسه بالضرار وكان ينبغي أن لا يملكه الاب الا أنه ملكها من حيث انها نوع رياضة وتهذيب للصغير وتأديب له والاب يلى تأديب الصغير فولياها على أنها تأديب فاذا بلغ فقد تقطعت ولاية التأديب وهو الفرق وله أن يسافر بماله وله أن يدفع ماله مضاربة وله أن يبضع وله أن يوكل بالبيع والشراء والاجارة والاستئجار لان هذه الاشياء من توابع التجارة فكل من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها ولهذا ملكها المأذون وله أن يعير ماله استحسانا والقياس أن لا يجوز (وجه) القياس ان الاعارة تملك المنفعة بغير عوض فكان ضررا (وجه) الاستحسان ان هذا من توابع التجارة وضررها تملك تلك التجارة ولهذا ملكها المأذون وله أن يودع ماله لان الابداع من ضرورات التجارة وله أن يأذن له بالتجارة عندنا اذا كان يعقل البيع والشراء لان الاذن بالتجارة دون التجارة فاذا ملك التجارة بنفسه فلان يملك الاذن بالتجارة أولى وله أن يكتب عبده لان المكتبة عقد معاوضة فكان في معنى البيع وله أن يرهن ماله بدينه لان الرهن من توابع التجارة لان التاجر يحتاج اليه ولانه قضاء الدين وهو يملك قضاء دينه من ماله فيملك الرهن بدينه أيضا وله أن يرهن ماله بدين نفسه أيضا لان عين المرهون تحت يد المرتهن الا أنه اذا هلك يضمن مقدار ما صار مؤديا من ذلك دين نفسه وله أن يجعل ماله مضاربة عند نفسه وينبغي أن يشهد على ذلك في الابتداء ولو لم يشهد يحل له الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى ولكن القاضي لا يصدقه وكذلك اذا شارك ورأس ماله أقل من مال الصغير فان أشهد فالرجوع على ما شرط وان لم يشهد يحل فيما بينه وبين الله تعالى ولكن القاضي لا يصدقه ويجعل الرجوع على قدر رأس مالهما وما عرفت من الجواب في الاب فهو الجواب في وصيه حال عدمه وفي الجد وصيه حال عدمه الا أن بين الاب ووصيه وبين الجد ووصيه فرقا من وجوه مخصوصة (منها) ان الاب أو الجد اذا اشترى مال الصغير لنفسه أو باع مال نفسه من الصغير بمثل قيمته أو بأقل جاز ولو فعل الوصي ذلك لا يجوز عند محمد أصلا وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ان كان خيرا لليتيم جاز والا فلا (ومنها) ان لهما ولاية الاقتصاص لاجل الصغير في النفس ومادونها وللوصي ولاية الاقتصاص فيادون النفس وليس له ولاية الاقتصاص في النفس (ومنها) ان له ولاية الصلح في النفس ومادونها على قدر الدية من غير حط بلا خلاف وليس لهما ولاية العفو وفي جواز الصلح من الوصي روايتان وقد ذكرنا الوجه في ذلك في كتاب الصلح ثم ولي اليتيم هل يأكل من مال اليتيم فتقول لا خلاف في أنه اذا كان غنيا لا يأكل لقوله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف فاما اذا كان فقيرا فهل له أن يأكل على سبيل الاباحة أو ليس له أن يأكل الا قرضا اختلف فيه الصحابة رضي الله عنهم روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ان له أن يأكل على سبيل الاباحة لكن بالمعروف من غير اسراف وهو قول سيدتنا عائشة رضي الله عنها وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه يأكل قرضا فاذا أيسر قضى وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما الصحيح هو لا بقوله تعالى فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم أمر سبحانه وتعالى بالشهاد على الاتام عند دفع المال اليهم ولو كان المال في أيدي الأولياء بطريق الامانة لكان لا حاجة الى الشهاد لان القول قول الولي اذا قال دفعتم المال الى اليتيم عندنا نكاره وانما الحاجة الى الشهاد عند اخذ قرضا لئلا يأكل منه لان في قضاء الدين القول قول صاحب الدين لا قول من يقضى الدين وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه انه فسر قوله عز وجل ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف قال قرضا احتج الاولون بظاهر قوله عز شأنه ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف أطلق الله عز شأنه لولي اليتيم أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف وهو الوسط من غير اسراف وروى ان رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لي مال ولي يتيم فقال عليه الصلاة والسلام كل من مال يتيمك

غير مسرف ولا متأنل مالك بماله وذ كر محمد ومالك في الموطن أن الأفضل هو الاستغفار من ماله لما روى أن رجلاً أتى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فقال له أوصني إلى يتيم فقال عبد الله لا تشتر من ماله شيئاً ولا تستقرض من ماله شيئاً والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما ترتيب الولاية فأولى الأولياء الأب ثم وصيه ثم وصيه ثم الجدة ثم وصيه ثم وصيه ثم القاضي ثم من نصبه القاضي وهو وصي القاضي وإنما ثبت الولاية على هذا الترتيب لأن الولاية على الصغير باعتبار النظر لهم لم يجزهم عن التصرف بأنفسهم والنظر على هذا الترتيب لأن ذلك مبني على الشفقة وشفقة الأب فوق شفقة الكل وشفقة وصيه فوق شفقة الجد لأنه مرضى الأب ومختاره فكان خلف الأب في الشفقة وخلف الشيء قائم مقامه كأنه هو وشفقة الجد فوق شفقة القاضي لأن شفقته تنشأ عن القرابة والقاضي أجنبي ولا شك أن شفقة قريب على قريبه فوق شفقة الأجنبي وكذا شفقة وصيه لأنه مرضى الجد وخلفه فكان شفقته مثل شفقته وإذا كان ما جعل له الولاية على هذا الترتيب كانت الولاية على هذا الترتيب ضرورة لأن ترتيب الحكم على حسب ترتيب العلة والله سبحانه وتعالى أعلم وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف على الصغير في ماله لأن الأخ والعم قاصرا للشفقة وفي التصرفات تجري جنابات لا يتم لها إلا ذو الشفقة الوافرة والأم وإن كانت لها وفور الشفقة لكن ليس لها كمال الرأي لقصور عقل النساء عادة فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال ولا لوصيهن لأن الوصي خلف الموصي قائم مقامه فلا يثبت له إلا قدر ما كان للموصي وهو قضاء الدين والحفظ لكن عند عدم هؤلاء ووصي الأم والأخ أن يبيع المنقول والعقار لقضاء دين الميت والباقي ميراث للصغير ثم ينظر إن كان واحداً ممن ذكرنا حاضراً فليس له ولاية التصرف أصلاً في ميراث الصغير لأن الوصي لو كان حياً لا يملكه في حال حياته فكذا الوصي وإن لم يكن فله ولاية الحفظ لا غير لأنه يبيع المنقول لما إن يبيع المنقول من باب الحفظ لأن حفظ الثمن أيسر وليس له أن يبيع العقار لاستغنائه عن الحفظ لكونه محفوظاً بنفسه وكذا لا يبيع الدراهم والدنانير لأنها محفوفة وليس له أن يشتري شيئاً على سبيل التجارة وله أن يشتري ما لا بد منه للصغير من طعامه وكسوته وما استفاد الصغير من المال من جهة أخرى سوى الإرث بان وهب له شيء أو وصى له به فليس له ولاية التصرف فيه أصلاً عقاراً كان أو منقولاً لأنه لم يكن للموصي عليه ولاية فكذا الوصي (وأما) وصي المكاتب فله أن يبيع المنقول والعقار لقضاء دين المكاتب ولقضاء دين الكتابة لأن المكاتب كان يملكه بنفسه فكذا وصيه وما فضل من كسبه يكون ميراثاً لو رثته (أما) الأحرار منهم فلا شك وكذا الولد المولود في الكتابة ومن كوتب معه لأنه عتق في آخر جزء من أجزاء حياته بعق أبيه وإذا صار القاضل من كسبه ميراثاً لو رثته فهل يملك التصرف في ما لم يذكر في الزيادات أنه لا يملك إلا الحفظ وجمله بمنزلة وصي الأم والأخ والعم وفي كتاب القسمة الحقة بوصي الأب فإنه أجاز قسمته في العقارات والقسمة في معنى البيع فن جازت قسمته يجوز بيعه فكان فيه رايان وهذا إذا مات قبل أداء بدل الكتابة فاما إذا أدى بدل الكتابة في حال حياته وعتق ثم مات كان وصيه كوصي الحر بلا خلاف والثاني أن لا يكون في المبيع حق لغير البائع فإن كان لا ينعقد كالمهرن والمستأجر لأن فيه إبطال حق المرتن والمستأجر وهذا لا يجوز وقد اختلفت عبارات الكتب في هذه المسئلة في بعضها أن البيع فاسد وفي بعضها أنه موقوف وهو الصحيح لأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى مال متقوم مملوك له مقدور التسليم من غير ضرر يلزمه والدليل على أنه مقدور التسليم أنه يمكنه أن يفتك الرهن بقضاء الدين فيسأله إلى المدين وكذا احتمال الإجازة من المرتن والمستأجر ثابت في البابين جميعاً إلا أنه لم ينفذ للحال لتعلق حقهما فتوقف ويمكن التوفيق بين الرايين بأن يحمل قوله فاسد على أنه لا حكم له ظاهر وهو تفسير الموقوف عندنا فإذا توقف على إجازتهما فإن إجازة جاز ونفذ وهل يملك المطالبة بالقسوخ ذكر القدر في رحمه الله في شرحه وقال أما المستأجر فلا يملك وأما المرتن فيجوز أن يقال يملك فرق بينهما من حيث أن حق المستأجر في

المنفعة لا في العين اذا اجارة عقد على المنفعة لا على العين والبيع عقد على العين فلم يكن البيع تصرفا في محل حق المستأجر فلا يثبت له الخيار وحق المرفه في العين لانه يستوفى الدين من بدل العين بالبيع عند عدم الافتسكك من الرهن ولهذا لو أجاز البيع كان الثمن رهنا عنده فكان البيع تصرفا في محل حقه فيثبت له الخيار وهل يثبت للمشتري خيار الفسخ فان لم يعلم انه مرفهون أو مؤجر يثبت لان العقد المطلق يقتضى التسليم للمحال وقد فاق فيثبت له خيار الفسخ وان علم فلا خيار له لانه رضى بالتسليم في الجملة ولو باع عبده الذي وجب عليه القود فذل لانه لا حق لولى القاتل في نفس القاتل وانما له ولاية استيفاء القصاص وانما لا تبطل بالبيع فيجوز البيع ولا يصير المولى بالبيع مختارا للقضاء سواء علم بالجناية أو لم يعلم لان حق الولي في القصاص والبيع لا يبطل القصاص وكذلك لو أعتقه أو دبره أو كاتب أمة فاستولدها لما قلنا وكذا لو باع عبده الذي هو حلال الدم بالردة لان الردة توجب اباحة الدم لا غير والبيع لا يبطلها وكذا لو أعتقه أو دبره وكذا لو باع عبده الذي وجب قطع يده بالسرقة أو وجب عليه حدم من الحدود كحد الزنا والقذف والشرب لان الواجب بهذه الجنایات ولاية استيفاء القطع والحد والبيع لا يبطلها ولو باع عبده الذي وجب دفعه بالجناية يجوز علم المولى بالجناية أولا ولا سبيل لولى الجناية على العبد ولا على المشتري لانه لا حق له في نفس العبد وانما يخاطب المولى بالدفع الا ان يختار القداء غير انه ان كان عالما بالجناية يلزمه ارش الجناية بالغأ ما بلغ لان اقدامه على البيع بعد العلم بالجناية اختيار للقضاء اذ لو لم يختار له ما فيه من ابطال حق ولى الجناية في الدفع والظاهر انه لا يرضى به وعلى تقدير الاختيار كان البيع ابطالا لحقهم الى بدل وهو القداء فكان الاقدام على البيع اختيارا للقضاء بخلاف ما اذا كان عليه قتل أو قطع بسبب السرقة أو حلالا للبيع لا يوجب بطلان هذه الحقوق فلم يكن الاقدام على البيع اختيارا للقضاء فلا تسقط هذه الحقوق بل بقيت على حالها وان كان عالما بالجناية يلزمه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لانه اذا لم يكن عالما بالجناية كان البيع استهلا كالعبد من غير اختياره فعليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لانه ما أئلف على ولى الجناية الا قدر الارش الا اذا كان أقلهما عشرة آلاف درهم فنقص منها عشرة دراهم لان قيمة قتل العبد خطأ اذا بلغ عشرة آلاف درهم ينقص منها عشرة دراهم وكذلك لو أعتقه المولى أو دبره أو كاتب أمة فاستولدها جاز ولا سبيل لولى الجناية على العبد والمدبر وأم الولد غير انه ان علم بالجناية كان ذلك اختيارا آمنه للقضاء وان لم يعلم فعليه الاقل من قيمته ومن الدين وما زاد على هذا نذكره في كتاب جنایات العبيد في آخر كتاب الجنایات ان شاء الله تعالى

فصل وأما شرائط الصحة فأنواع بعضها يعم البياعات كلها وبعضها يحض البعض دون البعض اما شرائط العامة (فمنها) ما ذكرنا من شرائط الانعقاد والنفاذ لان ما لا ينعقد ولا ينفذ البيع بدونه لا يصح بدونه ضرورة اذا الصحة أمرزائد على الانعقاد والنفاذ فكل ما كان شرط الانعقاد والنفاذ كان شرط الصحة ضرورة وليس كل ما يكون شرط الصحة يكون شرط النفاذ والانعقاد فان البيع الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض به عندنا وان لم يكن صحيحاً (ومنها) أن يكون المبيع معلوماً ومنه معلوماً علمياً يمنع من المنازعة فان كان أحدهما مجهولاً جهالة مفضية الى المنازعة ففسد البيع وان كان مجهولاً جهالة لا تقضى الى المنازعة لا يفسد لان الجهالة اذا كانت مفضية الى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع واذا لم تكن مفضية الى المنازعة لا تمنع من ذلك فيحصل المقصود ويبيانه في مسائل اذا قال بعتك شاة من هذا القطيع أو ثوباً من هذا العدل فالبيع فاسد لان الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية الى المنازعة لتفاوح التفاوت بين شاة وشاة وثوب وثوب فيوجب فساد البيع فان عين البائع شاة أو ثوباً وسلمه اليه ورضى به جاز ويكون ذلك ابتداء بيع بالرضا ولا بالبياعات للتوسل الى استيفاء النفوس الى انقضاء آجالها والتنازع يفضى الى التناهي فيتناقض ولان الرضا شرط البيع والرضا لا يتعلق الا بالمعلوم والكلام في هذا الشرط في موضعين أحدهما ان العلم بالمبيع والثمن علماً مانعاً من المنازعة شرط صحة البيع والثاني في بيان ما يحصل به العلم بهما (اما) الاول فببانه في مسائل وكذا اذا قال بعتك أحد هذه الاثواب الاربعة

بكذا وذكروا خيار التعيين أو سكت عنه أو قال بعثك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن
الخيار فالبيع فاسد لان المبيع مجهول ولو ذكر الخيار بان قال على انك بالخيار تأخذ أيها شئت بمن كذا وترد الباقي
فالقياس أن يفسد البيع وفي الاستحسان لا يفسد (وجه) القياس ان المبيع مجهول لا نه باع أحدهما غير عين وهو غير
معلوم فكان المبيع مجهولا فيمنع صحة البيع كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار (وجه) الاستحسان
الاستدلال بخيار الشرط والجامع بينهما مساس الحاجة الى دفع الغبن وكل واحد من الخيارين طريق الى دفع الغبن
وورد الشرع هناك يكون ورواهنا والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة لا تقتصر الأشياء على الجسد والوسط
والردي فيبقى الحكم في الزيادة مردود الى أصل القياس ولان الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم الى ذلك فان كل
أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشتري ما يحتاج اليه خصوصا الاكابر والنساء فيحتاج الى أن يأمر غيره ولا تندفع
حاجته بشيء واحد معين من ذلك الجنس لما عسى لا يوافق الأمر فيحتاج الى أن يشتري أحد اثنين من ذلك
الجنس فيحملهما جميعا الى الأمر فيختار أيهما شاء بالثمن المذكور ويرد الباقي فجزا ذلك لتعامل الناس ولا تعامل
فيما زاد على الثلاثة فبقى الحكم فيه على أصل القياس وقوله المعقود عليه مجهول قلنا هذا ممنوع فانه اذا شرط الخيار بان
قال على أن تأخذ أيهما شئت فقد انعقد البيع موجبا للملك عند اختياره لا للمال والمعقود عليه عند اختياره معلوم مع ما
ان هذه جهالة لا تنفي الى المنازعة لانه فوض الامر الى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة وهل
يشترط بيان المدة في هذا الخيار اختلف المشايخ فيه لا خلاف ألقاظ محمد في هذه المسئلة في الكتب فذكر في الجامع
الصغير على أن يأخذ المشتري أيهما شاء وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام وذكر في الأصل على أن يأخذ أيهما شاء بألف ولم
يذكر الخيار فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع الا بذكر مدة خيار الشرط وهو ثلاثة أيام فادونها عند أبي حنيفة رحمه الله
وعندهما الثلاث وما زاد عليها بعد أن يكون معلوما وهو قول الكرخي والطحاوي رحمهما الله وقال بعضهم يصح من غير
ذكر المدة (وجه) قول الاولين ان المبيع لو كان ثوبا واحدا معيننا وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالاجماع
فكذا اذا كان واحدا غير معين والجامع بينهما ان ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وانه مفسد للبيع لان للمشتري أن
يردهما جميعا والثابت بخيار التعيين رد أحدهما وهذا حكم خيار الشرط فلا بد من ذكر مدة معلومة (وجه) قول
الآخرين ان توقيت الخيار في المعين انما كان شرط لان الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة الى دفع الغبن بواسطة
التأمل فكان في معنى الاستثناء فلا بد من التوقيت ليصبح استثناء ذلك في الوقت عن ثبوت حكم البيع فيه وخيار
التعيين لا يمنع ثبوت الحكم بل يثبت الحكم في أحدهما غير عين وانما يمنع تعيين المبيع لا غير فلا يشترط له بيان المدة
والله سبحانه وتعالى أعلم والدليل على التفرقة بينهما أن خيار الشرط لا يورث على أصل أصحابنا وخيار التعيين
يورث بالاجماع الا أن للمشتري أن يردهما جميعا لا حكما لخيار الشرط المعهود ليشترط له بيان المدة بل لان البيع المضاف
الى أحدهما غير لازم فكان محلا للفسخ كالبيع بشرط خيار معهود على ما ذكر ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا
اشترى ثوبين أو عشرين أو دابتين على أن المشتري أو البائع بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام ولم يعين الذي فيه الخيار من
الذي لا خيار فيه ولا بين حصص كل واحد منهما من الثمن أن البيع فاسد فيهما جميعا لجهالة المبيع والثمن (أما) جهالة
المبيع فلان العقد في أحدهما بات وفي الآخر خيار ولم يعين أحدهما من الآخر فكان المبيع مجهولا وأما جهالة الثمن
فلانه اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمن فلا يعرف ذلك الا بالحزر والظن فكان الثمن مجهولا والمبيع مجهولا وجهالة
أحدهما تمنع صحة البيع فجها لهما أولى وكذا اذا عين الذي فيه الخيار لكن لم يبين حصص كل واحد منهما من الثمن لان
الثمن مجهول وكذا اذا بين ثمن كل واحد منهما لكن لم يعين الذي فيه الخيار من صاحبه لان المبيع مجهول ولوعين وبين
جازا البيع فيهما جميعا لان المبيع والثمن معلومان ويكون البيع في أحدهما باتا من غير خيار وفي الآخر فيه خيار لانه
هكذا فصل فاذا أجاز من له الخيار البيع فيأله فيه الخيار أو مات أو مضت مدة الخيار من غير فسخ حتى تم البيع ولم

المشتري منهما ليس له أن يأخذ أحدهما أو كلاهما لم ينقد منهما جميعا لأن الخيار لما سقط ولزم العقد صار كأنه اشتراها جميعا شراءا ولو كان كذلك كان الأمر على ما وصفنا فكذا هذا ولو اشترى ثوبا واحدا أو دابة واحدة بثمن معلوم على أن المشتري أو البائع بالخيار في نصفه ونصفه بات جاز البيع لأن النصف معلوم وثمنه معلوم أيضا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع عددًا من جملة المددات المتفاوتة كالبطيخ والرمال بدرهم والجملة أكثر مما سمي فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية إلى المنازعة فإن عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك أو تراضيا عليه فهو جائز لأن ذلك بيع مبتدأ بطريق التعاطي واليه أشار في الكتاب فقال وإنما وقع البيع على هذا المزعول حين تراضيا وهذا نص على جواز البيع بالمرأوضة ولو قال بعث هذا العبد بقيمته فالبيع فاسد لأنه جعل ثمنه قيمته وانما يختلف باختلاف تقويم المقومين فكان الثمن مجهولا وكذلك إذا اشترى من هذا العبد ثلثة أرطال بدرهم ولم يبين الموضع فالبيع فاسد وكذلك إذا بين الموضع بأن قال زن لي من هذا الجنب رطلا بكذا أو من هذا القمح على قياس قول أبي حنيفة في السلم وعلى قياس قولهما يجوز وكذا روى عن محمد رحمه الله أنه يجوز وكذا إذا باع بحكم المشتري أو بحكم فلان لأنه لا يدري بماذا يحكم فلان فكان الثمن مجهولا وكذا إذا قال بعثك هذا بغير حنطة أو بغير شعير لأن الثمن مجهول وقيل هو البيعان في بيع وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعين في بيع وكذا إذا قال بعثك هذا العبد بالف درهم إلى سنة أو بالف وخمسة إلى سنتين لأن الثمن مجهول وقيل هو الشرطان في بيع وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شرطين في بيع ولو باع شيئا بربح ده بازده ولم يعلم المشتري رأس ماله فالبيع فاسد حتى يعلم فيختار أو يدع هكذا روى ابن رستم عن محمد لأنه إذا لم يعلم رأس ماله كان ثمنه مجهولا وجهالة الثمن تمنع صحة البيع فاذا علم ورضى به جاز البيع لأن المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد وقد زالت في المجلس وله حكم حالة العقد فصار كأنه كان معلوما عند العقد وإن لم يعلم به حتى إذا افترا قهر الفساد ولو هلك المبيع قبل العلم بعد القبض فعليه قيمته لأن هذا حكم البيع الفاسد وقد قرر الفساد بالهلاك لأن بالهلاك خرج البيع عن احتمال الإجازة والرضا لأن الإجازة إنما تلحق القائم دون الهالك فتقرر الفساد فلزمته القيمة وروى ابن شجاع عن محمد أن البيع جائز ومعناه أنه موقوف على الإجازة واليه أشار أبو يوسف رحمه الله فإنه قال صح وهذه أمانة البيع الموقوف فإن مات البائع قبل أن يرضى المشتري وقد قبض أو لم يقبض انتقض البيع ولو كان المبيع عبداً قبضه ثم أعتقه أو باعه أو مات قبل العلم جاز العتق والبيع وعليه قيمته لوجود الهلاك حقيقة بالموت وبالاتفاق في المبيع نخرج البيع عن احتمال الإجازة فتأكد الفساد فيلزمه القيمة ولو أعتقه بعد ما علم برأس المال فعليه الثمن لأن أقدامه على الاعتاق دليل الإجازة ولوعتق بالقرابة قبل العلم بالثمن بعد القبض فعليه قيمته لأنه لا صنع له في القرابة فلم يوجد دليل الإجازة فكان العتق بها بمنزلة هلاك العبد قبل العلم وهناك تجب القيمة كذا ههنا وكذا إذا باع الشيء برقه أو رأس ماله ولم يعلم المشتري رقه ورأس ماله فهو كذا إذا باع شيئا بربح ده بازده ولم يعلم ما اشترى به ولو قال بعثك قفيزا من هذه الصبرة صح وإن كان قفيزا من صبرة مجهولا لكن هذه جهالة لا تقضي إلى المنازعة لأن الصبرة الواحدة بمثابة القفيزان بخلاف الشاة من القطيع وثوب من الأربعة لأن بين شاة وشاة تفاوتاً فاحشاً وكذا بين ثوب وثوب والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع شيئا بعشرة دراهم أو بعشرة دنانير وفي البلد قود مختلفة انصرف إلى النقد الغالب لأن مطلق الاسم ينصرف إلى المتعارف خصوصاً إذا كان فيه صحة العقد وإن كان في البلد قود غالبية فالبيع فاسد لأن الثمن مجهول إذا البعض ليس بأولى من البعض وعلى هذا يخرج أصل أبي حنيفة عليه الرحمة أن جملة الثمن إذا كانت مجهولة عند العقد في بيع مضاف إلى جملة فالبيع فاسد إلا في القدر الذي جهالته لا تقضي إلى المنازعة وجملة الكلام فيه أن المبيع لا يخلو ما كان من المثليات من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وأما أن يكون من غيرها من الذريعات والعدديات المتفاوتة ولا يخلو ما كان سمي جملة الكيل والوزن والعدد والذرع في البيع وأما أن لم يسم ما المكيلات فإن لم يسم جملة ما كان قال بعث منك هذه الصبرة كل قفيز منها

بدرهم لم يحجز البيع الا في قفيز منها بدرهم ويلزم البيع فيه عند أبي حنيفة ولا يجوز في الباقي الا اذا علم المشتري جملة القفزان قبل الافتراق بان كلفا فله الخيار ان شاء أخذ كل قفيز بدرهم وان شاء ترك وان لم يعلم حتى افتراق عن المجلس تقرر الفساد وعند أبي يوسف ومحمد يلزمه البيع في كل الصبرة كل قفيز منها بدرهم سواء علم أو لم يعلم وعلى هذا الخلاف اذا قال كل قفيز منها بدرهمين أو كل ثلاثة أقفزة منها بثلاثة دراهم وعلى هذا الخلاف الوزن الذي لا ضرر في تبغيضه كالزيت وتبر الذهب والفضة والعددي المتقارب كالجوز واللوز اذا لم يسم جملة الثمن (وأما) الذرعات فان لم يسم جملة الذرعان بان قال بعت منك هذا الثوب أو هذه الارض أو هذه الخشبة كل ذراع منها بدرهم فالبيع فاسد في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله الا اذا علم المشتري جملة الذرعان في المجلس فله الخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك وان لم يعلم حتى اذا تفرقت تقرر الفساد وعند أبي يوسف ومحمد يجوز البيع في الكل ويلزمه كل ذراع منه بدرهم وعلى هذا الخلاف اذا قال كل ذراعين بدرهمين أو كل ثلاثة أذرع بثلاثة دراهم وعلى هذا الخلاف العدديات المتفاوتة كالاغنام والعبيد بان قال بعت منك هذا القطيع من الغنم كل شاة منها عشرة دراهم ولم يسم جملة الشياه وعلى هذا الخلاف الوزني الذي في تبغيضه ضرر كالمصوغ من الاواني والقلب ونحو ذلك (وجه) قوله ما في مسائل الخلاف أن جملة البيع معلومة وجملة الثمن ممكن الوصول الى العلم بالكيل والوزن والعدد والذرع فكانت هذه جهالة يمكن الرفع والازالة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع كما اذا باع بوزن هذا الحجر ذهباً ولا في حنيفة رحمه الله أن جملة الثمن بمجهولة حالة العقد جهالة مفضية الى المنازعة فتوجب فساد العقد كما اذا باع الشيء برقمه ولا شك أن جهالة الثمن حالة العقد مجعولة لانه باع كل قفيز من الصبرة بدرهم وجملة القفزان ليست بمعلومة حالة العقد فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة وكذلك هذا في الموزون والمعدود والمذروع وقوله ما يمكن رفع هذه الجهالة مسلم لكنها ثابتة للحال الى أن ترتفع وعندنا اذا ارتفعت في المجلس يتقلب العقد الى الجواز لان المجلس وان طال فله حكم ساعة العقد والبيع بوزن هذا الحجر ذهباً ممنوع على اصل أبي حنيفة رحمه الله وانما اختلف جواب أبي حنيفة بين المثليات وغيرها من وجه حيث جواز البيع في واحد في باب الامثال ولم يحجز في غيرها أصلاً لان المانع من الصحة جهالة الثمن لكونها مفضية الى المنازعة وجهالة قفيز من صبرة غير مانعة مع الصحة لانها لا تقضي الى المنازعة الا ترى لو اشترى قفيزاً من هذه الصبرة ابتداء جاز اذا تعذر العمل بعموم كلمة كل صرفت الى الخصوص لانه يمكن على الاصل المهود في صيغة العام اذا تعذر العمل بعمومها أنها تصرف الى الخصوص عند إمكان الصرف اليه بخلاف الاشياء المتفاوتة لان جهالة شاة من قطيع وذراع من ثوب جهالة مفضية الى المنازعة الا ترى أن بيع ذراع من ثوب وشاة من قطيع لا يجوز ابتداء فتعذر العمل بعموم كلمة كل ففسد البيع في الكل ولو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم كل شاتين بعشرين درهما فالبيع فاسد في الكل بالاجماع وان علم المشتري عدداً لجملة في المجلس واختار البيع فرق بين المعدود والمتفاوت وبين المذروع والمكيل والموزون والمعدود والمتقارب أن الواحد والاثنين هناك على الاختلاف واذا علم في المجلس واختار البيع يجوز بلا خلاف وههنا لا يجوز في الاثنين بلا خلاف وان علم واختار البيع (وجه) الفرق أن المانع هناك جهالة الثمن وهي محتمة الارتفاع والزوال ثمة بالعلم في المجلس فكان المانع محتتملاً للزوال والجهالة ههنا لا تحتتمل الارتفاع أصلاً لان ثمة كل واحد منهما محمول لا يدري كم هو ولو قال بعت منك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم ولم يسم جملة الصبرة ولكنه سمي جملة الثمن لم يذكر هذا في الاصل وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يجوز وهو صحيح لان المانع جهالة الثمن ولم توجد حيث سهاها وصارت تسمية جملة الثمن بمنزلة تسمية جملة المبيع ولو سمي جملة المبيع لماز على ما ذكره كذا هذا الذي ذكرنا اذا لم يسم جملة المبيع من المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات فأما اذا سهاها بان قال بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم أو قال على أنها مائة قفيز بمائة درهم سمي لكل واحد من القفزان ثمناً على حدة أو سمي للكل ثمناً واحداً سواء فلا شك في جواز البيع لان جملة المبيع معلومة وجملة الثمن

معلومة ثم ان وجدها كما سمي فالامر ماض ولا خيار للمشتري وان وجدها أزيد من مائة قفيز فالزيادة لا تسلم للمشتري بل ترد الى البائع ولا يكون للمشتري الا قدر ما سمي وهو مائة قفيز ولا خيار له وان وجدها أقل من مائة قفيز فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بحصتها من الثمن وطرح حصة النقصان وان شاء تركها وأصل هذا أن الزيادة فيما لا ضرر في تبغيضه لا تجري مجرى الصفة بل هي أصل فلا بد وان يقابل الثمن ولا تمن للزيادة فلا يدخل في البيع فكان ملك البائع فيرد اليه والنقصان فيه نقصان الاصل لا نقصان الصفة فاذا وجدها نقص مما سمي نقص من الثمن حصة النقصان وان شاء ترك لان الصفة تفرقت عليه لانها وقعت على مائة قفيز ولم تسلم له فأوجب خلافا في الرضا فيثبت له الخيار التارك وكذا الجواب في الموزونات التي ليس في تنقيصها ضرر لان الزيادة فيها لا تجري مجرى الصفة بل هي أصل بنفسها وكذلك المعدودات المتقاربة (وأما) المذروعات من الثوب والارض والخشب وغيرها فان سمي لجملة الذرعان ثمنا واحدا ولم يسم لكل ذراع منها على حدة بان قال بعت منك هذا الثوب على انه عشرة أذرع بمشرة دراهم فالبيع جائز لان المبيع وثمنه معلومان ثم ان وجدته مثل ما سمي لزمه الثوب بمشرة دراهم ولا خيار له وان وجدته احد عشر ذراعا فالزيادة سالمة للمشتري وان وجدته تسعة أذرع لا يطرح لاجل النقصان شيئا من الثمن وهو بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك فرق بينهما وبين المكيلات والموزونات التي ليس في تنقيصها ضرر والعدديات المتقاربة (ووجه) الفرق ان زيادة الذرع في المذروعات جارية مجرى الصفة كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها والثمن يقابل الاصل لا الصفة والدليل على انها جارية مجرى الصفة ان وجودها يوجب جودة في الباقي وفواتها يسلب صفة الجودة ويوجب الرداءة فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداءة حكما والجودة والرداءة صفة والصفة ترد على الاصل دون الصفة الا ان الصفة تملك تبعا للموصوف لكونها تابعة قائمة فاذا زاد صار كأنه اشتراه رديئا فاذا هو جيد كما اذا اشترى عبداً على انه ليس بكاتب أو ليس بخياط فوجده كاتباً أو خياطاً واشترى عبداً على انه أعور فوجده سليم العينين واشترى جارية على انها تيب فوجدها بكر اسلم له ولا خيار للبائع كذا هذا واذا نقص صار كأنه اشتراه على انه جيد فوجده رديئا واشترى عبداً على انه كاتب أو خباز أو صحيح العينين فوجده غير كاتب ولا خباز ولا صحيح العينين واشترى جارية على انها بكر فوجدها ثيباً لا يطرح شيئا من الثمن لكن يثبت له الخيار كذا هذا بخلاف المكيلات والموزونات التي لا ضرر فيها اذا نقصت والمعدودات المتقاربة لان الزيادة فيها غير ملحقة بالاصول بنفسها حقيقة والعمل بالحقيقة واجب ما لم يكن الا انها ألحقت بالصفة في المذروعات ونحوها لان وجودها يوجب الجودة والكمال للباقي وفواتها يوجب النقصان والرداءة له وهذا المعنى ههنا منعدم فبقيت أصلاً بنفسها حقيقة وان سمي لكل ذراع منها ثمناً على حدة بان قال بعت منك هذا الثوب على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فالبيع جائز لما قلنا ثم ان وجدته مثل ما سمي فالامر ماض ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم وان وجدته احد عشر ذراعا فهو بالخيار ان شاء أخذ كله باحد عشر درهما وان شاء ترك وان وجدته تسعة أذرع فهو بالخيار ان شاء طرح حصة النقصان درهما وأخذ به تسعة دراهم وان شاء ترك لتفرق الصفة عليه وهذا يشكل على الاصل الذي ذكرنا ان زيادة الذرع في المذروعات تجري مجرى الصفة لها لان الثمن يقابل الاصل دون الوصف فينبغي أن تكون الزيادة سالمة للمشتري ولا خيار له ولا يطرح لاجل النقصان شيئا كما في الفصل الاول لان الثمن يقابل الاصل دون الصفة بمنزلة زيادة الجودة ونقصان الرداءة على ما ذكرنا وحل هذا الاشكال ان الذرع في المذروعات انما يجري مجرى الصفة على الاطلاق اذا لم يفرّد كل ذراع ثمن على حدة (فأما) اذا فرّده فلا يجري مجرى الصفة مطلقاً بل يكون أصلاً من وجهه وصفة من وجهه فمن حيث ان التبعض فيها يوجب تعيب الباقي كانت الزيادة أصلاً من وجهه وصفة من وجهه فمن حيث انها صفة كانت للمشتري لان الثمن يقابل الاصل عليه فكانت الزيادة أصلاً من وجهه وصفة من وجهه فمن حيث انها صفة كانت للمشتري لان الثمن يقابل الاصل

لا الصفة وانما يدخل في البيع تبعاً على ما بينا ومن حيث انها أصل لا يسلم له الا بزادة ثمن اعتباراً للجهتين جميعاً بقدر
الامكان فله الخيار في اخذ الزيادة وتركها لانه لو لم يمه الاخذ لاحالة يلزمه زيادة ثمن لم يكن لزومه مظاهراً عند العقد
واختل رضاه فوجب الخيار وفي النقصان ان شاء طرح قدر النقصان وأخذ الباقي اعتباراً للجهة الاصلية وان شاء ترك
لان الصفة تفرقت عليه وأوجب خلافاً في الرضا وذاً بوجب الخيار هذا اذا كانت الزيادة والنقصان ذراعاً تاماً فأما
اذا كانت دون ذراع لم يذكروا في ظاهر الروايات وذكر في غير رواية الاصول اختلاف أقاويل أصحابنا الثلاثة في
كيفية الخيار فيه فأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله فرقاً بين الزيادة والنقصان غير ان أبا حنيفة جعل زيادة نصف ذراع بمنزلة
زيادة ذراع فقال ان شاء أخذه باحد عشر درهماً وان شاء ترك وجعل نقصان نصف ذراع كلاك نقصان لكن
جعل له الخيار فقال ان شاء أخذه بعشرة دراهم وان شاء ترك ولا يطرح من الثمن شيئاً لأجل النقصان ومحمد جعل على
القلب من ذلك فجعل زيادة نصف ذراع كلاً زيادة فقال يأخذ المشتري بجميع الثمن ولا خيار له وجعل نقصان نصف
ذراع كنقصان ذراع كامل وقال ان شاء أخذ بتسعة دراهم وان شاء ترك (وأما) أبو يوسف رحمه الله فسوى بين
الزيادة والنقصان فقال في زيادة نصف ذراع زاد على الثمن نصف درهم وله الخيار ان شاء أخذه بعشرة دراهم ونصف
وان شاء ترك وقال في نقصان نصف ذراع ينقص من الثمن نصف درهم وله الخيار ان شاء أخذه بتسعة دراهم ونصف
وان شاء ترك والقياس ما قاله أبو يوسف وهو اعتبار الجزء بالكل الاًنهما كأنهما استحسنا التعامل الناس فجعل أبو
حنيفة زيادة نصف ذراع بمنزلة ذراع تام ونقصان نصف ذراع كلاك نقصان لان الناس في العادات في بيعاتهم
وأشترتهم لا يعدون نقصان نصف ذراع نقصاناً بل يحسبونه ذراعاً تاماً فبني الامر في ذلك على تعامل الناس وجعل
محمد الامر في ذلك على القلب من ذلك لما أن الباعة يسأحن في زيادة نصف على القدر المسمى في البيع عادة ولا يعدونه
زيادة فكانت تلك الزيادة ملحقه بالعدم عادة كأنه لم يزد وكذا يسأحن في زيادة نصف على القدر المسمى في البيع عادة ولا يعدونه
نقصان ذراع كامل فتركنا القياس بتعامل الناس ويجوز أن يكون اختلاف جوابهما لاختلاف عادات الناس والله
سببجانه وتعالى أعلم وعلى هذا جميع المذروعات من الارض والخشب وغيرهما انه ان لم يسم لكل ذراع ثمانية قال
بعت منك هذه الارض على انها الف ذراع بألف درهم فالبيع جائز لما قلنا ثم ان وجدها مثل ماسمي فالامر ما مضى
ويلزمه الارض كل ذراع بدرهم وان وجدها أزيد فالف زيادة سلمة له ولا خيار وان وجدها أقل فالف ذراع ثمانية قال
أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك لما ذكرنا ان زيادة الذرع في الذرعات جارية بحرى الصفات والثمن يقابل
الاصل دون الصفة وان سمي لكل ذراع ثمانية على حدة بأن قال كل ذراع بكذا فالبيع جائز لما ذكرنا ثم ان وجدها
مثل ماسمي فالامر ما مضى وان وجدها أزيد فهو بالخيار ان شاء أخذ الزيادة بثمنها وان شاء ترك لانه يلزمه زيادة ثمن لم
يلزمه لذا العقد وان وجدها أقل فالف ذراع ثمانية على ما ذكرنا في الثوب وعلى هذا
الخشب وغيره من الذرعات وعلى هذا الموزونات التي في بيعها ضرر بأن قال بعت منك هذه السبيكة من الذهب
على انها مثقالان بكذا فالبيع جائز ثم ان وجد على ماسمي فالامر ما مضى وان وجدها أزيد أو أقل فهو على التفصيل
الذي ذكرنا في الذرعات وعلى هذا اذا باع مصوغاً من نحاس أو صفر أو ما أشبه ذلك على أن فيه كذا مثلاً بكذا درهماً
فوجدته أكثر أو أقل فهو على التفصيل الذي ذكرنا لان الوزن في مثله يكون ملحقاً بالصفة بمنزلة الذرع في الذرعات
لان تبعية يوجب تعيين الباقي وهذا احد الصفة في هذا الباب ولو باع مصوغاً من الفضة على أن وزنه مائة بعشرة
دنانير ولم يسم لكل عشرة ثمانية على حدة بان قال بعشرة دنانير ولم يقل كل وزن عشرة دنانير وتفاضلوا فافتراقاً فالبيع جائز
ثم ان وجدته على ماسمي فالامر ما مضى ولا خيار وان وجدته أزيد بان كان مائة درهم مثلاً فالكل للمشتري بعشرة
دنانير ولا يزداد في الثمن شيء لان الزيادة فيه بمنزلة الصفة والصفات المحضة لا يقابلها الثمن وان وجدته تسعين أو
ثمانين فهو بالخيار على ما ذكرنا وان سمي لكل عشرة ثمانية على حدة بان قال بعت منك على أن وزنه مائة بعشرة دنانير كل

وزن عشرة دنانير وتقابضاً فالبائع جائز ثم ان وجدته على ماسمى فالأمر ماض ولا خيار وان وجد وزنه أزيد كان مائة وخمسين نظراً في ذلك ان علم ذلك قبل التفرق فله الخيار ان شاء زاد في الثمن خمسة دنانير وأخذ كله بخمسة عشر ديناراً وان شاء ترك لان ساعات المجلس لها حكم ساعة العقد وان علم بعد التفرق بطل البيع في ثلث المصوغ لانعدام التقابض فيه وله الخيار في الباقي ان شاء رضى به عشرة دنانير وان شاء رد الكل واسترد الدنانير لان الشركة في الاعيان عيب وان وجد وزنه خمسين وعلم ذلك قبل التفرق أو بعده فله الخيار ان شاء رده وان شاء رضى به واسترد من الثمن خمسة دنانير وكذلك لو باع مصوغاً من ذهب بدراهم فهو على هذا التفصيل ولو باع مصوغاً من الفضة بخمسين أو باع مصوغاً من الذهب بخمسة مثله وزنه على ان وزنه مائة بمائة ثم وجدته أزيد سمي فان علم بالزيادة قبل التفرق فله الخيار ان شاء زاد في الثمن قدر وزن الزيادة وأخذ الكل وان شاء ترك لان المجلس له حكم حالة العقد وان علم بها بعد التفرق بطل البيع في الزيادة لان التقابض شرط بقاء الصرف على الصحة ولم يوجد في قدر الزيادة وان وجد أقل مما سمي فله الخيار ان شاء رضى بمحضته من الثمن واسترد فضل الثمن وان شاء رد الكل واسترد جميع الثمن سواء سمي الجملة أو سمي لكل وزن درهمين لان عند اتحاد الوزن والجنس لا يجوز البيع الا سواء فسواء كان سمي ذلك وان لم يسم حقيقة الا الجملة (وأما) العدديات المتفاوتة كالغنم والعبيد ونحوها بان قال بعت منك هذا القطيع من الغنم على انها مائة شاة بكذا فان وجدته على ماسمى فالبائع جائز وان وجدته أزيد فالبائع فاسد في الكل سواء ذكر لكل ثمن واحد أو بان قال بعت منك هذا القطيع على انها مائة شاة ألف درهم أو ذكر لكل شاة فيها ثمناً على حدة بأن قال كل شاة بعشرة دراهم لان كل شاة أصل في كونها موقوداً عليها والزيادة لم تدخل تحت العقد لانه لا يقابلها ثمن فلم تكن مبيعة وهي مجهولة فكان الباقي مجهولاً ضرورة جهالة الزيادة فيصير بائعاً مائة شاة من مائة شاة واحدة فكان المبيع مجهولاً وجهالة المبيع تمنع صحة البيع سمي له ثمناً أو لم يسم وان وجدته أقل مما سمي فان كان لم يسم لكل واحدة منها ثمناً فالبائع فاسد لان الثمن مجهول لانه يحتاج الى طرح ثمن شاة واحدة من جملة الثمن المسمى وهو مجهول التفاوت فاحش بين شاة وشاة فصارت ثمن الباقي مجهولاً ضرورة جهالة حصة الشاة الناقصة وان سمي لكل واحدة منها ثمناً على حدة فالبائع جائز بحصة الباقي منها لان حصته الزائدة معلومة وحصة الباقي معلوم فالفساد من أين من أصحابنا من قال هذا مذهبهما فاما عند أبي حنيفة عليه الرحمة فالبائع فاسد في الكل بناء على أن المذهب عنده ان الصفقة اذا أضيفت الى ما يحتمل العقد والى ما لا يحتمله فالفساد يشيع في الكل وأكثر أصحابنا على ان هذا بلا خلاف وهكذا ذكر في الأصل ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح لان العقد المضاف الى موجود يجوز أن يفسد بمعنى يوجب الفساد ثم يتعدى الفساد الى غيره وأما المعدوم فلا يحتمل العقد أصلاً لانه ليس بشئ فلا يوصف العقد المضاف اليه بالفساد ليتعدى الى غيره بل لم تصبح الاضافة اليه فيبقى مضافاً الى الموجود فيصح لكن للمشتري الخيار ان شاء أخذ الباقي بما سمي من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه وعلى هذا جميع العدديات المتفاوتة ولو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم على انها مائة كل شاتين منها بعشرين درهماً فالبائع فاسد وان وجدته على ماسمى لان ثمن كل واحدة من الشاتين مجهول لانه لا يعرف حصة كل شاة منها من الثمن الا بعد ضم شاة أخرى اليها ولا يعلم اية شاة يضم اليها ليعلم حصتها لانه ان ضم اليها رد منها كانت حصتها أكثر وان ضم اليها أجود منها كانت حصتها أقل لذلك ففسد البيع والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة رحمه الله فيمن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من هذه الدار أو من هذا الحمام أو من هذه الارض ان البيع فاسد وقال أبو يوسف ومحمد جائز ولو باع عشرة أسهم من مائة سهم جاز بالاجماع والكلام فيه يرجع الى معرفة معنى الذراع فقال لانه اسم في العرف للسهم الشائع ولو باع عشرة أسهم من مائة سهم من هذه الاشياء جاز فكذا هذا وأبو حنيفة رحمه الله يقول الذراع في الحقيقة اسم لما يذرع به وانما سمي المذرع ذراعاً مجازاً اطلاقاً فلا سم الفعل على المفعول فكان

بيع عشرة أذرع من دار معناه بيع قدر عشرة أذرع مما يحمله الذراع الحقيقي لأنه لا يحل إلا معلومنا فكان المبيع قدر عشرة أذرع معين من الدار وهو الذي يحمله الذراع الحقيقي وذلك مجهول في نفسه قبل الحلول فكان المبيع مجهولاً جهالة مفوضية إلى المنازعة فيوجب فساد البيع بخلاف السهم لأنه اسم للشائع وهو جزء معلوم من الثلث والرابع والعشر ونحو ذلك فيبيع عشرة أسهم من مائة سهم من الدار هو بيع عشرة أجزاء من مائة جزء منها وهو عشرها فقد باع جزءاً معلوماً منها فيجوز بخلاف الذراع فإن قدر عشرة أذرع لا يصير معلوماً إلا بالحلول على ما مر فقبله يكون مجهولاً فكان المبيع مجهولاً فلم يصح فوضح الفرق بينهما لا بى حنيفة وعلى هذا يخرج ضربة الغائص وهو أن يقول الغائص للتاجر اغوص لك غوصة فأخرجته فهو لك بكذا وهو فاسد لأن المبيع مجهول وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ضربة الغائص وعلى هذا يخرج أجناس هذه المسائل وبيع رقبة الطريق وهبته منفرداً جائز وبيع مسيل الماء وهبته منفرداً فاسد (ووجه) الفرق أن الطريق معلوم الطول والعرض فكان المبيع معلوماً جاز بيعه بخلاف المسيل فإنه مجهول القدر لأن القدر الذي يشغل الماء من النهر غير معلوم فكان المبيع مجهولاً فلم يحز (وأما) العلم باوصاف المبيع والتمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات والجهل بها هل هو مانع من الصحة قال أصحابنا ليس بشرط الصحة والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكنه شرط للزوم فيصح بيع ما لم يره المشتري لكنه لا يلزم وعند الشافعي رحمه الله كون المبيع معلوم الذات والصفة من شرائط الصحة حتى لا يجوز بيع ما لم يره المشتري عنده (وجه) قوله أن جهالة الذات انما تمت صحة العقد لا فضائها إلى المنازعة لأن الأعيان تختلف رغبات الناس فيها لا اختلاف ما ليتها فالبايع إذا سلم عيناً فن الجائز أن يطلب المشتري عيناً أخرى أجود منها باسم الأولى فيتنازعان وجهالة الوصف مفوضية إلى المنازعة أيضاً لأن النائب عن المجلس إذا حضره البائع فن الجائز أن يقول المشتري هذا ليس عين المبيع بل مثله من جنسه فيقعان في المنازعة بسبب عدم الرؤية ولأن عدم الرؤية بوجوب تمكن الفر في البيع ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وبيان تمكن الفرر أن الفرر هو الخطر وفي هذا البيع خطر من وجوه أحدها في أصل العقود عليه والثاني في وصفه لأن دليل الوجود إذا كان غائباً هو الخبر وخبر الواحد يحتل الصدق والكذب فيتردد العقود عليه بأصله ووصفه بين الوجود والعدم والثالث في وجود التسليم وقت وجوبه لأن وقت الوجوب وقت قد التمن وقد يتفق النقد وقد لا يتفق والفرر من وجه واحد يكفي لفساد العقد فكيف من وجوه ثلاثة وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تبع ما ليس عندك وعند كلمة حضرة والغبية تنافياها والخلاف في البيع والشراء خلاف واحد (ولنا) عمومات البيع من غير فصل ونص خاص وهو ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه ولا خيار شرعاً إلا في بيع مشروع ولا ركن البيع صدر من أهله مضاً إلى محل هو خالص ملكه فيصح كسراء المرئى وهذا لأن وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعاً لصدوره من أهله وحلوله في محله وقوله جهالة الوصف تنفي عن المنازعة ممنوعاً لأنه صدقه في خبره حيث اشتراه فالظاهر أنه لا يكذبه ودعوى الفرر ممنوعة فإن الفرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك وهما ترجح جانب الوجود على جانب العدم بالخبر الرابع صدقه على كذبه فلم يكن فيه غرر على أنان سامناً أن الفرر اسم لطلق الخطر لكن لم قلتم أن كل غرر يفسد العقد وأما الحديث فيحتمل أن يكون الفرر هو الخطر ويحتمل أن يكون من الفرر فلا يكون حجة مع الاحتمال أو نحمله على الفرر في صلب العقد بالتعليق بشرط أو بالاضافة إلى وقت عملاً بالدلائل كلها وأما الحديث الثاني فيحتمل أن يكون المراد منه بيع ما ليس بمملوك له عن نفسه لا بطريق النيابة عن مالكه أو بيع شيء مباح على أن يستولى عليه فيملكه فيسلمه وهذا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال يبيع السمك في الماء غرر وعلى هذا الخلاف إذا باع شيئاً لم يره البائع لا يجوز عندنا وعنده لا يجوز وإذا جاز عندنا فهل يثبت الخيار للبائع فعن أبي حنيفة وإيمان نذكر ذلك في موضعه إن شاء الله

تعالى وعلى هذا الخلاف شراء الأعمى وبيعه جائز عندنا وقال الشافعي إذا ولد أعمى لا يجوز بيعه وشراؤه وإن كان بصيراً أفرأى الشيء ثم عَمِيَ فاشتراه جاز وما قاله مخالف الحديث والاجماع (أما) الأول فإنه روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام حين قال لحبان بن منقذ إذا بيعت قفلاً لا خلافة ولى الخيار ثلاثة أيام وكان حبان ضريباً (وأما) الاجماع فإن العميان في كل زمان من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يمنعوا من بيعاتهم وأشربتهم بل بايعوا في سائر الأعصار من غير أنكار وإذا جاز شراؤه وبيعه فله الخيار فيما اشترى ولا خيار له فيما باع في أصح الروايتين كالْبَصِيرِ ثم بماذا يسقط خياره نذكره في موضعه وعلى هذا الخلاف إذا اشترى شيئاً مغيباً في الأرض كالجزر والبصل والفجل ونحوها أنه يجوز عندنا وعند لا يجوز ويثبت له الخيار إذا قلعه وعند لا يجوز أصلاً وأما بيان ما يحصل به العلم بالمبيع والثمن فنقول العلم بالمبيع لا يحصل إلا بالاشارة إليه لأن التعيين لا يحصل إلا به إلا إذا كان ديناً كالسلم فيه فيحصل العلم به بالتسمية والعلم بالثمن لا يحصل إلا بالتسمية والاشارة إليه عندنا مجاز عن تسمية جنس المشار إليه ونوعه وصفته وقدره على ما يعرف في موضعه إن شاء الله تعالى غير أن المبيع إن كان أصلاً لا بد من الاشارة إليه بطريق الاصلالة ليصير معلوماً وإن كان تبعاً يصير معلوماً بالاشارة الى الاصل لأن البيع كما لا يفرد بعة على حدة لا يفرد بشرط على حدة إذ لو أفرد لا قلب أصلاً وهذا قلب الحقيقة وبيان ذلك في مسائل إذا باع جارية حاملاً من غير مولاه أو بهيمة حاملاً دخل الحمل في البيع تبعاً للام كسائر أطرافها وإن لم يسمه ولا أشار إليه ولو باع عقاراً دخل ما فيها من البناي والشجر بنفس البيع ولا يدخل الزرع والتمر إلا بقرينة وجملة الكلام في بيع العقار أن المبيع لا يخلو من أن يكون أرضاً أو كرمًا أو داراً أو منزلاً أو بيتاً وكل ذلك لا يخلو ما إن لم يذكر في بيعه الحقوق ولا المرافق ولا ذكر كل قليل وكثير منها وما إن ذكر شيئاً من ذلك فإن كان المبيع أرضاً ولم يذكر شيئاً من القرائن دخل ما فيها من الابنية والشجار ولم يدخل الزرع والثمار عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله ثمار سائر الأشجار كذلك وكذلك ثمر النخل إذا أفرق ما إذا لم يؤبر يدخل واحتج بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع قيد عليه الصلاة والسلام ملك البائع في الثمرة بوصف التأبير ولو لم يكن يختلف الحكم لم يكن للتقييد فائدة (ولنا) ما روى عن محمد رحمه الله في كتاب الشفعة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمره للبائع إلا أن يشترطها المبتاع جعل عليه الصلاة والسلام الثمرة للبائع مطلقاً عن وصف وشرط فدل أن الحكم لا يختلف بالتأبير وعدمه ولأن النخل اسم لذات الشجرة فلا يدخل ما عداه إلا بقرينة زائدة ولهذا لم يدخل ثمار سائر الأشجار ولا حجة له فيها روى لأن تقييد الحكم بوصف لا يدل على أن الحكم في غير الموصوف بخلافه بل يكون الحكم فيه مسكوتاً موقوفاً على قيام الدليل وقد قام وهو مار وبنوا ولا يحمل المطلق على التقييد عندنا لما فيه من ضرب النصوص بعضها في بعض وهذا لا يجوز لما عرفت في أصول الفقه وكذلك إن كان كرمًا يدخل في بيعه ما فيه من الزراعة والعرايش والحوائط من غير ذكر قرينة ولا تدخل القواكه والبقول والأصل إن كل ما ركب في الأرض يدخل وما لم يركب فيها أو ركب للبقاء بل لو قوت معلوم لا يدخل وكذا يدخل الطريق إلى الطريق الأعظم والطريق إلى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة وإن ذكر شيئاً من القرائن فإن ذكر الحقوق أو المرافق دخل فيها الشرب ومسيل الماء والطريق الخاص الذي يكون في ملك إنسان وهو حق المرور في ملكه ولا يدخل الزرع والتمر لأنها أعيان قائمة بنفسها فلا يتناولها اسم الحقوق والمرافق بخلاف الشرب والمسيل والتطرق فإنها عبارة عن حق الشرب والسقي والتسيل والمرور فيتناولها الاسم وإن ذكر القليل والكثير بأن قال بعتهم منك بكل قليل وكثير هو فيها ومنها فهل يدخل الزرع والتمر ينظر إن قال في آخره من حقوقها فلا يدخل لأن قوله من حقوقها خرج تفسيراً لأول الكلام فكانه نص على البيع بحقوقها وإن لم يقل في آخره من حقوقها دخل فيه الزرع والتمر وكل ما كان متصلاً به لأن اسم القليل والكثير فيه ومنه يتناول ذلك وأما المنفصل عنها كالثمار المجذوة والزرع المحصود والحطب

واللبن والقصب الموضوع فلا يدخل في البيع الا بالتسمية فرق بين البيع والاجارة ان الشرب والمسيل والطريق
 الخاص في ملك انسان يدخل في الاجارة من غير ذكر الحقوق والمرافق وفي البيع لا يدخل بدونه والقياس ان
 لا يدخل في الباين جميعا الا بالتسمية الا أنهم استحسنوا في الاجارة لانها تفقد للانتفاع بالمستأجر ولا يمكن الانتفاع
 به بدون الحقوق فصارت الحقوق مذكورة بذكر المستأجر دلالة بخلاف البيع فانه يعقد للملك والانتفاع ليس من
 ضرورات الملك فانه ثبت الملك فيما لا ينتفع به وكذا فرق بين البيع والرهن فان من رهن عند رجل أرضا فيها زرع
 وأشجار عليها ثمار وسلمها اليه أنه يدخل في الرهن كل ما كان متصلا بها من غير تسمية الحقوق والقليل والكثير
 (ووجه) الفرق ان تميز الرهن من غيره شرط صحة الرهن على ما نذكر في كتابه فتى أقدم على عقد الرهن فقد قصدا
 صحته ولا حجة له الا بدخول ما كان متصلا بالرهون فدخل فيه تصحيحا للتصرف اذ لا حجة له بدونه بخلاف البيع
 فان تميز المبيع من غيره ليس بشرط لصحة البيع فلا ضرورة في الدخول بغير التسمية فلا يدخل بدونها هذا اذا كان
 المبيع أرضا أو كراما فان كان دارا يدخل في بيعها جميع ما كان منها من بيت ومنزل وعلو وسفل وجميع ما مجموعه الحدود
 الاربعة من غير ذكر قرينة وتدخل أغاليق الدار ومفاتيح أغاليقها أما الاغاليق فلانها ركبت للبقاء لا لوقت معلوم
 فتدخل كالميزاب وأما المفاتيح فلان مفتاح العلق من العلق ألا ترى انه لو اشترى العلق دخل المفتاح فيه من غير
 تسمية فيدخل في البيع بدخول العلق ويدخل طريقها الى طريق العامة وطريقها الى سكة غير نافذة كما يدخل في
 الارض والكرم ويدخل الكنيف والشارع والجناح كل ذلك يدخل من غير قرينة وهل تدخل الظلة ينظر ان لم
 يكن مفتوحها الى الدار لا تدخل بالاتفاق وان كان مفتوحها الى الدار لا تدخل أيضا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي
 يوسف ومحمد رحمه الله تدخل (وجه) قولهما أن الظلة اذا كانت مفتوحها الى الدار كانت من أجزاء الدار فتدخل
 ببيع الدار كالجناح والكنيف ولا في حنيفة أن ظلة الدار خارجة عن حدودها فانها اسم لما يظل عند باب الدار
 خارجا منها فلا تدخل تحت بيع الدار كالطريق الخارج وبهذا الوحلف لا يدخل هذه الدار فدخل ظلها لا يحنث
 وأما ما كان لها من بستان فينظر ان كان داخل حد الدار يدخل وان كان يلى الدار لا يدخل من غير تسمية وقال
 بعضهم ان كانت الدار صغيرة يدخل وان كانت كبيرة لا يدخل لانها اذا كانت صغيرة يمكن أن يجعل تبعها للدار واذا
 كانت كبيرة لا يمكن وقال بعضهم يحكم الثمن فان صلح لهما يدخل والا فلا يدخل وأما مسيل الماء والطريق الخاص في
 ملك انسان وحق القاء الثلج فان ذكر الحقوق والمرافق يدخل وكذا ان ذكر كل قليل وكثير هو فيها ومنها سواء ذكر في
 آخره من حقوقها أو لم يذكر وتدخل الظلة أيضا بخلاف اذا كان مفتوحها الى الدار واذا كان المبيع يتنافذ دخل في
 بيعه حوائطه وسقفه وبابه والطريق الى الطريق العامة والطريق الى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة وأما الطريق
 الخاص في ملك انسان فلا يدخل الا بذكر أحد القرائن الثلاث ولا يدخل بيت العلوان كان على علوه بيت وان ذكر
 القرائن لان العلو بيت مثله فكان أصلا بنفسه فلا يكون تبعه وان لم يكن على علوه بيت كان له أن يبنى على علوه
 وان كان البيت في داره فباعه من رجل لا يدخل في البيع طريقه في الدار الا بذكر الحقوق ثم ان كان البيت على
 الطريق الا عظم يفتح له بابا اليه وان كان لا يلى الطريق الا عظم لا يبطل البيع وله أن يستأجر الطريق اليه أو يستعير
 من صاحب الدار فرق بين هذا وبين القسمة اذا أصاب أحد الشريكين في الدار بيت أو منزل أو ناحية منها بغير
 طريق انه ينظر ان أمكنه فتح الباب الى الطريق ليس له أن يتطرق في نصيب شريكه سواء ذكر وفي القسمة
 الحقوق والمرافق أولا وكذا اذا كان مسيل مائه في نصيب شريكه قبل القسمة انقطع ذلك الحق ان أمكنه تسيل
 في نصيب نفسه ليس له أن يسيل في نصيب شريكه وان لم يمكنه تسيل الماء ولا فتح الباب في نصيب نفسه ويمكنه
 ذلك في نصيب شريكه فانه ينظر ان ذكر وفي القسمة الحقوق والمرافق والمسيل يدخلان في القسمة ولا
 تبطل القسمة وان لم يذكر ذلك فلا يدخلان وتبطل القسمة (ووجه) الفرق أن القسمة لتتيم المنفعة وتكيلها

فاذا أدت الى ثبوتها بطلت والبيع للملك لا للانتفاع بالملوك على ما ذكرنا ويجوز بيع بيت العلو دون السفلى
اذا كان على العلو بناء وان لم يكن عليه بناء لا يجوز لانه يبيع الهواء على الافراد وانه لا يجوز ثم اذا باع العلو وعليه بناء
حتى جاز البيع فطر يقه في الدار لا يدخل الطريق الا بذكر الحقوق ويجوز بيع السفلى سواء كان مبنياً أو غير مبنى
لانه يبيع الساحة وذلك جائز وان لم يكن عليه بناء وان كان المبيع منزلاً يدخل في بيعه بيت السفلى ولا يدخل بيت العلو
ولا الطريق الخاص الا بذكر الحقوق أو المرافق أو بذكر القليل والكثير لان المنزل أعم من البيت وأخص من الدار
فكان بين الدار والبيت فيعطى له حكم بين حكمين فلم يدخل العلو في بيع المنزل من غير قرينة اعتباراً للخصوص
و يدخل فيه بقوية اعتبار العموم عملاً بالجهتين بقدر الامكان والله سبحانه وتعالى أعلم ثم اذا دخل الثمرة بنفس
البيع يحير البائع على قطعها من الشجرة وليس له أن يتركها على الشجرة الى وقت الادراك وكذا الزرع عندنا وعند
الشافعي لا يحير وله أن يترك الثمرة على الشجرة الى وقت الادراك ويترك الزرع الى أن يستحصد (وجه) قوله ان الحبر
على القطع والقلع لوجوب التسليم ووقت وجوب التسليم هو وقت الادراك لانه لا يقطع ولا يقطع الا بعد الادراك
عادة فلا يجب عليه التسليم قبله كما اذا انقضت مدة الاجارة والزرع لم يستحصد أنه لا يحير على القلع بل يترك الى أن
يستحصد (ولنا) ان البيع يوجب تسليم المبيع عقيبه بلا فصل لانه عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم تسليم
فالقول بتأخير التسليم غير مقتضى العقد وقوله العادة ان الثمرة تترك على الشجرة الى وقت الادراك قلنا العادة هذا
قبل البيع أما بعده فممنوع بل تقطع بعده ولا تترك لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فلا بد من ازالة الشغل
وذلك بقطع الثمرة هكذا تقول في مسألة الاجارة انه يجب تسليم الارض عند انتهاء المدة وانما تترك باجارة جديدة
باجرة أخرى وهذا حجة عليه لانه لو ترك بالعقد الاول لما وجبت اجرة أخرى وسواء أبرأ ولم يؤبرأ بان كان المبيع
مخلاً بعد ان ظهرت الثمرة من الشجرة وبانت منها ليس له أن يتركها على شجرة المشتري الا برضاه لما قلنا ولو تركها على
الشجرة الى أن أدركت فان كان الترك باذن المشتري طاب له الفضل وان كان بغير اذن المشتري ينظر ان كان قد
تناهى عظمها يطيب له الفضل أيضاً لانها لا تزداد بعد ذلك بل تنقص وان كان صغيراً لم يتناه عظمها لا يطيب له الفضل
لانه تولد من أصل مملوك لغيره ولو استأجر البائع الشجرة ليرك الثمر عليها الى وقت الجذاذ لم تجز هذه الاجارة لان جواز
الاجارة مع ان القياس يأبأها لكونها بيع المدوم لتعامل الناس والناس ما تعاملوا هذا النوع من الاجارة كما لم يتعاملوا
استئجار الاشجار لتجفيف الثياب وتجفيف اللحم لكن لو فعل يطيب له الفضل لانه ترك باذن المشتري وهذا بخلاف
الاجارة اذا انقضت مدتها والزرع قبل لم يستحصد بعد ان يترك فيه الى وقت الحصاد بالاجرة لان الترك بالاجرة
هناك مما جرى به التعامل فكان جائز اذ اذ لم يسم الثمرة في بيع الشجر فأما اذا سمي دخل الثمر مع الشجر في البيع
وصار للثمرة حصصة من الثمن وينقسم الثمن عليها يوم العقد لانه لما سهاها فقد صارت مبيعاً مقصوداً للورود فدل البيع عليه
حتى لو هلك الثمن قبل القبض بأفقه سماوية أو بفعل البائع تسقط حصته من الثمن عن المشتري كما لو هلك الشجر قبل
القبض والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الشجر بحصته من الثمن وان شاء ترك لان الصفقة تفرقت عليه ولوجده البائع
والجذوذ قائم بعينه ينظر ان جذه في حينه ولم ينقصه الجذاذ فلا خيار للمشتري ويقبضهما بجميع الثمن ولو قبضهما بعد
جذاذ البائع ثم وجد بأحد هما عيباً له ان رد المبيع خاصة لانه قبضهما وهما متفرقان وقت القبض فصارا كأنهما
كانا متفرقين وقت العقد بخلاف ما اذا جذه المشتري بعد القبض ثم وجد بأحد هما عيباً أنه ليس له أن يرد المبيع خاصة
بل يردهما جميعاً أو يسكهما لانهما كانا مجتمعين عند البيع وعند القبض جميعاً فافراد أحدهما بالرد يكون تفرق
الصفقة بعد وقوعها مجتمعاً وهذا لا يجوز هذا اذ لم ينقصه الجذاذ بان جذه البائع في حينه وأوانه فأما اذا قصه بأن
جذ في غير حينه تسقط عن المشتري حصصة النقصان لانه لما قصه الجذاذ قد أتلف بعض المبيع قبل القبض
فتسقط عن المشتري حصته من الثمن وله الخيار في الباقي لتفرق الصفقة عليه واذا قبضهما المشتري بعد جذاذ البائع ثم

وجد باحدهما عيباً له أن يرد المبيع خاصة لأنه قبضهما وهما متفرقان فصارا كأنهما كانا متفرقين عند العقد وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شجرة أنه هل يدخل في شرائها أصلها وعرقها وأرضها فجملة الكلام فيه أن هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (أما) أن اشتراها بغير أرضها للقلع (وأما) أن اشتراها بقرارها من الأرض للترك للقلع (وأما) أن اشتراها ولم يذ كر شيئاً فإن اشتراها بغير أرضها للقلع دخل فيها أصلها وبغير المشتري على القلع وله أن يقطعها بأصلها لكن قلعا معتاداً متعارفاً وليس له أن يحفر الأرض إلى ما يتناهى إليه العروق لأن المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط إلا إذا شرط البائع القطع على وجه الأرض فلا يدخل فيه أصلها ولم يشترط لكن في القطع من أصلها ضرر بالبائع بأن كان بقرب حائطه أو على حافة تهره فيخاف الخلل على الحائط أو الشق في النهر فقطعها على وجه الأرض دون أصلها لأن الضرر لا يستحق بالعقد فإن قلع أو قطع ثم نبت من أصلها أو عرقها شجرة أخرى فهي للبائع لا للمشتري لأنه رضى أن يكون المبيع القدر المقطوع فيكون الباقي للبائع إلا إذا قطع من أعلى الشجرة فالنابت يكون للمشتري لأنه نماء ملكه وإن اشتراها بقرارها من الأرض للترك لا للقلع فيدخل فيها أرضها ولا يجبر على القلع لأنه ملك الشجرة مع موضعها فلم يكن ملك البائع مشغولاً به فلا يملك إجبارها على القلع وله أن يفرس مكانها أخرى لأنه يفرس في ملك نفسه (وأما) إذا اشتراها من غير شرط القلع ولا الترك لم يذ كر هذا في ظاهر الرواية وكفى بغير رواية الأصول اختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فقال على قول أبي يوسف لا تدخل الأرض في البيع وعلى قول محمد تدخل (وجه) قول محمد أن المسمى في البيع هو الشجرة وهي اسم للقاء على أرضها بعرقها فاما بعد القلع فهي خشب لا شجرة فلا بد وأن تدخل الأرض فيه ولهذا دخلت في الإقرار بالاجماع بأن أقر رجل بشجرة في أرضه حتى كانت الشجرة مع أرضها للمقر له كذا هذا ولا يبي يوسف أن الأرض أصل والشجرة تابعة لها ألا ترى أنها تدخل في بيع الأرض من غير شرط تبعاً للأرض فلو دخلت في بيع الشجرة لاستتبع التبعية الأصل وهذا قلب الحقيقة وإنما دخلت في الإقرار بالشجرة لأن الإقرار أخبار عن كائن فلا بد من كون سابق على الإقرار وهو قيامها في الأرض التي هي قرارها وذلك دليل كون الأرض للمقر له بسبب سابق فكان الإقرار بكون الشجرة له إقراراً بكون الأرض له أيضاً ومثل هذه الدلالة لم توجد في البيع فلا يدخل والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى صدفة فوجد فيها لؤلؤة فهي للمشتري لأنها تتولد من الصدفة بمنزلة البيضة تتولد من الدجاجة فكانت بمنزلة أجزائها فتدخل في بيعها كما تدخل البيضة في بيع الدجاجة وكذلك إذا اشترى سمكة فوجد فيها لؤلؤة لأن السمكة يأكل الصدفة فصارت كاللؤلؤة فوجد فيها سمكة أخرى إن الثانية تكون له ولو اشترى دجاجة فوجد فيها لؤلؤة فهي للبائع لأن اللؤلؤ لا يتولد من الدجاجة ولا هو من علقها فلا يدخل في بيعها وروى عن أبي يوسف رحمه الله أن كل شيء يوجد في حوصلة الطير إن كان مما يأكله الطير فهو للمشتري لأنه يكون بمنزلة العلف له وإن كان مما لا يأكله الطير فهو للبائع وعلى هذا يخرج ما إذا باع رقيقاً وله مال إن ماله لا يدخل في البيع ويكون للبائع إلا أن يشترطه المبتاع لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال من باع عبداً وله مال فإله للبائع إلا أن يشترط المبتاع وهذا نص في الباب ولأن العبد وما في يده لمولاه لأنه مملوك لا يقدر على شيء والمولى ما باع ما في يد العبد لأن الداخل تحت البيع هو العبد فلا يدخل في بيعه ما ليس منه والقياس أن لا تدخل ثياب بدنه كما لا يدخل اللجام والسرج والعدار في بيع الدابة لما قلنا لكنهم استحسنوا في ثياب البدلة والمنه وهي التي يلبسها في اليوم والليلة لتعامل الناس وتعارفهم وأما الثياب النفيسة التي لا يلبسها إلا وقت العرض للبيع فلا تدخل في البيع لأن عدم التعارف في ذلك فبقى على أصل القياس وهذا مما يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم في كل بلد فبني الأمر فيه على ذلك وكذا لو أعتق عبده على مال فإله لمولاه لما قلنا وكذا لو أعتق مدبره أو أم ولد له فإنه مرقوق مملوك فلا يكون له مال ولو كاتب عبده فما كان له من المال وقت الكتابة يكون لمولاه لأنه كسب التمن وما اكتسب بعد الكتابة يكون له لأنه كسب المكاتب ولأنه حر يد أفكان كسبه والله سبحانه وتعالى أعلم

(ومنها) أن يكون مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البائع فان لم يمكن تسليمه الا بضرر يلزمه فالبيع فاسد لان الضرر لا يستحق بالعقد ولا يلزم بالتزام العاقد الا ضرر تسليم المقود عليه فاما ما وراءه فلا وعلى هذا يخرج ما اذا باع جذاعه في سقف أو أجرأله في حائط أو ذراعاً في دياج أو كرأس أنه لا يجوز لانه لا يمكنه تسليمه الا بالتزاع والقطع وفيه ضرر بالبائع والضرر غير مستحق بالعقد فكان هذا على هذا التقدير يبيع ما لا يجب تسليمه شرعاً فيكون فاسداً فان نزع البائع أو قطعه وسلمه الى المشتري قبل أن يفسخ المشتري البيع جاز البيع حتى يحجر المشتري على الاخذ لان المانع من الجواز ضرر البائع بالتسليم فاذا سلم باختياره ورضاه فقد زال المانع فجاز البيع ولزم فرق بين هذا وبين بيع الالية في الشاة الحية والنوى في التمر والزيتون والدقيق في الخنطة والبر في البطيخ ونحوها أنه لا ينقد أصلاً حتى لو سلم يحجز وقد ذكرنا وجه الفرق فيما تقدم والاصل المحفوظ ان ما لا يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال ثابت باصل الخلقة فينبه باطل وما لا يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال عارض فينبه فاسداً الا ان يقطع باختياره ويسلم فيجوز والقياس على هذا الاصل ان يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لانه يمكن تسليمه من غير ضرر يلزمه بالجزء الا انهم استحسنوا عدم الجواز للنص وهو ما روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الجزء من أصله لا يخلو عن الاضرار بالحيوان وموضع الجزء في فوق ذلك غير معلوم فتجوز فيه المنازعة فلا يجوز ولو باع حلية سيف فان كان يتخلص من غير ضرر يجوز وان كان لا يتخلص الا بضرر فالبيع فاسد الا اذا فصل وسلم وعلى هذا بناء بين رجلين والارض لغيرهما فباع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يحجز لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو تقص البناء وكذا زرع بين رجلين أو ثمار بينهما في أرض لهما حق الترك فيها الى وقت الادراك فباع أحدهما نصيبه قبل الادراك لم يحجز لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر صاحبه لانه يحجز على القلع للحال وفيه ضرر به ولو باع بعد الادراك جاز لا نعدم الضرر وكذا اذا كان الزرع كله لرجل ولم يدرك فباع الزرع لم يحجز لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع الكل وفيه ضرر ولو كان بعد الادراك جاز لا نعدم الضرر دار أو أرض بين رجلين مشاع غير مقسوم فباع أحدهما بيتاً منها بينه قبل القسمة أو باع قطعة من الارض بينهما قبل القسمة لم يحجز لانه نصيبه ولا في نصيب صاحبه أما في نصيبه خاصة فظاهر وأما في نصيب صاحبه فلان فيه اضراراً بصاحبه باحداث زيادة شركة ولو باع جميع نصيبه من الدار والارض جاز لانه لم يحدث زيادة شركة وانما قام المشتري مقام البائع ولو باع اللؤلؤة في الصدفة ذكر الكرخي رحمه الله انه لا يجوز لانه لا يمكن تسليمها الا بشق الصدفة وانه ضرر فبإوراء المقود فصار كبيع الجذع في السقف وروى عن أبي يوسف انه يجوز لانه لا يتضرر بشق الصدفة لان الصدف لا ينتفع به الا بالشق ولو باع قفيزاً من هذه الصبرة أو عشرة دراهم من هذه النقرة جاز لانه لا يتضرر بالفصل والتمييز وكذا لو باع القوائم على رؤس الاشجار أو باع الثمار على رؤس الاشجار بشرط القطع أو مطلقاً جاز لما قلنا وكذا لو باع بناء الدار دون العرصة أو الاشجار القائمة على الارض دون الارض أو الزرع أو البقول القائمة قبل الجذانه يجوز لانه يمكنه تسليم هذه الاشياء من غير ضرر والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الخلو عن الشرط الفاسد وهي أنواع منها شرط في وجوده غير نحو ما اذا اشترى ناقة على انها حامل لان المشروط لا يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للحال لان عظم البطن والتحريك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره فكان في وجوده غير فيوجب فساد البيع لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وغرر والمنهى عنه فاسد وروى الحسن بن زيار عن أبي حنيفة رضي الله عنهما ان البيع بهذا الشرط جائز لان كونها حاملاً بمنزلة شرط كون العبد كاتباً أو خياطاً ونحو ذلك وذاجاً تركها هذا ولو اشترى جارية على انها حامل الارواية فيه عن أصحابنا واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز البيع قياساً على البهائم واليه أشار محمد رحمه الله في البيوع فانه قال لو باع وتبرأ من حملها جاز البيع وليس هذا كالشرط وظاهر قوله وليس هذا كالشرط يشير الى ان شرطاً اختيارياً فيه مفسد وقال بعضهم يجوز لان الحمل في الجوارى عيب بدليل أنه لو اشترى

جارية فوجدها حاملًا له أن يردّها فكان ذكر الحبل في الجوارى إبراء عن هذا العيب بخلاف البهائم لأن الحبل فيها زيادة لا ترى أنه لو اشترى بهيمة فوجدها حاملًا ليس له حق الرد فكان ذكر الحبل فيها شرطًا في وجوده غير فيفسد البيع وبعضهم فصل فيه تمصيلًا فقال إن اشتراها ليتخذها ظنًا فالبيع فاسد لأنه شرط زيادة في وجودها خطر وهي مجهولة أيضًا فاشبه اشتراط الحبل في بيع الناقة وإن لم يرد بالشراء ذلك جاز البيع لأن ذكره يكون إبراء عن هذا العيب على ما بينا ولو اشترى ناقة وهي حامل على أنها تضع حملها إلى شهر أو شهرين فالبيع فاسد لأن في وجود هذا الشرط غررًا وكذا لو اشترى بقرة على أنها تحلب كذا كذا رطلًا لما قلنا ولو اشترى بقرة على أنها حلوبة لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وروى الحسن في المهر عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز وهو قياس روايته في شرط الحبل (ووجهه) أن شرط كونها حلوبة شرط زيادة صفة فاشبهه شرط الطبخ والخبز في الجوارى وروى ابن سباعة في نوادره عن محمد رحمه الله أنه لا يجوز وهو اختيار الكرخي رحمه الله (ووجهه) أن هذا شرط زيادة فيجوز في وجودها غرر وهو مجهول وهو اللب فلا يصلح شرطًا في البيع وكونها حلوبة أن كان صفة لها لكنها لا توصف به إلا بوجود اللبن وفي وجوده غرر وجهالة على ما ذكرنا في وجوب فساد البيع ولو اشترى بقرة على أنها لبون ذكر الطحاوي أن هذا الشرط لا يفسد البيع والجواب فيه كالجواب في الحلوبة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى قرية على أنها تصوت أو طير على أنه يجي من مكان بعيد أو كبش على أنه نطاح أو ديك على أنه مقاتل فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله وهو أحدى الروايتين عن محمد رحمه الله لأنه شرط فيه غرر والوقوف عليه غير ممكن لأنه لا يحتمل الجبر عليه فصار كشرط الحبل ولأن هذه صفات يتلهم بها عادة والتلهم محذور فكان هذا شرطًا محظورًا فيوجب فساد البيع وروى عن محمد رحمه الله أنه إذا باع قرية على أنها تصوت فإذا صوتت جاز البيع لأنها لما صوتت علم أنها مصوتة فلم يتحقق غرر العدم وعلى هذه الرواية قالوا في الحرم إذا قتل قرية مصوتة أنه يضمن قيمتها مصوتة ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها فالبيع فاسد لأن التغنية صفة محظورة لكونها هو أفسر شرطها في البيع بوجوب فساده ولو اشترى جارية على أنها مغنية على وجه اظهار العيب جاز البيع لأن هذا بيع بشرط البراءة عن هذا العيب فصار كالمالو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر فان وجدها لا تنفي لا خيار له لأن الغناء في الجوارى عيب فصار كالمالو اشترى على أنه معيب فوجدته سميًا ولو اشترى كلبًا أو فهدًا على أنه معلم قال أبو يوسف يجوز البيع وهو أحدى الروايتين عن محمد لأن هذا شرط يمكن الوقوف عليه بأن يأخذ المصيد فيمسكه على صاحبه وإذا ليس بشرط محظور لأن تعليم الكلب والاصطياد به مباح فاشبهه شرط الكتابة في العبد والطبخ في الجارية وروى عن محمد أن البيع فاسد لأنه شرط فيه غررًا فلا يمكن الوقوف عليه إلا بالاصطياد والجبر عليه غير ممكن ولو اشترى برذونًا على أنه هلالج فالبيع جاز لأنه شرط يمكن الوقوف عليه بالتفسير فلم يكن في وجوده غرر ولا خطر أيضًا وإن شئت أفردت الجنس هذه المسائل شرطًا على حدة وخرجتها إليه فقلت ومنها أن لا يكون المشروط محظورًا فافهم (ومنها) شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع أن كان من بني آدم كالرفيق وليس بعلام للعقد ولا مما جرى به التعامل بين الناس نحو ما إذا باع دارًا على أن يسكنها البائع شهرًا ثم يسلمها إليه أو أرضًا على أن يزرعها سنة أو دابة على أن يركبها شهرًا أو ثوبًا على أن يلبسه أسبوعًا أو على أن يقرضه المشتري قرضًا أو على أن يهب له هبة أو زوج ابنته منه أو يبيع منه كذا ونحو ذلك أو اشترى ثوبًا على أن يخطه البائع قيصًا أو حنطة على أن يطحنها أو ثمرة على أن يجذها أو رطلًا على الأرض على أن يجذها أو شيئًا له حمل ومؤنة على أن يحمله البائع إلى منزله ونحو ذلك فالبيع في هذا كله فاسد لأن زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربالًا نهًا زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الر بالبيع الذي فيه الر بافساد أو فيه شبهة الر باوانها مفسدة للبيع كحقيقة الر باعلى ما قرره ان شاء الله تعالى وكذا لو باع جارية على أن يدبرها المشتري أو على أن يستولدها فالبيع فاسد لأنه شرط فيه منفعة للمبيع وأنه مفسد وكذا لو باعها بشرط أن يعتقها

المشتري فالبائع فاسد في ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه جائز وبه أخذ الشافعي رحمه الله (ووجهه) هذه الرواية أن شرط الاعتقاد مما يلائم العقد لأن الاعتاق إنهاء الملك وانتهاء الملك تقر به فكان ملائماً والدليل على أن الاعتاق إنهاء للملك أن البيع ثبت مقتضى الأمر بالاعتاق في قول الرجل أعتق عبدك عني على ألف درهم فاعتق حتى يقع العتق عن الأمر ولا عتق إلا بالملك ولا ملك إلا بالتبليغ فلو كان الاعتاق إزالة للملك لما تصور وجود الاعتاق مقتضاه لأنه ضده والشئ لا يقتضي ضده وإذا كان إنهاء للملك كان تقرير أنه فكأن ملائماً للعقد فلا يوجب فساداً وظاهر الرواية وجهان أحدهما بيع الكل والثاني يخص بأحنية عليه الرحمة أما الأول فهو أن شرط العتق شرط لا يلائم العقد لأن العقد يقتضي الملك والمالك يقتضي إطلاق التصرف في المملوك تحصيلاً وتركاً وشرط الاعتاق يقتضي الاستحقاق وال لزوم لامحالة فلا يلائم بل بضاده وأما الثاني فلأن هذا الشرط يلائم العقد من وجه ولا يلائم من وجه وهذا بوجوب الفساد على ما ذكره ثم إذا باع بهذا الشرط فاعتقه المشتري انقلب العقد جائزاً بالاعتاق عند أبي حنيفة استحساناً حتى يجب على المشتري الثمن سواء اعتقه بعد القبض أو قبله هكذا روى ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينقلب جائزاً حتى تلزمه قيمة الجارية وهو القياس وهكذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله (ووجهه) ظاهر لأن البيع وقع فاسداً من حين وجوده وبالأعتاق لا ينعدم الفساد بل يتقرر لأنه إنهاء للملك وأنه تقرير بوجوب تقرر الفساد للفساد والقاسد يفيد الملك بالقيمة لا بالثمن ولهذا لو هلك العبد في يده قبل الاعتاق تلزمه القيمة وكذا لو باعه من رجل أو وهبه فعليه قيمته كذا هيأ ولا يبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن شرط الاعتاق يلائم العقد من وجه ولا يلائم من وجه لأنه إنهاء من وجه وإزالة من وجه فمن حيث أنه إنهاء كان يلائم لأنه لا تقرير لكن من حيث أنه إزالة لا يلائم لأنه لا تفسير موجب العقد فيجب العمل بالشبهين فعملنا بشبه الإزالة قلنا بفساد العقد في الابتداء وعملنا بشبه الانتهاء قلنا بجوازه في الانتهاء عملنا بالشبهين بقدر الإمكان فان قيل لم يعمل بهما على القلب مما قلتم قيل لأنه لا يمكن لأننا نجد جائزاً انقلب فاسداً في أصول الشريعة ووجدنا فاسداً انقلب جائزاً كما في بيع الرقم ونحوه بخلاف ما إذا باع أو وهب لأن ذلك ليس إنهاء للملك وبخلاف ما إذا باع بشرط التدبير أو الاستيلاء فدبرها المشتري أو استولدها أن البيع لا ينقلب إلى الجواز لأن التدبير والاستيلاء لا يوجبان إنهاء للملك بيقين لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر وجواز بيع أم الولد في الجملة فكان ذلك شرطاً لا يلائم العقد أصلاً فوجب لزوم الفساد وكذا لو باع عبداً أو جارية بشرط أن لا يبيعه وأن لا يهبه وأن لا يخرج من ملكه فالبائع فاسد لأن هذا شرط ينتفع به العبد والجارية بالصيانة عن تداول الأيدي فيكون مفسداً للبيع (وأما) فيما سوى الرقيق إذا باع ثوباً على أن لا يبيعه المشتري أو لا يهبه أو دابة على أن لا يبيعه أو يهبها أو طعاماً على أن يأكله ولا يبيعه ذكر في المزارعة ما يدل على جواز البيع فانه قال لو شرط أحد المزارعين في المزارعة على أن لا يبيع الآخر نصيبه ولا يهبه فالمرارعة جائزة والشرط باطل وهكذا روى الحسن في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله وفي الأملاء عن أبي يوسف أن البيع بهذا الشرط فاسد (ووجهه) أنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائم ولا جرى به التعارف بين الناس فيكون مفسداً كما في سائر شرائط المفسدة والصحيح ما ذكر في المزارعة لأن هذا شرط لا منفعة فيه لا حد فلا يوجب الفساد وهذا لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يبقا بلها عوض ولم يوجد في هذا الشرط لأنه لا منفعة فيه لا حد إلا أنه شرط فاسد في نفسه لكنه لا يؤثر في العقد فالعقد جائز والشرط باطل ولو باع ثوباً على أن يحرقه المشتري أو داراً على أن يخرجها فالبائع جائز والشرط باطل لأن شرط المضرة لا يؤثر في البيع على ما ذكرنا ولو باع جارية على أن لا يطيها المشتري ذكر ذلك في الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اختلافاً ولم يذكر قول أبي حنيفة عليه الرحمة فقال البيع فاسد والشرط باطل عند أبي يوسف وعند محمد البيع جائز والشرط باطل ولو باع بشرط أن

يطأها جاز البيع والشرط في قولهم جميعاً وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أن البيع فاسد في الموضعين جميعاً (وجهه) قول محمد أن هذا شرط لا منفعة فيه لا حد فلا يؤثر في فساد البيع كما لو باع ماسوى الرقيق على أن لا يبيع أو لا يهب إلا أنه نوع مضر للمشتري فكان باطلاً والبيع صحيحاً (وجهه) قول أبي يوسف أن هذا شرط يخالف مقتضى العقد لأن حل الوطء أمر يقتضيه العقد وهذا الشرط ينفيه بخلاف ما إذا باع بشرط أن يطأها لأن ذلك شرط يقرر مقتضى العقد لأن إباحة الوطء مما يقتضيه العقد ولا يبي حنيفة رحمه الله على ما روى عنه أن شرط الوطء مما لا يقتضيه العقد أيضاً بل ينفيه لأن البيع يقتضى الحل لا الاستحقاق وقضية الشرط الاستحقاق وال لزوم وهما مما لا يقتضيه العقد بل ينفيه (وأما) الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساداً كما إذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع أو باع بشرط أن يتملك الثمن أو باع بشرط أن يحبس المبيع أو اشترى على أن يسلم المبيع أو اشترى جارية على أن تحمده أو دابة على أن يركبها أو ثوباً على أن يلبسه أو حنطة في سنبليها وشرط الحصاد على البائع ونحو ذلك فالبيع جائز لأن البيع يقتضى هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها في معرض الشرط تقييداً لا مقتضى العقد فلا يوجب فساد العقد ولو اشترى شيئاً بشرط أن يوفيه في منزله فهذا لا يخلو ما أن يكون المشتري والبائع بمنزلهما في المصر وما أن يكون أحدهما في المصر والاخر خارج المصر فإن كان كلاهما في المصر فالبيع بهذا الشرط جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً إلا إذا كان في تصحيح هذا الشرط تخفيف الرأى كما إذا تبايعا حنطة بحنطة وشرط أحدهما على صاحبه الإيفاء في منزله وعند محمد البيع بهذا الشرط فاسد وهو القياس لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمشتري فأشبهه ما إذا اشترى بشرط الحمل إلى منزله أو بشرط الإيفاء في منزله وأحدهما في المصر والاخر خارج المصر (ولهما) أن الناس تعاملوا بالبيع بهذا الشرط إذا كان المشتري في المصر فتزكنا القياس لتعامل الناس ولا تعامل فيما إذا لم يكن في المصر ولا في شرط الحمل إلى المنزل فعملنا بالقياس فيه وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد لكنه ملائم للعقد لا يوجب فساد العقد أيضاً لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكداً على ما ذكرنا من أن شاء الله تعالى فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً أو كفيلاً والرهن معلوم والكفيل حاضر قبل وجلة الكلام في البيع بشرط إعطاء الرهن أن الرهن لا يخلو ما أن يكون معلوماً أو مجهولاً فإن كان معلوماً فالبيع جائز استحساناً والقياس أن لا يجوز لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً إلا أن استحساناً جواز لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً لمقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى لأن الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن وكذا الكفالة فإن حق البائع بتأكد بالرهن والكفالة فكان كل واحد منهما مقرر لمقتضى العقد معنى فأشبهه اشتراط صفة الجودة للثمن وأنه لا يوجب فساد العقد فكذلك هذا ولو قبل المشتري المبيع على هذا الشرط ثم امتنع من تسليم الرهن لا يجبر على التسليم عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجبر عليه (وجهه) قوله أن الرهن إذا شرط في البيع فقد صار حفاً من حقوقه والجبر على التسليم من حقوق البيع فيجبر عليه (ولنا) أن الرهن عقد تبرع في الأصل واشتراطه في البيع لا يخرج عنه أن يكون تبرعاً والجبر على التبرع ليس بمشروع فلا يجبر عليه ولكن يقال له ما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تؤدى الثمن أو يفسخ البائع البيع لأن البائع لم يرض بزوج والمبيع عن ملكه إلا بوثيقة الرهن أو بقيمته لأن قيمته تقوم مقامه ولأن الدين يستوفي من مالية الرهن وهي قيمته وإذا أدى الثمن فقد حصل المقصود فلا معنى للفسخ ولو امتنع المشتري من هذه الوجوه فللبائع أن يفسخ البيع لقوات الشرط والفرض وإن كان الرهن مجهولاً فالبيع فاسد لأن جواز هذا الشرط مع أن القياس يأباه لكونه ملائماً للعقد مقررراً لمقتضاه معنى الحصول معنى التوثيق والتأكد للثمن ولا يحصل ذلك إلا بالتسليم وأنه لا يتحقق في المجهول ولو اتفقا على تعيين رهن في المجلس جاز البيع لأن المانع هو جهالة الرهن وقد زال فكأنه كان معلوماً معيناً من الابتداء لأن المجلس له حكم حالة واحدة وإن افترقا عن المجلس تقرر الفساد وكذا إذا لم يتفقا على تعيين الرهن ولكن المشتري قد التزم جاز

البيع أيضاً لان المقصود من الرهن هو الوصول الى الثمن وقد حصل فيسقط اعتبار الوثيقة وكذلك البيع بشرط اعطاء الكفيل ان الكفيل ان كان حاضراً في المجلس وقبل جاز البيع استحساناً وان كان غائباً فالبيع فاسد وكذا اذا كان حاضراً ولم يقبل لان الجواز على مخالفة القياس ثبت لمعنى التوثيق وتوكيد الثمن لما فيه من تقرير بموجب العقد على ما بينا فاذا كان الكفيل غائباً أو حاضراً ولم يقبل لم تصبح الكفالة فلم يحصل معنى التوثيق فبقى الحكم على ما يقتضيه القياس وكذا اذا كان الكفيل مجهولاً فالبيع فاسد لان كفالة المجهول لا تصح ولو كان الكفيل معيناً وهو غائب ثم حضر وقبل الكفالة في المجلس جاز البيع لانه جازت الكفالة بالقبول في المجلس واذا حضر بعد الافتراق تأكد الفساد ولو شرط المشتري على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع فالبيع فاسد لان شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الاصل الا اذا كان فيه تقرير بموجب العقد وتأكيده والحوالة ابراء عن الثمن واسقاط له فلم يكن ملائماً للعقد بخلاف الكفالة والرهن وكذلك ان كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضاً لكن للناس فيه تعامل فالبيع جائز كما اذا اشترى نعلا على ان يحدوه البائع أو جراباً على ان يخر زهله خفياً أو ينعل خفه والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله (وجه) القياس ان هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين وانه مفسد كما اذا اشترى ثوباً بشرط أن يخطيه البائع له قيصاً ونحو ذلك (ولنا) ان الناس تعاملوا بهذا الشرط في البيع كما تعاملوا بالاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع ولو اشترى جارية على انها بكر أو طباخة أو خبازة أو غلاماً على انه كاتب أو خياط أو باع عبداً بألف درهم على انها صحاح أو على انها جيداً فقد بيت المال أو اشترى على انها مؤجلة فالبيع جائز لان المشروط صفة للمبيع أو الثمن صفة محضة لا يتصور اطلاقها أصلاً ولا يكون لها حصص من الثمن بخال ولو كان موجوداً عند العقد بدخل فيه من غير تسمية وانما صفة مرغوب فيها لا على وجه التلهي والمشرط اذا كان هذا سبيله كان من مقتضيات العقد واشتراط شرط يقتضيه العقد لا يوجب فساد العقد كما اذا اشترى بشرط التسليم وتملك المبيع والانتفاع به ونحو ذلك بخلاف ما اذا اشترى ناقة على انها حامل ان البيع يفسد في ظاهر الرواية لان الشرط هناك عين وهو الحمل فلا يصلح شرطاً او كون الناقة حاملاً وان كان صفة لها لكن لا تحقق له الا بالحمل وهو عين في وجوده غرر ومع ذلك مجهول فأوجب ذلك فساد البيع ويخرج على هذا أيضاً ما ذكرنا من المسائل اذا اشترى ناقة على انها تحلب كذا وكذا رطل أو على انها حلوبة أو على انها لبون ان ان البيع بهذه الشروط فاسد لان المشروط في هذه المواضع عين فلا يصلح شرطاً وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى جارية على انها مغنية على سبيل الرغبة فيما لان جهة الغناء جهة التلهي فاشتراطها في البيع يوجب الفساد وكذا اذا اشترى قرية على انها تصبوت أو طوطياً على انه يتكلم أو حمامة على انها تحبى فمن مكان بعيد أو كسأ على انه نطاح أو ديكاً على انه مقاتل لان هذه الجهات كلها جهات التلهي بخلاف ما اذا اشترى كلباً على انه معلم أو اشترى دابة على انها مسالاج لانه صفة لا حظ فيها بوجه والله عز شأنه الموفق ويجوز البيع بشرط البراءة عن العيب عندنا سواء عم العيوب كلها بأن قال بعث على انى برى ومن كل عيب أو خص بأن سئمتى جنساً من العيوب وقال الشافعي رحمه الله ان خص صح وان عم لا يصح واذا لم يصح الا براء عند هل يصح العقد له فيه قولان في قول يبطل العقد أيضاً وفي قول يصح العقد ويبطل الشرط وعلى هذا الخلاف الا براء عن الحقوق المجهولة ولو شرط على انى برى من العيب الذي يحدث روى عن أى يوسف رحمه الله ان البيع بهذا الشرط فاسد (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان الا براء عن كل عيب ابراء عن المجهول فلا يصح ولا شك انه ابراء عن المجهول والدليل على ان الا براء عن كل عيب ابراء عن المجهول غير صحيح ان الا براء اسقاط فيه معنى التملك بدليل أنه يرتد بالرد وهذا آية التملك اذا الاسقاط لا يحتمل ذلك وتمايك المجهول لا يصح كالبيع ونحوه (ولنا) ان الا براء وان كان فيه معنى التملك لكن الجيلة لا تمنع صحة التملك لئلا يسل لا فضائها الى المنازعة ألا ترى أنها لا تمنع في موضع لا يفضى الى المنازعة كما

اذا باع قفيزا من هذه الصبرة أو عشرة دراهم من هذه النقرة وهذا النوع من الجهالة ههنا لا يفضى الى المنازعة لان
 قوله كل عيب يتناول العيوب كلها فاذا سمي جنساً من العيوب لاجهالة له أصلاً مع ما ان التملك في البراءة ثبت
 ضمناً وتبعاً للاسقاط لان اللفظ يبي عن الاسقاط لا عن التملك فيعتبر التصرف اسقاطاً لا تملكاً والجهالة لا تمنع
 صحة الاسقاطات والدليل على جواز البراءة عن الحقوق المجهولة ما روى ان رجلين اختصما الى النبي عليه
 الصلاة والسلام في موارد قد درست فقال لهما عليه الصلاة والسلام ابستم ما وأوجبا الحق وليحل كل واحد
 منك ما صاحبه وعلى هذا اجماع المسلمين من استحلل معاملتهم في آخر أعمارهم في سائر الاعصار من غير انكار
 وأما بيع الثمر على الشجر بعد ظهوره وبيع الزرع في الارض بشرط الترك فجملة الكلام فيه انه لا يخلو اما ان كان
 لم يبد صلحه بعد ان صار منتفعاً به بوجه من الوجوه واما ان كان قد بدا صلحه بان صار منتفعاً به وكل ذلك لا يخلو
 من أن يكون بشرط القطع أو مطلقاً أو بشرط الترك حتى يبلغ فان كان لم يبد صلحه فبإيجاب بشرط القطع جاز وعلى
 المشتري أن يقطع للخال وليس له أن يترك من غير اذن البائع ومن مشايخنا من قال لا يجوز بيعه قبل بدو صلحه
 وهو خلاف ظاهر الرواية على ما ذكرنا ولو باع مطلقاً عن شرط جاز أيضاً عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز
 (وجه) قوله ان المطابق ينصرف الى المتعارف والمتعارف هو الترك فكان هذا بيعاً بشرط الترك دلالة فصار كما لو شرط
 الترك نصاً (ولنا) ان الترك ليس بشرط نصاً اذ العقد مطلق عن الشرط أصلاً فلا يجوز تقييده بشرط الترك من غير دليل
 خصوصاً اذا كان في التقييد فساد العقد وان اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالاجماع لانه شرط لا يقتضيه العقد
 وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يلزم العقد ولا جرى به التعامل بين الناس ومثل هذا الشرط مفسد للبيع لما ذكرنا
 ولانه لا يمكن من الترك الا بإعارة الشجرة والارض وهما ملك البائع فصار بشرط الترك شارطاً الا عارة فكان شرطه
 صفة في صفقة وانه منهي هذا اذ لم يبد صلحه وكذا اذا بدا صلحه فبإيجاب بشرط القطع أو مطلقاً فاما اذا باع بشرط
 الترك فان لم يتناه عظمه فالبيع فاسد بلا خلاف لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمه فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وأبي
 يوسف وقال محمد يجوز استحساناً للمتعارف الناس وتعاملهم بذلك ولهما ما ذكرنا أن شرط الترك شرط فيه منفعة
 للمشتري والعقد لا يقتضيه وليس بلام للعقد أيضاً ومثل هذا الشرط يكون مفسداً كما اذا اشترى حنطة على أن
 يتركها في دار البائع شهر اقله الناس تعاملوا ذلك قلنا دعوى تعامل الناس بشرط الترك في المبيع ممنوعة وانما التعامل
 بالمساحة بالترك من غير شرط في عقد البيع ولو اشترى مطلقاً عن شرط فترك فان كان قد تناهى عظمه ولم يبق الا
 النضج لم يتصدق بشئ سواء ترك باذن البائع أو بغير اذنه لانه لا يزداد بعد التناهي وانما يتغير الى حال النضج وان كان
 لم يتناه عظمه ينظر ان كان الترك باذن البائع جاز وطاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته على
 ما كان عند العقد لان الزيادة حصلت بحجة محظورة فأوجب خبثاً فيها فكان سبيلها التصديق فان استأجر المشتري
 من البائع الشجر للترك الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الترك حصل باذن البائع ولكن لا تجب الاجرة لان
 هذه الاجارة باطلة لان جوازها ثبت على خلاف القياس لتعامل الناس فلم يتعاملوا فيه لا تصح فيه الاجارة ولهذا لم
 تصح اجارة الاشجار لتجفيف الثياب واجارة الاوتاد لتعليق الاشياء عليها واجارة الكتب للقراءة ونحو ذلك
 حتى لا تجب الاجرة لما قلنا كذا هذا ولو أخرجت الشجرة في مدة الترك ثمرة أخرى فهي للبائع سواء كان الترك باذنه
 أو بغير اذنه لانه نماء ملك البائع فيكون له ولو حل له البائع جاز وان اختلط الحادث بعد العقد لم يوجد عنده حتى
 لا يعرف ينظر ان كان قبل التخليه بطل البيع لان المبيع صار معجوزاً للتسليم بالاختلاط للجهالة وتعدر التمييز فاشبه
 العجز عن التسليم بالهلاك وان كان بعد التخليه لم يبطل لان التخليه قبض وحكم البيع يتم ويتناهى بالقبض والثمرة
 تكون بينهما اختلاط ملك أحدهما بالآخر اختلاطاً لا يمكن التمييز بينهما فكان الكل مشتركاً بينهما والقول قول
 المشتري في المقدار لانه صاحب يد لوجود التخليه فكان الظاهر شاهد له فكان القول قوله ولو اشترى ثمرة بدا صلاح

بعضها دون بعض بان أدرك البعض دون البعض بشرط الترتيب فالبعض فاسد على أصلها لانه لو كان أدرك الكل فاشترها بشرط الترتيب فالبعض فاسد عندهما فبادراك البعض أولى (وأما) على أصل محمد رحمه الله وهو اختيار العادة فان كان صلاح الباقي متقار باجزاء العادة في الثمار أن لا يدرك الكل دفعة واحدة بل يتقدم ادراك البعض على البعض ويلحق بعضها بمضا فصار كأنه اشتراها بعد ادراك الكل ولو كان كذلك لصح الشراء عنده بشرط الترتيب كذا هذا وان كان يتأخر ادراك البعض عن البعض تأخيرا فاحشا كالغيب ونحوه يجوز البيع فيما أدرك ولا يجوز فيما لم يدرك لان عند التأخر الفاحش يلحقان بجنس من تحتين (ومنها) شرط الاجل في المبيع العين والتمن العين وهو أن يضرب لتسليمها أجل لان القياس يأبى جواز التأجيل أصلا لانه تغيير مقتضى العقد لانه عقد مائة تسليمك بتسليمك وتسليم تسليم والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال فكان مغير مقتضى العقد الا أنه شرط نظر لصاحب الاجل لضرورة عدم ترفيها له وتمكينه من اكتساب الثمن في المدة المضروبة ولا ضرورة في الاعيان فبقى التأجيل فيها تغييرا محضا لمقتضى العقد فيوجب فساد العقد ويجوز في المبيع الدين وهو السلم بل لا يجوز بدونه عندنا على ما ذكره في موضعه وكذا يجوز في الثمن الدين وهو بيع الدين بالدين لان التأجيل يلائم الدين ولا يلائم الاعيان لمساس حاجة الناس اليه في الدين لا في الاعيان على ما بينا (ومنها) شرط خيار مؤقت بوقت محمول جهالة متفاحشة كهبوب الريح ومجيء المطر وقدم فلان وموت فلان ونحو ذلك أو متقاربة كالحصاد والدياس وقدم الحاج ونحوها (ومنها) شرط خيار غير مؤقت أصلا والاصل فيه ان شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال فكان شرط مغير مقتضى العقد وأنه مفسد للعقد في الاصل وهو القياس الا أن عرفنا جوازه استحسانا بخلاف القياس بالنص وهو ما روى ان حبان بن منقذ كان يغبى في التجارات فشكا أهله الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له اذا بيعت قمل لا خلاصة ولى الخيار ثلاثة أيام فبقي ما وراء المنصوص عليه على أصل القياس (ومنها) شرط خيار مؤقت بالزائد على ثلاثة أيام عند أبي حنيفة وزفر وقال أبو يوسف ومحمد هذا الشرط ليس بمفسد واحتج بما روى أن عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما شرط الخيار شهرين ولان النص الوارد في خيار ثلاثة أيام معلول بالحاجة الى دفع الغبن بالتأمل والنظر وهذا لا يوجب الاقتصار على الثلاث كالحاجة الى التأجيل ولا في حنيفة ان هذا الشرط في الاصل مما ياباه القياس والنص أما القياس فما ذكرناه ان شرطه غير مقتضى العقد ومثل هذا الشرط مفسد للعقد في الاصل وأما النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الفرر وهذا بيع الفرر لانه تعلق انعقاد العقد على غرر سقوط الخيار الا أنه ورد نص خاص بجوازه فيبيع مورد النص وانه ورد بثلاثة أيام فصار ذلك مخصوصا عن النص العام وترك القياس فيه فيعمل بعموم النص ومقتضى القياس فيما وراء هذا العمل بقول سيد البشر عليه أفضل الصلاة والسلام أولى من العمل بقول عبد الله بن سيدنا عمر وقوله النص معلول بالحاجة الى دفع الغبن قلنا لو كان كذلك فالثلاث مدة صالحة لدفع الغبن لكونها صالحة للتأمل وما وراء ذلك لانه نهاية له (وأما) شرط خيار مؤقت بالثلاث فادونها فليس بمفسد استحسانا لحديث حبان ابن منقذ ولمساس الحاجة اليه لدفع الغبن والتدراك عند اعتراض الندم وسواء كان الشرط للعاقدة أو لغيره بان شرط الخيار لثالث عند أصحابنا الثلاثة رحمه الله وقال زفر رحمه الله لا يجوز شرط الخيار لغير العاقدة (وجه) قوله ان اشتراط الخيار للعاقدة مع ان القياس ياباه بالنص فبقى اشتراطه لغيره على أصل القياس (ولنا) ان النص معلول بالحاجة الى التأمل لدفع الغبن والناس يتفاوتون في البصيرة بالسلع فمن الجائز أن يكون المشروط له الخيار أبصر منه فقوض الخيار اليه ليتأمل في ذلك فان صلح أجازة والافسح واذا جاز هذا الشرط ثبت الخيار للمشروط له وللعاقدة أيضا وما نذكره لكل واحد منهما ولاية الاجازة والفسخ وسواء كان العاقدا مالكا أو وصيا أو وليا أو وكلا فيجوز شرط الخيار فيه لنفسه أو لصاحبه الذي عاقده (أما) الاب أو الوصي فلان اشتراط الخيار منهما من باب النظر للصغير فيملكه (وأما)

الوكيل فلانه يتصرف بأمر الموكل وقد أمر بالبيع والشراء مطلقاً فيجوز على إطلاقه وكذلك المضارب أو الشريك شركة عنان أو مفادضة بملك شرط الخيار لما قلنا ولو اشترى شيئاً على أنه أن لم يتقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فالقياس أن لا يجوز هذا البيع وهو قول زفر رحمه الله وفي الاستحسان جائز (وجهه) القياس أن هذا بيع علقته إقالته بشرط عدم تقد الثمن إلى ثلاثة أيام وتعليق الإقالة بالشرط فاسد فكان هذا بيعاً دخله شرط فاسد فيكون فاسداً كسائر الأنواع التي دخلتها شرط فاسدة (وجهه) الاستحسان أن هذا البيع في معنى البيع بشرط الخيار لوجود التعليق بشرط في كل واحد منهما وتحقق الحاجة المستدعية للجواز أما التعليق فإنه علق إقالة هذا البيع وفسخه بشرط عدم التقدي إلى ثلاثة أيام وفي البيع بشرط الخيار علق انعقاده في حق الحكم بشرط سقوط الخيار وأما الحاجة فإن المشتري كما يحتاج إلى التأمل في المبيع أنه هل يوافقه أم لا فالبائع يحتاج إلى التأمل أنه هل يصل الثمن إليه في الثلاث أم لا وكذا المشتري يحتاج إلى التأمل أنه هل يقدر على النقد في الثلاث أم لا فكان هذا بيعاً مست الحاجة إلى جوازه في الجانبين جميعاً فكان أولى بالجواز من البيع بشرط الخيار فورود الشرع بالجواز هناك يكون ورودها نادلاً ولو اشترى على أنه أن لم يتقد الثمن إلى أربعة أيام لم يحز عند أبي حنيفة كما لا يجوز شرط الخيار أربعة أيام أو أكثر بعد أن يكون معلوماً أن أبا يوسف يقول ههنا لا يجوز كما قال أبو حنيفة فأبو حنيفة مر على أصله ولم يحز في الموضوعين ومحمد مر على أصله وأجاز فيهما وأبو يوسف فرق بينهما (وجهه) الفرق له أن القياس بأبي الجواز في الموضوعين جميعاً إلا أن الجواز في شرط الخيار عرفناه بأثر ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما فبقى هذا على أصل القياس والله سبحانه عز شأنه أعلم ويتصل بالشروط المفسدة ما إذا باع حيواناً واستثنى ما في بطنه من الحمل إن البيع فاسد لأن بيع الحمل باقراده لا يجوز فكان استثناءه بمنزلة شرط فاسد أدخل في البيع فوجب فساد البيع وكذلك هذا في عقد الإجارة والكتابة والرهن بخلاف النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة لأن استثناء الحمل في هذا العقود لا يبطلها وكذلك في الاعتاق لما أن استثناء ما في البطن بمنزلة شرط فاسد والبيع وأخواته تبطلها الشروط الفاسدة فكان الشرط فاسداً والعقد فاسداً ما النكاح ونحوه فلا تبطله الشروط الفاسدة فجاز العقد وبطل الشرط فيدخل في العقد الام والولد جميعاً وكذا في العتق وكذا إذا باع حيواناً واستثنى شيئاً من أطرافه فالبيع فاسد ولو باع صبرة واستثنى قفيزاً منها فالبيع جائز في المستثنى منه وكذا إذا باع صبرة واستثنى جزأشاً ناعماً ثلثها أو ربعها أو نحو ذلك ولو باع قطيعاً من الغنم واستثنى شاة منها بغير عيناها فالبيع فاسد ولو استثنى شاة منها بعينها فالبيع جائز والأصل في هذا أن من باع جملة واستثنى منها شيئاً فإن استثنى ما يجوز إفراده بالبيع فالبيع في المستثنى منه جائز وإن استثنى ما لا يجوز إفراده بالبيع فالبيع في المستثنى منه فاسد ولو باع ثمرة على رأس النخل واستثنى منها صاعاً ذكر الفاضل في شرحه مختصر الطحاوي أنه يجوز لأنه استثنى ما يجوز إفراده بالبيع فاشبه ما إذا باع جزءاً مشاعاً منه من الثلث والربع وكذلك لو كان الثمر مجزواً فباع الكل واستثنى صاعاً يجوز وأى فرق بين المجزؤ وغير المجزؤ وذكر الطحاوي في مختصره أنه لا يجوز واليه أشار محمد في الموطأ فإنه قال لا بأس بأن يبيع الرجل ثمرة ويستثنى منها بعضها إذا استثنى شيئاً في جملة ربعاً أو خمساً أو سدساً قيد الجواز بشرط أن يكون المستثنى مشاعاً في الجملة فلو ثبت الجواز في المعين لم يكن لتقييده بهذا الشرط معنى وكذا روى الحسن بن زياد أنه قال لا يجوز وكذا ذكر القدوري رحمه الله في مختصره ثم فساد العقد بعد ذكرنا من الشروط مذهب أصحابنا وقال ابن أبي ليلى البيع جائز والشرط باطل وقال ابن شبرمة البيع جائز والشرط جائز والصحيح قولنا لما روى أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط والنهي يقتضي فساد المتيه فيدل على فساد كل بيع وشرط إلا ما خص عن عموم النص ولأن هذه الشروط بعضها فيه منفعة زائدة ترجع إلى العاقدين أو إلى غيرهما وزيادة منفعة مشروطة في عقد البيع تكون رباو الر باحرام والبيع الذي فيه ربا فاسد وبعضها فيه غرر ونهى رسول الله صلى الله عليه

وسلم عن بيع فيه غرر والمنهي عنه فاسدو بعضها شرط التلوي وان محذور و بعضها غير مقتضى العقد وهو معنى الفساد اذا الفساد هو التغيير والله سبحانه وتعالى أعلم ثم قران الشرط الفاسد بالعقد والحاقة به سواء عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو باع بيعا صحيحا ثم ألحق به شيئا من هذه الشروط المفسدة يلتحق به وفسد العقد وعندهما لا يلتحق به ولا يفسد العقد وأجمعوا على انه لو ألحق بالعقد الصحيح شرطا صحيحا كاختيار الصحيح في البيع البات ونحو ذلك يلتحق به (وجهه) قولهما ان الحاق الشرط الفاسد بالعقد غير العقد من الصحة الى الفساد فلا يصح فبقى العقد صحيحا كما كان لان العقد كلام لا بقاء له والالتحاق بالمعدوم لا يجوز فكان ينبغي أن لا يصح الا الحاق أصلا الا أن الحاق الشرط الصحيح بأصل العقد ثبت شرعا للحاجة اليه حتى صح قرانه بالعقد فيصح الحاقه به فلا حاجة الى الحاق الشرط الفاسد لفسد العقد ولهذا لم يصح قرانه بالعقد ولا في حنيفة رحمه الله ان اعتبار التصرف على الوجه الذي أوقعه المتصرف واجب اذا كان هو أهلا والحل قابلا وقد أوقعه مفسد للعقد اذا الحاق لفساد العقد فوجب اعتباره كإوقعه فاسدا في الاصل وقولهما الا الحاق تغيير للعقد قلنا ان كان تغييرا فلهما ولاية التغيير ألا ترى أن لهما ولاية التغيير بالزيادة في الثمن والمثلن والخط عن الثمن وبالحاق الشرط الصحيح وان كان تغييرا ولا نهما بل كان الفسخ فالتغيير أولى لان التغيير تبديل الوصف والفسخ رفع الاصل والوصف والله سبحانه أعلم (ومنها) الرضا لقول الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم عقيب قوله عز اسمه يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب من نفسه فلا يصح بيع المكره اذا باع مكرها وسلم مكرها لعدم الرضا فأما اذا باع مكرها وسلم طائعا فالبيع صحيح على ما ذكره في كتاب الاكراه ولا يصح بيع الهازل لانه متكمم بكلام البيع لا على ادارة حقيقته فلم يوجد الرضا بالبيع فلا يصح بخلاف طلاق الهازل انه واقع لان الفاتت بالاكراه ليس الا الرضا والرضا ليس بشرط لوقوف الطلاق بخلاف البيع على ان الهزل في باب الطلاق ملحق بالجد شرعا قال عليه الصلاة والسلام ثلاث جد هن جد وهن جد الطلاق والنكاح والعتاق الحق الهازل بالجد فيه ومثل هذا لم يرد في البيع وعلى هذا يخرج بيع المنابذة والملازمة والحصاة الذي كان يفعله أهل الجاهلية كان الرجلان يتساويمان السلعة فاذا أراد أحدهما الزام البيع بنذ السلعة الى المشتري فيلزم البيع رضى المشتري أم سخط أو لمسه المشتري أو وضع عليها حصاة فجاء الاسلام فشرط الرضا وأبطل ذلك كله وعلى هذا يخرج بيع التلجئة وهي مالجا الانسان اليه بغير اختياره اختيار الايثار وجملة الكلام فيه أن التلجئة في الاصل لا تخلو اما أن تكون في نفس البيع واما أن تكون في الثمن فان كانت في نفس البيع فاما أن تكون في انشاء البيع واما أن تكون في الاقرار به فان كانت في انشاء البيع بان تواضعوا في السر لا مرأ الجاهم اليه على أن يظهر البيع ولا يبيع بينهما حقيقة وانما هو رياء وسمعة نحو أن يخاف رجل السلطان فيقول الرجل اني أظهر اني بعت منك داري وليس ببيع في الحقيقة وانما هو تلجئة فتبايعا فالبيع باطل في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ومحمد لانهما تكلما بصيغة البيع لا على قصد الحقيقة وهو تفسير الهزل والهزل يمنع جواز البيع لانه يعدم الرضا بمباشرة السبب فلم يكن هذا بيعا منعقدا في حق الحكم وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة ان البيع جائز لان ما شرطاه في السر لم يذكرا في العقد وانما عقد اعتقد صحيحا بشرائطه فلا يؤثر فيه ما تقدم من الشرط كما اذا اتفقا على أن يشترطا شرطا فاسدا عند البيع ثم باعاه من غير شرط والجواب ان الحكم بطلان هذا البيع لمكان الضرورة فلو اعتبرنا وجود الشرط عند البيع لا تندفع الضرورة ولو أجاز أحدهما دون الآخر لم يجز وان أجازاه كذا ذكر محمد لان الشرط السابق وهو المواضعة منعت انعقاد العقد في حق الحكم بمنزلة شرط خيار المتبايعين فلا يصح الا بتراضيهما ولا يملكه المشتري بالقبض حتى لو كان المشتري عبدا فقبضه واعتقه لا ينفذ اعتاقه بخلاف المكره على البيع والتسليم اذا باع وسلم فاعتقه المشتري انه ينفذ اعتاقه لان بيع المكره انعقد سببا للحكم لوجود الرضا بمباشرة السبب عقلا لما فيه من صيانة نفسه عن الهلاك فانعقد السبب الا أنه فسد لا لعدم

الرضا طبعاً فتأخر الملك فيه الى وقت القبض أما ههنا فلم يوجد الرضا مباشرة السبب في الجانبين أصلاً فلم يتعقد السبب في حق الحكم فتوقف على أحدهما فأشبه البيع بشرط خيار المتبايعين هذا اذا كانت التلجئة في انشاء البيع فاما اذا كانت في الاقرار به فان اتفقا على ان يقرابيع لم يكن فأقر بذلك ثم اتفقا على انه لم يكن فالبيع باطل حتى لا يجوز باجازهما لان الاقرار اخبار وصحة الاخبار بثبوت الخبر به حال وجود الاخبار فان كانت ثابتاً كان الاخبار صدقاً والا فيكون كذباً والخبر به ههنا وهو البيع ليس بثابت فلا يحتمل الاجازة لانها تلحق الموجود لا المعدوم هذا كله اذا كانت التلجئة في نفس البيع انشاء كان أو اقراراً فاما اذا كانت في الثمن فهذا أيضاً لا يخلو من أحد وجهين اما ان كانت في قدر الثمن واما ان كانت في جنسه فان كانت في قدره بان تواضع في السر والباطن على أن يكون الثمن ألفاً وبتبايعان في الظاهر بألفين فان لم يقلوا عند المواضعة ألفاً منهمار ياء وسمعة فالثمن ماتعاقداً عليه لان الثمن اسم للمذكور عند العقد والمذكور عند العقد ألفان فان لم يذكر ان أحد همار ياء وسمعة تحت تسمية الألفين وان قالوا عند المواضعة ألفاً منهمار ياء وسمعة فالثمن ثمن السر والزيادة باطلة في ظاهر الرواية عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ومحمد وروى عن أبي يوسف ان الثمن ثمن العلانية (وجه) هذه الرواية ان الثمن هو المذكور في العقد والالفان المذكوران في العقد وما ذكرنا في المواضعة لم يذكر كراهة في العقد فلا يعتبر (وجه) ظاهر الرواية ان ما تواضعوا عليه في السر هو ما تعاقداً عليه في العلانية الا انهما زادوا عليه ألفاً أخرى والمواضعة السابقة بطلت الزيادة لانها في غير ما قصدت فاصحح ذلك في زيادة في البيع فيبقى البيع بما تواضعوا عليه وهو الالف وان كانت في جنسه بان اتفقا في السر على ان الثمن ألف درهم لكنهما يظهر ان البيع بمائة دينار فان لم يقلوا في المواضعة ان ثمن العلانية ياء وسمعة فالثمن ماتعاقداً عليه لما قلنا وان قالوا ذلك فالقياس ان يبطل العقد وفي الاستحسان يصح بمائة دينار (وجه) القياس ان ثمن السر لم يذكر كراهة في العقد وثن العلانية لم يقصده فقد هزل به فسقط وبقى بيعاً بلا ثمن فلا يصح (وجه) الاستحسان انهما لم يقصدا بيعاً باطلاً بل بيعاً صحيحاً فيجب حمله على الصحة ما أمكن ولا يمكن حمله على الصحة الا بثن العلانية فكأنهما انصرفا عما شرطاه في الباطن فتعلق الحكم بالظاهر كما لو اتفقا على أن يبيعا بيع تلجئة فتواها بخلاف الالف والالفين لان الثمن المذكور المشرط في السر المذكور في العقد وزيادة فتعلق العقد به هذا اذا تواضعوا في السر ولم يتعاقدا في السر فاما اذا تعاقدا في السر بثن ثم تواضعوا على ان يظهر العقد بأكثر منه أو بجنس آخر فان لم يقلوا ان العقد الثاني ياء وسمعة فالعقد الثاني يرفع العقد الاول والثمن هو المذكور في العقد الثاني لان البيع يحتمل القسح والاقالة فشرعوا في العقد الثاني ابطال الاول فبطل الاول والعقد الثاني بما سمي عنده وان قالوا ياء وسمعة فان كان الثمن من جنس آخر فالعقد هو العقد الاول لانهم لم يذكر الياء والسمعة فقد أبطأ المسمى في العقد الثاني فلم يصح العقد الثاني فيبقى العقد الاول وان كان من جنس الاول فالعقد هو العقد الثاني لان البيع يحتمل القسح فكان العقد هو العقد الثاني لكن بالثن الاول والزيادة باطلة لانها أبطأ ما حيث هزل بها هذا اذا تواضعوا واتفقا في التلجئة في البيع فتبايعا وهما متفقان على ما تواضعا فاما اذا اختلفا فادعى أحدهما التلجئة وأنكر الآخر وزعم ان البيع بيع رغبة فالقول قول منكر التلجئة لان الظاهر شاهد له فكان القول قوله مع يمينه على ما يدعيه صاحبه من التلجئة اذا طلب الثمن وان أقام المدعي البينة على التلجئة تقبل بينته لانه أثبت الشرط بالبينة فتقبل بينته كما لو أثبت الخيار بالبينة ثم هذا التفريع على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله لانه يعتبر المواضعة السابقة فاما على رواية أبي يوسف عنه فلا يجزى هذا التفريع لانه يعتبر العقد الظاهر فلا يلتفت الى هذه الدعوى لانها وان حجت لا تؤثر في البيع الظاهر وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فقال على قول أبي حنيفة القول قول من يدعي جواز البيع وعلى قولهما القول قول من يدعي التلجئة والعقد فاسد ولو اتفقا على التلجئة ثم قالوا عند البيع كل شرط كان بينهما فباطل تبطل التلجئة ويجوز البيع لانه شرط فاسد زائد فاحتمل السقوط بالا سقاط ومتى سقط صار العقد جائزاً الا اذا اتفقا عند المواضعة وقالوا ان ما قوله عند البيع ان

كل شرط ينشأ فهو باطل فذلك القول من باطل فاذا قال ذلك لا يجوز العقد لانها اتفقا على ان ما يبطل منه من الشرط عند العقد باطل الا اذا حكى في العلامية ما قاله في السرقا لاننا شرطنا كذا وكذا وقد بطلنا ذلك ثم تباعا في جواز البيع ثم كما لا يجوز بيع الثلجثة لا يجوز الاقرار بالثلجثة بان يقول لا خرائي اقرتك في العلامية بما لي أو بداري وتواضعا على فساد الاقرار لا يصح اقراره حتى لا يملكه المقر له والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الذي يخص بعض البياعات دون بعض فانواع أيضا (منها) أن يكون الاجل معلوما في بيع فيه أجل فان كان مجهولا يفسد البيع سواء كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الرياح ومطر السماء وقدوم فلان وموته والميسرة ونحو ذلك أو متقاربة كالحصاد والدياس والنير وز والمهرجان وقدوم الحاج وخر وجهم والجداد والجزار والقطاف والميلاد ووصوم النصارى وفطرم قبل دخولهم في صومهم ونحو ذلك لان الاول فيه غرر الوجود والعدم والنوع الثاني مما يتقدم ويتأخر فيؤدي الى المنازعة فيوجب فساد البيع ولو باع العين بثمن دين الى اجل مجهول جهالة متقاربة ثم أبطل المشتري الاجل قبل محله وقبل أن يفسخ العقد بينهما لاجل الفساد جاز العقد عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز ولو لم يبطل حتى حل الاجل وأخذ الناس في الحصاد ثم أبطل لا يجوز العقد بالاجماع وان كانت الجهالة متفاحشة فابطل المشتري الاجل قبل الافتراق وقد اثنى جاز البيع عندنا وعند زفر لا يجوز ولو افتراق قبل الابطال لا يجوز بالاجماع وعلى هذا اذا باع بشرط الخيار ولم يوقت للخيار وقتا معلوما بأن قال أبدأ أو أيا ما أو لم يذكروا الوقت حتى فسد البيع بالاجماع ثم ان صاحب الخيار أبطل خياره قبل مضي ثلاثة أيام قبل أن يفسح العقد بينهما جاز البيع عندنا خلافا لزفر رحمه الله وان أبطل بعد مضي الايام الثلاثة لا يجوز العقد عند أبي حنيفة رحمه الله وزفر وعند أبي يوسف ومحمد يجوز وان وقتا معلوما بان قال أر بعة أيام أو شهر أو فاطل الخيار قبل مضي ثلاثة أيام وقبل أن يفسخ العقد بينهما لاجل الفساد جاز عندنا وعند زفر لا يجوز وعند هاهما هذا الخيار جائز ولو مضت الايام الثلاثة ثم أبطل صاحب الخيار خياره لا يجوز البيع بالاجماع وعلى هذا لو عقد العقد السلم بشرط الخيار حتى فسد السلم ثم ان صاحب الخيار أبطل خياره قبل الافتراق جاز السلم عندنا اذا كان رأس المال قائما في يده ولو افتراق قبل الابطال ثم أبطل لا يجوز بالاجماع وعلى هذا اذا اشترى ثوبا برقمه ولم يعلم المشتري رقمه حتى فسد البيع ثم علم رقمه فان علم قبل الافتراق واختار البيع جاز البيع عندنا وعند زفر لا يجوز وان كان بعد الافتراق لا يجوز بالاجماع والاصل عند زفر ان البيع اذا انعقد على الفساد لا يحتمل الجواز بعد ذلك برفع المفسد والاصل عندنا أنه ينظر الى الفساد فان كان قويا بان دخل في صلب العقد وهو البطل أو المبدل لا يحتمل الجواز برفع المفسد كما قال زفر اذا باع عبدا بالف درهم ورطل من خمر فخط الخمر عن المشتري وان كان ضعيفا لم يدخل في صلب العقد بل في شرط جائز يحتمل الجواز برفع المفسد كما في البيع بشرط خيار لم يوقت أو وقت الى وقت مجهول كالحصاد والدياس أو لم يذكروا الوقت وكما في بيع الدين بالدين الى أجل مجهول على ما ذكرنا ثم اختلف مشايخنا في العبارة عن هذا العقد قال مشايخ العراق انه انعقد فاسدا لكن فسادا غير متقرر فان أبطل الشرط قبل تقرر به بأن لم يدخل وقت الحصاد أو اليوم الرابع ينقلب الى الجواز وان لم يبطل حتى دخل تقرر الفساد وهو قول بعض مشايخنا بما وراء النهر وقال مشايخ خراسان وبعض مشايخنا بما وراء النهر العقد موقوف ان اسقط الشرط قبل وقت الحصاد واليوم الرابع تبين أنه كان جائزا من الاصل وان لم يسقط حتى دخل اليوم الرابع أو وان الحصاد تبين أنه وقع فاسدا من حين وجوده وذكر عن الحسن بن زياد رحمه الله أنه قال قال أبو حنيفة لو أن رجلا اشترى عبدا على أنه بالخيار أكثر من ثلاثة أيام فالبيع موقوف فان قال المشتري قبل مضي الثلاث انا أبطل خيارى واستوجب المبيع قبل أن يقول البائع شيئا كان له ذلك وتم البيع وعليه الثمن ولم يكن للبائع أن يبطل البيع وان قال البائع قد أبطلت البيع قبل أن يبطل المشتري خياره بطل البيع ولم يكن للمشتري أن يستوجه به كذلك وأن يبطل خياره فقد نص على التوقف وفسره حيث جعل للبائع حق الفسخ قبل اجازة المشتري وهذا أمانة البيع الموقوف أن يكون لكل

واحد من العاقدين حق الفسخ (وجهه) قول زفران هذا بيع انعقد بوصف الفساد من حين وجوده فلا يتصور أن ينقلب جائز المافيه من الاستحالة ولهذا لم ينقلب الى الجواز اذا دخل اليوم الرابع أو وقت الحصاد والدياس (ولنا) طريقان أحدهما ان هذا العقد موقوف للحال لا يوصف بالفساد ولا بالصحة لان الشرط المذكور يحتمل أن يكون مفسداً حقيقة ويحتمل أن لا يكون فاذا سقط قبل دخول أو ان الحصاد واليوم الرابع تبين انه ليس بمفسد لانه تبين أنه ما شرط الاجل والخيار الا الى هذا الوقت فتبين ان العقد وقع صحيحاً مفيداً للملك بنفسه من حين وجوده كما لو أسقط الاجل الصحيح والخيار الصحيح وهو خيار ثلاثة أيام بعد مضي يوم وان لم يسقط حتى مضت الايام الثلاثة ودخل الحصاد تبين ان الشرط كان الى هذا الوقت وأنه شرط مفسد والثاني ان العقد في نفسه مشروع ولا يحتمل الفساد على ما عرف وكذا أصل الاجل والخيار لانه ملائم للعقد وأنه يوصف العقد بالفساد للحال لا لعينه بل للمعنى مجاور له زائد عليه وعلى أصل الاجل والخيار وهو الجهالة وزيادة الخيار على المدة المشروعة فان سقط قبل دخول وقت الحصاد أو اليوم الرابع فقد أسقط المفسد قبل تهرره فزال الفساد بقي العقد مشروعاً كما كان من غير وصف الفساد واذا دخل الوقت فقد تهرر المفسد فتهرر الفساد والفساد بعد تهرره لا يحتمل الزوال وقوله العقد ما وقع فاسداً من حين وجوده قلنا على الطريق الاول ممنوع بل هو موقوف وعلى الطريق الثاني مسلم لكن لا لعينه بل لغیره وهو الشرط المجاور المفسد وقد أسقط المفسد قبل تهرره فزال الفساد الثابت لمعنى في غيره فبقى مشروعاً والله سبحانه وتعالى الموفق ولو باع بثمن حال ثم أخر الى الآجال المتقاربة جاز التأخير ولو أخر الى الآجال المتفاحشة لم يجز والدين على حاله حال فرق بين التأجيل والتأخير لم يجز التأجيل الى هذه الآجال أصلاً وجوز التأخير الى المتقارب منها ووجه الفرق ان التأجيل في العقد جمل الاجل شرطاً في العقد وجهالة الاجل المشروط في العقد وان كانت متقاربة توجب فساد العقد لانها تنقضي الى المنازعة فاما التأخير الى الآجال المجبولة لجهالة متقاربة فلا تنقضي الى المنازعة لان الناس يؤخرون الدين الى هذه الآجال عادة ومبنى التأخير على المسامحة فإظهارهم يسامحون ولا يتأزعجون وما جرت العادة منهم بالتأخير الى آجال فحش جهاتها بخلاف التأجيل لان ما جعل شرطاً في البيع مبناه على المضايقة فالجهالة فيها وان قلت تنقضي الى المنازعة ولهذا لا يجوز البيع الى الآجال المتقاربة وجازت الكفالة اليها لان مبنى الكفالة على المسامحة فان المكفول له لا يضيق الامر على الكفيل عادة لان له سبيل الوصول الى الدين من جهة الاصيل فالتأجيل اليها لا يفضي الى المنازعة بخلاف البيع فان الجهالة في باب البيع مفضية الى المنازعة فكانت مفسدة للبيع ولو اشترى عيناً بثمن دين على ان يسلم اليه الثمن في مصر آخر فهذا لا يخلو اما ان يكون الثمن مما لا حمل له ولا مؤنة واما ان يكون ثمنه حمل ومؤنة وعلى كل ذلك لا يخلو من أن ضرب له الاجل أو لم يضرب فان لم يضرب له الاجل فالبيع فاسد سواء كان الثمن له حمل ومؤنة أو لم يكن لانه اذا لم يضرب له الاجل كان شرط التسليم في موضع على سبيل التأجيل وانه أجل مجهول فيوجب فساد العقد وروى عن أبي يوسف رحمه الله ان الثمن اذا كان لا حمل له ولا مؤنة فالبيع جائز لان شرط التأجيل في مكان آخر ليس بتأجيل حقيقة بل هو تخصيص التسليم بمكان آخر فيجوز البيع ويجبر المشتري على تسليم الثمن في أى موضع طال به وان ضرب له أجلاً على ان يسلم اليه الثمن بعد محل الاجل في مصر آخر فان كان الاجل مقداراً لا يمكن الوصول الى الموضع المشروط في قدر تلك المدة فالبيع فاسد أيضاً لانه اذا كان لا يمكن الوصول فيه الى الموضع المشروط صار كان لم يضرب وان كان ضرب أجلاً يمكن الوصول فيه الى المكان المشروط فالبيع صحيح والتأجيل صحيح لانه اذا ضرب له أجلاً يمكن الوصول فيه الى ذلك المكان علم ان شرط التسليم في ذلك المكان لم يكن على سبيل التأجيل بل على تخصيص ذلك المكان بالتسليم فيه فاذا حل الاجل وطالبه البائع بالثمن في غير المكان المشروط ينظر ان كان الثمن مما ليس له حمل ولا مؤنة يجبر المشتري على تسليمه في أى موضع طال به البائع بعد حل الاجل وان كان الثمن له حمل ومؤنة لا يجبر على تسليمه الا في الموضع المشروط وكذلك لو اراد المشتري ان يسلمه في

غير المكان المشرط وأبى البائع ذلك إلا في الموضع المشرط فهو على هذا التفصيل ولو كان الثمن عينا فشرط تسليمه في مصر آخر فالبيع فاسد سواء شرط الاجل أو لم يشرط لأن فيه غرر والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) القبض في بيع المشتري المنقول فلا يصح بيعه قبل القبض لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض والنهي بوجوب فساد المنهي ولأنه يبيع فيه غرر لا نقساح بهلاك المعقود عليه لأنه إذا هلك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع الأول فينسخ الثاني لأنه بناء على الأول وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وسواء باعه من غير بائعه أو من بائعه لأن النهي مطلق لا يوجب الفصل بين البيع من غير بائعه وبين البيع من بائعه وكذا معنى الفرر لا يفصل بينهما فلا يصح الثاني والأول على حاله ولا يجوز اشراكه وتوليته لأن كل ذلك بيع ولو قبض نصف المبيع دون النصف فاشرك رجل لم يحز فيما لم يقبض وجاز فيما قبض لأن الاشراك نوع بيع والمبيع منقول فلم يكن غير المقبوض محلا له شرعا فلم يصح في غير المقبوض وصح في قدر المقبوض وله الخيار للفرق الصفقة عليه ولا تجوز اجارته لأن الاجارة تملك المنفعة بعوض وملك المنفعة تابع لملك العين ولا يجوز فيه تملك العين فلا يجوز تملك المنفعة ولأن الاجارة عقد يحتتمل الفسخ فيتمكن فيه غرر الانقاسح بهلاك المعقود عليه ولأن ما روي بنام النبي يتناول الاجارة لأنها نوع بيع وهو بيع المنفعة ويجوز اعتاقه بعوض وغير عوض وكذا تدبيره واستيلاده بان كانت أمة فأقرنها كانت ولدت له لأن جواز هذه التصرفات يعتمد قيام ملك الرقبة وقد وجد بخلاف البيع فإن صحته تقتصر إلى ملك الرقبة واليد جميعا لا فتقاره إلى التسليم وكذا الاجارة بخلاف الاعتاق والتدبير ولأن المانع هو القبض وهذه التصرفات يصير قابضا على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ولأن الفساد لم تكن الفرر وهو غرر انقاسح العقد بهلاك المعقود عليه لما ذكره وهذا التصرفات مما لا يحتتمل الانقاسح فلم يوجد فلزم الجواز بدليله وهل تجوز كتابته لا رواية فيه عن أصحابنا فاحتمل أن يقال لا يجوز قياسا على البيع لأن كل واحد منهما مما يحتتمل الفسخ والاقالة وجاز أن يقال يجوز فرقا بينهما وبين البيع لأنها أوسع اضرارا من البيع وروى عن أبي يوسف إذا كاتبه المشتري قبل القبض فالبايع أن يبطله فإن لم يبطله حتى قد المشتري الثمن جازت الكتابة ذكرها في العيون ولو وهبه من البائع فإن لم يقبله لم تصح الهبة والبيع على حاله لأن الهبة لا تصح بدون القبول فإن قبله البائع لم يحز الهبة لأنها تملك المبيع قبل القبض وأنه لا يجوز كاليبيع وانقاسح البيع بينهما ويكون اقالة للبيع فرق بين الهبة من البائع وبين البيع منه حيث جعل الهبة منه اقالة دون البيع منه (وجه) الفرق أن بين الهبة والاقالة مقارنة فإن كل واحد منهما يستعمل في الحاق ما سلف بالعدم يقال وهبت منك جريمتك كما يقال أقلت عثرتك أو جعلت ذلك كالعدم في حق المؤاخدة به ألا ترى أنه يستعمل كل واحد منهما مكان الآخر فمكن جعل الهبة مجازا عن الاقالة عند تعذر العمل بالحقيقة بخلاف البيع فإنه لا مقارنة بينهما وبين الاقالة فتعذر جعله مجازا عنها فوقع لغوا وكذلك لو تصدق به عليه فهو على التفصيل الذي ذكرنا ولو وهب لغير البائع أو تصدق به على غير البائع وأمر بالقبض من البائع أو رهنه عند آخر وأمره أن يقبض من البائع فقبضه بأمره أو أقرضه وأمره بالقبض لم يحز هذه العقود كلها عند أبي يوسف وعند محمد جازت (وجه) قول محمدان محبة هذه العقود بالقبض فإذا أمره بالقبض فقد أتاها به مناب نفسه في القبض فصار بمنزلة الوكيل له فإذا قبض بأمره يصير قابضا عنه أولا بطريق النيابة ثم لنفسه فيصح ولا يبي يوسف أن جواز هذه العقود مبني على الملك المطلق وهو ملك الرقبة واليد جميعا لأن به يقع الامن عن غرر الانقاسح بهلاك المعقود عليه وغرر الانقاسح ههنا ثابت فلم يكن الملك مطلقا فلم يحز ولو أوصى به لرجل قبل القبض ثم مات جازت الوصية لأن الوصية أخت الميراث ولومات قبل القبض صار ذلك ميراثا لورثته كذا الوصية ولو قال المشتري للبائع بعدي لم يكن تقضا بالاجماع وان باعه لم يحز بيعه ولو قال به لنفسك كان تقضا بالاجماع ولو قال به مطلقا كال تقضا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يكون تقضا (وجه) قوله أن اطلاق الامر بالبيع ينصرف إلى البيع للأمر

لألمأمور لأن الملك له لا للمأمور فصار كأنه قال له به على ولو نص عليه لا يكون نقضا للبيع لأنه أمره ببيع فاسد فكذا هذا ولهما أن مطلق الأمر بالبيع يحمل على بيع صحيح يصح ولو حملناه على البيع للأمر لما صح لأنه يكون أمرا ببيع من لا يملك بنفسه فلا يصح فيحمل على البيع لنفسه كأنه نص عليه فقال به لنفسك ولا يتحقق البيع لنفسه إلا بعد انقضاء البيع الأول فيتضمن الأمر بالبيع لنفسه انقضاء البيع الأول فيفسخ مقتضى الأمر كما في قول الرجل لغيره اعتق عبدك عني ألف درهم ولو قال المشتري للبائع اعتقه فاعتقه البائع فاعتقه جائز عن نفسه عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف اعتاقه باطل (وجه) قول أبي يوسف أن مطلق الأمر بالاعتاق ينصرف إلى الاعتاق عن الأمر لأن الملك للأمر والاعتاق عنه بمنزلة القبض والبائع لا يصلح نائباً عن المشتري في القبض عنه فلا يصلح نائباً عنه في الاعتاق ولا في حنيفة رحمه الله أن الأمر بالاعتاق يحمل على وجه يصح ولو حمل على الاعتاق عن الأمر لم يصح لما ذكرتم فيحمل على الاعتاق عن نفسه فإذا اعتق وقع عنه (وأما) بيع المشتري العقار قبل القبض فجاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً وعند محمد وزفر والشافعي رحمهم الله لا يجوز قياساً واحتجوا بعموم النهي الذي روينا ولأن القدرة على القبض عند العقد شرط صحة العقد لما ذكرنا ولا قدرة إلا بتسليم الثمن وفيه غرر ولهما عمومات البياعات من الكتاب العزيم غير تخصيص ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد عندنا ونحمله على المنقول توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض ولأن الأصل في ركن البيع إذا صدر من الأهل في المحل هو الصحة والامتناع لعارض الغرر وهو غرر انقضاء العقد بهلاك المعقود عليه ولا يتوهم هلاك العقار فلا يتقرر الغرر بقى بيعه على حكم الأصل وكما لا يجوز بيع المشتري المنقول قبل القبض لا يجوز بيع الجرة المنقولة قبل القبض إذا كانت عينا وبطل الصلح المنقول إذا كان عينا والأصل أن كل عوض ملك بمقد ينسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه كالمبيع والجرة وبطل الصلح إذا كان منقولاً معيناً وكل عوض ملك بمقد لا ينسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض يجوز التصرف فيه كالمهر وبطل الخلع وبطل العتق وبطل الصلح عن دم العمد وبقه هذا الأصل ما ذكرنا أن الأصل هو الصحة في التصرف الصادر من الأهل المضاف إلى المحل والفساد بعارض غرر الانقضاء ولا يتوهم ذلك في هذه التصرفات لأنها لا تحتل القسوخ فكان القول بجواز هذه التصرفات عملاً بالأصل وأنه واجب وكذلك الميراث يجوز التصرف فيه قبل القبض لأن معنى الغرر لا يتقرر فيه ولأن الوارث خلف الميراث في ملك المورث وخالف الشيء قائم مقامه كأنه هو فكان المورث قائم ولو كان قائماً لما جاز تصرفه فيه كذا الوارث وكذلك الموصى به بأن أوصى إلى إنسان بشيء ثم مات الموصى فلموصى له أن يتصرف قبل القبض لأن الوصية أخت الميراث ويجوز التصرف في الميراث قبل القبض فكذا في الموصى به وهمل يجوز بيع المقسوم بعد القسمة قبل القبض ينظر أن كان ما وقع عليه القسمة مما يجبر عليه الشركاء إذا طلبها واحد منهم جاز لواحد منهم أن يبيع نصيبه بعد القسمة قبل القبض سواء كان منقولاً أو غير منقول لأن القسمة في مثله أفرز وإن كان مما لا يجبر عليه الشركاء عند طلب واحد منهم كالأشياء المختلفة والرقيق على قول أبي حنيفة لا يجوز بيعه قبل القبض إن كان منقولاً وإن كان عقاراً فعلى الاختلاف الذي ذكرنا لأن قسمة هذه الأشياء فيها معنى المبادلة فتشبه البيع والله عز اسمه أعلم (وأما) بيع الدين قبل القبض فنقول وبالله التوفيق الديون أنواع (منها) ما لا يجوز بيعه قبل القبض ومنها ما يجوز أما الذي لا يجوز بيعه قبل القبض فنحور رأس مال السلم لعموم النهي ولأن قبضه في المجلس شرط وبيع يوجب القبض حقيقة وكذا المسلم فيه لأنه مبيع لم يقبض وكذا لو باع رأس مال السلم بعد الإقالة قبل القبض لا يجوز استحساناً والقياس أن يجوز وهو قول زفر (وجه) القياس أن عقد السلم ارتفع بالإقالة لأنها فسخ وفسخ العقد رفعه من الأصل وجعله كأنه لم يكن وإذا رجع المقدم من الأصل عادر رأس المال إلى قديم ملك رب المال فكان محلاً للاستبدال كما كان قبل السلم ولهذا يجب قبض رأس المال بعد

الاقالة في مجلس الاقالة (وجه) الاستحسان عموم النهي الذي روينا الا من حيث خص بدليل وفي الباب نص خاص وهو ما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لرب السلم لا تأخذ الاسلمك أو رأس مالك وفي رواية خذ سلمك أو رأس مالك نهى النبي عليه الصلاة والسلام رب السلم عن الاخذ عاما واستثنى أخذ السلم أو رأس المال فبقى أخذ ما راءهما على أصل النهي وكذا اذا اتسخ السلم بعد صحته لمعنى عارض نحو ذمى اسلم الى ذمى عشرة دراهم في خمر ثم اسلما أو اسلم أحدهما قبل قبض الخمر حتى بطل السلم ووجب على المسلم اليه رد رأس المال لا يجوز رب السلم الاستبدال استحسانا لما روينا ولو كان السلم فاسدا من الاصل ووجب على المسلم اليه رد رأس المال لفساد السلم يجوز الاستبدال لان السلم اذا كان فاسدا في الاصل لا يكره حكم السلم فكان رأس مال السلم بمنزلة سائر الديون من القرض وثن المبيع وضمان النصب والاستهلاك (وأما) بدل الصرف فلا يجوز بيعه قبل القبض في الابتداء وهو حال بقاء العقد ويجوز في الانتهاء وهو ما بعد الاقالة بخلاف رأس مال السلم فانه لا يجوز بيعه في الحالين (وجه) الفرق أن القياس جواز الاستبدال بعد الاقالة في الناس جميعا لما ذكرنا أن الاقالة فسخ وفسخ العقد رفعه من الاصل كان لم يكن ولو لم يكن العقد لجاز الاستبدال فكذا اذا رفع والحق بالعدم فكان ينبغي أن يجوز الاستبدال فيهما جميعا إلا أن الحرمة في باب السلم ثبتت نصا بخلاف القياس وهو ما روينا والنص ورد في السلم فبقى جواز الاستبدال بعد الاقالة في الصرف على الاصل وكذا الثياب الموصوفة في الذمة المؤجلة لا يجوز بيعها قبل القبض للنهي سواء كان ثبوتها في الذمة بعقد السلم أو غيره لأن الثياب كما تثبت في الذمة مؤجلة بطريق السلم تثبت دينها في الذمة مؤجلة لا بطريق السلم بان باع عبد أثوب موصوف في الذمة مؤجل فانه يجوز بيعه ولا يكون جوازه بطريق السلم بدليل ان قبض العبد ليس بشرط وقبض رأس مال السلم شرط جواز السلم وكذا اذا أجر داره بثوب موصوف في الذمة مؤجل جازت الاجارة ولا يكون سلما وكذا لو ادعى عينا في درجل فصالحه من دعواه على ثوب موصوف في الذمة مؤجل جاز الصلح ولا يكون هذا سلما ولا يجوز الاستبدال به كما لا يجوز بالمسلم فيه وان لم يكن ثبوتها بعقد السلم فهذه جملة الديون التي لا يجوز بيعها قبل القبض ومساوئها من ثمن المبيع والقرض وقيمة المنصوب والمستهلك ونحوها فيجوز بيعها من عليه قبض القبض وقال الشافعي رحمه الله ثمن المبيع اذا كان عينا لا يجوز بيعه قبل القبض قول واحد وان كان دينيا لا يجوز في أحد قوله أيضا بناء على أن الثمن والمثل عند من الاسماء المترادفة يقان على مسمى واحد فكان كل واحد منهما مبيعا فكان بيع المبيع قبل القبض وكذا النهي عن بيع ما لم يقبض عام لا يفصل بين المبيع والثمن وأما على أصلنا فالمبيع والثمن من الاسماء المتباينة في الاصل يقان على معنيين متباينين على ما ذكره ان شاء الله تعالى في موضعه ولا حجة له في عموم النهي لان بيع ثمن المبيع ممن عليه صار مخصوصا بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما على ما ذكره (وأما) بيع هذه الديون من غير من عليه والشراء بهما من غير من عليه فينظر ان أضاف البيع والشراء الى الدين لم يحز بأن يقول لغيره بعت منك الدين الذي في ذمة فلان بكذا أو يقول اشتريت منك هذا الشيء بالدين الذي في ذمة فلان لان ما في ذمة فلان غير مقدور التسليم في حقه والقدرة على التسليم شرط انعقاد العقد على ما مر بخلاف البيع والشراء بالدين ممن عليه الدين لان ما في ذمته مسلم له وان لم يضاف العقد الى الدين الذي عليه جاز ولو اشترى شيئا بدين ولم يضاف العقد الى الدين حتى جاز ثم أحال البائع على غيره بدينه الذي له عليه جازت الحوالة سواء كان الدين الذي أحيل به دينيا يجوز بيعه قبل القبض أو لا يجوز كالمسلم ونحوه وذكر الطحاوي رحمه الله انه لا تجوز الحوالة بدين لا يجوز بيعه قبل القبض وهذا غير سديد لان هذا توكيل بقبض الدين فان الحال له يصير بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحتال له والتوكيل بقبض الدين جائز أي دين كان ويكون قبض وكيله كقبض موكله ولو باع هذا الدين ممن عليه الدين جاز بأن اشترى منه شيئا بعينه بدينه الذي له في ذمته لانه باع ما هو مقدور التسليم عند الشراء لان ذمته في

يده بخلاف الاول وكذا اذا صالح معه من دينه على شئ بعينه جاز الصلح والله سبحانه وتعالى اعلم (ومنها) أن يكون
البدل منطوقه في أحد نوعي المبادلة وهي المبادلة القولية فان كان مسكوتاً عنه فالبيع فاسد بأن قال بعت منك هذا
العبد وسكت عن ذكر الثمن فقال المشتري اشتريت لماذا ذكرنا ان البيع في اللغة مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب
وفي الشرع مبادلة المال بالمال فاذا لم يكن البدل منطوقه ولا يبيع بدون البدل اذ هو مبادلة كان بدله قيمته فكان
هذا بيع العبد بقيمته وانه فاسد وهكذا السيل في البياعات الفاسدة انها تكون بيعاً بقيمة المبيع على ما ذكر في
موضعه هذا اذا سكت عن ذكر الثمن فاما اذا نفاه صريحاً بأن قال بعتك هذا العبد بغير ثمن أو بلا ثمن فقال المشتري
اشتريت اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا والسكوت عن الثمن سواء والبيع فاسد وقال بعضهم البيع باطل
(وجه) قول الاولين ان قوله بلا ثمن باطل لان البيع عقد مبادلة فكان ذكره ذكر البدل فاذا قال بغير ثمن فقد نفى
ما أثبت فبطل قوله بلا ثمن وبقي قوله بعت مسكوتاً عن ذكر الثمن فكانه باع وسكت عن ذكر الثمن (وجه) قول
الآخرين ان عند السكوت عن ذكر الثمن يصير البدل مذكورياً بطريق الدلالة فاذا نص على نفي الثمن بطلت الدلالة
فلم يكن هذا بيعاً أصلاً والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الخلع عن الربا وان شئت قلت ومنها المماثلة بين البدلين
في أموال الرابح لو انتفت فالبيع فاسد لانه يبيع بالبيع الذي فيه ربا فاسد لان الربا حرام بنص الكتاب
الكريم قال الله عز وجل وحرم الربا والكلام في مسائل الربا في الاصل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان الربا في
عرف الشرع انه ما هو والثاني في بيان علته انها ما هي والثالث في بيان شرط جريان الربا (أما) الاول فالربا في
عرف الشرع نوعان ر بالفضل ور بالنساء (أما) ر بالفضل فهو زيادة عين مال شرطت في عقد البيع على المعيار
الشرعي وهو الكيل أو الوزن في الجنس عندنا وعند الشافعي هو زيادة مطلقة في المطعوم خاصة عند اتحاد الجنس
خاصة (وأما) ر بالنساء فهو فضل الحلول على الاجل وفضل العين على الدين في المكيين أو الموزونين عند
اختلاف الجنس أو في غير المكيين أو الموزونين عند اتحاد الجنس عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو فضل الحلول
على الاجل في المطعومات والاثمان خاصة والله تعالى أعلم (وأما) الثاني وهو بيان العلة فنقول الاصل المعلول في
هذا الباب باجماع القائلين الحديث المشهور وهو ما روى أبو سعيد الخدري وعبادة بن الصامت رضي الله عنهما
عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال الخنطة بالخنطة مثلاً يدا بيد والفضل ر بالشعير بالشعير مثلاً يدا
يدا والفضل ر بالتمر مثلاً يدا بيد والفضل ر بالملح بالملح مثلاً يدا بيد والفضل ر بالفضة بالفضة
مثلاً يدا بيد والفضل ر بالذهب بالذهب مثلاً يدا بيد والفضل ر بأي يبعوا الخنطة بالخنطة مثلاً يدا
يدا بيد وروى مثل يدا بيد بالرفع أي يبيع الخنطة بالخنطة مثل يدا بيد جائز فهذا النص معلول باتفاق القائلين غير
انهم اختلفوا في العلة قال أصحابنا علة ر بالفضل في الاشياء الاربع المنصوص عليها الكيل مع الجنس وفي الذهب
والفضة الوزن مع الجنس فلا تتحقق العلة الا باجتماع الوصفين وهما القدر والجنس وعلة ر بالنساء هي احد وصفي علة
ر بالفضل اما الكيل أو الوزن المتفق أو الجنس وهذا عندنا وعند الشافعي علة ر بالفضل في الاشياء الاربع الطعم وفي
الذهب والفضة الثمنية في قول وفي قول هما غير معلولين وعلة ر بالنساء ما هو علة ر بالفضل وهي الطعم في المطعومات
والثمنية في الاثمان دون الجنس اذ الاصل عنده حرمة بيع المطعوم بجنسه (وأما) التساوي في المعيار الشرعي مع
اليدين مخلص من الحرمة بطريق الرخصة احتج الشافعي لا بآثار هذا الاصل بما روى عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء هذا الاصل يدل على ان الاصل حرمة بيع المطعوم بجنسه وانما
الجواز بما رضى التساوي في المعيار الشرعي لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام بالطعام مطلقاً واستثنى حالة
المساواة فيدل على أن الحرمة هي الاصل في بيع المطعوم بالمطعوم من غير فصل بين القليل والكثير وفيه دليل أيضاً على
جعل الطعم علة لانه أثبت الحكم عقيب اسم مشتق من معنى والاصل ان الحكم اذا ثبت عقيب اسم مشتق من معنى

يصير موضع الاشتقاق علة للحكم المذكور كقوله تعالى جل وعلا والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وقوله سبحانه وتعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والطعام اسم مشتق من الطعم فيدل على كون الطعم علة ولأن العلة اسم لوصف مؤثر في الحكم ووصف الطعم مؤثر في حرمة بيع المطعوم والحكم متى ثبت عقيب وصف مؤثر يحال إليه كما في الزنا والسرقة ونحو ذلك وبيان تأثير الطعم أنه وصف ينبي عن العزة والشرف لكونه متعلق بالبقاء وهذا يشعر بعزته وشرفه فيجب اظهار عزته وشرفه وذلك في بحر بيع المطعوم بجنسه وتعلق جوازه بشرطى التساوى في الميعار الشرعى واليدلان في تعلقه بشرطين تضيق طريق اصابتة وما ضاق طريق اصابتة بعز وجوده فيعز امساكه ولا يهون في عين صاحبه فكان الاصل فيه هو الحظر ولهذا كان الاصل في الابضاع الحرمة والحظر والجواز بشرطى الشهادة والولى اظهار الشرف لكونها منشأ البشر الذين هم المقصودون في العالم وبهم قوامها والابضاع وسيلة الى وجود الجنس والقوت وسيلة الى بقاء الجنس فكان الاصل فيها الحظر والجواز بشرطين لعز وجوده ولا تنيسر اصابتة فلا يهون امساكه فكذا هذا وكذا الاصل في بيع الذهب والفضة بجنسهما هو الحرمة لكونهما ائمان الاشياء فيها وعليها فكان قوام الاموال والحياة بها فيجب اظهار شرفها في الشرع بما قلنا (ولنا) في اثبات الاصل اشارات النصوص من الكتاب العزيز والسنة والاستدلال (أما) الكتاب فقوله تعالى أو فوالكيل ولا تكونوا من المخسرين وزنوا بالقسط المستقيم ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تمثوا في الارض مفسدين وقال سبحانه وتعالى ويا قوم أو فوالكيل والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تهسدا في الارض بعد اصلا حيا جعل حرمة الربا بالكيل والموزون مطلقا عن شرط الطعم فدل على ان العلة هي الكيل والوزن وقال سبحانه وتعالى ويل للمطففين الذين اذا اكتالوا على الناس يستوفون وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون ألحق الوعيد الشديد بالتطفيف في الكيل والوزن مطلقا من غير فصل بين المطعوم وغيره (وأما) السنة فاروى ان عامل خيرا أهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تمر اجنيا فقال أو كل تمر خيرا هكذا فقال لا ولكني أعطيت صاعين وأخذت صاعا فقال عليه الصلاة والسلام أريت هلا بعت تمر يسلمة ثم ابتعت بسلمتك تمرأ وكذلك الميزان وأراد به الموزون بطريق الكناية لجاورة بينهما مطلقا من غير فصل بين المطعوم وغير المطعوم وكذا روى مالك بن أنس ومحمد بن اسحق الحنظلي باسنادهما الحديث المشهور الذي رواه محمد في كتاب البيوع عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال في آخره وكذلك كل ما يكال أو يوزن (وأما) الاستدلال فهو ان الفضل على الميعار الشرعى من الكيل والوزن في الجنس انما كان ربا في المطعومات والائمان من الاشياء الستة المنصوص عليها لكونه فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة وقد وجد في الجص والحديد ونحوهما فورود الشرع ثمة يكون روادها دلالة وبيان ذلك ان البيع لغة وشرعا مبادلة المال بالمال وهذا يقتضى التساوى في البدلين على وجه لا يخلو كل جزء من البدل من هذا الجانب عن البدل من ذلك الجانب لان هذا هو حقيقة المبادلة ولهذا لا يملك الاب والوصى بيع مال اليتيم بشئ فاحش ولا يصح من المريض الامن الثلث والقفيز من الحنطة مثل القفيز من الحنطة صورة ومعنى وكذلك الدينار مع الدينار (أما) الصورة فلا تنهما متماثلان في القدر وأما معنى فان الجانسة في الاموال عبارة عن تقارب المالمية فكان القفيز مثلا للقفيز والدينار مثلا للدينار ولهذا ألغى على آخر قفيزا من حنطة يلزمه قفيز مثله ولا يلزمه قيمته وإذا كان القفيز من الحنطة مثلا للقفيز من الحنطة كان القفيز الزائد فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة فكان ربا وهذا المعنى لا يخص المطعومات والائمان بل يوجد في كل مكيل بجنسه وموزون بمثله فالشرع الوارد هناك يكون راداهنا دلالة (وأما) قوله الاصل حرمة بيع المطعوم بجنسه فمنوع ولا حجة له في الحديث لانه عليه الصلاة والسلام ما اقتصر على النهى عن بيع الطعام بالطعام ليحتمل الحظر فيه أصلا بل قرن به الاستثناء فقال عليه الصلاة والسلام الا سواء بسواء فلا يدل على كون الحرمة فيه أصلا وقوله جعل الطعم علة دعوى ممنوعة أيضا والاسم

المشتق من معنى انما يجعل علة للحكم المذكور عقبيه عندنا اذا كان له أثر كالزنا والسرقة ونحوهما فلم قلتم بأن للطعم أثر وكونه متعلق البقاء لا يكون أثره في الاطلاق أولى من الحظر فان الاصل فيه هو التوسيع دون التضييق على ما عرف والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل تنبئ مسائل الربا بقدا ونسيئة وفروع الخلاف بيننا وبين الشافعي أمار بالنقد فقائدة الخلاف فيه تظهر في موضعين أحدهما في بيع مكيل بجنسه غير مطعوم أو موزون بجنسه غير مطعوم ولان كبيع قفيز حصص بقفيزي حصص وبيع من حديد بمنوى حديد عندنا لا يجوز لانه يبيع بالوجود علة الربا وهو الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس وعنده يجوز لان العلة هي الطعم أو الثمنية ولم يوجد وعلى هذا الخلاف يبيع كل مقدر بجنسه من المكيلات والموزونات غير المطعومات والاثمان كالنورة والزربخ والصفرة والنحاس ونحوها (وأما) بيع المكيل المطعوم بجنسه متفاضلا وبيع الموزون المطعوم بجنسه متفاضلا كبيع قفيز أرز بقفيزي أرز وبيع من سكر بمنوى سكر فلا يجوز بالاجماع أما عندنا فلو جرد القدر والجنس وعنده لوجود الطعم والجنس وكذا كل موزون هو ما كؤل أو مشروب كالدهن والزيت والخل ونحوها ويجوز بيع المكيل بغير جنسه متفاضلا مطعوما كان أو غير مطعوم بعد أن يكون يدايد كبيع قفيز حنطة بقفيزي شعير وبيع قفيز حصص بقفيزي نورة ونحو ذلك لان علة الربا بالفضل مجموع الوصفين وقد انعدم أحدهما وهو الجنس وكذا يبيع الموزون بغير جنسه متفاضلا جازمين كانا أو منمنين بعد أن يكون يدايد كبيع دينار بمائة درهم وبيع من حديد بمنوى نحاس أو رصاص ونحو ذلك لما قلنا ويجوز بيع المذروعات والمعدودات المتفاوتة واحدا باثنين يدايد كبيع ثوب بثوبين وعبد بعبدين وشاة بشاتين ونصل بنصلين ونحو ذلك بالاجماع أما عندنا فلا نعدم أحد الوصفين وهو الكيل والوزن وعنده لا نعدم الطعم والتمنية (وأما) بيع الاواني الصفيرية واحدا باثنين كبيع قمعة بقمعتين ونحو ذلك فان كان مما يباع عددا يجوز لان العدة في العدديات ليس من أوصاف علة الربا فلا يتحقق الربا وان كان مما يباع وزنا لا يجوز لانه يبيع مال الربا بجنسه مجازفة ويجوز بيع المعدودات المتقاربة من غير المطعومات بجنسها متفاضلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف بعد أن يكون يدايد كبيع الفلوس بالفلوسين باعياهما وعند محمد لا يجوز (وجه) قوله أن الفلوس اثمان فلا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا كالدرهم والدنانير ودلالة الوصف عبارة عما تقدر به مالية الا عيان ومالية الا عيان كما تقدر بالدرهم والدنانير تقدر بالفلوس فكانت اثمانا ولهذا كانت اثمانا عند مقابلةها بخلاف جنسها وعند مقابلةها بجنسها حالة المساواة وان كانت ثمنافالثن لا يتعين وان عين كالدرهم والدنانير فالتحق التعيين فيهما بالعدم فكان بيع الفلوس بالفلوسين بغير أعيانها وذا لا يجوز ولانها اذا كانت اثمانا فالواحد يقابل الواحد فبقى الآخر فضل مال لا يقابله عوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا (ولهما) أن علة الربا بالفضل هي القدر مع الجنس وهو الكيل أو الوزن المتفق عند اتحاد الجنس والمجانسة ان وجدت ههنا فلم يوجد القدر فلا يتحقق الربا وقوله الفلوس اثمان قلنا ثمنيتها قد بطلت في حقهما قبل البيع فالبيع صادقها وهي سلع عديدة فيعجز بيع الواحد بالثنين كسائر السلع العديدة كالقمع العديدة وغيرها الا أنها بقيت اثمانا عند مقابلةها بخلاف جنسها وبجنسها حالة المساواة لان خروجها عن وصف الثمنية كان لضرورة صحة العقد وجوازها لانهما بقصد الصحة ولا صحة الا بما قلنا ولا ضرورة ثمة لان البيع جائز في الحالين بقيت على صفة الثمنية أو خرجت عنها والثاني في بيع مطعوم بجنسه ليس بمكيل ولا موزون كبيع حنطة حنطة بحنطة أو بطيخة بطيختين أو تفاحا بتفاحتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين يجوز عندنا لعدم العلة وبقي الكيل مع الجنس أو الوزن وعنده لا يجوز لوجود الطعم والجنس وكذا لو باع حنطة بحنطة أو تفاحا بتفاحا أو بيضة ببيضة يجوز عندنا لما قلنا وعنده لا يجوز لوجود الطعم لان حرمة بيع المطعوم بجنسه هو العزيمة عنده والتساوي في الكيل أو الوزن مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة ولم يوجد المخلص فبقى على أصل الحرمة (وأما) ربا النساء وفروعه وفائدة الاختلاف فيه فالاصل فيه ما روى عن ابراهيم النخعي أنه قال أسلم

ما يكال فيما يوزن وأسلم ما يوزن فيما يكال ولا تسلم ما يكال فيما يكال ولا ما يوزن فيما يوزن وإذا اختلف النوعان مما يكال أو يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد ولا خيره نسيئة ولا بد من شرح هذه الجملة وتفصيل ما يحتاج منها إلى التفصيل لانه رحمه الله أجرى القضية فيها عامة ومنها ما يحتمل العموم ومنها ما لا يحتمل فلا بد من بيان ذلك فنقول وبالله التوفيق لا يجوز اسلام المكيلات في المكيلات على العموم سواء كانا مطعومين كالحنطة في الحنطة أو في الشعير أو غير مطعومين كالجص في الجص أو في النورة وكذلك بيع المكيل بالمكيل حالاً لا سائماً لكن دينامو صوفي في الذمة لا يجوز سواء كان من جنس واحد أو من جنسين مطعومين كانا أو غير مطعومين عندنا لأن أحد وصفي علة بالفضل جمعها وهو الكيل وعند الشافعي رحمه الله أن كانا مطعومين فكذلك وإن لم يكونا مطعومين جاز لأن العلة عنده الطعم (وأما) اسلام الموزونات في الموزونات فقيه تفصيل أن كانا جميعاً مما يتعينان في العقد لا يجوز أيضاً سواء كانا مطعومين كالسكر في الزعفران أو غير مطعومين كالحديد في النحاس لوجود أحد وصفي علة بالفضل الذي هو علة تامة لربا النساء وعند الشافعي يجوز في غير المطعوم ولا يجوز في المطعوم لما قلنا وإن كانا مما لا يتعينان في العقد كالدرهم في الدنانير والدنانير في الدراهم أو الدراهم والدنانير في الدراهم والدنانير في الدنانير أولاً لا يتعين المسلم فيه كالحديد في الدراهم والدنانير لا يجوز لأن المسلم فيه مبيع لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم فهذا يقتضي أن يكون السلم بيع ما ليس عند الإنسان لأنه رخص في بعض ما دخل تحت النهي والداخل تحت النهي هو البيع دل أن السلم نوع يبيع ليستقيم اثبات الرخصة فيه فكان المسلم فيه مبيعاً والمبيع مما يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا يحتملان التعيين شرعاً في عقود المعاوضات فلم يكونا متعينين فلا يصلح أن يسلمهما وإن كان رأس المال مما لا يتعين والمسلم فيه مما يتعين كما لو أسلم الدراهم أو الدنانير في الزعفران أو في القطن أو الحديد وغيرهما من سائر الموزونات فإنه يجوز لا نعدام العلة وهي القدر المتفق أو الجنس أما الجانسة فظاهرة لا تنفاه وأما القدر المتفق فلأن وزن الثمن يخالف وزن الثمن ألا ترى أن الدراهم توزن بالثاقيل والقطن والحديد يوزنان بالقبان فلم يتفق القدر فلم توجد العلة فلا يتحقق الربا هذا إذا أسلم الدراهم أو الدنانير في سائر الموزونات فاما إذا أسلم ترة فضة أو تبرذهب أو المصوغ فيها فهل يجوز ذكر الاختلاف فيه بين أبي يوسف وزفر على قول أبي يوسف يجوز وعلى قول زفر لا يجوز (وجهه) قول زفر أنه وجد علة بالنساء وهي أحد وصفي علة بالفضل وهو الوزن في المالين فيتحقق الربا (وجهه) قول أبي يوسف أن أحد الوصفين الذي هو علة القدر المتفق لا مطلق القدر ولم يوجد لأن الترة أو التبر من جنس الاثمان وأصل الاثمان ووزن الثمن يخالف وزن الثمن على ما ذكرنا فلم يتفق القدر فلم توجد العلة فلا يتحقق الربا كما إذا أسلم فيها الدراهم والدنانير ولو أسلم فيها الفلوس جاز لأن الفلوس عددي والعددي في العدييات ليس من أوصاف العلة ولو أسلم فيها الأواني الصفرية ينظر أن كانت تباع وزناً لم يحز لوجود الوزن الذي هو أحد وصفي علة بالفضل وإن كانت تباع عددياً جاز لا نعدام العلة وأما اسلام المكيلات في الموزونات فهو أيضاً على التفصيل فإن كان الموزون مما يتعين بالتعيين يجوز سواء كانا مطعومين كالحنطة في الزيت أو الزعفران أو غير مطعومين كالجص في الحديد عندنا لعدم العلة وعند الشافعي لا يجوز في المطعومين لوجود العلة وإن كان مما لا يتعين بالتعيين وهو الدراهم والدنانير لا يجوز لما مر أن شرط جواز السلم أن يكون المسلم فيه مبيعاً والدراهم والدنانير اثنان أبداً بخلاف سائر الموزونات ثم إذا لم يحز هذا العقد سائماً هل يجوز بيعاً ينظر أن كان بلفظ البيع يجوز ويكون بيعاً ثمن مؤجل لانه أن تذر تصحيحه أمكن تصحيحه سائماً بيعاً ثمن مؤجل فيجمل بيعاً به وإن كان بلفظ السلم اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لأن السلم يخالف مطلق البيع في الأحكام والشرائط فإذا لم يصبح سائماً بطل رأساً وقال بعضهم يجوز لأن السلم نوع يبيع ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام ساء بيعاً حين نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم ولهذا يعتقد بلفظ البيع لأنه اختص بشرائط مخصوصة فإذا تذر تصحيحه بيعاً هو سلم يصحح بيعاً ثمن

مؤجل تصحيحاً للتصرف بالقدر الممكن وأما السلام الموزوناب في المكيلات فحائز على العموم سواء كان الموزون الذي جعله رأس المال عرضاً يتعين بالتعيين أو ثنائياً يتعين بالتعيين وهو الدراهم والدنانير لأنه لم يجمعها أحد الوصفين وهو القدر المتفق أو الجنس فلم توجد العلة ولو أسلم جنساً في جنسه وغير جنسه كما إذا أسلم مكيلاً في مكيل وموزون لم يحجز السلم في جميعه عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في حصصه خلاف الجنس وهو الموزون وهو على اختلاف فهم فيمن جمع بين حرو عبد وباعهما صفقة واحدة وقد ذكرناه فيما تقدم (وأما) اسلام غير المكيل والموزون في جنسه من الذرعات والعدديات كالهروى في الهروى والمروى في المروى والحيوان في الحيوان فلا يجوز عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجوز ولقب هذه المسئلة أن الجنس باقراده يحرم النساء عندنا وعند لا يحرم فلا يجوز اسلام الجوز في الجوز والبيض في البيض والتفاح في التفاح والخفنة في الخفنة بالاجماع لوجود الجنس عندنا ولوجود الطعم عنده وأجمعوا على انه يجوز اسلام الهروى في المروى لانعدام أحد الوصفين عندنا وعند لا نعدم الطعم والثمنية ويجوز اسلام الجوز في البيض والتفاح في السفرجل والحيوان في الثوب عندنا لما قلنا وعند لا يجوز في المطعوم لوجود الطعم ولو أسلم القلوس في القلوس لا يجوز عندنا لوجود الجنس وعند لا وجود الثمنية وكذا اذا أسلم الاواني الصفرية في جنسها وهي تباع عدد لا يجوز عندنا لوجود المجانسة وعند لا وجود الثمنية والكلام في مسئلة الجنس بانفراده مبني على الكلام في مسئلة الرابا أصل الشافعي فيها ما ذكرنا ان حرمة بيع المطعوم بجنسه وحرمة بيع الاثمان بجنسها هي الاصل والتساوي في المعيار الشرعي مع اليد مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة أو بالنساء عنده هو فضل الحلول على الاجل في المطعومات والثمنية في الاثمان وقد ذكرنا ما له من الدليل على صحة هذا الاصل فيما تقدم والكلام لا يحتاجنا في هذه المسئلة على نحو ما ذكرنا في علة بالفضل وهو ان السلم في المطعومات والاثمان انما كان ربالكونه فضلاً خالياً عن العوض يمكن الترحرزه في عقد المعاوضة لان البيع عقد مبادلة على طريق المقابلة والمساواة في البدلين ولهذا لو كانا قد ينحجز ولا مساواة بين النقد والنسيئة لان العين خير من الدين والمعجل اكثر قيمة من المؤجل فكان ينبغي أن يكون كل فضل مشروط في البيع ربا سواء كان الفضل من حيث الذات أو من حيث الاوصاف الا لا يمكن الترحرزه عنه دفعا للخرج وفضل التعيين يمكن الترحرزه عنه بأن يبيع عيناً بعين وحالا غير مؤجل وهذا المعنى موجود في غير المطعوم والاثمان فور ودالشرع تمة يكون ورداهنا دلالة وابتداء الدليل لنا في المسئلة ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا ربالا في النسيئة وروى انما الرابا في النسيئة حقق عليه الصلاة والسلام الرابا في النسيئة من غير فصل بين المطعوم والاثمان وغيرها فيجب القول بتحقيق الرابا في الاطلاق والعموم الا ما خص أو قيد بدليل والرابا حرام بنص الكتاب العزيز واذا كان الجنس أحد وصفي علة بالفضل وعلة بالنسيئة عندنا وشرط علة بالفضل عنده فلا بد من معرفة الجنس من كل ما يجري فيه الرابا فنقول وبالله التوفيق الحنطة كلها على اختلاف أنواعها وأوصافها وبلدانها جنس واحد وكذلك الشعير وكذلك دقيقهما وكذا سويقهما وكذلك التمر وكذلك الملح وكذلك العنب وكذلك الزبيب وكذلك الذهب والفضة فلا يجوز بيع كل مكيل من ذلك بجنسه متفاضلاً في الكيل وان تساوى في النوع والصفة بلا خلاف واما متساوي في الكيل متفاضلاً في النوع والصفة فنقول لا خلاف في انه يجوز بيع الحنطة بالحنطة السقية بالسقية والنحسية بالنحسية واحداً بالآخرى والجيدة بالجيدة والرديئة بالرديئة واحداً بالآخرى والجديدة بالجديدة والعتيقة بالعتيقة واحداً بالآخرى والمقلوبة بالمقلوبة وكذلك الشعير على هذا وكذلك دقيق الحنطة ودقيق الشعير فيجوز بيع دقيق الحنطة بدقيق الحنطة وسويق الحنطة بسويق الحنطة وكذلك دقيق الشعير وسويقه وكذلك التمر بالتمر البرني بالمعقل والجيد بالرديء والجديد بالجديد والعتيق بالعتيق وأحداهما بالآخر وكذلك العنب بالزبيب واليابس بالزبيب اليبس ولا خلاف في انه لا يجوز بيع حنطة مقلية بحنطة غير مقلية والمطبوخة بغير مطبوخة وبيع

الحنطة بدقيق الحنطة وبيع تمر مطبوخ تمر غير مطبوخ متفاضلا في الكيل أو متساو يافيه لان
المقالية ينضم بعض أجزائها الى بعض يعرف ذلك بالتجربة فيتحقق الفضل من حيث القدر في الكيل فيتحقق الربا
وكذا المطبوخة بغير المطبوخة لان المطبوخ ينتفخ بالطبخ فكان غير المطبوخة أكثر قدرا عند العقد فيتحقق الفضل
وكذلك بيع الحنطة بدقيق الحنطة لان في الحنطة دقيقا الا انه مجتمع لوجود المانع من التفرق وهو التركيب وذلك
أكثر من الدقيق المتفرق عرف ذلك بالتجربة الا ان الحنطة اذا طحنت ازداد دقيقتها على المتفرق ومعلوم ان الطحن
لا أثر له في زيادة القدر فدل انه كان أزيد في الحنطة فيتحقق الفضل من حيث القدر بالتجربة عند العقد فيتحقق الربا
وأما بيع الحنطة المببولة أو النديبة بالنديبة أو الرابسة بالرطبة أو المببولة بالمببولة أو الباسية بالباسة وبيع التمر بالرطب
والرطب بالرطب أو بالتمر والمنقع بالمنقع والعنب بالزبيب والياس بالياس والمنقع بالمنقع متساو يافيه الكيل فهل
يجوز قال أبو حنيفة رحمه الله كل ذلك جائز وقال أبو يوسف رحمه الله كله جائز الا بيع التمر بالرطب وقال محمد
رحمه الله كله فاسد الا بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب وقال الشافعي رحمه الله كله باطل ويجوز بيع الكفري
بالتمر والرطب بالبر متساويا ومتفاضلا بالاجماع لعدم الجنس والكيل اذ هو اسم لوعاء الطلع فأبو حنيفة رحمه الله
يعتبر المساواة في الحال عند العقد ولا يلتفت الى نقصان في المال ومحمد رحمه الله يعتبرها حالا وما لا واعتبار أبي
يوسف مثل اعتبار أبي حنيفة الا في الرطب بالتمر فانه يفسده بالنص وأصل الشافعي رحمه الله ما ذكرنا في مسألة علة
الربا ان حرمة بيع المطعوم بجنسه هي الاصل والتساوي في المعيار الشرعي مع اليد مخلص الا انه يعتبر التساوي ههنا في
المعيار الشرعي في أعدل الاحوال وهي حالة الجفاف واحتج أبو يوسف ومحمد بن عيسى عن سعد بن أبي وقاص رضي
الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر وقال عليه الصلاة والسلام انه يتقص اذا جف
بين عليه الصلاة والسلام الحكم وعلته وهي النقصان عند الجفاف فمحمد عدى هذا الحكم الى حيث تعدت العلة وأبو
يوسف قصره على محل النص لكونه حكما ثبت على خلاف القياس ولا في حنيفة رحمه الله الكتاب الكريم والسنة
المشهوره اما الكتاب فعمومات البيع من نحو قوله تعالى وأحل الله البيع وقوله عز شأنه يأياها الذين آمنوا لا تأكلوا
أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم فظاهر النصوص يقتضي جواز كل بيع الا ما خص بدليل
وقد خص البيع متفاضلا على المعيار الشرعي بقي البيع متساويا على ظاهر العموم وأما السنة المشهورة فحديث أبي
سعيد الخدري وعبادة بن الصامت رضي الله عنهما حيث جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع الحنطة بالحنطة
والشعير بالشعير والتمر بالتمر مثلاً بمثل عاماً مطلقاً من غير تخصيص وقييد ولا شك ان اسم الحنطة والشعير يقع على كل
جنس الحنطة والشعير على اختلاف أنواعهما وأوصافهما وكذلك اسم التمر يقع على الرطب والبسر لانه اسم لثمر النخل
لغة فيدخل فيه الرطب والياس والمذنب والبسر والمنقع وروى ان عاملاً خبيراً أهدى الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم تمر اجنبياً فقال عليه الصلاة والسلام أو كل تمر خبير هكذا وكان أهدى اليه رطباً فقد أطلق عليه الصلاة
والسلام اسم التمر على الرطب وروى انه نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع التمر حتى يزهر أو يحمراً أو يصفر
وروى حتى يحمراً أو يصفر والاحمرار والاصفران من أوصاف البسر فقد أطلق عليه الصلاة والسلام اسم التمر
على البسر فيدخل تحت النص وأما الحديث فمداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة فلا يقبل في معارضة
الكتاب والسنة المشهورة ولهذا لم يقبله أبو حنيفة رحمه الله في المناظرة في معارضة الحديث المشهور مع انه كان من
صيارفة الحديث وكان من مذهبه تقديم الخبر وان كان في حد الآحاد على القياس بعد ان كان راويه عدلاً ظاهراً العدالة
أو بأدلة فيحمله على بيع الرطب بالتمر نسيئة أو تمر من مال اليتيم توفيةً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض والله
سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الذهب والفضة لا يجوز بيع كل بجنسه متفاضلا في الوزن سواء اتفاقا في النوع والصفة
بان كان مضمراً أو دنانيراً أو مصوغين أو تبرين جديدين أو رديئين أو مختلفاً للحديث المشهور مثلاً بمثل والفضل

ربا واما متساويا في الوزن متفاضلا في النوع والصفة كالمصوغ بالتبر والجيد بالردى فيجوز عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الجيد بالردى واحتج بالحديث المشهور مثلا بمثل ولا مماثلة بين الجيد والردى في القيمة وأما الحديث المشهور مثلا بمثل فالمراد منه المماثلة في الوزن وكذا روى في بعض الروايات وزنا بوزن وقوله عليه الصلاة والسلام جيدها وردئها سواء به تبيين ان الجودة عند المقابلة بحسبها لا قيمة لها شرعا فلا يظهر الفضل واللحم معتبرة بأصولها فان تجانس الاصلان تجانس اللحمان فتراعى فيه المماثلة ولا يجوز الا متساويا وان اختلف الاصلان اختلف اللحمان فيجوز بيع أحدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا بعد ان يكون يدا بيد ولا يجوز نسيئة لوجود أحد وصفي علة بالفضل وهو الوزن اذا عرف هذا فنقول لحوم الابل كلها على اختلاف أنواعها من لحوم العراب والبخاقي والهجين وذى السنامين وذى سنام واحد وجنس واحد لان الابل كلها جنس واحد فكذلك لحومها وكذا لحوم البقر والجواميس كلها جنس واحد ولحوم النعم من الضأن والنمجة والمز والتيس جنس واحد اعتبارا بالاصول وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اللحوم كلها جنس واحد اتحدت أصولها واختلفت حتى لا يجوز بيع لحم الابل بالبقر والبقر بالغنم متفاضلا (وجه) قوله ان اللحمين استويا ساويا ومنفعة وهي التغذي والتقوى فانحد الجنس فلم اعتبار المماثلة في بيع بعضها ببعض (ولنا) ان اصول هذه اللحوم مختلفة الجنس فكذلك اللحوم لانها فروع تلك الاصول واختلف الاصل بوجوب اختلاف الفرع قوله الاسم شامل والمقصود متحد قلنا المعترف في اتحاد الجنس اتحاد المقصود الخاص لا العام ألا ترى ان المطعومات كلها في معنى الطعم متحدة ثم لا يجعل كلها جنسا واحدا كالحنطة مع الشعير ونحو ذلك حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا مع اتحادهما في معنى الطعم لكن لما كان ذلك معنى عام لم يوجب اتحاد الجنس كذا هذا وروى عن أبي يوسف انه يجوز بيع الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كانا من جنس واحد لانه لا يوزن عادة وعلى هذا الباب هذه الحيوانات حكم أصولها عند الاتحاد والاختلاف لانها متفرعة من الاصول فكانت معتبرة بأصولها وكذا دخل الدقل مع خل العنب جنسان مختلفان اعتبارا بأصولهما واللحم مع الشحم جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمنافع وكذا مع الالية والالية مع الشحم جنسان مختلفان لما قلنا وشحم البطن مع شحم الظهر جنسان مختلفان وكذا مع الالية بمنزلة اللحم مع شحم البطن والالية لانه لحم سمين وصوف الشاة مع شعر المزم جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمنفعة وكذا غزل الصوف مع غزل الشعر والقطن مع الكتان جنسان مختلفان وكذا غزل القطن مع غزل الكتان ولا يجوز بيع غزل القطن بالقطن متساويا لان القطن ينقص بالغزل فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر كبس الدقيق بالحنطة (وأما) الحيوان مع اللحم فان اختلف الاصلان فهما جنسان مختلفان كالشاة الحية مع لحم الابل والبقر فيجوز بيع البعض ببعض بمجازة تقدا ونسيئة لانعدام الوزن والجنس فلا يتحقق الربا أصلا وان اتفقا كالشاة الحية مع لحم الشاة من مشايخنا من اعتبرهما جنسين مختلفين وبنوا عليه جواز بيع لحم الشاة بالشاة الحية مجازة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعللوا لهما بانه باع الجنس بخلاف الجنس (ومنه) من اعتبرهما جنسا واحدا أو بنوا مذهبهما على أن الشاة ليست بموزونة وجريان بالفضل يعتمد اجتماع الوصفين الجنس مع القدر فيجوز بيع أحدهما بالآخر مجازة ومفاضلة بعد أن يكون يدا بيد وهو الصحيح على ما عرف في الخلافات وقال محمد لا يجوز الا على وجه الاعتبار على أن يكون وزن اللحم الخالص أكثر من اللحم الذي في الشاة الحية بالحزر والظن فيكون اللحم بازاء اللحم والزيادة بازاء اخلاف الجنس من الاطراف والسقط من الراس والا كارع والجلد والشحم فان كان اللحم الخالص مثل قدر اللحم الذي في الشاة الحية أو أقل أو لا يدري لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع الشاة الحية بشحم الشاة أو باليتها وهذا مذهب أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله اللحوم كلها جنس واحد فلا يجوز بيع اللحم بالحيوان كيف ما كان سواء اتفق الاصلان أو اختلفا باع مجازة أو على طريق الاعتبار وأجمعوا على انه لا يجوز بيع الشاة بلحم الشاة لوجود الجنس المحرم للنساء لان اللحم الخالص من جنس اللحم الذي في الشاة

وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع دهن السمسم بالسمسم الا على طريق الاعتبار وهو أن يكون الدهن الخالص اكثر من الدهن الذي في السمسم حتى يكون الدهن بازاء الدهن والزائد بازاء خلاف جنسه وهو السكسب وكذلك دهن الجوز بلب الجوز (وأما) دهن الجوز بالجوز فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز مجازفة وقال بعضهم لا يجوز الا على طريق الاعتبار وأجمعوا على ان يبيع النصل بالحديد غير المصنوع جائز مجازفة بعد أن يكون بداً بيد أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فهو بغير مذهب على اصل له ذكرناه غير مرة وهو ان حرمة بيع ما كؤل بجنسه هو العزيمة والجواز عند التساوي في المعيار الشرعي رخصة ولا يعرف التساوي بين اللحم الخالص وبين اللحم الذي في الشاة فيبقى على اصل الحرمة وقد ابطالنا هذا الاصل في علة الربا (وأما) الكلام مع أصحابنا (فوجه) قول محمد رحمه الله أن في تجويز المجازفة ههنا احتمال الربا فوجب التحرز عنه ما أمكن وأمكن بمراعاة طريق الاعتبار فلزم مراعاته قياساً على بيع الدهن بالسمسم والدليل على أن فيه الربا أن اللحم موزون فيحتمل أن يكون اللحم المنزوع أقل من اللحم الذي في الشاة وزناً فيكون شيء من اللحم مع السقط زيادة ويحتمل أن يكون مثله في الوزن فيكون السقط زيادة فوجب مراعاة طريق الاعتبار تحزراً عن الربا عند الامكان ولهذا لم يجز بيع الدهن بالسمسم والزيت بالزيتون الا على طريق الاعتبار كذا هذا ولهذا قلنا ان هذا بيع الموزون باليس بموزون بدأً بيد فيجوز مجازفة ومفاضلة استدللاً لا ببيع الحديد الغير المصنوع بالنصل مجازفة ومفاضلة بدأً بيد ودلالة الوصف أن اللحم المنزوع وان كان موزوناً فاللحم الذي في الشاة ليس بموزون لان الموزون ماله طريق الى معرفة مقدار ثقله ولا طريق الى معرفة ثقل اللحم الذي في الشاة لان الطريق اما أن يكون الوزن بالقياس واما أن يكون الاستدلال بالتجربة واما أن يكون بالحرز والتخمين من غير تفاوت فاحش وشئ من ذلك لا يصلح طريقاً لمعرفة مقدار اللحم الذي في الشاة (اما) الوزن بالقياس فلان الشاة لا توزن بالقياس عرفاً ولا عادة ولو صلح الوزن طريقاً لوزن لان امكان الوزن ثابت والحاجة الى معرفة مقدار اللحم الذي فيها ماسة حتى يتعرف المشتري ذلك بالجس والمس باليد والرفع من الارض ونحو ذلك ولان الحى يتقل بنفسه مرة ويخف أخرى فيختلف وزنه فدل أن الوزن لا يصلح طريق المعرفة (وأما) التجربة فان ذلك بالذبح ووزن المذبح ليعرف اللحم الذي كان فيها عند القد بطريق الظهور لا يمكن لان الشاة تحتمل الزيادة والنقصان والسمن والمزال ساعة فساعة فلا يعرف به مقدار ثقله حاله البعد بالتجربة (وأما) الحرز والظن فانه لا حرز لمن لا بصارة له في هذا الباب بل يخطئ لا محالة ومن له بصارة يغلط أيضاً ظاهراً وغالباً ويظهر تفاوت فاحش فدل أنه لا طريق لمعرفة اللحم الذي في الشاة الحية فلم يكن موزوناً فلا يكون محلاً للفضل بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم لان ذلك بيع الموزون بالموزون لانه يمكن معرفة مقدار الدهن في السمسم بالتجربة بان يوزن قدر من السمسم فيستخرج دهنه فيظهر وزن دهنه الذي في الجملة بالقياس عليه أو يعصر الجملة فيظهر قدر الدهن الذي كان فيها حالة العقد أو يعرف بالحرز والتخمين انه كم يخرج من الدهن من هذا القدر من غير تفاوت فاحش يلحق الضرر باحد الماعدين فكان ذلك بيع الموزون بالموزون مجازفة فلم يجز لا احتمال الربا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع شاة مذبوحة غير مسلوخة بلحم شاة لا يجوز الا على طريق الاعتبار بالاجماع لان اللحم الذي في الشاة المذبوحة موزون فقد باع الموزون بجنسه وبخلاف جنسه فيراعى فيه طريق الاعتبار بخلاف اللحم الذي في الشاة الحية فانه غير موزون لما قلنا فلم يتحقق الربا بمجازاة المجازفة فيه ولو باع شاة حية بشاة مذبوحة غير مسلوخة مجازفة جاز بالاجماع اما عندهما فظاهر لانه باع الموزون بماليس بموزون فلا يتحقق الربا كما لو باع شاة حية بلحم الشاة وأما عند محمد فلا يلزم اللحم يقابل اللحم وزيادة اللحم في احدهما مع سقطها يكون بمقابلة سقط الاخرى فلا يتحقق الربا وكذلك لو باع شاتين حيتين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة جاز بالاجماع على اختلاف الاصليين ولو باع شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة يجوز ويكون اللحم بمقابلة اللحم وزيادة اللحم في أحد الجانبين مع السقط يكون بمقابلة سقط

الآخري ولو باع شاتين مذبوحتين مسلوختين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة يحوز ويقابل اللحم باللحم ومقابلة اللحم من المسلوختين بمقابلة سقط الآخري ولو باع شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بشاة مذبوحة مسلوخة لا يحوز لأن زيادة اللحم من غير المسلوختين مع السقط لا يقابله عوض فيكون ربا ولو باع شاتين مسلوختين بشاة مسلوخة لا يحوز لأنهما مالان جمعهما الوزن فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر مفاضلة ومجازفة حتى لو كانا مستويين في الوزن يحوز إذا يبد ولا يحوز بيع الزيت بالزيتون ودهن الكتان بالكتان والعصير بالعنب والسمن بلبن فيه سمن والصوف بشاة على ظهرها صوف واللبن بحيوان في ضرعه لبن من جنسه والتمر بارض ونخل عليه تمر والخنطة بارض فيها زرع قد أدرك ونحو ذلك من أموال الرابحي يكون المفردا أكثر من المجموع ليكون المثل بالمثل والزيادة بمقابلة خلاف الجنس وسند ذكر أجناس هذه المسائل في مواضعها إن شاء الله تعالى هذا إذا قوبل بدل من جنس ببدل من جنسه أو ببدلين من جنسه أو من خلاف جنسه فاما إذا قوبل بدل من جنسين مختلفين ببدل من جنسين مختلفين فان كان من غير أموال الرابح فلا شك أنه يجوز وتقسيم الأبدال من أحد الجانبين بالأبدال من الجانب الآخر قسمة توزيع وإشاعة من حيث التقويم وإن كان من أموال الرابح يجوز أيضاً عند أصحابنا الثلاثة ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس فيقسم قسمة تصحيح لا قسمة إشاعة وتوزيع وعند زفر والشافعي لا يجوز ويقسم قسمة توزيع وإشاعة من حيث القيمة كما في غير أموال الربا وبيان ذلك في مسائل إذا باع كحنطة وكشعير بكرى حنطة وكبرى شعير جاز عند علمائنا الثلاثة وتصرف الحنطة إلى الشعير والشعير إلى الحنطة وعندهما لا يجوز وكذلك إذا باع درهما وديناراً بدرهمين ودينارين ويصرف الدرهم إلى الدينارين والدينار إلى الدرهمين (وجه) قول زفر والشافعي أن هذا بيع رباً فلا يجوز كيبيع الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين ودلالة الوصف أنه قابل الجملة بالجملة مطلقاً ومقابلة الجملة بالجملة يقتضي انقسام كل بدل من أحد الجانبين بجميع الأبدال من الجانب الآخر على سبيل الشيوع من حيث القيمة إذا كانت الأبدال مختلفة القيم استدلالاً بسائر البياعات في غير أموال الرابح فإنه إذا باع عبداً وجارية بفرس وثوب وقيمتها مختلفة يقسم العبد على قيمة الفرس والثوب وكذلك الجارية حتى لو وجدوا أحدهما من الجملة عيابه بده بمحصته من البدلين وكذلك الواستحق واحد منهما يردده بمحصته من البدلين على البائع وكذلك لو كان أحد البدلين داراً فالشفيع يأخذها بمحصته من البدلين فكان التقسيم على الوجه الذي قلناه هو الموجب الأصلي في البياعات كلها والأقسام على هذا الوجه في أموال الرابح يحقق الرابح أنه يصير بائعاً كحنطة وكبرى شعير بكرى شعير وبكر حنطة فيتحقق الرابح على أنه إن لم يتحقق الرابح في حقه احتمال الربا وأنه مفسد للعقد كيبيع الصبرة بالصبرة مجازفة (ولنا) عمومات البيع من غير فصل فمن ادعى التخصيص فعليه الدليل ولأن المتعاقدين أطلقا مقابلة الجملة بالجملة والمطلق يتعرض للذات لا للصفات والجهات فلا يكون مقابلة الجنس بالجنس عينا ولا مقابلة الجنس بخلاف الجنس عينا فلا يتحقق الربا لأنه اسم لفضل مال في مقابلة الجنس بالجنس عينا ولم يوجد أو تقول مطلق المقابلة تحتل مقابلة الجنس بالجنس على سبيل الشيوع من حيث القيمة كما قلتم وتحتل مقابلة الجنس بخلاف الجنس لأن كل ذلك مقابلة الجملة بالجملة إلا أنالو حملناه على الأول ففسد العقد ولو حملناه على الثاني لصح فالحمل على ما فيه الصحة أولى وقوله موجب البيع المطلق المشتمل على أبدال من الجانبين انقسام كل بدل من أحد الجانبين على جميع الأبدال من الجانب الآخر على الشيوع من حيث التقويم قلنا ممنوع لأن هذا موجب العقد المطلق في موضع في مسائل البياعات في غير أموال الرابح ما ثبت الاقسام موجبه بل بحكم المعاوضة والمساواة في الأبدال لأنهما ما أطلقا البيع وهو يشتمل على أبدال من الجانبين من غير تعيين مقابلة البعض ببعض وليس البعض بأولى من البعض في التمين فلزم القول بالإشاعة والتقسيم من حيث القيمة حكماً للمعاوضة والمساواة وعند تحقق الضرورة وهي ضرورة الربا العيب بالإشاعة والرجوع عند الاستحقاق ونحو ذلك فلا يثبت الاقسام عند القيمة قبل تحقق الضرورة على

ما عرف وقوله فيه احتمال الر باقلنا احتمال الر باهنا يوجب فساد العقد عندما يبله الجنس بالجنس عينا كما في بيع الصبرة بالصبرة لا على الإطلاق لأن عندما يبله الجنس بالجنس يلزم رعاية المماثلة المشروطة ولم توجد ههنا فلا توجب الفساد وعلى هذا إذا باع ديناراً ودرهمين بدرهمين ودينارين أنه يجوز عندنا أن يكون الدينار بالدرهمين والدرهم بالدينارين وكذا إذا باع درهمين ودينارين ودرهمين بجوز عندنا أن يجعل الدرهم بالدينارين والدينار بالدرهم وكذا إذا باع عشرة دراهم بخمسة دراهم وديناراً أنه جائز عندنا وتكون الخمسة بمقابلة الخمسة والأخرى بمقابلة الدينار وكذلك إذا باع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم وديناراً جائز عندنا وكانت العشرة بمثلها وديناراً بدرهم وكذلك قال أبو حنيفة عليه الرحمة أنه إذا باع مائة درهم وديناراً بألف درهم يجوز ولا بأس به وتكون المائة بمقابلة المائة والتسعمائة بمقابلة الدينار فلا يتحقق الربا وكذا روى عن محمد أنه قال إذا باع الدراهم بالدراهم في أحدهما فضل من حيث الوزن وفي الجانب الذي لا فضل فيه فلوس فهو جائز في الحكم ولكني أكرهه قليل كيف تجده في قلبك قال أجد مثله الجبل والحاصل أنه ينظر إلى ما يقابل الزيادة من حيث الوزن من خلاف الجنس إن بلغت قيمته قيمة الزيادة أو كانت أقل منها يمتنعان الناس فيه عادة جاز البيع من غير كراهة وإن كانت شيئاً قليل القيمة كفلس وجوزة ونحو ذلك يجوز مع الكراهة وإن كان شيئاً لا قيمة له أصلاً ككف من تراب ونحوه لا يجوز البيع أصلاً لأن الزيادة لا يقابلها عوض فيتحقق الربا

فصل في وأما شرائط جريان الربا (فنها) أن يكون البدل من معصومين فإن كان أحدهما غير معصوم لا يتحقق الربا عندنا وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط ويتحقق الربا وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا دخل مسلم دار الحرب تاجر أبيع حرباً بدرهمين أو غير ذلك من سائر البيوع الفاسدة في حكم الإسلام أنه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وعلى هذا الخلاف المسلم الأسير في دار الحرب أو الحر الذي أسلم هناك ولم يجر إلينا فبايع أحداً من أهل الحرب (وجه) قول أبي يوسف أن حرمة الربا كما هي ثابتة في حق المسلمين فهي ثابتة في حق الكفار لأنهم مخاطبون بالحرمات في الصحيح من الأقوال فاشتراطه في البيع يوجب فساد ما إذا باع المسلم الحربي المستأمن في دار الإسلام (ولهما) أن مال الحربي ليس بمعصوم بل هو مباح في نفسه إلا أن المسلم المستأمن منع من تملكه من غير رضاه لما فيه من العذر والخيانة فإذا بدله باختياره ورضاه فقد زال هذا المعنى فكان الأخذ باستيلاء على مال مباح غير مملوك وأنه مشروع مفيد للملك كالأستيلاء على الخطب والحشيش وبه تبين أن العقد ههنا ليس بملك بل هو تحصيل شرط التملك وهو الرضا لأن ملك الحربي لا يزول بدونه وما لم يزل ملكه لا يقع الأخذ بملكه كالكفنة إذا زال فالملك للمسلم يثبت بالأخذ والاستيلاء لا بالعقد فلا يتحقق الر بالان الر باسم لفضل يستفاد بالعقد بخلاف المسلم إذا باع حرباً يدخل دار الإسلام بأمان لأنه استفاد العصمة بدخوله دار الإسلام بأمان والمال المعصوم لا يكون محلاً للاستيلاء فتعين التملك فيه بالعقد وشرط الربا في العقد مفسد وكذلك الذي إذا دخل دار الحرب فباع حرباً بدرهمين أو غير ذلك من البيوع الفاسدة في الإسلام فهو على هذا الخلاف الذي ذكرنا لأن ما جاز من بيع المسلم جاز من بيع أهل الذمة وما يبطل أو يفسد من بيع المسلمين يبطل أو يفسد من بيعهم إلا الخمر والخنزير على ما نذكر أن شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون البدل من متقومين شرعاً وهو أن يكونا مضمومين حقاً للعبد فإن كان أحدهما غير مضموم حقاً للعبد لا يجزى فيه الربا وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا دخل المسلم دار الحرب فباع رجلاً أسلم في دار الحرب ولم يجر إلينا بدرهمين أو غير ذلك من البيوع الفاسدة في دار الإسلام أنه يجوز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز لأن العصمة وإن كانت ثابتة فالقوم ليس بثابت عنده حتى لا يضمن نفسه بالقصاص ولا بالدية عنده وكذا ماله لا يضمن بالاتلاف لأنه تابع للنفس وعندهما نفسه وماله معصومان متقومان والمسئلة تأتي في كتاب السير ولودخل مسلمان دار الحرب فباعا بدرهمين أو غيره من البيوع الفاسدة في دار الإسلام

لا يجوز لان مال كل واحد منهما معصوم متقوم فكان التملك بالعقد فيفسد بالشرط الفاسد ولو أسلم الحر بنى الذى بايع المسلم ودخل دار الاسلام أو أسلم أهل الدار فسا كان من ربا مقبوض أو بيع فاسد مقبوض فهو جائز ماض وما كان غير مقبوض يبطل لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين أمرهم سبحانه وتعالى بترك ما بقى من الربا والا ما يترك ما بقى من الربا ينهى عن قبضه فكأنه تعالى قال اتركوا قبضه فيقتضى حرمة القبض وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال كل ربا فى الجاهلية فهو موضوع تحت قدمي والوضع عبارة عن الخط والسقاط وذلك فيما لم يقبض ولان الاسلام حرم ابتداء العقد فكذا القبض بحكم العقد لانه تقرير العقد وتأكيده فيشبه العقد فيلحق به اذ هو عقد من وجه فيلحق بالتأبى من كل وجه فى باب الحرمان احتياطا ومتى حرم القبض لم يكن فى بقاء العقد فائدة (ومنها) أن لا يكون البدل من ملكا لحد المتبايعين فان كان لا يجزى الربا وعلى هذا يخرج العبد المأذون اذا باع مولاه درهمين بدرهمين وليس عليه دين انه يجوز لانه اذا لم يكن عليه دين ففى يده لمولاه فكان البدل من ملك المولى فلا يكون هذا بيعا فلا يتحقق الربا اذ هو مختص بالبياعات وكذلك المتعاضدان اذا تبايعا درهمين بدرهمين يجوز لان البدل من كل واحد منهما مشترك بينهما فكان مبادلة ماله بماله فلا يكون بيعا ولا مبادلة حقيقة وكذلك الشريك ان كان شركا العنان اذا تبايعا درهمين بدرهمين من مال الشركة جاز لما قلنا ولو تبايعا من غير مال الشركة لا يجوز لانهما فى غير مال الشركة أجنبيان ولو كان على العبد المأذون دين فباعه مولاه درهمين بدرهمين لا يجوز بالاجماع (أما) عند أبى حنيفة رحمه الله فظاهر لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده فلم يجتمع البدل من ملك واحد وعندهما وان كان يملك لكن ملكا محجورا عن التصرف فيه لتعلق حق الغرماء به فكان المولى كالأجنبي عنه وكذلك المولى اذا عاقده مكاتبه عقد الربا لم يجز لان المكاتب فى حق الاكتساب ملحق بالاحرار لا يقطع تصرف المولى عنها فأشبهه الاجانب (وأما) اسلام المتبايعين فليس بشرط لجرى الربا بين أهل الذمة وبين المسلم والذمة لان حرمة الربا ثابتة فى حقهم لان الكفار مخاطبون بشرائعهم حرمة ان لم يكونوا مخاطبين بشرائعهم عبادات عندنا قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر إمام أن تذكروا الربا وتذنبوا بحرب من الله ورسوله وهذا فى نهاية الوعيد فيدل على نهاية الحرمة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الخلو عن احتمال الربا فلا تجوز المجازفة فى أموال الربا بعضها ببعض لان حقيقة الربا كما هي مفسدة للعقد فاحتمال الربا مفسدة له أيضا لقول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ما اجتمع الحلال والحرام فى شيء الا وقد غلب الحرام الحلال والا صل فيه ان كلما جازت فيه المفاضلة جاز فيه المجازفة وما لا فلا لان التماثل والخلو عن الربا فيما يجزى فيه الربا لما كان شرط الصحة فلا يعلم تحقيق المماثلة بالمجازفة فيقع الشك فى وجود شرط الصحة فلا تثبت الصحة على الاصل المعهود فى الحكم المعلق على شرط اذ وقع الشك فى وجود شرطه انه لا يثبت لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك كما ان الثابت بيقين لا يزول بالشك وبيان هذا الاصل فى مسائل اذا تبايعا حنطة بحنطة مجازفة فان لم يعلم كيلهما أو علم أحدهما دون الآخر أو علم كيل أحدهما دون الآخر لا يجوز لما قلنا وان علم استواءهما فى الكيل فان علم فى المجلس جاز البيع لان المجلس وان طال فله حكم حالة العقد فكأنه عند العقد وان علم بعد الافتراق لم يجز وقال زفر مجوز علم قبل الافتراق أو بعده (وجه) قوله ان الحاجة الى الكيل عند العقد لتحقيق المساواة المشروطة وقد تبين انها كانت ثابتة عنده (ولنا) ان علم المتعاقدين بالمساواة عند العقد شرط الصحة ولم يوجد والدليل على ان العلم عند العقد شرط الصحة ان الشرع ألزم رعاية المماثلة عند البيع بقوله عليه الصلاة والسلام الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل أى يبيعوا الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل أمر المتبايعين بالبيع بصفة المماثلة فلا بد وأن تكون المماثلة معلومة لهما عند البيع لتمكنهما من رعاية هذا الشرط وكذا لو كان بين رجلين حنطة فاقسماها مجازفة لا يجوز لان القسمة فيها معنى المبادلة فيشبه البيع ولا يجوز البيع فيها مجازفة فكذا القسمة ولو تبايعا حنطة بحنطة

وزن أبوزن متساوي في الوزن لم يحز لان الحنطة مكيالة والتساوي في الكيل شرط جواز البيع في المكيالات ولا تعلم المساواة بينهما في الكيل فكان بيع الحنطة بالحنطة مجازفة وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه اذا غلب استعمال الوزن فيها تصير وزنية ويعتبر التساوي فيها بالوزن وان كانت في الاصل كيالية وعلى هذا تخرج المزابنة والمحاكلة انهما لا يجوزان لان المزابنة بيع التمر على رؤس النخل بمثل كيله من التمر خرصا لا يدري أيهما أكثر والزيادة بالنسبة لا يدري أيهما أكثر والمحاكلة بيع الحب في السنبل بمثل كيله من الحنطة خرصا لا يدري أيهما أكثر فكان هذا بيع مال الر با مجازفة لانه لا تعرف المساواة بينهما في الكيل وقد روى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة والمحاكلة وفسر محمد رحمه الله المزابنة والمحاكلة في الموطأ بما قلنا وهو كان اماما في اللغة كما كان اماما في الشريعة وقال كذلك الجواب اذا كان أكثر من خمسة أو سق فأما ما دون خمسة أو سق فلا بأس به لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا بالتمر فيما دون خمسة أو سق فقد رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم من جملة ما حرم من المزابنة ما دون خمسة والمرخص من جملة ما حرم يكون مباحا وتفسير العربية عندنا ما ذكره مالك بن انس في الموطأ رضي الله عنه وهو أن يكون لرجل نخيل فيعطى رجلا منها ثمرة نخلة أو نخلتين يلقطهما ليعاله ثم يثقل عليه دخوله حائطه فيسأله أن يتجاوز له عنها على أن يعطيه بمكيالته تمر عند اصرام النخل وذلك مالا بأس به عندنا لانه لا يبيع هناك بل التمر كله لصاحب النخل فان شاء سلم له تمر النخل وان شاء أعطاه بمكيالته من التمر الا انه سماه الراوي بيعا لتصوره بصور البيع لأن يكون بيعا حقيقة بل هو عطية لا ترى انه لم يملكه المعري له لانعدام القبض فكيف يجعل بيعا ولا نه لوجعل بيعا لكان بيع التمر بالتمر الى أجل وانه لا يجوز بلا خلاف دل أن العربية المرخص فيها ليست ببيع حقيقة بل هي عطية ولان العربية هي العطية لغة قال حسان بن ثابت رضي الله عنه

ليست بسنهاء ولا رجبية * ولكن عرايا في السنين الجوامح

ولو اشترى بكر من تمر نخلا عليها تمر وسمى التمر اود كر كل قليل وكثير هو منه حتى دخل في البيع براعى في جوازه طريق الاعتبار وهو أن يكون كيل التمر أكثر من كيل التمر ليكون التمر بمثابة الزيادة بازاء النخل فان كان أقل لا يجوز لان التمر يكون بمثل كيله وزيادة التمر مع النخل تكون زيادة لا يقال بها عوض فيكون ربا وكذا اذا كان مثله لان النخل يكون فضلا لا يقال به عوض في عقد المعاوضة وكذا اذا كان لا يدري عندنا خلافا لفرق وسند كالمسئلة ان شاء الله تعالى ثم انما يجوز على طريق الاعتبار اذا كان التمر نقدا فان كان نسيئة لم يحز لتحقق ربا بالنساء هذا اذا كان تمر النخل بسرا أو رطبا أو تمر ايا ساعد العقد فان كان كفري جاز البيع كيف ما كان من غير شرط الاعتبار لانه بيع الكفري بالتمر وانه جائز كيف ما كان ولو لم يكن التمر موجودا عند العقد ثم أتم النخل قبل القبض كرا أو أكثر من الكرا يفسد البيع بخلاف ما اذا كان التمر موجودا عند العقد ثم أتم النخل قبل القبض فباعه مع النخل بالتمر وكيل التمر مثل كيل تمر النخل أو أقل حيث يفسد البيع لان العاقدين أدخلوا الباقي العقد لانهما قابلا للثمن بكل المبيع فاقسم الثمن عليهما وبعض المبيع مال الربا فدخل الربا في العقد باشتراطهما واشتراط الربا في العقد مفسد له وههنا البيع كان صحيحا في الاصل لان الثمن خلاف جنس المبيع اذ المبيع هو النخل وحده لانه اذا زاد فقد صار مبيعا في حال البقاء لا بصنعهما فبقى البيع صحيحا وان زيادة ملك المشتري وينقسم الثمن على قيمة النخل وقيمة الزيادة لكن تعتبر قيمة النخل وقت العقد وقيمة الزيادة وقت القبض فيطبخ به من التمر قدر حصته من الثمن لانه فضل له ذلك القدر ببذل ولا يطبخ له الفضل ويتصدق به لانه ربح ما لم يضمن ولو قضى الثمن من التمر الحادث ينظر ان قبضه منه قبل القبض فقبضه باطل لان القضاء منه تصرف في المبيع قبل القبض وانه لا يجوز وجعل كأنه لم يقبض حتى لو هلك الثمن في يد البائع بأفة سهاوية لا يسقط شيء من الثمن وان أكله البائع تسقط حصته من الثمن وان كان المشتري قبض الثمن ثم قضى منه جاز

القضاء لانه تصرف في المبيع بعد القبض وانه جائز وعليه أن يتصدق بما زاد على حصته من الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والقيمة فيهما مجازفة ولو تباعا حنطة بشعير او ذهابا بفضة مجازفة جازلان المماثلة في بيع الجنس بخلاف الجنس غير مشروطة ولهذا جازت المقاضلة فيه فالمجازفة أولى وكذلك القيمة وعلى هذا يخرج بيع الموزون بجنسه وغير جنسه كما اذا اشترى فضة مع غيرها بفضة مفردة بأن اشترى سيفاً محلي بفضة مفردة أو منقطة مفضضة أو لجاماً أو سرجاً أو سكيناً مفضضاً أو جارية في عنقها طوق من فضة أو اشترى ذهباً وغيره بذهب مفرد كما اذا اشترى ثوباً منسوجاً بالذهب بذهب مفرد أو جارية مع حليتها وحليها ذهب بذهب مفرد ونحو ذلك انه لا يجوز مجازفة عندنا بل يراعى فيه طريق الاعتبار وهو أن يكون وزن الفضة المفردة أو الذهب المفرد أكثر من المجموع مع غيره ليكون قدر وزن المفرد بمثله من المجموع والزيادة بخلاف جنسه فلا يتحقق الربا فان كان وزن المفرد أقل من وزن المجموع لم يجز لان زيادة وزن المجموع مع خلاف الجنس لا يقابلها عوض في عقد البيع فيكون ربا وكذلك اذا كان مثله في الوزن لانه يكون الفضة بمثلها والذهب بمثله فالفضل يكون ربا وان كان من خلاف جنسه وكذلك اذا كان لا يعلم وزنه انه أكثر أو مثله أو أقل أو اختلف أهل النظر فيه فقال بعضهم الثمن أكثر وقال بعضهم هو مثله لا يجوز عندنا وعند زفر بن جوز (وجه) قوله ان الاصل في البيع جوازه والفساد بعارض الربا وفي وجوده شك فلا يثبت الفساد بالشك لان جهة الفساد في هذا العقد أكثر من جهة الجواز لان وزن المفرد لو كان أقل يفسد وكذلك لو كان مثله ولو كان أكثر يجوز فجاز من وجه وفسد من وجهين فكانت الغلبة لجهة الفساد والحكم للغالب ثم اذا كان وزن المفرد أكثر حتى جاز البيع فيجتمع في هذا المقد صرف وهو بيع الفضة بالفضة أو الذهب بالذهب وبيع مطلق وهو بيع الذهب أو الفضة بخلاف جنسها فإراعى في الصرف شرائطه وسنذكر شرائط الصرف في موضعه ان شاء الله تعالى واذا فات شيء من الشرائط حتى فسد الصرف هل يتعدى الفساد الى البيع المطلق فيه تفصيل نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى هذا اذا اشترى فضة مع غيرها بفضة مفردة أو ذهباً مع غيره بذهب مفرد فاما اذا اشترى ذهباً مع غيره بفضة مفردة أو فضة مع غيرها بذهب مفرد فالبيع جاز لان ربا عند اختلاف الجنس غير أنه يقسم المفرد على قيمة المجموع وقيمة ذلك الغير فما كان بمقابلة الذهب أو الفضة يكون صرفاً فإراعى فيه شرائط الصرف وما كان بمقابلة غيره يكون بيعاً مطلقاً على ما نذكره في بيان شرائط الصرف وعلى هذا الاصل يخرج بيع تراب معدن الفضة والذهب أو تراب معدن الفضة فلا يخلو اما أن يكون باعه بفضة واما أن يكون باعه بغيرها فان باعه بفضة لم يجز لان البيع يقع على ما في التراب من الفضة لا على التراب لانه لا قيمة له والمماثلة بين الفضتين ليست بمعلومة فكان هذا البيع بيع الفضة بالفضة مجازفة فلا يجوز وان باعه بذهب جاز لان الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس ويراعى فيه شرائط الصرف ثم ينظر ان يخلص منه شيء تبين أن البيع كان فاسداً لانه تبين أنه باع ما ليس بمال فصارت كالواشترى شخصاً على أنه عبد ثم تبين أنه حر أو اشترى شاة مسلوخة على أنها مذبوحة ثم تبين أنها ميتة فان خلع منه شيء فالامر ماض والمشتري بالخيار لانه اشترى شيئاً لم يره فاشبهه ما لو اشترى ثوباً في سقط أو سمكة في جب ولو باعه بعوض جاز أيضاً لما قلنا ثم ينظر ان يخلص منه شيء أو لم يخلص على ما ذكرنا ولو باعه بتراب معدن مثله من الفضة لم يجز لان البيع يقع على ما فيها من الفضة ولا يعلم تساويهما في الوزن فكان بيع الفضة بالفضة مجازفة ولو باعه بتراب معدن الذهب جاز لا بخلاف الجنس ويراعى فيه شرائط الصرف ثم ان لم يخلص منه شيء تبين أن البيع كان فاسداً لانه تبين أنه باع ما ليس بمال وكذا ان خلع من أحدهما ولم يخلص من الآخر لانه تبين أنه باع المال بما ليس بمال وان خلع من كل واحد منهما فالامر ماض ولهما خيار الرؤية لان كل واحد منهما مشترك لم يره وكذلك لو كان تراب معدن الفضة بين رجلين فاقسماه لم يجز لان القسمة فيها معنى البيع فلا يحتمل المجازفة كالبيع ولو باع منه قتيلاً بغير عينه بذهب أو بعرض لم يجز لان المبيع ما في التراب من الفضة وانه

مجهول القدر لانه متفاوت منه قفيز يخلص منه خمسة ومنه قفيز يخلص منه عشرة فكان المبيع مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة بخلاف بيع القفيز من صبرة لان قفران الصبرة الواحدة متاثلة فلم يكن المبيع مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة ولو باع نصف جملة التراب أو ثلثها أو ربعها شائعا بذهب أو عرض جاز لان الجنس مختلف فلا يتحقق الربا الا اذا لم يخلص منه شيء فتبين أن البيع كان فاسدا لما قلنا وان خلس منه شيء فيكون ما خلس مشتركا بينهما وله الخيار اذا رآه ولو استقرض تراب المعدن جاز وعلى المستقرض مثل ما خلس منه وقبض لان القرض وقع على ما يخلص منه والقول قول القابض في قدر ما قبض وخلص ولو استأجره بنصف هذا التراب أو بثلثه أو بربعه يجوز ان يخلص منه شيء كما يجوز لو بيع منه شيء فتبين أن البيع كان فاسدا لما قلنا وان خلس منه شيء فيكون أجره مما خلس ولو استأجر أجيرا بتراب المعدن بعينه جازت الاجارة ان خلس منه شيء لانه استأجره بمال والاجير بالخيار لانه أجر نفسه بماله فانه ان شاء عرضي به ولا شيء له غيره وان شاء رده ورجع على المستأجر بأجر مثله بالمال بالغ ولو استأجره بقفيز من تراب بغير عينه لا تجوز الاجارة لان الاجرة ما في التراب من الفضة وأنه مجهول القدر ولهذا لم يجز بيعه ويكون بينهما وله الخيار وان لم يخلص لا يجوز وله أجر مثله وعلى هذا حكم تراب معدن الذهب في جميع ما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) تراب الصباغة فان كان فيه فضة خالصة فحكمه حكم تراب معدن الفضة وان كان فيه ذهب خالص فحكمه حكم تراب معدن الذهب وان كان فيه ذهب وفضة فان اشتراه بذهب أو فضة لم يجز لاحتمال أن يكون ما فيه من الذهب أو الفضة أكثر أو أقل أو مثله فيتحقق الربا ولو اشتراه بذهب وفضة جاز لانه اشترى ذهبا وفضة نذهب وفضة فيجوز ويصرف الجنس الى خلاف الجنس ويراعى فيه شرائط الصرف ولو اشتراه بعرض جاز لانعدام احتمال الربا وهذا كله اذا خلس منه شيء فان لم يخلص تبين أن البيع كان فاسدا وعلى هذا الاصل يخرج بيع الدراهم المغشوشة التي الغش فيها هو الغالب بفضة خالصة أنه لا يجوز الا على طريق الاعتبار وجملة الكلام فيه أن الدراهم المضروبة اقسام ثلاثة اما أن تكون الفضة فيها هي الغالبة واما أن يكون الغش فيها هو الغالب واما أن يكون الفضة والغش فيها على السواء فان كانت الفضة فيها هي الغالبة بان كان ثلثاها فضة وثلثاها صفرا أو كانت ثلاثة أرباعها فضة وربعها صفرا ونحو ذلك فحكمها حكم الفضة الخالصة لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة الا سواء سواء وكذا بيع بعضها ببعض لا يجوز الا مشابها لانه اعتبار الغالب والحاق المغلوب بالعدم هو الاصل في احكام الشرع ولان الدراهم الجيدة لا تخلو عن قليل غش لان الفضة لا تنطبع بدونه على ما قيل فكان قليل الغش مما لا يمكن التحرز عنه فكانت العبرة للغلبة وان كان الغش فيها هو الغالب فان كانت الفضة لا تخلص بالذوب والسبك بل تحترق ويبقى النحاس فحكمها حكم النحاس الخالص لان الفضة فيها اذا كانت مستهلكة كانت ملحقة بالعدم فيعتبر كله نحاسا لا يباع بالنحاس الا سواء سواء يدا بيد وان كانت تخلص من النحاس ولا تحترق ويبقى النحاس على حاله أيضا فانه يعتبر فيه كل واحد منهما على حاله ولا يجعل أحدهما تبعا للآخر كأنهما منفصلان ممتازان أحدهما عن صاحبه لانه اذا أمكن تخليص أحدهما من صاحبه على وجه يبقى كل واحد منهما بعد الذوب والسبك لم يكن أحدهما مستهلكا فلا يجوز بيعها بفضة خالصة الا على طريق الاعتبار وهو أن تكون الفضة الخالصة أكثر من الفضة المخلوطة يصرف الى الفضة المخلوطة مثلها من الفضة الخالصة والزيادة الى الغش كالمواضع وفضة وفضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة أقل من المخلوطة لم يجز لان زيادة الفضة المخلوطة مع الصفر يكون فضلا خاليا من العوض في عقد المعاوضة فيكون ربا وكذا اذا كانت مثلها لان الصفر يكون فضلا لا يقابله عوض وكذا اذا كان لا يدري قدر الفضةين أيهما أكثر أو هما سواء لا يجوز عندنا وعند زفر يجوز وقد ذكرنا المصحح فيما قبل وذكر في الجامع اذا كانت الدراهم ثلثاها صفرا وثلثها فضة ولا يقدر أن يخلص الفضة من الصفر ولا يدري اذا خلصت أبقى الصفر أم يحترق أنه يراعى في بيع هذه الدراهم بفضة خالصة طريق الاعتبار ثم اذا كانت الفضة الخالصة أكثر حتى جاز البيع يكون هذا صرا فو بيما

مطلقاً فإرعى في الصرف شرائطه وإذا فسدت بقوات شرط منه يفسد البيع في الصفر لأنه لا يمكن تمييزه إلا بضرب وبيع
 ما لا يمكن تمييزه عن غيره إلا بضرب فاسد على ما ذكرنا ولو بيعت هذه الدراهم بذهب جازلان المانع هو الربا واختلاف
 الجنس يمنع تحقق الربا لكن إرعى فيه شرائط الصرف لأنه صرف وإذا فات شرط منه حتى يفسد يفسد البيع في الصفر
 أيضاً لما قلنا ولو بيعت بجنسها من الدراهم المغشوشة جازمتساوياً ومتفاضلاً نص عليه محمد في الجامع ويصرف الجنس
 إلى خلاف الجنس كما لو باع فضة منفصلة وصفراً منفصلاً فضة وصفر منفصلين وقالوا في الستوقة إذا بيع بعضها
 ببعض متفاضلاً أنه يجوز ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس ومشايخنا لم يفتوا في ذلك إلا بالتحريم احترازاً عن فتح
 باب الربا وقالوا في الدراهم القطر فينبه بجوز بيع واحد أو اثنين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة منها درهم فضة لأن ما فيها من
 الفضة يكون بمثل وزنها من الفضة الخالصة وزيادة الفضة تكون بمقابلة الصفر ولا يجوز بيع ستة منها درهم فضة لأن
 الصفر الذي فيها يبقى فضلاً خالياً عن العوض في عقد المعاوضة فيكون ربا وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل
 رحمه الله لا يفتي بجواز هذا وإن كانت الفضة والغش فيها سواء فلم يقطع محمد الجواب فيه في الجامع لكنه بناء على قول
 الصيارفة وحكي عنهم أنهم قالوا إن الفضة والصفر إذا خلطاً لا يتميز الفضة من الصفر حتى يحرق الصفر لانها لا يتميزان
 إلا بذهاب أحدهما والصفر أسرعهما ذهاباً فقال في هذه الدراهم إن كانت الفضة هي الغالبة أي على ما يقوله الصيارفة
 إن الصفر يتسارع إليه الاحتراق عند الاذابة والسبك فلا يجوز بيعها بالفضة الخالصة ولا يبيع بعضها ببعض إلا سواء
 بسواء كييع الزبوف بالجداد لأن الصفر إذا كان يتسارع إليه الاحتراق كان مغلوً باستهلاكه فكان ملحقاً بالعدم وإن لم
 يغلب أحدهما على الآخر بقي على السواء يعتبر كل واحد منهما على حiale كأنهما منفصلان وإرعى في بيعهما بالفضة
 الخالصة طريق الاعتبار كما في النوع الأول ويجوز بيع بعضها ببعض متساوياً ومتفاضلاً ويصرف الجنس إلى خلاف
 الجنس كما في النوع الأول والله سبحانه وتعالى أعلم وهل يجوز استقراض الدراهم المغشوشة عدداً (أما) النوع
 الأول وهو ما كانت فضته غالبية على غشه فلا يجوز استقراضه إلا وزناً لأن الغش إذا كان مغلوً بفيه كان بمنزلة الدراهم
 الزائفة ولا يجوز بيع الدراهم الزائفة بعضها ببعض عدداً لأنها وزنية فلم يعتبر العدد فيها فكان يبيع بعضها ببعض مجازفة
 فلم يجز فلا يجوز استقراضها أيضاً لأنها مبادلة حقيقة أو فيها شبهة المبادلة فيجب صياتها عن الربا وعن شبهة الربا ولهذا
 لم يجز استقراض الكيل وزناً إن الوزن في الكيل غير معتبر فكان اقراضه مبادلة الشيء بمثله مجازفة أو شبهة المبادلة
 فلم يجز كذا هذا وكذلك النوع الثالث وهو ما إذا كان نصفه فضة ونصفه صفر لأن الغلبة إذا كانت الفضة على اعتبار
 بقائها وذهاب الصفر في المآل على ما يقوله أهل الصنعة كان ملحقاً بالدراهم الزبوف فلا يجوز استقراضه عدداً وإن
 كان لا يغلب أحدهما على الآخر ويبقيان بعد السبك على حالهما كان كل واحد منهما أصلاً بنفسه فيعتبر كل واحد
 منهما على حiale فكان استقراض الفضة والصفر جملة عدداً وهذا لا يجوز لأن اعتبار الصفر إن كان يوجب الجواز
 لأن الفلوس عددي فاعتبار الفضة يمنع الجواز لأن الفضة وزنية فالحكم بالفساد عند تعارض حتى الجواز والفساد
 أحوط وأما النوع الثاني ما كان الغش فيه غالباً والفضة مغلوً به فإنه ينظر إن كان الناس يتعاملون به وزناً عدداً
 لا يجوز استقراضه عدداً لأن العدد في الموزون باطل فكان استقراضه مبادلة الموزون بجنسه مجازفة أو شبهة المبادلة
 وأنه لا يجوز وإن كانوا يتعاملون به عدداً يجوز استقراضه عدداً لأنهم إذا تعاملوا به عدداً فقد أحقره بالفلوس وجعلوا
 الفضة التي فيه تبعاً للصفر وأنه يمكن لأنها قليلة وقد يكون في الفلوس في الجملة قليل فضة فنثبت التبعية بدلالة التعامل
 ومثل هذه الدلالة لم توجد فيما إذا تعاملوا بها وزناً عدداً فبقيت وزنية فلا يجوز استقراضه عدداً وإن تعامل الناس بها
 عدداً لأن هناك لا يمكن جعل الفضة تبعاً للغش لأنها أكثر منه ومثله والكثير لا يكون تبعاً للقليل ومثل هذا الشيء
 لا يكون تبعاً أيضاً فبقيت على الصفة الأصلية الثابتة لها شرعاً وهي كونها وزنية فلا يجوز استقراضها مجازفة كما لا يجوز
 بيع بعضها ببعض مجازفة وكذا الشراء بالدراهم المغشوشة من الأنواع الثلاثة عدداً حكمه حكم الاستقراض سواء

فلا يجوز الشراء بالنوع الاول الا وزنا لانها في حكم الجياد وانها وزنية فلم يحز الشراء بها الا وزناً اذا لم يكن مشار اليها وكذلك بالنوع الثالث لما ذكرنا في الاستقراض وأما النوع الثالث فلا مرفيه على التفصيل الذي ذكرناه في الاستقراض ان الناس ان كانوا يتبايعون بها وزناً لا عدد ولا يجوز لا حد أن يتبايع بها عدد لان الوزن صفة أصلية للدرهم وانما تصير عددية بتعامل الناس فان جرى التعامل بها وزناً لا عدد أقصد تقررت الصفة الأصلية وقيمت وزنية فاذا اشترى بها عدد أعلى غير وزن والعدد هدر ولم توجد الاشارة فقد بقي الثمن مجهولاً جهالة مفضية الى المنازعة لانه لا يدري ما وزن هذا القدر من العدد المسمى فيوجب فساد العقد بخلاف ما اذا اشترى بها عدد اعلى غير وزن ولكن أشار اليها فيما يكتفي فيه بالاشارة حيث يجوز لان مقدار وزنها وان كان مجهولاً بعد الاشارة اليها لكن هذه جهالة لا تقضى الى المنازعة لانه يمكن معرفة مقدار المشار اليه بالوزن اذا كان قائماً فلا يمنع جواز العقد وان كانوا يتبايعون بها عدد أجاز لانها صارت عددية بتعامل الناس وصارت كالفلوس الرائجة هذا اذا اشترى بالانواع الثلاثة عدد اعلى وزن ولم يعينها فاما اذا عينها واشترى بها عرضاً بأن قال اشترى بهذا العرض بهذه الدراهم وأشار اليها فلا شك في جواز الشراء بها ولا تتعين بالاشارة اليها ولا يتعلق العقد بعينها حتى لو هلك قبل أن يتقدها المشتري لا يبطل البيع ويعطى مكانها مثلها من جنسها ونوعها وقدرها وصفتها (أما) النوع الاول فلانها بمنزلة الدراهم الجياد وانها لا تتعين بالاشارة اليها ولا يبطل البيع بهلا كما فكنا هذه (وأما) النوع الثاني فلان الصفة فيها ان كانت هي الغالبة على ما يقوله السباكون فهي في حكم النوع الاول وان لم يغلب أحدهما على الآخر يعتبر كل واحد منهما بحاله فلا يبطل البيع أيضاً لان اعتبار الفضة لا يوجب البطلان لانها لا تتعين واعتبار الصفر يوجب لانه يتعين فلا يبطل بالشك (وأما) النوع الثالث فلان الناس ان كانوا يتعاملون بها وزناً فهي وسائر الدراهم سواء فلا تتعين بالاشارة ويتعلق العقد بمثلها في الذمة لا بعينها فلا يبطل البيع بهلا كما وان كانوا يتعاملون بها عدد فهي بمنزلة الفلوس الرائجة وانها اذا قوبلت بخلاف جنسها في المعاوضات لا تتعين ولا يتعلق العقد بعينها بل بمثلها عدد أو لا يبطل بهلا كما كذا هذا ولو كسد هذا النوع من الدراهم وصارت لا تروج بين الناس فهي بمنزلة الفلوس الكاسدة والستوق والرصاص حتى تتعين بالاشارة اليها ويتعلق العقد بعينها حتى يبطل العقد بهلا كما قبل القبض لانها صارت سلعة لكن قالوا هذا اذا كان العاقدان عالين بحال هذه ويعلم كل واحد منهما ان الآخر يعلم بذلك فاما اذا كانا لا يعلمان أو يعلم أحدهما ولم يعلم الآخر أو يعلمان لكن لا يعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم فان العقد لا يتعلق بالمشار اليه ولا بجنسها وانما يتعلق بالدراهم الرائجة التي عليها تعامل الناس في تلك البلد هذا اذا صارت بحيث لا تروج أصلاً فاما اذا كانت يقبلها البعض دون البعض فحكمها حكم الدراهم الزائفة فيجوز الشراء بها ولا يتعلق العقد بعينها بل يتعلق بجنس تلك الدراهم الزيوف ان كان البائع يعلم بحالها خاصة لانه رضى بجنس الزيوف وان كان البائع لا يعلم لا يتعلق العقد بجنس المشار اليه وانما يتعلق بالجيد من نقد تلك البلد لانه لم يرض الا به اذا كان لا يعلم بحالها والله سبحانه وتعالى أعلم ثم انما لا يبطل البيع بهلاك الدراهم في الانواع الثلاثة بعد الاشارة اليها اذا كان علم عددها أو وزنها قبل الهلاك لانه اذا كان علم ذلك يمكن اعطاء مثلها بعد هلاكها فاما اذا كان لم يعلم لا عددها ولا وزنها حتى هلكت يبطل البيع لان الثمن صار مجهولاً اذا اشترى لا يمكنه اعطاء مثل الدراهم المشار اليها (ومنها) الخلو من شبهة الزبالان الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الحرمان احتياطاً وأصله ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لو ابصت بن معبد رضى الله عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتهيات فذبح ما يريك الى ما لا يريك وعلى هذا يخرج ما اذا باع رجل شيئاً قد أؤنسبته وقبضه المشتري ولم يتقدّمه انه لا يجوز لبائعه أن يشتريه من مشتريه بأقل من ثمنه الذي باعه منه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجوز (وجه) قوله ان هذا بيع استجمع شرائط جوازه وخلع الشرط المفسدة اياه فلا معنى للحكم بفساده كما اذا اشتراه بعد قد الثمن ولنا ما روى ان امرأته جاءت الى سيدتنا عائشة رضى الله عنها وقالت اني ابتعت

خادم من زيد بن أرقم بثأتمائة ثم بعتهم منه بستائة فقالت سيدتنا عائشة رضي الله عنها بئس ما شريت وبئس ما اشتريت أبلغني زيد أن الله تعالى قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لم يتب (وجه) الاستدلال به من وجهين أحدهما أنها ألحقت بزيد وعيد الأيوقف عليه بالرأى وهو بطلان الطاعة بما سوى الردة فالظاهر أنها قالت سماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يلحق الوعيد إلا بمباشرة المعصية فدل على فساد البيع لأن البيع الفاسد معصية والثاني أنها رضي الله عنها سمت ذلك بيع سوء وشراء سوء والفاسد هو الذي يوصف بذلك لا الصحيح ولأن في هذا البيع شبهة الربا لأن الثمن الثاني يصير قصاصاً بالثمن الأول فبقي من الثمن الأول زيادة لا يقابلها عوض في عقد المعاوضة وهو تفسير الربا لأن الزيادة تثبت بمجموع العقدین فكان الثابت بأحدهما شبهة الربا والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة بخلاف ما إذا تعد الثمن لأن المقاصة لا تتحقق بعد الثمن فلا تتمكّن الشبهة بالعقد ولو تعد الثمن كله الأشياء قليلاً فهو على الخلاف ولو اشترى مائة بمائة قبل تعد الثمن جاز بالاجماع لانعدام الشبهة وكذا لو اشترى مائة بمائة قبل تعد الثمن ولأن فساد العقد معدول به عن القياس وانما عرفناه بالاثار والاثار جاع في الشراء بأقل من الثمن الأول فبقي ما وراءه على أصل القياس هذا إذا اشترى بجنس الثمن الأول فان اشترى بخلاف الجنس جاز لأن الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس إلا في الدراهم والدنانير خاصة استحساناً والقياس أن لا يجوز لانهما جنسان مختلفان حقيقة فالتحقا بسائر الاجناس المختلفة (وجه) الاستحسان انهما في الثمنية كجنس واحد فيتحقق الربا بمجموع العقدین فكان في العقد الثاني شبهة الربا وهي الربا من وجه ولو تعيب المبيع في يد المشتري فباعه من بئسه بأقل مما باعه جاز لأن نقصان الثمن يكون بمقابلة نقصان العيب فيلحق النقصان بالعدم كانه باعه بمثل ما اشترى فلا يتحقق شبهة الربا ولو خرج المبيع من ملك المشتري فاشترى البائع من المالك الثاني بأقل مما باعه قبل تعد الثمن جاز لأن اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين فيمنع تحقق الربا ولو مات المشتري فاشترى البائع من وارثه بأقل مما باعه قبل تعد الثمن لم يحز لأن الملك هناك لم يختلف وانما قام الوارث مقام المشتري بدليل انه يرد بالعيب ويرد عليه وكذا لو كان المبيع جارية فاستولدها الوارث أو كان رافقاً عليها ثم ورد الاستحقاق فأخذ منه قيمة الولد وتقص عليه البناء كان للوارث أن يرجع على بائع المورث بقيمة الولد وقيمة البناء كما كان يرجع المشتري لو كان حياً لأن الوارث قائم مقام المشتري فكان الشراء منه بمنزلة الشراء من المشتري فرق بين هذا وبين ما إذا مات البائع فاشترى وارثه من المشتري بأقل مما باعه قبل تعد الثمن انه يجوز اذا كان الوارث ممن تجوز شهادته للبائع في حال حياته (وجه) الفرق أن الوارث يقوم مقام المورث فيما ورثه ووارث المشتري ورث عين المبيع مقام مقامه في عينه فكان الشراء منه كالشراء من المشتري فلم يحز ووارث البائع ورث الثمن والثمن في ذمة المشتري وما عين في ذمة المشتري لا يحتمل الارث فلم يكن ذلك عين ما ورثه عن البائع فلم يكن وارث البائع مقامه فيما ورثه وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز للشراء من وارث البائع كما لا يجوز للشراء من وارث المشتري لأن الوارث خلف المورث فالمشتري قائم مقامه كانه هو ولو باعه المشتري من غيره فعاد المبيع الى ملكه فاشترى بأقل مما باعه فهذا لا يخلو اما ان عاد اليه بملك جديد واما ان عاد اليه على حكم الملك الاول فان عاد اليه بملك جديد كالشراء والهبة والميراث والاقالة قبل القبض وبعده والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضى ونحو ذلك من أسباب تجديد الملك جاز الشراء منه بأقل مما باعه لأن اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين وان عاد اليه على حكم الملك الاول كالرد بخيار الرؤية والرد بخيار الشرط قبل القبض وبعده بقضاء القاضى وبغير قضاء القاضى والرد بخيار العيب قبل القبض بقضاء القاضى وبغير قضاء القاضى وبعده القبض بقضاء القاضى لا يجوز للشراء منه بأقل مما باعه لأن الرد في هذه المواضع يكون فسخا وفسخا يكون رفعاً من الاصل واعادة الى قديم الملك كانه لم يخرج عن ملكه أصلاً ولو كان كذلك لكان لا يجوز له الشراء فكذا هذا ولو لم يشتره البائع لكن اشترى بعض من لا تجوز شهادته له كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة

لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله كمالا يجوز من البائع وعند أبي يوسف ومحمد يجوز كما يجوز من الاجنبي (وجهه) قوله ان كل واحد منهما اجنبي عن ملك صاحبه لا تفصال ملكه عن ملك صاحبه فيقع عقد كل واحد منهما له لا لصاحبه كسائر الاجانب ثم شراء الاجنبي لنفسه جائز فكذا شراءه لصاحبه ولا يحرى حنيفة رحمه الله ان كل واحد منهما يبيع بمال صاحبه عادة حتى لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه فكان معنى ملك كل واحد منهما ثابتا لصاحبه فكان عقده واقعا لصاحبه من وجه فيؤثر في فساد العقد احتياطا في باب الربا ولو باع المولى ثم اشتراه مدبره أو مكاتبه أو بعض ممالিকে ولادين عليه أو عليه دين بأقل مما باع المولى لا يجوز كمالا يجوز عن المولى وكذا لو باع المدبر أو المكاتب أو بعض ممالিকে ثم اشتراه المولى لا يجوز لان عقده مؤلأ يقع للمولى من وجه ولو كان وكيل فباع واشترى بأقل مما باع قبل فقد التمن لا يجوز كمالا ولو باع واشترى الموكل لنفسه لان المانع تمكن شبهة الربا وان لا يفصل بين الوكيل والموكل ولذا سيدتنا عائشة رضي الله عنها لم تستفسر السائلة انها مالكة أو وكيلة ولو كان الحكم يختلف لاستفسرت وكذا لو باع الوكيل ثم اشتراه الموكل لم يحز لان له لو اشتراه وكيله لم يحز فاذا اشتراه بنفسه أولى أن لا يجوز وكذا لو باعه الوكيل ثم اشتراه بعض من لا يجوز شهادة الوكيل له أو بعض من لا يجوز شهادة الموكل له لم يحز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز على ما مر ولو باع ثم وكل بنفسه انسانا بان يشتري له ذلك الشيء بأقل مما باع قبل فقد التمن فاشتراه الوكيل فهو جائز للوكيل والتمنان يلتقيان قصاصا والزيادة من التمن الاول لا تطيب للبائع ويكون ملكا له وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف التوكيل فاسد ويكون الوكيل مشترى بنفسه وقال محمد التوكيل صحيح الا أنه اذا اشتراه الوكيل يكون مشترى بالبائع شراء فاسدا ويملكه البائع ملكا فاسدا وهذا بناء على أصلهم فأصل أبي حنيفة انه ينظر الى العاقد ويعتبر أهليته ولا يعتبر أهلية من يقع له حكم العقد ولهذا قال ان المسلم اذا وكل ذميا بشراء الخمر أو بيعها انه يجوز وكذا الحريم اذا وكل حلالا ببيع صيده أو بشراء صيد جاز التوكيل عنده وتعتبر أهلية الوكيل وأصل أبي يوسف ومحمد انهما يعتبران أهلية العقد للعقد والمعقود له جميعا حتى لم يحز التوكيل عندهما في المسئلتين الا أن محمدا خالف أبا يوسف في هذه المسئلة وترك أصله حيث قال بصحة التوكيل ولم ينظر الى الموكل وعلى هذا الخلاف اذا وكل المسلم ذميا بان يشتري له من ذمى عبده بنحر وغير ذلك العبد ففعل الوكيل صح الشراء عند أبي حنيفة ويكون العبد للموكل وعلى الوكيل للبائع الخمر وهو يرجع بقيمة الخمر على موكله وعند أبي يوسف التوكيل فاسد ويكون الوكيل مشترى بنفسه وعند محمد التوكيل صحيح ويكون مشترى للموكل شراء فاسدا ولو باع بألف درهم حالة ثم اشتراه بألف درهم مؤجلة فالشراء فاسد لانه اشترى ما باع بأقل مما باع من حيث المعنى لان الحالة خير من المؤجلة وكذا لو باع بألف مؤجلة ثم اشتراه بألف مؤجلة الى ابعده من ذلك الاجل فهو فاسد لما قلنا ولو باع عبدا بألف وقبضه المشتري ثم اشتراه البائع وعبدا آخر قبل قد التمن فان التمن يقسم عليهما على قدر قيمتهما ثم ينظر فان كانت حصصة العبد الذي باعه مثل ثمنه أو أكثر جاز الشراء فيهما جميعا أما في الذي لم يبعه فظاهر وكذا في الذي باعه لانه اشترى ما باع بمثل ما باع أو بأكثر مما باع قبل قد التمن وانه جائز وان كان أقل من ثمنه ففسد البيع فيه ولا يفسد في الآخر لان الفساد لكونه شراء ما باع بأقل مما باع قبل قد التمن وذلك وجد في أحدهما دون الآخر وهذا على أصلهما ظاهر وكذا على أصل أبي حنيفة فكان ينبغي أن يفسد فيهما لان من أصله ان الصفقة متى اشتملت على ابدال وفسدت في بعضها أن يتعدى الفساد الى الكل كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما جميعا صفقة واحدة وانما لم يفسد فيهما لان الفساد هنالك باعتبار انه لما جمع بين الحر والعبد وباعهما صفقة واحدة فقد جعل قبول العقد في أحدهما شرطا لقبول العقد في الآخر والحري ليس بمحل لقبول العقد فيه يبين فلا يصح قبول فيه فلا يصح في الآخر فلم ينعقد العقد أصلا والفساد ههنا باعتبار شراء ما باع بأقل مما باع وذلك وجد في أحدهما دون الآخر ففسد في أحدهما دون الآخر لان الاصل اقتصار الفساد على قدر الفساد ولهذا الوجه بين عبيد وباع أحدهما الى الحصاد او الدياس أن البيع يفسد فيما

في بيعه أجل ولا يفسد في الآخر وكذا لو جمع بين قن ومدبر وباعهما صفقة واحدة يصح البيع في القن ويفسد في المدبر لو وجود المفسد في أحدهما دون الآخر كذا هذا (ومنها) قبض رأس المال في بيع الدين بالعين وهو السلم والكلام في السلم في الأصل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان ركنه والثاني في بيان شرائط الركن والثالث في بيان ما يجوز من التصرف في السلم فيه وما لا يجوز أما ركن السلم فهو لفظ السلم والسلف والبيع بأن يقول رب السلم أسلمت إليك في كذا أو أسلفت لأن السلم والسلف مستعملان بمعنى واحد يقال سلفت وأسلفت وأسلمت بمعنى واحد فإذا قال المسلم إليه قبلت فقد تم الركن وكذا إذا قال المسلم إليه بعثت منك كذا وذكر شرائط السلم فقال رب السلم قبلت وهذا قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا ينعقد إلا بلفظ السلم لأن القياس أن لا ينعقد أصلاً لأنه بيع ما ليس عند الإنسان وأنه منهي عنه إلا أن الشرع ورد بجوازه بلفظ السلم بقوله ورخص في السلم (ولنا) أن السلم بيع فينعقد بلفظ البيع والدليل على أنه بيع ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع ما ليس عند الإنسان عاماً ورخص السلم بالرخصة فيه فدل أن السلم بيع ما ليس عند الإنسان ليستقيم تخصيصه عن عموم النهي بالترخص فيه

فصل وأما شرائط الركن فهي في الأصل نوعان نوع يرجع إلى نفس العقد ونوع يرجع إلى البدل (أما) الذي يرجع إلى نفس العقد فواحد وهو أن يكون العقد باتاً عارياً عن شرط الخيار للعاقدين أو لأحدهما لأن جواز البيع مع شرط الخيار في الأصل ثبت معدولاً به عن القياس لأنه شرط يخالف مقتضى العقد بثبوت الحكم للحال وشرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ومثل هذا الشرط مفسد للعقد في الأصل إلا أنه عارفاً جوازاً بالنص والنص ورد في بيع العين فبقى ما وراءه على أصل القياس خصوصاً إذا لم يكن في معناه والسلم ليس في معنى بيع العين فيما شرع له الخيار لأنه شرع لدفع الغبن والسلم مبناه على الغبن وكس الثمن لأنه لا يبيع المقاليس فلم يكن في معنى مورد النص فور ودالنص هناك لا يكون وروداهنا دلالة فبقى الحكم فيه للقياس ولأن قبض رأس المال من شرائط الصحة على ما ذكره ولا صحة للقبض إلا في الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك فيمنع المستحق صحة القبض بخلاف المستحق أنه لا يبطل السلم حتى لو استحق رأس المال وقد اختلفوا في القبض وأجاز المستحق فالسلم صحيح لأنه لما أجاز تبين أن العقد وقع صحيحاً من حين وجوده وكذا القبض إذا أجازة اللاحق بمثله الوكالة السابقة وبخلاف خيار الرؤية والعيب لأنه لا يمنع ثبوت الملك فلا يمنع صحة القبض ولو أبطل صاحب الخياره قبل الافتراق بابدانها ورأس المال قائم في يد المسلم إليه ينقلب العقد جائزاً عندنا خلافاً لغيره وقد مررت المسئلة وإن كان هالكاً أو مستهلكاً لا ينقلب إلى الجواز بالاجماع لأن رأس المال يصير ديناً على المسلم إليه والسلم لا ينعقد برأس مال دين فلا ينعقد عليه أيضاً (وأما) الذي يرجع إلى البدل فأنواع ثلاثة نوع يرجع إلى رأس المال خاصة ونوع يرجع إلى المسلم فيه خاصة ونوع يرجع إليهما جميعاً (أما) الذي يرجع إلى رأس المال فأنواع (منها) بيان جنسه كقولنا دراهم أو دنانير أو حنطة أو تمر (ومنها) بيان نوعه إذا كان في البلد نقود مختلفة كقولنا دراهم فتحية أو دنانير نيسابورية أو حنطة سقية أو تمر برني (ومنها) بيان صفته كقولنا جيداً أو وسطاً أو ردياً لأن جهالة الجنس والنوع والصفة مفضية إلى المنازعة وإنها مانعة صحة البيع لما ذكرنا من الوجوه فيما تقدم (ومنها) بيان قدره إذا كان مما يتعلق العقد بقدره من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ولا يكتفى بالإشارة إليه وهذا قول أبي حنيفة وسفيان الثوري وأحمد قولي الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد ليس بشرط والتعيين بالإشارة كاف وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله ولو كان رأس المال مما لا يتعلق العقد بقدره من الذرعيات والعدديات المتفاوتة لا يشترط إعلام قدره ويكتفى بالإشارة بالاجماع وكذا إعلام قدر الثمن في بيع العين ليس بشرط والإشارة كافية بالاجماع وبصورة المسئلة إذا قال أسلمت إليك هذه الدراهم أو هذه الدنانير ولا يعرف وزنها أو هذه الصبرة ولم يعرف كيلها لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ولو قال

أسلمت اليك هذا الثوب ولم يعرف ذرعه أو هذا القطيع من الغنم ولم يعرف عدده جاز بالاجماع (وجه) قوله ما ان الحاجة الى تعيين رأس المال وانه حصل بالاشارة اليه فلا حاجة الى اعلام قدره ولهذا لم يشترط اعلام قدر الثمن في بيع العين ولا في السلم اذا كان رأس المال مما يتعلق العقد بقدره ولا في حنيفة رحمه الله ان جهالة قدر رأس المال تؤدي الى جهالة قدر المسلم فيه وانها مفسدة للعقد فيلزم اعلام قدره صيانة للعقد عن الفساد ما أمكن كما اذا أسلم في المكيل بمكيل نفسه بعينه ودلالة انها تؤدي الى ما قلنا ان الدراهم على ما عليه العادة لا تخلو عن قليل زيف وقد يرد الاستحقاق على بعضها فاذا رد الزائف ولم يستبدل في مجلس الرد ولم يتجاوز المستحق بنفسه السلم في المسلم فيه بقدر المردود والمستحق ويبقى في الباقي وذلك غير معلوم فيصير المسلم فيه مجهول القدر ولهذا لم يصح السلم في المكيلات بغيره بعينه لانه يحتمل هلاك القفيز فيصير المسلم فيه مجهول القدر فلم يصح كذا هذا بخلاف بيع العين فان الزيف والاستحقاق هناك لا يؤثر في العقد لان قبض الثمن غير مستحق وبخلاف الثياب والعديدات المتفاوتة لان القدر فيها ملحق بالصفة ألا ترى انه لو قال أسلمت اليك هذا الثوب على انه عشرة أذرع فوجده المسلم اليه أحد عشر سلمت الزيادة فثبت ان الزيادة فيها تجري مجرى الصفة واعلام صفة رأس المال ليس بشرط لصحة السلم اذا كان معيناً مشار اليه وعلى هذا الخلاف اذا كان رأس المال جنساً واحداً مما يتعلق العقد على قدره فأسلمه في جنسين مختلفين كالخطة والشعير أو نوعين مختلفين من جنس واحد كاهري وى والمروى ولم يبين حصة كل واحد منهما فالسلم فاسد عند أبي حنيفة وعندهما جائز ولو كان جنساً واحداً مما لا يتعلق العقد على قدره كالثوب والعددي المتفاوت فأسلمه في شيئين مختلفين ولم يبين حصة كل واحد منهما من ثمن رأس المال فالثمن جائز بالاجماع ولو كان رأس المال من جنسين مختلفين أو نوعين مختلفين فأسلمهما في جنس واحد فهو على الاختلاف والكلام في هذه المسئلة بناء على الاصل الذي ذكرنا ان كون رأس المال معلوم القدر شرط لصحة السلم عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط (وجه) البناء على هذا الاصل ان اعلام القدر لما كان شرطاً عنده فاذا كان رأس المال واحداً وقوبل شيئين مختلفين كان اتسامه عليهما من حيث القيمة لا من حيث الاجزاء وحصة كل واحد منهما من رأس المال لا تعرف الا بالجزر والظن فيبقى قدر حصة كل واحد منهما من رأس المال مجهولاً وجهالة قدر رأس المال مفسدة للسلم عنده وعندهما اعلام قدره ليس بشرط فجاءته لا تكون ضارة ولو أسلم عشرة دراهم في ثوبين جنسهما واحد ونوعهما واحد وصفتهما واحدة وطولهما واحد ولم يبين حصة كل واحد منهما من العشرة فالسلم جائز بالاجماع (اما عندهما) فظاهر لان اعلام قدر رأس المال ليس بشرط وأما عنده فلا حصة كل واحد منهما من رأس المال تعرف من غير حزر وظن فكان قدر رأس المال معلوماً وصار كما اذا أسلم عشرة دراهم في قفيز حنطة ولم يبين حصة كل قفيز من رأس المال انه يجوز لما قلنا كذا هذا ولو قبض الثوبين بعد محل الاجل ليس له أن يبيع أحدهما مائة على خمسة دراهم عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد له ذلك وله أن يبيعهما جميعاً مائة على عشرة بالاجماع وكذا لو كان بين حصة كل ثوب خمسة دراهم له أن يبيع أحدهما على خمسة مائة بخلاف ونذكر دلائل هذه الجملة في مسائل المراجعة ان شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم لان المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين وانه منهي عنه لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ أى النسيئة بالنسيئة ولان ما أخذ هذا العقد دليل على هذا الشرط فانه يسمى سائماً وسلفاً لغة وشرعاً تقول العرب أسلمت وأسلفت بمعنى واحد وفي الحديث من أسلم فليسلم في كيل معلوم وروى من سلف فليسلف في كيل معلوم والسلم ينبي عن التسليم والسلف ينبي عن التقدم فيقتضى لزوم تسليم رأس المال ويقدم قبضه على قبض المسلم فيه فان قيل شرط الشيء يسبقه أو يقارنه والقبض يعقب العقد فكيف يكون شرطاً فالجواب ان القبض شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط الصحة فان العقد ينقضي صحيحاً بدون قبض ثم يفسد بالافتراق لا عن قبض وبقاء العقد صحيحاً يعقب

العقد ولا يتقدمه فيصلح القبض شرطاً له وسواء كان رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً والقياس أن لا يشترط قبضه في المجلس إذا كان عيناً وهو قول مالك رحمه الله (وجه) القياس أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين وهذا افتراق عن عين بدين وأنه جائز (وجه) الاستحسان أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة ولا تجعل العين رأس مال السلم إلا نادراً والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين على ما هو الأصل في الشرع في الحاق المفرد بالجملة ولأن مأخذ العقد في الدلالة على اعتبار هذا الشرط لا يوجب الفصل بين الدين والعين على ما ذكرنا وسواء قبض في أول المجلس أو في آخره فهو جائز لأن ساعات المجلس لها حكم ساعة واحدة وكذا لو لم يقبض حتى قاما بمشيان فقبض قبل أن يفترقا بأبدانهم جائز لأن ما قبل الافتراق بأبدانهم له حكم المجلس وعلى هذا يخرج الإبراء عن رأس مال السلم أنه لا يجوز بدون قبول رب السلم لأن قبض رأس المال شرط صحة السلم فلو جاز الإبراء من غير قبوله وفيه إسقاط هذا الشرط أصلاً لكان الإبراء فسخاً معني وأحد العاقلين لا ينفرد بفسخ العقد فلا يصح الإبراء بغير عقد السلم على حاله وإذا قبل جاز الإبراء لأن الفسخ حينئذ يكون براضيهما وأنه جائز وإذا جاز الإبراء وأنه في معنى الفسخ انفسخ العقد ضرورة بخلاف الإبراء عن المسلم فيه أنه جائز من غير قبول المسلم إليه لأنه ليس في الإبراء عنه إسقاط شرط لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط فيصح من غير قبول وبخلاف الإبراء عن ثمن المبيع أنه يصح من غير قبول المشتري إلا أنه يرتد بالرد لأن قبض الثمن ليس بشرط لصحة البيع إلا أنه يرتد بالرد لأن الإبراء معني التملك على سبيل التبرع فلا يلزم دفعاً للضرر المنع ولا يجوز الإبراء عن المبيع لأنه عين والإبراء إسقاط واستقاط الاعيان لا يعقل وعلى هذا يخرج الاستبدال برأس مال السلم في مجلس العقد أنه لا يجوز وهو أن يأخذ برأس مال السلم شيئاً من غير جنسه لأن قبض رأس المال لما كان شرطاً قبل الاستبدال يفوت قبضه حقيقة وإنما يقبض بدله وبدل الشيء غيره وكذلك الاستبدال ببدل الصرف لما قلنا فإن أعطى رب السلم من جنس رأس المال أجود أو أردأ ورضى المسلم إليه بالرد جاز لأنه قبض جنس حقه وإنما اختلف الوصف فإن كان أجود فقد قضى حقه وأحسن في القضاء وإن كان أردأ فقد قضى حقه أيضاً لكن على وجه التقصان فلا يكون أخذ الأجود والرد الاستبدال إلا أنه لا يجبر على أخذ الرد إلا أن فيه فوات حقه عن صفة الجودة فلا بد من رضاه وهل يجبر على الأخذ إذا أعطاه أجود من حقه قال علماءنا الثلاثة رحمهم الله يحير عليه وقال زفر لا يحير (وجه) قوله أن رب السلم في إعطاء الزيادة على حقه متبرع والمتبرع عليه لا يجبر على قبول التبرع لما فيه من الزام المنفعة فلا يلزمه من غير التزامه (ولنا) أن إعطاء الأجود مكان الجيد في قضاء الديون لا يعد فضلاً وزيادة في العادات بل يمد من باب الاحسان في القضاء ولو احق الإيفاء إذا أعطاه الأجود فقد قضى حق صاحب الحق وأجمل في القضاء فيجبر على الأخذ (وأما) الاستبدال بالمسلم فيه بجنس آخر فلا يجوز أيضاً لكن بناء على أصل آخر ذكرناه فيما تقدم وهو أن المسلم فيه مبيع منقول وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز وإن أعطى أجود أو أردأ فحكمه حكم رأس المال وقد ذكرناه (وأما) استبدال رأس مال السلم بجنس آخر بعد الإقالة أو بعد انقضاء السلم العارض فلا يجوز عندنا خلافاً لفرع ويجوز استبدال بدل الصرف بعد الإقالة بالاجماع وقد مر الكلام فيه والفرق فيما تقدم وتجاوز الحوالة برأس مال السلم على رجل حاضر والكفالة به لوجود ركن هذه العقود مع شرائطه فيجوز كما في سائر العقود فلو امتنع الجواز فاعلمنا امتنع لكان الخلل في شرط عقد السلم وهو القبض وهذه العقود لا تخل بهذا الشرط بل تحققه لكونها وسائل إلى استيفاء الحق فكانت مؤكدة لهذا مذهب أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر لا يجوز لأن هذه العقود شرعت لتوثيق حق محتمل التأخر عن المجلس فلا يحصل ما شرع له العقد فلا يصح وهذا غير سديد لأن معنى التوثيق يحصل في الحقين جميعاً فجاز العقد فيهما جميعاً ثم إذا جازت الحوالة والكفالة فإن قبض المسلم إليه رأس مال السلم من الحال عليه أو الكفيل أو من رب السلم فقد تم العقد بينهما إذا كانا في المجلس سواء بقى الحويل والكفيل أو افترقا بعد أن كان العاقدان في المجلس وإن افترقا العاقدان بأنفسهما قبل القبض

بطل السلم وبطلت الحوالة والكفالة وان بقي الحال عليه والكفيل في المجلس فالعبرة ببقاء العاقلين وافتراقهما لا بقاء
الحوييل والكفيل وافتراقهما لان القبض من حقوق العقد وقيام العقد بالعاقلين فكان المعتبر مجلسهما وعلى هذا
الحوالة والكفالة ببطلان الصرف، انهما جازان لما قلنا لكن التقابض من الجانبين قبل تفرق العاقلين بابدانهم شرط
وافتراق الحال عليه والكفيل لا يضر لما ذكرنا فان افتراق العاقدان بابدانهم قبل التقابض من الجانبين بطل الصرف
وبطلت الحوالة والكفالة كما في السلم (وأما) الرهن برأس مال السلم فان هلك الرهن في المجلس وقيمته مثل رأس المال
أو أكثر فقد تم العقد بينهما لانه حصل مستوفيا لرأس المال لان قبض الرهن قبض استيفاء لانه قبض مضمون وقد
قرر الضمان بالهلاك وعلى الراهن مثله من جنسه في المالية فيتقاصان فحصل الافتراق عن قبض رأس المال فتم عقد
السلم وان كانت قيمته أقل من رأس المال تم العقد بقدره وبطل في الباقي لانه استوفى من رأس المال بقدره وان لم
يهلك الرهن حتى افتراق بطل السلم لحصول الافتراق لا عن قبض رأس المال وعليه رد الرهن على صاحبه وكذلك هذا
الحكم في بدل الصرف اذا أخذ به رهنا انه ان هلك الرهن قبل افتراق العاقلين بابدانهم ساءم عقد الصرف لانه بالهلاك
صار مستوفيا وان لم يهلك حتى افتراق بطل الصرف لقوات شرط الصحة وهو القبض كما في السلم والله سبحانه وتعالى
أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا كان رأس المال ديناً على المسلم اليه أو على غيره فأسلمه انه لا يجوز لان القبض شرط ولم
يوجد حقيقة فيكون افتراقا عن دين بدين وانه منتهى فان تقدمه في المجلس جازان كان الدين على المسلم اليه ولان المانع
ههنا ليس الا انعدام القبض حقيقة وقد زال وان كان على غيره لا يجوز وان تقدمه في المجلس لكن هناك مانع آخر وهو
العجز عن التسليم لان ما في ذمة الغير لا يكون مقدور التسليم والقدرة على التسليم عند العقد من شرائط الصحة على
ما مر وهذا المانع منعدم في الفصل الاول لان ذمة المسلم اليه في يده فكان قادراً على التسليم عند العقد وانما لم يحز
لعدم القبض واذا وجد جاز ولو أسلم ديناً وعيناً وافتراقاً جاز في حصصة العين وبطل في حصصة الدين لان الاصل ان الفساد
بقدر الفساد والمفسد عدم القبض وانه يخص الدين فيفسد السلم بقدره كما لو اشترى عبيدين ولم يقبضهما حتى هلك
أحدهما قبل القبض انه يبطل العقد في الهالك ويبقى في الآخر لما قلنا كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا قبض رأس
المال ثم انتقص القبض فيه بمعنى أوجب انتقاصه انه يبطل السلم وبيان ذلك ان جملة رأس المال لا تخلو اما أن تكون
عيناً وهو ما يتعين بالتعيين واما أن تكون ديناً وهو ما لا يتعين بالتعيين والعين لا تخلو اما أن توجد مستحقاً ومعيها والدين
لا تخلو اما أن يوجد مستحقاً أو يوفاً ونهره أو مستوقاً أو رصاصاً وكل ذلك لا يخلو اما أن يكون قبل الافتراق أو
بعده ووجد كله كذلك أو بعضه دون بعض وكذلك أحد المتصارفين اذا وجد بدل الصرف كذلك فهو على
التفاصيل التي ذكرنا فان كان رأس المال عيناً فوجد المسلم اليه مستحقاً ومعيها فان لم يحز المستحق ولم يرض المسلم اليه
بالعين يبطل السلم سواء كان بعد الافتراق أو قبله لانه انتقص القبض فيه بالاستحقاق والرد بالعيب ولا يمكن اقامة
غيره مقامه في القبض لانه معين فيحصل الافتراق لا عن قبض رأس المال في المجلس فيبطل السلم وان أجاز
المستحق ورضى المسلم اليه بالعيب جاز السلم سواء كان قبل الافتراق أو بعده لانه تبين ان قبضه وقع صحيحاً فحصل
الافتراق عن قبض رأس المال أولاً ولا سبيل للمستحق على المقبوض لانه لما أجاز فقد صار المقبوض ملكاً للمسلم
اليه وله أن يرجع على الناقد بمثله ان كان مثلياً وبقيته ان لم يكن مثلياً لانه تلف عليه ماله بالتسليم وكذا في الصرف غير
أن هناك اذا كان البدل المستحق أو المعيب عيناً كالتمر والمصوغ من الفضة ولم يحز المستحق ولا رضى القابض
بالمعيب حتى بطل الصرف يرجع على قابض الدينار بعين الدينار ان كان قائماً وبمثله ان كان هالكاً ولا خياراً لقابض
الدينار في ظاهر الرواية كما في بيع العين اذا استحق المبيع وأخذ المستحق ولو كان قابض الدينار تصرف فيه وأخرجه
من ملكه لا يفسخ عليه تصرفه وعليه مثله كما في المقبوض بمقد فاسد هذا اذا كان رأس المال عيناً فاما اذا كان ديناً
فان وجدته مستحقاً وأجاز المستحق فالسلم ماض سواء كان قبل الافتراق أو بعده لانه ظهر ان القبض كان صحيحاً ولا

سبيل للمشتري على المقبوض ويرجع على الناقد بمثله لانه أنقله بالتسليم وهو مثلي فيرجع عليه بمثله وان لم يحجز فان كان قبل الافتراق واستبدل في المجلس فالسلم ماض لان رأس المال اذا كان ديناً كان الواجب في ذمة رب السلم مثل المستحق لا عينه فقبض المستحق ان لم يصح أو انتقض بالاستحقاق وعدم الاجازة يقوم قبض مثله مقامه فيرجع عليه بمثله و يلحق ذلك الذي كان بالعدم كأنه لم يقبض وآخر القبض فيه الى آخر المجلس بخلاف ما اذا كان عيناً لان المستحق هناك قبض العين وقد انتقض القبض فيه بالاستحقاق وتعذر اقامة قبض غيره مقامه فحل الافتراق لا عن قبض فيبطل العقد وان كان بعد الافتراق يبطل السلم لانه تبين ان الافتراق حصل لا عن قبض رأس المال هذا اذا وجده مستحقاً فاما اذا وجدته زيوفاً ونهرجة فان تجوز السلم اليه فالسلم ماض على الصحة سواء وجده قبل الافتراق أو بعده لان الزيف من جنس حقه لانها دراهم لكنهما معيبة بالزيف وفوات صفة الجودة فاذا تجوز به فقد أبرأه عن العيب ورضى بقبض حقه مع النقصان بخلاف المستوفى فانه لا يجوز وان تجوز به لانه ليس من جنس الدراهم على ما نذكره وان لم تجوز به وورده فان كان قبل الافتراق واستبدل في المجلس فالعقد ماض وجعل كأنه آخر القبض الى آخر المجلس وان كان بعد الافتراق بطل السلم عند أبي حنيفة وزفر سواء استبدل في مجلس الرد أو لا وعند أبي يوسف ومحمد ان لم يستبدل في مجلس الرد فكذلك وان استبدل لا يبطل السلم (وجه) قوله ان قبض الزيف وقع تحيها لانه قبض جنس الحق الا يرى انه لو تجوز بها جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز كالستوفى الا انه فاتته صفة الجودة بالزيف فكانت من جنس حقه أصلاً لا وصفاً فكانت الزيف فيهما عيباً والمعيب لا يمنع صحة القبض كما في بيع العين اذا كان المبيع معيباً وبالرد ينتقض القبض لكن مقصوراً على حالة الرد ولا يستند الانتقاض الى وقت القبض فيبقى القبض تحيها كان ينبغي ان لا يشترط قبض بدله في مجلس الرد لان المستحق بعقد السلم القبض مرة واحدة الا انه شرط لان الرد فيها بالعقد حيث لا يجب القبض في مجلس الرد الا بالرد كما لا يجب القبض في مجلس العقد الا بالعقد فالحق بمجلس الرد بمجلس العقد (وجه) قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله ان الزيف من جنس حق المسلم اليه لكن أصلاً لا وصفاً ولهذا ثبت له حق الرد بفوات حقه عن الوصف فكان حقه في الاصل والوصف جميعاً فصار بقبض الزيف قابضاً حقه من حيث الاصل لا من حيث الوصف الا انه الا اذا رضى به فقد استقط حقه عن الوصف وتبين ان المستحق هو قبض الاصل دون الوصف لبراءة اياه عن الوصف فاذا قبضه فقد قبض حقه فيبطل المستحق وان لم يرض به تبين انه لم يقبض حقه لان حقه في الاصل والوصف جميعاً فتبين ان الافتراق حصل لا عن قبض رأس مال السلم هذا اذا وجدته زيوفاً ونهرجة فاما اذا وجدته مستوفياً ورصاصة فان وجده بعد الافتراق بطل السلم لان الستوفى ليس من جنس الدراهم الا يرى انها لا تروج في معاملات الناس فلم تكن من جنس حقه أصلاً ووصفاً فكان الافتراق عن المجلس لا عن قبض رأس المال فيبطل السلم وسواء تجوز به أولاً لانه اذا لم يكن من جنس حقه كان التجوز به استبدالاً برأس مال السلم قبل القبض وانه لا يجوز بخلاف الزيف فانها من جنس حقه على ما بينا وان وجده في المجلس فاستبدل فالسلم ماض لان قبضه وان لم يصح فقد بقي الواجب في ذمة رب السلم دراهم هي حق المسلم اليه فاذا قبضها فقد قبض حقه في المجلس والتحق قبض الستوفى بالعدم كأنه لم يقبض أصلاً وآخر قبض رأس المال الى آخر المجلس وكذا في الصرف غير ان هناك اذا ظهر ان الدراهم مستوفة أو رصاص بعد الافتراق عن المجلس حتى يبطل الصرف فقباض الدينار يسترد دراهمه المستوفة وقباض الدراهم يسترد من قباض الدينار عين دينارها ان كان قائماً ومثله ان كان هالكا ولا خيار لبقاء الدينار كذا ذكر محمد في الاصل لانه اذا ظهر ان المقبوض مستوفة أو رصاص فقد ظهر ان قبضه لم يصح فتبين ان الافتراق حصل لا عن قبض فيبطل السلم وبقى الدينار في يده من غير سبب شرعي فأشبهه يد الغصب واستحقاق المبيع في بيع العين وهناك يسترد عينه ان كان قائماً كذا ههنا وطعن عيسى بن أبان وقال ينبغي أن يكون قابض الدينار بالخيار ان شاء رد عين الدينار وان شاء

رد مثله ولا يستحق عليه رد عين الدينار وان كان قائما لانه لم يكن متعينا في العقد فلا يكون متعينا في القسح والاعتبار باستحقاق المبيع غير سيد لان هناك ظهر بطلان العقد من الاصل لانه اذا لم يجز المستحق تبين ان العقد وقع باطلا من حين وجوده وهناك العقد وقع صحيحا وانما بطل في المستقبل لما رخص طرأ عليه بعد الصحة فلا يظهر بطلانه من الاصل وبعض مشايخنا أخذوا بقول عيسى ونصره وحملوا جواب الكتاب على ما اذا اختار قابض الدينار رد عين الدينار والله سبحانه وتعالى أعلم هذا الذي ذكرنا اذا وجد المسلم اليه كل رأس المال مستحقا أو معيبا أو زيوفا أو ستوقا ما اذا وجد بعضه دون بعض ففي الاستحقاق اذا لم يجز المستحق ينقص العقد بقدر المستحق سواء كان رأس المال عينا أو دينارا بخلاف لان القبض انتقص فيه بقدره وكذا في الستوق والرصاص فبطل العقد بقدره قليلا كان أو كثيرا بالاجماع لما قلنا وكذا هذا في الصرف غير ان هناك قابض الستوقه يصير شرى كالمقبض الدينار في الدينار الذي دفعه بدلا عن الدراهم فيرجع عليه بعينه وعلى قول عيسى قابض الدينار بالخيار على ما ذكرنا وأما في الزيف والنهرجة فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله أن ينقص العقد بقدره اذا لم يتجاوز ورده استبدل في مجلس الرد أو لا وهو قول زفر لانه تبين ان قبض المردود لم يصح فتبين ان الافتراق حصل لاعن قبض رأس المال في قدر المردود في بطل السلم بقدره الا أنه استحسن في القليل وقال ان كان قليلا فردده واستبدل في ذلك المجلس فالعقد ماض في الكل وان كان كثيرا يبطل العقد بقدر المردود لان الزيادة في القليل مما لا يمكن التحرز عنه لان الدراهم لا تخلو عن ذلك فكانت ملحقة بالعدم بخلاف الكثير واختلقت الرواية عن أبي حنيفة في الحد الفاصل بين القليل والكثير مع اتفاق الروايات على أن الثلث قليل وفي رواية عنه ان ما زاد على الثلث يكون كثيرا وفي رواية النصف وفي رواية عنه الزائد على النصف وكذا هذا في الصرف غير ان هناك اذا كثرت الزيف فرد حتى بطل العقد في قدر المردود عند أبي حنيفة يصير شرى كالمقبض الدينار فيسترد منه عينه وعلى قول عيسى قابض الدينار بالخيار على ما بينا ولو كان تصرف فيه أو أخرجه عن ملكه لا يفسخ عليه تصرفه وعليه مثله كما في البيع الفاسد على ما مر وكل جواب عرفته في السلم والصرف فهو الجواب في عقد يتعلق صحته بالقبض قبل الافتراق مما سوى الصرف والسلم ممن كان له على آخر دنائير فصالح منها على دراهم أو كان له على آخر مكيل أو موزون موصوف في الذمة أو غيرهما مما ثبت مثله في الذمة دينارا فصالح منها على دراهم أو نحو ذلك من العقود مما يكون قبض الدراهم فيه قبل الافتراق عن المجلس شرطا لصحة العقد قبض الدراهم ثم وجدها مستحقة أو زيوفا أو نهرجة أو ستوقه أو رصاصا كلها أو بعضها قبل الافتراق أو بعده والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا تخرج مقاصد رأس مال السلم بدين آخر على المسلم اليه بان وجب على المسلم اليه دين مثل رأس المال انه هل يصير رأس المال قصاصا بذلك الدين أم لا فهذا لا يخلو اما ان وجب بدين آخر بالعقد واما ان وجب بعقد متقدم على عقد السلم واما ان وجب بعقد متأخر عنه فان وجب بعقد متقدم على السلم بان كان رب السلم باع المسلم اليه ثوبا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى أسلم اليه عشرة دراهم في كرحنطة فان جعل الدين قصاصا أو تراضيا بالمقاصة يصير قصاصا وان أبي أحدهما لا يصير قصاصا وهذا استحسان والقياس أن لا يصير قصاصا كيف ما كان وهو قول زفر (وجه) قوله ان قبض رأس المال شرط والحاصل بالمقاصة ليس قبض حقيقة فكان الافتراق حاصل لا عن قبض رأس المال فبطل السلم (ولنا) ان العقد ينعدم موجبا للقبض حقيقة لولا المقاصة فاذا تقاضا تبين ان العقد انعدم موجبا قبضا بطريق المقاصة وقد وجد ونظيره ما قلنا في الزيادة في الثمن والمثمن انها جائزة استحسانا وتلتحق بأصل العقد لان الزيادة تبين ان العقد وقع على المز يد عليه وعلى الزيادة جميعا كذا هذا وان وجب بعقد متأخر عن السلم لا يصير قصاصا وان جعلاه قصاصا لا رواية عن أبي يوسف شاذة لان بالمقاصة لا تبين ان العقد وقع موجبا قبضا بطريق المقاصة من حين وجوده لان المقاصة تستدعي قيام دينين ولم يكن عند عقد السلم الدين واحد فانهقد موجبا حقيقة القبض وانه لا يحصل بالمقاصة هذا اذا وجب الدين بالعقد فاما اذا وجب بالقبض كالنصب

والقرض فانه يصير قصاصا سواء جعلاه قصاصا أولا بعد ان كان وجوب الدين الاخر متأخرا عن العقد لان العقد ان انعقد موجبا لقبض حقيقة فقد وجد ههنا لكن قبض الغصب والقرض قبض حقيقة فيجعل عن قبض رأس المال لانه واجب وقبض الغصب محظور وقبض القرض ليس بواجب فكان ايقاعه عن الواجب أولى بخلاف ما تقدم لان هناك لم يوجد القبض حقيقة والقبض بطريق المقاصة يمكن في أحد الفصيلين دون الآخر على ما بينا والله عز وجل أعلم هذا اذا تساوى الدينان فاما اذا تفاضلا بان كان أحدهما أفضل والاخر أدون فرضي أحدهما بالقصاص وأبى الآخر فانه ينظر ان أبى صاحب الأفضل لا يصير قصاصا لان حقه في الجودة معصوم محترم فلا يجوز ابطاله عليه من غير رضاه وان أبى صاحب الادون يصير قصاصا لانه لما رضى به صاحب الأفضل فقد أسقط حقه عن الفضل كانه قضى دينه فأعطاه أجود مما عليه وهناك يجبر على الاخذ كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك المقاصة في ثمن الصرف تخرج على هذه التفاصيل التي ذكرناها في رأس مال السلم فافهم والله الموفق للصواب ثم ما ذكرنا من اعتبار هذا الشرط وهو قبض رأس المال حال بقاء العقد فاما بعد ارتقائه بطريق الاقالة أو بطريق آخر فقبحه ليس بشرط في مجلس الاقالة بخلاف القبض في مجلس العقد وقبض بدل الصرف في مجلس الاقالة انه شرط لصحة الاقالة كقبضهما في مجلس العقد (وجهه) الفرق أن القبض في مجلس العقد في البابين ماهو شرط لعينه وانما هو شرط للتعين وهو أن يصير البديل معيناً بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين على ما بينا ولا حاجة الى التعيين في مجلس الاقالة في السلم لانه لا يجوز استبداله فيعود اليه عينه فلا تقع الحاجة الى التعيين بالقبض فكان الواجب نفس القبض فلا يراعى له المجلس بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل الا بالقبض لان استبداله جائز فلا بد من شرط القبض في المجلس ليتعين والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المسلم فيه فأنواع أيضا (منها) أن يكون معلوم الجنس كقولنا حنطة أو شعير أو تمر (ومنها) أن يكون معلوم النوع كقولنا حنطة سقية أو نحسية تمر برنى أو فارسي هذا اذا كان مما يختلف نوعه فان كان مما لا يختلف فلا يشترط بيان النوع (ومنها) أن يكون معلوم الصفة كقولنا جيد أو وسط أو رديء (ومنها) أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العدد والذرع لان جهالة النوع والجنس والصفة والقدر جهالة مفضية الى المنازعة وانها مفسدة للعقد وقال النبي عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم (ومنها) أن يكون معلوم التدر بكيل أو وزن أو ذرع يؤمن عليه فقده عن ايدي الناس فان كان لا يؤمن فاسلم فاسد بان أعلم قدره بمكيل لا يعرف عياره بان قال بهذا الاناء ولا يعلم كم يسع فيه أو بحجر لا يعرف عياره بان قال بهذا الحجر ولا يعلم كم وزنه أو بنخشة لا يعرف قدرها بان قال بهذه الخشبة ولا يعرف مقدارها أو بذراع يده ولو كان هذا في بيع العين بان قال بعتك من هذه الصبرة ملء هذا الاناء بدرهم أو من هذا الزيت ووزن هذا الحجر بدرهم يجوز في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله انه لا يجوز في بيع العين أيضا كمالا يجوز في السلم وروى عن أبي يوسف انه كان يقول أولا لا يجوز ثم رجع وقال يجوز (وجهه) هذه الرواية ان هذا البيع مكايلة والعلم بمقدار المبيع في بيع المكايلة شرط الصحة ولم يوجد فيفسد كالمواضع فان من هذه الصبرة وظاهر الرواية الفرق بين السلم وبين بيع العين (وجهه) الفرق بينهما وجهين أحدهما ان التسليم في باب السلم لا يجب عقيب العقد وانما يجب بعد محل الاجل فيحتمل أن يملك الاناء قبل محل الاجل وهذا الاحتمال ان لم يكن غالبا فليس بنادر أيضا واذا هلك يصير المسلم فيه مجهول القدر بخلاف بيع العين لانه يوجب التسليم عقيب العقد وهلاك القفيز عقيب العقد بلا فصل نادر والنادر ملحق بالعدم فلا يصير المبيع مجهول القدر والثاني ان القدرة على تسليم المبيع شرط انعقاد العقد ومحتة والقدرة على التسليم عند العقد فائتة في باب السلم لان السلم بيع المالك وفي ثبوت القدرة عند محل الاجل شك قد ثبت وقدا ثبت لانه ان بقي المكيل والحجر والخشبة ثبت وان لم يبق لا يقدر فوقع

الشك في ثبوت القدرة فلا تثبت بالشك على الاصل المجهود في غير الثابت يبين اذا وقع الشك في ثبوته انه لا يثبت بخلاف بيع العين لان هناك القدرة على التسليم ثابتة عند العقد وفي فواتها بالهلاك شك فلا تقوت بالشك على الاصل المجهود في الثابت يبين اذا وقع الشك في زواله انه لا يزول بالشك وأما قوله ان العلم بمقدار المبيع في بيع المكايلة شرط الصحة فنقول العلم بذلك لا يشترط لعينه بل لصيانة العقد عن الجهالة المفضية الى المنازعة وهذا النوع من الجهالة لا يفضي الى المنازعة لا مكان الوصول الى العلم بقدر المبيع بالكيل للمال بخلاف بيع قفزان من الصبرة لان هناك لا طريق للوصول الى العلم بمقدار المبيع فالمشتري يطالبه بزيادة والبائع لا يعطيه فيتنازعان فكانت الجهالة مفضية الى المنازعة فهو الفرق بين الفصلين وقيل انما يجوز هذا في بيع العين اذا كان الاناء من خزف أو خشب أو حديد أو نحو ذلك لانه لا يمتثل الزيادة والنقصان وأما اذا كان مثل الزنبريل والجواريق والغرارة ونحو ذلك فلا يجوز لانه يمتثل الزيادة والنقصان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان المسلم فيه مكايلاً فاعلم قدره بالوزن المعلوم أو كان موزناً فاعلم قدره بالكيل المعلوم جاز لان الشرط كونه معلوم القدر بمقيار يؤمن بقدره وقد وجد بخلاف ما اذا باع المكيل بالمكيل وزناً بوزن متساو يافي الوزن أو باع الموزون بالموزون ككيل متساو يافي الكيل انه لا يجوز ما لم يتساو يافي الكيل أو الوزن لان شرط جواز السلم كون المسلم فيه معلوم القدر والعلم بالقدر كما يحصل بالكيل يحصل بالوزن فأما شرط الكيل والوزن في الاشياء التي ورد الشرع فيها باعتبار الكيل والوزن في بيع العين ثبت نصاً فكان بيعها بالكيل أو الوزن مجازة فلا يجوز أما في باب السلم باعتبار الكيل والوزن لمعرفة مقدار المسلم فيه وقد حصل والله عز وجل أعلم (ومنها) أن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف الاتفاوت يسير فان كان مما لا يمكن ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش لا يجوز السلم فيه لانه اذا لم يمكن ضبط قدره وصفته بالوصف يبقى مجهول القدر أو الوصف جهالة فاحشة مفضية الى المنازعة وانها مفسدة للعقد وبيان ذلك انه يجوز السلم في المكايلات والموزونات التي تحتل التعيين والعدديات المتقاربة أما المكايلات والموزونات فلانها ممكنة الضبط قدرها وصفة على وجه لا يبقى بعد الوصف بينه وبين جنسه ونوعه الاتفاوت يسير لانها من ذوات الامثال وكذلك العدديات المتقاربة من الجوز والبيض لان الجهالة فيها يسيرة لا تفضي الى المنازعة وصغير الجوز والبيض وكبيرهما سواء لانه لا يجري التنازع في ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة فكان ملحوقاً بعدم فيجوز السلم فيها عدداً وكذلك كيلاً وهذا عندنا وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله ان الجوز والبيض مما يختلف ويتفاوت في الصغر والكبر حتى يشتري الكبير منها باكثر مما يشتري الصغير فأشبهه البطيخ والرمان (ولنا) ان التفاوت بين صغير الجوز وكبيره يسير اعرض الناس عن اعتباره فكان ساقط العبارة ولهذا كان مضموناً بالمثل عند الاتلاف بخلاف الرمان والبطيخ فان التفاوت بين أحادهم تفاوت فاحش ولهذا كان مضموناً بالقيمة (وأما) السلم في القلوس عدداً فجاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز بناء على ان القلوس اثمان عنده فلا يجوز السلم فيها كيلاً لا يجوز السلم في الدراهم والدنانير وعندهما ثمنيتها ليست بلازمة بل تحتل الزوال لانها اثبتت بالاصطلاح فنزول بالاصطلاح واقدام العاقدين على عقد السلم فيها مع علمهما أنه لا محجة للسلم في الاثمان اتفاق بينهما على اخراجها عن صفة الثمنية فتبطل ثمنيتها في حق العاقدين سابقاً على العقد وتصير سلعاً عديدة فيصبح السلم فيها كما في سائر السلع العديدة كالنصال ونحوها (وأما) الذرعات كالثياب والبسط والحصير والبوراري ونحوها فالقياس أن لا يجوز السلم فيها لانها ليست من ذوات الامثال لتفاوت فاحش بين ثوب وثوب ولهذا لم تضمن بالمثل في ضمان العدديات بل بالقيمة فأشبهه السلم في اللآلئ والجواهر الا اننا استحسننا الجواز لقوله عز وجل في آية الدين ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً الى أجله والمكيل والموزون لا يقال فيه الصغير والكبير وانما يقال ذلك في الذرعات والعدديات ولان الناس تعاملوا السلم في الثياب لحاجتهم الى ذلك فيكون اجماعهم على الجواز فيترك القياس بما يلبته ولا ناه اذا بين جنسه وصفته ونوعه

ورفعته وطوله وعرضه يتقارب التفاوت فيلحق بالمثل في باب السلم شرعاً لحاجة الناس ولا حاجة إلى إلحاق بالمثل في باب الاستهلال مع ما أن هذا الاعتبار غير سديد لأنه قد يحتمل في المعاملات من التفاوت اليسير ما لا يحتمل مثله في الاتلافات فإن الأب إذا باع مال ولده بغير يسير جاز ولا يضمن ولو أ تلف عليه شيئاً يسيراً من ماله يضمن فلا يستقيم الاستبدال هذا إذا أسلم في ثوب الكرباس أو الكتان فما إذا أسلم في ثوب الحرير فهل يشترط فيه بيان الوزن بعد بيان الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض أن كان مما يختلف قيمته باختلاف وزنه من القلة والكثرة بعد التساوي في الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض يشترط لأن بعد بيان هذه الأشياء تبقى جهالته مفضية إلى المنازعة وإن كان مما لا يختلف يجوز لأن جهالة الوزن فيه لا تنفضي إلى المنازعة ولا يجوز السلم في العدييات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلى والجوز والجلود والادم والرؤس والأركاع والبطيخ والقثاء والرمان والسفرجل ونحوها من العدييات المتفاوتة لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف اذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة لتفاوت فاحش بين جوهر وجوهر وأؤلؤ وأؤلؤ وحيوان وحيوان وكذا بين جلد وجدود رأس ورأس في الصغر والكبر والسمن والهزال وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم في الحيوان (وجه) قوله أن المانع من الجواز هنا جهالة المسلم فيه وقد زالت ببيان الجنس والنوع والصفة والسن لأن الحيوان معلوم الجنس والنوع والصفة فكان مضبوط الوصف والتفاوت فيما وراء ذلك لا يعتبر ولهذا وجب دينا في الذمة في النكاح فاشبه الثياب (ولنا) أن بعد بيان هذه الأشياء يبقى بين فرس وفرس تفاوت فاحش في المالية فبقى جهالة مفضية إلى المنازعة وانها مائة محقة العقد لما ذكرنا من الوجوه فيما قبل وقدرى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان والسلف والسلم واحد في اللغة والاعتبار بالنكاح غير سديد لأنه يتحمل جهالة لا يتحملها البيع ألا ترى أنه يصبح من غير ذكر البدل وبديل مجهول وهو مكره المثل ولا يصح البيع إلا ببدل معلوم فلا يستقيم الاستدلال ولا يجوز السلم في الثياب أحمالاً أو أوقاراً لأن التفاوت بين الحمل والحمل والوقر والوقر مما يفحش إلا إذا أسلم فيه بقبان معلوم من قبيل التجار فلا يختلف فيجوز ولا يجوز السلم في الخطب حزموا ولا أوقاراً للتفاوت الفاحش بين حزمة وحزمة ووقر ووقر وكذا في القصب والحشيش والعيدان إلا إذا وصفه بوصف يعرف ويتقارب التفاوت فيجوز ويجوز السلم في اللبن والآجر إذا سمى ملبناً معلوماً لا يختلف ولا يتفاوت إلا يسيراً وكذا في الطوايق إذا وصفها بوصف يعرف على وجهه لا يبقى بعد الوصف جهالة مفضية إلى المنازعة لأن الفساد للجهالة فإذا صار معلوماً بالوصف جاز وكذا في طشت أو قفصة أو خفين أو نحو ذلك أن كان يعرف بجوز وإن كان لا يعرف لا يجوز لأن المسلم فيه دين حقيقة والدين يعرف بالوصف فإن كان مما يحصل تمام معرفته بالوصف بأن لم يتبق فيه جهالة مفضية إلى المنازعة جاز السلم فيه والأفلا ولو استصنع رجل شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً والكلام في الاستصناع في مواضع في بيان جوازه أنه جائز أم لا وفي بيان شرائط جوازه وفي بيان كيفية جوازه وفي بيان حكمه (أما) الأول فالقياس يأبى جواز الاستصناع لأنه يبيع المدوم كالسلم بل هو أبعد جوازاً من السلم لأن المسلم فيه تحتله الذمة لأنه دين حقيقة والمستصنع عين توجد في الثاني والأعيان لا تحتملها الذمة فكان جواز هذا العقد أبعد عن القياس عن السلم وفي الاستحسان جاز لأن الناس تعاملوه في سائر الأعيان من غير تكبر فكان إجماعاً منهم على الجواز فيترك القياس ثم هو يبيع عند عامة مشايخنا وقال بعضهم هو عدة وليس بسديد لأن محمد أذ كر القياس والاستحسان في جوازه وذكر القياس والاستحسان لا يليق بالعداات وكذا ثبت خيار الرؤية للمستصنع وأنه من خصائص البيوع وكذا من شرط جوازه أن يكون فيما للناس فيه تعامل والعداات لا يتقيد جوازه بهذه الشرائط فدل أن جوازه جواز البياعات لا حواز العدادات والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرائط جوازه (فهي) بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته لأنه لا مبيع فلا بد وأن يكون معلوماً والعلم إنما يحصل بأشياء (منها) أن يكون للناس فيه تعامل كالقطنسوة

والخلف والآنية ونحوها فلا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه كما إذا أمر حائك أن يحول له ثوباً ينزل نفسه ونحو ذلك مما لم تجر عادات الناس بالتعامل فيه لأن جوازه مع أن القياس ياباه ثبت بتعامل الناس فيختص بما لهم فيه تعامل ويبقى الأمر فيما وراء ذلك موكولاً إلى القياس (وأما) كيفية جوازه فهي أنه عقد غير لازم في حق كل واحد منهما قبل رؤية المستصنع والرضا به حتى كان للصانع أن يمتنع من الصنع وأن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع والمستصنع أن يرجع أيضاً لأن القياس أن لا يجوز أصلاً إلا أن جوازه ثبت استحساناً بخلاف القياس لحاجة الناس وحاجتهم قبل الصنع أو بعده قبل رؤية المستصنع والرضا به أقرب إلى الجواز دون اللزوم فيبقى اللزوم قبل ذلك على أصل القياس (وأما) حكم الاستصناع فحكمه في حق المستصنع إذا أتى الصانع بالمستصنع على الصفة المشروطة ثبوت ملك غير لازم في حقه حتى ثبت له خيار الرؤية إذا رآه أن شاء أخذه وإن شاء تركه وفي حق الصانع ثبوت ملك لازم إذا رآه المستصنع ورضى به ولا خيار له وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي حنيفة أنه غير لازم في حق كل واحد منهما حتى ثبت لكل واحد منهما الخيار وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه لازم في حقهما حتى لا خيار لأحدهما للصانع ولا للمستصنع أيضاً (وجه) رواية أبي يوسف أن في إثبات الخيار للمستصنع إضرار الصانع لأنه قد أفسد متاعه وفري جلده وأتى بالمستصنع على الصفة المشروطة فلو ثبت له الخيار لتضرر به الصانع فيلزم دفعاً للضرر عنه (وجه) الرواية الأولى أن في اللزوم إضراراً بهما جميعاً أما إضرار الصانع فلما قال أبو يوسف وأما ضرر المستصنع فلأن الصانع متى لم يصنعه وانفق له مشتر يبيعه فلا تندفع حاجة المستصنع فيتضرر به فوجب أن يثبت الخيار لهما دفعاً للضرر عنهما (وجه) ظاهر الرواية وهو إثبات الخيار للمستصنع لا للصانع أن المستصنع مشترياً لم يره لأن المعقود عليه وهو المستصنع وإن كان معدوماً حقيقة لكنه جعل موجوداً شرعاً حتى جاز العقد استحساناً ومن اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه والصانع بائع شيئاً لم يره فلا خيار له ولأن الزام حكم العقد في جانب المستصنع إضراراً لأن من الجائر أن لا يلائمه المصنوع ولا يرضى به فلو لم يرض به وهو مطالب بثمنه فيحتاج إلى بيعه من غيره ولا يشتري منه بمثل قيمته فيتضرر به وليس في الإلزام في جانب الصانع ضرر لأنه إن لم يرض به المستصنع يبيعه من غيره بمثل قيمته وذلك ميسر عليه لكثرة ممارسته هذا إذا استصنع شيئاً ولم يضرب له أجل فاما إذا ضرب له أجل فانه يتقلب سلماً عند أبي حنيفة فلا يجوز للبشرائط السلم ولا خيار لواحد منهما كما في السلم وعندهما هو على حاله استصناع وذكره الأجل للتعجيل ولو ضرب الأجل فيما لا تعامل فيه يتقلب سلماً بالاجماع (وجه) قولهما أن هذا استصناع حقيقة فلو صار سلماً إنما يصير بذلك المدة وأنه قد يكون للاستعجال كما في الاستصناع فلا يخرج عن كونه استصناعاً مع الاحتمال ولا يبيح حثية أن الأجل في البيع من الخصائص اللازمة للسلم فذكر السلم معنى وإن لم يذكره صريحاً كالكفالة بشرط براءة الأصل إنهما حوالة معنى وإن لم يأت بلفظ الحوالة وقوله ذكر الوقت قد يكون للاستعجال قلنا لو حمل على الاستعجال لم يكن مفيداً لأن التعجيل غير لازم ولو حمل على حقيقة التأجيل لكان مفيداً لأنه لازم فكان الحمل عليه أولى ولا يجوز السلم في اللحم في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز إذا بين جنسه ونوعه وصفته وقدره وسننه وموضعه لأن الفساد لمكان الجهالة وقد زالت ببيان هذه الأشياء ولهذا كان مضموناً بالمثل في ضمان العدوان ولا يبيح حثية أن الجهالة تبقى بعد بيان ما ذكرناه من وجهين (أحدهما) من جهة الهزال والسمن (والثاني) من جهة قلة العظم وكثرته وكل واحد منهما مفضية إلى المنازعة وقياس الوجه الثاني أنه لو أسلم في منزوع العظم يجوز وهو رواية الكرخي عن أبي حنيفة رحمه الله وقياس الوجه الأول أنه لا يجوز كيف ما كان وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح لأنه إن زالت الجهالة من إحدى الجهتين بقيت من جهة أخرى وهي جهالة السمن والهزال فكان المسلم فيه محمولاً فلا يصح السلم إلا أنه جعل مثلاً في ضمان العدوان وسقط اعتبار التفاوت فيه شرعاً تحقيقاً لمعنى الزجر من وجهه لأن ذلك لا يحصل بالقيمة لأن للناس رغائب في الأعيان ما ليس في قيمتها ويجوز السلم في الآلية

والشحم وزناً لأنه لا يختلف بالسمن والهزال لا يسير بخلاف اللحم فان التفاوت بين غير السمين والسمين والمهزول وغير المهزول تفاوت فاحش (وأما) السلم في السمك فقد اختلفت عبارات الاصل في ذلك والصحيح أنه يجوز السلم في الصغار منه كيلاً ووزناً ما لم يكن أوطر يبعد أن كان في حيزه لأن الصغار منه لا يتحقق فيه اختلاف السمن والهزال ولا اختلاف العظم بخلاف اللحم عند أبي حنيفة وفي الكبار عن أبي حنيفة وإيتان في رواية لا يجوز طرياً كان أو مالاً كالسلم في اللحم لا يختلف بالسمن والهزال كاللحم وفي رواية يجوز كيف ما كان وزناً لأن التفاوت بين سمينه ومهزوله لا يعد تفاوتاً عادة لقلته وعند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز بخلاف اللحم عندهما والفرق لهما أن بيان الموضع من اللحم شرط الجواز عندهما وذلك لا يتحقق في السمك فاشبهه السلم في المساليخ والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) السلم في الخبز عدداً فلا يجوز بالاجماع لتفاوت فاحش بين خبز وخبز في الصغر والكبر (وأما) وزناً فقد ذكر الكرخي أن السلم في الخبز لا يجوز في قولهم لتفاوت فاحش بين خبز وخبز في الخبز والخفة والثقيل فتبقى جهالة مفضية إلى المنازعة ولأن جواز السلم ثبت بخلاف القياس بتعامل الناس ولا تعامل في الخبز وذكر في نوادر ابن رستم أنه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يجوز (ومنها) أن يكون موجوداً من وقت العقد إلى وقت الاجل فإن لم يكن موجوداً عند العقد أو عند محل الاجل أو كان موجوداً فيها لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والقواكه واللبن واشباه ذلك لا يجوز السلم وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله الشرط وجوده عند محل الاجل لا غير (وجه) قوله أن اعتبار هذا الشرط وهو الوجود ليس بعينه بل للقدرة على التسليم فيعتبر وقت وجوب التسليم وذلك عند محل الاجل فاما قبل ذلك فالوجود فيه والعدم بمنزلة واحدة ونظير هذا في العقليات ما قلنا في استطاعة الفعل أنها مع الفعل لا تتقدمه لأن وجوده للفعل فيجب وجوده عند الفعل لا سابقاً عليه كذا هذا (ولنا) أن القدرة على التسليم ثابتة للحال وفي وجودها عند المحل شك لا احتمال الهلاك فإن بقي حياً إلى وقت المحل ثبتت القدرة وإن هلك قبل ذلك لا ثبتت والقدرة لم تكن ثابتة فوقع الشك في ثبوتها فلا تثبت مع الشك ولو كان موجوداً عند العقد ودام وجوده إلى محل الاجل فحل الاجل ولم يقبضه حتى انقطع عن أيدي الناس لا يفسخ السلم بل هو على حاله صحيح لأن السلم وقع صحيحاً لثبوت القدرة على التسليم لكون المسلم فيه موجوداً وقت العقد ودام وجوده إلى محل الاجل إلا أنه عجز عن التسليم للحال لعارض الاقطاع مع عرضية حدوث القدرة ظاهر بالوجود فكان في بقاء العقد فائدة والعقد إذا انعقد صحيحاً يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم على السواء كبيع الآبق إذا بق قبل القبض فلان يبقى لفائدة عود القدرة في الثاني ظاهر أولى لكن يثبت الخيار لرب السلم أن شاء فسخ العقد وإن شاء انتظر وجوده لأن الاقطاع قبل القبض بمنزلة تغير العقود عليه قبل القبض وأنه يوجب الخيار ولو أسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها لا يصح عندنا لأنه أسلم في المنقطع وعلى هذا يخرج ما إذا أسلم في حنطة موضع أنه إن كان مملاً يتوهم اقطاع طعامه جاز السلم فيه كما إذا أسلم في حنطة خراسان أو العراق أو فرغانة لأن كل واحد منها اسم لولاية فلا يتوهم اقطاع طعامها وكذا إذا أسلم في طعام بلدة كبيرة كسمرقند وبخارى أو كاشان جاز لأنه لا ينفد طعام هذه البلاد الأعلى سبيل الندرة والنادر ملحق بالعدم ومن مشايخنا من قال لا يجوز إلا في طعام ولاية لأن وهم الاقطاع فيها وراء ذلك ثابت والسلم عقد جواز بخلاف القياس لكونه بيع المعدوم فتجب صيانتة عن غرر الاقطاع ما أمكن والصحيح أن الموضع المضاف إليه الطعام وإن كان مملاً ينفد طعامه غالباً يجوز السلم فيه سواء كان ولاية أو بلدة كبيرة لأن الغالب في أحكام الشرع ملحق بالمتيقن وإن كان مملاً لا يحتمل أن ينقطع طعامه فلا يجوز فيه السلم كأرض بعينها أو قرية بعينها لأنه إذا احتمل الاقطاع لا على سبيل الندرة لا تثبت القدرة على التسليم لما ذكرنا أنه لا قدرة له للحال لأنه يبيع المقاليس وفي ثبوت القدرة عند محل الاجل شك لا احتمال الاقطاع فلا تثبت القدرة مع الشك وقد روى ابن زيد بن شعبة لما أراد أن يسلم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أسلم إليك في تمر نخلة بعينها فآل عليه الصلاة والسلام أمافي تمر نخلة

بمنها فلا وذكري في الاصل اذا سلم في حنطة هراة لا يجوز وأراد قرية من قرى القرى المسماة بهراة لانه مما يحتمل
 اقتطاع طعامه ثم لو أسلم في ثوب هراة وذكري شرائط السلم يجوز (وجه) الفرق بينهما ظاهر لان اضافة الثوب الى
 هراة ذكري شرط من شرائط السلم لا جواز له بدونه وهو بيان النوع لا تخصيص الثوب بالمكان المذكور بدليل ان
 المسلم اليه لو أتى بثوب نسج في غير هراة لكن على صفة ثوب هراة يجبر رب السلم على القبول فاذا ذكري النوع وذكري
 الشرائط الاخر كان هذا عقداً استتبع شرائطه فيجوز فاما اضافة الطعام الى هراة فليس يفيد شرطاً لجواز السلم
 بدونه ألا ترى أنه لو ترك الاضافة أصلاً جاز السلم بقيت الاضافة لتخصيص الطعام بموضع معين يحتمل اقتطاع
 طعامه فلم يجز والله عز وجل أعلم (ومنها) أن يكون مما يتعين بالتعيين فان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدرهم والدنانير لا يجوز
 السلم فيه لان المسلم فيه بيع لما روينا ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان وخصص في
 السلم سمي السلم ببيعاً فكان المسلم فيه مبيعاً والمبيع مما يتعين بالتعيين والدرهم والدنانير لا يتعين في عقود المعاوضات فلم
 تكن مبيعة فلا يجوز السلم فيها وهل يجوز السلم في التبر والنفقة والمصوغ فعلى رواية كتاب الصرف لا يجوز لانه
 جعلها بمنزلة الدرهم والدنانير المضروبة وعلى رواية كتاب المضاربة يجوز لانه جعلها بمنزلة العرض حيث لم يجوز
 المضاربة بها فتعين بالتعيين فكانت مبيعة فيجوز السلم فيها وعلى هذا أيضاً يخرج السلم في القلوس عدداً انه جائز عند أبي
 حنيفة رحمه الله وأبي يوسف لان القلوس مما يتعين بالتعيين في الجملة عندهما حتى يجوز بيع فلس بفلس باعيانها وعند
 محمد لا يجوز السلم فيها كما لا يجوز في الدرهم والدنانير لانها أثمان عنده ولهذا لم يجز بيع واحد منها باثنين باعيانها
 ويجوز السلم في القماقم والاواني الصفرية التي تباع عدداً لانها تتعين بالتعيين فكانت مبيعة وان كانت تباع وزناً لا يجوز
 السلم فيها ما لم يعرف وزنها لانها مجهولة القدر والله عز وجل أعلم (ومنها) أن يكون مؤجلاً عندنا حتى لا يجوز السلم
 في الحال وعند الشافعي هذا ليس بشرط وسلم الحال جائز (وجه) قوله ان الاجل شرع نظر المسلم اليه
 تمكينه من الاكتساب فلا يكون لازماً كما في بيع العين (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 انه قال من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم أو جب عليه الصلاة والسلام مراعاة الاجل في
 السلم كما أوجب مراعاة القدر فيه فيدل على كونه شرطاً فيه كالقدر ولان السلم حالاً يفضي الى المنازعة لان السلم
 بيع المقاليس فالظاهر أن يكون المسلم اليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه ورب السلم يطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه
 تقع الحاجة الى الفسخ وفيه الحاق الضرر برب السلم لانه سلم رأس المال الى المسلم اليه وصرفه في حاجته فلا يصل الى
 المسلم فيه ولا الى رأس المال فشرط الاجل حتى لا يملك المطالبة الا بعد حل الاجل وعند ذلك يقدر على التسليم ظاهراً
 فلا يؤدي الى المنازعة المقضية الى الفسخ والاضرار برب السلم ولانه عقد لم يشرع الا رخصة لكونه بيع ما ليس
 عند الانسان لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان وخصص في السلم فهذا الحديث
 يدل على أن بيع ما ليس عند الانسان لم يشرع الا رخصة وان السلم بيع ما ليس عند الانسان أيضاً على ما ذكرنا من
 قبل والرخصة في عرف الشرع اسم لما يغير عن الامر الاصلى بعارض عذر الى تخفيف ويسر كرخصة تناول الميتة
 وشرب الخمر بالاكره والمخمصة ونحو ذلك فالترخص في السلم هو تغيير الحكم الاصلى وهو حرمة بيع ما ليس عند
 الانسان الى الحل بعارض عذر العدم ضرورة الافلاس لحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم قدرة الرخصة فيبقى
 الحكم فيها على العزيمة الاصلية فكانت حرمة السلم الحال على هذا التقرير مستفادة من النص كان ينبغي أن لا يجوز
 السلم من القادر على تسليم المسلم فيه للحال الا أنه صار مخصوصاً عن النهي العام فألحق بالعاجز عن التسليم للحال على اعتبار
 الاصل والحاق النادر بالعدم في أحكام الشرع والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب (ومنها) أن يكون مؤجلاً
 بأجل معلوم فان كان مجهولاً فالسلم فاسد سواء كانت الجهة متفاحشة أو متقاربة لان كل ذلك يفضي الى المنازعة

وانها مفسدة للعقد لجهالة القدر وغيرها على ما ذكرنا (وأما) مقدار الاجل فلم يذكر في الاصل وذكر الكرخي ان تقدير الاجل الى العاقدين حتى لو قدر انصف يوم جاز وقال بعض مشايخنا أقله ثلاثة أيام فياسا على خيار الشرط وهذا القياس غير سديد لان أقل مدة الخيار ليس بمقدور الثلاث أكثر المدة على أصل أبي حنيفة فلا يستقيم القياس وروى عن محمد انه قدر بالشهر وهو الصحيح لان الاجل انما شرط في السلم ترفيها وتيسيرا على المسلم اليه ليتمكن من الاكتساب في المدة والشهر مدة معتبرة يمكن فيها من الاكتساب فيتحقق معنى الترفيه فأما مادونه ففي حد القلة فكان له حكم الحلول والله عز وجل أعلم ولومات المسلم اليه قبل الاجل حل الدين وكذلك كل دين مؤجل سواء اذامات من عليه الدين والاصل في هذا ان موت من عليه الدين يبطل الاجل وموت من له الدين لا يبطل لان الاجل حق المدينون لاحق صاحب الدين فتعتبر حياته وموته في الاجل وبطلانه والله عز وجل أعلم (ومنها) بيان مكان ايفائه اذا كان له حمل ومؤنة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد ليس بشرط وعلى هذا الخلاف بيان مكان الاجرة في الاجارات اذا كان لها حمل ومؤنة وعلى هذا الخلاف اذا جعل المكيل الموصوف أو الموزون الموصوف ثمنًا في بيع العين انه لا بد من بيان مكان التسليم عنده خلافا لهما كذا أطلقه الكرخي ولم يفصل بين ما اذا كان مؤجلا أو غير مؤجل ومن أصحابنا من فرقوا فقالوا اذا كان حالًا يتعين مكان العقد للتسليم بالاجماع وحاصل الاختلاف راجع الى مكان العقد هل يتعين للايفاء عنده لا يتعين وعندهما يتعين لانه اذا لم يتعين مكان العقد للايفاء عنده ولم يوجد منهما تعيين مكان آخر بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فيفسد العقد ولما عين مكان العقد للايفاء عندهما صار مكان الايفاء معلوما فيصح (وجه) قولهما ان سبب وجوب الايفاء هو العقد والعقد وجد في هذا المكان فيتعين مكان العقد لوجوب الايفاء فيه كما في بيع العين اذا كان المسلم فيه شيئا له حمل ومؤنة فانه يتعين مكان العقد لوجوب الايفاء فيه لما قلنا كذا هذا (ولا بي حنيفة رحمه الله) أن العقد وجد مطلقا عن تعيين مكان فلا يتعين مكان العقد للايفاء والدليل على اطلاق العقد عن تعيين مكان الحقيقة والحكم (أما) الحقيقة فلا أنه لم يوجد ذكر المكان في العقد نصا فالقول بتعيين مكان العقد شرعا من غير تعيين العاقدين تقييد المطلق فلا يجوز الابدليل (وأما) الحكم فان العاقدين لو عينا مكانا آخر جاز ولو كان تعيين مكان العقد من مقتضيات العقد شرعا لكان تعيين مكان آخر تغييرا لمقتضى العقد وانه يعتبر فيه حكم الشرع فينبغي أن لا يجوز واذا لم يتعين مكان العقد للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة لان في الاشياء التي لها حمل ومؤنة تختلف باختلاف الامكنة لما يلزم في حملها من مكان الى مكان آخر من المؤنة فيتنازعان (وأما) قولهما سبب وجوب التسليم هو العقد في هذا المكان قلنا ليس كذلك فان العقد قائم بالعاقدين لا بالمكان فلم يوجد العقد في هذا المكان وانما هذا مكان المتعاقدين على أن العقد ليس بسبب وجوب التسليم للحال وانما يصير سببا عند حل الاجل مقصورا عليه وعند ذلك مكان العاقدين ليس بمتحدد بل مختلف فيتنازعان (وأما) المسلم فيه اذا لم يكن له حمل ومؤنة فمن أبي حنيفة فيه روايتان في راية لا يتعين مكان العقد هناك أيضا وهو رواية كتاب الاجارات ويوفيه في أي مكان شاء وهذا لا يوجب الفساد لان الفساد ههنا المكان الجهالة المفضية الى المنازعة لا اختلاف القيمة باختلاف الامكنة وما لا حمل له ولا مؤنة لا تختلف قيمته باختلاف الاماكن فلم تكن جهالة مكان الايفاء مفضية الى المنازعة وفي رواية يتعين مكان العقد للايفاء وهو قول أبي يوسف ومحمد وهو رواية الجامع الصغير ورواية البيوع من الاصل ومن مشايخنا من أول هذه الرواية وقال هي معنى قوله يوفيه في المكان الذي أسلم فيه اذا لم يتنازعا فاذا تنازعا يأخذه بالتسليم حيث ما لقيه ولو شرط رب السلم التسليم في بلد أو قرية فحيث سلم اليه في ذلك الموضع فهو جائز وليس لرب السلم ان يتخير مكانا لان المشرط هو التسليم في مكان منه مطلقا وقد وجد وان سلم في غير المكان المشروط فلرب السلم ان يأبى لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم فان أعطاه على ذلك أجر لم يحز له أخذ الاجر عليه لانه لما قبض المسلم فيه فقد عين ملكه في المقبوض فتبين انه أخذ الاجر على

فقل ملك نفسه فلم يجز فإلا جروله أن يرد المسلم فيه حتى يسلم في المكان المشروط ولأن حقه في التسليم فيه ولم يرض بطلان حقه إلا بعوض ولم يسلم له فبقى حقه في التسليم في المكان المشروط وهذا بخلاف ما إذا صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على مال أنه لا يصح الصلح ويسقط حقه في الشفعة وعليه رد بدل الصلح وإذا رده لا يعود حقه في الشفعة لأنه ليس للشفيع حق ثابت في الحل قبل التملك بالشفعة وإنما له حق أن يملك وهذا ليس بحق ثابت في الحل فلا يحتل الاعتياض وبطل حقه من الشفعة بأعراضه عن الطلب بأسقاطه صريحا ولرب السلم حق ثابت في التسليم في المكان المشروط فإذا لم يصح الاعتياض عنه التحق الاعتياض بالعدم وبقي الحق على ما كان والذي يدل على التفرقة بينهما أنه لو قال أسقطت حق في الشفعة يسقط ولو قال أسقطت حق في التسليم في ذلك المكان لا يسقط والله عز وجل أعلم

فصل وأما الذي يرجع إلى البدلين جميعا فهو أن لا يجمعهما أحد وصفي علة بالفضل وذلك إما الكيل وإما الوزن وإما الجنس لأن أحد وصفي علة بالفضل هو علة بالنساء فإذا اجتمع أحدهما في الوصفين في البدلين يتحقق بالنساء والعقد الذي فيه ربا فاسد وعلى هذا يخرج اسلام المكيل في المكيل أو الموزون في الموزون والمكيل في الموزون والموزون في المكيل وغير المكيل والموزون بجنسهما من الثياب والعديدات المتقاربة وقد ذكرنا جملة ذلك وتفصيله فيما تقدم في مسائل بالنساء والله تعالى الموفق

فصل وأما بيان ما يجوز من التصرف في المسلم فيه وما لا يجوز فتقول وبالله التوفيق لا يجوز استبدال المسلم فيه قبل قبضه بأن يأخذ رب السلم مكانه من غير جنسه لما ذكرنا أن المسلم فيه وإن كان ديناً فهو مبيع ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل القبض ويجوز الإبراء عنه لأن قبضه ليس بمستحق على رب السلم فكان هو بالإبراء متصرفاً في خالص حقه بالإسقاط فله ذلك بخلاف الإبراء عن رأس المال لأنه مستحق القبض حقا للشرع فلا يملك إسقاطه بنفسه بالإبراء على ما ذكرنا ونحو الحوالة بالمسلم فيه لوجود ركن الحوالة مع شرائطه وكذلك الكفالة به لما قلنا لأن في الحوالة يبرأ المسلم إليه وفي الكفالة لا يبرأ ورب السلم بالخيار أن شاء طالب المسلم إليه وإن شاء طالب الكفيل لأن الحوالة مبرئة والكفالة ليست بمبرئة إلا إذا كانت بشرط براءة المكفول عنه لأنها حوالة معني على ما ذكرنا ولا يجوز لرب السلم الاستبدال مع الكفيل كما لا يجوز ذلك مع المسلم إليه لأنه كفيل بما على المسلم إليه لا بد من آخر الدين واحد وإنما تعددت المطالبة بالكفالة وهو الصحيح على ما يجبي في كتاب الكفالة ويجوز للكفيل أن يستبدل مع المسلم إليه عند الرجوع فيأخذ بدل ما أدى إلى رب السلم لأن الكفالة إذا كانت بامر المكفول عنه كانت إقراراً واستقراراً كان الكفيل أقرض المسلم إليه واستبدال القرض قبل القبض جائز ويجوز الرهن بالمسلم فيه لأنه دين حقيقة والرهن بالدين أي دين كان جائز والأقالة جائزة في المسلم فيه كما تجوز في بيع العين لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادماً أقال الله عثرته يوم القيامة مطلقاً من غير فصل ولأن الأقالة في بيع العين إنما شرعت نظر للعاقدين دفعاً لحاجة الندم واعتراض الندم في السلم ههنا أكثر لأنه بيع باوكس الاثمان فكان أدعى إلى شرع الأقالة فيه ثم جملة الكلام في الأقالة في السلم أنه لا يخلو إما أن تقايل السلم في كل المسلم فيه وإما أن تقايل في بعض دون بعض فإن تقايل في كل المسلم فيه جازت الأقالة لما قلنا سواء كانت الأقالة بعد حل الأجل أو قبله لأن نص الأقالة مطلق لا يفصل بين حال وحال وكذا جواز اعتراض الندم قائم في الحالين وسواء كان رأس المال قائماً في يد المسلم إليه أو هالكاً ما إذا كان قائماً فلا شك فيه وكذا إذا كان هالكاً لأن رأس مال السلم ثمن والمبيع هو المسلم فيه وقيام الثمن ليس بشرط لصحة الأقالة إنما الشرط قيام المبيع وقد وجد ثم إذا جازت الأقالة فإن كان رأس المال مما يتعين بالتعيين وهو قائم فعلى المسلم إليه رد عينه إلى رب السلم لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وإن كان هالكاً فإن كان ماله مثل فعليه رد مثله وإن كان مما لا مثل له فعليه رد قيمته وإن كان رأس المال مما لا يتعين بالتعيين فعليه رد مثله هالكاً

كان أوقافاً لانه قبضه عن عقد صحيح وكذلك اذا قبض رب السلم المسلم فيه ثم تقايلا والمقبوض قائم في يده جازت
الاقالة وعلى رب السلم رد عين ما قبض لان المقبوض في يده بعد السلم كأنه عين ما ورد عليه عقد السلم ألا ترى انه يجوز
لرب السلم أن يبيع المقبوض مرابحة على رأس المال وان تقايلا السلم في بعض المسلم فيه فان كان بعد حل الاجل
جازت الاقالة فيه بقدره اذا كان الباقي جزءاً معلوماً من النصف والثلث ونحو ذلك من الاجزاء المعلومة لما ذكرنا أن
الاقالة شرعت نظر أوفي اقالة البعض دون البعض ههنا نظر من الجانبين لان السلم يبيع بأجنس الاثمان لهذا ساء ابن
عباس رضي الله عنهما حسناً جميلاً فقال رضي الله عنه ذلك المعروف الحسن الجميل والسلم في الباقي الى أجله عند عامة
العلماء وقال ابن أبي ليلى ينفسخ العقد في الكل والصحيح قول العامة لان الاقالة وجدت في البعض لا في الكل فلا
توجب انفساخ العقد في الكل لان الحكم ثبت بقدر العلة هذا هو الاصل وان كان قبل حل الاجل ينظر ان لم يشترط
في الاقالة تعجيل الباقي من السلم جازت الاقالة أيضاً والسلم في الباقي الى أجله وان اشترط فيها تعجيل الباقي لم يصح
الشرط والاقالة صحيحة (أما) فساد الشرط فلا أنه اعتياض عن الاجل وانه لا يجوز لان الاجل ليس بمال فلا
يجوز الاعتياض عنه (وأما) صحة الاقالة فلا أن الاقالة لا تبطلها الشرط والفاسدة فبطل الشرط وصحت الاقالة وهذا
على قياس قول أبي حنيفة ومحمد لان الاقالة عندهما فاسخ (وأما) على قياس قول أبي يوسف فبطل الاقالة والسلم
على حاله الى أجله لان الاقالة عنده يبيع جديد والبيع تبطله الشروط والفاسدة والله عز وجل أعلم (ومنها) قبض
البدلين في بيع الدين بالدين وهو عقد الصرف والكلام في الصرف في الاصل في موضعين أحدهما في تفسير الصرف
في عرف الشرع والثاني في بيان شرائطه (أما) الاول فالصرف في متعارف الشرع اسم لبيع الاثمان المطلقة بعضها
ببعض وهو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة واحداً الجنس بالآخر فاحتمل تسمية هذا النوع من البيع صرفاً
لمعنى الرد والنقل يقال صرفته عن كذا الى كذا اسمى صرفاً لا اختصاصه برد البديل ونقله من يد الى يد ويحتمل أن تكون
التسمية لمعنى الفضل اذ الصرف يذكر بمعنى الفضل كما روى في الحديث من فعل كذا لم يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً
فالصرف الفضل وهو النافلة والعدل القرض سمي هذا العقد صرفاً لطلب التاجر الفضل منه عادة لما يرغب في عين
الذهب والفضة

فصل في شرائط قبض البدلين قبل الافتراق لقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المشهور
والذهب بالذهب مثلاً بمثل يدا بيد والفضة بالفضة مثلاً بمثل يدا بيد وروى عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الورق بالورق الا مثلاً بمثل ولا تسقوا بعضهم على بعض ولا تبيعوا منها شيئاً غائباً بناجز
وروى عن عبد الله بن سيدنا عمر عن أبيه رضي الله عنهما أنه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل ولا تبيعوا
الورق بالورق الا مثلاً بمثل ولا تبيعوا الذهب بالورق أحدهما غائب والآخر ناجز وان استنظر حتى يبلغ بيته فلا
تنظره اني أخاف عليكم الرماء أي الربا فدللت هذه النصوص على اشتراط قبض البدلين قبل الافتراق وتفسير
الافتراق هو أن يفترق العاقد ان يابد انهما عن مجلسهما فيأخذ هذا في جهة وهذا في جهة أو يذهب أحدهما ويبقى
الآخر حتى لو كانا في مجلسهما لم يبرحاه لم يكونا مفترقين وان طال مجلسهما لا نعدم الافتراق بايد انهما وكذا اذا ناما في
المجلس أو أغشى عليهما ما قلنا وكذا اذا قاما عن مجلسهما فذهبا معاً في جهة واحدة وطريق واحدة ومشياً ميلاً أو
أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه فليس بمفترقين لان العبرة لتفرق الابدان ولم يوجد فرق بين هذا وبين خيار الخيرة
اذا قامت عن مجلسها أو اشتغلت بعمل آخر يخرج الامر من يدها لان خيار الخيرة يبطل بالاغراض عما فوض
اليها والقيام عن المجلس أو الاشتغال بعمل آخر دليل الاغراض وههنا لا عبرة بالاغراض انما العبرة للافتراق بالابدان
ولم يوجد وروى عن محمد أنه ألحق هذا بخيار الخيرة حتى لو نام طويلاً أو وجد ما يدل على الاغراض يبطل الصرف
كالخيار وروى عن محمد في رجل له على انسان ألف درهم وكذلك الرجل عليه خمسون ديناراً فأرسل اليه رسولاً فقال

بعتك الدنانير التي لي عليك بالدرهم التي لك على وقال قبلت فهو باطل لأن حقوق العقد لا تتعلق بالرسول بل بالمرسل وهما مفترقان بأبداتهما وكذلك لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو ناداه من بعيد لم يحز لأبداهما مفترقان بأبداتهما عند العقد بخلاف البيع المطلق إذا أرسل رسولاً إلى إنسان فقال بعت عبدي الذي في مكان كذا منك بكذا فقبل ذلك الرجل فالبيع جائز لأن التقابض في البيع المطلق ليس بشرط لصحة العقد ولا يكون الافتراق مفسداً له ثم المعتبر افتراق المتعاقدين سواء كانا مالكيين أو نائبين عنهما كالأب والوصي والوكيل لأن القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقدين فيعتبر افتراقهما ثم انما يعتبر التفرق بالبدان في موضع يمكن اعتباره فإن لم يمكن اعتباره يعتبر المجلس دون التفرق بالبدان بأن قال الأب اشهدوا اني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة دراهم ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل كذا روى عن محمد لأن الأب هو العاقد فلا يمكن اعتبار التفرق بالبدان فيعتبر المجلس والله سبحانه وتعالى أعلم ثم يبيع الجنس بالجنس وبخلاف الجنس كالذهب بالفضة سواء لا يختلفان في حكم القبض لأن كل ذلك صرف فيشترط فيه التقابض وانما يختلفان في جواز التفاضل وعدمه فلا يجوز التفاضل عند اتحاد الجنس ويجوز عند الاختلاف ولكن يجب التقابض اتحاد الجنس واختلاف لما ذكرنا من الدلائل ولو تصارفا ذهبا بذهب أو فضة بفضة مثلاً بمثل وتقابضاً وتفرقاً ثم زاد أحدهما صاحبه شيئاً أو حط عنه شيئاً وقبل الآخر فسد البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف الزيادة والخط باطلان والعقد الأول صحيح وعند محمد الزيادة باطلة والخط جائز بمنزلة الهبة المستقبلية واختلافهم في هذه المسئلة فرغ اختلافهم في أصل ذلك كراهه فيما تقدم وهو أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد في الذكر إذا الحق به هل يلتحق به أم لا فمن أصل أبي حنيفة فيه أنه يلتحق باصل العقد وفسد العقد والزيادة والخط يلتحقان باصل العقد على أصل أصحابنا كان العقد ورد على المز يد عليه والزيادة جميعاً فيتحقق التفاضل والجنس متحد فيتحقق الربا فكانت الزيادة والخط بمنزلة شرط فاسد ملتحق بالعقد فيتأخر عنه فيلتحق به ويوجب فساده ومن أصل أبي يوسف ومحمد أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد لا يلتحق بالعقد فطرد أبو يوسف هذا الأصل وقال تبطل الزيادة والخط جميعاً ويبقى البيع الأول صحيحاً ومحمد فرق بين الزيادة والخط وقال الزيادة باطلة والخط جائز لأن الزيادة لو صحت لا لتحقق باصل العقد فيوجب فساده فبطلت الزيادة وليس من شرط صحة الخط أن يلتحق بالعقد لا ترى أنه لو حط جميع الثمن صح ولا يلتحق اذ لو التحق لكان البيع واقعا بلا ثمن فيجعل حط المال بمنزلة هبة مستأثفة ولو تباعا الجنس بخلاف الجنس بأن تصارفا ديناراً بعشرة دراهم ثم زاد أحدهما صاحبه درهماً وقبل الآخر أو حط عنه درهماً من الدينار جازت الزيادة والخط بالاجماع لأن المانع من الجواز والالتحاق تحقق الربا واختلاف الجنس يمنع تحقق الربا لأن في الزيادة يشترط قبضها قبل الافتراق حتى لو افتراق قبل القبض بطل البيع في حصص الزيادة لأن الزيادة لما التحقت باصل العقد صار كان العقد ورد على الزيادة والأصل جميعاً إلا أنه جاز التفاضل لاختلاف الجنس فإذا لم يقبض الزيادة قبل الافتراق بطل العقد بقدرها (وأما) الخط فجائز سواء كان قبل التفرق أو بعده لأن الخط وان كان يلتحق باصل العقد فيؤدي إلى التفاضل لكن التفاضل عند اختلاف الجنس جائز ولا زيادة ههنا حتى يشترط قبضها فصيح الخط ووجب عليه رد المخطوط لأن الخط لم التحق باصل العقد تبين أن العقد لم يقع على قدر المخطوط من الابتداء فيجب رده ولو حط مستري الدينار قيراطاً منه فبائع الدينار يكون شريكاً له في الدينار لأنه تبين أن العقد وقع على ماسوى القيراط ولو اشترى سيفاً محلي فضة وحليته خمسون درهماً بمائة درهم وتقابضاً ثم زاده ديناراً في الثمن دفعه إليه قبل أن يفارقه أو بعد ما فارقه يجوز كذا روى عن محمد وتصرف الزيادة إلى النصل والجنهن والحائل لأنها تلحق باصل العقد فصارت كأن العقد ورد على الأصل والزيادة جميعاً ولو كان كذلك لكان الأمر على ما وصفنا كذا هذا بخلاف بيع المراجعة فإنه يقسم على جميع الثمن لما ذكر في مسائل المراجعة وسواء كان ديناً بدين وهو الدرهم والدنانير أو عيناً بعين وهو التبر والمصوغ أو ديناً بعين وهو الدرهم والدنانير بالتبر والمصوغ لأن ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بين الدين والعين

وسواء كان مفرداً أو مجموعاً مع غيره كما إذا باع ذهباً أو ثوباً بفضة مفردة لأن الفضة تنقسم على الذهب والثوب فما قابل الذهب يكون صرفاً فيشترط فيهما القبض وما يقابل الثوب يكون بيعاً مطلقاً فلا يشترط فيه القبض وكذا إذا باع ذهباً و ثوباً بذهب والذهب أكثر حتى جاز البيع أنه في حصة الذهب يكون صرفاً وفي حصة الثوب يكون بيعاً مطلقاً وكذا إذا باع سيفاً محلياً بالفضة مفردة أو منطقة مفضضة أو لجاماً أو سرجاً أو سكيناً مفضضة أو جارية على غنقها طوق فضة بفضة مفردة والفضة المفردة أكثر حتى جاز البيع كان بحصة الفضة صرفاً وإيراعي فيه شرائط الصرف وبحصة الزيادة التي هي من خلاف جنسها بيعاً مطلقاً فلا يشترط له ما يشترط للصرف فإن وجد التقابض وهو القبض من الجانبين قبل التفرق بالابتنان تم الصرف والبيع جميعاً وإن لم يوجد أو وجد القبض من أحد الجانبين دون الآخر بطل الصرف لوجود الافتراق من غير قبض وهل يبطل البيع المطلق ينظر إن كانت الفضة المجموعة مع غيرها يمكن فصلها وتخليصها من غير ضرر كالجارية مع الطوق وغير ذلك فالبيع جائز وفساد الصرف لا يتعدى إلى البيع لأنه إذا تمكن تخليصها من غير ضرر جاز لانها شيئاً منفصلاً ولهذا جاز بيع أحدهما دون الآخر ابتداءً فلان يبقى جائزاً ابتداءً وأولى لان البقاء أسهل من الابتداء وإن كان لا يمكن فصلها وتخليصها إلا بضرر بطل البيع أيضاً لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر وأنه لا يجوز ابتداء بيع الجزع في السقف ونحو ذلك فكذا في حالة البقاء فإذا بطل العقد في قدر الصرف يبطل في البيع أيضاً والله عز وجل أعلم هذا إذا انعقد العقد على الصحة ثم فسد في قدر الصرف بطرياً بالمفسد عليه وهو الافتراق من غير تقابض فأما إذا انعقد على الفساد من الابتداء بان شرط الخيار أو أدخل الاجل فيه لم يصح الصرف بالاجماع وهل يصح البيع المطلق اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يصح سواء كان يتخلص من غير ضرر أولاً يتخلص إلا بضرر وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا والاول سواء إن كان يتخلص من غير ضرر يصح وإن كان لا يتخلص إلا بضرر لا يصح وكذا إذا اشترى ديناراً بعشرة دراهم نسيئة ثم قد بعض العشرة دون البعض في المجلس فسد الصرف في الكل عنده وعندهما يصح بقدر ما قبض وهذا بناء على أصل مختلف بينهم وهو ان الصفقة اذا اشتملت على الصحيح والفاسد يتعدى الفساد الى الكل عنده وعندهما لا يتعدى فهما سويان بين الفساد الطارىء والمقارن وأبو حنيفة فرق بينهما (وجهه) الفرق ما ذكرنا من قبل ان الفساد اذا كان مقارناً يصير قبول العقد في الفاسد شرط قبول العقد في الآخر وهذا شرط فاسد فيؤثر في الكل ولم يوجد هذا المعنى في الطارىء فاقصر الفساد فيه على قدر المفسد ثم اذا كانت الفضة المفردة فيه أكثر ولم يوجد فيه شرط الخيار ولا الاجل حتى جاز العقد ثم قد قدر الفضة المجموعة من المفردة دون غيرها وقرع قبض من الجانبين بان باع سيفاً محلياً بمائة درهم وحليته خمسون فنقده المشتري خمسين فالقدر المنقود من الفضة المفردة يقع عن الصرف حتى لا يبطل الافتراق أو عن البيع حتى يبطل الصرف بالافتراق من غير قبض فهذا لا يخلو من خمسة أوجه إما ان ذكر أن المنقود من ثمن الحلية وإما ان ذكر أنه من ثمن الجفن والنصل وإما ان ذكر أنه من ثمنهما جميعاً وإما ان ذكر أنه من ثمن السيف وإما ان سكنت ولم يذكر شيئاً فان ذكر أنه من ثمن الحلية يقع عنها ويجوز الصرف والبيع جميعاً وهذا ظاهر وكذا اذا ذكر أنه من ثمنها فانه يقع عن الحلية أيضاً وجاز البيع والصرف لان قبض التصرف مستحق حقاً للشرع وقبض البيع ليس بمستحق فيصرف الى جهة الاستحقاق ويمكن إيقاع المنقود كله عن هذه الجهة وإن أضافه اليها لان ذكر شيئين على ارادة أحدهما جائز في اللغة قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وإنما يخرج من أحدهما وهو المالح وكذا اذا لم يذكر شيئاً يقع عن الصرف لان أمور المسلمين محمولة على الصحة والساد ما يمكن وذلك فيما قلنا لان قبض حصة الحلية مستحق فعند الاطلاق يصرف الى جهة الاستحقاق وكذا اذا ذكر أنه من ثمن السيف يقع عن الحلية لان الحلية تدخل في اسم السيف وإن ذكر أنه من ثمن الجفن والنصل ينظر ان أمكن تخليص الفضة من غيرها من غير ضرر يقع عن ثمن المذكور ويبطل الصرف بالافتراق قبل القبض لانه قصد جواز البيع وصرف بفساد الصرف وإذا أمكن

تخليصهما من غير ضرر أمكن القول بجواز البيع مع فساد الصرف ألا ترى أنه يجوز بيع السيف باقتراده فيجوز البيع ويبطل الصرف وإن لم يمكن تخليصها إلا بضرر فالمنقود يقع عن ثمن الصرف ويجوز البيع والصرف جميعا لأنه قصد جواز البيع ولا يجوز إلا بجواز الصرف لأن بيع السيف بدون الحلية لا يجوز إذا لم يمكن تخليصهما من غير ضرر فإن أمكن تخليصهما من غير ضرر فيجوز أن جميعا والله عز وجل أعلم وكذلك في السيف المحلى إذا لم يكن من جنس الحلية فإن كانت حلية السيف ذهباً اشتراه مع حليته بفضة مفردة فخكه وحكم الجنس سواء في جميع ما وصفنا لهما في حكم القبض وما يتعلق به لا يختلفان وقد ذكرنا جملة ذلك وتفصيله على الاتفاق والاختلاف وعلى هذا يخرج الإبراء عن بدل الصرف وهبته ممن عليه والتصدق به عليه أنه لا يصح بدون قبوله وإن قبل انتقض الصرف وإن لم يقبل لم يصح وبقي الصرف على حاله لأن قبض البدل مستحق والإبراء عن الدين إسقاطه والدين بعد ما سقط لا يتصور رقبضه فكان الإبراء عن البدل جعل البدل محالاً لا يتصور رقبضه فكان في معنى الفسخ فلا يصح الإبراء لهما كصرح الفسخ وإذا لم يصح بقبض الصرف على حاله فيتم بالتقابض قبل الافتراق بأبدانها ولو أوى المبرى أو الواهب أو المتصدق أن يأخذ ما أبرأ أو وهبه أو تصدق بحجر على القبض لأنه لا امتناع عن القبض يريد فسخ العقد وأحد العاقلين لا ينفرد بالفسخ وعلى هذا يخرج الاستبدال بدل الصرف أنه لا يجوز والصرف على حاله يقبض البدل قبل الافتراق ويتم العقد لأن قبض البدل شرط بقاء العقد على الصحة والاستبدال يفوت قبضه حقيقة لأنه يقبض بدله وبدله غيره وقال زفران الاستبدال جائز لأن الشراء لا يقع بعين ما في الذمة لأن ما في الذمة من الدراهم لا يحتمل التعيين بخلاف فكان مشترياً بمثل ما في الذمة فيجب لمن عليه الدين في ذمة المشتري دراهم مثل ما في ذمته في النوع والصفة فلا يفوت قبض البدل بالاستبدال بل يصير قابضاً بطريق المعاوضة فيصح الاستبدال (والجواب) عنه أن الدراهم والدنانير وإن كانت لا تتعين بالعقد ولكنها تتعين بالقبض وقبضها واجب بالمقاصة يفوت القبض حقيقة فلم تصح المقاصة فبقي الشراء بها إسقاطاً للقبض المستحق حقاً للشرع فلا يصح الشراء وبقي الصرف صحيحاً موقوفاً بقاؤه على الصحة على القبض قبل الافتراق وإن أعطاه صاحبه دراهم أجوداً أو أردأ من حقه فرضى به والمقبوض مما يجري مجرى الدراهم الواجبة بالعقد في المعاوضات بين الناس جاز لأن المقبوض من جنسه أصلاً وإنما يخالفه في الوصف فإذا رضى به فقد أسقط حقه فكان استيفاء الاستبدال وتجوز الحوالة ببديل الصرف إذا كان المحتمل عليه حاضراً وكذلك الكفالة وكذلك الرهن به والصرف على حاله فإن قبض من المحتمل عليه أو من الكفيل أو هلك الرهن في يد المرمته في المجلس فالصرف ماض على الصحة وإن افترق المتصار فإن قبض القبض وهلك الرهن يبطل الصرف وعند زفر لا تجوز الحوالة والكفالة ببديل الصرف وقد مررت المسئلة في السلم والبرة ببقاء العاقلين في المجلس وافتراقهما عنه لا لبقاء الحال عليه والكفيل وافتراقهما لما ذكرنا أن القبض من حقوق العقد فيتعلق بالعاقلين فيعتبر مجلسهما وكذلك لو وكل كل واحد من العاقلين رجلاً أن يتقدم عنه يعتبر مجلس الموكلين بقاء وافتراقاً لا بمجلس الوكيل لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج المقاصة في ثمن الصرف إذا وجب الدين بعقد متأخر عن عقد الصرف أنه لا يصير قصاصاً ببديل الصرف وإن تراضيا بذلك وقد ذكرنا جملة الكلام في ذلك وتفصيله في السلم وعلى هذا يخرج ما إذا قبض بدل الصرف ثم انتقض بدل الصرف ثم انتقض القبض فيه بمعنى أو جب أنتقاضه أنه يبطل الصرف وقد مر الكلام فيه جملة وتفصيلاً في السلم ثم قبض الصرف في المجلس كما هو شرط بقاء العقد على الصحة فقبضهما في المجلس الإقالة شرط بقاء الإقالة على الصحة أيضاً حتى لو تقابلا الصرف وتماضا قبل الافتراق مضت الإقالة على الصحة وإن افتراقاً قبل التقابض بطلت الإقالة أما على أصل أبي يوسف فظاهر لأن الإقالة على أصله بيع جديد فكانت مصارفة مبتدأة فلا بد من التقابض في المجلس وعلى أصلهما أن كانت فسخاً في حق المتعاقدين فهي بيع جديد في حق ثالث واستحقاق القبض حق للشرع ههنا ثالث فيعتبر بيعاً جديداً في حق هذا الحكم فيشترط فيه التقابض بخلاف السلم

فان قبض رأس مال السلم في مجلس الاقالة ليس بشرط لصحة الاقالة وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما فيما تقدم ولو وجد
ببدل الصرف عيبا وهو عين كما اذا اشترى قلب فضة بذهب فردته ثم افتراق قبل قبض الثمن ان رده عليه بقضاء القاضى
فالرد صحيح على حاله وان كان بغير قضاء القاضى فلا يبنى أن يفارقه حتى يقبض الثمن لان القبض بغير قضاء يكون
فسخا في حق الكل ورفع العقد عن الاصل كانه لم يكن واعادة المالك الى قديم ملكه كانه لم يزل عن ملكه فلا حاجة
الى القبض والرد بغير قضاء يكون فسخا في حق المتعاقدين ببيعاجديدا في حق ثالث وحق الشرع وهو القبض يعتبر ثالثا
فيجعل بيعا جديدا في حق هذا الحكم وأما التقابض في بيع المطعوم بالمطعوم بجنسه أو بغير جنسه بان باع قميصا حنطة
بقفيز حنطة أو بقميز شعير وعينا البدلين بالاشارة اليهما فهل هو شرط اختلف فيه قال أصحابنا ليس بشرط وقال
الشافعي رحمه الله شرط حتى لو افتراق من غير قبض عندنا ثبت الملك وعنده لا يثبت ما لم يتقابض في المجلس احتج
بقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المشهور الحنطة بالحنطة مثالا يبدو بقوله عليه الصلاة والسلام لا يبيعوا
الطعام بالطعام الا سواء بسواء يدايد ولان الافتراق من غير تقابض في بيع المطعوم بجنسه لا يخلو عن الرجاء لانه
يقبض أحد المتعاقدين دون الآخر فيتحقق الربا لان المقبوض فضلا على غير المقبوض فأشبهه فضل الحلول
على الاجل وانما يقع التحرز عنه بوجوب التقابض ولهذا صار شرط في الصرف كذا هذا (ولنا) وعمومات البيع من
نحو قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقوله عز
شأنه وأحل الله البيع وحرم الربا وغير ذلك نهى عن الاكل بدون التجارة عن تراض واستثنى التجارة عن تراض
فيدل على اباحة الاكل في التجارة عن تراض من غير شرط القبض وذلك دليل ثبوت الملك بدون التقابض لان اكل
مال الغير ليس بمباح وأما الحديث فظاهر قوله عليه الصلاة والسلام يدايد غير معمول به لان اليد بمعنى الجارية ليس
بمراد بالاجماع فلان حملها على القبض لانها آلة القبض فتحن تحمليها على التعيين لانها آلة التعيين لان الاشارة باليد
سبب التعيين وعندنا التعيين شرط فسقط احتجاجه بالحديث بحمد الله تعالى على ان الحمل على ما قلنا أولى لان فيه
توفيقا بين الكتاب والسنة وهكذا نقول في الصرف ان الشرط هناك هو التعيين لان نفس القبض الا أنه قام الدليل
عندنا ان الدرهم والدنانير لا تتعين بالتعيين وانما تتعين بالقبض فشرطنا التقابض للتعيين لا للقبض وهما التعيين حاصل
من غير تقابض فلا يشترط التقابض والله عز وجل أعلم وقوله المقبوض خير من غير المقبوض فيتحقق الربا قلنا
هذا انما يستقيم ان لو قلنا بوجوب تسليم أحدهما دون الآخر وليس كذلك (ومنها) أن يكون خاليا عن شرط
الخيار فان شرط الخيار فيه لهما أو لا أحدهما فسد الصرف لان القبض في هذا العقد شرط بقائه على الصحة وخيار
العقد يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع صحة القبض ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق ثم افتراق
تقابض ينقلب الى الجواز عندنا خلافا لغيره ولو لم يبطل حتى افتراقه قدر الفساد وقد ذكرنا جنس هذه المسائل بدلائلها
فيما تقدم (ومنها) أن يكون خاليا عن الاجل لهما أو لا أحدهما فان شرطاه لهما أو لا أحدهما فسد الصرف لان قبض
البدلين مستحق قبل الافتراق والاجل يعدم القبض فيفسد العقد فان أبطل صاحب الاجل أجله قبل الافتراق
فتقدم عليه ثم افتراقه تنقلب جائزا عندنا خلافا لغيره وهاتان الشريطان على الحقيقة فرعتان لشريطة
القبض الا أن أحدهما تؤثر في نفس القبض والاخرى في صحته على ما بينا وأما خيار العيب وخيار الرؤية فيثبتان
في هذا العقد لانهما لا يمنعان حكم العقد فلا يمنعان صحة القبض لان خيار الرؤية يثبت في العين وهو التبر والنقرة
والمصوغ ولا يثبت في الدين وهو الدرهم والدنانير المضروبة لانه لا فائدة في الرد اذا العقد لا ينفسخ بالرد لانه ما ورد
على عين المرود وقيام العقد يقتضى ولاية المطالبة بمثله فاذا قبض رده فيطالبه بآخر هكذا الى ما لا يتناهى وكذا خيار
الرؤية لانه لا يثبت في سائر الديون في سائر العقود لما قلنا بخلاف ما اذا كان ثمن الصرف عينا لان هناك ينفسخ العقد
بالرد فلا يملك المطالبة بعين أخرى فكان الرد مفيدا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما خيار العيب فيثبت في الوجهين جميعا

لان السلامة عن العيب مطلوبة عادة فقواتها يوجب الخيار كما في سائر البياعات الا أن بدل الصرف اذا كان عينا فرده بالعيب يفسخ العقد سواء رده في المجلس أو بعد الافتراق ويرجع على البائع بما تقدم وان كان دينان وجد الدرهم المقبوضة ز يوفأ وكاسدة أو وجدها راحة في بعض التجارات دون البعض وذلك عيب عند التجار فردها في المجلس يفسخ العقد بالرد حتى لو استبدل مكانه مضى الصرف وان ردها بعد الافتراق بطل الصرف عند أبي حنيفة وزفر لحصول الافتراق لا عن قبض وعند أبي يوسف ومحمد لا يبطل اذا استبدل في مجلس الرد على ما ذكرنا في السلم وخيار المستحق لا يبطل الصرف أيضا ولانه لا يمنع حجة القبض على تقدير الاجازة واحتمال الاجازة قائم فلا يبطل العقد المتعقد ظاهر بالشك ثم اذا استحق أحد بدل الصرف بعد الافتراق فان كان أجاز المستحق والبديل قائم أو ضمن الباقد وهو هالك جاز الصرف لانه اذا كان قائما كان يحمل الاجازة والاحقة بمنزلة الوكالة السابقة واذا كان هالك ضمن الناقد المضمون بالضمان فتبين انه سلم ملك نفسه وان استرده وهو قائم أو ضمن القابض قيمته وهو هالك بطل الصرف لانه تقض قبضه أو تبين انه لم يصح بخلاف الاول لانه سلم له القبض فجاز الصرف والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون الثمن الاول معلوما في بيع المراجعة والتولية والاشراك والوضيعة والاصل في هذه العقود عمومات البيع من غير فصل بين بيع وبيع وقال الله عز شأنه وابتغوا من فضل الله وقال عز وجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم والمراجعة ابتغاء للفضل من البيع نصا وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة اشترى سيدنا أبو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ولى أحدهما فقال سيدنا أبو بكر رضي الله عنه هلك بغير شيء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما بغير شيء فلا فدل طلب التولية على جوازها وروى ان سيدنا أبا بكر رضي الله عنه اشترى بلالا فاعتقه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم الشركة يا أبا بكر فقال يا رسول الله قد اعتقته لولم تكن الشركة مشروعة لم يكن ليطلبها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا الناس توارثوا هذه البياعات في سائر الاعصار من غير تكثير وذلك اجماع على جوازها * ثم الكلام في المراجعة في مواضع في تفسير بيع المراجعة وفي بيان شرائطه وفي بيان رأس المال انه ما هو وفي بيان ما يلحق برأس المال وما لا يلحق به وفي بيان ما يجب بياته عند المراجعة مما ترك بياته يكون خيانة وما لا يجب بياته وترك بياته لا يكون خيانة وفي بيان حكم الخيانة اذا ظهرت أما تفسيره فقد ذكرناه في أول الكتاب وهو أنه بيع يمثل الثمن الاول مع زيادة ربح وأما شرائطه (فمنها) ما ذكرناه وهو أن يكون الثمن الاول معلوما للمشتري الثاني لان المراجعة بيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والعلم بالثمن الاول شرط صحة البياعات كلها ما ذكرنا فيما تقدم فان لم يكن معلوما له فالبيع فاسد الى أن يعلم في المجلس فيختار ان شاء فيجوز أو يترك فيبطل أما الفساد للحال فاجبة لانه الثمن الاول للحال مجهول وأما الخيار فالخلل في الرضا لان الانسان قد يرضى بشيء ثم يغيره ولا يرضى بغيره كثير فلا يتكامل الرضا الا بعد معرفة مقدار الثمن فاذا لم يعرف اختل رضاه واختلال الرضا يوجب الخيار ولو لم يعلم حتى افتراق عن المجلس بطل العقد لتقرر الفساد وقد ذكرنا اختلاف عبارات الرواية عن أصحابنا عن هذا النوع من البيع كبيع الشيء برقه ونحو ذلك في بعضها انه فاسد وفي بعضها انه موقوف على الاجازة والاختيار اذا علم وكذلك التولية والاشراك والوضيعة في اعتبار هذا الشرط والمراجعة سواء لان التولية بيع يمثل ثمن الاول فلا بد أن يكون الثمن الاول معلوما والاشراك تولية لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن والعلم بالثمن كله شرط صحة البيع والوضيعة بيع يمثل الثمن الاول مع نقصان شيء معلوم منه فلا بد وأن يكون الثمن الاول معلوما ليعلم قدر النقصان منه وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى رجلان جملة مما له مثل فاقسمها ثم أراد كل واحد منهما أن يبيع حصته مراجعة انه يجوز لان القسمة وان كانت لا تخلو عن معنى المبادلة حقيقة لكن معنى المبادلة في قسمة المتماثلات ساقط شرعا بل بعد القسمة فيهما تمييز للنصيب وافرأز احضا واذا كان كذلك فما يصل الى كل واحد منهما كانه عين ما كان له قبل القسمة فكان يجوز له أن يبيع له نصيبه مراجعة قبل القسمة كذا بعد ما وان اشترى

جملة مما لا مثل له فاقسمه لايحوز لاحدهما أن يبيع حصته مراحجة لان معنى المبادلة في قسمة هذا النوع معتبرة اذ
الاصل اعتبار الحقيقة فكان ما يصيب كل واحد منهما بالقسمة نصفه ملكه ونصفه بدل ملكه كانه اشتراه به فلا يحوز
بيعه مراحجة كما اذا اشترى عرضا بعرض ثم أراد أن يبيعه مراحجة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أسلم عشرة دراهم في
ثوبين متقنين من جنس واحد ونوع واحد وصفة واحدة وطول واحد حتى جاز السليم بالاجماع ولم يبين حصة كل
واحد منهما من رأس المال فخل الاجل له أن يبيعهما جميعا مراحجة على العشرة بلا خلاف فان باع أحدهما مراحجة على
خمس لم يحز عند أي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يحوز ولو كان بين حصة كل واحد من الثوبين من رأس المال
جاز أن يبيع أحدهما مراحجة على خمسة بالاجماع لهما ان المقبوض هو المسلم فيه والملك في المسلم فيه ثبت بمقدار السلم
وعقد السلم أوجب اقسام الثمن وهو رأس المال على الثوبين المقبوضين على السواء لا تفاقمهما في الجنس والنوع
والصفة والقدر فكانت حصة كل واحد منهما معلومة فتيجوز المراحجة عليهما كما اذا أسلم عشرة دراهم في كرى حنطة
فخل السلم وقبضهما ثم باع أحدهما مراحجة ولا يحنيفة أن المقبوض ليس عين المسلم فيه لان المسلم فيه دين حقيقة
وقبض الدين لا يتصور فلم يكن المقبوض مملوكا بمقدار السلم بل بالقبض فكان القبض بمنزلة انشاء العقد كانه اشتراها
جميعا ابتداء ولم يبين حصة كل واحد منهما ثم أراد أن يبيع أحدهما مراحجة وذلك لايحوز في المثل له ويحوز في المثل
على ما ذكرنا كذا هذا (ومنها) أن يكون الربح معلوما لانه بعض الثمن والعلم بالثمن شرط صحة البياعات (ومنها) أن يكون
رأس المال من ذوات الامثال وهو شرط جواز المراحجة على الاطلاق وكذلك التولية وبيان ذلك أن رأس المال
لا يخلو اما أن يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة واما أن يكون مما لا مثل له من الذرعات
والمعدودات المتفاوتة فان كان مما له مثل يحوز بيعه مراحجة على الثمن الاول وتولية مطلقا سواء باعه من بائه أو من غيره
وسواء جعل الربح من جنس رأس المال في المراحجة أو من خلاف جنسه بعد ان كان الثمن الاول معلوما والربح معلوما
وان كان مما لا مثل له من العروض لايحوز بيعه مراحجة ولا تولية ممن ليس ذلك العرض في ملكه لان المراحجة يبيع بمثل
الثمن الاول وكذلك التولية فاذا لم يكن الثمن الاول مثل جنسه فاما أن يقع البيع على غير ذلك العرض واما أن يقع على
قيمته وعينه ليس في ملكه وقيمته مجهولة تعرف بالحزر والظن لا اختلاف أهل التقويم فيها ويحوز بيعه تولية ممن
العرض في ملكه ويده وأما بيعه مراحجة ممن العرض في ملكه ويده فينظر ان جعل الربح شيئا مفردا عن رأس المال
معلوما كالدراهم وثوب معين ونحو ذلك جاز لان الثمن الاول معلوم والربح معلوم وان جعل الربح جزءا من رأس المال
بأن قال بعتك الثمن الاول بربحه يازده لايحوز لانه جعل الربح جزءا من العرض والعرض ليس بمثل الاجزاء واما
يعرف ذلك بالتقوم والقيمة مجهولة لان معرفتها بالحزر والظن وأما بيعه مواضعة ممن العرض في يده وملكه فالجواب
فيها على العكس من المراحجة وهو أنه ان جعل الوضعية شيئا مفردا عن رأس المال معلوما كالدراهم ونحوه لايحوز لانه
يحتاج الى وضع ذلك القدر عن رأس المال وهو مجهول وان جعلها من جنس رأس المال بان باعه بوضع يازده جاز
البيع بعشرة أجزاء من أحد عشر جزءا من رأس المال لان الموضوع جزء شائع من رأس مال معلوم (ومنها) أن
لا يكون الثمن في العقد الاول مقابلا بجنسه من أموال الربا فان كان ان اشترى المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل لم
يحز له أن يبيعه مراحجة لان المراحجة يبيع بالثمن الاول وزيادة والزيادة في أموال الربا تكون بالاربحا وكذا لايحوز بيعه
مواضعة لما قلنا وله أن يبيعه تولية لان المانع هو تحقق الربا ولم يوجد في التولية ولانه يبيع بالثمن الاول من غير زيادة
ولا نقصان وكذا الاشارة لانه تولية لكن ببعض الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) عند اختلاف الجنس
فلا بأس بالمراحجة حتى لو اشترى دينار بعشرة دراهم فباعه بربح درهم أو ثوب بعينه جاز لان المراحجة يبيع بالثمن الاول
وزيادة ولو باع دينار باحد عشر درهما أو بعشرة دراهم وثوب كان جائزا كذا هذا ولو باع الدينار بربح ذهب بان قال
بعتك هذا الدينار الذي اشتريته بربح قيراطين لم يحز عند أبي يوسف وعند محمد جاز (وجه) قوله ان المراحجة يبيع بالثمن

الاول وزيادة كانه باع دينارا بعشرة دراهم وقيراطين وذلك جائز وطريق جوازه أن يكون القيراطان بمثلهما من الدينار والعشرة ببقية الدينار كذا هذا ولا يبي يوسف ان في تجويز هذا تغيير المراجعة لان المتصارفين جعلوا العشرة رأس المال والدرهم بحافلو جوزنا على ما قاله محمد لصار القيراط رأس مال وبعض العشرة بحافلو فيه تغيير المقابلة واخراجها عن كونها مراجعة فلا يصح ولو اشترى سيفاً بحلى فضة وحليته خمسون بمائة درهم ثم باعه مراجعة برمج درهم أو برمج دينار أو برمج ثوب بعينه لا يجوز لان المراجعة يبيع بالثمن الاول وزيادة ربح والربح ينقسم على كل الثمن لانه جعل ربح كل الثمن فلا بد وأن ينقسم على كله ليكون مراجعة على كل الثمن ومتى انقسم على الكل كان للحلية حصصة من الربح لا محالة فيتحقق الربا ولا يصح العقد والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون العقد الاول صحيحاً فان كان فاسداً لم يجز بيع المراجعة لان المراجعة يبيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والبيع الفاسد وان كان يفيد الملك في الجملة لكن بقيمة المبيع أو بمثله لا بالثمن لفساد التسمية والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان رأس المال فأمر رأس المال ما لزم المشتري بالعقد لا ما تقدمه بعد العقد لان المراجعة يبيع بالثمن الاول والثمن الاول هو ما وجب بالمبيع فأما ما تقدمه بعد البيع فذلك وجب به قد آخر وهو الاستبدال فيأخذ من المشتري الثاني الواجب بالعقد لا المتقود بعده وكذلك التولية وبيان هذا الاصل اذا اشترى ثوباً بعشرة دراهم وتقدم مكانها دينار أو ثوباً فإمر رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان العشرة هي التي وجبت بالعقد وانما الدينار أو الثوب بدل الثمن الواجب وكذلك لو اشترى ثوباً بعشرة دراهم جياد وتقدم مكانها الزئوف وتجاوز بها البائع الاول فعلى المشتري نقد الجياد لا قلنا ولو اشترى ثوباً بعشرة هي خلاف نقد البلد ثم باعه مراجعة فان ذكر الربح مطلقاً بأن قال أبيعك بالثمن الاول ورجع درهم كان على المشتري الثاني عشرة من جنس ما تقدمه والربح من دراهم نقد البلد لان المراجعة يبيع بالثمن الاول والثمن الاول هو الواجب بالعقد الاول وهو عشرة وهي خلاف نقد البلد فيجب بالعقد الثاني مثلهما والربح من نقد البلد لانه أطلق الربح وما أضافه الى رأس المال والمطلق ينصرف الى المتعارف وهو نقد البلد وان أضاف الربح الى العشرة بأن قال أبيعك برمج العشرة أو برمج يارده فالعشرة والربح من جنس الثمن الاول أما اذا قال برمج العشرة فلا أنه أضاف الربح الى تلك العشرة اذا كان من جنسها وأما اذا قال برمج يارده فلا أنه جعل الربح جزءاً من العشرة فكان من جنسها ضرورة وعلى هذا يخرج ما اذا زاد المشتري البائع الاول في الثمن الاول وقبل انه يبيعه مراجعة وتولية على الاصل والزيادة جميعاً لان الزيادة تلتحق بأصل العقد فيصير في التقدير كان العقد على الاصل والزيادة جميعاً فكان الاصل مع الزيادة رأس المال لوجوبهما بالعقد تقدير يبيعه مراجعة عليهما وكذا لو حط البائع الاول عن المشتري بعض الثمن فانه يبيعه مراجعة على الثاني بعد الحط لان الحط أيضاً يلتحق بأصل العقد فكان الباقي بعد الحط رأس المال وهو الثمن الاول فيبيعه مراجعة عليه ولو حط البائع الاول عن المشتري بعد ما باعه المشتري حط المشتري الاول ذلك القدر عن المشتري الثاني مع حصته من الربح لما ذكرنا ان الحط يلتحق بأصل العقد فيصير رأس المال وهو الثمن الاول ما وراء قدر الحط فيحط المشتري الاول عن المشتري الثاني ذلك القدر ويحط حصته من الربح أيضاً لان قدر الربح ينقسم على جميع الثمن فاذا حط شيئاً من ذلك الثمن لا بد من حط حصته من الربح بخلاف ما اذا باع مساومة ثم حط عن المشتري الاول شيء من الثمن انه لا يحط بذلك عن المشتري الثاني لان الثمن الاول أصل في بيع المراجعة ولا عبرة به في بيع المساومة ألا ترى انه لو اشترى عبدان قيمتهما سواء أحدهما بألف والاخر بخمسة ثم باعهما مساومة انقسم الثمن عليهما على القيمة نصفين ولو باعهما مراجعة أو تولية انقسم الثمن عليهما على قدر الثمن الاول أثلاً تالاً على قدر القيمة دل ان الاول أصل في بيع المراجعة ولا عبرة به في بيع المساومة فالحط عن الثمن الاول في بيع المراجعة يوجب الحط عن الثمن الثاني ولا يوجب في المساومة وهذا الذي ذكرنا على أصل أصحابنا الثلاثة لان الزيادة على الثمن تلتحق بأصل العقد وكذا الحط عنه ويصير كأن العقد في الابتداء وقع على هذا القدر

(فأما) على أصل زفر والشافعي فالزيادة والحط كل واحد منهما لا يصح زيادة في الثمن وحطاعنه وإنما يصح هبة مبتدأة والمسألة تأتي في موضعها إن شاء الله تعالى

فصل وأما بيان ما يلحق برأس المال وما لا يلحق به فنقول لا بأس بأن يلحق برأس المال أجرة القصار والصباغ والغسل والقتال والخياط والسمصار وسائق الغنم والكراء ونفقة الرقيق من طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه بالمعروف وعلف الدواب وبيع مربحة وتولية على الكل اعتبارا للعرف لأن العادة فيما بين التجار أنهم يلحقون هذه المؤن برأس المال ويعدونها منه وعرف المسلمين وعادتهم حجة مطلقة قال النبي عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن إلا أنه لا يقول عند البيع اشتريته بكذا ولكن يقول قام على بكذا لأن الأول كذب والثاني صدق وأما أجرة الراعي والطبيب والحجام والختان والبيطار وجعل الأبقار والقضاء عن الجناية وما أئق على نفسه وعلى الرقيق من تعليم صناعة أو قرآن أو شعر فلا يلحق برأس المال وبيع مربحة وتولية على الثمن الأول الواجب بالعقد الأول لا غير لأن العادة ما جرت من التجار بالحاق هذه المؤن برأس المال وقال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح وكذا المضارب ما أئق على الرقيق من طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه بالمعروف يلحق برأس المال لجرى العادة بذلك وما أئق على نفسه في سفره لا يلحق به لأنه لا عادة فيه والتعويل في هذا الباب على العادة والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يجب بيانه في المراجعة وما لا يجب فالأصل فيه أن يبيع المراجعة والتولية ببيع أمانة لأن المشتري أئتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بينة ولا استحلاف فتجب صياغتها عن الحيانة وعن سبب الحيانة والتمهيد لأن التحرز عن ذلك كله واجب ما أمكن قال الله تعالى عز شأنه يا أيها الذين آمنوا لا تحزنوا لله والرسول وتحزنوا ما ناتكم وأنتم تعلمون وقال عليه الصلاة والسلام ليس منا من غشنا وقال عليه الصلاة والسلام لو أبصرت بن معبد رضى الله عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتهيات فدخل ما يربك إلى ما لا يربك وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال إلا إن لكل ملك حمى وإن حمى الله محارمه فمن حرم حول الحمى يوشك أن يقع فيه وقال عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم والاحتراز عن الحيانة وعن شبهة الحيانة والهمة إنما يحصل ببيان ما يجب بيانه فلا بد من بيان ما يجب بيانه وما لا يجب فنقول والله التوفيق إذا حدث بالسلعة عيب في يد البائع أو في يد المشتري فأراد أن يبيعها مربحة ينظر أن حدث بأفقه ساءو ية أنه أن يبيعها مربحة بجميع الثمن من غير بيان عندنا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يبيعها مربحة حتى يبين وإن حدث بفعله أو بفعل أجنبي لم يبعه مربحة حتى يبين بالاجماع (وجه) قولهما أن البيع من غير بيان حدوث العيب لا يخلو من شبهة الحيانة لأن المشتري لو علم أن العيب حدث في يد المشتري لكان لا يربحه فيه ولا نه لما باعه بعد حدوث العيب في يده فبعد احتبس عنده جزأ منه فلا يملك بيع الباقي من غير بيان كالأاحتبس بفعله أو بفعل أجنبي (ولنا) أن القائن جزء لا يقابل به ثمن بدليل أنه لو فات بعد العقد قبل القبض لا يسقط بمحضته شيء من الثمن فكان بيانه والسكوت عنه بمنزلة واجدة وما يقابل به الثمن قائم بالكلية فله أن يبيعه مربحة من غير بيان لأنه يكون بائعا ما بقي بجميع الثمن بخلاف ما إذا فات بفعله أو بفعل أجنبي لأن القائن صار مقصودا بالفعل وصار مقابله الثمن فقد حبس المشتري جزأ يقابل به الثمن فلا يملك بيع الباقي مربحة إلا ببيان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو حدث من المبيع زيادة كالولد والتمر والصوف واللبن والعقر لم يبعه مربحة حتى يبين لأن الزيادة المتولدة من المبيع مبيعة عندنا حتى تمنع الرد بالعيب وإن لم يكن لها حصصة من الثمن لئلا يفسد هذا حبس بعض المبيع وبيع الباقي فلا يجوز من غير بيان وكذا لو هلك بفعله أو بفعل أجنبي ووجب الارش لأنه صار مبيعا مقصودا يقابل به الثمن ثم المبيع يباع غير مقصود لم يبعه مربحة من غير بيان فالمبيع مقصودا أولى ولو هلك بأفقه ساءو ية أنه أن يبيعه مربحة من غير بيان لأنه أن هلك طرف من أطرافه بأفقه ساءو ية باعه مربحة من غير

بشرين ثم اشتراه بعشرة صار كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فيكون العشرة بالعشرة ويبقى الثوب خالياً عن العوض في عقد المعاوضة فيتمكن فيه شبهة الرافق ببيعته من ارجحة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى من لا يجوز شهادته له كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة لم يجز له أن يبيعه من ارجحة حتى يبين عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد له ذلك من غير بيان ولو اشترى من مكاتبه أو عبده المأذون وعليه دين أو ولاديين عليه لم يبيعه من ارجحة من غير بيان بالاجماع (وجهه) قولهما أنه لا خلل في الشراء الاول لأن ملك كل واحد منهما ممتاز عن ملك صاحبه منفصل عنه فصح الشراء الاول فلا يجب البيان كما اذا اشترى من الاجنبي ولأبي حنيفة رحمه الله أن تهمة المساحقة في الشراء الاول قائمة لأن الناس في العادات لا يماكسون في الشراء من هؤلاء فكانت التهمة وهي الشراء بزيادة الثمن قائمة فلا بد من البيان كما في المكاتب والمأذون ولأن للشراء من هؤلاء شبهة عدم الصحة لأن كل واحد منهما يبيع بمال صاحبه عادة ولهذا لا قبل شهادة أحدهما لصاحبه لكونها شهادة لنفسه من وجه فكان مال كل واحد منهما بعد البيع والشراء قائماً بمعنى فكان لهذا الشراء شبهة عدم الصحة والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فتؤثر في المراجعة كما في المكاتب والعبد المأذون ولو اشترى سلعة من رجل بالف درهم ثم اشترى منه من لا قبل شهادته له بالف درهم وخمسمائة فإنه يبيعه من ارجحة على أقل الثمن وذلك ألف ولا يبيعه من ارجحة على ألف وخمسمائة إلا ببيان عند أبي حنيفة وعندهما يبيعه من ارجحة على ألف وخمسمائة من غير بيان لما ذكرنا وأجمعوا على أنه لو اشترى عبد الخمسمائة فباعه من المكاتب المديون أو ولاديين عليه بالف أنه لا يبيعه من ارجحة على أكثر الثمن وكذا لو اشترى المكاتب أو المأذون عبداً بخمسمائة فباعه من المولى بالف لما قلنا ولو اشترى من مضارب به أو اشترى مضارب به منه فإنه يبيعه من ارجحة على أقل الثمن وحصة المضارب من الربح إن كان فيه ربح وان لم يكن ربح يبيعه من ارجحة على أقل الثمن بيان ذلك اذا دفع ألفاً مضاربة فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة فباعه من المضارب بالف فإن المضارب يبيعه من ارجحة على خمسمائة لأن جواز بيع رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ليس مقطوع به بل هو محل الاجتهاد فان عند زفر لا يجوز وهو القياس لأنه يبيع مال نفسه على نفسه والشراء من الإنسان بماله إلا أن استحسن الجواز بالاجتهاد مع احتمال الخطأ فكان شبهة عدم الجواز قائمة فتلتحق بالحقيقة في المنع من المراجعة من غير بيان ولأنه يحتمل أن رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته لكن ساهله المضارب لأنه ما اشتراه بمال نفسه بل بمال رب المال فتمكنت التهمة في هذا البيع فلا يبيعه من ارجحة بأكثر الثمن إلا ببيان ولو اشترى المضارب عبداً بالف فباعه من رب المال بالف ومائتين فإن لرب المال يبيعه من ارجحة على ألف ومائة أن كانت المضاربة بالنصف لأن المائتين ربح وهما بينهما إلا أن حصصه رب المال فيها شبهة وتهمة على ما ذكرنا في طرح ذلك القدر من بيع المراجعة وأما حصصة المضارب فلا شبهة فيها ولا تهمة إذ لا حق فيها لرب المال فيبيعه من ارجحة على ألف ومائة وكذلك لو اشترى رب المال عبداً بالف فباعه من المضارب بمائة فباعه المضارب من ارجحة على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بالف فباعه من رب المال بمائة فباعه رب المال من ارجحة على مائة وهي أقل الثمن لأنه لا تهمة في الأقل وفي الأكثر تهمة على ما بينا ولو اشترى رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بالف ومائة فباعه المضارب من ارجحة على خمسمائة وخمسمين لأن الخمسمائة أقل الثمن والخمسون قدر حصصة المضارب من الربح فتضم إلى الخمسمائة والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الخيانة اذا ظهرت فتقول والله التوفيق اذا ظهرت الخيانة في المراجعة لا يخلو اما ان ظهرت في صفقة الثمن واما ان ظهرت في قدره فان ظهرت في صفقة الثمن بأن اشترى شيئاً بنسيئة ثم باعه من ارجحة على الثمن الاول ولم يبين أنه اشتراه بنسيئة أو باعه تولية ولم يبين ثم علم المشتري فله الخيار بالاجماع ان شاء أخذه وان شاء رده لأن المراجعة عقد بني على الأمانة لأن المشتري اعتمد البائع وأتمنه في الخيار عن الثمن الاول فكانت الأمانة مطلوبة في هذا العقد فكانت صيغته عن الخيانة مشروطة دلالة فقواتها بوجوب الخيار كفوات السلامة عن العيب وكذا الوصلح من دين

الف له على انسان على عبد ثم باعه مراححة على الالف ولم يبين للمشتري أنه كان بدل الصلح فله الخيار لما قلنا وان ظهرت الخيانة في قدر الثمن في المراححة والتولية بأن قال اشتريت بعشرة وبعثك بربح ده يارده أو قال اشتريت بعشرة ووليتك بمائة توليت ثم تبين أنه كان اشتراه بتسعة فقد اختلف في حكمه قال أبو حنيفة عليه الرحمة المشتري بالخيار في المراححة ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وفي التولية لا خيار له لكن يحط قدر الخيانة ويلزم العقد بالثمن الباقي وقال أبو يوسف لا خيار له ولكن يحط قدر الخيانة فيهما جميعاً وذلك درهم في التولية ودرهم في المراححة وحصمة من الربح وهو جزء من عشرة أجزاء من درهم وقال محمد رحمه الله له الخيار فيهما جميعاً ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده على البائع (وجهه) قول محمد رحمه الله ان المشتري لم يرض يلزم العقد الا بالقدر المسمى من الثمن فلا يلزم بدونه ويثبت له الخيار لقوات السلامة عن الخيانة كما ثبتت الخيار بقوات السلامة عن العيب اذا وجد المبيع معيباً (وجهه) قول أبي يوسف رحمه الله ان الثمن الاول أصل في بيع المراححة والتولية فاذا ظهرت الخيانة تبين ان تسمية قدر الخيانة لم تصح فلفت تسميته وبقى العقد لازماً بالثمن الباقي ولا يبيح المراححة والفرق بين المراححة والتولية وهو ان الخيانة في المراححة لا توجب خروج العقد عن كونه مراححة لان المراححة يبيع بالثمن الاول وزيادة ربح وهذا قائم بعد الخيانة لان بعض الثمن رأس مال وبعضه ربح فلم يخرج العقد عن كونه مراححة وانما أوجب تغييره في قدر الثمن وهذا يوجب خلافاً في الرضا فيثبت الخيار كما اذا ظهرت الخيانة في صفة الثمن بأن ظهر ان الثمن كان نسيئة ونحو ذلك على ما ذكرنا بخلاف التولية لان الخيانة فيها يخرج العقد عن كونه تولية لان التولية يبيع بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وقد ظهر النقصان في الثمن الاول فلما أثبتنا الخيار لا يخرجناه عن كونه تولية وجعلناه مراححة وهذا انشاء عقد آخر لم يتراضيا عليه وهذا لا يجوز فقططنا قدر الخيانة وألزمنا العقد بالثمن الباقي والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المبيع عند ظهور الخيانة بمحل الفسخ فاما اذا لم يكن بأن هلك أو حدث به ما يمنع الفسخ بطل خياره ولزمه جميع الثمن لانه اذا لم يكن بمحل الفسخ لم يكن في ثبوت الخيار فائدة فيسقط كما في خيار الشرط وخيار الرؤية والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل في أمال الاشراك فحكمه حكم التولية لانه تولية حقيقة لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن وقد ذكرنا ما يتعلق بالتولية من الشرائط والاحكام والذي يختص بالاشراك بيان القدر الذي تثبت فيه الشركة فنقول وبالله التوفيق المشتري لا يخلو إما أن يكون لواحد وإما أن يكون لثنين أو أكثر فان كان لواحد فاشرك فيه غيره فلا يخلو إما أن يشركه في قدر معلوم كالنصف والثلث والربع ونحو ذلك واما ان أطلق الشركة فان أشركه في قدر معلوم فله ذلك القدر لا شك فيه لان حكم التصرف فيه يثبت في قدر ما أضيف اليه هو الاصل فان أطلق الشركة بأن قال أشركتك في هذا الكرفله نصف الكركما لو قال أشركتك في نصف الكرك لان الشركة المطلقة تقتضي المساواة فتقتضي أن يكون نصيب الرجل مثل نصيبه ولو اشرك رجلاً في نصفه فلم يقبضه حتى هلك نصفه فالرجل بالخيار ان شاء أخذ نصف ما بقي وهو ربع الكرك وان شاء تركه لانه كان له نصف شائع من ذلك فهاهنا هلك على الشركة وما بقي على الشركة وله الخيار اذا كان قبل القبض لان الصفة قد تفرقت عليه وكذلك لو باع رجلاً نصف الكرك ثم هلك نصفه قبل القبض لما قلنا ولو كان مكان الهلاك استحقاق بأن استحق نصف الكرك فهنا يختلف حكم الشركة والبيع فيكون النصف الباقي للمشتري خاصة في البيع وفي الشركة يكون بينهما وانما كان كذلك لان البيع أضيف الى نصف شائع وتمذر تنفيذه في النصف المستحق لانعدام الملك وأمكن تنفيذه في نصف المملوك فيجب تنفيذه فيه وكذلك في الشركة الا ان تنفيذه في النصف المملوك يقتضي المساواة بينهما في ذلك النصف وذلك بأن يكون نصفه للرجل ونصفه له ولو اشترى عبداً فقال له رجل أشركني في هذا العبد فقال قد أشركتك ثم قال له رجل آخر مثل ذلك فاشركه فيه ان كان الثاني علم بمشاركة الاول فله الربع والمشتري الربع والنصف للاول وان كان لم يعلم بمشاركته فالنصف له والنصف للاول ولا شيء للمشتري لانه اذا علم الثاني بمشاركة الاول فلم يطلب الشركة منه الا في نصيبه خاصة

والشركة في نصيبه تقتضي المساواة بين النصيبين وهي أن يكون لكل واحد منهما الربع وإذا لم يعلم بالشركة فقوله أشركني طلب الشركة في الكل والاشراك في الكل أن يكون نصفه له والاول قد استحق النصف بالمشاركة فيستحق الثاني النصف الباقي تحقيقاً للشركة المقتضية للمساواة ولو قال لرجل اشتريه فلان يني و بينك فقال المأمور نعم ثم لقيه غيره فقال له مثل ما قال الاول فقال المأمور نعم ثم اشترى الجارية فالجارية بين امرين ولا شيء منها للمأمور لان الاول وكله بشراء نصف الجارية وبقبول الوكالة الثانية لا يخرج عن كونه وكيلًا للاول لانه لا يمكن اخراج نفسه عن الوكالة من غير محضر من الموكل فبقى وكيلًا له بشراء النصف فاذا قبلت الوكالة من الثاني صار وكيلًا في شراء النصف الآخر فاذا اشترى الجارية فقد اشترى المالك فكانت بينهما ولو لقيه ثالث فقال له مثل ما قال الاول قال نعم ثم اشترى الجارية لثالث لانه لا شيء لثالث لانه قد بقي وكيلًا للاولين اذ لا يملك اخراج نفسه عن وكالتهما حال غيبتهما فلم يصح قبوله الوكالة من الثالث شريكاً في الشركة عنان في الرقيق أمر أحدهما صاحبه أن يشتري عبد فلان بينه وبين المأمور ثم أمره آخر بمثل ذلك فاشترى فالنصف للاجنبي والنصف للشريك لان كل واحد من الشر يكون يملك شراء الرقيق بمقدار الشركة من غير أمر فكان الامر سلفاً فلم يصح وصح من الاجنبي فاستحق النصف واستحقاق النصف تقضية الشركة والله عز وجل أعلم هذا اذا كان المشتري لواحد فاشركه فان كان لثنين فلا يخلو اما أن يكون أشرك أحد همارجلوا وإما أن أشركه جميعاً فان أشركه أحدهما فاما أن أشركه في نصيبه خاصة بأن قال أشركتك في نصيبي وإما أن أشركه في نصفه بأن قال أشركتك في نصفي وإما أن اشركه مطلقاً بأن قال أشركتك في هذا العبد وإما أن أشركه في نصيبه ونصيب صاحبه وإما أن أشركه في نصفه بأن قال أشركتك في نصف هذا العبد فان أشركه في نصيبه خاصة فله النصف من نصيبه لان الشركة المطلقة في نصيبه تقتضي أن يكون نصيبه فيه مثل نصيبه لانها تقتضي المساواة وكذا لو أشركه في نصفه لان الشركة المطلقة في نصفه تقتضي المساواة فيه وان أشركه مطلقاً فان أجاز شريكه فله النصف كاملاً والنصف لهما وان لم يحز الربع له لما ذكرنا أن الشركة المطلقة تقتضي المساواة فتقتضي أن يكون نصيبه وحده مثل نصيبهما جميعاً إلا أنه اذا لم يحز تعذر تنفيذ الاشراك في نصيبه فينفذ في نصيب صاحبه فيكون له الربع واذا أجاز أمكن اجراء الشركة على اطلاقها وهي باطلاقها تقتضي المساواة وذلك في أن يكون له النصف ولكل واحد منهما الربع وان أشركه في نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك في ظاهر الرواية أنه ان أجاز صاحبه فله النصف والنصف الآخر لهما وان لم يحز فله الربع وروى عن ابي يوسف في النواذر أنه ان أجاز كان بينهما أثلاثا وان أبي أن يحز كان له ثلث ما في يد الذي أشركه وهو سدس الكل (وجه) هذه الرواية ان اشرك أحدهما واجازة الآخر بمنزلة اشراكهما معاً لان الاجازة تستند الى حال العقد فكانهما أشركاه معاً ولان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فصار كان العاقد أشرك بوكالة صاحبه (وجه) ظاهر الرواية ان الاشراك والاجازة تثبت على التعاقب لوجود الاشراك والاجازة على التعاقب والحكم يثبت على وفق العلة فصاركما لو أشرك كل واحد منهما على التعاقب قوله الاجازة تستند الى حالة العقد قلنا نعم لكن الثابت بطريق الاستناد ثبت للحال ثم يستند فكان حكم الاجازة متأخر أعن حكم الاشراك ثبوتاً وان أشركه في نصف العبد فاجاز شريكه فله نصف ما في يده هذا ونصف ما في يد الآخر وان لم يحز فله نصف ما في يد الذي أشركه لما قلنا هذا اذا أشركه أحدهما فاما اذا أشركه جميعاً فلا يخلو اما ان أشركاه معاً واما ان أشركاه على التعاقب فان أشركاه معاً فالقياس أن يكون له النصف كاملاً ولكل واحد منهما الربع وفي الاستحسان يكون بينهما أثلاثا وان أشركاه على التعاقب مطلقاً ولم يبيننا قدر الشركة أو أشركاه في نصيبهما بأن قال كل واحد منهما أشركك في نصيبي ولم يبين في كم أشركه كان له النصف وللأوليين النصف (وجه) القياس أنه لما أشركه كل واحد منهما فقد استحق نصف نصيبه فكان النصف له والنصف لهما جميعاً كما لو أشركاه على التعاقب (وجه) الاستحسان وهو الفرق بين حالة الاجتماع والافتراق ان الاشراك المطلق من كل واحد منهما اياه في زمان واحد يقتضي المساواة في

أنصباء الكل وهو أن يكون نصيب كل واحد منهم مثل نصيب الآخر في أن يكون المشتري بينهم أثلاثاً بخلاف الاشتراك على التعاقب لأن الاشتراك من أحدهما مطلقاً في زمان يقتضي أن يكون نصيبه مثل نصيبه وكذلك الاشتراك الآخر في الزمان الثاني فيجتمع له ربحان وهو النصف لكل واحد منهما الربح والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما المواضعة فهي بيع بمثل الثمن الأول مع قصان شيء معلوم منه ويعتبر لها من الشرائط والأحكام ما يعتبر للمراجعة وقد ذكرنا ذلك كله والأصل في معرفة مقدار الثمن في المواضعة أن يضم قدر الوضعية إلى رأس المال ثم يطرح منه فباقي بعد طرح فهو الثمن مثاله إذا قال اشترت هذا بعشرة وبعثتك بوضعية يارده فإذا أردت أن تعرف الثمن أنه كم هو فسيلك أن تجعل كل درهم من العشرة التي هي رأس المال أحد عشر جزاً فيكون الكل أحد عشر طرح مناهارهما يكون الثمن تسعة دراهم وجزاً من أحد عشر جزاً من درهم وعلى هذا القياس تجرى مسائل المواضعة والله الموفق للصواب

فصل وأما شرائط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته فواحد وهو أن يكون خالياً عن خيارات أربعة خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية فلا يلزم مع أحد هذه الخيارات وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله افتراق العاقدين مع الخلوعن الخيارين وهو خيار الشرط وخيار العيب شرط أيضاً ولقب المسئلة أن خيار المجلس ليس بثابت عندنا وعندنا ثابت احتج الشافعي رحمه الله بقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعات بالخيار ما لم يفتراوه وهذا نص في الباب ولأن الإنسان قد يبيع شيئاً ويشترى ثم يبدله فيندم فيحتاج إلى التدارك بالقسح فكان ثبوت الخيار في المجلس من باب النظر للمتعاقدين (ولنا) ظاهر قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم أباح الله سبحانه وتعالى الكل بالتجارة عن تراض مطلقاً عن قيد التفريق عن مكان العقد وعندنا إذا فسخ أحدهما العقد في المجلس لا يباح الاكل فكان ظاهر النص حجة عليه ولأن البيع من العاقدين صدر مطلقاً عن شرط والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال فالقسح من أحد العاقدين يكون تصرفاً في العقد الثالث بتراضيهما أو في حكمه بالرفع والابطال من غير رضا الآخر وهذا لا يجوز ولهذا لم ينفرد أحدهما بالقسح والاقالة بعد الافتراق كذا هذا (وأما) الحديث فإن ثبت مع كونه في حد الآحاد محالاً لظاهر الكتاب فالخيار المذكور فيه محمول على خيار الرجوع والقبول مادام في التبائع وهو أن البائع إذا قال لغيره بعت منك كذا فله أن يرجع ما لم يقل المشتري اشترت وللمشتري أن لا يقبل أيضاً وإذا قال المشتري اشترت منك بكذا كان له أن يرجع ما لم يقل البائع بعت وللبائع أن لا يقبل أيضاً وهذا النوع من التأويل للخبر نقله محمد في الموطأ عن إبراهيم النخعي رحمه الله وأنه موافق لرواية أبي حنيفة لما روى عن ابن سبيدنا عمر رضي الله عنهما البيعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما حملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل بقدر الامكان والله تعالى جل شأنه أعلم

فصل وأما بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها فاما البياعات المكروهة (فمنها) التفريق بين الرقيق في البيع والأصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تولد والدعة عن ولدها والتفريق بينهما توليه فكان منهيًا وروى أن النبي عليه الصلاة والسلام رأى امرأة والهة في السبي فسأل عن شأنها فقيل قد بيع ولدها فأمر بالرد وقال عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدعة وولدها فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة وهذا خرج مخرج الوعيد وروى أنه قال عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية ونهى عن التفريق في حال الصغر وروى أنه عليه الصلاة والسلام وهب من سيدنا علي رضي الله عنه غلامين صغيرين فباع أحدهما فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنهما فقال بعت أحدهما فقال عليه الصلاة والسلام بهما أو ردوا الأمر بالجمع بينهما في البيع أو رد البيع فيهما دليل على كراهة التفريق ولأن التفريق بين الصغير والكبير نوع ضرار بهما لأن الصغير ينتفع بشفقة الكبير ويسكن إليه والكبير يستأنس بالصغير وذات فوت

بالتفريق فيلحقهما الوحشة فكان التفريق اضراراً بهما بالحاق الوحشة وكذا بين الصغيرين لانهما يألفان ويسكن
 قلب أحدهما بصاحبه فكان التفريق بينهما ايجاشاً بهما فكره ولان الصبيان أسباب الرحمة قال عليه الصلاة
 والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي التفريق ترك الرحمة فكان مكر وهائم الكلام في كراهة التفريق
 في مواضع في بيان شرائط الكراهة وفي بيان ما يحصل به التفريق وفي بيان صفة ما يحصل به التفريق انه جائز أم لا
 (اما) شرائط الكراهة (فهي) صغر أحدهما وهو أن يكون أحدهما صغيراً أو يكونا صغيرين فان كانا كبيرين لا يكره
 التفريق بينهما لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يجتمع عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام
 ونحيض الجارية مد عليه الصلاة والسلام التهي عن التفريق الى غاية البلوغ فدل على اختصاص الكراهة بحالة
 الصغر وزوالها بعد البلوغ ولان الكراهة معلولة بالاضرار والالاستئناس والشفقة وترك الرحم وكل ذلك
 يختص بحالة الصغر (ومنها) الرحم وهو القرابة فان كانا أجنبيين لم يكره التفريق بينهما (ومنها) المحرمية وهو أن يكونا
 ذوي رحم محرم بان كان بينهما قرابة محرمة للزواج فلا يكره التفريق بين ابني العم ونحو ذلك لان القرابة المحرمة للزواج
 محرمة القطع مفترضة الوصل فكانت منشأ الشفقة والانس بخلاف سائر القرابات وكذا المحرمية بدون الرحم
 لا تحرم التفريق كحرمة الرضاع والمصاهرة لانعدام معنى الشفقة والانس لعدم دليلهما وهو القرابة (ومنها)
 أن يكونا ملكهما واحد اباي سبب ملكهما بشراء أو هبة أو ميراث أو صدقة أو وصية حتى لو كان أحدهما في
 ملكه والاخر في ملك ولده الصغير فلا بأس أن يبيع أحدهما دون الآخر وكذا لو كان له ولدان صغيران أحدهما
 المملوكين في ملك أحدهما والاخر في ملك الآخر لا بأس للاب أن يبيع أحدهما لان الكراهة في التفريق
 أن يكونا في ملك واحد وان لم يجمعهما ملك مالك واحد لا يقع البيع تفرقاً لانهما كانا متفرقين قبل البيع وكذا
 اذا كان أحدهما في ملكه والاخر في ملك مكاتبه لانهما لم يجتمعا في ملك شخص واحد لان المكاتب فيما يرجع
 الى الكسب ملحق بالاحرار فاختلف المالك وان كان أحدهما في ملكه والاخر في ملك عبده المأذون فان كان
 عليه دين مستغرق فلا بأس للمولى أن يبيع العبد الذي عنده فأما على أصل أبي حنيفة فظاهر لان المولى لا يملك
 كسب المأذون المديون فلم يوجد بالاجتماع في ملك مالك واحد وعندهما وان كان يملكه لكنه ملك تعلق به
 حق الغرماء فكان كالأجنبي عنه فلم يوجد بالاجتماع معنى وان لم يكن عليه دين يكره للمولى أن يبيع أحدهما لو جود
 الاجتماع في ملك شخص واحد ولو كان أحدهما في ملكه والاخر في ملك مضارب به فلا بأس بالتفريق لان
 مال المضارب وان لم يكن ملك المضارب لكن له حق قوي فيه حتى جاز بيع المضارب من رب المال وبيع رب
 المال من المضارب استحساناً فان كان رب المال بمنزلة الأجنبي فلم يوجد بالاجتماع في ملك رجل واحد وعلى هذا
 يخرج ما ذاباع جارية كبيرة على انه بالخيار فيها ثلاثة أيام ثم ملك ولدها الصغير في مدة الخيار انه يكره ايجاب البيع
 في الجارية بالاجازة أو بالتارك حتى تمضي المدة بل يفسخ البيع حتى لا يحصل التفريق لان خيار البائع يمنع زوال
 السلعة عن ملكه فكانت الجارية على ملكه فاذا ملك ولدها الصغير فقد اجتمع في ملك شخص واحد فكانت الاجازة
 تهرقاً فيكره ولو باع الجارية على ان المشتري بالخيار ثلاثة أيام ثم ملك البائع ولدها الصغير في المدة فلا بأس للمشتري
 أن يبيع البيع أو يفسخ لان الجارية خرجت عن ملك البائع بلا خلاف لان خيار المشتري لا يمنع خروج السلعة عن
 ملك البائع بلا خلاف بين أصحابنا وانما الخلاف في دخولها في ملك المشتري فلم يجتمع المملوك في ملك شخص
 واحد فلم تكن الاجازة تهرقاً ولو كان الخيار للمشتري ولها ابن عند المشتري لا تكره الاجازة بلا اشكال لان
 الاجازة لا تكون تهرقاً بل تكون جماعاً (وأما) الفسخ فكذلك لا يكره أيضاً (اما) على أصل أبي حنيفة رحمه الله فلا
 يشكل أيضاً لان الجارية لم تدخل في ملك المشتري لان خيار المشتري يمنع دخول السلعة في ملكه على أصله فلم يقع
 الفسخ تهرقاً لانعدام الاجتماع في ملكه (واما) عندهما فالجارية وان دخلت في ملكه لكن الفسخ حقه فلا يجبر

على الاجازة ابطال لحقه وهذا لا يجوز فكان له أن يفسخ والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يملكهما على الكمال فان ملك من كل واحد منهما شاة صامنه لم يكره أن يبيع نصيبه من أحدهما دون الآخر لان البيع ههنا لا يقع تفرقا مطلقا لحصول التفریق قبله من وجه فلا يدخل تحت النهی عن التفریق على الإطلاق (ومنها) أن يكون كل واحد منهما محللا للبيع عند البيع فان خرج أحدهما عن محلبة البيع بالتدبير والاستيلاء فلا بأس من بيع الآخر وان كان فيه تفریق لانه تعذر عليه بيعهما جميعا فلو منع عن بيع الآخر لتضرر به المالك وكراهة التفریق شرعا لدفع ضرر زائد فلا يجوز دفعه بالخاق ضرر فوجه بالمالك (ومنها) ان لا يتعلق بأحدهما حق فان تعلق بان لحق أحدهما دين بان استهلك مال انسان أو جنى جناية على بنی آدم أو اشتراهما رجل فوجد بأحدهما عيبا لم يكره التفریق بل يباع بالدين ويدفع بالجناية ويرد بالعيب لان في المنع من التفریق دفع ضرر زائد بضرر أقوى منه وهو ابطال الحق وهذا لا يجوز وروى عن أبي حنيفة رحمه الله انه اذا جنى أحدهما يستحب للمالك أن يفدى لمافيه من مراعاة الحقين ودفع الضرر من الجانبين وانه حسن عقلا وشرعا وروى عن أبي يوسف انه اذا اشتراهما رجل فوجد بأحدهما عيبا يردهما جميعا أو يسكنهما وليس له أن يرد المبيع خاصة لان رده خاصة تفریق وانه اضرار فصار كما اذا اشترى مصرعي باب أوز وحى خف أو نعل ثم وجد بأحدهما عيبا انه ليس له أن يرد المبيع خاصة لكونه اضرارا بالمائع خاصة كذا هذا (ومنها) أن يكون مالهما مسلمانا فان كان كافرا لا يكره التفریق وسواء كان المالك حرا أو مكاتباً أو مأذونا عليه دين أو لا دين عليه صغيراً أو كبيراً وسواء كان المملوك مسليماً أو كافراً أو مسليماً أو كافراً والآخر كافراً لان ما ذكرنا من الدلائل الموجبة لكراهة التفریق من النصوص والمقول لا يوجب الفصل ولو دخل حربي دار الاسلام بامان ومعه عبدان صغيران أو أحدهما صغير والآخر كبير وهما ذوارحم محرم أو اشتراهما في دار الاسلام من صاحبه الذي دخل معه بامان فأراد أن يبيع أحدهما فلا بأس للمسلم أن يشتريه ولو اشتراهما من مسلم في دار الاسلام أو ذمی أو حربي دخل بامان من ولاية أخرى لا من ولايته يكره للمسلم أن يشتري أحدهما (ووجه) الفرق ان الضرورة دفعت الكراهة في الفصل الاول لانه لو لم يشتري لأدخلهما دار الحرب فيصير عوناً لهم على المسلمين وهذه الضرورة تنعدم في هذا الفصل لانه لا يجبر على بيعهما ولا يمكن من إلحاقهما بدار الحرب فلم تتحقق الضرورة (ومنها) أن لا يرضيا بالتفریق فان رضيا لا يكره ان كان الصبي مرهقا ورضى بالبيع ورضيت أمه فبيع برضاها لان كراهة التفریق لمكان الضرر فاذا رضيا به علم انه لا ضرر فلا يكره والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا اجتمع مع الصغير في ملك شخص واحد قريب واحد هو ذورحم محرم منه فاما اذا كان معه عدد من الاقارب كل واحد ذورحم محرم من الصغير فلا يخلو اما ان كانا أبوين أو غيرهما من ذوى الارحام فان كانا أبوين يكره التفریق بينهما وبين أحدهما بلا خلاف وان كانا من سواهما من ذوى الرحم المحرم فاما ان كان أحدهما أقرب من الصغير والآخر أبعد منه واما ان كانا في القرب منه على السواء فان كان أحدهما أقرب لا بأس بالتفریق بين الصغير وبين الآخر لان شفقة الاقرب تغني عن شفقة الآخر فلا يكره التفریق اضراراً بالصغير سواء اتفقت قرابة الكبيرين كالأب مع الجد والام مع الجدة أو الخالة أو الخال أو اختلفت كالام مع العمة أو العلم وروى عن أبي يوسف انه يكره التفریق بينهما وبين أحدهما كيف ما كان لان كل واحد منهما له شفقة على الصغير وتزول بالتفریق وان كان الكبيران في القرب من الصغير شرعاً سواء ينظر ان اتفقت جهة قرابتهما كالعمتين والخالتين والاخوين لا بأم وأب أو لام فالقياس أن يكره التفریق بين الصغيرين وبين أحدهما وكذا روى عن أبي يوسف وفي الاستحسان لا يكره اذا بقي مع الصغير قريب واحد لان لكل واحد منهما شفقة على حدة على الصغير فلا تقوم شفقة أحدهما مقام الآخر وكذا قد يختص أحدهما بزيادة شفقة ليست في الآخر فكان التفریق اضراراً بتفويت شفقته من حيث الاصل أو من حيث القدر فيكره (وجه) الاستحسان ان كراهة التفریق للاضرار بالصغير بتفويت النظر وعند اتحاد جهة القرابة والتساوي في القرب من الصغير كان معنى

النظر حاصل بقاء أحدهما بخلاف ما اذا اختلفت الجهة لأن عند اختلاف جهة القرابة تختلف الشفقة فيحصل من كل واحد منهما ما لا يحصل بالآخر فكان التفریق اضرازا وكذلك لو ملك ستة أخوة أو ستة أخوات ثلاثة منهم كبار وثلاثة صغار لا بأس ببيع كل صغير مع كل كبير لقلنا ولو كان مع الصغير أبوان حكما بان ادعياه حتى ثبت نسبه منهما ثم اجتمعوا في ملك شخص واحد فالقياس أن لا يكره بيع أحدهما لاجتماع جهة القرابة وهي قرابة الابوة كالعمين والخالين ونحو ذلك وفي الاستحسان يكره لأن أباه أحدهما حقيقة فكان الثابت قرابة أحدهما حقيقة الا اننا حكمنا بثبات نسبه منهما لاستوائهما في الدعوة ولكن الاب في الحقيقة أحدهما فلو باع أحدهما لا يحتمل انه باع الاب فيتحقق التفریق بخلاف ما اذا كان للصغير أب وأم حيث يكره بيع أحدهما لأن قرابة كل واحد منهما متحققة فكان البيع تفریقا بين الصغير وبين أحد أبويه بيقين فيكره وان اختلفت جهة قرابة الكبيرين كالعمة مع الخالة والعلم مع الخال والاب مع الاخ لا موما أشبه ذلك يكره التفریق لأن من بدلى قرابة الاب الى الصغير يقوم مقام الاب والذي بدلى اليه بقرابة الام يقوم مقام الام فصاركما لو كان مع الصغير أب وأما ولو كان كذلك يكره التفریق كذا هذا امرأة سببت وفي حجرها بنت صغيرة وقعت في سهم رجل واحد والمرأة تزعم انها بنتها يكره التفریق بينهما وان كان لا يثبت نسبها بمجرد دعواها في سائر الاحكام لأن الأخبار في كراهة التفریق وردت في حق السبايا ولا يظهر كون الصغير ولد المسيية الا بقولها فيدل على قبول قولها في حق كراهة التفریق ولأن هذا من باب الديانة وقول المرأة الواحدة في الديانات مقبول خصوصا فيما يسلك فيه طريق الاحتياط ولو كبرت الصغيرة في يد السباي وقد كان وطى الكبرة ولم يعلم من المرأة المسيية ارضاع الصغيرة لا ينبغي له أن يقرب البنت وان لم يثبت نسبها من الدعوتها لاحتمال انها بنتها من النسب أو الرضاع فلا يقر بها احتياطا ولكن لا يمنع من قربانها في الحكم لأن قول المرأة الواحدة في حقوق العباد غير مقبول وان لم تكن الصغيرة في حجرها وقت السبي فلا بأس بالتفریق والجمع بينهما في الوطء لانه اذا لم تكن في حجرها عند السبي فلا دليل على كونها ولدا لها في حق الحكم فلا يقبل قولها أصلا ولو ادعى رجل من السبايا صغيرا أو صغيرة انه ولده قبل قوله ويثبت نسبه منه سواء كان قبل الاحراز بدار الاسلام أو بعده بعد ان يكون قبل القسمة أو قبل الدخول في ملك خاص بالبيع وغيره لأن دعوى الرجل محيضة ألا ترى انه يثبت نسبه منه فيظهر في حق كراهة التفریق سواء كان الولد وقت السبي في يده أو لم يكن بخلاف دعوة المرأة وكذلك لو ادعت المرأة ان الولد معها من هذا الرجل وهوز وجهها وصدقها ثبت بينهما الزوجية بتصادقهما ويثبت نسب الولد منهما ويكره التفریق بين الصغير وبين أحدهما لانه ولدهما باقرارهما ولو ادعى واحد من الغانمين ولدا صغيرا من السبي انه ولده قبل القسمة أو البيع صحت دعوته ويكون ولده ثم ينظر ان كان معه علامة الاسلام كان مسلما ولا يسترق وان لم يكن معه علامة الاسلام ثبت نسبه من المدعى ولكنه يسترق لأن دعوته وان صحت في حق ثبات النسب واستندت الى وقت العلوق لكنها لم تصبح ولم تستند في حق الاسترقاق لأن فيه ابطال حق الغانمين فلا يصدق في ابطال حق الغير ويجوز أن يصدق الانسان في اقراره في حق نفسه ولا يصدق في حق غيره اذا تضمن ابطال حق الغير كمن أقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه صح الشراء وعق عليه وكذا لو اشتراه ثم أقر بحريته صح اقراره في حقه حتى يعتق عليه ولا يصح في حق بائعه حتى لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه ولهذا نظائر والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما ما يحصل به التفریق فهو التمليك بالبيع لانه تنقطع به منفعة الانس والشفقة وكذلك القسمة في الميراث والغنائم لأن القسمة لا تخلو عن معنى التمليك خصوصا فيما لا مثل له فيحصل بها التفریق فيكره ولا بأس أن يعتق أحدهما أو يكتبه لأن الاعتاق ليس بتمليك بل هو ازالة الملك أو انماؤه فلا يتحقق به التفریق لانه اذا اعتق يمكنه الاستئناس بصاحبه والا حسان اليه فلم يكن الاعتاق تفرقا وكذا ذلك الكتابة لأن المكاتب حر يدأ فلا تنقطع بها منفعة الانس ونحو ذلك فلا يكون تفرقا والله عز وجل أعلم ولئن كان تفرقا فيقع الاعتاق فوق ضرر التفریق فلا

يكون ضرراً معني ولو باع أحدهما نسمة للعتق يكره عند أبي حنيفة وعند محمد لا يكره (وجه) قوله ان الوفاء بالوعد من مكارم الاخلاق فالظاهر من حالة المشتري انجاز ما وعد فيخرج التفريق من أن يكون ضرراً لانه يقال له تقع أعظم منه وهو العتق (وجه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان العتق ليس بمشروط في البيع ولو كان مشروطاً وجب فساد البيع فبقى قصد الاعتاق وتنفيذ هذا القصد ليس بلازم فبقى البيع تفرقاً فيكره حتى لو كان قال المشتري ان اشتريته فهو حرام اشتراه قالوا لا يكره بالاجماع لانه يعتق بعد الشراء لا محالة فيخرج البيع من أن يكون ضرراً

فصل وأما صفة البيع الذي يحصل به التفريق انه جائز أم لا فقد اختلف العلماء فيه فقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله البيع جائز مفيد للحكم بنفسه لكنه مكروه والبائع بالتفريق آثم وقال أبو يوسف رحمه الله البيع فاسد في الوالدين والمولودين وفي سائر ذوى الارحام جائز وقال الشافعي رحمه الله البيع باطل في الكل واحتج بمار وينا من الاحاديث الواردة للنهي عن التفريق أو ما يجزى مجزى النهى والبيع تفرق فكان منهياً والنهي لا يصلح سبباً لثبوت الملك كسائر البياعات التي ورد النهى عنها على أصله فابو يوسف انما خص البيع في الوالدين والمولودين بالفساد لورود الشرع بتقليظ الوعيد بالتفريق فيهم وهو مار وينا ولهما ان قوله تعالى وأحل الله البيع ونحوه من نصوص البيع يقتضي شرعية البيع على العموم والاطلاق فمن ادعى التخصيص أو التقييد فعليه الدليل وأما الاحاديث فهي مجملة على النهى عن غير البيع وهو الاضرار فلا يخرج البيع عن أن يكون مشروعا كالتنهي عن البيع وقت النداء وانما حملناه على غير البيع اما حملنا الخبر الواحد على موافقة الكتاب الكريم واما لان النهى لا يرد عما عرف حسنه عقلا على ما عرف (ومنها) البيع وقت النداء وهو اذان الجمعة لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع أمر بترك البيع عند النداء منها عن البيع لكن لغيره وهو ترك السعي فكان البيع في ذاته مشروعا جائز الكثرة يكره لانه اتصل به غير مشرووع وهو ترك السعي (ومنها) بيع الحاضر للبادو هو أن يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما الا لاهل البادية ثم نال ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ولو باع جاز البيع لان النهى لمعنى في غير البيع وهو الاضرار باهل المصر فلا يوجب فساد البيع كالبيع وقت النداء وهذا اذا كان ذلك بضر باهل البلد بان كان أهله في قحط من الطعام والعلف فان كانوا في خصب وسعة فلا بأس به لانعدام الضرر (ومنها) بيع متاق السلع واختلف في تفسيره قال بعضهم هو ان يسمع واحد خبر قدوم قافلة بميرة عظيمة فيتلقاهم الرجل ويشترى جميع ما معهم من الميرة ويدخل المصر فيبيع على ما يشاء من الثمن وهذا الشراء مكره لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تتلقوا السلع حتى تسبط الاسواق وهذا اذا كان يضر باهل البلد بان كان أهله في جذب وقحط فان كان لا يضرهم لا بأس وقال بعضهم تفسيره هو ان يتلقاهم فيشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون سعر البلد وهذا أيضاً مكره سواء تضرر به اهل البلد أم لا لانه غرم والشراء جائز في الصورتين جميعاً لان البيع مشرووع في ذاته والنهي في غيره وهو الاضرار بالعامية على التفسير الاول وتغير رأي أصحاب السلع على التفسير الثاني (ومنها) بيع المستام على سوم أخيه وهو أن يسام الرجلان فطلب البائع بسلعته ثمنا ورضى المشتري بذلك الثمن فجاء مشتر آخر ودخل على سوم الاول فاشتراه بزيادة أو بذلك الثمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه وروى لا يسوم الرجل على سوم أخيه والنهي لمعنى في غير البيع وهو الاضرار فكان نفس البيع مشرووعا فيجوز شراؤه ولكنه يكره وهذا اذا جئنا بالبائع للبيع بالثمن الذي طلبه المشتري الاول فان كان لم ينجح له فلا بأس للثاني أن يشتريه لان هذا ليس استيما على سوم أخيه فلا يدخل تحت النهى ولا نعدام معنى الاضرار أيضاً بل هو بيع من يزيد وانه ليس بمكره لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحل ساه ببيع من يزيد وما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لبيع ببيع مكرهها وكذا في النكاح اذا خطب رجل امرأة وركن قلبها

اليه يكره لغيره أن يخطبها لمار ويناوان لم يكن فلا بأس به (ومنها) بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم لأن بيعه منهم من باب الاعانة على الأثم والعدوان وأنه منهي ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح منهم كالخديد وغيره لأنه ليس معد للقتال فلا يتحقق معنى الاعانة ونظيره بيع الخشب الذي يصلح لاتخاذ المزمرة فإنه لا يكره وإن كره بيع المزمار (وأما) ما يكره مما يتصل بالبيع (فمنها) الاحتكار وقد ذكرنا جملة الكلام فيه في باب الكراهية والخاصة بهذا الموضع أولى (ومنها) النجش وهو أن يمدح السلعة ويطلبها بثمن ثم لا يشتريه بنفسه ولكن ليسمع غيره فيز يد في ثمنه وأنه مكر وه لمار وى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن النجش ولأنه احتيال للاضرار بأخيه المسلم وهذا إذا كان المشتري يطلب السلعة من صاحبها بمثل ثمنها فاما إذا كان يطلبها بأقل من ثمنها فنجش رجل سلعة حتى تبلغ الى ثمنها فهذا ليس بمكر وه وإن كان النجش لا يريد شراءها والله عز وجل أعلم

فصل وأما حكم البيع فلا يمكن الوقوف عليه إلا بعد الوقوف على تسمية البياعات في حق الحكم فنقول وبالله التوفيق البيع في حق الحكم لا يخلو إما أن يكون صحيحاً وإما أن يكون فاسداً وإما أن يكون باطلاً وإما أن يكون موقوفاً والصحيح لا يخلو إما أن يكون فيه خيار أو لا خيار فيه أما البيع الصحيح الذي لا خيار فيه فله أحكام لكن بعضها أصل وبعضها من التوابع (أما) الحكم الأصلي فالكلام فيه في موضعين في بيان أصل الحكم وفي بيان صفته (أما) الأول فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبائع في الثمن للحال فلا بد من معرفة المبيع والثن لمعرفة حكم البيع والأحكام المتعلقة بهما فيقع الكلام في موضعين أحدهما في تفسير المبيع والثن والثاني في بيان الأحكام المتعلقة بهما (أما) الأول فنقول ولا قوة إلا بالله تعالى المبيع والثن على أصل أبحاثنا من الأسماء المتباينة الواقعة على معان مختلفة فالمبيع في الأصل اسم لما يتعين بالتعيين والثن في الأصل ما لا يتعين بالتعيين وإن احتمل تغير هذا الأصل بعرض بان يكون ما لا يحتمل التعيين مبيعاً كالمسلم فيه وما يحتمله ثمناً كرأس مال السلم إذا كان عيناً على ما ذكره ان شاء الله تعالى (وأما) على أصل زفر رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله فالمبيع والثن من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد وإنما يميز أحدهما عن الآخر في الأحكام بحرف الباء وإذا عرف هذا فالدرهم والدنانير على أصل أبحاثنا ثمنان لا تتمين في عقود المعامضات في حق الاستحقاق وإن عينت حتى لو قال بعت منك هذا الثوب بهذه الدراهم أو بهذه الدنانير كان للمشتري أن يمسك المشار اليه ويرد مثله ولكنها تتمين في حق ضمان الجنس والنوع والصفة والقدر حتى يجب عليه رد مثل المشار اليه جنساً ونوعاً وقدرًا وصفةً ولو هلك المشار اليه لا يبطل العقد وعلى أصلهما يتعين حتى يستحق البائع على المشتري الدراهم المشار اليها كما في سائر الأعيان المشار اليها ولو هلك قبل القبض يبطل العقد كالأول هلك سائر الأعيان (وجه) قولهما ان المبيع والثن يستعملان استعمالاً واحداً قال الله تعالى ولا تشتروا بآياتي ثمناً قليلاً يسمى سبحانه وتعالى المشتري وهو المبيع ثم نادى على ان الثمن مبيع والمبيع ثمن ولهذا جاز أن يذكر الشراء بمعنى البيع يقال شريت الشيء بمعنى بعتته قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم أى وباعوه ولان ثمن الشيء قيمته وقيمة الشيء ما يقوم مقامه ولهذا يسمى قيمة لقيامه مقام غيره والثن والمثل كل واحد منهما يقوم مقام صاحبه فكان كل واحد منهما ثمناً ومبيعاً دل أنه لا فرق بين الثمن والمبيع في اللغة والمبيع يحتمل التعيين بالتعيين فكذلك الثمن اذ هو مبيع على ما بينا (ولنا) ان الثمن في اللغة اسم لما في الذمة هكذا نقل عن الفراء وهو امام في اللغة ولان أحدهما يسمى ثمناً والآخر مبيعاً في عرف اللغة والشرع واختلاف الاسامى دليل اختلاف المعاني في الأصل الا أنه يستعمل أحدهما مكان صاحبه توسعاً لان كل واحد منهما يقابل صاحبه فيطلق اسم أحدهما على الآخر لوجود معنى المماثلة كما يسمى جزاء السيئة سيئة وجزاء الاعتداء اعتداء (فاما) الحقيقة فاذ كرنا وإذا كان الثمن اسماً في الذمة لم يكن محتملاً للتعيين بالإشارة فلم يصح التعيين حتمية في حق استحقاق العين فجعل كناية عن بيان الجنس المشار اليه ونوعه وصفته وقدره تصحيحاً لتصرف العاقل بقدر الامكان ولان التعيين غير مفيد لان كل عوض يطلب من المعين في المعامضات يمكن استيفاءه من

مثله فلم يكن التعيين في حق استحقاق العين مفيداً فيما عدا حقه ويعتبر في بيان حق الجنس والنوع والصفة والقدر لان التعيين في حقه مفيد سم الدراهم والدنانير عندنا أئمان على كل حال أى شئ كان في مقابلتها وسواء دخله حرف الباء فيها أو فيما يتماثلها لانها لاتعين بالتعيين بحال فكات أئمانا على كل حال (وأما) ما سواهما من الاموال فان كان مما لا مثل له من العدييات المتفاوتة والذريعات فهو مبيع على كل حال لانها لاتعين بالتعيين بل لا يجوز بيعها الا عيناً الا الثياب الموصوفة المؤجلة سائماً فانها ثبت ديناً في الذمة مبيعة بطريق السلم استحساناً بخلاف القياس لحاجة الناس الى السلم فيها وكذا الموصوف المؤجل فيها لا بطريق السلم ثبت ديناً في الذمة تمنا استحساناً وان كان مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة فان كان في مقابلة المكيل أو الموزون دراهم أو دنانير فهو مبيع وان كان في مقابله ما لا مثل له من الاعيان التي ذكرنا فانه ينظر ان كان المكيل أو الموزون معيناً فهو مبيع وان لم يكن معيناً يحكم فيه حرف الباء فما دخله فهو ثمن والاخر مبيع وان كان أحدهما معيناً والاخر موصوفاً وكان كل واحد منهما موصوفاً فانه يحكم فيه حرف الباء فما يحبه فهو الثمن والاخر المبيع (وأما) القلوس الرائجة فان قلت بخلاف جنسها فهي أئمان وكذا ان قلت بجنسها متساوية في العدد وان قلت بجنسها متفاضلة في العدد فهي مبيعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد هي أئمان على كل حال والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يتعلق بهما من الاحكام (فنها) انه لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض بالاجماع وفي العقار اختلاف ويجوز التصرف في الاثمن قبل القبض الا الصرف والسلم وقال الشافعي رحمه الله ان كان الثمن عيناً لا يجوز التصرف فيها قبل القبض وهذا على أصله مستقيم لان الثمن والمبيع عند من الاسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد فكان كل واحد منهما مبيعاً ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض وان كان ديناً فله فيه قولان في قول لا يجوز أيضاً لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع ما لم يقبض فيتناول العين والدين (ولنا) ما روى عن عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما انه قال يا رسول الله انا نبيع الا بل بالبيع وتأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فقال عليه الصلاة والسلام لا بأس اذا كان بسعر يومهما واقرقما وليس بينكما شئ وهذا نص على جواز الاستبدال من ثمن المبيع ولان قبض الدين قبض العين لان قبض نفس الدين لا يتصور لانه عبارة عن مال حكى في الذمة أو عبارة عن الفعل وكل ذلك لا يتصور فيه قبضه حقيقة فكان قبضه قبض بدله وهو قبض الدين فتصير العين المقبوضة مضمونة على القابض وفي ذمة المقبوض منه مثلها في المالية فيلتقيان قصاصاً هذا هو طريق قبض الديون وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين أن يكون المقبوض من جنس ما عليه أو من خلاف جنسه لان المقاصة انما تتحقق بالمعنى وهو المالية والاموال كلها في معنى المالية جنس واحد وبه تبين ان المراد من الحديث العين لا الدين لان النهى عن بيع ما لم يقبض يقتضي أن يكون المبيع شيئاً يحتمل القبض ونفس الدين لا يحتمل القبض على ما بينا فلا يتناول النهى بخلاف السلم والصرف (أما) الصرف فلان كل واحد من بدلي الصرف مبيع من وجهه وثن من وجهه لان البيع لا بد له من مبيع اذ هو من الاسماء الاضافية وليس أحدهما يجعله مبيعاً أولى من الاخر فيجعل كل واحد منهما مبيعاً من وجهه وثناً من وجهه من حيث هو ثمن يجوز التصرف فيه قبل القبض كسائر الاثمن ومن حيث هو مبيع لا يجوز فرج جناح الحُرمة احتياطاً (وأما) المسلم فيه فلا نه مبيع بالنص والاستبدال بالمبيع المنقول قبل القبض لا يجوز ورأس المال الحق بالمبيع العين في حق حرمة الاستبدال شرعاً فن ادعى اللاحق في سائر الاموال فعليه الدليل وكذا يجوز التصرف في القرض قبل القبض وذكر الطحاوي رحمه الله انه لا يجوز فارق بين القرض وسائر الديون (ووجه) الفرق له ان الاقراض اعارة لا مبادلة الا ترى انه لا يلزم الاجل فيه كما في العارية ولو كان مبادلة للزم فيه الاجل وكذا لا يملكه الاب والوصى والمكاتب والمأذون وهؤلاء يملكون المبادلة ولانه لو جعل مبادلة لما جاز لانه يتمكن فيه الربا وهو فضل العين على الدين دل انه اعارة والواجب في العارية رد العين وأنه لا يحصل بالاستبدال (وجه) ظاهر الرأية ان الاقراض في الحقيقة مبادلة الشئ مثله فان

الواجب على المستقرض مثل ما استقرض ديناً في ذمته لا عينه فكان محتملاً للاستبدال كسائر الديون ولهذا اختص بجوازه بحاله مثل من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة دل أن الواجب على المستقرض تسليم مثل ما استقرض لا تسليم عينه إلا أنه أقيم تسليم المثل فيه مقام تسليم العين كأنه انتفع بالعين مدة ثم ردها إليه فاشبه دين الاستهلاك وغيره والله عز وجل أعلم (ومنها) أنه لا يجوز بيع ما ليس عند البائع إلا السلم خاصة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم ويجوز الشراء بثمن ليس عند المشتري لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودي طعاماً بثمن ليس عنده ورهنه درعه وعلى هذا يخرج ما إذا قال اشتريت منك هذه الحنطة بدرهم أو ديناراً إلى شهر أو قال اشتريت منك درهمين أو ديناراً إلى شهر بهذه الحنطة أنه يجوز لما ذكرنا أن الدرهم والدينارين أثمان على كل حال فكان ما يقابلها مبيعاً فيكون مشترياً بثمن ليس عنده وأنه جائز ولو قال بعثت منك قفيز حنطة بهذا الدرهم أو بهذا الدينار وصف الحنطة لكنه لم يذكر شرائط السلم أو قال بعثت منك هذا الدرهم أو هذا الدينار بقفيز من حنطة ووصفها ولم يذكر شرائط السلم لا يجوز لأن الدرهم والدينارين بأي شيء قبلت فكان ما يقابلها مبيعاً فيكون بائناً ما ليس عنده ولا يجوز بيع ما ليس عند الإنسان إلا السلم خاصة ولم يذكر شرائط السلم فلماذا في هذا البيع شرائط السلم جاز عند أصحابنا الثلاثة وإن لم يذكر كلف السلم وعندنا فلا يجوز ما لم يذكر كلف السلم والصحيح قولنا لما ذكرنا أن السلم نوع بيع إلا أنه يبيع اختصاص بشرائط فإذا أتى بها فقد أتى بالسلم وإن لم يلفظ به ولو نصارفاً ديناراً بدينار أو عشرة دراهم بعشرة دراهم أو ديناراً بعشرة غير أعيانها وليس عند هاشم شيء من ذلك ثم استقرضنا في المجلس ثم تقاضوا افتراقاً جاز لأن الدرهم والدينارين أثمان على كل حال فكان كل واحد منهما مشترياً بثمن ليس عنده لا بائناً وأنه جائز إلا أنه لا بد من التقابض لأنه صرف ولو تباعاً تبرأ بتبرأ أعيانها وليس عند هاشم شيء من ذلك ثم استقرضنا قبل الافتراق فتقاضوا افتراقاً فقهر وايتان ذكر في الصرف أنه يجوز وجعله بمنزلة الدرهم والدينارين المضروبة وذكر في المضاربة وجعله بمنزلة العروض حيث قال لا تجوز المضاربة فعل هذه الرواية لا يجوز البيع ويحتمل أن يوفق بين الرويتين بأن تحمل رواية كتاب الصرف على موضع يرجح التبر فيه واج الدرهم والدينارين المضروبة ورواية كتاب المضاربة على موضع لا يرجح واجها وعلى هذا يخرج ما إذا قال بعثت منك هذا العبد بكذا كحنطة ووصفها أنه يجوز لأنه جعل الحنطة الموصوفة ثمناً حيث أدخل فيها حرف الباء فيكون الآخر مبيعاً فكان هذا بيع العبد بحنطة موصوفة في الذمة فيجوز ولو قال اشتريت منك كذا كحنطة ووصفها بهذا العبد لا يجوز إلا بطريق السلم لأنه جعل العبد ثمناً بدلالة حرف الباء فكانت الحنطة مبيعة فكان بائناً ما ليس عنده فلا يجوز إلا بشرائط السلم من الاجل وبيان مكان الألفاء وقبض رأس المال ونحو ذلك عندنا وعندنا فلا يجوز ما لم يذكر كلف السلم على ما مر وعلى هذا يخرج ما إذا قال بعثت منك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز حنطة ووصفها أو قال بعثت منك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيزي شعير ووصفها ما إن البيع جائز لأنه جعل العين منهما مبيعاً والدين الموصوف في الذمة ثمناً بدخال حرف الباء عليه فيجوز لكن قبض الدين منهما قبل الافتراق بشرط لأن من شرط جواز البيع أن يكون الافتراق فيه عن عين بعين وذلك قبض الدين منهما لأن الدين لا يتعين إلا بالقبض ولو قبض الدين منهما ثم افتراقا عن المجلس قبل قبض العين جاز لأنهما افتراقا عن عين بعين ولو قال اشتريت منك قفيز حنطة ووصفها بهذا القفيز من الحنطة أو قال اشتريت منك قفيزي شعير ووصفها بهذه الحنطة على أنها قفيز لا يجوز وأن أحضر الموصوف في المجلس لأنه جعل الموصوف منهما مبيعاً والآخر ثمناً بقربنه حرف الباء فيكون بائناً ما ليس عنده وبيع ما ليس عند الإنسان لا يكون إلا بطريق السلم ولا سبيل إلى تجويزه سائلاً لأن الإسلام المكييل في المكييل لا يجوز ولو تباعاً مكيلاً موصوفاً بمكييل موصوف أو موزوناً موصوفاً بموزون موصوف مما يتعين بالتعيين بأن قال بعثت منك قفيز حنطة ووصفها بقفيز حنطة ووصفها أو بقفيزي شعير ووصفها أو قال بعثت منك من سكر ووصفه بمن سكر ووصفه وليس

عندهما شيء من ذلك ثم استقرضا وتقا بضائهما افتراقا لا يجوز البيع لأن الذي يحبه منهما حرف الباء يكون ثمتا والآخر مبيعا فيكون بائعا ما ليس عنده فلا يجوز إلا سائما والسلم في مثله لا يجوز لأنه إسلام المكيل في المكيل وإسلام الموزون الذي يتعين في الموزون الذي يتعين وكل ذلك لا يجوز والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج الشراء بالدين ممن عليه الدين شيئا بعينه أو بغير عينه قبضه أو لم يقبضه وجملة الكلام فيه أن الدين لا يخلو من أن يكون دراهم أو دنانير أو فلوسا أو مكيلا أو موزونا أو قيمة المستهلك فإن كان دراهم أو دنانير فاشتري به شيئا بعينه جاز الشراء وقبض المشتري ليس بشرط لأنه يكون افتراقا عن عين الدين وأنه جائز فيما لا يتضمن ربالنساء ولا يتضمن ههنا وكذلك إن كان الدين مكيلا أو موزونا أو قيمة المستهلك لما قلنا ولو اشتري بدينه وهو دراهم شيئا بغير عينه بأن اشتري به دينار أو فلوسا أو هو فلوس فاشتري به دراهم أو دنانير أو فلوسا جاز الشراء لكن يشترط قبض المشتري في المجلس حتى لا يحصل الافتراق عن دين الدين لأن المشتري لا يتعين إلا بالقبض ولو كان دينه دراهم أو دنانير أو فلوسا فاشتري به مكيلا موصوفا أو موزونا موصوفا أو ثيابا موصوفة مؤجلة لم يحز الشراء لأن الدراهم والدنانير أثمان على كل حال وكذا الفلوس عند المقابلة بخلاف جنسها فلم تكن مبيعة فكان الآخر مبيعا بائعا ما ليس عند الإنسان ولا يجوز بيع ما ليس عند الإنسان إلا بطريق السلم ولا سبيل إلى تجوز به بطريق السلم لأن رأس المال دين بخلاف الفصل الأول لأن كل واحد منهما ثمتا فكان مشتر يا ثمن ليس عنده وأنه جائز لكن لا بد من التسليم كيلا يكون الافتراق عن دين الدين وإن كان الدين مكيلا أو موزونا أو فباعه بدراهم أو دنانير أو فلوسا واشتري هذه الأشياء بدينه جاز لأن الدراهم والدنانير أثمان على كل حال وكذا الفلوس عند مقابلة بخلاف جنسها فكان من عليه الدين مشتر يا ثمن ليس عنده وذلك جائز لكن يشترط القبض في المجلس لئلا يؤدي إلى الافتراق عن دين الدين ولو اشتري بالدين الذي هو مكيل أو موزون مكيلا أو موزونا من خلاف جنسه ينظر إن جعل الدين منهما مبيعا والآخر ثمتا بأن أدخل فيه حرف الباء وإن كان بغير عينه جاز لأنه يكون مشتر يا ثمن ليس عنده إلا أن القبض في المجلس شرط فلا يكون افتراقا عن دين الدين وإن جعل الدين منهما ثمتا بأن أدخل حرف الباء فيه والآخر مبيعا لم يحز الشراء وإن أحضر في المجلس لأنه باع ما ليس عنده وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز إلا بطريق السلم وإذا كان رأس المال دين لا يجوز السلم وإن كان الدين قيمة المستهلك فإن كان المستهلك ماله مثل فهذا هو الأول سواء لأن الواجب باستهلاكه كمثل ما إذا اشتري به شيئا من خلاف جنسه فحكه ما ذكرنا وإن كان ماله مثل له فاشتري به شيئا بعينه جاز وقبض المشتري ليس بشرط لأن الواجب باستهلاكه القيمة والقيمة دراهم أو دنانير فصارت مشتر يا دين الدراهم والدنانير شيئا بعينه فيجوز ولا يشترط قبض المشتري لأنه يحصل الافتراق عن عين الدين ولا بأس به فيما لا يتضمن ربالنساء ولو اشتري به شيئا بغير عينه من المكيل أو الموزون ينظر إن جعل ما عليه مبيعا وهذا ثمتا بأن أدخل عليه حرف الباء يجوز الشراء لأنه اشتري بثمن ليس عنده فيجوز لكن لا بد من القبض في المجلس وإن جعل ما عليه ثمتا بأن صحبه حرف الباء لا يجوز وإن أحضر في المجلس لأنه باع ما ليس عند الإنسان فلا يجوز إلا بطريق السلم ولا سبيل إليه لأن رأس ماله دين ولو وقع الصلح عن المستهلك على الدراهم أو الدنانير وقضى به الحاكم جاز ولا يكون القبض شرطا لأن هذا ليس شراء بالدين بل هو نفس حقه ولو صالح على دراهم أو دنانير أكثر من قيمة المستهلك جاز الصلح عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يجوز بقدر القيمة والفضل على القيمة باطل وهي من مسائل النصب نذكرها إن شاء الله تعالى ولو تباعا بعينا بفلوس باعياتها بأن قال بعت منك هذا الثوب أو هذه الحنطة بهذه الفلوس جاز ولا يتعين وإن عينت بالاشارة إليها حتى كان للمشتري أن يمسكها ويرد مثلها ولو هلك قبل القبض لا يبطل البيع لأنها وإن لم تكن في الوضع ثمتا فقد صارت ثمتا باصطلاح الناس ومن شأن الثمن أن لا يتعين بالتعيين وكذا إذا تباعا بدرهما بعينه أو دينار بعينه بفلوس باعياتها فانه لا تتمين أيضا كما لا تتمين الدراهم والدنانير لما قلنا إلا أن القبض في المجلس ههنا شرط

بقاء العقد على الصحة حق لو افتراق من غير تقابض أصلاً يبطل العقد لحصول الافتراق عن دين بدين ولو لم يوجد القبض
 الا من أحد الجانبين دون الآخر فافتراق مضي العقد على الصحة لان المقبوض صار عيناً بالقبض فكان افتراقاً عن عين
 بدين وانه جائز اذا لم يتضمن ربالنساء ولم يتضمن ههنا لانعدام القدر المتفق والجنس وكذا اذا تبايعا فلساً بعينه بفلس
 بعينه فالفلسان لا يتعيانان وان عيناً الا أن القبض في المجلس شرط حتى يبطل بترك التقابض في المجلس لكونه افتراقاً
 عن دين بدين ولو قبض أحد البدلين في المجلس فافتراقاً قبل قبض الآخر ذكر الكرخي أنه لا يبطل العقد لان
 اشتراط القبض من الجانبين من خصائص الصرف وهذا ليس بصرف فيكتفي فيه بالقبض من أحد الجانبين لان به
 يخرج عن كونه افتراقاً عن دين بدين وذكر في بعض شروح مختصر الطحاوي رحمه الله أنه يبطل لكونه صرفاً بل
 تمكن ربالنساء فيه لوجود أحد وصفي علة بالفضل وهو الجنس وهو الصحيح ولوتبايعا فلوساً بدرهم على أن
 كل واحد منهما بالخيار وتقابضاً وافتراقاً يبطل البيع لان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع صحة التقابض
 فيحصل الافتراق لا عن قبض أصلاً فيبطل البيع ولو كان الخيار لا خدماً فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما
 يجوز بناء على أن شرط الخيار يعمل في الجانبين جميعاً عنده وينعدم القبض من الجانبين وعندهما لا يعمل الا من
 جانب واحد فيندم القبض من أحد الجانبين وهذا لا يمنع جواز العقد والاصل المحفوظ أن العقد في حق القبض على
 مراتب منها ما يشترط فيه التقابض وهو القبض من الجانبين وهو الصرف ومنها ما لا يشترط فيه القبض أصلاً
 كبيع العين بالعين مما سوى الذهب والفضة وبيع العين بالدين مما لا يتضمن ربالنساء كبيع الخنطة بالدرهم ونحوها
 ومنها ما يشترط فيه القبض من أحد الجانبين كبيع الدرهم بالفلس وبيع العين بالدين مما يتضمن ربالنساء كبيع
 المكيل بالمكيل والموزون بالموزون اذا كان الدين منهما مئناً وبيع الدين بالعين وهو السلم ولوتبايعا فلساً بعينه
 بفلسين بأعيانها جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ويتعين كل واحد منهما حتى لو هلك أحدهما قبل القبض
 بطل العقد وكذا اذا رد بالعيب أو استحق ولو أراد أحدهما أن يدفع مثله ليس له ذلك وعند محمد لا يتعين ولا يجوز
 البيع وقد ذكرنا المسألة مع دلائلها فيما تقدم ولوتبايعا فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعيانها أو عين أحدهما ولم يعين
 الاخر لا يجوز في الرواية المشهورة عنهم وعن أبي يوسف أنه يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الفلس
 في هذه الحالة لا يخلو من أن يكون من العروض أو من الاثمان فان كان من العروض فالتعيين في العروض شرط
 الجواز ولم يوجد وان كان من الاثمان فالمساواة فيها شرط الجواز ولم يوجد ولا يجوز هذا البيع يؤدي الى ريخ
 ما لم يضمن لان المشتري الفلسين قبضهما وينتقد أحدهما ويبقى الآخر عن غير ضمان فيكون ريخ ما لم يضمن
 وانه منهى ولوتبايعا فلساً بفلسين وشرطاً الخيار ينسب أن يجوز على قولهما لان الفلس في هذه الحالة
 كالعروض وعندهما لا يشترط فيها فلم يكن الخيار مائناً والله عز وجل أعلم ولواشترى شيئاً بفلس كاسدة في موضع
 لا تنفق فان كانت بأعيانها جاز وان لم تكن معينة لم يحز لانها في ذلك الموضع عروض والتعيين شرط الجواز في بيع
 العروض ومنها أن للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن اذا كان الثمن حالاً وليس للمشتري أن يمتنع من تسليم
 الثمن الى البائع حتى يقبض المبيع اذا كان المبيع حاضراً لان البيع عقد معاوضة والمساواة في المعاوضات مطلوبة
 للمتعاوضين عادة وحق المشتري في المبيع قد تعين بالتعيين في العقد وحق البائع في الثمن لم يتعين بالعقد لان الثمن في
 الذمة فلا يتعين بالتعيين الا بالقبض فيسلم الثمن أولاً ليتعين فتحقق المساواة وان كان المبيع غائباً عن حضرتهما
 فلم يشتري أن يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع لان تقديم تسليم الثمن لتحقيق المساواة واذا كان المبيع غائباً
 لا تتحقق المساواة بالتقديم بل بتقديم حق البائع ويتأخر حق المشتري حيث يكون الثمن بالقبض عيناً مشاراً اليه
 والمبيع لا ولان من الجائز أن المبيع قد هلك وسقط الثمن عن المشتري فلا يؤثر بالتسليم الا بعد احضار المبيع سواء
 كان المبيع في ذلك المصراً أو في موضع آخر بحيث تلحقه المؤنة بالاحضار فرق بين هذا وبين الرهن فان الراهن اذا

متنع من قضاء الدين لا حضار الرهن ينظر في ذلك ان كان الرهن في ذلك المصر بحيث لا يلحق المرتهن مؤنة في الاحضار يومر باحضاره أولا كفاي البيع لجواز أن الرهن قد هلك وسقط الدين عن المرتهن بقدره وان كان في موضع يلحقه المؤنة في الاحضار لا يومر المرتهن بالا حضار أولا بل يومر الراهن بقضاء الدين أولا ان كان مقرا ان الرهن قائم ليس بهالك وان ادعى أنه هالك وقال المرتهن هو قائم فالقول قول المرتهن مع يمينه فاذا حلف يومر قضاء الدين (ووجهه) الفرق بينهما ان البيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضة على المساواة ولا تتحقق المساواة الا بالا حضار على ما مر بخلاف الرهن فانه عقد ليس بمعاوضة بل هو عقد أمانة بمنزلة عقد الوديعة كان المرهون أمانة في يد المرتهن الا أنه اذا هلك بسقط الدين عن الراهن لا لكونه مضمونا بل لمعنى آخر على ما عرف واذا لم يكن معاوضة لم يكن الدين عوضا عن الرهن فلا يلزم تحقيق المساواة بينهما باحضار الرهن اذا كان بحيث تلحقه المؤنة بالا حضار ولو تبايعا عينا بعين سلما معالما ذكرنا ان المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة للمتعاوضين عادة وتحقيق المساواة ههنا في التسليم معا ولان تسليم المبيع مستحق وليس أحدهما بتقديم التسليم أولى من الآخر لان كل واحد منهما مبيع فيسلما معا وكذا لو تبايعا دينين سلما معا تحقيقا للمساواة التي هي مقتضى المعاوضات المطلقة ولا يستواء كل واحد منهما في استحقاق التسليم بخلاف ما اذا تبايعا عينا بدين لان الدين لا يصير عينا الا بالتبض فلا تتحقق المساواة الا بتسليمه أولا على ما بينا والله عز وجل أعلم (ومنها) ان هلاك المبيع قبل القبض يوجب انقساخ البيع وجملة الكلام فيه ان المبيع لا يخلو اما أن يكون أصلا واما أن يكون تبعا وهو الزوائد المتولدة من المبيع فان كان أصلا فلا يخلو اما ان هلك كله واما ان هلك بعضه ولا يخلو اما ان هلك قبل القبض واما ان هلك بعده وكل ذلك لا يخلو اما ان هلك بأففة سميوية واما ان هلك بفعل البائع أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي فان هلك كله قبل القبض بأففة سميوية أو انفسخ البيع لانه لو بقي أو جب مطالبة المشتري بالثمن واذا طال به بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع وأنه عاجز عن التسليم فمتنع المطالبة أصلا فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ واذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري لان انقساخ البيع ارتقاعه من الاصل كأن لم يكن وكذا اذا هلك بفعل المبيع بان كان حيوانا قتل نفسه لان فعله على نفسه هدر فكان هلك بأففة سميوية وكذا اذا هلك بفعل البائع يبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل وعلى البائع ضمان القيمة أو المثل (وجهه) قوله انه أتلف مالا مملوكا لغيره غير اذنه فيجب عليه ضمان المثل أو القيمة كما لو أتلفه بعد القبض ولا فرق سوى أن المبيع قبل القبض في يده وهذا لا يمنع وجوب الضمان كالمرتحن اذا أتلف المرهون في يده (ولنا) ان المبيع في يد البائع مضمون بأحد الضمانين وهو الثمن ألا ترى لو هلك في يده سقط الثمن عن المشتري فلا يكون مضمونا بضمان آخر اذا حل الواحد لا يقبل الضمانين بخلاف الرهن فان المضمون بالرهن على المرتحن معنى المرهون لا عينه بل عينه أمانة حتى كان كفنه وثقلته على الراهن والمضمون بالاتلاف عينه فايجاب ضمان القيمة لا يؤدي الى كون الحل الواحد مضمونا بضمانين لا اختلاف محل الضمان بخلاف البيع وسواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار لان المبيع في يد البائع مضمون بالثمن في الحالين فيمنع كونه مضمونا بضمان آخر وان هلك بفعل المشتري لا ينفسخ البيع وعليه الثمن لانه بالاتلاف صار قابضا كل المبيع لانه لا يمكنه اتلافه الا بعد اثبات يده عليه وهو معنى القبض فيقرر عليه الثمن وسواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار للمشتري لان خيار المشتري لا يمنع زوال البيع عن ملك البائع بلا خلاف فلا يمنع صحة القبض فلا يمنع تقرر الثمن وان كان البيع بشرط الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا فعليه ضمان مثله ان كان مماله مثل وان كان ممالا مثل له فعليه قيمته لان خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه بلا خلاف فكان المبيع على حكم ملك البائع وملكه مضمون بالمثل أو القيمة وكذا المبيع يباع فاسدا مضمون بالمثل أو القيمة وان هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه لانه أتلف مالا مملوكا لغيره غير اذنه ولا يدل عليه فيكون مضمونا عليه بالمثل أو القيمة والمشتري بالخيار ان شاء ففسخ البيع فيعود المبيع الى ملك البائع فيتبع الجاني فيضمنه

مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال وان شاء اختار البيع فاتبع الجاني بالضمان
واتبعه البائع بالثمن لان المبيع قد تعين في ضمان البائع لانه كان عينا فصار قيمة وتعين المبيع في ضمان البائع بوجوب الخيار
ثم ان اختار الفسخ وفسخ واتبع البائع الجاني بالضمان وضمنه ينظر ان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل على الثمن
لا يطيب له الفضل لان الفضل ربح مالم يملك لزوال المبيع عن ملكه بنفس البيع و ربح مالم يضمن لا يطيب له
التي عليه الصلابة والسلام عن ربح مالم يضمن ولم يفسد من شبهة الربح مالم يضمن أولى وان كان الضمان من
خلاف جنس الثمن طاب الفضل لان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس وان اختار البيع واتبع الجاني بالضمان
وضمنه فان كان الضمان من جنس الثمن لا يطيب له الفضل لانه ربح مالم يضمن في حقه لا ربح مالم يملك لان المبيع
ملكه وان كان من خلاف جنسه طاب الفضل له لما قلنا ولو كان المشتري عبدا فقتله أجنبي قبل القبض فان كان
القتل خطأ لا يفسخ البيع والمشتري خيار الفسخ والبيع لما قلنا إلا أن ههنا اذا اختار الفسخ وفسخ البيع اتبع
البائع عاقلة القاتل فأخذ قيمته في ثلاث سنين وان اختار المبيع اتبع العاقلة قيمته في ثلاث سنين ولو كان القتل
عمدا اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال قال أبو حنيفة عليه الرحمة ان المشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وللبائع أن يقتص
القاتل بعبدته وان شاء اختار البيع وله أن يقتص القاتل بعبدته وعليه جميع الثمن وقال أبو يوسف رحمه الله المشتري
بالخيار ان شاء فسخ البيع ويعود المبيع الى ملك البائع وليس للبائع أن يقتص ولكنه يأخذ من مال القاتل القيمة في
ثلاث سنين وان شاء اختار البيع وللمشتري أن يقتص وعليه جميع الثمن وقال محمد لا قصاص على القاتل بحال
والمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع والبائع يأخذ القيمة من القاتل في ثلاث سنين وان شاء اختار البيع واتبع القاتل
بالقيمة في ثلاث سنين (وجه) قول محمد رحمه الله ان العبد لم يكن على ملك البائع وقت القتل بل كان على ملك المشتري
فلم ينعقد السبب موجبا للقصاص للبائع وملك المشتري لم يكن مستقرا بل كان محتلا للعود الى ملك البائع بالفسخ
فلا تثبت ولاية الاقتصاص لاحدهما (وجه) قول أبي يوسف انه لا سبيل الى اثبات ولاية الاقتصاص للبائع لما قاله
محمد وهوان القتل صادف محلا ليس بمملوك للبائع عند القتل فاما الملك فثبت للمشتري وقت القتل وقد لزمت وتقرر
باختيار المشتري فثبتت له ولاية الاستيفاء ولا بى حنيفة رضي الله عنه انه أمكن القول بثبوت ولاية الاستيفاء لهما
على اعتبار اختيار الفسخ وعلى اعتبار اختيار البيع أما على اعتبار اختيار البيع فلما قاله أبو يوسف وأما على اعتبار
اختيار الفسخ فلان فسخ العتد رفعه من الاصل وجعله كان لم يكن قتيلا ان الجناية وردت على ملك البائع
فثبتت له ولاية الاقتصاص هذا اذا هلك المبيع كله قبل القبض فأما اذا هلك كله بعد القبض فان هلك بأفة
سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري لا يفسخ البيع والمهلك على المشتري وعليه الثمن لان البيع تقرر بقبض
المبيع فتقرر الثمن وكذلك ان هلك بفعل أجنبي لما قلنا ويرجع المشتري على الاجنبي بضمانه ويطيب له الفضل
لان هذا الفضل ربح ما قد ضمن وان هلك بفعل البائع ينظر ان كان المشتري قبضه باذن البائع أو بغير اذنه لكن الثمن
منقود أو موجب فاستهلاكه واستهلاك الاجنبي سواء وان كان قبضه بغير اذن البائع صار مستردا للبيع بالاستهلاك
فحصل الاستهلاك في ضمانه فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن كما لو استهلك وهو في يده والله عز وجل أعلم هذا
اذا هلك كل المبيع قبل القبض أو بعده فأما اذا هلك بمضيه فان كان قبل القبض وهلك بأفة سماوية ينظر ان كان
النقصان نقصان قدر بان كان مكيفا أو موزونا أو معدودا يفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن لان
كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقال به شيء من الثمن وهلاك كل المعقود عليه يوجب افساخ البيع في الكل
وسقوط كل الثمن فهلاك بعضه يوجب افساخ البيع وسقوط الثمن بقدره والمشتري بالخيار في الباقي ان شاء
أخذه بمحضته من الثمن وان شاء ترك لان الصفة قد شرقت عليه وان كان النقصان نقصان وصف وهو كل ما يدخل
في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الارض وأطراف الحيوان والجودة في المكيل والموزون لا يفسخ البيع

أصلاً ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن لأن الاوصاف لا حصة لها من الثمن الا اذا ورد عليها القبض أو الجناية
لأنها تصير مقصودة بالقبض والجناية فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتعيب المبيع قبل
القبض وان هلك بفعل المبيع بان جرح نفسه لا يفسخ البيع ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن لأن جنايته على
نفسه هدر فصار كما لو هلك بمضيه بآفة سماوية وهلاك بعضه نقصان الوصف والاوصاف لا تقابل بالثمن فلا يسقط
شيء من الثمن ولكن المشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع ولو كان المشتري حيوانين
سوى بني آدم فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض تسقط حصته من الثمن والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته
من الثمن وان شاء ترك لأن فعل العجماء جبار فكأنه اشترى حيوانين ثم مات أحدهما قبل القبض خفف ثمنه ولو
كان المشتري عبيدين فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض أو كانت جارية فولدت قبل القبض فكبر الولد ثم قتل
أحدهما صاحبه قبل القبض فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع في الباقي وبطلت الجناية لأن الفسخ اعادته الى
ملك البائع فتبين ان القتل حصل في ملك البائع فبطل وان شاء أخذ القاتل منهما بجميع الثمن ولا يسقط عن
المشتري شيء من الثمن لأنه لو أخذه بحصته من الثمن لصار أخذاً بجميع الثمن في الانتهاء فيخبر في الابتداء قصراً
للساقفة ان شاء أخذ الحلي منهما بجميع الثمن وان شاء ترك بيان ذلك انه لو أخذ القاتل منهما بحصته من الثمن
لا يفسخ البيع في المقتول وانفساخ البيع ارتفاعه من الاصل وعوده الى ملك البائع فتبين ان عبد المشتري قتل
عبد البائع فيخاطب بالدفع أو بالقداء أو بهما فعل قام مقام المقتول فيجوز المقتول معنى فيأخذ ببقية الثمن فصاري أخذ
الباقي منهما بحصته من الثمن في الحال أخذ بجميع الثمن في المال فخيرناه في الابتداء للاخذ بجميع الثمن والفسخ
هذا وان هلك بفعل البائع بطل البيع بقدرة ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن وهو قدر النقصان اعتباراً
للبعض بالكل سواء كان النقصان نقصان قيمة أو نقصان وصف لأن الاوصاف لها حصة من الثمن عند ورود
الجناية عليها لأنها تصير أصلاً بالفعل فتقابل بالثمن والمشتري بالخيار في الباقي ان شاء أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك
لتفرق الصفة عليه ولو اختار المشتري الاخذ فلم يقبضه حتى مات من تلك الجناية أو من غيرها مات على البائع
ويسقط الثمن عن المشتري لأن المبيع انما يدخل في ضمان المشتري بالقبض ولم يوجد فان قبضه المشتري مات من
جناية البائع أو غيرهما سقطت عن المشتري حصة جناية البائع ولزمه ما بقي من الثمن أما اذا مات من الجناية فلان قبض
الباقي وجد من المشتري فتقرر قبضه فتقرر عليه ثمنه وكذا اذا مات من جناية البائع لأن المشتري قبض الباقي حقيقة
وقبض المبيع بوجوب تقرر الثمن في الاصل الا اذا وجد من البائع ما ينقصه فيصير مسترداً والسراية ليست فعله حقيقة
وانما هي صنع الله تعالى يعني مصنوعه فبقي المقبوض على حكم قبض المشتري فتقرر عليه ثمنه ولان قبض المشتري
بمنزلة انشاء العقد فيه لأن للقبض شبهة بالعقد وانشاء الشراء قاطع للسراية كما لو اشتراه منه بعد جنايته وقبضه ثم سرت
الى النفس ومات فكذلك القبض والله عز وجل أعلم واذا هلك بفعل المشتري لا يبطل البيع ولا يسقط عنه شيء
من الثمن لأنه صار قابضاً للكل بالتلافى البعض أو لا يتمكن من اتلاف البعض الا باثبات اليد على الكل وهو تفسير
القبض أو صار قابضاً قدر المتلف بالتلافى والباقي بالتعيب فتقرر عليه كل الثمن ولومات في يد البائع بعد جناية
المشتري ينظر ان مات من تلك الجناية مات على المشتري وعليه الثمن لأنه لما مات من جنايته تبين ان فعله السابق
وقع اتلافاً للكل فتقرر عليه كل الثمن سواء منعه البائع بعد جناية المشتري أو لم يمنعه لان منع البائع بعد وجود الاتلاف
من المشتري هدر وان مات من غير الجناية فان كان البائع لم يمنعه مات من مال المشتري أيضاً وعليه كل الثمن لما
ذكرنا انه بالجناية صار قابضاً للكل المبيع ولم يوجد ما ينقص قبضه فبقي حكم ذلك القبض وان كان منعه لزم المشتري
حصة ما استهلك وسقط عنه ثمن ما بقي لان البائع لما منع فقد نقض قبض المشتري في قدر القام فصار مسترداً اياه
فاذا هلك فقد هلك في ضمانه فيهلك عليه ولو جنى عليه البائع ثم جنى عليه المشتري سقط عن المشتري حصة جناية

البائع لما قلنا ولزمه ثمن ما بقي لانه صار قابضاً للباقي بجنابته فتقرر عليه ثمنه لان جنابته دليل الرضا بتعييب البائع فان ابتداء المشتري بالجنابة ثم جنى البائع قبل قبض الثمن فان برأ العبد من الجنابتين فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه وسقطت عنه حصّة جنابة البائع من الثمن وان شاء ترك لان المشتري صار قابضاً بالجنابة لكن الجنابة فيه قبض بغير اذن البائع والثمن غير منقود فلما جنى عليه البائع فقد استرد ذلك القدر فحصلت جنابته تعييباً للمبيع وحدوث العيب في المبيع قبل القبض يوجب الخيار فان شاء فسخ وان شاء ترك وعليه ثلاثة أرباع الثمن وسقطت عنه جنابة البائع من الثمن وهو الرّبع لان النصف هلك بجنابة المشتري فتقرر عليه الثمن ورّبع منه قائم فيأخذه ثمنه أيضاً والرّبع هلك بجنابة البائع قبل القبض فيسقط عنه ثمنه وان مات العبد في يد البائع بعد الجنابتين بأن كان المشتري قطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم مات في يد البائع من الجنابتين فلي المشتري خمسة أثمان الثمن وسقط عنه ثلاثة أثمان الثمن لان المشتري لما قطع يده فقد تقرر عليه نصف الثمن لانه صار قابضاً بالقطع ولما قطع البائع رجله فقد استرد نصف القائم من العبد وهو الرّبع فبقي هناك ربع قائم من العبد فاذا سرت الجنابة فقد هلك ذلك الرّبع من سرية الجنابتين فينقسم ذلك الرّبع بينهما نصفين فانكسر الحساب بالارباع فيجعل كل سهم أربعة فيصير خمسة فلذلك جعلنا الحساب من خمسة فهلك بجنابة المشتري النصف وهو أربعة وسرية جنابته سهم فيتقرر عليهم ثمنه فذلك خمسة أثمان الثمن وهلك بجنابة البائع سهمان وسرية جنابته سهم فذلك ثلاثة أثمان الثمن يسقط عنه لان هلاك هذا القدر يسقط عنه والله عز وجل أعلم هذا اذا جنى المشتري أولاً ثم جنى البائع فبرأت الجراحة أو سرت (فأما) اذا جنى البائع أولاً ثم المشتري فان برأ العبد فلا خيار للمشتري ههنا لما ذكرنا ان اقدامه على الجنابة بعد جنابة البائع دليل الرضا بتعييبه فطل خياره ويلزمه ثمن ما بقي لانه صار قابضاً لما بقي وان مات العبد من الجنابتين فالجواب ههنا على القلب من الجواب في المسئلة المتقدمه وهو ان على المشتري ثلاثة أثمان وسقط عنه خمسة أثمان الثمن فحكم جنابة المشتري ههنا كحكم جنابة البائع هناك لما ذكرنا فافهم ولو كان الثمن مقبوضاً والعبد في يد البائع جنى عليه البائع يسقط عن المشتري حصته من الثمن أيضاً لما ذكرنا فان كان المشتري جنى عليه أولاً ثم جنى البائع يلزم البائع من القيمة ما يلزم الاجنبي لان المشتري صار قابضاً بالجنابة ولا يملك البائع نقض القبض والاسترداد ههنا لان الثمن مقبوض فصارت جنابته وجنابة الاجنبي سواء ولو كان البائع جنى أولاً ثم جنى المشتري فهاهنا بجنابة البائع سقطت حصته من الثمن وما هلك بسرية جنابته فعليه قيمته لان ما هلك بجنابته بعد جنابة المشتري تجب قيمته على ما ذكرنا فكذا ما هلك بسرية جنابته والله عز وجل أعلم وان هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه والمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع واتبع البائع الجاني بضمان ما جنى وان شاء اختار البيع واتبع الجاني الضمان وعليه جميع الثمن وأيهما اختار فالحكم فيه بعد ذلك على ما ذكرنا في اتلاف الاجنبي كل المبيع والله عز وجل أعلم هذا اذا هلك بعض المبيع قبل القبض فأما اذا هلك بعض المبيع بعد القبض فان هلك بأقسماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري فاهلاك على المشتري لان المبيع خرج عن ضمان البائع قبض المشتري فتقرر عليه الثمن وكذا اذا هلك بفعل أجنبي فاهلاك على المشتري لما قلنا ويرجع بالضمان على الاجنبي لا شك فيه وان هلك بفعل البائع ينظر ان لم يكن له حق الاسترداد للعجز لا استيفاء الثمن بأن كان المشتري قبضه باذنه أو كان الثمن منقوداً ومؤجلاً فهذا وما لو أتلفه أجنبي سواء وقد ذكرنا حكمه وان كان له حق الاسترداد بأن كان قبضه بغير اذنه والثمن حال غير منقود ينسخ البيع في قدر المثلث ويسقط عن المشتري حصته من الثمن لانه صار مسترداً لذلك القدر بالاتلاف فتلف ذلك القدر في ضمانه فيسقط قدره من الثمن ولا يكون مسترداً لانه لم يوجد منه اتلاف الباقي لانه لو هلك الباقي في يد المشتري فعليه حصته من الثمن الا اذا هلك الباقي من سرية جنابة البائع فيصير مسترداً ويسقط عن المشتري جميع الثمن لان تلف الباقي حصل مضاًفاً الى فعله فصار مسترداً للكل فتلف الكل في ضمانه فيسقط كل الثمن ولو اختلف

البيع والمشتري في هلاك المبيع فقال البائع هلك بعد القبض ولى عليك الثمن وقال المشتري هلك قبل القبض ولا ثمن لك على فالقول قول المشتري مع عينه لان البائع يدعى عليه القبض والثمن وهو ينكر ولان الظاهر شاهد للمشتري لان المبيع كان في يد البائع والظاهر بقاء ما كان على ما كان والبائع يدعى امرأ عارضا وهو الزوال والانتقال فكان المشتري متمسكا بالاصل الظاهر فكان القول قوله وان قام أحدهما البيعة قبلت بينته ولو أقام جميعا البيعة يقضى بينة البائع لانها ثبتت أمرا بخلاف الظاهر وما شرعت البيئات الا لهذا ولانها أكثر اظهارة لانها تظهر القبض والثمن فكانت أولى بالقبول وكذلك لو اختلفا في الاستهلاك فادعى البائع على المشتري أنه استهلكه وأدعى المشتري على البائع أنه استهلكه فالقول قول المشتري لما قلنا هذا اذا لم يكن للبيعتين تاريخ فأما اذا كان لهما تاريخ وتاريخ أحدهما أسبق فالأسبق أولى بالهلاك والاستهلاك جميعا هذا اذا لم يكن قبض المشتري المبيع ظاهرا فاما اذا كان ظاهرا فأدعى الاستهلاك فان لم يكن لهما بيعة فالقول قول البائع لان الظاهر شاهد له لان المبيع في يد المشتري وأيهما أقام البيعة قبلت بينته وان أقام جميعا البيعة فالبيعة بينة المشتري لانه هو المدعى ألا ترى أنه يدعى أمر اباطنا ليزيل به ظاهرا وهو الاستهلاك من البائع والمبيع في يده وكذا المشتري لو ترك الدعوى يترك ولا يجبر عليها والبائع لو ترك الدعوى لا يترك بل يجبر عليها وهذه عبارة مشايخنا في تحديد المدعى والمدعى عليه واذا قامت بينة المشتري ينظر ان كان في موضع للبائع حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن بان كان المشتري قبضه بغير اذن البائع والثمن حال غير منقود يسقط الثمن عن المشتري لانه بالاستهلاك صار مستردا وانفسخ البيع وان كان في موضع ليس له حق الاسترداد للحبس بان كان المشتري قبض المبيع باذن البائع أو بغير اذنه لكن الثمن منقود أو مؤجل فالمشتري أن يضمن البائع قيمة المبيع لانه اذا لم يكن له حق الاسترداد لم يكن بالاستهلاك مستردا ولا ينفسخ البيع فلا يحصل الاستهلاك في ضمان البائع فتزعم القيمة كما لو استهلكه أجنبي والله عز وجل أعلم ولو اشترى بفلس ناقصة ثم كسدت قبل القبض انفسخ عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى المشتري رد المبيع ان كان قائما وقيمته أو مثله ان كان هالكا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يبطل البيع والبائع بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ بقيمة الفلوس (وجه) قولهما أن الفلوس في الذمة وما في الذمة لا يحتمل الهلاك فلا يكون الكساد هلا كابل يكون عيبا فيها فيوجب الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ بقيمة الفلوس كما اذا كان الثمن رطبا فاقطع قبل القبض ولا يبي حنيفة ان الفلوس بالكساد خرجت عن كونها ثمن لان ثمنيتها ثبتت باصطلاح الناس فاذا ترك الناس التعامل بها عدد اقل قد زال عنها صفة الثمنية ولا يبيع بلا ثمن فينفسخ ضرورة ولو لم تكسد ولكنها رخصت قيمتها أو غلت لا ينفسخ البيع بالاجماع وعلى المشتري أن ينقد مثلها عددا ولا يلتفت الى القيمة ههنا لان الرخص أو الغلاء لا يوجب بطلان الثمنية ألا ترى ان الدراهم قد ترخص وقد تغلو وهي على حالها أثمان ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيها بينهما في وقت اعتبار القيمة فاعتبر أبو يوسف وقت العقد لانه وقت وجوب الثمن واعتبر محمد وقت الكساد وهو آخر يوم ترك الناس التعامل بها لانه وقت العجز عن التسليم ولو استقرض فلوسا ناقصة وقبضها فكسدت فعليه رد مثل ما قبض من الفلوس عددا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي قول محمد عليه قيمتها (وجه) قولهما ان الواجب بقبض القرض رد مثل المقبوض وبالكساد عجز عن رد المثل لخر وجهان عن رد الثمنية وصيرورتها سلعة فيجب عليه قيمتها كما لو استقرض شيئا من ذوات الامثال وقبضه ثم انقطع عن أيدي الناس ولا يبي حنيفة رحمه الله ان أثر الكساد في بطلان الثمنية وانه لا يمنع جواز الرد بدليل انه لو استقرضها بعد الكساد جاز ثم اختلفا في وقت اعتبار القيمة على ما ذكرنا ولو لم تكسد ولكنها رخصت أو غلت فعليه رد مثل ما قبض بلا خلاف لما ذكرنا أن صفة الثمنية باقية ولو اشترى بدرهم فلوسا وتقابضا وافتراقا ثم استحقت الفلوس من يده وأخذها المستحق لا يبطل العقد لان بالاستحقاق وان انتقض القبض والتحق بالعدم فيصير كان الافتراق حصل عن قبض الدراهم دون الفلوس وهذا لا يوجب بطلان العقد وعلى

بائع الفلوس أن يتقدم مثلها وكذلك أن استحق بعضها وأخذ قدر المستحق لا يبطل البيع لما قلنا وعلى بائع الفلوس
 أن يتقدم مثل القدر المستحق وكذلك إذا وجد المشتري الفلوس من الفلوس الكاسدة لا يبطل البيع لأن قبض أحد
 البدلين فيما لا يتضمن يكفي لبقاء العقد على الصحة وقد وجد قبض أحدهما وهو الدراهم ولو كان المشتري قبض
 الفلوس ولم يتقدم الدراهم وافترقا ثم استحققت الفلوس فالمستحق بالخيار إن شاء أجاز نقد البائع فيجوز العقد لأن
 الإجازة استندت إلى حالة العقد فجاز النقد والعقد ويرجع المستحق على بائع الفلوس بمثلها وينقد المشتري الدراهم لبائع
 الفلوس وإن شاء لم يحجز وأخذ الفلوس وبطل العقد لأنه لما لم يحجز وأخذ الفلوس فقد انتقض القبض والتحق بالعدم
 فتبين أن افتراقهما حصل لا عن قبض أصلا فبطل العقد وكذلك لو استحق بعض الفلوس فحكم البعض كحكم الكل
 وقد ذكرناه ولو وجد الفلوس كاسدة لا تروج بطل العقد لأنه ظهر أنهما افترقا من غير قبض وإن وجد هاتر وج في
 بعض التجارة ولا تروج في البعض أو يأخذها البعض دون البعض فحكمها حكم الدراهم الزاغة إن تجوز بها المشتري
 جاز لأنها من جنس حقة أصلا وإن لم يتجاوز بها فالقياس أن يبطل العقد في المردود قلة أو كثرة وهو قول زفر وعند أبي
 يوسف ومحمد أن لم يستبدل في مجلس الرد يبطل وإن استبدل لا يبطل وعند أبي حنيفة إن كان قليلا فاستبدل
 لا يبطل وإن كان كثيرا يبطل على ما ذكرنا في السلم والله عز وجل أعلم (وأما) بيان صفة الحكم فله صفتان أحدهما
 اللزوم حتى لا يفرد أحد العاقلين بالقسخ نسواء كان بعد الافتراق عن المجلس أو قبله عندنا وعند الشافعي رحمه الله
 لا يلزم إلا بعد الافتراق عن المجلس وقد ذكرنا الكلام فيه من الجانبين فيما تقدم والثانية الحلول وهو ثبوت الملك في
 البدلين للحال لأنه تملك بتمليك وهو إيجاب الملك من الجانبين للحال فيقتضي ثبوت الملك في البدلين في الحال بخلاف
 البيع بشرط الخيار لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع وقوعه تملك للحال وبخلاف البيع الفاسد فإن
 ثبوت الملك فيه موقوف على القبض فيصير تملك كاعنده والله عز وجل أعلم (وأما) الأحكام التي هي من التوابع للحكم
 الأصلي للبيع (فمنها) وجوب تسليم المبيع والتمن والكلام في هذا الحكم في مواضع أحدها في بيان وجوب
 تسليم البدلين وما هو من توابع تسليمهما والثاني في بيان وقت وجوب تسليمهما والثالث في تفسير التسليم والقبض
 والرابع في بيان ما يصير به المشتري قابضا للمبيع من التصرفات وما لا يصير (أما) الأول فتسليم البدلين واجب
 على العاقلين لأن العقد أوجب الملك في البدلين ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينه وانما ثبت وسيلة إلى الانتفاع بالملوك
 ولا يتهيأ الانتفاع به إلا بالتسليم فكان إيجاب الملك في البدلين شرعا إيجابا بالتسليمهما ضرورة ولا معنى للبيع لا يحصل
 إلا بالتسليم والقبض لأنه عقد مبادلة وهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب وحقيقة المبادلة في التسليم والقبض لأنها
 أخذ بدل وإعطاء بدل وإنما قول البيع والشراء وهو الإيجاب والقبول جعل دليلا عليهما ولهذا كان التعاطي فيما
 عندنا على ما ذكرنا والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج أجر الكيل والوزان والعداد والذراع في بيع المكيل
 والموزون والمعدود والمذروع مكيالة وموازنة ومعاددة ومذارة أي البائع أما أجر الكيل والوزان فلا نها
 من مؤنات الكيل والوزن والكيل والوزن فيما يبيع مكيالة وموازنة من تمام التسليم على ما ذكرنا والتسليم على البائع
 فكانت مؤنة التسليم عليه والعدد في المعدود الذي يبيع عددا بمنزلة الكيل والوزن في المكيل والموزون عند أبي
 حنيفة فكان من تمام التسليم فكانت على من عليه التسليم وعند ما هو من باب تأكيد التسليم فكان من توابعه
 كالذرع فيما يبيع مذارة فكانت مؤنة على من عليه التسليم وهو البائع وكذا أجر وزان الثمن على المشتري لما
 قلنا (وأما) أجر ناقة الثمن فمن محمد بن إسماعيل بن روى إبراهيم بن رستم عنه أنها على البائع لأن حقه في الجيد والنقد
 لغير حقه فكانت مؤنة عليه وروى ابن سماعة عنه أن البائع إن كان لم يقبض الدراهم فعلى المشتري أن عليه تسليم
 ثمن جيد فكانت مؤنة تسليمه عليه ولو كان قد قبضها فعلى البائع لأنه قبض حقه ظاهرا فاعلمنا يطلب بالنقد إذا أدى
 فكان الناقد عاملا له فكانت أجره عمله عليه (وأما) بيان وقت الوجوب فالوجوب على التوسع ثبت عقيب

العقد بلا فصل وأما على التضييق فإن تباعا عينايين وجب تسليمهما معا إذا طالب الكل واحد منهما صاحبه بالتسليم لما ذكرنا أن المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة المتعاقدين عادة وتحقيق التساوي ههنا في التسليم معا لما ذكرنا أنه ليس أحدهما بالتقديم أولى من الآخر وكذلك أن تباعا عينايين لما قلنا وان تباعا عينايين يراعى فيه الترتيب عندنا فيجب على المشتري تسليم الثمن أولا إذا طالبه البائع ثم يجب على البائع تسليم المبيع إذا طالبه المشتري لأن تحقيق التساوي فيه على ما بينا فيما تقدم (وأما) تفسير التسليم والقبض فالتسليم عندنا هو التخلي والتخلي وهو أن يخلى البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه فيجعل البائع مسلما للمبيع والمشتري قابضاً له وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع وقال الشافعي رحمه الله القبض في الدار والعقار والشجر بالتخلية وأما في الدراهم والدنانير فتناولهما بالبراجم وفي الثياب بالنقل وكذا في الطعام إذا اشتراه مجازفة فإذا اشتراه مكيالة فبالكيل وفي العبد والبهيمة بالسير من مكانه (وجه) قوله أن الأصل في القبض هو الأخذ بالبراجم لأنه القبض حقيقة إلا أن فيما لا يحتمل الأخذ بالبراجم أقيم النقل مقامه فيما يحتمل النقل وفيما لا يحتمله أقيم التخلي مقامه (ولنا) أن التسليم في اللغة عبارة عن جعله سالماً خالصاً يقال سلم فلان لفلان أي خلص له وقال الله تعالى ورجلا سلما لرجل أي سالماً خالصاً لا يشركه فيه أحد فتسليم المبيع إلى المشتري هو جعل المبيع سالماً للمشتري أي خالصاً له بحيث لا ينازعه فيه غيره وهذا يحصل بالتخلية فكانت التخليّة تسليماً من البائع والتخلي قبضاً من المشتري وكذا هذا في تسليم الثمن إلى البائع لأن التسليم واجب ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهده ما وجب عليه والذي في وسعه هو التخليّة ورفع الموانع فأما الإقباض فليس في وسعه لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقباض فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب وهذا لا يجوز ثم لا خلاف بين أصحابنا في أن أصل القبض يحصل بالتخليّة في سائر الأموال واختلفوا في أنها هل هي قبض تام فيها أم لا وجملة الكلام فيه أن المبيع لا يخلو ما أن يكون ماله مثل وأما أن يكون ماله مثل له فإن كان ماله مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فالتخليّة فيه قبض تام بلا خلاف حتى لو اشترى مذروعاً مذارعة أو معدوداً معددة ووجدت التخليّة يخرج عن ضمان البائع ويجوز له بيعه والانتفاع به قبل الذرع والعد بلا خلاف وإن كان ماله مثل فإن باعه مجازفة فكذلك لأنه لا يعتبر معرفة القدر في بيع المجازفة وإن باع مكيالة أو موازنة في المكيل والموزون وخلى فلا خلاف في أن المبيع يخرج عن ضمان البائع ويدخل في ضمان المشتري حتى لو هلك بعد التخليّة قبل الكيل والوزن يملك على المشتري وكذلك خلاف في أنه لا يجوز للمشتري بيعه والانتفاع به قبل الكيل والوزن وكذلك لو اكتماله المشتري أو اتزنه من بائه ثم باعه مكيالة أو موازنة من غيره لم يخل للمشتري منه أن يبيعه أو ينتفع به حتى يكيله أو يزنه ولا يكتب في كتيال البائع أو اتزانه من بائه وإن كان ذلك بحضرة هذا المشتري لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يكال لكن اختلفوا في أن صاع البائع وصاع المشتري وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يكال لكن اختلفوا في أن حرمة التصرف قبل الكيل أو الوزن لا نعدام القبض بانعدام الكيل أو الوزن أو شرعاً غير معقول المعنى مع حصول القبض بتمامه بالتخليّة قال بعض مشايخنا أنها ثبتت شرعاً غير معقول المعنى وقال بعضهم الحرمة لمكان انعدام القبض على التمام بالكيل أو الوزن وكذا لا يجوز التصرف في المبيع المنقول بدون قبضه أصلاً لا يجوز بدون قبضه بتمامه (وجه) قول الأولين ما ذكرنا أن معنى التسليم والتسليم يحصل بالتخليّة لأن المشتري يصير سالماً خالصاً للمشتري على وجه يتهيأ له تقليبه والتصرف فيه على حسب مشيئته وأرادته ولهذا كانت التخليّة تسليماً وقبضاً فيما لا مثل له وفيما لا مثل إذا بيع مجازفة ولهذا يدخل المبيع في ضمان المشتري بالتخليّة نفسها بلا خلاف دل أن التخليّة قبض إلا أن حرمة التصرف مع وجود القبض بتمامه ثبت بعد غير معقول المعنى والله عز وجل أعلم (وجه) قول الآخرين تعليل محمد رحمه الله في هذه المسئلة في كتاب البيوع فإنه قال ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيه قبل الكيل لأنه باعه قبل أن

يقبضه ولم يردبه أصل القبض لانه موجود وانما أراد به تمام القبض والدليل على أن الكيل والوزن في المكيل والموزون الذي يبيع مكايلة وموازنة من تمام القبض أن القدر في المكيل والموزون معقود عليه ألا ترى أنه لو كيل فازداد لا تطيب له الزيادة بل ترد أو يفرض لها ثمن ولو نقص يطرح محصته شيء من الثمن ولا يعرف القدر فيهما إلا بالكيل والوزن لاحتمال الزيادة والنقصان فلا يتحقق قبض قدر المعقود عليه إلا بالكيل والوزن فكان الكيل والوزن فيه من تمام القبض ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل قبضه بتمامه كالأجوز قبل قبضه أصلاً ورأساً بخلاف المذروعات لان القدر فيها ليس معقوداً عليه بل هو جار مجرى الوصف والوصف لا تكون معقوداً عليها ولهذا سلمت الزيادة للمشتري بلا ثمن وفي النقصان لا يسقط عنه شيء من الثمن فكانت التخلية فيها قبضاً تاماً فيكتفي بها في جواز التصرف قبل الذرع بخلاف المكيلات والموزونات على ما بينا إلا أنه يخرج عن ضمان البائع بالتخلية نفسها لوجود القبض بأصله والخروج عن ضمان البائع بتعلق بأصل القبض لا بوصف الكيل فأمّا جواز التصرف فيه فيستدعي قبضاً كاملاً لورود النهي عن بيع ما لم يقبض والقبض المطلق هو القبض الكامل والله عز وجل أعلم (وأما) المددوات المتقاربة إذا بيعت عدداً لا جزافاً في حكمها حكم المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة حتى لا يجوز بيعها إلا بعد المدد وعند أبي يوسف ومحمد حكمها حكم المذروعات فيجوز بيعها قبل المدد (وجه) قوله ما إن العددي ليس من أموال الرابك الذرع ولهذا لم تكن المساواة فيها شرطاً لجواز العقد كمالاً تشترط في المذروعات فكان حكمه حكم المذروع ولا يبي حنيفة رحمه الله أن القدر في المدد معقود عليه كالقدر في المكيل والموزون ألا ترى أنه لو عده فوجده زائداً لا تطيب له الزيادة بلا ثمن بل يردّها أو يأخذها بثمنها ولو وجده ناقصاً يرجع بقدر النقصان كإلى المكيل والموزون دل أن القدر فيه معقود عليه واحتمال الزيادة والنقصان في عدد المبيع ثابت فلا بد من معرفة قدر المعقود عليه وامتياز من غيره ولا يعرف قدره إلا بالعد فأنشبه المكيل والموزون ولهذا كان العد فيه بمنزلة المكيل والموزون في ضمان العدوان إلا أنه لم يحز فيه الربا لان المساواة بين واحد وواحد في العد ثبتت باصطلاح الناس واهدارهم التفاوت بينهما في الصغر والكبر لكن ما ثبت باصطلاح الناس جاز أن يبطل باصطلاحهم ولما تبايعا واحد بأثنين فقد أهدر اصطلاح الاهدار واعتبرا الكبر لانهما قصد البيع الصحيح ولا حجة إلا باعتبار الكبر وسقوط المدد فكان أحدهما من أحسد الجانبين بمقابلة الكبر من الجانب الآخر فلا يتحقق الربا ما ههنا فلا بد من اعتبار العد إذا بيع عدداً وإذا اعتبر العد لا يجوز التصرف فيه قبل القبض كإلى المكيل والموزون بخلاف المذروع فإن القدر فيه ليس معقوداً عليه على ما بينا فكانت التخلية فيه قبضاً تاماً فكان تصرفاً في المبيع المنقول بعد القبض وأنه جائز والله عز وجل أعلم ولو كاله البائع أو وزنه بحضرة المشتري كان ذلك كافياً ولا يحتاج إلى إعادة الكيل لان المقصود يحصل بكياله مرة واحدة بحضرة المشتري وما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري محمول على موضع مخصوص وهو ما إذا اشترى مكيلاً مكايلة فآكتاله ثم باعه من غيره مكايلة لم يحز لهذا المشتري التصرف فيه حتى يكياله وإن كان هو حاضراً عند آكتياله بائعه فلا يكتفي بذلك وكذلك إذا أسلم إلى رجل في حنطة فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه قدر المسلم فيه من رجل مكايلة وأمر رب السلم باقتضائه فإنه لا يجوز له التصرف فيه ما لم يكياله مرتين مرة للمسلم إليه ومرة لنفسه بالنص ولو كان مكان السلم قرض بأن استقرض المستقرض كبراً من إنسان وأمر المقرض بقبض الكرفانه يكتفي فيه بكيل واحد للمشتري والمستقرض (وجه) الفرق أن الكيل والوزن فيما عقد بشرط الكيل والوزن في المكيل والموزون شرط جواز التصرف فيهما لانه من تمام القبض على ما بينا والسلم عقد بشرط الكيل والمسلم إليه اشترى بشرط الكيل فلا بد من أن يكيل رب السلم أولاً للمسلم إليه ليصير قابضاً له فيجعل كان المسلم إليه قبضه بنفسه من البائع ثم يكيل لنفسه ليصير قابضاً لنفسه من المسلم إليه فاما قبض بدل القرض فليس بشرط لجواز التصرف فيه لان

القبض بالسكيل في باب البيع لا ندفع جهالة المعقود عليه بتميز حق المشتري عن حق البائع والقرض يقبل نوع جهالة فلا يشترط له القبض ولأن الاقراض اعادة عندنا فالمقبول من بدل القرض كأنه عين حقه فصار كما لو أعار عيناً ثم استردها فيصبح قبضه بدون السكيل وانما يجب كيل واحد للمشتري لا غير والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يصير به المشتري قابضاً للمبيع من التصرفات وما لا يصير به قابضاً فنقول والله التوفيق للمبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع وإما أن يكون في يد المشتري فإن كان في يد البائع فالتفقه المشتري صار قابضاً له لأنه صار قابضاً بالتخلية فبالاكتلاف أولى لأن التخلية تمكن من التصرف في المبيع والاتلاف تصرف فيه حقيقة والتمكين من التصرف دون حقيقة التصرف وكذلك لو قطع يده أو شجر رأسه وكل تصرف نقص شيئاً لأن هذه الأفعال في الدلالة على التمكين فوق التخلية ثم بالتخلية صار قابضاً فيها أولى وكذلك لو فعل البائع شيئاً من ذلك بأمر المشتري لأن فعله بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه ولوأعتقه المشتري يصير قابضاً لأن لا عتاق اتلاف حكماً فيلحق بالاكتلاف حقيقة وكذلك لو دبره أو استولد الجارية أي أقرانها أم ولد له لأن التدبير والاستيلاء تنقيص حكماً فكان ملحقاً بالتنقيص حقيقة ولو زوج المبيع بأن كان جارية أو عبداً فالقياس أن يصير قابضاً وهو رواية عن أبي يوسف وفي الاستحسان لا يصير قابضاً (وجهه) القياس أن الزوج تعيب الانثى أن الزوجية عيب يرد بها وإذا كانت الزوجية عيباً كان الزوج تعيباً والتعيب قبض (وجهه) الاستحسان أنه تعيب حكماً لا حقيقة لأنه لا يوجب نقصان المحل ولا نقصان الملك فيه فلا يصير به قابضاً وكذلك لو أقر عليه بالدين فالقياس أن يصير قابضاً لأن الدين عيب حتى يرد به وفي الاستحسان لا يصير قابضاً لأنه تعيب حكماً وأنه لا يوجب النقصان فلا يكون قابضاً ولو وطئها الزوج في يد البائع صار المشتري قابضاً لأن الوطء اثبات اليد على الموطوءة وأنه حصل من الزوج تسليط المشتري فكان من حيث أنه اثبات اليد مضافاً إلى المشتري فكان قابضاً من المشتري ولو أعار المشتري المبيع للبائع أو أودعه أو أجره لم يكن شيء من ذلك قابضاً لأن هذه التصرفات لم تصح من المشتري لأن يد المجلس بطريق الاصل ثابتة للبائع فلا يتصور اثبات يد النيابة له بهذه التصرفات فلم تصح والتحقت بالعدم ولو أعاره أو أودعه أجنبياً صار قابضاً لأن الاعارة والايذاء اياه صحيح فقد أثبت يد النيابة لغيره فصار قابضاً ولو أرسل المشتري العبد المبيع إلى حاجة صار قابضاً لأن إرساله في الحاجة استعمال له بدليل أنه صار راضياً به واستعماله اياه اثبات يده عليه وهو معنى القبض ولو جنى أجنبياً على المبيع فاختر المشتري اتباع الجاني بالضمان كان اختياره بمنزلة القبض عند أبي يوسف وعند محمد لا يكون حتى لو توى الضمان على الجاني بأن مات مفلساً كان التوى على المشتري ولا يبطل البيع عند أبي يوسف ويتقرر عليه الثمن وعند محمد يبطل البيع والتوى على البائع ويسقط الثمن عن المشتري وكذلك لو استبدل المشتري الضمان ليأخذ مكانه من الجاني شيئاً آخر جاز عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز لأن هذا تصرف في المعقود عليه قبل القبض لأن القيمة قائمة مقام العين المستهلكة والتصرف في المعقود عليه قبل القبض لا يجوز إلا من البائع ولا من غيره وكذلك المبيع إذا كان مصوغاً من فضة اشتراها بدينار فاستهلك المصوغ أجنبياً قبل القبض فاختر المشتري أن يتبع الجاني بالضمان وتقد الدينار للبائع فافترا قبل قبض ضمان المستهلك لا يبطل الصرف بينهما عند أبي يوسف لأن اختياره بضمين المستهلك بمنزلة القبض عنده وعند محمد يبطل الصرف لعدم القبض (وجهه) قول محمد إن الضمان حكم العين لأن قيمة العين قائمة مقامها ولهذا بقي العقد على القيمة بعد استهلاك العين ثم العين لو كانت قائمة فهلكت قبل القبض كان الهلاك على البائع ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري فكذلك القيمة ولا يبي يوسف أن جناية الاجنبي حصلت باذن المشتري وأمره دلالة فيصير قابضاً كما لو فعل بنفسه وبيان ذلك أن اختيار المشتري اتباع الجاني بالضمان تملك من المضمون لأن المضمونات تملك باختيار الضمان مستنداً إلى وقت سبب الضمان فيصير كأن الجناية حصلت بأمر المشتري فيصير قابضاً

قابضاً لأن فعل الاجنبي بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه ولو أمر المشتري البائع أن يعمل في المبيع عملاً فان كان عملاً لا ينقصه كالتقصير والغسل بأجر أو بغير أجر لا يصير قابضاً لأن التصرف الذي لا يوجب نقصان المحل مما يملكه البائع باليد الثابتة كما إذا نقله من مكان إلى مكان فكان الأمر به استيفاء ملك اليد فلا يصير به قابضاً وتجب الاجرة على المشتري ان كان بأجر لأن الاجارة قد صححت لأن العمل على البائع ليس بواجب فجاز أن تقابل به الاجرة وان كان عملاً ينقصه يصير قابضاً لأن تنقيصه اتلاف جزء منه وقد حصل بأمره فكان مضافاً اليه كأنه فعله بنفسه والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما إذا أسلم في كرحنطة فلما حل الاجل أمر رب السلم المسلم اليه أن يكيه في غرائر المسلم اليه أو دفع اليه غرائره وأمره أن يكيه فيها ففعل أنه ان كان رب السلم حاضراً يصير قابضاً بالتخليص وان كان غائباً لا يصير قابضاً لأن الخنطة التي يكيها المسلم اليه ملكه لا ملك رب السلم لأن حقه في الدين لا في العين فلم يصح أمر المشتري إياه بكيها فلم يصح وكياله فلا يصير يده يدر ب السلم سواء كانت الغرائر للمسلم اليه أو لرب السلم لأن يدر ب السلم عن الغرائر قد زالت فاذا كال فيها الخنطة لم تصرف في يدر ب السلم فلا يصير قابضاً وكذا لو استقرض من رجل كراً ودفع اليه غرائره ليكيه فيها ففعل وهو غائب لا يصير قابضاً لأن القرض لا يملك قبل القبض فكان الكر على ملك المقرض فلم يصح أمر المقرض إياه بكيه فلا يصير وكياله فلا يصير يده يد المقرض كما في السلم ولو اشترى من انسان كراً بعينه ودفع غرائره وأمره أن يكيه فيها ففعل صار قابضاً سواء كان المشتري حاضراً أو غائباً لأن المقود عليه معين وقد ملكه المشتري بنفس العقد فصح أمر المشتري لانه تناول عيناً هو ملكه فصح أمره وصار البائع وكياله وصارت يده يد المشتري وكذلك الطحن اذا طحنه المسلم اليه بأمر رب السلم لم يصير قابضاً ولو طحنه البائع بأمر المشتري صار قابضاً لأن الطحن بمنزلة الكيل في الغرائر ولو استعار المشتري من البائع غرائره وأمره أن يكيه فيها ففعل فان كان المشتري حاضراً يصير قابضاً بالتخلي بالاجماع وان كان غائباً لا يصير قابضاً عند محمد ما لم يسلم الغرائر اليه سواء كانت الغرائر بغير عينها أو بعينها وقال أبو يوسف ان كانت بعينها صار المشتري قابضاً بنفس الكيل فيها وان كانت بغير عينها بأن قال أعزني غرارة وكل فيها لا يصير قابضاً (وجهه) قول محمدان الغرارة في الوجهين جميعاً ولم يقبضها والعارية لا حكم لها بدون القبض فبقيت في يد البائع فبقى ما فيها في يد البائع أيضاً فلا يصير في يد المشتري قابضاً الا بتسليم الغرائر اليه ولا بي يوسف الفرق بين حالة التعيين وعدم التعيين وهو أن الغرائر اذا كانت معينة مشاراً اليها فان لم يمكن تصحيح التعيين من حيث كونه استعارة يمكن تصحيحه من حيث اقامتها مقام يده واذا لم تكن معينة فلا وجه للعارية بوجهه وقول محمد أظهر والله عز وجل أعلم ولو اشترى كراً بعينه وله على البائع كدين فأعطاه جواً وقال له كلمهما فيه ففعل صار قابضاً لهما سواء كان المبيع أولاً والدين وهذا قول أبي يوسف وقال محمدان كان المبيع أولاً يصير قابضاً لهما كما قال أبو يوسف وان كان الدين أولاً لم يصير قابضاً للدين وكان قابضاً للعين وكانا شركين فيه (وجهه) قول محمدان نفس الكيل في الدين ليس بقبض لما ذكرنا فاذا بدأ بكيه لم يصير المشتري قابضاً له فاذا كاله بعده فقد خلط ملك المشتري بملك نفسه فيشتركان في الخلوط ونفس الكيل في العين قبض فاذا بدأ بكيه صار المشتري قابضاً له ثم اذا كال الدين بعده فقد استهلك العين بالخلط فقام ذلك الدين مقام العين فصار قابضاً له (وجهه) قول أبي يوسف ان البائع خلط ملك المشتري بملك نفسه في الحال بأمر المشتري فكان مضافاً الى المشتري والخلط من أسباب التملك في الجملة فيملك المشتري الدين بالخلط وقد جعله في غرائره بأمره فصار قابضاً له والله عز وجل أعلم ولو باع قطناً في فراش أو حنطة في سنبل وسلم كذلك فان أمكن المشتري قبض القطن أو الحنطة من غير فتح القراش أو دق السنبل صار قابضاً له لحصول معنى القبض وهو التخلي والتمكن من التصرف وان لم يمكنه الا بالفتق والدق لم يصير قابضاً له لانه لا يملك الفتق أو الدق لانه تصرف في ملك البائع وهو لا يملك التصرف في ملكه فلم يحصل التمكن والتخلي فلا يصير قابضاً ولو باع الثمرة على الشجرة وسلم كذلك صار قابضاً لانه يمكنه الجذاذ من غير تصرف في ملك

البائع فحصل التخلي بتسليم الشجر فكان قبضاً بخلاف بيع القطن في الفراش والحنطة في السنبيل ولهذا قالوا ان أجره الجذاذ على المشتري وأجرة الفتق والدق على البائع اذا كان المشتري لا يمكنه القبض الابه لانه صار قابضاً للثمن بتسليم الشجر فكان الجذاذ عاملاً للمشتري فكانت الاجرة عليه ولم يحصل القبض بتسليم الفراش والسنبيل فكان الفتق والدق على البائع مما يتحقق به التسليم فكانت أجرته عليه هذا اذا كان المبيع في يد البائع وقت البيع فأما اذا كان في يد المشتري فهل يصير قابضاً للمبيع بنفس العقد أم يحتاج فيه الى تجديد القبض فالاصل فيه أن الموجود وقت العقد ان كان مثل المستحق بالعقد ينوب منابه وان لم يكن مثله فان كان أقوى من المستحق ناب عنه وان كان دونه لا ينوب لانه اذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب لان المتأئين غير ان ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده وان كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وان كان دونه لا يوجد فيه الا بعض المستحق فلا ينوب عن كله وبيان ذلك في مسائل وجملة الكلام فيها أن يد المشتري قبل الشراء إما ان كانت يده ضمان وإما ان كانت يده أمانة فان كانت يده ضمان فاما ان كانت يده ضمان بنفسه وإما ان كانت يده ضمان فان كانت يده ضمان بنفسه كيد الغاصب يصير المشتري قابضاً للمبيع بنفس العقد ولا يحتاج الى تجديد القبض سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً لان المنصوب مضمون بنفسه والمبيع بعد القبض مضمون بنفسه فتجانس القبضان فتاب أحدهما عن الآخر لان التجانس يقتضي التشابه والمتشابهان ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً لان يد الغاصب في الحالين يده ضمان وان كانت يده يده ضمان لغيره كيد الرهن بأن باع الراهن المرهون من المرتهن فانه لا يصير قابضاً الا أن يكون الرهن حاضراً أو يذهب الى حيث الرهن ويتمكن من قبضه لان المرهون ليس بمضمون بنفسه بل بغيره وهو الدين والمبيع مضمون بنفسه فلم يتجانس القبضان فلم يتشابهان فلا ينوب أحدهما عن الآخر ولان الرهن أمانة في الحقيقة فكان قبضه قبض أمانة وانما يسقط الدين بهلاكه كالمعنى آخر لالكونه مضموناً على ما عرف واذا كان أمانة فقبض الامة لا ينوب عن قبض الضمان كقبض العارية والوديعة وان كانت يد المشتري يد أمانة كيد الوديعة والعارية لا يصير قابضاً الا أن يكون بحضرته أو يذهب الى حيث يتمكن من قبضه بالتخلي لان يد الامة ليست من جنس يد الضمان فلا يتناوبان والله عز وجل أعلم ولو اختلف البائع والمشتري في قبض المبيع فقال البائع قبضته وقال المشتري لم أقبضه فالقول قول المشتري لان البائع يدعى عليه وجود القبض وقرر الثمن وهو ينكر ولان عدم القبض أصل والوجود عارض فكان المشتري متمسكاً بالاصل والبائع يدعى أمراً عارضاً فكان الظاهر شاهداً للمشتري فكان القول قوله مع يمينه وكذا اذا قبض بعضه واختلفا في قدر المقبوض فالقول قول المشتري لما قلنا ولو اختلفا في قبض الثمن فالقول قول البائع لما قلنا في قبض المبيع والله عز وجل أعلم ولو اختلفا فقال البائع للمشتري قطعت يده فصرت قابضاً وقال المشتري للبائع أنت قطعت يده وانسخ البيع فيه لم يقبل قول كل واحد منهما على صاحبه ويجعل كان يده ذهبت بأفقه سماوية لتعارض الدعوتين وانعدام دليل الترجيح لا أحدهما فلا يكون قول أحدهما بالقبول على صاحبه أولى من قول الآخر فلا يقبل ويجعل كأنها ذهبت بأفقه سماوية ويخير المشتري لتغير المبيع قبل القبض فان شاء أخذ الباقي بجميع الثمن وان شاء رده على البائع فان اختار الاخذ يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويأخذ كذا ذكر القدوري رحمه الله في شرحه أما تحليف البائع فلا اشكال فيه لان المشتري يدعى عليه سقوط بعض الثمن وهو ينكر فيحلف لانه اذا حلف لا يستقط عن المشتري شيء من الثمن فكان تحليفه مفيداً (وأما) تحليف المشتري فشكل لانه لا يفيد شيئاً لانه يأخذه بعد الحلف بكل الثمن وهذا فيما اذا اختار المشتري الرد على البائع لانه لا يحلف البائع بل يحلف المشتري وحده لان تحليف البائع لا يفيد شيئاً حيث يرد عليه وكذلك لو كان المبيع مما يكال أو يوزن فذهب بعضه فاختلفا فقال البائع للمشتري أنت أكلت وقال المشتري للبائع مثل ذلك أنه لا يقبل قول واحد منهما على صاحبه ويجعل كأنه ذهب بعضه بأفقه سماوية لما قلنا ويخير المشتري لتفرق الصفقة الا أن هناك ان اختار

الاخذ أخذ الباقي بما بقي من الثمن لان القدر في المكيل والموزون معقود عليه فكان له حصصة من الثمن والاطراف من الحيوان جارية مجرى الاوصاف فلا يقابلها الثمن الا اذا صار متقصورا بالقبض أو بالجناية على ما بينا فبا تقدم وذكر القدوري رحمه الله ههنا أيضا أنه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويأخذ ولا اشكال ههنا في تحليف المشتري لان التحليف مفيد في حقه لان البائع يدعى عليه كل الثمن وهو ينكر فيندفع عنه لزوم كل الثمن بالحلف فكان مفيداً (وأما) تحليف البائع ففيه اشكال لان المشتري يدعى عليه سقوط بعض الثمن وذا حصل له من غير تحليفه فلم يكن تحليفه مفيداً في حقه فينبغي أن لا يحلف وان اختار الرد على البائع حلف المشتري وحده دون البائع لما قلنا فان أقام أحدهما البينة قبلت بيئته لانهما قامت على أمر جاز الوجود وان أقاما البينة فالبينة بينة البائع لانها مثبتة الا ترى أنها توجب دخول السلعة في ضمان المشتري وتقرر الثمن عليه وبينه المشتري نافية فالمثبتة أولى والله عز وجل أعلم (ومنها) ثبوت حق الحبس للبيع لاستيفاء الثمن وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله في قول يسلمان معا وفي قول يسلم المبيع أولاً ثم يسلم الثمن أما قوله الاول فبناء على أصله الذي ذكرنا فيما تقدم وهو أن الثمن والمبيع من الاسماء المترادفة عنده ويتعين كل واحد منهما بالتعيين فكان كل ثمن مبيعاً وكل مبيع ثمناً (وأما) قوله الثاني وهو أن تقديم تسليم المبيع صيانة للعقد عن الانقضاء بهلاك المبيع وليس ذلك في تقديم تسليم الثمن لانه لو هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد وان قبض الثمن فكان تقديم تسليم المبيع أولى صيانة للعقد عن الانقضاء ما أمكن (ولنا) قوله عليه الصلاة والسلام الذين مضى وصف عليه الصلاة والسلام الذين يكونه مقضياً عاماً ومطلقاً فلواتاخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الذين مقضياً وهذا خلاف النص وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ثلاث لا يؤخرن الجنابة اذا حضرت والايم اذا وجدت لها كفاً والدين اذا وجدت ما يقضيه وتقديم تسليم المبيع تأخير الدين وانه منفي بظاهر النص ولان المعاضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة ولا تتحقق المساواة الا بتقديم تسليم الثمن لان المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين الا بالتسليم على أصلنا فلا بد من تسليمه أولاً لتحقيق المساواة وقوله فيما قلته صيانة للعقد عن الانقضاء بهلاك المبيع قلنا هلاك المبيع قبل تسليم الثمن نادر والنادر ملحق بالعدم فيلزم اعتبار معنى المساواة ثم الكلام في هذا الحكم في موضعين أحدهما في بيان شرط ثبوت هذا الحكم والثاني في بيان ما يبطل به بعد ثبوته أما شرط ثبوته فثبوتان أحدهما أن يكون أحد البديلين عينا والآخر ديناً فان كانا عينيْن أو دينيْن فلا يثبت حق الحبس بل يسلمان معاً ما ذكرنا فيما تقدم والثاني أن يكون الثمن حالاً فان كان مؤجلاً لا يثبت حق الحبس لان ولاية الحبس تثبت حقاً للبائع لطالبه المساواة عادة لما بينا ولما باع ثمن مؤجل فقد أسقط حق نفسه فبطلت الولاية ولو كان الثمن مؤجلاً في العقد فلم يقبض المشتري المبيع حتى حل الاجل فله أن يقبضه قبل قد الثمن وليس للبائع حق الحبس لانه أسقط حق نفسه بالتأجيل والساقط متلاشي فلا يحتمل العود وكذلك لو طرأ الاجل على العقد بأن أخر الثمن بعد العقد فلم يقبض البائع حتى حل الاجل نه أن يقبضه قبل قد الثمن ولا يملك البائع حبسه لما قلنا ولو باع ثمن مؤجل فلم يقبض المشتري حتى حل الاجل هل له أجل آخر في المستقبل ينظر ان ذكرنا أجلاً مطلقاً بأن ذكرنا سنة مطلقاً غير معينة فله أجل آخر هو سنة أخرى من حين يقبض المبيع عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد الثمن حال وليس له أجل آخر وان ذكرنا أجلاً بعينه بأن باعه الى رمضان فلم يقبضه المشتري حتى مضى رمضان صار الثمن حالاً بالاجماع (وجه) قوله ان السنة المطلقة تنصرف الى سنة تعقب العقد بلا فصل فاذا مضت اتمى الاجل كما لو عين الاجل نصاً ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الاصل في الثمن شرع نظر المشتري لينتفع بالمبيع في الحال مع تأخير المطالبة بالثمن ولن يحصل هذا الغرض له الا وان يكون اعتبار الاجل من وقت قبض المبيع فكان هذا تأجيلاً من هذا الوقت دلالة لخلاف ما اذا عين الاجل لانه نص على تعيينه فوجب اعتبار المنصوص عليه إذ لا دلالة مع النص بخلافها ولو كان في البيع خيار الشرط لهما أولاً واحدهما والاجل مطلق فابتداء الاجل من حين وجوب العقد

وهو وقت سقوط الخيار لا من حين وجوده لان تأجيل الثمن هو تأخير غن وقت وجوبه ووقت وجوبه هو وقت وجوب العقد وانبرامه لا قبله إذ لا وجوب للثمن قبله والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يبطل به حق الحبس بعد ثبوته وما لا يبطل فنقول وبالله التوفيق اذا أخرج الثمن بعد العقد بطل حق الحبس لانه أخر حق نفسه في قبض الثمن فلا يتأخر حق المشتري في قبض المبيع وكذا المشتري اذا نقد الثمن كله أو أبرأه البائع عن كله بطل حق الحبس لان حق الحبس لاستيفاء الثمن واستيفاء الثمن ولا تمن محال ولو نقد الثمن كله الا درهم كان له حق حبس المبيع جميعه لاستيفاء الباقي لان المبيع في استحقاق الحبس بالثمن لا يتجزأ فكان كل المبيع محبوسا بكل جزء من أجزاء الثمن وكذلك لو باع شيئين صفقة واحدة وسمى لكل واحد منهما ثمنًا فنقد المشتري حصصه أحدهما كان للبائع حبسهما حتى يقبض حق الآخر لما قلنا ولا ان قبض أحدهما دون الآخر تفرق الصفقة الواحدة في حق القبض والمشتري لا يملك تفرق الصفقة الواحدة في حق القبول بأن يقبل الايجاب في أحدهما دون الآخر فلا يملك التفرق في حق القبض أيضا لان القبض شبه بالعقد وكذلك لو أبرأه من حصصه أحدهما فله حبس الكل لاستيفاء الباقي لما ذكرنا وكذلك لو باع من اثنين فنقد أحدهما حصته كان له حق حبس المبيع حتى يقبض ماعلى الآخر وروى عن أبي يوسف رحمه الله في النواذر انه اذا نقد أحدهما نصف الثمن يأخذ نصف المبيع (ووجهه) ان الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن فاذا أدى النصف فقد أدى ما وجب عليه فلا معنى لتوقف حقه في قبض المبيع على أداء صاحبه ولانه لو توقف وصاحبه مختار في الأداء قد يؤدي وقد لا يؤدي فيفوت حقه أصلا ورأسا وهذا لا يجوز ولهذا جعل التخلي والتخلي تسليما وقبضا في الشرع على ما ذكرنا فيما تقدم (وجهه) ظاهر الرواية على نحو ما ذكرنا ان المبيع في حق الاستحقاق لحبس الثمن لا يحتمل التجزى فكان استحقاق بعضه استحقاق كله وما ذكرنا ان الصفقة واحدة فلا تحتمل التفرق في البعض كما لا تحتمله في القبول فان غاب أحدهما لم يجبر الآخر على تسليم كل الثمن لان الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن لا كله فلا يؤخذ بتسليم كله فان اختار الحاضر ذلك ونقد كل الثمن وقبض المبيع هل يكون متبرعا فيما تقدم ام لا اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يكون متبرعا فيما تقدم وله أن يحبسه عن الشريك الغائب حتى يستوفي ما تقدم عنه وقال أبو يوسف رحمه الله هو متبرع في حصته (وجهه) قوله ظاهر لانه قضى دين غيره بغير أمره فكان متبرعا كما في سائر الديون ولهما انه قضى دين صاحبه بأمره دلالة فلا يكون متبرعا كما لو قضاه بأمره نصا ودلالة ذلك انه لما غاب قبل نقد الثمن مع علمه ان صاحبه استحق قبض نصيبه من المبيع بتسليم حصته من الثمن ولا يمكنه الوصول اليه الا بتسليم كل الثمن كان اذ ناله بتسليم حصته من الثمن فكان قاضيا دينه بأمره دلالة فلم يكن متطوعا وصار هذا كمن أعار ماله انسا ناليره منه بدينه فله أن يفتكه الغير من مال نفسه لا يكون متبرعا ويرجع على الراهن لان الراهن لما علم انه علق مال الغير بدينه ولا يزول العلق الا بانفسكا كه فكان اذ ناله بالفسكاك دلالة كذا هذا وله حق حبس العبد الى أن يستوفي ما تقدم عنه كما لو نقد بأمره نصا ولو أدى جميع الثمن وقبض العبد ثم هلك في يده قبل الحبس يرجع على شريكه بنصف الثمن لانه أدى عنه بأمره دلالة على ما ذكرنا والله عز وجل أعلم والرهن بالثمن والكفالة به لا يبطلان حق الحبس لانهما لا يسقطان الثمن عن ذمة المشتري ولا حق المطالبة به فكانت الحاجة الى تعيينه بالقبض قائمة فيبقى حق الحبس لاستيفائه (وأما) الحوالة بالثمن فهل تبطل حق الحبس قال أبو يوسف تبطل سواء كانت الحوالة من المشتري بأن أحال المشتري البائع بالثمن على انسان وقبل الحال عليه الحوالة أو من البائع بأن أحال البائع غريمه على المشتري وقال محمد ان كانت الحوالة من المشتري لا تبطل وللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن من الحال عليه وان كانت من البائع فان كانت مطلقة لا تبطل أيضا وان كانت مقيدة بما عليه تبطل فأبو يوسف أراد بقاء الحبس على بقاء الدين في ذمة المشتري وذمته برئت من دين الحيل بالحوالة فيبطل حق الحبس ومحمد اعتبر بقاء حق المطالبة ببقاء حق الحبس وحق المطالبة لم يبطل بالحوالة

المشتري ألا ترى أن له أن يطالب المحال عليه فلم يبطل حق الحبس وبطلت حوالة البائع إذا كانت مقيدة بما على المحال عليه فبطل حق الحبس والصحيح اعتبار محمد لان حق الحبس في الشرع يدور مع حق المطالبة بالثمن لا مع قيام الثمن في ذاته بدليل أن الثمن إذا كان مؤجلاً لا يثبت حق الحبس والثمن في ذمة المشتري قائم وإنما سقطت المطالبة دل أن حق الحبس يتبع حق المطالبة بالثمن لا قيام الثمن في ذاته وحق المطالبة في حوالة المشتري وحوالة البائع إذا كانت مطلقة فكان حق الحبس ثابتاً وفي حوالة البائع إذا كانت مقيدة ينقطع فلم ينقطع حق الحبس وعلى هذا الخلاف إذا أقال الراهن المرتهن بدينه على رجل أو أقال المرتهن غريمه بدينه على الراهن حوالة مطلقة أو مقيدة أنه يبطل حق المرتهن في حق حبس الرهن عند أبي يوسف وعند محمد لا يبطل في حوالة الراهن وكذا في حوالة المرتهن إذا كانت مطلقة وإن كانت مقيدة تبطل ولو أعار البائع المبيع للمشتري أو أودعه بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه لا يبطل للبائع أن يسترده (وجه) هذه الرواية أن عقد الاعارة والاياداع ليس بمقتد لازم فكان له ولاية الاسترداد كالمرتحن إذا أعار الرهن من الراهن أو أودعه إياه له أن يسترده لما قلنا كذا هذا (وجه) ظاهر الرواية أن الاعارة والاياداع أمانة في يد المشتري وهو لا يصلح نائباً عن البائع في اليد لأنه أصل في الملك فكان أصلاً في اليد فإذا وقعت العارية أو الوديعة في يده وقعت بحجة الاصلالة وهي يد الملك ويد الملك يد لزمه فلا يملك إبطالها بالاسترداد وبخلاف الرهن فإن المرتحن في اليد التابعة بعقد الرهن بمنزلة الملك فيمكن تحقيق معنى الانابة ويد النيابة لا تكون لازمة فملك الاسترداد ولو قبض المشتري المبيع باذن البائع بطل حق الحبس حتى لا يملك الاسترداد لأنه أبطل حقه بالاذن بالقبض ولو قبض بغير إذنه لم يبطل وله أن يسترده لان حق الانسان لا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه ولو كان المشتري تصرف فيه نظري ذلك ان كان تصرفاً يحتمل القسح كالبيع والهبة والرهن والاجارة والامهارة فسسخه واسترده لانه تعلق به حقه وان كان تصرفاً لا يحتمل القسح كالاعتاق والتدبير والاستيلاء فلا يملك الاسترداد لان الاسترداد والاعارة الى الحبس اما ان كان مع نقض هذه التصرفات واما ان كان مع قيامها لاسبيل الى الاول لان هذه التصرفات لا تحتمل النقص ولا سبيل الى الثاني لانها اذا بقيت كانت الاعادة الى الحبس حبس الجزء من كل وجه أو من وجهه دون وجهه وكل ذلك لا يجوز فبطل حق الحبس أصلاً ولو نقد المشتري الثمن فوجد البائع زوفاً أو ستوقاً أو مستحقاً أو وجد بعضه كذلك فهذا لا يخلو اما أن يكون المشتري قبض المبيع واما أن يكون لم يقبض فان كان لم يقبضه كان له حق الحبس في القصول كلها لانه تبين انه ما استوفى حقه وان كان قبضه المشتري ينظر ان كان قبضه بغير اذن البائع فللبائع أن يسترده في القصول كلها لما قلنا وكذلك ان كان المشتري تصرف في المبيع فللبائع أن يفسخ تصرفه ويسترد المبيع الا اذا كان تصرفاً لا يحتمل القسح فلا يفسخ ويطلب المشتري بالثمن فلو نقد المشتري الثمن قبل أن يفسخ التصرف الذي يحتمل القسح لا يفسخ لانه لما نقد الثمن فقد بطل حقه في الحبس فبطل حق القسح والاسترداد وان كان قبضه باذن البائع ينظر ان وجدته زوفاً فدها لا يملك استرداد المبيع عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر له أن يسترد وهو قول أبي يوسف (وجه) قول زفر أن البائع ماضى بزوال حق الحبس الا بوصول حقه اليه وحقه في الثمن السليم لا في المعيب فاذا وجدته معيباً فلم يسلم له حقه فكان له أن يسترد المبيع حتى يستوفي حقه كالراهن اذا قضى دين المرتحن وقبض الرهن ثم ان المرتحن وجد المقبوض زوفاً كان له أن يردده ويسترد الرهن لما قلنا كذا هذا (ولنا) أن البائع يسلم المبيع بعد استيفاء جنس حقه فلا يملك الاسترداد بعد ما استوفى حقه ودلالة ذلك أن الزبوف جنس حقه من حيث الأصل وإنما القاء صفة الجودة بدليل انه لو تجاوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لانه يكون استبدالاً ببديل الصرف والسلم وانه لا يجوز وإذا كان المقبوض جنس حقه فقسلم المبيع بعد استيفاء جنس الحق يمنع من الاسترداد بخلاف الرهن لان الارتهان استيفاء لحقه من الرهن والافتكالك إيفاء من مال آخر فاذا وجد زوفاً تبين انه ما استوفى حقه

فكان له ولاية الاسترداد والدليل على التفرقة بين الرهن والبيع انه لو أعار المبيع المشتري بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده ولو أعار المرهون الراهن لا يبطل حق الحبس وله أن يسترده فان وجده ستوقاً أو رصاصاً أو مستحقاً وأخذ منه له أن يرد بخلاف الزبوف لان البائع انما أذن للمشتري بالقبض على أنه استوفى حقه وتبين انه لم يستوف أصله وأسالان الستوق والرصاص ليسا من جنس حقه ألا ترى انه لو تجوز بها في الصرف والسلم لا يجوز وان كان الاذن بالقبض على تقدير استيفاء الحق وقد تبين انه لم يستوف فتبين انه لم يكن أذنا له بالقبض ولا راضياً به فكان له ولاية الاسترداد ولو كان المشتري تصرف فيه فلا سبيل للبائع عليه سواء كان تصرفاً محتمل الفسخ كالبيع والرهن والاجارة ونحوها ولا يكون كالاتاق ونحوه بخلاف ما اذا قبضه بغير إذن البائع قبل نقد الثمن وتصرف فيه تصرفاً محتمل الفسخ انه يفسخ ويسترد لان هناك لم يوجد الاذن بالقبض فكان التصرف في المبيع ابطالا لحقه فيرد عليه اذا كان محتملاً للرد وههنا وجد الاذن بالقبض فكان تصرف المشتري حاصلًا عن تسليط البائع فنقد و بطل حقه في الاسترداد كالمقبوض على وجه البيع الفاسد اذا تصرف فيه المشتري انه يبطل حق البائع في الفسخ الآن في البيع الفاسد اذا أجز المبيع تفسخ الاجارة وههنا لا يفسخ لان الاجارة تفسخ بالعذر وقد تحقق العذر في البيع الفاسد لانه مستحق الفسخ حتماً للشرع دفعا للفساد فجعل استحقاق الفسخ بسبب الفساد عذراً في فسخ الاجارة ولا فساد ههنا فلا عذر في الفسخ فلا يفسخ ولو كان مكان البيع كتابة فادى المكاتب بدل الكتابة فعتق ثم وجد المولى المقبوض زبوفاً أو مستحقاً فالعتق ماض فان وجده ستوقاً أو رصاصاً لا يعتق لذ كذا أن الزبوف من جنس حقه فصار بقبضها قابضاً أصل حقه وكذا قبض الدراهم المستحقة وقع صحيحاً ظاهراً واحتمال الاجارة بعد ظهور الاستحقاق ثابت أيضاً والعق بعد ثبوته ظاهراً لا محتمل الفسخ بخلاف ما اذا وجدها ستوقاً أو رصاصاً لان ذلك ليس من جنس حقه أصلاً ورأساً فلم يوجد أو أبدل الكتابة فلا يعتق بمحقق الفرق بينهما اذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفى حقه فقبض ثم وجد المقبوض بعد الافتراق زبوفاً أو مستحقاً فرد الزبوف أو أخذ المالك المستحقة برغمه يمينه وان وجده ستوقاً أو رصاصاً حث في يمينه والله عز وجل أعلم ولو قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أفلس أو مات قبل نقد الثمن أو بعد ما تقدم منه شيئاً وعليه ديون لا ناس شتى هل يكون البائع أحق به من سائر الغرماء اختلف فيه قال أصحابنا لا يكون له بل الغرماء كلهم أسوة فيه فيباع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص وقال الشافعي رحمه الله البائع أحق به وان لم يكن قبضه حتى أفلس أو مات فان كان الثمن مؤجلاً فهو على هذا الاختلاف وان كان حالاً فالبايع أحق به بالاجماع احيح الشافعي بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا أفلس المشتري فوجد البائع متاعه عنده فهو أحق به وهذا نص في الباب ولان العجز عن تسليم المبيع يوجب حق الفسخ للمشتري بالاجماع فان من باع عبداً فأبق قبل القبض أو غصب أو كانت دابة فضلت للمشتري أن يفسخ البيع والعجز عن تسليم الثمن يوجب الفسخ للبائع أيضاً لان البيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضات على المساواة (ولنا) ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من باع بيعاً فوجده وقد أفلس الرجل فهو ماله بين غرمائه وهذا نص وهو عين مذهبننا ولان البائع لم يكن له حق حبس المبيع حال كون المشتري حياً ملياً فلا يكون أحق بثمنه بعد موته وأفلاسه لان الثمن بدل المبيع قائم مقامه واعتبار الثمن بالمبيع غير سديد لان بينهما مفارقة في الاحكام ألا ترى ان ملك المبيع شرط جواز العقد وملك الثمن ليس بشرط فانه لو اشترى شيئاً بدراهم لا يملكها جاز ولو باع شيئاً لا يملكه لا يجوز وكذا لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض والتصرف في الثمن قبل القبض جائز وغير ذلك من الاحكام فكان اعتبار الثمن بالمبيع على الاطلاق فاسد والحديث محمول على ما اذا قبض المبيع بغير إذن البائع وعندنا البائع أحق به في هذه الحالة الا أنه ذكر الافلاس وان كان حق الاسترداد لا يتقيد به لان الملى يتمكن من دفع الاسترداد بئذ قد اثنى والمفلس لا يتمكن من ذلك فكان ذكر الافلاس مفيداً لعملائنا على ما قلنا توفيقاً بين الدلائل والله عز وجل الموفق (ومنها) وجوب

الاستبراء في شراء الجارية وجملة الكلام فيه ان الاستبراء نوعان نوع هو مندوب ونوع هو واجب (أما) المندوب اليه فهو استبراء البائع اذا وطئ جارية وأراد أن يبيعها أو يخرجها عن ملكه بوجه من الوجوه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله هو واجب (وجه) قوله أنه يحتمل شغل الرحم بماء البائع فيلزمه التعرف عن ذلك بالاستبراء كما في جانب المشتري (ولنا) أن سبب الوجوب لم يوجد في حق البائع على ما ذكر والاعتبار بالمشتري غير سديد لان الوجوب عليه لصيانة مائه عن الاختلاط بماء البائع والخلط يحصل بفعل المشتري لا بفعل البائع فتجب الصيانة عليه بالاستبراء لا على البائع الا انه يندب اليه لتوهم اشتغال رحمها بماءه فيكون البيع قبل الاستبراء مباشرة شرط الاختلاط فكان الاستبراء مستحبا وكذا اذا وطئ أمته أو مدبرته أو أم ولده ثم أراد أن يزوجه من غيره يستحب أن لا يفعل حتى يستبرئها لما قلنا واذا تزوجها قبل الاستبراء أو بعده فلزوجه أن يطأها من غير استبراء وقال محمد رحمه الله أحب الي أن يستبرئها بحبيضة ولست أوجه عليه وكذلك الرجل اذا رأى امرأة تزنى ثم تزوجها أنه أن يطأها من غير استبراء وقال محمد أحب الي أن لا يطأها حتى يستبرئها ويعلم فراغ رحمها والله عز وجل أعلم (وأما) الاستبراء الواجب فهو استبراء المشتري وكل من حدث له حل الاستمتاع بالجارية بحديث ملك اليمين مطلقا والكلام فيه في مواضع في بيان وجوب هذا النوع من الاستبراء وفي بيان سبب وجوبه وفي بيان ما يقع به الاستبراء (أما) الاول فالاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في سبايا أو طاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضمن ولا الحيالى حتى يستبرأ بحبيضة والنص الوارد في السبي يكون واردا في سائر أسباب الملك دلالة ولان الاستبراء طلب براءة الرحم وأنه واجب على المشتري لان به يتبع الصيانة عن الخلط والخلط حرام لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعين ماءه زرع غيره والصيانة عن الحرام تكون واجبة ولا تقع الصيانة الا بالاستبراء فيكون واجبا ضرورة فلا يحل له ووطؤها قبل الاستبراء ولأن يلمسها بشهوة أو ينظر الي فرجها عن شهوة لأن كل ذلك داع الى الوطء والوطء اذا حرم حرم بدواعيه كما في باب الظهار وغيره بخلاف الحائض حيث لم تحرم الدواعي منها لان المحرم هناك ليس هو الوطء بل استعمال الاذى والوطء حرام لغيره وهو استعمال الاذى ولا يجوز ذلك في الدواعي فلا يجوز والله عز وجل أعلم (وأما) سبب وجوبه فهو حدوث حل الاستمتاع بحديث ملك اليمين مطلقا يعنى به ملك الرقبة واليد باى سبب حدث الملك من الشراء والسبي والصدقة والهبة والارث ونحوها فلا يجب الاستبراء على البائع لانعدام السبب وهو حدوث الحل ويجب على المشتري لوجود سببه سواء كان بائه ممن يطأ أو ممن لا يطأ كالمرأة والصبي الذى لا يعقل وسواء كانت الجارية بكرا أو ثيبا في ظاهر الرواية لما قلنا وروى عن أبي يوسف انه اذا علم المشتري انهم توطأ لا يجب الاستبراء لان الاستبراء طلب براءة الرحم وفراغها عما يشغلها ورحم البكر براءة فارغة عن الشغل فلا معنى لطلب البراءة والفراغ (والجواب) أن الوقوف على حقيقة الشغل والفراغ متعذر فتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو حدوث حل الاستمتاع بحديث ملك اليمين مطلقا وقد وجد ولا يجب على من حرم عليه فرج أمته بمرض الحيض والنفاس والردة والكتابة والتزويج اذا زالت هذه العوارض بان طهرت وأسلمت وعجزت فطلقها الزوج قبل الدخول بها لان حل الاستمتاع لم يحدث بل كان ثابتا لكن منع منه لغيره وقد زال بزوال العوارض وكذا لم يحدث ملك اليمين فلم يوجد السبب ولا يجب بشراء جارية لا يحل فرجها بملك اليمين بان وطئها أبوه أو ابنه أو لمسها بشهوة أو نظر الي فرجها لا بشهوة أو كان هو وطئ أمها أو ابنتها أو نظر الي فرجها عن شهوة أو كانت مرتدة أو محوسية ونحو ذلك من الفروج التي لا تحل بملك اليمين لان فائدة الاستبراء التمكن من الاستمتاع بعد حصول انعدام مانع معين منه وهو اختلاط الماءين والاستبراء في هذه المواضع لا يفيد التمكن من الاستمتاع لوجود مانع آخر وهو ان الحل لا يحتمل الحل ولا يجب على العبد والمكاتب والمسلمين انعدام

حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين لعدم الملك لهم قال النبي عليه الصلاة والسلام لا يتسرى العبد ولا يسريه مولاه ولا
 بملك العبد ولا المكاتب شيئاً إلا الطلاق ولو اشترى جارية من عبده المأذون ينظر إن لم يكن على العبد دين أصلاً أو
 عليه دين غير مستغرق لا يجب عليه أن يستبرئها إذا كانت حاصت عند العبد ويجزى بتلك الحنيفة لأن كسب
 المأذون الذي لا دين عليه أو عليه دين غير مستغرق ملك المولى فقد حاصت في ملك نفسه فيجزي بها عن الاستبراء
 وإن كان عليه دين مستغرق رقبته وكسبه يجب عليه الاستبراء عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما
 الله لا يجب عليه بناء على أن المولى لا يملك كسب عبده المأذون المدين ديناً مستغرقاً عنده وعندهما يملكه ولو تبايعا
 فيما صححائهم تقايلا فإن كانت الاقالة قبل القبض فالقياس أن يجب الاستبراء على البائع وهو راية أبي يوسف عن
 أبي حنيفة رحمهما الله وفي الاستحسان لا يجب وهو راية محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله وهو قول أبي يوسف ومحمد
 رحمهما الله (وجه) القياس أنه وجد سبب الوجوب في حقه وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين
 حقيقة وإنكار الحقائق مكابرة (وجه) الاستحسان أن الاقالة قبل القبض فسخ وفسخ رفع من الأصل وإعادة
 إلى قديم الملك كأنه لم يزل عن ملك البائع فلم يوجد السبب مع ما أن الملك قبل القبض غير متأكد والتأكيدات من
 وجه فلم يتكامل الملك للمشتري فلم يحدث ملك اليمين للبائع على الإطلاق فلم يتكامل السبب وإن كانت الاقالة بعد
 القبض يجب (أما) عند أبي يوسف فلأن الاقالة بيع جديد فكانت استحداثاً للملك مطلقاً (وأما) عند أبي
 حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن كانت فسخاً لكن في حق العاقدين فأما في حق ثالث فيبيع جديداً والاستبراء يجب حقاً
 للشرع فاعتبر حق الشرع ثالثاً في حق وجوب الاستبراء احتياطاً ولو رد الجارية بعيب أو خيار رؤية يجب
 الاستبراء على البائع لوجود السبب وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين لأن خيار الرؤية وخيار العيب
 لا يمنع ثبوت الملك للمشتري (وأما) الرد بخيار الشرط فينظر فيه إن كان الخيار للبائع فلا يجب الاستبراء بالاجماع لأن
 خياره لا يمنع زوال السلعة عن ملكه فلم يوجد حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين وإن كان الخيار للمشتري
 لا يجب الاستبراء على البائع عند أبي حنيفة رحمه الله سواء كان الرد قبل القبض أو بعده بناء على أن خيار المشتري يمنع
 دخول السلعة في ملكه عند أبي حنيفة وإذا لم تدخل في ملك المشتري وإن خرجت عن ملك البائع فلا تخرج
 وبقيت على ملكه فلم يوجد سبب الوجوب (وأما) عندهما فإن كان الرد قبل القبض فالقياس أن يجب لأنها زالت
 عن ملك البائع ودخلت في ملك المشتري فإذا ردت عليه فقد وجد سبب الوجوب في حق البائع وفي الاستحسان
 لا يجب لأن الرد قبل القبض فسخ محض ورفع للعقد من الأصل كأنه لم يكن وإن كان بعد القبض يجب الاستبراء قياساً
 واستحساناً لأنها دخلت في ملك المشتري وإن كان المبيع فاسداً ففسخ وردت الجارية إلى البائع فإن كان قبل
 القبض فلا استبراء على البائع لأنها على ملكه فلم يحدث له الحل وإن كان بعده فعليه الاستبراء بالاجماع لوجود السبب
 ولو أسر العدو الجارية ثم عادت إلى المالك فإن كان قبل الإحراز بدار الحرب فلا استبراء على المالك لانعدام
 السبب وهو حدوث الحل بحدوث الملك وإن كان بعد الإحراز بدارهم وجب لوجود السبب ولو أبقيت من دار
 الإسلام إلى دار الحرب وأخذها الكفار ثم عادت إلى صاحبها بوجه من الوجوه فلا استبراء عليه عند أبي حنيفة
 لأنهم لم يملكوها فلم يوجد السبب وعندهما عليه الاستبراء لأنهم ملكوها لوجود السبب ولو اشترى جارية مع غيره
 فلا استبراء عليهما لانعدام السبب وهو حدوث الحل إذا لم يحل لأحدهما ولو اشترى جارية ولها زوج قبضها
 وطلقها الزوج قبل الدخول بها فلا استبراء على المشتري لأنه لم يوجد السبب وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث
 ملك اليمين وقت الشراء لقيام فراش الزوج وبعد زوال الفراش لم يحدث سبب حدوث الحل وهو ملك اليمين وذكر
 الكرخي رحمه الله أن على قول أبي يوسف يجب الاستبراء على المشتري ومن هذا استخرجوا الإسقاط الاستبراء
 حيلة وهي أن يزوج البائع الجارية بمن يجوز له نكاحها ولم يكن تحت حرة ونحو ذلك من الشرائط ثم يبيعها ويسلمها إلى

المشتري ثم يطلقها الزوج قبل الدخول بها فتحل للمشتري من غير استبراء وان طلقها الزوج قبل القبض ثم قبضها المشتري لا يحل له وطؤها حتى يستبرئها وحيلة أخرى لا سقط الاستبراء أن يزوجه البائع من المشتري قبل الشراء المشتري ممن يجوز له نكاحها بان لم يكن تحت حرة ونحو ذلك ثم يشتريها فيفسد النكاح ويحل له وطؤها من غير استبراء وهذا الوجه الثاني أولى لأنه يسقط عنه جميع المهر وفي الوجه الأول على الزوج المطلق نصف المهر للبائع فيحتاج إلى إبرائه عنه ولو كانت الجارية في عدة من زوجها عدة طلاق أو عدة وفاة فاشترها وقبضها ثم انقضت عدتها فلا استبراء عليه لأن قيام العدة بمنزلة قيام النكاح ولو كانت منكوبة فطلقها قبل الدخول بها لم يجب الاستبراء كذا هذا وعلى ما ذكره الكرخي رحمه الله على قول أبي يوسف يجب الاستبراء فان انقضت عدتها قبل القبض لم يعتد بذلك ولا يحل له حتى يستبرئها بعد القبض بحیضة أخرى في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يعتد بذلك كما يعتد بالحیضة قبل القبض عنده وعلى هذا يخرج عدم وجوب الاستبراء في النكاح حتى ان من تزوج جارية فلزوج أن يطأها من غير استبراء لأن السبب لم يوجد وهو حدوث حل الاستمتاع بملك الميمن وقال محمد أحب إلى أن يستبرئها بحیضة ولست أوجبها عليه وذكر الكرخي رحمه الله وقال لا استبراء عليه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف استبرأ بها الزوج استحساناً (وجه) قول أبي يوسف ان المعنى الذي له وجوب الاستبراء في ملك الميمن موجود في ملك النكاح وهو التعرف عن براءة الرحم فوجب الاستبراء في المملوكين ولا في حنيفة ان جواز نكاحها دليل براءة رحمها شرعاً فلا حاجة إلى التعرف بالاستبراء وما ذكره محمد بن نويع احتياط وهو حسن وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضت في يد البائع حیضة أنه لا يجزى بها في الاستبراء في ظاهر الرواية حتى لو قبضها لا يحل له حتى يسبرئها بحیضة أخرى لأنه لم يحدث له حل الاستمتاع قبل القبض ولا حدث له ملك الميمن على الإطلاق لا ندام اليد وهذا لأن الملك قبل القبض غير متأكد والتأكد اثبات من وجه فكان له حكم العدم من وجه فلم يجب به الاستبراء وروى عن أبي يوسف أنه يجزى بها ولا استبراء لأن الحیضة قبل القبض تصلح دليلاً على فراغ رحمها فحصل المقصود من الاستبراء فيكتفى بها (وأما) بيان ما يقع به الاستبراء فنقول وبالله التوفيق الجارية في الأصل لا يخلو اما ان كانت ممن تحيض واما ان كانت ممن لا تحيض فان كانت ممن تحيض فاستبرأؤها بحیضة واحدة عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن معاوية رضي الله عنه ان استبرأها بحیضتين لأن الاستبراء أخت العدة وعدتها حیضتان والصحيح قول العامة لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في سبايا وأطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضمن ولا الحبالى حتى يستبرأ بحیضة والفعلة للمرة والتقدير الشرعى يمنع من الزيادة عليه لا بدليل ولأن ما شرع له الاستبراء وهو حصول العلم بطهارة الرحم يحصل بحیضة واحدة فكان ينبغي أن لا يشترط العدة في باب العدة أيضاً إلا أناعرفنا ذلك نصاً بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص وان كانت ممن لا تحيض فلا يخلو اما ان كانت لا تحيض لصغرها وكبرها وان كانت لا تحيض لعلها وهي الممتد طهرها (وأما) ان كانت لا تحيض لحبل فان كانت لا تحيض لصغرها وكبرها فاستبرأؤها بشهر واحد لان أشهر أقيمت مقام الاقراء في حق الآيسة والصغيرة في العدة فكذا في باب الاستبراء وان كانت لا تحيض لعلها فقد اختلفوا فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يطؤها حتى يعلم أنها غير حامل ولم يوقت في ذلك وقتاً وقال أبو يوسف يستبرئها بثلاثة أشهر أو أربعة أشهر وعن محمد روايتان في رواية قال يستبرئها بشهرين وخمسة أيام عدة الاماء وفي رواية قال يستبرئها باربعة أشهر وعشرة مدة عدة الحرائر وقال زفر يستبرئها بسنتين لأن الولد الموجود في البطن لا يبقى أكثر من سنتين فاذا مضت سنتان ولم يظهر بها حمل علم أنها غير حامل ويحتمل أن يكون هذا تفسير قول أبي حنيفة لا يطؤها حتى يعلم أنها غير حامل وهو اختيار الطحاوى ويحتمل أن يكون ما قاله أبو يوسف تفسيراً لقوله لا تهامة يعلم فيها أنها ليست بحامل لأن الحبل يظهر في مثل هذه المدة لو كان لظهور آثاره من انتفاخ البطن وغير ذلك فيدل عدم الظهور على براءة رحمها وان كانت لا تحيض لحبل بها فاستبرأؤها بوضع الحبل بعد القبض

لان وضع الحمل في الدلالة على فراغ رحمها فوق الحيضة فاذا وضعت حملها حصل له أن يستمتع بها فيما سوى الجماع مادامت في نفاسها كما في الحائض فان وضعت حملها قبل القبض ثم قبضها لا يطؤها حتى يستبرأ ولا يجزى بوضع الحمل قبل القبض كما يجزى بالحيضة قبل القبض وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف يجزى به كما يجزى بالحيضة قبل القبض والله عز وجل أعلم ثم ما ذكرنا من الحكم الاصل للبيع وما يجري مجرى التوابع للحكم الاصل كما ثبت في المبيع يثبت في زوائد المبيع عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت شيء من ذلك في الزوائد والكلام فيه مبني على أصل وهو أن زوائد المبيع مبيعة عندنا سواء كانت منفصلة أو متصلة متولدة من الأصل أو غير متولدة منه الا الهبة والصدقة والكسب وعنده ليست بمبيعة أصلاً وإنما تلك بملك الأصل لا بالبيع السابق (وجه) قول الشافعي رحمه الله في اثبات هذا الأصل أن المبيع ما أضيف اليه البيع ولم توجد الاضافة الى الزوائد لكونها منعدمة عند البيع فلا تكون مبيعة ولهذا لم يكن الكسب مبيعاً ولا أن المبيع ما يقابله ثمن إذا البيع مقابلة المبيع بالثمن والزيادة لا يقابلهما ثمن لأن كل الثمن مقابل بالأصل فلم تكن مبيعة كالكسب ولهذا لم تجز الزيادة عنده في المبيع والثلث (ولنا) أن المبيع ما يثبت فيه الحكم الاصل للبيع والحكم الاصل للبيع ثبت في الزوائد بالبيع السابق فكانت مبيعة وبيان ذلك أن الحكم الاصل للبيع هو الملك والزوائد مملوكة بلا خلاف والدليل على أنها مملوكة بالبيع السابق أن البيع السابق أوجب الملك في الأصل ومتى ثبت الملك في الأصل ثبت في التبع فكان ملك الزيادة بواسطة ملك الأصل مضاعفاً الى البيع السابق فكانت الزيادة مبيعة ولكن تبعاً لثبوت الحكم الاصل فيها تبعاً وعلى هذا الأصل مسائل بيننا وبين الشافعي رحمه الله (منها) أن للبائع حق حبس الزوائد لاستيفاء الثمن كالحق حبس الأصل عندنا وعندنا ليس له أن يجبس الزوائد (ومنها) أن البائع إذا تلف الزيادة سقطت حصتها من الثمن عن المشتري عندنا كما لو تلف جزء من المبيع وعنده لا يسقط شيء من الثمن وعليه ضمانها كما لو تلفها أجنبي ولا خيار للمشتري عند أبي حنيفة وعندهما يثبت على مامر وكذا إذا تلف الارش أو العرق قبل القبض عندنا لأنه بدل الجزء القاتل فكان حكمه حكم الجزء ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية لا يسقط شيء من الثمن بالاجماع وإن كانت مبيعة عندنا لانها مبيعة تبعاً بمنزلة أطراف الام لا مقصودا والأطراف كالأوصاف لا يقابلهما شيء من الثمن الا أن تصير مقصودة بالفعل من القبض أو الجناية ولم يوجد ولا خيار للمشتري لأن الصفقة لم تنفرد عليه لأن العقد ما أضيف اليها وإنما يثبت حكم العقد فيها تبعاً فلا يثبت الخيار الا في ولد الجارية اذا هلك قبل القبض بآفة سماوية فإنه يثبت الخيار للمشتري لاهلاك الزيادة بل لحدوث نقصان في الام بسبب الولادة وكذا الخيار بحدوث زيادة ما قبل القبض الا في ولد الجارية لا لاجل نقصان الام بالولادة لا لحدوث الزيادة (ومنها) أن المشتري اذا قبض الزوائد يصير لها حصصة من الثمن بالقبض عندنا فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض حتى لو اطاع المشتري على عيب بالأصل فإنه يرد به بحصته من الثمن لا بجميع الثمن عندنا وعندنا لا حصصة للزيادة من الثمن بحال وعند ظهور العيب بالأصل يرد بكل الثمن ولا يكون بازاء الزيادة شيء وكذا اذا وجد بالزيادة عيباً يرد بها بحصتها من الثمن وعنده لا يرد بها بالعيب أصلاً وكذا المشتري اذا تلف الزيادة قبل القبض يصير لها حصصة من الثمن عندنا لأنه صار قابضاً له بالألتاف وبالقبض يصير لها حصصة من الثمن على ما ذكرنا وعنده لا حصصة لها من الثمن بحال ولو هلك الأصل وبقيت الزيادة بقي العقد في قدر الزيادة عندنا ويصير لها حصصة من الثمن فينقسم الثمن على الأصل يوم العقد وعلى الزيادة يوم الهلاك فيبطل ملك الثمن بقدر قيمة الأصل ويبقى بحصته الزيادة بخلاف ما اذا هلك قبل حدوث الزيادة حيث يفسخ العقد أصلاً ورأساً ويسقط كل الثمن لأن هناك لا فائدة في بقاء العقد اذ لو بقي لطلب البائع من المشتري الثمن فيطلب المشتري منه تسليم المبيع ولا يمكنه تسليمه فيفسخ ضرورة لا نعدم فائدة البقاء اذا بقيت الزيادة كان في بقاء العقد في الزيادة فائدة لا مكان تسليمها بقي العقد فيها وصار لها حصصة من الثمن فينقسم على الأصل والزيادة على ما ذكرنا وعنده اذا هلك الأصل انفسخ العقد أصلاً ورأساً (ومنها)

انه اذا تلفها أجنبي وضمنها بلا خلاف فالشترى بالخيار عندنا ان شاء اختار الفسخ ويرجع البائع على الجاني بضمان
الجناية وان شاء اختار المبيع واتبع الجاني بالضمان وعليه جميع الثمن كما لو تلف الاصل وعنده عليه الضمان ولا خيار
للمشترى (ومنها) اذا اشترى نخلا بكر من تمر فلم يقبض النخل حتى أثمر النخل كرا فقبض النخل مع الكرا الحادث
لا يطيب الكر وعليه أن يتصدق به عند نالان التمر الحادث عندنا زيادة متولدة من المبيع فكان مبيعا وله عند القبض
حصصة من الثمن كما لغيره من الزوائد والتمر من جنسه زيادة عليه فلو قسم على النخل والكر الحادث يصير ربا فيفسد
البيع في الكرا الحادث ولا يفسد في النخل بخلاف ما اذا باع نخلا وكر من تمر بكر من تمران العقد يفسد في التمر والنخل
جميعا لان هناك الربا يدخل في العقد باشتراطهما وصنعهما لان بعض المبيع مال الربا وهو التمر والتمر مقسوم عليهما
فيتحقق الربا ودخل الربا في العقد يفسد العقد كله وهما البيع كان حيا في الاصل لان الثمن خلاف جنس المبيع
وهو النخل وحده الا انه لما زاد بعد العقد صار مبيعا في حال البقاء لا يصنعهما فيفسد في الكرا الحادث ويقتصر الفساد
عليه (ومنها) اذا اشترى عبدا بألف درهم يساوي ألفين فقطل قبل القبض فاختر المبيع واتبع الجاني فأخذ قيمته
ألفين يتصدق بالالف الزائد عندنا لانه لم يضمن وعنده لا يتصدق بشيء والله عز وجل أعلم (ومنها) اذا غصب
كر حنطة فابتلت في يد الغاصب وانتفخت حتى صارت كرا ونصف كرا ضمن للمالك كرامثله فانه يملك ذلك الكر
ونصف الكر عندنا لكن يتصدق بنصف الكر الزائد وطاب له ما بقى لان الملك عندنا يثبت من وقت الغصب
بالضمان والزيادة بالانتهاج حصصا بعد ذلك فتعتبر بالزيادة المتولدة وعند الشافعي رحمه الله في هذا الفصل رد الكل
لان المضمونات عنده لا تملك بالضمان (ومنها) ان الزوائد الحادثة بعد القبض مبيعة أيضا عندنا حتى لو وجد المشتري
بالاصل عيبا فالزيادة تمنع الرد والفسخ بالعيب وبسائر اسباب الفسخ على ما ذكره في خيار العيب في بيان الاسباب
المانعة من الرد بالعيب ان شاء الله تعالى وعنده ليست بمبيعة في أي حال حدثت ولا تمنع رد الاصل بالعيب بكل الثمن
ولو اشترى أرضا فيها أشجار مثمرة فان كان عليها تمر وسماه حتى دخل في البيع فالتمر له حصصة من الثمن بلا خلاف
حتى لو كانت قيمة الارض خمسمائة وقيمة الشجر خمسمائة وقيمة الثمر كذلك فان الثمن يقسم على الكل اثلاثا
بالاجماع لان الكل معقود عليه مقصود الور ودفع المقدر على الكل فان كان للتمر حصصة من الثمن حتى لو هلك بأفة
سماوية أو بفعل البائع بأن أكله يسقط عن المشتري ثلث الثمن وله الخيار ان شاء أخذ الارض والشجر بثلث الثمن
وان شاء ترك لان الثمر لما كان مبيعا مقصودا بهلا كما تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام فيثبت الخيار وان لم
يكن الثمر موجودا وقت العقد وحدث بعده قبل القبض فأكله البائع فقد صار له حصصة من الثمن عندنا لصبره ورتبه مبيعا
مقبورا بالاتلاف على ما بينا لكن الكلام في كيفية أخذ الحصص فاختلف أصحابنا فيها قال أبو حنيفة ومحمد يأخذ
الحصصة من الشجر والارض جميعا فيقسم الثمن على الشجر والارض والتمر اثلاثا فيسقط ثلث الثمن باتلاف البائع
وقال أبو يوسف يأخذ الحصصة من الشجر خاصة فيقسم الثمن على قيمة الارض والشجر ثم ما أصاب الشجر يقسم
عليه يوم العقد وعلى قيمة الثمر يوم الاتلاف فيسقط بيانه اذا كانت قيمة الارض ألقا وقيمة الاشجار ألقا وقيمة
التمر كذلك فأكل البائع الثمر قبل القبض يسقط عن المشتري ثلث الثمن عندهما ويأخذ الارض والاشجار بثلث
الثمن ولا خيار له عند أبي حنيفة خاصة وعند حماد له الخيار ان شاء أخذ الارض والشجر بثلث القيمة وان شاء ترك
وعند أبي يوسف يسقط عن المشتري ربع الثمن فيقسم الثمن على الاشجار والارض نصفين ثم ما أصاب الشجر
يقسم عليه وعلى الثمر نصفين فكان حصصة الثمر ربع الثمن فيسقط ذلك كله وله الخيار ان شاء أخذ الارض والشجر
بثلاثة أرباع الثمن وان شاء ترك (وجهه) قول أبي يوسف ان الثمر تابع للشجر لان الثمر متولد منها فأي أخذ الحصصة
منها كما لو اشترى جارية مع ولدها فولدت مع ولدها ولدا آخر فالولد الثاني يكون له حصصة من الولد الاول ولطمان
الشجر تابع للارض في البيع بدليل انه يدخل في الارض من غير تسمية ولو هلك بعد ما دخلت قبل القبض

لا يسقط شيء من الثمن دل أنها تابعة وما كان تابعا لغيره في حكم لا يستتبع غيره في ذلك الحكم فكان نظيره مسئلتنا ما لو
 شترى جارية فولدت ولد قبل القبض ثم ولد ولدها ولد ألا يكون للولد الثاني حصصة من الولد الاول لان الاول في
 نفسه تابع فلا يستتبع غيره كذا ههنا والله عز وجل أعلم ويتصل بما ذكرنا الزيادة في المبيع والثمن والخط عن الثمن
 والكلام فيهما في ثلاثة مواضع أحدها في أصل الجواز أنهما جائزان أم لا والثاني في شرائط الجواز والثالث في
 كيفية الجواز (أما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا الثلاثة الزيادة في المبيع والثمن جائزة مبيعا وثمنا كأن
 العقد ورد على المزدعي عليه والزيادة جميعا من الابتداء وقال زفر لا تجوز الزيادة مبيعا وثمنا ولكن تكون هبة مبتدأة فان
 قبضها صارت ملكا له ولا تبطل وأظهر أقوال الشافعي رحمه الله مثل قولنا ان كان في مجلس العقد وان كان بعد الافتراق
 فقوله مثل قول زفر وصورة المسئلة اذا اشترى رجل عبدا بألف درهم وقال المشتري زدتك خمسمائة أخرى ثمنا وقبل
 البائع أو قال البائع زدتك هذا العبد الآخر أو قال هذا الثوب مبيعا وقبل المشتري جازت الزيادة كان الثمن في الأصل
 ألف وخمسمائة والمبيع في الأصل عبدان أو عبد وثوب سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده وكذلك اذا اشترى عبدان
 بألف درهم ثم زاد المشتري في الثمن مائة درهم جازت الزيادة كان الثمن في الأصل ألف ومائة تنقسم الزيادة على
 قيمتهما وكذلك لو كان لعبد ثمن مسمى أو كان لكل واحد منهما ثمن مسمى وزاد المشتري في الثمن مائة مطلقا انقسمت
 الزيادة على قدر القيمتين وعلى هذا الخلاف الزيادة في القيمتين من الوارثين بعدموت العاقدين لان الوارث خاف
 المورث في ملكه القائم بعدموته ألا ترى انه يرد بالعيب ويرد عليه كان الوارث حي قائم فزاد وعلى هذا الخلاف
 الزيادة من الوكيل لانه يتصرف بتولية مستفادة من قبل الموكل وأما الزيادة من الاجنبي فلا شك ان عندهما لا تجوز
 وأما عندنا فان زاد بامر العاقد جاز لانه وكيله في الزيادة وان زاد بغير أمره وقفت الزيادة على اجازته ان أجاز جازت
 وان رد بطلت إلا أن يضمن الزائد الزيادة فيجوز ولا يتوقف على اجازة العاقد وان لم يحصل للاجنبي بمقابلة الزيادة
 شيء وعلى هذا قالوا فيمن اشترى عبدا بألف درهم على أن خمسمائة سوى الألف على رجل ضمنه وقبل فاعبد
 للمشتري والخمسمائة على الثالث من غير أن يستحق شيئا بالخمسمائة وذكر في الجامع الصغير اذا قال الرجل بيع هذه الدار
 من فلان بألف درهم على اني ضامن لك من الثمن خمسمائة ان البيع على هذا الشرط صحيح والخمسمائة على الاجنبي
 ولو قال على اني ضامن لك خمسمائة ولم يقل من الثمن كان باطلا لا يلزم شيء وعلى هذا الخلاف الزيادة في المهر
 المسمى في النكاح وأما الزيادة في المنكوحه بالمهر الاول فلا تجوز بالاجماع وعلى هذا الخلاف الزيادة في رأس
 مال السلم وأما الزيادة في المسلم فيه فلا تجوز بالاجماع وعلى هذا الخلاف الزيادة في الرهن وأما الزيادة في الدين فلا
 تجوز عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا وعند أبي يوسف جائز قياسا والفرق لابي حنيفة ومحمد بين الزيادة في الرهن
 وبين الزيادة في الدين نذكره في كتاب الرهن وعلى هذا الخلاف حط بعض الثمن انه جائز عندنا ولا يتحقق بأصل
 العقد والثمن هذا القدر من الابتداء حتى ان المبيع اذا كان دارا فالشفيع يأخذها بالشفعة بما بقي بعد الخط وعندهما
 هو هبة مبتدأة إلا أن قيام الدين عليه أو كونه قابلا لاستئناف العقد ليس بشرط لصحة الخط بلا خلاف بين أصحابنا
 وفي الزيادة خلاف نذكره ان شاء الله تعالى (وجه) قول زفر والشافعي رحمهما الله ان الثمن والمبيع من الاسماء
 الاضافية المتقابلة فلا يتصور مبيع بلا ثمن ولا ثمن بلا مبيع فالقول بجواز المبيع والثمن مبيعا وثمنا قول بوجود المبيع
 ولا ثمن والثمن ولا مبيع لان المبيع اسم لمال يقابل ملك المشتري وهو الثمن والثمن اسم لمال يقابل ملك البائع وهو
 المبيع فان زيادة من البائع لو حثت مبيعا لا تقابل ملك المشتري بل تقابل ملك نفسه لانه ملك جميع الثمن ولو حثت من
 المشتري ثمنا لا تقابل ملك البائع بل تقابل ملك نفسه لانه ملك جميع المبيع فلا تكون الزيادة مبيعا وثمنا لانعدام حقيقة
 المبيع والثمن فيجعل منه هبة مبتدأة ولان كل المبيع لما صار مقابلا بكل الثمن وكل الثمن مقابلا بكل المبيع فالزيادة
 لو حثت مبيعا وثمنا خلعت عما يقابله فكانت فضل مال خال عن عوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الرابا (ولنا)

في الزيادة في المهر قوله تعالى فاتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة أي من بعد تلك الفريضة لأن النكحة إذا أعيدت معرفة براد بالثاني غير الأولى أمر الله سبحانه وتعالى بابتداء المهور المسماة في النكاح وأزال الجناح في الزيادة على المسمى لأن ما يتراضاه الزوجان بعد التسمية هو الزيادة في المهر فيدل على جواز الزيادة وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال للوازن زن وأرجح فانما عاشر الانبياء هكذا زن وهذا زيادة في الثمن وقد ندب عليه الصلاة والسلام إليها بالقول والفعل وأقل أحوال المندوب اليه الجواز وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال المسامون عند شر وطهم فظاهره يقتضي لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل لأنه يقتضي أن يكون كل مسلم عند شرطه وانما يكون كذلك إذا لم يترجم الوفاء به وانما يلزمه إذا صححت الزيادة مبيعا وثمنا فاما إذا كانت هبة مبتدأة فلا يلزمه الوفاء لأن العاقدين أو قائل الزيادة مبيعا وثمنا كالموتبايعا ابتداء وهذا لأن الأصل أن تصرف الانسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلا للتصرف والحل قابلا وله ولاية عليه وقد وجد وقوله ما ان الثمن اسم مال يقابل ملك البائع والمبيع اسم مال يقابل ملك المشتري قلنا هذا ممنوع بل الثمن اسم لما أزال المشتري ملكه ويده عنه بمقالة مال أزال البائع ملكه ويده عنه فيملك كل واحد منهما المال الذي كان ملك صاحبه بعد زوال ملكه عنه شرعا على ما عرف ثم نقول ما ذكرناه أحد المبيع والثمن بطريق الحقيقة والزيادة في المبيع والثمن مبيع وثمن من حيث الصورة والتسمية ربح بطريق الحقيقة لأن الربح حقيقة ما يملك بعقد المعاوضة لا بمقالة ما هو مال حقيقة بل من حيث الصورة والتسمية والزيادة ههنا كذلك فكانت ربحا حقيقة فكان من شرطها أن لا تكون مقابلة ملك البائع التسمية وشرط الشيء كيف يمنع يحتمه على أنه أمكن تحقيق معنى المقابلة والزيادة لأن الموجب الأصلي في البيع هو قيمة المبيع وهو ما ليته لأن البيع معاوضة بطريق المعادلة عرفا وحقيقة والمقالة عند التساوي في المالية ولهذا لو فسدت التسمية تجب القيمة عندنا واثمن تقدير المالية المبيع باتفاق العاقدين وإذا زاد في المبيع أو الثمن علم أي ما أخطأ في التقدير وغلط فيه وما هو الموجب الأصلي قد ثبت بالبيع فاذا بينا التقدير كان ذلك بيانا للموجب الأصلي إلا أنه ابتداء إيجاب فكان عوضا عن ملك العين لأن ملك نفسه وهذا الكلام في المهر أغلب لأن الموجب الأصلي فيه هو مهر المثل على ما عرفت على أنه ان كان لا يمكن تحقيق معنى المقابلة مع بقاء العقد على حاله يمكن تحقيقه مع تغيير العقد من حيث الوصف بأن يجعل ألف بعد الزيادة بمقالة نصف العبد ليخلو النصف عن الثمن فتجعل ألف الزيادة بمقالة النصف الخالي وهذا وان كان تغييرا ولكنهما قصدا تصحيح التصرف ولا حجة إلا بالتغيير ولهما ولاية التغيير ألا ترى أن لهما ولاية الفسخ وأنه فوق التغيير لأن الفسخ رفع الأصل والوصف والتغيير تبدل الوصف مع بقاء أصل العقد فلما ثبت لهما ولاية الفسخ فولاية التغيير أولى ولهما حاجة إلى التغيير لدفع الغبن أو لتقصود آخر فتى اتفاقا على الزيادة وقصدا الصحة ولا حجة إلا بهذا الشرط يثبت هذا الشرط مقتضى تصرفهما تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني بألف درهم وأما شرائط الجواز فمنها القبول من الآخر حتى لو زاد أحدهما ولم يقبل الآخر لم تصح الزيادة (ومنها) المجلس حتى لو افتراق قبل القبول بطلت الزيادة لأن الزيادة في المبيع والثمن إيجاب البيع فيهما فلا بد من القبول في المجلس كما في أصل الثمن والمبيع وأما الخط فلا يشترط له المجلس ولا القبول لأنه تصرف في الثمن بالاسقاط والبراءة عن بعضه فيصح من غير قبول إلا أنه يرتد بالرد كالأبراء عن الثمن كله وأما كون الزيادة والمز يد عليه من غير أموال الر بافهل هو شرط لصحة الزيادة ثمنا ومبيعا وكذا كون الخط من غير أموال الر با هل هو شرط لصحته خطأ وهل يؤثران في فساد العقد على قول أبي حنيفة ليس بشرط ويؤثران فيه وعلى قول أبي يوسف شرط فيبطلان ولا يؤثران في العقد وعلى قول محمد شرط في الزيادة لا في الخط على ما ذكر ولا يشترط قبض المبيع والثمن لصحة الزيادة فتصح الزيادة سواء كانت قبل قبض المبيع والثمن أو بعده وكذلك الخط لا دليل جواز الزيادة والخط لا يوجب الفصل وأما قيام المبيع وقت الزيادة فهل هو شرط لصحة الزيادة ذكر في الجامع الكبير أنه

شرط ولم يذكر الخلاف وروى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة رحمهم الله في غير رواية الأصول أنه ليس بشرط عنده حتى لو هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه أو أعتقه أو دبره أو استولدها أو كان عصيرا فتخمر أو أخرجه المشتري عن ملكه جازت الزيادة عنده وعندهما لا تجوز (وجه) قولهما أن الزيادة تصرف في العقد بالتغيير والعقد منعدم حقيقة إلا أنه يعطى له حكم القيام لقيام أثره وهو الملك ولم يبق بهلاك العين حقيقة أو حكما فلم يبق العقد حقيقة وحكما فلا يحتمل التغيير بالزيادة لأن الزيادة ثابتة عندنا بطريق الاستناد والمستند يثبت للحال ثم يستند فلا بد وأن يجعل شيئا من المبيع بمقابلة الزيادة للحال ولا يتصور ذلك بعد هلاك المبيع فلا يحتمل الاستناد لأن الزيادة لا بد وأن يكون لها حصصة ولا يتحقق ذلك بعد الهلاك ولا في حنيفة ما ذكرنا من الزيادة في الثمن والمبيع لا تستدعي المقابلة لأنها راجحة في الحقيقة وإن كانت مبيعا ونما صورة وتسمية ومن شأن الرجح أن لا يقابله شيء فلا يكون قيام المبيع شرطا لصحة وقوله العقد منعدم عند الزيادة قلنا الزيادة عندنا تجعل كالموجود عند العقد والعقد وجوده يحتمل التغيير إن كانت الزيادة تغييرا على الأصل لا نسلم أن قيام المبيع شرط لبقاء البيع فإن البيع بعد هلاك المبيع يحتمل الانتقاص في الجملة بالرد بالعيب فإن المشتري إذا اطلع على عيب كان به قبل الهلاك يرجع عليه بالتقصان والرجوع بالتقصان فسخ للبيع في قدر الثمن بالعيب بعد هلاكه وهلاك جميع المعقود عليه دل أن العقد يجوز أن يبقى بعد هلاك المعقود عليه في الجملة إذا كان في بقائه فائدة وهنأ في بقائه فائدة فيبقى في حقه كما في حق الرجوع بتقصان العيب وعلى هذا الخلاف الزيادة في مهر المرأة بعد موتها أنها جائزة عندنا وعند لا تجوز ولو اشترى عبد بجارية وتقاضا ثم مات أحدهما ثم زاد أحدهما صاحبه جازت الزيادة عند أبي حنيفة وأبي يوسف أما عند أبي حنيفة رحمه الله فظاهر لأن هلاك المبيع عنده لا يمنع الزيادة وأما عند أبي يوسف فلا نهما تباعا عينا بعين والعقد عنده إذا وقع على عين بعين فهلاك أحد العينين لا يمنع صحة الإقالة فلا يمنع صحة الزيادة ولو كان المبيع قاعا لكن قطع رجل يده عند المشتري فاخذار شها ثم زاد المشتري في الثمن شيئا جازت الزيادة (أما) عند أبي حنيفة فظاهر لأن هلاك جميع المعقود عليه لا يمنع الزيادة فهلاك البعض أولى (وأما) عندهما فلا ن المعقود عليه قائم فكان المقدار قائما فكان محتملا للتغيير بالزيادة ولو رهن المبيع أو أجره ثم زاد المشتري في الثمن جازت الزيادة بخلاف بين أحدا بنا على اختلاف الأصولين على ما ذكرنا وقال محمد لو اشترى جارية وقبضها فماتت في يده وزاد البائع المشتري جارية أخرى فالزيادة جائزة لأن زيادة المبيع تثبت بمقابلة الثمن والثمن قائم ولو زاد المشتري البائع لم يجز لأن زيادة الثمن تثبت بمقابلة المبيع وأنه هالك وهذا على قياس قولهما أن قيام المبيع شرط لجواز الزيادة فهلاكه يكون مانعا أما على أصل أبي حنيفة فالزيادة في الحالين جائزة لأن قيام المبيع عنده ليس بشرط لصحة الزيادة فلا يكون هلاكه مانعا والله عز وجل أعلم (وأما) قيام المعقود عليه فليس بشرط لصحة الخط بالأجماع (أما) عند أبي حنيفة فظاهر لأنه ليس بشرط لصحة الزيادة فالخط أولى (وأما) عندهما فلا نه ليس من شرط صحة الخط أن يلتحق بأصل العقد لا محالة ألا ترى أنه يصح الخط عن جميع الثمن فلا يلتحق إذا لم يلتحق لمرى العقد عن الثمن فلم يلتحق واعتبر خطأ الحال ولأن الخط ليس تصرفا مقابلا لقيام المحل القابل بل هو تصرف في الثمن باسقاط شرطه فلا يراعى له قيام المعقود عليه بخلاف الزيادة فلذلك اختلافهم الزيادة مع الخط مختلفان في حكم آخر وهو أن الزيادة تنقسم على قدر قيمة المبيع والخط لا ينقسم كما لو اشترى عشرين من رجل بالف درهم وزاده المشتري مائة درهم فإن الزيادة تنقسم على قدر قيمتها سواء اشترى ولم يسم لكل واحد منهما ثمنًا أو سمي وأن خط البائع عن المشتري مائة درهم كان الخط نصفين وإنما كان كذلك لأن الثمن يقابل المبيع فإذا زاد في ثمن المبيعين مطلقا فلا بد وأن تقابلهما الزيادة كأصل الثمن والمقابلة في غير أموال الر باقتضى الانقاس من حيث القيمة حكما للمعاوضة والمزاومة كمقابلة أصل الثمن على ما بينا فيما تقدم بخلاف الخط فإنه لا يتعلق له بالمبيع لأنه تصرف في المبيع خاصة باسقاط بعضه فإذا حط من ثمنهما مطلقا فقد سوى بينهما في الخط فكان الخط بينهما نصفين وإن كان

ثمن أحدهما أكثر ولا يلتفت الى زيادة قدر الثمن لان الخط غير مقابل بالثمن حتى تعتبر قيمة القدر والله عز وجل
 أعلم (وأما) كيفية الجواز فالزيادة في المبيع والتمن عندنا لتتحقق باصل العقد كان العقد من الابتداء ورد على
 الاصل والزيادة جميعاً اذا لم يتضمن الالتحاق فساد أصل العقد بلا خلاف بين أصحابنا وكذلك الخط فاما اذا
 تضمن ذلك بأن كانت الزيادة في الاموال الربوية فهل يلتحق به ويفسده أم لا يلتحق به وكذلك الخط اختلف
 أصحابنا في ذلك قال أبو حنيفة رضي الله عنه الزيادة والخط يلتحقان باصل العقد ويفسده وقال أبو يوسف
 يبطلانه ولا يلتحقان باصل العقد صحيح على حاله وقال محمد بن الزيادة باطلة والعقد على حاله والخط جائز به
 مبتدأة وهذا بناء على أصل ذكرناه فيما تقدم ان الشرط الفاسد المتأخر عن العقد الصحيح اذا لحق به هل يلتحق به
 ويؤثر في فساد أم لا وهو على الاختلاف الذي ذكرنا ان الزيادة بمنزلة شرط فاسد متأخر عن العقد الصحيح ألحق
 به فابو يوسف يقول لا تصح الزيادة والخط في أموال الربا لان ذلك لو صح لا يلتحق باصل العقد ولو التحق باصل العقد
 لا وجب فساد أصل العقد لتتحقق الربا فلم يصح بقي أصل العقد صحيحاً كما كان ومحمد يقول لا تصح الزيادة لما قاله
 أبو يوسف فلم تؤثر في أصل العقد فبقى على حاله ويصح الخط لان الالتحاق من لوازم الزيادة فاما ما ليس من لوازم
 الزيادة فلا يصح الخط على ما ذكرناه فيما تقدم وأبو حنيفة يقول الزيادة والخط صحيحان زيادة وحط لان العاقدين
 أو قهما زادة وحطاً ولهما ولاية ذلك فيقومان زيادة وحطاً ومن شأن الزيادة والخط الالتحاق بأصل العقد فيلتحقان به
 فكانت الزيادة والخط ههنا باطلا للعقد السابق ولهما ولاية الابطال بالقسخ وكذلك الزيادة والخط والله عز وجل أعلم
 (وأما) البيع الذي فيه خيار فلا يمكن معرفة حكمه الا بعد معرفة أنواع الخيارات فنقول والله التوفيق الخيارات نوعان
 نوع ثبت شرطاً ونوع ثبت شرعاً لا شرطاً والشرط لا يخلو اما أن يثبت نصاً واما أن يثبت دلالة (أما) الخيار الثالث
 بالشرط فنوعان أحدهما يسمى خيار التعيين والثاني خيار الشرط (أما) خيار التعيين فالكلام فيه في جواز البيع الذي
 فيه خيار التعيين قد ذكرناه في موضعه وانما الحاجة ههنا الى بيان حكم هذا البيع والى بيان صفة الحكم والى بيان ما يبطل
 به الخيار بعد ثبوته ويلزم (أما) الاول فحكمه ثبوت الملك للمشتري في أحد المذكورين غير عين وخيار التعيين اليه
 عرف ذلك بنص كلامهما حيث قال البائع بعث منك أحد هذين الثوبين أو هذين العبدتين أو الدابتين أو غيرهما من
 الاشياء المتفاوتة على أن تأخذ أيهما شئت وقبل المشتري وهذا بوجوب ثبوت الملك للمشتري في أحدهما وثبوت
 خيار التعيين له والاخر يكون ملك البائع امانة في يده اذا قبضه لانه قبضه باذن المالك لا على وجه التمليك ولا على وجه
 الثبوت فكان امانة وليس للمشتري أن يأخذهما جميعاً لان المبيع أحدهما ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل
 البيع لانه يحتمل أن يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع بهلاكه ويحتمل أن يكون غيره فلا يبطل البيع قد صح
 بيقين ووقع الشك في بطلانه فلا يبطل بالشك ولكن المشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك لان المبيع
 قد تغير قبل القبض بالتعيين فيوجب الخيار وكذلك لو كان اشترى أحد الثوب الثلاثة فهلك واحد منها وبقي اثنان
 لا يبطل البيع لما قلنا والمشتري أن يأخذ أيهما شاء لان المالك اذا لم يعين المبيع كان المبيع أحد الباقيين فكان له أن
 يأخذ أيهما شاء وله أن يتركهما كما لو اشترى أحدهما من الابتداء ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع لان المبيع قد
 هلك بيقين فيبطل البيع والله عز وجل أعلم (وأما) صفة هذا الحكم فهو ان الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك
 غير لازم والمشتري أن يردهما جميعاً لان خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك
 فكان محتملاً للفسخ وهذا لان جواز هذا النوع من البيع انما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم الى ذلك لما بينا فيما تقدم
 ولا نعدم حاجتهم الا بعد اللزوم لانه عسى لا يوافقهما كلاهما جميعاً فيحتاج الى ردهما (وأما) بيان ما يبطل به الخيار ويلزم
 البيع فنقول والله التوفيق ما يبطل به الخيار ويلزم البيع في الاصل نوعان اختياري وضروري والاختياري نوعان
 أحدهما صريح الاختيار وما يجرى مجرى الصريح والثاني الاختيار من طريق الدلالة (أما) الصريح فهو ان يقول

اخترت هذا الثوب أو شئته أو رضيت به أو اخترته وما يحرى هذا المحرمى لأنه لما اختار أحدهما فقد عين ملكه فيه فيسقط خيار التعيين ولزم البيع (وأما) الاختيار من طريق الدلالة فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه وهو كل تصرف هو دليل اختيار الملك في الشراء بشرط الخيار وسند كذا في البيع بشرط الخيار إن شاء الله تعالى ولو تصرف البائع في أحدهما فتصرفه موقوف إن عين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لأنه تبين أنه تصرف في ملك غيره وإن عين ما تصرف فيه للأمانة نفذ تصرفه لأنه ظهر أنه تصرف في ملك نفسه فينفذ (وأما) الضرورى فنحو أن يهلك أحدهما بعد القبض فيبطل الخيار لأن الهالك منهما معين للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة لأن أحدهما مبيع والآخر أمانة والأمانة منهما مستحق الرد على البائع وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه فتعين الباقي للرد فتعين الهالك للبيع ضرورة ولو هلك جميعا قبل القبض فلا يخلو إما أن يهلكا على التعاقب وإما أن يهلكا معا فان هلكا على التعاقب فالأول يهلك مبيعا والآخر أمانة لما ذكرنا وإن هلكا معا لزمه ثمن نصف كل واحد منهما لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر فشاع البيع فيهما جميعا ولو هلكا على التعاقب لكنهما اختلفا في ترتيب الهلاك فان كان ثمنهما متساويا فلا فائدة في هذا الاختلاف لأن أيهما هلك أولا فثمن الآخر مثله فلا يفيد الاختلاف وإن كان متفاوتا بان كان ثمن أحدهما أكثر فادعى البائع هلاك أكثرهما ثمننا وادعى المشتري هلاك أقلهما ثمننا كان أبو يوسف أولا يقول يتحالفان وأيها نكل لزمه دعوى صاحبه وإن حلفا جميعا يجمل كأنهما هلكا معا ويلزمه ثمن نصف كل واحد منهما ثم رجع وقال القول قول المشتري مع يمينه وهو قول محمد لأنهما اتفقا على أصل الدين واختلفا في قدره والأصل أن الاختلاف متى وقع بين صاحب الدين وبين المدين في قدر الدين أو في جنسه أو نوعه أو وصفته كان القول قول المدين مع يمينه لأن صاحب الدين يدعى عليه زيادة وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه لأنه صاحب الدين وأيها أقام البينة قبلت بيته وسقطت اليمين وإن أقاما البينة فالبينة بينة البائع لأنها تظهر زيادة ولو تعيب أحدهما فان كان قبل القبض لا يتعين المبيع للبيع لأن التعيين لم يوجد لا نصا ولا دالة ولا ضرورة إلى التعيين أيضا لا مكان الرد والمشتري على خياره وإن شاء أخذ المبيع منهما وإن شاء أخذ الآخر وإن شاء تركهما كما لو لم يتعيب أصلا فان أخذ المبيع منهما أخذه بجميع ثمنه لأنه تبين أنه هو المبيع من الأصل وكذلك لو تعيبا جميعا فالمشتري على خياره لما قلنا وإن كان بعد القبض تعين المبيع للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة كما إذا هلك أحدهما بعد القبض لأن تعيب المبيع هلاك بعضه فلهذا منع الرد ولزم البيع في المبيع المعين فكذا في غير المعين يمنع الرد وتعين المبيع ولو تعيبا جميعا فان كان على التعاقب تعين الأول للبيع ولزمه ثمنه ويرد الآخر لما قلنا ولا يغرر بمحدث العيب شيئا لما قلنا أنه أمانة وإن تعيبا معا لا يتعين أحدهما للبيع لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر وللمشتري أن يأخذ أيهما يشاء بثمنه لأنه إذا لم يتعين أحدهما للبيع بقي المشتري على خياره إلا أنه ليس له أن يردهما جميعا لأن البيع قد لزم في أحدهما بتعيينهما في المشتري وبطل خيار الشرط وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ أن هذا البيع فيه خياران خيار التعيين وخيار الشرط ولا بدله من رتبة معلومة إذ لو لم يكن ملك ردهما جميعا كما لو لم يتعيب أحدهما أصلا لكنه لم يملك لأن ردهما جميعا قبل التعيب ثبت حكما لخيار الشرط وقد بطل خيار الشرط بعد تعيينهما معا فلم يملك ردهما وبقي خيار التعيين فيملك رد أحدهما ولو أزداد عيب أحدهما أو حدث معه غيره لزمه ذلك لأن عدم التعيين للمزاحمة وقد بطلت بزيادة عيب أحدهما أو حدث عيب آخر معه ولا يبطل هذا الخيار بموت المشتري بل يورث بخلاف خيار الشرط لأن خيار التعيين انحاثبت للمورث لثبوت الملك له في أحدهما غير عين وقد قام الوارث مقامه في ذلك الملك فله أن يختار أيهما شاء دون الآخر إلا أنه ليس له أن يردهما جميعا وقد كان للمورث ذلك وهذا يؤيد قول أولئك المشايخ أنه لا بد من خيارين في هذا البيع وقد بطل أحدهما وهو خيار الشرط بالموت لأنه لا يورث على أصل أصحابنا فبطل الحكم المختص به وهو ولاية ردهما جميعا هذا إذا اشترى أحدهما شرعا صحيحاً

(فاما) اذا اشترى أحدهما شراء فاسدا بأن قال للبائع بعث منك أحدهذين العبدین بكذا ولم يذكر الخيار أصلا فان المشتري لا يملك واحدا منهما قبل القبض لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فان قبضهما ملك أحدهما ملكا فاسدا وأيهما هلك لزمته قيمته لانه تعين للبيع والبيع الفاسد يوجب الملك بالقيمة ولو هلكا فان كان على التعاقب لزمته قيمة الهالك الاول لانه تعين للبيع وانه بيع فاسد فيفيد الملك بالقيمة وان هلكا معا لزمه نصف قيمة كل واحد منهما لانه ليس أحدهما بتعيينه للبيع أولى من الآخر فشاع البيع فيهما ولو تعيب أحدهما فعليه أن يردهما جميعا اما غير المعيب فلانه أمانة وأما المعيب فلانه تعين للبيع والمشتري شراء فاسدا ووجب الرد فردهما ويرد معهما نصف نقصان العيب لان المتعيب يحتمل أن يكون هو المبيع فيجب نقصان العيب ويحتمل أن يكون هو الأمانة فلا يجب شيء ولا دلالة على التعيين فيتصرف الواجب ولو تعيب الآخر بعد ذلك وكذا الجواب في نقصان الآخر لان أحدهما أمانة والآخر مضمون بالقيمة ولو تعيبا معا فكذلك يردهما مع نصف نقصان كل واحد منهما لان أحدهما ليس بأولى من الآخر في التعيين للبيع ولو تصرف المشتري في أحدهما يجوز تصرفه فيه ولزمته قيمته ولا يجوز تصرفه في الآخر بعد ذلك لان المتصرف فيه تعين للبيع ولو تصرف البائع في أحدهما فتصرفه موقوف، ان رد ذلك عليه فقد تصرف فيه لانه تبين انه تصرف في ملك نفسه وان لم يرد عليه وتصرف فيه المشتري فقد تصرف فيه ولزمته قيمته وبطل تصرف البائع فيه وكذلك اذا هلك في يد المشتري والاصل ان في كل موضع يلزم المشتري الثمن في البيع الصحيح تلزمه القيمة في البيع الفاسد والله عز وجل أعلم هذا اذا كان الخيار للمشتري أما اذا كان الخيار للبائع فلا يزول أحدهما عن ملكه بنفس البيع وله أن يلزم المشتري أى ثوب شاء قبضه للخيار وليس للمشتري خيار الترتك لان البيع بات في جانبه وللبائع أن يفسخ البيع لانه غير لازم وليس للبائع أن يلزمه المشتري لان المبيع أحدهما ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع ويهلك أمانة لما ذكرنا في خيار المشتري وخيار البائع على حاله ان شاء ألزم المشتري الباقي منهما لانه تعين للبيع وان شاء فسخ البيع فيه لانه غير لازم وليس له أن يلزمه الهالك لانه هلك أمانة وان هلكا جميعا قبل القبض يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين وان هلك أحدهما بعد القبض كان الهالك أمانة أيضا كما لو هلك قبل القبض والزمه الباقي منهما ان شاء وان شاء فسخ البيع فيه لان خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه فيهلك على ملك البائع وله الخيار لقلنا وان هلكا جميعا فان كان هلاكهما على التعاقب فالاول يهلك أمانة وعليه قيمة آخرهما هلا لانه تعين للبيع وانه مبيع هلك في يد المشتري وفيه خيار للبائع فتجب قيمته وان هلكا معا لزمه نصف قيمة كل واحد منهما لانه ليس أحدهما بتعيينه أولى من الآخر ولو تعيب أحدهما أو تعيبا معا قبل القبض أو بعده فخيار البائع على حاله لان المعيب لم يتعين للعيب لانعدام المعين فكان البائع على خياره له أن يلزم المشتري أيهما شاء كما قبل التعيب ثم اذا لزمه أحدهما ينظر ان كان ذلك غير المتعيب منهما لزمه ما لزمه ولا خيار للمشتري في تركه لانعدام التعيين فيه وان كان ما لزمه هو المتعيب فان تعيب قبل القبض فالمشتري بالخيار لان المبيع قد تغير قبل القبض وتغير المبيع قبل القبض يوجب الخيار للمشتري وان تعيب بعد القبض فلا خيار له لان التعيين بعد القبض لا يثبت الخيار وان شاء البائع فسخ البيع واستردهما لان البيع غير لازم فله ولاية الفسخ ثم ينظر ان كان تعيبهما في يد البائع فلا شيء له لانهما تعيبا لا في ضمان المشتري وان كان تعيبهما في يد المشتري فللبائع أن يأخذ من المشتري نصف نقصان كل واحد منهما لان أحدهما مضمون عنده بالقيمة والآخر عنده أمانة ولا يعلم أحدهما من الآخر ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيهما أو في أحدهما لان أحدهما ليس بمبيع بيقين والآخر مبيع لكن لباثمه فيه خيار وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه ولو تصرف البائع في أحدهما جاز تصرفه فيه ويتعين الآخر للبيع وله الخيار الا لزام فيه والفسخ ولو تصرف فيهما جميعا جاز تصرفه فيهما ويكون فسخا للبيع لان تصرفه فيهما دليل اقرار الملك فيهما فيضمن فسخ البيع كما في المبيع المعين والله عز وجل أعلم (واما) خيار الشرط فالكلام في جواز البيع بشرط الخيار

وشرائه قد مر في موضعه وانما الحاجة ههنا الى بيان صفة هذا البيع والى بيان حكمه والى بيان ما يسقط به الخيار ويلزم البيع والى بيان ما ينسخ به البيع (اما) صفته فهي انه بيع غير لازم لان الخيار يمنع لزوم الصفقة قال سيدنا عمر رضي الله عنه البيع صفقة أو خيار ولان الخيار هو التخيير بين البيع والاجازة وهذا يمنع اللزوم كخيار العيب وخيار الرؤية ثم الخيار كما يمنع لزوم الصفقة فعند القبض يمنع تمام الصفقة لان الثابت بنفس البيع ملك غير متأكد وانما التأكد بالقبض وعلى هذا يخرج ما اذا كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء انه ليس لمن له الخيار أن يحجز البيع في البعض دون البعض من غير رضا الآخر سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري وسواء كان البيع مقبوضاً أو غير مقبوض لان الاجازة في البعض دون البعض تريق الصفقة في اللزوم وكلا لا يجوز تريق أصل الصفقة وهو الايجاب والقبول الا برضا العاقلين بان يقبل البيع في بعض المبيع دون البعض بعد اضافة الايجاب والقبول الى الجملة ويوجب البيع بعد اضافة القبول الى جملة لا يجوز في وصفها وهوان يلزم البيع في البعض دون البعض الا برضاها ولو هلك أحد العبدن في يد البائع والخيار له لم يكن له أن يحجز البيع في الباقي الا برضا المشتري لان البيع انفسخ في قدر الهالك فالاجازة في الباقي تكون تريق الصفقة على المشتري فلا يجوز من غير رضاه ولو هلك أحدهما في يد المشتري فللبائع أن يحجز البيع في الباقي في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ينتقض البيع وليس له أن يحجز البيع في الباقي وان كان المبيع ماله مثل من المسكيل والموزون والعددي المتقارب فهلك بعضه فللبائع أن يحجز البيع في الباقي بخلاف (وجه) قول محمد ان الاجازة ههنا بمنزلة انشاء التمليك لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فكان للاجازة حكم الانشاء والهالك منهما خرج عن احتمال الانشاء والانشاء في الباقي تمليك بحصته من الثمن وهي محاولة فيما لا مثل له فلم يحتمل الانشاء وفيه الهلاك ما نعلم من الاجازة وقوله الاجازة ههنا انشاء قلنا ممنوع فان العقد من حين وجوده انعقد في حق الحكم فلم يكن الهلاك مانعاً من الاجازة وقوله الاجازة ههنا انشاء قلنا ممنوع فان العقد ينقضي في حق الحكم بدون الاجازة من انقضاء المدة وبموت من له الخيار ولو كانت الاجازة انشاء لتوقف حكم العقد على وجودها وهذا بخلاف بيع الفضولي اذا هلك المبيع قبل الاجازة ثم اجازته المالك لم يحجز وههنا جاز فهلاك المبيع في بيع الفضولي يمنع من الاجازة وههنا لا يمنع (وجه) الفرق ان بيع الفضولي يثبت بطريق الاستناد والمستند ظاهر من وجهه مقتصر من وجهه فكانت الاجازة اظهارة من وجهه انشاء من وجهه فن حيث انها اظهارة كان لا يقف صحته على قيام المحل ومن حيث انها انشاء يقف عليه (فاما) في البيع بشرط الخيار فالحكم يثبت عند الاجازة بطريق الظهور المحض فكانت الاجازة اظهارة ان العقد من وقت وجوده انعقد في حق الحكم والمحل كان قابلاً وقت العقد فهلاكه بعد ذلك لا يمنع من الاجازة والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة في رجلين اشترى شيئاً على انهما بالخيار فيه ثلاثة أيام فاختر انه يلزم البيع حتى لا يملك الاخر الفسخ احترازاً عن تريق الصفقة في اللزوم وسند كرم المسئلة في خيار العيب ان شاء الله تعالى (واما) حكم هذا البيع فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا لا حكم له للمحال والخيار يمنع انعقاد العقد في الحكم للمحال لمن له الخيار بل هو للمحال موقوف على معنى انه لا يعرف حكمه للمحال وانما يعرف عند سقوط الخيار لانه لا يدري انه يتصل به الفسخ أو الاجازة فيتوقف في الجواب للمحال وهذا تفسير التوقف عندنا وقال الشافعي رحمه الله في قول مثل قولنا وفي قول هو منع مقدمفيد للتملك لكن ملكاً مسلطاً على فسخه بالخيار (وجه) قوله ان البيع بشرط الخيار لا يفارق البيع البات الا في الخيار والخيار لا يمنع ثبوت الملك كخيار العيب بالاجماع وخيار الرؤية على أصلكم (ولنا) ان جواز هذا البيع مع انه معدول به عن القياس للحاجة الى دفع الغبن ولا اندفاع لهذه الحاجة الا بامتناع ثبوت الملك للمحال لان من الجائز أن يكون المشتري قريب المشتري فلو ملكه للمحال لعتق عليه للمحال فلا تندفع حاجته ثم الخيار لا يخلو اما ان كان للبائع والمشتري جميعاً واما ان كان للبائع وحده واما ان كان للمشتري وحده واما ان كان لغيرهما بان شرط أحدهما الخيار لثالث فان كان الخيار لهما فلا ينمقد العقد في حق الحكم في البدلين جميعاً فلا يلزم للمبيع عن

ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري وكذا لا يزول الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع لان المانع من الانعقاد في حق الحكم موجود في الجانبين جميعا وهو الخيار وان كان البائع وحده فلا ينقضي في حق الحكم في حقه حتى لا يزول المبيع عن ملكه ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيه ويخرج الثمن عن ملك المشتري لان البيع بات في حقه وهل يدخل في ملك البائع عند أبي حنيفة لا يدخل وعند أبي يوسف ومحمد يدخل وان كان للمشتري وحده لا ينقضي في حق الحكم في حقه حتى لا يزول الثمن عن ملكه ولا يجوز للبائع أن يتصرف فيه اذا كان عينا ولا يستحقه على المشتري اذا كان ديناً ويخرج المبيع عن ملك البائع حتى لا يجوز له التصرف فيه لان البيع بات في حقه وهل يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة لا يدخل وعندهما يدخل وجه قولهما ان ثبوت الحكم عند وجود المستدعي هو الاصل والامتناع بعارض والمانع ههنا هو الخيار وانه وجد في أحد الجانبين لا غير فيعمل في المنع فيه لا في الجانب الآخر ألا ترى كيف خرج المبيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشتري والثمن عن ملك المشتري اذا كان الخيار للبائع فدل ان البيع بات في حق من لا خيار له فيعتق في ثبات هذا الحكم الذي وضع له (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان الخيار اذا كان للبائع فالمبيع لم يخرج عن ملكه واذا كان للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه وهذا يمنع دخول الثمن في ملك البائع في الاول ودخول المبيع في ملك المشتري في الثاني لوجهين أحدهما انه جمع بين البذل والمبدل في عقد المبادلة وهذا لا يجوز والثاني ان في هذا ترك التسوية بين العاقلين في حكم المعاوضة وهذا لا يجوز لانهما لا يرضيان بالتفاوت وقولهما البيع بات في حق من لا خيار له قلنا هذا يوجب البتات في حق الزوال لا في حق الثبوت لان الخيار من أحد الجانبين له أثر في المنع من الزوال وامتناع الزوال من أحد الجانبين يمنع الثبوت من الجانب الآخر ان كان لا يمنع الزوال لما ذكرنا من الوجهين ويتفرع على هذا الاصل بين أبي حنيفة وصاحبيه مسائل (منها) اذا اشترى ذارحم محرم منه على انه بالخيار ثلاثة أيام لا يعتق عليه عند أبي حنيفة رحمه الله لانه لم يدخل في ملكه عنده ولا يعتق بدون الملك وهو على خياره ان شاء ففسخ البيع وان شاء أجازه فان فسخ لا يعتق لان العبد عاد الى ملك البائع وان أجازه عتق لانه سقط الخيار ولزم العقد فيلزمه الثمن وعندهما يعتق عليه بنفس الشراء ويلزمه الثمن ويبطل خياره لانه دخل في ملكه ولو قال لعبد الغير ان اشترى بك فانت حر فاشتراه على انه بالخيار ثلاثة أيام عتق عليه بالاجماع (اما) عندهما فظاهر لانه ملكه بنفس الشراء فوجد شرط الحنث فعتق (واما) عند أبي حنيفة فلان المعلق بالشرط كالمعجز عند وجود الشرط ولو نجح عتقه بعد شرائه بشرط الخيار عتق وسقط خياره لكون الاعناق اجازة واختيار الملك على ما ذكرنا هذا والله عز وجل أعلم (ومنها) اذا اشترى جارية قد ولدت منه بالنكاح على انه بالخيار ثلاثة أيام لا تصير أم ولده عند أبي حنيفة لانها لم تدخل في ملكه وهو على خياره ان شاء ففسخ البيع وعادت الى ملك البائع وان شاء أجازه وصارت أم ولده ولزمه الثمن وعندهما صارت أم ولده بنفس الشراء لانها دخلت في ملكه فبطل خياره ولزمه الثمن (ومنها) اذا اشترى زوجه بشرط الخيار ثلاثة أيام لا يفسد النكاح عند أبي حنيفة لانها لم تدخل في ملكه عنده وعندهما فسد لدخولها في ملكه وملك أحد الزوجين رقبة صاحبه أو شقصا منها يرفع النكاح فان وطئها في مدة الخيار فان كانت بكرًا كان اجازة بالاجماع (اما) عند أبي حنيفة فلاجل النقصان بازالة البكارة وهي العذرة لا لاجل الوطء لان ملك النكاح قائم فكان حل الوطء قائماً فلا حاجة الى ملك اليمين (واما) عندهما فلاجل النقصان والوطء جميعا فان كانت ثيباً لا يبطل خياره عند أبي حنيفة لان بطلان الخيار لضرورة حل الوطء ولا ضرورة لان ملك النكاح قائم فكان حل الوطء ثابتاً فلا ضرورة الى ملك اليمين بحل الوطء فلم يبطل الخيار وعندهما يبطل خياره لضرورة حل الوطء بملك اليمين لا ارتفاع النكاح بنفس الشراء بخلاف ما اذا لم تكن الجارية زوجه له ووطئها انه يكون اجازة سواء كانت بكرًا أو ثيباً لان حل الوطء هناك لا يثبت الا بملك اليمين لانعدام النكاح فكان اقدامه على الوطء اختياراً للملك فيبطل الخيار (ومنها) اذا اشترى جارية على انه بالخيار ثلاثة أيام وقبضها فحاضت عنده في مدة الخيار حيضة

كاملة أو بعض حبيضة في مدة الخيار فاختار البيع لا تجزى تلك الحبيضة في الاستبراء عند أبي حنيفة وعليه أن يستبرئها بحبيضة أخرى لانها لم تدخل في ملكه عنده ولم يوجد سبب وجوب الاستبراء وعندهما يحتسب بها لانها دخلت في ملكه فكانت الحبيضة بعد وجود سبب وجوب الاستبراء فكانت محسوبة منه ولو اختار فسخ البيع ورد الجارية فلا استبراء على البائع عند أبي حنيفة سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما قبل القبض القياس أن يجب وفي الاستحسان لا يجب وبعد القبض يجب قياسا واستحسانا على ما ذكرنا في مسائل الاستبراء وإن كان الخيار للبائع ففسخ العقد لا يجب عليه الاستبراء لانها لم تخرج عن ملكه وإن أجاز له فعل المشتري أن يستبرئها بعد الاجازة والقبض بحبيضة أخرى بالاجماع لانه ملكها بعد الاجازة وبعد القبض ملكها مطلقا (ومنها) اذا اشترى شيئا بعينه على أنه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه باذن البائع ثم أودعه البائع في مدة الخيار فهلك في مدة الخيار أو بعدها هلك على البائع وبطل البيع عند أبي حنيفة لانه لم يدخل في ملك المشتري ولما دخل رده على البائع فقد ارتفع قبضه فهلك المبيع قبض القبض وعندهما هلك على المشتري ويلزمه الثمن لانه دخل في ملكه أعنى المشتري فقد أودع ملك نفسه ويد المودع يده فهلاكه في يده كهلاكه في يده نفسه ولو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري أودعه البائع في مدة الخيار فهلك في يد البائع قبل جواز البيع أو بعده بطل البيع بالاجماع ولو كان البيع باثنا فقبضه المشتري باذن البائع أو بغير اذنه والثمن منقود أو مؤجل وله خيار رؤية أو عيب فإودعه البائع فهلك عند البائع هلك على المشتري ويلزمه الثمن بالاجماع لان خيار الرؤية والعيب لا يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فكان مودعاً لملك نفسه والله عز وجل أعلم (ومنها) اذا اشترى ذمي من ذمي سخر أو خذيراً على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبضه ثم أسلم المشتري بطل العقد عند أبي حنيفة لانه لم يدخل في ملك المشتري والمسلم ممنوع عن تملك الخمر بالبيع وعندهما يلزم العقد ولا يبطل لانه دخل في ملك المشتري والاسلام يمنع من اخراجه عن ملكه ولو أسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لان البيع بات في جانبه والاسلام في البيع بات لا يوجب بطلانه اذا كان بعد القبض والمشتري على خياره فان أجاز البيع جاز ويلزمه الثمن وإن فسخته انفسخ وصار الخمر للبائع حكماً والمسلم من أهل أن يملك الخمر حكماً لا ترى أنه يملكها بالميراث ولو كان الخيار للبائع فأسلم البائع بطل الخيار لان خيار البائع يمنع خروج السلعة عن ملكه والاسلام يمنع اخراج الخمر عن ملكه بالعقد فبطل العقد ولو أسلم المشتري لا يبطل البيع لان البيع بات في جانبه والبائع على خياره فان فسخ البيع عادت الخمر اليه وإن أجاز وصار الخمر للمشتري حكماً والمسلم من أهل أن يملكها حكماً كما في الارث ولو كان البيع باثنا فأسلم أحدهما لا يبطل البيع لان الاسلام متى ورد والحرام مقبوض يلاقيه بالقبول لانه لم يثبت بعد الاسلام ملك مبتدأ لثبوتها بالعقد والقبض على الكمال وانما يوجد بعد الاسلام دوام الملك والاسلام لا ينافيه فان المسلم اذا تخمر عصيره فلا يؤمر ببطلان حقه فيها هذا كله اذا أسلم أو أسلم أحدهما بعد القبض فاما اذا كان قبل القبض بطل البيع كيف ما كان سواء كان البيع باثنا أو بشرط الخيار لهما أو لا أحدهما لان الاسلام متى ورد والحرام غير مقبوض يمنع من قبضه بحكم العقد لما في القبض من معنى انشاء العقد من وجه فيلحق به في باب الحرمات احتياطاً على ما ذكرنا فيما تقدم وقد تظهر فوائد هذا الاصل في فرع آخر يطول ذكرها وإن كان المبيع داراً فإن كان الخيار للبائع لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لان المبيع لم يخرج عن ملك البائع وإن كان للمشتري يثبت للشفيع حق الشفعة بالاجماع (أما) على أصلهما فظاهر لان المبيع في ملك المشتري (وأما) على أصل أبي حنيفة فالمبيع وإن لم يدخل في ملك المشتري لكنه قد زال عن ملك البائع بالاجماع وحق الشفعة يعتمد على ملك البائع لا ثبوت ملك المشتري والله عز وجل أعلم ولوتبايعا عبداً بجارة ففسخ العقد فاعتق البائع العبد فقد اعتاقه وانفسخ البيع لان خيار البائع يمنع من العبد عن ملكه فقد اعتق ملك نفسه فنفسد وإن اعتق الجارية فقد أيضاً ولزم البيع (أما) على أصلهما فظاهر لانه ملكها فاعتق ملك نفسه (وأما) على أصل أبي حنيفة وإن لم يملكها بالعقد لكن الاقدام على الاعتاق دليل عقد المالك اذ لا وجود للعقد الا بالملك ولا

ملك الاستقواط الخيار فتضمن اقدمه على الاعناق اسقاط الخيار ولو أعتقهما معا نفذ اعتاقهما جميعا وبطل البيع وعليه قيمة الجارية وعندهما نفذ اعتاقهما ولا شيء عليه أما نفوذ اعتاقهما (أما) العبد فلا شك فيه لأنه لم يخرج عن ملك البائع بخلاف (وأما) الجارية فكذلك على أصلهما لأنها دخلت في ملكه وعند أبي حنيفة وإن لم تدخل في ملكه بنفس العقد فقد دخلت بمقتضى الاقدام على اعتاقهما على ما بينا فاعتاقهما صاف محلا مملوكا للمعتق فنفذ (وأما) لزوم قيمة الجارية عند أبي حنيفة فلان العبد بدل الجارية وقد هلك قبل التسليم بالا عتاق وهلاك المبيع قبل التسليم بوجوب بطلان البيع وإذا بطل البيع وجب رد الجارية وقد عجز عن ردها بسبب العتق فيغير قيمتها ولو اعتق المشتري العبد أو الجارية لم ينفذ اعتاقه (أما) العبد فلأنه لم يدخل في ملكه (وأما) الجارية فلأنها خرجت عن ملكه والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يسقط به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق أما خيار البائع فما يسقط به خياره ويلزم البيع نوعان في الاصل أحدهما اختياري والآخر ضروري أما الاختياري فلا جازة لأن الاصل هو لزوم البيع والامتناع بعارض الخيار وقد بطل بالاجازة فيلزم البيع والاجازة نوعان صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة (أما) الاول فنحو أن يقول البائع أجزت البيع أو أوجبت أو أسقطت الخيار أو أبطلته وما يجري هذا الجرى سواء علم المشتري الاجازة أو لم يعلم (وأما) الاجازة بطريق الدلالة فهي أن يوجد منه تصرف في الثمن يدل على الاجازة وإيجاب البيع فالأقدام عليه يكون اجازة للبيع دلالة والاصل فيه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لبريرة حين عتقت ملكك بضعك فاختاري وان وطئك زوجك فلا خيار لك فقد جعل النبي عليه الصلاة والسلام تمكينهما من الوطء دليل بطلان الخيار فصار ذلك أصلا لان الخيار كما يسقط بصريح الاسقاط يسقط بالاسقاط من طريق الدلالة وعلى هذا يخرج ما اذا كان الثمن عينا فتصرف البائع فيه تصرف المالك بأن باعه أو ساومه أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو أجره أو رهنه ونحو ذلك لان ذلك يكون اجازة للبيع (أما) على أصلهما فلان الثمن دخل في ملك البائع فكان التصرف فيه دليل تقرر ملكه وأنه دليل اجازة للبيع (وأما) على أصل أبي حنيفة فالأقدام على التصرف يكون دليل اختيار المالك فيه وذليل الاجازة وكذا لو كان الثمن دينافا برأ البائع المشتري من الثمن أو اشترى به شيئا منه أو وهبه من المشتري فهو اجازة للبيع لما قلنا ويصح شراؤه وهبته لان هبة الدين والشراء به ممن عليه الدين وأنه جائز وكذا الوسامه البائع بالثمن الذي في ذمته شيئا لأنه قصد تملك ذلك الشيء ولا يمكنه التملك الا بثبوت ملكه في الثمن أو تقرر فيه ولو اشترى بالثمن شيئا من غيره لم يصح الشراء وكان اجازة (أما) عدم صحة الشراء فلأنه شراء بالدين من غير من عليه الدين (وأما) كونه اجازة للبيع فلان الشراء به من غيره وإن لم يصح لكنه قصد التملك وذليل الاجازة كما اذا ساومه بل أولى لان الشراء به في الدلالة على قصده التملك فوق المساومة فلما كانت المساومة اجازة فالشراء أولى بخلاف ما اذا كان البائع قبض الثمن الذي هو دين فاشترى به شيئا أنه لا يكون اجازة للبيع لان عين المقبوض ليس بمستحق الرد عند الفسخ لان الدراهم والدنانير لا يتعينان عندنا في الفسخ كما لا يتعينان في العقد فلم يكن المقبوض فيه مستحق الرد فلا يكون التصرف فيه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اشترى به قبل القبض لأنه أضاف الشراء الى عين ما هو مستحق بالعقد فكان دليل القصد الى الملك أو تقرر الملك فيه على ما قلنا ولو كان الخيار للمشتري فابراه البائع من الثمن قال أبو يوسف رحمه الله لا يصح البراء لان خيار المشتري يمنع وجوب الثمن والبراء اسقاط ما ليس بثابت لا يتصور وروى عن محمد رحمه الله أنه اذا أجاز البيع نفذ البراء لان الملك ثبت مستندا الى وقت البيع فتبين ان الثمن كان واجبا فكان ابرأؤه بعد الوجوب فينفذ والله عز وجل أعلم (وأما) الضروري فثلاثة أشياء (أحدهما) مضى مدة الخيار لان الخيار مؤقت به والمؤقت الى غاية ينتهي عند وجود الغاية لكن هل تدخل الغاية في شرط الخيار بان شرط الخيار الى الليل أو الى الغد هل يدخل الليل أو الغد قال أبو حنيفة عليه الرحمة تدخل وقال أبو يوسف ومحمد لا تدخل (وجه) قولهما ان الغاية لا تدخل تحت ماضى بته الغاية كما في قوله تعالى عز

شأنه ثم أموا الصيام الى الليل حتى لا يجب الصوم في الليل وكما في التأجيل الى غاية ان الغاية لا تدخل تحت الاجل كذا
هذا ولا يحنيفة ان الغايات منقسمة غاية اخراج وغاية اثبات فغاية الاخراج تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما في قوله
تعالى فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق والغاية ههنا في معنى غاية الاخراج ألا ترى أنه لو لم يذكر الوقت أصلاً
لاقتضى ثبوت الخيار في الاوقات كلها حتى لم يصبح لانه يكون في معنى شرط خيار مؤبد بخلاف التأجيل الى غاية فانه
لولا ذكر الغاية لم يثبت الاجل أصلاً فكانت الغاية غاية اثبات فلم تدخل تحت ما ضربت له الغاية والثاني موت البائع
في مدة الخيار عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل الخيار بموته بل يقوم وارثه مقامه في الفسخ والاجازة والله عز
وجل أعلم ولقب هذه المسئلة ان خيار الشرط هل يورث أم لا عندنا يورث وعنده لا يورث وأجمعوا على ان خيار
القبول لا يورث وكذا خيار الاجازة في بيع الفضولي لا يورث بالاجماع وكذا الاجل لا يورث بالاتفاق وأجمعوا
على ان خيار العيب وخيار التعيين يورث (وأما) خيار الرؤية فلم يذكر في الاصل وذكر في الحيل أنه لا يورث
وكذا روى ابن سبيعة عن محمد أنه لا يورث احتج الشافعي رحمه الله بظواهر آيات المواريث حيث أثبت الله عز
وجل الارث في المتروك مطلقاً والخيار متروك فيجري فيه الارث وبما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال
من ترك مالا أو حثأ فلو رثته والخيار حق تركه فيكون لو رثته ولا نه حق ثبت بالبيع فيجري فيه الارث كالملك
الثابت وهذا لان الارث كما يثبت في الاملاك يثبت في الحقوق الثابتة بالبيع ولهذا يثبت في خيار العيب وخيار
التعيين كذا هذا ولنا ان الخيار لو ثبت للوارث لم يخل من أن يثبت ابتداء أو بطريق الارث لا سبيل الى الاول لان
الشرط لم يوجد من الوارث ابتداء واثبات الخيار له من غير وجود شرط الخيار منه خلاف الحقيقة ولا سبيل الى الثاني
لان الوارث يعتمد الباقي بعدموت المورث وخياره لا يبقى بعدموته لان خياره بخيره بين الفسخ والاجازة ولا يتصور
ذلك منه بعدموته فلا يورث بخلاف خيار العيب والتعيين لان المورث هناك محتمل للارث وهو العين المملوكة
(وأما) الآية والحديث فنقول بموجبهما لكن لم قلتم ان الخيار متروك وهذا لان المتروك عين تبقى والخيار عرض لا
يبقى فلم يكن متروكاً فلا يورث والله عز وجل أعلم (والثالث) اجازة أحد الشريكين عند أبي حنيفة رحمه الله بان
تبايعا على أنهما بالخيار فجاز أحدهما بطل الخيار ولزم البيع عنده حتى لا يملك صاحبه الفسخ وعندهما لا يبطل
وخيار الآخر على حاله وسند كرم المسئلة في خيار العيب ولو بلغ الصبي في مدة خيار الشرط للاب أو الوصي لنفسه في
بيع مال الصبي هل يبطل الخيار قال أبو يوسف يبطل ويلزم العقد وقال محمد تنقل الاجازة الى الصبي فلا يملك
الولي الاجازة لكنه يملك الفسخ (وجه) قول محمد ان الولي يتصرف في مال الصغير بطريق النيابة عنه
شرعاً المجزؤه عن التصرف بنفسه وقد زال العجز بالبلوغ فتنتقل الاجازة اليه الا أنه يملك الفسخ لانه من باب
دفع الحق فيملكه كالفضولي في البيع انه يملك الفسخ قبل اجازة المالك وان لم يملك الاجازة (وجه) قول أبي
يوسف ان الخيار يثبت للولي وهو ولاية الفسخ والاجازة وقد بطل بالبلوغ فلا يحتمل الانتقال الى الصبي ولهذا لم
ينتقل الى الوارث بموت من له الخيار ولو عجز المكاتب في مدة خيار شرطه لنفسه في البيع بطل الخيار ولزم البيع في
قولهم جميعاً لانه لما عجز ورد الى الرق لم يبق له ولاية الفسخ والاجازة فيسقط الخيار ضرورة كما يسقط بالموت وكذا
العبد المأذون اذا حجج عليه المولى في مدة الخيار بطل خياره عند أبي يوسف واحدى الروايتين عن محمد لما قلنا ولو
اشترى الاب أو الوصي شيئاً بدين في الذمة وشرط الخيار لنفسه ثم بلغ الصبي جاز العقد عليهما والصبي بالخيار ان شاء
أجاز البيع وان شاء فسخ (أما) الجواز عليهما فلا نؤاخذ بهما قد قطعتم بالبلوغ فلا يملك ان التصرف بالفسخ
والاجازة فيبطل خيارهما وجاز العقد في حقهما (وأما) خيار الصبي فلا نؤاخذ بهما ولا لزوم لم يثبت في حقه وانما
يثبت في حقهما فكان له خيار الفسخ والاجازة (وأما) خيار المشتري فيسقط بما يسقط خيار البائع وبغيره أيضاً
فيسقط بمضى المدة وموت من له الخيار عندنا واجازة أحد الشريكين عند أبي حنيفة والاجازة صريح وما هو في معنى

الصرح ودلالة وهو أن يتصرف المشتري في المبيع تصرف المالك كالبيع والمساومة والاعتاق والتدبير والكتابة
والاجارة والهبة والرهن سلم أو لم يسلم لان جواز هذه التصرفات يعتمد الملك فالأقدام عليها يكون دليل على قصد التملك
أو تقر الملك على اختلاف الاصلين وذادليل الاجازة وكذا الوطء منه والتقبيل بشهوة والمباشرة للشهوة والنظر
الى فرجها الشهوة يكون اجازة منه لانه تصرف لا يحل الا بملك اليمين وأما المس عن غير شهوة والنظر الى فرجها بغير
شهوة فلا يكون اجازة لان ذلك مباح في الجملة بدون الملك للطبيب والقابلة وأما الاستخدام فالقياس أن يكون اجازة
بمنزلة المس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة وفي الاستحسان لا يكون اجازة لانه لا يختص بالملك ولا يحتاج
اليه للتجربة والامتحان لينظر انه يوافق أم لا على ان فيه ضرورة لان الاحتراز عن ذلك غير ممكن بأن يسأله ثوبه عند
اوداع الرد فيرده أو يستسرحه دابته ليركبها فيرده فسقط اعتباره لمكان الضرورة ولوقبلت الجارية المشتري بشهوة أو
باشرة فان كان ذلك يتمكين بأن علم ذلك منها وتركها حتى فعلت يسقط خياره وكذا هذا في حق خيار الرؤية اذا
قبلته بعد الرؤية وكذا في خيار العيب اذا وجد بها عيباً ثم قبلته وكذا في الطلاق اذا فعلت ذلك كان رجعة وان
اختلست اختلاسا من غير تمكين المشتري والزوج وهو كاره لذلك فكذلك عند أبي حنيفة وروى عن أبي
يوسف انه لا يكون ذلك رجعة ولا اجازة للبيع وقال محمد لا يكون فعلها اجازة للبيع كيف ما كان وأجمعوا على انها
لو باضعتته وهو نائم بأن أدخلت فرجه فرجها انه يسقط الخيار ويكون رجعة (وجه) قول محمد ان الخيار حق شرط
له ولم يوجد منه ما يبطله نصا ولا دالة وهو فعل يدل عليه فلا يبطل ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الاحتياط يوجب
سقوط الخيار اذا لم يسقط ومن الجائز أن يفسخ البيع لتبيين ان المس عن شهوة والتمكين من المس عن شهوة حصل
في غير ملك وكل ذلك حرام فكان سقوط الخيار وثبت الرجعة بطريق الصيانة عن ارتكاب الحرام وانه واجب
ولان المس عن شهوة يفضي الى الوطء والسبب المقضي الى الشيء يقوم مقامه خصوصا في موضع الاحتياط فأقيم
ذلك مقام الوطء من المشتري ولهذا ثبت حرمة المصاهرة بالمس عن شهوة من الجانبين لكونه سببا مفضيا الى الوطء
فأقيم مقامه كذا هذا ولوقبل المشتري الجارية ثم قال قبلتها لغير شهوة فالقول قوله كذا روى عن محمد لان الخيار كان
ثابتا له فهو بقوله كان لغير شهوة ينكر سقوطه فكان القول قوله وكذلك قال أبو حنيفة في الجارية اذا قبلت المشتري
بشهوة انه انما يسقط الخيار ويلزمه العقد اذا أقر المشتري انها فعلت بشهوة (فأما) اذا أنكر أن يكون ذلك بشهوة
فلا يسقط لان حكم فعلها يلزم المشتري بسقوط حقه فيتوقف على اقراره ولو حدث في المبيع في يد المشتري ما يمنع
الرد على البائع بطل خياره لان فائدة الخيار هو التمكن من الفسخ والرد فاذا خرج عن احتمال الرد لم يكن في بقاء الخيار
فائدة فلا يبقى وذلك نحو ما اذا هلك في يده أو انتقص بأن تعيب بعيب لا يحتمل الارتفاع سواء كان ذلك فاحشا أو
يسيرا وسواء كان ذلك بفعل المشتري أو بفعل البائع أو بآفة سهوية أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي لان حدوث
هذه المعاني في يد المشتري يمنع الرد (أما) الهلاك فظاهر وكذا النقصان لقوات شرط الرد وهو أن يكون ما قبض
كما قبض لانه اذا انتقص شيء منه فقد تعذر رد القدر الفائت فتقر رعي المشتري حصته من الثمن لان فواته حصل في
ضمان المشتري فلو رد الباقي كان ذلك تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهذا لا يجوز واذا امتنع الرد بطل الخيار
لما قلنا وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف أيضا الا في خصلة واحدة وهي ما اذا انتقص بفعل البائع
فان المشتري فيها على خياره عنده ان شاء رد عليه وان شاء أمسكه وأخذ الارش من البائع كذا ذكر القاضى في
شرحه مختصر الطحاوى الاختلاف وذكر الكرخي رحمه الله الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم
الله وان كان العيب مما يحتمل الارتفاع كالمريض فالمشتري على خياره ان شاء فسخ وان شاء أجاز لان كل عارض
على أصل اذا ارتفع يلحق بالعدم ويجعل كانه لم يكن هذا هو الأصل وليس له أن يفسخ الا أن يرتفع العيب في مدة الخيار
فان مضت المدة والعيب قائم بطل حق الفسخ ولزم البيع لتعذر الرد والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا ازداد

المبيع زيادة متصلة غير متولدة من الاصل كما اذا كان ثوباً فصبغه أو سويقاً فقلته بسمن أو كان أرضاً فبنى عليها أو غرس فيها أنه يبطل خياره لأن هذه الزيادة مانعة من الرد بالاجماع فكانت مسقطاً للخيار ولو كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالخس والجمل والسمن والبر من المرض والجلد البياض من العين ونحو ذلك فبذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يبطل بناء على أن هذه الزيادة تمنع الرد عندهما كفاي العيب في المهر في النكاح وعنده لا تمنع والمسألة تأتي في موضعها إن شاء الله تعالى وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والتمر واللبن ونحوها أو كانت غير متولدة من الاصل لكنها بدل الجزء القاتل كالارث أو بدل ما هو في معنى الجزء كالعقر يبطل خياره لأنها مانعة من الرد عندنا وإن كانت منفصلة غير متولدة من الاصل ولا هي بدل الجزء القاتل أو ما هو في معنى الجزء كالصدقة والكسب والغلة لا يبطل خياره لأن هذه الزيادة لا تمنع الرد فلا يبطل الخيار فإن اختار المبيع فالزوائد له مع الاصل لأنه تبين أنها كسب ملكه فكانت ملكه وإن اختار الفسخ رد الاصل مع الزوائد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد الزوائد تكون له بناء على أن ملك المبيع كان موقوفاً فإذا فسخ تبين أنه لم يدخل في ملكه فتبين أن الزيادة حصلت على ملك البائع فيردها اليه مع الاصل وعندهما المبيع دخل في ملك المشتري فكانت الزوائد حاصلة على ملكه والفسخ يظهر في الاصل لا في الزيادة فبقيت على حكم ملك المشتري ولو كان المبيع دابة فركبها فإن ركبها لحاجة نفسه كان اجازة وإن ركبها ليسقيها أو يشتري لها علقة أو وليدها على بائعها فالقياس أن يكون اجازة لأنه يمكنه أن يفعل ذلك قوداً وفي الاستحسان لا يكون اجازة وهو على خياره لأن ذلك مما لا بد منه خصوصاً إذا كانت الدابة صعبة لا تنقاد بالقود فكان ذلك من ضرورات الرد فلا يحل اجازة ولو ركبها لينظر الى سيرها لا يبطل خياره لأنه لا بد له من ذلك للاختبار بخلاف خيار العيب انه اذا ركبها بعد ما علم بالعيب انه يبطل خياره لأنه منه بدا ولا حاجة الى الركوب هناك لمعرفة سيرها فكان دليل الرضا بالعيب ولو كان المبيع ثوباً فلبسه لينظر الى قصره من طوله وعرضه لا يبطل خياره لأن ذلك مما يحتاج اليه للتجربة والامتحان أنه يوافق أم لا فلم يكن منه بد ولو ركب الدابة ليعرف سيرها ثم ركبها مرة أخرى ينظر ان ركبها لمعرفة سير آخر غير الاول بأن ركبها مرة ليعرف انها هملاج ثم ركبها ثانياً ليعرف سرعة عدوها فهو على خياره لأن معرفة السير من مقصودة تقع الحاجة اليها في بعض الدواب وإن ركبها لمعرفة السير الاول قالوا يسقط خياره وكذا في استخدام الرقيق اذا استخدمه في نوع ثم استخدمه في ذلك النوع قالوا يسقط خياره وبعض مشايخنا قالوا لا يسقط لان الاختبار لا يحصل بالمرّة الواحدة لجواز ان الاول وقع اتفاقاً فيحتاج الى التكرار للمعرفة العادة وفي الثوب اذا لبسه مرة لمعرفة الطول والعرض ثم لبسه ثانياً يسقط خياره لأنه لا حاجة الى تكرار اللبس في الثوب للحصول المقصود باللبس مرة واحدة ولو حمل على الدابة علقة فهو اجازة لأنه يمكنه حمل العلف على غيرها ولو قص حوافرها أو أخذ من عرفها شيئاً فهو على خياره لأنه تصرف لا يختص بالملك اذ هو من باب اصلاح الدابة فيملكه كل واحد ويكون مأذوناً فيه دلالة كما اذا علقها أو سقاها ولو ودجها أو بزغها فهو اجازة لأنه تصرف فيها بالتنقيص فإن كان شاة فلبها أو شرب لبنها فهو اجازة لأنه لا يحل الا بالملك أو الاذن من المالك ولم يوجد الاذن فكان دليلاً على قصد التملك أو التقرير فيكون اجازة ولو كان المبيع داراً فسكنها المشتري أو أسكنها غيره باجر أو بغير أجر أو رم شيئاً منها أو جصصها أو طينها أو أحدث فيها شيئاً أو هدم فيها شيئاً فذلك كله اجازة لأنه دليل اختيار المالك أو تقريره فكان اجازة دلالة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي في سكني المشتري روايتان ووفق بينهما فحمل احدهما على ابتداء السكنى والاخرى على الدوام عليه ولو كان فيها ساكن باجر فباعها البائع برضا المستأجر وشرط الخيار للمشتري فتركه المشتري فيها أو استأوى الغلة فهو اجازة لأن الاجرة بدل المنفعة فكان أخذها دلالة قصد تملك المنفعة أو تقرير ملك المنفعة وذلك قصد تملك الدار أو تقرير ملكه فيها فكان اجازة ولو كان المبيع أرضاً فبها حرث فسقاها أو حصده أو قصل منه شيئاً فهو اجازة لأن السقي تصرف في الحرث بالزكية فكافي دليل اختيار البيع وإيجابه

وكذلك

وكذلك القصل تصرف فيه بالتقصيص فكان دليل قصد التملك أو التقرر ولو شرب من نهر تلك الأرض أوسقى منه دوابه لا يكون اجازة لان هذا تصرف لا يختص بالملك لانه مباح ولو كان المبيع رحي فطحن فيها فان هو طحن ليعرف مقدار طحنها فهو على خياره لانه تحقق ما شرع له الخيار ولو دام على ذلك كان اجازة لانه لا حاجة الى الزيادة للاختيار فكان دليل الرضا بوجوب البيع (وأما) خيار البائع والمشتري جميعا فيسقط بما يسقط به حالة الافراد فأيهما أجاز صريحا أو ما يجري مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الاجازة بطل خياره ولزم البيع من جانبه والآخر على خياره ان شاء أجاز وان شاء فسخ وأيهما فسخ صريحا أو ما يجري مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الفسخ انفسخ أصلا ورأسا ولا تلحقه الاجازة من صاحبه بعد ذلك وإنما اختلف حكم الفسخ والاجازة لان الفسخ تصرف في العقد بالابطال والعقد بعد ما بطل لا يحتمل الاجازة لان الباطل متلاشي (وأما) الاجازة فهي تصرف في العقد بالتغيير وهو الالتزام بالاعدام فلا يخرج عن احتمال الفسخ والاجازة ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد سواء كان على التعاقب أو على التران لان الفسخ أقوى من الاجازة ألا ترى انه يلحق الاجازة فان المجاز يحتمل الفسخ فأما الاجازة فلا تلحق الفسخ فان المفسوخ لا يحتمل الاجازة فكان الفسخ أقوى من الاجازة فكان أولى ولو اختلفا في الفسخ والاجازة فقال أحدهما فسخنا البيع وقال الآخر لا بل أجزنا البيع جميعا فاختلفا فهما لا يخلو من أن يكون في مدة الخيار أو بدمضى المدة فان كان في المدة فالقول قول من يدعى الفسخ لان أحدهما ينفرد بالفسخ وأحدهما لا ينفرد بالاجازة ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة من يدعى الاجازة لانه المدعى وان كان بدمضى المدة فقال أحدهما مضت المدة بعد الفسخ وقال الآخر بعد الاجازة فالقول قول من يدعى الاجازة لان الحال حال الجواز وهو ما بعد انقضاء المدة فترجح جانبه بشهادة الحال فكان القول قوله ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعى الفسخ لانه ثابت أمره بخلاف الظاهر والبيّنات شرعت له وان كان الخيار لأحدهما واختلفا في الفسخ والاجازة في مدة الخيار فالقول قول من له الخيار سواء ادعى الفسخ أو الاجازة لانه يملك الامرين جميعا والبينة بينة الآخر لانه هو المدعى ولو كان اختلافا فهما بدمضى مدة الخيار فالقول قول من يدعى الاجازة أيهما كان لان الحال حال الجواز وهي ما بعد مضى المدة ولو أرخت البيّنات في هذا كله فاسبقهما تاريخا أولى سواء قامت على الفسخ أو على الاجازة والله عز وجل أعلم وان كان خيار الشرط لغير العاقدين بان شرط أحدهما الخيار لاجنبي فقد ذكرنا ان ذلك جائز وللشارط والمشرط له خيار الفسخ والاجازة وأيهما أجاز جاز وأيهما فسخ انفسخ لانه صار شارط لنفسه مقتضى الشرط لغيره وصار الشرط له بمنزلة الوكيل للشارط في الفسخ والاجازة فان أجاز أحدهما وفسخ الآخر فان كانا على التعاقب فاولهما أولى فسخا كان أو اجازة لان الثابت بالشرط أحد الامرين فايهما سبق وجوده بطل الآخر وان كانا معاذ كرفي البيوع أن تصرف المالك عن ولاية الملك أولى تقضا كان أو اجازة وذكر في المأذون أن النقض أولى من أيهما كان (وجه) رواية البيوع ان تصرف المالك صدر عن ولاية الملك فلا يعارضه الصادر عن ولاية النيابة (وجه) رواية المأذون ان النقض أولى من الاجازة لان المجاز يحتمل الفسخ أما المفسوخ فلا يحتمل الاجازة فكان الرجحان في المأذون للنقض من أيهما كان وقيل ما روى في البيوع قول محمد لانه يقدم ولاية الملك على ولاية النيابة وما ذكر في المأذون قول أبي يوسف لانه لا يرى تقديم ولاية الملك وأصله ما ذكر في النوادر ان الوكيل بالبيع اذا باع من انسان وباع المالك من غيره وخرج الكلامان مع أن بيع الموكّل أولى عند محمد وعند أبي يوسف يجعل العبد بينهما نصفين ويخير كل واحد من المشتريين والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما ينفسخ به فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما ينفسخ به والثاني في بيان شرائطه فنقول والله التوفيق ما ينفسخ به في الاصل نومان اختياري وضروري والاختياري نوعان أيضا صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة (أما) الاول فنحو أن يقول من له الخيار ففسخت البيع أو نقضته أو بطلته وما يجري هذا الجرى فينفسخ البيع سواء كان الخيار للبائع أو

للمشتري أو لغيرهما ولا يشترط له التراضي ولا قضاء القاضي لأن الفسخ حصل بتسليط صاحبه عليه (وأما) الفسخ من طريق الدلالة فهو أن يتصرف من له الخيار تصرف الملاك ان كان الخيار للبائع وفي الثمن ان كان عينا اذا كان الخيار للمشتري لأن الخيار اذا كان للبائع فتصرفه في المبيع تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه واذا كان للمشتري فتصرفه في الثمن اذا كان عينا تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه ولا يكون ذلك الا بالفسخ فالأقدام عليه يكون فسخا للعقد دالة والحاصل ان وجد من البائع في المبيع مالو وجد منه في الثمن لكان اجازة للبيع يكون فسخا للبيع وقد ذكرنا ذلك كله وهذا النوع من الفسخ لا يقف على علم صاحبه بالاخلاف بخلاف النوع الاول لأن الانساح ههنا لا يثبت بالفسخ مقصود أو انما يثبت ضمناً لغيره فلا يشترط له ما يشترط للفسخ مقصودا كبيع الشرب والطريق أنه لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا للأرض والله عز وجل أعلم (وأما) الضروري فنحو ان يهلك المبيع قبل القبض فيبطل البيع سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعا لأنه لو كان بائنا لبطل فاذا كان فيه خيار الشرط أولى لأنه أضعف منه وان هلك بعد القبض فان كان الخيار للبائع فكذا يبطل البيع ولكن تلزمه القيمة ان لم يكن له مثل والمثل ان كان له مثل اما بطلان البيع فلان المبيع صار بحال لا يحتمل انشاء العقد عليه فلا يحتمل الاجازة فيفسخ العقد ضرورة وأما لزوم القيمة فقول عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى انه يهلك أمانة (وجه) قوله ان الخيار منع انعقاد العقد في حق الحكم فكان المبيع على حكم ملك البائع أمانة في يد المشتري فيهلك هلاك الامانات (ولنا) ان البيع وان لم ينعقد في حق الحكم لكن المبيع في قبض المشتري على حكم البيع فلا يكون دون المقبوض على سوم الشراء بل هو فوقه لان هناك لم يوجد العقد بنفسه ولا بحكمه وههنا لم يثبت حكم العقد فقد وجد بنفسه وذلك مضمون بالقيمة أو بالمثل فهذا أولى وان كان الخيار للمشتري لا يبطل البيع ولكن يبطل الخيار ويلزم البيع وعليه الثمن اما على أصلهما فظاهر لأن المشتري ملكه بالعقد فاذا قبضه فقد تقرر عليه الثمن فاذا هلك يهلك مضمونا بالثمن كما كان في البيع البات (واما) على أصل أبي حنيفة فالمشتري وان لم يملكه فقد اعترض عليه في يده قبل القبض ما يمنع الرد وهو التعيب بمبيع لم يكن عند البائع لان الهلاك في يده لا يخلو عن تقدم عيب عادة لأنه لا يخلو عن سبب موته في الهلاك عادة وانه يكون عيبا وتعيب المبيع في يد المشتري يمنع الرد ويلزم البيع لما ذكرنا فاقدم فاذا هلك يهلك بالثمن ولو استهلك المبيع أجنبى والخيار للبائع لا يفسخ البيع والبائع على خياره لأنه يهلك الى خلف وهو الضمان لوجود سبب الوجوب للضمان وهو اتلاف مال متقوم مملوك لغيره لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه والهالك الى خلف قائم معنى فكان المبيع قائما فكان محتملا للاجازة سواء كان المبيع في يد المشتري أو في يد البائع لأنه مضمون بالاتلاف في الحالين جميعا فان شاء فسخ البيع واتبع الجاني بالضمان وكذلك لو استهلك المشتري لأنه وجب الضمان عليه بالاستهلاك لوجود سبب الوجوب والضمان بدل المضمون فيقوم مقامه فكان المبيع قائما معنى فكان الخيار على حاله ان شاء فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان وان شاء اجازته واتبعه بالثمن ولو تعيب المبيع في يد البائع فان كان بأفة ساهوية أو بفعل المبيع لا يبطل البيع وهو على خياره لان ما انتقص منه من غير فعله فهو غير مضمون عليه حيث لا يسقط بمحضته شيء من الثمن فلا يفسخ البيع في قدر الضمان ببقاء الخيار لأنه يؤدي الى تفريق الصفقة على المشتري فان شاء فسخ البيع وان شاء اجازته فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع قبل القبض وان كان بفعل البائع بطل البيع لان ما انتقص بفعله فهو مضمون عليه حتى يسقط عن المشتري حصة قدر النقصان من الثمن فالأجازة تتضمن تفريق الصفقة على المشتري قبل التمام وان كان بفعل أجنبى لم يبطل البيع وهو على خياره لان قدر النقصان هلك الى خلف وهو الضمان فكان قائما معنى ولم يبطل البيع في قدر الهالك فكان البائع على خياره ان شاء فسخ البيع واتبع الجاني بالارش وان شاء اجاز واتبع المشتري بالثمن والمشتري يتبع الجاني بالارش وكذلك لو تعيب بفعل المشتري لا يبطل البيع والبائع

على خياره لان المبيع على ملك البائع فكان قدر النقصان مضمونا على المشتري فكان هلاكا الى خلف فكان البيع على حاله والبائع على خياره ان شاء فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان وان شاء أجازته واتبع المشتري بالثمن وكذلك اذا تعيب في يد المشتري بفعل أجنبي أو بفعل المشتري أو بأقفة سماوية فالبايع على خياره فان شاء أجاز البيع وان شاء فسخه فان أجاز أخذ من المشتري جميع الثمن سواء كان التعيب بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي أو بأقفة سماوية لان البيع جاز في الكل ولا يكون للمشتري خيار الرد بمحدث التغير في المبيع لانه حدث في يده في ضمانه غير أنه ان كان التعيب بفعل المشتري فلا سبيل له على أحد وان كان بفعل الأجنبي فالمشتري أن يتبع الجاني بالارش لانه ملك العبد باجازه البائع من وقت البيع فتبين أن الجناية حصلت على ملكه وإن فسخ ينظر ان كان التعيب بفعل المشتري فان البائع يأخذ الباقي يأخذ ارض الجناية من المشتري لان العبد كان مضمونا على المشتري بالقيمة الا ترى أنه لو هلك في يده لزمته قيمته وبالفسخ وجب عليه رده وقد عجز عن رد قدر الفات فيلزمه رد قيمته وكذا اذا تعيب بأقفة سماوية لما قلنا وان كان التعيب بفعل أجنبي فالبايع بالخيار ان شاء اتبع الأجنبي بالارش لان الجناية حصلت على ملكه وان شاء اتبع المشتري لان الجناية حصلت في ضمان المشتري فان اختار اتبع الأجنبي فلا جاني لا يرجع على أحد لانه ضمن بفعل نفسه وان اختار اتبع المشتري فالمشتري يرجع بما ضمن من الارش على الأجنبي لان المشتري قام مقام البائع في حق ملك بدل الفات وان لم يرق مقامه في حق ملك نفس الفات كخا صاب المدر اذا قتل المدر في يده وضمنه للمالك ان له ان يرجع بما ضمن على القاتل وان لم يملك نفس المدر كذا هذا والله عز وجل أعلم (وأما) شرائط جواز الفسخ فمنها قيام الخيار لان الخيار اذا بطل فقد لزم البيع فلا يحتمل الفسخ ومنها علم صاحبه بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد حتى لو فسخ بغير علمه كان فسخه موقوفا عندهما ان علم صاحبه بفسخه في مدة الخيار نفذ وان لم يعلم حتى مضت المدة لزم العقد وكذا لو أجاز الفسخ العقد نفذ فسخه قبل علم صاحبه وجازت اجازته ولزم العقد وبطل فسخه وهو قول أبي يوسف الا ول ثم يرجع وقال علم صاحبه ليس بشرط حتى لو فسخ يصح فسخه علم صاحبه بالفسخ أولا وروى عن أبي يوسف أنه فصل بين خيار البائع وخيار المشتري فلم يشترط العلم في خيار البائع وشرط في خيار المشتري (وأما) خيار الرؤية فهو على هذا الاختلاف ذكره الكرخي ولا خلاف بين أصحابنا في خيار العيب ان العلم بالفسخ فيه شرط سواء كان بعد القضاء أو قبله وأجمعوا على أن عزل الموكل وكيله بغير علمه وان فسخ أحد الشريكين الشركة أو نهى رب المال المضارب عن التصرف بغير علمه لا يصح (وجه) قول أبي يوسف انه يملك الاجازة بغير علم صاحبه فيملك الفسخ والجامع بينهما ان كل واحد منهما حصل بتسليط صاحبه عليه ورضاه فلا معنى للتوقف على علمه كالوكيل بالبيع اذا باع من غير علم الموكل (وجه) قولهما ان الفسخ لو نفذ بغير علم صاحبه لتضرر به صاحبه فلا ينفذ دفعا للضرر عنه كالموكل اذا عزل وكيله بغير علمه وبيان الضرر ان صاحبه اذا لم يعلم بالفسخ فتصرف في المبيع بعد مضي مدة الخيار على ظن أنه ملكه فلو جاز الفسخ من غير علمه لتبين أنه تصرف في ملك غيره وأنه سبب لوجوب الضمان فيتضرر به ولهذا لم يحز عزل الوكيل بغير علمه كذا هذا بخلاف الاجازة أنه يصح من غير علمه لانه لا ضرر فيه وكذا الاضرار في بيع الوكيل بغير علم الموكل ومنها أن لا يكون في الفسخ تفرق الصفقة حتى لا يملك الاجازة في البعض دون البعض لانه تفرق الصفقة قبل تمامها وأنه باطل (وأما) الخيار الثابت بالشرط دلالة فهو خيار العيب والكلام في بيع العيب في مواضع في بيان حكمه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان تفسير العيب الذي يوجب الخيار وتفصيل المفسر وفي بيان شرائط ثبوت الخيار وفي طريق اثبات العيب وفي بيان كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته وفي بيان من تلزمه الخصومة في العيب ومن لا تلزمه وفي بيان ما يمنع الرد بالعيب وفي بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وفي بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع وفي بيان طريق الرجوع (أما) حكمه فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال لان ركن البيع مطلق عن الشرط والثابت بدلالة

النص شرط السلامة لا شرط السبب ولا شرط الحكم وأثره في منع اللزوم لا في منع أصل الحكم بخلاف البيع بشرط الخيار لأن الشرط المنصوص عليه هناك دخل على السبب فيمنع انعقاده في حق الحكم في مدة الخيار (وأما) صفته فهي أنه ملك غير لازم لأن السلامة شرط في العقد بدلالة فلم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد بدلالة أن السلامة في البيع مطلوبة المشتري عادة إلى آخره لأن غرضه الانتفاع بالمبيع ولا يتكامل انتفاعه لا بقيد السلامة ولا أنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع فكانت السلامة مشروطة في العقد بدلالة فكانت كالمشروطة نصاً فإذا فاتت المساواة كان له الخيار كما إذا اشترى جارية على أنها بكر أو على أنها طباخة فلم يجد لها كذلك وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضاً لأنه عقد معاوضة والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة وتحقيق المساواة في مقابلة البذل بالمبدل والسلامة بالسلامة فكان إطلاق العقد مقتضياً للسلامة فإذا لم يسلم المبيع للمشتري ثبت له الخيار لأن المشتري يطالبه بتسليم قدر القاتت بالعيب بحكم العقد وهو عاجز عن تسليمه فيثبت الخيار ولأن السلامة لما كانت مرغوبة المشتري ولم يحصل فقد اختل رضاه وهذا يوجب الخيار لأن الرضا بشرط صحة البيع قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم فإندام الرضا يمنع صحة البيع واختلاله يوجب الخيار فيه اثباتاً للحكم على قدر الدليل والأصل في شرعية هذا الخيار ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى شاة مخفلة فوجد هامصراً فهو بخير النظرين ثلاثة أيام وفي رواية فهو بأحد النظرين إلى ثلاثة إن شاء أمسك وإن شاء رد ودبر معها صاعاً من تمر والنظران المذكوران هما نظر الأمسك والردود كالثلاث في الحديث ليس للتوقيت لأن هذا النوع من الخيار ليس بموقت بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد لأن المشتري إن كان به عيب يقف عليه المشتري في هذه المدة عادة فيرضى به فيمسكه أو لا يرضى به فيرده والصاع من التمر كانه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المشاهدة والله عز وجل أعلم (وأما) تفسير العيب الذي يوجب الخيار وتفصيل المفسر فكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً فهو عيب يوجب الخيار ومالا فلا نحو العمى والعور والحول والقبل وهو نوع من الحول مصدر الاقبال وهو الذي كانه ينظر إلى طرف أنه والسبل وهو زيادة في الاجفان والعشام مصدر الاعشى وهو الذي لا يبصر بالليل والخصوص مصدر الاخص وهو غائر العين والخصوص مصدر الاخصوص وهو الضيق مؤخر العين والغرب وهو ورم في الأماق وهي اطراف العين التي تلي الأنف وقيل هو داء الدمع دائماً والظفرة وهي التي يقال لها بالفارسية ناخنة والشر وهو انقلاب جفن العين والبرص والقرع والسلع والشلل والزمانة والقدح وهو عوجاج في الرسغ من اليد والرجل والفجج مصدر الفجج وهو الذي يتداني عقباه وينكشف ساقاه في المشي والصكك مصدر الاصل وهو الذي يصكك ركبته والحنف مصدر الاحنف وهو الذي أقبلت إحدى إبهام رجله على الأخرى والبرزى مصدر البرزى وهو خروج الصدر والعسر مصدر العسر وهو الذي يعمل بشماله والاصبع الزائدة والناقصة والسنب الشاغية والسوداء والناقصة والظفر الاسود والبخر وهو تنقن الثم في الجوارى لافي العبيد الآن يكون فاحشاً لأنه حينئذ يكون عن داء والزفر وهو تنقن الابط في الجارية لافي الغلام الآن يفحش فيكون عيباً فيهما جميعاً والادر مصدر الادرة وهو الذي به أدرة يقال لها بالفارسية فتج والرتق وهو انسداد فرج الجارية والفتق وهو افتحاج فرجها والقرن وهو في النساء كالأدر في الرجال والشمط والشيب في الجوارى والعبيد والسلول والقرح والشجاج والأمراض كلها والجل في الجوارى لافي البهائم لأنه زيادة في البهيمه وحذف الحروف في المصحف الكريم أو في بعضه والزنا في الجارية لافي الغلام لأنه يفسد القراش وقد يقصد القراش في الماء بخلاف الغلام إلا إذا فحش وصار اتباع النساء عادة له فيكون عيباً فيه أيضاً لأنه يوجب تعطيل منافعه على المولى وكذا إذا ظهر وجوب الحد عليه فهو عيب وقال بعض مشايخنا ببلخ الزنا يكون عيباً في الغلام أيضاً لأنه لا يؤمن على أهل البيت فلا يستخدم وهذا

وهذا ليس بسديد لان الغلام الكبير لا يشتري للاستخدام في البيت بل للاعمال الخارجية وكون المشتري ولد الزنا في الجارية لا في العبيد لما ذكرنا أنه قد يقصد القراش من الجوارى فاذا جاءت بولد يبيع ولده بأمه بخلاف الغلام لانه يشتري للخدمة عادة والكفر في الجارية والغلام عيب لان الطبع السليم ينفر عن محبة الكافر (وأما) الاسلام فليس بعيب بأن اشترى نصراني عبدا فوجده مسلما لان الاسلام زيادة والنكاح في الجارية والغلام لان منافع البضع مملوكة للزوج والعبد يباع في المهر والنفقة فيوجب ذلك نقصان في ثمنهما والعدة من طلاق رجعي لا من طلاق بائن او ثلاث لان الرجعي لا يوجب زوال الملك بخلاف البائن والثلاث واحتباس الحيضة في الجارية البالغة مدة طويلة شهران فصاعدا والاستحاضة لان ارتفاع الحيض في أوانه لا يكون الادعاء عادة وكذا استمرار الدم في أيام الطهر والاحرام في الجارية ليس بعيب لان المشتري يملك ازالته فان له ان يحللها والحرمه بالرضاع أو الصهرية ليس بعيب فيها لان الجوارى لا يشتري للاستمتاع عادة بل للاستخدام في البيت وهذه الحرمه لا تقدر في ذلك بخلاف النكاح حيث يكون عيبا وان لم يثبت به الاحرمه للاستمتاع لانه يحل بالاستخدام والثبوت في الجارية ليس بعيب الا أن يكون اشتراها على شرط البكارة فيردها بعد الشرط والدين والجنابة لا نه يدفع بالجنابة ويبيع بالدين والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لانه لا يوجب نقصان الثمن في عادة التجار بل هو حرفة بمنزلة الخياطة ونحوها فانعدامه لا يكون عيبا الا أن يكون ذلك مشروطا في العقد فيردها لقوات الشرط لا للعيب ولو كانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسبت في يده فاشترها فوجدها لا تحسن ذلك ردها وان لم يكن ذلك مشروطا في العقد لانها اذا كانت تحسن ذلك في يد البائع وهي صفة مرغوبة تشتري لها الجارية عادة فالظاهر انه انما اشتراها رغبة فيها فصارت مشروطة دلالة فيردها لانعدام المشروط كما لو شرط ذلك نصا وانعدام الختان في الغلام والجارية اذا كانتا مولودين كبيرين فان كانا مولودين صغيرين فليس بعيب لان الختان في حالة الكبر فيه زيادة ألم وهذا الذي ذكر في الجارية في عرف بلادهم يمتحنون الجوارى فاما في عرف ديارنا فالجارية لا تمتحن فعدم الختان فيها لا يكون عيبا أصلا وان كان الغلام كبيرا حرييا لا يكون عيبا لان فيه ضرورة لان أكثر الرقيق يؤتى به من دار الحرب وأهل الحرب لا ختان لهم فلو جعل ذلك عيبا يرد به لضاق الامر على الناس ولان الختان اذا لم يكن من فعل أهل دار الحرب وعادتهم ومع ذلك اشتراه كان ذلك منه دلالة الرضا بالعيب والابق والسرقه والبول في القراش والجنون لان كل واحد منها يوجب النقصان في الثمن في عادة التجار نقصانا فاحشا فكان عيبا الا أنه هل يشترط في هذه العيوب الاربعه اتحاد الحالة وهل يشترط ثبوتها عند المشتري بالحجة لثبوت حق الرد فسنذكره في موضعه ان شاء الله تعالى والحنف مصدر الاحنف من الخليل وهو الذي احدى عينيه زرقاء والاخرى كحللاء والصدف مصدر الاصدف وهو الدابة التي يتداني لحذاها ويتباعدها حافراها ويلتوى رسفاها والعزل مصدر العزل وهو من الدواب الذي يقع ذنبه من جانب عادة لا خلقه والمشش وهو ارتفاع العظم لآفة اصابته والجرد مصدر الجرد وهو من الابل الذي أصابه انقطاع عصب من يده أو رجله فهو يئسها اذا سار والحران والحرون مصدر الحرون وهو الذي يقف ولا يتقاد للسائق ولا للقاء والجواح والجوح مصدر الجوح وهو أن يشتد القرس فيقلب راكبه وخلع الرسن ظاهرا وبل المخلاة كذلك والهشم في الاواني والصدع في الحوائط والجذوع ونحوها من العيوب فانواع العيوب فيها كثيرة لا وجه لذكرها هنا كلها والتعويل في الباب على عرف التجار فانقص الثمن في عرفهم فهو عيب يوجب الخيار وما لا فلا والله عز وجل أعلم وأما شرائط ثبوت الخيار (فمنها) ثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم حتى لو حدث بعد ذلك لا يثبت الخيار لان ثبوت لقوات صفة السلامة المشروطة في العدة دلالة وقد حصلت السعلة سنلينة في يد المشتري (ومنها) ثبوتها عند المشتري بعد ما قبض المبيع ولا يكتفى بالثبوت عند البائع لثبوت حق الرد في جميع العيوب عند عامة المشايخ وقال بعضهم فيما سوى العيوب الاربعه من الاباق والسرقه والبول في

القراش والجنون فكذلك فأما في العيوب الاربعة فثبتوها عند المشتري ليس بشرط بل الثبوت عند البائع كاف
و بعضهم فصل في العيوب الاربعة فقال لا يشترط في الجنون ويشترط في غيره من العيوب الثلاثة (وجهه) قول من
فصل هذه العيوب الاربعة من سائر ما في اعتبار هذا الشرط ان هذه العيوب عيوب لازمة لازوال لها اذا ثبتت في
شخص الى أن يموت فثبتوها عند البائع بدل على قائمها عند المشتري فكان له حق الرد من غير أن يظهر عنده بخلاف
سائر العيوب فانها ليست بلازمة (وجهه) قول من فرق بين الجنون وغيره من الانواع الثلاثة ان الجنون لفساد في
محل العقْد وهو الدماغ وهذا لازم واللعادة اذا ثبت ولهذا قال محمدان الجنون عيب لازم بخلاف الباقي والبول في
القراش انها ليست بلازمة بل تحتل الزوال والاسبابها (وجهه) قول العامة قول محمد نصا في الجامع الصغير فانه
ذكر فيه أنه لا يثبت للمشتري حق الرد في هذه العيوب الاربعة الا بعد ثبوتها عنده فكان المعنى فيه ان الثابت عند
البائع محتمل الزوال قابل الارتفاع فاما ما سوى العيوب الاربعة فلا شك فيه وكذلك العيوب الاربعة لان حدوثها
في الذات للاسباب الموجبة للحدوث وهي محتملة للزوال فكانت هي محتملة للزوال لاحتمال زوال اسبابها فان
بقيت يثبت حق الرد وان ارتفعت لا يثبت فلا يثبت حق الرد بالا احتمال فلا بد من ثبوتها عند المشتري ليعلم انها قائمة
وقول القائل الجنون اذا ثبت لا يزول عادة ممنوع فان الجنون قد يفيق ويزول جنونه بحيث لا يعود اليه فالم يوجد
عند المشتري لا يعلم بقاءه كما في الانواع الاخر الا أن الفرق بين الجنون وغيره من الانواع الثلاثة من وجه آخر وهو
ان هناك يشترط اتحاد الحالة لثبوت حق الرد وهو أن يكون وجودها عند البائع والمشتري في حالة الصغر أو في حال
الكبر حتى لو أبقى أو سرق أو بال في القراش عند البائع وهو صغير عاقل ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لا يثبت له
حق الرد وفي الجنون اتحاد الحالة ليس بشرط وانما كان كذلك لان اختلاف الحال في العيوب الثلاث يوجب
اختلاف السبب لان السبب البول على القراش في حال الصغر هو ضعف في المثانة وفي الكبر هو داء في الباطن
والسبب في الباقي والسرقة في الصغر هو الجهل وقلة التمييز وفي الكبر الشرارة وخيبث الطبيعة واختلاف السبب
يوجب اختلاف الحكم فكان الموجود في يد المشتري بعد البلوغ غير الموجود في يد البائع فكان عيبا حادثا وانه يمنع
الرد بالعيب بخلاف الجنون لان سببه في الحالين واحد لا يختلف وهو فساد في محل العقل وهو الدماغ فكان الموجود
في حالة الكبر عين الموجود في حالة الصغر وهذا والله عز وجل أعلم معنى قول محمد في الكتاب الجنون عيب لازم أبدا
لما قاله أولئك والله عز وجل الموفق (ومنها) عقل الصبي في الباقي والسرقة والبول على القراش حتى لو أبقى أو
سرق أو بال على القراش في يد البائع وهو صغير لا يعقل ثم كان ذلك في يد المشتري وهو كذلك لا يثبت له حق الرد وهذا
اذا فعل ذلك في يد البائع وهو صغير لا يعقل ثم وجد ذلك في يد المشتري بعد ما عقل لان الموجود في يد البائع ليس بعيب
ولا بد من وجود العيب في يده (ومنها) اتحاد الحال في العيوب الثلاثة فان اختلاف لم يثبت حق الرد بان أبقى أو سرق
أو بال على القراش في يد البائع وهو صغير عاقل ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لان اختلاف الحال دليل
اختلاف سبب العيب على ما بينا واختلاف سبب العيب يوجب اختلاف العيب فكان الموجود بعد البلوغ عيبا
حادثا عند الرد والله عز وجل أعلم (ومنها) جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض فان كان عالما به عند أحدهما
فلا خيار له لان الاقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضا به دلالة وكذا اذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعده قبل القبض لان
تمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد (ومنها) عدم اشتراط البراءة عن العيب في البيع
عندنا حتى لو شرط فلا خيار للمشتري لان شرط البراءة عن العيب في البيع عندنا صحيح فاذا أبرأه فقد أسقط حق
نفسه فصحح الاسقاط فيسقط ضرورة ثم الكلام في البيع بشرط البراءة في الاصل في موضعين أحدهما في جوازه
والثاني في بيان ما يدخل تحت البراءة من العيب أما الكلام في جوازه فقد مر في موضعه وانما الحاجة هنا الى بيان
ما يدخل تحت البراءة من العيب فنقول والله التوفيق البراءة لا تخلو اما ان كانت عامة بان قال بعت على اني برى ممن

العيوب أو قال من كل عيب واما ان كانت خاصة بان قال من عيب كذا وسماء وكل ذلك لا يخلو من ثلاثة أوجه إمان
 قيد البراءة بعيب قائم حالة العقد واما ان أطلقها اطلاقا واما ان أضافها الى عيب يحدث في المستقبل فان قيدها بعيب قائم
 حالة العقد لا يتناول العيب الحادث بعد البيع قبل القبض بخلاف سواء كانت البراءة عامة بان قال أبرأتك من كل
 عيب به أو خاصة بان قال أبرأتك مما به من عيب كذا لان اللفظ المقيد بوصف لا يتناول غير الموصوف بتلك الصفة
 وان أطلقها اطلاقا دخل فيه القائم والحادث عند أبي يوسف وعند محمد لا يدخل فيه الحادث وله أن يرده وهو قول زفر
 (وجه) قول محمد ان البراءة عن العيب يقتضي وجود العيب لان البراءة عن المعدوم لا يتصور والحادث لم يكن
 موجودا عند البيع فلا يدخل تحت البراءة فلو دخل انما يدخل بالاضافة الى حالة الحدوث والبراءة لا يحتمل
 الاضافة لان فيه معنى التملك حتى يرتد بالرد وهذا لم يدخل الحادث عند الاضافة اليه نصا فعند الاطلاق أولى (وجه)
 قول أبي يوسف ان لفظ البراءة يتناول الحادث نصا ودلالة (أما) النص فانه عم البراءة عن العيوب كلها أو خصها
 بنس من العيوب على الاطلاق نصا فتخصيصه أو تقييده بالموجود عند العقد لا يجوز الا بدليل (وأما) الدلالة
 فهي ان غرض البائع من هذا الشرط هو انسداد طريق الرد ولا ينسد الا بدخول الحادث فكان داخلا فيه دلالة
 (وأما) قول محمد ان هذا ابراء عماليس بثابت فعبارة الجواب عن هذا الحرف من وجهين أحدهما ان يقال هذا
 ممنوع بل هو ابراء عن الثابت لكن تقديره ابراءه من وجهين أحدهما ان العيب الحادث قبل القبض كالموجود عند
 العقد ولهذا ثبتت حق الرد به كما ثبتت بالموجود عند العقد ولما ذكرنا ان القبض حكم العقد فكان هذا ابراء عن حق
 ثابت تقديره والثاني ان سبب حق الرد موجود وهو البيع لان البيع يقتضي تسليم المقود عليه سليما عن العيب فاذا
 عجز عن تسليمه بصفة السلامة ثبت له حق الرد ليس له الثمن فكان وجود تسليم المبيع سببا لثبوت حق الرد والبيع
 سبب لوجود تسليم المبيع فكان ثبوت حق الرد بهذه الوسائط حكم البيع السابق والبيع سبب فكان هذا ابراء
 عن حق الرد بعد وجود سببه وسبب الشيء اذا وجد يجعل هو ثبوت تقديره الاستحالة لخلو الحكم عن السبب فكان
 ابراء عن الثابت تقديره وهذا اصح ابراء عن الجراحة لكون الجرح سبب السراية فكان ابراء عما يحدث من
 الجرح تقديره وكذا ابراء عن الاجرة قبل استيفاء المنفعة يصح وان كانت الاجرة لا تملك عندنا بنفس العقد
 قلنا كذا هذا والثاني ان هذا ابراء عن حق ليس بثابت لكن بعد وجود سببه وهو البيع وانه صحيح كالا ابراء عن
 الجرح والا ابراء عن الاجرة على ما بينا بخلاف ابراء عن كل حق له أنه لا يتناول الحادث لان الحادث معدوم للحال
 بنفسه وبسببه فلو انصرف اليه ابراء لكان ذلك ابراء عماليس بثابت أصلا لا حقيقة ولا تقديره لانعدام سبب
 الحق فلم ينصرف اليه وقوله لو تناول الحادث لكان هذا تعليق البراءة بشرط أو الاضافة الى وقت ممنوع بل هذا ابراء
 عن حق ثابت وقت ابراء تقديره ما بيننا من الوجهين فلم يكن هذا تعليقا ولا اضافة فيصح والله عز وجل أعلم وان
 أضافها الى عيب حادث بان قال على أي برى من كل عيب يحدث بعد البيع فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا لان
 البراءة لا يحتمل الاضافة لانه وان كان اسقاطا ففيه معنى التملك ولهذا لا يحتمل الارتداد بالرد ولا يحتمل الاضافة
 الى زمان في المستقبل نصا كما لا يحتمل التعليق بالشرط فكان هذا بيما أدخل فيه شرطا فاسدا فيوجب فساد البيع
 ولو اختلفا في عيب فقال البائع هو كان موجودا عند العقد فدخل تحت البراءة وقال المشتري بل هو حادث لم يدخل
 تحت البراءة فان كانت البراءة مطلقة فهذا لا يتفرع على قول أبي يوسف لان العيب الحادث داخل تحت البراءة
 المطلقة عنده فأما على قول محمد فالقول قول البائع مع يمينه وقال زفر والحسن بن زياد القول قول المشتري (وجه)
 قولهما ان المشتري هو المبرى لان البراءة تستفاد من قبله فكان القول فيها أبرأ قوله (وجه) قول محمد ان البراءة عامة
 والمشتري يدعى حق الرد بعد عموم البراءة عن حق الرد بالعيب والبائع ينكر فكان القول قوله كما لو أبرأه عن الدعاوى
 كلها ثم ادعى شيئا مما في يده وهو ينكر كان القول قوله دون المشتري لما قلنا كذا هذا ولو كانت مقيدة بعيب يكون

عند العقد فاختلف البائع والمشتري على نحو ما ذكرنا فالقول قول المشتري لان البراءة المقيدة بحال العقد لا تتناول الا الموجود حالة العقد والمشتري يدعي العيب لأقرب الوقتين والبائع يدعيه لأبعدهما فكان الظاهر شاهد للمشتري وهذا لان عدم العيب أصل والوجود عارض فكان احالة الموجود الى أقرب الوقتين أقرب الى الأصل والمشتري يدعي ذلك فكان القول قوله ولو اشترى عبدا وقبضه فساومه رجل فقال المشتري اشتريته فانه لا عيب به ثم لم يتفق البيع بينهما وجد المشتري به عيبا وأقام البيئة على أن هذا العيب كان عند البائع فقال له البائع انك أقررت أنه لا عيب به فقد أكدت بشهودك لا يبطل بهذا الكلام حقه في الرد بالعيب وله أن يرد له لان مثل هذا الكلام في المتعارف لا يراد به حقيقة وانما يذكر لئلا يروج السلمة ولان ظاهره كذب لانه نفى عنه العيوب كلها والادعى لا يخلو عن عيب فالتحقق بالعدم وصار كأنه لم يتكلم به ولو عين نوعا من العيوب بان قال اشتريته فانه ليس به عيب كذا ثم وجد به عيبا وأراد الرد فان كان ذلك نوعا آخر سوى النوع الذي عينه له أن يرد له لانه لا اقرار منه بهذا النوع وان كان من النوع الذي عين ينظر ان كان مما يحدث مثله في مثل تلك المدة ليس له حق الرد لان مثل هذا الكلام يراد به التحقيق في المتعارف لا يروج السلمة فصار مناقضا ولان الادعى يخلو عن عيب معين فلم يتعين بكذبه وان كان مما لا يحدث مثله في مثل تلك المدة له حق الرد لاننا نقينا بكذبه حقيقة فالتحقق كلامه بالعدم ولو أبرأه عن عيب واحد شجرة أو جرح فوجد شجرتين أو جرحين فعلى قول أبي يوسف الخيار للبائع يبرأ من أيهما شاء وعلى قول محمد الخيار للمشتري يرد أيهما شاء وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر عند امتناع الرد باعتراض أسباب الامتناع من هلاك المبيع أو حدوث عيب آخر في يد المشتري أو غير ذلك من الأسباب المانعة من الرد وأراد الرجوع بنقصان العيب فأما عند إمكان الرد فلا تظهر فائدة في هذا الاختلاف (وجه) قول محمدان الا براء يستفاد من قبل المشتري والاحتمال جاء من قبله حيث أطلق البراءة الى شجرة واحدة غير عين وإذا كان الاجمال منه كان البيان اليه (وجه) قول أبي يوسف ان الا براء وان كان من المشتري لكن منفعة الا براء عائدة الى البائع فصار كان المشتري فوض التعيين اليه فكان الخيار له ولو أبرأه من كل داء روى الحسن عن أبي حنيفة انه يقع عن الباطن لان الظاهر يسمى مرضا لاداء وروى عن أبي يوسف انه يقع عن الظاهر والباطن جميعا لان الكل داء ولو أبرأه من كل غائلة فهي على السرقة والابق والفجور وكل ما كان من فعل الانسان مما يعده التجار عيبا كذا روى عن أبي يوسف لان الغائلة هي الجنابة وهي التي تكتب في عهدة المالك لاداء ولا غائلة على ما كتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم حينما اشترى عبدا أو أمة وهذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من القدي بن خالد بن هوزة عبدا أو أمة لاداءه ولا غائلة بيع المسلم من المسلم والله عز وجل أعلم (وأما) طريق اثبات العيب فلا يمكن الوصول الى معرفة أقسام العيوب لان طريق اثبات العيب يختلف باختلاف العيب فنقول وبالله التوفيق العيب لا يخلو (أما) أن يكون ظاهرا شاهدا يقف عليه كل أحد كالأصبع الزائدة والناقصة والسن الشاغية والساقطة وبياض العين والعور والقر وح والشجاج ونحوها (وأما) أن يكون باطنا خفيا لا يقف عليه الا الخواص من الناس وهم الاطباء والبيطرة (وأما) أن يكون مما لا يقف عليه الا النساء بان كان على فرج الجارية أو مواضع العورة منها وأما أن يكون مما لا يقف عليه النساء بان كان داخل الفرج وأما أن يكون مما لا يقف عليه الا الجارية المشتراة كارتفاع الحيض والاستحاضة وأما أن يكون مما لا يقف عليه الا بالبحر بة والامتحان عند الخصومة كالابق والسرقة والبول على القراش والجنون والمشتري لا يخلو اما أن يريد اثبات كون العيب في يده للحال وأما أن يريد اثبات كونه في يد البائع عند البيع والقبض فان أراد اثبات كونه للحال فان كان يوقف عليه بالحس والعيان فانه يثبت بنظر القاضي أو أمينه لان العيان لا يحتاج الى البيان وان كان لا يقف عليه الا الاطباء والبيطرة فيثبت لقوله عز وجل فاستلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وهم في هذا الباب من أهل الذكر فيستلون وهل يشترط فيه العدد ذكر الكرخي في مختصره انه يشترط فلا يثبت الا بقول اثنين منهم من أهل

الشهادة وهكذا ذكر القاضي الاسدي جاني في شرحه مختصر الطحاوي وذ كر شيخى الامام الزاهد علاء الدين محمد ابن أحمد السمرقندى رحمه الله في بعض مصنفاته انه ليس بشرط ويشب بقول مسلم عدل منهم وكذا ذكر الشيخ الامام الزاهد ابوالعين في الجامع الكبير من تصانيفه (وجه) هذا القول ان هذه الشهادة لا يتصل بها القضاء وانما تصحح بها الخصومة فقط فلا يشترط فيها العدد وهذا لان شرط العدد في الشهادة ثبت تعديا غير معقول المعنى لان رجحان جانب الصدق على جانب الكذب في خبر المسلم لا يقف على عدد بل يثبت بنفس العدالة الا أن الشرع ورد به تعديا فإيراعى فيه مورد التعبد وهو شهادة يتصل بها القضاء وهذه شهادة لا يتصل بها القضاء فبقيت على أصل القياس وحجة القول الاول النصوص المقتضية لاعتبار العدد في عموم الشهادة والمعقول الذى ذكرناه في كتاب الشهادات ولان هذه الشهادة وان كان لا يتصل بها القضاء لكنها من ضرورات القضاء لا وجود للقضاء بدونها الا ترى انه ما لم يثبت العيب عند البائع والمشتري فالقاضي لا يقضى بالرد فكان من ضرورات القضاء فيشترط فيها العدد كما يشترط في الشهادة على اثبات العيب عند البائع وان كان مما لا يطلع عليه الا النساء فالقاضي يبرهن ذلك لقوله عز وجل فاستلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والنساء فيما لا يطلع عليه الرجال أهل الذكر ولا يشترط العدد منهن بل يكتفى بقول امرأة واحدة عدل والثنتان أحوط لان قولها فيما لا يطلع عليه الرجال حجة في الشرع كشهادة القابلة في النسب لكن لا بد من العدالة لان هذا يرجح جانب الصدق على جانب الكذب في الخبر ولا يثبت بقول المشتري وان كان يطلع عليه لان النظر الى موضع العيب مباح له لانه منهم في هذا الباب ولاهمة فيهن ورخصة النظر ثابتة لهن حالة الضرورة على ما ذكرنا في كتاب الاستحسان فيلحق هذا بما لا يطلع عليه الا النساء قلنا وان كان لا يطلع عليه الجارية المشتراة فلا يثبت بقولها كونها منهم وان كان في داخل فرجها فلا طريق للوقوف عليه أصلا فكان الطريق في هذين النوعين هو استحلاف البائع بالله عز وجل ليس به لئال هذا العيب (وأما) الا باق والسرقة والبول في الفراش والجنون فلا يثبت الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان هذا مما لا يوقف عليه الا بالخبر ولا ضرورة فيه فلا بد من اعتبار العدد فيه كما في سائر الشهادات فان لم يقيم للمشتري حجة على اثبات العيب لئال في هذه العيوب الاربعة هل يستحلف البائع لم يذكر في الاصل وذكر في الجامع انه يستحلف في قول أبي يوسف ومحمد وسكت عن قول أبي حنيفة عن المشايخ من قال يستحلف بلا خلاف بينهم والتنصيص على قولهما لا يدل على ان أبا حنيفة محالفهما ومنهم من قال المسئلة على الاختلاف ذكرت في النوادر وذكر الطحاوي أيضا ان عند أبي حنيفة لا يستحلف وعندهما يستحلف (وجه) قولهما ان المشتري يدعى حق الرد ولا يمكنه الرد الا باثبات العيب عند نفسه وطريق الاثبات البينة أو نكول البائع فاذا لم تقم له بينة يستحلف لينكل البائع فيثبت العيب عند نفسه ولهذا يستحلف عند عدم البينة على اثبات العيب عند البائع كذا هذا ولا بى حنيفة ان الاستحلاف يكون عقيب الدعوى على البائع ولا دعوى له على البائع الا بعد ثبوت العيب عند نفسه ولم يثبت فلم يثبت دعواه على البائع فلا يستحلف وقولهما له طريق الاثبات وهو النكول قلنا النكول بعد الاستحلاف وانعدام الدعوى يمنع الاستحلاف لان استحلاف البائع في هذه العيوب على العلم لا على البتات بالله ما يعلم ان هذا العبد أبق عند المشتري ولا سرق ولا بال على الفراش ولا جن ولا يحلف على البتات لانه حلف على غير فعله ومن حلف على غير فعله يحلف على العلم لانه لا علم له بما ليس بفعله ومن حلف على فعل نفسه يحلف على البتات أصله خبر المتنوى فان حلف لم يثبت العيب عند المشتري وان نكل يثبت عنده فيحتاج الى الاثبات عنده واذا أراد اثبات العيب عند البائع فينظر ان كان العيب مما لا يحتمل الحدوث أصلا كالا صبيغ الزائدة ونحوها ولا يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة كالسن الشاغية ونحوها ثبت كونه عند البائع بثبوت كونه عند المشتري لانه اذا لم يحتمل الحدوث أولا لا يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة فقد تيقنا بكونه عند البائع وان كان مما يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة لا يكتفى بثبوت كونه عند

المشتري بل يحتاج المشتري الى اثبات كونه عند البائع لانه اذا احتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة احتمل أنه لم يكن عند البائع وحدث عند المشتري فلا يثبت حق الرد بالاحتمال فلا بد من اثباته عند البائع بالبينه وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين طبيبتين كانا أو غير طبيبتين وانما شرط العدد في هذه الشهادة لانها شهادة يقضى بها على الخصم فكان العدد فيها شرطاً كسائر الشهادات التي يقضى بها على الخصوم وروى عن أبي يوسف ان فيا لا يطالع عليه الا النساء رد بثبوت عند المشتري ولا يحتاج الى الاثبات عند البائع والمشهور من مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا يكتفى بالثبوت عند المشتري بل لابد من اثباته عند البائع وهو الصحيح لان قول النساء في هذا الباب حجة ضرورية والضرورة في القبول في حق ثبوت عند المشتري لتوجه الخصومة وليس من ضرورة ثبوت عند البائع لاحتمال الحدوث فيقبل قولهما في حق توجه الخصومة لان حق الرد على البائع واذا كان الثبوت عند البائع فيما يحدث مثله شرط الثبوت حق الرد فيقول القاضى هل كان هذا العيب عندك فان قال نعم رد عليه الا أن يدعى الرضا أو الابرأ وان قال لا كان القول قوله الا أن يقيم المشتري البينة لان المشتري يدعى عليه حق الرد وهو ينكر فان أقام المشتري البينة على ذلك رده على البائع الا أن يدعى البائع الدفع أو الابرأ وقيم البينة على ذلك فتندفع دعوى المشتري وان لم يكن له بينة فطلب يمين المشتري حلفه القاضى بالله سبحانه وتعالى ما رضى بهذا العيب والابرأ عنه ولا عرضه على البيع منذرأه وان لم يدع الدفع بالرضا والابرأ فان القاضى يقضى بفسخ العقد ولا يستحلف المشتري على الرضا والابرأ والعرض على البيع عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يفسخ ما لم يستحلف بالله تعالى ما رضى بهذا العيب ولا أبرأه عنه ولا عرضه على البيع بعد ما علم به من العيب (وجه) قول أبي يوسف ان القاضى لو قضى بالفسخ قبل الاستحلاف فن الجائز أن يدعى البائع على المشتري بالدفع بدعوى الرضا والابرأ بعد القضاء بالفسخ وقيم البينة عليه فيفسخ قضاؤه فكان الاستحلاف قبل الفسخ فيه صيانة للقضاء عن النقض وانه واجب (وجه) قولهما ان البائع اذا لم يطلب يمين المشتري فتحليف القاضى من غير طلب الخصم انشاء الخصومة والقاضى نصب لقطع الخصومة لا لانها وقول أبي يوسف ان في هذا صيانة قضاء القاضى عن الفسخ فنقول الصيانة حاصله بدونه لان الظاهر ان البائع لم يعلم بوجود الرضا من المشتري اذ لو علم لادعى الدفع بدعوى ولما سكنت عن دعوى الدفع عند قيام البينة دل انه لم يظهر له الرضا من المشتري فلا يدعى الدفع بعد ذلك وان لم يقيم المشتري بينة على اثبات العيب عند البائع وطلب المشتري يمينه فقياسوى العيوب الاربعه يستحلف على البتات بالله تعالى لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب وانما يجمع بين البيع والتسليم في الاستحلاف لان الاقتصار على البيع بوجوب بطلان حق المشتري في بعض الاحوال لجواز أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم فيبطل حقه فكان الاحتياط هو الجمع بينهما ومنهم من قال لا احتياط في هذا لانه لو استحلف على هذا الوجه فن الجائز حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فيكون البائع صادقا في يمينه لان شرط حثشه وجود العيب عند البيع والتسليم جميعا فلا يحث بوجوده في أحدهما فيبطل حق المشتري فكان الاحتياط في هذا الاستحلاف على حاصل الدعوى بالله عز وجل ماله حق الرد بهذا العيب الذى ذكره ومنهم من قال يستحلف بالله تعالى لقد سلمته وما به هذا العيب الذى يدعى وهو صحيح لانه يدخل فيه الموجود عند البيع والحادث قبل التسليم وانما لم يستحلف على البتات لانه استحلف على فعل نفسه وهو البيع والتسليم بصفة السلامة ثم اذا حلف فان حلف برى ولا يرد عليه وان نكل يرد عليه وفسخ العقد الا اذا ادعى البائع على المشتري الرضا بالعيب أو الابرأ عنه أو العرض على البيع بعد العلم به وقيم البينة فيبرأ ولا يرد عليه وان لم يكن له بينة وطلب تحليف المشتري يحلف عليه وان لم يطلب يمينه يفسخ العقد ولا يحلفه عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف على ما تقدم (وأما) في العيوب الاربعه ففي الثلاثة منها وهى الاباق والسرقة والبول في الفراش يستحلف بالله تعالى ما أبقي عندك منذ بلغ مبلغ الرجال وفي الجنون بالله عز وجل ما جن عندك قط وانما اختلفت هذه العيوب في كيفية

الاستحلاف لما ذكرنا فيما تقدم ان اتحاد الحال في العيوب الثلاثة شرط ثبوت حق الرد وليس بشرط في الجنون بل هو عيب لازم أبداً وأما كيفية الرد والفسخ بالعيوب بعد ثبوته فالمبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع أو في يد المشتري فان كان في يد البائع بنفسه البيع بقول المشتري رددت ولا يحتاج الى قضاء القاضي ولا الى التراضي بالاجماع وان كان في يد المشتري لا يفسخ الا بقضاء القاضي أو بالتراضي عندنا وعند الشافعي رحمه الله يفسخ بقوله رددت من غير الحاجة الى القضاء ولا الى رضا البائع وأجمعوا على ان الرد بخيار الشرط يصح من غير قضاء ولا رضا وكذلك الرد بخيار الرؤية متصل بلا خلاف بين اصحابنا (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان هذا نوع فسخ فلا تقتصر صحته الى القضاء ولا الى الرضا كالفسخ بخيار الشرط بالاجماع وبخيار الرؤية على أصلكم ولهذا لم يقتصر اليه قبل القبض وكذا بعده (ولنا) ان الصفة تمت بالقبض وأحد العاقلين لا ينفرد بفسخ الصفة بعد تمامها كالأقالة وهذا لان الفسخ يكون على حسب العقد لا نه يرفع العقد ثم العقد لا ينفك بأحد العاقلين فلا يفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضي بخلاف ما قبل القبض لان الصفة قبل القبض ليست بتامة بل تمامها بالقبض فكان بمنزلة القبول كانه لم يسترد بخلاف الرد بخيار الشرط لان الصفة غير متعقدة في حق الحكم مع بقاء الخيار فكان الرد في معنى الدفع والامتناع من القبول وبخلاف الرد بخيار الرؤية لان عدم الرؤية يمنع تمام الصفة لانه أوجب خلافاً في الرضا فكان الرد كالدفع أما هنا اذا الصفة قد تمت بالقبض فلا تحتل الا فسخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضا والله عز وجل أعلم وأما بيان من تلزمه الخصومة في العيب فنقول والله التوفيق لخصومة في البيع تلزم البائع سواء كان حكم العقد له أو لغيره بعد ان كان من أهل ان تلزمه الخصومة الا القاضي أو أمينه كالوكيل والمضارب والشريك والمكاتب لما ذون والاب والوصي لان الخصومة في العيب من حقوق العقد وحقوق العقد في هذا الباب راجعة الى العاقد اذا كان أهلاً فان لم يكن بان كان صبيّاً أو مجبوراً أو عبداً مجبوراً فالخصومة لا تلزمه وانما تلزم الموكل على ما ذكرنا في كتاب الوكالة وأما القاضي أو أمينه فالخصومة لا تلزمه لان الولاية للقاضي انما تثبت شرعاً نظر المن وقع له العقد فلو لزمه العهدة لا يمنع عن النظر خوفاً من لزوم العهدة فكان القاضي في هذا الباب بمنزلة الرسول فيه والوكيل في باب النكاح وما يلزم الوكيل من العهدة يرجع بها على الموكل والمكاتب والمأذون لا يرجعان على المولى لان الوكيل يتصرف للموكل نيابة عنه وتصرف النائب كتصرف المنوب عنه وأما المكاتب والمأذون فانما يتصرفان بطريق الإصالة لا نفسهما لا بطريق النيابة عن المولى لما عرف ان الأذن فك الحجر وازالة المانع فاذا زال الحجر بالأذن فالعبد يتصرف بمالكية نفسه فكان عاقد نفسه للمولاه والذي يقع للمولى هو حكم التصرف لا غير واذا كان عاقد نفسه كانت العهدة عليه ولو رد المبيع على الوكيل هل له أن يردّه على موكله فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) أن يردّه عليه بينة قامت على العيب واما أن يردّه عليه بنكوله واما أن يردّه عليه باقراره بالعيب فان رده عليه بينة قامت على العيب يردّه على الموكل لان البينة حجة مطلقة وهونائب عنه فيلزم الموكل وان رده عليه بنكوله فكذا لان نكوله مضاف الى الموكل لكونه مضطراً ملجأ اليه ألا ترى انه لا يملك في الخصومة وانما جاء هذا الاضطراب من ناحية الموكل لانه هو الذي أوقعه فيه فكان مضطراً اليه وان رده عليه باقراره بالعيب بنظر ان كان عيلاً لا يحدث مثله يرد على الموكل لانه علم بثبوته عند البيع بيقين وأما ان كان عيلاً يحدث مثله لا يرد على الموكل حتى يقيم البينة فان كان رده عليه بقضاء القاضي باقراره لا يرد لان اقرار المقر يلزمه دون غيره لانه حجة قاصرة فكان حجة في حقه خاصة لا في حق موكله وان رده عليه بغير قضاء لازم الوكيل خاصة سواء كان العيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله لان الرد بغير قضاء وان كان فسخاً في حق العاقلين فهو بيع جديد في حق غيرهما فلا يملك الرد على الموكل كما لو اشتراه فاما المضارب والشريك فقبولهما يلزم رب المال والشريك الآخر لان حكم شركتهما تلزمهما بخلاف الوكيل والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يمنع الرد بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم فنقول والله التوفيق الرد يمنع بأسباب (منها)

الرضا بالعيب بعد العلم به لان حق الرد لقوات السلامة المشروطة في العقد دلالة ولما رضى بالعيب بعد العلم به دل انه
 مباشر السلامة ولا يثبت نظر المشتري دفعا للضرر عنه فاذا رضى بالعيب فلم ينظر لنفسه ورضى بالضرر ربح الرضا
 نوعان صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة أما الاول فنحو قوله رضيت بالعيب أو أجزت هذا البيع أو أوجبته وما
 يجري هذا الجري وأما الثاني فهو أن يوجد من المشتري بعد العلم بالعيب تصرف في المبيع يدل على الرضا بالعيب نحو ما
 اذا كان ثوبا فصبغه أو قطعه أو سويقا فلبسه بسمن أو أرضا فبني عليها أو حنطة فطحنها أو لحما فشواه ونحو ذلك أو تصرف
 تصرفا أخرجه عن ملكه وهو علم بالعيب أو ليس بعلم أو باعه المشتري أو وهبه وسأله أو أعتقه أو كاتبه أو دبره أو
 استولده لان الاقدام على هذه التصرفات مع العلم بالعيب دليل الرضا بالعيب ويكون العلم بالعيب وكل ذلك يبطل
 حق الرد ولو باعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان كان قبل القبض له أن يردده على بائعه سواء كان الرد بقضاء القاضي
 أو بالتراضي بالاجماع وان كان بعد القبض فان كان قضاء القاضي له أن يردده على بائعه بخلاف وان كان قبله البائع
 بغير قضاء ليس له أن يردده عندنا عند الشافعي رحمه الله أن يردده (وجه) قوله ان المانع من الرد خروج السلعة
 عن ملكه فاذا عادت اليه فقد زال المانع وصار كأنه لم يخرج ولهذا اذا رد عليه بقضاء له أن يردده على بائعه وكذا اذا رد عليه
 بخيار شرط أو بخيار رؤية على أصلكم (ولنا) ان القبول بغير قضاء فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما فصار
 كما لو عاد اليه بشراء ولو اشتراه لم يملك الرد على بائعه كذا هذا والدليل على أن القبول بغير قضاء بيع جديد في حق غير
 العاقدين ان معنى البيع موجود فكان شبهة الشراء قائمة فكان الرد عند التراضي بيعا لوجود معنى البيع فيه الا أنه أعطى
 له حكم الفسخ في حق العاقدين فبقي بيعا جديدا في حق غيرهما بمنزلة الشراء المبتدأ ولهذا يثبت للشفيع حق الشفعة
 وحق الشفعة انما يثبت بالبيع بخلاف الرد بقضاء القاضي لانه لم يوجد فيه معنى البيع أصلا لا لعدم التراضي فكان
 فسخا والفسخ رفع العقد من الاصل وجعله كأن لم يكن ولهذا لم يثبت للشفيع حق الشفعة وبخلاف ما قبل القبض لان
 الصفقة لا تمام لها قبل القبض ألا ترى ان حدوث العيب قبل القبض كوجوده قبل البيع فكان الرد قبل القبض في
 معنى الامتناع عن القبول كان المشتري رد ايجاب البائع ولم يقبله ولهذا لم يقتصر الرد قبل القبض الى القاضي وبخلاف
 ما اذا رد عليه بخيار شرط أو رؤية انه يردده على بائعه لان معنى البيع لم يوجد في هذا الرد ألا ترى انه يردده على بائعه من
 غير رضاه فكان فسخا ورفعا للعقد من الاصل كأنه لم يكن وكذا لو وطىء الجارية المشتراة ولمسها الشهوة أو نظر الى
 فرجها بشهوة مع العلم بالعيب لما قلنا وكذا بدون العلم بالعيب وقال الشافعي رحمه الله ان كانت الجارية بكر افوطها
 المشتري فكذا ذلك وأما اذا كانت ثيبا فوطها بدون العلم بالعيب لا تمنع الرد بالعيب وستأتى المسئلة ان شاء الله تعالى
 ولو قبلت الجارية المشتري لشهوة فقد مر تفصيل الكلام فيه في شرط الخيار ولو استخدم المشتري بعد ما علم بالعيب
 فالقياس أن يسقط خياره وفي الاستحسان لا يسقط وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان في خيار الشرط ولو كان
 المشتري دابة فركبها بعد العلم بالعيب فان ركبها لحاجة نفسه يسقط خياره وان ركبها ليسقيها أو ليردها على البائع
 أو ليشترى لها علفا ففيه قياس واستحسان كما في الاستخدام وقد ذكرنا ذلك في خيار الشرط ولو ركبها لينظر الى
 سيرها بعد العلم بالعيب يكون رضا يسقط خياره وفي شرط الخيار لا يسقط والفرق بينهما قد تقدم في خيار الشرط
 وكذا لو اشترى ثوبا فلبسه بعد العلم لينظر الى طوله وعرضه بطل خياره وفي خيار الشرط لا يبطل (وجه) الفرق
 بينهما قد ذكرناه في شرط الخيار وان كان المشتري دارا فسكنها بعد ما علم بالعيب أو رم منها شيئا أو هدم يسقط خياره
 وذكر في بعض شروح مختصر الطحاوي في السكنى روايتان والخاص ان كل تصرف يوجد من المشتري في المشتري
 بعد العلم بالعيب يدل على الرضا بالعيب يسقط الخيار ويلزم البيع والله عز وجل أعلم (ومنها) اسقاط الخيار صريحا
 أو ما هو في معنى الصريح نحو أن يقول المشتري أسقطت الخيار أو بطلته أو ألزمت البيع أو أوجبته وما يجري هذا
 الجري لان خيار العيب حقه والانسان بسبيل من التصرف في حقه استيفاء واسقاطا (ومنها) ابراء المشتري عن

العيب لان البراء اسقاط وله ولاية الاسقاط لان الخيار حقه والحل قابل للسقوط ألا ترى كيف احتمل السقوط بالاسقاط صريحاً فاذا أسقطه يسقط (ومنها) هلاك المبيع لقوات محل الرد (ومنها) نقصانه وجملة الكلام فيه ان نقصان المبيع لا يخلو اما ان يكون قبل القبض واما ان يكون بعده وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بفعل اجنبي فان كان قبل القبض بآفة سماوية أو بفعل المبيع فهذا وما اذالم يكن به عيب سواء وقد ذكرنا حكمه في بيع البات فيما تقدم ان المشتري بالخيار ثم ان كان النقصان نقصان قدر فان شاء أخذ الباقي بمحضته من الثمن وان شاء ترك وان كان نقصان وصف فان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لما ذكرنا هنالك وان كان بفعل البائع فكذلك الجواب فيه وفيما اذالم يكن به عيب سواء وهو ان المشتري بالخيار ان شاء أخذه وطرح عنه قدر النقصان الذي حصل بفعل البائع من الثمن وان شاء ترك كما اذالم يجد به عيباً وان كان بفعل المشتري لا خيار له ويصير قابضاً بالجناية ويقرر عليه جميع الثمن ان لم يجد به عيباً كان عند البائع على ما ذكرنا فيما تقدم وان وجد عيباً كان عند البائع فان شاء رجع بنقصان العيب وان شاء رضى به وان قال البائع انا أخذه مع النقصان ليس للمشتري أن يحبس به ويرجع عليه بالنقصان بل يردده عليه ويسقط جميع الثمن وسند كرا الاصل في جنس هذه المسائل في بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع هذا اذالم يوجد من البائع منع المبيع لاستيفاء الثمن بعدما صار المشتري قابضاً بالجناية فاما اذا وجد منه منع بعد ذلك ثم وجد المشتري به عيباً له أن يردده على البائع ويسقط عن المشتري جميع الثمن لانه بالمنع صار مسترد المبيع ناقضاً لذلك القبض فانتقض وجعل كان لم يكن له فكان حق الرد على البائع ويسقط عنه جميع الثمن الا قدر ما نقص بفعله وان كان بفعل اجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء رضى به بجميع الثمن واتبع الجاني بالارش وان شاء ترك ويسقط عنه جميع الثمن واتبع البائع الجاني بالارش كما اذالم يجد المشتري به عيباً هذا اذا حدث النقصان قبل القبض ثم وجد به عيباً فاما اذا حدث بعد القبض ثم وجد به عيباً فان حدث بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري لم يكن له أن يردده بالعيب عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله له أن يردده ويردعه ارش العيب الحادث (وجه) قوله ان حق الرد بالعيب ثبت نظر للمشتري فلو امتنع انما تمتنع نظر للبائع والمشتري باستحقاق النظر أولى من البائع لانه لم يدلس العيب والبائع قد دلس (ولنا) ان شرط الرد ان يكون المردود عند الرد على الصفة التي كان عليها عند القبض ولم يوجد لانه خرج عن ملك البائع معيباً بعيب واحد ويعود على ملكه معيباً بيمين فانه قدم شرط الرد فلا يرد ولو كان المبيع جارية فوطئها المشتري ثم اطلع على عيب بها فان كانت بكر المردوها بالاجماع وان كانت ثيباً فكذلك عندنا وقال الشافعي رحمه ترد (وجه) قوله انه وجد سبب ثبوت حق الرد مع شرطه وما بعد السبب وشرطه الا الحكم (أما) السبب فهو العيب وقد وجد (وأما) الشرط فهو ان يكون المردود وقت الرد كما كان وقت القبض وقد وجد لان الوطء لا يوجب نقصان العين اذ هو استيفاء منافع البضع فاشبهه الاستخدام بخلاف وطء البكر لان العذرة عضومنها وقد أزالها بالوطء ولنا ان منافع البضع لها حكم الاجزاء والاعيان بدليل أنها مضمونة بالعين وغير العين لا يضمن بالعين هو الاصل واذا قام الدليل على ان المنافع لا تضمن بالانلاف عندنا أصلاً فكان استيفاءها في حكم اتلاف الاجزاء والاعيان فانه قدم شرط الرد فيمتنع الرد كما اذا قطع طرفاً منها وكافي وطء البكر بخلاف الاستخدام لانه استيفاء منفعة محضه ما لها حكم الجزء والعين ولانه لو رد الجارية وفسخ العقد رفع من الاصل من كل وجه أو من وجه فتبين ان الوطء صادف ملك البائع من كل وجه أو من وجه وانه حرام فكان المنع من الرد طريق الصيانة عن الحرام وانه واجب وعلى هذا يخرج ما قاله أبو حنيفة رحمه الله فيما اذا اشترى رجلان شيئاً ثم اطلعا على عيب به كان عند البائع أنه لا ينفرد أحدهما بالتسخ دون صاحبه وعند أبي يوسف ومحمد ينفرد أحدهما بالتسخ وعلى هذا الخلاف لو اشترى شيئاً على أنهما بالخيار فيه ثلاثة أيام أو اشترى شيئاً لم يراه (وجه) قوله انه رد المشتري كما اشترى فيصح كما اذا اشترى عبداً على أنه بالخيار في نصفه ثلاثة أيام فرد النصف ودلالة الوصف انه اشترى النصف لانهم لما اشترى العبد جملة

واحدة كان كل واحد منهما مشتراً بنصفه وقد رد النصف فقد رد ما اشترى كما اشترى ولا يحنيفة رحمه الله أنه لم يوجد شرط الرد وثبت حق الرد عند انعدام شرطه ممتنع والدليل على أنه لم يوجد شرط الرد أن الشرط أن يكون المردود على الوصف الذي كان مقبوضاً ولم يوجد لأنه قبضه غير معيب بعيب زائد وهو عيب الشركة لأن الشركة في الأعيان عيب لأن نصف العين لا يشتري بالثمن الذي يشتري به لو لم يكن مشتركا فلم يوجد رد ما اشترى كما اشترى فلا يصح الرد دفعا للضرر عن البائع ولهذا لو أوجب البائع البيع في عبد لاثنين فقبل أحدهما دون الآخر لم يصح لأن البائع لم يرض بزوال ملكه إلا عن الجملة فإذا قبل أحدهما دون الآخر فقد فرق الصفقة على البائع فلم يصح دفعا للضرر عنه كذا هذا وكذلك لو كان النقصان بفعل أجنبي أو بفعل البائع بان قطع يده ووجب الإرشاء أو كانت جارية فوطئها ووجب العقر لم يكن له أن يرد بالعيب لما قلنا ولمعنى آخر يختص به وهو أن النقصان بفعل الأجنبي أو بفعل البائع يؤخذ بالإرشاء والعقر للمشتري وأنه زيادة ولهذا يمنع الرد بالعيب على ما سئد كرهه الله تعالى ولو اشترى ما كولا في جوفه كالبطيخ والجوز والقثاء والخيار والمان والبيض ونحوها فكسره فوجده فاسداً فهذا في الأصل لا يخلو عن أحد وجهين إما أن وجده كله فاسداً وإما أن وجد البعض فاسداً والبعض صحيحاً فإن وجده كله فاسداً فإن كان مالم لا ينتفع به أصلاً فالمشتري يرجع على البائع بجميع الثمن لأنه تبين أن البيع وقع باطلاً لأنه يبيع ما ليس بمال وبيع ما ليس بمال لا ينتفع به أصلاً كما إذا اشترى عبد أتم تبين أنه حر وإن كان مما يمكن الانتفاع به في الجملة ليس له أن يرده بالعيب عندنا وعند الشافعي رحمه الله أنه أن يرده (وجه) قوله أنه لم يباعه منه فقد سلطه على الكسر فكان الكسر حاصلًا بتسليط البائع فلا يمنع الرد ولنا ما ذكرنا فيما تقدم أن شرط الرد أن يكون المردود وقت الرد على الوصف الذي كان عليه وقت القبض ولم يوجد لأنه تعيب بعيب زائد بالكسر فلورده عليه لرد معيباً بعيبين فأنعدم شرط الرد وأما قوله البائع سلطه على الكسر فنعم لكن بمعنى أنه ممكن من الكسر باثبات الملك له فيكون هو بالكسر متصرفاً في ملك نفسه لا في ملك البائع بامر له ليكون ذلك منه دلالة الرضا بالكسر وإن وجد بعضه فاسداً دون البعض ينظر إن كان الفاسد كثيراً يرجع على البائع بجميع الثمن لأنه ظهر أن البيع وقع في القدر الفاسد باطلاً لأنه تبين أنه ليس بمال وإذا بطل في ذلك القدر يفسد في الباقي كما إذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وإن كان قليلاً فكذا في القياس وفي الاستحسان صح البيع في الكل وليس له أن يرد ولا أن يرجع فيه بشيء لأن قليل الفساد فيه مالم لا يمكن التحرز عنه أذهبه الأشياء في العادات لا تخلو عن قليل فساد فكان فيه ضرورة فيلحق ذلك القدر بالعدم ومن مشايخنا من فصل تفصيلاً آخر فقال إذا وجد كله فاسداً فإن لم يكن لقشره قيمة فالبيع باطل لأنه تبين أنه باع ما ليس بمال وإن كان لقشره قيمة كالمان ونحوه فالبيع لا يبطل لأنه إذا كان لقشره قيمة كان القشر مالم ولكن البائع بالخيار أن شاء رضى به ناقصاً وقبل قشره ورد جميع الثمن وإن شاء لم يقبل لأنه تعيب بعيب زائد ورد على المشتري حصة المعيب جبراً لحقه وإن وجد بعضه فاسداً فمضى هذا التفصيل أيضاً لأنه إن لم يكن لقشره قيمة يرجع على البائع بمحضه من الثمن وإن كان لقشره قيمة يرجع بحصة العيب دون القشر اعتباراً للبعض بالكل إذا كان الفاسد منه قليلاً قدر مالم لا يخلو مشله عن مثله فلا يرد ولا يرجع بشيء والله عز وجل أعلم (ومنها) الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع بعد القبض وجملة الكلام في الزيادة أنها لا تخلو إما أن حدثت قبل القبض وإما أن حدثت بعده وكل واحدة من الزيادة تبين لا تخلو من أن تكون متصلة أو منفصلة والمتصلة لا تخلو من أن تكون متولدة من الأصل كالولد والثمر واللبن ونحوها أو غير متولدة من الأصل كالسب والصدقة والغلة والبيع لا يخلو إما أن يكون صحيحاً أو فاسداً (أما) الزيادة في البيع الفاسد فكما نذكره في بيان حكم البيع الفاسد إن شاء الله تعالى (وأما) في البيع الصحيح فإن حدثت الزيادة قبل القبض فإن كانت متصلة متولدة من الأصل

فانها لا تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة تابعة للاصل حقيقة لقيامها بالاصل فكانت مبيعة تبعاً والاصل ان ما كان تابعاً في العقد يكون تابعاً في الفسخ لان الفسخ رفع العقد فيفسخ العقد في الاصل بالفسخ فيه مقصوداً وينفسخ في الزيادة تبعاً للافساخ في الاصل وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل فانها تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة ليست بتابعة بل هي اصل بنفسها ألا ترى أنه لا يثبت حكم البيع فيها أصلاً ورأساً فلورد المبيع لكان لا يخلو اما ان يردّه وحده بدون الزيادة واما أن يردّه مع الزيادة لاسيّل الى الاول لانه متمذر لتعذر الفصل ولا سيّل الى الثاني لان الزيادة ليست بتابعة في العقد فلا تكون تابعة في الفسخ ولان المشتري صار قابضاً للمبيع باحداث هذه الزيادة فصار كأنها حدثت بعد القبض وحدوثها بعد القبض يمنع الرد بالعيب والله عز وجل أعلم وان كانت منفصلة متولدة من الاصل لا تمنع الرد فان شاء المشتري ردهما جميعاً وان شاء رضى بهما بجميع الثمن بخلاف ما بعد القبض عندنا انها تمنع الرد بالعيب وسند كذا الفرق ان شاء الله تعالى ولو لم يجد بالاصل عيباً ولكن وجد بالزيادة عيباً ليس له أن يردّها لان هذه الزيادة قبل القبض مبيعة تبعاً والمبيع تبعاً لا يحتمل فسخ العقد فيه مقصوداً الا اذا كان حدوث هذه الزيادة قبل القبض مما يوجب نقصاناً في المبيع كولد الجارية فله خيار الرد لكن لا للزيادة بل للنقصان ولو قبض الاصل والزيادة جميعاً ثم وجد بالاصل عيباً له ان يردّه خاصة بمحضته من الثمن بعد ما قسم الثمن على قدر الاصل وقت البيع وعلى قيمة الزيادة وقت القبض لان الزيادة انما تأخذ قسطاً من الثمن بالقبض كذلك يعتبر قبضها وقت القبض ولو لم يجد بالاصل عيباً ولكنه وجد بالزيادة عيباً فله أن يردّها خاصة بمحضتها من الثمن لانه صار لها حصة من الثمن بالقبض فيردّها بمحضتها من الثمن فان كانت الزيادة منفصلة من الاصل فانها لا تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة ليست بمبيعة لا نعدم ثبوت حكم البيع فيها وانما هي مملوكة بسبب على حدة أو بملك الاصل فبالرد يفسخ العقد في الاصل وتبقى الزيادة مملوكة بوجود سبب الملك فيه مقصوداً أو بملك الاصل لا بالمبيع فكانت ربحاً لا ربحاً بالاختصاص الرّ بالبيع لانه فضل مال قصد استحقاقه بالبيع في عرف الشرع ولم يوجد ثم اذ ارد الاصل فالزيادة تكون للمشتري غير ثمن عند أبي حنيفة لكنها لا تطيب له لانها حدثت على ملكه الا انها ربح مالم يضمن فلا تطيب وعند أبي يوسف ومحمد الزيادة تكون للبائع لكنها لا تطيب له وهذا اذا اختار المشتري الرد بالعيب فان رضى بالعيب واختار البيع فالزيادة لا تطيب له بخلاف لانها ربح مالم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولا نهى الزيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وأنه تفسير الربا ولو قبض المشتري المبيع مع هذه الزيادة ثم وجد بالمبيع عيباً فان كانت الزيادة هالكه له أن يرد المبيع خاصة بجميع الثمن بخلاف وان كانت قائمة فكذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يرد معه الزيادة (وجه) قولهما ان هذه الزيادة حدثت قبل القبض فيردّها مع الاصل ولا يبي حنيفة ان هذه الزيادة لا تتبع الاصل في حكم العقد فلا تتبعه في حكم الفسخ ولو وجد بالزيادة عيباً ليس له أن يردّها لانه لا حصة لهذه الزيادة من الثمن فلا تختمل الرد بالعيب لانها لو ردت لردت بغير شيء هذا اذا حدثت الزيادة قبل القبض فاما اذا حدثت بعد القبض فان كانت متصلة متولدة من الاصل فانها لا تمنع الرد ان رضى المشتري بردّها مع الاصل بخلاف لانها تابعة حقيقة وقت الفسخ فبالرد يفسخ العقد في الاصل مقصوداً وينفسخ في الزيادة تبعاً وان أبى أن يردّه وأراد أن يأخذ نقصان العيب من البائع وأبى البائع الا الرد مع العيب ودفع جميع الثمن اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله وأبو يوسف للمشتري ان يأخذ نقصان العيب من البائع وليس للبائع ان يأبى ذلك ويطلب الرد ويقول لا أعطيك نقصان العيب ولكن رد على المبيع معيباً لا دفع اليك جميع الثمن وقال محمد رحمه الله ليس للمشتري أن يرجع بالنقصان على البائع اذا أبى ذلك وللبيع أن يقول له رد على المبيع حتى أرد اليك الثمن كله ولقب المسئلة ان الزيادة المتصلة المتولدة من الاصل بعد القبض هل تمنع الرد بالعيب اذا لم يرض صاحب الزيادة وهو المشتري بردّها زيادة ويريد الرجوع بنقصان العيب عندهما يمنع وعنده لا يمنع وأصل المسئلة في النكاح اذا ازداد المهر زيادة متصلة متولدة من الاصل بعد القبض ثم ورد الطلاق قبل

الدخول انما هل تمنع التنصيف عندهما تمنع وعليها نصف القيمة يوم قبضت وعنده لا تمنع ونذكر المسئلة في النكاح وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل تمنع الرد بالا جماع ويرجع بنقصان العيب لما ذكرناه لو رد الاصل فاما أن يردده وحده واما ان يردده مع الزيادة والرد وحده لا يمكن والزيادة ليست بتابعة في العقد فلا يمكن ان يجعلها تابعة في الفسخ الا اذا تراضيا على الرد لانه صار بمنزلة بيع جديد وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فانها تمنع الرد بالعيب عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا تمنع ويرد الاصل بدون الزيادة وكذلك هذه الزيادة تمنع الفسخ عندنا من الاقالة والرد بخيار الشرط وخيار الرؤية والكلام فيه مبني على أصل ذكرناه فيما تقدم وهو ان الزيادة عندنا مبيعة تبعا لثبوت حكم الاصل فيه تبعا وبالرد بدون الزيادة ينفسخ العقد في الاصل مقصودا وتبقى الزيادة في يد المشتري مبيعا مقصودا بلا ثمن ليستحق بالبيع وهذا تفسير الرابي عرف الشرع بخلاف الزيادة قبل القبض لانها لا ترد بدون الاصل أيضا احترازاً عن الربا بل ترد مع الاصل وردها مع الاصل لا يتضمن الربا ثم انما لا يرد الاصل مع الزيادة ههنا وردها كمالا ما امتناع رد الاصل بدون الزيادة فلما قلنا انه يؤدي الى الربا (وأما) رده مع الزيادة فلانه يؤدي الى أن يكون الولد التابع بعد الرد ربح ما لم يضمن لانه ينفسخ العقد في الزيادة فيعود الى البائع ولم يصل الى المشتري بمقابلته شيء من الثمن في الفسخ لانه لا حصه له من الثمن فكان الولد للبائع ربح ما لم يضمن لانه حصل في ضمان المشتري فاما الولد قبل القبض فقد حصل في ضمان البائع فلما ينفسخ العقد فيه لا يكون ربح ما لم يضمن بل ربح ما ضمن وان كانت منفصلة غير متولدة من الاصل لا يمتنع الرد بالعيب ويرد الاصل على البائع والزيادة للمشتري طيبة له لما مر ان هذه الزيادة ليست بمبيعة أصلا لانعدام ثبوت حكم البيع فيها بل ملكت بسبب على حدة فأمكن اثبات حكم الفسخ فيه بدون الزيادة فيرد الاصل وينفسخ العقد فيه وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بوجود سبب الملك فيها شرعا فتطيب له هذا اذا كانت الزيادة قائمة في يد المشتري فاما اذا كانت هالكه فهلا كمالا يخلو من أن يكون باقة ساهية أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي فان كان باقة ساهية لانه أن يرد الاصل بالعيب وتجعل الزيادة كمالا تمكّن وان كان بفعل المشتري فالبايع بالخيار ان شاء قبل ورد جميع الثمن وان شاء لم يقبل ويرد نقصان العيب سواء كان حدوث ذلك أو وجب نقصان في الاصل أو لم يوجب نقصان فيه لان اتلاف الزيادة بمنزلة اتلاف جزء متصل بالاصل لكونها متولدة من الاصل وذا يوجب الخيار للبائع وان كان بفعل أجنبي ليس له أن يرد لانه يجب ضمان الزيادة على الأجنبي فيقوم الضمان مقام العين فكان عينه قائمة فيمتنع الرد ويرجع بنقصان العيب والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يفسخ به العقد فالكلام ههنا يقع في موضعين أحدهما في بيان ما ينفسخ به والثاني في بيان شرائط جواز الفسخ أما الاول فنوعان اختياري وضروي فالاختياري نحو قوله فسخته أو نفضته أو ردده وما هو في معناه والضروري هلاك المقود عليه قبل القبض (وأما) شرائط جواز الفسخ فمنها سقوط الخيار لان البيع يلزم بسقوط الخيار فيخرج عن احتمال الفسخ ومنها علم صاحبه بالفسخ بلا خلاف بين أصحابنا سواء كان بعد القضاء أو قبله بخلاف خيار الشرط والرؤية وهل يشترط له القضاء والرضا ان كان قبل القبض لا يشترط له قضاء القاضي ولا رضا البائع وان كان بعد القبض يشترط له القضاء أو الرضا وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم ومنها ان لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع قبل التمام فان تضمن لا يجوز الا أن يرضى به البائع لان تفريق الصفقة على البائع قبل التمام اضراره على ما ذكرنا والضرر واجب الدفع ما لم يكن الا أن يرضى به البائع لان الضرر المرضى به من جهة المتضرر لا يجب دفعه وعلى هذا يخرج ما اذا وجد المشتري المبيع معيبا فأراد رد بعضه دون بعض قبل القبض وجملة الكلام فيه ان المبيع لا يخلو اما ان يكون شيئا واحدا حقيقة وتقديرا كالعبد والثوب والدار والكرم والمكيل والموزون والمعدود المتقارب في وعاء واحد أو صبرة واحدة واما ان يكون أشياء متعددة كالعبدين والثوبين والدابتين والمكيل والموزون والمعدود في وعاءين أو صبرتين وكل شيئين ينتفع بأحدهما فيها وضع له بدون الآخر (وأما) أن يكون شيئين حقيقة وشيئا واحدا تقديرا كالخفين والنعلين والمكبين

ومصر اعى الباب وكل شىء لا ينتفع بأحد هما فيها وضع له بدون الآخر فلا يخلو اما أن يكون المشتري قبض كل المبيع
واما ان لم يقبض شيأ منه واما ان قبض البعض دون البعض والحادث في المبيع لا يخلو اما أن يكون عيبا أو استحقاقا
اما العيب فان وجد به بعض المبيع قبل القبض لشيء منه فالمشتري بالخيار ان شاء رضى بالكل ولزمه جميع الثمن وان
شاء رد الكل وليس له أن يرد المبيع خاصة بمحضته من الثمن سواء كان المبيع شيأ واحداً أو أشياء لان الصفقة لا تمام
لها قبل القبض وتفرق الصفقة قبل تمامها باطل والدليل على أن الصفقة لا تتم قبل القبض ان الموجود قبل القبض
أصل العقد والملك لا صفة التأكيد ألا ترى انه يحتمل الاقساس بهلاك الموقوف عليه وهو انه عدم التأكد واذ قبض
وقع الامر عن الاقساس بالهلاك فكان حصول التأكد بالقبض والتأكد اثبات من وجه أوله شبهة الاثبات
وكذا ملك التصرف يقف على القبض فيدل على نقصان الملك قبل القبض ونقصان الملك دليل نقصان العقد وكذا
المشتري اذا وجد بالمبيع عيبا يفسخ البيع بنفس الرد من غير الحاجة الى قضاء القاضي ولا الى التراضى ولو كانت
الصفقة تامة قبل القبض لما احتمل الاقساس بنفس الرد كما بعد القبض فيثبت بهذه الدلائل ان الصفقة ليست بتامة
قبل القبض والدليل على أنه لا يجوز تفرق الصفقة على البائع قبل تمامها ان التفرق يضر بالبائع والضرر واجب
الدفع ما مكن وبيان الضرر ان المبيع لا يخلو اما أن يكون شيأ واحداً واما أن يكون أشياء حقيقة شيأ واحداً تقديراً
والتفرق يتضمن الشركة والشركة في الاعيان عيب فكان التفرق عيبا وانه عيب زائد لم يكن عند البائع فيتضرر به
البائع وان كان المبيع أشياء فالتفرق يتضمن ضرراً آخر وهو لزوم البيع في الجيد بثمان الردى لان ضم الردى
الى الجيد والجمع بينهما في الصفقة من عادة التجار ويحال الردى بواسطة الجيد فمن الجائز أن يرى المشتري العيب
بالردى وفريده فيلزم البيع في الجيد بثمان الردى فيتضرر به البائع فدل ان التفرق يضر بالبائع فوجب دفعه ما مكن ولهذا
لم يجز التفرق في القبول بأن أصاب الايجاب الى جملة قبل المشتري في البعض دون البعض دفعا للضرر عن البائع
بلزوم حكم البيع في البعض من غير اضافة الايجاب اليه لانه ما أوجب البيع الا في الجملة فلا يصح القبول الا في الجملة
لثلا يزول ملكه من غير ازالته فيتضرر به على أن تمام الصفقة لما تعلق بالقبض كان القبض في معنى القبول من وجه
فكان رد البعض وقبض البعض تفرقا في القبول من وجه فلا يملك إلا أن يرضى البائع برد المبيع عليه فيأخذه ويدفع
حصته من الثمن فيجوز يأخذ المشتري الباقي بمحضته من الثمن لان امتناع الرد كان لدفع الضرر عنه نظر اله فاذا
رضى به فلم ينظر لنفسه وان كان المشتري قبض بعض المبيع دون البعض فوجد به بعضه عيبا فكذلك لا يملك رد
المبيع خاصة بمحضته من الثمن سواء كان المبيع شيأ واحداً أو أشياء وسواء وجد العيب بغير المقبوض أو بالمقبوض
في ظاهر الرواية لان الصفقة لا تتم الا قبض جميع الموقوف عليه فكان رد البعض دون البعض تفرق الصفقة قبل
التمام وانه باطل وروى عن أبي يوسف أنه اذا وجد العيب بغير المقبوض فكذلك فاما اذا وجد بالمقبوض فله أن يرده
خاصة بمحضته من الثمن فهو نظر الى العيب منهما أيهما كان واعتبر الآخر به فان كان المبيع غير المقبوض اعتبر
الآخر غير المقبوض فكانهما لم يقبضا جميعا وان كان المبيع مقبوضا اعتبر الآخر مقبوضا فكانه قبضهما جميعا
لكن هذا الاعتبار ليس بسديد لانه في حد التعارض إذ ليس اعتبار غير المبيع بالمعيب في القبض وعدمه أولى من
اعتبار المبيع بغير المبيع في القبض بل هذا أولى لان الاصل عدم القبض والعمل بالأصل عند التعارض أولى
هذا اذا كان المشتري لم يقبض شيأ من المبيع أو قبض البعض دون البعض فان كان قبض الكل ثم وجد به عيبا فان
كان المبيع شيأ واحدا حقيقة وتقديره كذلك الجواب ان المشتري ان شاء رضى بالكل بكل الثمن وان شاء رد
الكل واسترد جميع الثمن وليس له أن يرد قدر المبيع خاصة بمحضته من الثمن لما ذكرنا ان فيه ازام عيب الشركة وانها
عيب حادث مانع من الرد وان كان أشياء حقيقة شيأ واحداً تقديره كذلك لان افراد أحد هما بالرد اضرار بالبائع
إذ لا يمكن الانتفاع بأحدهما فيها وضع له بدون الآخر فكانا فيها وضع له من المنفعة كشيء واحد فكان المبيع شيأ

واحد من حيث المعنى فبالرد تثبت الشركة من حيث المعنى والشركة في الاعيان عيب واذا كان لا يمكن الانتفاع
 بأحدهما بدون صاحبه فبما وضع له كان التفريق تعيبا فيعود المبيع الى البائع بسبب زائد حادث لم يكن عنده وان كان
 أشياء حقيقة وتقديرها فليس له أن يرد الكل الا عند التراضي وله أن يرد المبيع خاصة بحصته من الثمن عند أصحابنا
 الثلاثة وعند زفر والشافعي رحمهما الله ليس له ذلك بل يردهما أو يمسهما (وجه) قولهما ان في التفريق بينهما في الرد
 اضرارا بالبائع لما ذكرنا أن ضم الردي الى الجيد في البيع من عادة التجار ليروج الردى بواسطة الجيد وقد يكون
 العيب بالردي وفيرده على البائع ويلزمه البيع في الجيد ثمن الردى وهذا اضرار بالبائع ولهذا امتنع الرد قبل القبض فكذا
 هذا (ولنا) ان ما ثبت له حق الرد وجد في أحدهما فكان له أن يرد أحدهما وهذا لان حق الرد انما يثبت لقوات
 السلامة المشروطة في العقد دلالة والثابتة مقتضى العقد على ما بينا والسلامة فانت في أحدهما فكان له رده خاصة فلما امتنع
 الرد انما امتنع لتضمنه ترقية الصفقة وتقرى الصفقة باطل قبل التمام لا بعده والصفقة قد تمت بقبضهما فزال المانع
 (وأما) قولهما يتضرر البائع برد الردي خاصة فتم لكن هذا ضرر مرضي به من جهته لان اقامه على بيع المبيع
 وتدليس العيب مع علمه ان الظاهر من حال المشتري أنه لا يرضى بالعيب دلالة الرضا بالرد بخلاف ما قبل القبض لانه
 لاتمام للعقد قبل القبض فلا يكون قبل القبض دلالة الرضا بالرد فكان الرد ضررا غير مرضي به فيجب دفعه وهذا
 بخلاف خيار الشرط وخيار الرؤية ان المشتري لا يملك رد البعض دون البعض سواء قبض الكل أو لم يقبض شيئا أو
 قبض البعض دون البعض وسواء كان المعقود عليه شيئا واحدا أو أشياء لان خيار الشرط والرؤية تمتع تمام الصفقة
 بدليل أنه يرد بغير قضاء ولا رضا سواء كان قبل القبض أو بعده ولو تمت الصفقة لما احتل الرد الا بقضاء القاضي
 أو التراضي دل أن هذا الخيار يمنع تمام الصفقة ولا يجوز ترقية الصفقة قبل التمام وههنا بخلافه ولو قال
 المشتري انا أمسك المبيع وأخذ النقصان ليس له ذلك لان قوله أمسك المبيع دلالة الرضا بالمبيع وانه يمنع الرجوع
 بالنقصان وكذلك لو كان المبيع أشياء فوجد بالكل عيبا فأراد رد البعض دون البعض ان المردود ان كان مما لو كان
 العيب به وحده لكان له رده وحده كالعبدین والثوبين فله ذلك لانه اذا أمسك البعض فقد رضى بميبه فبطل حق
 الرد فيه لانه تبين ان صفة السلامة لم تكن مشروطة ولا مستحقة بالعقد فيه فصار كأنه كان صحيحا في الاصل ووجد
 بالآخر عيبا فيرده وان كان المردود مما لو كان العيب به وحده لكان لا يرد كالحفنين والنعلين ونحوهما ليس له ذلك
 لما ذكرنا ان التفريق بينهما تعيب ولو اشترى عبدین فوجد بأحدهما عيبا قبل القبض فقبض المبيع وهو عالم
 بالعيب لم يكن له ان يرد وسقط خياره ولزمه العبدان لان قبض المبيع مع العلم بالعيب دليل الرضا والقبض شبه بالعقد
 فكان الرضا به عند القبض كالرضا به عند العقد ولورضى به عند العقد يسقط خياره فلزمه جميعا كذا هذا ولو قبض
 الصحيح منهما ولو كانا مبيعين فقبض أحدهما لم يسقط خياره لانه قبض بعض المعقود عليه والصفقة لا تتم بقبض
 بعض المعقود عليه وانما تتم قبض الكل فلزمه العقد في المقبوض دون الآخر لتفرقت الصفقة على البائع قبل التمام
 وتفریق الصفقة قبل التمام باطل ولا يمكن اسقاط حقه عن غير المقبوض لانه لم يرض به فسقط له الخيار على ما كان والله
 عز وجل أعلم (وأما) الاستحقاق فان استحق بعض المعقود عليه قبل القبض ولم يحجز المستحق بطل العقد في
 القدر المستحق لانه تبين ان ذلك القدر لم يكن ملك البائع ولم توجد الاجازة من المالك فبطل وللمشتري الخيار في الباقي
 ان شاء رضى به بحصته من الثمن وان شاء رده سواء كان استحقاق ما استحقه يوجب العيب في الباقي أولا يوجب
 لانه اذا لم يرض المستحق فقد تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام فصار كعيب ظهر بالسلمة قبل القبض وذلك
 يوجب الخيار فكذا هذا وان كان الاستحقاق بعد قبض البعض دون البعض فكذلك الجواب سواء ورد
 الاستحقاق على المقبوض وعلى غير المقبوض فان كان قبض الكل ثم استحق بعضه بطل البيع في القدر المستحق
 لما قلنا ثم ينظر ان كان استحقاق ما استحق يوجب العيب في الباقي بأن كان المعقود عليه شيئا واحدا حقيقة وتقديرها

كالدرا والكرم والارض والعبد ونحوها فالمشتري بالخيار في الباقي ان شاء رضى به بحصته من الثمن وان شاء رد لان الشركة في الاعيان عيب وكذلك ان كان المعقود عليه شيئين من حيث الصورة شيئا واحدا من حيث المعنى فاستحق أحدهما فله الخيار في الباقي وان كان استحقاق ما استحق لا يوجب العيب في الباقي بأن كان المعقود عليه شيئين صورة ومعنى كالعبدين فاستحق أحدهما أو كان صبرة حنطة أو جملة وزني فاستحق بعضه فانه يلزم المشتري الباقي بحصته من الثمن لانه لا ضرر في تبغيضه فلم يكن له خيار الرد والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع فالكلام في حق الرجوع بالنقصان في موضعين أحدهما في بيان شرائط ثبوت حق الرجوع والثاني في بيان ما يبطل به هذا الحق بعد ثبوته وما لا يبطل (أما) الشرائط (فهي) امتناع الرد وتذره فلا يثبت مع امكان الرد حتى لو وجد به عيبا ثم أراد المشتري أن يمسك المبيع مع امكان رده على البائع ويرجع بالنقصان ليس له ذلك لان حق الرجوع بالنقصان كالحلف عن الرد والقدره على الاصل تمنع المصير الى الخلف ولان امساك المبيع المبيع مع علمه بالعيب دلالة الرضا بالعيب والرضا بالعيب يمنع الرجوع بالنقصان كما يمنع الرد (ومنها) أن يكون امتناع الرد لا من قبل المشتري فان كان من قبله لا يرجع بالنقصان لانه يصير خاسرا بالمبيع بفعله ممسكا عن الرد وهذا يوجب بطلان الحق أصلا ورأسا وعلى هذا يخرج ما اذا هلك المبيع أو انتقص بأفقه سهاوية أو فعل المشتري ثم علم انه يرجع بالنقصان لان امتناع الرد في الهلاك لضرورة فوات الحل وفي النقصان لا مرجع الى البائع وهو دفع ضرر زائد يلحقه بالرد ألا ترى ان للبائع أن يقول أنا أقبله مع النقصان فأدفع اليك جميع الثمن وإذا كان امتناع الرد لا مرجع اليه وهو لزوم الضرر لإياه بالرد فإذا دفع الضرر عنه بامتناع الرد لا بد من دفع الضرر عن المشتري بالرجوع بالنقصان وسواء كان النقصان يرجع الى الذات فوات جزء من العين أو لا يرجع اليه كما اذا كان المبيع جارية يتيها فوطئها المشتري أو قبلها بشهوة ثم علم بالعيب لان الرد امتنع لا من قبل المشتري بل من قبل البائع ألا ترى أن له أن يقبلها موطوءة ولو كان لها زوج عند البائع فوطئها زوجها في يد المشتري فان كان زوجها قد وطئها في يد البائع لم يرجع بالنقصان لان هذا الوطء لا يمنع الرد وامكان الرد يمنع الرجوع بالنقصان وان كان لم يطأها عند البائع فوطئها عند المشتري فان كانت بكر ارجع بالنقصان لان وطء البكر يمنع الرد بالعيب لانه يوجب نقصان العين بآلة العذرة والامتناع ههنا ليس لمعنى من قبل المشتري بل من قبل البائع فلا يمنع الرجوع بالنقصان وان كانت ثيبا لم يذكروا في الاصل انه يمنع الرد أم لا وقيل لا يمنع فلا يرجع بالنقصان مع امكان الرد وكذلك لو كان المبيع قائما حقيقة هالكا تقديرا بأن أعطى له حكم الهلاك كما اذا كان المبيع ثوبا فقطعه وخطاه أو حنطة فطحنها أو دقيقا فخبزه أو لحما فشواه فانه يرجع بالنقصان لان امتناع الرد في هذه المواضع من قبل البائع ولو حدث في المبيع أو بسببه زيادة منعة من الرد كالولد والتمرة والبن والارض والعقر يرجع بالنقصان لان امتناع الرد ههنا لا من قبل المشتري بل من قبل الشرع لما ذكرنا فقامت تقدم انه لو رد الاصل بدون الزيادة لبقيت الزيادة مبيعا مقصودا بلا ثمن وهذا تفسير الرابي متعارف الشرع وحرمة الر بآثبات حق للشرع ولهذا التراضي على الرد لا يقضى بالرد لان الحرمة الثابتة حق للشرع لا تسقط برضا العبد واذا كان امتناع الرد لمعنى يرجع الى الشرع لا الى المشتري بقي حق المشتري في وصف السلامة واجب الرعاية فكان له أن يرجع بالنقصان جبر الحق ولو كانت الزيادة المانعة سمنا أو عسلالته بسويق أو عصفرا أو زعفرانا صبغ به الثوب أو بناء على الارض يرجع بالنقصان لان التعذر ليس من قبل المشتري ولا من قبل البائع بل من قبل الشرع ألا ترى انه ليس للبائع أن يقول أنا آخذه كذلك وتعدر الرد لحق الشرع لا يمنع الرجوع بالنقصان لما ذكرنا ولو باعه المشتري أو وهبه ثم علم بالعيب لم يرجع بالنقصان لان امتناع الرد ههنا من قبل المشتري لانه بالبيع صار ممسكا عن الرد لان المشتري قام مقامه فصار مبطالا للرد الذي هو الحق فلا يرجع بشئ وكذلك لو كاتبه لانيها توجب صيرورة العبد حرا يدا فصار بالكتابة ممسكا عن الرد فأشبهه البيع وكذلك لو أعتقه على مال ثم وجد به عيبا لان

الاعتاق على مال في حق المعتق في معنى البيع لانه أخذ العوض بمقا بلته والبيع يمنع الرجوع بالنقصان كذا هذا
وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يمنع ولو أعتقه على غير مال ثم وجد به عيبا فالقياس أن لا يرجع وهو قول
الشافعي رحمه الله وفي الاستحسان يرجع (وجهه) أقياس أن الرد امتنع بفعله وهو الاعتاق فأشبهه البيع
أو الكتابة (وجهه) الاستحسان أن تعذر الرد ههنا ليس من قبل المشتري لان الاعتاق ليس بازالة الملك بل الملك
ينتهي بالاعتاق وهذا لان الأصل في الآدمي عدم الملك والمالية اذ الأصل فيه أن يكون حرا لان الناس كلهم أولاد
آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام والمتولد من الحرين يكون حرا لان الأصل في الحر أن يكون حرا والمالية عليه عارض
الكفر مؤقت الى غاية الاعتاق والمؤقت الى غاية ينتهي عند وجود الغاية فينتهي الملك والمالية عند الاعتاق فصار كما
لو انتهى بالموت وبه تبين ان الاعتاق ليس بحبس بخلاف البيع لانه لما أخذ العوض فقد أقام المشتري مقام نفسه
فكان له استبقاؤه على ملكه فصار جاسا اياه بفعله ممسكا عن الرد فلم يرجع بالنقصان وكذلك لو دبره وأستولده ثم وجد
به عيبا يرجع بالنقصان لان الرد لم يمنع من قبل المشتري بل من قبل الشرع ولو قتله المشتري لم يرجع بالنقصان في ظاهر
الرواية وروى عن أبي يوسف انه يرجع لان المقتول ميت بأجله فتنتهى حياته عند القتل كما تنتهى عند الموت فصار
كما لو مات حتف أنفه وهناك يرجع بالنقصان كذا ههنا (وجهه) ظاهر الرواية ان فوات الحياة ان لم يكن أثر فعل
القاتل حقيقة فهو أثر فعله عادة فجعل في حق القاتل كأنه قويت الحياة حقيقة وأزالته وان كان انتهاء حقيقة كالا اعتاق
على مال انه ألحق بالبيع في حق المعتق وان لم يكن كذلك في حق العبد فصار جاسا للعبد بصنعه ممسكا ولو كان
المبيع طعاما فكله المشتري أو ثوبه بأفلبسه حتى تحرق لم يرجع بالنقصان في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد
يرجع (وجهه) قولهما أن كل الطعام ولبس الثوب استعمال الشيء فيما وضع له وانه انتفاع لا اتلاف بخلاف
القتل فانه ازالة الحياة في حق القاتل فكان حبسا وامساكا (وجهه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان المشتري يأكل
الطعام ولبس الثوب أخرجهما عن ملكه حقيقة اذ الملك فيهما ثبت مطلقا لا مؤقتا بخلاف العبد فاشبه القتل ولو
استهلك الطعام أو الثوب بسبب آخر وراء الاكل واللبس ثم وجد به عيبا لم يرجع بالنقصان بلا خلاف لان
استهلاكهما في غير ذلك الوجه ابطال محض فيشبه القتل ولو أكل كل بعض الطعام ثم وجد به عيبا ليس له أن يرد الباقي
ولأن يرجع بالنقصان عند أبي حنيفة لان الطعام كله شيء واحد بمنزلة العبد وقد امتنع رد بعضه بمعنى من قبل المشتري
فيبطل حقه أصلا في الرد والرجوع كما لو باع بعض الطعام دون بعض وروى عن أبي يوسف انه قال يرد الباقي
ويرجع بأرش الكل المأكول والباقي الا اذا رضى البائع أن يأخذ الباقي بمحضته من الثمن وروى عن محمد انه قال يرد
الباقي ويرجع بنقصان العيب فيما أكل لانه ليس في تبعض الطعام ضرر فيمكن رد البعض فيه دون البعض وليس
للبيع أن يمنع عن ذلك وبه كان يفتي الفقيه أبو جعفر وهو اختيار الفقيه أبي الليث ولو باع بعض الطعام دون البعض
لم يرد الباقي ولا يرجع بالنقصان عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يرد الباقي ويرجع بنقصان العيب الا اذا رضى البائع أن
يأخذ الباقي بمحضته من الثمن (وجهه) قول زفر أن امتناع الرد والرجوع بالنقصان لاجل البيع وانه وجد في البعض
دون البعض فيمتنع في البعض دون البعض لان الأصل أن يكون الامتناع بقدر المانع (ولنا) ما ذكرنا أن الطعام
كله شيء واحد كالعبد فالامتناع في البعض لمعنى من قبل المشتري يوجب الامتناع في الكل ولو كان المبيع دارا
فبناها مسجدا ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لانه لما بناها مسجدا فقد أخرجه عن ملكه فصار كالمو باعها ولو
اشترى ثوبا وكفن به ميتا ثم اطلع على عيب به فان كان المشتري وارث الميت وقد اشترى من التركة يرجع بالنقصان
لان الملك في الكفن لم يثبت للمشتري وانما يثبت للميت لان الكفن من الحوائج الأصلية للميت وقد امتنع رده
بالعيب لا من قبل المشتري فكان له أن يرجع بالنقصان وان كان المشتري أجنبيا فتبرع بالكفن لم يرجع بالنقصان
لان الملك في المشتري وقع له فاذا كفن به فقد أخرجه عن ملكه بالتكفين فأشبهه البيع والله عز وجل أعلم (ومنها)

عدم وصول عوض المبيع الى المشتري مع تعذر الرد في ظاهر الرواية فان وصل اليه عوضه بأن قتله أجنبي في يده خطأ لا يرجع بالنقصان وان تعذر رده على البائع وروى عن أبي يوسف ومحمد أنه يرجع بالنقصان لأنه لم يصل اليه حقيقة العيب وانما وصل اليه قيمة المعيب فكان به أن يرجع بمقدار العيب والصحيح جواب ظاهر الرواية لأنه لما وصل اليه قيمته قامت القيمة مقام العين فكانها قائمة في يده لما وصل اليه عوضه فصار كأنه باعه ولو باعه المشتري ثم اطلع على عيب به لم يرجع بالنقصان كذا هذا ومنها عدم الرضا بالعيب صريحاً ودلالة وهي أن يتصرف في المبيع بعد العلم بالعيب تصرفاً يدل على الرضا بالعيب فان ذلك يمنع ثبوت حق الرد والرجوع جميعاً وقد ذكرنا التصرفات التي هي دليل الرضا بالعيب بعد العلم بالعيب فيما تقدم ولو لم يعلم بالعيب حتى تصرف فيه تصرفاً يمنع الرد ثم علم فان كان التصرف مما لا يخرج الساعية عن ملكه يرجع بالنقصان الا الكتابة لانعدام دلالة الرضا وفي الكتابة يرجع لانها في معنى البيع على ما مر وان كان التصرف مما يخرج الساعية عن ملكه كالبيع ونحوه لا يرجع بالنقصان الا الاعتاق لا على مال استحساناً على ما ذكرنا فيما تقدم (وأما) بيان ما يبطل به حق الرجوع بعد ثبوته وما لا يبطل لحق الرجوع يبطل بصريح الابطال وما يجري مجرى الصريح نحو قوله أبطلته أو أسقطته أو أبرأتك عنه وما يجري هذا المجرى لان خيار الرجوع حقه كخيار الرد لثبوته بالشرط وهي السلامة المشروطة في العقد دلالة بخلاف خيار الرؤية والانسان بسبيل من التصرف في حقه استيفاء واسقاطا ويسقط أيضاً بالرضا بالعيب وهو نوعان صريح وما يجري مجرى الصريح ودلالة فالصريح هو أن يقول رضيت بالعيب الذي به أو اخترت أو أجزت البيع وما يجري مجراه والدلالة هي أن يتصرف في المبيع بعد العلم بالعيب تصرفاً يدل على الرضا بالعيب كما اذا انتقص المبيع في يد المشتري وامتنع الرد بسبب النقصان ووجب الارش ثم تصرف فيه تصرفاً أخرجه عن ملكه بأن باعه أو وهب أو سلم أو أعتق أو تبرأ واستولد مع العلم بالعيب لان التصرف المخرج عن الملك مع العلم بالعيب دلالة الامساك عن الرد وذا دليل الرضا بالعيب فيبطل حق الرجوع ولو امتنع الرد بسبب الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالولد وغيره أو الحاصلة بسبب الاصل غير المتولدة منه كالارش والعقر والزيادة المتصلة غير المتولدة كالصبغ ونحو ذلك ثم تصرف تصرفاً أخرجه عن ملكه لا يبطل حق الرجوع بالارش بل يبقى الارش على حاله لان التصرف في هذه الصورة لم يقع دلالة على الامساك عن الرد لان امتناع الرد كان ثابتاً قبله ألا ترى انه ليس للبائع خيار الاسترداد بأن يقول أنا قبله كذلك مع العيب وأرد اليك جميع الثمن واذا كان الرد ممتنعاً قبل التصرف لم يكن هو بالتصرف ممسكاً عن الرد فلا يكون دليل الرضا بقي الارش واجبا كما كان بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يكن الرد ممتنعاً ألا ترى ان للبائع أن يقبله ناقصاً مع العيب فكان المشتري يتصرفه مفقوداً على نفسه حق الرد فكان حاسباً للمبيع بفعله ممسكاً بابه عن الرد وانه دليل الرضا بالعيب فيبطل حق الرجوع فصار الاصل في هذا الباب أن وجوب الارش اذا لم يكن ثابتاً على سبيل الحتم والالزام بل كان خيار الاسترداد للبائع مع العيب فتصرف المشتري بعد ذلك تصرفاً مخرجاً عن الملك يوجب بطلان الارش وان كان وجوبه ثابتاً كما بان لم يكن للبائع خيار الاسترداد فتصرف المشتري لا يبطل الارش (وجه) الفرق بين الفصلين على ما نحو ما بينا والله عز وجل أعلم وأما بيان طريق معرفة نقصان العيب فطريقه أن تقوم الساعية وليس بهاذلك العيب وتقوم وبها ذلك فينظر الى نقصان ما بين القيمتين فيرجع على بائعه بقدر ما نقصه العيب من حصته من الثمن ان كانت قيمته مثل ثمنه وان اختلفا فان كان النقصان قدر عشر القيمة يرجع على بائعه بعشر الثمن وان كان قدر خمسها يرجع بخمس الثمن مثله اذا اشترى ثوباً قيمته عشرة بشرة فاطلع على عيب به ينقصه عشر قيمته وهو درهم يرجع على بائعه بعشر الثمن وهو درهم ولو اشترى ثوباً قيمته عشرة وبن بشرة فاطلع على عيب به ينقصه عشر القيمة وذلك درهمان فانه يرجع على البائع بعشر الثمن وذلك درهم واحد ولو كانت قيمته عشرة وقد اشتراه بعشرين والعيب ينقصه عشر القيمة وذلك درهم واحد يرجع على بائعه بعشر الثمن وذلك درهمان على هذا القياس فافهم والله عز وجل أعلم (وأما) الخيار

الثابت شرعاً لاشترط فهو خيار الرؤية والكلام فيه في مواضع في بيان شرعية البيع الذي فيه خيار الرؤية وفي بيان صفته وفي بيان حكمه وفي بيان شرائط ثبوت الخيار وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان كيفية ثبوته وفي بيان ما يستقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يستقط ولا يلزم (أما) الكلام في شرعيته فقد مر في موضعه (وأما) صفته فهي ان شراء ما لم يره المشتري غير لازم لان عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذ ارآه ولا نجهالة الوقت فتؤثر في الرضا فتوجب خلافاً فيه واختلال الرضا في البيع بوجوب الخيار ولا من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له اذ ارآه فيحتاج الى التدارك فيثبت الخيار لا مكان التدارك عند الندم نظر الى كفايته خيار الرجعة شرعاً نظر الزوج تمكينه من التدارك عند الندم كما قال تبارك وتعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً (وأما) بيع ما لم يره البائع فهل يلزم روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كان يقول أولاً لا يلزم ويثبت له الخيار ثم رجع وقال يلزم ولا يثبت له الخيار (وجه) قوله الاول ان ما ثبت له في شراء ما لم يره المشتري وهو ما ذكرنا من المعاني موجود في بيع ما لم يره البائع فور ود الشرع بالخيار ثمة يكون ورودها نكالة (وجه) قوله الاخر ما روى ان سيدنا عثمان بن سيدنا عفان رضى الله عنهما باع أرضاً له من طلحة بن عبد الله رضى الله عنهما ولم يكونا رأياها فليل لسيدنا عثمان رضى الله عنه غبت فقال لي الخيار لا في بعت ما لم أراه وقيل لطلحة مثل ذلك فقال لي الخيار لا في اشتريته ما لم أراه فحكمت في ذلك جبير بن مطعم فقتضى بالخيار لطلحة رضى الله عنه وكان ذلك بحضور من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد منهم فكان اجماعهم على ذلك والاعتبار بحاجب المشتري ليس بسديد لان المشتري ما لم يره مشتري على انه خير مما ظنه فيكون بمنزلة مشتري شيء على انه جيد فاذا هو ردى ع ومن اشترى شيئاً على انه جيد فاذا هو ردى ع فله الخيار وبائع شيء لم يره يبيع على انه ادون مما ظنه فكان بمنزلة بائع شيء على انه ردى ع فاذا هو جيد ومن باع شيئاً على انه ردى ع فاذا هو جيد لا خيار للبائع فلهذا افرقا (وأما) حكمه في حكم المبيع الذي لا خيار فيه وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع وثبوت الملك للبائع في الثمن للحال لان ركن البيع صدر مطلقاً عن شرط كان ينبغي أن يلزم الا أنه ثبت الخيار شرعاً لاشترط بخلاف البيع بشرط الخيار لان الخيار ثبت بنص كلام العاقلين فأثر في الركن بالمنع من الانعقاد في حق الحكم على ما مر والله عز وجل أعلم (وأما) شرائط ثبوت الخيار (فمنها) أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين فان كان مما لا يتعين بالتعيين لا يثبت فيه الخيار حتى انهما ولو تباعا عيناً بعين يثبت الخيار لكل واحد منهما ولو تباعا بعيناً بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما ولو اشترى عيناً بدين فلم يشتري الخيار ولا خيار للبائع وانما كان كذلك لان المبيع اذا كان مما لا يتعين بالتعيين لا يفسخ العقد برده لانه اذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ فيبقى العقد وقيام العقد يقتضى ثبوت حق المطالبة بمثله فاذا قبض برده هكذا الى ما لا نهاية فلم يكن الرد مفيداً بخلاف ما اذا كان عيناً لان العقد يفسخ برده لانه يتعين بالعقد فيتعين في الفسخ أيضاً فكان الرد مفيداً ولان الفسخ انما يرد على المملوك بالعقد وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وانما يملك بالنقبض فلا يرد عليه الفسخ ولهذا يثبت خيار الرؤية في الاجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك لان هذه العقود تفسخ برده هذه الاشياء فيثبت فيها خيار الرؤية ولا يثبت في المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك لان هذه العقود لا تحتل الا نفساخر برد هذه الاموال فصار الاصل ان كل ما يفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية وما لا فلا والفقهاء ما ذكرنا والله عز وجل أعلم (ومنها) عدم الرؤية فان اشتراه وهو يراه فلا خيار له لان الاصل هو لزوم العقد وانبراه لان ركن العقد وجد مطلقاً عن شرط الا ناعرفنا ثبوت الخيار شرعاً بالنص والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشتري لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذ ارآه فبقي الخيار عند الرؤية مبقياً على الاصل وان كان المشتري لم يره وقت الشراء ولكن كان قد ارآه قبل ذلك نظر في ذلك ان كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم تتغير فلا خيار له لان الخيار ثبت معدولاً به عن الاصل بالنص الوارد في شراء ما لم يره

وهذا قد اشترى شيئاً قد رآه فلا يثبت له الخيار وإن كان قد تغير عن حاله فله الخيار لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر فكان مشترياً شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه ولو اختلفا في التغير وعدمه فقال البائع لم يتغير وقال المشتري قد تغير فالقول قول البائع لأن الأصل عدم التغير والتغير عارض فكان البائع متمسكاً بالأصل والمشتري مدعياً أمراً عارضاً فكان القول قول البائع لتمكن مع عيینه لأن حق الرد أمر يجري فيه البدل والاقرار فيجري فيه الاستحلاف ولأن المشتري بدعوى التغير يدعي حق الرد والبائع ينكر فكان القول قول المشتري لأن عدم الرؤية أصل والرؤية عارض فكان الظاهر شاهد المشتري فكان القول قوله مع عيینه ولأن البائع بدعوى الرؤية يدعي عليه الزام العقد والمشتري ينكر فكان القول قوله ولو أراد المشتري الرد فاختلفا فقال البائع ليس هذا الذي بعثك وقال المشتري هو ذلك بعينه فالقول قوله أنه بعينه وكذلك هذا في خيار الشرط بخلاف خيار العيب فإن القول قول البائع (ووجه) الفرق أن المشتري في خيار الرؤية والشرط بقوله هذا مالك لا يدعي ثبوت حق الرد عليه لأن حق الرد ثابت له حتى يرد عليه من غير قضاء ولا رضا ولكنه يدعي أن هذا الذي قبضه منه فكان اختلافهما في الحقيقة راجعاً إلى المقبوض والاختلاف متى وقع في تعيين نفس المقبوض فإن القول فيه قول القابض وإن كان قبضه بغير حق كقبض النصب في القبض الحق أولى بخلاف العيب لأن المشتري لا ينفرد بالرد في خيار العيب ألا ترى أنه لا يملك الرد إلا بقضاء القاضي أو التراضي فكان هو بقوله هذا مالك بعينه مدعياً حق الرد في هذا المعين والبائع ينكر ثبوت حق الرد فيه فكان القول قوله هذا إذا كان المشتري بصيراً فاما إذا كان أعمى فشرط ثبوت الخيار له عدم الجلس فيما يجلس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف وقت الشراء لأن هذه الأشياء في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير فكان انعدامها شرطاً لثبوت الخيار له فإن وجد شيء منه وقت الشراء فاشتراه فلا خيار له وكذا إذا وجدت قبل القبض ثم قبض فلا خيار له لأن وجود شيء من ذلك عند القبض في حقه بمنزلة وجوده عند العقد كالرؤية في حق البصير بأن رآه قبل القبض ثم قبضه لأن كل ذلك دالة الرضا بلزوم العقد على ما نذكره إن شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا إذا رأى المشتري كل المبيع وقت الشراء (فاما) إذا رأى بعضه دون البعض فجملة الكلام في جنس هذه المسائل أن المبيع لا يخلو إما أن يكون شيئاً واحداً أو أما أن يكون أشياء فإن كان شيئاً واحداً فرأى بعضه لا يخلو (أما) أن كان ما رآه منه مقصوداً بنفسه وما لم يره منه تبعاً (وأما) أن كان كل واحد منهما مقصوداً بنفسه فإن كان ما لم يره تبعاً لما رآه فلا خيار له سواء كان رؤية ما رآه تهيدله العلم بحال ما لم يره أو لا تفيد لأن حكم التبع حكم الأصل فكان رؤية الأصل رؤية التبع وإن كان مقصوداً بنفسه بنظر في ذلك أن كان رؤية ما رأى تهيدله العلم بحال ما لم يره فلا خيار له لأن المقصود العلم بحال الباقي فكأنه رأى الكل وإن كان لا يفيدله العلم بحال الباقي فله الخيار لأن المقصود لم يحصل برؤية ما رأى فكأنه لم ير شيئاً منه أصلاً فعلى هذا الأصل تخرج المسائل إذا اشترى عبداً أو جارية فرأى وجهه دون سائر أعضائه لا خيار له وإن كانت رؤية الوجه لا تهيدله العلم بما وراءه لأن الوجه أصل في الرؤية في بني آدم وسائر الأجزاء تتبع له فيها ولو رأى سائر أعضائه دون الوجه فله الخيار لأن رؤية التبع لا تكون رؤية الأصل فكأنه لم ير شيئاً منه ولو اشترى فرساً أو بغلاً أو حماراً أو نحو ذلك فرأى وجهه لا يغير روى ابن سماعه عن محمد أنه يسقط خياره وسوى بينه وبين الرقيق وروى عن أبي يوسف أن له الخيار ما لم يره وجهه ومؤخره وهو الصحيح لأن الوجه والكفل كل واحد منهما مقصود في الرؤية في هذا الجنس فلم يرههما فهو على خياره وإن اشترى شاة فإن كانت نعمة حلوا بالشتراها للثنية أو اشترى قرة حلوا بأوناقة حلوا بالشتراها للثنية لا بد من النظر إلى ضرعها وإن اشترى شاة للحم لا بد من الجلس حتى لو رآها من بعيد فهو على خياره لأن اللحم مقصود من شاة اللحم والضرع مقصود من الحلوب والرؤية من بعيد لا تفيد العلم بهذين المقصودين والله عز وجل أعلم (وأما) البسط فإن كان مما يختلف وجهه وظهره فرأى وجهه دون ظهره كالغافر ونحوها لا خيار له وإن رأى الظهر دون الوجه فله الخيار كذا

روى الحسن عن أبي حنيفة ولو اشترى ثوباً واحداً فرأى ظاهره مطوياً ولم ينشره فإن كان ساذجاً ليس بنقش ولا
 بذى علم فلا خيار له لأن رؤية ظاهره مطوياً تنقيد العلم بالباقي وإن كان منقشاً فهو على خياره ما لم ينشره ويرى نقشه لأن
 النقش في الثوب المنقش مقصود وإن لم يكن منقشاً ولكنه ذو علم فرأى علمه فلا خيار له وإن لم يركبه ولم يرأى كله إلا
 علمه فله الخيار لأن العلم في الثوب المعلوم مقصود كالنقش في المنقش ولو اشترى داراً فرأى خارجها أو يستأجرها فرأى
 خارجها ورؤس الأشجار فلا خيار له كذا ذكر في ظاهر الرواية لأن الدار شيء واحد وكذا البستان فكان رؤية البعض
 رؤية الكل إلا أن مشايخنا قالوا إن هذا مؤول وتأويله أن لا يكون في داخل الدار بيوت وأبنية فيحصل المقصود برؤية
 الخارج فاما إذا كان داخلها أبنية فله الخيار ما لم يرد داخلها لأن الداخل هو المقصود من الدار والخارج كالتابع له بمنزلة
 الثوب المعلوم إذا رأى كله إلا علمه كان له الخيار لأن العلم هو المقصود منه وذكر الكرخي أن أبا حنيفة علمه الرحمة أجاب
 على عادة أهل الكوفة في زمنه فإن دورهم في زمنه كانت لا تختلف في البناء وكانت على تقطيع واحد وهيئة واحدة
 وإنما كانت تختلف في الصغر والكبر والعلم به يحصل برؤية الخارج وأما الآن فلا بد من رؤية داخل الدار وهو
 الصحيح لا اختلاف الأبنية في داخل الدور في زماننا اختلافاً فاحشاً برؤية الخارج لا تنقيد العلم بالداخل والله عز وجل
 أعلم هذا إذا كان المشتري شيئاً واحداً فرأى بعضه فاما إن كان أشياء فرأى وقت الشراء بعضها دون البعض فلا يخلو
 أما إن كان من المكيلات أو الموزونات فرأى بعضها وقت الشراء فإن كان في وعاء واحد فلا خيار له لأن رؤية البعض
 فيها تنقيد العلم بالباقي فكان رؤية البعض لرؤية الكل إلا إذا وجد الباقي بخلاف ما رأى فيثبت له الخيار لكن خيار
 العيب لا خيار للرؤية وإن كان في وعاءين فإن كان الكل من جنس واحد وعلى صفة واحدة اختلف المشايخ فيه قال
 مشايخ بلخ له الخيار لأن اختلاف الوعاءين جعلهما كجنسين وقال مشايخ العراق له الخيار وهو الصحيح لأن رؤية
 البعض من هذا الجنس تنقيد العلم بالباقي سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين بعد أن كان الكل من جنس واحد وعلى
 صفة واحدة فإن كان من جنسين أو من جنس واحد على صفتين فله الخيار بلا خلاف لأن رؤية البعض من جنس
 وعلى وصف لا تنقيد العلم بجنس آخر وعلى وصف آخر وإن كان من العديديات المتفاوتة كالعبيد والدواب والثيران
 بان اشترى جماعة عبيد أو جوارى أو إبل أو بقراً أو قطع غنم أو جراب هريرى فرأى بعضها أو كلها إلا واحداً فله
 الخيار بين أن يرد الكل أو يمسك الكل لأن رؤية البعض من هذا الجنس لا تنقيد العلم بما وراءه فكأنه لم ير شيئاً منه
 بخلاف المكيل والموزون لأن رؤية البعض منه تنقيد العلم بالباقي ولو اشترى جماعة ثياب في جراب ورأى أطراف
 الكل أو طي الكل لا خيار له إلا إذا كانت معاملة أو منقشة لأنها إذا لم تكن معاملة ولا منقشة لم يكن البعض من كل واحد
 منها مقصوداً والبعض تبعاً ورؤية البعض تنقيد العلم بحال الباقي فكان رؤية البعض رؤية الكل كما إذا اشترى
 البطيخ في السريجة والرمال في القفة فرأى البعض فله الخيار لأن البعض منها ليس تبعاً للبعض بل كل واحد منها
 مقصود بنفسه فرؤية البعض منها لا تنقيد العلم بالباقي لكونها متفاوتة وتفاوتها فاحشاً فكان له الخيار وإن كان من العديديات
 المتقاربة كالجوز والبيض فرأى البعض منها ذكر الكرخي أن له الخيار والحقه بالعديديات المتفاوتة لا اختلافها في
 الصغر والكبر كالبطيخ والرمال وذكر القاضي الإمام الأسيدي جابى رحمه الله في شرحه مختصر الطحاوى أنه لا خيار
 له وهو الصحيح لأن التفاوت بين صغير البيض والجوز وكبيرهما متقارب ملحق بالعدم عرفاً وعادة وشرعاً ولهذا الحق
 بالعدم في السلم حتى جاز السلم فيها عدد أعدد أصحابنا الثلاثة خلافاً لفرق كان رؤية بعضه مع فاحش الباقي ويحتمل أن
 يكون الجواب على ما ذكره الكرخي ويفرق بين هذا وبين السلم وهو أن البيض والجوز مما يتفاوت في الصغر والكبر
 حقيقة والأصل في الحقائق اعتبارها إلا أن الشرع أهدر هذا التفاوت والحقه بالعدم في السلم لحاجة الناس ولا حاجة
 إلى الإهدار في إسقاط الخيار فبقى التفاوت فيه معتبراً فرؤية البعض لا تحصل المقصود وهو العلم بحال الباقي فبقى الخيار
 والله عز وجل أعلم ولو اشترى دهنًا في قارورة فرأى خارج القارورة فمن محدث وإيتان روى ابن سماعه عنه أنه

لا خيار له لان الرؤية من الخارج تفيد العلم بالداخل فكأنه رآه وهو خارج وروى عنه ان له الخيار لان العلم بما في داخل القار ورة لا يحصل بالرؤية من خارج القار ورة لان ما في الداخل يتلون بلون القار ورة فلا يحصل المقصود من هذه الرؤية وقالوا في المشتري اذا رأى المبيع في المرأة ان له الخيار وكذا في الماء وقالوا لانه لم ير عينه وانما رأى مثاله والصحيح انه رأى عين المبيع لان غير المبيع في المرأة والماء بل يراه حيث هو لكن لا على الوجه المعتاد بخلق الله تعالى فيه الرؤية وهذا ليس ببعيد لان المقابلة ليست من شرط الرؤية فاننا نرى الله تعالى عز شأنه بلا مقابلة ولكن قد لا يحصل له العلم بهيئته لتفاوت المرأة فيعلم بأصله لا بهيئته فلذلك ثبت له الخيار لما قالوا والله عز وجل أعلم على ان في العرف لا يشتري الانسان شيئاً لم يره ليراه في المرأة أو في الماء ليحصل له العلم بهذا الطريق فلا تكون رؤيته في المرأة وان رأى عينه مسقطه للخيار وعلى هذا قالوا فيمن رأى فرج أم امرأته في الماء أو في المرأة فنظر اليه بشهوة لا تثبت له حرمة المصاهرة وكذا لا يصير مراً جعاً للمرأة المطلقة طالما قار جعياً لما قلنا ولو اشترى سمكاً في دائرة يمكن أخذه من غير اصطيداد وحيلة حتى جاز البيع فرآه في الماء ثم أخذه قال بعضهم لا خيار له لانه رأى عين السمك في الماء وقال بعضهم له الخيار لان ما رآه كما هو لان الشيء لا يرى في الماء كما هو بل يرى أكثر مما هو فلم يحصل المقصود بهذه الرؤية وهو معرفته كما هو فله الخيار (وأما) بيان وقت ثبوت الخيار فوقت ثبوت الخيار هو وقت الرؤية لا قبلها حتى لو أجاز قبل الرؤية ورضى به صريحاً بأن قال أجزت أو رضيت أو ما يجري هذا الجري ثم رآه له أن يرد ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه أثبت الخيار للمشتري بعد الرؤية فلو ثبت له الخيار الا جازة قبل الرؤية وأجاز لم تثبت له الخيار بعد الرؤية وهذا خلاف النص ولان المقود عليه قبل الرؤية بمجهول الوصف والرضا بالشئ قبل العلم به والعلم بوجود سببه محال فكان ملحقاً بالعدم (وأما) الفسخ قبل الرؤية فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لانه لا خيار قبل الرؤية ولهذا لم تجز الا جازة فلا يجوز الفسخ وقال بعضهم يجوز وهو الصحيح لان هذا عقد غير لازم فكان محل الفسخ كالعقد الذي فيه خيار العيب وعقد الاعارة والايادع وقد خرج الجواب عن قولهم انه لا خيار قبل الرؤية لان ملك الفسخ لم يثبت حكماً للخيار وانما يثبت حكماً لعدم لزوم العقد والله عز وجل أعلم (وأما) بيان كيفية ثبوت الخيار فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ان خيار الرؤية بعد الرؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر الى أن يوجد ما يبطله فيبطل حينئذ والافيق على حاله ولا يتوقف بامكان الفسخ وهو اختيار الكرخي لان سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلاف الرضا والحكم يبقى ما بقي سببه وقال بعضهم انه يثبت مؤقتاً الى غاية امكن الفسخ بعد الرؤية حتى لو رآه وأمكنه الفسخ ولم يفسخ يسقط خياره وان لم توجد الاسباب المسقطه للخيار على ما نذكرها ان شاء الله تعالى لان من الاسباب المسقطه للخيار الرضا والاجازة والامتناع من الفسخ بعد الامكان دليل الاجازة والرضا والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم فنقول والله التوفيق ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع في الاصل نوعان اختياري وضروري والاختياري نوعان صريح وما يجري مجرى الصريح ودلالة (أما) الصريح وما في معناه فنحو ان يقول أجزت البيع أو رضيت أو اخترت أو ما يجري هذا الجري سواء علم البائع بالاجازة أو لم يعلم لان الاصل في البيع المطلق هو اللزوم والامتناع لخلل في الرضا فاذا أجاز ورضى فقد زال المانع فيلزم (وأما) الدلالة فهو أن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الرؤية يبدل على الاجازة والرضا نحو ما اذا قبضه بعد الرؤية لان القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع لان القبض شبه بالعقد فكان القبض بعد الرؤية كالعقد بعد الرؤية وذلك دليل الرضا كذا هذا وسواء قبضه بنفسه أو وكيله بالقبض بأن قبضه الوكيل وهو ينظر اليه وكانت رؤيته كروية الموكل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يسقط خياره قبض الوكيل مع رؤيته ولقب المسألة ان الوكيل بالقبض يملك اسقاط خيار الرؤية عنده وعندهما لا يملك وأجمعوا على أن الرسول بالقبض لا يملك وأجمعوا على أن الوكيل بالشراء يملك وكانت رؤيته كروية الموكل وأجمعوا على أن الرسول بالشراء

لا يملك ولا تكون رؤيته رؤية المرسل ويثبت الخيار للمرسل إذا لم يره (وجه) قوله ما إن الوكيل متصرف بحكم الأمر والمتصرف بحكم الأمر لا يمتد إلى مورد الأمر وهو وكيل القبض لا بأسقاط الخيار فلا يملك أسقاطه ولهذا لا يملك أسقاط خيار العيب ولا خيار الشرط وكذا الرسول لا يملك فكذا الوكيل ولا يحنيفة أنه وكيل بالقبض لكن قبض تام لأن الوكيل بالشئ وكيل باتمام ذلك الشئ ولهذا كان الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض وتام القبض بأسقاط الخيار لأن خيار الرؤية يمنع تمام القبض ولهذا لا يملك التفريق بعد القبض لأنه غير مقبوض وقد خرج الجواب عن قوله ما أنه وكيل بالقبض لا بأسقاط الخيار لأن الوكيل عنده لا يملك إبطال الخيار مقصودا لأن الموكل لا يملك ذلك فكيف يملكه الوكيل وإنما يبطل في ضمن القبض بأن قبضه وهو ينظر إليه حتى لو قبضه مستورا ثم أراد بطلان الخيار لا يملكه والشئ قد ثبت ضمنا لغيره وإن كان لا يثبت مقصودا كزول الوكيل وغيره بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض الا ترى أنه يملك التفريق بعد القبض وكذا الرد بعد القبض بغير قضاء لم يكن رفعا للعقد من الأصل بخلاف الرد قبل القبض وبخلاف خيار الشرط لأنه يثبت للاختبار والقبض وسيلة إلى الاختبار فلم يصلح القبض دليل الرضا وخيار الرؤية به إنما يثبت بخلاف الرضا والقبض مع الرؤية دليل الرضا على الكمال فوجب بطلان الخيار وبخلاف الرسول بالقبض لأنه نائب في القبض عن المرسل فكان قبضه قبض المرسل فكان تمام القبض إلى المرسل (وأما) الوكيل فأصل في نفس القبض وإنما الواقع للموكل حكم فعله فكان الاتمام إلى الوكيل وكذا إذا تصرف فيه تصرف المالك بأن كان ثوبا قطعته أو صبغه أحمر أو أصفر أو سويقاً فلتنه بسمن أو غسل أو أضافني عليها أو غرس أو زرع أو جارية فوطئها أو لساها بشهوة أو نظر إلى فرجها عن شهوة أو دابة فركبها لحاجة نفسه ونحو ذلك لأن الأقدام على هذه التصرفات دلالة الإجازة والرضا بلزوم البيع والمالك به إذ لو لم يكن به وفسخ البيع لتبين أنه تصرف في ملك الغير من كل وجه وأمن وجهه وأنه حرام فجعل ذلك إجازة منه صيانة له عن ارتكاب الحرام وكذا إذا عرضه على البيع باع أو لم يبع لأنه لما عرضه على البيع فقد قصد إثبات الملك اللازم للمشتري ومن ضرورته لزوم الملك له لئلا يمكنه إثباته لغيره ولو عرض بعضه على البيع سقط خياره عند أبي يوسف وعند محمد لا يسقط والصحيح قول أبي يوسف لأن سقوط الخيار ولزوم البيع بالعرض لكون العرض دلالة الإجازة والرضا ودلالة الإجازة دون صريح الإجازة ثم لو صرح بالإجازة في البعض لم يحز ولم يسقط خياره لما فيه من تهريق الصفقة على البائع قبل التمام فلا أن لا يسقط بدلالة الإجازة أولى وكذلك هو به سلم أو لم يسلم لأن الثابت بالهبة لا يعود إليه إلا بقرينة القضاء أو الرضا فكان الأقدام عليها دلالة قصد إثبات الملك اللازم فيقتضى لزوم الملك للواهب وكذا إذا رهنه وسلم أو أجره لأن كل واحد منهما عقد لازم في نفسه والثابت بهما حق لازم للغير وكذا إذا كاتبه لأن الكتابة عقد لازم في جانب المكاتب والثابت بهما حق لازم في حقه وكذا إذا باعه أو وهبه وسلم وكذا إذا أعتقه أو دبره أو استولده لأن هذه تصرفات لازمة والثابت بهما ملك لازم أو حق لازم فالأقدام عليها يكون إجازة والتزاما للعقد دلالة ولو باع بشرط الخيار لنفسه لا يسقط خياره في رواية وفي رواية يسقط وهي الصحيحة لأن البيع بشرط الخيار لا يكون أدنى من العرض على البيع بل فوجه ثم العرض على البيع يسقط الخيار فهذا أولى وكذا لو أخرج بعضه عن ملكه يسقط خياره عن الباقي ولزم البيع فيه لأن رد الباقي تهريق الصفقة على البائع قبل التمام لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لأنه يمنع تمام الرضا وكذا إذا انتقص العقود عليه بفعله والله عز وجل أعلم (وأما) الضروري فهو كل ما يسقط به الخيار ويلزم البيع من غير صنعه نحو موت المشتري عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله والمسألة قد مرت في خيار الشرط وكذا الإجازة أحد الشريكين فيما اشتريا ولم يراه دون صاحبه عند أبي حنيفة وقد ذكرنا المسألة في خيار العيب وكذا إذا هلك بعضه أو انتقص بأن تعيب بأفقه سماوية أو بفعل أجنبي أو بفعل البائع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أو زاد ادعى بد المشتري زيادة منفصلة أو متصلة متولدة

أو غير متولدة على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا في خيار الشرط والعيب والاصل أن كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية إلا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الاسقاط وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الاسقاط لا قبل الرؤية ولا بعدها أما قبلها فلماذا كونا في تقدم أنه لا خيار قبل الرؤية لأن أو أن ثبوت الخيار هو أو أن الرؤية فقبل الرؤية لا خيار واسقاط الشيء قبل ثبوته وثبوت سببه محال وأما بعد الرؤية فلأن الخيار ما ثبت باشتراط العاقدين لأن ركن العقد مطلق عن الشرط نصاً ودلالة وإنما يثبت شرط الحكمة فيه فكان ثابتاً حقاً لله تعالى (وأما) خيار الشرط والعيب فثبت باشتراط العاقدين أما خيار الشرط فظاهر لأنه منصوص عليه في العقد (وأما) خيار العيب فلأن السلامة مشروطة في العقد دلالة والثابت بدلالة النص كالثابت بصريح النص فكان ثابتاً حقاً للعبد وما ثبت حقاً للعبد يحتمل السقوط باسقاطه مقصوداً لأن الإنسان يملك التصرف في حق نفسه مقصوداً استيفاء واسقاطاً فأما ما ثبت حقاً لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف فيه اسقاطاً مقصوداً لأنه لا يملك التصرف في حق غيره مقصوداً الكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرف في حق نفسه مقصوداً ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع فيسقط حق الشرع في ضمن التصرف في حق نفسه كما إذا أجاز المشتري البيع ورضي به بعد الرؤية نصاً أو دلالة بمباشرة تصرف يدل على الرضا والاجازة لأنه وإن ثبت حقاً للشرع لكن الشرع أبته نظراً للعبد حتى إذا رآه وصالح له أجازته وإن لم يصلح لردده إذا الخيار هو التخيير بين القسح والاجازة فكان المشتري بالاجازة والرضا متصرفاً في حق نفسه مقصوداً ثم من ضرورة الاجازة لزوم العقد ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار فكان سقوط الخيار من طريق الضرورة لا بالاسقاط مقصوداً ويجوز أن يثبت الشيء بطريق الضرورة وإن كان لا يثبت مقصوداً كالوكيل بالبيع إذا عزل الموكل ولم يعلم به فإنه لا ينزل ولو باع الموكل بنفسه ينزل الوكيل كذا هنا ولو باع بشرط الخيار قبل الرؤية أو عرضه على البيع أو وهبه ولم يسلم أو كان للمشتري داراً فبيعت داراً مجنبها فأخذها بالشفعة فهو على خياره لأن هذه التصرفات دلالة الرضا وهذا الخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا بدلالة الرضا أولى أن لا يسقط وإنما يسقط بتعذر القسح بأن أعتق أو دبر أو باع أو أجر أو رهن وسلم أما الاعتاق والتدبير فلأن كل واحد منهما وقع محيياً لمصداقته محلاً مملوكاً وكل واحد منهما تصرف لازم لا يحتمل النقص والفسخ فتعذر فسخ البيع لتعذر فسخهما (وأما) البيع والاجازة والرهن فلأنها تصرفات لازمة أو وجب بهاملاً كالزماً أو حقلاً زماً للغير على وجه لا يملك الاسترداد فتعذر الفسخ وتعذر فسخ العقد بوجوب لزومه لأن الفسخ إذا تعذر لم يكن في بقاء العقد فائدة فيسقط ضرورة ولو باع أو رهن أو أجر ثم رد عليه بعيب بقضاء القاضي أو افتك الرهن أو انقضت مدة الاجازة لا يعود الخيار كذا روى عن أبي يوسف لأن خيار الرؤية بعد ما سقط لا يعود إلا بسبب جديد بخلاف خيار العيب وعلى هذا إذا كاتبه أو وهبه وسلمه أو باعه بشرط الخيار للمشتري قبل الرؤية يلزم البيع لأن هذه عقود لازمة أوجب حقوقاً لازمة (أما) الكتابة فلأنها عقد لازم في حق المكاتب حتى لا يملك الفسخ من غير رضا المكاتب وكذا البيع بشرط الخيار للمشتري لأنه لازم في جانب البائع (وأما) الهبة فلأن الملك الثابت بهاملاً لا يحتمل العود إليه إلا بقضاء أو رضا فكان في معنى اللازم وإذا تعذر الفسخ بسبب هذه التصرفات وتعذر الفسخ يوجب اللزوم ويسقط الخيار ضرورة عدم الفائدة بخلاف ما إذا باع بشرط الخيار لنفسه لأنه ليس بتصرف لازم في حقه وكذا الهبة من غير تسليم والعرض على البيع والله عز وجل أعلم ثم ما ذكرنا من سقوط الخيار ولزوم البيع برضا المشتري إذا رأى كل المبيع فرضي به فأما إذا رأى بعضه دون بعض فهل يسقط خياره فتفصيل الكلام فيه على النحو الذي ذكرنا في ما إذا رأى بعض المبيع دون بعض وقت الشراء فكل ما يمنع ثبوت الخيار هناك يسقط بعد ثبوته ههنا وما لا فلا وفيما وراء ذلك لا يختلفان والله عز وجل أعلم وعلى ذلك يخرج ما إذا اشترى مغيباً في الأرض كالجزر والبصل والثوم والسلق والفجل ونحوها من المغيبات في الأرض فقلع بعضه ورضي بالمقلوع أنه لا يسقط خياره عند

أبي حنيفة حتى إنه اذا قلع الباقي كان على خياره ان شاء رد الكل وان شاء أمسك الكل وقال أبو يوسف ومحمد اذا قلع شيئاً مما يستدل به على الباقي في عظمه ورضى به المشتري فهو لازم (وجه) قوله انه اذا قلع ما يستدل به على الباقي كان رؤية بعضه كروية كله فكأنه قلع الكل ورضى به كما اذا اشترى صبرة فرأى ظاهرها يسقط خياره كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان هذه المغيبات مما يختلف بالصغر والكبر والجودة والرداءة اختلافاً فاحشاً فرؤية البعض منها لا تنفي العلم بحال البقية فأشبه الثياب وسائر العدديات المتفاوتة ولو قطع المشتري الكل بغير اذن البائع سقط خياره لانه نقص الموقوف عليه بالقلع لانه كان يتم في الارض ويزيد ولا يتسارع اليه الفساد وبعد القلع لا يتم ويتسارع اليه الفساد وانتقاص الموقوف عليه في يد المشتري بغير صنعه يسقط الخيار ويلزم البيع فصنعه أولى وكذا اذا قلع بعضه بغير اذنه لانه نقص بعض المبيع وانتقاص بعض المبيع بنفسه يمنع رد الباقي فصنعه أولى وان قلع كله باذن البائع أو بعضه أو قلع الباقي بنفسه لم يذكر الكرخي هذا الفصل وينبغي أن لا يختلف الجواب فيه على قياس قول أبي حنيفة ومحمد كما في البيع بشرط الخيار للمشتري اذا انتقص المبيع بفعل البائع انه يسقط خيار المشتري عندهما وهو قول أبي يوسف الاول وفي قوله الآخر لا يسقط وروى بشرع أبي يوسف ان المشتري اذا قلع البعض باذن البائع أو قلع البائع بعضه أنه ينظر ان كان المغيب مما يباع بالكيل أو الوزن بعد القلع فقلع قدر ما يدخل تحت الكيل أو الوزن ورضى به يلزم البيع ويسقط خياره لان الرضا ببعض المكيل بعد رؤيته رضا بالكل لان رؤية بعضه تعرف حال الباقي الا اذا كان المقلوع قليلاً لا يدخل تحت الكيل فلا يسقط خياره لان قلعه والتك بمنزلة واحدة فكأنه لم يقلع منه شيئاً وان كان مما يباع عدداً كالسلق والفجل ونحوها فقلع بعضها منه فهو على خياره لان رؤية البعض منه لا تنفي العلم بحال الباقي للتفاوت الفاحش بين الصغير والكبير من هذا الجنس فلا يحصل المقصود برؤية البعض فيبقى على خياره وقال أبو يوسف اذا اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري اني أخاف ان قلعت له لا يصلح لي ولا أقدر على الرد وقال البائع اني أخاف ان قلعت له لا ترضى به فمن تطوع منهما بالقلع جاز وان تشاح على ذلك ففسخ القاضى العقد بينهما لانهما اذا تشاحا فلا سبيل الى الاجبار لما في الاجبار من الاضرار فتعذر التسليم فلم يكن في بقاء العقد فائدة فيفسخ والله عز وجل أعلم هذا الذي ذكرنا بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته في حق البصير فأما الاعمى اذا اشترى شيئاً وثبت له الخيار فان خياره يسقط بما ذكرنا من الاسباب المستقطعة لكن بعد ما وجد منه ما يقوم مقام الرؤية وهو الجنس فيما يحبس والدوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف كالدار والعقار والثمار على رؤس الاشجار ونحوها اذا كان الموصوف على ما وصف وكان ذلك في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير وروى عن الحسن بن زياد انه قال يוכל بصير الرؤية وتكون رؤية الوكيل قائمة مقام رؤيته وروى هشام عن محمد أنه يقوم من المبيع في موضع لو كان بصير الراة ثم يوصف له لان هذا أقصى ما يمكن ولو وصف له فرضى به ثم أبصر لا يعود الخيار لان الوصف في حقه كالحلف عن الرؤية لعجزه عن الاصل والقدرة على الاصل بعد حصول المقصود بالحلف لا يبطل حكم الحلف كمن صلى بطهارة التيمم ثم قدر على الماء ونحو ذلك ولو اشترى البصير شيئاً لم يره حتى ثبت له الخيار ثم عمى فهذا والاعمى عند الشراء سواء لانه ثبت له خيار الرؤية وهو أعمى فكانت رؤيته رؤية العميان وهي ما ذكرنا والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يفسخ به العقد فالكلام في هذا الفصل في موضعين أحدهما في بيان ما يفسخ به العقد والثاني في بيان شرائط صحة الفسخ أما الاول فانه يفسخ به العقد نوعان اختياري وضروري فالاختياري هو أن يقول فسخت العقد أو نقضته أو رددته وما يجري هذا الجرى والضروري أن يهلك المبيع قبل القبض (وأما) شرائط صحته فمنها قيام الخيار لان الخيار اذا سقط لزم العقد والعقد لازم لا يحتمل الفسخ ومنها أن لا يتضمن الفسخ تقرير الصفقة على البائع وان تضمن بأن رد بعض المبيع دون البعض لم يصح وكذا اذا رد البعض وأجاز البيع في البعض لم يحز سواء كان قبل قبض الموقوف عليه أو بعده لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة فكان هذا تقرير الصفقة

على البائع قبل تمامها وأنه باطل ومنه اعلم البائع بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ليس بشرط وقد ذكرنا دلائل المسألة في خيار الشرط وأما قضاء القاضى أو التراضى فليس بشرط لصحة الفسخ بخيار الرؤية كما لا يشترط لصحة الفسخ بخيار الشرط فيصح من غير قضاء ولا رضا قبل القبض وبعده بخلاف خيار العيب وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم والله عز وجل أعلم (وأما) البيع الفاسد فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة وقد ذكرنا شرائط الصحة في مواضعها (وأما) حكمه فالكلام في حكمه يتبع في ثلاث مواضع أحدها في بيان أصل الحكم والثاني في بيان صفته والثالث في بيان شرائطه أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك في الجملة عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا حكم للبيع الفاسد فالبيع عنده قسيمان جائز وباطل لا ثالث لهما والفاسد والباطل سواء وعندنا الفاسد قسم آخر وراه الجائز والباطل وهذا على مثال ما يقول في أقسام المشتريات أن الفرض والواجب سواء وعندناهما قسيمان حقيقة على ما عرف في أصول الفقه (وجه) قوله أن هذا بيع منهى عنه فلا يفيد الملك قياساً على بيع الخمر والخنزير والميتة والدم ودلالة الوصف ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لعتاب بن اسيد حين بعته إلى مكة أنهم عن أربع عن بيع مالم يعضوا وعن ربح مالم يعضوا وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء ونحو ذلك والمنهى عنه يكون حراماً والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك لأن الملك نعمة والحرام لا يصلح سبباً لاستحقاق النعمة ولهذا بطل بيع الخمر والخنزير والميتة والدم فكذا هذا (ولنا) أن هذا بيع مشروع فيفيد الملك في الجملة استدلالاً بأسائر البياعات المشروعة والدليل على أنه بيع أن البيع في اللغة مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب مالا كان أو غير مال قال الله سبحانه وتعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى سمي مبادلة الضلالة بالهدى اشتراء وتجارة فقال سبحانه وتعالى فاربحت تجارتهم والتجارة مبادلة المال بالمال قال الله عز شأنه أن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة سمي سبحانه وتعالى مبادلة النفس والأموال بالجنة اشتراء وبيعاً حيث قال تعالى في آخر الآية فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به وفي عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم وقد وجد فكان بيعاً والدليل على أنه مشروع النصوص العامة المطلقة في باب البيع من نحو قوله تعالى عز وجل وأحل الله البيع وقوله عز شأنه يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ونحو ذلك مما ورد من النصوص في هذا الباب عاماً مطلقاً فنأدى التخصيص والتقيد فعليه الدليل (ولنا) الاستدلال بدلالة الإجماع أيضاً وهو أننا أجمعنا على أن البيع الخالى عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك وقران هذه الشروط بالبيع ذكرنا كرها بالعدم إذا لم يوجد الملحق بالعدم شرعاً والعدم الأصلي سواء وإذا ألحق بالعدم في نفس البيع خالياً عن الفساد والبيع الخالى عن الفساد مشروع ومفيد للملك بالإجماع وهذا استدلال قوى (وأما) النهى فالجواب عن التعلق به أن هذا نهى عن غير البيع لا عن عينه لوجوه ثلاثة أحدها أن شرعية أصل البيع وجنسه ثبت معقول المعنى وهو أنه سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة وأنه سبب بقاء العالم إلى حين إذ لا قوام للبشر إلا بالاكل والشرب والسكنى واللباس ولا سبيل إلى استبقاء النفس بذلك إلا بالاختصاص به واندفاع المنازعة وذلك سبب الاختصاص واندفاع المنازعة وهو البيع ولا يجوز ورود الشرع عما عرف حسنه أو حسن أصله بالعقل لأنه يؤدي إلى التناقض ولهذا لم يجز النهى عن الإيمان بالله عز وجل وشكر النعم وأصل العبادات لثبوت حسنها بالعقل فيحمل النهى المضاف إلى البيع على غيره ضرورة والثاني أن سلم جواز ورود النهى عن البيع في الجملة لكن حمله على الغير هنا أولى من وجهين أحدهما أنه عمل بالدلائل بقدر الامكان والثاني أن في الحمل على البيع نسخ المشروعية وفي الحمل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز ولا شك أن الحمل على المجاز أولى من الحمل على التناسخ لأن الحمل على المجاز من باب نسخ

الكلام ونسخ المشرعية نسخ الحكم والحكم هو المقصود والكلام وسيلة ونسخ الوسيلة أولى من نسخ المقصود والله عز وجل أعلم (وأما) صفة هذا الحكم فنقول له صفات منها انه ملك غير لازم بل هو مستحق الفسخ فيقع الكلام في هذه الصفة في مواضع في بيان ان الثابت بهذا البيع مستحق الفسخ وفي بيان من يملك الفسخ وفي بيان ما يكون فسخاً وفي بيان شرط صحة الفسخ وفي بيان ما يبطل به حق الفسخ بعد ثبوته اما بيان ان الثابت بهذا البيع أوجب الفسخ فهو ان البيع وان كان مشروعا في ذاته فالفساد مقترن به ذكر أو دفع الفساد واجب ولا يمكن الا بفسخ العقد فيستحق فسخه لكن لغيره لا لعينه حتى لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ البيع لا يفسخ كما اذا كان الفساد لجهالة الاجل فأسقطاه يستقط ويبقى البيع مشروعا كما كان ولان اشتراط الربا وشرط الخيار مجهول وادخال الاجال المجهول في البيع ونحو ذلك معصية والزجر عن المعصية واجب واستحقاق الفسخ يصح لزجر عن المعصية لانه اذا علم انه يفسخ فالظاهر أنه يمتنع عن المباشرة (وأما) بيان من يملك الفسخ فنقول وبالله التوفيق الفساد لا يخلو اما ان يكون راجعا الى البدل بان باع بالخمر والخنزير واما ان لم يكن راجعا اليه كالبيع بشرط منفعة زائدة لاحد العاقلين أو الى أجل مجهول والحال لا يخلو اما ان كان قبل القبض واما ان كان بعده فان كان قبل القبض فكل واحد من العاقلين يملك الفسخ من غير رضا الاخر كيف ما كان الفساد لان البيع القاسم لا يفيد الملك قبل القبض فكان الفسخ قبل القبض بمنزلة الامتناع عن القبول واليجاب فيملك كل واحد منهما كالفسخ بخيار شرط العاقلين وان كان بعد القبض فان كان الفساد راجعا الى البدل فالجواب فيه وفيما قبل القبض سواء لان الفساد راجع الى البدل فساد في صلب العقد ألا ترى أنه لا يمكن تصحيحه بخلاف هذا المفسد لما أنه لا قوام للعقد الا بالبدلين فكان الفساد قويا فيؤثر في صلب العقد بسلب الزوم عنه فيظهر عدم الزوم في حقهما جميعا ولو لم يكن راجعا الى البدل فقد ذكر الإمام السيدي جاني في شرحه مختصر الطحاوي ان ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه ولم يحك خلافا لان الفساد الذي لا يرجع الى البدل لا يكون قويا لكونه محتتملا للحذف والاستقاط فيظهر في حق صاحب الشرط لا غيره ويؤثر في سلب الزوم في حقه لا في حق صاحبه وذكر الكرخي الاختلاف في المسألة فقال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يملك كل واحد منهما الفسخ وعلى قول محمد رحمه الله حق الفسخ ان شرط له المنفعة لا غير (وجه) قوله على نحو ما ذكرنا ان من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد بحذف المفسد واستقاطه فلو فسخه الآخر لا بطل حقه عليه وهذا لا يجوز (وجه) قوله ان العقد في نفسه غير لازم لما فيه من الفساد بل هو مستحق الفسخ في نفسه رفعا للفساد وقوله المفسد يمكن الحذف فنعم لكنه الى أن يحذف فهو قائم وقيامه يمنع لزوم العقد وبه تبين ان الفسخ من صاحبه ليس بابطال لحق صاحب الشرط لان ابطال الحق قبل ثبوته محال (وأما) بيان ما يكون فسخا لهذا العقد ففسخه بطريقتين قول وفعل فالقول هو أن يقول من يملك الفسخ فسخت أو نقضت أو رددت ونحو ذلك فيفسخ بنفس الفسخ ولا يحتاج الى قضاء القاضي ولا الى رضا البائع سواء كان قبل القبض أو بعده لان هذا البيع انما يستحق الفسخ حقا لله عز وجل لما في الفسخ من رفع الفساد ورفع الفساد حق الله تعالى على الخلوص فيظهر في حق الكل فكان فسخاً في حق الناس كافة فلا تقف صحته على القضاء ولا على الرضا والفعل هو أن يرد المبيع على بائعه على أي وجه ما رده ببيع أو هبة أو صدقة أو عارة أو ايداع بان باعه منه أو وهبه أو تصدق عليه أو أعاره منه أو أودعه اياه يبرأ المشتري عن الضمان لانه يستحق الرد على البائع فعلى أي وجه ما رده يقع عن جهة الاستحقاق بمنزلة رد العارية والوديعة أنه يكون فسخاً والوديعة باي طريق كان الرد لما قلنا كذا هذا وكذا لو باعه المشتري من وكيل البائع وسلمه اليه لان حكم البيع يقع لموكله وهو البائع فكانه باعه للبائع ولو باعه المشتري من عبداً بعه وهو مأذون له في التجارة فان لم يكن عليه دين كان فسخاً للبيع ولا يبرأ عن المشتري ضمانه حتى يصل الى البائع لانه اذا لم يكن عليه دين فحكم تصرفه وقبح للمولى فكان بيعاً من المولى وان كان عليه دين لا يكون فسخاً للبيع ويتقرر الضمان على المشتري لانه اذا كان عليه دين فحكم تصرفه

لا يقع للمولى فلم يكن ذلك بيعاً من المولى فصارك إذا باعه من أجنبي ولو اشترى من عبداً ذون لسان شيئاً منه شراء فاسد أو قبضه ثم باعه من موله فان لم يكن عليه دين كان فسخاً للبيع لانه يكون مشترياً من المولى كانه اشتراه من موله ثم باعه منه فان كان عليه دين لم يكن فسخاً لانه يكون مشترياً بأمته لا من موله فكانه اشترى من أجنبي وباعه من موله ولو باعه المشتري من مضارب البائع لم يكن فسخاً للبيع وتقرر الضمان على المشتري بخلاف ما إذا باعه من وكيل بائعه بالشراء أنه يكون فسخاً (ووجه) الفرق ان الوكيل بالشراء يتصرف لموكله لا لنفسه ألا ترى ان حكم تصرفه يقع لموكله لانه فزل منزلة البيع من الموكل وذلك فسخ فاما المضارب فتصرف لنفسه ألا ترى ان الربح مشترك بينهما فكان بمنزلة الأجنبي ولو كان البائع وكيلاً لغيره بالشراء فاشترى المشتري شراء فاسد لموكله لم يكن فسخاً للبيع لان حكم الشراء يقع لموكله لانه وجب عليه الثمن للمشتري وتقرر على المشتري ضمان القيمة ويلتقيان قصاصاً لعدم الفائدة في الاستيفاء وبترادان الفضل ان كان في أحدهما فضل والله عز وجل أعلم (وأما) شرط صحة الفسخ فهو أن يكون الفسخ بمحض من صاحبه ذكره الكرخي ولم يذكر الاختلاف فيه وذكر القاضي الامام الاسيحي رحمه الله في شرحه مختصر الطحاوي ان هذا شرط عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ليس بشرط وجعله على الاختلاف في خيار الشرط والرؤية وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم (وأما) بيان ما يبطل به حق الفسخ ويلزم البيع ويتقرر الضمان وما لا يبطل ولا يلزم ولا يتقرر فنقول والله التوفيق الفسخ في البيع الفاسد يبطل بصريح الابطال والاسقاط بان يقول أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع أو الزمته لان وجوب الفسخ عنه ثبت حقا لله تعالى دفعا للفساد وما ثبت حقا لله تعالى لا يقدر العبد على اسقاطه مقصوداً كخيار الرؤية لكن قد يستقط بطريق الضرورة بان يتصرف العبد في حق نفسه مقصوداً فيتضمن ذلك سقوط حق الله عز وجل بطريق الضرورة أو يفوت محل الفسخ أو غير ذلك وبيان ذلك في مسائل المشتري شراء فاسد اذا باع المشتري أو وهبه أو تصدق به بطل حق الفسخ وعلى المشتري القيمة أو المثل لانه تصرف في محل مملوك له فنقد تصرفه ولا سبيل للبائع على بعضه لانه حصل عن تسليط منه ويطيب للمشتري الثاني لانه ملوكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الاول لانه لا يطيع له لانه ملوكه بعقد فاسد فرق بين هذا وبين ما اذا دخل مسلم دار الحرب بامان فاخذ شيئاً من أموالهم فغير اذنتهم وأخرجه الى دار الاسلام ثم باعه انه يصح بيعه لكن لا يطيع للمشتري كما لا يطيع للآخذ (ووجه) الفرق ان عدم الطيب في المأخوذ من الحربى غير اذنه لكونه مأخوذاً على وجه الغدر والخيانة والمأخوذ على هذا الوجه واجب الرد على صاحبه رد الخيانة وبالبيع لم يخرج عن استحقاق الرد على مالكة لحصوله لا بتسليط من جهته بقي واجب الرد كما كان وهذا يمنع الطيب بخلاف البيع الفاسد لان انعدام الطيب للمشتري هنا لقران الفساد به ذكرنا لا حقيقة ولم يوجد ذلك في البيع الثاني وخرج المبيع من أن يكون مستحق الرد على البائع لحصول البيع من المشتري بتسليطه والله عز وجل أعلم ولو باعه فرد عليه بخيار شرط أو رؤية أو عيب بقضاء قاض وعاد على حكم الملك الاول عاد حق الفسخ لان الرد بهذه الوجود فسخ محض فكان دفعا للعقد من الاصل وجعل لانه كان لم يكن ولو اشتراه ثانياً أو عاد اليه بسبب مبتدأ لا يعود الفسخ لان الملك اختلف لا اختلاف السبب فكان اختلاف المالكين بمنزلة اختلاف العقدين ولو اعتهقه المشتري أو دبره بطل حق الفسخ لما قلنا ولان الاعتاق والتدبير كل واحد منهما تصرف لا يحتمل الفسخ بعد صحته فيوجب بطلان حق الاسترداد والفسخ ضرورة وكذلك لو استولدها لما قلنا وتصير الجارية أم ولد المشتري لان الاستيلاء قد صح لحصوله في ملكه وعلى المشتري قيمة الجارية لتعذر الرد بالاستيلاء فصار كما لو هلك في يده وهل يفرم المقرذ كفي البيوع أنه لا يفرم وفي الشرب وابتان والصحيح أنه لا يضمن المقر لانه وطئ ملك نفسه وقد تقرر ملكه بالاستيلاء لتعذر الرد ولو وطئها المشتري ولم يعلقها لا يبطل حق الفسخ وللبائع أن يسترد الجارية مع عقرها باتفاق الروايات فرق بين هذا وبين الجارية الموهوبة اذا وطئها الموهوب له وأعلقها ثم رجع الواهب في هبته وأخذ الجارية ان الموهوب له لا

يضمن العقر (ووجهه) الفرق ان الثابت بالهبة ملك محلل للوطء وبالرجوع لم يتبين ان حل الوطء لم يكن فكان مستمعا بملك نفسه فلا عقر عليه بخلاف البيع الفاسد لان الملك الثابت به لا يظهر في حق حل الوطء فكان الوطء حراما الا انه سقط عنه الحد للشبهة فوجب العقد وكذلك لو كاتبه لان الكتابة قد سحبت لوجودها في الملك ولا سبيل للبائع الى نقضها لحصولها من المشتري بتسليط البائع فلا يكون له حق النقص عليه وعلى المشتري قيمة العبد فان أدى بدل الكتابة وعققت رضى المشتري ضمان القيمة وان عجز ورد في الرق ينظر ان كان ذلك قبل القضاء بالقيمة على المشتري فلا باع أن يسترده لانه كان مستحق الرد قبل الكتابة لعدم لزوم الملك الا انه امتنع الرد لما رضى الكتابة فان عجز ورد في الرق قبل القضاء بالقيمة فقد زال العارض والتحقيق بعدم كانه لم يكن فعاد مستحق الرد على المشتري كما كان وان كان بعد ما قضى عليه بالقيمة لا سبيل للبائع على العبد لانه بالقضاء بالقيمة تقر ملك المشتري في العبد ولزم من وقت وجوده فيعود اليه لازما وملك اللازم لا يحتمل الفسخ والله عز وجل أعلم وكذلك لو رهنه المشتري بطل حق الفسخ وولاية الاسترداد لما ذكرنا ولو افتكه المشتري فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الكتابة ولو أجره وصحت الاجارة لما قلنا ولكن لا يبطل حق الفسخ لان الاجارة وان كانت عقد لا لازما الا انها تفسخ بالعدر ولا عذر أقوى من رفع الفساد فتفسخ به وسألت الاجرة للمشتري لان المنافع على أصل أصحابنا لا تقوم الا بالعقد والعقد وجد من المشتري فكانت الاجرة له وهل تطيب له ينظر ان كان قد أدى ضمان القيمة ثم أجز طابت الاجرة له لان الضمان بدل المضمون قائم مقامه فكانت الاجرة ربح ما قد ضمن وان أجز ثم أدى الضمان لا تطيب له لانها ربح ما لم يضمن ولو أوصى به وصحت الوصية لما قلنا ثم ان كان الموصى حيا بعد فالبائع حق الاسترداد لان الوصية تصرف غير لازم حال حياة الموصى بل محتمل وان مات بطل حقه لان الثابت للموصى له ملك جديد بخلاف الثابت للوارث بأن مات المشتري شراء فاسدا لانه لا يبطل حق الفسخ وللبائع أن يسترد من ورثته وكذا اذا مات البائع فلو رثته ولاية الاسترداد لان الثابت للوارث عين ما كان للمورث وانما هو خلفه قائم مقامه ولهذا يرد الوارث بالتعيب ويرد عليه وملك المورث مضمون الرد مستحق الفسخ بخلاف الموصى له فان الثابت ملك جديد حصل بسبب جديد ولهذا يرد بالتعيب ولا يرد عليه وأنه لم يكن مستحق الفسخ ولو زاد المبيع في يد المشتري فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالسمن والجمال فانها لا تمنع الفسخ لان هذه الزيادة تابعة للاصل حقيقة والاصل مضمون الرد فكذلك التبعية كما في الغصب وان كانت غير متولدة من الاصل كما اذا كان المبيع سويقا فله المشتري بعسل أو سمن فانها تمنع الفسخ لانه لو فسخ اما ان يفسخ على الاصل وحده واما ان يفسخ على الاصل والزيادة جميعا لا سبيل الى الاول لتعذر الفصل ولا سبيل الى الثاني لان الزيادة لم تدخل تحت البيع لأصل ولا تنبأ فلا تدخل تحت الفسخ وان كانت منفصلة فان كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن والتمر لا تمنع الفسخ وللبائع أن يسترد الاصل مع الزيادة لان هذه الزيادة تابعة للاصل لكونها متولدة منه والاصل مضمون الرد فكذلك الزيادة كما في باب الغصب وكذلك لو كانت الزيادة أرشاً أو عقراً لان الارش بدل جزء قائم من الاصل حقيقة كالمتولد من الاصل والعقر بدل حاله حكم الجزء والعين فكأنه متولد من العين ثم في فصل الولد اذا كانت الجارية في يد المشتري فان نقصتها الولادة وبالولد وفاء بالنقصان ينجر بالنقصان بالولد عند أصحابنا الثلاثة خلافا لفرق كما في الغصب وسند كرم المسئلة في كتاب الغصب ان شاء الله تعالى وان لم تنقصها الولادة استرددها البائع ولا شيء على البائع وان نقصتها وليس بالولد وفاء بالنقصان ردها مع ضمان النقصان كما في الغصب وان هلك الولد قبل الرد لضمان على المشتري بالزيادة كما في الغصب وعليه ضمان نقصان الولادة كما في الغصب ولو استهلك المشتري الزيادة ضمن كما في الغصب ولو هلك المبيع والزيادة قائمة فالبائع أن يسترد الزيادة ويضمن قيمة المبيع وقت القبض لانهما كانا مضموني الرد لانه تذر استرداد المبيع لقوات المحل وصار مضمون القيمة فبقى الولد على حاله مضمون

الرد كما كان وان كانت الزيادة غير متولدة من الاصل كالهبة والصدقة والكسب فانها لا تمنع الرد وللبائع أن يسترد الاصل مع الزيادة لان الاصل مضمون الرد وبالرد ينسخ العقد من الاصل فتبين ان الزيادة حصلت على ملكه الا انها لا تطيب له لانها لم تحدث في ضمانه بل في ضمان المشتري فكانت في معنى ربح ما لم يضمن ولو هلكت هذه الزيادة في يد المشتري لا ضمان عليه لان المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض والقبض لم يرد على الزيادة لأصلاً ولا تبعاً اما أصلاً فلا نعدامها عند القبض واما تبعاً فلا انها ليست بتابعة حقيقة بل هي أصل بنفسها ملكت بسبب على حدة لا بسبب الاصل وان استهلكها المشتري فكذلك عند أي جنيفة لا ضمان عليه وعندهما يضمن وأصل المسئلة في الغصب انه اذا استهلك الغاصب هذه الزيادة هل يضمن عنده لا يضمن وعندهما يضمن ونذكر المسئلة في كتاب الغصب ان شاء الله تعالى ولو هلك المبيع وهذه الزيادة قائمة في يد المشتري تقرر عليه ضمان قيمة المبيع والزيادة للمشتري تقرر ضمان القيمة بخلاف المتولد كما في الغصب والفرق بين الزيادة يذكروا في الغصب ان شاء الله تعالى هذا اذا زاد المبيع في يد المشتري شراء فاسداً (فاما) اذا انتقص في يده فان كان النقصان بأقصة سببية فانه لا يمنع الاسترداد وللبائع أن يأخذه مع أرش النقصان لان المبيع بيعاً فاسداً يضمن بالقبض كالمغصوب والقبض ورد عليه بجميع اجزائه فصار مضموناً بجميع اجزائه والاوصاف تضمن بالقبض وان كانت لا تضمن بالعقد كما في قبض المغصوب وكذلك اذا كان النقصان بفعل المبيع لان هذا والنقصان بأقصة سببية سواء وان كان النقصان بفعل المشتري فكذلك لانه لو انتقص بغير صنعه كان مضموناً عليه فصنعه أولى وان كان بفعل أجنبي فالبايع بالخيار ان شاء أخذ الارش من المشتري والمشتري يرجع به على الجاني وان شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري كما في الغصب لانه لما أخذ قيمة النقصان من المشتري فقد تقرر ملكه في ذلك الجزء من وقت البيع فيه فتبين ان الجناية حصلت على ملك متقرر له فيرجع عليه والا جني لم يملك فلا يرجع ولو قتله أجنبي فالبايع أن يضمن المشتري قيمته حالة القبض ولا سبيل له على القاتل ويرجع المشتري على عاقلة القاتل بقيمته في ثلاث سنين فرق ههنا بين البيع وبين الغصب فانه لو قتل المغصوب في يد الغاصب قاتل فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته حالة الغصب والغاصب يرجع على عاقلة القاتل في ثلاث سنين وان شاء ضمن عاقلة القاتل بقيمته في ثلاث سنين وهم لا يرجعون على الغاصب (ووجه) الفرق ان الاجنبي جنى على ملك المشتري لانه ملك المبيع بالقبض وتقرر ملكه فيه بالجناية لا على ملك البائع فلا يملك البائع تضمينه بخلاف الغصب فان الغاصب لا يملك المغصوب الا بتضمين المغصوب منه اياه فقبله لا ملك له فيه فكان القتل جنائية على ملك المالك والقبض جنائية على ملكه أيضاً فكان له خيار التضمن وان كان النقصان بفعل البائع لا شيء على المشتري لانه صار مسترداً بفعله حتى انه لو هلك المبيع في يد المشتري ولم يوجد منه حبس على البائع هلك على البائع وان وجد منه حبس ثم هلك ينظر ان هلك من سرية جنائية البائع لا ضمان على المشتري أيضاً لانه صار مسترداً بفعله وان هلك لا من سرية جنائية البائع فعلى المشتري ضمانه لكن يطرح منه حصة النقصان بالجناية لانه استرد ذلك القدر بجانيته ولو قتله البائع لا ضمان على المشتري لانه استرده بالقتل وكذلك لو حفر البائع بئرأ فوقه فيه ومات لان ذلك في معنى القتل فيصير مسترداً والله عز وجل أعلم ولو كان المبيع ثوباً فقطعه المشتري وخاطه قميصاً أو بطنه وحشاه بطل حق الفسخ وتقرر عليه قيمته يوم القبض والاصل في هذا ان المشتري اذا أحدث في المبيع صنعا لو أحدثه الغاصب في المغصوب لا يقطع حق المالك يبطل حق الفسخ ويتقرر رجوعه في ضمان القيمة والمثل كما اذا كان المبيع قطناً فنزله أو غز لا فنسجه أو حنطة فطحنها أو سمسمها أو عنباً فمصره أو ساحة فبني عليها أو شاة فذبحها أو شواها أو طبخها ونحو ذلك وانما كان كذلك لان القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب ألا ترى ان كل واحد منهما مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة أو المثل حال هلاكه فكل ما يوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انقطاع حق البيع للبائع ههنا ولو كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري بصبغ يزيد من الاحمر والا صفر ونحوهما ذكر

الكرخي انه ينقطع حق البائع عنه الى القيمة وروى عن محمد ان البائع بالخيار ان شاء أخذه وأعطاه ما زاد الصبيغ فيه وان شاء ضمنه قيمته وهو الصحيح لان القبض بحكم البيع القاسد كقبض الغصب ثم الجواب في الغصب هكذا ان المالك بالخيار ان شاء أخذ الثوب وأعطى الغاصب ما زاد الصبيغ فيه وان شاء ضمنه قيمته فكذا هذا والله عز وجل أعلم ولو كان المبيع أرضاً فبني عليها بطل حق الفسخ عند أبي حنيفة وعلى المشتري ضمان قيمتها وقت القبض وعندهما لا يبطل وينقض البناء (وجه) قوله ما ان هذا القبض معتبر بقبض الغصب ثم هناك ينقض البناء فكذا وهنا ولان البناء ينقض بحق الشفيع بالاجماع وحق البائع فوق حق الشفيع بدليل ان الشفيع لا يأخذ الا بقضاء البائع يأخذ من غير قضاء ولا رضا فلما نقض لحق الشفيع فلحق البائع أولى (وجه) قول أبي حنيفة انه لو ثبت للبائع حق الاسترداد لكان لا يخلو اما أن يسترده مع البناء أو بدون البناء لا سبيل الى الثاني لانه لا يمكن ولا سبيل الى الاول لان البناء من المشتري تصرف حصل بتسليط البائع وانه يمنع النقض كتصرف البيع والهبة ونحو ذلك بخلاف الغصب والشفعة لان هناك لم يوجد التسليط على البناء وكذا لا يمنعان نقض البيع والهبة (ومنها) ان الثابت بالبيع القاسد ملك مضمون بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى بخلاف البيع الصحيح لان القيمة هي الموجب الاصل في البياعات لانها مثل المبيع في المالية الا انه يعدل عنها الى المسمى اذا بحث التسمية فاذا لم تصبح وجب المصير الى الموجب الاصل خصوصاً اذا كان القاسد من قبل المسمى لان التسمية اذا لم تصبح لم تثبت المسمى فصارت كانه باع وسكت عن ذكر الثمن ولو كان كذلك كان بيعاً بقيمة المبيع لان البيع مبادلة بالمال فاذا لم يذكر البديل صريحاً صارت القيمة أو المثل مذكوراً دلالة فكان بيعاً بقيمة المبيع أو بمثله ان كان من قبيل الامثال (ومنها) ان هذا الملك يفيد المشتري انطلاق تصرف ليس فيه انتفاع بين المملوك بلا خلاف بين أصحابنا كالبيع والهبة والصدقة والاعتاق والتدبير والكتابة والرهن والاجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع (وأما) التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كاكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية فالصحيح انه لا يحل لان الثابت بهذا البيع ملك خيىث والملك الخيىث لا يفيد اطلاق الانتفاع لانه واجب الرفع وفي الانتفاع به تقرر له وفيه تقرر الفساد ولهذا لم يفسد الملك قبل القبض تحرزاً عن تقرر الفساد بالتسليم على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ولو كان المشتري اذا لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة وان كان يفيد الملك للمشتري لان حق البائع لم ينقطع والشفعة انما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشتري ألا ترى ان من أقر ببيع داره من فلان وفلان منكر تثبت الشفعة وان لم يثبت الملك للمشتري لا تقطع حق البائع باقراره وههنا حق البائع غير منقطع فلا تثبت الشفعة حتى لو وجد ما يوجب انقطاع حقه تجب الشفعة ولو بيعت دار بحجب الدار المشتراة شراء فاسد أثبت الشفعة لان هذا الشراء صحيح فيوجب انقطاع حق البائع فيثبت حق الشفعة والله عز وجل أعلم ولو وطئ الجارية المشتراة شراء فاسداً فان لم يعلقها فلا عقر عليه قبل الفسخ وان فسخ العقد فعليه العقر وان أعلقها ضمن قيمة الجارية ففي وجوب العقر وايتان على ما ذكرنا (وأما) شرائطه فائتان أحدهما القبض فلا يثبت الملك قبل القبض لانه واجب الفسخ رفعاً للفساد وفي وجوب الملك قبل القبض تقرر الفساد لانه اذا ثبت الملك قبل القبض يجب على البائع تسليمه الى المشتري وفي التسليم تقرر الفساد وإيجاب رفع الفساد على وجه فيه رفع الفساد متناقض والثاني أن يكون القبض باذن البائع فان قبض بغير اذنه أصلاً لا يثبت الملك بأن نهاه عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير اذنه فان لم ينه ولا اذن له في القبض صريحاً فقبضه بحضرة البائع ذكر في الزيارات انه يثبت الملك وذكر الكرخي في الرواية المشهورة انه لا يثبت (وجه) رواية الزيارات انه اذا قبضه بحضرة ولم ينه كان ذلك اذا منعه بالقبض دلالة مع ما ان العقد الثابت دلالة الاذن بالقبض لانه تسليط له على القبض فكأنه دليل الاذن بالقبض والاذن بالقبض قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة كما في باب الهبة اذا قبض الموهوب له بحضرة الواهب فلم ينه صريحاً قبضه كذا ههنا

(وجه) الرواية المشهورة أن الأذن بالقبض لم يوجد نصاً ولا سبيلاً إلى اثباته بطريق الدلالة لما ذكرنا أن القبض
تقرير الفساد فكان الأذن بالقبض اذناً بما فيه تقرير الفساد فلا يمكن اثباته بطريق الدلالة وبه تبين أن العقد الفاسد
لا يقع تسليطاً على القبض لوجود المنافع من القبض على ما بينا بخلاف الهبة لأن هناك لا مانع من القبض يمكن اثباته
بطريق الدلالة مادام المجلس قائماً وانما شرط المجلس لأن القبض في الهبة بمنزلة الركن فيشترط له المجلس كما يشترط
للقبول والله عز وجل أعلم (وأما) البيع الباطل فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من الأهلية والحلية وغيرها
وقد ذكرنا جملة ذلك في صدر الكتاب ولا حكم لهذا البيع أصلاً لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلا من
حيث الصورة لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والحلية شرعاً كالأحكام للتصرف الحقيقي إلا من
الأهل في المحل حقيقة وذلك نحو بيع الميتة والدم والعذرة والبول وبيع الملاحق والمضامين وكل ما ليس بمال وكذا
بيع صيد الحرم والأحرام لأنه بمنزلة الميتة وكذا بيع الحر لأنه ليس بمال وكذا بيع أم الولد والمدبر والمكاتب
والمستسعى لأن أم الولد حرة من وجه وكذا المدبر فلم يكن مالا مطلقاً والمكاتب حر يدأ فلم يكن مالا على الإطلاق
والمستسعى عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب وعندهما حر عليه دين وكذا بيع الخنزير من المسلم لأنه ليس بمال في حق
المسلم وكذا بيع الخمر لأنها ليست بمقتومة في حق المسلم لأن الشرع أسقط تقومها في حق المسلمين حيث أهانها
عليهم فيبطل ولا ينعقد لأنه لو انعقد ما أن ينعقد بالمسمى وأما أن ينعقد بالقيمة لا سبيلاً إلى الأول لأن التسمية لم تنصح
ولا سبيلاً إلى الثاني لأنه لا قيمة له إذا التقويم يبنى عن العزة والشرع أهان المسمى على المسلم فكيف ينعقد بقيمته ولا
قيمة له وإذا لم ينعقد يبطل ضرورة ومن مشايخنا من فصل في بيع الخمر تفصيلاً فقال إن كان الثمن ديناً بأن باعها بدراهم
فالباع باطل وإن كان عيناً بأن باعها بثوب ونحوه فالبيع فاسد في حق الثوب و ينعقد بقيمة الثوب لأن مقصود
العاقدين ليس هو تملك الخمر وتمليكها لأنها لا تصلح للتملك والتمليك في حق المسلم مقصود بل تملك الثوب وتملكه
لأن الثوب يصلح مقصوداً بالتملك والتمليك فالتسمية إن لم تظهر في حق الخمر تظهر في حق الثوب ولا مقابل له فيصير
كان المشتري باع الثوب ولم يذكر الثمن فينعقد بقيمته بخلاف ما إذا كان الثمن ديناً لأن الثمن يكون في الذمة وما في الذمة
لا يكون مقصوداً بنفسه بل يكون وسيلة إلى المقصود فتصير الخمر مقصودة بالتمليك والتملك فيبطل أصلاً (وأما) بيع
الخنزير فلا يبطل بل يفسد وينعقد بقيمة العبد لأن العبد مال متقوم وكذا الخمر والخنزير في حق أهل الذمة
والخنزير مال في حقنا إلا أنه لا قيمة لها شرعاً فإذا جعل الخمر والخنزير ثمناً فقد ذكر ما هو مال وكون الثمن مالا في الجملة أو
مرغوباً فيه عند الناس بحيث لا يؤخذ مجازاً بلا عوض يكفي لانعقاد العقد لأن البيع مبادلة المال بالمال أو مبادلة شيء
مرغوب بشيء مرغوب إلا أن كون المقنود عليه متقوماً بشرط الانعقاد وقد وجد وكذا بيع العبد والمدبر وأم الولد
والمكاتب والمستسعى لأن هذه الأموال في الجملة مرغوب فيها فينعقد العقد بقيمة العبد وكذا بيع العبد بما رعى إبله
من أرضه من الكلال أو بما يشرب من ماء بئر لأن المذكور ثمن مال متقوم إلا أنه مباح غير مملوك وكذا هو مجبول أيضاً
فانعقد بوصف الفساد بقيمة المبيع واختلف مشايخنا في بيع العبد بالميتة والدم قال عامة يبطل وقال بعضهم يفسد
والصحيح أنه يبطل لأن المسمى ثمن ليس بمال أصلاً وكون الثمن مالا في الجملة شرط الانعقاد وكذا اختلافوا فيما
إذا قال بعت بغير ثمن قال بعضهم يبطل واليه ذهب الكرخي من أصحابنا وقال بعضهم يفسد ولا يبطل كما إذا باع
وسكت عن ذكر الثمن وقد ذكرنا وجه كل واحد من القولين فيما تقدم ثم إذا باع مالا بمال ليس بمال حتى يبطل البيع
فقبض المشتري المال باذن البائع هل يكون مضموناً عليه أو يكون أمانة تختلف المشايخ فيه قال بعضهم يكون أمانة
لأنه مال قبضه باذن صاحبه في عقد وجد صورته لا معنى فالتحقق العقد بالعدم وبقي اذنه بالقبض وقال بعضهم يكون
مضموناً عليه لأن المقبوض على حكم هذا البيع لا يكون دون المقبوض على سوم الشراء وذلك مضمون فهذا أولى
(وأما) البيع الموقوف فهو بيع مال الغير بغير إذن صاحبه وهو المسمى ببيع الفضولى ولا حكم له يعرف للحال لاحتمال

الاجازة والرد من المالك فيتوقف في الجواب في الحال لان يكون التوقف حكماً شرعياً وقد ذكرنا حكم تصرفات
 القضاة ما يبطل منها وما يتوقف فيما تقدم والله عز وجل أعلم
 فصل في بيان ما يرفع حكم البيع فتقول والله التوفيق حكم البيع نوعان نوع يرتفع بالفسخ وهو الذي يقوم برفعه
 أحد العاقلين وهو حكم كل بيع غير لازم كالبيع الذي فيه أحد الخيارات الاربع والبيع الفاسد ونوع لا يرتفع
 الا بالاقالة وهو حكم كل بيع لازم وهو البيع الصحيح الخالي عن الخيار والكلام في الاقالة في مواضع في بيان ركن
 الاقالة وفي بيان ماهية الاقالة وفي بيان شرائط صحة الاقالة وفي بيان حكم الاقالة (أما) ركنها فهو الايجاب من أحد
 العاقلين والقبول من الآخر فاذا وجد الايجاب من أحدهما والقبول من الآخر بلفظ يدل عليه فقد تم الركن لكن
 الكلام في صيغة اللفظ الذي يعتد به الركن فنقول لا خلاف انه يعتد بلفظين يعبر بهما عن الماضي بان يقول أحدهما
 أقلت والاخر قبلت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك وهل يعتد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالاخر عن
 المستقبل بان قال أحدهما لصاحبه أقلت فيقول أقلت أو قال له جئت لك لتقيلني فقال أقلت فقال أبو حنيفة وأبو يوسف
 رحمهما الله يعتد بكافي النكاح وقال محمد رحمه الله لا يعتد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي كافي البيع (وجه) قوله ان
 ركن الاقالة هو الايجاب والقبول كركن البيع ثم ركن البيع لا يعتد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي فكذلك ركن الاقالة
 ولهما الفرق بين الاقالة وبين البيع وهو ان لفظة الاستقبال للمساومة حقيقة والمساومة في البيع معتادة فكانت اللفظة
 محمولة على حقيقتها فلم تقع ايجاباً بخلاف الاقالة لان هناك لا يمكن حمل اللفظ على حقيقتها لان المساومة فيها ليست
 بمعتادة فيحمل على الايجاب ولهذا حملناها على الايجاب في النكاح كذا هذا (وأما) بيان ماهية الاقالة وعملها فقد
 اختلف أصحابنا في ماهيتها قال أبو حنيفة عليه الرحمة الاقالة فسخ في حق العاقلين بيع جديد في حق ثالث سواء كان
 قبل القبض أو بعده وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنها فسخ قبل القبض ببيع بعده وقال أبو يوسف أنها بيع جديد
 في حق العاقلين وغيرهما الا أن لا يمكن أن تجعل بيعاً فجعل فسخاً وقال محمد أنها فسخ الا أن لا يمكن أن تجعل فسخاً
 فجعل بيعاً للضرورة وقال زفر أنها فسخ في حق الناس كافة (وجه) قول زفر ان الاقالة في اللغة عبارة عن الرفع
 يقال في الدعاء اللهم ألقني عثراني أي ارفعها وفي الحديث من اقال نادماً اقال الله عثرته يوم القيامة وعن النبي عليه
 الصلاة والسلام أنه قال ألقوا ذوى الهيئات عثرانهم الا في حد والاصل أن معنى التصرف شرعاً ما ينبي عنه اللفظ
 لغة ورفع العقد فسخه ولان البيع والاقالة اختلفا اسماً فيختلفان حكماً هذا هو الاصل فاذا كانت رفلاً تكون بيعاً لان
 البيع اثبات والرفع نفي وبينهما تناف فكانت الاقالة على هذا التقدير فسخاً محضاً فتظهر في حق كافة الناس (وجه) قول
 محمد ان الاصل فيها الفسخ كما قال زفر الا انه اذا لم يمكن ان تجعل فسخاً فجعل بيعاً ضرورة (وجه) قول أبي يوسف ان
 معنى البيع هو مبادلة المال بالمال وهو أخذ بديل واعطاء بديل وقد وجد فكانت الاقالة بيعاً لوجود معنى البيع فيها والمبرة
 للمعنى لا للصورة ولهذا اعطى حكم البيع في كثير من الاحكام على ما ذكر وكذا اعتبر بيعاً في حق الثالث عند أبي
 حنيفة (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله في تفرير معنى الفسخ ما ذكرناه زفر انه رفع لغة وشرعاً ورفع الشيء فسخه وأما
 تفرير معنى البيع فيه فاذا كرنا لابي يوسف ان كل واحد يأخذ رأس ماله بديل وهذا معنى البيع الا انه لا يمكن اظهار
 معنى البيع في الفسخ في حق العاقلين للتنافي فظهرناه في حق الثالث فجعل فسخاً في حقهما بيعاً في حق ثالث وهذا
 ليس بممتنع الا ترى انه لا يمتنع أن يجعل الفعل الواحد من شخص واحد طاعة من وجهه ومعصية من وجهه فن
 شخصين أولى والدليل عليه أنها لا تصح من غير تسمية ولا صحة للبيع من غير تسمية الثمن وثمره هذا الاختلاف
 اذا تباين الجنس الاول أو سمي زيادة على الثمن الاول أو نقص من الثمن الاول أو سمي جنساً آخر سوى
 الجنس الاول قل أو أكثر أو أجلاً الثمن الاول فالاقالة على الثمن الاول في قول أبي حنيفة رحمه الله وتسمية الزيادة
 والنقصان والاجل والجنس الآخر باطله سواء كانت الاقالة قبل القبض أو بعدها والمبيع منقول أو غير منقول

لأنها فسخ في حق العاقدين والفسخ رفع العقد والعقد وقع بالتمن الأول فيكون فسخه بالتمن الأول ضرورة لأنه فسخ ذلك العقد وحكم الفسخ لا يختلف بين ما قبل القبض وبين ما بعده وبين المنقول وغير المنقول وتبطل تسمية الزيادة والنقصان والجنس الآخر والأجل وتبقى الأقالة صحيحة لأن إطلاق تسمية هذه الأشياء لا يؤثر في الأقالة لأن الأقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة وبخلاف البيع لأن الشرط الفاسد إنما يؤثر في البيع لأنه يمكن الرابضه والأقالة رفع البيع فلا يتصور تمكن الرابضه فهو الفرق بينهما وفي قول أبي يوسف أن كان بعد القبض فالأقالة على ما سميها لأنها بيع جديد كانه باعه فيه ابتداء وإن كان قبل القبض والمبيع عقار فكذلك لأنه يمكن جمعه ببيعاً لأن بيع العقار قبل القبض جائز عنده وإن كان منقولاً فالأقالة فسخ لأنه لا يمكن جعلها ببيعاً لأن بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز وروى عن أبي يوسف أن الأقالة يبيع على كل حال فكل ما لا يجوز بيعه لا يجوز أقالته فعلى هذه الرواية لا يجوز الأقالة عنده في المنقول قبل القبض لأنه لا يجوز بيعه وعند محمد أن كان قبل القبض فالأقالة تكون على التمن الأول وتبطل تسمية الزيادة على التمن الأول والجنس الآخر والنقصان والأجل يكون فسخاً كما قاله أبو حنيفة رحمه الله لأنه لا يمكن جعلها قبل القبض ببيعاً لكن يبيع المبيع قبل القبض لا يجوز عنده منقولاً كان أو عقاراً وإن كان بعد القبض فإن تقايلاً من غير تسمية التمن أصلاً أو سمي التمن الأول من غير زيادة ولا نقصان أو نقصاً عن التمن الأول فالأقالة على التمن الأول وتبطل تسمية النقصان وتكون فسخاً أيضاً كما قال أبو حنيفة رحمه الله أنها فسخ في الأصل ولا مانع من جعلها فسخاً فتجعل فسخاً وإن تقايلاً عن الزيادة أو على التمن الأول أو على جنس آخر سوى جنس التمن الأول قل أو كثر فالأقالة على ما سميها ويكون بيعاً عنده لأنه لا يمكن جعلها فسخاً ههنا لأن من شأن الفسخ أن يكون بالتمن الأول وإذا لم يمكن جعلها فسخاً تجعل ببيعاً بما سميها بخلاف ما إذا تقايلاً على أنقص من التمن الأول أن الأقالة تكون بالتمن الأول عنده وتعمل فسخاً ولا تجعل ببيعاً عنده لأن هذا سكوت عن نقص التمن وذلك نقص التمن والسكوت عن النقص لا يكون أعلى من السكوت عن التمن الأول وهناك يجعل فسخاً لا ببيعاً فههنا أولى والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما إذا كان المشتري داراً ولها شفع فقصى له بالشفعة ثم طلب منه المشتري أن يسلم الشفعة بزيادة على التمن الأول أو بجنس آخر أن الزيادة باطلة وكذا تسمية الجنس الآخر عند أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله لأنه لما قضى للشفيع بالشفعة فقد انتقلت الصفقة إليه بالتمن الأول فالتسليم بالزيادة على التمن الأول أو بجنس آخر يكون أقالة على الزيادة على التمن الأول أو على جنس آخر فتبطل التسمية ويصح التسليم بالتمن الأول عندهما وإنما اتفق جوابهما ههنا على أصل محمد لأنه لا يرى جواز بيع المبيع العقار قبل القبض فيبقى فسخاً على الأصل وعند أبي يوسف الزيادة صحيحة وكذا تسمية جنس آخر لأن الأقالة عنده بيع ولا مانع من جعلها ببيعاً فتبقى ببيعاً على الأصل ولو تقايلاً البيع في المنقول ثم إن البائع باعه من المشتري ثانياً قبل أن يسترده من يده يجوز البيع وهذا يترد على أصل أبي حنيفة ومحمد وزفر أما على أصل زفر فلان الأقالة فسخ مطلق في حق الكل وعلى أصل أبي حنيفة فسخ في حق العاقدين والمشتري أحد المتعاقدين وعلى أصل محمد فسخ عند عدم المانع من جمعه فسخاً ولا مانع ههنا من جمعه فسخاً بل وجد المانع من جمعه ببيعاً لأن بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكانت الأقالة فسخاً عندهم فلم يكن هذا بيع المبيع المنقول قبل القبض فجاز وأما على أصل أبي يوسف فلا يترد لأن الأقالة عنده بعد القبض يبيع مطلقاً وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز إلا بخلاف بين أصحابنا فكان هذا الفعل حجة عليه إلا أن ثبت عنه الخلاف فيه ولو باعه من غير المشتري لا يجوز وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف يترد على أصل أبي يوسف فلان الأقالة بعد القبض يبيع جديد في حق العاقدين وغيرهما إلا المانع ولا مانع من جعلها ببيعاً ههنا لأننا لو جعلناها ببيعاً لا تفسد الأقالة لأنها حصلت بعد القبض فتجعل ببيعاً فكان هذا بيع المنقول قبل القبض فلم يحز وأما على أصل أبي حنيفة فهي وإن كانت فسخاً لكن في حق العاقدين وأما في حق غيرهما فهي بيع والمشتري غيرهما فكان بيعاً في بيعه فيكون بيع

المبيع المنقول قبل القبض وأما على أصل محمد وزفر فلا يتردد لأنها عند زفر فسخ في حق العاقلين وغيرهما وعند محمد الأصل فيها الفسخ إلا ما منع ولم يوجد ما منع فبق فسخاً في حق الكل ولم يكن هذا بيع المنقول قبل القبض فينبغي أن يجوز وأن كان المبيع غير منقول والمسئلة بحالها جاز بيعه من غير المشتري أيضاً على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا على قياس أصل محمد لأن على أصله الاقالة بيع في حق الكل لأن لا يمكن وهبنا يمكن لما قلنا وعلى أصل أبي حنيفة بيع في حق غير العاقلين فكان هذا بيع المبيع العتار قبل القبض وأنه جاز عندهما وعلى أصل محمد فسخ الأعداء التصديق ولا تعذر ههنا لأنها حصلت بعد القبض على الثمن الأول فبقيت فسخاً فلم يكن هذا بيع المبيع قبل القبض بل بيع المفسوخ فيه البيع قبل القبض وهذا جاز عنده منقولاً كان أو غير منقول وعند زفر هو فسخ على الإطلاق فلم يكن بيعه بيع المبيع المنقول قبل القبض فيجوز وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى داراً ولها شفع فسلم الشفعة ثم تقايلا البيع أو اشتراها ولم يكن بمجنبها دار ثم تقايلا البيع فإن الشفع يأخذها بالشفعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن الاقالة بيع جديد في حق الكل على أصل أبي يوسف ولا مانع من جعلها بيعاً وعلى أصل أبي حنيفة بيع في حق غير العاقلين والشفيع غيرهما فيكون بيعاً في حقه فيستحق وأما على قياس أصل محمد وزفر لا يثبت حق الشفعة لأنها فسخ مطلق على أصل زفر وعلى أصل محمد فسخ ما أمكن وههنا يمكن والشفعة تتعلق بالبيع لا بالفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية ونحو ذلك ولو تقايلا ثم وهب البائع المبيع من المشتري قبل الاسترداد وقبل المشتري جازت الهبة وملكه المشتري ولا تنفسخ الاقالة ولو كان هذا في البيع لا تجوز الهبة وينفسخ البيع بان وهب المشتري المبيع قبل القبض من البائع وقبله البائع وهذا يشك على أصل أبي يوسف لأنه أجرى الاقالة بعد القبض مجرى البيع ولو كانت كذلك لما جازت الهبة ولكانت فسخاً للاقالة كما كانت فسخاً للبيع ثم الفرق على أصل من يجعلها فسخاً ظاهراً لأن الفسخ لا يحتمل الفسخ فلا يمكن جعل الهبة مجازاً عن الاقالة فلا تنفسخ الاقالة بخلاف البيع فإنه يحتمل الفسخ فأمكن جعل الهبة مجازاً عن الاقالة للبيع ولو كان المبيع مكايلاً أو موزوناً بيع مكايلاً أو موازنة فتقايلا البيع فاسترده البائع من غير كيل أو وزن صح قبضه وهذا لا يتردد على أصل أبي يوسف لأن الاقالة لو كانت بيعاً لم يصح قبضه من غير كيل أو وزن كما في البيع ولو تقايلا قبل قبض المبيع أو بعده ثم وجد البائع به عيباً كان عند بائعه ليس له أن يرد عليه وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف يتردد لأن الاقالة على أصل أبي يوسف بيع في حق الكل وعلى أصل أبي حنيفة بيع في حق ثالث فكان بيعاً في حقه فيصير كأنه اشتراه ثانياً أو ورثه من المشتري وعلى أصل محمد وزفر يشك لأن الاقالة فسخ على أصلهما فينبغي أن لا ينفع الرد ولو اشترى شيئاً وقبضه قبل قد الثمن ثم باعه من أجني ثم تقايلا وعاد المبيع إلى المشتري ثم إن بائعه اشتراه باقلاً بمبايعه بالثمن الأول قبل التقديح وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف صحيح لأن الاقالة على أصل أبي يوسف بيع في حق العاقلين وغيرهما وعلى أصل أبي حنيفة بيع في حق ثالث والبائع الأول ههنا ثالث فكانت الاقالة بيعاً في حقه كان المشتري الأول اشتراه ثانياً ثم باعه من بائعه باقلاً من الثمن الأول قبل العقد وذلك جائز كذا هذا وأما على أصل محمد وزفر فلا يتردد لأنها مجملان الاقالة فسخاً فكانت إعادة إلى قديم الملك فينبغي أن لا يجوز وأما شرط صحة الاقالة (فنها) رضا المتقابلين أما على أصل أبي يوسف فظاهر لأنه بيع مطلق والرضا شرط صحة البياعات وأما على أصل أبي حنيفة ومحمد وزفر فلا تنفسخ العقد والعقد لم ينفسخ على الصحة إلا بتراضيهما أيضاً (ومنها) المجلس لما ذكرنا أن معنى البيع موجود فيها فيشترط لها المجلس كما يشترط للبيع (ومنها) تقابض بدلي الصرف في اقالة الصرف وهذا على أصل أبي يوسف ظاهر وكذلك على أصل أبي حنيفة لأن قبض البدلين إنما واجب حقاً لله تعالى لا ترى أنه لا يسقط باسقاط العبد والاقالة على أصله وإن كانت فسخاً في حق العاقلين فهي بيع جديد في حق ثالث فكان حق الشرع في حكم ثالث فيجعل بيعاً في حقه (ومنها) أن يكون المبيع محل الفسخ بسائر أسباب

الفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية والعيب عند أبي حنيفة وزفر فان لم يكن بان ازداد زيادة تمنع الفسخ بهذه الاسباب لا تصح الاقالة عندهما وعند أبي يوسف ومحمد هذا ليس بشرط أما على أصل أبي حنيفة وزفر فظاهر لان الاقالة عندهما فسخ للمعقد فلا بد وان يكون المحل محتملا للفسخ فاذا اخرج عن احتمال الفسخ خرج عن احتمال الاقالة ضرورة (وأما) على أصل أبي يوسف فلا تنها بعد القبض بيع مطلق وهو بعد ان زيادة محتمل للبيع فبقى محتملا للاقالة (وأما) على أصل محمد وان كانت فسحا لكن عند الامكان ولا امكان ههنا لا نالوجعلناها فسحا لم يصح ولوجعلناها هابيا لصحت فجعل بيعا للضرورة الصحة فلماذا اتفق جواب محمد مع جواب أبي يوسف في هذا الفصل (ومنها) قيام المبيع وقت الاقالة فان كان هالكا وقت الاقالة لم تصح فاما قيام الثمن وقت الاقالة فليس بشرط (ووجه) الفرق ان اقالة المبيع رفعه فكان قيامها بالبيع وقيام المبيع بالبيع لا بالثمن لانه هو المعقود عليه على معنى ان المعقود عليه لا على الثمن لانه يرد على المعين والمعين هو المبيع لا الثمن لانه لا يحتمل التعيين وان عين لانه اسم لما في الذمة فلا يتصور ايراد المعقد عليه دل ان قيام المبيع بالمبيع لا بالثمن فاذا هلك لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمة فلا يتصور الاقالة التي هي رفع حكم البيع في الحقيقة واذا هلك الثمن فحل حكم البيع قائم فتصح الاقالة وعلى هذا يخرج ما اذا تباعا عينا بدين كالدراهم والدنانير عينا ولم يعينا والفلوس والمكيل والموزون والعدديات المتقاربة الموصوفة في الذمة ثم تقايلا أي تقايلا والمعين قائمة في يد المشتري صحت الاقالة سواء كان الثمن قائما في يده أو هالك كالتأجيل حكم البيع بقيام المعقود عليه وان تقايلا بعد هلاك العين لم تصح وكذا ان كانت قائمة وقت الاقالة ثم هلك قبل الرد على البائع بطلت الاقالة سواء كان الثمن قائما أو هالك لان الاقالة فيها معنى البيع الا ترى أن بعد الاقالة وجب على كل واحد منهما رد ما في يده على صاحبه فكان هلاك المبيع بعد الاقالة قبل القبض كهلاكه بعد البيع قبل القبض فانه يوجب بطلان البيع كذا هذا سواء بقي الثمن أو هلك لانه اذا لم يتعين فقيامه وهلاكه بمنزلة واحدة وكذا اذا كان المبيع عيدين وتقايضا ثم هلكا ثم تقايلا أنه لا تصح الاقالة لما ذكرنا أن المعقود عليه اذا هلك لم يبق محل الفسخ بالاقالة وكذا لو كان أحدهما هالكا وقت الاقالة والآخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد بطلت الاقالة لانه هلك المعقود عليه قبل القبض على ما بينا ولو تباعا عينا بعين وتقايضا ثم هلك أحدهما في يد مشتريها ثم تقايلا صحت الاقالة وعلى مشتري الهالك قيمة الهالك ان لم يكن له مثل ومثله ان كان له مثل فيسلمه الى صاحبه ويسترد منه العين لان كل واحد منهما مبيع على حدة لقيام العقد في كل واحد منهما ثم خرج الهالك من أن يكون قيام العقد به فيقوم بالآخر واذا بقي المبيع بقى محل الفسخ فيصح أو تقول المبيع أحدهما والآخر ثمن اذا لم يبيع لابلده من الثمن فاذا هلك أحدهما تعين الهالك للثمن والقائم للمبيع لما فيه من تصحيح العقد وفي القلب افساده فكان التصحيح أولى فبقى البيع ببقاء المبيع فاحتمل الاقالة وكذلك لو تقايلا والعينان قائمتان ثم هلك أحدهما بعد الاقالة قبل الرد لا تبطل الاقالة لان هلاك أحدهما قبل الاقالة لم يمنع صحة الاقالة فهلاكها بعد الاقالة لا يمنع بقاءها على الصحة من طريق الاولى لان البقاء أسهل من الابتداء وهذا بخلاف بيع العرض بالعرض انه لا ينعقد باحد المرضين ابتداء واذا انعقد بهما ثم هلك أحدهما قبل القبض يبطل البيع لان البيع مبادلة المال بالمال فلا ينعقد باحد البدلين ويبطل بهلاك أحدهما المرضين قبل القبض لان كل واحد من المرضين مبيع وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع (فأما) الاقالة فرفع البيع فتستدعي بقاء حكم البيع وقد بقي بقاء أحدهما وعلى هذا يخرج إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه انها جائزة سواء كان رأس المال ديناً أو عينا وسواء كان قائماً في يد المسلم اليه أو هالك لان المبيع هو المسلم فيه وانه قائم وهذا لان المسلم فيه وان كان ديناً حقيقة فله حكم العين حتى لا يجوز استبداله قبل القبض فكان كالمعقود عليه وانه قائم فوجد شرط صحة الاقالة واذا صححت فان كان رأس المال عين مال قائمة رده المسلم اليه بعينه وان كانت هالكه فان كان ماله مثل رد مثله وان كان مما لا مثل له رد قيمته وان كان ديناً رده مثله قائماً كان أو هالكاً لانه لا يتعين بالتعيين

فهللا كه وقيامه سواء وكذلك لو كانت الاقالة بعد قبض المسلم فيه وانه قائم في يد رب السلم أنه تصح الاقالة ثم لانها
صححت حال كونه ديناً حقيقة فحال صيرورته عينا بالقبض أولى واذا صححت فعلى رب السلم رد عين
المقبوض لان المقبوض بعقد السلم كأنه عين ماورد عليه العقد بدليل انه يجوز بيعه مباحة على رأس
المال والمرابحة ببيع ما اشتراه البائع بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح واذا كان المقبوض عين ماورد
عليه العقد في التقدير والحكم وجب رد عينه في الاقالة ولو اشترى عبد بنقرة أو بمصوغ
وتقا بضا ثم هلك العبد في يد المشتري ثم تقايلا والفضة قائمة في يد البائع صححت الاقالة
لان كل واحد منهما مبيع لتعيينه بالتعيين فكان معقودا عليه فيبقى البيع
ببقاء أحدهما وعلى البائع رد عين الفضة ويسترد من المشتري قيمة العبد
لكن ذهباً لا فضة لان الاقالة وردت على قيمة العبد فلو استرد قيمته
فضة والقيمة تختلف فتزداد أو تنقص فيؤدى الى الربا ولو
كان العبد قائماً وقت الاقالة ثم هلك قبل الرد على البائع
فعلى البائع أن يرد الفضة ويسترد قيمة العبد ان شاء
ذهبا وان شاء فضة لان الاقالة ههنا وردت
على عين العبد ثم وجبت القيمة على
المشتري بدلا للعبد ولا
ربا بين العبد وقيمه
والله تعالى أعلم



(الجزء الخامس من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

صفحة	صفحة
٦٥ فصل وأما وقت الوجوب	٢ ﴿ كتاب الاستصناع ﴾
٦٥ فصل وأما كيفية الوجوب	٢ فصل أما صورة الاستصناع
٦٩ فصل وأما محل إقامة الواجب	٢ فصل وأما جوازه
٧١ فصل وأما شرائط جواز إقامة الواجب	٣ فصل وأما شرائط جوازه
٧٨ فصل وأما بيان ما يستحب قبل التوضيحية وعندها	٣ فصل وأما حكم الاستصناع
وبعدها وما يكره	٣ فصل وأما صفة الاستصناع
٨١ ﴿ كتاب النذر ﴾	٤ ﴿ كتاب الشفعة ﴾
٨١ فصل وأما شرائط الركن	١٠ فصل وأما شرائط وجوب الشفعة
٩٠ فصل وأما حكم النذر	١٧ فصل وأما بيان ما يتأكد به حق الشفعة
٩٥ ﴿ كتاب الكفارات ﴾	١٩ فصل وأما بيان ما يبطل به حق الشفعة
٩٦ فصل وأما بيان كيفية وجوب هذه الأنواع	٢٣ فصل وأما بيان طريق التملك بالشفعة
٩٧ فصل وأما شرائط وجوب كل نوع	٢٥ فصل وأما بيان شرط التملك
٩٩ فصل وأما شرائط جواز كل نوع	٢٧ فصل وأما بيان ما يملك بالشفعة
١١٢ ﴿ كتاب الأشربة ﴾	٣٠ فصل وأما بيان من يملك منه الشقص
١١٨ ﴿ كتاب الاستحسان ﴾	٣٠ فصل وأما بيان حكم اختلاف الشفيع
١٣٣ ﴿ كتاب البيوع ﴾	٣٤ فصل وأما بيان الحيلة في إسقاط الشفعة
١٣٦ فصل وأما الذي يرجع إلى نفس العقد	٣٥ فصل وأما الكلام في كراهة الحيلة للإسقاط
١٣٨ فصل وأما الذي يرجع إلى نفس المعقود عليه	٣٥ ﴿ كتاب الذبائح والصيد ﴾
١٥٣ فصل وأما شرائطها	٣٩ فصل وأما بيان ما يكره من الحيوانات
١٥٥ فصل وأما ترتيب الولاية	٤٠ فصل وأما بيان شرط حل الكل في الحيوان
١٥٦ فصل وأما شرائط الصحة	٦١ فصل وأما بيان ما يكره أكله من أجزاء الحيوان
١٩٢ فصل وأما شرائط جريان الربا	المأكول
٢٠١ فصل وأما شرائط الركن	٦١ ﴿ كتاب الاصطياد ﴾
٢٠٧ فصل وأما الذي يرجع إلى المسلم فيه	٦١ ﴿ كتاب التوضيحية ﴾
٢١٤ فصل وأما الذي يرجع إلى البدلين جميعاً	٦٣ فصل وأما شرائط الوجوب

صفحة	محتوى
٢١٤	فصل وأما بيان ما يجوز من التصرف في المسلم فيه
٢١٥	فصل وأما الشرائط على
٢٢٢	فصل وأما بيان رأس المال
٢٢٣	فصل وأما بيان ما يلحق برأس المال
٢٢٣	فصل وأما بيان ما يجب بيانه في المراجعة
٢٢٥	فصل وأما حكم الحياة إذا ظهرت
٢٢٦	فصل وأما الاشارة في حكم التولية على
٢٢٨	فصل وأما المواضعة على
٢٢٨	فصل وأما شرائط لزوم البيع
٢٢٨	فصل وأما بيان يكره من البياعات
٢٣١	فصل وأما ما يحصل به التفريق
٢٣٢	فصل وأما صفة البيع
٢٣٣	فصل وأما حكم البيع
٣٠٦	فصل وأما بيان ما يرفع حكم البيع

﴿ تمت ﴾

كِتَابُ بَنَائِعِ الصَّحَابِ فِي تَرْغِيبِ الشَّرَائِعِ

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء السادس

الطبعة الثانية

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الكفالة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الكفالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الكفالة وفي بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) الركن فهو الايجاب والقبول الايجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الاول الركن هو الايجاب فحسب (فأما) القبول فليس بركن وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الانصار فقال هل على صاحبكم دين فقيل نعم درهمان او ديناران فامتنع من الصلاة عليها فقال سيدنا علي أو أبو قتادة رضي الله عنهما هما على يا رسول الله فصلى عليها ولم ينقل قبول الطالب ولأن الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا لتملك ألا يرى انه يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والتمليك لا يحتمل ذلك ومعنى الضم والالتزام يتم بايجاب الكفيل فأشبهه النذر والدليل عليه أن المريض اذا قال عند موته لورثته اضمنوا عني ما على من الدين لفرمائي وهم غيب فضمنوا ذلك فهو جائز ويلزمهم وأي فرق بين المريض والصحيح ولهما أن الكفالة ليست بالالتزام محض بل فيها معنى التملك لما نذكر والتمليك لا يتم الا بالايجاب والقبول كالبيع والجواب عن مسألة المريض نذكره من بعد ان شاء الله تعالى فاذا عرفت أن ركن الكفالة الايجاب والقبول فالإيجاب من الكفيل أن يقول أنا كفيل أو ضمنين أو زعيم أو غريم أو قليل أو حميل أو لك على أولك قبلي أو لك عندي (أما) لفظ الكفالة والضمان فصرحان وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة والغرامة بمعنى الضمان قال النبي عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم أي الكفيل ضامن وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضا يقال قبلت به أقبل قبالة وقبلت به أي كفلت قال الله تعالى أو يأتي بالله والملائكة قبيلا أي كفيلا يكفلوني بما يقول والحمل بمعنى

الحمول فعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول وانه بنى عن تحمل الضمان وقوله على كلمة إيجاب وكذا قوله الى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فالى وعلى وقوله قبل بنى عن القباله وهى الكفالة على ما ذكرنا وقوله عندى وان كانت مطلقة للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة لان قوله عندى يحتمل اليد ويحتمل الذمة لانها كلمة قرب وحضرة وذلك يوجد فيها جميعاً فعند الاطلاق يحمل على اليد لانه أدنى وعند قرينة الدين يحمل على الذمة أى فى ذمتى لان الدين لا يحتمله الا الذمة (وأما) القبول من الطالب فهو أن يقول قبلت أو رضيت أو هويت أو ما يدل على هذا المعنى ثم ركن الكفالة فى الاصل لا يخلو عن أربعة أقسام اما أن يكون مطلقاً أو مقيداً بوصف أو معلقاً بشرط أو مضافاً الى وقت فان كان مطلقاً فلا شك فى جوازه اذا استجمع شرائط الجواز وهى ما ذكرنا شاء الله تعالى غير انه ان كان الدين على الاصيل حالاً كانت الكفالة حالة وان كان الدين عليه مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة لان الكفالة بمضمون على الاصيل فتستفيد بصفة المضمون (وأما) المقيد فلا يخلو اما ان كان مقيداً بوصف التأجيل أو بوصف الحلول فان كانت الكفالة مؤجلة فان كان التأجيل الى وقت معلوم بأن كفلى الى شهر أو سنة جاز ثم ان كان الدين على الاصيل مؤجلاً الى أجل مثله يتأجل اليه فى حق الكفيل أيضاً وان سمي الكفيل أجلاً أز يد من ذلك أو انقص جاز لان المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد منهما بما أخير حقه وان كان الدين عليه حالاً جاز التأجيل الى الاجل المذكور ويكون ذلك تأجيلاً فى حقهما جميعاً فى ظاهر الرواية وروى ابن سبعة عن محمد أنه يكون تأجيلاً فى حق الكفيل خاصة (وجه) هذه الرواية ان الطالب خص الكفيل بالتأجيل فيخص به كما اذا كفلى حالاً أو مطلقاً ثم أخر عنه بعد الكفالة (وجه) ظاهر الرواية ان التأجيل فى نفس العقد يجعل الاجل صفة للدين والدين واحد وهو على الاصيل فيصير مؤجلاً عليه ضرورة بخلاف ما اذا كان بعد تمام العقد لان التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر ان المطالبة وقد خص به الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل ولو كان الدين على الاصيل مؤجلاً الى سنة فكفلى به مؤجلاً الى سنة أو مطلقاً ثم مات الاصيل قبل تمام السنة يحل الدين فى ماله وهو على الكفيل الى أجله وكذا لو مات الكفيل دون الاصيل يحل الدين فى مال الكفيل وهو على الاصيل الى أجله لان المبطل للاجل وجد فى حق أحد هما دون الآخر وان كان التأجيل الى وقت مجهول فان كان يشبه آجال الناس كالحضاد والدياس والنيروز ونحوه فكفلى الى هذه الاوقات جاز عند أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز (وجه) قوله ان هذا عقد الى أجل مجهول فلا يصح كالبيع (ولنا) أن هذا ليس بمجالة فاحشة فتحملها الكفالة وهذا لان المجالة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لا فضائها الى المنازعة بالتقديم والتأخير وجهه التقديم والتأخير لا تفضى الى المنازعة فى باب الكفالة لانه يسامح فى أخذ العقد مالا يسامح فى غيره لا مكان استيفاء الحق من جهة الاصيل بخلاف البيع ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة الى هذه الآجال متعارفة ولو كانت الكفالة حالة فاخر الى هذه الاوقات جاز أيضاً لما ذكرنا وان كان لا يشبه آجال الناس كعجىء المطر وهبوب الريح فلاجل باطل والكفالة صحيحة لان هذه جهة فاحشة فلا تتحملها الكفالة فلم يصح التأجيل فبطل وبقيت الكفالة صحيحة وكذا لو كان على رجل دين فأجله الطالب الى هذه الاوقات جاز وان كان ممن مبيع ولا يوجب ذلك فساد البيع لان تأجيل الدين ابتداء بمنزلة التأخير فى الكفالة وهذا لا يؤثر فى البيع فكذا هذا اذا كانت الكفالة مؤجلة فاما اذا كانت حالة فان شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز سواء كان الدين على الاصيل حالاً أو مؤجلاً ما ذكرنا أن المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتجديد والتأجيل ولو كفلى حالاً ثم أجله الطالب بعد ذلك يتأخر فى حق الكفيل اذا قبل التأخير دون الاصل بخلاف ما اذا كان التأجيل فى العقد لما ذكرنا من الفرق ولو كان الدين على الاصل حالاً فاخره الطالب الى مدة وقبله المطلوب جاز التأخير ويكون تأخيراً فى حق الكفيل هذا اذا كانت الكفالة مقيدة بوصف فاما اذا كانت معلقة بشرط فان كان المذكور شرطاً سبباً لظهور

الحق أو لوجوبه أو وسيلة إلى الأداء في الجملة جازبان قال ان استحق المبيع فأننا كفيل لان استحقاق المبيع سبب لظهور الحق وكذا اذا قدم زيد فأننا كفيل لان قدمه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه أو يكون مضاربة فان لم يكن سببا لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة إلى الأداء في الجملة لا يجوز بأن قال اذا جاء المطر أو هبت الريح أو ان دخل زيد الدار فأننا كفيل لان الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكرنا والاصل أن لا يجوز تعليقها بالشرط الا شرط الحق به تعلق بالظهور أو التوصل اليه في الجملة فيكون ملائما للعقد فيجوز ولا ان الكفالة جوازها بالعرف والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره ولو قال ان قتلك فلان أو ان شجك فلان أو ان غصبك فلان أو ان بايعت فلانا فانا ضامن لذلك جاز لان هذه الافعال سبب لوجوب الضمان ولو قال ان غصبك فلان ضيعتك فانا ضامن لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وجاز عند محمد بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عند أبي حنيفة وعند محمد يتحقق ولو قال من قتلك من الناس أو من غصبك من الناس أو من شجك من الناس أو من بايعك من الناس لم يجز لان من قبل التعليق بالشرط بل لان المضمون عنه محمول وجهة المضمون عنه تمنع صحة الكفالة ولو قال ضمنت لك ما على فلان ان توى جاز لان هذا شرط ملائم للعقد لانه مؤكدا لمعنى التوصل الى ما هو المقصود وكذا لو قال ان خرج من مصر ولم يعطك فانا ضامن لما ذكرنا ولو شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه جاز لان هذا تأجيل الكفالة بالنفس الى وقت معلوم فيصح كالكفالة بالمال وكذا سائر أنواع الكفالات في التعليق بالشرط والتأجيل والاضافة الى الوقت سواء لان الكل في معنى الكفالة على السواء ولو قال كفلت لك مالك على فلان حالا على أنك متى طلبته فلي اجل شهر جاز واذا طلبته منه فله اجل شهر ثم اذا مضى الشهر فله أن يأخذه متى شاء ولو شرط ذلك بعد تمام الكفالة بالمال حالا لم يجز وله أن يطالبه متى شاء والفرق ان الموجود ههنا كفالتان احدهما حالة مطلقة والثانية مؤجلة الى شهر معلقة بشرط الطلب فاذا وجد الشرط ثبت التأجيل الى شهر فاذا مضى الشهر انتهى حكم التأجيل فيأخذه بالكفالة الحالية هذا معنى قوله في الكتاب يأخذه متى شاء بالطلب الاول بخلاف ما اذا كان التأجيل بالشرط بعد تمام العقد لان ذلك تعليق التأجيل بالشرط لا تعليق العقد المؤجل بالشرط والتأجيل نفسه لا يحتتمل التعليق بالشرط فبطل ألا ترى أنه اذا كفل الى قدوم زيد جاز ولو كفل مطلقا ثم أخر الى قدوم زيد لم يجز لما ذكرنا كذا هذا ولو كفل بنفس المطلوب على انه ان لم يواف به غدا فعليه ما عليه وهو الالف فضى الوقت ولم يواف به فالل لازم للكفيل لان هنا كفالتان بالنفس وبالمال الا أنه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافقة بالنفس فكل ذلك جائز (أما) الكفالة بالنفس فلا شك فيها وكذا الكفالة بالمال لان هذا شرط ملائم للعقد محقق لما شرع له وهو الوصول الى الحق من جهة الكفيل عند تعذر الوصول اليه من قبل الاصيل فاذا لم يوجد الشرط لزمه المال واذا أداه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لجواز ان يدعى عليه مالا آخر فيلزمه تسليم نفسه وكذا اذا قال فعليه ما عليه وعليه الف ولم يسم لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ويلزمه جميع الالف لانه أضاف الكفالة الى ما عليه والالف عليه وكذا لو كفل لامرأة بصداقها ان لم يواف الزوج وصداقها وصيف فالوصيف لازم للكفيل لان الكفالة بالوصيف كفالة بمضمون على الاصيل وهو الزوج لان الحيوان يثبت ديننا في الذمة بدلا عما ليس بمال فيلزم الكفيل ولو كفل بنفس رجل وقال ان لم أوافك به غدا فعلى الف درهم ولم يقل الالف التي عليه أو الالف التي ادعيت والمطلوب ينكر فالل لازم للكفيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يلزمه (وجه) قول محمد ان هذايجاب المال معلقا بالخطر ابتداء لانه لم توجد الاضافة الى الواجب ووجوب المال ابتداء لا يتعلق بالخطر فاما الكفالة بمال ثابت فتتعلق بالخطر ولم يوجد (وجه) قوله ان مطلق الالف ينصرف الى الالف الممهودة وهي الالف المضمونة مع ما ان في الصرف الى ابتداء الايجاب فساد العقد وفي الصرف الى ما عليه صحته فالصرف الى ما فيه صحة العقد أولى ولو كفل بنفسه على أن يوافي به اذا ادعى به فان لم يفعل فعليه الالف التي عليه

جاء لانه كفيل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافقة بالنفس عند طلب الموافقة وهذا شرط ملائم
للمقدم لما ذكرنا فاذا اطلب منه المكفول له تسليم النفس فان سلم مكانه برى لانه أتى بما التزم وان لم يسلم فعليه المال
لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة بالنفس عند الطلب ولو قال ائتمني به عشية أو غدوة وقال الكفيل أنا آتيك به بعد غد
فان لم يأت به في الوقت الذي طلب المكفول له فعليه المال لوجود شرط اللزوم وان أخر المطالبة الى ما بعد غد كما قاله
الكفيل فأني به فهو برى من المال لانه بالتأخير أبطل الطلب الاول فلم يبق التسليم واجبا عليه وصار كما نه طلب منه
من الابتداء التسليم بعد غد وقد وجدو برى من المال ولو كفيل بالمال وقال ان وافيتك به غدا فانا برىء فوافاه من الغد
يرأى من المال في رواية وفي رواية لا يبرأ (وجه) الرواية الاخيرة ان قوله ان وافيتك به غدا فانا برىء تعليق البراءة
عن المال بشرط الموافقة بالنفس والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لان فيها معنى التملك والتملك لا يصح تعليقها
بالشرط (وجه) الرواية الاولى ان هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافقة بل هو جعل الموافقة غاية للكفالة بالمال
والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والا اول أشبهه ولو شرط في الكفالة بالنفس ان يسلمه اليه في مجلس
القاضي جاز لان هذا شرط مفيد و يكون التسليم في المصر أو في مكان يقدر على احضاره مجلس القاضي تسليما الى
القاضي لما نذر ان شاء الله تعالى ولو شرط أن يسلمه اليه في مصر معين يصبح التشديد بالمصر بالاجماع الا أنه لا يصح
التعيين عند أبي حنيفة وعندهما يصح على ما نذر ان شاء الله تعالى ولو شرط ان يدفعه اليه عند الامير لا يتقيد به حتى
لودفعه اليه عند القاضي أو عزل الامير وولى غيره فدفعه اليه عند الثاني جاز لان التشديد غير مفيد ولو كفيل بنفسه فان لم
يؤاف به فعليه ما يدعيه الطالب فان ادعى الطالب ألفا فان لم يكن عليه بينة لا يلزم الكفيل لانه لا يلزم بنفس الدعوى
شيء فقد أضاف الالتزام الى ما ليس بسبب اللزوم وكذا اذا أقر بها المطلوب لان اقراره حجة عليه لا على غيره فلا
يصدق على الكفيل ولو قامت البينة عليها وأقر بها الكفيل فعليه الالف لان البينة سبب لظهور الحق وكذا
اقرار الانسان على نفسه صحيح فيؤاخذ به ولو كفيل بنفسه على انه ان لم يؤاف به الى شهر فعليه ما عليه فبات الكفيل
قبل الشهر وعليه دين ثم مضى الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به الى الطالب فالمال لازم للكفيل
ويضرب الطالب مع الغرماء أما لزوم المال فلان الحكم بعد الشرط يثبت مضافا الى السبب السابق وهو عند مباشرة
السبب صحيح ولهذا وكفيل وهو صحيح ثم مرض تعتبر الكفالة من جميع المال لا من الثلث (وأما) الضرب مع
الغرماء فلا يستواء الدينين وكذا الوصايا المكفول به ثم مات الكفيل لانه اذا مات فقد عجز الكفيل عن تسليم
نفسه فوجد شرط لزوم المال بالسبب السابق هذا اذا كانت الكفالة معلقة بالشرط فاما اذا كانت مضافة الى
وقت بان ضمن ما ادا له على فلان أو ما قضى له عليه أو ما ادين فلانا أو ما أقرضه أو ما استهلك من ماله أو ما غصبه أو
ثمن ما يبيعه صحت هذه الكفالة لانها أضيفت الى سبب الضمان وان لم يكن الضمان ثابتا في الحال والكفالة ان كان
فيها معنى التملك فليست بتمليك محض فجاز أن تحتل الاضافة ولو قال كلما بايعت فلانا فتمنه على أو ما بايعت أو الذي
بايعت يؤاخذ الكفيل بجميع ما يبيعه ولو قال ان بايعت أو اذا بايعت أو متى بايعت يؤاخذ بثن أول المبايع ولا يؤاخذ
بثن ما يبيعه بعدها لان كلمة كل لعموم الافعال وكذا كلمة ما والذى للعموم وقد دخلت على المبايع فيقتضى تكرار
المبايع ولم يوجد مثل هذه الدلالة في قوله ان بايعت ونظائره والله عز وجل أعلم

فصل وأما شرائط الكفالة فأنواع بعضها يرجع الى الكفيل وبعضها يرجع الى الاصيل وبعضها يرجع الى
المكفول له وبعضها يرجع الى المكفول به ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ (أما) الذي يرجع
الى الكفيل فأنواع (منها) العقل ومنها البلوغ وانهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبي
والجنون لانها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع الا الأب أو الوصي لو استدان ديننا في ثقة اليتيم وأمر
اليتيم أن يضمّن المال عنه جاز ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يحجز لان ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط

لا يزيد الا تأكيده فلم يكن متبرعا فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب أو الوصى فلم يكن عليه فكان متبرعا فيه فلم يحز
(ومنها) الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورا كان أو مأذونا له في التجارة لأنها تبرع
والعبد لا يملكه بدون اذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق لان امتناع النفاذ ما كان لا نعدام الاهلية بل
لحق المولى وقد زال بخلاف الصبي لأنها غير منعقدة منه لعدم الاهلية فلا تحتتمل النفاذ بالبلوغ ولو اذن له المولى
بالكفالة فان كان عليه دين لم يحز لان اذنه بالتبرع لم يصح وان لم يكن عليه دين جازت كفالته وتباع رقبته في الكفالة
بالدين الا ان يفديه المولى ولا تجوز كفالة المكاتب من الاجنبي لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم على لسان صاحبه
الشرع عليه الصلاة والسلام وسواء اذن له المولى أو لم ياذن لان اذن المولى لم يصح في حقه وصح في حق القن
ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لانهما يملكان التبرع عليه
وأما صحته بدن الكفيل فليس بشرط لصحة الكفالة فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لأنها تبرع (وأما) الذي
يرجع الى الاصيل فنوعان أحدهما أن يكون قادرا على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنائبه عند أبي حنيفة فلا تصح
الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبي يوسف ومحمد تصح (وجه) قولهما ان الموت لا ينافي بقاء الدين
لانه مال حكيم فلا يفترق بقاءه الى القدرة ولهذا بقي اذامات مليا حتى تصح الكفالة به وكذا بقيت الكفالة بعد موته
مفلسا واذا مات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح البراء عنه والتبرع (وجه) قول أبي حنيفة
ان الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح كما كفل على انسان
بدن ولا دين عليه واذا مات مليا فهو قادر بنائبه وكذا اذامات عن كفيل لانه قائم مقامه في قضاء دينه (وأما)
البراء والتبرع فهما في الحقيقة ابراء عن المؤاخذة بسبب المماطلة في قضاء الدين والتبرع بتخليص الميت عن
المؤاخذة بسبب التقصير بواسطة ارضاء الخصم بهمة هذا القدر منه فاما أن يكون ابراء عن الدين وتبرعا بقضائه حقيقة
فلا على ما عرف في الخلافات والثاني أن يكون معلوما بان كفيل ما على فلان فاما اذا قال على أحدهم الناس أو بعين
أو بنفس أو بفعل فلا يجوز لان المضمون عليه مجهول ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة على هذا الوجه
غير مبررة فاما حرية الاصيل وعقله وبلوغه فليست بشرط لجواز الكفالة لان الكفالة بمضمون ما على الاصل
مقدور الاستيفاء من الكفيل وقد وجد أما العبد فلان الدين واجب عليه ويطالب به في الجملة فاشبه الكفالة
بالدين المؤجل وأما الصبي والمجنون فلان الدين في ذمتهم والولى مطالب به في الحال ويطالبان أيضا في الجملة وهو
ما بعد البلوغ والافاقه فتجوز الكفالة عن العبد وان كان محجورا وعن الصبي والمجنون الا أن الكفيل لا يملك
الرجوع عليهم بما أدى وان كانت الكفالة باذنه لم يند كفي موضع ان شاء الله تعالى وكذا لا يشترط حضرته
فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس لان الحاجة الى الكفالة في الغالب في مثل هذه الاحوال فكانت الكفالة
فيهما أجاز ما يكون (وأما) الذي يرجع الى المكفول له فانواع (منها) أن يكون معلوما حتى انه اذا كفل لاحد من
الناس لا تجوز لان المكفول له اذا كان مجهولا لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثيق (ومنها) أن يكون في مجلس
المقدور انه شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد اذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس حتى ان من كفل لغائب عن المجلس فبلغه
الخبر فأجاز لا تجوز عندهما اذا لم يقبل عنه حاضر وعن أبي يوسف روايتان وظاهر اطلاق محمد في الاصل انها جائزة
على قوله الاخر يدل على ان المجلس عنده ليس بشرط أصلا لا بشرط النفاذ ولا شرط الانعقاد لان محمدار بما يطلق
الجواز على النافذ فأما الموقوف فنسبته باطلا الا أن يحجز وهذا الاطلاق صحيح لان الجائز هو النافذ في اللغة يقال
جاز السهم اذا تخذ (وجه) قول أبي يوسف الاخر ما ذكرنا في صدر الكتاب ان معنى هذا العقد لغة وشرعا وهو
الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فكان ايجابه كل العقد والدليل عليه مسألة المريض (وجه) قولهما ما ذكرنا ان
فيه معنى التملك أيضا والتمليك لا يقوم الا بالايجاب والقبول فكان الايجاب وحده شرط العقد فلا يقف على غائب

عن المجلس كالبيع مع ما انا نعمل بالشبهين جميعا فنقول لشبه الالتزام بمقتضى الجهالة والتعليق بالشرط والاضافة الى الوقت ولشبه التملك لا يقف على غائب عن المجلس اعتبارا للشبهين بقدر الامكان (وأما) مسألة المريض فقد قال بعض مشايخنا ان جواز الضمان هناك بطريق الايصاء بالقضاء عنه بعدموته لا بطريق الكفالة ويكون قوله اضمنوا عنى ايصاء منه اليهم بالقضاء عنه حتى لو مات ولم يترك شيئا لا يلزم الورثة شيئا فعلى هذا لا يلزم وبعضهم أجازوه على سبيل الكفالة ووجهه ما أشار اليه أبو حنيفة عليه الرحمة في الاصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرمائه وشرح هذه الإشارة والله عز وجل أعلم ان المريض مرض الموت يتعلق الدين بحاله ويصير بمنزلة الاجنبى عنه حتى لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق الغريم ولو قال أجنبى للورثة اضمنوا الغرماء فلان عنه فقالوا اضمننا يكتفى به فكذا المريض والله عز وجل أعلم (ومنها) وهو تفرع على مذهبهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبي الذى لا يعقل لانهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لان القبول يعتبر بمن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب ليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قبوله (وأما) حرية المكفول له فليست بشرط لان العبد من أهل القبول (وأما) الذى يرجع الى المكفول به فنوعان أحدهما أن يكون المكفول به مضمونا على الاصيل سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً ليس بدين ولا عين ولا نفس عند أصحابنا الا أنه يشترط في الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها وجملة الكلام فيه أن المكفول به أربعة أنواع عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس أما العين فنوعان عين هي أمانة وعين هي مضمونة أما العين التي هي أمانة فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الاجير لانه أضاف الكفالة الى عينها وعينها ليست بمضمونة ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر جاز لانهم مضمونا للتسليم عليهما فالكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت (وأما) العين المضمونة فنوعان مضمون بنفسه كالغصوب والمقبوض بالبيع القاسد والمقبوض على سوم الشراء ومضمون بغيره كالبيع قبل القبض والرهن فتصح الكفالة بالنوع الاول لانه كفالة بمضمون بنفسه ألا ترى انه يجب رد عينه حال قيامه ورده مثله أو قيمته حال هلاكه فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه أيضا ولا تصح بالنوع الثانى لان المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ألا ترى أنه اذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شيء ولكن يسقط الثمن عن المشتري وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ألا ترى أنه اذا هلك لا يجب على المرتهن شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره (وأما) الفعل فهو فعل التسليم في الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لان المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين فكان المكفول به مضمونا على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه اذا هلك لاشي على الكفيل لانه لم يبق مضمونا على الاصيل فلا يبقى على الكفيل ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل فان كانت الدابة بعينها لم تجز الكفالة بالحمل وان كانت بغير عينها جازت لان في الوجه الاول الواجب على الأجير فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الاصيل فلم تجز وفي الوجه الثانى الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الاصيل فجازت وعلى هذا اذا كفل بنفسه من عليه الحق جاز عند أصحابنا لان الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس وفعل التسليم مضمون على الاصيل فقد كفل بمضمون على الاصيل فجاز وكذا اذا كفل برأسه أو بوجهه أو بريقته أو بروحه أو بنصفه والاصل فيه أنه اذا أضاف الكفالة الى جزء جامع كالرأس والوجه والرقبة ونحوها جازت لان هذه الاجزاء يعبر بها عن جملة البدن فكان ذكرها ذكر البدن كما في باب الطلاق والعقاق وكذا اذا أضاف الى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما جازت لان حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة والنفس في حق وجوب التسليم لا

تجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكه كما في الطلاق والعتاق وإذا أضافها إلى اليد والرجل ونحوهما من
الاجزاء المعينة لا تجوز لأن هذه الأجزاء لا يبرها عن جميع البدن وهي في حكم الكفالة متميزة فلا يكون ذكرها
ذكرًا لجميع البدن كما في الطلاق والعتاق ولو قال في الكفالة بالنفس هو على جازلان هذا صريح في التزام تسليم
النفس وكذا إذا قال أنا ضامن لوجهه لأن الوجه جزء جامع ولو قال أنا ضامن لمعرفته لا تصح لأن المعرفة لا تحتمل أن
تكون مضمونة على الأصل ولو قال للطالب أنا ضامن لك لم يصح لأن المضمون غير معلوم أصلاً ثم ما ذكرنا من
الكفالة بالنفس والعين والفعل أنها صحيحة وما ذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله إنها
غير صحيحة (وجهه) قوله أن الكفالة أضيفت إلى غير محلها فلا تصح ودلالة ذلك أن الكفالة التزام الدين فكان
محلها الدين فلم توجد والتصرف المضاف إلى غير محله باطل ولأن القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة
والقدرة على الاعتاق لا تتحقق (ولنا) قوله عز وجل ولن جاء به حمل مبر وأنا به زعيم أخبر الله عز شأنه عن الكفالة
بالعين عن الأمم السالفة ولم يغير والحكيم إذا حكى عن منكر غيره ولأن هذا حكم لم يعرف له مخالف من عصر الصحابة
والتابعين إلى زمن الشافعي رحمه الله فكان أنكاره خروجاً عن الإجماع فكان باطلاً ولما ذكرنا أن هذه الكفالة
أضيفت إلى مضمون على الأصل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح أصله الكفالة بالدين وقوله الكفالة التزام
الدين ممنوع بل هي التزام المطالبة بمضمون على الأصل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم في
حق الأصل كالدين عبد مقرر بالرق في يدرجل فأخذ منه المولى كفيلاً بنفسه فأبقى فهو باطل لأنه كفل بمالك
بمضمون وكذا لو كفل بعدا بغيره لما قلنا وكذا لو ادعى رجل على إنسان أنه عبده وأنكر المدعى عليه وزعم أنه حر
وكفل رجل بنفسه حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه لا شيء على الأصل لما ذكرنا ولو كان المدعى في
يد ثالث فقال أنا ضامن لك قيمة هذا إن استحقته صحت الكفالة حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه
فالكفيل ضامن كل قيمته لأن إقامة البينة تبين أنه كفل بمضمون صبي في يدرجل يدعى أنه ابنه وادعى رجل آخر
أنه عبده فضمن له إنسان فأقام المدعى البينة وقدمات الصبي فالكفيل ضامن لما ذكرنا أنه لما قامت البينة تبين أنه
كفيل بمضمون وعن محمد فممن ادعى على إنسان أنه غصبه عبداً فقبل أن يقيم البينة قال رجل أنا ضامن بالعبد الذي
يدعى فهو ضامن حتى يأتي بالعبد فيقيم البينة عليه لأنه كفل بمضمون على الأصل وهو حاضر مجلس القاضي فإن
هالك واستحقته بينة فهو ضامن لقيمه لأنه تبين أنه كفل بمضمون بعين مضمون بنفسه ولو ادعى أنه غصبه ألف
درهم واستهلكها أو عبد أو مات في يده فقال رجل خله فأنا ضامن المالك أو لقيمة العبد فهو ضامن يأخذه به من ساعته
ولا يقف على إقامة البينة لأن بقوله أنا ضامن لقيمة العبد أقر بكون القيمة واجبة على الأصل فقد كفل بمضمون على
الأصل فلا يقف على البينة بخلاف الفصل الأول لأن هناك ما عرف وجوب القيمة باقراره بل بإقامة البينة فتوقف
عليها والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون المقدم مفيداً فلا تجوز الكفالة
بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تنفذ الكفالة فائدها وههنا شرط ثالث لكنه يخص الدين
وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لأنه ليس بدين لازم لأن المكاتب يملك
استقاط الدين عن نفسه بالتعجيل لا بالكسب بمضمون وتجاوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في
النفس وما دونها وبحد القذف والسرقة إذا بذلها المطلوب فأعطاهها كفيلاً بخلاف بين أصحابنا وهو الصحيح
لأنه كفالة بمضمون على الأصل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين وإنما
اختلف أنه إذا امتنع من إعطاء الكفيل عند الطلب هل يحجره القاضي عليه قال أبو حنيفة لا يحجره وقال أبو يوسف
ومحمد يحجره (وجهه) قولهما أن نفس من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عليه عند الطلب كنفس من عليه
الدين ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ويحجر عليها عند الطلب فكذا هذا ولا يبي حنيفة أن الكفالة شرعت

وثيقة والحدود مبناه على الدرع فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة ولا يلزمه الحبس في الحدود والقصاص قبل
 بركة الشهود والحبس توثيق لأن الحبس للتهمة لا للتوثيق لأن شهادة شاهدين أو شاهد واحد لا تخلو عن إرث
 تهمة فكان الحبس لأجل التهمة دون التوثيق ويجوز الجبر على إعطاء الكفيل في التمتع يرلانه لا يحتمل لدرئه لكونه
 حق العبد (وأما) الدين فتصح الكفالة به بخلاف لأنه مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل
 والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود
 والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فأنتمها وهما شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن
 يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببذل الكتابة لأنه ليس بدين لازم لأن المكاتب يملك اسقاط
 الدين عن نفسه بالتبعية لا بالكسب فلو أجزنا الكفالة ببذل الكتابة لكان لا يخلو (أما) أن يملك الكفيل اسقاطه
 عن نفسه كما يملك الاصيل (وأما) أن لا يملك فان ملك لا تفيد الكفالة وان لم يملك لم يكن هذا التزاماً على الاصيل
 فلا يتحقق التصرف بكفالة ولا نالوا أجرنا هذه الكفالة لكان الدين على الكفيل ألزم منه على الاصيل لأن المكاتب
 إذا مات عاجزاً بطل عنه الدين ولو مات الكفيل عاجزاً فليس لم يطل عنه الدين فكان الحق على الكفيل ألزم منه
 على الاصيل وهذا خلاف ما توجبه الأصول ولأن الكفالة جوازها بالعرف فلا تجوز فيها لا عرف فيه ولا عرف في
 الكفالة ببذل الكتابة وكذا لا تجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بسائر الديون سوى دين الكتابة لأن غيره من
 الديون إنما وجب للمولى عليه بمشيئته ألا ترى أنه لو لازم الكتابة عليه لما وجب عليه دين آخر فكان دين
 الكتابة أصلاً لوجوب دين آخر عليه فلما لم تجز الكفالة بالأصل فلا نلتجوز بالفرع أولى وأحرى ولا تجوز
 الكفالة ببذل السعاية عند أبي حنيفة وعندهما تجوز بناء على أن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر
 عليه دين وكون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر في الدين ليس بشرط حتى لو كفل
 بأحد شيئين غير عيين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء لأن هذه جهالة
 مقدورة الدفع بالبيان فلا تمنع جواز الكفالة وكذا إذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل آخر أو بما عليه
 جاز ويرأى بدفع واحد منهما إلى الطالب ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز لأن
 جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة قال الله تعالى جل شأنه ولن جاء به جمل بعير وأنا به زعيم أجاز الله تعالى عز
 شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم ولو ضمن رجل بالعهد فضمانه باطل
 عند أبي حنيفة وعندهما صحيح (وجه) قولهما أن ضمان العهدة في متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند
 استحقاق المبيع وذلك جائز بخلاف بين أصحابنا ولا يبي حنيفة رحمه الله أن العهدة تحتل الدرك وتحتل الصحيفة
 وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الاصيل فدارت الكفالة بالعهد بين أن تكون بمضمون وغير
 مضمون فلا تصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به بل لوقوع الشك في وجود شرط الجواز وهو
 كونه مضموناً على الاصيل وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وإذا استحق المبيع بمخاصم المشتري
 البائع أو لا فإذا قضى عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يأخذ من الكفيل أولاً
 في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه قال الكفيل يكون خصماً هذا إذا كان المبيع ماسوى العبدان كان
 عبداً فظهر أنه حر بالينة فلم يشتري أن يخاصم أيهما شاء بالاجماع ولو أفسخ البيع بينهما بماسوى الاستحقاق بالرد
 بالعيب أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤخذ به الكفيل لأن ذلك ليس من الدرك ولو أخذ المشتري رهناً بالدرك
 لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك والفرق عرف في موضعه ولو بنى المشتري في الدار بناء ثم استحققت الدار ونقض
 عليه البناء فلم يشتري أن يرجع على بائعه بالثمن وقيمة بنائه مبنياً إذا سلم النقص إلى البائع وان لم يسلم لا يرجع عليه إلا
 بالثمن خاصة في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يرجع عليه بالثمن وقيمة البناء والتالف ولو سلم النقص

الى البائع وقضى عليه بالثمن وقيمة البناء مبنياً له ان يأخذ أيهما شاء بالثمن و يأخذ البائع قيمة البناء في ظاهر الرواية
 وذكر الطحاوي أنه يأخذ أيهما شاء بهما جميعاً ان شاء أخذهما من البائع وان شاء أخذهما من الكفيل بالدرك ثم يرجع
 الكفيل على البائع ان كانت الكفالة بأمره جعل الطحاوي قيمة البناء بمنزلة الثمن وهو غير سديد لان المفهوم من
 الدرك ضمان المشتري في متعارف الناس فلا تكون قيمة البناء داخلة تحت الكفالة بالدرك وكذلك لو كان المبيع
 جارية فاستولدها المشتري ثم استحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية وقيمة الولد والعرقان المشتري يأخذ الثمن من
 أيهما شاء ولا يؤخذ الكفيل بقيمة الولد والمشتري أن يأخذ قيمة الولد من البائع خاصة لانه لم يدخل تحت الكفالة
 بالدرك والله عز وجل أعلم ولو كفّل بماله على فلان فقامت البينة عليه بألف ضمنها الكفيل لانه تبين انه كفّل
 بمضمون على الاصيل وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يقر به أما القول قوله في المقر به لانه
 مال لازم بالزمامه فيصدق في القدر الملتزم كما اذا أقر على نفسه بمال مجهول وأما اليمين فلانه منكر الزيادة والقول قول
 المنكر مع يمينه في الشرع ولو أقر المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لان اقرار الانسان بحجة في حق
 نفسه لا في حق غيره لانه مقر في حق نفسه مدع في حق غيره ولا يظهر صدق المدعى الاجحجة

فصل وأما بيان حكم الكفالة فنقول والله التوفيق للكفالة حكمان أحدهما ثبوت ولايته بمطالبة الكفيل بما
 على الاصيل عند عامة مشايخنا ويترد هذا الحكم في سائر أنواع الكفالات لان الكل في احتمال هذا الحكم على
 السواء وانما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الاصيل لا عليه
 فالدين على واحد والمطالب به اثنان غير أن الكفيل ان كان واحدا يطالب بكل الدين وان كان به كفيلان
 والدين ألف يطالب كل واحد منهما بخمسة اذ لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لانهما استويا في الكفالة
 والمكفول به يحتمل الانقسام فيقسم عليهما في حق المطالبة كما في الشراء ويطالب الكفيل بالنفس باحضار
 المكفول بنفسه ان لم يكن غائباً وان كان غائباً يؤخذ الكفيل الى مدة يمكنه احضاره فيها فان لم يحضر في المدة ولم يظهر
 عجزه للقاضي حبسه الى أن يظهر عجزه له فاذا علم القاضي ذلك بشهادة الشهود أو غيرها أطلقه وأنظره الى حال القدرة على
 احضاره لانه بمنزلة المقلد لكن لا يحول بين الطالب والكفيل بل يلازمه من الطالب ولا يحول الطالب أيضاً بينه
 وبين أشغاله ولا يمنع من الكسب وغيره ويطالب الكفيل بالعين بتسليم عينها ان كانت قائمة ومثلها أو قيمتها ان
 كانت هالكة ويطالب الكفيل بتسليم العين والفعل بهما وقال بعض مشايخنا ان حكم الكفالة بالدين وجوب
 أصل الدين على الكفيل والمطالبة مرتب عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الاصيل كما يطالب
 الاصيل بدين عليه لا على الكفيل فيتعذر الدين حسب تعدد المطالبة به أخذ شيخه الامام الشافعي رحمه الله وزعم
 أن هذا يمنع من حجة الكفالة بالاغيان المضمونة والنفس والفعل لان هذا الحكم لا يتحقق في الكفالة بغير الدين وهذا
 غير سديد لان الكفالات أنواع لكل نوع حكم على حدة فانهما حكم نوع منها لا يدل على انعدام حكم نوع آخر
 فأما براءة الاصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء والطالب بالخيار ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب
 الكفيل الا اذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل لانها حوالة معني أو كانت مقيدة بما عليه من الدين لانها في
 معنى الحوالة أيضاً وقال ابن أبي ليلى ان الكفالة توجب براءة الاصيل والصحيح قول العامة لان الكفالة تنفي
 عن الضم وهو ضم ذمة الى ذمة في حق المطالبة بما على الاصيل أو في حق أصل الدين والبراءة تنافي الضم ولان الكفالة
 لو كانت مبرئة لكانت حوالة وهما متغايران لان تغاير الاسامي دليل تغاير المعاني في الاصيل وأيهما اختار مطالبته لا
 يبرأ الآخر بل يملك مطالبته فرق بين هذا وبين غاصب الغاصب ان للمالك أن يضمن أيهما شاء فاذا اختار تضمين
 أحدهما يملك اختيار تضمين الآخر (ووجه) الفرق أن المضمونات تملك عند اختيار الضمان فاذا اختار تضمين
 أحدهما فقد هلك المضمون فلا يملك الرجوع عنه وهذا المعنى هنا معدوم لان اختيار الطالب مطالبته أحدهما بالمضمون

لا يتضمن ملك المضمون فهو الفرق وكذا فرقوا بين هذا وبين العبد المشترك بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر حتى يثبت للشرى السكت اختيار تضمين المعتق واستسعاء العبد فاختيار أحدهما يبطل اختيار الآخر لأنه لما اختار الضمان صار نصيبه منقولاً إلى المعتق عند اختياره لأن المضمونات تملك عند اختيار الضمان فلو اختار الاستسعاء يسمى وهو رقيق وانما يعتق كله بآداء السعاية وبينهما تناف ولا تناف ههنا لأن الطالب لا يملك المضمون باختيار المطالبة فيملك المطالبة الآخر والثاني ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الاصيل إذا كانت الكفالة بأمره في الأنواع كلها ثم إذا كانت الكفالة بالنفس فطالب الكفيل يتسلم نفسه إلى الطالب إذا طالبه وإن كانت بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها إذا كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها إذا كانت هالكة إذا طوّل به وإن كانت بفعل التسليم والحمل يطالب بهما وإن كانت بدّين يطالب بهما بالخلاص إذا طوّل فكما طوّل الكفيل طالب هو المكفول عنه بالخلاص وإن حبس فله أن يحبس المكفول عنه لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها وإن كانت الكفالة بغير أمره فليس للكفيل حق ملازمة الاصيل إذا لزم ولا حق الحبس إذا حبس وليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدي هو وإن كانت الكفالة بأمره لأن ولاية المطالبة انما تثبت بحكم القرض والتملك على ما ذكره وكل ذلك يتفق على الاداء ولم يوجد بخلاف الوكيل بالشراء له ولاية مطالبة الموكل بالثمن بعد الشراء قبل أن يؤدي هو من مال نفسه لأن هناك الثمن يقابل المبيع والملك في المبيع كما وقع للموكل فكان الثمن عليه فكان له أن يطالب به وهنا المطالبة بسبب القرض أو التملك ولم يوجد هنا وإذا أدى كان له أن يرجع عليه إذا كانت الكفالة بأمره لأن الكفالة بالامر في حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل والكفيل بآداء المال مقرض من المطلوب ونائب عنه في الاداء إلى الطالب وفي حق الطالب تملك ما في ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال والقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه والمشتري يملك الشراء بالبيع لا غير هذا

فصل وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة فنقول وبالله التوفيق أما الكفيل بالمال فانه يخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما آداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الاداء سواء كان الاداء من الكفيل أو من الاصيل لأن حق المطالبة للتوسل إلى الاداء فاذا وجد فقد حصل المقصود فينهى حكم العقد وكذا إذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الاصيل لأن الهبة بمنزلة الاداء لما ذكرنا وكذا إذا تصدق به على الكفيل أو على الاصيل لأن الصدقة تملك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة والثاني البراء وما هو في معناه فإذا أبرأ الطالب الكفيل أو الاصيل خرج عن الكفالة غير أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الاصيل وإذا أبرأ الاصيل يبرأ الكفيل لأن الدين على الاصيل لا على الكفيل انما عليه حق المطالبة فكان ابراء الاصيل اسقاط الدين عن ذمته فاذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة لأن المطالبة بالدين ولا دين محال فاماً ابراء الكفيل فبراءة عن المطالبة لا عن الدين إذا لا دين عليه وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الاصيل لكن يخرج الكفيل عن الكفالة لأن حكم الكفالة حق المطالبة عن الكفيل فاذا سقطت تنهى الان ابراء الاصيل يرتد بالرد وكذا الهبة منه أو التصديق عليه وبراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصديق عليه والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى وإذا ارتدت هذه التصرفات رد الاصيل عاد الدين إلى ذمته وهل تعود المطالبة بالدين إلى الكفيل يختلف المشايخ فيه ولو أبرأ الاصيل أو وهب منه بعد موته فرد ورثته يرتد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يرتد (وجه) قوله ان هذا بمنزلة ما لو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد وهناك لا يرتد برد الورثة فكذلك هذا ولهما ان أبرأه بعد موته ابراءه لو رثته لانهم يطالبون بدينه من ماله بعد موته وبراء الورثة يرتد بردهم بخلاف حال الحياة لانهم لا يطالبون بدينه بوجهه فاقصر حكم الابراء عليه فلا يرتد بالورثة وكذا لو قال الطالب للكفيل برئت إلى من المال لأن هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لانه جعل نفسه غاية لبراءته والبراءة التي هي غايةها

نفسه هي براءة القبض والاستيفاء برأ جميعاً لأن استيفاء الدين يوجب براءة جميعاً فيرجع الكفيل على الاصيل
اذا كانت الكفالة بأمره لما ذكرنا ولو قال برئت من المال ولم يقل الى فكذلك عند أبي يوسف وهذا وقوله برئت
الى سواء عنده وعند محمد يبرأ الكفيل دون الاصيل وهذا وقوله أبرأتك سواء عنده (وجه) قول محمد ان البراءة عن
المال قد تكون بالاداء وقد تكون بالبراءة فلا تحمل على الاداء الا بدليل زائد وقد وجد ذلك في الفصل الاول وهو
قوله الى لان ذلك ينبي عن معنى الاداء لما ذكرنا ولم يوجد هنا فتحمل على البراءة لان البراءة حكم البراءة في الاصل
(وجه) قول أبي يوسف ان البراءة المضافة الى المال تستعمل في الاداء عرفاً وعادة فتحمل عليه ولا يجوز تعليق البراءة
من الكفالة بشرط لان البراءة فيها معنى التمليك والتفكيك لا يحتمل التعليق بالشرط ولو أحال الكفيل الطالب بمال
الكفالة على رجل وقبله الطالب فالحتمل عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة وكذلك اذا أحاله المطلوب بمال
الكفالة على رجل وقبله لان الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً عند عامة مشايخنا وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة
وابراء الكفيل والاصيل مخرج عن الكفالة لما ذكرنا وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة لان الحوالة
عنده ليست بمبرئة أصلاً لما يأتي في كتاب الحوالة ان شاء الله تعالى وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما
يخرج بالحوالة بان يصلح الكفيل الطالب على بعض المدعى لان الصلح على جنس المدعى اسقاط بعض الحق فكان
فيه معنى البراءة وعلى خلاف الجنس معاوضة فكان في معنى البراءة وكل ذلك يخرج عن الكفالة غير ان في حالين
يبرأ الكفيل والاصيل جميعاً وفي حال يبرأ الكفيل دون الاصيل (أما) الحالتان اللتان برى فيهما الكفيل والاصيل
جميعاً احدهما أن يقول الكفيل للطالب صالحتكم من الالف على خمسمائة على اني والمكفول منه برئان من
الخمسمائة الباقية ويكون الطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء أخذها من الكفيل ثم الكفيل يرفع
بها على الاصيل وان شاء أخذها من الاصيل والثانية أن يقول صالحتكم على خمسمائة مطلقاً عن شرط البراءة أصلاً
لما ذكرنا قبل هذا ان البراءة المضاف الى المال المجرى عن شرط البراءة المضافة الى الكفيل ابراء عن الدين والدين
واحد فاسقط عن الاصيل سقطت المطالبة عن الكفيل (وأما) الحوالة التي يبرأ الكفيل فيها دون الاصيل فهي
أن يقول الكفيل للطالب صالحتكم على اني برى من الخمسمائة وقد بينا الفرق من قبل والطالب بالخيار ان شاء أخذ
جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الاصيل خمسمائة ثم يرجع الكفيل على الاصيل
بما أدى ان كان الصلح بأمره (وأما) الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء احداها تسليم النفس الى
الطالب وهو التخليه بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على احضاره مجلس القاضى لان التسليم في مثل هذا
الموضع محصل للمقصود من العقد وهو ما كان استيفاء الحق بالرافعة الى القاضى فاذا حصل المقصود انتهى حكمه
فيخرج عن الكفالة ولو سلمه في صحراء أو برية لا يخرج لانه لم يحصل المقصود ولو سلم في السوق أو في المصر يخرج
سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم في مجلس القاضى أما اذا أطلق فظاهر لانه يتقيد بمكان يقدر على احضاره مجلس
القاضى بدلالة الغرض وكذا اذا قيد لان التسليم في هذه الامكنة تسليم في مجلس القاضى بواسطة ولو شرط أن يسلمه
في مصر معين فسلمه في مصر آخر يخرج عن الكفالة عند أبي حنيفة وعندهما لا يخرج عنها الا أن يسلمه في المصر
المشروط (وجه) قوله ان التقييد بالمصر مفيد لجواز أن يكون للطالب بينة يقدر على اقامتها فيه دون غيره فكان
التعيين مفيداً لالتقييد به (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان المقصود من تسليم النفس هو الوصول الى الحق
بالرافعة الى القاضى وهذا الغرض ممكن الاستيفاء من كل قاض فلا يصح التعيين ولو سلمه في السواد ولا قاض فيه
لا يخرج عن الكفالة لان التسليم في مثل هذا المكان لا يصلح وسيلة الى المقصود فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة
ولو شرط أن يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضى يخرج عن الكفالة وكذا اذا عزل الامير وولى غيره فدفعه
اليه عند الثاني لان التسليم عند كل من ولى ذلك محصل للمقصود فلم يكن التقييد مفيداً فلا يتقيد ولو كفل جماعة بنفس

رجل كفالة واحدة فأحضره أحدهم برؤا جميعاً وأن كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ الباقيون (ووجهه) الفرقان الداخل تحت الكفالة الواحدة فعل واحد وهو الاحضار وقد حصل ذلك بواحد والداخل تحت الكفالات المتفرقة أفعال متفرقة فلا يحصل باحضار واحد إلا براءة فيبرأ هودون الباقيين وليس هذا كما إذا كفل جماعة بمال واحد كفالة واحدة أو متفرقة فأدى أحدهم برى الباقيون لأن الدين يسقط عن الاصيل بأداء المال فلا يبقى على الكفيل لما سر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كفل بنفس رجل فان لم يوف به غداً فعليه ما عليه وهو كذا أفلق الرجل الطالب بخاصمه الطالب ولا زمه فالل على الكفيل وان لا زمه الى آخر اليوم لانه لم يوجد من الكفيل الموافقة به ولو قال الرجل للطالب قد دفعت نفسي اليك عن كفالة فلان يبرأ الكفيل من المال سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو لا لانه أقام نفسه مقام الكفيل في التسليم عنه فيصح التسليم كن تبرع بقضاء دين غيره ان هناك لا يجبر على القبول وهنا يجبر عليه والفرق ان انعدام الجبر على القبول في باب المال للحرز عن حقوق المنة المطلوبة من جهة المتبرع لان نفسه برى لا تطاوعه بتحمل المنة فيتضرر به وهذا المعنى هنا معدوم لان تسليم نفسه واجب عليه ولا منة في أداء الواجب سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو بغير أمره لان نفسه مضمون التسليم في الحالين والثاني البراء اذا برأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة لان حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس وقد أسقط المطالبة عنه بالبراءة فينتهي الحق ضرورة ولا يكون هذا البراء للاصيل لانه أسقط المطالبة عنه دون الاصيل ولو أبرأ الاصيل برأ جميعاً لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد بطل الضمان بالبراءة فينتهي حكم الكفالة والثالث موت المكفول بنفسه لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل والله عز وجل أعلم (وأما) الكفيل بالاعيان المضمونة بنفسها والافعال المضمونة تخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما تسليم العين المضمونة بنفسها ان كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها ان كانت هالكة وبمحصل الفعل المضمون وهو التسليم والحمل والثاني البراء فلا يخرج بموت الغاصب والبائع والمكاري لان نفس هؤلاء غير مكفول بها حتى يسقط بموتهم والله تعالى أعلم

فصل وأما رجوع الكفيل فجملة الكلام في الرجوع في موضعين أحدهما في شرائط ولاية الرجوع والثاني في بيان ما يرجع به (أما) الشرط فأشأنواع (منها) ان تكون الكفالة بأمر المكفول عنه لان معنى الاستقراض لا يتحقق بدونه ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله يرجع والصحيح قول العامة لان الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع (ومنها) أن يكون باذن صحيح وهو اذن من يجوز اقراره على نفسه بالدين حتى انه لو كفل عن الصبي المحجور باذنه فأدى لا يرجع لان اذنه بالكفالة لم يصح لانه من المكفول عنه استقرض واستقرض الصبي لا يتعاقب به الضمان (وأما) العبد المحجور فاذنه بالكفالة صحيح في حق نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال والله عز وجل أعلم (ومنها) اضافة الضمان اليه بأن يقول اضمن عني ولو قال اضمن كذا ولم يضيف الى نفسه لا يرجع لانه اذا لم يضيف اليه فالكفالة لم تقع اقراضاً ايها فلا يرجع عليه (ومنها) أداء المال الى الطالب أو ما هو في معنى الاداء اليه فلا يملك الرجوع قبل الاداء لان معنى الاقراض والتمليك لا يتحقق إلا بأداء المال فلا يملك الرجوع قبله (ومنها) أن لا يكون للاصيل على الكفيل دين مثله فاما اذا كان فلا يرجع لانه اذا أدى الدين التقي الدينان قصاصاً اذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الاصيل لثبت للاصيل أن يرجع عليه أيضاً فلا يفيد فيسقطان جميعاً ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الاصيل لان الهبة في معنى الاداء لانه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع عليه كما اذا ملكه بالاداء واذا وهب الدين من الاصيل برى الكفيل لان هذا أو أداء المال سواء لانه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمته كما اذا أدى ومتى برى الاصيل برى الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ولومات الطالب فورثة الكفيل

يرجع على الاصيل ولو ورثه الاصيل يبرأ الكفيل لان الارث من أسباب الملك فيملكه الاصيل ومتى ملكه برى فيبرأ الكفيل كما اذا أدى ولو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع على الاصيل لان البراءة اسقاط وهو في حق الكفيل اسقاط المطالبة لا غير ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الاصيل فلم يكن فيه معنى تملك الدين أصلاً فلا يرجع ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبه منه جاز حتى لو أداه الكفيل بعد ذلك لا يرجع عليه لان سبب وجوب الحق له على الاصيل وهو العقد باذنه موجود والبراءة عن الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جائز كالأبراء عن الاجرة قبل مضي مدة الاجارة ولو لم يؤد الكفيل ما كفله به حتى عجل الاصيل لما كفله عنه ودفع الى الكفيل بنظر ان دفعه اليه على وجه القضاء يجوز لان ولاية الرجوع على الاصيل ان لم تكن ثابتة له في الحال لكنها ثبتت بعد الاداء فاشبه الدين المؤجل اذا عجله المطلوب قبل حل الاجل انه يقبل منه ويكون قضاء كذا هذا وبرى الاصيل من دين الكفيل ولكن لا يبرأ عن دين المكفول له وله أن يطالب أيهما شاء فان أخذ من الاصيل كان له أن يرجع على الكفيل بما أدى لانه تبين انه لم يكن قضاء وان كان الكفيل تصرف في ذلك المعجل ورجع هل يطيب له الرجح ينظر ان كان الدين دراهم أو دنانير يطيب بالاجماع لانهم لا يتعينان في عقود المعامضات فحصل التمايل باذن صاحبهما فيطيب له الرجح وان كان الدين مكيلاً أو موز وناما يتعين في العقد يطيب له الرجح أيضاً عند أبي يوسف ومحمد وعن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات ذكر في كتاب البيوع انه يطيب له الرجح ولم يذكر الخلاف وفي رواية قال يتصدق وفي رواية قال أحب الى أن يرد الرجح على المكفول عنه هذا اذا دفعه اليه على وجه القضاء فاما اذا دفعه على وجه الرسالة ليؤدي الدين مما دفعه اليه لا على وجه القضاء فتصرف فيه الوكيل ورجح لا يطيب له الرجح سواء كان الدين دراهم أو دنانير أو غيرهما من المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وهو كاختلافهم في المودع والغاصب اذا تصرف في الوديعة والمنصوب ورجح فيهما انه لا يطيب له الرجح عندهما وعند أبي يوسف يطيب والمسئلة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى ولو قال الطالب للكفيل برئت الى من المال يرجع على الاصيل بالاجماع لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء ان ذكر وفي قوله برئت من المال اختلاف ذكره بعده ان شاء الله تعالى ولو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى ثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمسائة فأدى أحدهما شيئاً من مال الكفالة فأراد أن يرجع على صاحبه فهذا لا يخلو اما ان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد أو بعده أو كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه دون الآخر أو لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلاً فان لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلاً لا يرجع على صاحبه بشيء مما أدى لانه أدى عن نفسه لانه كفله أصلاً لانه لم يكفل عنه ولكنه يرجع على الاصيل لانه كفيل عنه بأمره وان كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه ولم يكفل عنه صاحبه بما عليه فالقول قول الكفيل فيما أدى انه من كفالة صاحبه اليه أو من كفالة نفسه لانه لزمه المطالبة بالمال من وجهين أحدهما من جهة كفالة نفسه عن الاصيل والثاني من جهة الكفالة عن صاحبه وليس أحد الوجهين أولى من الآخر فكان له ولاية الاداء عن أيهما شاء فاذا قال أدبته عن كفالة صاحبي يصدق ويرجع عليه لانه كفله عنه بأمره سواء أدى المال الى الطالب ثم قال ذلك أو قال ابتداء اني أدبته عن كفالة صاحبي وكذا اذا قال أدبته عن كفالة الاصيل فقبل منه ويرجع عليه لانه كفله عنه بأمره سواء قال ذلك بعد اداء المال الى الطالب أو عنده ابتداء وان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فأدى كل واحد منهما يكون عن نفسه الى خمسمائة ولا يقبل قوله فيه انه أدى عن شريكه لا عن نفسه بل يكون عن نفسه الى هذا القدر فلا يرجع على شريكه وكذا اذا قال ابتداء اني أدبته عن شريكه لا عن نفسه لا يقبل منه ويكون عن نفسه الى هذا القدر ولا يرجع على شريكه ما لم يزد المؤدى على خمسمائة لان المؤدى الى خمسمائة له معارض والزيادة لا معارض لها فاذا زاد على خمسمائة يرجع بالزيادة ان شاء على شريكه وان شاء على الاصيل وكذا لو اشترى

رجلان عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بمحضته من الثمن فما أدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف لما ذكرنا وكذلك المتفاوضان إذا افتقرا وعليهما دين فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما وأيهما أدى شيئاً لا يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف لما ذكرناه إذا كفلاً كفالة واحدة ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه بجميع المال فأما إذا كفّل كل واحد منهما كفالة متفرقة بجميع المال عن المطلوب ثم كفّل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما أدى أحدهما شيئاً يرجع بكل المؤدى على الاصيل إن شاء وإن شاء يرجع بنصفه على شريكه لأن حق المطالبة بجميع المال لزم كل واحد منهما من وجهين الكفالة عن نفسه والكفالة عن صاحبه على السواء فيقع المؤدى نصفه عن نفسه ونصفه عن صاحبه لتساويهما في الكفالتين بالمؤدى وإذا وقع نصف المؤدى عن صاحبه فيرجع عليه ليساويه في الأداء كما سواه في الكفالة بالمؤدى بخلاف الفصل الأول لأن هناك كل واحد منهما أصيل في نصف المال بالكفالة عن نفسه كفيل عن صاحبه بالكفالة عنه فيكون مؤدياً عن نفسه إلى النصف وهما بخلافه لما مر

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرجع به الكفيل فنقول وبالله التوفيق إن الكفيل يرجع بما كفّل لا بما أداه حتى لو كفّل عن رجل بدرهم صحاح جياذ فأعطاه مكسرة أو زيوفاً ونحو ذلك به المطالبة يرجع عليه بالصحيح الجياذ لأنه بالأداء ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع بالمؤدى وهو الصحيح الجياذ وليس هذا كالأموار بأداء الدين له إن يرجع بالمؤدى لا بالدين لأنه بالأداء ملك الدين بل أقرض المؤدى من الأثر فيرجع عليه بما أقرضه وكذلك لو أعطى بالدرهم دنانير أو شيئاً من المكيل أو الموزون فإنه يرجع عليه بما كفّل لا بما أدى لما ذكرنا بخلاف ما إذا صار من الألف على خمسمائة أنه يرجع بالخمسمائة لا بالألف لأنه بأداء الخمسمائة ما ملك ما في ذمة الاصيل وهو الألف لأنه لا يمكن إيقاع الصلح تملكها لأنها تؤدي إلى الرافق إسقاط البعض الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به وعن محمد فيمن كفّل بخمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصله على أن تبرئني فالصلح واقع عن الاصيل والكفيل جميعاً وبرأ جميعاً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير ولو قال أصله على ثلاثة على أن تبرئني فهذا براءة عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب بدینارين لأن في الفصل الأول إيقاع الصلح على ثلاثة دنانير تصرف في نفس الحق باستقاط بعضه فكان الصلح واقعاً عنهما جميعاً فيبرأ جميعاً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير لأنه ملك هذا القدر بالأداء فيرجع به عليه (وأما) في الفصل الثاني فإضافة الصلح إلى ثلاثة مقرراً بشرط الإبراء المضاف إلى الكفيل إبراء للكفيل عن المطالبة بدینارين وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الاصيل فيبرأ الكفيل ويبقى الديناران على الاصيل فيأخذه الطالب منهما وبالله التوفيق

﴿كتاب الحوالة﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الحوالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الحوالة وفي بيان ما يخرج به الحال عليه عن الحوالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج أنه هل يرجع أم لا (أما) ركن الحوالة فهو الإيجاب والقبول الإيجاب من المحيل والقبول من المحال عليه والمحال جميعاً فلا يجاب أن يقول المحيل للطالب أحلتك على فلان هكذا والقبول من المحال عليه والمحال أن يقول كل واحد منهما قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله إن لم يكن للمحيل على المحال عليه دين فكذلك فأما إذا كان له عليه دين فتم بإيجاب المحيل وقبول المحتال (وجهه) قوله إن المحيل في هذه الصورة مستوف حق نفسه بيد الطالب فلا يقف على قبول من عليه الحق كما إذا وكله بالقبض وليس هو كالحال لأن الحوالة تصرف عليه بنقل حقه من ذمة إلى ذمة مع اختلاف الذم فلا يصح من غير رضا صاحب الحق (ولنا) إن الحوالة تصرف على المحال

عليه بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقبوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه ولان الناس في اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت بعضهم أسهل مطالبة واقتضاء وبعضهم أصعب فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافا الى التزامه

فصل وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى المحيل وبعضها يرجع الى المحال وبعضها يرجع الى الحال عليه

وبعضها يرجع الى المحال به (أما) الذي يرجع الى المحيل فأنواع (منها) أن يكون عاقلا فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها (ومنها) أن يكون بالغاً وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتعقد حوالة الصبي العاقل موقوفاً نفاذه على اجازة وليه لان الحوالة ابراء بحالها وفيها معنى المعاوضة بما لها خصوصاً اذا كانت مقيدة فتعقد من الصبي كالبيع ونحوه فأما حريية المحيل فليست بشرط لصحة الحوالة حتى تصح حوالة العبد مأذونا كان في التجارة أو محجوراً لانها ليست بتبرع بالزام شيء كالكفالة فيملكها العبد غير انه ان كان مأذوناً في التجارة رجع عليه المحال عليه للحال اذا أدى ولم يكن للعبد عليه دين مثله ويتعلق برقبته وان كان محجوراً رجع عليه بعد العتق وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة لانها من قبل المحيل ليست بتبرع فتصح من المريض (ومنها) رضا المحيل حتى لو كان مكرهاً على الحوالة لا تصح لان الحوالة ابراء فيها معنى التملك ففسد بالاكراه كسائر التملكات (وأما) الذي يرجع الى المحال فأنواع (منها) العقل لما ذكرنا ولا نأخذ بقوله ركن وغير العاقل لا يكون من أهل القبول (ومنها) البلوغ وانه شرط النفاذ لا شرط الانعقاد فيتعقد احتياله موقوفاً على اجازة وليه ان كان الثاني أملاً من الاول وكذا الوصي اذا احتال بمال اليتيم لا تصح الا بهذه الشرطية لانه منهي عن قربان ماله الاعلى وجهه الاحسن للآية الشريفة فيه ولا تقر بوامال اليتيم الا بالقي هي أحسن (ومنها) الرضا على لو احتال مكرهاً لا تصح لما ذكرنا (ومنها) مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف شرط النفاذ حتى ان المحتال لو كان غائباً عن المجلس فبلغه الخبر فاجاز لا ينفذ عندهما وعند أبي يوسف ينفذ والصحيح قولهما لان قبوله من أحد الاركان الثلاثة فكان كلامهما بدون شرط العقد فلا يقف على غائب عن المجلس كما في البيع (وأما) الذي يرجع الى المحال عليه فأنواع أيضاً (منها) العقل فلا يصح من المجنون والصبي الذي لا يعقل قبول الحوالة أصلاً لما ذكرنا (ومنها) البلوغ وانه شرط الانعقاد أيضاً فلا يصح من الصبي قبول الحوالة أصلاً لما ذكرنا وان كان عاقلاً سواء كان محجوراً عليه أو مأذوناً في التجارة وسواء كانت الحوالة بغير أمر المحيل أو بأمره (أما) اذا كانت بغير أمره فظاهر لانه لا يملك الرجوع على المحيل فكان تبرعاً ببدائه واتهانه وكذلك اذا كانت بأمره لانه تبرع بابتدائه فلا يملكه الصبي محجوراً كان أو مأذوناً في التجارة كالكفالة وان قبل عنه وليه لا يصح أيضاً لانه من التصرفات الضارة فلا يملكه الولي (ومنها) الرضا حتى لو أكره على قبول الحوالة لا يصح (ومنها) المجلس وانه شرط الانعقاد عندهما لما ذكرنا في جانب المحيل (وأما) الذي يرجع الى المحال به فنوعان أحدهما أن يكون ديناً فلا تصح الحوالة بالاعيان القائمة لانها نقل ما في الذمة ولم يوجد والثاني أن يكون لازماً فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبذل الكتابة وما يجري مجراه لان ذلك دين تسمية لا حقيقة اذ المولى لا يجب له على عبده دين والاصل ان كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به (وأما) وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة الحوالة حتى تصح الحوالة بسواء كان للمحيل على المحال عليه دين أو لم يكن وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة والجملة فيه ان الحوالة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يحيل بالدين على فلان ولا يقيد بالدين الذي عليه والمقيدة أن يقيد بذلك والحوالة بكل واحدة من النوعين جائزة لقوله عليه الصلاة والسلام من أجيل على ملي فليتبع من غير فصل الا أن الحوالة المطلقة تخالف الحوالة المقيدة في أحكام (منها) انه اذا أطلق الحوالة ولم يكن له على المحال عليه دين فان المحال يطلب المحال عليه بدين الحوالة لا غير وان كان له عليه دين فان المحال عليه يطلب بدينين دين الحوالة ودين المحيل فيطالبه

الحال بدين الحوالة وبطالته المحيل بالدين الذي له عليه ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة لأن الحوالة لم تقتيد بالدين الذي للمحال عليه لأنها وجدت مطابقة عن هذه الشرية فيتعلق دين الحوالة بدينه والمحيل بقي على حاله وإذا قيد بها بالدين الذي عليه ينقطع حق المطالبة المحيل لأنه قيد الحوالة بهذا الدين فيقتيد به ويكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وإن لم يكن رهناً على الحقيقة (ومنها) أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة بأن كان الدين ممن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بأن هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لا تبطل الحوالة عنه لكن إذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل لأنه قضى دينه بامرءه ولو ظهر ذلك في الحوالة المطابقة لا يبطل لأنه لما قيد الحوالة به فقد تعلق الدين به فاذا ظهر أنه لا دين فقد ظهر أنه لا حوالة لأن الحوالة بالدين وقد تبين أنه لا دين فتبين أنه لا حوالة ضرورة وهذا لا يوجد في الحوالة المطلقة لأن تعلق الدين به يوجب تقييد الحوالة به ولم يوجد فلا يتعلق به الدين فيتعلق بالذمة فلا يظهر أن الحوالة كانت باطلة وكذلك لو قيد الحوالة بألف ودية عند رجل فملك ألف عند المودع بطلت الحوالة ولو كانت الألف على المحال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك لأنه يجب عليه مثلها (ومنها) أنه إذا مات المحيل في الحوالة المقيدة قبل أن يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال وعلى المحيل ديون سوى دين المحال وليس له مال سوى هذا الدين لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون أحق به من بين سائر الغرماء كالرهن (ولنا) الفرق بين الحوالة والرهن وهو أن المرتين اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ألا ترى أنه لو هلك يسقط دينه خاصة ولم يختص بغرمه اختص بغنمه لأن الخراج بالضمان فأما المحال في الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال ألا ترى أنه لو توى لا يسقط دينه على المحيل والتوى على المحيل دونه فلم لم يختص بغرمه لم يختص بغنمه أيضاً بل يكون هو وغرماء المحيل أسوة في ذلك وإذا أراد المحيل أن يأخذ المحال عليه ببقية دينه فليس له ذلك لأن المال الذي قيدت به الحوالة استحق من المحال عليه فبطلت الحوالة ولو كانت الحوالة مطلقة والمسئلة بمحالها يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذي عليه ويقسم بين غرماء المحيل ولا يدخل المحال في ذلك وإنما يؤخذ من المحال عليه لأن الحوالة لم تتعلق به فذلك ملك المحيل ولا يشاركهم المحال في ذلك لأن حقه ثبت على المحال عليه ولا يعود إلى المحيل ولكن القاضى يأخذ من غرماء المحيل كفيلاً لأنه ثبت الرجوع إليهم لا حدرجلين (أما) المحال إذا توى ما على الآخر وأما المحال عليه إذا أدى الدين فالقاضى نصب ناظر الأمور المسلمين فيحتاج في ذلك بأخذ الكفيل

فصل في وأما بيان حكم الحوالة فنقول وبالله التوفيق الحوالة لها أحكام (منها) براءة المحيل وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر الحوالة لا توجب براءة المحيل والحق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كال كفالة سواء (وجه) قوله أن الحوالة شرعت وثيقة للدين كال كفالة وليس من الوثيقة براءة الأول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير تغيير كما في الكفالة سواء (ولنا) أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازماً فيها والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في المحل الأول ضرورة ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملازمة والانصاف ولو كفل بشرط براءة الأصيل جاز وتكون حوالة لأنه أتى بمعنى الحوالة واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجباً للحوالة قال بعضهم أنها نقل المطالبة بالدين جميعاً وقال بعضهم أنها نقل المطالبة فحسب فأما أصل الدين فبإق في ذمة المحيل (وجه) قول الأولين دلالة الإجماع والمعقول (أما) دلالة الإجماع فلا نأجمن على أنه لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والهيبة ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح ولولا أن الدين انتقل إلى ذمة المحال عليه وفردت ذمة المحيل عن الدين لما صح الأول لأن الإبراء عن الدين وهبة الدين ولا دين محال ولصح الثاني لأن الإبراء عن دين ثابت وهبته منه صحيح وإن تأخرت المطالبة كالإبراء عن الدين المؤجل (وأما) المعقول فلأن الحوالة توجب النقل لأنها

مشتقة من التحويل وهو النقل فيتمضي نقل ما أضيف اليه وقد أضيف الى الدين لا الى المطالبة لانه اذا قل أحلت بالدين أو أحلت فلا يدينه فيوجب انتقال الدين الى الحال عليه لأنه اذا انتقل أصل الدين اليه انتقل المطالبة لانها تابعة (وجه) قول الآخرين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فان المحيل اذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي الحال عليه لا يكون متطوعا ويجبر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعا فينبغي أن لا يجبر على القبول كما اذا تطوع أجنبي بقضاء دين انسان على غيره وكذلك الحال لو أبرأ الحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده ولو وهبه منه يرتد برده كما اذا أبرأ الطالب الكفيل أو وهبه منه ولو انتقل الدين الى ذمة الحال عليه لما اختلف حكم البراء والهبة ولا ارتد اجمعا بالرد كما لو أبرأ الاصيل أو وهبه منه وكذلك الحال لو أبرأ الحال عليه عن دين الحوالة لا يرجع على المحيل وان كانت الحوالة بأمره كما في الكفالة ولو وهب الدين منه له أن يرجع عليه اذا لم يكن للمحيل عليه دين كما في الكفالة ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصا كال كفالة سواء فدلّت هذه الاحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة ثم ان الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الاصيل فكذا في الحوالة (وأما) المعقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة وليس من الوثيقة ابراء الاول بل الوثيقة في نقل المطالبة مع قيام اصل الدين في ذمة المحيل (ومنها) ثبوت ولاية المطالبة للمحال على الحال عليه بدني في ذمته أو في ذمة المحيل على حسب ما ذكرنا من اختلاف المشايخ فيه لان الحوالة أوجبت النقل الى ذمة الحال عليه بدني في ذمته اما نقل الدين والمطالبة جميعا واما نقل المطالبة لا غير وذلك يوجب حق المطالبة للمحال على الحال عليه (ومنها) ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل اذا لازمه الحال فكما لازمه الحال فله أن يلزم المحيل ليتخلص عن ملازمة الحال واذا حبسه له أن يحبسه اذا كانت الحوالة بأمر المحيل ولم يكن على الحال عليه دين مثله للمحيل لانه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فعليه تحليله منها وان كانت الحوالة بغير أمره أو كانت بأمره ولكن للمحيل على الحال عليه دين مثله والحوالة مقيدة لم يكن للمحال عليه أن يلزم المحيل اذا لزم ولأن يحبسه اذا حبس لان الحوالة اذا كانت بغير أمر المحيل كان الحال عليه متبرعا وان كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فلو لازمه الحال عليه لكان للمحيل أن يلزمه أيضا فلا يفيد والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان ما يخرج به الحال عليه من الحوالة فنقول وبالله التوفيق انه يخرج من الحوالة بانه حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهي باشياء (منها) فسخ الحوالة لان فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتملة للفسخ ومتى فسخ تعود المطالبة الى المحيل (ومنها) التوى عند علمائنا وعند الشافعي رحمه الله حكم الحوالة لا ينتهي بالتوى ولا تعود المطالبة الى المحيل واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحيل على شيء فليتبع ولم يفصل عليه الصلاة والسلام ولان الحوالة مبرئة بلا خلاف وقد عقدت مطلقة عن شريطة السلامة فتفيد البراءة مطلقا (ولنا) ما روى عن سيدنا عثمان رضي الله عنه قال في الحال عليه اذا مات مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم وعن شرح مثل ذلك ذكره محمد في الاصل ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافاه فكان اجماعا ولان الدين كان ثابتا في ذمة المحيل قبل الحوالة والاصل أن الدين لا يسقط الا بالقضاء قال النبي عليه الصلاة والسلام الدين مقضى الا أنه الحق الا براءة بالقضاء في السقوط والحوالة ليست بقضاء ولا ابراء فيقضى الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة الا أن بالحوالة انتقلت المطالبة الى الحال عليه لكن الى غاية التوى لان حياة الدين بالمطالبة فاذا توى لم يتبق وسيلة الى الاحياء فعادت الى محلها الاصل ولا حجة له في الحديث لانه عليه الصلاة والسلام علق الحكم بشريطرة الملاءة وقد ذهب بالافلاس ثم التوى عند أبي حنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما أحدهما أن يموت الحال عليه مفلسا والثاني أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة للمحال وقد قال أبو يوسف ومحمد هما وبالثالث وهو أن يفلس الحال عليه حال حياته ويقضى القاضي بالافلاس بناء على أن القاضي يقضى بالافلاس حال

حياته عندهما وعنده لا يقضى به (ومنها) اداء المحال عليه المال الى المحال فاذا أدى المال خرج عن الحوالة اذ لا فائدة في بقائها بعد انتهاء حكمها (ومنها) أن يهب المحال للمحال عليه ويقبله (ومنها) أن يتصدق به عليه ويقبله لان الهبة والصدقة في معنى البراء (ومنها) أن يموت المحال فيرثه المحال عليه (ومنها) أن يبرئه من المال والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان الرجوع مجمل الكلام في الرجوع في موضعين في بيان شرائط الرجوع وفي بيان ما يرجع به أما شرائطه فأنواع (منها) أن تكون الحوالة بامر المحيل فإن كانت بغير أمره لا يرجع بان قال رجل للطالب ان لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على فرضي بذلك الطالب جازت الحوالة الا أنه اذا أدى لا يرجع على المحيل لان الحوالة اذا كانت بامر المحيل صار المحال مملوكا للدين من المحال عليه بما أدى اليه من المال فكان له أن يرجع بذلك على المحيل وان كانت بغير أمره لا يوجد معنى التمليك فلا تثبت ولاية الرجوع (ومنها) اداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الاداء كالهبة والصدقة اذا قبل المحال عليه. وكذا اذا ورثه المحال عليه لان الارث من أسباب الملك فاذا ورثه فقد ملكه فكان له حق الرجوع ولو أبرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل لان البراء اسقاط حقه فلا يعتبر فيه جانب التمليك الا عند اشتغاله بالرد فاذا لم يوجد بقي اسقاطا محضاً فلم يملك المحال عليه شيئاً فلا يرجع (ومنها) أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله فان كان لا يرجع لان الدينين التيقا قصاصاً لانه لو يرجع على المحيل لرجع المحيل عليه أيضاً فلا يفيد قتيقة صاحب الدينين فبطل حق الرجوع (وأما) بيان ما يرجع به فنقول وبالله التوفيق ان المحال عليه يرجع بالمحال به لا بالمؤدى حتى لو كان الدين المحال به دراهم فنقد المحال عليه دنانير عن الدراهم أو كان الدين دنانير فنقد دراهم عن الدنانير فتصاير فجاز ويراعى فيه شرائط الصرف حتى لو افترقا قبل القبض أو شرط فيه الاجل والخيار يبطل الصرف ويعود الدين الى حاله واذا انحلت المصارفة فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدى لان الرجوع بحكم الملك وأنه يملك دين الحوالة لا المؤدى بخلاف الأمور بقضاء الدين لما ذكرنا في كتاب الكفالة وكذا اذا باعه بالدراهم أو الدنانير عرضاً يرجع بمال الحوالة لما ذكرنا وكذا اذا أعطاه زبوا مكان الجياد وتحوز بها المحال يرجع على المحيل بالجياد لما قلنا ولو صالح المحال المحال عليه فان صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقي يرجع على المحيل بالتقدر المؤدى لانه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به وان صالح على خلاف جنس حقه بان صالحه من الدراهم على دنانير أو على مال آخر يرجع على المحيل بكل الدين لان الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمؤدى يصلح عوضاً على كل الدين ولو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل لم يكن لك على شيء وإنما أنت وكيلي في القبض والمقبوض لي وقال المحال لا بل أحلتني بألف كانت لي عليك فالقول قول المحيل مع يمينه لان المحال يدعى عليه ديناً وهو ينكر والقول قول المنكر عند عدم اليينة مع يمينه والله عز وجل أعلم

كتاب الوكالة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى التوكيل لغة وشرعاً وفي بيان ركن التوكيل وفي بيان شرائط الركن وفي حكم التوكيل وفي بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أما الاول فالتوكيل اثبات الوكالة والوكالة في اللغة تذكري وادبها الحفظ قال الله عز وجل وقالوا احسبنا الله ونعم الوكيل أى الحافظ وقال تبارك وتعالى لا اله الا هو فاتخذوه وكيلاً قال الفراء أى حفيظاً وتذكروا ادبها الاعتماد وتقويض الامر قال الله تعالى وعلى الله فليتوكل المتوكلون وقال الله تعالى عز وجل خبراً عن سيدنا هود عليه الصلاة والسلام اني توكلت على الله ربي وربكم أى اعتمدت على الله وفوضت أمري اليه وفي الشريعة يستعمل في هذين المعنيين أيضاً على تقرير الوضع اللغوي وهو تقويض التصرف والحفظ الى الوكيل ولهذا قال أصحابنا ان من قال لا خير وكنتك في كذا أنه يكون وكسلاً في الحفظ

لانه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه

فصل ١٠ وأما بيان ركن التوكيل فهو الايجاب والقبول فالإيجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو اذنت لك أن تفعل كذا ونحوه والقبول من الوكيل أن يقول قبلت وما يجري مجراه فلم يوجد الايجاب والقبول لا يتم العقد ولهذا لو وكل انسانا بقبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم لأن تمام العقد بالايجاب والقبول وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجرد الآخر كما في البيع ونحوه ثم ركن التوكيل قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بالشرط نحو أن يقول ان قد سم زيدا فانت وكيل في بيع هذا العبد وقد يكون مضافا الى وقت بان يقول وكلتك في بيع هذا العبد غدا ويصير وكيل في الغد فمابعد ولا يكون وكيل قبل الغد لان التوكيل اطلاق التصرف والاطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت كالطلاق والعناق واذن العبد في التجارة والتفليكات كالبيع والهبة والصدقة والابراء عن الديون والتقييدات كعزل الوكيل والحجر على العبد المأذون والرجعة والطلاق الرجعي لا يحتمل ذلك

فصل ١١ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى الموكل وبعضها يرجع الى الوكيل وبعضها يرجع الى الموكل به أما الذي يرجع الى الموكل فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه لان التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف الى غيره فلا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض الى غيره فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا لان العقل من شرائط الاهلية ألا ترى أنهم لا يملكان التصرف بانفسهما وكذا من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعناق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضة ويصح بالتصرفات النافذة كقبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى لانه مما يملكه بنفسه بدون اذن وليه فيملك تفويضه الى غيره بالتوكيل وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والاجارة فان كان مأذونا له في التجارة يصح منه التوكيل به لانه يملكها بنفسه وان كان محجورا ينعدم موقفا على اجازة وليه وعلى اذن وليه بالتجارة أيضا كما اذا فعل بنفسه لان في انعقاده فائدة لوجود الحيز للحال وهو الولي ولا يصح من العبد المحجوز ويصح من المأذون والمكاتب لانهما يملكان بانفسهما فيملكان بالتفويض الى غيرهما بخلاف المحجور وأما التوكيل من المرتد موقوف ان أسلم ينفذ وان قتل أو مات على الردة أو لحق به الحرب يبطل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد هونا فإذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنه لوقوف املاكه وعندهما نافذة لثبوت املاكه ويجوز التوكيل من المرتد بالاجماع لان تصرفات نافذة بخلاف وأما الذي يرجع الى الوكيل فهو أن يكون عاقلًا فلا تصح وكالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لما قلنا وأما البلوغ والحرية فليس بشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبي العاقل والعبد مأذونين كانا أو محجورين وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله وكالة الصبي غير صحيحة لانه غير مكلف ولا تصح وكالة المجنون (ولنا) ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت ان أوليائي غيب يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم ليس فيهم من يكرهني ثم قال لعمر بن أم سلمة قم فزوج أمك مني فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان صبيًا والاعتبار بالمجنون غير سديد لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية وقد انعدم هناك ووجد هنا فتصح وكالته كالبالغ إلا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع الى الوكيل اذا كان بالغًا واذا كان صبيًا ترجع الى الموكل لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا رد الوكيل لا تمنع صحة الوكالة فتجوز وكالة المرتد بان وكل مسلم مرتدا لان وقوف تصرفات المرتد لوقوف ملكه والوكيل يتصرف في ملك الموكل وانه نافذ التصرفات وكذا لو كان مسلما وقت التوكيل ثم ارتد فهو على وكالته لما قلنا إلا أن يلحق به الحرب فيبطل وكالته لما نذكر في موضعه (وأما) علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة لا خلاف في أن العلم بالتوكيل في الجملة شرط اما علم الوكيل واما علم من يعامله حتى انه لو وكل رجلا ببيع عبده فباعه الوكيل من رجل قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل لا يجوز بيعه حتى

يحييه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة لان حكم الامر لا يلزم الا بعد العلم بالمأمور به أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالمأمور به كفاي أو امر الشرع (وأما) علم الوكيل على التعيين بالتوكيل فهل هو شرط ذكر في الزادات انه شرط وذكر في الوكالة انه ليس بشرط فانه قال اذا قال الموكل لرجل اذهب بعدي هذا الى فلان فيبيعه فلان منك فذهب الرجل بالعبد اليه واخبره ان صاحب العبد أمره ببيعه منه فاشتراه منه صبح شراؤه وان لم يخبره بذلك فالبيع جائز كذا ذكر محمد في كتاب الوكالة وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل وذكر في الزادات انه لا يجوز البيع وصورة المسألة في الصبي المأذون وذكر في المأذون الكبير ما يدل على جواز البيع فانه قال اذا قال المولى لقوم بايعوا عبدي فاني قد أذنت له في التجارة فبايعوه جاز وان لم يعلم العبد باذن المولى لهم بالمبايعه وليس التوكيل كالوصاية فان من أوصى الى رجل غائب أى جعله وصياً بعد موته ثم مات الموصى ثم ان الوصى باع شيئاً من تركه الميت قبل علمه بالوصاية والموت فان بيعه جائز استحساناً ويكون ذلك قبولاً منه للوصاية حتى لا يملك اخراج نفسه منها والقياس أن لا يجوز والفرق أن الوصى خلف عن الموصى قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث ولو باع الوارث تركه الميت بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه فكذا الوصى بخلاف التوكيل لانه أمر من الموكل وحكم الامر لا يلزم الا بعد العلم أو سببه على ما مر فاذا ثبت أن العلم بالتوكيل شرط فان كان التوكيل بحضرة الموكل أو كتب الموكل بذلك كتباً اليه فبلغه وعلم ما فيه أو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة أو أخبره بالتوكيل رجلاً أو رجل واحد عدل صار وكيلاً بالاجماع وان أخبره بذلك رجل واحد غير عدل فان صدقه صار وكيلاً أيضاً وان لم يصدقه يعني أن يكون على الاختلاف في العدل عند أبي حنيفة لا يكون وكيلاً وعند أبي يوسف ومحمد يكون وكيلاً كفاي العزل على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يرجع الى الموكل فانه يرجع الى الموكل به فانه يرجع الى بيان ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز والجملة فيه ان التوكيل لا يخلو اما أن يكون بحقوق الله عز وجل وهي الحدود واما أن يكون بحقوق العباد والتوكيل بحقوق الله عز وجل نوعان أحدهما بالاثبات والثاني بالاستيفاء أما التوكيل بالاثبات الحدود فان كان حداً لا يحتاج فيه الى الخصومة كحد الزنا وشراخه فلا يتقدر التوكيل فيه بالاثبات لانه ثبت عند القاضي بالبينة أو الاقرار من غير خصومة وان كان مما يحتاج فيه الى الخصومة كحد السرقة وحد القذف فيجوز التوكيل باثباته عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز ولا تقبل البينة فيهما الا من الموكل وكذلك الوكيل باثبات القصاص على هذا الخلاف (وجه) قول أبي يوسف انه كما يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء فكذا بالاثبات لان الاثبات وسيلة الى الاستيفاء ولهما الفرق بين الاثبات والاستيفاء وهو امتناع التوكيل في الاستيفاء لمكان الشبهة وهي منعمة في التوكيل بالاثبات (وأما) التوكيل باستيفاء حد القذف والسرقة فان كان المقدوف والمسرور منه حاضر اوقت الاستيفاء جاز لان ولاية الاستيفاء الى الامام وانه لا يقدر على أن يتولى الاستيفاء بنفسه على كل حال وان كان غائباً اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز لان عدم الجواز لاحتمال العفو والصلح وانه لا يحتملها وقال بعضهم لا يجوز لانه ان كان لا يحتمل العفو والصلح فيحتمل الاقرار والتصديق وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز التوكيل باستيفاء حد القذف كيف ما كان (وجه) قوله ان هذا حقه فكان بسبيل من استيفائه بنفسه وبنائبه كفاي سائر الحقوق (ولنا) الفرق على قول بعض المشايخ وهو ما ذكرنا انه يحتمل أنه لو كان حاضر الصدق الراي في امره أو يترك الخصومة فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة والشبهة لا تمنع من استيفاء سائر الحقوق ويجوز التوكيل بالتعزير اثباتاً واستيفاءً بالاتفاق وللوكيل أن يستوفي سواء كان الموكل غائباً أو حاضر لانه حق العبد ولا يسقط بالشبهات بخلاف الحدود والاختصاص ولهذا ثبت بشهادة رجل وامرأتين فأشبهه سائر الحقوق بخلاف الحد والقصاص (وأما) التوكيل باستيفاء القصاص فان كان الموكل وهو المولى حاضر اجاز لانه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج الى التوكيل وان كان غائباً لا يجوز لان احتمال العفو قائم لجواز أنه لو كان حاضراً

لغافلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة وهذا المعنى منعدم حالة الحضرة وعند الشافعي رحمه الله يجوز وإن كان غائباً والكلام في الطرفين على نحو ما ذكرنا في حد القذف (وأما) التوكيل بحقوق العباد فنقول وبالله التوفيق حقوق العباد على نوعين نوع لا يجوز استيفاءه مع الشبهة كالقصاص وقد مر حكم التوكيل بأثباته وباستيفائه ونوع يجوز استيفاءه وأخذ مع الشبهة كالدين والاعتاق وسائر الحقوق سوى القصاص فنقول لا خلاف أنه يجوز التوكيل بالخصومة في اثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل والأصل فيه ما روى عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما أن سبيداً علياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول إن لها لحماً يحضرها الشياطين فجعل الخصومة إلى عقيل رضي الله عنه فلما كبر ورق حولها إلى وكان على يقول ما قضى لو كيلي فلي وما قضى على وكيلي فعلى ومعلوم أن سبيداً علياً رضي الله عنه لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله فكان توكيله برضا الخصم فدل على الجواز برضا الخصم واختلف في جوازه بغير رضا الخصم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز من غير عذر المرض والسفر وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في الأحوال كلها وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الحصص أنه لا فصل في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والسكران والشيخ لكن المتأخرين من أصحابنا استحسنوا في المرأة إذا كانت مخدرة غير بريرة فجوزوا توكيلها وهذا استحسان في موضعه وقال ابن أبي ليلى لا يجوز التوكيل بالبركة وهذا غير سديد لما يذكر (وجه) قولهم إن التوكيل بالخصومة صادم حق الموكل فلا يقف على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين ودلالة ذلك أن الدعوى حق المدعي والآنكار حق المدعى عليه فقد صادم التوكيل من المدعي والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خصمه بنفسه ولا بى حنيفة رحمه الله أن الحق هو الدعوى الصادقة والآنكار الصادق ودعوى المدعى خبري يحمّل الصدق والكذب والسهو والغلط وكذا الآنكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بمأثرة خبر المدعى فلم يكن كل ذلك حقاً فكان الأصل أن لا يلزم به جواب الآن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية إلى الفساد وإحياء الحقوق الميتة وحق الضرورة يصير مقتضياً بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة مع ما أن الناس في الخصومات على التفاوت بعضهم أشد خصومة من الآخر فربما يكون الوكيل الخن بحيث يفتقر من خصمه عن إحياء حقه فيتضرر به فيشترط رضا الخصم ليكون لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه وإذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه فلو لم يملك النقل إلى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلك وهذا لا يجوز وكذلك إذا كانت المرأة مخدرة مستورة لأنها تستحي عن الحضور لحافل الرجال وعن الجواب بعد الخصومة بكرة كانت أو ثيباً فيضيع حقها (وأما) في مسألتنا لضرورة ولو وكل بالخصومة واستثنى الإقرار وتركية الشهود في عقد التوكيل بكلام منفصل جاز ويصير وكيلاً بالآنكار سواء كان التوكيل من الطالب أو من المطلوب في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنه إذا وكل الطالب واستثنى الإقرار يجوز وإن وكل المطلوب لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن استثناء الإقرار في عقد التوكيل إنما جاز لحاجة الموكل إليه لأن الوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله عند أصحابنا الثلاثة ولو أطلق التوكيل من غير استثناء لتضرر به الموكل وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين التوكيل من الطالب والمطلوب لأن كل واحد منهما يحتاج إلى التوكيل بالخصومة هذا إذا وكل بالخصومة واستثنى الإقرار في العقد فاما إذا وكل مطلقاً ثم استثنى الإقرار في كلام منفصل يصح عند أبي يوسف وعند محمد لا يصح (وأما) التوكيل بالإقرار فذكر في الأصل أنه يجوز وذكر الطحاوي أنه لا يجوز ويجوز التوكيل بالخصومة من المضارب والشريك شركة العنان والمفاوضة والعبد المأذون والمكاتب لأنهم يملكون الخصومة بأنفسهم فيملكون تفويضها إلى غيرهم بالتوكيل ويجوز من الذمي كما يجوز من المسلم لأن حقوقهم مصنوعة مرعية عن الضياع كحقوقنا ويجوز التوكيل بقبض الدين لأن الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج

الى التفويض الى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات الا ان التوكيل قبض رأس مال السلم وبدل الصرف
انما يجوز في المجلس لان الموكل انما يملك القبض فيه لافي غيره واذا قبض الدين من الغريم يرى الغريم لان القبض
الصحيح يوجب البراءة وتجوز الوكالة بقضاء الدين لانه يملك القضاء بنفسه وقد لا يتبأله القضاء بنفسه فيحتاج الى
التفويض الى غيره سواء كان الموكل حراً أو عبداً ما ذونا أو مكاتباً لانهما يملكان القضاء بأنفسهما فيملكان التفويض
الى غيرهما أيضاً ويجوز بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة لان هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه فيملك توليتها
غيره ويجوز بالنكاح والخلع والصالح عن دم العمد والكتابة والاعتاق على مال والصالح على انكار لانه يملك هذه
التصرفات بنفسه فيملك تفويضها الى غيره وتجوز الهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والاستعارة
والاستنباب والارتهان لما قلنا ويجوز بالشركة والمضاربة لما قلنا ويجوز بالاقرض والاستقراض لان في
التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل الا اذا بلغ على وجه الرسالة بأن يقول أرسلني فلان
اليك ليستقرض كذا ويجوز التوكيل بالصالح وبالبراءة ويجوز بالطلاق والعنق والاجارة والاستبجار لما قلنا
ويجوز بالسلم والصرف لانه يملكهما بنفسه فيملك تفويضهما الى غيره الا ان قبض البدل في المجلس شرط بقاء العقد
على الصحة والعبرة لبقاء العاقدين واقتراحهما لان حقوق العقد راجعة اليهما لاند كذا اذا تقابض الوكيلان في المجلس
فقد وجد القبض المستحق قبل الافتراق فيبقى العقد على الصحة بخلاف الرسولين اذا تقابضا في المجلس ثم افتراقه
يبطل العقد لان حقوق العقد لا ترجع الى الرسول فلا يقع قبضهما عن المستحق بالعقد فاذا افتراقا فقد حصل الافتراق
لا عن قبض فيبطل العقد بخلاف الوكيلين على ما مر ولا تعتبر مفارقة الموكل لان الحقوق لا ترجع اليه بل هو اجنبي عنها
فبقاؤه واقتراحه بمنزلة واحدة ويجوز التوكيل بالبيع والشراء لانهما يملكان الموكل مباشرتهما بنفسه فيملك التفويض
الى غيره الا ان لجواز التوكيل بالشراء شرط وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة في أحد نوعي الوكالة دون النوع الآخر
وبيان ذلك ان التوكيل بالشراء نوعان عام وخاص فالعام أن يقول له اشترى ما شئت أو ما رأيت أو أي ثوب شئت
أو أي دار شئت أو ما ينسرك من الثياب ومن الدواب ويصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والتمن
لانه فوض الرأى اليه فيصح مع الجهالة الفاحشة كالبيعاعة والمضاربة والخاص أن يقول اشترى ثوباً أو حيواناً
أو دابة أو جوهر أو عبداً أو جارية أو فرساً أو بغلاً أو حماراً أو شاة والاصل فيه ان الجهالة ان كانت كثيرة تمنع صحة
التوكيل وان كانت قليلة لا تمنع وهذا استحسان والقياس أن يمنع قليلها وكثيرها ولا يجوز الا بعد بيان النوع والصفة
ومقدار الثمن لان البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة اليسيرة فلا يصح التوكيل بهما أيضاً (وجهه) الاستحسان ما روى
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع ديناراً الى حكيم بن حزام ليشترى له به أحمية ولو كانت الجهالة القليلة ما نفع من صحة
التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لان جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الأحمية وبقدار الثمن ولان الجهالة
القليلة في باب الوكالة لا تنفي الى المنازعة لان مبنى التوكيل على القسحة والمساحة فالظاهر انه لا يجوز المنازعة فيه
عند قلة الجهالة بخلاف البيع لان ميناه على المضايقة والمما كسة لكونه معاوضة الما بالمال فالجهالة فيه وان قلت
تنفي الى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق واذا ثبت ان الجهالة القليلة غير مانعة ففي كل موضع قلت الجهالة صح
التوكيل بالشراء والا فلا فينظر ان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه مما يقع على أنواع مختلفة لا يجوز التوكيل به الا بعد بيان
النوع وذلك نحو ان يقول اشترى ثوباً لان اسم الثوب يقع على أنواع مختلفة من ثوب البرسيم والقطن والسكتان
وغيرهما فكانت الجهالة كثيرة فمنعت صحة التوكيل فلا يصح وان سمي الثمن لان الجهالة بعد بيان الثمن متفاحشة فلا
تقل الا بذكر النوع بأن يقول اشترى ثوباً هروياً فان سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال
اشترى حيواناً أو قال اشترى دابة أو أرضاً أو مملوكاً أو جوهر أو حبوا بالان كل واحد منها اسم جنس يدخل تحته
أنواع مختلفة فلا بد من ذكر النوع بأن يقول ثوباً هروياً فاذا سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال

اشترى دارا لا يصح لان بين الدار والدار تفاوتا فحشافان عين الدار يجوز وان لم يمين ولكنه بين الثمن جاز أيضا ويقع على دور المصر الذي وقع فيه الوكيل لان الجهالة تقل بعد بيان الثمن وروى عن أبي يوسف انه لا يصح التوكيل بعد بيان الثمن حتى يمين مصر من الامصار ولو قال اشترى دارا في موضع كذا أو حبة أو لؤلؤ أو فص يا قوت أحر ولم يسم الثمن لا يجوز لان التفاوت متفاحش والصفة لا تصير معلومة بحال الموكل فلا بد من بيان الثمن وان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه لا يقع الا على نوع واحد يكتفى فيه بذلك أحد أمرين اما الصفة بأن قال اشترى عبدا تركيا أو مقدار الثمن بأن قال اشترى عبدا بألف درهم لان الجهالة تقبل بذلك أحدهما وبحال الموكل لان الصفة تصير معلومة بذلك الثمن وان لم يذكرها واذا ذكر الصفة يصير الثمن معلوما بحال الأمر فما يشتريه أمثاله عادة حتى انه لو خرج المشتري عن عادة أمثاله لا يلزم الموكل كذا روى عن أبي يوسف فيمن قال اشترى خادما من جنس كذا ان ذلك يقع على ما يتعامله الناس من ذلك الجنس فان كان الثمن كثيرا لا يتعامل الناس به لم يجز على الأمر وكذا البدوي اذا قال اشترى خادما حبشيا فهو على ما يعتاده أهل البادية وهذا كله اعتبار حال الموكل فان لم يذكرا أحدهما أصلا فالوكالة باطلة لان الجهالة فحشت بترك ذكرهما جميعا فنمت صحة الوكالة ولو قال اشترى حمرا أو بغلا أو فرسا أو بعيرا ولم يذكرك له صفة ولا ثمن قالوا انه يجوز لان النوع صار معلوما بذلك الحمار والبغل والفرس والبعير والصفة تصير معلومة بحال الموكل وكذا الثمن فينظر ان اشترى حمرا بمثل قيمته أو بأقل أو بأكثر قدر ما يتغابن الناس في مثله جاز على الموكل اذا كان الحارمما يشتري مثله الموكل وان كان مما لا يشتري مثله الموكل لا يجوز على الموكل ويلزم الوكيل وان اشتراه بمثل قيمته نحو ان يكون الموكل مكاريا فاشترى الوكيل حمرا مصريا يصاح للركوب لان مثله يشتري الحمار للعمل والحمل لا للركوب ولو قال اشترى شاة أو بقرة ولم يذكرك صفة ولا ثمن لا يجوز لان الشاة والبقرة لا تصير معلومة بالصفة بحال الموكل ولا بد وان يكون أحدهما معلوما لما بينا ولو قال اشترى حنطة لا يصح التوكيل ما لم يذكرا أحدهما شيئا ما قدر الثمن واما قدر الثمن وهو المكيل لان الجهالة لا تقل الا بذلك أحدهما وعلى هذا جميع المقدرات من المكيلات والموزونات ولو وكله ليشترى له طي اسنانا لا يصح الا بعد بيان الثمن والنوع لان الجهالة لا تقل الا بعد بيان أحدهما والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان حكم التوكيل فنقول والله التوفيق حكم التوكيل صيرورة المضاف اليه وكيفا لان التوكيل اثبات الوكالة ولو وكالة أحكام (منها) ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل فيحتاج الى بيان ما يملكه الوكيل من التصرف بموجب التوكيل بعد صحته وما لا يملكه فنقول والله التوفيق الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله في الجملة عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يملك والاب والوصي وأمين القاضي لا يملك الاقرار على الصغير بالاجماع (وجه) قوله ان الوكيل بالخصومة وكيل بالمنازعة والاقرار مسالمة فلا يتناوله التوكيل بالخصومة فلا يملكه الوكيل (ولنا) ان التوكيل بالخصومة وكيل بالجواب الذي هو حق عند الله عز وجل وقد يكون ذلك انكارا وقد يكون اقرارا فاذا أقر على موكله دل ان الحق هو الاقرار فينفذ على الموكل كما اذا أقر على موكله وصدقه الموكل ثم اختلف أصحابنا الثلاثة فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد يصح اقراره في مجلس القاضي لا في غيره وقال أبو يوسف يصح فيه وفي غيره (وجه) قوله ان التوكيل تفويض ما يملكه الموكل الى غيره واقرار الموكل لا تقف صحته على مجلس القاضي فكذا اقرار الوكيل ولهما انه فوض الامر اليه لكن في مجلس القاضي لان التوكيل بالخصومة أو بجواب الخصومة وكل ذلك يختص بمجلس القاضي ألا ترى ان الجواب لا يلزم في غير مجلس القاضي وكذا الخصومة لا تندفع باليمين في غير مجلس القاضي فتتقيد بمجلس القاضي الا أنه اذا أقر في غير مجلس القاضي يخرج عن الوكالة وينعزل عنه لو بقي وكلا لبق وكلا بالاقرار عينا لان الانكار لا يسمع منه للتناقض والاقرار عينا غير موكل به والوكيل بالخصومة في مال اذا قضى القاضي به يملك قبضه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يملك (وجه) قوله ان

المطلوب من الوكيل بالخصومة الاهتداء ومن الوكيل بالقبض الامانة وليس كل من يهتدى الى شئ يؤتى عليه فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلا بالقبض (ولنا) انه لما وكله بالخصومة في مال فقد ائتمنه على قبضه لان الخصومة فيه لا تنتهي الا بالقبض فكان التوكيل بها توكيلا بالقبض والوكيل بتقاضى الدين يملك القبض في ظاهر الرواية لان حق التقاضى لا ينقطع الا بالقبض فكان التوكيل به توكيلا بالقبض ولان التقاضى والاقتضاء والاستيفاء واحد الا ان المتأخرين من اصحابنا قالوا انه لا يملك في عرف ديارنا لان الناس في زماننا لا يرضون بقبض المتقاضى كالوكلاء على أبواب القضاة لتهمه الخيانة في أموال الناس والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة في اثبات الدين اذا أنكر الغريم عند أبي حنيفة وعندهما لا يملك وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة أيضا فيملاك اقامة البينة وكذا لو أقام المدعى عليه البينة ان صاحب الدين استوفى منه أو أبرأه عنه قبلت بينته عنده وعندهما لا تقبل ولا يملك وأجمعوا في الوكيل بقبض العين اذا أنكر من في يده انه لا يملك الخصومة حتى لا يملك اقامة البينة ولو أقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من الذي وكله بالقبض لا تسمع منه بينته في اثبات الشراء ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل في الحال الى أن يحضر الموكل وقالوا في الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالعيب بالقسمة انه يملك الخصومة (وجه) قولهما أن التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء عين الحق فلا يمتد الى الخصومة كالتوكيل بقبض العين ولا يوجب حنيفة أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة والحق في مبادلة المال بالمال يتعلق بالعقد كافي البيع والاجارة ودلالة ذلك أن استيفاء عين الدين لا يتصور لان الدين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو فعل تسليم المال واما أن يكون عبارة عن مال حكى في الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاءه ولكن استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة وهو مبادلة المأخوذ العين بمافي ذمة الغريم وتلك هذه القدر المأخوذ من المال فأشبه البيع والخصومة في حقوق مبادلة المال بالمال فيملكه الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن لان ذلك توكيل باستيفاء عين الحق لا بالمبادلة لان عينه مقدور الاستيفاء فلا يملك الخصومة فيها الا بما مر جديد فهو الفرق بين الفصلين فاذا لم يملك الخصومة لا تسمع بينة المدعى عليه على الشراء من الموكل بالقبض لانها بينة قامت لا على خصم ولكنها تسمع في دفع قبض الوكيل ويجوز أن تكون البينة مسموعة من وجهه دون وجهه كن وكل انسانا ينقل زوجته الى حيث هو فطال بها الوكيل بالانتقال فأقامت البينة على ان زوجها طلقها ثلاثا تسمع هذه البينة في اندفاع حق الوكيل في النقل ولا تسمع في اثبات الحرمة كذا هذا وكذلك الوكيل بأخذ الدار بالشفعة وكيل بالمبادلة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وكذا الرد بالعيب والقسمة فيها معنى المبادلة فكانت الخصومة فيها من حقوقها فيملكها الوكيل كالوكيل بالبيع والوكيل بالقبض اذا أراد أن يوكل غيره هذا على وجهين (اما) ان كانت الوكالة عامة بأن قال له وقت التوكيل بالقبض اصنع ماشئت أو ما صنعت من شئ فهو جائز على أو نحو ذلك (واما) ان كانت خاصة بان لم يقل ذلك عند التوكيل بالقبض فان كانت عامة يملك أن يوكل غيره بالقبض لان الاصل فيما يخرج مخرج العموم اجراؤه على عمومته وان كانت خاصة فليس له أن يوكل غيره بالقبض لان الوكيل يتصرف بشئ في الموكل فيملك قدر ما فوض اليه فان فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يبرأ الغريم من الدين لان توكيله بالقبض اذا لم يصح فقبضه وقبض الاجني سواء فان وصل الى يد الوكيل الاول برى الغريم لانه وصل الى يدهم هو نائب الموكل في القبض وان هلك في يده قبل أن يصل الى الوكيل الاول ضمن القابض للغريم لان قبضه بجهة استيفاء الدين والقبض بجهة استيفاء الدين قبض بجهة المبادلة على ما مر والمقبوض بجهة المبادلة مضمون على القابض كالمقبوض على سوم الشراء وكان له أن يرجع بما ضمن على الوكيل الاول لانه صار مغرورا من جهته بتوكيله بالقبض فيرجع عليه اذ كل غرض من المغرور بما لحقه من العهدة فيرجع عليه بضمان الكفالة ولا يبرأ الغريم من الدين لما قلنا ان توكيله بالقبض لم يصح فكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه واذا أخذ منه رجع الغريم على الوكيل الثاني لما قلنا ويرجع الوكيل الثاني على الاول بحكم الغرور لما قلنا ان الوكيل بقبض الدين للموكل على انسان معين أو في بلد

معين لا يملك أن يتعدى الى غيره لان المتصرف بحكم الأمر لا يملك التعدي عن موضع الامر وليس للوكيل قبض الدين أن يأخذ عوضا عن الدين وهو أن يأخذ عينا مكانه لان هذه معاوضة مقصودة وانها لا تدخل تحت التوكيل بقبض الدين وهذا لما بينا ان قبض الدين حقيقة لا يتصور لما ذكرنا فلا يتصور التوكيل بقبضه حقيقة الا أن التوكيل بقبض الدين جعل توكيلا بالمعاوضة ضرورة تصحيح التصرف ودفع الحاجة المتعلقة بالتوكيل بقبض الدين وحق الضرورة يصير مقضيا بثبوتها ضمنا للعقد فبقيت المعاوضة المقصودة خارجة عن العقد أصلا فلا يملكها الوكيل ولو كان لرجل على رجل دين فجاء انسان الى الغريم وقال ان الطالب أمرني أن أقبضه منك فان صدقه الغريم وأراد أن يدفع اليه لا يمنع منه وان أبي أن يدفع اليه يجبر على الدفع في الدين وفي العين لا يجبر عليه والفرق أن التصديق في الدين أقرار على نفسه فكان مجبوراً على التسليم وفي العين أقرار على غيره فلا يصح الا تصديق ذلك الغير وان لم يصدقه لم يجبر على الدفع فان دفعه اليه ثم جاء الطالب فان صدقه مضى الامر وان كذبه وأنكر أن يكون وكله بذلك فهذا على وجه ثلاثة امانان صدقه ودفعه اليه واما ان كذبه ومع ذلك دفع اليه واما ان لم يصدقه ولم يكذبه ودفع اليه فان صدقه في الوكالة ولم يضمنه فجاء الطالب يقال له ادفع الدين الى الطالب ولا حق لك على الوكيل لانه لما صدقه في الوكالة فقد أقر بوكالته واقارعه صحيح في حق نفسه فكأنه يقول ان الوكيل كان محققا في القبض وان الطالب ظالم فيما يقبض مني وان ظلم على مبطل فلا ظلم على محق وان صدقه وضمنه ما دفع اليه ثم حضر الطالب فأخذ منه يرجع هو على القابض لان الغريم وان أقر ان القابض محق في القبض بتصديقه اياه في الوكالة فعنده ان الطالب مبطل فيه ظالم فيما يقبض منه فاذا ضمنه فقد أضاف الضمان الى ما يقبضه الطالب عنه بغير حق واطراف الضمان الى المقبوض المضمون صحيح كما اذا قال ما غصبك فلان فعلي وان كذبه في الوكالة ومع ذلك دفع اليه أنه أن يضمن الوكيل لان عنده انه مبطل في القبض وانما دفعه اليه على رجاء أن يجوز له الطالب وكذا اذا لم يصدق ولم يكذب لانه لم يوجد منه الاقرار بكونه محققا في القبض فيملك الرجوع عليه الوكيل بقبض الدين اذا قبضه فوجده معيبا فان كان للموكل رده فله رده وأخذ بدله لانه قائم مقام الموكل فهو يملك قبض حقه أصلا ووصفا فكذا الوكيل ولو وكل رجلا يقبض دين له على رجل وغاب الطالب فادعى الغريم انه قد أوفاه الطالب لا يحتاج الوكيل الى اقامة البينة ولا الى احضار الطالب ليحلفه لكن يقال للغريم ادفع الدين الى الوكيل ثم اتبع الطالب وحلفه ان أردت يمينه فان حلف والارجعت عليه لانه مقر بالدين والدين مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحكم بسقوطه بدعوى الایفاء مع الاحتمال بل يجبر على التسليم الى الوكيل وكذلك الوكيل يطلب الشفعة اذا ادعى المشتري أن الشفيع قد سلم للشفعة يؤمر بتسليم الدار الى الوكيل ثم يقال له اتبع الشفيع وحلفه ان أردت يمينه لان المشتري مقر بثبوت حق الشفعة لان تسليم الشفعة بعد ثبوتها يكون فلا يبطل الحق الثابت بدعوى التسليم مع الاحتمال فيؤمر بتسليم المشتري الى الوكيل وهذا بخلاف الوكيل بالرد بالعيب اذا ادعى البائع أن المشتري قد رضى بالعيب انه لا يكون للوكيل حق الرد حتى يحضر الموكل فيحلف بالله تعالى ما رضى بهذا العيب لان البائع قوله رضى المشتري بالعيب لم يقر بثبوت حق الرد بالعيب اذ ليس كل عيب موجبا للرد الا ترى انه لو اشتراه وهو عالم بعيبه ليس له حق الرد مع وجود العيب فيتوقف على حضور الموكل ويمينه فان أراد الغريم أن يحلف الوكيل بالله عز وجل ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لم يكن له أن يحلفه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال زفر بن يحيى على علمه فان أبي أن يحلف خرج عن الوكالة ولم يبرأ الغريم وكان الطالب على سخطه (وجهه) قول زفر أن هذا أمر لو أقر به الوكيل للزومه وسقط حقه من القبض فاذا أنكر يستحلف لجواز انه ينكل عن اليمين فيسقط حقه (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام واليمين على المدعى عليه والغريم ما ادعى على الوكيل شيئا وانما ادعى على الموكل فكانت اليمين عليه واليمين مما لا تجرى فيه النيابة فلا يثبت للغريم ولاية استحلاف الوكيل وهذا بخلاف ما اذا مات الطالب فادعى الغريم انه قد كان استوفاه حال حياته وأنكر الوارث ان له أن يستحلف الوارث على علمه

بالله تعالى ما يعلم ان الطالب استوفى الدين لان هناك الوارث مدعى عليه لان الغريم يدعى عليه بطلان حقه في
 الاستيفاء الذي هو حقه فلم يكن استحقاقه بطريق النيابة عن المورث الا أنه يستحلف على علمه لانه يستحلف
 على فعل غيره وكل من يستحلف على فعل باشره غيره يستحلف على العلم لا البت لانه لا علم له به انه فعل ذلك أو لم يفعل
 فان أقام الغريم البينة على الايفاء سمعت بيلته عند أبي حنيفة وعندهما لا تسمع وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة
 بناء على ان الوكيل يقبض الدين هل يكون وكيلا بالخصومة فيه عنده يكون وعندهما لا يكون لما تقدم وكذلك على
 هذا الاختلاف اذا أقام الغريم البينة انه أعطى الطالب بالدرهم الدنانير أو باعه بها عرضا فينته مسموعة عنده
 وعندهما غير مسموعة لان ايفاء الدين بطريق المبادلة والمقاصة ويستوى فیهما الجنس وخلاف الجنس فكان
 الخلاف في الكل ثابتا (وأما) الوكيل بالبيع فالتوكيل بالبيع لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون مقيدا فان كان
 مقيدا يراعى فيه القيد بالاجماع حتى انه اذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل ولكن يتوقف على اجازته الا أن يكون
 خلافا له الى خير لما مر ان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيلى من التصرف قدر ما ولاه وان كان
 الخلاف الى خير فاما نفذ لانه ان كان خلافا بصورة فهو وفاق معنى لانه أمر به دلالة فكان متصرفا بتولية الموكل
 فنفس بيان هذه الجملة اذا قال بع عبدى هذا بالف درهم فباعه بأقل من الالف لا ينفذ وكذا اذا باعه بغير الدراهم لا ينفذ
 وان كانت قيمته أكثر من ألف درهم لانه خلاف الى شر لان أغراض الناس تختلف باختلاف الاجناس فكان في
 معنى الخلاف الى شر وان باعه بأكثر من ألف درهم نفذ لانه خلاف الى خير فلم يكن خلافا أصلا وكذلك على هذا
 لو وكله بالبيع بالف درهم حاله فباعه بالف نسيئة لم ينفذ بل يتوقف لما قلنا وان وكله بان يبيعه بالف درهم نسيئة فباعه
 بألف حالة نفذ لما قلنا وان وكله بان يبيع ويشترط الخيار لا مرفاعه ولم يشترط الخيار لم يحز بل يتوقف ولو باع
 وشترط الخيار لا مرفاعه ليس له أن يحز لانه لو ملك الاجازة بنفسه لم يكن للتقييد فائدة هذا اذا كان التوكيل بالبيع مقيدا
 فأما اذا كان مطلقا فيراعى فيه الاطلاق عند أبي حنيفة فيملك البيع بالقليل والكثير وعندهما لا يملك البيع
 الاجماعتين الناس في مثله وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما (وجه) قولهما أن مطلق البيع ينصرف
 الى البيع المتعارف والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فلا ينصرف اليه كالتوكيل بالشراء ولا بى حنيفة أن
 الاصل في اللفظ المطلق أن يجري على اطلاقه ولا يجوز تقييده الا بدليل والعرف متعارض فان البيع بغبن فاحش
 لغرض التوصل بمنته الى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضا فلا يجوز تقييده المطلق مع التعارض مع ما أن البيع بغبن
 فاحش ان لم يكن متعارفا فعلا فهو متعارف ذكرا وتسمية لان كل واحد منهما يسمى بيعا وهو مبادلة شيء مرغوب
 بشيء مرغوب لغة وقد وجد ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف ذكرا وتسمية من غير اعتبار الفعل ألا ترى أن
 من حلف لا يأكل لحما فأكل لحم الأدمى أو لحما الخنزير يحنث وان لم يكن أكله متعارفا لكونه متعارفا اطلاقا
 وتسمية كذا هذا (وأما) التوكيل بالشراء فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن جوازه ثبت على خلاف
 القياس لكونه أمرا بالتصرف في مال غيره وذکر الثمن فيه تباع ألا ترى انه يصبح بدون ذكر الثمن الا انه يجوز باعتبار
 الحاجة اذا كل أحد لا يتبها له أن يشتري بنفسه فيحتاج الى من يوكل به غيره والحاجة الى التوكيل بالشراء بثمن جرى
 التعارف بشراء مثله فبمثله فينصرف الامر بمطلق الشراء اليه البتة الثاني المشتري متهم بهذا الاحتمال انه يشتري
 لنفسه فلما تبين فيه الغبن أظهر الشراء للموكل ومثل هذه التهمة في البيع منعدمة فهو الفرق وكذلك يملك البيع
 بغير الثمان المطلقة عنده وعندهما لا يملك وهو قول الشافعي رحمه الله وملك البيع بالتقيد والنسيئة عنده وعندهما
 لا يملك الا بالتقيد والحجج من الطرفين على نحو ما ذكرنا في البيع بغبن فاحش ولو باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه فهو على
 وجهين اما ان كان ذلك مما لا ضرر في تبعية كالمكيل والموزون بان كان وكيلا ببيع عبد بن فباع أحدهما جاز
 بالاجماع وان كان في تبعية ضرر بان وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز الا باجازه

الموكل أو ببيع النصف الباقي ولو كان وكيلًا بالشراء فاشترى نصفه لم يلزم إلا ما أجمعا إلا أنه يشتري الباقي ويجزه الموكل (وجه) قولهما الجمع بين الشراء والبيع بجامع وهو العرف والعادة وجوب دفع الضرر الحاصل بالشركة في الاعيان ولا في حنيفة الفرق بين البيع والشراء على ما مر ألا يرى أن عنده لو باع الكل بهذا القدر من الثمن يجوز فلان يجوز بيع البعض به أولى لأنه تقع موكله حيث أمسك البعض على ملكه وبهذا فرق الشراء لان الوكيل بالشراء اذا اشترى النصف بثمن الكل لا يجوز والوكيل بالبيع ملك ابراء المشتري عن الثمن وله أن يؤخره عنه وله أن يأخذه بعوضا وله أن يصالح على شيء ويحتال به على انسان وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يملك شيئا من ذلك (وجه) قولهما أن الوكيل بالابراء واخوانه تصرف في ملك الموكل من غير إذنه فلا ينفذ عليه كما لو فعلها أجنبي (وجه) قوله أنه تصرف في حق نفسه بالابراء لان قبض الثمن حقه فكان الابراء عن الثمن ابراء عن قبضه تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان ولو اسقط حق القبض لسقط الدين ضرورة لأنه لو بقي دين لا يحتمل القبض أصلا وهذا مما لا نظير له في أصول الشرع ولأن دين لا يحتمل القبض والاستيفاء بوجه لا يفيد فسقط ضرورة ويضمن الثمن للموكل لأنه وان تصرف في حق نفسه لكنه تعدى الى ملك غيره بالانلاف فيجب عليه الضمان وكذا اذا أخذ بالثمن عوضا عن المشتري لأنه ملك منه القبض الذي هو حقه فيصح ومتى ملك ذلك فيملك رقبة الدين ضرورة بما أخذه من العوض ويضمن لما ذكرنا وكذا اذا صالحه على شيء لأن الصلح مبادلة وكذا اذا أحاله المشتري بالثمن على انسان وقبل الوكيل الحوالة لأنه يقبل الحوالة تصرف في حق نفسه بالابراء عنه لان الحوالة مبرئة وذلك يوجب سقوط الدين عن الخيل فيه لما ذكرنا ويضمن لما قلنا وكذلك تأخير الدين من الوكيل تأخير حق المطالبة والقبض وأنه صادف حق نفسه فيصح لكنه تعدى الى الموكل بثبوت الحيلولة بينه وبين ملكه فيضمن وليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره لان مبنى الوكالة على الخصوص لان الوكيل يتصرف بولاية مستفاد من قبل الموكل فيملك قدر ما أفاده ولا يثبت العموم الا لفظ يدل عليه وهو قوله اعمل فيه برأيك وغير ذلك مما يدل على العموم فان وكل غيره بالبيع فباع الثاني بحضرة الاول جاز وان باع بغير حضرته لا يجوز الا أن يجزه الاول او الموكل وكذا اذا باعه فضولى فبلغ الوكيل أو الموكل فجاز يجوز هذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الاول أو لم يكن بحضرة وقال ابن أبي ليلى يجوز كيف ما كان والصحيح قول أصحابنا الثلاثة لان عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل بل المقصود رأيه فاذا باع الثاني بحضرة فقد حصل التصرف برأيه فنفذ واذا باعه لا بحضرة أو باع فضولى فقد خلا التصرف عن رأيه فلا ينفذ ولكنه ينقد موقوف على اجازة الوكيل أو الموكل لصدره والتصرف من أهله في محله وليس للوكيل بالبيع أن يبيع من نفسه لان الحقوق تتعلق بالعقد فيؤدي الى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلما ومتسلما مطابا ومطالبا وهذا محال وكذا لا يبيع من نفسه وان أمره الموكل بذلك لما قلنا ولا منهم في ذلك وليس له أن يبيع من أبيه وجده وولده وولد ولده الكبار وزوجته عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ذلك بمثل القيمة واجمعوا على أنه لا يجوز أن يبيع من عبده ومكاتبه (وجه) قولهما ان البيع من هؤلاء ومن الاجنبي سواء لان كل واحد منهما يملكه أجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه ولا في حنيفة أن البيع من هؤلاء يبيع من نفسه من حيث المعنى لا اتصال منفعة ملك كل واحد منهما بصاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملكه من هؤلاء بخلاف الاجنبي ولهذا لا يملك البيع من عبده ومكاتبه لان البيع من عبده يبيع من نفسه لأنه لا ملك له وكذا المكاتب لأنه عبد مابق عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا هذا حقيقة أن اتصال منافع الاملاك بينهما تورث التهمة لهذا لم تقبل شهادة أحدهما لصاحبه بخلاف الاجنبي ولو عم التوكيل فقال اصنع ما شئت أو بيع من هؤلاء أو أجاز ما صنعته الوكيل جاز يبيعه بالاتفاق ولا يجوز أن يبيع من نفسه أو من ولده الصغير أو من عبده اذا لم يكن عليه دين بحال الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع الصحيح والفاسد لان اسم البيع يقع على كل واحد من النوعين اذ هو مبادلة شيء مرغوب

يشيء مرغوب وقد وجد بخلاف الوكيل بالنكاح مطلقاً أنه لا يملك النكاح الفاسد لان المقصود من النكاح الحل والنكاح الفاسد لا يفيد الحل والمقصود من البيع الملك وأنه يثبت بالبيع الفاسد وأما الوكيل بالبيع الفاسد فهل يملك البيع الصحيح قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يملك وقال محمد لا يملك وبه أخذ الشافعي رحمه الله (وجه) قول محمد أن البيع الفاسد بيع لا يفيد الحكم بنفسه والصحيح يفيد الحكم بنفسه فكانا مختلفين فلا يكون التوكيل باحدهما توكيلاً بالآخر فاذا باع بيعاً صحيحاً صار محالاً (ولهما) أن هذا ليس بخلاف حقيقة لان البيع الصحيح خير وكل موكل بشيء موكل بما هو خير منه دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً فكان آتياً بما وكل به فلا يكون محالاً (وأما) الوكيل بالشراء فالتوكيل بالشراء لا يخلو إما أن كان مطلقاً أو كان مقيداً فإن كان مقيداً راعى فيه القيد اجماعاً لما ذكرنا سواء كان القيد راجعاً إلى المشتري أو إلى الثمن حتى أنه إذا خالف يلزم الشراء إلا إذا كان خلافاً إلى خير فيلزم الموكل مثال الأول إذا قال اشتر لي جارية أطوها أو استخدمها أو اتخذها أم ولد فاشترى جارية بحوسيه أو أخته من الرضاع أو مرتدة أو ذات زوج لا ينفذ على الموكل وينفذ على الوكيل وكذلك إذا قال اشتر لي جارية فتخدمني فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمية لأن الأصل في كل مقيد اعتبار القيد فيه لا يفيد اعتباره واعتبار هذا النوع من القيد مفيد وكذلك إذا قال اشتر لي جارية تركية فاشترى جارية حبشية لا يلزم الموكل ويلزم الوكيل لما ذكرنا ومثال الثاني إذا قال له اشتر لي جارية بألف درهم فاشترى جارية بأكثر من الألف تلزم الوكيل دون الموكل لأنه خالف أمر الموكل فيصير مشترياً بنفسه ولو قال اشتر لي جارية بألف درهم أو بمائة دينار فاشترى جارية بما سوى الدرهم والدنانير لا تلزم الموكل اجماعاً لان الجنس مختلف فيكون محالاً ولو قال اشتر لي هذه الجارية بمائة دينار فاشترىها بألف درهم قيمتها مائة دينار ذكر الكرخي أن المشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنه لا يلزم الموكل لان الدرهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فكان التقييد بأحدهما مفيداً وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزم الموكل كانه اعتبرهما جنساً واحداً في الوكالة كما اعتبر جنساً واحداً في الشفعة وهو أن الشفيع إذا أخبر أن الدار بيعت بدنانير فسلم الشفعة ثم ظهر أنها بيعت بدرهم وقيمتها مثل الدنانير صحح التسليم كذا ههنا فان اشترى جارية بألف درهم فان كان مثلاً يشتري بألف أو بأكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتغابن الناس فيه لزم الموكل وان كان النقصان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لزم الوكيل لان شراء الوكيل المعروف المعروف وان اشترى جارية بمائة درهم ومثلاً يشتري بألف لزم الموكل لان الخلاف إلى خير لا يكون خلافاً معني وكذا إذا وكله بأن يشتري له جارية بألف نسيئة فاشترى جارية بألف حاله لزم الوكيل لأنه خالف قيد الموكل ولو أمره أن يشتري بألف حاله فاشترى بألف نسيئة لزم الموكل لانه وان خالف صورة فقد وافق معنى والعبرة للمعنى لا للصورة ولو وكله أن يشتري ويشترط الخيار للموكل فاشترى بغير خيار لزم الوكيل والأصل أن الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشترياً بنفسه والوكيل بالبيع إذا خالف يتوقف على اجازة الموكل والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء متهم لانه يملك الشراء لنفسه فامكن تنفيذه عليه حتى إنه لو كان صبيّاً محجوراً أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه بل يتوقف على اجازة الموكل لانها لا يملك الشراء لنفسهما فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف وكذا إذا كان الوكيل مرتداً أو كان وكيلاً بشراء عبد بعينه فاشترى نصفه لعدم امكان التنفيذ عليه فاحتمل التوقف ومعنى التهمة لا يتعذر من الوكيل بالبيع فاحتمل التوقف على الاجازة ولو وكله بشراء عبد فاشتراه بعين من أعيان مال الموكل توقف على الاجازة لانه لما اشتراه بعين من أعيان ماله فقد باع العين والبيع يقف على اجازة الموكل هذا إذا كان التوكيل بالشراء مقيداً فاما إذا كان مطلقاً فانه راعى فيه الإطلاق ما يمكن الاذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به وعلى هذا إذا وكل رجلاً بشراء جارية وسمى نوعها وتمناها حتى صحت الوكالة فاشترى جارية مقطوعة اليد والرجل من خلاف أو عوراء لزم الموكل وكذا إذا اشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمية عند أبي حنيفة وعندهما يلزم الوكيل (وجه) قولهما أن الجارية تشتري للاستخدام عرفاً وعادة

و غرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيتقيد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف ولهذا قلنا
لا يجوز تحريمها عن الكفارة وان كان نص التحريم مطلقا عن شرط السلامة لثبوتها دلالة كذا هذا (وجه) قول
أبي حنيفة ان اسم الجارية باطلاقها يقع على هذه الجارية كما يقع على سليمة الاطراف فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل
وقد وجد (وأما) في باب الكفارة فلان الامر يتعلق بتحرير رقبة والرقبة اسم لذات مركب من هذه الاجزاء فاذا فات
ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقضت الذات فلا يتناول مطلق اسم الرقبة فاما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات
باعتبار الاجزاء فلا يقدح قصصها في اسم الجارية بخلاف اسم الرقبة حتى ان التوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما
لا يجوز في الكفارة كذا قالوا ولو وكله أن يشتري له جارية وكالة صحيحة ولم يسم منها فاشترى الوكيل جارية ان اشتري
بمثل القيمة أو باقل من القيمة أو بزيادة يتغابن في مثلها جاز على الموكل وان اشتري بزيادة لا يتغابن الناس في مثلها يلزم
الوكيل لان الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرز عنها فلو منعت النفاذ على الموكل لضيق الامر على الوكلاء ولا امتنع عن
قبول الوكالات وبالناس حاجة اليها فست الحاجة الى تحملها ولا ضرورة في الكثير لا مكان التحرز عنه والفصل
بين القليل والكثير ان كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة وما لا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة
لان ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة وما لا يدخل تحت زيادته متحققة وقد روي محمد الزيادة القليلة التي
يتغابن في مثلها في الجامع بنصف العشر فقال ان كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتغابن في مثلها وان كانت أكثر من
نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها وقال الجصاص ما ذكره محمد لم يخرج مخرج التقدير في الاشياء كلها لان ذلك
يختلف باختلاف السلع منها ما يعد أقل من ذلك غبنا فيه ومنها ما لا يعد أكثر من ذلك غبنا فيه وقد نص ابن أبي القليل
بالدنيه وفي الحيوان بالده يارده وفي العقار بالده وازده والله تعالى أعلم الوكيل بشراء عبد بعينه اذا اشترى نصفه فالشراء
موقوف ان اشترى باقية قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لانه امثل أمر الوكيل وعند زفر يلزم الوكيل ولو
خاصم الموكل الوكيل الى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك
يلزم الوكيل اجماعا لانه خالف وكذلك هذا في كل ما في تبعيضه ضرر وفي تشقيصه عيب كالعبد والامة والدابة والثوب
وما أشبه ذلك وهذا بخلاف ما اذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزأ منه معلوما أنه يجوز عند أبي حنيفة سواء باع الباقي
منه أولا والفرق له على نحو ما ذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقا ولو أعتقه بعد ما اشترى نصفه قبل أن يشتري الباقي قال
أبو يوسف ان أعتقه الموكل جاز وان أعتقه الوكيل لم يجوز وقال محمد على القلب من ذلك (وجه) قول محمد ان الوكيل
قد خالف فيما وكل به فلم يكن مشترا للموكل فكيف ينفذ منه اعتاقه وهو في الظاهر مشتري لنفسه فينفذ اعتاقه ولا يبي
يوسف ان اعتاق الموكل صادف عقدا موقوفا فانه على اجازته فكان الاعتاق اجازة منه كما اذا صرح بالاجازة
واعتاق الوكيل لم يصادف عقدا موقوفا على اجازته لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه فلم يحتمل
التوقف على اجازته فبطل وان كان وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه ضرر ولا في تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم
الموكل ولا يقف لزومه على شراء الباقي نحو ان وكله بشراء كحظية بمائة درهم فاشترى نصف الكرخمين وكذا لو
وكله بشراء عبد بالف درهم فاشترى أحدهما بخمسة لزم الموكل اجماعا وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى
واحد أمنها والله أعلم الوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم اذا اشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرطال
بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يلزمه العشرون بدرهم ولو
اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم لزم الموكل استحسانا (وجه) قول أبي يوسف ان هذا خلاف صورة
لامعنى لانه خلاف الى خير وذال لا يمنع النفاذ على الموكل كما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف بدرهم ان يلزم الموكل كذا
هذا (وجه) قوله ان الوكيل يتصرف بحكم الامر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر وقد أمره بشراء عشرة أرطال
فلا يلزمه الزيادة على ذلك بخلاف ما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم لان الزيادة القليلة لا تتحقق زيادة

لدخولها بين الزنين ولو وكله بشرأ عبد بمائة فاشترى بها عبد من كل واحد منهما يساوي مائة روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يلزم الموكل واحد منهما وقال أبو حنيفة إذا وكل رجلاً بشرأ عبد من باعياهما بالف درهم وقيمتها سواء فاشترى أحدهما بستائة درهم لا يلزم الموكل إلا أن يشتري الثاني ببقية الالف وقال أبو يوسف ومحمد إذا كانت الزيادة مما يتغابن الناس في مثلها يلزمه وهذا لا يتحقق خلافاً والله عز وجل أعلم الوكيل بشرأ شئ بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه وإذا اشترى يقع الشراء للموكل لأن شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك إلا بحضور من الموكل كما لا يملك الموكل عزله إلا بحضور منه على ما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى (وأما) الوكيل بشرأ شئ بغير عينه إذا اشترى يكون مشترياً لنفسه إلا أن ينويه للموكل وجملة الكلام فيه أنه إذا قال اشترىته لنفسى وصدقه الموكل فالشترى له وإذا قال الموكل اشترىته لى وصدقه الوكيل فالشترى للموكل لأن الوكيل بشرأ شئ بغير عينه يملك الشراء لنفسه كما يملك للموكل فاحتمل شراءه لنفسه واحتمل شراءه لموكله فيحكم فيه التصديق فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما ولو اختلفا فقال الوكيل اشترىته لنفسى وقال الموكل بل اشترىته لى يحكم فيه الثمن فإن أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه فالشترى له وإن أداه من دراهم موكله فالشترى لموكله لأن الظاهر نقداً ثمن من مال من يشتري له فكان الظاهر شاهد الثمن فكان صادقا في حكمه (وأما) إذا لم تحضره النية وقت الشراء وانفق عليه يحكم فيه الثمن أيضاً عند أبي يوسف وعند محمد يكون الشراء للوكيل (وجه) قول محمد أن الأصل أن يكون الإنسان متصرفاً لنفسه لا لغيره فكان الظاهر شاهد الوكيل فكان المشتري له (وجه) قول أبي يوسف أن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وذلك في تحكيم الثمن على ما مر والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من نفسه لأن الحقوق في باب الشراء ترجع إلى الوكيل فيؤدي إلى الحالة وهو أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلماً مطالباً ومطالباً ولأنه متهم في الشراء من نفسه ولو أمره الموكل بذلك لا يصح لما ذكرنا وكذلك لو اشترى من ولده الصغير لأن ذلك شراء من نفسه وكذلك لو اشترى من عبده الذي لا دين عليه أو مكاتبه وكذلك الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من أبيه وجده وولده وولد ولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة وعندهما يجوز إذا اشترى بمثل القيمة أو باقل أو بزيادة يتغابن في مثلها وأجمعوا على أنه لا يملك الشراء من عبده الذي لا دين عليه ومكاتبه وقد مرّت المسئلة بحججها من قبل ولو كانت الوكالة عامة بان قال له اعمل ما شئت أو قال له بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعت الوكيل جاز لأن المانع من الجواز التهمة وقد زالت بالامر والاجازة ولودفع إليه دراهم ووكله أن يشتري له بها طعاماً فهو على الحنطة والدقيق لا على الفاكهة واللحم والخبز لأن الطعام في الحقيقة وإن كان اسماً لا يطعم لكنه ينصرف إلى الحنطة والدقيق بقرينة الشراء في العرف ولهذا سمي السوق الذي تباع فيه الحنطة والدقيق سوق الطعام دون غيره إلا إذا كان المدفوع إليه قليلاً كالدرهم ونحوه أو كان هناك ولية فينصرف إلى الخبز وقيل يحكم الثمن أن كان قليلاً ينصرف إلى الخبز وإن كان كثيراً ينصرف إليهما ولو قال اشترى بدرهم لحمًا ينصرف إلى اللحم الذي يباع في السوق ويشترى الناس منه في الغلب من لحم الضأن والمعز والبقر والأبل أن جرت العادة بشرائه ولا ينصرف إلى المشوى والمطبوخ إلا إذا كان مسافراً أو نزل خاناً ودفع إلى إنسان درهمًا ليشتري به لحمًا ولا إلى لحم الطير والوحش والسماك ولا إلى شاة حية ولا إلى مذبوحة غير مسلوخة لا نعدام جريان العادة باشترائه وإن اشترى مسلوخاً جاز على الموكل لأن المسلوخ يباع في الأسواق في العادة ولا إلى البطن والكرش والكبد والرأس والكراع لأنها ليست بلحم ولا يشتري مقصوداً أيضاً بل تبعاً للحم فلا ينصرف مطلق التوكيل إليه بخلاف ما إذا حلف لا يأكل لحمًا فكل هذه الأشياء أنه يحث لأن مبنى الإيمان على العرف ذكرنا وتسمية ومبنى الوكالة على العرف عادة وفعلاً ألا ترى أن حكم الحنث يلزم بأكل القديد ولو اشترى الوكيل القديد لا يلزم الموكل لا نعدام العادة ببيع القديد في الأسواق في الغالب ولا إلى شحم البطن والألية لأنهما ليسا بلحم ولو وكله بشرأ ألية لا يملك أن يشتري لحمًا لأنهما مختلفان اسماً ومقصوداً ولو وكله أن يشتري سمكاً بدرهم فهو

فهو على الطرى الكبار دون المالح والصغار لان العادة شراء الطرى الكبار منه دون المالح ودون الصغار ولو وكله بشراء الرأس فهو على النىء دون المطبوخ والمشوى وهو على رأس الغنم دون البقر والابل الا في موضع جرت العادة بذلك والمذكور من الخلاف في الجامع الصغير يرجع الى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون رأس العصفور والسمك والجراد لا نعدام العادة ولو وكله بشراء دهن فله أن يشتري أى دهن شاء وكذا اذا وكله بشراء فاكهة له أن يشتري أى فاكهة تباع في السوق عادة ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج وان كانت اليمين المنعقدة عليه تقع على بيض الطيور كلها لما ذكرنا ولو وكله أن يشتري لبنا فهو على ما يباع في عادة البلد في السوق من الغنم والبقر والابل وكذا اذا وكله بشراء السمك فان استوفى عليهم جميعا بخلاف ما اذا حلف لا يذوق لبنا ان ذلك يقع على لبن الغنم والبقر والابل لما ذكرنا من العرف والله تعالى أعلم الوكيل بشراء الكباش لا يملك شراء النجعة حتى لو اشترى لا يلزم الموكل لان الكباش اسم للذكر والنجعة اسم للانثى وكذا ولو وكله بشراء عناق فاشترى جدياً أو شراء فرس أو برذون فاشترى رمكة لا يجوز على الموكل والبقر يقع على الذكر والانثى وكذا البقرة في رواية الجامع قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة قيل انها كانت ذكراً وقال سبحانه وتعالى لا ذلول تثير الارض واثارة الارض عمل الثيران وذكر القدوري رحمه الله انها تقع على الانثى والصحيح رواية الجامع لما ذكرنا والدجاج يقع على الذكر والانثى والدجاجة على الانثى والبعير على الذكر والناقة على الانثى والبختى ضرب خاص من الابل والنجبة ضرب معروف بسرعة السير وهي كالحمار في عرف بلادنا ولا يقع اسم البقر على الجاموس وان كان من جنس البقر حتى يتم به نصاب الزكاة بعده عن أو هاهم لقلته فيهم والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء اذا أمر غيره فاشترى ان فعله بحضرة الاول أو باجازه أو باجازه الموكل جاز على الموكل والا فلا الا اذا كانت الوكالة عامة على ما مر والله عز وجل أعلم

فصل الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيها وكلاهما أم الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه ولو فعل لم يحجز حتى يحجز صاحبه أو الموكل لان البيع مما يحتاج فيه الى الرأى والموكل انما رضى برأيهما لا برأى أحدهما واجتمعا على ذلك ممكن فلم يمثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه وكذا الوكيلان بالشراء سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن وسواء كان الوكيل الآخر غائباً أو حاضراً لما ذكرنا في البيع الا ان في الشراء اذا اشترى أحدهما بدون صاحبه ينفذ على المشتري ولا يقف على الاجازة وفي البيع يقف على الاجازة وقد مر الفرق وكذلك الوكيلان بالنكاح والطلاق على مال والعق على مال والمخلع والكتابة وكل عقد فيه بدل هو مال لان كل ذلك مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما باقراده وكذا ما خرج مخرج التملك بان قال لرجلين جعلت أمراً أنى بيديكما أو قال لهما طلقا امرأتى ان شئت لا ينفرد أحدهما بالتطليق لانه جعل أمر اليد تملكاً لا ترى انه يقف على المجلس والتعليكات هي التي تختص بالمجلس والتمليك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة كأنه قال طلقا امرأتى ان شئتاً وهناك لا يملك أحدهما التطليق دون صاحبه لان المعلق بشرطين لا ينزل الا عند وجودهما فكذا هذا وكذا الوكيلان بقبض الدين لا يملك أحدهما ان يقبض دون صاحبه لان قبض الدين مما يحتاج الى الرأى والامانة وقد فوض الرأى اليهما جميعاً لا الى أحدهما ورضى بما تهما جميعاً لا بأمانة أحدهما فان قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى يصل ما قبضه الى صاحبه فيقع في أيديهما جميعاً أو يصل الى الموكل لانه لما وصل المقبوض الى صاحبه أو الى الموكل فقد حصل المقصود بالقبض فصار كأنهما قبضاه جميعاً ابتداء (وأما) الوكيلان بالطلاق على غير مال والعق على غير مال والوكيلان بتسليم الهبة ورد الوديعة وقضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيها وكلاهما لان هذه التصرفات مما لا يحتاج الى الرأى فكان اضافة التوكيل اليهما تقوي أيضاً للتصرف الى كل واحد منهما باقراده (وأما) الوكيلان بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف باقراده عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا ينفرد (وجه) قوله ان الخصومة مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما فلا يملكها أحدهما دون صاحبه (وجه) قول أصحابنا الثلاثة ان الغرض من

الخصومة اعلام القاضي بما يملكه الخصام واستماعه واجتماع الوكيلين على ذلك يخل بالاعلام والاستماع لان ازدحام الكلام يخل بالفهم فكان اضافة التوكيل اليهما هو أيضاً للخصومة الى كل واحد منهما فأيهما خصم كان تمثيلاً الا انه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه وان كان الوكيل بالخصومة لك القبض عندئذ لان اجتماعهما على القبض ممكن فلا يكون راضياً بقبض أحدهما باقراده (وأما) المضار بان فلا يملك أحدهما التصرف بدون اذن صاحبه اجماعاً وفي الوصيين خلاف بين أصحابنا نذكره في كتاب الوصية والله تعالى أعلم الوكيل هل يملك الحقوق جملة الكلام فيه ان الموكل به نوعان نوع لا حقوق له الا ما أمر به الموكل كالوكيل بتقاضى الدين والتوكيل بالملازمة ونحوه ونوع له حقوق كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه (أما) التوكيل بالبيع والشراء فحقوقها ترجع الى الوكيل فيسلم المبيع ويقبضه ويقبض الثمن ويطالب به ويخاصم في العيب وقت الاستحقاق والا صل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل ويكتفى فيه بالاضافة الى نفسه فحقوقه راجعة الى العاقد كالياعات والاشربة والاجارات والصلح الذي هو في معنى البيع فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك والمالك كالاجنبي حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن ولو طالبه فأبى لا يجبر على تسليم الثمن اليه ولو أمره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة وأيهما طالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم اليه ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيها ولو نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيها غير ان المشتري اذا قد الثمن الى الموكل يبرأ عن الثمن استحساناً وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع اذا قد المشتري الثمن ولا يطالب به الموكل واذا استحق المبيع في يد المشتري يرجع بالثمن على الوكيل ان كان قد الثمن اليه وان كان قدده الى الموكل يرجع بالثمن عليه وكذا اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً له أن يخاصم الوكيل واذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضي أخذ الثمن من الوكيل ان كان قدده الثمن وان كان قدده الى الموكل أخذ منه وكذا الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل وهو الذي يقبض المبيع دون الموكل واذا استحق المبيع في يده فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل ولو وجد بالمبيع عيباً أن كان المبيع في يده ولم يسلمه الى الموكل بعد فله أن يرده على بائعه بالعيب وان كان قد سلمه الى موكله ليس له أن يرده عليه الا برضا موكله وكذلك هذا في الاجارة والاستجار وأخواتهما وكل عقد يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل فحقوقه ترجع الى الموكل كالنكاح والطلاق على مال والعناق على مال والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والصلح عن انكار المدعى عليه ونحوه فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه والوكيل فيها يكون سفيراً ومعبراً محضاً حتى ان وكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر وانما يطالب به الزوج الا اذا ضمن المهر فينثذ يطالب به لكن بحكم الضمان ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع ان كان وكيل الزوج وان كان وكيل المرأة لا يطالب ببديل الخلع الا بالضمان وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد وهذا الذي ذكرنا ان حقوق العقد في البيع والشراء وأخواتهما ترجع الى الوكيل مذهب علمائنا وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع شيء من الحقوق الى الوكيل وانما يرجع الى الموكل (وجه) قوله ان الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل وتصرف النائب تصرف المنوب عنه ألا ترى ان حكم تصرفه يقع للموكل فكذلك حقوقه لان الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع فاذا كان الاصل له فكذلك التابع (ولنا) ان الوكيل هو العاقد حقيقة فكانت حقوق العقد راجعة اليه كما اذا تولى الموكل بنفسه ولا شك ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان عقده كلامه القائم بذاته حقيقة ويستحيل أن يكون الانسان فاعلاً بفعل الغير حقيقة وهذه حقيقة مقررة بالشرعية قال الله عز وجل وأن ليس للانسان الا ما سعى وقال الله عز شأنه لهما كسبت وعليهما ما اكتسبت وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضاً لان السبب وجد منه حقيقة وشرعاً الا ان الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لان الوكيل انما فعله له بأمره وانابته وفعل المأمور مضاف الى الأمر فتعارض الشبهان فوجب اعتبارهما بقدر الامكان فعملنا بشبه الأمر والانا به بإيجاب أصل الحكم للموكل ونسبة الحقيقة المقررة بالشرعية

بأثبات توابع الحكم للوكيل توفير أعلى الشبهين حفظهما من الحكم ولا يمكن الحكم بالعكس وهو إثبات أصل الحكم للوكيل وإثبات التوابع للموكل لأن الأصل في تقاض تصرف الوكيل هو الولاية لأنها علة تقاضه إذا ملك له والموكل أصل في الولاية والوكيل تابع له لأنه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفاد من قبل الموكل فكان إثبات أصل الحكم للموكل وإثبات التوابع للوكيل وضع الشيء في موضعه وهو وحد الحكمة وعكسه وضع الشيء في غير موضعه وهو وحد السفه بخلاف النكاح وأخواته لأن الوكيل هناك ليس بتائب عن الموكل بل هو سفير ومعبّر بمنزلة الرسول ألا ترى أنه لا يضيف العقد إلى نفسه بل إلى موكله فأنعمت النيابة بقي سفيراً محضاً فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق إليه ثم نقول إنما تلزمه العهدة وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة (فأما) إذا لم يكن بان كان صبياً محجوراً ينفذ بيعه وشراؤه وتكون العهدة على الموكل لا عليه لأن ذلك من باب التبرع والصبي ليس من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة فيقع محض الحصول التجربة والممارسة له في التصرفات ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور سواء علم أنه محجور أو لم يعلم في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه إن كان عالماً فلا خيار له فأما إذا كان جاهلاً فله الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه (وجه) قوله إن الرضا شرط جواز التجارة وقد اختلف الرضا لأنه لا أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد فإذا تبين أنها ليست عليه اختلف رضاه فثبت له الخيار كما إذا ظهر به عيب (وجه) ظاهر الرواية إن الجهل بالمحجر ليس بعذر لأنه يمكنه الوصول إليه خصوصاً في حق الصبي لأن الأصل فيه هو المحجر والأذن بعارض الرشد فكان سبب الوصول إلى العلم قائماً فالجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالماً ولو علم بالمحجر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا والله تعالى أعلم الوكيل بالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والقرض إذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه لأن الحكم في هذه العقود يقف على القبض ولا يصنع للوكيل في القبض بل هو صنع القابض في محل مملوك للمولى فكانت حقوق العقد راجعة إليه وكان الوكيل سفيراً عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع وأخواته لأن الحكم فيها للعقد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشراً على ما قررنا فكانت الحقوق عائدة إليه وكذا في التوكيل بالاستعارة والإرتمان والاستيهاج الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل وكذا في التوكيل بالشركة والمضاربة لما قلنا وللوكيل أن يوكل غيره في الحقوق لأنه أصل في الحقوق والمالك أجنب عنها فلك توكيل غيره فيها (ومنها) أن المقبوض في يد الوكيل بمجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لأن يده بدنيابة عن الموكل بمنزلة المدودع فيضمن بما يضمن في الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه ولودفع إليه مالا وقال أقضه فلا ناعن ديني فقال الوكيل قد قضيت صاحب الدين فادفعه إلى وكذبه صاحب الدين فالتول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان والقول قول الطالب في أنه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل لأن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه ولا يصدق على الغريم في إبطال حقه وتجب اليمين على أحدهما لا عليهما لأنه لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر فيحلف المكذب منهما دون المصدق فإن صدق الوكيل في الدفع يحلف الطالب بالله عز وجل ما قبضه فإن حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه وإن نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل وإن صدق الطالب أنه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله تعالى لقد دفعه إليه فإن حلف برى وإن نكل لزمه ما دفع إليه وكذلك لو أودع ماله رجلاً وأمره أن يدفع الوديعة إلى فلان فقال المدودع دفعته وكذبه فلان فهو على التفصيل الذي ذكرنا ولو دفع المدودع الوديعة إلى رجل وادعى أنه قد دفعها إليه بامر صاحب الوديعة وأنكر صاحب الوديعة الأمر فالتول قوله مع يمينه أنه لم يأمره بذلك لأن المدودع يدعى عليه الأمر وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولو كان المال مضموناً على رجل كالمغصوب في يد الغاصب أو الدين على الغريم فأمر الطالب أو المغصوب منه أن يدفعه إلى فلان فقال المأمور قد دفعته إليه وقال فلان ما قبضت فالتول قول

فلان انه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع الابينة أو بتصدق الموكل لان الضمان قد وجب عليه وهو يدعي
الدفع الى فلان يريد ابراء نفسه عن الضمان الواجب فلا يصدق الابينة أو بتصدق الموكل فان صدقه الموكل يبرأ
أيضاً لانه اذا صدقه فقد أبرأه عن الضمان ولكنهما لا يصدقان على القابض ويكون القول قوله انه لم يقبضه مع يمينه
لان قولهما حجة في حق أنفسهما لا في ابطال حق الغير مع يمين الطالب لانه منكر للقبض والقول قول المنكر مع يمينه ولو
كذبه الموكل في الدفع وطلب الوكيل يمينه فانه يحلف على العلم بالله تعالى ما يعلم انه دفع فان حلف أخذ منه الضمان وان
نكل سقط الضمان عنه ولو ان الوكيل المدفوع اليه المال قضى الدين من مال نفسه وأمسك ما دفع اليه الموكل جاز لانه
لو لم يدفع اليه الدراهم أصلاً وقضى الوكيل من مال نفسه جاز على الموكل لان الوكيل بقضاء الدين في الحقيقة وكيل
بشراء الدين من الطالب والوكيل بالشراء اذا تعد الثمن من مال نفسه جاز فهذا أولى ولو لم يدفع اليه شيئاً ولكنه أمره
بقضاء دينه فقال الوكيل قضيت وكذبه الطالب والموكل فأقام الوكيل اليمين انه قد قضى صاحب الدين قبلت بيئته
وبرى الموكل من الدين ويرجع الوكيل على الموكل بما قضى عنه لان التايب باليمين كالتايب حسام ومشاهدة وقد
ثبت قضاء الدين باليمين فله ان يرجع ولو لم تكن له يمينه وكذبه الطالب والموكل فالقول قولهما مع اليمين لان الوكيل
يدعوى القبض يريد ايجاب الضمان على الطالب لانه يريد اسقاط الدين عن الموكل وذلك بطريق المقاصة وهو أن
أن يصير المقبوض مضموناً على القابض الطالب ديناً عليه وله على الموكل دين مثله فيلتقيان قصاصاً والطالب منكر
وكذا الموكل منكر لوجوب الضمان عليه فكان القول قولهما مع اليمين أو يقال ان الوكيل بقوله قضيت يدعى على
الطالب بيع دينه من الغريم وعلى المشتري الشراء منه وهما منكران فكان القول قولهما مع اليمين ويحلف الموكل على
العلم لانه يحلف على فعل غيره وهو قبض الطالب وان صدقه الموكل في القضاء وكذبه الطالب يصدق على الموكل دون
الطالب حتى يرجع على الموكل بما قضى ويغرم ألماً أخرى للطالب لان الموكل صدقه في دعوى القضاء عنه بأمره
وهو مصدق على نفسه في تصديقه فثبت القضاء في حقه فكان القول قوله مع يمينه هكذا ذكر القدرى رحمه الله وذكر
في الجامع ان الوكيل لا يرجع على الموكل وان صدقه الموكل لان حق الرجوع يعتمد وجود القضاء ولم يوجد لان
الطالب منكر الا انا نقول انكار الطالب يمنع وجود القضاء في حقه لانه منكر ما لا يمنع وجوده في حق الموكل لانه مقرر
واقرار كل مقرر حجة في حقه فكان الاول أشبه ولودفع الى انسان ما لا يقضى دينه فقضاء الموكل بنفسه ثم قضاء الوكيل
فان كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل ويرجع الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل وان علم
بان الموكل قد قضاؤه بنفسه فهو ضامن لان الموكل لما قضاؤه بنفسه فقد عزل الوكيل الا ان عزل الوكيل لا يصبح الا بعد
علمه به فاذا علم بفعل الموكل فقد علم بالعزل فصار متعدي في الدفع فيلزمه الضمان واذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدى فلا ضمان
عليه وليس هذا كالموكل يدفع الزكاة اذا أدى الموكل بنفسه ثم أدى الوكيل انه يضمن الوكيل علم بأداء الموكل أو لم
يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله لان الوكيل بأداء الزكاة مأثور بأداء الزكاة وأداء الزكاة هو اسقاط القرض بتملك المال
من الفقير ولم يوجد ذلك من الوكيل لحصوله من الموكل فبقى الدفع من الوكيل تعدياً محضاً فكان مضموناً عليه فاما
قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض على ما ذكرنا والمدفوع الى الطالب مقبوض عنه والمقبوض
بجهة الضمان مضمون كالمقبوض على سوم الشراء لكونه مقبوضاً بجهة القضاء والمقبوض بجهة القضاء مضمون على
القابض ويقال ان قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة وهو نوع شراء الدين بالمال والمقبوض من الوكيل مقبوض
بجهة الشراء والمقبوض بجهة الشراء مضمون على المشتري بخلاف ما اذا دفعه على علمه بدفع الموكل لان هناك لم يوجد
التبض بجهة الضمان لانعدام القبض بجهة القضاء فبقى تعدياً فيجب عليه ضمان التعدى والقول قول الوكيل في انه لم يعلم
بدفع الموكل لان القول قول الامين في دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين وعلى هذا اذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل
بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه واذا كان عالماً بموته ضمن لما قلنا والله عز وجل أعلم الوكيل ببيع العبد اذا قال بعث

وقبضت الثمن وهلك هذا على وجهين (أما) إن كان الموكل سلم العبد إلى الوكيل أو كان لم يسلم إليه فإن لم يكن سلم العبد إليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن وهلك الثمن في يدي أو قال دفعته إلى الموكل فهذا لا يجوز أما إن صدقه في ذلك أو كذبه فإن كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن أو صدقه فيه ما وكذبه في الهلاك فإن صدقه في ذلك كله يهلك الثمن من مال الموكل ولا شيء على الوكيل لأنه يهلك أمانة في يده وإن كذبه في ذلك كله بان كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في قبض الثمن في حق الموكل لأن إقرار الوكيل في حق نفسه جائز عليه والمشتري بالخيار إن شاء نقد الثمن ثانياً إلى الموكل وأخذ منه المبيع وإن شاء فسخ البيع وله أن يرجع في الحالين جميعاً على الوكيل بما قد كذا ولو أقر الوكيل بالبيع وزعم أن الموكل قبض من المشتري الثمن وأنكر الموكل ذلك فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في إقراره على الموكل بالقبض لما ذكرنا ويحبر المشتري على ما ذكرنا إلا أن هناك لا يرجع على الوكيل بشيء لأنه لم يوجد منه الإقرار بقبض الثمن وإن صدقه الموكل في البيع وقبض الثمن وكذبه في الهلاك أو الدفع إليه فالقول قول الوكيل في دعوى الهلاك أو الدفع إليه مع يمينه لأنه أمين ويحبر الموكل على تسليم العبد إلى المشتري لأنه ثبت البيع وقبض الثمن بتصدقه إياه ولا يؤمر المشتري بنقد الثمن ثانياً إلى الموكل لأنه ثبت وصول الثمن إلى يد وكيله بتصدقه ووصول الثمن إلى يد وكيله كوصوله إلى يده هذا إذا لم يكن العبد مسلماً إلى الوكيل فأما إذا كان مسلماً إليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن فهلك عندي أو قال دفعته إلى الموكل أو قال قبض الموكل الثمن من المشتري فإن الوكيل يصدق في ذلك كله ويسلم العبد إلى المشتري ويبرأ المشتري من الثمن ولا يمين عليه (أما) إذا صدقه الموكل في ذلك كله فلا يشك في كذبه في البيع أو صدقه فيه وكذبه في قبض الثمن لأن الوكيل أقر براءة المشتري عن الثمن فلا يحلف ويحلف الوكيل فإن حلف على ما يدعيه يرى من الثمن وإن نكل عن اليمين لزمه ضمان الثمن للموكل فإن استحق العبد بعد ذلك من يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على الوكيل إذا أقر بقبض الثمن منه والوكيل لا يرجع على الموكل بما ضمن من الثمن للمشتري لأن الموكل لم يصدق على قبض الثمن فأقر الوكيل في حقه جائز ولا يجوز في حق الرجوع على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبض الوكيل فإن نكل رجع عليه بما ضمن ولو أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لكنه كذبه في الهلاك أو الدفع إليه فإن الوكيل يرجع بما ضمن عليه لأن يد وكيله كيده ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر أن الموكل قبضه من المشتري لا يرجع المشتري على الوكيل لأنه لم يقبض منه الثمن ولا يرجع على الموكل أيضاً لأن إقرارهما على الموكل لا يجوز ولو لم يستحق المبيع ولكنه وجد به عيباً كان له أن يخاصم الوكيل فإذا رد عليه بقضاء القاضي رجع عليه بالثمن إن أقر بقبض الثمن منه ولو لم يقر بقبض الثمن على الموكل بما ضمن إذا أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن ويكون المبيع للموكل وإن لم يقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لا يرجع الوكيل بما ضمن على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبضه فإن نكل رجع عليه وإن حلف لا يرجع ولكنه يبيع العبد فيستوفي ما ضمن من ثمن العبد فإن كان فيه فضل رده على الموكل وإن كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان على أحد ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر بقبض الموكل لا يرجع المشتري بالثمن على الوكيل لأنه لم يدفعه إليه ولا يرجع على الموكل أيضاً لأنهما لا يصدقان عليه بالقبض وعلى الموكل اليمين على البتات فإن نكل رجع عليه والمبيع له وإن حلف لا يرجع عليه بشيء ولكن المبيع يباع عليه وذكر الطحاوي في الفصل الأول أن الوكيل يبيع في قولهما وفي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يبيعه وجعل هذا كييع مال المديون المقاس ولكن الوكيل لو باعه يجوز بيعه لأنه لما رد عليه فسحاً عادت الوكالة فإذا بيع العبد يستوفي المشتري الثمن منه إن أقر الوكيل بقبض الموكل ولم يقر بقبض نفسه وإن أقر بقبض الثمن وضمن المشتري يأخذ من الثمن مقدار ما غرم فإن كان فيه فضل رده على الموكل وإن كان فيه نقصان لا يرجع على أحد (ومنها) أن الوكيل قضاء الدين إذا لم يدفع الموكل إليه ما لا يقضى دينه منه فقضاءه من

مال نفسه يرجع بما قضى على الموكل لأن الأمر بقضاء الدين من مال غيره استقرض منه والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه وكذلك الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن إلى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن والوكيل بقضاء الدين إذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل فكذلك الوكيل بالشراء وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ليس له حبسه (وجهه) قوله أن المبيع أمانة في يد الوكيل ألا ترى أنه لو هلك في يده فإهلاكه على الموكل حتى لا يسقط الثمن عنه وليس للأمين حبس الأمانة بعد طلب أهلها قال الله تعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها فصار كالوديعة (ولنا) أنه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضماناً للمبيع فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبائع مع المشتري وإذا طاب منه الموكل فحبسه حتى هلك كان مضموناً عليه بلا خلاف بين أصحابنا لكنهم اختلفوا في كيفية الضمان قال أبو حنيفة ومحمد يكون مضموناً ضمان البيع وقال أبو يوسف يكون مضموناً ضمان الرهن وقال زفر يكون مضموناً ضمان الفحص (وجهه) قول زفر ما ذكرنا أن المبيع أمانة في يده والأمين لا يملك حبس الأمانة عن صاحبها فإذا حبسها فقد صار غاصباً والمغصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغاً ما بلغ (وجهه) قول أبي يوسف أن هذه عين محبوسة بدين يستطع بهلاكها فكانت مضمونة بالاقبل من قيمتها ومن الدين كالرهن (وجهه) قوله ما أن هذه عين محبوسة بدين هو ثمن فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع في يد البائع وكذلك الوكيل بالبيع إذا باع وسلم وقبض الثمن ثم استحق المبيع في يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على الوكيل فيأخذ عينه إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن كان هالكا والله عز وجل أعلم

فصل ١٠ وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة فنقول والله التوفيق الوكيل يخرج عن الوكالة بأشياء منها عزل الموكل إياه ونهيها لأن الوكالة عقد غير لازم فكان محتملاً للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرط أن أحدهما علم الوكيل به لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به كالفسخ فإذا عزله وهو حاضر انعزل وكذلك لو كان غائباً فكتب إليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم بما فيه انعزل لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وكذلك لو أرسل إليه رسولا فبلغ الرسالة وقال إن فلاناً أرسلني إليك ويقول إنني عزلتك عن الوكالة فإنه ينعزل كأنما كان الرسول عدلاً كان أو غير عدل حراً كان أو عبداً صغيراً كان أو كبيراً بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لأن الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن سجت عبارته على أي صفة كان وإن لم يكتب كتاباً ولا أرسل رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينعزل في قولهم جميعاً سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه إذا ظهر صدق الخبر لأن خبر الواحد مقبول في المعاملات فإن لم يكن عدلاً فخير العديلين أو العدل أولى وإن أخبره واحد غير عدل فإن صدقه ينعزل بالاجماع وإن كذبه لا ينعزل وإن ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة وعندهما ينعزل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذبه (وجهه) قوله ما أن الأخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في الأخبار في سائر المعاملات (وجهه) قول أبي حنيفة أن الأخبار عن العزل له شبه الشهادة لأن فيه التزام حكم الخبر به وهو العزل وهو لزوم الامتناع من التصرف ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل فاشبه الشهادة فيجب اعتبار أحدها وطاها وهو العدالة أو العدد وعلى هذا الاختلاف الشفيع إذا أخبره بالبيع واحد غير عدل فلم يصدقه ولم يطلب الشفعة حتى ظهر عنده صدق الخبر فهو على شفيعته عند أبي حنيفة وعندهما بطلت شفيعته وعلى هذا الاختلاف إذا جنى العبد جناية في بني آدم ثم أخبر واحد غير عدل مولاه أن عبده قد جنى فلم يصدقه حتى اعتقه لا يصير المولى مختاراً للفداء عند أبي حنيفة وعندهما يصير مختاراً للفداء وعلى هذا الاختلاف العبد المأذون إذا بلغه حجر المولى من غير عدل فلم يصدقه لا يصير محجوراً عنه وعندهما يصير محجوراً وأما عزله الموكل واشهد على عزله وهو غائب ولم يخبره بالعزل أحد لا ينعزل ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل في جميع الأحكام التي بينها وعن أبي يوسف في الموكل إذا عزل الوكيل ولم يعلم به فباع الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يد الوكيل ومات

العبد قبل التسليم الى المشتري كان للمشتري ان يرجع بالنهن على الوكيل ويرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء لان العزل لم يصح لانعدام شرط صحته وهو العلم والثاني أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير فاما اذا تعلق بها حق الغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق لان في العزل ابطال حقه من غير رضاه ولا سبيل اليه وهو كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه على يدي عدل وجعل المرتن أو العدل مسلطاً على بيعه وقبض ثمنه عند حل الاجل فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصح به عزله لما ذكرنا وكذلك اذا وكل المدعي عليه وكيل بالخصومة مع المدعي بالتقاس المدعي فعزل المدعي عليه بغير حضرة المدعي لا ينزل لما ذكرنا واختلف المشايخ فيمن وكل رجلاً بطلاق امرأته ان غاب ثم عزله الزوج من غير حضرة المرأة ثم غاب قال بعضهم لا يصح عزله لانه تعلق بهذه الوكالة حق المرأة فاشبهه الوكيل بالخصومة وقال بعضهم يصح عزله لانه غير مجبور على الطلاق ولا على التوكيل به وانما فعله باختياره فيملك عزله كما في سائر الوكالات ولو وكل وكالة غير جائز الرجوع يعني بالفارسية وكيلى دمار كست هل يملك عزله اختلف المشايخ قال بعضهم ان كان ذلك في الطلاق والعاق لا يملك لانه لما وكله وكالة ثابتة غير جائز الرجوع عنها فقد ألحق حكم هذا التوكيل بالامر ثم لو جعل امرأته الى رجل يطلقها متى شاء أو امر عبده الى رجل يعتقه متى شاء لا يملك الرجوع عنه وكذا اذا قال لرجل طلق امرأتى ان شئت أو اعتق عبدى ان شئت لا يملك عزله كذا هذا وان كان في البيع والشراء والاجارة والنكاح ونحوه يملك عزله وقال بعضهم انه يملك العزل في الكل لان الوكالة ليست بلازمة بل هي اباحية وللمبيع حق المنع عن المباح ولو قال وقت التوكيل كلما عزلتك فانت وكيل وكالة مستقبلية فعزله ينزل ولكنه يصير وكيلاً ثانياً وكالة مستقبلية كما شرط لان تعليق الوكالة بالشرط جائز ولو قال الموكل للوكيل كنت وكلتك وقلت لك كلما عزلتك فانت وكيل فيه وقد عزلتك عن ذلك كله لا يصير وكيلاً بعد ذلك الا بتوكيل جديد لان من علق التوكيل بشرط ثم عزله عن الوكالة قبل وجود الشرط ينزل الوكيل ولا يصير وكيلاً بعد ذلك بوجود الشرط وقال بعضهم في التوكيل المعلق لا يملك العزل قبل وجود الشرط ويكون الوكيل على كالتة بعد العزل وكالة مستقبلية والاول اصح لانه لما ملك العزل في المرسل ففي المعلق أولى (ومنها) موت الموكل لان التوكيل بالمر الموكل وقد بطلت أهلية الأمر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا (ومنها) جنونه جنونا مطبقاً لان الجنون المطبق يبطل أهلية الأمر واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق فحده أبو يوسف بما يستوعب الشهر ومحمد بما يستوعب الحول (وجه) قول محمد ان المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها فكان التقدير به أولى (وجه) قول أبي يوسف ان هذا القدر أدنى ما يسقط به عبادة الصوم فكان التقدير به أولى (ومنها) لحاقه بدار الحرب مرتداً عند أبي حنيفة وعندهما لا يخرج به الوكيل عن الوكالة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضاً فان أسلم الموكل نذرت وان قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذا الوكالة وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالتة حتى تموت أو تلحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذا الوكالة وان كان لا تؤثر في ارتب عليه النفاذ وهو الملك (ومنها) عجز الموكل والحجر عليه بأن وكل المكاتب رجلاً فعجز الموكل وكذا اذا وكل المأذون انساناً فحجر عليه لانه بالعجز والحجر عليه بطلت أهلية أمره بالتصرف في المال فيبطل الأمر فتبطل الوكالة (ومنها) موت الوكيل لان الموت يبطل أهلية التصرف (ومنها) جنونه المطبق لما ذكرنا وان لحق بدار الحرب مرتداً لم يحجز له التصرف الا ان يعود مسلماً لان أمره قبل الحكم بلحاقه بدار الحرب كان موقوفاً فان عاد مسلماً زال التوقف وصار كأنه لم يرتد أصلاً وان حكم بلحاقه بدار الحرب ثم عاد مسلماً هل تعود الوكالة قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود (وجه) قوله ان نفس الردة لا تنافي الوكالة ألا ترى انها لا تبطل قبل لحاقه بدار الحرب الا انه لم يحجز تصرفه في دار الحرب لتعذر التنفيذ لا اختلاف الدارين فاذا عاد زال المانع فيجوز ونظيره من وكل رجلاً ببيع عبد بالكوفة فلم يبعه فيها حتى خرج الى البصرة لا يملك بيعه بالبصرة ثم اذا عاد الى الكوفة ملك بيعه فيها كذا هذا (وجه)

قول أبي يوسف ان الوكالة عقد حكم بطلانه بلحاظه بدار الحرب فلا يحتمل العود كالنكاح (وأما) الموكل اذا ارتد
ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنها تعود ووجهه ان بطلان الوكالة
لبطلان ملك الموكل فاذا عاد مسلماً عاد ملكه الاول فيعود بحقوقه (وجه) ظاهر الرواية ان لحوقه بدار الحرب بمنزلة
الموت ولومات لا يحتمل العود فكذا اذا لحق بدار الحرب (ومنها) أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف
الوكيل نحو ما اذا وكله ببيع عبده فباعه الموكل أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو وهبه وكذا اذا استحق أو كان حراً الاصل
لان الوكيل عجز عن التصرف لان ملك الموكل فينتهي حكم الوكالة كما اذا هلك العبد ولو باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه
بعيب بقضاء هل تعود الوكالة كما اذا هلك العبد قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود لان العائد بالفسخ عين الملك
الاول فيعود بحقوقه (وجه) قول أبي يوسف ان تصرف الموكل نفسه يتضمن عزل الوكيل لانه أعجزه عن التصرف
فيما وكله به والوكيل بعد ما عزل لا يعود وكذا لا بتجديد التوكيل ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع
في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع وبين الهبة (وجه) الفرق له
لم يتضح وكذلك لو وكله بشيء ثم اشتراه بنفسه وكذا اذا وكله بزواج امرأة فزوجه لانه عجز عن تزويجها
منه فطلت الوكالة وكذا اذا وكله بعق عبده أو بالتدبير أو بالكتابة أو الهبة ففعل بنفسه لما قلنا وكذا اذا وكله بخلع
امرأته ثم خلعها لان المختلعة لا تحتمل الخلع وكذا اذا وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثاً أو واحدة واقضت
عديتها لانها لا تحتمل الطلاق بعد الثلاث واقضاء العدة حتى لو طلقها الزوج واحدة والعدة باقية فالوكالة قائمة لانها
تحتل الطلاق في العدة ولو وكله بالكتابة فكتبه ثم عجز لم يكن له أن يكتبه مرة ثانية وكذا لو وكله أن يزوجه
امرأة فزوجه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجه مرة أخرى لان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل
الامتنال فانه انتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية بخلاف ما لو وكله ببيع عبده فباعه الموكل ثم رد عليه بقضاء قاض
ان له ان يبيعه ثانياً لان الرد بقضاء القاضي يوجب ارتفاع العقد من الاصل ويجعله كأن لم يكن فلم يكن هذا تكرار حتى لو
رده عليه بغير قضاء قاض لم يحز له أن يبيعه لان هذا بيع جديد وقد انتهت الوكالة بالاول فلا يملك الثاني الا بتجديد
التوكيل (ومنها) هلاك العبد الذي وكل ببيعه أو باعتقه أو بهبته أو بتدبيره أو بكتابتها أو نحو ذلك لان التصرف في
المحل لا يتصور بعد هلاكه والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال فبطل ثم هذه الاشياء التي ذكرنا ان
يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بين ما اذا علم الوكيل أو لم يعلم في حق الخروج عن
الوكالة لكن تقع المفارقة فيما بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم
به الوكيل فباعه الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم الى المشتري ورجع المشتري على الوكيل
بالثمن رجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حراً الاصل وفيما اذا مات الموكل أو جن أو هلك
العبد الذي وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل والفرق أن الوكيل هناك وان صار معزولاً بتصرف الموكل لكنه صار
مغرواً من جهته بترك اعلامه اياه فصار كقبيل له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذ ضمان العرور في
الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى العرور لا يتقدر في الموت وهلاك العبد والجنون واخوانها فهو الفرق ولو وكله بقبض
دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان
لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل بدنيابة عن الموكل لانه قبضه بامر وقبض النائب
كقبض المنوب عنه فكانه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا والله عز وجل أعلم

— — — — —

﴿ كتاب الصلح ﴾

الكلام في كتاب الصلح يقع في مواضع في بيان أنواع الصلح وفي بيان ركن الصلح وفي

بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الصلح وفي بيان ما يبطل به عقد الصلح بعد وجوده وفي بيان حكمه اذا بطل أو لم يصح من الاصل (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق الصلح في الاصل أنواع ثلاثة صلح عن اقرار المدعى عليه و صلح عن انكاره و صلح عن سكوته من غير اقرار ولا انكار وكل نوع من ذلك لا يخلو اما أن يكون بين المدعى والمدعى عليه وإما أن يكون بين المدعى والاجنبي المتوسط فان كان بين المدعى والمدعى عليه فكل واحد من الانواع الثلاثة مشروع عند أصحابنا وقال ابن أبي ليلى المشروع هو الصلح عن اقرار وسكوت لا غيرهما وقال الشافعي رحمه الله المشروع هو الصلح عن اقرار لا غير (وجهه) قول الشافعي رحمه الله ان جواز الصلح يستدعي حقا ثابتاً ولم يوجد في موضع الانكار والسكوت اما في الانكار فلا أن الحق لو ثبت فانما يثبت بالدعوى وقد عارضها الانكار فلا يثبت الحق عند التعارض فاما في السكوت فلان الساكت ينزل منكر أحكاماً حتى تسمع عليه البيينة فكان انكاره معارضاً للدعوى فلم يثبت الحق ولو بذل المال لبذله لدفع خصومة باطلة فكان في معنى الرشوة (ولنا) ظاهر قوله تعالى والصلح خير وصف الله تعالى عز شأنه جنس الصلح بالخيرية ومعلوم ان الباطل لا يوصف بالخيرية فكان كل صلح مشروعاً وبظاهر هذا النص الا ما خص بدليل وعن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم من الضغائن أمر رضي الله عنه برد الخصوم الى الصلح مطلقاً وكان ذلك بحضور من الحصاة الكرام رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعاً من الصحابة فيكون حجة قاطعة ولان الصلح شرع للحاجة الى قطع الخصومة والمنازعة والحاجة الى قطعها في التحقيق عند الانكار اذا لاقى قرار مسألة ومساعدة فكان أولى بالجواز ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الانكار وقال الشيخ أبو منصور الماتريدي السمرقندي رحمه الله ما صنع الشيطان من ايتاع العداوة والبغضاء في بني آدم ما صنع الشافعي رحمه الله في انكاره الصلح على الانكار وقوله ان الحق ليس بثابت قلنا هذا على الاطلاق ممنوع بل الحق ثابت في زعم المدعى وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعاً فكان هذا صلحاً عن حق ثابت فكان مشروعا

﴿فصل﴾ وأما ركن الصلح فالإيجاب والقبول وهو أن يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا أو من دعواك كذا على كذا أو يقول الآخر قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فاذا وجد الإيجاب والقبول فقد تم عقد الصلح

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المصالح وبعضها يرجع الى المصالح عليه وبعضها يرجع الى المصالح عنه (أما) الذي يرجع الى المصالح فانواع (منها) أن يكون عاقلاً وهذا شرط عام في جميع التصرفات كلها فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل لا نعدام أهلية التصرف بانعدام العقل (فاما) البلوغ فليس بشرط حتى يصح صلح الصبي في الجملة وهو الصبي المأذون اذا كان له فيه نفع أو لا يكون له فيه ضرر ظاهر بيان ذلك اذا وجب للصبي المأذون على انسان دين فصالحه على بعض حقه فان لم يكن له عليه بينة جاز الصلح لان عند انعدام البيينة لاحق له الا الخصومة والحلف والمال أفع له منهما وان كان له عليه بينة لا يجوز الصلح لان الخط تبرع وهو لا يملك التبرعات ولو أخر الدين جاز سواء كانت له بينة أو لا فرقاً بينه وبين الصلح لان تأخير الدين من أعمال التجارة والصبي المأذون في التجارات كالبالغ ألا ترى أنه يملك التأجيل في نفس العقد بان يبيع باجل فيملكه متأخراً عن العقد أيضاً بخلاف الخط لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه الا أنه يملك خط بعض الثمن لاجل العيب لان خط بعض الثمن للعيب قد يكون أنفع من أخذ المبيع المعيب فكان ذلك من باب التجارة فيملكه ولو صالح الصبي المأذون من المسلم فيه على رأس المال جاز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال اقالة للعقد والاقالة من باب التجارة وكذلك لو اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على أن قبلها جاز لان الثمن أنفع من المبيع المعيب عادة ولو صالحه البائع لخط عنه بعض الثمن لا شك فيه أنه يجوز لان الخط من البائع تبرع منه على الصبي فيصح ولو ادعى انسان

عليه ديناً فاقرب به فصالحه على ان حط عنه البعض جاز لان اقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعاً على الصبي بحط بعض الحق الواجب عليه والصبي من أهل أن يتبرع عليه فيصيح وكذلك حرية المصالح ليست بشرط لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد المأذون اذا كان له فيه منفعة أو كان من التجارة الا أنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق اذا كان له عليه بينة ويملك التأجيل كيف ما كان ويملك حط بعض الثمن لاجل العيب لما قلنا ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكرنا في الصبي المأذون وكذلك لو ادعى على انسان ديناً وهو مأذون فأقرب به ثم صالحه على أن حط بعضه جاز لان اقرار العبد المأذون بالدين صحيح فكان الحط من المدعى تبرعاً على العبد ببعض الدين فيصيح ولو حجر عليه المولى ثم ادعى انسان عليه ديناً فأقرب به وهو محجور ثم صالحه عنه على مال ضمنه باقراره فان لم يكن في يده مال لا ينفذ الصلح لان اقرار المحجور لا ينفذ اذ لم يكن في يده مال واذا لم ينفذ ينفذ الصلح فلا يطالب به للحال ولكن يطالب به بعد العتق لان اقراره من نفسه صحيح لصدوره من أهله الا أنه اذا لم يظهر في حق المولى للحال لمانع وهو حق المولى فاذا عتق زال المانع فيظهر حينئذ وأما اذا كان في يده مال فيجوز اقراره عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز (وجه) قولهما ان هذا اقرار المحجور لبطلان الاذن بالحجر واقرار المحجور غير صحيح (وجه) قول أبي حنيفة ان اقرار المحجور اذا كان في يده مال صحيح لان العبد المحجور من أهل الاقرار وانما المانع من ظهوره حق المولى فاذا كانت يده ثابتة على هذا المال منع ظهوره حق المولى لانه يحتمل أن يكون صادقا في اقراره فيمنع ظهور حق المولى فيه ويحتمل أن يكون كاذباً فلا يظهر فلا تبطل يده الثابتة عليه بالشك بخلاف ما اذا لم يكن في يده مال لان يد المولى ثابتة حقيقة والاقرار في نفسه محتمل فلا يوجب بطلان يده الثابتة حقيقة مع الشك والاحتمال وكذلك المكاتب نظير العبد المأذون في جميع ما ذكرنا لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فان عجز المكاتب فادعى رجل عليه ديناً فاصطلحا على أن يأخذ بعضه ويؤخر بعضه فان لم يكن له عليه بينة لا يجوز لانه لما عجز فقد صار محجوراً عن التصرف فلا يصح صلحه وان كانت له عليه بينة جاز لانه وان عجز فالخصم في دينه هو فيملك التصرف فيها لحط البعض بالصلح (ومنها) أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضراً به مضرة ظاهرة حتى ان من ادعى على صبي ديناً فصالح أب الوصي من دعواه على مال الصبي الصغير فان كان للمدعى بينة وما أعطى من المال مثل الحق المدعى أو زيادة يتغابن في مثلها فالصلح جائز لان الصلح في هذه الصورة لمعنى المعاوضة لا مكان الوصول الى كل الحق بالينة والاب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغين اليسير وان لم تكن له بينة لا يجوز لان عند انعدام البينة يقع الصلح تبرعاً بمال الصغير وانه ضرر محض فلا يملكه الاب ولو صالح من مال نفسه جاز لانه ما أضر بالصغير بل نفعه حيث قطع الخصومة عنه ولو ادعى أب الصغير على انسان ديناً للصغير فصالح على أن حط بعضه واخذ الباقي فان كان له عليه بينة لا يجوز لان الحط منه تبرع من ماله وهو لا يملك ذلك وان صالحه على مثل قيمة ذلك الشيء أو نقص منه شيئاً يسيراً جاز لان الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يملك البيع فيملك الصلح وهل يملك الاب الحط من دين وجب للصغير والابراء عنه هذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان كان ولي ذلك العقد بنفسه (واما) ان لم يكن وليه فان لم يكن وليه لا يجوز بالاجماع لان الحط والابراء من باب التبرع والاب لا يملك التبرع لكونه مضرة محضة وان كان وليه بنفسه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وهذا على اختلافهم في الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشتري عن الثمن أو حط بعضه وقد ذكرناه في كتاب الوكالة ولا يجوز صلح أحد على حمل أب كان المصالح أو غيره وان خرج حياً بعد ذلك وورث وجازت الوصايا لانه لو صح عليه لكان لا يخلو اما أن يصح على اعتبار الحال واما أن يصح على اعتبار الانفصال لا سييسل الى الاول لان الصلح عليه من باب تنفيذ الولاية وهو للحال لا يوصف بكونه مولى عليه ولا سييسل الى الثاني لان الصلح لا يحتمل الاضافة الى الوقت ويملك الاب استيفاء القصاص في النفس ومادونها ولا يملك الوصي استيفاء القصاص في النفس والفرق ان استيفاء القصاص تصرف

على نفس الصغير بالاحياء وتحصيل التشفي قال الله تعالى عز شأنه ولكم في القصاص حياة وكذا منفعة التشفي راجعة الى نفسه وللأب ولاية على نفس الصغير ولا ولاية للوصي عليها ولهذا ملك انكاحه دون الوصي إلا أنه يملك القصاص فيادون النفس لان مادون النفس يسلك به مسلك الاموال لشبهه بالاموال ألا ترى ان القصاص لا يجري بين طرف الحر والعبد ولا بين طرف الذكر والانثى مع جريان القصاص بينهم في الاتساق ويستوفي القصاص فيادون النفس في الحر كما يستوفي في سائر الحقوق المالية فيه ولا يستوفي القصاص في النفس فيه ويقضى بالنكول في الأطراف كما يقضى به في الاموال عند أبي حنيفة ولا يقضى به في النفس وله ولاية التصرف في الحال والمآل فيسلي التصرف فيما دون النفس ويملك الاب الصلح عن القصاص في النفس ومادونه لانه لملك الاستيفاء فلا يملك الصلح أولى لانه أنفع من الاستيفاء وكذا الوصي يملك الصلح عن القصاص فيادون النفس لانه يملك الاستيفاء فيادون النفس فكذا الصلح عنه لانه أنفع وهل يملك الصلح عن القصاص في النفس ذكر في كتاب الصلح انه لا يملك وذكر في الجامع الصغير انه يملك وكذا روى القدوري رحمه الله فعلى رواية الجامع يحتاج الى الفرق بين الاستيفاء وبين الصلح (ووجه) الفرق بينهما ظاهر لما ذكرنا أن القصاص تصرف في النفس بتحصيل الحياة والتشفي ولا ولاية له على نفسه فلا يملك الاستيفاء فأما الصلح فتصرف في المال وله ولاية التصرف في المال وانه فرق واضح (وجه) رواية الصلح أن الصلح اعتياض عن القصاص فاذا لم يملك القصاص فكيف يملك الاعتياض عنه ولو صالح الاب أو الوصي على أقل من الدية في الخطأ وشبه العمد لا يجوز لان الخطأ تبرع وهما لا يملكان التبرع بمال اليتيم والخطأ القليل والكثير سواء بخلاف الغبن اليسير في البيع انهما يملكانه والفرق أن الخطأ نقصان متحقق لان الدية مقدرة بمقدار معلوم فالنقصان عنه متحقق وان قل والنقصان في البيع غير متحقق لان العوض فيه غير مقدور باختلافه بتقويم المقومين فاذا لم يتقدر العوض لا يتحقق النقصان (ومنها) أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله كالاب والجد والوصي لان الصلح تصرف في المال فيختص بمن يملك التصرف فيه (ومنها) أن لا يكون مرتدًا عند أبي حنيفة وعندهما صلحه نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة لكن عند محمد نقاذ تصرف المريض وعند أبي يوسف نقاذ تصرف من عليه القصاص في النفس والمسئلة تعرف في موضعها ان شاء الله تعالى وأما المرتدة فصلحها جائز بلا خلاف لان حكمها حكم الحربية الا انها اذا التحقت بدار الحرب وقضى القاضي بذلك بطل بعضه دون بعض كصلح الحربية لثبوت أحكام أهل الحرب في حقها بالتحقق بدار الحرب

فصل وأما الشرائط التي ترجع الى المصالح عليه فأنواع (منها) أن يكون مالا فلا يصح الصلح على الحر والميتة والدم وصيد الاحرام والحرم وكل ما ليس بمال لان في الصلح معنى المعاوضة مما لا يصح عوضا في البياعات لا يصح بدل الصلح وكذا اذا صالح على عبد فاذا هو حر لا يصح الصلح لانه تبين أن الصلح لم يصادف محله وسواء كان المال عينا أو ديناً أو منفعة ليست بعين ولا دين لان العوض في المعاوضات المطلقة قد يكون عينا وقد يكون ديناً وقد يكون منفعة الا انه يشترط القبض في بعض الاعراض في بعض الاحوال دون بعض وجملة الكلام فيه أن المدعى لا يخلو من أحد وجوه (اما) أن يكون عينا وهو ما يحتمل التعيين مطلقا جنسا ونوعا وقد اوصفت واستحقاقا كالعروض من الثياب والعقار من الارضين والدور والحيوان من العبيد والدواب والمكيل من الخنطة والشعير والموزون من الصفر والحديد (واما) أن يكون ديناً وهو ما لا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف سوى الدراهم والدنانير والثياب الموصوفة والحيوان الموصوف (واما) أن يكون منفعة (واما) أن يكون حقاً ليس بعين ولا دين ولا منفعة وبذل الصلح لا يخلو من أن يكون عينا أو ديناً أو منفعة والصلح لا يخلو من أن يكون عن اقرار المدعى عليه أو عن انكاره أو عن سكوته فان كان المدعى عينا فصالح منها عن اقرار يجوز سواء كان بدل الصلح عينا أو ديناً بعد أن كان معلوم القدر والصفة الا الحيوان والا ثياب الا بجميع شرائط

السلم لان هذا الصالح من الجانبين جميعا في معنى البيع فكان بدل الصلح في معنى الثمن وهذه الاشياء تصلح ثمنافى
 البياعات عينا كانت أو دينارا الا الحيوان لانه يثبت دينافى الذمة بدلا عما هو مال أصلا والياب لا يثبت دينافى الذمة
 الا بشرائط السلم من بيان القدر والوصف والاجل والمسكيل والموزون يثبتان في الذمة مطلقا في المعاوضة المطلقة
 من غير أجل ولا يشترط قبضه في المجلس لانه ليس بصرف ولا في ترك قبضه افتراق عن دين بدين بل هو افتراق عن
 عين بعين أو عين بدين وكل ذلك جائز وان كان دينافان كان دراهم أو دنانير فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين (اما)
 ان صالح منها على خلاف جنسها أو على جنسها فان صالح منها على خلاف جنسها فان صالح منها على عين جاز لان
 الصلح عليها في معنى بيع الدين بالعين وانه جائز ولا يشترط القبض وان صالح منها على دين سواء لا يجوز لانه بائع
 ما ليس عنده لان الدراهم والدنانير أثمان أبدأ وما وقع عليه الصلح مبيع فالصلح في هذه الصورة يقع بيع ما ليس عند
 البائع وانه منهي عنه وان صالح منها على جنسها فان صالح من دراهم على دراهم فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان
 صالح على مثل حقه (واما) ان صالح على أقل من حقه (واما) ان صالح على أكثر من حقه فان صالح على مثل
 حقه قدر او وصفا بان صالح من ألف جياذ على ألف جياذ فلا شك في جوازه ولا يشترط القبض لان هذا استيفاء
 عين حقه أصلا ووصفا لو صالح على أقل من حقه قدر او وصفا بان صالح من ألف الجياذ على خمسمائة نهرجة يجوز
 أيضا ويحمل على استيفاء بعض عين الحق أصلا والبراء عن الباقي أصلا ووصفا لان أمور المسلمين محمولة على
 الصلاح والسداد ما أمكن ولو حمل على المعاوضة يؤدي الى البر بالانه يصير بائعا لخمسمائة وانه ربا فيحصل على
 استيفاء بعض الحق والبراء عن الباقي ولا يشترط القبض ويجوز مؤجلا لان جوازه ليس بطريق المعاوضة ليكون
 صرفا وكذلك ان صالح على أقل من حقه ووصفا لا قدر بان صالح عن ألف جياذ على ألف نهرجة أو صالح على أقل
 من حقه قدر لا ووصفا بان صالح من ألف جياذ على خمسمائة جيدة يجوز ويحمل على استيفاء البعض والخط
 والبراء والتجوز بدون الحق أصلا ووصفا يجوز من غير قبض ومؤجلا ولو صالح على أكثر من حقه قدر او وصفا
 بان صالح من ألف نهرجة على ألف وخمسمائة جياذ أو صالح على أكثر من حقه قدر لا ووصفا بان صالح من ألف جياذ
 على ألف وخمسمائة نهرجة لا يجوز لانه ربا لانه يحمله على المعاوضة هنا لتعذر حمله على استيفاء البعض واسقاط الباقي
 وان صالح على أكثر من حقه ووصفا لا قدر بان صالح من ألف نهرجة على ألف جياذ جاز ويشترط الحلول أو
 التقبض حتى لو كان الصلح مؤجلا ان لم يقبض في المجلس يبطل لانه صرف (وأما) اذا صالح على أكثر من حقه
 ووصفا أو أقل منه قدر بان صالح من ألف نهرجة على خمسمائة جياذ لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف
 الآخر وكان يقول أولا لا يجوز ثم رجع (وجه) قوله الاول ان هذا حط بعض حقه وهو خمسمائة نهرجة فيبقى عليه
 خمسمائة نهرجة الا أنه أحسن في القضاء بخمسمائة جيدة فلا يمنع عنه حتى انه لو امتنع لا يكون عليه الا خمسمائة نهرجة
 (وجه) ظاهر الرواية ان الصلح من ألف النهرجة على الخمسمائة الجيدة اعتياض عن صفة الجودة وهذا لا يجوز لان
 الجودة في الاموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلة جنسها لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديها سواء فلا يصح
 الاعتياض عنها لسقوط قيمتها شرعا والساقط شرعا والعدم الاصل سواء ولان الصلح على هذا الوجه لا يخلو اما أن
 يجعل استيفاء عين الحق أو يجعل معاوضة لا سبيل الى الاول لان حقه في الردى لا في الجيد فيحمل على المعاوضة
 فيصير بائعا ل ألف نهرجة بخمسمائة جيدة فيكون ربا وكذلك حكم الدنانير والصلح منها على دنانير كحكم الدراهم في جميع
 ما ذكرنا ولو صالح من دراهم على دنانير أو من دنانير على دراهم جاز ويشترط القبض في المجلس لانه صرف ولو ادعى
 ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم الى شهر جاز وطريق جوازه بان يجعل حطا لا معاوضة لانه لو جعل
 معاوضة لبطل لانه يصير بعض المائة عوضا عن الدنانير والبعض عوضا عن الدراهم فيصير بائعا تسعمائة بخمسين
 فيكون ربا وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وأمكن أن يجعل حطا للدنانير أصلا وبعض الدراهم

وذلك تسعاً وثلاثين البعض وذلك مائة إلى شهر وكذلك لو كان عليه ألف درهم وكر فصالحه على مائة جاز وطريق جوازه أن يجعل حطاً واسقاطاً للكر لا معاوضة لأن استبدال المسلم فيه لا يجوز ولو كان المالا ن عليه لرجلين لأحدهما دراهم والآخرون نير فصالحه على مائة درهم جاز وطريق جوازه أن يعتبر معاوضة في حق أحدهما وحطاً واسقاطاً في حق الآخر وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينيهما من الدراهم والدنانير فالقدر الذي أصاب الدنانير يكون عوضاً عنها فيكون صرفاً فإيراعى فيه شرائط الصرف فيشترط القبض في المجلس والقدر الذي أصاب الدراهم لا يجوز أن يجعل عوضاً لأنه يؤدي إلى الربا فيجعل الصلح في حقه استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي والأصل أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حقه من الدراهم والدنانير يعتبر استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي ومتى وقع على أكثر من جنس حقه منها أوقع على جنس آخر من الدين والعين يعتبر معاوضة لأنه لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق وإبراء عن الباقي لأن استيفاء عين الحق من جنسه يكون ولم يوجد فيعتبر معاوضة فما جازت به المعاضات يجوز هذا وما فسدت به تلك يفسد به هذا وقد ذكرنا بعض مسائل هذا الأصل وعلى هذا إذا صلح من ألف حالة على ألف مؤجلة جاز ويعتبر حطاً للحلول وتأجيلاً للدين وتجوز بدون من حقه لا معاوضة ولو صلح من ألف حالة على خمسمائة قد ذكرنا أنه يجوز ويعتبر استيفاء لبعض حقه وإبراء عن الباقي وأما إذا صلح على خمسمائة أن يعطيها إياه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (أما) أن وقت لاداء الخمسمائة وقتاً (وأما) أن لم يوقت فإن لم يوقت فالصلح جائز ويكون حطاً للخمسمائة لأن هذا الشرط لا يفيد شيئاً لم يكن من قبل ألا ترى أنه لو لم يذكر لزمه الإعطاء فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وكذلك الخط على هذا إن قال الغريم حطت عنك خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة لما بينا وأن وقت بان قال صلحتك على خمسمائة على أن تعطيني اليوم أو على أن تعجلها اليوم فاما أن اقتصر على هذا القدر ولم ينص على شرط عدم وإما أن نص عليه فقال فإن لم تعطني اليوم أو أن لم تعجل اليوم أو على أن تعجلها اليوم فالألف عليك فإن نص عليه فإن أعطاه وعجلت في اليوم فالصلح ماض وبرى عن خمسمائة وإن لم يعطه حتى مضى اليوم فالألف عليه بلا خلاف وكذلك الخط على هذا (وأما) إذا اقتصر عليه ولم ينص على شرط عدم فإن أعطاه في اليوم برى عن خمسمائة بالاجماع وأما إذا لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح والألف عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف الصلح ماض وعليه خمسمائة فقط (وجه) قوله أن شرط التعجيل ما أفاده شيئاً لم يكن من قبل لأن التعجيل كان واجباً عليه بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو سكت عنه لكان الأمر على ما وصفنا فكذا هذا بخلاف ما إذا قال فإن لم تفعل فكذا إلا أن النصيص على عدم الشرط نفي للمشروط عند عدمه فكان مفيداً (وجه) قولهما أن شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انقضاء العقد عند عدمه بدلاً لحال تصرف العاقل لأن العاقل يقصد بتصرفه الاستفادة دون اللغو واللعب والعيب ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للعالم لأن التعجيل ثابت بدونه فيجعل ذكر شرط التعجيل ظاهراً شرطاً لا نقضاً للعقد عند عدم التعجيل فصار كأنه نص على هذا الشرط فقال فإن لم تعجل فلا صلح بيننا ولو كان كذلك لكان الأمر على ما نص عليه فكذا هذا وتبين بهذا أن هذا تعليق القسح بالشرط لا تعليق العقد كما إذا باع بألف على أن ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فإن لم ينقده فلا بيع بينهما وذلك جائز لدخول الشرط على القسح لا على العقد فكذا هذا وكذلك لو أخذ منه كفيلاً وشرط على الكفيل أنه أن لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر فعليه كل المال وهو الألف فهو جائز والألف لازمة للكفيل أن لم يوفه لأنه جعل عدم إيفاء الخمسمائة إلى رأس الشهر شرطاً للكفالة بألف فإذا وجد الشرط ثبت المشروط ولو ضمن الكفيل الألف ثم قال حطت عنك خمسمائة على أن توفي رأس الشهر خمسمائة فإن لم تفعل فالألف عليك فهذا أوثق من الباب الأول لأن هذا هنا علق الخط بشرط التعجيل وهو إيفاء الخمسمائة رأس الشهر وجعل عدم هذا الشرط شرطاً لا نقضاً للخط وفي الباب الأول جعل عدم التعجيل شرطاً للعقد وهو الكفالة بالألف والقسح للشرط أقبل من العقد لذلك كان الثاني

أوثق من الاول وكذلك لو جعل المال نجو ما بكفيل أو بغير كفيل وشرط أنه ان لم يوفه كل نجم عند محله فالمال حال عليه فهو جائز على ما شرط لانه جعل الاخلال بنجم شرط الحلول كل المال عليه وأنه صحيح ولو كان له عليه ألف فقال بأدلى من الالف خمسمائة غدا على أنك برى من الباقي فان أدى اليه خمسمائة غدا يبرأ من الباقي اجماعا وان لم يؤد فعليه الالف عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ليس عليه الا خمسمائة وقد مرّت المسئلة ولو قال ان أديت الى خمسمائة فانت برى من الباقي أو قال متى أديت فادى اليه خمسمائة لا يبرى عن الخمسمائة الباقية حتى يبرئه وكذلك اذا قال لمكاتبه ذلك فادى خمسمائة لا يبرأ عن الباقي حتى يبرئه لان هذا تعليق البراءة بالشرط وانه باطل بخلاف ما اذا كان بلفظ الصلح أو الخط أو الامر لان ذلك ليس تعليق البراءة بالشرط على ما مر ولو قال لمكاتبه ان اديت الى خمسمائة فانت حر فادى خمسمائة عتق لان هذا تعليق العتق بالشرط وذلك في حق المكاتب صحيح ولو كان له على انسان ألف مؤجلة فصالح منها فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان صالح منها على أقل من حقه أو على تمام حقه وكل ذلك لا يخلو من ان يشترط التعجيل أو لا يشترط فان صالح على أقل من حقه قدر أو ووصفاً أو قدراً أو وصفاً ولم يشترط التعجيل لما وقع عليه الصلح جازو يكون حطاً وتجاوزاً بدون حقه وله ان يأخذ الباقي بعد حل الاجل وان شرط التعجيل فالصلح باطل به عليه رد ما قبض والرجوع برأس ماله بعد حل الاجل لان فيه معاوضة الاجل وهو التعجيل بالخط وهذا لا يجوز لان الاجل ليس بمال وان صالح على تمام حقه جاز وان شرط التعجيل فان صالح من ألف مؤجلة على ألف معجلة لكن بشرط القبض قبل الافتراق عن المجلس وكذلك حكم الدنانير على هذا ولو كان الواجب عليه قيمة المستهلك فان كان المستهلك من ذوات القيمة فصالح فان صالح على الدراهم والدنانير حالة أو مؤجلة جاز الصلح لان الواجب في ذمته قبل التلف صورة ومعنى كذا الاستهلاك تحقيقاً للمأثلة المتعلقة ثم يملكه بأداء الضمان فاذا صالح كان هذا الصلح على عين حقه فيجوز على أى وصف كان وان صالح على غير الدراهم والدنانير ان كان عيناً جاز ولا يشترط القبض وان كان ديناً موصوفاً يجوز أيضاً لكن القبض في المجلس شرط ولو كان الواجب عليه مثل المستهلك فان كان من ذوات الامثال كالمكيل والموزون الذى ليس في تبعيضه ضرر فحكم الصلح فيه كحكم الصلح في كراخطة فنقول والله التوفيق اذا كان المدعى ديناً سوى الدراهم والدنانير فان كان مكايلاً ان كان كراخطة مثلاً فصالح منه لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح على جنسه أو على خلاف جنسه فان صالح على جنسه لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه (واما) على أقل منه (واما) ان صالح على أكثر منه فان صالح على مثل حقه قدر أو وصفاً جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وان صالح على أقل من حقه قدر أو وصفاً جاز ويكون حطاً لا معاوضة لما ذكرنا في الدراهم ولا يشترط القبض ويكون مؤجلاً وان صالح على أقل من حقه وصفاً لا قدر أو جاز أيضاً ويكون استيفاء لعين حقه أصلاً وبراءة عن الصفة فلا يشترط القبض ويجوز حتى لا يبطل بالتأجيل أو تركه ويعتبر رضا بدون حقه ولو صالح على أكثر من حقه قدر أو وصفاً أو قدراً لا وصفاً لا يجوز لانه راو ان صالح على أكثر منه وصفاً لا قدر أو بان صالح من كره ردى على كرجيد جاز ويعتبر معاوضة احترازاً عن الافتراق عن دين بدين ولو صالح منه على كرم مؤجل جاز لانه حط حقه في الحلول ورضى بدون حقه كإفاد الدراهم والدنانير هذا اذا كان أكثر الدين حالاً فان كان مؤجلاً فصالح على بعض حقه أو على تمام حقه فهو على التفصيل الذى ذكرنا في الصلح من الالف المؤجلة من غير تفاوت هذا اذا صالح من السكر على جنسه فان صالح على خلاف جنس حقه فان كان السكر الذى عليه سلباً لا يجوز بحال لان الصلح على خلاف جنس المسلم فيه يكون معاوضة وفيه استبدال المسلم فيه قبل قبضه الا أن يكون الصلح منه على رأس المال يجوز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال يكون اقالة للسلم وفسخاً له وذلك جائز وان لم يكن سلباً فصالح على خلاف جنس حقه فان كان ذلك من الدراهم والدنانير جاز ويشترط القبض وان كان معيناً مشاراً اليه لانه لا تتعين بالتعيين فكان ترك قبضه افتراقاً عن دين بدين وان كان ذلك من الكيليات

وهو عين جاز ولا يشترط القبض وان كان موصوفا في الذمة جاز أيضا فارق بين هذا وبين ما اذا كان عليه دراهم أو دنانير فصالح منها على مكيل أو موزون موصوف في الذمة انه لا يجوز لان ذلك مبيع ألا ترى انه قوبل بالاثمان والمبيع ما يقابل بالثمن وهذا لا يقابل بالثمن فلا يكون مبيعا إلا انه لا بد من القبض في المجلس احترازا من الافتراق عن دين بدين وان كان من العروض والحيوان فان كان عيناً جاز وان كان ديناً يجوز في الثياب الموصوفة اذا أتى بشرائط السلم لكن القبض في المجلس شرط احتراز عن الافتراق عن دين بدين ولا يجوز في الحيوان الموصوف بحال لانه لا يثبت ديناً في الذمة بدلا عما هو مال وكذلك اذا كان المدعى موزوناً ديناً موصوفا في الذمة فصالح منه على جنسه أو على خلاف جنسه الى آخر ما ذكرنا في المكيل الموصوف هذا اذا كان المدعى مكيلاً أو موزوناً ديناً موصوفا في الذمة فان كان ثوب السلم فصالح منه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منه على جنسه واما ان صالح منه على خلاف جنسه فان صالح على جنسه فهو على ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه أو أكثر منه أو أقل فان صالح على مثل حقه قدر او وصفا فان صالح من ثوب هر وى جيد على ثوب هر وى جيد جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وكذلك ان صالح على أقل من حقه قدر او وصفا أو وصفاً لا قدر ويجوز ويكون هذا استيفاء لبعض عين حقه وخطأً للباقي وبراءة أصله ووصفاً لا براءة عن المسلم فيه صحيح لان قبضه ليس بواجب وان صالح على أقل من حقه قدر الا وصفاً بان صالح من ثوب ردى على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الدراهم والدنانير والمكيل والموزون الموصوفين بان صالح من ألف نهر جرة على خمسمائة جياة أو صالح من كر ردى على نصف كر جيد أو صالح من من حديد ردى على نصف من جيد انه لا يجوز والفرق ان المانع من الجواز هو الاعتياض عن الجودة هنا جائز لان الجودة في غير الاموال الربوية عند مقابلة ما يجنسها لها قيمة بخلاف الاموال الربوية وهذا لان الاصل ان تكون الجودة متقومة في الاموال كلها لانها صفة مرغوبة تبذل العوض في مقابلتها الا ان الشرع أسقط اعتبارها في الاموال الربوية نعبدا بقوله جيدها ورد ثيابها سواء بقيت متقومة في غيرها على الاصل فيصح الاعتياض عنها وان صالح على أكثر من حقه قدر او وصفاً بان صالح من ثوب هر وى جيد على ثوب بين هر وىين جيد يجوز لكن يشترط القبض لان جوازه بطريق المعاوضة والجنس باشراده بحرم النساء فلا بد من القبض لئلا يؤدي الى الربا وكذلك ان صالح على أكثر من حقه قدر الا وصفاً بان صالح عن ثوب هر وى جيد على ثوب بين هر وىين رديين جاز والقبض شرط لما ذكرنا ولو صالح على أكثر من حقه وصفاً لا قدر بان صالح من ثوب ردى على ثوب جيد جاز لانه معاوضة اذ لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق لان الزيادة غير مستحقة له فيحمل على المعاوضة ويشترط القبض لئلا يؤدي الى الربا وان صالح على خلاف جنس حقه كائنا ما كان لا يجوز ديناً كان أو عيناً لان فيه استبدال المسلم فيه قبل القبض وانه لا يجوز الا على رأس مال السلم لان الصلح عليه يكون اقالة وفسخا لا استبدالاً وان كان المدعى حيواناً موصوفاً في الذمة في قتل الخطأ أو شبه العمد فصالح فنقول الجملة فيه ان هذا في الاصل لا يخلو من وجهين (اما) ان صالح على ما هو مقرر في باب الدية في الجملة (واما) ان صالح على ما ليس بمقرر في الباب أصلاً وكل ذلك لا يخلو اما ان صالح قبل تعيين القاضي نوعاً من الانواع المقروضة أو بعد تعيينه نوعاً منها فان صالح على المقر وض قبل تعيين القاضي بان صالح على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار أو على مائة من الابل أو على مائة بقرة أو على ألفي شاة أو على مائتي حلة جاز الصلح وهو في الحقيقة تعيين منها للواجب من أحد الانواع المقروضة بمنزلة تعيين القاضي فيجوز ويكون استيفاء عين حقه الواجب عند اختياره ذلك فعلاً برضا القاتل وكذا اذا صالح على أقل من المقر وض يكون استيفاء لبعض عين الحق وبراءة عن الباقي وان صالح على أكثر من المقر وض لا يجوز لانه ربا ولو صالح بعد ما عين القاضي نوعاً منها فان صالح على جنس حقه المعين جاز اذا كان مثله أو أقل منه وان كان أكثر لا يجوز لانه ربا وان صالح على خلاف الجنس المعين فان كان من جنس المقر وض في الجملة بان عين القاضي مائة من الابل فصالح على مائة من البقر أو أكثر

جاز وتكون معاوضة لان الابل تعينت واجبة بتعيين القاضى فلم يبق غيره واجبا فكانت البقر بدلا عن الواجب
 في الذمة فكانت معاوضة ولا بد من القبض احترازاً عن الافتراق عن دين بدين وكذلك اذا كان من خلاف
 جنس المقر وض بأن صالح على مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير جاز ويكون معاوضة ويشترط التقابض
 لما قلنا ولو صالح على قيمة الابل أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان قيمة الابل دراهم ودنانير وانها ليست
 من جنس الابل فكان الصلح عليها معاوضة فيجوز قل أو أكثر ولا يشترط القبض وكذلك اذا صالح من الابل على
 دراهم في الذمة وافتراق من غير قبض جاز وان كان هذا افتراقاً عن دين بدين لان هذا المعنى ليس بمعاوضة بل هو استيفاء
 عين حقه لان الحيوان الواجب في الذمة وان كان ديناً لكنه ليس بدين لازم الا ترى ان من عليه اذا جاء بقيمته يغير
 من له على القبول بخلاف سائر الديون فلا يكون افتراقاً عن دين بدين حقيقة هذا اذا قضى القاضى عليه بالابل فان
 قضى عليه بالدراهم والدنانير فصالح من مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير أو بقر ليس عنده لا يجوز لان ما يقابل
 هذه الاشياء دراهم أو دنانير وانها أثمان فتتبع هذه بمبيعة وبيع المبيع الذى ليس بمعين لا يجوز الا بطريق السلم هذا
 اذا صالح على المقر وض في باب الديه فاما اذا صالح على ما ليس بمقر وض أصلاً كالكيل والموزون سوى الدراهم
 والدنانير ونحو ذلك مما لا يدخل له في الفرض قبل تعيين القاضى جاز وان كانت قيمته أكثر من المقر وض لكن
 القبض في المجلس شرط لانه معاوضة فيجوز ولا بد من القبض لما قلنا وان كان بعد تعيين القاضى فهو على ما ذكرنا من
 التفصيل وكذلك حكم الصلح عن انكار المدعى عليه وسكوته بحكم الصلح عن اقراره في جميع ما وصفنا هذا الذى
 ذكرنا اذا كان بدل الصلح مالا عيناً أو ديناً فاما اذا كان منفعة بأن صالح على خدمة عبد بعينه أو ركوب دابة بعينها أو
 على زراعة أرض أو سكنى دار وقتاً معلوماً جاز الصلح ويكون في معنى الاجارة سواء كان الصلح عن اقرار المدعى
 عليه أو عن انكاره أو عن سكوته لان الاجارة تملك المنفعة بموض وقد وجد اما في موضع الاقرار فظاهر لان بدل
 الصلح عوض عن المدعى وكذلك في موضع الانكار في جانب المدعى وفي جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة
 واليمين وكذلك في السكوت لان الساكت منكر حكماً سواء كان المدعى عيناً أو ديناً لكن تملك المنفعة قد يكون بالعين وقد
 يكون بالدين كما في سائر الاجارات وان كان المدعى منفعة فان كانت المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من
 سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وأصل المسئلة في كتاب الاجارات
 واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما تصح به الاجارات ويفسد بما تفسد به ولصاحب العبد أن يعتقه لان
 صحة الاعتاق يقف على قيام ملك الرقبة وانه قائم فأشبهه اعتاق المستأجر والمهون وليس له أن يبيعه لان جواز البيع
 بعد ملك اليد ولم يوجد فلا يجوز بيعه كالعبد المستأجر والمهون وله أن يؤاجره من غيره لان منفعته صارت مملوكة
 له بالصلح فان شاء استوفاه بنفسه وان شاء ملكها من غيره كالعبد المستأجر وله أن يؤاجره من المدعى عليه في مدة
 الصلح عند أبي يوسف ولا يبطل الصلح كما لو آجره من غيره وعند محمد لا يجوز ويبطل الصلح كما لو آجره من المؤاجر
 في مدة الاجارة وانه لا يجوز بالاجماع وتبطل الاجارة الاولى ولا يجب على المستأجر شئ من الاجارة كذا هذا وله
 أن يسافر به وذكروا في الاجارة ان من استأجر عبد للخدمة لم يكن له أن يسافر به للتفاوت بين خدمتي السفر والحضر
 والفرق ان المسافر بالعبد المستأجر للخدمة الحاق الضرر بالاآجر لان مؤنة الرد في باب الاجارة عليه وبما يلزمه برده
 مؤنة تزيد على الاجارة فيتضرر به فلم يملك المسافر به دفعا للضرر عنه وهذا المعنى ههنا منعدم لان مؤنة الرد لا تلزم
 صاحب العبد فأشبه العبد الموصى بخدمته والعبد المهون وهما يملكان المسافر به كذا هذا ولو ادعى على رجل داراً في
 يده فانكر المدعى عليه فصالحه على أن يسكن المدعى عليه الذى في يده الدار سنة ثم يدفعها الى المدعى جاز لان المدعى
 متصرف في ملك نفسه ببذل المنفعة للمدعى عليه في زعمه سنة والمدعى عليه متصرف في ملك نفسه باستيفاء المنفعة
 لنفسه في المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرفاً في ملك نفسه في زعمه فيجوز ومنها أن يكون متقوماً فلا يصح

الصلح على الخمر والخنزير من المسلم لانه ليس بمال متقوم في حقه وكذا اذا صلح على دن من خل فاذا هو خمر لم يصح لانه تبين انه لم يصادف محله ومنها أن يكون مملوكا للمصالح حتى انه اذا صلح على مال ثم استحق من يد المذموم لم يصح الصلح لانه تبين انه ليس بمملوك للمصالح فبين ان الصلح لم يصح ومنها أن يكون معلوما لان جهالة البذل تؤدي الى المنازعة فتوجب فساد العقد الا اذا كان شيئا لا يفتقر الى القبض والتسليم كما اذا ادعى رجلان كل واحد منهما على صاحبه حقا ثم تصالحا على ان جعل كل واحد منهما ما ادعاه على صاحبه صلحا مما ادعاه عليه صاحبه يصح الصلح وان كان مجهولا لان جهالة البذل لا تمنع جواز العقد لعينها بل لا فضاها الى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم فاذا كان مالا يستغنى عن التسليم والتسليم لا يفيض الى المنازعة فلا يمنع الجواز الا ان الصلح من القصاص في النفس وما دونه تتحمل الجهالة القليلة في البذل كما تتحمل في المهر في باب النكاح والخلع والاعتاق على مال والكتابة لما علم ولو صلح على مسيل أو شرب من نهر لا حق له في رقبته أو على أن يحمل كذا وكذا جذا على هذا الخاطئ وعلى أن يسيل ميزابه في داره أيا ما معلومة لا يجوز لان ما وقع عليه الصلح في هذه المواضع مفتقر الى القبض والتسليم فلم تكن جهالة محتملة لهذا لا يجوز بيعه فلا يصح الصلح عليها والا صل ان كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه وما لا فلا

فصل وما الذي يرجع الى المصالح عنه فأنواع أحدها أن يكون حق العبد لا حق الله عز وجل سواء كان مالا عينا أو ديناً أو حقاً ليس بمال عين ولا دين حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بأن أخذ زانيا أو سارقاً من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال أن لا يرفعه الى ولي الا مر لانه حق الله تعالى جل شأنه ولا يجوز الصلح من حقوق الله تعالى عز شأنه لان المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه اما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض واسقاط الباقي أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز في غير حقه وكذا اذا صلح من حد القذف بأن قذف رجلاً فصالحه على مال على أن يعفو عنه لانه وان كان للعبد فيه حق فالمغلب فيه حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالعدم شرعاً فكان في حكم الحقوق المتمحضة حق الله تعالى عز وجل وانها لا تحتل الصلح كذا هذا وكذلك لو صلح شاهد ايريد أن يشهد عليه على مال على أن لا يشهد عليه فهو باطل لان الشاهد في اقامة الشهادة محتسب حقاً لله تعالى عز شأنه قال الله سبحانه وتعالى وأقيموا الشهادة لله والصلح عن حقوق الله عز وجل باطل ويجب عليه رد ما أخذ لانه أخذه بغير حق ولو علم القاضي به أبطل شهادته لانه فسق الا أن يحدث توبة فتقبل ويجوز الصلح عن التعزير لانه حق العبد وكذا يصح عن القصاص في النفس وما دونه لان القصاص من حق العبد سواء كان البذل عينا أو ديناً الا اذا كان ديناً يشترط القبض في المجلس احترازاً عن الافتراق عن دين بدني وسواء كان معلوماً أو مجهولاً جهالة غير متفاحشة حتى لو صلح من القصاص على عبد أو ثوب هروى جاز لان الجهالة قلت ببيان النوع لان مطلق العبد يقع على عبد وسط ومطلق الثوب الهروى يقع على الوسط منه فتقل الجهالة فيصح الصلح وله الخيار ان شاء أعطى الوسط من ذلك وان شاء أعطى قيمته كافي النكاح فاما اذا صلح على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز لان الثياب والدواب أجناس تحتها أنواع مختلفة وجهالة النوع متفاحشة فتمنع الجواز وكذا جهالة الدور لا خلاف الا ما كن ملحقة بجهالة الثوب والدابة فتمنع الجواز كافي باب النكاح والا صل ان كل جهالة تمنع صحة التسمية في باب النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص وما لا فلا لان ما وقع عليه الصلح والمهر كل واحد منهما يجب بدلا عما ليس بمال والجهالة لا تمنع من الصحة لعينها الا ترى ان الشرع ورد بهر المثل في باب النكاح مع أنه مجهول القدر وانما يمنع منها لا فضاها الى المنازعة ومبنى النكاح والصلح من القصاص على المسامحة كالانسان يسامح بنفسه مالا يسامح بماله عادة فلا يكون القليل من الجهالة مفضياً الى المنازعة فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع لان مبناه على المما كسة والمضايقة لكونه معاوضة مال بمال والانسان يضايق بماله مالا يضايق بنفسه فهو الفرق والله عز وجل الموفق واذا لم يصح الصلح لتفاحش جهالة البذل يسقط القصاص وتجب الدية وفي النكاح

يجب مهر المثل الآن بينهما فرقا من وجه فانه لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شيء آخر ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل (وجه) الفرق ان الخمر اذا لم تصلح بدل الصلح بطلت تسميته وجعل لفظة الصلح كناية عن العفو وذلك جائز لان العفو الفضل وفي الصلح معنى الفضل فأمكن جعله كناية عنه وبعد العفو لا يجب شيء آخر فأما لفظ النكاح فلا يحتمل العفو ولو احتمله فالعفو عن حق الغير لا يصح فيبقى النكاح من غير تسمية فيجب مهر المثل كما اذا سكت عن المهر أصلا فهو الفرق وسواء كان البذل قدر الدية أو اقل أو أكثر لقوله تعالى فن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان قوله عز وجل فن عفي له أي أعطى له كذا روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقوله عز شأنه فاتباع بالمعروف أي فليتبع مصدر بمعنى الامر فقد أمر الله تبارك وتعالى الولي بالاتباع بالمعروف اذا أعطى له شيء واسم الشيء يتناول القليل والكثير فدللت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمدة اذا صالح على أكثر من الدية لا يجوز والفرق ان بدل الصلح في باب الخطأ وشبه العمد عوض عن الدية وانها مقدرة بمقدار معلوم لا تزيد عليه فالزيادة على المقدر تكون ربا فاما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص والقصاص ليس من جنس المال حتى يكون البذل عنه زيادة على المال المقدر فلا يتحقق الربا فهو الفرق وأما كون المصالح عنه معلوما فليس بشرط لجواز الصلح حتى ان من ادعى على آخر حقا في عين فأقر به المدعى عليه أو أنكر فصالح على مال معلوم جاز لان الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الاسقاط ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد البذلين فيصح بطريق الاسقاط فلا يؤدي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم والقبض لان الساقط لا يحتمل ذلك وقد مر ان الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح والثاني ان يكون حق المصالح والثالث ان يكون حقا ثابتا له في الحل فلا يكون حقا له أولا يكون حقا ثابتا له في الحل لا يجوز الصلح عنه حتى لو أن امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبييا في يده انه ابنه منها وجحد الرجل فصالحته عن النسب على شيء فالصلح باطل لان النسب حق الصبي لا حقا فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها ولو ان الصلح اما اسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملها ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شيء على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل لانه لا حق للشفيع في الحل انما الثابت له حق التملك وهو ليس لمعنى في الحل بل هو عبارة عن الولاية وانها صفة الوالى فلا يحتمل الصلح عنه بخلاف الصلح عن القصاص لان هناك الحل يصير مملوكا في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا في الحل فلك الاعتياض عنه بالصالح فهو الفرق وكذلك الكفيل بالنفس اذا صالح على مال على ان يبرئه من الكفالة فالصلح باطل لان الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة الوالى فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة وهل تبطل الكفالة في رابتيان في رواية لا تبطل لانه ما رضى بسقوط حقه الا بعوض ولم يسلم له فلا يسقط حقه وفي رواية يسقط لان البراءة لا تقف صحته على العوض فيصح وان لم يسلم العوض فاذا صح انه اسقاط فالساقط لا يحتمل العود وعلى هذا اذا كان لرجل ظلة على طريق أو كتيف شارعه أو مزابه فخاصمه رجل وأراد أن يطرحه فصالحه على مال فهذا لا يخلو من وجهين اما أن يكون الطريق نافذا واما أن لا يكون نافذا فاذا كان نافذا فخاصمه رجل من المسلمين وأراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل لان رقة الطريق النافذ لا تكون ملكا لاحد من المسلمين وانما لهم حق المرور وانه ليس بحق ثابت في رقة الطريق بل هو عبارة عن ولاية المرور وانه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع ما انه لا فائدة في هذا الصلح لانه ان سقط حق هذا الواحد بالصلح فالباقي حق القلع وكذا لو صالح الثاني مع هذا المتقدم اليه على مال يأخذ من المتقدم اليه الطرح فالصلح باطل لان الطرح واجب عليه فأخذ المال عليه يكون رشوة هذا اذا كان الطريق نافذا فأما اذا لم يكن نافذا فصالحه رجل من أهل الطريق على مال للترك فالصلح جائز لان رقة الطريق هنا مملوكة لاهل السكة فكان لكل واحد منهم فيها

ملكاً فجاز الصلح عنه وكذا استناط حق كل واحد منهم بالصلح مفيد لا حبال تحصيل رضا الباقي ولا يحتمل ذلك في الوجه الاول لانهم لا يحصبون وكذا الوصال الثاني مع واحد منهم على مال للترك جاز ويطيب له المال لان رقة الطريق ملوكهم على الشركة فكان لكل واحد منهم فيها نصيب فكان الصلح اعتياضاً عن ملكه فصيح فاما في طريق المسلمين فلا ملك لاحد فيها ولا حق ثابت في المحل فلم يكن الصلح اعتياضاً عن ملك ولا حق ثابت في المحل فبطل وذكر الجصاص أن جواز الصلح في طريق غير نافذ محمول على ما إذا بنى على الطريق فاما إذا شرع الى الهواء فلا يجوز لانه اعتياض عن الهواء ولو ادعى على رجل مالا وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فطلب منه اليمين فصالح عن اليمين على أن لا يستحلفه جاز الصلح وبرى من اليمين وكذا إذا قال المدعى عليه صالحتك من اليمين التي وجبت لك على أو قال افتديت منك يمينك بكذا وكذا أصبح الصلح لان هذا صلح عن حق ثابت للمدعى لان اليمين حق المدعى قبل المدعى عليه قال عليه الصلاة والسلام في قصة الحضرمي والكندى ألك بينة قال لا قال أذك بينة جعل اليمين حق المدعى فكان هذا صلحاً عن حق ثابت شرعاً للمدعى وكذا الملك في المدعى ثابت في زعمه فكان الصلح عن حق ثابت في حقه وفي حق المدعى عليه وهو بدل المال لا سقاط الخصومة والافتداء عن اليمين ولو قال المدعى عليه اشتريت منك اليمين على كذا أو قال المدعى بعت منك اليمين على كذا لا يصح فقد خالف الصلح البيع حيث جاز بلفظ الصلح والافتداء ولم يحجز بلفظ البيع والشراء ولو ادعى على رجل انه عبده فأنكر فصالحه على مائة درهم جاز لان هذا صلح عن حق ثابت في حق المدعى لان الرق ثابت في حقه فكان الصلح في حقه اعتاقاً على مال فيصالحه إلا أن الولاء لا يكون له لا نكار المدعى عليه الرق فان أقام المدعى بعد ذلك بينة لا تقبل الا في حق اثبات الولاء وكذلك لو صالحه على حيوان في الذمة الى أجل كان جائزاً لان الرق ثابت في حق المدعى فكان بدل الصلح بدلاً عن العتق في حقه فأشبهه بدل الكتابة فيجوز على حيوان في الذمة ولو ادعى على رجل على امرأة نكاحاً فجحدته فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز لان النكاح حق ثابت في حق المدعى فكان الصلح على حق ثابت فكان في معنى الخلع إذ هو أخذ المال بالضع وقد وجد فكان جائزاً وفي حقه بدل مال لا سقاط الخصومة وانه جائز أيضاً للنص ولو ادعت امرأة على رجل نكاحاً فجحد الرجل فصالحها على مال بذلها لا يجوز لانه لا يتخلو اما أن يكون النكاح ثابتاً أو لم يكن ثابتاً فان لم يكن ثابتاً كان دفع المال اليها من الرجل في معنى الرشوة وان كان ثابتاً لا تثبت الفرقة بهذا الصلح لان العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضاً عن شيء فلا يجوز ولو ادعى على انسان مائة درهم فأنكر المدعى عليه فتصالحا على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برىء فالصلح باطل والمدعى على دعواه حتى لو أقام بينة أخذها به لان قوله على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برىء تعليق البراءة بالشرط وانه باطل لان في البراءة معنى التملك والاصل في التملك ان لا يحتمل التعليق بالشرط وان لم تكن له بينة وأراد استحقاقه فهو على وجهين ان كان ذلك الحلف عند غير القاضي فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى لان تلك اليمين غير معتبرة لانها غير واجبة ولا تنقطع بها خصومة فلم يكن معتداً بها وان كان عند القاضي لم يستحلفه ثانياً لان الحلف عند القاضي معتد به فقد استوفى المدعى حقه مرة فلا يجب الايفاء ثانياً ولو تصالحا على أن يحلف المدعى عليه فاذا حلف فالمال واجب على المدعى عليه فهو باطل لان هذا تعليق وجوب المال بالشرط وانه باطل لكونه قماراً ولو ادعى انساناً ودبعة ثم طلبها منه فقال المودع هلك أو قال رددتها وكذب المودع وقال استهلكتم افتصالحا على شيء فالصلح باطل عند أبي يوسف وعند محمد صحيح (وجه) قول محمد ان هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة ويمين متوجهة فيصالح كما في سائر المواضع (وجه) قول أبي يوسف ان المدعى مناقض في هذه الدعوى لان المودع أمين المالك وقول الامين قول المؤتمن فكان اخباره بالرد والهلاك اقراراً من المودع فكان مناقضاً في دعوى الاستهلاك والتناقض يمنع صحة الدعوى الا أنه يستحلف لكن لا يدفع الدعوى لانها مندفة لبطلانها بل للتمهة وإذا لم تصح الدعوى لا يصح

الصلح ولو ادعى المودع الاستهلاك ولم يقل المودع انها هلكت أو رددتها فصالحا على شيء جاز لأن دعوى الاستهلاك صحيحة واليمين متوجهة عليه فصح الصلح ولو طلب المودع الوديعة فجحدها المودع وقال لم تودعني شيئا ثم قال هلكت أو رددتها وقال المودع بل استهلكتها فصالحا جاز لأن المالك يدعى عليه ضمان العيب بالوجود إذ هو سبب لجوب الضمان وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية والمضاربة لأن كل ذلك أمانة ولو اشترى من رجل عبد أقطع فيه بيع وبخاصة فيه ثم صالحه على شيء أو حط من ثمنه شيئا فإن كان العبد مما يجوز رده على البائع وله المطالبة بارش العيب دون الرد فالصلح جائز لأن الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل وهو صفة سلامة المبيع عن عيب وانما من قبيل الاموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصح وكذا الصلح عن الارش معاوضة مال بمال لا شك فيه واذا صار المبيع بمال لا يملك رده على البائع ولا المطالبة بارشه بأن باع العبد فالصلح باطل لأن حق الدعوى والخصومة فيها قبل البيع قد بطل بالبيع فلا يجوز الصلح ولو صالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بيضا في عين العبد فالحل بطل الصلح ويرد ما أخذ لأن المعوض وهي صفة السلامة قد عادت فيعود المعوض فبطل الصلح ولو طعن المشتري بعيب فصالحه البائع على أن يريه من ذلك العيب ومن كل عيب فهو جائز لأن البراءة عن العيب ابراء عن صفة السلامة واسقاط لها وهي مستحقة على البائع فيصح الصلح عنها والبراءة عن كل عيب وان كان ابراء عن الجهول لكن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فلا تمنع صحة البراءة للفقهاء الذي مر قبل هذا أن الجهالة لعينها غير مانعة بل لا فضائها إلى المنازعة المانعة من التسليم والتبض والذي وقع الصلح والبراءة عنه لا يفتقر إلى التسليم والتبض فلا تضره الجهالة وكذلك لو لم يطعن المشتري بعيب فصالحه البائع من كل عيب على شيء فالصلح جائز لأنه وإن لم يطعن بعيب فله حق الخصومة فصالحه لا بطل هذا الحق ولو خاصمه في ضرب من العيوب نحو الشجاج والقرح فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب غيره كان له أن يخصمه فيه لأن الصلح وقع عن نوع خاص فكان له حق الخصومة في غيره ولو اشترى شيئا من امرأة فظهر به عيب فصالحته على أن تزوجه فهو جائز وهذا اقرار منها بالعيب فإن كان يبلغ ارش العيب عشرة دراهم فهو مهرها وإن كان أقل من ذلك بكل لها عشرة دراهم لأن ارش العيب لما صار مهرها والنكاح معاوضة البضع بالمهر فاذا نكحت نفسها فقد أقرت بالعيب وكذلك لو اشترى شيئا بارش عيب كان اقرارا بالعيب لأن الشراء معاوضة فالأقدام عليه يكون اقرارا بالعيب بخلاف الصلح حيث لا يكون اقرارا بالعيب لأن الصلح مرة يصح معاوضة ومرة يصبح اسقاطا فلا يصح دليلا على الاقرار بالشك والاحتمال ولو اشترى ثوبين كل واحد عشرة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزيده في ثمن الآخر درهما فالرد جائز وزيادة الدرهم باطل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز شيء من ذلك (وجه) قوله ان الرد بالعيب فسخ والفسخ بيع جديد بمنزلة الاقالة والبيع تبطله الشرط الفاسدة (وجه) قوله ان هذا تعليق الزيادة في الثمن بالشرط وانه باطل لأن الزيادة تلحق بأصل العقد وأصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط لأنه في معنى القمار فكذلك الزيادة عليه فاما الرد ففسخ العقد وانه يحتمل الشرط لجائز ولو ادعى على امرأة نكاحا فجدت فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح فأقرت فهو جائز وتجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها لأن اقرارها بالنكاح محمول على الصحة ولو ادعى على إنسان ألفا وأنكر المدعى فصالحه على مائة درهم على أن يقر له بالألف فهو باطل لأن المدعى لا يخلو اما أن يكون صاقا في دعواه الألف واما أن يكون كاذبا فيها فإن كان صادقا فيها فالألف واجبة على المدعى عليه ويكون أخذ المعوض عليه في معنى الرشوة وانه حرام وإن كان كاذبا في دعواه فقرار المدعى عليه بالألف التزام المال ابتداء وهذا لا يجوز ولو قال لامرأة أعطيتك مائة درهم على أن تكوني امرأتى ففعلت ذلك فهو جائز اذا كان بحضور من الشهود ويجعل كناية عن انشاء النكاح وكذا لو قال تزوجتك أمس على ألف درهم فجدت فقال أزيدك مائة على أن تقر لي بالنكاح فأقرت جاز ولها ألف ومائة ويحمل اقرارها على الصحة والله عز وجل

أعلم هذا الذي ذكرنا إذا كان الصلح بين المدعى والمدعى عليه (وأما) إذا كان بين المدعى واللاجني المتوسط أو التبرع فلا يخلو أمان كان ذلك بأمر المدعى عليه أو بغير أمره فإن كان بأمره يصح لأنه وكيل عنه والصلح مما يحتمل التوكيل به وإن كان بغير أمره فهو صلح القضولى وأنه على خمسة أوجه أحدها أن يضيف الضمان الى نفسه بأن يقول للمدعى صالحتك أو أصالحك من دعواك هذه على فلان على ألف درهم على أنى ضامن لك الالف أو على أن على الالف والثاني أن يضيف المال الى نفسه بأن يقول على النى هذه أو على عبدى هذا والثالث أن يعين البدل وإن كان لا ينسبه الى نفسه بأن يقول على هذه الالف أو على هذا العبد والرابع أن يسلم البدل وإن لم يعين ولم ينسب بأن قال صالحتك على ألف وسلمها اليه والخامس أن لا يفعل شيئا من ذلك بأن يقول صالحتك على الف درهم أو على عبد وسط ولم يزد عليه ففي الوجوه الاربعه يصح الصلح لقوله تعالى انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين اخويكم وهذا خاص في صلح المتوسط وقوله عز شأنه والصلح خير وهذا عام في جميع أنواع الصلح لدخول الالف واللام على الصلح وانهما لا يستغراق الجنس ولأنه بالصلح في هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع باسقاط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه ان كان الصلح عن اقرار وإن كان عن انكار باسقاط الخصومة فيصبح تبرعه كما اذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداء ومتى صح صلحة يجب عليه تسليم البدل في الوجوه الثلاثة وليس له أن يرجع على المدعى عليه لأن التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على مانذ كره في فصل الحكم ان شاء الله تعالى (وأما) في الوجه الخامس فموقوف على اجازة المدعى عليه لان عند انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتمكين لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه فلا يكون متصرفا على نفسه بل على المدعى عليه فيقف على اجازته فان أجاز نفذ ويجب البدل عليه دون المصالح لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ولو كان وكيلاً من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله فكذلك اذا تحقق التوكيل بالاجازة وان رده بطل لان التصرف على الانسان لا يصح من غير اذنه واجازته ثم انما يصح صلح القضولى اذا كان حرا بالغا فلا يصح صلح العبد المأذون والصبي لانهما ليسا من أهل التبرع وكذا الخلع من الاجنبى على هذه الفصول التى ذكرنا بأن كان باذن الزوج أو المرأة يصير وكيلاً ويجب المال على المرأة دون الوكيل وإن كان بغير اذنها فهو على الفصول التى ذكرنا في الصلح وكذلك الزيادة في الثمن من الاجنبى على هذا التفصيل ان كان باذن المشتري يكون وكيلاً ويجب على المشتري وإن كان بغير اذنه فعلى ما ذكرنا من الفصول وكذلك العفو والصلح عن دم العمد من الاجنبى على هذه الفصول ثم لا يخلو أمان صالح على المفروض أو على غير المفروض بمقدار المفروض أو بأكثر منه قبل تعيين القاضى أو بعده على ما تقدم والاصل فيه أنه يجوز من صلح الاجنبى ما يجوز من صلح القاتل وما لا فلا وبيان ذلك انه اذا صالح القضولى على خمسة عشر ألفاً وعلى ألفى دينار وضمن قبل تعيين القاضى الواجب على العاقلة جاز الصلح على عشر آلاف درهم وعلى ألف دينار وتبطل الزيادة لما ذكرنا ان القضولى بالصالح في مثل هذا الموضع متبرع بقضاء دين على التبرع عليه وليس عليه الا هذا القدر فلا يصح تبرعه عليه بالزيادة كمن كان له على آخر الف درهم دين ف قضى عنه الفين بغير أمره له أن يسترد الزيادة هذا اذا صالح على المفروض فان صالح على جنس آخر جاز لان المانع من الجواز هو الرأى لا يجرى في مختلفى الجنس وكذلك لو صالح على مائتى بعير بعينها أو بغير عينها جاز صلحه على المائة لأن القاتل لو فعل ذلك بنفسه لما جاز الا على المائة فكذا القضولى لما ذكرنا ثم ان كانت بغير أعيانها فالواجب عليه مائة من الابل على الاسنان الواجبة في باب الدية لان مطلق الابل في هذا الباب ينصرف الى الواجب وان كانت بأعيانها فالواجب مائة منها والخيار الى الطالب لان الرضا بالكل يكون رضا البعض فان كان في اسنان الابل نقصان عن اسنان الابل الواجبة في باب الدية فالطالب أن يرد الصلح لان صلح الطالب على الزيادة على المفروض محمول على ان غرضه انه لو ظهر نقصان في السن لا يجبر بزيادة العدد فاذا لم يحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فاختلف رضاه بالنقصان فأوجب حق النقص ولو صالح على مائة على

استان الدية وضمنها فوجائز ولا خيار للطالب لان الصلح على مائة على استنان الدية استيفاء عين الحق وان كان القاضي عين الواجب فقصى عليه بالدرهم فصالح المتوسط على النقي دينار جاز ولا بد من القبض في المجلس كما لو فعله القاتل بنفسه لانه صرف في راعى له شرائطه والله تعالى أعلم

فصل (وأما) بيان حكم الصلح فنقول وبالله التوفيق ان للصلح أحكاماً بعضها أصلي لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع وبعضها دخيل يدخل في بعض أنواع الصلح دون البعض أما الأصل فهو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعاً حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك وهذا حكم لازم جنس الصلح فأما الدخيل فأنواع منها حق الشفعة للشفيع وجملة ان المدعى لو كان داراً أو بدل الصلح سوى الدار من الدراهم والدنانير وغيرهما فان كان الصلح عن اقرار المدعى عليه ثبت للشفيع فيها حق الشفعة لانه في معنى البيع من الجانبين فيجب حق الشفعة وان كان الصلح عن انكار لا يثبت لانه ليس في معنى البيع من جانب المدعى عليه بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته على المدعى عليه فان كانت للمدعى بينة أقامها للشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لان باقامة البينة تبين له أن الصلح كان في معنى البيع وكذلك ان لم تكن له بينة خلف المدعى عليه فنكل وان كان بدل الصلح داراً أو الصلح عن اقرار المدعى عليه ثبت للشفيع حق الشفعة في الدارين جميعاً لما مر أن الصلح هنا في معنى البيع من الجانبين فصار كأنهما تباعا داراً بدار فبأخذ الشفيع كل دار الدار المشفوعة بقيمة الدار الاخرى وان تصالحا على أن يأخذ المدعى الدار المدعاة و يعطى المدعى عليه داراً أخرى فان كان الصلح عن انكار وجبت فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما لان هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين وان كان الصلح عن اقرار لا يصح لان الدارين جميعاً ملك المدعى لاستحالة أن يكون ملكه بدلاً عن ملكه واذا لم يصح الصلح لا تجب الشفعة ولو صالح عن الدار على منافع لا تثبت الشفعة وان كان الصلح عن اقرار لان المنفعة ليست بعين مال فلا يجوز أخذ الشفعة بها وان كان الصلح عن انكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ولا يثبت في الدار المدعاة لان الاخذ بالشفعة يستدعي كون المأخوذ مبيعاً في حق من يأخذ منه لان الصلح عن انكار في جانب المدعى معاوضة فكان بدل الصلح بمعنى البيع في حقه اذا كان عيناً فكان للشفيع حق الاخذ منه بالشفعة وفي جانب المدعى عليه ليس بمعاوضة بل هو اسقاط الخصومة ودفع اليمين عن نفسه فلم يكن للدار المدعاة حكم المبيع في حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها بالشفعة الا أن يدلى بحجة المدعى فيقيم البينة أو يحلف المدعى عليه فينكل على ما ذكرنا ومنها حق الرد بالعيب وانه يثبت من الجانبين جميعاً ان كان الصلح عن اقرار لانه بمنزلة البيع وان كان عن انكار يثبت في جانب المدعى ولا يثبت في جانب المدعى عليه لان هذا بمنزلة البيع في حقه لا في حق المدعى عليه والعيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام البينة أخذ حصصه العيب وان لم يثبت للمدعى عليه حق الرد بالعيب لم يرجع في شيء وكذا لو استحق عليه الدار وقد بنى فيها بناء فنقض لا يرجع على المدعى بقيمة البناء وكذلك لو كان المدعى جارية فاستولدها لم يكن مغروراً ولا يرجع قيمة الولد لان ما أخذه المدعى ليس بدل المدعى في حقه الا أنه اذا استحققت الدار المدعاة يرجع على المدعى بما أدى اليه لان المؤدى بدل الخصومة في حقه وقد تبين أنه لا خصومة له فيه فكان له حق الرجوع بالمؤدى ولو وجد بدل الصلح عيباً فلم يقدر على رده للهلاكه أو للزيادة أو للتعصان في يد المدعى فان كان الصلح عن اقرار يرجع على المدعى عليه بحصة العيب في المدعى وان كان عن انكار يرجع بحصة العيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام البينة أخذ حصصه العيب وكذلك اذا حلفه فنكل وان حلف فلا شيء عليه ومنها الرد بخيار الرؤية في نوعي الصلح وقرق الطحاوي بينهما والحق الرد في الصلح عن انكار ببذل الصلح عن القصاص وبالمر و بدل الخلع والرد بخيار الرؤية غير ثابت في تلك العقود فكذا ههنا وفي كتاب الصلح أثبت حق الرد في النوعين جميعاً من غير فصل هو الصحيح لان الخيار ثبت للمدعى فيستدعي كونه معاوضة عن حقه وقد وجد وكذلك الاحكام تشهد بصحة هذا

على ما ذكر ومنها أنه لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولاً في نوعي الصلح فلا يجوز للمدعي بيعه وهبته ونحو ذلك وإن كان عقاراً يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز ويجوز ذلك في الصلح عن القصاص للمصلح أن يبيعه ويرى عنه قبل القبض وكذلك المهر والخلع والفرق إن المانع من الجواز في سائر المواضع التحرز عن انفساخ العقد على تقدير الهلاك ولم يوجد هنا لأن الصلح عن القصاص بما لا يحتمل إلا انفساخ فلا حاجة إلى الصيانة بالمنع كالمرور وبذا تبين أن الحاق العقد بالعقد الذي هو مبادلة مال بغير مال على ما ذكره الطحاوي غير سديد ولو صالح عن القصاص على عين فهلكت قبل التسليم فعليه قيمتها لأن الصلح لم ينفسخ في حق وجوب التسليم وهو عاجز عن تسليم العين للمصلح فيجب تسليم القيمة (ومنها) أن الوكيل بالصلح إذا صالح ببدل الصلح يلزمه أو يلزم المدعي عليه فهذا في الأصل لا يخلو من وجهين إما أن يكون الصلح في معنى المعاوضة وإما أن يكون في معنى استيفاء عين الحق فإن كان في معنى المعاوضة يلزمه دون المدعي عليه لأنه يكون جاري بجرى البيع وحقوق البيع راجعة إلى الوكيل وإن كان في معنى استيفاء عين الحق فهذا على وجهين أيضاً إما أن ضمن بدل الصلح وإما أن لم يضمن فإن لم يضمن لا يلزمه لأنه يكون سفيراً بمنزلة الرسول فلا ترجع إليه الحقوق وإن ضمن لزمه بحكم الكفالة لا بحكم العقد (وأما) الفضولي فإن نفذ صلحه فالبطلان عليه ولا يرجع به على المدعي عليه لأنه متبرع وإن وقف صلحه فإن رده المدعي عليه بطل ولا شيء على واحد منهما وإن أجاز له جاز والبطلان عليه دون الفضولي.

فصل وأما بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده فنقول والله التوفيق ما يبطل به الصلح أشياء (منها) الإقالة فيما سوى القصاص لأن ما سوى القصاص لا يخلو عن معنى معاوضة المال بالمال فكان محتملاً للنسخ كالباع ونحوه (فأما) في القصاص فالصلح فيه اسقاط محض لأنه عفو والعفو اسقاط فلا يحتمل النسخ كالطلاق ونحوه (ومنها) الحاق المرتد بالحرب أو موته على الردة عند أبي حنيفة بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده على الإسلام والحقوق بدار الحرب والموت فإن أسلم نفذ وإن لحق بدار الحرب وقضى القاضي به أو قتل أو مات على الردة تبطل وعندهما نافذة والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب يبطل من صلحها ما يبطل من صلح الحريرة لأن حكمها حكم الحريرة والمسئلة تعرف في موضعها إن شاء الله تعالى (ومنها) الرد بخيار العيب والرؤية لأنه يفسخ العقد لعلم (ومنها) الاستحقاق وأنه ليس بإبطالاً حقيقياً بل هو بيان أن الصلح لم يصبح أصلاً لأنه بطل بعد الصحة لأنه إبطال من حيث الظاهر لنفاذ الصلح ظاهراً فيجوز إلحاقه بهذا القسم لكنه ليس بإبطال حقيقة فكان إلحاقه بقسام الشرائط على ما ذكرنا أولى وأقرب إلى الصناعة والفقهاء فكان أولى (ومنها) هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة لأنه بمعنى الإجازة وأما تبطل بموت أحد المتعاقدين وأما هلاك ما وقع الصلح على منفعة هل يوجب بطلان الصلح فلا يخلو أما إن كان حيواناً كالعبد والذابة أو غير حيوان كالدار والبيت فإن كان حيواناً لا يخلو أما إن هلك بنفسه أو باستهلاكه فإن هلك بنفسه يبطل الصلح إجماعاً وإن هلك باستهلاكه فلا يخلو من ثلاثة أوجه إما أن استهلكه أجنبي وإما أن استهلكه المدعي عليه وإما أن استهلكه المدعي فإن استهلكه أجنبي بطل الصلح عند محمد وقال أبو يوسف لا يبطل ولكن للمدعي الخيار إن شاء نقض الصلح وإن شاء اشترى له قيمته عبداً يخدمه إلى المدة المضروبة (وجه) قول محمد أن الصلح على المنفعة بمنزلة الإجازة لأن الإجازة تملك المنفعة بعوض وقد وجد ولهذا ملك الإجازة العبد من غيره بمنزلة المستأجر في باب الإجازة والإجازة تبطل بهلاك المستأجر سواء هلك بنفسه أو باستهلاكه كذا هذا (وجه) قول أبي يوسف أن هذا صلح فيه معنى الإجازة وكما أن معنى المعاوضة لازم في الإجازة فعني استيفاء عين الحق أصل في الصلح فيجب اعتبارهما جميعاً ما مكن ومعلوم أنه لا يمكن استيفاء الحق من المنفعة لأنها ليست من جنس المدعي فيجب تحقيق معنى الاستيفاء من محل المنفعة وهو الرقبة ولا يمكن ذلك إلا بعد ثبوت الملك له فيها فتجعل كأنه ملكه في حق استيفاء حقه منها وبعد القتل إن تعذر الاستيفاء من عينها يمكن من بدلها فكان له أن يستوفي من البطلان يشتري له عبداً فيخدمه إلى

المدة المشروطة وله حق النقص أيضاً لتعذر محل الاستيفاء وان استهلك المدعى عليه بان قتله أو كان عبداً فأعنته يبطل الصلح أيضاً وقيل هذا قول محمد فأما على أصل أبي يوسف فلا يبطل وتلزمه القيمة ليشتري له بها عبداً آخر بخدمة إلى المدة المشروطة كما إذا قتله أجنبي وكالراهن إذا قتل العبد المرهون أو أعتقه وهذا لأن رقبة العبد وان كانت مملوكة للمدعى عليه لكنها مشغولة بحق الغير وهو المدعى لتعلق حقه بها فتجب رعايتهما جميعاً بتنفيذ العتق ويضمن القيمة كما في الرهن وكذا لو استهلك المدعى بطل الصلح عند محمد وعند أبي يوسف لا يبطل وتؤخذ من المدعى قيمة العبد وشتري عبداً آخر بخدمة وهل يثبت الخيار للمدعى في نقض الصلح على مذهبه فيه نظر هذا إذا كان الصلح على منافع الحيوان فأما إذا كان على سكنى بيت فهلك بنفسه بان أنهدم أو باستهلاكه بان هدمه غيره لا يبطل الصلح ولكن لصاحب السكنى وهو المدعى الخيار ان شاء بناء صاحب البيت بيتاً آخر يسكنه إلى المدة المضروبة وان شاء نقض الصلح ولا يعذر هنا خلاف محمد لأن إجارة العبد تبطل بموته بالاجماع وإجارة الدار لا تبطل بانهدامها ولصاحب الدار أن يبنها مرة أخرى في بعض إشارات الروايات عن أصحابنا على ما مر في الاجارات ولو تصالحا عن انكار المدعى عليه على مال ثم أقر المدعى عليه بعد الصلح لا يفسخ الصلح لأن الإقرار مبين أن الصلح وقع معاوضة من الجانبين فكان مقر المصلح لا مبطلاً له ولو أقام المدعى البينة بعد الصلح لا تسمع بيئته إلا إذا ظهر ببدل الصلح عيب وأنكر المدعى عليه فأقام البينة ليرده بالعيب فتسمع بيئته وتبين أن للصلح الماضي حكم الصلح عن اقرار المدعى عليه فكل حكم ثبت في ذلك ثبت في هذا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الصلح إذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلاً فهو أن يرجع المدعى إلى أصل دعواه ان كان الصلح عن انكار وان كان عن اقرار فيرجع على المدعى عليه بالمدعى لا غيره إلا أن في الصلح عن قصاص إذا لم يصح كان له أن يرجع على القاتل بالدية دون القصاص إلا أن يصير مغروراً من جهة المدعى عليه فيرجع عليه بضمأن الغرور أيضاً وبيان هذه الجملة أنهم إذا اتفقا على الصلح فيما سوى القصاص أو رد البذل بالعيب وخيار الرؤية فيرجع المدعى بالمدعى ان كان عن اقرار وان كان عن انكار يرجع إلى دعواه لأن الإقالة والرد بالعيب وخيار الرؤية فسخ للعقد وإذا فسخ جعل كان لم يكن فعاد الأمر على ما كان من قبل وكذا إذا استحق لأن بالاستحقاق ظهر أنه لم يصح لقوات شرط الصحة فكانه لم يوجد أصلاً فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة إلا أن في الصلح عن القصاص عن اقرار لا يرجع بالمدعى وان فات شرط الصحة لأن صورة الصلح أو رثت شبهة في درء القصاص والقصاص لا يستوفى مع الشبهة فسقط لكن إلى بدل وهو الدية فأما المال وما سوى القصاص من الحقوق والحدود فيمكن استيفاءه مع الشبهة فأمكن الرجوع بالمدعى ولا يرجع بشيء آخر إلا إذا صار مغروراً من جهة المدعى عليه بان كان بدل الصلح جارية فتبضعها واستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها وأخذها وأخذ عقرها وقيمة ولدها وقت الخصومة فإنه يرجع على المدعى عليه بالمدعى وبما ضمن من قيمة الولد ان كان الصلح عن اقرار لأنه صار مغروراً من جهته وان كان الصلح عن انكار يرجع إلى دعواه لا غير فإن أقام البينة على صحة دعواه أو حلف المدعى عليه فنكل حينئذ يرجع بما ادعى وقيمة الولد لأنه تبين أنه كان مغروراً فأفبرج عليه بضمأن الغرور ولا يرجع بالعقر في نوعي الصلح لأن العقر بدل لمنفعة المستوفى فكان عليه العقر وان كان الصلح عن القصاص في النفس أو مادونها فصالح على جارية فاستولدها ثم استحققت فإنه يرجع على المدعى عليه بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الدان كان الصلح عن اقرار ولا يرجع بالعقر ما ذكرنا وان كان الصلح عن انكار يرجع إلى دعواه لا غير فإن أقام البينة أو حلف المدعى عليه فنكل يرجع بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد لما قلنا وان حلف لا يرجع بشيء أو صالح المتوسط على عبد معين فاستحق العبد أو وجد به عيباً فردته حتى بطل الصلح لا سبيل للمدعى على المتوسط ولكنه يرجع بالمدعى ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار يرجع إلى دعواه لأن المتوسط بهذا الصلح لا يضمن سوى تسليم العبد المعين ولو صالح على دراهم مائة وضمنها

ودفعها اليه ثم استحدثت أو وجدها زبوا فله ان يرجع على المصالح المتوسطة لانه بالضمان التزم تسليم الجارية وسلامة المضمون ولو استحدثت الدار المدعاة بعد الصلح عن اقرار أو عن انكار كان للمدعى عليه أن يرجع بما دفع (أما) في موضع الاقرار فلا شك فيه لان المأخوذ عوض في حقهما جميعاً (وأما) في موضع الانكار فلا ن المأخوذ عوض في حق المدعى عن المدعى عليه وقد فات بالاستحقات فيجب عليه رد عوضه هذا اذا استحق كل الدار فأما اذا استحق بعضها فان كان ادعى جميع الدار يرجع بحصة ما استحق لقوات بعض ما هو عوض عن المستحق وان كان ادعى فيها حقاً لم يرجع بشئ لجواز أن يكون المدعى ما وراء المستحق واذا بطل الصلح على المنافع بموت أحد المتعاقدين وغير ذلك في أثناء المدة فان كان الصلح عن اقرار رجع بالمدعى بقدر ما لم يستوف من المنفعة وان كان عن انكار رجع الى الدعوى في قدر ما لم يستوف من المنفعة ولو صالح عن القصاص على دن من خمر فاذا هو خلع أو على عبد فاذا هو حر فهو على الاختلاف الذي عرف في باب النكاح الا ان فيما يجب مهر المثل هناك تجب الدية هنا وفيما تجب القيمة لرجل مثله هناك يجب ذاك هنا ولا يشبه هذا ما اذا صالح عن القصاص على خمر وهو يعلم بانه خمر أنه لا يجب شئ وهو هنا يجب شئ لان هناك صار منفر ورا من جهة المدعى عليه بتسمية العبد والخل وكل من غره في شئ يكون ملتزماً بما يلحقه من العهدة فيه فاذا ظهر الامر بخلافه كان له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان ومعنى الغرور لا يتقدر عند علمه بحال المسمى فتبقى لفظة الصلح كناية عن العفو وأنه مسقط للحق أصلاً فهو الفرق بين الامر بين والله عز وجل أعلم

كتاب الشركة

الشركة في الاصل نوعان شركة الاملاك وشركة العقود وشركة الاملاك نوعان نوع ثبت بفعل الشريكين ونوع ثبت بغير فعلهما (أما) الذي ثبت بفعلهما فتحوان يشتر ياشياً أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما فيقبلا فيصير المشتري والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركاً بينهما شركة ملك (وأما) الذي ثبت بغير فعلهما فال ميراثان ورثاشياً فيكون الموروث مشتركاً بينهما شركة ملك (وأما) شركة العقود فال كلام فيها يقع في مواضع في بيان أنواعها وكيفية كل نوع منها وركنه وفي بيان حكم الشركة وفي بيان صفة عقد الشركة وفي بيان ما يبطل العقد أما الاول فشركة العقود أنواع ثلاثة شركة بالاموال وشركة بالاعمال وتسمى شركة الابدان وشركة الصانع وشركة بالتقبل وشركة بالوجوه (أما) الاول وهو الشركة بالاموال فهو أن يشترك اثنان في رأس مال فيقولان اشتراكنا فيه على أن نشترى ونبيع معا أو شتى أو أطلقا على أن مار زق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا أو يقول أحدهما ذلك ويقول الآخر نعم ولو ذكرا الشراء دون البيع فان ذكرا ما يبدل على شركة العقود بان قالما اشترينا فهو بيننا أو ما اشتري أحدنا من تجارة فهو بيننا يكون شركة لانهم لما جعلوا ما اشتراه كل واحد بينهما علم انهما أراداه الشركة لا الوكالة لان الوكيل لا يوكل موكله عادة واذا لم يكن وكالة لا تقف صحته على ما تقف عليه صحة الوكالة وهو التخصيص ببيان الجنس أو النوع أو قدر الثمن بل يصح من غير بيان شئ من ذلك ان لم يذكرا الشراء ولا البيع ولا ما يبدل على شركة العقود بان قال رجل لغيره ما اشتريت من شئ فيبني وبينك أو قال فيبيننا وقال الآخر نعم فان أراد بذلك أن يكونا بمعنى شريكي التجارة كان شركة حتى تصح من غير بيان جنس المشتري ونوعه وقدر الثمن كما اذا نصح على الشراء والبيع وان أراد به أن يكون المشتري بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشرىكي التجارة بل يكون المشتري بينهما بعينه كما اذا أورتا أو وهب لهما كان وكالة لا شركة فان وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشتري وبيان نوعه أو مقدار الثمن في الوكالة الخاصة وهي أن يفوض الموكل الرأى الى الوكيل بان يقول ما اشتريت لي من عبد تركي أو جارية رومية فهو جائز أو ما اشتريت لي من عبد أو جارية بالف درهم فهو جائز أو بيان الوقت أو قدر الثمن أو جنس المشتري في الوكالة العامة بان يقول ما اشتريت لي من شئ اليوم

أو شهر كذا أو سنة كذا فهو جائز أو قال ما اشتريت لي من شيء بالف درهم فهو جائز أو ما اشتريت لي من الزواجر فهو جائز وإنما كان كذلك لأن مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة ويحتمل الوكالة فلا بد من النية فإن نوي به الشركة كان شركة في عموم التجارات لأن الأصل في الشركة العموم لأن المقصود منها تحصيل الربح وهذا المقصود لا يحصل إلا بتكرار التجارة مرة بعد أخرى ولا يشترط لها بيان شيء مما ذكرنا لأن ذلك ليس بشرط لصحة الشركة وإن نوي به الوكالة كان وكالة ويقف محتملها على شرائطها من الخاصة أو العامة لأن مبنى الوكالة على الخصوص لأن المقصود منها تملك العين لا تحصيل الربح منها فلا بد فيها من التخصيص ببيان ما ذكرنا إلا أنه يكتفي في الوكالة العامة ببيان أحد الأشياء التي وصفنا لأنه لما عممها بتقويض الرأي فيها إلى الوكيل فقد شبهها بالشركة فكان في احتمال الجهالة الفاحشة كالشركة لكنها وكالة والخصوص أصل في الوكالة فلا بد فيها من ضرب تخصيص فإن أتى بشيء مما ذكرنا جازت والا بطلت قال بشر سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فيني وبينك نصفين فقال الرجل نعم فإن أبا حنيفة رحمه الله قال هذا جائز وكذلك قال أبو يوسف وكذلك أن وقت مالا ولم يؤت يوما وكذا أن وقت صنفا من الثياب وبسبى عددا أو لم يسبب ثمنًا ولا يومًا وان قال ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك ولم يسبب شيئًا مما ذكرنا فإن أبا حنيفة رحمه الله قال لا يجوز وكذلك قال أبو يوسف لما ذكرنا أنه لما يذكر البيع ولا ما يدل على شركة العقود علم أنها وكالة فلا تصح إلا بضرب من التخصيص على ما بينا وذكر محمد في الأصل في رجلين اشتراكا بغير مال على أن ما اشتري اليوم فهو بينهما خصا صنفا من الأصناف أو عموما ولم يخصا فهو جائز وكذلك أن لم يؤت للشركة وقتا كان هذا جائزا لأنهما لم يجعلوا ما يشتره كل واحد بينهما دل على أنها شركة وليست بوكالة لأن الوكالة لا تكون من الجانبين عادة وإذا كان شركة فالشركة لا تحتاج إلى التخصيص قال وإن أشهد أحدهما أن ما يشتره لنفسه بغير محضر من صاحبه فكما اشتري ياشيأ فهو بينهما لأن الشركة لما سمحت كل واحد منهما وكيل الآخر فيا يشتره فهو بالاشهاد أنه يشترى لنفسه يريد إخراج نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك (وأما) الشركة بالأعمال فهو أن يشتركا على عمل من الخياطة أو القصارة أو غيرهما فيقولان اشتراكنا على أن نعمل فيه على أن مارزق الله عز وجل من أجرة فهي بيننا على شرط كذا (وأما) الشركة بالوجه فهو أن يشتركا وليس لهما مال لكن لهما واجهة عند الناس فيقولان اشتراكنا على أن نشترى بالنسيئة ونبيع بالنقد على أن مارزق الله سبحانه وتعالى من ربح فهو بيننا على شرط كذا أو سمي هذا النوع شركة الوجه لأنه لا يباع بالنسيئة إلا الوجه من الناس عادة ويحتمل أنه سمي بذلك لأن كل واحد منهما يواجه صاحبه ينتظر أن من يبيعهما بالنسيئة ويدخل في كل واحد من الأنواع الثلاثة العنان والمفاوضة ويفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة نذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى

فصل * وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة فقد قال أصحابنا إنها جائزة عنانا كانت أو مفاوضة وقال الشافعي رحمه الله شركة الأعمال والوجه لا جواز لها أصلا ورأسا (وأما) شركة الأموال فيجوز فيها العنان ولا تجوز فيها المفاوضة وقال مالك رحمه الله لا عرف المفاوضة وقيل في اشتقاق العنان أنه مأخوذ من العن وهو الأعراض يقال عن لي أي اعترض وظهر قال امرؤ القيس

فمن لنا شرب كأن نعاجه * عذارى دوار في ملاء مدبل

سمى هذا النوع مثل الشركة عنانا لأنه يقع على حسب ما يعين لهما في كل التجارات أوفي بعضها دون بعض وعند تساوى المالكين أو تفاضلها وقيل هو مأخوذ من عنان الفرس أن يكون بأحدى يديه ويده الأخرى مطلقا يفعل بها ما يشاء فسمى هذا النوع من الشركة عنانا لأنه لا يكون إلا في بعض الأموال ويتصرف كل واحد منهما في الباقي كيف يشاء أولان كل واحد منهما جعل عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه وكان أهل الجاهلية يتماطون هذه الشركة قال النابغة

وشاركنا قريشاً بقاها * وفي احسابها شرك العنان

(وأما) المفاوضة فقد قيل انها المساواة في اللغة قال القائل وهو العبدى

يهدى الامور بأهل الرأي ما صلحت * فان تولت فبالاشرار تنقاد

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهلهم سادوا

سمى هذا النوع من الشركة مفاوضة لا اعتبار المساواة فيه في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك على ما نذكر وقيل هي من التفويض لان كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه على كل حال (وأما) الكلام في شركة الاعمال والوجوه (فوجه) قول الشافعي رحمه الله ان الشركة تنبى عن الاختلاط ولهذا شرط الخلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاط الا في الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في هذين النوعين لانها وضعت لاستئناء المال بالتجارة لان نماء المال بالتجارة والناس في الاهتداء الى التجارة مختلفون بعضهم أهدى من البعض فسرعت الشركة لتحصيل غرض الاستئناء ولا بد من أصل يستنى ولم يوجد في هذين النوعين فلا يحصل ما وضع له الشركة فلا يجوز (ولنا) ان الناس يتعاملون بهذين النوعين في سائر الاعصار من غير انكار عليهم من أحد وقال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع أمتي على ضلالة ولأنهما يشتملان على الوكالة والوكالة جائزة والمشتمل على الجائز جائز وقوله ان الشركة سرعت لاستئناء المال فيستدعى أصلاً يستنى فنقول الشركة بالاموال سرعت لتنمية المال وأما الشركة بالاعمال أو بالوجوه فما سرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال والحاجة الى تحصيل أصل المال فوق الحاجة الى تميته فلما سرعت لتحصيل الوصف فلا تشرع لتحصيل الأصل أولى (وأما) الكلام في الشركة بالاموال فأما العنان فجائز باجماع فقهاء الامصار ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير نكير وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما روى أن أسامة بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفني فقال عليه الصلاة والسلام وكيف لا أعرفك وكنت شريكى ونعم الشريك لا تدارى ولا تمارى وأدنى ما يستدل به على الصلاة والسلام الجواز وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم والتقرير بأحد وجوه السنة ولان هذه العقود سرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استئناء المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستئناء فكان مشروعاً ولا يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة اجماعاً (وأما) المفاوضة (فأما) قول مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة فان عني به لا أعرف معناها في اللغة فقد بينا معناها في اللغة انها عبارة عن المساواة وان عني به لا أعرف جوازها فقد عرفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز بقوله عليه الصلاة والسلام تفاوضوا فانه أعظم للبركة ولانها مشتملة على أمرين جائزين وهما الوكالة والكفالة لان كل واحدة منهما جائزة حال الانفراد وكذا حالة الاجتماع كالعنان ولانها طريق استئناء المال أو تحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت جائزة كالعنان (وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله أن المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم والكفالة التي تتضمنها المفاوضة كفالة بمجهول وانها غير صحيحة حالة الانفراد فكذا التي تتضمنها المفاوضة ودليلنا على الجواز ما ذكرنا مع مالك رحمه الله (وأما) قوله المكفول له مجهول فنعم لكن هذا النوع من الجهالة في عقد الشركة عفو وان لم يكن عفو حالة الانفراد كما في شركة العنان فانها تشتمل على الوكالة العامة وان كان لا يصح هذا التوكيل حالة الانفراد وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وانها صحيحة وان كانت الوكالة العامة لا تصح من غير بيان حالة الانفراد فكذا هذا وان المعنى في ذلك الوكالة لا تثبت في هذا العقد مقصوداً بل ضمناً للشركة وقديت ثبت الشيء ضمناً وان كان لا يثبت قصداً ويشترط للتأب مقصوداً لا يشترط للتأب ضمناً وتبعاً كعزل الوكيل ونحو ذلك

فصل * وأما بيان شرائط جواز هذه الانواع فليجوزها شرائط بعضها يعم الانواع كلها وبعضها يخص البعض دون البعض (أما) الشرائط العامة فانواع (منها) أهلية الوكالة لان الوكالة لازمة في الكل وهي أن يصير كل واحد

منهما وكيل صاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الاعمال لان كل واحد منهما أذن لصاحبه بالشراء والبيع وتقبل الاعمال مقتضى عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن اذن فيشترط فيها أهلية الوكالة لماعلم في كتاب الوكالة (ومنها) أن يكون الربح معلوم القدر فان كان مجهولاً تفسد الشركة لان الربح هو المفقود عليه وجهالته توجب فساد العقد كما في البيع والاجارة (ومنها) أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً فان عينا عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة لان العتد يقتضى تحقق الشركة في الربح والتعيين يقطع الشركة لجواز أن لا يحصل من الربح الا القدر المعين لا أحدهما فلا يتحقق الشركة في الربح (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فيختلف (أما) الشركة بالاموال فلها شروط (منها) أن يكون رأس المال من الاثمان المطلقة وهي التي لاتعين بالتعيين في المفاوضات على كل حال وهي الدراهم والدنانير عانا كانت الشركة أو مفاوضة عند عامة العلماء فلا تصح الشركة في العروض وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الشركة في العروض والصحيح قول العامة لان معنى الوكالة من لوازم الشركة والوكالة التي يتضمنها الشركة لا تصح في العروض وتصح في الدراهم والدنانير فان من قال لغيره بيع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز واذا لم تجز الوكالة التي هي من ضرورات الشركة لم تجز الشركة ولو قال له اشتر بألف درهم من مالك على أن يكون ما اشتريته بيننا جاز ولان الشركة في العروض تؤدي الى جهالة الربح عند القسمة لان رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولاً فيؤدي الى المنازعة عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير لان رأس المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها فلا يؤدي الى جهالة الربح ولان النبي عايه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن والشركة في العروض تؤدي الى ربح ما لم يضمن لان العروض غير مضمونة بالهلاك فان من اشترى شيئاً بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيئاً آخر لان العرض تتعين بالتعيين فيسقط البيع فاذا لم تكن مضمونة فالشركة فيها تؤدي الى ربح ما لم يضمن وانه منهي بخلاف الدراهم والدنانير فانها مضمونة بالهلاك لانها لاتعين بالتعيين فالشركة فيها لا تؤدي الى ربح ما لم يضمن بل يكون ربح ما ضمن والحيلة في جواز الشركة في العروض وكل ما يتعين بالتعيين أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فتجوز بلا خلاف ولو كان من أحدهما درهم ومن الآخر عرض فالحيلة في جوازه أن يبيع صاحب العرض نصف عرضه بنصف درهم صاحبه ويتقاضيا ويخلطان جميعاً حتى يصير الدراهم بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز وأما التبرع فيلصق رأس مال الشركة ذكر في كتاب الشركة وجعله كالعرض وفي كتاب الصرف جعله كالائمان المطلقة لانه قال فيه اذا اشترى به فهلك لا يفسخ العقد والا مر فيه موكول الى تعامل الناس فان كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الاثمان المطلقة فتجوز الشركة بها وان كانوا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العرض ولا تجوز فيها الشركة (وأما) القلوس فان كانت كاسدة فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بها لانها عروض وان كانت نافقة فكذلك في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تجوز والكلام فيها مبني على أصل وهو ان القلوس الرائجة ليست أثماناً على كل حال عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانها لاتعين بالتعيين في الجملة وتصير مبيعاً باصلاح العاقلين حتى جاز بيع القلوس بالفلسين باعيانها عندهما فاما اذا لم تكن أثماناً مطلقة لا حتماً لها التعيين بالتعيين في الجملة في عقود المعاوضات لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض وعند محمد الثمنية لازمة للقلوس النافقة فكانت من الاثمان المطلقة ولهذا أنى جواز بيع الواحد منها بثنين فتصلح رأس مال الشركة كسائر الاثمان المطلقة من الدراهم والدنانير وروى عن أبي يوسف انه تجوز الشركة بالقلوس ولا تجوز المضاربة ووجهه ان المانع من جواز المضاربة جهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد لانه لا بد من تعيين رأس المال عند القسمة فاذا كسدت صار رأس المال قيمة والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وهذا المعنى لا يوجد

في الشركة لانهما عند الكساد يأخذان رأس المال عدد الاقيمة فكان الربح معلوما (وأما) الشركة بالمكيلات والموزونات التي ليست بأثمان مطلقة والعديدات المتقاربة التي لا تتفاوت فلا تجوز قبل الخلط في قولهم جميعا لانها انما تتعين بالتعيين اذا كانت عينا فكانت كالعروض ولان الوكالة التي تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط ألا يرى انه لو قال آخر قبل الخلط بيع حنطتك على أن يكون ثمنها بيننا لم يحجز وسواء كانت الشركة من جنسين أو من جنس واحد وأما بعد الخلط فان كانت الشركة في جنسين مختلفين لا تجوز في قولهم جميعا لان الحنطة اذا خلطت بالشعير خرجت من أن تكون ثمنا بدليل ان مستهلكها يضمن قيمتها لا مثلها وان كانت من جنس واحد فكذلك عند أبي يوسف لا تصح وانما تصير شركة ملك وعند محمد تصح الشركة فيها بعد الخلط وفائدة الاختلاف تظهر فيها اذا كان المكيل نصفين وشرط الربح أثلاثا فخلطاه واشترى به فعلى قول أبي يوسف الربح بينهما على قدر المالكين نصفين وعلى قول محمد على ما شرطه قول أبي يوسف مطرد على الاصل الذي ذكرنا ان المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست أثمانا على كل حال بل تكون تارة ثمنا وتارة مبيعا لانها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس (ووجهه) التخرج لمحمد ان معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فاشبهت الدراهم والدنانير بخلاف ما قبل الخلط لان الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا يصح فيها قبل الخلط والحيلة في جواز الشركة بالمكيلات وسائر الموزونات والعديدات المتقاربة على قول أبي يوسف أن يخلط حتى تصير شركة ملك بينهما ثم يعقد عليها عقد الشركة فيجوز عنده أيضا (ومنها) أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضرا لا دينيا ولا مالا غائبا فان كان لا تجوز عنانا كانت أم مفاوضة لان المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب فلا يحصل المقصود وانما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد لان عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده حتى لو دفع الى رجل ألف درهم فقال له اخرج مثلها واشتر بها ما يبيع فاربحت يكون بيننا فقام المأمور بالينة انه فعل ذلك جاز وان لم يكن المال حاضرا من الجانبين عند العقد لما كان حاضرا عند الشراء وهل يشترط خلط المالين وهو خلط الدراهم بالدنانير والدنانير بالدراهم قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط وبه أخذ الشافعي رحمه الله وعلى هذا الاصل يبنى ما اذا كان المالان من جنسين بان كان لهما دراهم والاخر دنانير ان الشركة جائزة عندنا خلافا لهما وكذلك اذا كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصالح مع المكسرة أو كانت دراهم أحدهما بيضاء والاخر سوداء وعلة ذلك في شركة العنان فهو على هذا الخلاف وروى عن زفر ان الخلط شرط في المفاوضة لا في العنان ولكن الطحاوي ذكر انه شرط فيهما عند زفر (وجهه) قوله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق معنى الشركة ولان من أحكام الشركة ان الهلاك يكون من المالين وما هلك قبل الخلط من أحد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة (ولنا) ان الشركة تشتمل على الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط كذا الشركة (وأما) قوله الشركة تنبئ عن الاختلاط فسلم لكن على اختلاط رأس المال أو على اختلاط الربح فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة فيجوز أن يكون تسميته شركة لا اختلاط الربح لا اختلاط رأس المال واختلاط الربح بوجود وان اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة لان الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة (وأما) ما هلك من أحد المالين قبل الخلط فانما كان من نصيب صاحبه خاصة لان الشركة لا تتم الا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر حتى لو هلك بعد الشراء باحدهما كان الهالك من المالين جميعا لانه هلك بعد تمام العقد (وأما) تسليم رأس مال كل واحد منهما الى صاحبه وهو التخلية بين ماله وبين صاحبه فليس بشرط في العنان والمفاوضة جميعا وانه شرط لصحة المضاربة والفرق بينهما يذكروا في كتاب المضاربة (ومنها) ما هو مختص بالمفاوضة وهو أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة بان يكونا حريين عاقلين لان من أحكام المفاوضة ان كل ما يلزم لاحدهما من حقوق ما يجز ان فيه يلزم

الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لئلا يكره فلا بد من أهلية الكفالة وشرائط أهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة (ومنها) المساواة في رأس المال قدر ما هي شرط صحة المفاوضة بلا خلاف حتى لو كان المالان متفاضلين قدر لم تكن مفاوضة لأن المفاوضة تنبني عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن وكذا القيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان أحدهما محاحا والآخر مكسرة أو كان أحدهما ألقابيا والآخر ألقابيا سوداء أو بينهما فضل قيمة في الصرف لم تجز المفاوضة في الرواية المشهورة لأن زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا تثبت المساواة التي هي من مقتضى العقد وروى اسمعيل بن حماد عن أبي يوسف أن أحدي الألفين إذا كانت أفضل من الأخرى جاز وكانت مفاوضة لأن الجودة في أموال الربا لا قيمة لها شرعا عندما يمتثل بها بجنسها فسط اعتبار الجودة فصار كأنهما على صفة واحدة وهل تشتط الحانسة في رأس المال بأن يكون كل واحد منهما دراهم أو يكون كل واحد منهما دنانير فعلى الرواية المشهورة لا تشتط حتى لو كان أحدهما دراهم والآخر دنانير جازت المفاوضة في الرواية المشهورة بعد أن استويا في القيمة ولا خلاف في أنهما إذا لم يستويا في القيمة لم تكن مفاوضة وروى عن أبي حنيفة عليه الرحمة أنه لا تكون مفاوضة وإن استويا في القيمة (وجه) هذه الرواية أن عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما في القيمة لأن القيمة تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف بالمساواة والصحيح هو الرواية المشهورة لأنهما من جنس الأثمان فكانت الحانسة ثابتة في الثمنية (ومنها) أن لا يكون لأحد المتفاوضين ما يصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة فإن كان لم تكن مفاوضة لأن ذلك يمنع المساواة وإن تفاضلا في الأموال التي لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال الغائب لأن ما لا تنعقد عليه الشركة كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل في الأزواج والأولاد (ومنها) المساواة في الربح في المفاوضة فإن شرط التفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة (ومنها) العموم في المفاوضة وهو أن يكون في جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لما في الاختصاص من إبطال معنى المفاوضة وهو المساواة وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة أنه لا تجوز مفاوضة بين المسلم وبين الذمي لأن الذمي يختص بتجارة لا تجوز ذلك للمسلم وهي التجارة في الحمر والخنزير فلم يستويا في التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند أبي يوسف يجوز لا استوائهما في أهلية الوكالة والكفالة وتجوز مفاوضة الذميين لا استوائهما في التجارة (وأما) مفاوضة المسلم والمتردد ذكر الكرخي أنها غير جائزة وكذا روى عيسى بن أبان عن أبي حنيفة رحمه الله لأن تصرفات المتردد متوقفة عنده لوقوف أملا كما فلا يساوي المسلم في التصرف فلا تجوز كما لا تجوز بين المسلم والذمي وذكر محمد في الأصل وقال قياس قول أبي يوسف أنه يجوز يعني قياس قوله في الذمي ولا ييوسف أنه يفرق بينهما من حيث أن ملك المتردد ناقص لكونه على شرف الزوال ألا ترى أن قاضيا لو قضى ببطلان تصرفه وزوال ملكه ينفذ قضاؤه وإذا كان ناقص الملك والتصرف نزل بمنزلة المكاتب بخلاف الذمي ولو فاضل مسلم مرتدة ذكر الكرخي أنها لا تجوز وقال القدوري رحمه الله وهو ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد لأن الكفر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر (وأما) أبو يوسف فالكفر عنده غير مانع وإنما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد في المرأة وأما مفاوضة المتردين أو شركتهما شركة العنان فذلك موقوف عند أبي حنيفة على ما أصله في عقود المتردين أموقوفه فإن أسما جاز عقدهما وإن قسلا على ردتها أو ماتا أو لحق بدار الحرب بطل (وأما) على قولهما فشركة العنان جائزة لأن عقودهما نافذة (وأما) مفاوضتهما فقد ذكر القدوري رحمه الله وقال ينبغي أن لا تجوز أما عند أبي يوسف فلأن نقصان الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب ومملكتهما ناقص لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين (وأما) عند محمد فلأن المتردد عنده بمنزلة المريض مريض الموت وكفالة المريض مريض الموت لا تصح إلا من الثلث والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على الإطلاق وإن شارك مسلم مسلما ثم ارتد أحدهما فقتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت الشركة وإن رجع قبل ذلك فهما

على الشركة لانه اذا قتل أو مات أولحق بدار الحرب زالت أملا كعند أبي حنيفة من حين ارتد فكانه مات فبطلت شركته وان أسلم فقد زال التوقف وجعل كان الردة لم تكن ولهذا قال أبو حنيفة ان المرتد منهما اذا أقر ثم قتل لم يلزم اقراره شريكه لان الملك يحكم بزواله من وقت الردة فقد أقر بعد بطلان الشركة (وأما) على قولهما فاقراره جائز على شريكه وكذا بيعه وشراؤه لان الشركة عندهما انما بطلت بالقتل أو بالخاق فكانت باقية قبل ذلك فنفذ تصرفه واقراره ويكره للمسلم ان يشارك الذمي لانه يباشر عقود التجوز في الاسلام فيحصل كسبه من محظور فيكره ولهذا كره توكيل المسلم الذمي ولو شاركه شركة عنان جاز كإلوه وكله (ومنها) لفظ المفاوضة في شركة المفاوضة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة انه لا تصح شركة المفاوضة الا بلفظ المفاوضة وهو قول أبي يوسف ومحمد لان للمفاوضة شرائط لا يجمعها الا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها والعموم قلما ينفون على ذلك وهذه العقود في الاعم الاغلب تجري بينهم فان كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح وان لم يذكر لفظها لان العبرة في العقود لمعانيها لا عين الالفاظ وفي كل موضع فقد شرط من الشروط بالمفاوضة كانت الشركة عنانا لان المفاوضة تضمنت العنان وزيادة بطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان ولان فقد شرط في عقد انما يوجب بطلانه اذا كان العقد ما يقف محته عليه ولا يقف بحجة العنان على هذه الشرائط فقد انما لا يوجب بطلانه (وأما) شركة العنان فلا يراعى لها شرائط المفاوضة فلا يشترط فيها أهلية الكفالة حتى تصح ممن لا تصح كفالته من الصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب ولا المساواة بين رأس المال فيجوز مع تفاضل الشريكين في رأس المال ومع أن يكون لاحدهما مال آخر يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس ماله الذي شاركه صاحبه فيه ولا أن يكون في عموم التجارات بل يجوز عام وهو أن يشترط في عموم التجارات وخصوصا وهو أن يشترط في شيء خاص كالزهر والخز والرقيق والثياب ونحو ذلك لان اعتبار هذه الشرائط في المفاوضات لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد في العنان ولا لفظة المفاوضة لان اعتبارها في المفاوضة لدلالتها على شرائط مختصة بالمفاوضة ولم يشترط في العنان فلا حاجة الى لفظة المفاوضة ولا الى لفظة العنان أيضا لان كل أحد يقدر على لفظ يؤدي معناه بخلاف المفاوضة ولا المساواة في الربح فيجوز متفاضلا ومتساويا بالمالا والاصل ان الربح انما يستحق عندنا اما بالمال واما بالعمل واما بالضمان أمثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر لان الربح نماء رأس المال فيكون للمالك ولهذا يستحق رب المال الربح في المضاربة واما بالعمل فان المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك واما بالضمان فان المال اذا صار مضمونا على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقاولة الضمان خراجا بضمان بقول النبي عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان فاذا كان ضمانه عليه كان خراج له والدليل عليه ان صانعا قبل عملا بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل ولا سبب لاستحقاق الفضل الا بالضمان فثبت ان كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح فان لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق بدليل ان من قال لغيره تصرف في ملكك على ان لي بعض ربحه لم يجز ولا يستحق شيئا من الربح لانه لا مال ولا عمل ولا ضمان اذا عرف هذا فنقول اذا شرط الربح على قدر المالين متساويا أو متفاضلا فلا شك انه يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط سواء شرط العمل عليهما أو على أحدهما والوضعية على قدر المالين متساويا ومتفاضلا لان الوضعية اسم لجزء هالك من المال فيقدر بقدر المال وان كان المالا متساويا بين فشرط الاحد هما فضلا على ربح ينظر ان شرط العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما على الشرط في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز أن يشترط لاحدهما أكثر من ربح ماله وبه أخذ الشافعي رحمه الله ولا خلاف في شركة الملك ان الزيادة فيها تكون على قدر المال حتى لو شرط الشريك أن يكون ملك ماشية لاحد هما فضلا من أولادها وألبانها لم تجز بالاجماع والكلام بيننا وبين زفر بناء على أصل وهو ان الربح عنده لا يستحق الا بالمال لانه نماء الملك فيكون على قدر المال كالأولاد والألبان (وأما) عندنا فالربح تارة يستحق بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان على ما بيننا وسواء عملا جميعا أو عمل أحدهما دون الآخر فالربح بينهما يكون على

الشرط لان استحقاق الربح في الشركة بالاعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل ان المضارب اذا استعان برب المال استحق الربح وان لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضيعة على قدر المالكين لما قلنا وان شرط العمل على أحدهما فان شرطاه على الذي شرطاه ففضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح رأس ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على أقلهما ربحاً لم يجز لان الذي شرطاه الزيادة ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان وقد بينا ان الربح لا يستحق الا بأحد هذه الاشياء الثلاثة وان كان المالكان متفاضلين وشرط التساوي في الربح فهو على هذا الخلاف ان ذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة اذا شرط العمل عليهما وكان زيادة الربح لأحدهما على قدر رأس ماله بعمله وانه جائز وعلى قول زفر لا يجوز ولا بد أن يكون قدر الربح على قدر رأس المالكين عنده وان شرط العمل على أحدهما فان شرطاه على الذي رأس ماله أقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على صاحب الاكثر لم يجز لان زيادة الربح في حق صاحب الاقل لا يبقا بلهما مال ولا عمل ولا ضمان (وأما) العلم بمقدار رأس المال وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالاموال عندنا وعند الشافعي رحمه الله شرط (وجه) قوله ان جهالة قدر رأس المال تؤدي الى جهالة الربح والعلم بمقدار الربح شرط لجواز هذا العقد فكان العلم بمقدار رأس المال شرطاً (ولنا) ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها بل لا فضائها الى المنازعة ووجهالة رأس المال وقت العقد لا تقضي الى المنازعة لانه يعلم مقداره ظاهر او غالباً لان الدراهم والدنانير وزان وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا يؤدي الى جهالة مقدار الربح وقت القسمة (وأما) الشركة بالاعمال فاما المفوضة منها (فن) شرائها أهلية الكفالة (ومنها) التساوي في الاجر (ومنها) مراعاة لفظ المفوضة لما ذكرنا في الشركة بالاموال اما العنان منها فلا يشترط لها شيء من ذلك وانما تشترط أهلية التوكيل فقط كذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال مات تجوز فيه الو كالة تجوز فيه الشركة وما لا تجوز فيه الو كالة لا تجوز فيه الشركة وعلى هذا تخرج الشركة بالاعمال في المباحات من الصيد والحطب والحشيش في البراري وما يكون في الجبال من الثمار وما يكون في الارض من المعادن وما أشبه ذلك بان اشترى كاعلى أن يصيد أو يحطبا أو يحتشا أو يستقي الماء ويبيعه على ان ما أصاب من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الو كالة لا تنعقد على هذا الوجه ألا ترى انه لو وكل رجلاً ليعمل له شيئاً من ذلك لا تصبح الو كالة كذا الشركة فان تشاركوا فخذ كل واحد منهما شيئاً من ذلك منفرداً كان المأخوذ ملكاً له لان سبب ثبوت الملك في المباحات الاخذ والاستيلاء وكل واحد منهما منفرد بالاختصاص والاستيلاء فينفرد بالملك وان أخذاه جميعاً كان المأخوذ بينهما نصفين لا استوائهما في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق فان أخذ كل واحد منهما على انفراد ثم خلطاه وباعاه فان كان مما يكال أو يوزن يقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن وان كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما بالقيمة يضرب كل واحد منهما بقيمة الذي له لان المكيل والموزون من الاشياء المتماثلة فتمكن قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن فاما غير المكيل والموزون من الاشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن على عينها فيقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن والقيمة يصدق كل واحد منهما فيما يدعيه الى النصف من ذلك مع اليمين على دعوى صاحبه لان الشيء في أيديهما واليد دليل الملك من حيث الظاهر والتساوي في دليل الملك بوجوب التساوي في الملك فان ادعى أكثر من النصف لا يقبل قوله الا ببينة فان عمل أحدهما وأعان الآخر في عمله بالجمع والربط فذلك كله للعامل ولا شيء للمعين لوجود السبب من العامل دون المعين وللمعين أجر مثله لا يجاوز به قدر المسمى له من النصف والثلث ونحو ذلك في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغاً ما بلغ (أما) وجوب أجر المثل للمعين فلانه استوفى منفعته بعقد فاسد وانه يوجب أجر المثل ثم قال أبو يوسف لا يجاوز به قيمة ما سمي وقاسه على سائر الاجارات الفاسدة لانه لا يزداد على المسمى هناك كذا هذا هنا والجامع بينهما انه رضي بانه لا يكون له زيادة على المسمى فلا يستحق وصار كمن قال لرجل بيع هذا الثوب على ان لك نصف ثمنه فباعه كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا هذا وافرقت محمد بين هذا وبين سائر

الاجارات الفاسدة بان المسمى هناك قدر معلوم من الاجرة فكان الرضا به اسقاطاً لما زاد عليه والمسمى هناليس
بمعلوم بل هو معدوم لانه ما سمي الا نصف الحطب أو ثلثه والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مسقطاً
الزيادة على المسمى من أجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضاربة الفاسدة اذا ربح المضارب فيها ان له أجر مثله
لا يتجاوز به المسمى من الربح في قول أبي يوسف وان لم يكن له ربح فلا شيء له وعند محمد له أجر مثله بالقأ ما بلغ ربح أو لم
يربح وستأني المسئلة في كتاب المضاربة ولو ان رجلاً اجلس في دكانه رجلاً يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس
ان لا تجوز هذه الشركة لانها شركة العر وض لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت والحانوت من العر وض
وشركة العر وض غير جائزة وفي الاستحسان جائزة لان هذه شركة الاعمال لانها شركة التقبل وتقبل العمل من
صاحب الحانوت وعمل وشركة الاعمال جائزة بلا خلاف بين أصحابنا لان مبناها على الوكالة والوكالة على هذا الوجه
جائزة بان يوكل خياط أو قصار أو كيا لا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل بأجر أن يوكل
وكيا لا يتقبل العمل فان كان لهما كلب فارسله جميعاً كان ما أصاب بينهما لا يستوئهما في سبب الاستحقاق ولو كان
الكلب للاحدهما وكان في يده فارسله جميعاً فأصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة لان ارسال الاجنبي لا عبرة به مع
ارسال المالك فكان ملحقاً بالعدم كان المالك أرسله وحده وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد منهما
كلبه فأصابا صيد أو واحد كان بينهما نصفين لانهما تساوا في سبب الاستحقاق وان أصاب كلب كل واحد منهما
صيد أعلى حدة كان له خاصة لانه ملكه بفعله فاخص به وعلى هذا يخرج ما اذا اشتترك رجلان ولا حدهما بغل
وللاخر بعير على أن يؤاجر ذلك فمأرزق الله تعالى من شيء فهو بينهما فأجرهما بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل
معلوم ان هذه الشركة فاسدة ويقسم الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير اما فساد الشركة فلان الوكالة
على هذا الوجه لا تصح الا ترى ان من قال لا آخر أجر بعيرك على أن تكون الاجرة بينهما لا تصح الوكالة كذا الشركة
ولان الشركة لا تصح في أعيان الحيوان فكذا في منافعها وأما قسمة الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر
البعير فلان الشركة اذا فسدت فالاجرة صحيحة لانها وقعت على منافع معلومة ببذل معلوم ومن حكم الاجرة أن تقسم
على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين وان يؤاجر البغل والبعير ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببذل
معلوم فملا الحمولة على ذلك فالاجر بينهما نصفين لان هذه شركة العمل لان الحمل صار مضموناً عليهما بالعقد بمنزلة
عمل الخياطة والقصارة فكان البذل بينهما على قدر الضمان وقد تساوا في الضمان في تساوا في الاجرة ولا عبرة بزيادة
حمل البعير على البغل كما لا عبرة بكمية عمل أحد الشريريين في شركة الصنائع لان البذل يقابل الضمان والبغل والبعير
هنا آلة ايفاء العمل ولو أجر البعير بعينه كانت أجرته لصاحبه لا لصاحب البغل وكذا اذا أجر البغل بعينه كانت
الاجرة لصاحب البغل لا لصاحب البعير لان العقد وقع على منافع البعير والبغل باذن مالكهما فكانت الاجرة له فان
كان الآخر أعانه على الحمولة والنقلان كان للذي أعانه أجر مثله لانه استوفى منفعة شريكه بعقد فاسد ثم عند أبي
يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذي أجر به في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالقأ ما بلغ على ما ذكرنا في
شركة الاحتطاب قصاران لا حدهما أداة القصارة وللآخر بيت اشتركا على أن يعملوا بأداة هذا في بيت هذا على ان
الكسب بينهما نصفان كان ذلك جائز او كذلك الصاغة والخياطون والصباغون لان الاجر هنا ببذل العمل لا عن
الآلة وقد صار العمل مضموناً عليهما فكان بدلهما وكان أحدهما معينا للآخر بنصف الآلة والاخر معيناً له
بنصف الدكان وهو نظير المسئلة المتقدمة وهي ان يتقبلا حمولة ويحملاها على دابتهما ولو اشتركا ولا حدهما دابة
وللاخر كاف وجو القان على ان يؤاجر الدابة على أن أجرهما بينهما نصفين كانت الشركة فاسدة وأجر الدابة
لصاحبها وللآخر معه أجر مثله في قولهم جميعاً اما فساد الشركة فلما ذكرنا ان الوكالة على هذا الوجه لا تصح كذا الشركة
واما الاجر فلا نه بدل منافع الدابة فكانت لصاحبها وقد استوفى منافع آلة الاخر بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلهما

ولو دفع دابة الى رجل ليؤاجرها على ان الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر لصاحب الدابة وللاجر أجر مثله وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة على هذا الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والاجر لصاحب الدابة لان العاقد عقد على ملك غيره بأمره وللرجل أجر مثله لان صاحب الدابة استوفى منافعتها بعقد فاسد ولو كان دفع اليه الدابة لبيع عليها الطعام على ان الربح بينهما نصفان كان فاسدا والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة أجر مثلها وكذا البيت لان الكسب حصل بعمله وقد استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتفاق العمل ويجوز ان اتفقت اعمالها واختلفت كالحياط مع القصار ونحو ذلك وهذا قول أصحابنا وقال زفر لا تجوز هذه الشركة الا عند اتفاق الصنعة كالقصارين والحياطين بناء على ان الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا كذا بالعملين المختلفين وعنده لا تجوز بالمالين المختلفين فكذا بالعملين المختلفين والصحيح قولنا لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بضمان العمل والعمل مضمون عليهما اتفق العملان أو اختلفا والله عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالوجه فشرط المفاوضة منها أن يكونا من أهل الكفالة (ومنها) أن يكون الثمن بمشترك على كل واحد منهما نصفه وان يكون المشتري بينهما نصفين وان يكون الربح بينهما نصفين (ومنها) أن يتلفظا بلفظ المفاوضة لفصلنا فيما تقدم بتمامه (وأما) شركة العنان منها فلا يشترط لها أهلية الكفالة ولا المساواة بينهما في ملك المشتري حتى لو اشتركا بوجوههما على أن يكون ما اشتريا أو أحدهما بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا وكيف ما شرط على التساوي والتفاضل كان جائزا وضمان ثمن المشتري بينهما على قدر ملكيهما في المشتري والربح بينهما على قدر الضمان فان شرط لأحدهما فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما ثمن المشتري لان الربح في هذه الشركة إنما يستحق بالضمان فيتقدر بقدر الضمان فاذا شرط لأحدهما أكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ملك من غير ربح ولا ضمان فلا تجوز فان قيل الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق بالعمل فجاز أن يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة العنان فالجواب ان هذا مسلم اذا كان العمل في مال معلوم كما في المضاربة وشركة العنان ولم يوجد هنا فلا يستحق كمن قال لا خردفع اليك ألفا مضاربة على أن تعمل فيها بالنصف ولم يعين ألف انه لا تجوز المضاربة لانه لم يشترط العمل في مال معين

فصل وأما حكم الشركة فاما شركة الاملاك فحكمها في النوعين جميعا واحدا وهو ان كل واحد من الشرعيين كانه أجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه لان المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة ولم يوجد شيء من ذلك وسواء كانت الشركة في العين أو الدين لما قلنا ولو كان بين رجلين دين على رجل من ثمن عبد باعاهما بألف درهم وألف بينهما أقرضاه اياه أو استهلك الرجل عليهما شيئا قيمته ألف درهم أو ورثا ديناً لرجل واحد عليه قبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه فلا خراً أن يشاركه فياً خذ منه نصف ما قبضه والا صل في هذا ان الدين المشترك الثابت للشرعيين بسبب واحد اذا قبض أحدهما شيئاً منه فلا خراً أن يشاركه في المقبوض لان المقبوض مقبوض من النصيبين اذ لو جعل لأحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وانه غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة ولهذا لم تصح قسمة العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شرعيين قال أحدهما لصاحبه خذ منها لك هذا الجانب ولى هذا الجانب لا يجوز لانعدام التمييز فاذا لم يصح في العينين من غير تمييز في الدين أولى ولان القسمة فيها معنى التملك لان ما من جزأين الا واحد منهما ملكه والاخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تملك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز فحمل المقبوض من النصيبين جميعاً لئلا يؤدي الى ما قلنا وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقبض أن يمنع عنه بأن يقول أنا أعطيت مثل نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منعه وسواء كان

المقبوض مثل حقه أو أجود أو أردأ ما إذا كان أجود من حقه فلان الجودة لا عبرة بها في الجنس الواحد ألا ترى ان من عليه الردى إذا أعطى الجيد يجبر صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضاً لعين الحق وان كان أردأ فقبض الردى عن الجيد جائز لانه من جنس حقه وما قبض الشريك من شريكه يكون قدر ذلك للقبض ديناً على الغريم ويكون ما على الغريم بينهما على قدر ذلك من الدين حتى لو كان الدين ألف درهم بينهما فقبض أحدهما خمسمائة فجاء الشريك فأخذ نصفها كان للقبض ما بقي له على الغريم وذلك مائتان وخمسون ونكون الشريك باقية في الدين كما كانت لانه لما أخذ شريكه نصف المقبوض انتقض قبضه في نصف ما قبض وبقي الباقي من دينه على حاله فان أخرجه القابض عن يده بان وهبه أو باعه أو قضى ديناً عليه أو استهلكه بوجه من الوجوه فلشريكه أن يضمه نصف ما قبض لانه أ تلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمه فان لم يقبض أحد الشرعيين شيأ ولكن أبرأ الغريم من حصته جازت البراءة ولا يضمن لشريكه شيئاً لانه لم يقبض شيئاً من الدين بل أ تلف حصته لا غير فلا يضمن فان أبرأه أحدهما عن مائة درهم ثم خرج من الدين شئاً اقتسماه بينهما على قدر مال كل واحد منهما على الغريم فيكون المقبوض بينهما على تسعة أسهم لان أحدهما لما أبرأ الغريم من مائة درهم بقي له من الدين أربع مائة ولشريكه خمسمائة فيضربان في قدر المقبوض بتسعة أسهم وكذلك اذا كانت البراءة بعد القبض قبل أن يقتسما لان القسمة تقع على قدر حقهما فان اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما الغريم من مائة درهم فالقسمة ماضية ولا ينتقض أبرأه بعد القسمة شيئاً مما اقتسماه لانهما اقتسما وملكهما سواء فزوال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة ولو لم يقبض أحدهما شيئاً ولكن اشترى بنصيبه ثوباً من الغريم فالشريك أن يضمه نصف ثمن الثوب ولا سبيل له على الثوب لانه انما اشترى الثوب بثلث في ذمة الغريم لا بما له في ذمة الغريم لانه كما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته وله في ذمة الغريم مثله فصار ما في ذمته قصاصاً بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل فان اجتماعاً جميعاً على الشريك في الثوب فهو جائز لانه قد وجب عليه نصف ثمنه فاذا سلم له نصفه بذلك ورضي شريكه به صار كانه باع نصف الثوب منه فان لم يشتر بحصته شيئاً ولكن صالحه من حقه على ثوب وقبضه ثم طالبه شريكه بما قبض فان القابض بالخيار ان شاء سلم اليه نصف الثوب وان شاء أعطاه مثل نصف حقه من الدين والخيار في ذلك الى القابض لان الصلح لم يوجب شيئاً على المصالح لانه عقد تبرع بمنزلة الهبة والابراء بخلاف الشراء الا أنه قبض ثوباً عن الدين المشترك فكان له أن يسلم نصفه الى الشريك وله ان يقول أنا أعطيك نصف حقتك من الدين لانه لا حق لك فيما زاد على ذلك وللشريك في هذه الوجوه كلها أن يسلم للشريك ما قبضه ويرجع بدينه على الغريم لان من حجته أن يقول ديني قد ثبت عليك بعقد المداينة فتسليمك الى غيري لا يسقط مالي في ذمتك فان سلم للشريك ما قبض ثم توى الذي على الغريم فله أن يرجع على الشريك ويكون الحكم في هذه الوجوه كلها كالحكم فيما اذا لم يسلم الا وجهها واحداً وهو أنه اذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعد ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه أن يمنعه عنها ويعطيه مثلها لان المقبوض في الاصل كان عن حق مشترك وانما سلم به الشريك المقبوض للقبض ليسلم له ما في ذمة الغريم فاذا لم يسلم بقي حقه في المقبوض كما كان الا أنه ليس له في هذا الوجه ان يرجع الى عين تلك الدراهم لانه أسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث أجاز تلك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما تجدد له ضمان آخر بتوابعه فثبت ذلك في ذمة القابض كسائر الديون فان أخر أحدهما نصيبه لم يحجز تأخير في قول أبي حنيفة رحمه الله ويجوز عند أبي يوسف ومحمد ولا خلاف في انه لا يجوز تأخير في نصيب شريكه لانه لم يملكه ولا تولى هذا العقد فيه وأما في نصيب شريكه فهو على الخلاف (وجهه) قوله ان نصيبه مملوك فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه اسقاطاً بالبراءة فالتأخير أولى لانه دونه ولا في حنيفة رحمه الله ان تأخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض وانما غير جائزة والدليل على أن التأخير قسمة الدين انه وجد أثر القسمة وهو ان كل واحد من الشرعيين بنصيبه على وجهه لا يكون للآخر فيه

حق وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه لا يحتمل معنى القسمة وهو التميز إذ هو اسم للفعل أو مال حكى في الذمة بخلاف الراء فانه ليس فيه أثر القسمة ومعناها بل هو اتلاف لنصيبه فان قيل قسمة الدين تصرف في الدين والتأخير ليس تصرفا في الدين بل في المطالبة بالاسقاط فالجواب ان التأخير تصرف في الدين والمطالبة جميعا لانه يوجب تغيير الدين عما كان عليه لان الدين قبله كان على صفة لو قبض أحدهما نصيبه كان للآخر ان يشاركه فيه وبعد التأخير لا يبقى له حق المشاركة مادام الاجل قائما ثم فرع على قولهما فقال اذا قبض الشريك الذي لم يؤثر نصيبه لم يكن للذي أخر ان يشركه فيما قبض حتى يحل دينه فان حل دينه فله ان يشركه ان كان قائما وان كان مستهلكا ضمنه صاحبه لان الاجل يمنع ثبوت المطالبة فلا يكون له حق في المقبوض فاذا حل صار كأنه لم يزل حالا فتثبت له الشراكة فان لم يقبض الا آخر شيئا حتى حل دين الذي أخر عاد الامر الى ما كان فاقبض أحدهما من شيء يشركه الآخر فيه لان الدين لما حل فقد سقط الاجل فصار كما كان قبل التأجيل ولو كان الدين بين شريرين على امرأة فتز وجها أحدهما على نصيبه من الدين فقد روى بشر عن أبي يوسف ان لشريكة أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك وروى بشر عنه أيضا انه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبي يوسف (وجه) الرواية الاولى ان النكاح أوجب المهر في ذمته وله في ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه فصار كأنه قبض نصف الدين فكان له أن يرجع بنصف حقه كما لو اشترى منها ثوبا بنصيبه من الدين (وجه) الرواية الاخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشريكة أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكة كما لو أبرأها عن نصيبه ولو استأجر أحد الشريرين نصيبه فان شريكه يرجع عليه في قولهم جميعا لان الاجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فأشبه البيع وكذا الذي يسلم له وهو المنفعة قابل للشراكة فكان له أن يضمه وروى بشر عن أبي يوسف ان أحد الطالبين اذا شجع المطلوب موثقة عمد أفصالحه على حصته لا يلزمه شيء لشريكه لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لان الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل مضمون فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شيء واما اذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا فصارت قيمته قصاصا بدينه أو اقترض منه شيئا بقدر نصيبه من الدين فلشريكه أن يرجع عليه لان قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصا بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كأنه استوفى حقه ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصا بما ل أحد الطالبين فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه لانه ما استوفى الدين بل قضى ديننا كان عليه اذا لاصل في الدينين اذا التقيا قصاصا أن يصير الاول مقضيا بالثاني لانه كان واجب القضاء قبل الثاني واذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى وذكر ابن سبيعة في نوادره عن محمد لو ان أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جائزا وبرى من حصه القاتل من الدين وكان لشريك القاتل أن يشركه في أخذ منه نصف الخمسمائة وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسله أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسله فرق بين هذا وبين ما اذا صلح على نفس الدين أو تزوج به (وجه) الفرق ان العقد هنا وهو الصلح والنكاح وقع على مافي الذمة وانه يوجب المقاصة فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوجه فان العقد هنا موقوف على مافي الذمة مطلقا لا ترى ان العقد هناك أضيف الى نفس الدين فلم تقع المقاصة ولم يسلم له أيضا ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع وذكر علي بن الجعد عن أبي يوسف انه لو مات المطلوب وأحد الشريرين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشتراكا بالحصص لان الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك الى الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والاجني سواء ولو أعطى المطلوب لاحدهما رهنا بمحضته فهلك الرهن عنده فلشريكه أن يضمه لان قبض الرهن قبض استيفاء ومهلك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كالاستيفاء حقيقة ولو غصب أحد الشريرين

المطلوب عبد افات عنده فليشريكه أن يضمه لانه صار ضامنا لقيمة العبد من وقت الغصب فهلك المغموب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد ولو ذهبت احدى عيني العبد بأفة سماوية في ضمان الغاصب فردته لم يرجع شريكه عليه بشئ لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لانه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شيئا بخلاف نفس العبد لانه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه وكذلك العبد المرهون اذا ذهبت احدى عينيه بأفة سماوية وكذا لو اشترى احد الشريكين من الغريم عبداً فاسد او قبضه فوات في يده أو باعه أو اعتقه انه يضمن لشريكه كما يضمن في الغصب ولو ذهبت عينه بأفة سماوية فردته لم يضمن لشريكه شيئا ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة والله عز وجل أعلم (وأما) شركة العقود فجملة الكلام فيها انها لا تخلو من أن تكون فاسدة أو صحيحة أما الصحيحة : فأمّا الشركة بالاموال فنبين أحكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لا حد شريكي العنان والمفاوضة ان يعمل في مال الشركة وما لا يجوز أما العنان فلا حد شريكي العنان أن يبيع مال الشركة لانهما بعقد الشركة اذن كل واحد صاحبه ببيع مال الشركة ولان الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولان غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما التجارة الا البيع والشراء فكان اقدامهما على العقد اذنا من كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشراء دلالة وله أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة لان الاذن بالبيع يقتضي الشركة وجد مطلقا ولان الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقد او نسيئة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا الا بما لا يتغابن الناس في مثله لان المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وجعله على الاختلاف في الوكالة بالبيع مطلقا انه يجوز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز ولو باع أحدهما وأجل الآخر لم يجز تأجيله في نصيب شريكه بالاجماع وهل يجوز في نصيب نفسه فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الدين المشترك اذا أخر أحدهما نصيبه هذا اذا عقد أحدهما وأجل الآخر فاما اذا عقد أحدهما ثم أجل الآخر فلا خلاف في أنه يجوز تأجيله في نصيب نفسه لانه مالك وعاقده وأما في نصيب شريكه فيجوز تأجيله في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز والكلام فيه بناء على مسألة الوكيل بالبيع انه يملك تأخير الثمن والبراء عنه عندهما وعنده لا يملك (وجه) البناء ظاهر لان العاقد في نصيب الشريك وكيل عنه وهي من مسائل كتاب الوكالة الا أن هناك اذا أخر يضمن من ماله للموكل عندهما وهنالا يضمن الشريك العاقد لان الشريك العاقد يملك أن يقابل البيع ثم يبيعه بنسيئة واذا لم يقابل وأخر الدين جاز والوكيل بالبيع لا يملك أن يقابل ويبيع بالنسيئة فاذا أخر يضمن وله يشترى بالنقد والنسيئة لما قلنا في البيع وهذا اذا كان في يده مال ناضل للشركة وهو الدرهم والدنانير فاشترى بالدرهم والدنانير شيئا نسيئة وكان عنده شئ من المكيل والموزون فاشترى بذلك الجنس شيئا نسيئة فاما اذا لم يكن في يده درهم ولا دنانير فاشترى بدرهم أو دنانير شيئا كان المشتري له خاصة دون شريكه لانه لو جعلنا شراءه على الشركة لصار مستدينا على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بذلك كالمضارب لانه يصير مال الشركة أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده عروض فاشترى بالدرهم والدنانير نسيئة لان العروض لا تصلح رأس مال الشركة فكان الشراء بالاثمان استدانة بخلاف ما اذا اشترى بها وفي يده مثلها لان ذلك ليس باستدانة وحكى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه اذا كان في يد أحد الشريكين دنانير فاشترى بدرهم جاز وقال زفر لا يجوز بناء على أن زفر يعتبر الجانسة في رأس مال الشركة حقيقة حتى أن أنفق الشريك في الدرهم مع الدنانير لا يختلف الجنس حقيقة فيصير كأنه اشترى بجنس ما في يده صورة بالدرهم وعنده عروض ونحن نعتبر الجانسة معنى وهو الثمنية وقد تجانسا في الثمنية فصار كأنه اشترى بجنس ما في يده صورة ومعنى وله أن يبضع مال الشركة لان الشركة تنعقد على عادة التجار والا يبضع من عادتهم ولان أن يستأجر من يعمل في البضاعة بعوض فلا يبضع أولى لان استعمال البضعة في البضاعة بغير عوض وله أن يودع لان

الابداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة أيضاً لانه لا بد للتاجر منه لانه يحتاج الى ذلك عند اعتراض أحوال تقع عادة لان له أن يستحفظ المودع بأجر فغير أجر أولى وليس له أن يشارك إلا أن يؤذن له بذلك لان الشئ لا يستتبع مثله فان شارك رجلاً شركة عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه للشريك لان كان لا يملك الشركة في حق الشريك يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما وان اشترى الشريك الذي لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه نصفين ولا شئ للاجنبي فيه لانه لم يملكه فبقى ما اشتراه على حكم الشركة وقال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شريكى العنان رجلاً شركة مفوضة بغير محضر من شريكه لم تكن مفوضة وكانت شركة عنان لان المفوضة تقتضى فسخ شركة العنان لان المفاوض يجب أن يكون شريكه في كل المال وذلك لا يصح في حق شريكه فكان ذلك فسخاً للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وان كان بمحضر من صاحبه صحت المفوضة وذلك ابطال لشركة العنان لانه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه وليس له أن يخلط مال الشركة بمال له خاصة لان الخلط ايجاب حق في المال فلا يجوز الا في القدر الذي رضى به رب المال وهل له أن يدفع مال الشركة مضاربة ذكر محمد في الاصل عن أبي حنيفة انه له ذلك وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك (وجهه) رواية الحسن ان المضاربة نوع شركة لان رب المال مع المضارب يشتركان في الربح وهو لا يملك الشركة باطلاق العقد فلا يملك المضاربة (وجهه) ظاهر الرواية انه يملك أن يستأجر أجيراً يعمل في مال الشركة فلا يملك الدفع مضاربة أولى لان الاجير يستحق الاجر سواء حصل في الشركة ربح أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شيئاً بعمله الا اذا كان في المضاربة ربح فلما ملك الاستئجار فلا يملك الدفع مضاربة أولى والاستدلال بالشركة غير سديد لان الشركة فوق المضاربة لانها توجب الشركة في الاصل والفرع والمضاربة توجب الشركة في الفرع لا في الاصل والشئ يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله ولهذا لا يملك المضارب أن يدفع المال مضاربة بمطلق العقد لان المضاربة تمثل المضاربة ويملك التوكيل لانه دون المضاربة والتوكيل لا يملك أن يوكل غيره باطلاق الوكالة لان الوكالة تمثل الوكالة وله أن يعمل في مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمل في مال المضاربة وسنذكره في كتاب المضاربة ان شاء الله تعالى لان تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه فان كان للمضارب أن يعمل فالشريك أولى وله أن يأخذ ما لا مضاربة ويكون ربحه له خاصة لان المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به كما لو أجر نفسه وله أن يوكل بالبيع والشراء استحساناً والقياس أن لا يجوز لان شريكه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره (وجهه) الاستحسان ان الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع والشراء من عاداتهم ولانه من ضرورات التجارة لان التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج الى التوكيل فكان التوكيل من ضرورات التجارة بخلاف التوكيل بالشراء لانه لا يملك أن يوكل غيره لانه لا يملك جميع التصرفات بل لا يملك الا الشراء فيمكنه مباشرة بنفسه فلا ضرورة الى أن يوكل غيره ولان الشركة أعم من الوكالة والوكالة أخص منها والشئ يستتبع دونه ولا يستتبع مثله وبخلاف ما اذا كانا شريكين في خادم أو ثوب خاصة انه ليس لاحدهما أن يوكل رجلاً ببيعه وان وكل لم يجز في حصبة صاحبه لان ذلك شركة ملك وكل واحد من الشريكين في شركة الاملاك أجنبي عن صاحبه مجبور عن التصرف في نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك والولاية على ما بينا فيما تقدم وله أن يوكل وكيله ويدفع اليه مالا ويأمره أن ينفق على شئ من تجارتها والمال من الشركة لما قلنا ان الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه كتصرف الموكل فان أخرج الشريك الآخر الوكيل يخرج من الوكالة ان كان في بيع أو شراء أو اجارة لان كل واحد منهما للمالك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولان الموكل وكيل لشريكه فاذا وكل كان للموكل أن يعزل وكيله وان كان وكيله في تقاضى ما دأبه فليس للآخر اخراجه لانه لا يملك أن يوكل شريكه فلا يملك أن يعزل وكيله عنه وله أن يستأجر أجيراً لشيء من تجارتها لان الاجارة من التجارة حتى يملكها المأذون في التجارة وهو من عادات التجار

أيضا ومن ضرورات التجارة أيضا لان التاجر لا يجبد آمنه ولان المنافع عند ايراد العقد عليها تجري مجرى الاعيان فكان الاستعجار بمنزلة الشراء وهو يملك الشراء فيملك الاستعجار والاجر يكون على المستأجر يطالب به دون شريكه لانه العاقد لا شريكه وحقوق العقد ترجع الى العاقد ويرجع على شريكه بنصف الاجرة لانه وكيله في العقد وله أن يرهن متاعاً من الشركة بدين وجب بعقده وهو الشراء وان يرهن بما باعه لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاءه وانه يملك الايفاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان وذكر محمد في كتاب الرهن اذ ارهن أحدهما متاعاً من الشركة بدين عليها لم يجز وكان ضامناً للرهن ولو ارتهن بدين لهما اذ اناه وقبض لم يجز على شريكه وذلك محمول على ما اذ ارهن أحدهما بدين عليهما وجب بعقد هما لان الرهن ايفاء وكل واحد منهما لا يملك أن يوفي دين الآخر من ماله الا بأمره فلا يملك الرهن والارتهان واستيفاء أحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فان هلك في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته لانه قبض الرهن بعقد فاسد والرهن الفاسد يكون مضموناً كالصحيح فكان مستوفياً حصته من الدين لانه كان يملك استيفاء حصته من الدين قبل الارتهان وان وليه غيره فاذا ارتهنه بجميع ذلك صار مستوفياً لجميع الدين فيصير مستوفياً حصته صورة فذهب الرهن بحصته وشريكه بالخيار ان شاء رجع بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء ضمن شريكه حصته من الدين لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فاذا هلك في يده تقرر استيفاء كل الدين ومن استوفى كل الدين المشترك بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته ويرجع الغريم على القابض بما قبضه لانه اعاسلم اليه لملك ما في ذمته باسلم ولم يملك فكان له أن يرجع كذا هنا للمطلوب أن يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء الشريك رجع عليه بنصف دينه لما ذكرنا ان أحد الشرىكين اذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه وطريق ذلك ان نصف المقبوض وقع للقابض ولشريكه أن يشاركه فيه ومتى شاركه فيه فللقابض أن يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه في ذلك أيضا هكذا يستوفى هو ويشاركه الآخر الى أن يستوفى الدين طعن عيسى بن أبان في هذه المسألة وقال يجب أن لا يضمن الشريك نصيب شريكه لان محمداً قال لو قال رجل لرجل اعطني رهنا بدين فلان الذي عليك فان أجازته جاز وان لم يجزه فلا ضمان على فأعطاه وهلك الرهن في يده لم يضمن وهذا الطعن في غير موضعه لان ذلك الرجل جعل الرهن في يد العدل لانه لما أخذ رهنا لغيره وشرط أن لا ضمان عليه فقد صار عدلاً وهلك الرهن في يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس قبض استيفاء وههنا انما قبضه للاستيفاء والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون فلم يصح الطعن وله أن يحتال لان الحوالة من أعمال التجارة لان التاجر يحتاج اليها لاختلاف الناس في المسئلة والفلاس وكون بعضهم أملاً من بعض وفي العادة يختار الأملاً فالأملاً فكانت الحوالة وسيلة الى الاستيفاء فكانت في معنى الرهن في التوثيق للاستيفاء ولان الاحتيال عليك ما في الذمة بمثله فيجوز كالصرف وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع الى العاقد حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيئاً من الثمن وكذلك كل دين لازم انساناً بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمدين أن يتمتع من دفعه اليه كالمشتري من الوكيل بالبيع له أن يتمتع عن دفع الثمن الى الموكل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تعود الى العاقد لان المدين لم يلزم الحقوق للمالك وانما التزمها العاقد فلا يلزمه ما لم يلزمه الابتوكيل العاقد فان دفع الى الشريك من غير توكيل برى من حصته ولم يبرأ من حصة الدين وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع (وجه) القياس ان حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو أجنبي عنها وانما تتعلق بالعاقد فكان الدافع الى القابض بغير حق فلا يبرأ (وجه) الاستحسان أنه لا فائدة في نقض هذا القبض اذ لو نقضناه لا حرجنا الى اعادته لان المدين يلزمه دفعه الى العاقد والعاقد يرد حصة الشريك اليه فلا يفيد القبض ثم الاعادة في الحال وهذا على القياس والاستحسان في الوكيل بالبيع اذ ادفع المشتري الثمن الى الموكل من غير اذن الوكيل لا يطالب الشريك بتسليم المبيع لما قلنا وليس

لا أحدهما أن يخاصم فيما ادانه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ليس على الذي لم يل من ذلك شيء فلا يسمع عليه بينة فيه ولا يستحلف وهو والاجنبى في هذا سواء لان الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعقد ولو اشترى أحدهما شيئاً لا يطالب الآخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما قلنا وللعقد أن يوكل وكيل قبض الثمن والمبيع فيما اشترى وباع لما ذكرنا فيما تقدم ولا أحدهما أن يقابل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة وما باعه أحدهما واشترى فظهر عيب لا يرد الاخر بالعيب ولا يرد عليه لان الرد بالعيب من حقوق العقد وانما ترجع الى العقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البائع لانه العاقد فان أقر أحدهما بعيبه في متاع جازا قراره عليه وعلى صاحبه قال الكرخي وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف رحمهم الله وفرق بين هذا وبين الوكيل اذا أقر بالعيب فرد القاضي المبيع عليه أنه لا ينفذ اقراره على الموكل حتى يثبت بالبينة لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولا أحد الشريكين أن يقابل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء الى أن يسترد المبيع ويقبل العقد والوكيل لا يملك ذلك فان باع أحدهما متاعاً من الشركة فرد عليه قبله بغير قضاء القاضي جاز عليهما لان قبول المبيع بالتراضي من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطي وكل واحد منهما يملك أن يشتري ما باعه على الشركة وكذا القبول من غير قضاء القاضي بمنزلة الاقالة واقالة أحدهما تنفذ على الآخر وكذا الوحط من ثمنه أو آخر ثمنه لاجل العيب فهو جائز لان العيب بوجوب الرد ومن الجائز أن يكون الصلح والخطأ نفع من الرد فكان له ذلك وان حط من غير علة أو أمر بخاف منه جاز في حصته ولم يحز في حصة صاحبه لان الخطأ من غير عيب تبرع والانسان يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غيره وكذلك لو وهب لان الهبة تبرع ولكل واحد منهما أن يبيع ما اشتراه وما اشترى صاحبه مرابحة على ما اشتراه لان كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشراء والبيع والوكيل بالبيع يملك البيع مرابحة وهل لأحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ذكر الكرخي أنه ليس له ذلك والصحيح من قول أبي يوسف ومحمد أن له ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم أن يسافروا وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ليس للشريك والمضارب أن يسافرا وهو قول أبي يوسف وروى عن أبي يوسف أن له المسافرة الى موضع لا يبيت عن منزله وروى عنه يسافر أيضاً بما لا حمل له ولا مؤنة ولا يسافر بماله حمل ومؤنة (وجه) ظاهر قول أبي يوسف أن السفر له خطر فلا يجوز في ملك الغير الا باذنه (وجه) الرواية التي فرق فيها بين القريب والبعيد انه اذا كان قريباً بحيث لا يبيت عن منزله كان في حكم المصر (وجه) الرواية التي فرق فيها بين ماله حمل ومؤنة وما ليس له حمل ومؤنة ان ماله حمل اذا احتاج شريكه الى رده يلزمه مؤنة الرد فيتضرر به ولا مؤنة تلزمه فيما لا حمل له (وجه) قول أبي حنيفة ومحمد أن الاذن بالتصرف يثبت مقتضى الشركة وانها صدرت مطلقة عن المكان والمطلق يجري على اطلاقه الدليل ولهذا جاز للمودع أن يسافر على أنه في معنى المودع لانه مؤتمن في مال الشركة كالمودع في مال الوديعة مع ما ان الشريك يملك أمره أذا لم يملك المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر فلا أن يملكه الشريك أولى وقول أبي يوسف أن المسافرة بالمال مخاطرة به مسلم اذا كان الطريق مخوفاً (فاما) اذا كان أمناً فلا خطر فيه بل هو مباح لان الله سبحانه وتعالى أمر بالابتغاء في الارض من فضل الله ورفع الجناح عنه بقوله تعالى عز شأنه فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقال عز شأنه ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم مطلقاً من غير فصل وما ذكرتم من مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فلا يعد ذلك غرامة في عادة التجار لان كل مؤنة تلزم تلحق برأس المال هذا اذا لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل في ذلك رأيك فاما اذا قل ذلك فانه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخط مال الشركة بما له خاصة والرهن والارتهان مطلقاً لانه فوض الرأي اليه في التصرف الذي اشتملت عليه الشركة مطلقاً واذا سافر أحدهما بالمال وقد أذن له بالسفر أو قيل له اعمل رأيك أو عند اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبي حنيفة ومحمد أنه أن ينفق من جملة المال على نفسه في

كرائه ونفقته وطعامه وادامه من رأس المال روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة وقال محمد وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له ذلك لأن الاتفاق من مال الغير لا يجوز إلا باذنه نصاً (وجه) الاستحسان العرف والعادة لأن عادة التجار الاتفاق من مال الشركة والمصرف كالمشروط ولأن الظاهر هو التراضي بذلك لأن الظاهر أن الإنسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لرجح محتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون لأنه التزام ضرر للحال لنفع محتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فكان أقدمهما على عقد الشركة دليلاً على التراضي بالنفقة من مال الشركة ولأن كل واحد منهما في مال صاحبه كالمضارب لأن ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال وهو يستحق نصف الربح شائعاً كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال كالمضارب إذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته في جميع ذلك كذا هذا وقال محمد فإن ربح محسب النفقة من الربح وان لم يربح كانت النفقة من رأس المال لأن النفقة جزء تالف من المال فإن كان هناك ربح فهو منه والافهم من الأصل كالمضارب وما اشتراه أحدهما بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرناه أنه يصير مستديناً على مال الشركة وصاحبه لم يأذن له بالاستدانة وليس لأحدهما أن يهب ولا أن يقرض على شريكه لأن كل واحد منهما تبرع (أما) الهبة فلا شك فيها (وأما) القرض فلا نه لا عوض له في الحال فكان تبرعاً في الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه وسواء قال اعمل برأيك أو لم يقل إلا أن ينص عليه بعينه لأن قوله اعمل برأيك فهو يرضى الرأي إليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو استقرض ما لا لزومها جميعاً لأنه تملك مال بالعقد فكان كالصرف في حقه وحق شريكه ولأنه إن كان الاستقرض استعارة في الحال فهو عاك الاستعارة وإن كان تملكاً يملكه أيضاً وليس له أن يكتب عبداً من تجارتهما ولا أن يعتق على مال لأن الشركة تنعقد على التجارة والكتابة والاتفاق ليسا من التجارة ألا ترى أنه لا يملكهما المأذون في التجارة وسواء قال اعمل برأيك أو لا لما قلنا وليس له أن يزوج عبداً من تجارتهما في قوهم جميعاً لأنه ليس من التجارة وهو ضرر محض فلا يملكه إلا بآذن نصاً وكذلك تزويج الأمة في قول أبي حنيفة ومحمد لأنه ليس من التجارة ويجوز عند أبي يوسف والمسئلة تقدمت في كتاب النكاح ولو أقر بدين لم يجز على صاحبه لأن الإقرار حجة قاصرة فلا يصدق في إيجاب الحق على شريكه بخلاف المفاوضة لأن الجواز في المفاوضة بحكم الكفالة لا بالإقرار وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة ولو أقر بجارية في يده من تجارتهما أنها الرجل لم يجز إقراره في نصيب شريكه وجاز في نصيبه لما ذكرناه أن إقرار الإنسان ينفذ على نفسه لا على غيره لأنه في حق غيره شهادة وسواء كان قال له اعمل برأيك أو لا لأن هذا القول يفيد العموم فيما تتضمنه الشركة والشركة لم تتضمن الإقرار وما ضاع من مال الشريك في يد أحدهما فلا ضمان عليه في نصيب شريكه فيقبل قول كل واحد من الشريكين على صاحبه في ضياع المال مع بعينه لأنه أمين والله عز وجل أعلم وأما المفاوضة فجميع ما ذكرناه يجوز لأحد شريكي العنان أن يفعله وهو جاز على شريكه إذا فعله فيجوز لأحد شريكي المفاوضة أن يفعله وإذا فعله فهو جاز على شريكه لأن المفاوضة أعم من العنان فلما جاز لشريك العنان فجوازه للمفاوض أولى وكذا كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة لأنها ما كانت أعم من العنان فهو يقتضي شرط العنان وزيادة وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة لأن المفاوضة يفسدها ما يفسد العنان لا اختصاصها بشرائط لا تشترط في العنان وقد بينا ذلك فيما تقدم والآن نبين الأحكام المختصة بالمفاوضة التي تجوز للمفاوض ولا تجوز للشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق يجوز لأحد شريكي المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه ويطلب المقر له أيهما شاء لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر فيلزم المقر باقراره ويلزم شريكه بكفالاته وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة كضمن المشتري في البيع الصحيح وقيمته في البيع الفاسد وأجرة المستأجر أو ما هو في معنى التجارة كالمنسوب والخلاف في الودائع والعواري والأجارات والاستهلاك وصاحب الدين بالخيار أن شاء أخذ هذا دينه وإن شاء أخذ شريكه بحق الكفالة أما دين التجارة

فلانه دين لزمه بسبب الشركة لان البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة لانه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا ان البيئة تسمع في ذلك على الشريك الذي لم يعقد لان الدين لزمه كإلزام شريكه لانه كفيل عن شريكه والبيئة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل ان الامر بالبيع يتناول الصحيح والفاسد وكذا الاجرة لان الاجارة تجارة (وأما) الغصب فلان ضمانه في معنى ضمان التجارة لان تقرر الضمان فيه يفيد ملك المضمون فكان في معنى ضمان البيع والخلاف في الودائع والعواري والاجارات في معنى الغصب لانه من باب التمدى على مال الغير بغير اذن مالكه فكان في معنى الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب (وأما) أروش الجنائيات والمهر والنفقة وبذل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤخذ به شريكه لانه ليس بضمن التجارة ولا في معنى ضمان التجارة أيضاً لعدم معنى معاوضة المال بالمال رأساً وروى عن أبي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم الا فاعله لانه ضمان جنابة فأشبه ضمان الجنابة على بنى آدم والجواب ما ذكرنا ان ضمان الغصب وضمن الاتلاف في غير بنى آدم ضمان معاوضة لانه ضمان بملك به المضمون عوضاً عنه بخلاف ضمان الجنابة على بنى آدم لانه لا يملك به المضمون فلم يوجد فيه معنى المعاوضة أصلاً ولو كفل أحدهما عن انسان فان كفل عنه بمال يلزم شريكه عند أى حنيفة وعندهما لا يلزم وان كفل بنفس لا يؤخذ بذلك شريكه في قوطم جميعاً (وجهه) قوطم ان الكفالة تبرع فلا تلزم صاحبه كالهبة والصدقة والكفالة بالنفس والدليل على انها تبرع اختصاص جوازها بابل التبرع حتى لا تجوز من الصبي والمكاتب والعبد المأذون وكذا تعتبر من الثلث اذا كان في حال المرض والشركة لا تنعقد على التبرع ولا بنى حنيفة رضى الله عنه ان الكفالة تقع تبرعاً ابتداءً ثم تصير معاوضة باتهامها لوجود التملك والتملك حتى يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل اذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه فقلنا لا تصح من الصبي والمأذون والمكاتب ويعتبر من الثلث عملاً بالابتداء ويلزم شريكه عملاً بالانتهاء وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع اليهما جميعاً حتى لو باع أحدهما شيئاً من مال الشركة يطالب غير البائع منهما بتسليم المبيع كما يطالب البائع ويطالب غير البائع من المشتري بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه كالبياع ولو اشترى أحدهما شيئاً يطالب الآخر بالثمن كما يطالب المشتري وله أن يقبض المبيع كما للمشتري ولو وجد المشتري منهما عيباً بالمبيع فلصاحبه أن يرد به بالعيب كما للمشتري وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشتري ولو باع أحدهما سلعة من شركتهما فوجد المشتري بها عيباً فله أن يردّها على أيهما شاء ولو انكر العيب فله أن يحلف البائع على البتات وشريكه على العلم ولو أقر أحدهما فهذا اقراره على نفسه وشريكه ولو باع سلعة من شركتهما وجد المشتري بها عيباً فله أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم بينين واحدة على العلم في قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف يحلف كل واحد منهما على البتات فيما باع ويسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم وهما جميعاً في خراج التجارة وضمنهما سواء ففعل أحدهما فيها كفلهما وقول أحدهما كقولهما وهما في الحقيقة شخصان وفي أحكام التجارة كشخص واحد ولا حدّهما أن يكاتب عبد التجارة أو يأذن له بالتجارة لان تصرف كل واحد منهما فيما يعود ثمنه الى مال الشركة عام كتصرف الاب في مال الصغير كذا روى عن محمد انه قال كلما يجوز أن يفعل الانسان فيما لا يملكه فالمفاوض فيه أجوز أمر او معناه أن الاب يملك كتابة عبد ابنه الصغير واذنه بالتجارة مع انه لا يملك له فيه رأساً فلا يملك المفاوض أولى ولا يجوز له أن يعتق شيئاً من عبيد التجارة على مال لانه في معنى التبرع لانه يعتق بمجرد القول ويبقى البدل في ذمة المفلس قد يسلم له وقد لا يسلم فكان في معنى التبرع ولهذا لا يملك الاب في مال ابنه ولا يجوز له تزويج العبد لانه ضرر محض لان المهر والنفقة يتعلقان برقبته وتنقص به قيمته ويكون ولده لغيره فكان التزويج ضرراً محضاً فلا يملك في ملك غيره ويجوز له أن يزوج الامه لان تزويج الامه تقع محض لانه يستحق المهر والولد ويسقط عنه نفقتها وتصرف المفاوض نافذ في كل ما يعود ثمنه الى مال الشركة سواء

كان من باب التجارة أولاً بخلاف الشريك شركة العنان فان نفاذ تصرفه يختص بالتجارة على أصل أبي حنيفة ومحمد
وتزويج الأمة ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ وعند أبي يوسف ينفذ كتصرف
المفاوض لوجود النفع ويجوز له أن يدفع المال مضاربة لما ذكرنا في الشريك شركة عنان انه يجوز له أن يستأجر من يعمل
في مال الشركة بمال يستحقه الاجير يقيين فالدفع مضاربة أولى لان المضارب لا يستحق الربح منها يقيين لجواز أن
يحصل وأن لا يحصل ويجوز له أن يشارك شركة عنان في قول أبي يوسف ومحمد لان شركة العنان أخص من شركة
المقاوضة فكانت دونها فجاز أن تتضمنها المقاوضة كما تتضمن العنان المضاربة لانها دونها فتنبعها ولان الاب يملك
ذلك في مال ابنه فيملك المفاوض على شريكه من طريق الاولى وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز له ذلك
لانه يوجب للشريك الثالث حق في مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه هذا اذا شارك رجلاً شركة عنان فأما اذا
فاوض جاز عليه وعلى شريكه ذكره محمد في الاصل وقال أبو يوسف لا يجوز وكذا في رواية الحسن عن أبي حنيفة
(وجه) قول محمد أن عقد المقاوضة عام فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الآخر ولا يوجب أن المقاوضة
مثل المقاوضة والشئ لا يستتبع مثله ويجوز له أن يرهن ويرهن على شريكه لان الرهن هو إيفاء والارتهان استيفاء
وكل واحد منهما يملك الإيفاء والاستيفاء فمما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضي ما اداناه أو ادانه
صاحبه أو ما وجب لهما من غصب على رجل أو كفالة لان كل واحد منهما كفيل الآخر فيملك أن يستوفي حقوقه
بالوكالة وما وجب على أحدهما فلصاحب الدين أن يأخذ كل واحد منهما لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر
وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان
التجارة لان الكفيل خصم فيما يدعى على المكفول عنه ويستحلف على علمه لانه يمين على فعل الغير وما اشتراه
أحدهما من طعام لاهله أو كسوة أو مالا بدله منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه والقياس أن يكون المشتري
مشارك بينهما لان هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر الاعيان لكنهم استحسنوا أن يكون له خاصة للضرورة لان
ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المقاوضة فاختص به المشتري لكن للبائع أن يطالب بالثمن أي بما شاء وان وقع
المشتري للذي اشتراه خاصة لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ببدل ما يجوز فيه
الاشتراك الا أنهم قالوا ان الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لانه قضى ديناً عليه من ماله لا على وجه التبرع
لانه ائتم ذلك فيرجع عليه وليس له أن يشتري جارية للوطء أو للخدمة بغير اذن الشريك لان الجارية مما يصح فيه
الاشتراك ولا ضرورة تدعو الى الافراد بملكها فصارت كسائر الاعيان بخلاف الطعام والكسوة فان ثمة ضرورة
فأخرج عن عموم الشركة للضرورة ولا ضرورة في الجارية بقبولها تحت العموم فان اشترى ليس له أن يطأها
ولا لشريكه لانها دخلت في الشركة فكانت بينهما فلهذا جارية مشتركة بين اثنين فلا يكون لأحدهما أن يطأها فان
اشترى أحدهما جارية ليوطأها باذن شريكه فهي له خاصة ولم يذكر في كتاب الشركة ان الشريك يرجع عليه بشيء أولاً
يرجع وذكري الجامع الصغير بخلاف فقال عند أبي حنيفة لا يرجع عليه بشيء من الثمن وعندهما يرجع عليه بنصف
الثمن (وجه) قولهما ان الحاجة الى الوطء متحققة فتأخذ بالحاجة الى الطعام والكسوة فاذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت
له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد قد ما ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه شريكه بالنصف
ولا يوجب حنيفة ان الاصل في كل ما يمتثل الشركة اذا اشتراه أحد الشركين أن يقع المشتري مشترك بينهما من غير اذن
جديد من الشريك بالشراء الا فيما فيه ضرورة وهو مالا بدله منه من الطعام والكسوة ولا ضرورة في الوطء فوقع المشتري
على الشركة بالاذن الثابت بأصل العقد من غير الحاجة الى اذن آخر فلم يكن الاذن الجديد من الشريك لوقوع المشتري
على الشركة لانه وقع على الشركة بدونه فكان للتمليك كأنه قال اشتري جارية بيننا وقد ملكتك نصيب منها فكانت
الهبة متعلقة بالشراء فاذا اشترى وقبض محت الهبة كما لو قال ان قبضت مالي على فلان فقد وهبته لك فقبضه يملكه

كذا هذا وإذا كان كذلك فقد تقدّمنا الواقع على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشئ فإن اشترى
 جارية للوطء باذن شريكه فاستولدها ثم استحققت فعلى الواطئ العقر يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء (أما) وجوب
 العقر فلا شك فيه لأن وطء ملك الغير في دار الاسلام لا يخلو عن أحد الغرامتين أما الحد وأما العقر وقد تعذر إيجاب
 الحد لكان الشبهة وهي صورة البيع فيجب العقر وأما ولاية الأخذ من أيهما شاء فلان هذا ضمان وجب بسبب الشراء
 والضمان الواجب بسبب الشراء يلزم كل واحد منهما كالثنى لان الشراء من التجارة فكان هذا ضمان التجارة بخلاف
 المهر في النكاح الصحيح والفاصل لانه مال وجب بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة فلا يدخل في الشركة
 ولو أقال أحدهما في بيع ما باعه الآخر جازت الاقالة عليهما لما ذكرنا ان الاقالة في معنى الشراء وهو يملك الشراء على
 الشركة فيملك الاقالة ولان الشريك شركة العنان يملك الاقالة للمفاوض أولى واذا مات أحد المتفاوضين أو ترقا لم
 يكن للذي لم يل المدانة أن يقبض الدين لان الشركة بطلت بموت أحدهما لانها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل
 لبطلان أمره بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز لأحدهما أن يقبض نصيب الآخر
 اذ لم يكن هو الذي تولى العقد ويجوز قبضه في نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانا (وأما)
 الذي ولي المدانة فله أن يقبض الجميع لانه ملك ذلك بعقد المدانة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة
 بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل ولو أجر أحدهما نفسه في الحياطة أو عمل من الاعمال فلا جرم بينهما نصفان وان
 أجر نفسه للخدمة فلا جرم له خاصة لان الفصل الاول أجر نفسه في عمل يملك أن يتقبل على نفسه وعلى صاحبه فاذا
 عمل فقد أوفى ما عليهما فكانت الاجرة بينهما وفي الثاني لا يملك التقبل على صاحبه بل على نفسه خاصة فكانت
 الاجرة له خاصة وقال أبو حنيفة اذا قضى أحدهما ديننا كان عليه قبل المفاوضة فهو جائز لانه اذا قضى فقد صار
 المقضى ديناً على القاضى أولاً ثم يصير قصاصاً بما له على القاضى فكان هذا تملكاً كالمعوض فتناوله عقد الشركة فله كخاز
 القضاء وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض الدين لما ذكرنا ان قبضه قبض مضمون لانه قبض مال للشريك أن
 يملكه اياه ويرجع شريكه عليه بحصته منه لانه قضى دين نفسه من مال غيره ولا تنتقض المفاوضة وان ازداد مال أحد
 الشرىكين لان الواجب دين وزيادة مال أحد الشرىكين اذا كانت ديننا لا توجب بطلان المفاوضة كما لا تمنع انعقادها
 لما مر ان الدين لا يصلح رأس مال الشركة فاذا استرجع ذلك بطلت المفاوضة لانه ازداد له مال صالح للشركة على مال
 شريكه ولو رهن أمة من مال المفاوضة بخمسة الف قيمتها الف فماتت في يد المرتهن ذهبت بخمسة الف ولا يضمن ما بقي لان
 الزيادة أمانة في يد المرتهن فكان مودعاً في قدر الأمانة من الرهن والمودع والمفاوض أن يودع وكذلك وصى أيتام
 رهن أمة لهم بأربعمائة عليه وقيمته الف فماتت في يد المرتهن ذهبت بأربعمائة وذلك يكون ديناً للورثة على الوصى
 وهو أمين في الفضل وكذلك الاب يرهن أمة ابن له صغير بدين عليه لان الاب والوصى يملكان الايداع والزيادة
 على قدر الدين من الرهن أمانة فكانت ودیعة قال الحسن بن زياد قال أبو حنيفة رحمه الله لو أقرض أحد المتفاوضين
 مالا فأعطاه رجلاً ثم أخذ به سفتجة كان ذلك جائزاً عليهما ولا يضمن توى المال أو لم يتو وفي قياس قول أبي يوسف
 ان الذي أقرض وأخذ السفتجة يضمن حصته شريكه من ذلك وهذا فرع اختلافهم في الكفالة ان الكفيل في حكم
 المقرض فاذا جازت الكفالة عند أبي حنيفة جاز القرض وعند أبي يوسف لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع
 فكذلك القرض وقالوا في أحد المتفاوضين اذا استأجر ابلاً الى مكة ليحج ويحمل عليها متاع بيته فلمؤاجر أن
 يطالب أيهما شاء بالاجر لان المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة ألا ترى لو أبدله من حمل متاعه
 فحمل عليها متاع الشركة جاز واذا دخل في الشركة كان البدل عليهما فيطالب به شريكه بحكم الكفالة وان وقع ذلك له
 خاصة كما لو اشترى طعاماً لنفسه ان المشتري يقع له ويطالب الشريك بالثنى كذا هذا ولو أجر أحدهما عبداً لورثته لم
 يكن لشريكه أن يقبض الاجارة لانه بدل مال لم يدخل في الشركة فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له بالميراث والله

عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالأعمال فأما العنان منها فلكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه أن كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة لأنه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الأجرة وإلى أيهما دفع صاحب العمل يرى لأنه دفع إلى من أمر بالدفع إليه وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جناية يده كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به استحسانا كذا روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم أنه قال إذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما أجمعين يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك والقياس أن لا يكون له ذلك (وجه) القياس ظاهر لأن هذه شركة عنان لا شركة مفوضة وحكم الشرع في شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر (وجه) الاستحسان أن هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل لأن العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الأجر به فإذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت في معنى المفوضة في حق وجوب الضمان وإن لم تكن مفوضة حقيقة حتى قالوا في الدين إذا أقر أحدهما بثن صابون أو اشنان أو غيرهما أنه لا يصدق على صاحبه إذا كان المبيع مستهلكا لا باقراره أو بالينة كذا إذا أقر أحدهما باجر أجير أو حنوت بعد مضى هذه الأجرة وإن كان المبيع لم يستهلك ومدة الأجرة لم تمض لزمهما جميعا باقراره وإن جحد شريكه كافي شركة العنان فدل أنه ليس لها حكم المفوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذي بينا خاصة وقال أبو يوسف إذا ادعى على أحدهما ثوبا عندهما فأقر به أحدهما وجحد الآخر جاز الآخر على الآخر ويدفع الثوب ويأخذ الأجرة قال وهذا استحسان وليس بقياس لأنهما ليسا بمقتضيين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ اقراره على صاحبه فيما يده صاحبه كشرى العنان في المال إذا أقر أحدهما بثوب من شركتهما وجحد الآخر أنه لا ينفذ اقراره على صاحبه في نصيبه كذا هذا وقد روى ابن سماعه عن محمد أنه أخذ بالقياس في هذه المسئلة وقال ينفذ اقراره في النصف الذي في يده ولا ينفذ في النصف الذي في يد الشريك (ووجه) ما ذكرنا أن الشئ في أيديهما والشركة شركة عنان وأحد شريكي العنان إذا أقر بثوب في أيديهما لا ينفذ على صاحبه وإنما استحسانا والحقها بالمفوضة في حق وجوب العمل والمطالبة بالأجرة في حق وجوب ضمان العمل فبقى الأمر في وراء ذلك على أصل القياس (وجه) الاستحسان لأن يوسف أنه لما ظهر حكم المفوضة في هذه الشركة في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وجب له المطالبة بكل الأجرة وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر في محل العمل أيضا فينفذ اقراره بحمل العمل على صاحبه وإن عمل أحدهما دون الآخر بان مرض أو سافر أو بطل فلا جرم بينهما على ما شرط إلا أن الأجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل لا بالعمل لأن العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالقصار والخياط إذا استعان برجل على القصار والخياطة أنه يستحق الأجر وإن لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وهما شرط العمل عليهما فإذا عمل أحدهما يصير الشريك القابل عاملا لنفسه في النصف ولشريكه في النصف الآخر ويجوز شرط التفاضل في الكسب إذا شرط التفاضل في الضمان بأن شرط أحدهما ثلثي الكسب وهو الأجر وللآخر الثلث وشرط العمل عليهما كذلك سواء عمل الذي شرط له الفضل أو لم يعمل بعد أن شرط العمل عليهما لأن استحقاق الأجرة في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل بدليل أنه لو عمل أحدهما استحق الآخر الأجر وإذا كان استحقاق أصل الأجر بأصل ضمان العمل لا بالعمل كان استحقاق زيادة الأجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل وحكى عن الكرخي أنه علل في هذه المسئلة فقال المنافع لا تتقوم إلا بالعقد والشريك قد قوما بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليه وهذا يشير إلى أن الاستحقاق بالعمل ورد عليه الجصاص وقال هذا لا يصح بدليل أنه لو شرط فضل الأجر لهما عملا بأن شرط لهما الأجرة له جاز فدل

أن استحقاق فضل الاجرة بفضل الضمان لا بفضل العمل ولو شرط التفاضل في الاجرة فجعلناها أثلاثاً ولم ينسبها العمل الى نصفين فهو جائز لانهما لما شرط التفاضل في الكسب ولا يصح ذلك الا بشرط التفاضل في العمل كان ذلك اشتراطاً للتفاضل في العمل تصحيحاً لتصرفهما عند امكان التصحيح ولو شرط الكسب أثلاثاً وشرط العمل نصفين لم يجوز لان فضل الاجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان والربح لا يستحق الا باحده هذه الاشياء (وأما) الوضعية فلا تكون بينهما الا على قدر الضمان حتى لو شرط أن ما يتقبلانه فثلثاه على أحدهما بعينه وثلثه على الآخر والوضعية بينهما نصفان كانت الوضعية باطلة والقبالة بينهما على ما شرط على كل واحد منهما لان الربح اذا انقسم على قدر الضمان كانت الوضعية على قدر الضمان أيضاً لانه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان في الوضعية في موضع يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما وهو الشركة بالاموال حتى لا تكون الوضعية فيها الا بقدر المال في موضع لا يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما فلا يجوز أن تكون الوضعية فيه الا على قدر الضمان أولى (وأما) المفاوضة منهما فالزم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطلب به من ثمن صابون أو أشنان أو أجر أجير أو حانوت ويجوز اقرار أحد الشريكين عليه وعلى شريكه بالدين وللمقر له أن يطلب به أيهما شاء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيلزم المقر باقراره والشريك بكفالتسه ولو ادعى على أحدهما بثوب في أيديهما فأقر به أحدهما وجدد صاحبه يصدق على صاحبه وينفذ اقراره عليه (وأما) الشركة بالوجوه فالعنان منها والمفاوضة في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريك العنان والمفاوضة في الاموال (وأما) الشركة الفاسدة وهي التي قاتها شرط من شرائط الصحة فلا تنفذ شيئاً مما ذكرنا لان لأحد الشريكين أن يعمل بالشركة الصحيحة والربح فيها على قدر الماين لانه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط لان الشرط لم يصح فالحق بالعدم فبقى الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال ولا أجر لاحدهما على صاحبه عندنا وقال الشافعي له أجره فيما عمل لصاحبه وهذا غير سديد الا أنه استحق الربح بعمله فلا يستحق الاجر والله عز وجل أعلم

فصل وأما صفة عقد الشركة فهي انها عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالقسخ الا أن من شرط جواز القسخ أن يكون بحضرة صاحبه أي بعلمه حتى لو فسخ بمحض من صاحبه جاز القسخ وكذا لو كان صاحبه غائباً وعلم بالقسخ وان كان غائباً ولم يبلغه القسخ لم يجز القسخ ولم يفسخ العقد لان القسخ من غير علم صاحبه اضرار بصاحبه ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه مع ما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا في الوكالة التي تضمنت الشركة وعلى هذا الاصل قال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شريكي العنان رجلاً شركة مفاوضة انه ان كان بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وان كان بمحض من سحت المفاوضة لان المفاوضة مع غيره تتضمن فسح العنان وهو لا يملك القسخ عند غيبته وملك عند حضرته وهل يشترط أن يكون مال الشركة عيناً وقت الشركة لصحة القسخ وهي أن يكون دراهم أو دنانير أو كذا الطحاوي انه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضا وقت القسخ لا يصح القسخ ولا تنفسخ الشركة ولا رواية عن أصحابنا في الشركة وفي المضاربة رواية وهي ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهي دراهم أو دنانير صح النهي لكن له أن يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لانهما في الثمنية جنس واحد فكانه لم يشتريها شيئاً وليس له أن يشتري بها عروضا وان كان رأس المال وقت النهي عروضا فلا يصح نهيه لانه يحتاج الى بيعها ليظهر الربح فكان القسخ ابطالا لحقه في التصرف فجعل الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة فقال يجوز فسخ الشركة وان كان رأس المال عروضا ولا يجوز فسخ المضاربة لان مال الشركة في يد الشريكين جميعاً ولهما جميعاً ولاية التصرف فيملك كل واحد منهما نهى صاحبه عينا كان المال أو عروضا فاما مال المضاربة ففي يد المضارب ولاية التصرف له لا لرب المال فلا يملك رب المال نهيه بعد ما صار المال عروضا

﴿ فصل ﴾ وأبيان ما يبطل به عقد الشركة فمما يبطل به نوعان (أحدهما) بيع الشركات كلها (والثاني) يخص البعض دون البعض اما الذي يعم الكل فانواع (منها) الفسخ من أحد الشريكين لانه عقد جائز غير لازم فكان محتسماً للفسخ فاذا فسخه أحدهما عند وجود شرط الفسخ بنفسه (ومنها) موت أحدهما أيهما مات انفسخت الشركة لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلاً للوكيل علم به أو لم يعلم لانه عزل حكماً فلا يقف على العلم (ومنها) ردة أحدهما مع إلحاقه بدار الحرب بمنزلة الموت (ومنها) جنونه جنونا مطبقاً لان به يخرج الوكيل عن الولة وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة لان الشركة تتضمن الوكالة على نحو ما فصلنا في كتاب الوكالة (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فانواع (منها) هلاك المالكين أو أحدهما قبل الشراء في الشركة بالاموال سواء كان المالك من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط لان الدراهم والدنانير تعيينات في الشركات فاذا هلك فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل انبرام العقد وحصول العقود به فيبطل العقد بخلاف ما اذا اشترى شيئاً بدراهم معينة ثم هلك الدراهم قبل القبض ان العقد لا يبطل لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ويتعينان في الشركات ثم انما لم يتعين الدراهم والدنانير في المعاوضات وتعين في الشركات لانها جعلتا بمنى شرعاً فلو تعين في المعاوضات لا تقلباً مضمين اذا مضمين اسم لعين يقابلها عوض فلو تعينت الدراهم والدنانير في المعاوضات لكان عينا يقابلها عوض فكان مضمناً فلا يكون مضمناً وفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعين وليس في تعيينها في باب الشركة تغيير حكم الشرع لانها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض ولهذا يتعينان في الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة أنهما لا يتعينان في هذين العقدين وان لم يكن التعيين فيهما تغييراً لحكم الشرع وهو جعلهما مضمينين لما لا عوض للحال يقابلها لان كل واحد من العقدين وضع وسيلة الى الشركة والوسيلة الى الشيء حكمه حكم ذلك الشيء فجعل حكمهما في حق المنع من تعيين الدراهم والدنانير حكم الشراء فلم يتعينا بالعقد والاشارة بل يتعينان بالقبض كما في الشراء بخلاف الشركة فانها وان وقعت وسيلة الى الشراء لكن لا بد مع هذا من سبب يوجب تعيين رأس المال لما مر ولا يمكن جعل القبض معيناً لرأس المال لانه لا وجه الى إيجاب القبض فيهما ليتعين رأس المال لان العمل فيهما مشروط من الشريكين وكون العمل مشروطاً من رب المال يوجب أن يكون رأس المال في يده ليتمكن العمل وكون عمل الآخر مشروطاً يوجب التسليم اليه ليتمكن من العمل فلا يجب التسليم للتعارض ولا بد من سبب يوجب تعيين ما تعلق به العقد وليس وراء القبض الا العقد فاذا لم يمكن إيجاب القبض جعل العقد موجبا لتعيينهما وان كان وسيلة الى الشراء لكن هذه الضرورة أوجبت استدراكاً بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له (فاما) في الوكالة المفردة والمضاربة فعمل رب المال ليس مشروطاً بل لشرط ذلك في المضاربة لا وجب فسادها فممكن جعل القبض سبباً للتعيين فلا حاجة الى جعل العقد سبباً فلم يوجب العقد التعيين إلحاقاً له بالشراء ثم اذا هلك أحد المالكين قبل الشراء هلك من مال صاحبه لان الهالك مال ملكه أحدهما يتيقن انه أمانة في يد صاحبه فيهلك على صاحبه خاصة بخلاف ما اذا كان رأس المالكين من جنس واحد وخطا ثم هلك انه يهلك مشتركاً لاننا لا نتيقن ان الهالك مال أحدهما والله عز وجل الموفق (ومنها) فوات المساواة بين رأسى المال في شركة المفاوضة بالمال بعد وجودها في ابتداء العقد لان وجود المساواة بين المالكين في ابتداء العقد كما هو شرط انعقاد هذا العقد على الصحة فبقاؤها شرط بقاءها منعقدة لانها مفاوضة في الحالين فلا بد من معناها في الحالين وعلى هذا يخرج ما اذا تفاوضا والمال مستوى ثم ورت أحدهما ما لا تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير وصار ذلك في يده انه تبطل المفاوضة لبطلان المساواة التي هي معنى العقد وان ورث عر وضاً لا تبطل وكذا لو ورث ديوناً لا تبطل ما لم يقبض الديون لانها قبل القبض لا تصلح رأس مال الشركة وكذا لو ازداد أحد المالكين على الآخر قبل الشراء بان كان

أحد همدارهم والآخر دنانير فان زادت قيمة أحدهما قبل الشراء بطلت المفاوضة لما قلنا لان عقد الشركة يقف تمامه على الشراء فكان الموجود قبل الشراء كالموجود وقت العقد كالبيع لما كان تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل القبض كهلاكه وقت العقد والزيادة وقت العقد تمنع من الانعقاد فاذا طرأ عليه يبطله قال محمد وكذلك لو اشترى بأحد المالين ثم ازداد الآخر لان الشركة لا تتم ما لم يشتر بالمال فصار كان الزيادة كانت وقت العقد فان زاد المال المشتري في قيمته كانت المفاوضة باحالة لان تلك الزيادة تحدث على ملكها لا نهارج في المال المشتري فلا يفضل أحدهما على الآخر قال محمد رحمه الله القياس اذا اشترى بأحد المالين قبل صاحبه انه تنتقض المفاوضة لان الالف التي لم يشتر بها بقيت على ملك صاحبها وقد ملك صاحبها نصف ما اشتراه الاخر فصار ماله أكثر فينبغي أن تبطل المفاوضة الا انهم استحسنوا وقالوا لا تبطل لان الذي اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن ديناه فلم يفضل المال فلا تبطل المفاوضة والله عز وجل أعلم

كتاب المضاربة

يحتاج في هذا الكتاب الى معرفة جواز هذا العقد الى معرفة ركنه والى معرفة شرائط الركن والى معرفة حكمه والى معرفة صفة العقد والى معرفة ما يبطل به ومعرفة حكمه اذا بطل والى بيان حكم اختلاف رب المال والمضارب (اما) الاول فالقياس انه لا يجوز لانه استتجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول لكنا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والاجماع (اما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله والمضارب يضرب في الارض يبتغي من فضل الله عز وجل وقوله سبحانه وتعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم (وأما) السنة فاروى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال كان سيدنا العباس بن عبد المطلب اذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحر أو لا ينزل به وادياً ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير لهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة (وأما) الاجماع فانه روى عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم انهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله ابن عمر وسيدنا عائشة رضي الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون اجماعاً وروى ان عبد الله وعبيد الله ابني سيدنا عمر قدما العراق وأبو موسى الاشعري أمير بها فقال لهما لو كان عندي فضل لا كرمتمكما ولكن عندي مال لبيت المال أدفعه اليكما فبتاعا به متاعاً واحملاهما الى المدينة وبيعهما وادفعا ثمنه الى أمير المؤمنين فلما قدما المدينة قال لهما سيدنا عمر رضي الله عنه هذا مال المسلمين فاجعلار بحه لهم فسكت عبد الله وقال عبيد الله ليس لك ذلك لو هلك منا الضمنا فقال بعض الصحابة يا أمير المؤمنين اجعلهما كالمضاربين في المال لهما النصف وليت المال النصف فرضي به سيدنا عمر رضي الله عنه وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا في سائر الاغصان من غير انكار من أحد واجماع أهل كل عصر حجة فتترك به القياس ونوع من القياس يدل على الجواز أيضاً وهو ان الناس يحتاجون الى عقد المضاربة لان الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى الى التجارة وقد يهتدى الى التجارة لكنه لا مال له فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ما شرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم

فصل وأما ركن العقد فلا يجاب والقبول وذلك بألفاظ تدل عليهما فلا يجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة وما يؤدى معاني هذه الالفاظ بان يقول رب المال خذ هذا المال مضاربة على ان مارزق الله عز وجل

أو أطمع الله تعالى منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء المعلومة وكذا اذا قال مقارضة أو معاملة ويقول المضارب أخذت أو رضيت أو قبلت ونحو ذلك فيتم الركن بينهما اما لفظ المضاربة فصرح مأخوذة من الضرب في الارض وهو السير فيها سمي هذا العقد مضاربة لان المضارب يسير في الارض ويسعى فيها لا ابتغاء الفضل وكذا لفظ المقارضة صريح في عرف أهل المدينة لانهم يسمون المضارب بمقارضة كما يسمون الاجارة بيعاً ولان المقارضة مأخوذة من القرض وهو القطع سمي المضارب بمقارضة لما ان رب المال يقطع يده عن رأس المال ويجعله في يد المضارب والمعاملة لفظ يشتمل على البيع والشراء وهذا معنى هذا العقد ولو قال خذ هذا المال واعمل به على ان مارزق الله عز وجل من شئ فهو بيننا على كذا ولم يزد على هذا فهو جائز لانه أتى بلفظ يؤدي معنى هذا العقد والعبرة في العقود لما فيها لا لصور الالفاظ حتى ينقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف وينقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا وذكر في الاصل لو قال خذ هذه الالف فابتع بها متاعا فان كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا قبل هذا كان مضارباً باستحسان والقياس ان لا يكون مضارباً (وجه) القياس انه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا يتحقق معنى المضارب به الا بالشراء والبيع (وجه) الاستحسان انه ذكر الفضل ولا يحصل الفضل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الالباع ذكر البيع وهذا معنى المضارب به ولو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم يزد عليه كان مضارباً باستحسان والقياس ان لا يكون لانه لم يذكر الشراء والبيع فلا يتحقق معنى المضارب به (وجه) الاستحسان انه لما ذكر الاخذ والاخذ ليس عملاً يستحق به العوض وانما يستحق بالعمل في المأخوذ وهو الشراء والبيع فتضمن ذكره ذكر الشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال فاشتر به ربيعاً أو رقيقاً بالنصف ولم يزد على هذا شيئاً فاشترى كما أمره فهذا فاسد وللمشتري أجر مثل عمله فيما اشترى وليس له أن يبيع ما اشترى الا بأمر رب المال لانه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا ذكر ما يوجب ذكر البيع ليحمل على المضارب به فحمل على الاستعجار على الشراء بأجر مجهول وذلك فاسد فاذا اشترى كما أمره فالمستأجر استوفى منافعه بعقد فاسد فاستحق أجر مثل عمله وليس له أن يبيع ما اشترى من غير اذن الأمر لانه أمره بالشراء لا بالبيع فكان المشتري له فلا يجوز بيعه من غير اذنه فان باع منه شيئاً لا ينفذ بيعه من غير اجازة رب المال ويضمن قيمته ان لم يقدر على عينه لانه صار متلفاً مال الغير بغير اذنه وان أجاز رب المال البيع والمتاع قائم جاز والتمن رب المال لان عدم الجواز لحقه فاذا أجاز فقد زال المانع وكذلك لو كان لا يدري حاله انه قائم أو هالك فأجاز لان الاصل هو بقاء المبيع حتى يعلم هلاكه وانما شرط قيام المبيع لانه شرط صحة الاجازة لما عرف ان مالا يكون محلاً لانشاء العقد عليه لا يكون محلاً لاجازة العقد فيه وان علم انه هالك فلا جازة باطلة لما ذكرناه وروى بشر عن أبي يوسف في رجل دفع الى رجل ألف درهم ليشتري بها ويبيع فاربح فهو بينهما فهذه مضاربة ولا ضمان على المدفوع اليه المال ما لم يخالف لانه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضاربة وكذلك لو شرط عليه ان الوضعية على عليك فهذه مضاربة والربح بينهما والوضعية على رب المال لان شرط الوضعية على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى المضاربة وروى عن علي بن الجعد عن أبي يوسف لو ان رجلاً دفع الى رجل ألف درهم ولم يقل مضاربة ولا بضاعة ولا قرصاً ولا شركة وقال ما ربحت فهو بيننا فهذه مضاربة لان الربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الربح ذكر الشراء والبيع وهذا معنى المضارب به ولو قال خذ هذه الالف على ان لك نصف الربح أو ثلثه ولم يزد على هذا فالمضارب به جائزة قياساً واستحساناً والمضارب مباشر وما بقي فرب المال والاصل في جنس هذه المسائل ان رب المال انما يستحق الربح لانه نفع ماله لا بالشرط فلا يفتقر استحقاقه الى الشرط بدليل انه اذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا يستحق الا بالشرط لانه انما يستحق بمقابلة عمله والعمل لا يتقوم الا بالعقد اذا عرف هذا فنقول في هذه المسئلة اذا سمي للمضارب جزأ معلوماً من الربح فقد وجد في حقه ما يفتقر الى استحقاقه الربح فيستحقه والباقي يستحقه رب المال به لانه لو قال خذ هذا المال

مضاربة على ان الى نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس ان تكون المضاربة فاسدة وهو قول الشافعي رحمه الله ولكنها جائزة استحسانا ويكون للمضارب النصف (وجه) القياس ان رب المال لم يجعل للمضارب شيئا معلوما من الربح وانما سمي لنفسه النصف فقط وتسميته لنفسه لقوله عدم الحاجة اليها فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وانما الحاجة الى التسمية في حق المضاربة ولم يوجد فلا تصح المضاربة (وجه) الاستحسان ان المضاربة تقتضي الشركة في الربح فكان تسمية أحد النصفين لنفسه تسمية الباقي للمضارب كأنه قال خذ هذا المال مضاربة على ان لك النصف كما في ميراث الابوين في قوله سبحانه وتعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث لما كان ميراث الميت لابوينه وقد جعل الله تعالى عز وجل للام منه الثلث كان ذلك جعل الباقي للاب كذا هذا ولو قال على ان الى نصف الربح ولك ثلثه ولم يزد على هذا فالثلث للمضارب والباقي لرب المال لما ذكرنا ان استحقاق المضارب الربح بالشرط واستحقاق رب المال لكونه من ثمنه ما له فاذا سلم المشرط للمضارب بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو الباقي لرب المال لكونه من ثمنه ما له ولو قال رب المال على ان ما رزق الله عز وجل فهو بيننا جاز ذلك وكان الربح بينهما نصفين لان البين كلمة قسمة والقسمة تقتضي المساواة اذ الميزان فيها مقدار معلوم قال الله تعالى عز شأنه ونبتهم أن الماء قسمة بينهم وقد فهم منها التساوي في الشرب قال الله سبحانه وتعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم هذا اذا شرط جزء من الربح في عقد المضاربة لاحدهما اما المضارب واما رب المال وسكت عن الآخر فاما اذا شرط لهما وغيرهما بان شرط فيه الثلث للمضارب والثلث لرب المال والثلث لثالث سواهما فان كان الثالث أجنبيا أو كان ابن المضارب وشرط عليه العمل جاز وكان الربح بينهما اثلاثا وان لم يشرط عليه العمل لم يحز وما شرط له يكون لرب المال لان الربح لا يستحق في المضاربة من غير عمل ولا مال وصار المشرط له كالمسكوت عنه وان كان الثالث عبد المضارب فان كان عليه دين فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ان شرط عمله لان المضارب لا يملك كسب عبده فكان كالأجنبي وان لم يشرط عمله فاشترطه فهو لرب المال لما ذكرنا في الاجنبي وعند أبي يوسف ومحمد المشرط له يكون للمضارب لان المولى يملك كسبه عندهما كما يملك لو لم يكن عليه دين وان كان الثالث عبد رب المال فهذا التفصيل أيضا انه ان كان عليه دين فان شرط عمله فهو كالأجنبي عند أبي حنيفة لان المولى لا يملك اكسابه وان لم يشترط عمله فاشترط له فهو لرب المال لما قلنا وعندهما ما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل أو لم يعمل لان المولى يملك كسب عبده كان عليه دين أولا فان لم يكن على العبد دين ففي عبد المضارب الثلثان للمضارب والثلث لرب المال لانه اذا لم يكن عليه دين فالملك يثبت للمولى فكان المشروط له مشروطا للمولى وصار كأنه شرط للمضارب الثلثين وفي عبد رب المال الثلث للمضارب والثلثان لرب المال لان المشروط له يكون مشروطا لمولاه اذا لم يكن عليه دين فصار كأن رب المال شرط لنفسه الثلثين وعلى هذا قالوا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لقضاء دين المضارب والثلث لرب المال ان الثلثين للمضارب والثلث لرب المال والثلث للمضارب لان المشروط لقضاء دين كل واحد منهما مشروط له

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فبعضها يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب وبعضها يرجع الى رأس المال وبعضها يرجع الى الربح (اما) الذي يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب فأهلية التوكيل والوكالة لان المضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل وقد ذكر شرائط أهلية التوكيل والوكالة في كتاب الوكالة ولا يشترط اسلاهما فتصح المضاربة بين أهل الذمة وبين المسلم والذمي والحر بي المستأمن حتى لو دخل حر بي دار الاسلام بأمان فدفعت ماله الى مسلم مضارب أو دفع اليه مسلم ماله مضارب فهو جائز لان المستأمن في دار بمنزلة الذمي والمضاربة مع الذمي مضاربة جائزة فكذلك مع الحر بي المستأمن فان كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب بأمان فعمل بالمال فهو جائز لانه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين فصار كأنهما في دار واحدة وان

كان المضارب هو الحربي فرجع الى داره الحربي فان كان غير اذن رب المال بطلت المضاربة وان كان باذنه فذلك جائز ويكون على المضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرط ان يرجع الى دار الاسلام مسالماً أو معاهداً أو بأمان استحساناً والقياس ان تبطل المضاربة (وجه) القياس انه لما عاد الى دار الحرب بطل أمانه وعاد الى حكم الحرب كما كان قبل أمر رب المال عند اختلاف الدارين فاذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه (وجه) الاستحسان انه لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه ولو دخل رب المال معه الى دار الحرب لم تبطل المضاربة فكذا اذا دخل بأمره بخلاف ما اذا دخل بغير أمره لانه لم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه فملك الامر به وقد قالوا في المسلم اذا دخل دار الحرب بأمان فدفعت اليه حربي ما لا مضاربة مائة درهم انه على قياس قول أبي حنيفة ومحمد جائز فان اشترى المضارب على هذا أو ربح أو وضع فالوضعية على رب المال والربح على ما اشترط ويستوفي المضارب مائة درهم والباقي لرب المال وان لم يكن في المال ربح الا مائة فهي كلها للمضارب وان كان أقل من مائة فذلك للمضارب أيضاً ولا شيء للمضارب على رب المال لان رب المال لم يشترط المائة الا بمن الربح فاما على قول أبي يوسف فالمضاربة فاسدة وللمضارب أجر مثله وهذا فرع اختلافهم في جواز الربا في دار الحرب لما علم (وأما) الذي يرجع الى رأس المال فأنا نوع (منها) أن يكون رأس المال من الدراهم والدنانير عند عامة العلماء فلا يجوز المضاربة بالعروض وعند مالك رحمه الله هذا ليس بشرط ويجوز المضاربة بالعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا في كتاب الشركة ان ربح ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن لان العروض تتعين عند الشراء بها والمعين غير مضمون حتى لو هلك قبل التسليم لا شيء على المضارب فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وما لا يتعين يكون مضموناً عند الشراء به حتى لو هلك العين قبل التسليم فعلى المشتري به ضمانه فكان الربح على ما في الذمة فيكون ربح المضمون ولان المضاربة بالعروض تؤدي الى جهالة الربح وقت القسمة لان قيمة العروض تعرف بالحرز والظن وتختلف باختلاف المقومين والجهالة تقضي الى المنازعة والمنازعة تقضي الى الفساد وهذا لا يجوز وقد قالوا انه لو دفع اليه عروضاً فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها جاز لانه لم يصف المضاربة الى العروض وإنما أضافها الى الثمن والتمن تصح به المضاربة فان باعها بمكيل أو موزون جاز البيع عند أبي حنيفة بناء على أصله في الوكيل بالبيع مطلقاً أنه يبيع بالاثمان وغيرها الا أن المضاربة فاسدة لانها صارت مضافة الى ما لا تصح المضاربة به وهو الخطة والشعير وأما على أصلهما فالبيع لا يجوز لان الوكيل بالبيع مطلقاً لا يملك البيع بغير الاثمان ولا تقسد المضاربة لانها لم تصر مضافة الى ما لا يصلح به رأس مال المضاربة (وأما) تبر الذهب والقضبة فقد جعله في هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله في كتاب الصرف بمنزلة الدراهم والدنانير والا مرفيه موكول الى التعامل فان كان الناس يتعاملون به فهو بمنزلة الدراهم والدنانير فتجوز المضاربة به وان كانوا لا يتعاملون به فهو كالعروض فلا يجوز المضاربة به (وأما) الزيوف والنهرجة فتجوز المضاربة بهاذكره محمد رحمه الله لانها تتعين بالعقد كالجياذ (وأما) المستوقة فان كانت لا تروج فهي كالعروض وان كانت تروج فهي كالفلوس وذكر ابن سماعه عن أبي يوسف في الدراهم التجارية لا يجوز المضاربة بها لانها كسدت عندهم وصارت سلعة قال ولو أجزت المضاربة بها أجزتها بمكة بالطعام لانهم يتبايعون بالخطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس (وأما) الفلوس فقد ذكرنا الكلام فيها في كتاب الشركة فالخاصل أن في جواز المضاربة بها روايتين عن أبي حنيفة ذكر محمد في المضاربة الكبيرة في الجامع الصغير وقال لا تجوز المضاربة الا بالدراهم والدنانير عند أبي حنيفة وروى الحسن عنه أنها تجوز والصحيح من مذهب أبي يوسف أنها لا تجوز وعند محمد تجوز بناء على أن الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت اثماناً كالدرهم والدنانير وعند أبي حنيفة وأبي يوسف تتعين فكانت كالعروض (ومنها) أن يكون معلوماً فان كان مجهولاً لا تصح المضاربة لان جهالة رأس المال تؤدي الى جهالة الربح وكون الربح معلوماً شرط صحة المضاربة (ومنها)

أن يكون رأس المال عينا لا ديناً فان كان ديناً فالمضارب فاسدة وعلى هذا يخرج ما إذا كان لرب المال على رجل دين فقال له اعمل بديني الذي في ذمتك مضارباً بالنصف أن المضارب فاسدة بلا خلاف فان اشترى هذا المضارب وباع له ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحال عند أبي حنيفة وعندهما ما اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته بناء على أن من وكل رجلاً يشتري له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند أبي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرأ عما في ذمته عنده وإذا لم يصح إلا من الشراء بما في الذمة لم تصح إضافة المضارب إلى ما في الذمة وعندهما يصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربة لأن الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضارباً بالعرض ولا نه يصير في التقدير كانه وكله بشراء العرض ثم دفعه اليه مضارباً فتصير مضارباً بالعرض فلا تصح ولو قال لرجل اقض مالي على فلان من الدين واعمل به مضارباً بجازلان المضارب بة هنا أضيفت إلى المقبوض فكان رأس المال عينا لا ديناً ولو أضاف المضاربة إلى عين هي أمانة في يد المضارب من الدراهم والدنانير بان قال للمودع أو المستبضع اعمل بما في يدك مضارباً بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وإن أضافها إلى مضمونة في يده كالدراهم والدنانير المعصوبة فقال للغاصب اعمل بما في يدك مضارباً بالنصف جاز ذلك عند أبي يوسف والحسن بن زياد وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله أن المضاربة تقتضي كون المال أمانة في يد المضارب والمغصوب مغصوب في يده فلا يتحقق التصرف للمضارب بة فلا يصح ولا أبي يوسف أن ما في يده مضمون إلى أن يأخذ في العمل فإذا أخذ في العمل وهو الشراء تصير أمانة في يده فيتحقق معنى المضاربة فتصح وسواء كان رأس المال مفروزا أو مشاعاً بان دفع مالاً إلى رجل بمضاربة أو بمضاربة بة بمضاربة بة مشاعاً في المال فالمضارب بة جائزة لأن الاشاعة لا تمنع من التصرف في المال فان المضارب يتمكن من التصرف في المشاع وكذا الشركة لا تمنع المضاربة فان المضارب إذا ربح يصير شريكاً في المال ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربة فإذا لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء وعلى هذا يخرج ما إذا دفع إلى رجل ألف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة إن ذلك جائز أما جواز المضاربة فلما قلنا وأما جواز القرض في المشاع وإن كان القرض تبرعاً والشيع منع حصة التبرع كالهبة فلان القرض ليس بتبرع مطلق لأنه وإن كان في الحال تبرعاً لأنه لا يقابل له عوض للحال فهو تملك المال بعوض في الثاني لا ترى أن الواجب فيه رد المثل لارد العين فلم يكن تبرعاً من كل وجه فلا يعمل فيه الشيع بخلاف الهبة فانها تبرع محض فعلم الشيع فيها وإذا جاز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب لأنه ربح ملكه وهو القرض ووضيعة عليه والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما شرط لأنه ربح مستفاد بمال المضاربة ووضيعة على رب المال ولا تجوز قسمة أحدهما دون صاحبه لأنه مال مشترك بينهما فلا ينفرد أحدهما الشريك بة قسمته قالوا ولو كان قال له خذ هذه الألف على أن نصفها قرض عليك على أن تعمل بالنصف الآخر مضارباً على أن الربح لي فهذا مكره لأنه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جرفعا فان عمل على هذا فربح أو وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضعية (أما) الربح فلان المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة في يده فكان ربحه لرب المال (وأما) الوضعية فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضعية على قدره ولو قال خذ هذه الألف على أن نصفها مضارباً بالنصف ونصفها هبة فقبضها المضارب على ذلك غير مقسوم فالهبة فاسدة لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فان عمل في المال فربح كان نصف الربح للمضارب حصبة الهبة ونصف الربح بينهما على ما شرط والوضعية عليهما أما نصف الربح للمضارب حصبة الهبة فلأنه ثبت الملك له فيه إذا قبض، بعد فاسد فكان ربحه له وأما النصف الآخر فأنما يكون ربحه بينهما على الشرط لأنه استفيد بمال المضاربة مضارباً بة محيحة (وأما) كون الوضعية عليهما فلأنها جزء هالك من المال والمال مشترك فان هلك المال في يد المضارب قبل أن يعمل أو بعد ما عمل فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة لأنه مقبوض بعد فاسد فكان مضموناً عليه كالمقبوض ببيع فاسد ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضارباً

فقبضه المضارب على ذلك فهو جائز والمال على ماسميان المضاربة والبضاعة والوضعية على رب المال ونصف الربح
 لرب المال ونصفه على ما شرط إلا أن لا تمنع من العمل في المال مضاربة وبضاعة وجازت المضاربة والبضاعة
 وإنما كانت الوضعية على رب المال لأنه لا ضمان على المبيع والمضارب في البضاعة والمضاربة وحصة البضاعة
 من الربح لرب المال خاصة لأن المبيع لا يستحق الربح وحصة المضاربة بينهما على ما شرط أنه ربح حصل من
 مال المضاربة والمضاربة قد صحت فيكون بينهما على الشرط ولو دفع إليه على أن نصفها وديعة في يد المضارب ونصفها
 مضاربة بالنصف فذلك جائز والمال في يد المضارب على ماسميان كل واحد منهما أعني الوديعة والمضاربة أمانة فلا
 يتنافيان فكان نصف المال في يد المضارب وديعة ونصفه مضاربة إلا أن التصرف لا يجوز إلا بعد القسمة لأن كل جزء
 من المال بعضه مضاربة وبعضه وديعة والتصرف في الوديعة لا يجوز فإن قسم المضارب المال نصفين ثم عمل بأحد
 النصفين على المضاربة فربح أو وضع فالوضعية عليه وعلى رب المال نصفان ونصف الربح للمضارب ونصفه على
 ما شرط إلا أن قسمة المضارب المال لم تصح لأن المالك لم يأذن له فيها فاذا فرز بعضه فقد تصرف في مال الوديعة ومال
 المضاربة فإما كان في حصة الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب وما كان في حصة المضاربة فهو على الشرط ومن
 هذا الجنس ما إذا دفع إلى رجل متاعا فباع نصفه من المدفوع إليه بخسامة ثم أمره أن يبيع النصف الباقي ويعمل بالثنى
 كله مضاربة على أن يارزق الله تعالى من شئ فهو بيننا نصفان فباع المضارب نصف المتاع بخسامة ثم عمل بها
 وبالخسامة التي عليه فربح في ذلك أو وضع فالوضعية عليهما نصفان والربح بينهما نصفان في قياس قول أبي حنيفة رحمه
 الله لأن من مذهبه أن من كان له على رجل دين فأمره أن يشتري له بذلك الدين شيئا لا يصح والمشتري يكون للمأمور
 لا للآمر ويكون الدين على المأمور حالة وإذا كان كذلك فهمنا أمران يعمل بالدين ونصف ثمن المبيع فربح
 في حصة الدين فهو للمدفع إليه لأنه تصرف في ملك نفسه فيكون ربحه له وما ربح في نصيب الدافع فهو للدافع
 والوضعية عليهما لأن المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما (وأما) في قياس قول أبي يوسف ومحمد فقد أربح
 في الخسامة التي أمره أن يبيع نصف المتاع بها فهو بينهما نصفان على ما شرط وما ربح في النصف الذي عليه من الدين
 يكون لرب المال لأن أصلهما أن الأمر بالشراء بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة لأنه إذا اشتري صار عرضا
 والمضاربة بالعروض لا تصح فصارت المضاربة هنا جائزة في النصف فاسدة في النصف فالربح في الصحيحة يكون
 بينهما على الشرط وفي الفاسدة يكون لرب المال ولو شرط الدافع لنفسه الثلث والمضارب الثلثين والمسئلة بحالها
 فإن في قول أبي حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما شرط نصف الربح من نصيب المضارب خاصة والسدس من نصيب
 الدافع كأنه قال له اعمل في نصيبك على أن الربح لك واعمل في نصيبي على أن لك ثلث الربح من نصيبي (وأما) على
 قياس قولهما فقد دفع إليه نصفه مضاربة جائزة ونصفه مضاربة فاسدة فالربح في النصف الذي كان ديناً فهو لرب المال
 لأنه مضاربة فاسدة وما ربح في النصف الذي هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ما شرط فصار لرب المال ثلثا الربح
 وللمضارب الثلث وإن كان شرط لرب المال ثلث الربح والمضارب الثلث فالربح بينهما نصفان في قول أبي حنيفة لأن
 رب المال شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة من نصيب المضارب وشرط الزيادة من غير عمل ولا رأس مال
 باطل فيكون الربح على قدر المال وفي قياس قولهما نصف الربح لرب المال خاصة لأن المضاربة فيه فاسدة وللمضارب
 ثلث ربح النصف الآخر (ومنها) تسليم رأس المال إلى المضارب لأنه أمانة فلا يصح إلا بالتسليم وهو التخليه كالوديعة
 ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء يده حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة لما
 قلنا فرق بين هذا وبين الشركة فإنها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله والفرق أن المضاربة انعقدت على رأس مال
 من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل إلا بعد خروجه من يد رب المال فكان هذا شرطاً
 موافقاً مقتضى العقد بخلاف الشركة لأنها انعقدت على العمل من الجانبين فشرط زوال يد رب المال عن العمل يناقض

مقتضى العقد وكذا الوشرط في المضاربة بعمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل لان شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال وأنه شرط فاسد ولو سلم رأس المال الى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل أو دفع اليه المال بضاعة جازلان الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقداً بدمن زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة حتى ان الاب أو الوصي اذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة لان يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتمنع التسليم وكذلك أحد شريكي المفاوضة أو العنان اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لان لشريكه فيه ملكاً فيمنع التسليم (فاما) العاقد اذا لم يكن مالكا للمال فشرط أن يتصرف في المال مع المضارب فان كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة لم يفسد المضاربة كالأب والوصي اذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط أن يعمل مع المضارب بحزم من الربح لانهما لو أخذوا مال الصغير مضاربة باقتسامها جاز فكذا اذا شرط عملهما مع المضارب وصار كالأجنبي وان كان العاقد ممن لا يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله فسد العقد كما إذا دفع مالا مضاربة وشرط عمله مع المضارب لان المأذون وان لم يكن مالكا لرقبة المال فيد التصرف ثابتة له عليه فينزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده ما نعام التسليم والقبض فيمنع صحة المضاربة وان شرط المأذون عمل مولا مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لان المولى هو المالك للمال حقيقة فاذا حصل المال في يده فقد وجد المالك فيمنع التسليم وان كان عليه دين فالمضاربة جائزة في قول أبي حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك هذا المال فصار كالأجنبي (وأما) المكاتب اذا شرط عمل مولا لم يفسد المضاربة لان المولى لا يملك اكساب مكاتبه وهو فيها كالأجنبي ولو دفع الى انسان مالا مضاربة وأمره أن يعمل برأيه ودفعه المضارب الاول الى آخر مضاربة على أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال فالمضاربة فاسدة لان اليد للمضارب والمالك للمولى وكل ذلك يمنع من التسليم وقد قالوا في المضارب اذا دفع المال الى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الاولى على حالها جائزة والربح بين رب المال وبين المضارب على ما شرط في المضاربة الاولى ولا أجر لرب المال (أما) فساد المضاربة الثانية فلان يد رب المال يدملك ويد الملك مع يد المضارب لا يجتمعان فلا تصح المضاربة الثانية وقيت المضاربة الاولى على حالها ولم يذكر القدوري رحمه الله في شرحه مختصر الكرخي خلافاً وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن هذا مذهب أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله تنسخ المضاربة الاولى بدفع المال الى رب المال والرد عليه (وجه) قوله أن زوال يد رب المال شرط صحة المضاربة فكانت إعادة يده اليه مفسدة لها (ولنا) أن رب المال يصير معينا للمضارب والاعانة لا توجب اخراج المال عن يده فيبقى العقد الاول ولا أجر لرب المال لانه عمل في ملك نفسه فلا يستحق الاجر (وأما) الذي يرجع الى الربح فانواع (منها) اعلام مقدار الربح لان المقود عليه هو الربح وجهالة المقود عليه توجب فساد العقد ولو دفع اليه ألف درهم عن أنهما يشتركان في الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان لان الشركة تقتضى المساواة قال الله تعالى عز شأنه وهم شركاء في الثلث ولو قال على أن للمضارب شركاً في الربح جاز في قول أبي يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربة فاسدة (وجه) قول محمد أن الشركة هي النصيب قال الله تعالى أم لهم شرك في السموات أي نصيب وقال تعالى وما لهم فيها من شرك أي نصيب فقد جعل له نصيباً من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولاً (وجه) قول أبي يوسف أن الشرك بمعنى الشركة يقال شركته في هذا الامر اشركه شركة وشركا قال القائل

وشاركنا قریشاً في بقاها * وفي أحسابها شرك العنان

ويذكر بمعنى النصيب أيضاً لكن في الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها (ومنها) أن يكون الشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزأين نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً فان شرط عدداً مقدراً بان

شرط أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر لا يجوز والمضاربة فاسدة لأن المضاربة نوع من الشركة وهي الشركة في الربح وهذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح المضارب الا هذا القدر المذكور فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة وكذلك ان شرطاً أن يكون لأحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم أو قالوا مائة درهم فإنه لا يجوز كما ذكرنا أنه شرط يقطع الشركة في الربح لأنه اذا شرط لأحدهما النصف ومائة فمن الجائز أن يكون الربح مائتين فيكون كل الربح للمضارب وله اذا شرط له النصف الا مائة فمن الجائز أن يكون نصف الربح مائة فلا يكون له شيء من الربح ولو شرط في العقد أن تكون الوضعية عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة والاصل في الشرط الفاسد اذا دخل في هذا العقد أنه ينظر ان كان يؤدي الى جهالة الربح بوجوب فساد العقد لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد وان كان لا يؤدي الى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة وشرط الوضعية عليهما شرط فاسد لان الوضعية جزء هالك من المال فلا يكون الا على رب المال لانه يؤدي الى جهالة الربح فلا يؤثر في العقد فلا يفسد به العقد ولان هذا عقد تقف صحته على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع الى المعقود عليه كالهبة والرهن ولائها وكالة والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة وذكر محمد في المضاربة اذا قال رب المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر ما عملت في المضاربة بصحت المضاربة من الثلث وبطل الشرط وذكر في المزارعة اذا دفع اليه أرضه بثلاث الخارج وجعل له عشرة دراهم في كل شهر فالزراعة باطلة من أصحابنا من قال في المسئلة روايتان رواية كتاب المزارعة تقتضي فساد المضاربة لان المشروط للمضارب من المشاهدة معقود عليه وهو قطع عنه الشركة وهذا يفسد المضاربة وفي رواية كتاب المضاربة يقتضي أن تصح المضاربة لانه عقد على ربح معلوم ثم الحق به شرط فاسد فيبطل الشرط وتصح المضاربة والصحيح هو الفرق بين المسئلتين لان معنى الاجازة في المزارعة أظهر منه في المضاربة بدليل أنها لا تصح الا بمدة معلومة والمضاربة لا تقتصر صحتها الى ذكر المدة فالشرط الفاسد جاز أن يؤثر في المزارعة ولا يؤثر في المضاربة وعلى هذا الاصل قال محمد فيمن دفع ألفاً مضاربة على أن الربح بينهما نصفين على أن يدفع اليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو دار ليسكنها سنة فالشرط باطل والمضاربة صحيحة لانه الحق بها شرط فاسد لا تقتضيه فبطل الشرط ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره الى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وعن أجره الدار والارض فصارت حصصة العمل مجهولة بالعقد فلم يصح العقد وروى المولى عن أبي يوسف في رجل دفع مالاً الى رجل مضاربة على أن يبيع في دار رب المال أو على أن يبيع في دار المضارب كان جائزاً ولو شرط أن يسكن المضارب دار رب المال أو رب المال دار المضارب فهذا لا يجوز لانه اذا شرط البيع في أحد الدارين فأنما خص البيع بمكان دون مكان ولم يعقد على منافع الدار واذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل تلك المنفعة أجره له وأطلق أبو يوسف أنه لا يجوز ولم يذكر أنه لا يجوز الشرط ولا يجوز المضاربة وذكر القدرى رحمه الله أنه ينبغي أن يكون الفساد في الشرط لا في المضاربة ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله هي مضاربة فاسدة وله أجره مثل ما اذا عمل (وجه) قوله أن المضاربة عقد شركة في الربح فشرط قطع الشركة فيها يكون شرطاً فاسداً (ولنا) أنه اذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصح قرضاً لانه أتى بمعنى القرض والعبرة في العقود لمعانيها وعلى هذا اذا شرط جميع الربح لرب المال فهو ابضاع عندنا لوجود معنى الابضاع

فصل وأما بيان حكم المضاربة فالمضاربة لا تخلو اما أن تكون صحيحة أو فاسدة ولكل واحد منهما أحكام أما أحكام الصحيحة فكثيرة بعضها يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة وبعضها يرجع الى عمل المضارب مال كل واحد منهما أن يعمل وما ليس له أن يعمل وبعضه يرجع الى ما يستحقه المضارب بالعمل وما يستحقه رب

للمال بالمال (أما) الذي يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة فهو أن رأس المال قبل أن يشتري المضارب به شيئاً أمانة في يده بمنزلة الوديعة لانه قبضه باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فاذا اشترى به شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع لانه تصرف في مال الغير بامرهم وهو معنى الوكيل فيكون شراؤه على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس في مثله كالوكيل بالشراء وبيعه على الاختلاف المعروف في الوكيل بالبيع المطلق ولو اشترى شراء فاسداً يملك اذا قبض لا يكون مخالفاً ويكون الشراء على المضاربة وكذا اذا باع شيئاً من مال المضاربة بيعاً فاسداً لا يصير مخالفاً ولا يضمن لان المضاربة توكيل والوكيل بالشراء والبيع مطلقاً يملك الصحيح والفاسد فلا يصير مخالفاً فاذا ظهر في المال ربح صار شريكاً فيه بقدر حصته من الربح لانه ملك جزءاً من المال المشروط بعمله والباقي لرب المال لانه نساء ماله فاذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الاجير لرب المال فاذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب و يصير المال مضموناً عليه ويكون ربح المال كله بعد ما صار مضموناً عليه لانه لان الربح بالضمان لكنه لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب له وهو على اختلافهم في الغاصب والمودع اذا تصرفا في المنصوب والوديعة وربحاً ولو أراد رب المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب فالحيلة في ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفعه الى المستقرض فيستعين به في العمل حتى لو هلك في يده كان القرض عليه واذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على الشرط وحيلة أخرى أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب الا درهما واحداً ويسلمه اليه ويشهد على ذلك ثم انهما يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعمل جميعاً وشرطاً أن يكون الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فان هلك المال في يده كان القرض على حاله ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط (وأما) الذي يرجع الى عمل المضارب بماله أن يعمل بالعقد وما ليس له أن يعمل به فجملة الكلام فيه أن المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يدفع المال مضاربة بمن غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله والمقيدة أن يعين شيئاً من ذلك وتصرف المضارب في كل واحد من النوعين يتقسم أربعة أقسام قسم منه للمضارب أن يعمل به من غير الحاجة الى التنصيص عليه ولا الى قول اعمل برأيك فيه وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولوقيل له اعمل فيه برأيك الا بالتنصيص عليه وقسم منه ماله أن يعمل اذا قيل له اعمل فيه برأيك وان لم ينص عليه وقسم منه ما ليس له أن يعمل رأساً وان نص عليه (وأما) القسم الذي للمضارب أن يعمل من غير التنصيص عليه ولا قول اعمل برأيك كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيود وهي ما اذا قال له خذ هذا المال واعمل به على أن مارزق الله من ربح فهو بيننا على كذا أو قال خذ هذا المال مضاربة على كذا فله أن يشتري به وبيعه لانه أمره بعمل هو سبب حصول الربح وهو الشراء والبيع وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع الا أن شراءه يقع على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمة المشتري أو باقل من ذلك مما يتغابن الناس في مثله لانه وكيل وشراء الوكيل يقع على المعروف فان اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله كان مشترياً لنفسه لا على المضاربة بمنزلة الوكيل بالشراء (وأما) بيعه فعلى الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رضي الله تعالى عنهم في التوكيل بمطلق البيع أنه يملك البيع نقد أو نسيئة وبعين فاحش في قول أبي حنيفة رحمه الله فالمضارب أولى لان المضاربة أعم من الوكالة وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة ولا بما لا يتغابن الناس في مثله وهي من مسائل كتاب الوكالة وله أن يشتري ما بدله من سائر أنواع التجارات في سائر الامكنة مع سائر الناس لا طلاق العقد وله أن يدفع المال بضاعة لان البضاعة من عادة التجار ولان المقصود من هذا العقد هو الربح والبضاعة طريق الى ذلك ولانه يملك الاستئجار فلا بضاعة أولى لان الاستئجار استعمال في المال بعوض والبضاعة استعمال فيه بعوض فكان أولى وله أن يودع لان الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة وله أن

يستأجر من يعمل في المال لانه من عادة التجار وضرورات التجارة أيضا لان الانسان قد لا يتمكن من جميع الاعمال بنفسه فيحتاج الى الاجير وله أن يستأجر البيوت ليجمع المال فيها لانه لا يتدر على حفظ المال الابنه وله أن يستأجر السفن والدواب للحمل لان الحمل من مكان الى مكان طريق يحصل الربح ولا يمكنه النقل بنفسه وله أن يوكل بالشراء والبيع لان التوكيل من عادة التجار ولانه طريق الوصول الى المقصود وهو الربح فكان بسبيل منه كالشريك ولان المضاربة اعم من الوكالة ويجوز أن يستفاد بالشئ ما هو دونه بخلاف الوكالة المفردة أن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمطلق الوكالة الا اذا قيل له اعمل برأيك لان المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح بل ادخال المبيع في ملكه وكذا الوكالة الثانية مثل الاولى والشئ لا يستتبع مثله وكل مال المضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل فيه غيره وكل مالا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على رب المال لانه لما يملك أن يعمل بنفسه فيوكيله أولى وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وأن يرهن بدين له منها على رجل لان الرهن بالدين والارتهان من باب الايفاء والاستيفاء وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان وليس له أن يرهن بعد نهى رب المال عن العمل ولا بعد موته لان المضاربة تبطل بالنهي والموت الا في تصرف ينضربه رأس المال والرهن ليس تصرفا ينضربه رأس المال فلا يملك المضارب ولو باع شيئا وأخر الثمن جاز لان التأخير للثمن عادة التجار وأما على أصل أي حنيفة عليه الرحمة فلان الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن فالمضارب أولى لان تصرفه اعم من تصرف الوكيل الا أن الوكيل بالبيع اذا أخر الثمن يضمن عندهما والمضارب لا يضمن لان المضارب يملك أن يستقبل ثم يبيع نسيئة فيملك التأخير ابتداء فلم يضمن فأما الوكيل فلا يملك الا قاله ثم البيع بالنسيئة فاذا أخر ضمن (وأما) عند أبي يوسف فانه جاز تأخير المضارب دون الوكيل لهذا المعنى أيضا وهو أن المضارب يملك أن يشتري السلعة أو يستقبل فيها ثم يبيعها نسيئة فيملك تأخير ثمنها والوكيل لا يملك ذلك وله أن يحتال بالثمن على رجل موسرا كان المحتال عليه أو معسر لان الحوالة من عادة التجار لان الوصول الى الدين قد يكون أيسر من ذمة الحال عليه منه من ذمة المحيل بخلاف الوصي اذا احتال بمال اليتيم ان ذلك ان كان أصلح جاز والا فلا لان تصرف الوصي في مال اليتيم مبني على النظر وتصرف المضارب مبني على عادة التجار قال محمد وله أن يستأجر أرضا يبيضاء ويشتري ببعض المال طعاما فيزرع فيها وكذلك له أن يعلها لغيره فيها نخلا أو شجرا أو رطبا فذلك كله جاز والربح على ما شرط لان الاستئجار من التجارة لانه طريق حصول الربح وكذا هو من عادة التجار فيملك المضارب والمضارب أن لا يسافر بالمال لان المقصود من هذا العقد استئناء المال وهذا المقصود بالسفر أو فرولان العقد صدر مطلقا عن المكان فيجوز على اطلاقه ولان ما أخذ الاسم دليل عليه لان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض وهو السير قال الله تبارك وتعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله ولانه طلب الفضل وقد قال الله تعالى عز شأنه وابتغوا من فضل الله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف وفي رواية محمد عنه وفي رواية أصحاب الاملاء عنه ليس له أن يسافر وروى عنه انه فرق بين الذي يثبت في وطنه وبين الذي لا يثبت وبين ماله حمل ومؤنة وبين ماله حمل له ولا مؤنة في الشركة فالمضارب على ذلك وقد ذكرنا وجه كل واحد من ذلك في كتاب الشركة وقد قال أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله انه اذا دفع الىه المال بالكوفة وهما من أهلها فان أباحنيفة قال ليس له أن يسافر بالمال ولو كان الدفع في مصر آخر غير الكوفة فلم يضارب أن يخرج به حيث شاء وقد ذكرنا وجه الرواية المشهورة في كتاب الشركة (وأما) وجه رواية أبي يوسف عنه فهو ان المسافر بالمال مخاطرة به فلا يجوز الا باذن رب المال نصا أو دلالة فاذا دفع المال اليه في بلدهما فلم يأذن له بالسفر نصا ولا دلالة لم يكن له أن يسافر واذا دفع اليه في غير بلدهما فقد وجد دلالة الاذن بالرجوع الى الوطن لان العادة ان الانسان لا يأخذ المال مضاربة ويترك بلده فكان دفع المال في غير بلدهما رضا بالرجوع الى الوطن فكان اذا دلالة وله أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة في ظاهر الرواية لان الاذن بالتجارة

من التجارة ومن عادة التجار أيضا وروى ابن رستم عن محمد أنه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة لان الاذن بالتجارة أعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه وله أن يبيعهم إذا حقهم دين سواء كان المولى حاضر أو غائبا لان البيع في الدين من التجارة فلا يقف على حضور المولى ولو جنى عبد المضاربة بأن قتل انسانا خطأ وقيمه مثل مال المضارب بأن كان رأس المال الف درهم فاشترى بها عبد أقيمه الف فقتل انسانا خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو القداء لان الدفع أو القداء ليس من التجارة ولا ملك أيضا للمضارب في رقبته لا نعدام القتل والتدبير في جنايته الى رب المال لان رقبته خالص ملكه ولا ملك للمضارب فيها بخلاف عبد المأذون اذا جنى انه يخاطب المأذون بالدفع أو القداء مع غيبة المولى لان العبد المأذون في التصرف كالحر لا نه يتصرف لنفسه كالحر بدليل انه لا يرجع بالعهد على المولى ولو كان متصرفا للمولى لرجع بالعهد عليه فلما لم يرجع دل انه يتصرف لنفسه وانما يظهر حق المولى في كسبه عند فراغه عن حاجته فاذا تعلقت الجناية برقبته صارت مشغولة فلا يظهر حق المولى في مخاطب بالدفع كالحر (فأما) المضارب فانه وكيل رب المال في التصرف حتى يرجع بالعهد عليه والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية فهو الفرق بين المسئلتين فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب القداء فله ذلك لانه بالقداء يستبقى مال المضاربة وله فيه فائدة في الجملة لتوهم الرجوع ولو دفع رب المال او فدى خرج العبد من المضاربة (أما) اذا دفع فلا شك فيه لان الدفع زال ملكه لا الى بدل فصار كما نه هلك واذا فدى فقد لزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربة ولان اختيار القداء دليل رغبته في عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الرجوع لان ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد ألقي في جناية خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو القداء اذا كان رب المال غائبا لما قلنا وليس لأصحاب الجناية على المضارب ولا على الغلام سبيل الا أن لهم أن يستوثقوا من الغلام بكفيل الى أن يقدم المولى وكذا لا يخاطب المولى بالدفع أو القداء اذا كان المضارب غائبا وليس لاحدهما أن يفدى حتى يحضرا جميعا فان فدى كان متطوعا بالقداء فاذا حضر ادفع أو فدى فان دفعا فليس لهما شيء وان فدى كان القداء عليهما أرباعا وخرج العبد من المضاربة وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية (وجه) قوله ان نصيب المضارب لم يتعين في الرجوع لعدم تعيين رأس المال لان التعيين بالقسمة ولم توجد في حق المال على حكم ملك رب المال فكان هو المخاطب بحكم الجناية فلا يشترط حضور المضارب (ولهما) انه اذا كان في المضاربة فضل كان للمضارب ملك في العبد ولهذا اعتقه نقذا اعتاقه في نصيبه واذا كان له نصيب في العبد كان فداء نصيبه عليه فلا بد من حضوره (وأما) قوله ان حقه لم يتعين في الرجوع لعدم تعيين رأس المال فمنع بل تعين ضرورة لزوم القداء في نصيبه ولا يلزم الابتعین حقه ولا يتعين حقه الا بتعيين رأس المال ولا يتعين رأس المال الا بالقسمة فثبتت القسمة ضرورة فان اختار أحدهما الدفع والاخر القداء فلهما ذلك لان كل واحد منهما مال له نصيبه فصار كالعبد المشترك غير ان في العبد المشترك اذا حضر أحد الشرى كان وغاب الآخر يخاطب الآخر بحكم الجناية من الدفع أو القداء وهما لا يخاطب واحد منهما ما لم يحضرا جميعا لان تصرف أحدهما يتضمن قسمة لان المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو القداء والقسمة لا تصح الا بحضورهما والدفع أو القداء من أحد الشرى لا يتضمن قسمة ولا حكما في حق الشرى الآخر فلا يقف على حضوره وهذا بخلاف العبد المرهون اذا كانت قيمته أكثر من الدين فخني جناية خطأ انه يخاطب الراهن والمرتهن بحكم الجناية فان اختار أحدهما الدفع والاخر القداء لم يكن لهما ذلك ويلزمهما أن يجتمعا على أحد الأمرين لان الملك هناك واحد باختلاف اختيارهما يوجب تبعض موجب الجناية في حق مالك واحد وهذا لا يجوز كالعبد الذي ليس برهن وهنا مالك العبد اثنان فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعض موجب الجناية في حق مالك واحد وقد قالوا اذا غاب أحدهما وادعت الجناية على العبد لم تسمع البينة حتى يحضرا لان كل واحد منهما له حق العبد فكان التدبير في الجناية اليهما فلا يجوز سماع البينة على أحدهما مع غيبة الآخر وانما أخذ بالعبد ككفيل لانه لا يؤمن عليه أن يغيب فيسقط

حق ولي الجناية لان حقه تعلق برقبته فكان له أن يستوثق حقه بكفيل وحقوق العقد في الشراء والبيع ترجع الى المضارب لا الى رب المال لان المضارب هو العاقد فهو الذي يطالب بتسليم المبيع ويطالب بتسليم الثمن ويقبض المبيع والثمن ويرد بالعيب ويرد عليه ويخاصم ويخاصم لما قلنا ولو اشترى المضارب عبد امييا قد علم رب المال بعيبه ولم يعلم به المضارب فلم يضارب أن يردده ولو كان علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم يكن للمضارب أن يردده لان حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا برب المال فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال ولو اشترى عبد افظهر به عيب فقال رب المال بعد الشراء رضيت بهذا العبد بطل الرد لان الملك لرب المال فاذا رضى به فقد أبطل حق نفسه ولو أن رب المال دفع اليه ألف درهم مضاربة على أن يشتري بها عبد فلان بعينه ثم يبيعه فاشتراه المضارب ولم يره فليس له أن يردده بخيار الرؤية ولا بخيار العيب لان أمره بالشراء بعد العلم رضاه منه بذلك العيب فكانه قال بعد الشراء قد رضيت بخلاف ما اذا أمره بشراء عبد غير معين لانه لا يعلم انه يشتري العبد المعيب لاحالة حتى يكون علمه دلالة الرضا به وهل له أن يأخذ بالشفعة في دار اشتراها أجنبي الى جنب دار المضارب أو باع رب المال دار نفسه والمضارب شفعيها بدار أخرى من المضاربة فقيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى ولو دفع المال الى رجلين مضاربة فليس لاحدهما أن يبيع ويشتري بغير اذن صاحبه ولا يعمل أحدهما شيئا مما للمضارب الواحد أن يعمله سواء قال لهما اعملا برأبكما ولم يقل لانه رضى برأبهما ولم يرض برأى أحدهما فصارا كالوكيلين واذا أذن له الشريك في شيء من ذلك جاز في قولهم جميعا لانه لما أذن له فقد اجتمع رأبهما فصارا كأنهما عقد جميعا (وأما) القسم الذي ليس للمضارب أن يعمله الا بالتصريح عليه في المضاربة المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يحجز على رب المال ويكون ديناً على المضارب في ماله لان الاستدانة اثبات زيادة في رأس المال من غير مضارب المال بل فيه اثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه لان ثمن المشتري برأس المال في باب المضاربة مضمون على رب المال بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك المشتري قبل التسليم فان المضارب يرجع الى رب المال بمثله فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لأزمنناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز ثم الاستدانة هي أن يشتري المضارب شيئاً بثمن دين ليس في يده من جنسه حتى انه لو لم يكن في يده شيء من رأس المال من الدراهم والدنانير بأن كان اشترى برأس المال سلعة ثم اشترى شيئاً بالدراهم والدنانير لم يحجز على المضاربة وكان المشتري له عليه ثمنه من ماله لانه اشترى بثمن ليس في يده من جنسه فكان مستديناً على المضاربة فلم تحجز على رب المال وجاز عليه لان الشراء وجد نفاذاً عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وسواء كان اشترى بثمن حال أو مؤجل لانه لما اشترى بماله في يده من جنسه صار مستديناً على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولو كان ما في يد المضارب من العبد أو العرض يساوي رأس المال أو أكثر فاشترى شيئاً للمضاربة بالدراهم والدنانير لبيع العرض ويؤدي ثمنه منها لم يحجز سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً لما ذكرناه استدانة ولو باع ما في يده من العرض بالدراهم والدنانير وحصل ذلك في يده قبل حل الاجل لم ينتفع بذلك لانه لما خالف في حالة الشراء لزمه الثمن وصارت السلعة له لانه لم يملك الشراء للمضاربة فوقع العقد له فلا يصير بعد ذلك للمضاربة وكذا اذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له أن يشتري باكثر من رأس المال الذي في يده لان الزيادة تكون ديناً وليس في يده من مال المضاربة ما يؤديه حتى لو اشترى سلعة بالفي درهم ومال المضاربة ألف كانت حصة الألف من السلعة المشتراة للمضاربة وحصة ما زاد على الألف للمضارب خاصة له ربح ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين عليه في ماله لانه يملك الشراء بالألف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة ويملك الشراء لنفسه فوقع له وكذا اذا قبض المضارب رأس المال وهو قائم في يده فليس له أن يشتري للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من المكيل والموزون والمعدود والثوب الموصوف المؤجل اذا لم يكن في يده شيء من ذلك لان الشراء بغير المال يكون استدانة على المال ولو كان في يده من مال المضاربة مكيل أو موزون فاشترى ثوباً أو عبدًا بمكيل أو

موزون موصوف في الذمة كان المشتري للمضارب لان في يده من جنسه فلم يكن استدانة ولو كان في يده دراهم فاشترى سلعة بدرهم نسيئة لم يكن استدانة لان في يده من جنسه ولو كان في يده دراهم فاشترى بدنانيراً وكان في يده دنانير فاشترى بدرهم فالقياس أن لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز (وجه) القياس ان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بما ليس في يده من جنسه فيكون استدانة كما لو اشترى بالعرض (وجه) الاستحسان ان الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد لانهما أثمان الاشياء بهما تقدر النفقات وأروش الجنائيات وقيمة المتلفات ولا يتعدر نقل كل واحد منهما الى الآخر فكانا بمنزلة شيء واحد فكان مشترياً بثن في يده من جنسه وكذلك لو اشترى بثن هو من جنس رأس المال لكنه يخالفه في الصفة بان اشترى بدرهم بيض ورأس المال دراهم سوداً واشترى بأشترى برأس المال غلة أو اشترى بدرهم سود ورأس المال دراهم بيض أو اشترى بدرهم غلة ورأس المال محاح فذلك جائز على المضاربة وقال زفر لا يجوز شيء من ذلك على المضاربة ويكون استدانة ويجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس وقال محمدان اشترى بما صفتها نقص من صفة رأس المال جاز وهذا يشير الى أنه لو اشترى بما صفتها أزيد من صفة رأس المال أنه لا يجوز على المضاربة (وجهه) انه اذا اشترى بما صفتها نقص من صفة رأس المال كان في يده ذلك القدر الذي اشترى به ذلك القدر وزيادة فجاز واذا اشترى بما صفتها أكثر لم يكن في يده القدر الذي اشترى به فلا يجوز على المضارب والصحيح قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لانه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف الصفة أولى لان تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس ولو كان رأس المال الف درهم فاشترى سلعة بالف أو بدنانيراً أو بفلس قيمة ذلك الف لا يملك أن يشتري بعد ذلك على الف المضاربة شيئاً بالف أخرى أو غير ذلك لان مال المضاربة كان مستحقاً بالثن الاول فلو اشترى بعد ذلك لصار مستديناً على مال المضاربة فلا يملك ذلك فان اشترى عليها أولاً بعد الخمسة لا يملك بعد ذلك أن يشتري الا بقدر خمسة لان الخمسة خرجت من المضاربة وكذلك كل دين يلحق رأس المال لان ذلك صار مستحقاً من رأس المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة فاذا اشترى بأكثر مما بقي صار مستديناً على مال المضاربة فلا يصح ولو باع المضارب واشترى وتصرف في مال المضاربة فحصل في يده صنوف من الاموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الاموال ولم يكن في يده دراهم ولا دنانير ولا فلس فليس له أن يشتري متاعاً بثن ليس في يده مثله من جنسه وصفته وقدره بان اشترى عبداً بكر حنطة موصوفة فان اشترى بكر حنطة وسط وفي يده الوسط أو بكر حنطة جيدة وفي يده جاز وان كان في يده أجود مما اشترى به أو أدون لم يكن للمضارب بة وكان للمضارب لانه اذا لم يكن في يده مثل الثمن صار مستديناً على المضاربة فلا يجوز وليس اختلاف الصفة هنا كاختلاف الصفة في الدراهم لان اختلاف الجنس هناك بين الدراهم والدنانير لا يمنع الجواز باختلاف الصفة أولى لانه دونه واختلاف الجنس هنا يمنع الجواز فكذا اختلاف الصفة ثم في جميع ما ذكرنا أنه لا يجوز من المضارب الاستدانة على رب المال يستوى فيه ما اذا قال رب المال اعمل برأيتك أو لم يقل لان قوله اعمل برأيتك تفويض اليه فيها هو من المضاربة والاستدانة لم تدخل في عقد المضاربة فلا يملكها المضارب الا باذن رب المال بها نصاً ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثياباً ثم استأجر على حملها أو على قصارتها أو نقلها كان متطوعاً في ذلك كله لانه اذا لم يبق في يده شيء من رأس المال صار بالاستعجار مستديناً على المضاربة فلم يحجز عليها فصار عاقد لنفسه متطوعاً في مال الغير كما لو حمل متاعاً غيره أو قصر ثياباً بالغيره بغير أمره وقال محمد وكذلك اذا صلبها سوداً من ماله فنقصها ذلك لان الاستدانة لا تجوز ولا يصير شريراً كالسواد لانه لم يوجب في العين زيادة بل أوجب نقصاناً فيها ولا يضمن بفعله سواء قال له اعمل برأيتك أو لم يقل لانه ما أذن فيه بعقد المضاربة بدليل أنه لو كان في يده فضل فصبغ الثياب به سوداً

فنفقها ذلك لم يضمن وكذلك اذا صبغها بمال نفسه ولو صبغ المتاع بمصفر أو زعفران أو صبغ يزديفها وليس في يده من مال المضاربة شيء فان كان لم يقل اعمل برأيك فهو ضمان ورب المال بالخيار ان شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وسلم اليه المتاع وان شاء ترك المتاع حتى يباع فيتصرف فيه رب المال بقيمته أبيض وتصرف المضارب بما زاد الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم فما اصاب المتاع فهو مال المضاربة وما زاد الصبغ فالمضارب خاصة لان الصبغ استدانة على المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ من غير المضاربة والمضارب اذا خلط مال نفسه بمال المضاربة ولم يقل له اعمل برأيك يضمن وصار كأجني خلط المال ولو صبغ الثياب أجني كان للمالك الخيار ان شاء ضمنه قيمتها وان شاء تركها على الشركة وتضار بائتمنها على الشركة كذا هذا وان كان قال له اعمل برأيك فلا ضمان عليه لانه اذا قال ذلك فله أن يخلط مال نفسه بمال المضاربة والصبغ على ماله فلا يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما فاذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض فما اصاب ذلك كان في المضاربة وما اصاب الصبغ كان للمضارب واذا اذن للمضارب أن يستدين على مال المضاربة تجازله الاستدانة وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان المشتري بينهما نصفين لانه لا يمكن أن يجعل المشتري بالدين مضاربة لان المضاربة لا تجوز الا في مال عين فتجعل شركة وجوه ويكون المشتري بينهما نصفين لان مطلق الشركة يقتضي التساوي وسواء كان الربح بينهما في المضاربة نصفين أو أثلاثا لان هذه شركة على حدة فلا يبنى على حكم المضاربة وقد بينا في كتاب الشركة أنه لا يجوز التفاضل في الربح في شركة الوجوه الا بشرط التفاضل في الضمان فان شرط التفاضل في الضمان كان الربح كذلك وان أطلقا كان المشتري نصفين لا يجوز فيه التفاضل في الربح واذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن ديناً عليهما من غير مضاربة فلا يملك المضارب أن يرهن به مال المضاربة الا باذن رب المال فان اذن له ان يرهن بجميع الثمن فقد أعاره نصف الرهن ليرهن بدينه وان هلك صار مضمونا عليه وليس له أن يقرض مال المضاربة لان القرض تبرع في الحال اذ لا يقبله عوض للحال وانما يصير مبادلة في الثاني ومال الغير لا يحتل التبرع وكذلك الهبة والصدقة لان كل واحد منهما تبرع ولا يأخذ سفتجة لان أخذها استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذلك يعطى سفتجة لان اعطاء السفتجة اقراض وهو لا يملك الاقراض الا بالتخصيص عليه هكذا قال محمد عن أبي حنيفة أنه قال ليس له أن يقرض ولا أن يأخذ سفتجة حتى يأمره بذلك بعينه فيقول له خذ السفاتج وأقرض ان أحببت فاما اذا قال له اعمل في ذلك برأيك فانما هذا على البيع والشراء والشركة والمضاربة وخط المال وهذا قول أبي يوسف وقولنا ما ذكرنا ان قوله اعمل في ذلك برأيك تفويض الرأي اليه في المضاربة والتبرع ليس من عمل المضاربة وكذا الاستدانة بل هي عند الاذن شركة وجوه وهي عقد آخر وراء المضاربة وهما تاما فوض اليه الرأي في المفاوضة خاصة لا في عقد آخر لا تعلق لهما فلا يدخل في ذلك وليس أن يشتري بما لا يتغابن الناس في مثله وان قال له اعمل برأيك ولو اشتري يصير مخالفا لان المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء مطلقا ينصرف الى المتعارف وهو أن يكون بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس في مثله ولان الشراء بما لا يتغابن في مثله محاباة والمحاباة تبرع والتبرع لا يدخل في عقد المضاربة وليس له ان يعتق على مال لانه ازالة الملك عن الرقبة بدلين في ذمة المفلس فكان في معنى التبرع ولا أنه ليس بتجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال وهذا مبادلة العتق بالمال وليس له أن يكتب لان الكتابة ليست بتجارة لانعدام مبادلة المال بالمال لهذا لا يملك المأذون له في التجارة وليس له ان يعتق عبداً من المضاربة اذا لم يكن في نفس العبد فضل عن رأس المال فان اعتق لم ينفذ لان العقد السابق لا يفيد ولانه لا يملك الاعتاق على مال وفيه معنى المبادلة فلا اعتاق بغير مال أولى ولا ملك للمضارب في العبد مما لا ينفذ اعتاقه وسواء كان في يد المضارب مال آخر سوى العبد أو لم يكن لان العبد اذا كان بقدر رأس المال لا فضل فيه لم يتعين للمضارب فيه حق لانه مشغول برأس المال بدليل أنه لو هلك ذلك المال يصير العبد رأس المال وان كان في نفس العبد المعتق فضل عن رأس المال جاز اعتاقه في قدر حصته من الربح لانه اذا كان قيمته أكثر من رأس

المال فقد تعين المضارب فيه ملك فينفذ اعتاقه في قدر نصيبه كعبد بين شر يكن اعتقه أحدهما وكذلك ان كاتب
عبد آمن المضاربة أو اعتقه على مال ولم يكن فيه فضل أنه لم يحجز وان كان فيه فضل كان كعبد بين شر يكن اعتقه أحدهما
على مال فاذا قبل العبد عتق عليه نصيبه وكان رب المال بالخيار ولرب المال فسخ الكتابة قبل الاداء
لانه لا يتضرر به في الحال وفي الثاني أما في الحال فلا يمتنع عليه بيع نصيبه وهبته مادام شي منه فكذا هذا (وأما) الثاني
فلا نه لو أدى وعتق نفسه يفسد الباقي على رب المال فأكد دفع هذا الضرر بالفسخ لان الكتابة قابلة
للفسخ فله أن يفسخ كأحد الشر يكن اذا باع حصته من بيت معين من دار مشتركة بينهما كان لشريكه
نقض بيعه وان باع ملك نفسه ما أن الشريك يتضرر بنفاذ هذا البيع فانه متى أراد أن يقسم الدار يحتاج الى قسمين
قسمة البيت مع المشتري وقسمة بقية الدار مع الشريك الاول ويتضرر فكان له نقض البيع دفعا للضرر عنه فكذا
هذا بخلاف ما اذا بر المضارب نصيبه أو اعتق انه ينفذ وان كان يتضرر به رب المال لان الضرر انما يدفع اذا أمكن
وهناك لا يمكن لان التدبير والاعتاق تصرفان لا يمتثلان للفسخ بخلاف الكتابة فان أدى الكتابة قبل الفسخ
عتق لوجود شرط العتق وهو الاداء الا أن رب المال أن يأخذ مما أداها المكاتب قدر حصته من المؤدى لانه كسب
عبد مشترك بينهما وكذلك اذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألف
فاعتق أحدهما انه لا يجوز اعتاقه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز اعتاقه في نصيبه منهما لان رأس المال ليس الا
الألف فما زاد على ذلك يكون ربها ويكون للمضارب فيه نصيب فينفذ اعتاقه في نصيبه (ولنا) انه لم يتعين للمضارب
ملك في أحد العبدين لان كل واحد منهما يجوز أن يكون رأس المال والاخر ربها فليس أحدهما بأن يجعل رأس
المال والاخر ربها أولى من القلب فيجعل كل واحد منهما كان ليس معه غيره ولان حق المضارب لا يتعين في
الربح قبل تعين رأس المال ورأس المال لم يتعين الا بتعيين ملك المضارب في الربح وكذلك لو كان في يد المضارب
عشرون عبدا قيمة كل واحد منهم ألف درهم ورأس المال ألف درهم انه لا يجوز عتقه في واحد منهم لانه لا يتعين
للمضارب في واحد منهم ملك لان كل واحد منهم يصلح أن يكون رأس المال فاذا لم يملك شيأ منهم لا ينفذ اعتاقه
من مشايخنا من قال هذا على أصل أبي حنيفة ان العبيد والجواري لا يقسمون قسمة واحدة بل كل شخص يقسم
على حدة لان العبيد والجواري بمنزلة أجناس مختلفة من سائر الاموال ولا يتعين للمضارب ملك في الاجناس المختلفة
من العروض ونحوها فأما على أصل أبي يوسف ومحمد انهم يقسمون قسمة واحدة بمنزلة الدواب فظهر الربح فينفذ
اعتاقه في قدر نصيبه من الربح وقال بعض مشايخنا ان هذا بالاتفاق لان عندهما انما يقسم القاضى قسمة واحدة اذا
رأى القاضى ذلك فاما قبل ذلك فلا بل العبيد بمنزلة الاجناس المختلفة لهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد دون بيان الثمن
بالاتفاق كالتوكيل بشراء ثوب لهذا لو كانت العبيد للخدمة بين اثنين لا تجب على أحدهما صدقة الفطر بسببهم في عامة
الروايات والاصل ان مال المضاربة اذا كان من جنس واحد وفيه فضل عن رأس المال انه يضم بعضه الى بعض
ويتعين نصيب المضارب فيما زاد على رأس المال واذا كان من جنسين مختلفين كل واحد منهما مثل رأس المال
لا يضم أحدهما الى الآخر فلا يتعين للمضارب في أحدهما ملك لا اشتغال كل واحد منهما برأس المال وقد قالوا في
هذه المسئلة ان رب المال لو اعتق العبيد هذا اعتاقه في جميعهم لانه اذا لم يتعين للمضارب في واحد منهم ملك فقد على
رب المال فاذا أعتقهم بلفظة واحدة عتقوا ويضمن حصص المضارب فيهم سواء كان موسرا أو معسرا (أما) الضمان
فلان المضارب وان لم يملك شيأ من العبيد فقد كان له حق ان يملك وقد أفسده عليه رب المال فيضمن وانما استوى
فيه اليسار والاعسار لانه أعتق الكل مباشرة وهذا اعتاقه في الكل فصار متلفا المال عليه بخلاف ضمان العتق لانه
يعتق نصيب المعتق ابتداء ثم يسرى الى نصيب الشريك على أصل أبي يوسف ومحمد لذلك اختلف فيه اليسار
والاعسار وكذلك لو اشترى المضارب عبدا من مال المضاربة فادعى انه ابنه انه لم يكن فيه فضل لم تجز دعوته وان

كان فيه فضل جازت دعوته وعتق لان هذه دعوة تحرير وانها مبنية على الملك فاذا لم يكن فيه فضل فازدادت قيمة رأس المال بعد ذلك فظهر فيه فضل جازت دعوته وعتق عليه وكان كعبد بين اثنين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله بان ورث نصيبه وانما كان كذلك لانه لما ادعى النسب ولا ملك له في الحال كانت دعوته موقوفة على الملك فاذا ازدادت قيمته فقد ملك جزءاً منه فنفذت دعوته فيه كمن ادعى النسب في ملك غيره ثم ملك انه تنفذت دعوته بخلاف ما اذا أعتقه ثم ازدادت قيمته انه لا ينفذ اعتاقه لان انشاء الاعتاق في ملك الغير لا يتوقف كمن أعتق ملك غيره ثم ملكه ولا ضمان على المضارب في ذلك لان العبد عتق من غير صنعه لانه عتق بزيادة القيمة والعبد المشترك اذا عتق على أحد الشريكين بغير فعله لا يضمن للشريك شيئاً ولو اشترى أمة قيمتها ألف ورأس المال ألف فولدت ولدا يساوي ألفا فادعى الولد لا يكون ولده ولا تكون الام أم ولد له لانه ليس لاحد منهما فضل على رأس المال هكذا ذكر الكرخي وذكر القدوري رحمه الله ان هذا محمول على انها علق على ان يشتريها فاما اذا كان العلوق بعد الشراء فختم المسئلة يتغير لان المضارب يغرّم العقر مائة فاذا استوفى هارب المال منه جعل المستوفى من رأس المال فينتقص رأس المال وصار تسعة مائة فيتعين للمضارب ملك فيها جميعا فنفذت دعوته ويثبت النسب واذا ثبت النسب ضمن المضارب من قيمة الام سبعة مائة حتى يستوفى رب المال تمام رأس ماله ثم يغرّم خمسين درهما وهو تمام ما بقي من الام فظهر ان الولد يرجح بينهما فيعتق نصف الولد من المضاربة ويسعى في النصف لرب المال قال عيسى بن أبان ان هذا الجواب هو الصحيح وذكر محمد في الاصل مسئلة أخرى طعن فيها عيسى وهو ما اذا اشترى جارية بألف درهم تساوي ألفا فولدت ولدا يساوي ألفا فادعى المضارب لم يثبت نسبه ويغرّم العقر فان زادت قيمة الولد حتى صارت ألفين يثبت النسب من المضارب لانه ملك بعضه لظهور الرجح في الولد بزيادة قيمته فيعتق ربعه عليه ولا ضمان عليه لانه عتق بزيادة القيمة ولا صنع له فيها ويسعى العبد في ثلاثة أرباع قيمته لرب المال والجارية على حالها لم تصر أم ولد للمضارب لم يستوف رب المال العقر والسعاية لان المضارب لا يظهر له الرجح في الجارية حتى يصل الى رب المال شيء من المال فلا يملك شيئاً منها ولا صحة للاستيلاء بدون الملك ولو لم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الام فصارت ألفين فان الجارية أم ولد له لظهور الرجح فيها بزيادة قيمتها وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمتها لرب المال وان لم يكن له صنع فيها لان ضمانها ضمان تملك لهذا استوى فيه اليسار والاعسار فيستوى أن يكون بفعله أو من طريق الحكم ولا يثبت نسب الولد من المضارب لانه لم يملك من الولد شيئاً ما لم يأخذ رب المال شيئاً من رأس ماله ولو زادت قيمتهما جميعا فصارت قيمة كل واحد منهما ألف درهم يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم ولد له لانه ملك بعض كل واحد منهما لانه ظهر الفضل في كل واحد منهما بزيادة قيمته ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية التي درهم وعقر مائة درهم فظهر ان رب المال استوفى رأس ماله واستوفى من الرجح ألفاً ومائة وللمضارب أن يستوفى من رجح الولد مقدار ألف ومائة فعتق الولد منه بذلك المقدار وبقي من الولد مقدار تسعة مائة رجح بينهما لان لكل واحد منهما أربع مائة وخمسون فما أصاب المضارب عتق وما أصاب رب المال سعى فيه الولد قال عيسى هذا الجواب خطأ والصحيح أن يقال يضمن المضارب من الام ثلاثة أرباع قيمتها ونصف العقر وبقي الولد يرجح بينهما يسعى في نصف قيمته لرب المال ويسقط عنه النصف بحصة المضارب قال القدوري رحمه الله هذا الذي ذكره عيسى هو جواب محمد في المسئلة التي قدمناها اذا لم تزد قيمة كل واحد منهما وعلى قياس ما قال محمد في المسئلة الزيادة تجب أن يقول اذا لم تزد قيمتهما ينبغي أن يغرّم المضارب القام ومائة ثم يستوفى المضارب من الولد مائة وبقي تسعة مائة بينهما فن أحسبنا من قال القياس ما أجاب به في المسئلة التي لم تزد القيمة فيها ووجهه ان المضارب لا يغرّم بعد ما غرم تمام رأس ماله الا نصف ما بقي من الام لان نصف ما بقي من الام يرجح بينهما فلا يجوز أن يغرّم الكل والذي أجاب به في مسئلة الزيادة هو الاستحسان لان في غرم تمام قيمة الجارية تكثير العتق والعتق والرق اذا اجتمعا غلبت الحرية

الرق ومن أصحابنا من قال إنما افتتحت المسئلةان لوصفهما لان سبب العتق في مسئلة الزيادة زيادة قيمة الولد وفي المسئلة الاخرى سبب العتق قبض رب المال العتق فلما شارك رب المال المضارب في سبب عتقه أن يجتمع ربحه في الجارية (وأما) في المسئلة الاخرى لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال الى الجارية لان المضارب قد ملكها وقد قيل أيضا ان في تلك المسئلة انما قصد تكثير العتق وفي المسئلة الاخرى اذا لم تزد القيمة لا يتبين تكثير العتق لان الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر فلا يتبين بذلك المقدار تكثير العتق وقد قالوا في المضارب اذا اشترى جارية بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فادعاه رب المال ثبت النسب وعتق الولد وصارت الجارية أم ولد له وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه لان دعوة صا دفت ملكه فثبت النسب واستندت الدعوة الى وقت العلوق ولا قيمة للولد في ذلك الوقت ولا فضل في المال فلا تجب عليه القيمة ولا العقر لانه وطى ملك نفسه وليس له أن يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبي يوسف رحمه الله يزوج الامة ولا يزوج العبد وقد ذكرنا المسئلة في موضع آخر وروى ابن رستم عن محمد انه ليس له أن يزوج أمة من المضاربة لانه لا يملك أن يشتري شيئا من مال المضاربة لنفسه فلا يملك أن يعقد على جارية المضاربة لنفسه فان تزوج باذن رب المال فهو جائز اذا لم يكن في المال ربح وقد خرجت من المضاربة أما الجواز فلا لانه اذا لم يكن في المال ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وانما له حق التصرف وانه لا يمنع النكاح كالعبد المأذون (وأما) خروج الامة عن المضاربة فلا ان العادة ان من تزوج أمة حصنها ومنعها من الخروج والبروز والمضاربة تقتضي العرض على البيع وإبرازها للمشتري وكان اتفاقهما على التزويج اخر اجاباها عن المضاربة ويحسب مقدار قيمتها من رأس المال لانه لما أخرجها من المضاربة صار كأنه استرد ذلك القدر من رأس المال وقد قال الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ان المضارب لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لعبد من المضاربة لان تصرف المضارب يختص بالتجارة والتزويج ليس من التجارة وذكر القدوري رحمه الله وقال ينبغي أن يكون هذا قولهم لان عند أبي يوسف ان كان يملك تزويج الامة لا يملك تزويج العبد ولو أخذ المضارب نخلا أو شجرا أو رطبة معاملة على أن ينفق من المال لم يحجز على رب المال وان كان قال له رب المال حين دفع اليه اعمل فيه برأيك لان الاخذ منه معاملة عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار كالموآجر نفسه للخدمة ولا يعتبر ما شرط من الاتفاق لان ذلك ليس بمعقود عليه بل هو تابع للعمل كالخيط في اجارة الخياط والصبغ في الصباغة وكذلك لا يعتبر قوله اعمل برأيك لما ذكرنا ان ذلك يفيد تفويض الرأي اليه في المضاربة والمضاربة تصرف في المال وهذا عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا يجوز أن يستحق بدلهارب المال ولو أخذ أرضا مزراعة على أن يزرعها فخرج من ذلك كان نصفين فاشتري طعاما ببعض المزارعة فزرعه قال محمد هذا يجوز ان قال له اعمل برأيك وان لم يكن قال له اعمل برأيك لم يحجز لانه يوجب حقا لرب الارض في مال رب المال فيصير كأنه شارك بمال المضاربة وانه لا يملك الاشارك باطلاق العقد ما لم يقل اعمل برأيك فاذا قال ملك كذا هذا وقال الحسن بن زياد ان الارض والبذر والبقرا اذا كان من قبل رب الارض والعمل على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرنا انه عقد على منافع نفسه فكان له بدل منافع نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك اذا شرط البقر على المضارب لان العقد وقع على منفعتهم وانما البقر آلة العمل والا لقتبعت ما لم يقع عليها العقد ولودفع المضارب أيضا بغير بذر مزارعة جازت سواء قال اعمل برأيك أو لم يقل لانه لم يوجب شركة في مال رب المال انما آجر أرضه والاجارة داخله تحت عقد المضاربة والله عز وجل أعلم (وأما) القسم الذي للمضارب أن يعمل اذا قيل له اعمل برأيك وان لم ينص عليه فالمضاربة والشركة والخلط فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره وان يشارك غيره في مال المضاربة شركة عنان وأن يخلط مال المضاربة بماله نفسه اذا قال له رب المال اعمل برأيك وليس له أن يعمل شيئا من ذلك اذا قيل له ذلك أما المضاربة فلا ان المضاربة مثل المضاربة

والشيء لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضار به مثله ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد كذا هذا (وأما)
الشركة فهي أولى أن لا يملكها بمطلق العقد لأنها أعم من المضار به والشيء لا يستتبع مثله فافوقه أولى (وأما) الخلط
فلا نه يوجب في مال رب المال حتماً لغيره فلا يجوز إلا بأذنه وإن لم يقل له ذلك فدفع المضارب مال المضار به مضارباً به
إلى غيره فنقول لا يخلو من وجوه أمان كانت المضاربتان صحيحتين وأمان كانتا فاسدتين وأمان كانت احدهما
صحيحة والاخرى فاسدة فإن كانتا صحيحتين فإن المال لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني
حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل أن يعمل يهلك أمانة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يصير مضموناً بنفس
الدفع عمل الثاني أو لم يعمل وإذا هلك قبل العمل يضمن وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً (وجه) قول زفر أن رب المال
إذا لم يقل للمضارب اعمل برأيك لم يملك دفع المال مضارباً به إلى غيره فإذا دفع صار بالدفع مخالفاً فصار ضامناً كالمودع إذا
أودع (ولنا) أن مجرد الدفع إيداع منه وهو يملك إيداع مال المضارب به فلا يضمن بالدفع وروى الحسن عن أبي
حنيفة رحمه الله أنه لا ضمان على الأول حتى يعمل به الثاني ويرجع فإذا عمل به ويرجع كان ضامناً حين يرجع وإن عمل في
المال فلم يرجع حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه وروى محمد عن أبي يوسف أنه لا ضمان عليه حتى يعمل الثاني فإذا
عمل ضمن ربح الثاني أو لم يرجع وهكذا روى ابن سماعه والفضل بن غانم عن أبي يوسف وهو قول محمد رحمه الله
وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن هذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة (وجه) قولهما أنه لا عمل فقد تصرف
في المال بغير إذن المالك فيتعين به الضمان سواء ربح أو لم يرجع ولا في حنيفة لا سبيل إلى التضمن بالدفع لأنه إيداع
وإبضاع ولا بالعمل لأنه ما لم يرجع فهو في حكم المبيع والمبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز أن يضمن بالشرط لأنه مجرد
قول ومجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان لكنه إذا ربح فقد ثبت له شركة في المال بآثار المضارب الأول
فصار الأول مخالفاً فيضمن كما لو خلط مال المضارب به بغيره أو شارك به وإذا وجب الضمان بالعمل والربح أو بنفس
العمل على اختلافهم في ذلك فرب المال بالخيار أن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني أما على أصل أبي يوسف
ومحمد في المودع إذا أودع فظاهر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لأن الأول تعدى بالدفع والثاني
تعدى بالقبض فصار عندهما كالمودع إذا أودع وأما على أصل أبي حنيفة في مسألة الوديعة فيحتاج إلى الفرق لأن
الضمان عنده على المودع الأول لا على الثاني وفي مسألة المضارب به أثبت له خيار تضمين الثاني لأن المضارب الثاني
يعمل في المال لمنفعة نفسه وهي الربح فكان عاملاً لنفسه فجاز أن يضمن والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة
الأول لحفظ الوديعة فلم يضمن فإن ضمن المضارب الأول لا يرجع بما ضمن على الثاني وصحت المضاربة بين الأول
والثاني والربح على ما شرط لأنه لما تقرر الضمان على الأول فقد ملك المضمون وصار كأنه دفع مال نفسه مضارباً به إلى
الثاني فكان الربح على ما شرط لأن الشرط قد صح وان ضمن الثاني رجع بما ضمن على الأول وصار حاصل الضمان
على الأول لأن الأول غره بالعقد فصار مغروراً من جهته فكان له أن يرجع عليه بما ضمن كودع الغاصب وهو ضمان
كفالة في الحقيقة لأن الأول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له بخلاف الرهن وهو ما إذا غصب رجلاً
شيئاً فرهنه فهلك في يد المرتهن فاختار المالك تضمين المرتهن أنه يرجع على الراهن بما ضمن ولا يصح عقد الرهن
(وجه) الفرق أن قبض المرهون شرط صحة الرهن ولما ضمن المرتهن تبين أن قبضه لم يصح فتبين أن الرهن لم يصح
إذ لا صحة له بدون القبض فإما في المضاربة فيضمن الثاني إبطال القبض بعد وجوده لأن المضاربة عقد جائز
فكان لبقائه حكم الابتداء كأنه ابتدأ العقد بعد أداء الضمان فكان التضمن إبطال القبض بعد وجوده وذلك لا يبطل
المضاربة ألا ترى أن المضارب لو باع المال من رب المال لا تبطل المضاربة وإن بطل قبضه ولو رد المرتهن الرهن
على الراهن يبطل الرهن لذلك اختلفا وذكر ابن سماعه عن محمد أنه يطيب الربح للأسفل ولا يطيب للأسفل على
قياس قول أبي حنيفة عليه الرحمة لأن استحقاق الأسفل بعمله ولا خطر في عمله فيطيب له الربح فإما على

فانما يستحق الربح رأس المال والملك في رأس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلو عن نوع خبث فلا يطيب له وان كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان الاول أجبر في مال المضاربة والثاني أجبر الاول فصار كمن استأجر رجلاً يعمل في ماله فاستأجر الاجير رجلاً وان كانت احدهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانت الاولى صحيحة والاخرى فاسدة فكذلك لا ضمان على واحد منهما وان عمل المضارب الثاني في المال لان المضارب الثاني أجبر الاول والاجير لا يستحق شيئاً من الربح فلم يثبت له شركة في رأس المال فلا يجب الضمان على الاول ولا على الثاني لانه لا ضمان على الاجير وله أجر مثل عمله على المضارب الاول والمضارب الاول ما شرط له من الربح لوقوع المضاربة صحيحة وان كانت الاولى فاسدة والثاني صحيحة فكذلك لان الاول أجبر في مال المضاربة فلاحق له في الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان اذا الضمان انما يجب باثبات الشركة ويكون الربح كله لرب المال لانه ربح حصل في مضاربة فاسدة وللمضارب الاول أجر مثله لان عمل الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه وللثاني على الاول مثل ما شرط له من الربح لانه عمل مضاربة صحيحة وقد سمي له أشياء فهو مستحق للغير فيضمن هذا اذا لم يقل لرب المال اعمل برأيك فاما اذا قال له اعمل برأيك فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره لانه فوض الرأي اليه وقد رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك ثم اذا عمل الثاني وربح كيف يقسم الربح فتقول جملة الكلام فيه ان رب المال لا يخلو اما ان كان أطلق الربح في عقد المضاربة ولم يضيفه الى المضارب بان قال على ان مارزق الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان أو قال ما أطعم الله تعالى من ربح فهو بيننا نصفان واما ان أضافه الى المضارب بان قال على ان مارزقك الله تعالى من الربح أو ما أطعمك الله عز وجل من ربح أو على ان ماربحت من شئ أو ما أصبت من ربح فان أطلق الربح ولم يضيفه الى المضارب ثم دفع المضارب الاول المال الى غيره مضاربة بالثلث فربح الثاني فثلث جميع الربح الثاني لان شرط الاول للثاني قد صح لانه يملك نصف الربح فكان ثلث جميع الربح بعض ما يستحقه الاول فجاز شرطه للثاني فكان ثلث جميع الربح للثاني ونصفه لرب المال لان الاول لا يملك من نصيب رب المال شيئاً فانصرف شرطه الى نصيبه لا الى نصيب رب المال فبقى نصيب رب المال على حاله وهو النصف وسدس الربح للمضارب الاول لانه لم يجعله للثاني فبقى له بالعقد الاول ويطيب له ذلك لان عمل المضارب الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه كمن استأجر انساناً على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل لان عمل أجبره وقع له فكأنه عمل بنفسه كذا هذا ولودفع الى الثاني مضاربة بالنصف فنصف الربح للثاني ونصفه لرب المال ولا شئ للمضارب الاول لانه جعل جميع ما يستحقه وهو نصف الربح للثاني وصح جعله لانه مالك للنصف والنصف لرب المال بالعقد الاول وصار كمن استأجر رجلاً على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من خاطه بدرهم ولودفعه اليه مضاربة بالثلثين فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب الثاني ويرجع الثاني على الاول بمثل سدس الربح الذي شرطه لان شرط الزيادة ان ينفذ في حق رب المال لما لم يرض لنفسه بأقل من نصف الربح فقد صح فيما بين الاول والثاني لان الاول غير الثاني بتسمية الزيادة والقرور في العقود من أسباب وجوب الضمان وهو في الحقيقة ضمان الكفالة وهو ان الاول صار ملتزماً سلامة هذا القدر للثاني ولم يسلم له فيغرم للثاني مثل سدس الربح ولا يصير بذلك مخالفاً لان شرطه لم ينفذ في حق رب المال فالتحق بالعدم في حقه فلا يضمن وصار كمن استأجر رجلاً لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من يخطه بدرهم ونصف انه يضمن زيادة الاجرة كذا هذا ولودفع الى المضارب فدفعه الاول مضاربة الى غيره بالثلث أو بالنصف أو بالثلثين فجميع ما شرط للثاني من الربح يسلم له وما شرط للمضارب الاول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين بخلاف الفصل الاول (ووجه الفرق ان هنا شرط رب المال لنفسه نصف ما رزق الله تعالى للمضارب أو نصف ما ربح المضارب فاذا دفع الى الثاني مضاربة بالثلث كان الذي رزق الله عز وجل المضارب الاول الثلثين فكان الثلث للثاني والثلثان بين رب المال وبين المضارب الاول نصفين لكل واحد منهما الثلث

واذا دفع مضارباً بالنصف كان ما رزقه الله تعالى للمضارب الاول النصف فكان النصف للثاني والنصف بينهما نصفين واذا دفعه مضارباً بالثلثين كان الذي رزقه الله تعالى الثلث والثلثان للثاني والثلث بينهما لكل واحد منهما السدس وفي الفصل الاول رب المال انما شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ونصف جميع الربح وذلك ينصرف الى كل الربح وكذلك ان يخلط مال المضارب بماله نفسه لانه فوض الرأي اليه وقد رأى الخلط واذا ربح قسم الربح على المالكين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضارب يكون بينهما على الشرط وكذلك ان يشارك غيره شركة عنان لما قلنا ويقسم الربح بينهما على الشرط لان الشرط قد صح واذا قسم الربح بينهما يكون مال المضارب به مع حصة المضارب من الربح فيستوفي منها رب المال رأس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط (وأما) القسم الذي ليس للمضارب أن يعمل له أصلاً ورأساً فشرائه لا يملك بالقبض وما لا يجوز بيعه فيه اذا قبضه (أما) الاول فنحو شراء الميتة والدم والخمر والخنزير وأم الولد والمكاتب والمذبولان المضارب به تتضمن الاذن بالتصرف الذي يحصل به الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فلا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشراء لكن لا يقدر على بيعه لا يحصل فيه الربح أيضاً فلا يدخل تحت الاذن فان اشترى شيئاً من ذلك كان مشترى بالنفس لا للمضارب به فان دفع فيه شيئاً من مال المضارب به يضمن وان اشترى ثوباً أو عبداً أو عرضاً من العروض بشئ مما ذكرنا سوى الميتة والدم فالشراء على المضارب به لان المبيع هنا مملوك بالقبض ويجوز بيعه فكان هذا شراء فاسداً والاذن بالشراء المستفاد بعقد المضاربة يتناول الصحيح والفاسد (وأما) اذا كان الثمن ميتة أو دابة اشترى به لا يكون على المضارب به لان الميتة والدم لا تملك بالقبض أصلاً (وأما) الثاني فنحو أن يشتري داراً محرم من رب المال فلا يكون المشتري للمضارب به بل يكون مشترى بالنفس لانه لو وقع شراؤه للمضارب به لعق على رب المال فلا يقدر على بيعه بعد ذلك ولا يحصل المقصود من الاذن فلا يدخل تحت الاذن ولو اشترى داراً محرم من نفسه فان لم يكن في المال ربح فالشراء على المضارب به لانه لا ملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود وان كان في المال ربح لم يكن الشراء على المضارب به لانه اذا كان في المضارب به ربح يملك قدر نصيبه من الربح فيعتق ذلك القدر عليه فلا يقدر على بيعه ولا على بيع الباقي لانه معتق البعض وما لا يقدر على بيعه لا يكون للمضارب به لما قلنا (وأما) المضارب به المقيدة فكما حكم المضارب به المطلقة في جميع ما وصفنا لا تفارقها الا في قدر القيد والاصل فيه ان القيد ان كان مفيداً يثبت لان الاصل في الشرط اعتباره اما يمكن واذا كان القيد مفيداً كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبي عليه أفضل الصلاة والسلام المسامون عند شروطهم فينتقذ بالذكور ويبقى مطلقاً فيما وراءه على الاصل المعهود في المطلق اذا قيد ببعض المذكور انه يبقى مطلقاً فيما وراءه كالعالم اذا خص منه بعضه انه يبقى عاماً فيما وراءه وان لم يكن مفيداً لا يثبت بل يبقى مطلقاً لان ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم اذا عرفنا هذا فنقول اذا دفع رجل الى رجل مالاً مضارباً به على أن يعمل به في الكوفة فليس له أن يعمل في غير الكوفة لان قوله على ان من ألقاها الشرط وانه شرط مفيد لان الاماكن تختلف بالرخص والغلاء وكذلك السفر خطر فيعتبر وحقيقة الفقه في ذلك ان الاذن كان عدماً وانما يحدث بالعقد فيبقى فيما وراءه ما تناوله العقد على أصل عدمه وكذلك لا يعطيه بضاعة لمن يخرجها من الكوفة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه فلا أن لا يملك الامر بذلك أولى وان أخرجهما من الكوفة فان اشترى بها وباع ضمن لانه تصرف لا على الوجه المأذون فصار فيه مخالفاً فيضمن وكان المشتري لنفسه له ربحه وعليه وضيعته لكن لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وان لم يشتري بها شيئاً حتى ردها الى الكوفة يرى من الضمان ورجع المال مضارباً به على حاله لانه عاد الى الوفاق قبل تقرر الخلاف فيبصر أن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ولو لم يرد حتى هلك قبل التصرف لا ضمان عليه لانه لا مال يتصرف به بتقرر الخلاف فلا يضمن ولو اشترى ببعضه ورد بعضه فما اشتراه فهو له وما رجع على المضارب به لانه تقرر الخلاف في القدر المشتري وزال عن القدر المردود ودفع اليه على أن يعمل في سوق الكوفة فعمل في الكوفة في غير

سوقها فهو جائز على المضارب استحسانا والقياس ان لا يجوز (وجه) القياس انه شرط عليه العمل في مكان معين فلا يجوز في غيره كما لو شرط ذلك في بلد معين (وجه) الاستحسان ان التقيد بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط ولو قال له اعمل به في سوق الكوفة أولا تعمل به الا في سوق الكوفة فعلم في غير سوق الكوفة بضمن لان قوله لا تعمل الا في سوق الكوفة حجة له فلا يجوز تصرفه بعد الحجر وفي الفصل الاول ما حجر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله في السوق والشرط غير مفيد فلما ولو قال له خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لم يجز له العمل في غيرها لان في كلمة ظرف قد جعل الكوفة ظرفا للتصرف الذي اذن له فيه فلو جاز في غيرها لم تكن الكوفة ظرفا لتصرفه وكذلك اذا قال له اعمل به في الكوفة لما قلنا ولان القاء من حر وف التعليق فتوجب تعلق ما قبلها بما بعدها وانما يتعلق اذا لم يجز التصرف في غيرها وكذلك اذا قال خذ هذا المال بالتصرف بالكوفة لان الباء حرف الصاق فتقتضي التصاق الصفة بالموصوف وهذا يمنع جواز التصرف في غيرها ولو قال خذ هذا المال مضارب بة واعمل به في الكوفة فله ان يعمل به بالكوفة وحيث ما بدا له لان قوله خذ هذا المال مضارب بة اذن له في التصرف مطلقا وقوله واعمل به في الكوفة اذن له بالعمل في الكوفة فكان له ان يعمل في أي موضع شاء كمن قال لغيره اعتق عبدا من عبيدي ثم قال له اعتق عبدي سالما ان له ان يعتق أي عبدا شاء ولا يتقيد بالتوكيل باعتاق سالم كذا هذا اذا المضارب بة توكيل بالشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال مضارب بة الى سنة جازت المضارب بة عندنا وقال الشافعي رحمه الله المضارب بة فاسدة (وجه) قوله انه اذا وقت للمضارب بة وقتا فيحتمل انه لا يجوز كونها في الوقت فلا يفيد العقد فائدة (ولنا) ان المضارب بة توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوي وقال لم يجز عند أصحابنا توقيت المضارب بة بقياس قولهم في الوكالة انها لا تختص بالوقت لانهم قالوا لو وكل رجلا ببيع عبده اليوم فباعه غدا جاز كالوكالة المطلقة وما قاله ليس بسديد لانهم قالوا في الوكيل اذا قيل له بع اليوم ولا تبعه غدا جاز ذلك ولم يكن له ان يبيعه غدا وكذا اذا قيل له على ان تبعه اليوم دون غد ولو قال خذ هذا المال مضارب بة بالنصف على ان تشتري به الطعام او قال فاشتر به الطعام او قال تشتري به الطعام او قال خذ هذا المال مضارب بة بالنصف في الطعام فذلك كله سواء وليس له ان يشتري سوى الطعام بالاجماع لما ذكرنا على ان الشرط والاصل في الشرط المذكور في الكلام اعتباره والقاء لتعليق ما قبلها بما بعدها وقوله يشتري به الطعام تفسير التصرف المأذون به وقوله في الطعام ففي كلمة ظرف فاذا دخلت على ما لا يصلح ظرفا فتصير بمعنى الشرط وكل ذلك يقتضي التقيد بالشرط المذكور وانه شرط مفيد لان بعض أنواع التجارة يكون اقرب الى المقصود من بعض وكذا الناس مختلفون في ذلك فقد يهتدى الانسان الى بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مفيداً فالتقيد به ولا يملك ان يشتري غير الطعام والطعام هو الخنطة ودقيقها اذا لا يراد به كل ما يتطعم بل البعض دون البعض والامر مختلف باختلاف عادة البلد ان فاسم الطعام في عرفهم لا ينطلق الا على الخنطة ودقيقها وكذلك لو ذكر جنسا آخر بان قال له خذ هذا المال مضارب بة بالنصف على ان تشتري به الدقيق أو الخبز أو البر أو غير ذلك ليس له ان يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له ان يشتري ذلك الجنس في المصر وغيره وان ببضع فيه وان يعمل فيه جميع ما يعمل به المضارب بة المطلقة لما ذكرنا ان اللفظ المطلق اذا قيد ببعض الاشياء يبقى على اطلاقه فيما وراءه وقال ابن سباعة سمعت محمد اقال في رجل دفع الى رجل مالا مضارب بة فقال له ان اشتريت به الخنطة فلك من الربح النصف ولى النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولى الثلثان فقال هذا جائز وله ان يشتري أي ذلك شاء على ما سمي له رب المال لانه خيره بين عمليين مختلفين فيجوز كماله خير الخياط بين الخياطة الرومية والفارسية ولو دفع اليه على انه ان عمل في المصر فله ثلث الربح وان سافر فله النصف جاز والربح بينهما على ما شرط ان عمل في المصر فله الثلث وان سافر فله النصف ولو اشترى في المصر وباع في السفر أو اشترى في السفر وباع في المصر فقد روى عن محمد انه قال المضارب بة في هذا على الشراء فان اشترى في المصر فربح في ذلك المتاع فهو على ما شرط في المصر سواء

باعه في المصر أو في غيره لأن المضارب إنما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشراء فإذا اشترى في المصر تعين أحد
 العاملين فلا يتغير بالسفر وان عمل ببعض المال في السفر وبالبعض في الحضر فربح كل واحد من المالكين على ما شرط
 ولو قال له على أن تشتري من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو على فلان خاصة ليس له أن يشتري ويبيع من غيره وقال
 الشافعي رحمه الله المضاربة فاسدة لأن في تعيين الشخص تضيق طريق الوصول إلى المقصود من التصرف وهو
 الربح وتغيير مقتضى العقد لأن مقتضى العقد التصرف مع من شاء (ولنا) أن هذا شرط مفيد لاختلاف الناس في الثقة
 والأمانة لأن الشراء من بعض الناس قد يكون أربح لكونه أسهل في البيع وقد يكون أوثق على المالك فكان التقييد
 مفيداً كالتقييد بنوع ودون نوع وقوله التعمين يغير مقتضى العقد قلنا ليس كذلك بل هو مباشرة العقد مفيداً من
 الابتداء وإنه قيد مفيد فوجب اعتباره ولو قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة وتبيع فاشترى وباع من رجال
 بالكوفة من غير أهلها فهو جائز لأن هذا الشرط لا يفيد الإلزام بالسفر كأنه قال على أن تشتري من أهل الكوفة وكذلك
 إذا دفع إليه مالا مضارباً في الصرف على أن يشتري من الصيارفة ويبيع كان له أن يشتري من غير الصيارفة ما بدا له
 من الصرف لأن التقييد بالصيارفة لا يفيد التخصيص بالبلد أو النوع فإذا حصل ذلك من صير في أو غيره فهو سواء ولو
 دفع إليه مالا مضارباً به ثم قال له بعد ذلك اشتري به البز وبع فله أن يشتري البز وغيره لأنه أذن بالشراء مطلقاً ثم أمره بشراء
 البز فكان له أن يشتري ما شاء وهذا كقوله خذ هذا المال مضارباً وعمل به بالكوفة إلا أن هناك القيد مقارن
 وهما متران وقد ذكرناه وذكر القدر يرحم الله أن هذا المحمول على أنه إنهاء بعد الشراء والحكم في التقييد
 الطاريء على مطلق العقد أنه إن كان ذلك قبل الشراء يعمل وإن كان بعد ما اشترى به لا يعمل إلى أن يبيعه بمال عين
 فيعمل التقييد عند ذلك حتى لا يجوز أن يشتري إلا ما قال ولودفع إليه مالا مضارباً به على أن يبيع ويشترى بالتقد
 فليس له أن يشتري ويبيع إلا بالتقد لأن هذا التقييد مفيد في التقييد بالمدكور ولو قال له بعب بنسيئة ولا تبع بالتقد فباع
 بالتقد جاز لأن النقد يقع من النسبة فلم يكن التقييد بها مفيداً فلا يثبت القيد وصار كما لو قال للوكيل بعب عشرة فباع
 بأكثر منها جاز كذلك هذا (واما) الذي يرجع إلى عمل رب المال بماله أن يعمل وما ليس له أن يعمل فقد قال أصحابنا
 إذا باع رب المال مال المضارب به بمثل قيمته أو أكثر جاز بعبه وإذا باع بأقل من قيمته لم يجز إلا أن يحجزه المضارب سواء
 باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه لأن جواز بيع رب المال من طريق العانة
 للمضارب وليس من العانة إدخال النقص عليه بل هو استهلاك فلا يتحمل قل أو أكثر وعلى هذا لو كان المضارب
 اثنين فباع أحدهما باذن رب المال لم يجز أن يبيعه إلا بمثل القيمة أو أكثر إلا أن يحجزه المضارب الآخر لأن أحد
 المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل باذن رب المال وهو لا يملك التصرف بنفسه إذا كان فيه غبن فلا يملك
 الأمر به وإذا اشترى المضارب بمال المضارب به متاعاً وفيه فضل أو لا فضل فيه فأراد رب المال بيع ذلك فأبى المضارب
 وأراد أمساكه حتى يجدر بحاقان المضارب يحجز على بيعه إلا أن يشاء أن يدفعه إلى رب المال لأن منع المالك عن تنفيذ
 إرادته في ملكه لحق محتمل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل إليه ولكن يقال له إن أردت الأمساك فرد عليه ماله
 وإن كان فيه ربح يقال له ادفع إليه رأس المال وحصته من الربح ويسلم المتاع إليك ولو أخذ رجل مالا ليعمل لأجل
 ابنه مضارباً فإن كان الابن صغيراً لا يعقل البيع فالمضارب به للاب ولا شيء للابن من الربح لأن الربح في باب
 المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل وليس للابن واحد منهما فإن كان الابن يقدّر على العمل فالمضارب به للابن والربح
 له أن يعمل فإن عمل الابن فهو متطوع وإن عمل بغير أمره صار بمنزلة الغاصب لأنه ليس له أن يعمل فيه بغير
 إذنه فصار كالأجنبي وقد قالوا في المضارب إذا اشترى جارية فليس لرب المال أن يطأها سواء كان فيه ربح أو لم يكن
 أما إذا كان فيه ربح فلا شك فيه لأن للمضارب فيه ملكاً ولا يجوز وطء الجارية المشتركة وإن لم يكن فيها ربح
 فالمضارب فيها حق يشبه الملك بدليل أن رب المال لا يملك منعه من التصرف ولومات كان للمضارب أن يبيعه

فصارت كالجارة المشتركة ويجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وإن لم يكن في المضاربة ربح في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة (وجه) قول زفر أن هذا بيع ماله بماله وشراء ماله بماله إذا لم يألان جميعاً لرب المال وهذا لا يجوز كالوكيل مع الموكل (ولنا) أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف وملكه في حق التصرف كملك الاجنبي والمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان في حق ملك الرقبة كملك الاجنبي حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الاجنبي لذلك جاز الشراء بينهما ولو اشترى المضارب داراً ورب المال شفيقها بدار أخرى بمجنها فله أن يأخذ بالشفعة لأن المشتري وإن كان له في الحقيقة لكنه في الحكم كأنه ليس له بدليل أنه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ولهذا جاز شراؤه من المضارب ولو باع المضارب داراً من المضاربة ورب المال شفيقها فلا شفعة له سواء كان في الدار المبيعة ربح وقت البيع أو لم يكن أما إذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والوكيل يبيع الدار إذا باع لا يكون للموكل الأخذ بالشفعة وإن كان فيها ربح فاما حصصة رب المال فكذلك هو وكيل بيعها وأما حصصة المضارب فلا تألو أو جبناً فيها الشفعة لتفرقت الصفقة على المشتري ولأن الربح تابع لرأس المال فإذا لم تجب الشفعة في المتبوع لا تجب في التابع ولو باع رب المال داراً لنفسه والمضارب شفيقها بدار أخرى من المضاربة فإن كان في يده من مال المضاربة وفاء بثلث الدار لم تجب الشفعة لأنه لو أخذ بالشفعة لوقع لرب المال والشفعة لا تجب لبائع الدار وإن لم يكن في يده وفاء فإن لم يكن في الدار ربح فلا شفعة لأنه أخذها لرب المال وإن كان فيه ربح فلم يضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة لأن له نصيباً في ذلك فجاز أن يأخذها لنفسه ولو أن أجنبياً اشترى داراً إلى جانب دار المضاربة فإن كان في يد المضارب وفاء بالثلث فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وإن سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه لأن الشفعة وجبت للمضاربة به وملك التصرف في المضاربة للمضاربة فإذا سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال وإن لم يكن في يده وفاء فإن كان في الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعاً فإن سلم أحدهما فلا آخر أن يأخذها جميعاً لنفسه بالشفعة كدار بين اثنين وجبت الشفعة لهما وإن لم يكن في الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة لأنه لا نصيب للمضارب فيه قال أبو يوسف إذا استأجر الرجل أجراً كل شهر بعشرة دراهم ليشترى له ويبيع ثم دفع المستأجر إلى الاجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شيء للاجير سوى الاجرة وقال محمد المضاربة جائزة ولا شيء للاجير في الوقت الذي يكون مشغولاً بعمل المضاربة (وجه) قول محمد أنه لما دفع إليه المضاربة فقد اتفق على ترك الاجارة وتقضها فإدام يعمل بالمضاربة فلا أجر له ولأن الاجارة شركة لهذا لا قبل التوقيت ولو شاركه بعد ما استأجره جازت الشركة فكذلك المضاربة ولا يبي يوسف أنه لما استأجره فقد ملك عمله فإذا دفع إليه مضاربة فقد شرط للمضارب ربحاً بعمل قدمه لرب المال وهذا لا يجوز ولأن المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز أن يستوجب الربح والأجر ولا يجوز أن ينتقض الاجارة بالمضاربة لأن الاجارة أقوى من المضاربة لأنها لازمة والمضاربة ليست بلازمة والشيء لا ينتقض بما هو أضعف منه وما ذكر محمد أن المضاربة شركة فالجواب أن الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قدمه لرب المال فلا يجوز أن يستحق المضارب الربح ولأن الشريك يعمل لنفسه فكانه امتنع من عمل الاجارة فيسقط عنه الاجارة بمحضته والمضارب يعمل لرب المال فبقى عمله على الاجارة ولو اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبداً قيمته ألف فقتل عمداً فلرب المال القصاص لأن العبد ملكه على الخصوص لاحق للمضارب فيه وإن كانت قيمته ألفين لم يكن فيه قصاص وإن اجتمع لرب المال ملك كل واحد منهما لم يتعين أمارب لرب المال فلان رأس المال ليس هو العبد وإنما هو الدراهم ولو أراد أن يعين رأس ماله في العبد كان للمضارب أن يمنعه عن ذلك حتى يبيع ويدفع اليه من الثمن وإذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء رأس المال وإذا لم يتعين ملكهما في العبد لم يجب القصاص لواحد منهما وإن اجتمعا وتؤخذ قيمة العبد

من القاتل في ماله في ثلاث سنين لان القصاص سقط في القتل العمد لما منع مع وجود السبب فتجب الدية في ماله ويكون المأخوذ على المضارب يشتري به المضارب ويبيع لانه بدل مال المضارب فيكون على المضارب كالتن و ذكر محمد في النوادر اذا كان في يد المضارب عبدان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل رجل أحد العبدین عمدالم يكن لرب المال عليه قصاص لان ملك رب المال لم يتعين في العبد المقتول على ما بينا وعلى القاتل قيمته في ماله ويكون في المضارب لما قلنا والاصل ان في كل موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضارب في كل موضع وجب بالقتل مال فالمال على المضارب لان القصاص اذا استوفى قتل هلك مال المضارب به وهلاك مال المضارب به يوجب بطلان المضارب به والقيمة بدل مال المضارب به فكانت على المضارب كالتن وقال محمد واذا اشترى المضارب ببعض مال المضاربة عبدا يساوى الفا فقتله رجل عمد فلا قصاص فيه لارب المال ولا للمضارب ولا لهما اذا اجتمعا مارب المال فلانه لو استوفى القصاص لا يصير مستوفيا لرأس المال بالقصاص لان القصاص ليس بمال ولهذا لو عفا المريض عن القصاص كان من جميع المال واذا لم يصربه مستوفيا رأس ماله يستوفى رأس المال من بقية المال واذا استوفى تبين أن العبد كان ربحا فتبين أنه انقربا استيفاء القصاص عن عبد مشترك (وأما) المضارب فلانه لم يتعين له فيه ملك ولا يجوز لهما الاجتماع على الاستيفاء لهذا المعنى وهو أن حق كل واحد منهما غير متعين واختلف أصحابنا في القتل العمد اذا ادعى على عبد المضارب به انه هل يشترط حضور الولي لسماع البينة قال أبو حنيفة ومحمد عليهما الرحمة يشترط وقال أبو يوسف رحمه الله لا يشترط (وجه) قوله ان العبد في باب القصاص مبقى على أصل الحرية بدليل أنه لو أقر به يجوز اقراره وان كذبه الولي فلا يقف سماع البينة عليه على حضور المولى كالحر (ولهما) ان هذه البينة تتعلق بها استحقاق رقة العبد فلا تسمع مع غيبة المولى كالبينة القائمة على استحقاق الملك والبينة القائمة على جناية الخطأ وقد قالوا جميعا لو أقر العبد بقتل عمد افكذبه المولى والمضارب لزمه القصاص لان الاقرار بالقصاص مما لا يملكه المولى من عبده وهو مما يملك فيملكه العبد كالطلاق فان كان الدم بين شركيين وقد أقر به العبد فعفا أحدهما فلا شيء للآخر لان موجب الجناية اقلب مالا واقرار العبد غير مقبول في حق المال فصار كانه أقر بجناية الخطأ فان كان رب المال صدقه في اقراره وكذبه المضارب قيل لرب المال ادفع نصف نصيبك أو افده وان كان المضارب صدقه وكذبه رب المال قيل للمضارب ادفع نصيبك أو افده وصار كاحد الشركيين اذا أقر في العبد بجناية وكذبه الآخر (وأما) وجوب القصاص على عبد المضارب به وان لم يجب بقتله القصاص لان عدم الوجوب بقتله لكون مستحق الدم غير متعين فاذا كان هو القاتل فالمستحق للقصاص هو ولي القاتل وانه متعين ويجوز المراجعة بين رب المال والمضارب وهو أن يشتري رب المال من مضارب به فيبيعه مراجعة أو يشتري المضارب من رب المال فيبيعه مراجعة لكن يبيعه على أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء وانما كان كذلك لان جواز شراء رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ثبت معدولا به عن القياس لما ذكرنا ان رب المال اشترى مال نفسه بمال نفسه والمضارب يبيع مال رب المال من رب المال إذا مالان ماله والقياس يأبى ذلك الا اننا استحسنا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك التصرف فجعل ذلك بيعا في حقه مالا في حق غيره مما بل جعل في حق غيرهما ملحقا بالعدم ولان المراجعة بيع يحرم به البائع من غير بينة واستخلاف فتجب صيانتة عن الجناية وعن شبه الجناية ما أمكن وقد تمكنت التهمة في البيع بينهما لجواز ان رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته ورضى به المضارب لان الجود بمال الغير أمر سهل فكان تهمة الجناية ثابتة والتهمة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فلا يبيع مراجعة الا على أقل الثمنين بيان ذلك في مسائل اذا دفع الى رجل الف درهم مضارب به فاشترى رب المال عبدا الخمسة فباعه من المضارب بألف فان المضارب يبيعه مراجعة على خمسة لانها أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع هو التهمة وقد زالت ولو اشترى المضارب عبدا بألف من المضارب به فباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال مراجعة بألف ومائة ان كانت

المضاربة بالنصف لان الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة في حصة المضارب لانه لاحق فيه لرب المال فصار مكان رب المال اشترى ذلك من اجنبي وتمكنت الشبهة في حصة رب المال لانه ماله بعينه فكانه اشترى من نفسه فتسقط حصته من الربح الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء ولو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوى القاي وخمسمائة فباعها من المضارب بألف وخمسمائة فان المضارب يبيعها مائة بلف ومائتين وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه لما ذكرنا قال ابن سبابة في نوادره عن محمد سمعت أبا يوسف يقول في مسألة المضاربة وهو آخر ما قال اذا اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بمائة ورأس المال الف في يد المضارب فان المضارب يبيعه على مائة وكذا لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة بانه يبيعه أبدا على أقل الثمنين لانه لا تهمة في الاقل وانما التهمة في الزيادة فيثبت مال التهمة فيه ويسقط ما فيه تهمة ولو اشتراه رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة فانه يبيعه مائة على خمسمائة وخمسين لان المائة الزيادة على الالف ربح فنصفها للمضارب وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه فيضم حصته من الربح الى القدر الذي اشترى رب المال به ويسقط خمسمائة لانها نصيب رب المال ويسقط خمسون لانها حق رب المال من الربح فيبيعه مائة على خمسمائة وخمسين ولو اشتراه المضارب بمائة بانه مائة بانه لا فضل في ثمنه عن رأس المال فيسقط كل الربح ويباع على أقل الثمنين والاصل أن المضارب لا يحتسب شيئا من حصة نفسه حتى يكون ما تقدأكثر من الف فيجب من حصته نصف ما زاد على الالف لانه اذا لم يزد على الف بأن اشترى بمثل رأس المال أو بأقل منه وله في المال ربح لم يتعين له في المشتري حق لكونه مشغولا برأس المال فلا يظهر له الربح كانه اشترى ولا ربح في يده وعلى هذا القياس تجرى المسائل فتقضى كان شراء المضارب بأقل الثمنين فان كان للمضارب حصة ضما الى أقل الثمنين واذا اشترى رب المال من المضارب يبيعه على أقل الثمنين ويضم اليه حصة المضارب ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة ثم باعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه بألف وخمسمائة رأس المال وخمسمائة حصة المضارب من الالفين لان نصيب رب المال من الثمن الف وخمسمائة فتسقط الزيادة فيها على رأس المال وهو الف ويبقى من نصيب رب المال خمسمائة ونصيب المضارب خمسمائة ورب المال فيها كالا جنبي فيبيعه مائة على ألف ولو كان المضارب اشتراه بألف ثم باعه من رب المال بألفين باعه رب المال بألف وخمسمائة لان الالف رأس مال رب المال وخمسمائة نصيب المضارب ورب المال فيها كالا جنبي وخمسمائة نصيب رب المال فيجب اسقاطها قال ابن سبابة وروى عن أبي يوسف أنه قال وهو قوله الآخر ان رب المال اذا اشترى عبدا بشرا لاف ثم باعه من المضارب بمائة بانه المضارب مائة على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة آلاف فباعه من رب المال بمائة بانه رب المال مائة على مائة لان البيع على أقل الثمنين لا تهمة فيه ولانه اشتراه بأقل الثمنين فلا يجوز أن يزد على الثمن الذي اشتراه فان قيل كيف يجوز للمضارب الخط على قول أبي يوسف فالجواب انه انما لا يجوز له حظه عند أبي يوسف ومحمد لحق رب المال فاذا باعه من رب المال وخط فقد رضى رب المال بذلك فجاز (وأما) على قول أبي يوسف الاول الذي أشار اليه ابن سبابة فهو ان الخط لا يجوز لانه قال اذا كان رأس المال الفاف ربح فيه القاي ثم اشترى بألفين جارية ثم باعه من رب المال بألف وخمسمائة فان رب المال يبيعها مائة على الف وسبعمائة وخمسين لان المضارب حط من الثمن خمسمائة نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة وهو ملك الخط في حق نصيبه ولا يملك ذلك في مال المضاربة في قول أبي يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فلذلك باع مائة على ألف وسبعمائة وخمسين فينبغي على هذا القول اذا باع مائة أن يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا لان الزيادة لحقت بالثمن حكما والشراء ينصرف الى ما وقع العقد به والصحيح قوله الاخير لما ذكرنا أن عدم جواز الخط في مال المضاربة لحق رب المال فاذا اشترى هو فقد رضى بذلك فكانه أذن للمضارب أن يبيعه بنقصان لاجنبي

وذكر محمد في كتاب المضارب بة لو اشترى رب المال عبداً بألف فباعه من المضارب بألفين ألفاً وربح
 فان المضارب يبيعه مراحمة على ألف وخمسمائة يستقط من ذلك ربح رب المال ويبيع على رأس المال وربح المضارب
 لما بينا ولو كان رب المال اشترى العبد بخمسمائة والبعد يساوي الفين فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه
 مراحمة على ألف لان رأس المال خمسمائة ونصيب المضارب من المال خمسمائة وما سوى ذلك ربح رب المال فلا يثبت
 حكمه على ما بينا فيما تقدم الا أن بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع من البيع بجميع الثمن التهمة فاذا بين
 فقد زالت التهمة فيجوز البيع ولو اشتراه رب المال بألف وقيمتها ألف فباعه من المضارب بألفين ألف مضارباً وبالف
 ربح فان المضارب يبيعه مراحمة على ألف لانه لما اشترى ما قيمته ألف ذهب ربحه فلم يبق له في المال حصة وصار
 كانه مال رب المال فباعه على رأس ماله ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة والمسألة بحالها فان المضارب يبيعه مراحمة
 على خمسمائة لانه لم يبق للمضارب حصة فصار اشراء مال رب المال بعينه ببعض فيبيعه على رأس المال الاول
 ولو كان رب المال اشتراه بالفين وقيمتها ألف فباعه من المضارب بالفين فان المضارب يبيعه بالف ولا يبيعه على أكثر من
 ذلك لان قيمته ألف فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه ولا ان رب المال لم يباعه بألفين ما يساوي القاه وهما متهمان
 في حق الغير في العقد فصار كانه أخذ القاه على طريق البيع وباعه العبد بالف فلا يبيعه بأكثر من ذلك ولو كان العبد
 يساوي القاه وخمسمائة والمسألة بحالها وقد اشتراه بالف وأراد المضارب ان يبيعه مراحمة بابعه مراحمة على ألف ومائتين
 وخمسين لان في العبد ربحاً للمضارب ونصيبه من الربح هو مع رب المال فيه كالأجنبي فيبيعه على أقل الثمنين مع حصة
 المضارب من الربح وذكر محمد في الاصل اذا اشترى المضارب عبداً بالف درهم مضارباً فباعه من رب المال بالفين
 ثم ان رب المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف درهم ثم اشتراه المضارب من الاجنبي بالف درهم فاراد أن يبيعه
 مراحمة لم يحجز له ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الا ان بين الامر على وجهه وفي قول أبي يوسف ومحمد يبيعه
 مراحمة على الفين وهذه فرعية مسئلة أخرى مذكورة في البيوع وهي ما اذا اشترى شيئاً فربح فيه ثم ملكه بشراء
 آخر فاراد أن يبيعه مراحمة فان عند أبي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضى من العقود وفي مسئلتنا قدر ربح فيه رب المال
 التي درهم لان المضارب لما اشتراه بالف وباعه من رب المال بالفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسمائة فلما
 باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه القاه وخمسمائة لانه قام عليه بالف وخمسمائة مقدار رأس المال ونصيب
 المضارب من الربح اذا ضم الى ذلك فقد ربح الفين فاذا اشتراه المضارب بالفين وجب ان يطرح الفين من رأس المال
 فلا يبقى شيء ولهذا لم يحجز البيع مراحمة الا بعد ان يبين وأما على قولهما فانما يعتبر العقد الاخير خاصة فالربح في العقد
 الاول لا يحط عن الثاني فيبيعه مراحمة على جميع الفين ولو اشترى المضارب عبداً بالف فباعه من رب المال
 بالف وخمسمائة ثم باعه رب المال من أجنبي بالف وستائة ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي بالف درهم فاراد أن يبيعه
 مراحمة بابعه على ألف وأربعمائة على قول أبي حنيفة لان رب المال قدر ربح فيه ستائة ألا ترى ان المضارب لما
 اشتراه بالف بابعه من رب المال بالف وخمسمائة فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون وكان رب المال اشترى
 بالف ومائتين وخمسين رأس المال وحصة المضارب فلما باعه بالف وستائة فقد ربح ثلثمائة وخمسين وقد كان ربح
 مائتين وخمسين ربح المضارب فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن فيبقى الف واربعمائة ولو اشترى المضارب
 عبداً بالف فولاه رب المال ثم ان رب المال باعه من أجنبي بالف وخمسمائة ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي
 مراحمة بالفين ثم ان رب المال لما حط من الاجنبي ثلثمائة فان الاجنبي يحط من المضارب أربعمائة لان رب المال
 لما حط من الاجنبي ثلثمائة استند ذلك الحط الى العقد فكان ذلك المقدار لم يكن في طرح من رأس المال وتطرح
 حصته من الربح وقد كان الاجنبي ربح مثل ثلث الثمن في طرح مع الثلثمائة ثلثها فيصير الحط عن المضارب أربعمائة
 فان أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مراحمة بابعه على ألف ومائتين لان رب المال ربح أربعمائة ألا ترى أنه لو باعه من

الاجنبي فربح خمسمائة ثم حط عنه ثلثمائة وهذا الخط من رأس المال والربح جميعاً مائتين من رأس المال ومائة من الربح فلما سقط من الربح مائة يبقى الربح أربع مائة فلما اشتراه المضارب بالقرين ثم حط عنه أربع مائة صار شراؤه بالف وستمائة فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو أربع مائة فيبيعه على ما بقي وتجوز المراجعة بين المضاربين كما تجوز بين المضارب ورب المال قال محمد في الاصل اذا دفع الرجل الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف ودفع الى رجل آخر الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى أحد المضاربين عبداً بخمسمائة من المضاربة فباعه من المضارب الآخر بالف فاراد الثاني أن يبيعه مراجعة باعده على خمسمائة فهو أقل الثمنين لأن مال المضاربين رجل واحد فصار بيع أحدهما من الآخر في حق الاجانب كبيع الانسان ملكه بماله فيبيعه مراجعة على أقل الثمنين ولو باعه الاول من الثاني بألفين الف من المضاربة والف من مال نفسه فان الثاني يبيعه مراجعة على الف ومائتين وخمسين لأن الثاني اشترى نصفه لنفسه وقد كان الاول اشترى ذلك النصف بمائتين وخمسين فيبيعه الثاني مراجعة على الف لانه لا نصيب لواحد منهما في شراء صاحبه فصارا كالاجنبيين فاما النصف الذي اشترى الثاني بالف المضاربة فقد كان الاول اشتراه بمائتين وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على أقل الثمنين ولو كان الاول اشتراه بألف المضاربة فباعه من الثاني بألفين للمضاربة بالف رأس المال والف ربح فان الثاني يبيعه مراجعة بألف وخمسمائة لانه يبيعه على أقل الثمنين وعلى حصته من الربح وأقل الثمنين الف وحصصة المضارب خمسمائة ولو كان الاول اشتراه بخمسمائة والمسئلة بحالها باعه الثاني على الف لأن أقل الثمنين خمسمائة وحصصة المضارب خمسمائة فيبيعه مراجعة على أقل الثمنين وحصصة من الربح والربح في المضاربة بينهما على الشرط والوضعية على رب المال والقول قول المضارب في دعوى الهلاك لأن المال أمانة في يده (وأما) الذي يستحقه المضارب بالعمل فالذي يستحقه بعمله في مال المضاربة يشبان أحدهما النفقة والكلام في النفقة في مواضع في وجوبها وفي شرط الوجوب وفيما فيه النفقة وفي تفسير النفقة وفي قدرها وفيما تحتسب النفقة منه (أما) الوجوب فلان الربح في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعاقلة لا يسافر بحال غيره لقاعدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم تجعل نفقته من مال المضاربة لا تمتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة اليها فكان اقدامهما على هذا العقد والحال ما وصفتنا اذنا من رب المال للمضارب بالاتفاق من مال المضاربة فكان ما ذونا في الاتفاق دلالة فصار كما لو اذن له به نصاً ولانه يسافر لاجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببدل واجب له لا محالة فتكون نفقته في المال بخلاف المبيع لا يسافر بحال الغير على وجه التبرع وبخلاف الاجير لانه يعمل ببدل لازم في ذمة المستأجر لا محالة فلا يستحق النفقة وهكذا روى ابن سماعة عن محمد في الشريك اذا سافر بالمال أنه ينفق من المال كالمضارب (وأما) شرط الوجوب فنخرج المضارب بالمال من المصر الذي أخذ المال منه مضاربة سواء كان المصر مصره أو لم يكن فادام يعمل به في ذلك المصر فان نفقته في مال نفسه لا في مال المضاربة وان اتفق شيئاً منه ضمن لان دلالة الاذن لا تثبت في المصر وكذا اقامته في الحضر لا تكون لاجل المال لانه كان مقيماً قبل ذلك فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر سواء كان خروجه بالمدة سفر أو أقل من ذلك حتى لو خرج من المصر يوماً أو يومين فله أن ينفق من مال المضاربة كذا ذكر محمد عن نفسه وعن أبي يوسف من مكان المضاربة لوجود الخرج من المصر لاجل المال واذا انتهى الى المصر الذي قضده فان كان ذلك مصر نفسه أو كان له في ذلك المصر أهل سقطت نفقته حين دخل لانه يصير مقيماً بدخوله فيه لا لاجل المال وان لم يكن ذلك مصره ولا له فيه أهل لكنه أقام فيه للبيع والشراء لا تسقط نفقته ما أقام فيه وان نوى الإقامة خمسة عشر يوماً فصاعداً لم يتخذ ذلك المصر الذي هو فيه داراً إقامة لانه اذا لم يتخذ داراً إقامة كانت اقامته فيه لاجل المال وان اتخذ وطناً كانت اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الاصل فنقول الحاصل انه لا تبطل نفقة المضاربة بعد المسافرة بالمال الا بالإقامة في مصره أو في مصر يتخذ داراً إقامة لما قلنا ولو خرج من المصر الذي دخله للبيع والشراء بنية العود الى المصر

الذي أخذ المال فيه مضاربة فان نفقته من مال المضارب به حتى يدخله فاذا دخله فان كان ذلك مصره أو كان له فيه أهل سقطت نفقته والا فلا حتى لو أخذ المضارب مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قد قدم الكوفة مسافراً فلا نفقة له في المال مادام بالكوفة لما قلنا فاذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتي البصرة لان خر وجهه لاجل المال ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لان البصرة وطن أصلي له فكان اقامته فيها لاجل الوطن لا لاجل المال فاذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال حتى يأتي الكوفة لان خر وجهه من البصرة لاجل المال وله أن ينفق أيضاً ما أقام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن اقامته وانه يبطل بالسفر فاذا عاد اليها وليس له وطن فكان اقامته فيها لاجل المال فكان نفقته فيه وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضارب به حرراً كان أو عبداً أو أجيراً يخدمه أو يخدم دابته لان نفقتهم كنفقة نفسه لانه لا يتبها له السفر الا بهم الا ان يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم في مال المضارب به ونفقة منهم على رب المال خاصة لان اعانة عبد رب المال كاعانة رب المال بنفسه ورب المال لو أعان المضارب بنفسه في العمل لم تكن نفقته في مال المضارب به كذا عبيده فأما عبد المضارب فهو كالمضارب والمضارب اذا عمل بنفسه في المال اتفق عليه منه كذا عبده (وأما) ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضارب به وله أن ينفق من مال نفسه ماله ان ينفق من مال المضارب به على نفسه ويكون ديناً في المضارب به حتى كان له أن يرجع فيها لان الاتفاق من المال وتدبيره اليه فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضارب به كالوصي اذا اتفق على الصغير من مال نفسه أن له أن يرجع بما اتفق على مال الصغير لما قلنا كذا هذا لان يرجع بما اتفق في مال المضارب به لكن بشرط بقاء المال حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشيء كذا ذكر محمد في المضارب به لان نفقة المضارب من مال المضارب به فاذا هلك بماله كالدائن يسقط به سلاك الرهن والزكاة تسقط به سلاك النصاب وحكم الجناية يسقط به سلاك العبد الجاني (وأما) تفسير النفقة التي في مال المضارب به فالكسوة والطعام والادام والشراب وأجر الاجير وفراش بنام عليه وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه وغسل ثيابه ودهن السراج والخطب ونحو ذلك ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة لان المضارب لا بد له منها فكان الاذن ثابتاً من رب المال دلالة (وأما) ثمن الدواء والحجامة والقصد والتنوير والادهان وما يرجع الى التداوي وصلاح البدن في ماله خاصة لا في مال المضارب به وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره في الدهن خلاف محمد انه في مال المضارب به عنده وذكر في الحجامة والاطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد انه قال على قياس قول أبي حنيفة يكون في مال المضارب به والصحيح أنه يكون في ماله خاصة لان وجوب النفقة للمضارب في المال دلالة الاذن الثابت عادة وهذه الاشياء غير معتادة هذا اذا قضى القاضي بالنفقة بقضى بالطعام والكسوة ولا يقضى بهذه الاشياء (وأما) الفاكهة فالمعتاد منها يجري مجرى الطعام والادام وقال بشرى نوادره سألت أبا يوسف عن اللحم فقال يأكل كما كان يأكل لانه من المأكل المعتاد (وأما) قدر النفقة فهو ان يكون بالمعروف عند التجار من غير اسراف فان جاوز ذلك ضمن الفضل لان الاذن ثابت بالعادة فيعتبر القدر المعتاد وسواء سافر برأس المال أو بمتاع عن المضارب به لان سفره في الحالين لاجل المال وكذا لو سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد وعاد بالمال فنفقته مادام مسافراً في مال المضارب به لان عمل التجارة على هذا وهو ان يتفق الشراء في وقت ودون وقت ومكان دون مكان وسواء سافر بمال المضارب به بوجه أو بماله ومال المضارب به ومال المضارب به لرجل أو رجلين فله النفقة غير انه ان سافر بماله ومال المضارب به أو بمالين لرجلين كانت النفقة من المالين بالحصص لان السفر لاجل المالين فتكون النفقة فهم ما وان كان أخذ المالين مضارباً لرجل والآخر بضاعة لرجل آخر فنفقته في مال المضارب به لان سفره لاجله لا لاجل البضاعة لانه متبرع بالعمل بها الا أن يتبرع بعمل البضاعة فينفق من مال نفسه لانه بدل العمل في المضارب به وليس على رب البضاعة شيء الا أن يكون أذن له في النفقة منها لانه تبرع بأخذ البضاعة فلا يستحق النفقة كالمودع ولو خلط مال المضارب به بماله وقد أذن له في ذلك فالنفقة

بالخصص لان سفره لاجل المالين (وأما) ما تحتسب النفقة منه فالنفقة تحتسب من الربح أولاً ان كان في المال ربح فان لم يكن فهي من رأس المال لان النفقة جزءه هالك من المال والاصل ان هلاكه ينصرف الى الربح ولا نالوجعلناها من رأس المال خاصة أو في نصيب رب المال من الربح لزيادة نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال فاذا رجع المضارب الى مصره فافضل عنده من الكسوة والطعام رده الى المضاربة لان الاذن له بالنفقة كان لاجل السفر فاذا انقطع السفر لم يبق الاذن فيجب رد ما بقي الى المضاربة وروى المعلى عن أبي يوسف اذا كان مع الرجل ألف درهم مضاربة فاشترى عبداً بألفين فأفق عليه فهو متطوع في النفقة لانه لم يبق في يده شيء من رأس المال فالنفقة تكون استدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالاجنبي اذا أفق على عبده غيره الا أن يكون القاضى أمره بذلك فان رفعه الى القاضى فأمره القاضى بالنفقة عليه فما أفق فهو عليهم ما على قدر رأس المال قال أبو يوسف رحمه الله وهذه قسمة من القاضى بين المضارب وبين رب المال اذا قضى بالنفقة وانما صارت النفقة ديناً بامر القاضى لان له ولاية على الغائب في حفظ ماله وهذا من باب الحفظ فيملك الامر بالاستدانة عليه وانما صار قضاء القاضى بالنفقة قسمة لوجود معنى القسمة وهو التعيين لان القاضى لما ألزم المضارب النفقة لاجل نصيبه فقد عين نصيبه ولا يتحقق تعيين نصيب المضارب الا بعد تعيين رأس المال وهذا معنى القسمة ولودفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها ألفان فالنفقة على المضارب وعلى رب المال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد النفقة على رب المال كذا حقق القدوري رحمه الله الاختلاف (وجهه) قول محمد ان المضارب لم يتعين له ملك لان رأس المال غير متعين فكانت الجارية على حكم رب المال فكانت نفقتها عليه ويحتسب بها في رأس ماله في رواية عنه وفي رواية أخرى عنه يقال لرب المال اتفق ان شئت (ولهما) ان نصيب المضارب من العبد على ملكه بدليل ان اعتاقه ينفذ منه فلا يجوز الزام رب المال الاتفاق على ملك غيره فاذا قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه فقد عين الربح ورأس المال فيكون قسمة لوجود معنى القسمة وعلى هذا الخلاف العبد لا يبق من المضاربة اذا جاء به رجل وقيمته ألفان وليس في يده من المضاربة غير العبد ان جعل عليهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان العبد على ملكهما وعند محمد الجعل على رب المال يحسب في رأس ماله اذ هو زيادة في رأس المال فاذا بيع استوفى رب المال رأس ماله والجعل وما بقي يكون بينهما على ما اشترط من الربح قال بشر عن أبي يوسف ان الجعل لا يحتسب به في مال المضاربة ويحتسب به فيما بين المضارب ورب المال فان كان هناك ربح فالجعل منه والاف هو وضعية من رأس المال وانما لم يلحق الجعل برأس المال في باب المراجعة لان الذي يلحق رأس المال في المراجعة ما جرت عادة التجار بالخاق به وما جرت عادتهم بالخاق الجعل ولانه نادر غير معتاد فلا يلحق بالعادة ما ليس بمعتاد وانما احتسب به فيما بين المضارب ورب المال لانه غرم لاجل المال ويجوز ان يحتسب بالشئ فيما بين المضارب ورب المال ولا يلحق برأس المال في المضاربة كنفقة المضارب على نفسه والثاني ما يستحقه المضارب بعمله في المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى ان كان في المضاربة ربح وانما يظهر الربح بالقسمة وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصبح قسمة الربح قبل قبض رأس المال حتى لو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فربح ألفاً فاقسما الربح ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الالف التي في يد المضارب بعد قسمتهما الربح فان القسمة الاولى لم تصبح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله وما قبضه المضارب دين عليه يردده الى رب المال حتى يستوفى رب المال رأس ماله ولا تصبح قسمة الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال والاصل في اعتبار هذا الشرط ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائم فدل الحديث على ان قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح ولان الربح زيادة والزيادة على الشئ لا تكون الا بعد سلامة الاصل ولان المال اذا بقي في يد المضارب فحكم المضاربة بها فلما لم يحققنا قسمة الربح ثبتت قسمة القرض قبل الاصل فهذا لا يجوز واذا لم تصح

القسمة فإذا هلك ما في يد المضارب صار الذي اقتسمه هو رأس المال فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال فان قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولاً ثم اقتسم الربح ثم رد الألف التي قبضها بعينها إلى يد المضارب على أن يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة مستقبلة فان هلك في يده لم تنتقض القسمة الاولى لان رب المال لما استوفى رأس المال فقد انتهت المضاربة وصححت القسمة فإذا رد المال فهذا عقد آخر فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة في غيره ولو كان الربح في المضاربة الاولى ألفين واقتسم الربح فأخذ رب المال ألفاً والمضارب ألفاً ثم هلك ما في يد المضارب فان القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من رأس المال ورد المضارب نصف الألف الذي قبض لانه لما هلك ما في يد المضارب من رأس المال قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال رأس ماله واذا صار ذلك رأس المال تعين الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما على الشرط فيجب عليه أن يرد نصفه وكذلك ان كان قد هلك ما قبضه المضارب من الربح يجب عليه أن يرد نصفه لانه تبين انه قبض نصيب رب المال من الربح لنفسه فصار ذلك مضموناً عليه ولو هلك ما قبض رب المال لم يتعين بهلاكه شيء لان ما هلك بعد القبض يهلك في ضمان القابض فبقاؤه وهلاكه سواء قالوا ولو اقتسم الربح ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت اليك رأس المال قبل القسمة وقال رب المال لم أقبض رأس المال قبل ذلك فاقول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه تمام رأس المال يحتسب على رأس رب المال بما قبض من رأس ماله ويتم له رأس المال بما برده المضارب فان بقي شيء بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين وانما كان كذلك لان المضارب يدعى انهار رأس المال ورب المال ينكر ذلك والمضارب وان كان أميناً لكن القول قول الأمين في اسقاط الضمان عن نفسه لا في التسليم الى غيره ولان المضارب يدعى خلوص ما بقي من المال والربح ورب المال يجحد ذلك فلا يقبل قول المضارب في الاستحقاق فان أقام البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت ايفاء رأس المال ولا يقال الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من ايفاء رأس المال اذ الربح لا يكون الا بعد الايفاء اذ هو شرط صحة قسمة الربح لانا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء رأس المال في يد المضارب فلم يكن الظاهر شاهد للمضارب وذكر ابن سباعة في نوادره عن أبي يوسف في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة صححة ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفسه والمضارب يعمل بالنفقة ويتربح فيما يشتري ويبيع ثم احتسبا فانهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم يحتسبان والربح بينهما نصفان ولا يكون مأخوذاً من المال من النفقة نقصاً من رأس المال ولكنهما يحتسبان برأس المال ألفاً من جميع المال وما بقي من ذلك فهو بينهما نصفان لانا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال رأس ماله يوجب بطلان المضاربة وهما لم يقصدا ابطالها فيجعل رأس المال فيما بقي لئلا يبطل هذا اذا كان في المضاربة ربح فان لم يكن فيها ربح فلا شيء للمضارب لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط وهو الربح ولم يوجد (وأما) الذي يستحقه رب المال فالربح المسمى اذا كان في المال ربح وان لم يكن فلا شيء له على المضارب هذا كله حكم المضاربة الصحيحة (وأما) حكم المضاربة الفاسدة فليس للمضارب أن يعمل شيئاً مما ذكرنا ان له أن يعمل في المضاربة الصحيحة ولا يثبت بها شيء مما ذكرنا عن أحكام المضاربة الصحيحة ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى وانما له أجر مثل عمله سواء كان في المضاربة ربح أو لم يكن لان المضاربة الفاسدة في معنى الاجارة الفاسدة والاجير لا يستحق النفقة ولا المسمى في الاجارة الفاسدة وانما يستحق أجر المثل والربح كله يكون لرب المال لان الربح نماء ملكه وانما يستحق المضارب شطراً آمنه بالشرط ولم يصح الشرط فكان كله لرب المال والخسران عليه والقول قول المضارب في دعوى الهلاك والضياع والهلاك في المضاربة الفاسدة مع يمينه هكذا ذكر في ظاهر الرواية وجعل المال في يده أمانة كما في المضاربة الصحيحة وذكر الطحاوي فيه اختلافاً وقال لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وعندهما يضمن كما في الاجير المشترك اذا هلك المال في يده

﴿فصل﴾ وأما صفة هذا العقد فهو أنه عقد غير لازم ولكل واحد منهما أعني رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه لما ذكرنا في كتاب الشركة ويشترط أيضاً أن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ دراهم أو دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عر وض وقت النهى لم يصح نهيه وله أن يبيعها لأنه يحتاج إلى بيعها بالدراهم والدنانير ليظهر الربح فكان النهى والفسخ باطلاً لحقه في التصرف فلا يملك ذلك وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهى صح الفسخ والنهى لكن له أن يصرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم لأن ذلك لا يعد بيعاً لا اتحاداً في الثمنية

﴿فصل﴾ وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال فإن اختلافهما في العموم والخصوص فالقول قول من يدعي العموم بأن ادعى أحدهما المضاربة في عموم التجارات أو في عموم الامكنة أو مع عموم من الاشخاص وادعى الآخر نوعاً دون نوع ومكاناً دون مكان وشخصاً دون شخص لأن قوله من يدعي العموم موافق للمقصد بالعقد إذا المقصود من العقد هو الربح وهذا المقصود في العموم أوفر وكذلك لو اختلفا في الاطلاق والتقييد فالقول قول من يدعي الاطلاق حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر في الخطة دون ماسواها وقال المضارب ماسميت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع عينه لأن الاطلاق أقرب إلى المقصود بالمقد على ما بينا وقال الحسن بن زياد إن القول قول رب المال في الفصلين جميعاً وقيل أنه قول زفر (ووجهه) أن الأذن يستفاد من رب المال فكان القول في ذلك قوله فإن قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعى العموم في دعوى العموم والخصوص لأنها تثبت زيادة وفي دعوى التقييد والاطلاق البينة بينة مدعى التقييد لأنها تثبت زيادة فيه وبينه الاطلاق سأكثه ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص فقال رب المال دفعت المال إليك مضاربة في البز وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال في قولهم جميعاً لأنه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لا استوائهما في ذلك فترجح بالأذن وأنه يستفاد من رب المال فإن أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لأن بينته مثبتة وبينه رب المال نافية لأنه لا يحتاج إلى الإثبات والمضارب يحتاج إلى الإثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولى وقد قالوا في البينتين إذا تعارضتا في صفة الأذن وقد وقتا أن الوقت الأخير أولى لأن الشرط الثاني ينقض الأول فكان الرجوع إليه أولى وإن اختلفا في قدر رأس المال والربح فقال رب المال كان رأس مالي ألفين وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح فإن كان في يد المضارب ألف درهم يقرأها مال المضاربة فالقول قول المضارب في أن رأس المال ألف والقول قول رب المال أنه شرط ثلث الربح وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد وكان قوله الأول أن القول قول رب المال في الأمرين جميعاً وهو قول زفر (وجهه) قوله الأول أن الربح يستفاد من أصل المال وقد اتفقا على أن جملة المال مضاربة وادعى المضارب استحقاقها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف ما إذا قال المضارب بعض هذه الألفين خلطته بها أو بضاعة في يدي لأنهما ما اتفقا على أن الجميع مال المضاربة ومن كان في يده شيء فالقول قوله (وجهه) قوله الآخر أن القول في مقدار رأس المال قول المضارب لأنهما اختلفا في مقدار المقبوض فكان القول قول القابض ألا ترى أنه لو أنكر القبض أصلاً وقال لم أقبض منك شيئاً كان القول قوله فكذا إذا أنكر البعض دون البعض وإنما كان القول قول رب المال في مقدار الربح لأن شرط الربح يستفاد من قبله فكان القول في مقدار المشرط قوله ألا ترى أنه لو أنكر الشرط رأساً فقال لم أشرط لك ربحاً وإنما دفعت إليك بضاعة كان القول قوله فكذا إذا أقر البعض دون البعض وإذا كان القول قول المضارب في قدر رأس المال في قوله الأخير فالقول قول رب المال في مقدار الربح في قولهم يجعل رأس المال ألف درهم ويجعل للمضارب ثلث الألف الأخرى فلا يقبل قول رب المال في زيادة رأس المال ولا يقبل قول المضارب في زيادة شرط الربح وعلى قوله الأول يأخذ رب المال الألفين جميعاً وإن كان في يده ثلاثة آلاف درهم والمسئلة بحالها أخذ رب المال ألف درهم على قوله الأخير

واقسم ما بقي من المال أثلاثاً على قوله الأول يأخذ رب المال أثنى درهم و يأخذ ثلثي ألف الأخرى لما بينا وإن كان في يد المضارب قدر ما ذكرناه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن في يده أكثر مما أقر فالقول قول المضارب عندهم جميعاً لأنه لا سبيل إلى قبول قول رب المال في إيجاب الضمان على المضارب فإن جاء المضارب بثلاثة آلاف فقال ألف رأس المال وألف ربح وألف ودبعة لآخر أو مضاربة لآخر أو بضاعة لآخر أو شركة لآخر أو على ألف دين فالقول في الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الأقال وكلها لأن من في يده شيء فالظاهر أنه لا أن يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال بهذه الألف فكان القول قوله فيها وكل من جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع يمينه ومن أقام منهما بينة على ما يدعى من فضل فالبينه بينة كل واحد منهما ثبتت زيادة فينبغي أن يثبت زيادة في رأس المال وبينه المضارب ثبتت زيادة في الربح وقال محمد رحمه الله إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب لأنهما اتفقا على شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا منفعلة فيها إلا فساد العقد فلا يقبل قوله وإن قامت لهما بينة فالبينه بينة رب المال لأنها ثبتت زيادة شرط ولو قال رب المال شرطت لك الثلث الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول رب المال لأنه أقر له ببعض الثلث والمضارب يدعى تمام الثلث فلا يقبل قوله في زيادة شرط الربح وفي هذا نوع اشكال وهو أن المضارب يدعى صحة العقد ورب المال يدعى فساد فينبغي أن يكون القول قول المضارب والجواب أن دعوى رب المال وإن تعلق به فساد العقد لكنه منكر زيادة يدعيها المضارب فيعتبر إنكاره لأنه مفيد في الجملة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لي مائة درهم أو لم تشترط لي شيئاً أو لي أجر المثل فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعى أجرًا وإيجاباً ذمة رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله فإن أقام رب المال البينة على شرط النصف وأقام المضارب البينة على أنه لم يشترط له شيئاً فالبينه بينة رب المال لأنها مثبتة للشرط وبينه المضارب نافية والمثبتة أولى ولو أقام المضارب البينة أنه شرط له مائة درهم فبينته أولى لأن البينتين استويا في إثبات الشرط وبينه المنهارب أوجب حكاماً لأنه هو إيجاب الأجر على رب المال فكانت أولى وذكر الكرخي رحمه الله أنهم جعلوا حكم المزارعة في هذا الباب حكم المضاربة إلا في هذا الفصل خاصة وهو أنه إذا أقام رب الأرض والبذر البينة على أنه شرط للعامل نصف الخارج وقال العامل شرطت لي مائة فقيز فالبينه بينة الدافع وفي المضاربة البينة بينة المضارب والفرق بينهما أن المزارعة عقد لازم في جانب العامل بدليل أن من لا بذله من جهته لو امتنع من العمل يجبر عليه فرجحنا بينة من يدعى الصحة والمضاربة ليست بلازمة فإن المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر عليه فلم يقع الترجيح بالتصحيح فرجحنا بإيجاب الضمان وهو الأجر ولو قال رب المال دفعت إليك بضاعة وقال المضارب مضاربة بالنصف أو مائة درهم فالقول قول رب المال لأن المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله أنه لم يشترط ولأن المضارب يدعى استحقاقاً في مال الغير فالقول قول صاحب المال ولو قال المضارب أقرضتني المال والربح لي وقال رب المال دفعت إليك مضاربة أو بضاعة فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعى عليه التملك وهو منكر فإن أقام البينة فالبينه بينة المضارب لأنها تثبت التملك ولأنه لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة ثم أقرضه ولو قال المضارب دفعت لي مضاربة وقال رب المال أقرضتك فالقول قول المضارب لأنهما اتفقا على أن يأخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله فإن قامت لهما بينة فالبينه بينة رب المال لأنها ثبتت أصل الضمان ولو جحد المضارب المضاربة أصلاً ورب المال يدعى دفع المال إليه مضاربة فالقول قول المضارب لأن رب المال يدعى عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله ولو جحد ثم أقر فقد قال ابن سماعه في نوادره سمعت أبا يوسف قال في رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع إلى شيئاً ثم قال بلى استغفر الله العظيم قد دفعت لي ألف درهم مضاربة فهو ضمان للمال لأنه أمين والأمين إذا جحد إلا ما تضمنه كالمودع وهذا لأن عقد

المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جائز محتمل للفسخ فكان جحوده فسخاله أو رفعه وإذا ارتفع العقد صار المال مضموناً عليه كالوديعة فإن اشترى بهامع الجحود كان مشترى بالنفسه لأنه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضاربة لأن من حكم المضارب أن يكون المال أمانة في يده فإذا صار مضميناً لم يبق أميناً فإن أقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان لأن العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود إلا بسبب جديد فإن اشترى بها بعد الإقرار فالقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه لأنه قد ضمن المال بجحوده فلا يبرأ منه بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة ويبرأ من الضمان لأن الأمر بالشراء لم يرتفع بالجحود بل هو قائم مع الجحود لأن الضمان لا ينافي الأمر بالشراء بدليل أن من غصب من آخر شيئاً فأمر المصوب منه الغاصب ببيع المصوب أو بالشراء به صح الأمر وإن كان المصوب مضموناً على الغاصب وإذا بقي الأمر بعد الجحود فإذا اشترى بموجب الأمر وقع الشراء للأمر ولو لم يقع الشراء له إلا بعد انتفاء الضمان وصار كالغاصب إذا باع المصوب بأمر المالك وسلم أنه يبرأ من الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضموناً عليه فلا يبرأ من الضمان بفعله قلنا العين المضمونة يجوز أن يبرأ الضامن منها بفعله كالمصوب منه إذا أمر الغاصب أن يجعل المصوب في موضع كذا أو يسلمه إلى فلان أنه يبرأ بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع إلى رجل ألف درهم فأمره أن يشتري بها عبداً فجده ألف ثم أقر به ثم اشترى جاز الشراء ويكون للأمر و يرى الجاحد من الضمان ولو اشترى بها عبداً ثم أقر لم يبرأ عن الضمان وكان الشراء له لما ذكرنا في المضارب ولو دفع إليه ألفاً وأمره أن يشتري بها عبداً بعينه ثم جحد ألفاً ثم اشترى بها العبد ثم أقر بالألف فإن العبد للأمر لأن الوكيل بشرأ العبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فتعين أن يكون الشراء للأمر فصار كأنه أقر ثم اشترى بخلاف المضارب لأنه يملك أن يشتري لنفسه فلا يحل على الشراء لرب المال إلا أن يقر بالمال قبل الشراء وقال أبو يوسف في المأمور ببيع العبد إذا جحد أهياه فادعاه لنفسه ثم أقر له به أن البيع جائز وهو يرى من ضمانه وكذلك لو دفع إليه عبداً فأمره أن يهبه لفلان فجده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فباعه أن البيع جائز وهو يرى من ضمانه وكذلك إن أمره بعتقه فجده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فاعتقه جاز عتقه لما ذكرنا أن الأمر بعد الجحود قائم فإذا جحد ثم أقر فقد تصرف بأمر رب المال فيبرأ من الضمان ولو باع العبد أو هبه أو أعتقه ثم أقر بذلك بعد البيع قال ابن سميعة يذبح في قياس ما إذا دفع إليه ألفاً وأمره أن يشتري بها عبداً بعينه أنه يجوز ويلزم الأمر لأنه لا يملك أن يبيع العبد لنفسه وقال هشام سمعت محمد قال في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فجاءه بألف وخمسمائة فقال هذه ألف رأس المال وهذه الخمسمائة ربح وسكت ثم قال على دين فيه لفلان كذا كذا قال محمد القول قول المضارب وقال الحسن بن زياد إذا أقر المضارب أنه عمل بالمال وإن في يده عشرة آلاف وعلى فيه الدين ألفاً أو ألفان فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله مع عينه يدفع الدين منه سمي صاحبه أو لم يسمه وإن سكت سكتة ثم أقر بذلك وسمى صاحبه أو لم يسمه لم يصدق قال وهذا قياس قول أبي حنيفة وهذا الذي ذكره الحسن يخالف ما قال محمد (وجهه) أنه إذا قال في يدي عشرة آلاف وسكت فقد أقر بالربح فإذا قال على دين ألف فقد رجع عما أقر به لأن الربح لا يكون إلا بعد قضاء الدين والإقرار إذا صح لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف ما إذا قال ذلك متصلاً لأن الإقرار لم يستقر بعد وكان بمنزلة الاستثناء (وجهه) قول محمد أن أقر بالدين في حال يملك الإقرار به فينفذ إقراره كما إذا قال هذا ربح وعلى دين وقوله أن قوله على دين بعد ما سكت يكون رجوعاً عما أقر به من الربح ممنوع فإنه يجوز أن يبرح ثم يبرح الدين ألا ترى أن الرجل يقول قدر بحت ولزمني دين وهو يملك الإقرار بالدين فإذا أقر به صح ولو جاء المضارب بألفين فقال ألف رأس المال وألف ربح ثم قال ما أربح إلا خمسمائة ثم هلك المال كله في يد المضارب فإن المضارب يضمن الخمسمائة التي جحد ها ولا ضمان عليه في باقي المال لأن الربح أمانة في يده فإذا جحد فقد صار غاصباً بالجحود فيضمن إذا هلك ولو قال المضارب لرب المال قد دفعت إليك رأس مالك والذي بقي في يدي ربح ثم رجع فقال لم أدفعه إليك ولكن هلك فإنه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال لأنه صار

جاحدا بدعوى الدفع فيضمن بالوجود وكذلك لو اختلفا في الرجح ثم رجع فقال لم أدفعه إليك ولكنه هلك فإنه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال لما بينا ولو اختلفا في الرجح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت إلى النصف ثم هلك المال في يد المضارب قال محمد يضمن المضارب السدس من الرجح يؤديه إلى رب المال من ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك لا نأخذ بيننا أن القول في شرط الرجح قول رب المال وإذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعى النصف ومن ادعى أمانة في يده ضمنها لذلك يضمن سدس الرجح والله عز وجل الموفق

فصل وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة فعقد المضاربة يبطل بالفسخ والنهي عن التصرف لكن عند وجود شرط الفسخ والنهي وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي وأن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ والنهي فإن كان متاعا لم يصح وله أن يبيعه بالدرهم والدنانير حتى ينض كما ذكرنا فيما تقدم وإن كان عينا صح له صرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم بالبيع لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعا لتجانسهما في معنى الثمنية وتبطل بموت أحدهما لأن المضاربة تشتمل على الوكالة والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل وسواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم لأنه عزل حكيم فلا يتفق على العلم كما في الوكالة إلا أن رأس المال إذا صار متاعا فلو وكيل أن يبيع حتى يصير ناضلا بيننا وتبطل بمجنون أحدهما إذا كان مطبقا لأنه يبطل أهلية الأمر للأمر وأهلية التصرف للمأمور وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة وقد تقدم في كتاب الوكالة تفصيله ولوارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن يرجع إلى الإسلام بعد ذلك فذلك كله والتحقق رده بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلا وكذلك أن لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحقه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحقه بطلت المضاربة من يوم ارتد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة أن ملك المرتد موقوف إن مات أو قتل أو لحق فحكمكم بالحق يزول ملكه من وقت الردة إلى وراثته ويصير كأنه مات في ذلك الوقت فيبطل تصرف المضارب بأموره بطلان أهلية الأمر ويصير كأنه تصرف في ملك الورثة فإن كان رأس المال يومئذ قائما في يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فالمشترى وربحه يكون له لأنه زال ملك رب المال عن المال فينزل المضارب عن المضاربة فصار متصرفا في ملك الورثة بغير أمرهم وإن كان صار رأس المال متاعا فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى ينض رأس المال لما ذكرنا في هذه الحالة لا ينزل بالعزل والنهي ولا بموت رب المال فكذلك رده فإن حصل في يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم أو حصل في يده دراهم ورأس المال دنانير فالقياس أن لا يجوز له التصرف لأن الذي حصل في يده من جنس رأس المال معنى لاتحادهما في الثمنية فيصير كأن عين المال قائم في يده إلا أنهم استحسنوا فقالوا إن باعه بجنس رأس المال جاز لأن على المضارب أن يرد مثل رأس المال فكان له أن يبيع ما في يده كالعروض وأما على أصل أبي يوسف ومحمد فالردة لا تقدر في ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب بعد رد رأس المال كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عندهما فإن مات رب المال أو قتل كان موته كموته المسلم في بطلان عقد المضاربة وكذلك أن لحق بدار الحرب وحكم بلحقه لأن ذلك بمنزلة الموت بدليل أن ماله يصير ميراثا لورثته فبطل أمره في المال فإن لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا لأن وقوف تصرف رب المال بنفسه لوقوف ملكه ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم توجد منه الردة فبقيت المضاربة إلا أنه لا عهدة على المضارب وإنما العهدة على رب المال في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لأن العهدة تلزم بسبب المال فتكون على رب المال وصار كما لو وكل صبيّا محجورا أو عبداً محجورا فأما على قولهما فالعهدة عليه لأن تصرفه كتصرف المسلم وإن مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لأن موته في الردة كموته قبل الردة وكذا إذا لحق بدار الحرب وقضى بلحقه لأن رده مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه فإن لحق المضارب

بدار الحرب بعد رده فباع واشترى هناك ثم رجع مسلماً فجميع ما اشترى وباع في دار الحرب يكون له ولا ضمان عليه في شيء من ذلك لأنه لما لحق بدار الحرب صار كالحر بي إذا استولى على مال إنسان ولحق بدار الحرب أنه يملكه فكذا المرتد وأما ارتداد المرأة وعدم ارتدادها سواء في قولهم جميعاً سواء كان المال لها أو كانت مضاربة لأن ردها لا يؤثر في ملكها إلا أن تموت فتبطل المضاربة كما لو ماتت قبل الردة أو لحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها لما ذكرنا أن ذلك بمنزلة الموت وتبطل بهلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئاً في قول أصحابنا لأنه تعين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة وكذلك لو استهلك المضارب أو أتلفه أو دفعه إلى غيره فاستهلكه لمساقلنا حتى لا يملك أن يشتري به شيئاً للمضاربة فإن أخذ مثله من الذي استهلكه كان له أن يشتري به على المضاربة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لأنه أخذ عوض رأس المال فكان أخذ عوضه بمنزلة أخذ ثمنه فيكون على المضاربة وروى ابن رستم عن محمد أنه لو أقرضها المضارب رجلاً فان رجع إليه الدراهم بعينها رجع على المضاربة لأنه وإن تعدى يضمن لكن زال التعدي فيزول الضمان المتعلق به وإن أخذ مثلاً لم يرجع في المضاربة لأن الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان ولهذا يخالف ما رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في الاستهلاك هذا إذا هلك مال المضاربة قبل أن يشتري المضارب شيئاً فإن هلك بعد الشراء كان مال المضاربة للقائم فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتى هلكت الألف فقد قال أصحابنا الجارية على المضاربة ويرجع على رب المال بالألف فيسلمها إلى البائع وكذلك إن هلكت الثانية التي قبض يرجع بمثلها على رب المال وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبد حتى يسلم إلى البائع ويكون ما دفعه أو لأرب المال وما غرم كله من رأس المال وإنما كان كذلك لأن المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه كالتوكيل غير أن الفرق بين التوكيل والمضاربة أن التوكيل إذا هلك الثمن في يده فرجع بمثله إلى الموكل ثم هلك الثاني لم يرجع على الموكل والمضارب يرجع في كل مرة ووجه الفرق أن الوكالة قد انتهت بشراء التوكيل لأن المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع لا الربح فإذا اشترى فقد حصل المقصود فانتهت عقد الوكالة باتهاؤه ووجب على الوكيل الثمن للبائع فإذا هلك في يده قبل أن ينقده البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه فإذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له عليه شيء آخر فاما المضاربة فإنها لا تنتهي بالشراء لأن المقصود منها الربح ولا يحصل إلا بالبيع والشراء مرة بعد أخرى فإذا بقي العقد فكان له أن يرجع ثانياً وثالثاً وما غرم رب المال مع الأول يصير كله رأس المال لأنه غرم لرب المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح فلم يصبر ما غرم رب المال من رأس المال وبهلك مجازاً يتضرر به رب المال لأنه يخسر ويربح المضارب وهذا لا يجوز ولو قبض المضارب الألف الأولى فتصرف فيها حتى صارت ألفين ثم اشترى بها جارية قيمتها ألفان فهلكت الألفان قبل أن ينقدها البائع فإنه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة ويقرم المضارب من ماله خمسمائة وهي حصته من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب خاصه وثلاثة أرباعها على المضاربة ورأس المال في هذه الثلاثة الأرباع ألفان وخمسمائة وإنما كان كذلك لأنه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشتراها أرباعاً بعها للمضارب وثلاثة أرباعاً لرب المال لأنه اشتراها بعدما ظهر ملك المضارب في الربح لأنه اشتراها بالقبض ورأس المال ألف فخصه رب المال من الربح خمسمائة وحصته المضارب خمسمائة فما اشتراه لرب المال رجع عليه وما اشتراه لنفسه فضا منه عليه وإنما خرج ربع الجارية من المضاربة لأن القاضي لما ألزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا يتعين إلا بالقيمة فخرج الربح من المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة فصارت زيادة في رأس المال فصار رأس المال ألفين وخمسمائة فإن بيعت هذه الجارية بربعة آلاف منها للمضارب ألف لأن ذلك حصته من الربح فكان ملكه وبقي ثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال منها ألفان وخمسمائة رأس ماله يبقى ربع خمسمائة

فيكون بينهما نصفين على الشرط ولو كانت الجارية تساوى ألفين والشرء بألف وهي مال المضارب بفضاعة غرمها رب المال كلها لان الشراء اذا وقع بألف فقد وقع ثمن كله رأس المال وانما يظهر الربح في الثاني فيكون الضمان على رب المال بخلاف الفصل الاول فان هناك الشراء وقع بالدين فظهر ربح المضارب وهلك ربح الجارية فيغرم حصصة ذلك الربح من الثمن وروى عن محمد في المضارب اذا اشترى جارية بالدين درهم الف ربح وقيمتها ألف فضاعة الا لقان قبل ان ينقدها البائع أنه على ان على المضارب الربح وهو خمسمائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بينا قال محمد ولو اشترى جارية تساوى ألفين بامه تساوى ألفاً وقبض التي اشتراها ولم يدفع امته حتى ماتت جميعاً في يده فانه يغرم قيمة التي اشترى وهي ألف يرجع بذلك على رب المال لان المضمون عليه قيمة الجارية التي اشتراها ولا فضل في ذلك عن رأس المال وهذا انما يجوز وهو ان يشتري المضارب جارية بقيمتها ألف بالدين اذا كان رب المال قال له اشتر بالقليل والكثير والافشراء المضارب على هذا الوجه لا يصح في قولهم جميعاً وذكر ابن سماعه عن محمد في موضع آخر في نوادره في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضارباً بالنصف فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف فاشترى بثلاثة آلاف ثلاثة اعبس قيمة كل واحد ألف ولم ينقد المال حتى ضاع قال يغرم ذلك كله على رب المال ويكون رأس المال أربعة آلاف لان المضارب لم يتعين له ملك في واحد من العبيد لان كل واحد منهم يجوز ان يكون رأس المال لهذا لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع بجميع ثمنهم وقد علل محمد لهذا فقال من قبل ان المضارب لم يكن يجوز عتقه في شيء من العبيد وهذا يخالف ما ذكره الكرخي فانه قال ان محمداً يعتبر المضمون على المضارب الذي يغرمه دون ما وجب عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام ان المضارب اذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك كان المعترى ما يجب عليه ضمانه فان كان ما يضمنه زائداً على رأس المال كان على المضارب حصصة ذلك والا فلا وهذا بخلاف الاول لانا اذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال فاما ان يجعل عن محمد روايتان أو يكون الشرط فيما صار مضموناً على المضارب ان يتعين حقه فيه وهنا وان ضمن فانه لم يتعين حقه فيه وأما تعليله بعدم نقاد العتق فلا يطرد لانه لو اشترى بالدين جارية تساوى ألفاً يضمن وان لم ينفذ عتقه فيه الا ان يكون جعل نقود العتق في الجارية المشتراة بالدين وقيمتها ألفان عليه لوجوب الضمان عليه لا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة فلا يلزمه طرده في جميع المواضع وقال محمداً اذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم وهي مال المضارب بفضاعة فاقبال رب المال اشترى به على المضاربة ثم ضاع المال وقال المضارب اشترى به بعد ما ضاع وانا أرى ان المال عندى فاذا قد ضاع قبل ذلك فالقول قول المضارب لان الاصل في كل من يشتري شيئاً أنه يعتبر مشترياً لنفسه ولان الحال يشهد به أيضاً وهو هلاك المال فكان الظاهر شاهداً للمضارب فكان القول قوله وذكر محمد في المضاربة الكبيرة اذا اختلفا وقال رب المال ضاع قبل ان تشتري الجارية وانما اشتريتها لنفسك وقال المضارب ضاع المال بعدما اشتريتها وأنا أريد ان آخذك بالثمن ولا أعلم متى ضاع فالقول قول رب المال مع يمينه وعلى المضارب البينة انه اشترى والمال عنده انما ضاع بعد الشراء لان رب المال ينفي الضمان عن نفسه والمضارب يدعى عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعى وقوع العقد له ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهو ان لا يشهد له رب المال فان أقام البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت الضمان فكانت أولى واذا اتهم سخط المضارب بمال المضارب بدينون على الناس وامتنع عن التقاضي والقبض فان كان في المال ربح أجبر على التقاضي والقبض وان لم يكن فيه ربح لم يجبر عليهما وقيل له أحل رب المال بالمال على الغرماء لانه اذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الجير والاجير مجبور على العمل فيما التزم وان لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلاء فلا يجبر على اتمام العمل كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن غير انه يؤمر بالمضارب أو الوكيل ان يحيل رب المال على الذي عليه الدين حتى يمكنه قبضه لان حقوق القدر اجمعة الى العاقد فلا تثبت ولاية القبض للامر بالاحوال من العاقد فيلزمه ان يحيله بالمال حتى لا يتوبى حقه ولو ضمن العاقد

لرب المال هذا الدين الذي عليه لم يحز ضمانه لان العاقد قد جعله أميناً فلا يملك ان يجعل نفسه ضميناً فيما جعله العاقد أميناً ولو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف فانه يعود ديناً فيما خلف المضارب وكذا المودع والمستعير والمستبضع وكل من كان المال في يده امانة اذا مات قبل البيان ولا تعرف الامانة بعينها فانه يكون عليه ديناً في تركته لانه صار بالتجهيل مستهلكاً للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم الى رب المال ولو عين الميت المال في حال حياته أو علم ذلك يكون ذلك امانة في يد وصيه أو في يد وارثه كما كان في يده ويصدقون على الهلاك والدفع الى صاحبه كما يصدق الميت في حال حياته والله عز وجل أعلم

— ❦ —

❦ كتاب الهبة ❦

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ركن الهبة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الهبة أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً والقياس ان يكون ركناً وهو قول زفر وفي قول قال القبض أيضاً ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه منه فلم يقبل انه يحنث استحساناً وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل ويقبض وأجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث وعلى هذا الخلاف اذا قال رجل لآخر وهبت هذا الشيء منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت فالقول قول المقر عندنا وعند القول قول المقر له وأجمعوا على انه لو قال بعث هذا الشيء منك فلم تقبل فقال المقر له لا بل قبلت ان القول قول المقر له (وجه) القياس ان الهبة تصرف شرعي والتصرف الشرعي وجوده شرعاً باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الايجاب فلا يكون نفس الايجاب هبة شرعاً لهذا يمكن الايجاب بدون القبول تبعاً كذا هذا (وجه) الاستحسان ان الهبة في اللغة عبارة عن مجرد ايجاب المالك من غير شرط القبول وانما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فاذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الاحكام والدليل على ان وقوع التصرف هبة لا يتوقف على القبول ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروى ان الصعب بن جثامة أهدى الى النبي عليه الصلاة والسلام حمار وحش وهو بالابواء وفي رواية بودان فرده النبي عليه الصلاة والسلام وقال لولا انا حرام والاقبلنا فقد أطلق الراوي اسم الاهداء بدون القبول والاهداء من الفاظ الهبة وروى ان سيدنا أبا بكر الصديق رضي الله عنه دعى سيدتنا عائشة رضي الله عنها في مرض موته فقال لها اني كنت نخلت لك جداراً عشرين وسقاً من مالى بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حرزتيه وانما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق رضي الله عنه اسم النخل بدون القبض والنخل من الفاظ الهبة فثبت ان الهبة في اللغة عبارة عن نفس ايجاب الملك والاصل ان معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فانه اسم الايجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع لغة وشرعية على أحدهما دون الآخر فالمراد لا يتسم التصرف بسمة البيع ولان المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء باظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه (فأما) القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والملك محكوم شرعي ثبت جبراً من الله تعالى شاء العبد أو أبى فلا يتصور منع النفس عنه أيضاً بخلاف البيع فانه وان منع نفسه عن فعله وهو الايجاب الا أن الايجاب هناك لا يصير تبعاً بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعاً فلا يوجب هو أن يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك أو ملكته منك أو جعلته لك أو هولك أو أعطيته أو نخلته أو أهديته اليك أو أطعمتك هذا الطعام أو حملتك على هذه الدابة ونوى به الهبة (أما) قوله وهبت لك فصرح في الباب وقوله ملكتك بحري مجرى الصريح أيضاً لان تملك العين للمال من

غير عوض هو تفسير الهبة وكذا قوله جعلت هذا الشيء لك وقوله هو لك لان اللام المضاف الى من هو اهل الملك للتملك فكان تملك العين في الحال من غير عوض وهو معنى الهبة وكذا قوله أعطيتك لان العطية المضافة الى العين في عرف الناس هو تملكها للحال من غير عوض وهذا معنى الهبة وكذا يستعمل الاعطاء استعمال الهبة يقال أعطاك الله كذا ووهبك بمعنى والنحلة هي العطية يقال فلان نحل ولده نحلي أى أعطاه عطية والهبة بمعنى العطية وقوله أعطمتك هذا الطعام في معنى أعطيتك وقوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الهبة ويحتمل العارية فانه روى أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنهما حمل رجلا على دابة ثم رآها تباع في السوق فأراد أن يشتريها فسأل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وآله وسلم لا ترجع في صدقتك فاحتمل تملك العين واحتمل تملك المنافع فلا بد من النية للتعين ولو قال منحتك هذا الشيء أو قال هذا الشيء لك منحة فهذا لا يخلو اما أن يكون ذلك الشيء مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه واما أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كما قال صلى الله عليه وآله وسلم لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كانه كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه كالدار والثوب والدابة والارض بان قال هذه الدار لك منحة أو هذا الثوب أو هذه الدابة أو هذه الارض فهو عارية لان المنحة في الاصل عبارة عن هبة المنفعة أو ماله حكم المنفعة وقد أضيف الى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى واللبس والركوب والزراعة لان منفعة الارض زراعتها فكان هذا تملك المنفعة من غير عوض وهو تفسير العارية وكذا اذا قال لارض بيضاء هذه الارض لك طعمة كان عارية لان عين الارض مما لا يطعم وانما يطعم ما يخرج منها فكان طعمة الارض زراعتها فكان ذلك حينئذ عارية ولصاحبها أن يأخذها اذا لم يكن فيها زرع وان كان فيها زرع فالقياس أن يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس وفي الاستحسان يترك الى وقت الحصاد باجر المثل وسند كروجهيها في كتاب العارية ولو منحه شاة حلوا بأو ناقة حلوا بأو بقرة حلوا وقال هذه الشاة لك منحة أو هذه الناقة أو هذه البقرة كان عارية وجاز له الانتفاع بلبنها لان اللبن وان كان عينا حقيقة فهو معدود من المنافع عرفا وعادة فأعطى له حكم المنفعة كأنه أباح له شرب اللبن فيجوز له الانتفاع بلبنها وكذلك لو منحه جديا أو عنقا كان له عارية لان الجدي يمرض أن يصير فخلا والعناق حلوا بان عني بالمنحة الهبة في هذه المواضع على فهو ماعنى لانه نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه وان كان مما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك كالما كول والمشروب والدرهم والدنانير بأن قال هذا الطعام لك منحة أو هذا اللبن أو هذه الدراهم والدنانير كان هبة لان المنحة المضافة الى ما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك لا يمكن حملها على هبة المنفعة فيحمل على هبة العين وهي تملكها وتملك العين للحال من غير عوض هو تفسير الهبة هذا اذا كان الايجاب مطلقا عن القرينة فأما اذا كان مقرونا بقرينة فالقرينة لا تخلو (اما) ان كان وقتا (واما) ان كان شرطا (واما) ان كان منفعة فان كان وقتا بأن قال أعمرت هذه الدار أو صرح فقال جعلت هذه الدار لك عمري أو قال جعلتها لك عمرك أو قال هي لك عمرك أو حياتك فاذا مت أنت فهي رد على أو قال جعلتها لك عمري أو حياتي فاذا مت أنا فهي رد على ورتي فهذا كله هبة وهي للمعمر له في حياته ولو رثته بعد وفاته والتوقيت باطل والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها فان من أعمار شيئا فانه لمن أعمره وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال أعمار رجل أعمار عمري له ولعقبه فانها للذي يعطاها لا يرجع الى الذي أعطها لانه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من أعمار عمري حياته فهي له ولعقبه يرثها من يرثه بعده فدلّت هذه النصوص على جواز الهبة وبطلان التوقيت لان قوله جعلت هذه الدار لك أو هي لك تملك العين للحال مطلقا ثم قوله عمري توقيت التملك وانه تغيير يقتضي العقد وكذا تملك الاعيان لا يحتمل التوقيت نصا كالبيع فكان التوقيت تصرفا مخالفا لمقتضى العقد والشرع فبطل وبقي العقد صحيحا وان كانت القرينة شرطا نظر الى الشرط المقرون فان كان مما يمنع وقوع التصرف تملك للحال يمنع صحة الهبة والا فيبطل الشرط وتصح الهبة وعلى هذا يخرج ما اذا قال أرقبتك هذه الدار أو صرح فقال

جعلت هذه الدار لك رقي أو قال هذه الدار لك رقي ودفعها إليه فهي عارية في يده أنه يأخذها منه متى شاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هذا هبة وقوله رقي باطل احتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمري والرقي ولأن قوله دارى لك تملك العين لا تملك المنفعة ولما قال رقي فقد علقه بالشرط وأنه لا يحتمل التعليق فبطل الشرط وبقي العقد صحيحا ولهذا لو قال دارى لك عمري أنه تصح الهبة ويبطل شرط المعمر كذا هذا واحتج بما روى الشعبي عن شريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمري وأبطل الرقي ومثلهما لا يكذب ولأن قوله دارى لك رقي تعليق التملك بالخطر لأن معنى الرقي أنه يقول إن مت أنا قبلك فهي لك وإن مت أنت قبلى فهي لى سمي الرقي من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته وذلك غير معلوم فكانت الرقي تعليق التملك بأمر له خطر الوجود والعدم والتملكات مما لا تحتمل التعليق بالخطر فلم تصح هبة وصحت عارية لأنه دفع إليه وأطلق له الانتفاع به وهذا معنى العارية وهذا بخلاف العمري لأن هناك وقع التصرف تملك الحال فهو بقوله عمري وقت التملك أنه لا يحتمل التوقيت فبطل وبقي العقد على الصحة ولا حجة له في الحديث لأن الرقي تحتمل أن تكون من المراقبة وهي الانتظار ويحتمل أن تكون من الارتقاب وهو هبة الرقبة فان لم يدها الأول كان حجة له وإن أريدها الثاني لا يكون حجة لأن ذلك جائز فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحمل على الثاني توفيقا بين الحديثين صيانة للكلام من يستحيل عليه التناقض عنه وبهذا تبين أن الاختلاف بينهم في الحقيقة أن كان الرقي والارتقاب مستعملان في اللغة في هبة الرقبة وينبغي أن ينوى أن عني به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف وإن عني به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف ولو قال لرجلين دارى لأطولكما حياة فهو باطل لأنه لا يدري أيهما أطول حياة فكان هذا تعليق التملك بالخطر فبطل ولو قال دارى لك حبيس فهذا عارية عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هو هبة وقوله حبيس باطل بمنزلة الرقي (وجه) قوله أن قوله دارى لك تملك وقوله حبيس نفي الملك فلم يصح النفي وبقي التملك على حاله (وجه) قولهما أن قوله حبيس خرج تفسير القول لك فصار كأنه ابتداء بالحبيس فقال دارى حبيس لك ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع كذا هذا ولو قال دارى رقي لك كان عارية بالاجماع ذكره القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ولو وهب عارية على أن يبيعها أو على أن يتخذها أم ولد أو على أن يبيعها لفلان أو على أن يردّها عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط لأن هذه الشروط مما لم يمنع وقوع التصرف تملك الحال وهي شروط تخالف مقتضى العقد فتبطل وبقي العقد على الصحة بخلاف شروط الرقي على ما بينا وبخلاف البيع فإنه تبطل هذه الشروط لأن القياس أن لا يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسر له لأن ذكره في العقد لم يصح فيلحق بالعدم ويبقى العقد صحيحا إلا أن الفساد في البيع للنهي الوارد فيه ولا نهى في الهبة فيبقى الحكم فيه على الأصل ولأن دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وهذا يجري مجرى الترغيب في أكل المهر وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وهذا ندب إلى التهادي والهبة هبة رور وينا عن الصديق رضي الله عنه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنها اني كنت نخلت لك كذا وكذا وعن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض عنها ونحوه من الدلائل المقتضية لشرعية الهبة من غير فصل بين ما قرن بها شرط فاسد أو لم يقرن وعلى هذا يخرج ما إذا وهب عارية واستثنى ما في بطنها أو وهب حيوانا واستثنى ما في بطنه أن الهبة جائزة في الأم والولد جميعا والاستثناء باطل والكل للموهوب له وجملة الكلام في العقود التي فيها استثناء الحمل أنها أقسام ثلاثة قسم منها يبطل وببطل الاستثناء جميعا وقسم منها يصح وببطل الاستثناء وقسم منها يصح ويصح الاستثناء (أما) الأول فهو البيع والاجارة والكتابة والرهن لأن الاستثناء لما في البطن بمنزلة شرط فاسد وهذه العقود تبطل بالشرط الفاسد (وأما) القسم الثاني فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأن هذه العقود

لا تبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء ويدخل الام والولد جميعا في العقد لان الشرط الفاسد وهو الاستثناء فيها اذا لم يصح التحقق بالعدم فصار كأنه لم يستثنى وكذا العتق جارية واستثنى مافي بطنها انه يصح العتق ولا يصح الاستثناء حتى يعتق الام والولد جميعا لما قلنا (وأما) القسم الثالث فالوصية بان أوصى لرجل بجارية واستثنى مافي بطنها لانه لما جعل الجارية وصية له واستثنى مافي بطنها فقد أبقى مافي بطنها ميراثا لورثته والميراث يجري فيما في البطن وهذا بخلاف ما اذا أوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلته لورثته انه تصح الوصية ويبطل الاستثناء لان الغلة والخدمة لا يجري فيهما الميراث بانفرادهما بدون الاصل ألا ترى انه لو أوصى بخدمتها وغلته لانسان ومات الموصى ثم مات الموصى له بعد القبول لا تصير الغلة والخدمة ميراثا لورثة الموصى له بل تعود الى ورثة الموصى وبمثله لو أوصى بمافي بطن جاريته لانسان والمسئلة بحالها فان الولد يصير ميراثا لورثة الموصى له وما افرقا الا لما ذكرنا والله عز وجل أعلم وان كانت القرينة منفعة بان قال داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى أو هبة سكنى أو سكنى هبة أو هبة عمرى عارية ودفعها اليه فهذا كله عارية لانه لما ذكر السكنى في قوله داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى دل على انه أراد تملك المنافع لان قوله هذا كذا ظاهره وان كان لتملك العين لكنه محتمل تملك المنفعة لان الاضافة الى المستعير والمستأجر منفعة عرفا وشرعا وقوله سكنى موضوع للمنفعة لا تستعمل الا لها فكان محكما فجعل تفسير للمحتمل وبيانا انه أراد به تملك المنفعة وتملك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية وكذا قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسير الهبة لان قوله هبة محتمل هبة العين ويحتمل هبة المنافع فاذا قال سكنى فقد عين هبة المنافع فكان بيانا المراد المتكلم انه أراد هبة المنافع وهبة المنفعة تملكها من غير عوض وهو معنى العارية واذا قال سكنى هبة فعناها ان سكنى الدار هبة لك فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية ولو قال هي لك عمرى تسكنها أو هبة تسكنها أو صدقة تسكنها ودفعها اليه فهو هبة لانه ما فسر الهبة بالسكنى لانه لم يجعله نعتا فيكون بيانا للمحتمل بل وهب الدار منه ثم شاوره فيما يعمل بملكه والمشورة في ملك الغير باطلة فتعلقت الهبة بالعين وقوله تسكنها بمنزلة قوله لتسكنها كما اذا قال وهبتها لك لتؤجرها ولو قال هي لك تسكنها كانت هبة أيضا لان الاضافة بحرف اللام الى من هو أهل الملك للتمليك وقوله تسكنها مشورة على ما بينا

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الواهب وبعضها يرجع الى الموهوب وبعضها يرجع الى الموهوب له (أما) الاول فهو ان لا يكون معلقا بماله خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدم خالد والرقبي ونحو ذلك ولا مضى الى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غدا أو رأس شهر كذا لان الهبة تملك العين للحال وانه لا يحتمل التعليق بالخطر والاضافة الى الوقت كالبيع (وأما) ما يرجع الى الواهب فهو ان يكون ممن يملك التبرع لان الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي والمجنون لانهما لا يملكان التبرع لكونه ضررا محض لا يقابل به نفع دنيوى فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق وكذا الاب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لان المتبرع بمال الصغير قرر بان ماله لا على وجه الاحسن ولانه لا يقابل به نفع دنيوى وقد قال الله تعالى عز شأنه ولا تقر بوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولانه اذا لم يقابل به عوض دنيوى كان التبرع ضررا محضا وترك الرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وقوله عليه الصلاة والسلام من لا يرحم صغيرنا فليس منا ولهذا لم يملك طلاق امرأته واعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة وان شرط الاب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون انه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض وعنده لا يجوز بشرط العوض والاصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض والاصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض (وجه) قول محمد أن الهبة تملك فاذا شرط فيها العوض كانت تملكها بعوض وهذا

تفسير البيع وانما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التملك (ولهما) أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعا ابتداء ثم تصير بيعا في الانتهاء بدليل انها تنفد الملك قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض لأن البيع يفيد الملك بنفسه دل انها وقعت تبرعا ابتداء وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصبح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعا بعد ذلك (وأما) ما يرجع الى الموهوب فأشأنواع (منها) أن يكون موجودا وقت الهبة فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد بان وهب ما يثمر نخلة العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك بخلاف الوصية والفرق أن الهبة تملك للحال وتمليك المعدوم محال والوصية تملك مضافا الى ما بعد الموت والاضافة لا تمنع جوازها وكذلك لو وهب ما في بطن هذه الجارية أو ما في بطن هذه الشاة أو ما في ضرعها لا يجوز وان سلطه على القبض عند الولادة والحلب لانه لا وجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم لأن انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون لداء في البطن وغيره وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد يكون بغيره فكان له خطر الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه بالاضافة الى ما بعد زمان الحدوث لأن التملك بالهبة مما لا يحتمل الاضافة الى الوقت فبطل ولهذا لا يجوز بيعه بخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض انه يصح استحسانا لانه أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا مملوكا للحال مقدورا لقبض بطريقه على ما سئد كره ان شاء الله تعالى وكذلك لو وهب زيدا في لبن أو ذهنا في سمس أو دقيقا في حنطة لا يجوز وان سلطه على قبضه عند حدوثه لانه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد للحال فلم ينقد ولا سبيل الى الاضافة الى وقت الحدوث فبطل أصلا بخلاف ما اذا وهب صوفا على ظهر الغنم وجزه وسلمه انه يجوز لأن الموهوب موجود مملوك للحال لأنه لم ينفذ للحال لما منع وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب فاذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل فينفذ عند وجود القبض كما لو وهب شقة صامشا ثم قسمه وسلمه (ومنها) أن يكون مالا متقوما فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والاحرام والخنزير وغير ذلك على ما ذكرنا في البيوع ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لكونهم أحرار من وجه ولهذا لا يجوز بيع هؤلاء ولا هبة ما ليس بمقوم كالخمر ولهذا لا يجوز بيعها (ومنها) أن يكون مملوكا في نفسه فلا تجوز هبة المباحات لأن الهبة تملك وتمليك ما ليس بمملوك محال (ومنها) أن يكون مملوكا للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير اذنه لاستحالة تملك ما ليس بمملوك وان شئت رددت هذا الشرط الى الواهب وكل ذلك صحيح لأن المالك والمملوك من الاسماء الاضافية والعلاقة التي تدور عليها الاضافة هي الملك فيجوز رد هذا الشرط الى الموهوب ويجوز رده الى الواهب في صناعة الترتيب فافهم وسواء كان المملوك عينا أو دينا فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياسا واستحسانا (وأما) هبة الدين لغير من عليه الدين فحائز أيضا اذا أذن له بالقبض وقبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز وان أذن له بالقبض (وجه) القياس ان القبض شرط جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما اذا وهب لمن عليه لأن الدين في ذمته وذمته في قبضه فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة (وجه) الاستحسان ان ما في الذمة مقدور التسليم والقبض ألا ترى ان المديون يجبر على تسليمه الا أن قبضه بقبض العين فاذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة الا أنه لا بد من الاذن بالقبض صريحا ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين لما ذكره في موضعه (ومنها) أن يكون محوزا فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدين ونحوها وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده واحتج بظاهر قوله عز وجل فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو جب سبحانه وتعالى نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول الا أن يوجد الخط من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسوم فيبدل على جواز هبة المشاع في الجملة وبما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لما شدد في الغلول في الغنيمة في بعض الفروقات فقام عليه الصلاة والسلام الى تسامعهم وأخذ منه

وبرة ثم قال أما انى لا يحل لي من غنيمتكم ولو بمثل هذه البرة الا الخمس والخمس مردود فيكم ردوا الخيط
والخيط فان الغلول عار وشنا على صاحبه الى يوم القيامة فحاء اعرابي بكبة من شعر فقال أخذتها لا صلح بها
بردة بعيرى يارسول الله فقال أما نصيبى فهو لك وسأسلمك الباقي وهذا هبة المشاع فيا قسم وروى أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل على أبى أيوب الانصارى رضى الله عنه فنظر الى موضع المسجد فوجده بين
أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فاستباح أسعد نصيبهما اليهب الكل من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى
ذلك فوهب أسعد نصيبه من النبي عليه الصلاة والسلام فوهباً أيضاً نصيبهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقد قبل النبي عليه الصلاة والسلام الهبة في نصيب أسعد وقبل في نصيب الرجلين أيضاً ولو لم يكن جائزاً لما قبل لان
أدنى حال فعل النبي عليه الصلاة والسلام الجواز لان الشيع لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه لان حكم الهبة الملك
والشيع لا يمنع الملك ألا ترى انه يجوز بيع المشاع وكذا هبة المشاع فيا لا يقسم وشرطه هو القبض والشيع لا يمنع
القبض لانه يحصل قابضاً للنصف المشاع بتخلية الكل ولهذا جازت هبة المشاع فيا لا يقسم وان كان القبض فيها
شرطاً لثبوت الملك كذا هذا (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى ان سيدنا أبابكر رضى الله عنه قال
في مرض موته لسيدتنا عائشة رضى الله عنها ان احب الناس الى غنى أنت وأعزهم على فقر أنت واني كنت نخلت لك
جداً عشرين وسقاً من مالى بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا جديتيه وانما هو اليوم مال الوارث اعتبر سيدنا الصديق
رضي الله عنه القبض والقيمة في الهبة لثبوت الملك لان الحيازة في اللغة جمع الشئ المرفق في حيز وهذا معنى القسمة لان
الانصباء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة والقسمة تجمع كل نصيب في حيز وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه
قال ما بال أحدكم ينحل ولده نحل لا يجوزها ولا يقسمها ويقول ان مت فهو له وان مات رجعت الى وائمه لا ينحل
أحدكم ولده نحل لا يجوزها ولا يقسمها فيموت الاجلعتها ميراثاً لورثته والمراد من الحيازة القبض هنا لانه ذكرها
بمقابلة القسمة حتى لا يؤدي الى التكرار اخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة وروى
عن سيدنا علي رضى الله عنه أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم وكل ذلك بمحض من أصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه انكر عليهم منكر فيكون اجماعاً ولا القبض شرط جواز هذا العقد والشيع
يمنع من القبض لان معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور
فان سكنى نصف الدار شائعاً ولبس نصف الثوب شائعاً محال ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل لان
العقد لم يتناول الكل وهكذا نقول في المشاع الذي لا يقسم ان معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا الا ان هناك ضرورة
لانه يحتاج الى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشيع مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل الى ازالة
المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فست الضرورة الى الجواز واقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف
ولا ضرورة هنا لان الحل محتمل للقسمة فيمكن ازالة المانع من القبض الممكن بالقسمة أو نقول الصحابة رضى الله
عنهم شرطوا القبض المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الصورة
دون المعنى على ما بينا الا انه اكتفى بالصورة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة للضرورة التي ذكرنا ولا ضرورة هنا
فلزم اعتبار الكمال في القبض ولا يوجد في المشاع ولان الهبة عقد تبرع فلو صححت في مشاع يحتمل القسمة لصار عقد
ضمان لان الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي الى تغيير المشروع ولهذا توقف
الملك في الهبة على القبض لما أنه لو ملكه بنفس العقد ثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم فيؤدي الى ايجاب الضمان في عقد
التبرع وفيه تغيير المشروع كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة لان هناك لا يتصور ايجاب الضمان على المتبرع
لان الضمان ضمان القسمة والحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق (وأما) الآية فلا حجة له فيها لان المراد من المفروض
الدين لا العين ألا ترى أنه قال الا أن يعفون والعفو اسقاط واعيان لا يعقل وكذا الغالب في المهر أن يكون

ديناً وهبة الدين ممن عليه الدين جائز لانه اسقاط الدين عنه وانه جائز في المشاع (وأما) حديث الكبة فيحتمل ان النبي عليه الصلاة والسلام وهب نصيبه منه واستوهب البقية من أصحاب الحقوق فهوواوساموا الكل جملة وفي الحديث ما يدل عليه فانه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وسأسلمك الباقي وما كان هو عليه الصلاة والسلام ليخلف في وعده وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على ان ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى لان كبة واحدة لو قسمت على الجمل الغفير لا يصيب كلا منهم الا نزر حقير لا ينتفع به فكان في معنى مشاع لا ينقسم (وأما) حديث أسعد بن زرارة فحكاية حال يحتمل أنه وهب نصيبه وشرى بكا وهبا نصيبهما منه وساموا الكل جملة وهذا جائز عندنا ويحتمل ان الانصاء كانت متسومة مفروزة ويجوز أن يقال في مثل هذا بينهم اذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض كقرية بين جماعة انها تضاف اليهم وان كانت أنصاء وهم متسومة واحتمل بخلافه فلا يكون حجة مع الاحتمال لان حكاية الحال لا عموم له ولو قسم ما وهب وأقرزه ثم سلمه الى الموهوب له جائز لان هبة المشاع عندنا منعقد موقوف تقاذه على القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح اذ الشيوع لا يمنع ركن العقد ولا حكمه وهو الملك ولا سائر الشرائط الا القبض الممكن من التصرف فاذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ فينفذ وحديث الصديق رضي الله عنه لا يدل عليه فانه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنها اني كنت نخلتك جداد عشرين وسقاً من مالى وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم لان النخل من الفاظ الهبة ولو لم ينقسم لافعله الصديق رضي الله عنه لانه ما كان ليعقد عقدا باطلا فدل قول الصديق رضي الله عنه على انعقاد العقد في نفسه وتوقف حكمه على القسمة والقبض وهو عين مذهبنا والله عز وجل أعلم وكذلك لو وهب نصف داره من رجل ولم يسلم اليه ثم وهب منه النصف الآخر وسلم اليه جملة جاز لما قلنا ولو وهب منه نصف الدار وسلم اليه بنحلية الكل ثم وهب منه النصف الآخر وسلم لم تجز الهبة لان كل واحد منهما هبة المشاع وهبة المشاع فيما يقسم لا تنفذ الا بالقسمة والتسليم ويستوى فيه الجواب في هبة المشاع بين أن يكون من أجنبي أو من شريك كل ذلك يجوز لقول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم لا يجوز الهبة الا مقبوضة محوزة من غير فصل ولان المانع هو الشيوع عند القبض وقد وجد وعلى هذا الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم أنه لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله (وجهه) قوله ان الشيوع لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض ولا يمنع جوازه كالمفروض (ولنا) ان القبض شرط جواز الصدقة ومعنى القبض لا يتحقق في الشائع أولاً يتكامل فيه لما بينا في الهبة ولان التصديق تبرع كالهبة وتصحيحه في المشاع يصيرها عقد ضمان فيتغير المشرووع على ما بينا في الهبة ولو وهب شيئاً ينقسم من رجلين كالدار والدرهم والدنانير ونحوها وقبضاه لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند أبي يوسف ومحمد وأجمعوا على أنه لو وهب رجلان من واحد شيئاً ينقسم وقبضه أنه يجوز فابو حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض وهما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعاً فلم يجوز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشيوع وقت القبض وهما جوازها لانه لم يوجد الشيوع في الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر وجوزوا هبة الاثنين من واحد (أما) أبو حنيفة رحمه الله فلم يعدم الشيوع في وقت القبض (وأما) هما فلا نعدمه في الحالين لانه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض ومدار الخلاف بينهم على حرف وهو ان هبة الدار من رجلين تملك كل الدار جملة أو تملك من أحدهما والنصف من الآخر فعند أبي حنيفة تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر فيكون هبة المشاع فيما ينقسم كانه أفر دتمليك كل نصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وعندهما هي تملك الكل منهما لا تملك النصف من هذا والنصف من ذلك فلا يكون تملك الشائع فيجوز (وجهه) قولهما ان العمل بموجب الصيغة هو الاصل وذلك فيما قلنا لان قوله وهبت هذه الدار كلها هبة كل الدار جملة منهما لا هبة النصف من أحدهما والنصف من الآخر لان ذلك توزيع وقرين واللفظ لا يدل عليه ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لغة الا لضرورة الصحة وفي العدول عن ظاهر الصيغة ههنا فساد العقد بسبب الشيوع فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تملك الكل منهما وموجب التملك

منها ثبوت الملك لهما في الكل وانما ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف عند التقسام ضرورة المزاومة واستواءهما في الاستحقاق اذ ليس كل واحد منهما أولى من الآخر لدخول كل واحد منهما في العقد على السواء كالأخوين في الميراث عند الاستواء في الدرجة ان الميراث يكون بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما على الكمال حتى لو انفرد أحدهما يستحق كل المال واذا جاءت المزاومة مع المساواة في الاستحقاق ثبت عند تقسام الميراث في النصف وكذا الشفيعان ثبت لكل واحد منهما أخذ نصف الدار بالشفعة لضرورة المزاومة والاستواء في الاستحقاق وان كان السبب في حق كل واحد منهما صالحاً لاثبات حق الشفعة في الكل حتى لو سلم أحدهما يكون الكل للآخر وعلى هذا مسائل فلم يكن الانقسام على التناصف موجب للصيغة بل لتضييق المحل لهذا جاز الرهن من رجلين فكان ذلك رهناً من كل واحد منهما على الكمال اذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك لما جاز لانه يكون رهن المشاع لهذا الوقضى الراهن دين أحدهما كان للآخر حبس الكل دل ان ذلك رهن الكل من كل واحد منهما كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان هذا تملك مضاف الى الشائع فلا يجوز كما اذا ملك نصف الدار من أحدهما والنصف من الآخر بعقد على حدة والدليل على ان هذا تملك مضاف الى الشائع ان قوله وهبت هذه الدار منك اما ان يكون تملك كل الدار من كل واحد منهما واما ان يكون تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لا سبيل الى الاول لان الدار الواحدة يستحيل أن تكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال والحال لا يكون موجب العقد فتعين الثاني وهو أن يكون تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لهذا لم يملك كل واحد منهما التصرف في كل الدار بل في نصفها ولو كان كل الدار مملوك لكل واحد منهما الملك وكذا كل واحد منهما يملك مطالبه صاحبه بالتهاني أو بالتقسمة وهذا آية ثبوت الملك له في النصف واذا كان هذا تملك الدار لهما على التناصف كان تملكهما مضافاً الى الشائع كانه أفرد لكل واحد منهما العقد في النصف والشيوع يؤثر في القبض الممكن من التصرف على ما مر وقد خرج الجواب عن قولهما ان موجب الصيغة ثبوت الملك في كل الدار لكل واحد منهما على الكمال لما ذكرنا ان هذا محال والحال لا يكون موجب العقد ولا العاقد بعقده يقصد أمراً محالاً أيضاً فكان موجب العقد التملك منهما على التناصف لان هذا تملك الدار منهما فكان عملاً بموجب الصيغة من غير حالة فكان أولى بخلاف الرهن فان الدار الواحدة تصلح رهونة عند كل واحد منهما لان الرهن هو الحبس واجتماعهما على الحبس متصور بأن يحبساه معاً أو يضعاه جميعاً على يدى عدل فتكون الدار محبوسة كلها عند كل واحد منهما وهذا مما لا يمكن تحقيقه في الملك فهو الفرق وعند أبي حنيفة رحمه الله اذا وهب من رجلين فقسم ذلك وسلم الى كل واحد منهما جاز لان المانع هو الشيوع عند القبض وقد زال هذا اذا وهب من رجلين شيئاً مما يقسم فان كان مما لا يقسم جاز بالاجماع لما ذكرنا فيما تقدم ثم على أصلهما اذا قال لرجلين وهبت لكاهذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها جاز لان قوله لهذا نصفها ولهذا نصفها خرج تفسير الحكم الثابت بالعقد اذ لا يمكن جعله تفسيراً للنفس العقد لان العقد وقع تملك الدار جملة منهما على ما بينا فجعل تفسير الحكم فلا يوجب ذلك اشاعة في العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يحز لان الشيوع دخل على نفس العقد فمنع الجواز ولو قال وهبت لكاهذه الدار ثلثها لهذا وثلثها لهذا لم يحز عند أبي يوسف وجاز عند محمد (وجه) قول محمد ان العقد متى جاز لثنين يستوى فيه التساوى والتفاضل كعقد البيع (وجه) قول أبي يوسف ان الجواز عند التساوى بطريق التفسير للحكم الثابت بالعقد وذلك لا يوجب شيوعاً في العقد ولما فضل أحد النصيبين عن الآخر تعدد جعله تفسيراً لان مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان قضيل أحد النصيبين في معنى افراد العقد لكل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوع يؤثر في الهبة ولا يؤثر في البيع ولو رهن من رجلين لأحد هبة ثلثه وللآخر ثلثاه أو نصفه لهذا أو نصفه لذلك على التفاضل والتناصف لا يجوز بالاجماع بخلاف ما اذا أهبهم بان قال وهبت منكاً أنه يجوز ولو وهب من فقيرين شيئاً ينقسم فالهبة من فقيرين بمنزلة التصديق عليهما لان

الهبة من الفقير صدقة لانه يتغنى بها وجه الله تعالى وسند كركهما ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون الثمر والثمر دون الشجر والارض دون الزرع والزرع دون الارض انها غير جائزة لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فكان كهبة المشاع ولو فضل وسلم جاز كما في هبة المشاع ولو تصدق بعشرة دراهم على رجلين فان كانا غنيين لم يحجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما لان التصديق على الغنى ميتة في الحقيقة والهبة من اثنين لا تجوز وعندهما جائزة وان كانا فقيرين فعندهما تجوز كما تجوز في الهبة من رجلين وعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في كتاب الهبة لا تجوز وفي الجامع الصغير يجوز (وجه) رواية كتاب الهبة ان الشياح كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على ما ذكرنا فيما تقدم وهم هنا يتحقق الشيوع في القبض (وجه) رواية الجامع وهي الصحيحة ان معنى الشيوع في القبض لا يتحقق في الصدقة على فقيرين لان المتصدق يتقرب بالصدقة الى الله عز وجل ثم الفقير يقبض من الله تعالى قال الله تبارك وتعالى ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام الصدقة تمنع في يد الرحمن قبل أن تقع في يد الفقير والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتحقق معنى الشيوع كما لو تصدق على فقير واحد ثم وكل قبضها وكيلين بخلاف التصديق على غنيين لان الصدقة على الغنى يتغنى بها وجه الغنى فكانت هدية لا صدقة قال عليه الصلاة والسلام الصدقة يتغنى بها وجه الله تعالى والدار الاخرة والهدية يتغنى بها وجه الرسول وقضاء الحاجة والهدية هبة فيتحقق معنى الشيوع في القبض وأنه مانع من الجواز عنده (ومنها) القبض وهو أن يكون الموهوب مقبوضاً وان شئت رددت هذا الشرط الى الموهوب له لان القبض والمقبوض من الاسماء الاضافية والعلاقة التي تدور عليها الاضافة من الجانبين هي القبض فيصح رده الى كل واحد منهما في صناعة الترتيب فتأمل والكلام في هذا الشرط في موضعين في بيان أصل القبض انه شرط أم لا وفي بيان شرائط صحة القبض (أما) الاول فقد اختلف فيه قال عامة العلماء شرط والموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرف فيه كيف شاء وقال مالك رحمه الله ليس بشرط ويملكه الموهوب له من غير قبض (وجه) قوله ان هذا عقد تبرع بتملك العين فيفيد الملك قبل القبض كالوصية (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ما روينا ان سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر رضي الله عنهما اعتبروا القسمة والقبض لجواز النحل بحضرة الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعاً وروى عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة ولم يرد عن غيرهم خلافه ولا انها عقد تبرع فلو صحمت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغير المشرع بخلاف الوصية لانه ليس في إيجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها اذ لا مطالبة قبل التبرع وهو الموصى لانه ميت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا يملك قبل القبض عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى وغيره من اهل الكوفة ليس بشرط وتجوز الصدقة اذا أعلنت وان لم تقبض ولا تجوز الهبة ولا النحل الا مقبوضة واحتجوا بما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما قالوا اذا أعلنت الصدقة جازت من غير شرط القبض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال خير أعن الله سبحانه وتعالى يا ابن آدم تقول مالي مالي وليس لك من مالي الا ما أكلت فافئنت اولبست فابليت أو تصدقت فاقبقت اعتبر الله سبحانه وتعالى الامضاء في الصدقة والامضاء هو التسليم دل أنه شرط وروى عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم انهم قالوا لا تتم الصدقة الا بالقبض ولان التصديق عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه كالهبة وما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما محمول على صدقة الاب على ابنه الصغير وبه نقول لاحاجة هناك الى القبض حملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض (والثاني) شرائط صحة القبض فانواع (منها) أن يكون القبض باذن المالك لان الاذن بالقبض شرط لصحة القبض في باب البيع حتى لو قبض المشتري من غير اذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد

فلأن يكون في الهبة أولى لأن البيع يصح بدون القبض والهبة لا تحة لها بدون القبض فلما كان الاذن بالقبض شرطاً للصحة فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطاً فيما يتوقف صحته على القبض أولى ولأن القبض في باب الهبة يشبه الركن وان لم يكن ركناً على الحقيقة فيشبهه القبول في باب البيع ولا يجوز القبول من غير اذن البائع ورضاه فلا يجوز القبض من غير اذن الواهب أيضاً والاذن نوعان صريح ودلالة أما الصريح فنحو أن يقول اقبض أو أذن لك بالقبض أو رضيت وما يجري هذا الجرى فيجوز قبضه سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته استحساناً والقياس أن لا يجوز قبضة بعد الافتراق عن المجلس وهو قول زفر رحمه الله لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول على أحد قوليه فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وان كان باذن الواهب كالقبول في باب البيع (وجه) الاستحسان ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمل إليه ست بدنان فجعلن يزدلفن إليه فقام عليه الصلاة والسلام فتحرهن بيده الشريفة وقال من شاء فليقطع وانصرف فقد أذن لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقبض بعد الافتراق حيث أذن لهم بالقطع فدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق ولأن الاذن بقبض الواهب صريح بمنزلة اذن البائع بقبض المبيع وذلك يعمل بعد الافتراق كذا هذا (وأما) الدلالة فهي ان قبض الموهوب له العين في المجلس ولا ينهيه الواهب فيجوز قبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز كما لا يجوز بعد الافتراق وهو قول زفر وقد ذكرنا القياس والاستحسان في الزيادات ولو قبض المشتري المبيع بيعاً جازاً بحضرة البائع قبل نقد الثمن لم يحز قبضه قياساً واستحساناً حتى كان له أن يسترد في البيع الفاسد اختلاف روايتي الكرخي والطحاوي رحمهما الله ذكرناهما في البيوع (وجه) القياس ان القبض ركن في الهبة كالقبول فيها فلا يجوز من غير اذن كالقبول من باب البيع (وجه) الاستحسان ان الاذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لأن الاقدام على ايجاب الهبة اذن بالقبض لانه دليل قصد التمليك ولا ثبوت للملك الا بالقبض فكان الاقدام على الايجاب اذناً بالقبض دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً بخلاف ما بعد الافتراق لأن الاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق ولأن للقبض في باب الهبة شبهة بالركن فيشبهه القبول في باب البيع وايجاب البيع يكون اذناً بالقبول في المجلس لا بعد الافتراق فكذا ايجاب الهبة يكون اذناً بالقبض لا بعد الافتراق ولو وهب شيئاً متصلاً بغيره مما لا تقع عليه الهبة كالنمر المعلق على الشجر دون الشجر أو الشجر دون الارض أو حلية السيف دون السيف أو القفيز من الصبرة أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الواهب لم يحز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للاذن الثابت دلالة الايجاب ولم يوجد ههنا لأن الايجاب لم يقع صحيحاً حين وجوده فلا يصح الاستدلال على الاذن بالقبض وان قبض باذنه يجوز استحساناً والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر بناء على أن العقد اذا وقع فاسداً من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحال لا استحالة انقلاب الفاسد جازاً وعندنا يحتمل الجواز باسقاط المفسد مقصوراً على الحال أو من حين وجود العقد بطريق البيان على اختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما في كتاب البيع وكذلك اذا وهب ديناً له على انسان لا خزانة ان قبض الموهوب له باذن الواهب صريحاً جاز قبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وان قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياساً واستحساناً فرق بين العين والدين (وجه) الفرق ان الجواز في هبة العين عند عدم التصريح بالاذن لكون الايجاب فيها دلالة الاذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له وايجاب الهبة في الدين لغيره من عليه الدين لا تصح دلالة الاذن بقبضه لأن دلالة بواحدة دلالة قصد التمليك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق الا بالتصريح بالاذن بالقبض لانه اذا أذن له بالقبض صريحاً قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير قبض العين قابضاً للواهب أولاً ويصير المقبوض ملكاً له أولاً ثم يصير قابضاً لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذي

ذكرنا واهب مالك نفسه والموهوب له قابضا ملك الواهب فصحت الهبة والقبض واذا لم يصرح بالأذن بالقبض بقي
المقبوض من المال العين على ملك من عليه فلم تصح الهبة فيه فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين الفصلين ومنها أن
لا يكون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع
الشغل وعلى هذا يخرج ما اذا وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار اليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فانه لا يجوز
لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد قيل الحيلة في صحة التسليم ان يودع الواهب المتاع عند الموهوب له
أولا ويحلى بينه وبين المتاع ثم يسلم الدار اليه فتجوز الهبة فيها لأنها مشغولة بمتاع هو في يد الموهوب له وفي هذه الحيلة
اشكال وهو أن يودع المودع معني فكانت يده قائمة على المتاع فتمنع صحة التسليم ولو أخرج المتاع من الدار ثم
سلم فارغا جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لأن المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع ولو وهب
ما فيها من المتاع دون الدار وخلى بينه وبين المتاع جازت الهبة لأن المتاع لا يكون مشغولا بالدار والدار تكون مشغولة
بالمتاع لهذا افترقا فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو جمع في الهبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها فوهبهما جميعا
صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما جازت الهبة فيهما جميعا لأن التسليم قد صح فيهما جميعا فان فرق بينهما في الهبة بأن
وهب أحدهما ثم وهب الآخر فهذا لا يخلو اما ان جمع بينهما في التسليم واما ان فرق فان جمع جازت الهبة فيهما جميعا
وان فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظري في ذلك وروى في الترتيب ان قدم هبة الدار فلهبة في
الدار لم تجز لأنها مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع لأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه ولو قدم
هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا أما في المتاع فلا نه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه واما في الدار فلا نه وقت التسليم
كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض وعلى هذا الأصل أيضا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى
ما في بطنها أو حيوانا واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز لأنه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره وانها غير جائزة لأنه
لا جواز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولا بغيره يمنع صحة القبض ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الام
يجوز وذكر في العتاق أنه لو دبر ما في بطن جاريته لا يجوز منهم من قال في المسألة ر وابتان (وجه) رواية عدم
الجواز ان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبه هبة دار فيها متاع الواهب (وجه) رواية الجواز وهي رواية
الكرخي ان حرية الجنين تجعله مستثنى من العقد لأن حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله اياه ظاهر او هذا معنى الاستثناء
ولو استثناء لفظا جازت الهبة في الام فكذا اذا كان مستثنى في المعنى ومنهم من قال في المسألة رواية واحدة وفرق بين
الاعتاق والتدبير (وجه) الفرق ان المدبر مال المولى فاذا وهب الام فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهب فلم يحز
كهبة دار فيها متاع الواهب وأما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب دارا فيها حر جالس وهذا لا يمنع جواز الهبة كذا هذا
ومنها أن لا يكون الموهوب متصلا بما ليس بموهوب اتصال الاجزاء لأن قبض الموهوب وحده لا يتصور وغيره ليس
بموهوب فكان هذا في معنى المشاع وعلى هذا يخرج ما اذا وهب أرضا فيها زرع دون الزرع أو شجرة عليها ثم ردون
التمر أو وهب الزرع دون الأرض أو التمر دون الشجرة وخلى بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز لأن الموهوب متصل
بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فمنع صحة القبض ولو جذا التمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغا جاز لأن المانع من النفاذ
وهو ثبوت الملك قد زال ولو جمع بينهما في الهبة فوهبهما جميعا وسلم متفرقا جاز ولو فرق بينهما في الهبة فوهب كل
واحد منهما بعقد على حدة بأن وهب الأرض ثم الزرع أو الزرع ثم الأرض فان جمع بينهما في التسليم جازت الهبة
فيهما جميعا وان فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعا قد أم أو آخر سواء بخلاف الفصل الاول لأن المانع من صحة القبض هنا
الاتصال وانه لا يختلف والمانع هناك الشغل وانه يختلف نظير هذا ما اذا وهب نصف الدار مشاعا من رجل ولم يسلم
اليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم الكل انه يجوز ولو وهب النصف وسلم ثم وهب الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا
وعلى هذا يخرج ما اذا وهب صوفا على ظهر غنم انه لا يجوز لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة

القبض ولو جزه وسلمه جازل وال مانع والله عز وجل أعلم وعلى هذا اذا وهب دابة وعليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغاً جازلنا بخلاف هبة ما في بطن جاريته أو ما في بطن غنمه أو ما في ضرعها أو هبة سمن في لبن أو دهن في سمس أوزيت في زيتون أو دقيق في حنطة أنه يبطل وإن سلطه على قبضه عند الولاية أو عند استخراج ذلك لأن الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوماً لهذا لم يحز بيعها فلا تجوز هبتها وهذا بخلافه على ما تقدم ومنها أهلية القبض وهي العقل فلا يجوز قبض الجنون والصبي الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحساناً فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له والقياس أن يكون شرطاً ولا يجوز قبض الصبي وإن كان عاقلاً (وجه) القياس أن القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه في الهبة كما لا يجوز في البيع (وجه) الاستحسان أن قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبي العاقل كما يملك وليه ومن هو في عياله وكذا الصبية إذا عقلت جاز قبضها لما قلنا وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد المحجور عليه اذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبد دين أو لا فالقبض إلى العبد والمالك للمولى في المقبوض لأن القبض من حقوق العقد والعقد وقع للعبد فكان القبض إليه ولأن الأصل في بني آدم الحرية والرق لعارض فكان الأصل فيهم إطلاق التصرف لهم والأصح جازل لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد فبقى فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد وكسب العبد لقن للمولى وكذلك المكاتب اذا وهب له هبة فالقبض إليه ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا في القن فاذا قبض المكاتب فهو أحق به فلا يملكه المولى لأن الهبة كسبه والمكاتب أحق باكتسابه ومنها الولاية في أحد نوعي القبض وجملة الكلام فيه أن القبض نوعان قبض بطريق الاصل وقبض بطريق النيابة (أما) القبض بطريق الاصل فهو أن يقبض بنفسه بشرط جواز العقل فقط على ما بينا (وأما) القبض بطريق النيابة فالنيابة في القبض نوعان نوع يرجع إلى القابض ونوع يرجع إلى نفس القبض أما الأول الذي يرجع إلى القابض فهو القبض للصبي بشرط جواز الولاية بالحجر والعملة عند عدم الولاية فيقبض للصبي وليه أو من كان الصبي في حجره وعياله عند عدم الولي فيقبض له أبوه ثم وصي أبيه بعده ثم جده أبو أبيه بعد أبيه ووصيه ثم وصي جده بعده سواء كان الصبي في عياله هؤلاء أو لم يكن فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرهم لأن هؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له واذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية لأن التأخير إلى قدوم الغائب تهويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية إلى من يتلوه وإن كان دونه كما في ولاية النكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء إلا ببيعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عياله القابض أو لم يكن وسواء كان ذارحاً محرم منه كالأخ والمعم والأولاد ونحوهم أو أجنبياً لأنه ليس لتصرف هؤلاء ولاية التصرف في مال الصبي فقيام ولاية التصرف لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم فإن لم يكن أحد من هؤلاء إلا ببيعة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحساناً والقياس أن لا يجوز لعدم الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن في عياله أجنبياً كان أو ذارحاً محرم منه قياساً واستحساناً وإنما كان كذلك لأن الذي في عياله له عليه ضرب ولاية ألا ترى أنه يؤديه ويسلمه في الصنائع التي للصبي فيها منفعة وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة فقيام هذا القدر من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعة محضة للصبي (وأما) من ليس في عياله فلا ولاية له عليه أصلاً فلا يجوز قبضه كالأجنبي والقبض للصبيبة إذا عقلت ولها زوج قد دخل بها زوجها أيضاً استحساناً لأنها في عياله لكن هذا إذا لم يكن أحد من هؤلاء فأما عند وجود واحد منهم فلا يجوز قبض الزوج كذا ذكره الحاكم الجليل في مختصره (وأما) الثاني الذي يرجع إلى نفس القبض فهو أن القبض الموجود في الهبة ينوب عن قبض الهبة سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة أو أقوى منه لأنه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب إذا التناوبان غير أن ينوب كل واحد منهما مقام صاحبه ويسد مسدده فتثبت المناوبة مقتضى المماثلة وإذا كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وبيان هذا في مسائل إذا كان الموهوب في يد الموهوب له ودعة أو عارية

فوهب منه جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العقد ووقع العقد والقبض معا ولا يحتاج الى تجديد القبض بعد العقد استحسانا والقياس أن لا يصير قابضاً ما لم يجدد القبض وهو ان يخلى بين نفسه وبين الموهوب بعد العقد (وجهه) القياس ان يد المودع ان كانت يده صورة فهي يد المودع معنى فكان المال في يده فصار كانه وهب له ما في يده فلا بد من القبض بالتخلية (وجهه) الاستحسان ان القبضين متماثلان لان كل واحد منهما قبض غير مضمون إذا الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فتماثل القبضان فيتناوبان ضرورة بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير لان قبضهما لا ينوب عن قبض البيع لانه قبض أمانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يماثل القبضان بل الموجود أدنى من المستحق فلم يتناوبا ولو كان الموهوب في يده منصوبا أو مقبوضا ببيع فاسد أو مقبوضا على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد وهو أصل القبض وزيادة ضمان ولو كان الموهوب مرهونا في يده ذكر في الجامع انه يصير قابضاً وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة لان قبض الهبة قبض أمانة وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة أيضا فيتماثلان فتاب أحدهما عن الآخر ولئن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الأمانة والأقوى ينوب عن الأدنى لوجود الأدنى فيه وزيادة وإذا صححت الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع الرهن بدينه على الراهن وذكر الكرخي انه لا يصير قابضاً حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة لان قبض الرهن وان كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يحتمل البراءة بالهبة ليصير قبض أمانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا يتناوبان بخلاف المنصوب والمقبوض على سوم الشراء لان ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهبة ويبقى قبض غير ضمان فتماثل القبضان فيتناوبان ولو كان مبيعا قبل القبض فوهب من البائع جاز ولكن لا يكون هبة بل يكون اقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع ولو باعته من البائع قبل القبض لا يجعل اقالة بل يبطل أصلا ورأسا والفرق بينهما ما ذكرنا في كتاب البيوع ولونخل ابنه الصغير شيئا جاز ويصير قابضاً مع العقد كما اذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب البيع يهلك من مال الابن لصيرورته قابضاً للصغير مع العقد وينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في النحل لقوله سبحانه وتعالى ان الله يأمر بالعدل والاحسان (واما) كيفية العدل بينهم فقد قال أبو يوسف العدل في ذلك أن يسوى بينهم في العطية ولا يفضل الذكرك على الانثى وقال محمد العدل بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب في الموارث للذكور مثل حظ الانثيين كذا ذكر القاضى الاختلاف بينهما في شرح مختصر الطحاوي وذكر محمد في الموطأ ينبغي للرجل أن يسوى بين ولده في النحل ولا يفضل بعضهم على بعض وظاهر هذا يقتضي أن يكون قوله مع قول أبي يوسف وهو الصحيح لما روى أن بشيرا أبا النعمان أتى بالنعمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتى نخلت ابني هذا غلاما كان لي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نخلته مثل هذا فقال لا فقال النبي عليه الصلاة والسلام فارجمه وهذا إشارة الى العدل بين الاولاد في النحلة وهو التسوية بينهم ولان في التسوية تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أولى ولونخل بعضاً وحرم بعضاً جاز من طريق الحكم لانه تصرف في خالص ملكه لاحق لاحد فيه الا انه لا يكون عدلا سواء كان المحروم فقيراً تقياً أو جاهلاً فاسقاً على قول المتقدمين من مشايخنا وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس ان يعطى المتأدبين والمتفقهين دون القسقة الفجرة

﴿فصل﴾ وأما حكم الهبة فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان صفته وفي بيان ما يرفع الحكم أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير عوض لان الهبة تملك العين من غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض وأما صفته فقد اختلف فيها قال أصحابنا هي ثبوت ملك غير لازم في الأصل وللوهاب ان يرجع في هبته وانما يثبت اللزوم ويتمتع الرجوع بأسباب عارضه وقال الشافعي رحمه الله الثابت بالهبة ملك لازم في الأصل ولا يثبت الرجوع الا في هبة الولد خاصة وهي هبة الولد لولده فنقول يقع

الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان نبوت حق الرجوع في الهبة وفي بيان شرائط صحة الرجوع بعد ثبوت الحق وفي بيان العوارض المانعة من الرجوع وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً أما ثبوت حق الرجوع لحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا فيما يهب الوالد لولده وهذا نص في مسألة هبة الاجنبي والوالد وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال العائد في هبته كالعائد في قيثته والعود في القى حرام كذا في الهبة ولأن الأصل في العقود هو لزوم والامتناع بعارض خلل في المقصود ولم يوجد لأن المقصود من الهبة اكتساب الصيت باظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فمن طلب منهما العوض فقد طلب من المقدم ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلاً (ولنا) الكتاب والسنة وإجماع الصحابة رضي الله عنهم أما الكتاب العزيز فقوله تعالى وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها والصحية وإن كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال (قال القائل) * تحيتهم بيض الولاء بدنيهم * لكن الثالث تفسير مراد بقرينة من نفس الآية الكريمة وهي قوله تعالى أو ردوها لأن الرد انما يتحقق في الاعيان لا في الاعراض لانه عبارة عن إعادة الشيء ولا يتصور في الاعراض والمشارك يتعين أحد وجوهه بالدليل وأما السنة فاروى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أي يعوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يصل اليه العوض وهذا نص في الباب وأما إجماع الصحابة فإنه روى عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضي الله عنهم أنهم قالوا مثل مذهبننا ولم يرد عن غيرهم خلافاً فيكون إجماعاً ولأن العوض المالى قد يكون مقصوداً من هبة الاجانب فان الانسان قد يهب من الاجنبي احساناً اليه وانعاماً عليه وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة فالموهوب له مندوب الى ذلك شرعاً قال الله تبارك وتعالى هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال عليه الصلاة والسلام من اصطنع اليكم معروفًا فكافؤوه فان لم تجدوا ما تكافؤوه فادعوا له حتى يعلم انكم قد كافأتموه وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا والتهادى تفاعل من الهدية فيقتضى الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود من الاجنبي وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع لانه يعدم الرضا والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط الزوم كما في البيع اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا وأما الحديث الاول فله تأويلان احدهما انه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضاء وذلك لا يجوز عندنا الا فيما وهب الوالد لولده فانه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للاتفاق على نفسه الثاني انه محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلف لا من حيث الحكم لأن نفي الحل محتمل ذلك قال الله تعالى عز وجل في رسولنا عليه الصلاة والسلام لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج قيل في بعض التأويلات لا يحل لك من حيث المروءة والخلف ان تزوج عليهن بعدما اخترن اياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لا من حيث الحكم اذ كان يحل له التزوج بغيرهن وهذا تأويل الحديث والآخر ان المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا شريعة لا ترى انه قال عليه الصلاة والسلام في رواية أخرى العائد في هبته كالكلب يقي ثم يعود في قيثته وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي كذا هذا وقوله فيما يهب الوالد لولده محمول على أخذ مال ابنه عند الحاجة اليه لكنه ساء رجوعاً لتصوره بصورة الرجوع مجازاً وان لم يكن رجوعاً حقيقة على ما نذكره في تلك المسئلة ان شاء الله تعالى وأما شرائط الرجوع بعد ثبوت الحق حتى لا يصبح بدون القضاء والرضا لان الرجوع فسخ العقد بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه يصبح بدون القضاء والرضا كالدرد بالبيع بعد القبض وأما العوارض المانعة من الرجوع فانواع منها هلاك الموهوب لانه لا سبيل الى الرجوع في الهالك ولا سبيل الى الرجوع في قيمته لانها ليست

بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها ومنها خروج الموهوب من ملك الواهب باى سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها لان الملك يختلف بهذه الاشياء أما بالبيع والهبة ونحوهما فظاهر وكذا بالموت لان الثابت للوارث غير ما كان ثابتاً للمورث حقيقة لان الملك عرض يتجدد في كل زمان الا انه مع تجدد حقيقته جعل متجدداً تقديرأ في حق المحل حتى يرد الوارث بالعيب ويرد عليه فيجب العمل بالحقيقة في حق المالك فاختلف المالك باختلاف المالكين بمنزلة اختلاف العينين ثم لو وهب عينا لم يكن له ان يرجع في عين أخرى فكذا اذا أوجبه ملكاً لم يكن له ان يفسخ ملكاً آخر بخلاف ما اذا وهب لعبد رجل هبة فتبعضها العبدان للواهب ان يرجع فيها لان الملك هناك لم يختلف لان الهبة انعقدت موجبة للملك للمولى ابتداء فلم يختلف الملك وكذا المكاتب اذا وهب له هبة وقبضها فللواهب ان يرجع لما قلنا وكذلك ان أعتق المكاتب لان الملك الذي أوجبه بالهبة قد استقر بالعتق فكانه وهب له بعد العتق فان عجز المكاتب ورد في الرق فللواهب ان يرجع عند أبي يوسف وعند محمد ليس له ان يرجع وهذا بناء على ان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة فالمولى يملك اكسابه بحكم الملك الاول أو يملكه ملكاً مبتدأ فنسب أبو يوسف يملكها بحكم الملك الاول فلم يختلف الملك فكان له ان يرجع وعند محمد يملكها ملكاً مبتدأ فاختلف الملك فنع الرجوع (وجه) قول محمد ان ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لان المكاتب صار أحق باكسابه بالكتابة فبطل ملك المولى بالكسب والباطل لا يحتل العود فكان هذا ملكاً مبتدأ فيمنع الرجوع كملك الوارث (وجه) قول أبي يوسف ان سبب ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قائم بعد الكتابة الا انه امتنع ظهور ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل الى المقصود من الكتابة في جانب المكاتب وهو شرف الحرية باداء بدل الكتابة فاذا عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعاً لملك الرقبة فلم يكن هذا ملكاً مبتدأ ومنها موت الواهب لان الوارث لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع في ملك لم يوجبه ومنها الزيادة في الموهوب زيادة متصلة فنقول جملة الكلام في زيادة الهبة انها لا تخلو إما ان كانت متصلة بالاصل وإما ان كانت منفصلة عنه فان كانت متصلة بالاصل فانها تمنع الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أو لا بفعله وسواء كانت متولدة أو غير متولدة نحو ما اذا كان الموهوب جارية هزيلة فسميت أودار أفنى فيها أو أرضاً ففرس فيها غرساً أو نصب دولا أو غير ذلك مما يستحق به وهو مثبت في الارض مبنى عليها على وجه يدخل في بيع الارض من غير تسمية قليلا كان أو كثيراً أو كان الموهوب ثوباً فصبعه بمصفر أو زعفران أو قطعة قيصاً وخاطه أو جبة وحشاه أو قباء لانه لا سبيل الى الرجوع في الاصل مع الزيادة لان الزيادة ليست بموهوبة اذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز ان يرد عليها القسح ولا سبيل الى الرجوع في الاصل بدون الزيادة لانه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلاً وان صبغ الثوب بصبع لا يزيد فيه أو ينقصه فله ان يرجع لان المانع من الرجوع هو الزيادة فاذا لم يزد الصبغ في القيمة التحقت الزيادة بالعدم وان كانت الزيادة منفصلة فانها لا تمنع الرجوع سواء كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن والتمر أو غير متولدة كالارش والعقر والكسب والغلة لان هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها القسح وانما ورد على الاصل ويمكن فسخ العقد في الاصل دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف ولد المبيع انه يمنع الرد بالعيب لان المانع هناك هو الوجود بالانه يبقى الولد بمصدر الام بكل الثمن مبيعاً مقصوداً لا يقابل به عوض وهذا تفسير الرابو معنى الرابا لا يتصور في الهبة لان جريان الرابا يختص بالمعاوضات فجاز ان يبقى الولد موهوباً مقصوداً بلا عوض بخلاف المبيع وكذا الزيادة في سعر لا تمنع الرجوع لانه لا تعلق لها بالموهوب وانما هي رغبة يحدثها الله تعالى في القلوب فلا تمنع الرجوع ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة في أصول الشرع فلا تغير ضمان الرهن ولا الفصب ولا تمنع الرد بالعيب وأما نقصان الموهوب فلا يمنع الرجوع لان ذلك رجوع في بعض الموهوب وله ان يرجع في بعض الموهوب مع بقائه بكاله فكذا اذا نقص ولا يضمن الموهوب له النقصان لان قبض الهبة ليس قبض مضمون ومنها العوض لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته

ما لم يثبت منها أى مالم يعرض ولا ن التعويض دليل على ان مقصود الواهب هو الوصول الى العوض فاذا وصل فقد حصل مقصوده فيمنع الرجوع وسواء قل العوض أو أكثر لما روينا من الحديث من غير فصل فنقول العوض نوعان متأخر عن العقد ومشروط في العقد أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضاً والثاني في بيان ماهية هذا التعويض أما الاول فله شرائط ثلاثة الاول مقابلة العوض بالهبة وهو ان يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو ان يقول هذا عوض من هبتك أو بدل عن هبتك أو مكان هبتك أو نحللتك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا بدلا عن هبتك أو كافأتك أو جازيتك أو أتيتك وما يجري هذا الجرى لان العوض اسم لما يقابل المعوض فلا بد من لفظ يدل على المقابلة حتى لو وهب لسان شيئا وقبضه الموهوب له ثم ان الموهوب له أيضاً وهب شيئا للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضاً بل كان هبة مبتدأة ولكل واحد منهما حق الرجوع لانه لم يجعل الباقي مقابلاً بالاول لا نعدا ما يدل على المقابلة فكانت هبة مبتدأة فيثبت فيها الرجوع والثاني أن لا يكون العوض في العقد مملو كاذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب لا يصح ولا يكون عوضاً وان عوضه ببعض الموهوب عن باقيه فان كان الموهوب على حاله التي وقع عليها العقد لم يكن عوضاً لان التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادة اذ لو كان ذلك مقصوده لا مسكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع وان كان الموهوب قد تغير عن حاله نغيراً يمنع الرجوع فان بعض الموهوب يكون عوضاً عن الباقي لانه بالتغير صار بمنزلة عين أخرى فصلح عوضاً هذا اذا وهب شيئاً واحداً أو شيئين في عقد واحد فاما اذا وهب شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يكون عوضاً وقال أبو يوسف لا يكون عوضاً (وجه) قول أبي يوسف ان حق الرجوع ثابت في غير ما عوض لانه موهوب وحق الرجوع في الهبة ثابت شرعاً فاذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعاً فلا يقع موقع العوض بخلاف ما اذا تغير الموهوب فجعل بعضه عوضاً عن الباقي انه يجوز وكان مكاناً عوضاً لان حق الرجوع قد بطل بالتغير فجاز أن يقع موقع العوض (وجه) قولهما انهما ملكا بعقدين متباينين فجاز أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وهذا لانه يجوز أن يكون مقصود الواهب من هبته الثانية عود الهبة الاولى لان الانسان قد يهب شيئاً ثم يبدوله الرجوع فصار الموهوب باحد العقدین بمنزلة عين أخرى بخلاف ما اذا عوض بعض الموهوب عن الباقي وهو على حاله التي وقع عليها العقد لان بعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب فان الانسان لا يهب شيئاً ليس له بعضه عوضاً عن باقيه وقوله حق الرجوع ثابت شرعاً نعم لكن الرجوع في الهبة ليس بواجب فلا يمنع وقوعه عن جهة أخرى كما لو باعه منه ولو وهب له شيئاً وتصدق عليه بشئ فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضاً بالاجماع على اختلاف الاصلين (اما) على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا يشكل لانهما لو ملكا بعقدين متفقين لجاز أن يكون أحدهما عوضاً عن الآخر فعند اختلاف العقدین أولى (واما) على أصل أبي يوسف رحمه الله فلا ن الصدقة لا يثبت فيها حق الرجوع فوقع موقع العوض والثالث سلامة العوض للواهب فان لم يسلم بان استحق من يده لم يكن عوضاً وله أن يرجع في الهبة لان بالاستحقاق تبين ان التعويض لم يصح فكانه لم يعرض أصلاً فله أن يرجع ان كان الموهوب قائماً بعينه لم يهلك ولم يزد دخيلاً ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع فان كان قد هلك أو استهلك الموهوب لم يضمنه كما لو هلك أو استهلكه قبل التعويض وكذا اذا ازداد خيراً لم يضمن كما قبل التعويض وان استحق بعض العوض وبقي البعض فالباقى عوض عن كل الموهوب وان شاء رد ما بقي من العوض ويرجع في كل الموهوب ان كان قائماً في يده ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع في الهبة بقدر المستحق من العوض (وجه) قوله ان معنى المعاوضة ثبت من الجانبين جميعاً فكان الثاني عوض عن الاول فالاول يصير عوضاً عن الثاني ثم لو استحق بعض الهبة الاولى كان للموهوب له أن

يرجع في بعض العوض فكذا اذا استحق بعض العوض كان للواهب أن يرجع في بعض الهبة تحقيقاً للمعاوضة (ولنا) ان الباقي يصلح عوضاً عن كل الهبة ألا ترى انه لو لم يعوضه الاب في الابتداء كان عوضاً مانعاً عن الرجوع فكذا في الانتهاء بل أولى لان البقاء أسهل الا ان الواهب أن يردده ويرجع في الهبة لان الموهوب له غيره حيث عوضه لا سقاط الرجوع بشئ لم يسلم له فيثبت له الخيار (وأما) سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له فشرطه لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض لانه انما عوض ليستحق حق الرجوع في الهبة فاذا استحق الموهوب تبين ان حق الرجوع لم يكن ثابتاً فصار كمن صالح عن دين ثم تبين انه لا دين عليه وكذلك لو استحق نصف الموهوب فلموهوب له أن يرجع في نصف العوض ان كان الموهوب مما يحتمل القسمة لانه انما جعل عوضاً عن حق الرجوع في جميع الهبة فاذا لم يسلم له بعضه يرجع في العوض بقدره سواء زاد العوض أو نقص في السعر أو زاد في البدن أو نقص في البدن كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان كذا روى عن محمد في الاملاء وانما لم يمنع الزيادة عن الرجوع في العوض لانه تبين له انه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بمقدار فاسد فيثبت الفسخ في الزوائد وان قال الموهوب له ارد ما بقي من الهبة وأرجع في العوض كله لم يكن له ذلك لان العوض لم يكن مشروطاً في العقد بل هراً أخر عنه والعوض المتأخر ليس بعوض عن العين حقيقة بل هو لا سقاط الرجوع وقد حصل له سقوط الرجوع فيما بقي من الهبة فلم يكن له أن يرجع في العوض فان كان العوض مستهلكاً ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وان استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض كذا ذكر في الاصل من غير خلاف وهو احدى روياتي بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله وروى بشر رواية أخرى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة انه لا يضمن شيئاً وهو قول أبي يوسف (وجه) رواية الاصل ان القبض في العوض ما وقع بمجاناً وانما وقع مبطلاً حق الرجوع في الاول فان لم يسلم المقصود منه بقي القبض مضموناً كما يرجع بعينه لو كان قائماً يرجع قيمته اذا هلك (وجه) الرواية الاخرى ان العوض المتأخر عن العقد في حكم الهبة المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة والموهوب غير مضمون بالهلاك هذا اذا كان الموهوب أو العوض شيئاً لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه (فاما) اذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما بطل العوض ان كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة ان كانت هي المستحقة فاذا بطل العوض رجع في الهبة واذا بطلت الهبة رجع في العوض لان بالاستحقة ان تبين ان الهبة أو التعويض وقع في مشاع يحتمل القسمة وذلك باطل الثاني بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف من أصحابنا يصح بما تصح به الهبة وبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها الا في اسقاط الرجوع على معنى انه ثبت حق الرجوع في الاولى ولا يثبت في الثانية (فاما) فيما راء ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة لانه تبرع بتلك العين للحال وهذا معنى الهبة الا انه تبرع به ليستحق حق الرجوع عن نفسه في الهبة الاولى فكانت هبة مبتدأة مسقطاً لحق الرجوع في الهبة الاولى ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيباً فاحتشالم يكن له أن يردده ويرجع في العوض وكذلك الواهب اذا وجد بالعوض عيباً لم يكن له أن يرد العوض ويرجع في الهبة لان الرد بالعيب من خواص المعاوضات والعوض اذا لم يكن مشروطاً في العقد لم يكن عوضاً على الحقيقة بل كان هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوض فيه الا في اسقاط الرجوع خاصة فاذا قبض الواهب العوض فليس لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه (أما) الواهب فلانه قد سلم له العوض عن الهبة وانه يمنع الرجوع (وأما) الموهوب له فلانه قد سلم له ما هو في معنى العوض في حقه وهو سقوط حق الرجوع فيمنعه من الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها وسواء عوضه الموهوب له أو اجنبي بأمر الموهوب له أو بغير أمره لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له (أما) الواهب فانما لم يرجع في هبته لان الاجنبي انما عوض بأمر الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه ولو عوض بنفسه

لم يرجع فكذا اذا عوض الاجنبي بأمره وان عوض بغير أمره فقد تبرع باسقاط الحق عنه والتبرع باسقاط الحق عن الغير جائز كالتبرع بمخالعة امرأة من زوجها (واما) الم عوض فانه لا يرجع على الواهب لان مقصوده من التعويض سلامة الموهوب للموهوب له واسقاط حق التبرع وقد سلم له ذلك وانما لم يرجع على الموهوب له (اما) اذا كان بغير أمره فلا نه تبرع باسقاط الحق عنه فلا يملك أن يجعل ذلك مضمونا عليه (واما) اذا عوض بأمره لا يرجع عليه أيضا الا اذا قال له عوض عني على اني ضامن لانه اذا أمره بالتعويض ولم يضمن له فقد أمره بما ليس بواجب عليه بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الأمر الا بشرط الضمان وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره أطعم عن كفارة يعني أودز كاتي ففعل لا يرجع بذلك على الأمر الا ان يقول له على اني ضامن لانه أمره بما ليس بمضمون عليه بخلاف ما اذا أمره بغيره بقضاء الدين ففوضه اليه يرجع على الأمر وان لم يقل على اني ضامن نصا لان قضاء الدين مضمون على الأمر فاذا أمره به فقد ضمن له ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضا عن نصفها وكان للواهب أن يرجع في النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه لان حق الرجوع في الهبة ما يتجزأ ألا ترى انه لو رجع في نصف الهبة ابتداء دون النصف جاز فجاز أن يثبت حق الرجوع في النصف بدون النصف بخلاف العفو عن القصاص والطلاق لان ذلك مما لا يتجزأ فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاطا عن الكل (واما) العوض المشرط في العقد فان قال وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد اختلف في ماهية هذا العقد قال أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم ان عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع ور بماعبر وانه هبة ابتداء ببيع انتهاء حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقبضا وكذا اذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل واحد منهما أن يرجع القابض وغير القابض فيه سواء حتى يتقابضا جميعا ولو تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع رد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية و يرجع في الاستحقاق وتجب الشفعة اذا كان غير منقول وقال زفر رحمه الله عقده عقد بيع وجوازه جواز بيع ابتداء وانتهاء وتثبت فيه أحكام البيع فلا يبطل بالشيوع ويفيد الملك بنفسه من غير شرط نية القبض ولا يملك الرجوع (وجه) قوله ان معنى البيع موجود في هذا العقد لان البيع تملك العين بعوض وقد وجد الا انه اختلفت العبارة واختلفت فيها لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التملك (ولنا) انه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملا بشبه الهبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملا بشبه البيع عملا بالدليلين بقدر الامكان والله عز وجل أعلم (ومنها) ما هو في معنى العوض وهو ثلاثة أنواع الاول صلة الرحم المحرم فلا رجوع في الهبة لذى رحم محرم من الواهب وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يرجع الوالد فيما يبطله احتج بما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحلل لواهب أن يرجع في هبته الا الوالد فيما يبطله وهذا نص في الباب (ولنا) ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها أي لم يعوض وصلة الرحم عوض معنى لان التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة الى استيفاء النصرة وسبب الثواب في الدار الآخرة فكان أقوى من المال وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله وصلوا الارحام فانه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الدار الآخرة فدخل تحت النص و روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها وهذا نص في الباب والحديث محمول على النهي عن شراء الموهوب لكنه سماه رجوعا مجازا لتصوره بصورة الرجوع كما روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه تصدق بفرس له على رجل ثم وجده يباع في السوق فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك وسيدنا عمر رضي الله عنه قصد الشراء لا العود في الصدقة لكن سماه عودا لتصوره بصورة العود وهو نهى ندب لان الموهوب له يستحق فيسأحه في ثمنه فيصير كالراجع في بعضه والرجوع مكروه وهذا

المعنى لا يوجد في هبة الوالد لولده لأن الولد لا يستحق عن المضايقة في الثمن لاستيفاء الثمن لمباشرة بينهما عادة فلم يكره الشراء حملناه على هذا توفيقاً بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذي رحم محرم فله أن يرجع لقصور معنى الصلة في هذه القرابة فلا يكون في معنى العوض وكذا إذا وهب لذي رحم محرم لا رجوع له لانعدام معنى الصلة أصلاً ولو وهب لعبد ذي رحم ومولاه أجنبياً (فاما) ان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبياً (واما) ان كان المولى والعبد جميعاً ذوى رحم من الواهب فان كان العبد ذارحم محرم من الواهب والمولى أجنبياً فله أن يرجع بلا خلاف بين أصحابنا لان حكم العقد يقع للمولى وانما الواقع للعبد بصورة العقد بلاحكم وانه لا يفيد معنى الصلة فانعدام معنى العوض أصلاً وان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبياً اختلقوا فيه قال أبو حنيفة رضي الله عنه يرجع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع (وجه) قوله أن بطلان حق الرجوع بحصول الصلة لانها في معنى العوض على ما بينا ومعنى الصلة انما يتحقق لوقوع الحكم للقريب والحكم وقع للمولى فصار كأن الواهب أوجب الهبة له ابتداء وانه يمنع الرجوع كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله أن الملك لم يثبت للمولى بالهبة لانها وقعت للعبد ألا ترى أن القبض اليه لا الى المولى وانما ثبت ضرورة تعدد الاثبات للعبد فأقيم مقامه واثبت الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمنع الرجوع مع ما أن الملك يثبت له بالهبة لكن الهبة وقعت للمولى من وجهه وللعبد من وجهه لان الإيجاب أضيف الى العبد والملك وقع للمولى اذ لم يكن دين فلم يتكامل معنى الصلة في الهبة فصارت كالهبة لذي رحم محرم فان كانا جميعاً ذارحم محرم من الواهب فقد ذكر الكرخي عن محمد بن قيس قول أبي حنيفة أن يرجع لان قرابة العبد لا تؤثر في إسقاط الرجوع لان الملك لم يقع له وقرابة المولى أيضاً لا تؤثر فيه لان الإيجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الأصل في الهبة والامتناع معارض المسقط ولم يوجد فلا يسقط وذكر الفقيه أبو جعفر الهندي واني انه ليس له أن يرجع في هذه المسئلة في قولهم لان الهبة اما أن يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى وأيهما كان فرحة كاملة والصلة الكاملة تمنع الرجوع والجواب انه لا يعتبر ههنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعاً واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع والله عز وجل أعلم وعلى هذا التفريع اذا وهب لمكاتب شيئاً وهو ذورحم محرم من الواهب أو مولاه ذورحم محرم من الواهب انه ان أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله في القرابة وعدمها ان كان أجنبياً يرجع وان كان قريباً لا يرجع لانه لما أدى فعتق استقر ملكه فصار كأن الهبة وقعت له وهو حر ولو كان كذلك يرجع ان كان أجنبياً وان كان قريباً لا يرجع كذا هذا وان عجز ورد في الرق فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله انه يعتبر حال المولى في القرابة وعدمها ان كان أجنبياً فله الواهب أن يرجع وان كان قريباً فليس له أن يرجع بناء على أن الهبة عنده أو جبت ملكاً موقوفاً على المكاتب وعلى مولاه على معنى انه ان أدى فعتق تبين ان الملك وقع له من حين وجوده وان عجز ورد في الرق يظهر انه وقع للمولى من وقت وجوده كأن الهبة وقعت له من الابتداء وعلى قول محمد لا يرجع في الاحوال كلها لان عنده كسب المكاتب يكون للمكاتب من غير توقف ثم ينتقل الى المولى بالعجز كأنه وهب لحي فمات وانتقل الموهوب الى ورثته الثاني الزوجية فلا يرجع كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه لان صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل انه يتعلق بها التوارث في جميع الاحوال فلا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجري مجراها الثالث التوارث فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة لانه يطلب بها الثواب كالصدقة ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله تعالى وان لم يكن عوضاً في الحقيقة اذا العبد لا يستحق على مولاه عوضاً ولو تصدق على غنى فالقياس أن يكون له حق الرجوع لان التصديق على الغنى يطلب منه العوض عادة فكان هبة في الحقيقة فيوجب الرجوع لانهم استحسنوا وقالوا ليس له ان يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الاغنياء ألا ترى أن من له نصاب تجب فيه الزكاة وله عيال لا يكفيه ما في

يده في الصدقة عليه ثواب وإذا كان الثواب مطلوباً من ذلك في الجملة فإذا أتى بلفظة الصدقة دل أنه أراد به الثواب وأنه يمنع الرجوع لما بينا (وأما) الشيوخ فتقول لا يمنع الرجوع في الهبة فلو أهاب أن يرجع في نصف الهبة مشاعاً وإن كان محتملاً للقسمة بأن وهب داراً فباع الموهوب له نصفها مشاعاً كان للواهب أن يرجع في الباقي وكذا لو بيع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله أن يرجع في بعضه بدون البعض بخلاف الهبة المستقبلية لأنها لا تجوز في المشاع الذي يحتمل القسمة لأن القبض شرط جواز العقد والبيع يخل في القبض الممكن من التصرف والرجوع ففسخ والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوخ مانعاً من الرجوع (وأما) بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً فتقول والله التوفيق لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ واختلف في الرجوع فيها بالتراضي فمسائل أمحاجنا تدل على أنه فسخ أيضاً كالرجوع بالقضاء فانهم قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشيعاء وكذلك اتفق محته على القبض ولو كانت هبة مبتدأة لو وقف محته على القبض وكذلك وهب لانسان شيئاً ووهبه الموهوب له لا آخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول أن يرجع ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له حق الرجوع فهذه المسائل تدل على أن الرجوع بغير قضاء فسخ وقال زفرانه هبة مبتدأة (وجه) قوله أن ملك الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيها فأشبه الرد بالعيب فيعتبر عقد جديد في حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض والدليل على أنه هبة مبتدأة ما ذكره في كتاب الهبة أن الموهوب له إذا رد الهبة في مرض موته أنها تكون من الثلث وهذا حكم الهبة المبتدأة (ولنا) أن الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي والدليل على أنه مستوفى حق نفسه بالفسخ أن الهبة عقد جائز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفياً ثابتاً له فلا يقف على القضاء بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي أنه يعتبر بيعاً جديداً في حق ثالث لأنه لا حق للمشتري في الفسخ وإنما حقه في صفة السلامة فإذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم موجب الفسخ في حق ثالث على قضاء القاضي (وأما) ما ذكره من أمحاجنا من التزم وقال هذا يدل على أن الرجوع بغير قضاء هبة مبتدأة وما ذكرنا من المسائل يدل على أنها فسخ فكان في المسئلة روايتان (ومنهم) من قال هذا لا يدل على اختلاف الروايتين لأنه إنما اعتبر الرد من الثلث لكون المريض متهما في الرد في حق ورثته فكان فسخاً فيما بين الواهب والموهوب له هبة مبتدأة في حق الورثة وهذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان كالأقالمة فأنها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما وإذا فسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب ويملكه الواهب وإن لم يقبضه لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك في يده لا يضمن لأن قبض الهبة قبض غير مضمون فإذا فسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضموناً عليه إلا بالتعدي كسائر الأمانات ولو لم يتراضياً على الرجوع ولا قضى القاضي به ولو كان الموهوب له وهب الموهوب للواهب وقبله الواهب الأول لا يملكه حتى يقبضه وإذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي أو بقضاء القاضي وليس للموهوب له أن يرجع فيه وكذا الصدقة (أما) وقوف الملك فيه على القبض فلان الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ وملك الواهب لا يزل إلا بالقبض بخلاف ما إذا تراضياً على الرجوع أن الواهب يملكه بدون القبض لأن اتفاقهما على الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد ثم إذا قبضه الواهب قام ذلك مقام الرجوع لأن الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتدأة فلا يصح الرجوع فيها

فصل وأما بيان ما يرفع عقد الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ أما بالاقالة أو الرجوع بقضاء القاضي أو التراضي على ما بينا وإذا فسخ العقد يعود الموهوب إلى قديم ملك الواهب بنفس الفسخ من غير الحاجة إلى القبض لما ذكرنا فيما تقدم

﴿كتاب الرهن﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن عقد الرهن وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الرهن وفي بيان ما يخرج به الرهن عن كونه رهنا وما يبطل به الركن وما لا يبطل وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل أما ركن عقد الرهن فهو الأيجاب والقبول وهو أن يقول الراهن رهنتك هذا الشيء بمالك على من الدين أو يقول هذا الشيء رهنيك وما يجري هذا المجرى ويقول المرتهن ارتهنت أو قبلت أو رضيت وما يجري مجراه فأما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى شيئا بدينارهم ودفع إلى البائع ثوبا وقال له أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لأنه أتى بمعنى العقد والعبرة في باب العقود للمعاني

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأشياء بعضها يرجع إلى نفس الرهن وبعضها يرجع إلى الراهن والمرتهن وبعضها يرجع إلى المرهون وبعضها يرجع إلى المرهون به (أما) الذي يرجع إلى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقا بشرط ولا مضاعفا إلى وقت لأن في الرهن والارتهان معنى الإيفاء والاستيفاء فيشبه البيع وأنه لا يحتمل التعليق بشرط ولا إضافة إلى وقت كذا هذا (وأما) الذي يرجع إلى الراهن والمرتهن فعقلهما حتى لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل (فأما) البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية حتى يجوز من الصبي المأذون والعبد المأذون لأن ذلك من توابح التجارة فيملكه من يملك التجارة ولأن الرهن والارتهان من باب إيفاء الدين واستيفائه وهما يملكان ذلك وكذا السفر ليس بشرط لجواز الرهن فيجوز الرهن في السفر والحضر جميعا لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استقرض بالمدينة من يهودي طعاما ورهنه به درعه وكان ذلك رهنا في الحضر ولأن ما شرع له الرهن وهو الحاجة إلى توثيق الدين يوجد في الحالين وهو الرهن عن تواء الحق بالجحود والانكار وتذكرة عند السهو والنسيان والتنصيص على السفر في كتاب الله تعالى عز وجل ليس لتخصيص الجواز بل هو إخراج الكلام مخرج العادة كقوله تعالى فكانت بهم من علمتهم فيهم خيرا (وأما) الذي يرجع إلى المرهون فأشياء منها أن يكون محلا قابلا للبيع وهو أن يكون موجودا وقت العقد مالا مطلقا متقوما مملوكا مملوكا مقدورا للتسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم كما إذا رهن ما يثمر نخيله العام أو ما تدر أغنامه السنة أو ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك ولا رهن الميتة والدم لأن عدم ماليتهما ولا رهن صيد الحرم والحرام لأنه ميتة ولا رهن الحر لأنه ليس بمال أصلا ولا رهن أم الولد والمدر المطلق والمكاتب لأنهم أحرار من وجه فلا يكونون أموالا مطلقة ولا رهن الخمر والخنزير من المسلم سواء كان العاقدان مسلمين أو أحدهما مسلما لأن عدم ماليته الخمر والخنزير في حق المسلم وهذا لأن الرهن إيفاء الدين والارتهان استيفاءه ولا يجوز للمسلم إيفاء الدين من الخمر واستيفاءه إلا أن الراهن إذا كان ذميا كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن لأن الرهن إذا لم يصبح كانت الخمر بمنزلة المغصوب في يد المسلم وخمر الذي مضمون على المسلم بالغصب وإذا كان الراهن مسلما والمرتهن ذميا لا تكون مضمونة على أحد (وأما) في حق أهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهاهما منهم لأن ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الخمر والشاة عندنا ولا رهن المباحات من الصيد والخطب والحشيش ونحوها لأنها ليست بمملوكة في أنفسها (فأما) كونه مملوكا للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير إذنه بولاية شرعية كالأب والوصي برهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه لأن الرهن لا يخلو (أما) أن يجري مجرى الأيداع (وأما) أن يجري مجرى المبادلة والأب إلى كل واحد منهما في مال الصغير فإنه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير فإن هلك الرهن في يد المرتهن قبل أن يفتكه الأب هلك بالأقل من قيمته ومما رهن به لأن الرهن وقع صحيحا وهذا حكم الرهن الصحيح وضمن الأب قدر ماسقط من الدين بهلاك الرهن لأنه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن فلو أدرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فليس

له أن يسترده قبل قضاء القاضى لما ذكرنا أن الرهن وقع صحيحا لوقوعه عن ولاية شرعية فلا يملك الولد نقضه ولكن يؤمر الاب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده لزوال ولايته بالبلوغ ولوقضى الولد دين أبيه وافتك الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لانه مضطر الى قضاء الدين اذ لا يمكنه الوصول الى ملكه الا بقضاء الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأمورا بالقضاء من قبل الاب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى كما لو استعار من انسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن ثم ان المعبر قضى دين المستعير وافتك الرهن انه يرجع بجميع ما قضى على المستعير لما قلنا كذا هذا وكذلك حكم الوصى في جميع ما ذكرنا حكم الاب وانما يفتقران في فصل آخر وهو انه يجوز للاب أن يرهن مال الصغير بدين ثبت على الصغير واذاهلك بهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين واذا أدرك الولد ليس له أن يسترده اذا كان الاب يشهد على الارتهان وان كان لم يشهد على ذلك لم يصدق عليه بعد الادراك الا بتصدق الولد ويجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه ويحبسه لاجل الولد واذاهلك بعد ذلك فهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين اذا كان أشهد عليه قبل الهلاك وان كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لم يصدق الا أن يصدق الولد بعد الادراك والوصى لو فعل هذا من اليتيم لا يجوز رهنه ولا ارتهانه أما على أصل محمد فلا يشك لانه لا يرى بيع مال اليتيم من نفسه ولا شراء ماله لنفسه أصلا فكذلك الرهن وعلى قولهما ان كان يجوز البيع والشراء لكن اذا كان خيرا لليتيم ولا خيره في الرهن لانه يهلك أبدا بالاقبل من قيمته ومن الدين فلم يكن فيه خير لليتيم فلم يحجز وكذلك يجوز رهن مال الغير باذنه كما لو استعار من انسان شيئا ليرهنه بدين على المستعير لما ذكرنا ان الرهن ابقاء الدين وقضاؤه والانسان بسبيل من أن يقضى دين نفسه بمال غيره باذنه ثم اذا أذن المالك بالرهن فاذنه بالرهن لا يخلو اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا فالمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير وبأى جنس شاء وفي أى مكان كان ومن أى انسان أراد ولان العمل باطلاق اللفظ أصل وان كان مقيدا بان سعى قدرا أو جنسا أو مكاثا أو انسانية تقيده حتى لو أذن له أن يرهنه بعشرة لم يحجز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل لان المتصرف باذن يتقيد تصرفه بقدر الاذن والاذن لم يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهن بالاكثر ولا بالاقبل أيضا لان المرهون مضمون والمالك انما جعله مضمونا بالقدر وقد يكون له في ذلك غرض صحيح فكان التقييد به مفيدا وكذلك لو أذن له أن يرهنه بجنس لم يحجز له أن يرهنه بجنس آخر لان قضاء الدين من بعض الاجناس قد يكون أيسر من بعض فكان التقييد بالجنس مفيدا وكذا اذا أذن له أن يرهنه بالكوفة لم يحجز له أن يرهنه بالبصرة لان التقييد بمكان دون مكان مفيد فتقييد بالمكان المذكور وكذا اذا أذن له أن يرهنه من انسان بعينه لم يحجز له أن يرهنه من غيره لان الناس متفاوتون في المعاملات فكان التعيين مفيدا فان خالف في شئ مما ذكرنا فهو ضامن لقيمته اذاهلك لانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فصار غاصبا وللمالك أن يأخذ الرهن من يد المرتهن لان الرهن لم يصبح فبقي المرهون في يده بمنزلة المصوب فكان له أن يأخذه منه وليس لهذا المستعير ان ينتفع بالمرهون لا قبل الرهن ولا بعد الا تفكك فان فعل ضمن لانه لم يأذن له الا بالرهن فان انتفع به قبل أن يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته برى من الضمان حين ذكره في الاصل لانه لما انتفع به فقد خالف ثم لما رهنه فقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان كالمودع اذا عاد الى الوفاق بعد ما خالف في الوديعة بخلاف ما اذا استعار العين لينتفع بها خالف ثم عاد الى الوفاق انه لا يبرأ عن الضمان لان المستعير للانتفاع ليست يده المالك بل يد نفسه حيث تعود المنفعة اليه فلم تكن بالعود الى الوفاق رادا للمال الى يد المالك فلا يبرأ عن الضمان (فاما) المستعير للرهن فيده قبل الرهن يد المالك فاذا عاد الى الوفاق فقد رد المال الى يد المالك فيبرأ عن الضمان واذا قبض المستعير العارية فهلك في يده قبل أن يرهنه فلا ضمان عليه لانه هلك في قبض العارية لا في قبض الرهن وقبض العارية قبض أمانة لا قبض ضمان وكذلك اذاهلك في يده بعد ما فتكه من يد المرتهن لانه بالافتك من يد المرتهن عارية فكان الهلاك في قبض العارية ولو وكل الراهن معنى المستعير بقبض الرهن من المرتهن أحدا فقبضه فهلك في يد القابض فان كان القابض في عياله لم يضمن لان يده كيده

والمالك رضى بيده وان لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيده فلم يكن المالك راضياً بيده وان هلك في يد المرتهن وقدرهن على الوجه الذي اذن فيه ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه من مال الغير باذنه بالرهن اذا الرهن قضاء الدين ويتعذر القضاء عند الهلاك وكذلك لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الراهن ذلك القدر لانه قضى ذلك القدر من دينه بمال الغير فيضمن ذلك القدر فكان المستعير بمنزلة رجل عنده ودعة لا نسان فقضى دين نفسه بمال الودعة باذن صاحبها فاقضى يكون مضموناً عليه وما لم يقبض يكون أمانة في يده فان عجز الراهن عن الافسكالك فافتكه المالك لا يكون متبرعاً ويرجع بجميع ما قضى على المستعير وذكر الكرخي انه يرجع بقدر ما كان على الدين به ولا يرجع بالزيادة عليه ويكون متبرعاً فيها حتى لو كان المستعير رهن بألفين وقيمة الرهن ألف فقضى المالك ألفين فانه يرجع على المستعير بألفين وعلى ما ذكره الكرخي يرجع عليه بألف (وجهه) قول الكرخي ان المضمون على المستعير قدر الدين بدليل انه لا يضمن عند الهلاك الا قدر الدين فاذا قضى المالك الزيادة على المقدر كان متبرعاً فيها (وجهه) القول الآخر ان المالك مضطر الى قضاء كل الدين الذي رهن به لانه علق ماله عند المرتهن بحيث لا فسكالك له الا بقضاء كل الدين فكان مضطراً في قضاء الكل فكان مأذوناً فيه من قبل الراهن دلالة كانه وكله بقضاء دينه فقضاء المعير من مال نفسه ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى كذا هذا وليس للمرتهن أن يمنع من قبض الدين من المعير ويحجر على القبض ويسلم الرهن اليه لان له ولاية قضاء الدين لتخلص ملكه وازالة العلق عنه فلا يكون المرتهن ولاية الا متناع من القبض والتسليم فان اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المعير هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل أن أرهنه أو بعدما اقتضيته فالقول قول الراهن مع يمينه لان الضمان انما وجب على المستعير لكونه قاضياً دين نفسه من مال الغير باذنه وهو ينكر القضاء فكان القول قول المنكر ولا يجوز رهن المجهول ولا معجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه والا صل فيه ان كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب البيوع (ومنها) أن يكون مقبوض المرتهن أو من يقوم مقامه والكلام في القبض في مواضع في بيان انه شرط جواز الرهن وفي بيان شرائط صحته وفي تفسير القبض وما هيته وفي بيان أنواعه (اما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال عامة العلماء انه شرط وقياس قول زفر رحمه الله في الهبة أن يكون ركناً كالقبول حتى ان من حلف لا يرهن فلا ناشياً فرهنه ولم يقبضه بحث عندنا وعنده لا بحث كما في الهبة والصحيح قولنا لقول الله تبارك وتعالى في رهن مقبوضة ولو كان القبض ركناً لصار مذكوراً بذكر الرهن فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه مقبوضة معنى فدل ذلك على القبض مقرراً وبأن ذكر الرهن على انه شرط وليس بركن وقال مالك رحمه الله ليس بركن ولا شرط والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى في رهن مقبوضة وصف سبحانه وتعالى الرهن بكونه مقبوضاً فيقتضي أن يكون القبض فيه شرطاً صريحاً لظهوره تعالى عن الخلف ولانه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات ولو تعاقد اعلی أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين ولو اراد المرتهن أن يقبضه من يده ليجبسه رهناً ليس له ذلك لان هذا شرط فاسد ادخله في الرهن فلم يصح الرهن ولو تعاقد اعلی أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز ويكون قبضه كقبض المرتهن وهذا قول العامة وقال ابن أبي ليلى لا يصح الرهن الا بقبض المرتهن والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى في رهن مقبوضة من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل ولان قبض العدل رضا المرتهن قبض المرتهن معنى ولو قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد عدل آخر ووضعاه في يده جاز لانه جاز وضعه في يد الاول لتراضيهما فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما وكذا اذا قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد المرتهن ووضعاه في يده لانه جاز وضعه في يده في الابتداء فكذا في الانتهاء وكذا اذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن ووضعاه في يده جاز لان القبض الصحيح للعقد قد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده ويد الاجنبي سواء ولو رهن رهناً وسلط عدلاً على بيعه عند الحل فلم يقبض حتى حل الاجل فالرهن باطل لان صحته بالقبض والبيع صحيح لان صحة

التوكيل لا تقف صحته على القبض فصيح البيع وان لم يصح الرهن وكذلك لو رهن مشاعا وسلطه على بيعه فالرهن باطل والوكالة صحيحة لما ذكرنا ولو جعل عدلا في الامسالك وعدلا في البيع جاز لان كل واحد منهما أمر مقصود فيصح افرادة بالتوكيل (وأما) بيان شرائط صحته فأشياء (منها) أن يكون باذن الراهن لما ذكرنا في الهبة ان الاذن بالقبض شرط صحته فيما له صحة بدون القبض وهو البيع فلان يكون شرطا فيما لا صحة له بدون القبض أولى ولان القبض في هذا الباب يشبه الركن كإتيان الهبة في شبهه القبول وذلك لا يجوز من غير رضا الراهن كذا هذا ثم نقول الاذن نوعان نص وما يجري مجرى النص دلالة فلا ول نحو أن يقول أذنت له بالقبض أو رضيت به أو قبض وما يجري هذا الجرى فيجوز قبضه سواء قبض في المجلس أو بعد الافتراق استحسانا وقياس قول زفر في الهبة ان لا يجوز بعد الافتراق والثاني نحو أن يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهيه فيصح قبضه استحسانا وقياس قول زفر في الهبة أن لا يصح كما لا يصح بعد الافتراق لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول فلا يجوز من غير اذن كالقبول وصار كالبيع الصحيح بل أولى لان القبض ليس بشرط لصحته وانه شرط لصحة الرهن (وجه) الاستحسان انه وجد الاذن ههنا دلالة الاقدام على ايجاب الرهن لان ذلك دلالة القصد الى ايجاب حكمه ولا يثبت لحكمه الا بالقبض ولا صحة للقبض بدون الاذن فكان الاقدام على ايجاب دلالة الاذن بالقبض والاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق فلم يوجد الاذن هناك نصا ودلالة بخلاف البيع لان البيع الصحيح بدون القبض فلم يكن الاقدام على ايجابه دليل القبض فلا يكون دليل الاذن فهو الفرق ولو رهن شيئا متصلا بما لم يقع عليه الرهن كالثمن المعلق على الشجر ونحوه مما لا يجوز الرهن فيه الا بالفصل والقبض قفصل وقبض فان قبض بغير اذن الراهن لم يجز قبضه سواء كان الفصل والقبض في المجلس أو في غيره لان الايجاب ههنا لم يقع صحيحا فلا يستدل به على الاذن بالقبض وان قبض باذنه فالقياس أن لا يجوز وهو قول زفر وفي الاستحسان جائز بناء على أصل ذكرناه في الهبة والله الموفق (ومنها) الحيازة عندنا فلا يصح قبض المشاع وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وقبض المشاع صحيح (وجه) قوله ان الشياع لا يقدح في حكم الرهن ولا في شرطه فلا يمنع جواز الرهن ودلالة ذلك ان حكم الرهن عنده كون المرتهن أحق ببيع المهرين واستيفاء الدين من بدله على ما ذكره والشيوع لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وانه ممكن في النصف الشائع بتخلية الكل (ولنا) ان قبض النصف الشائع وحده لا يتصور والنصف الآخر ليس بمهرين فلا يصح قبضه وسواء كان مشاعا يحتمل القسمة أو لا يحتملها لان الشيوع يمنع تحقق قبض الشائع في النوعين جميعا بخلاف الهبة فان الشيوع فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك ضمان القسمة على ما ذكرنا في كتاب الهبة وانه يخص المقسوم وسواء رهن من أجنبي أو من شريك على ما ذكرنا ان شاء الله تعالى وسواء كان مقارنا للعقد أو طرأ عليه في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان الشيوع الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة صورته اذا رهن شيئا وسلط المرتهن أو العدل على بيعه كيف شاء محتمما أو متفرقا فباع نصفه شائعا أو استحق بعض الرهن شائعا (وجه) رواية أبي يوسف ان حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء لان البقاء أسهل من حكم الابتداء لهذا الفرق الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الاحكام كالعدة الطارئة والابق الطارئ ونحو ذلك فكون الحيازة شرطا في ابتداء العقد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة (وجه) ظاهر الرواية ان المانع في المقارن كون الشيوع مانعا عن تحقق القبض في النصف الشائع وهذا المعنى موجود في الطارئ فيمنع البقاء على الصحة ولو رهن رجلان رجلا عبدا بدين له عليهما رهنا واحدا جاز وكان كل رهنا بكل الدين حتى ان للمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي كل الدين واذا قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لان كل واحد منهما رهن كل العبد باعليه من الدين لا نصفه وان كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا أن كون المهرين مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن فانه يجوز رهن مال الغير باذنه لما بينا واقدامهما على رهنه صفقة واحدة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار كل العبد

رهنًا بكل الدين ولا استحالة في ذلك لأن الرهن حبس وليس يمتنع أن يكون العبد الواحد محبوسًا بكل الدين فلم يكن هذا رهنًا شائعًا فجاز وليس لأحدهما أن يأخذ نصيبه من العبد إذا قضى ما عليه من الدين لأن كله مرهون بكل الدين فمات شيء من الدين بقي استحقاق الحبس وكذلك إذا رهن رجل رجلين بدين لهما عليه وهما شركاء في شركة بينهما جاز وإذا قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يقبض شيئًا من الرهن لأنه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما وكل العبد يصلح رهنًا بدين كل واحد منهما على الكمال كأن ليس معه غيره لما ذكرنا وهذا بخلاف الهبة من رجلين على أصل أني حنيفة عليه الرحمة أنها غير جائزة لأن الهبة تمليك وتمليك شيء واحد من اثنين من كل واحد منهما على الكمال محال والمأفل لا يقصد بتصرفه المحال فاما الرهن فحبس ولا استحالة في كون الشيء الواحد محبوسًا بكل واحد من الدينين فهو الفرق بين الفصلين غير أنه وإن كان محبوسًا بكل واحد من الدينين لكنه لا يكون مضمونًا بالحبسة حتى لو هلك تنقسم قيمته على الدينين فيسقط من كل واحد منهما قدره لأن المرتين عند هلاك الرهن يصير مستوفيا الدين من مال الرهن وأنه لا يفي لاستيفاء الدينين وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما فيسقط من كل واحد منهما قدره وعلى هذا يخرج حبس المبيع بأن اشترى رجلان من رجل شيئاً فأدى أحدهما حصته من الثمن لم يكن له أن يقبض شيئاً من المبيع وكان للبائع أن يحبس كله حتى يستوفي ما على الآخر لأن كل المبيع محبوس بكل الثمن فمات جزء من الثمن بقي استحقاق حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار أو رهن طائفة معينة من دار جاز لأن عدم الشيوع وعلى هذا الأصل تخرج زيادة الدين على الرهن أنها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبجملة الكلام في الزيادة أنها أنواع أربعة زيادة الرهن وهي غاؤه كالولد والبن والتمر والصوف وكل ما هو متولد من الرهن أو في حكم المتولد منه بأن كان بدل جزء فائت أو بدل ما هو في حكم الجزء كالارث والعقرو زيادة الرهن على أصل الرهن كما إذا رهن بالدين جارية ثم زاد عبدًا أو غير ذلك رهنًا بذلك الدين وزيادة الرهن على نماء الرهن كما إذا رهن بالدين جارية فولدت ولدًا ثم ماتت الجارية ثم زاد رهنًا على الولد وزيادة الدين على الرهن كما إذا رهن عبدًا بألف ثم إن الراهن استقرض من المرتين ألفًا أخرى على أن يكون العبد رهنًا بالاول والزيادة جميعا (أما) زيادة الرهن فله رهنه عندنا على معنى أنه ثبت حكم الأصل فيها وهو استحقاق الحبس على طريق الزوم وعند الشافعي رحمه الله ليست بمرونة أصلاً والمسئلة تأتي في بيان حكم الرهن إن شاء الله تعالى (وأما) زيادة الرهن فجازة استحساناً والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله وهو على اختلاف الزيادة في الثمن والمثمن وقد مررت المسئلة في كتاب البيوع (وأما) زيادة الرهن على نماء الرهن بعد هلاك الأصل فهي موقوفة أن بقي الولد إلى وقت الفسك جازت الزيادة وإن هلك لم تجز لأنها إذا هلكت تبين أنها حصلت بعد سقوط الدين وقيام الدين شرط صحة الزيادة (وأما) زيادة الدين على الرهن فهي على الاختلاف الذي ذكرناه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف جائزة (وجه) قوله أن الدين في باب الرهن كالثمن في باب البيع بدليل أنه لا يصح الرهن إلا بالدين كما لا يصح البيع إلا بالثمن ثم هناك جازت الزيادة في الثمن والمثمن جميعاً فكذلكها تجوز الزيادة في الرهن والدين جميعاً والجامع بين البابين أن الزيادة عندنا تلتحق بأصل العقد كان العقد ورد على الأصل والزيادة جميعاً فيصير كأنه رهن بالدين عديد ابتداءً وذا جائز كذا هذا (وجه) قوله أن هذه الزيادة لو صححت لا وجبت الشيوع في الرهن وأنه يمنع صحة الرهن ودلالة ذلك أنها لو صححت لصار بعض العبد بمقتضى فلا يخلو (أما) أن يصير ذلك البعض بمقابلة الزيادة مع بقائه مشغولاً بالاول (وأما) أن يفرغ من الاول ويصير مشغولاً بالزيادة لا سبيل إلى الاول لأن المشغول بشيء لا يحتمل الشغل بغيره ولا سبيل إلى الثاني لأنه رهن بعض العبد بالدين وهذا رهن المشاع فلا يجوز كما إذا رهن عبدًا واحدًا بدينين مختلفين لكل واحد منهما بعضه بخلاف زيادة الرهن على أصل الرهن لأن الزيادة هناك لا تؤدي إلى شيوع الرهن بل إلى شيوع الدين لأن قبل الزيادة كان العبد بمقابلة كل الدين وبعد الزيادة صار كله بمقابلة بعض الدين والعبد والزيادة بمقابلة البعض الآخر فجمع

الشيوع الى الدين لا الى الرهن والشيوع في الدين لا يمنع صحة الرهن وفي الرهن يمنع صحته ألا ترى لو رهن عبدا بنصف الدين جاز ولو رهن نصف العبد بالدين لم يجوز لذلك افترق حكم الزايتين ولو رهن مشاعا قسم وسلم جاز لان العقد في الحقيقة موقوف على القسمة والتسليم بعد القسمة فإذا وجد فقد زال المانع من النفاذ فينفذ (ومنها) أن يكون المرهون فارغا عما ليس بمرهون فإن كان مشغولا به بأن رهن دارا فيها متاع الراهن وسلم الدار أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع أو رهن جوالقادون ما فيه وسلم الجوالق أو سلمه مع ما فيه لم يجوز لان معنى القبض هو التخليص الممكنة من التصرف ولا يتحقق مع الشغل ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لان المانع هو الشغل وقد زال فينفذ كما في رهن المشاع ولو رهن المتاع الذي فيها دون الدار وخلى بينه وبين الدار جاز بخلاف ما اذا رهن الدار دون المتاع لان الدار تكون مشغولة بالمتاع فاما المتاع فلا يكون مشغولا بالدار فيصح قبض المتاع ولم يصح قبض الدار ولو رهن الدار والمتاع والذي فيها صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما وهو خارج الدار جاز الرهن فيهما جميعا لانه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعا ولو فرق الصفقة فيهما بأن رهن أحدهما ثم الآخر فإن جمع بينهما في التسليم صح الرهن فيهما جميعا (أما) في المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا ان المتاع لا يكون مشغولا بالدار (وأما) في الدار فلا رهن المانع وهو الشغل قد زال وان فرق بأن رهن أحدهما وسلم ثم رهن الآخر وسلم لم يجوز الرهن في الدار وجاز في المتاع سواء قدم أو أخر بخلاف الهبة فإن هناك يراعى فيه الترتيب ان قدم هبة الدار لم تجز الهبة في الدار وجازت في المتاع كما في الرهن وان قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا (أما) في المتاع فلا رهن مشغول بالدار (وأما) في الدار فلا رهن وان كانت مشغولة وقت القبض لكن بمتاع هو ملك الموهوب له فلم يمنع صحة القبض وهنا الدار مشغولة بمتاع هو ملك الراهن فيمنع صحة القبض فهو الفرق ولو رهن دارا وراهن والمرتهن في جوف الدار فقال الراهن سألته اليك لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم يسلم لان معنى التسليم هو التخليص لا يتحقق مع كونه في الدار فلا بد من تسليم جديد بعد الخرج منها ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن حتى يلقى الحمل عنها ثم يسلمها الى المرتهن ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها اليه كان رهنا تاما في الحمل لان الدابة مشغولة بالحمل اما الحمل فليس مشغولا بالدابة كما في رهن الدار التي فيها المتاع بدون المتاع والذي في الدار بدون الدار ولو رهن سرجا على دابة أو لجاما في رأسها أو رسناني رأسها فدفعت اليه الدابة مع اللجام والسرج والرسن لم يكن رهنا حتى ينزع من رأس الدابة ثم يسلم بخلاف ما اذا رهن متاعا في الدار لان السرج ونحوه من توابع الدابة فلم يصح رهنها بدون الدابة كما لا يصح رهن الثمر بدون الشجر بخلاف المتاع فإنه ليس تبع للدار ولهذا قالوا لو رهن دابة عليها سرج أو لجام دخل ذلك في الرهن بحكم التبعية وعلى هذا يخرج ما اذا رهن جارية واستثنى ما في بطنها أو بهيمة واستثنى ما في بطنها أنه لا يجوز الاستثناء ولا العقد أما الاستثناء فلا رهن لكان المرهون مشغولا بما ليس بمرهون وأما العقد فلا رهن استثناء ما في البطن بمنزلة الشرط الفاسد والرهن تبطله الشروط الفاسدة كالبيع بخلاف الهبة ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم رهن الام أو دبر ما في بطنها ثم رهن الام فالكلام فيه كالكلام في الهبة وقد مر الكلام في الهبة ومنها ان يكون المرهون منفصلا متميزا عما ليس بمرهون فإن كان متصلا به غير متميز عنه لم يصح قبضه لان قبض المرهون وحده غير ممكن والمتصل به غير مرهون فاشبهه رهن المشاع وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا رهن الارض بدون البناء أو بدون الزرع والشجر أو الزرع والشجر بدون الارض أو الشجر بدون الثمر أو الثمر بدون الشجر انه لا يجوز سواء سلم المرهون بتخليص الكل أولا لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو وجد الثمر وحصد الزرع وسلم منفصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو جمع بينهما في عقد الرهن فرهنهما جميعا وسلم متفرقا جاز وان فرق الصفقة بأن رهن الزرع ثم الارض أو الارض ثم الزرع ينظر ان جمع بينهما في التسليم جاز الرهن فيهما جميعا وان فرق لا يجوز فيهما جميعا سواء قدم أو أخر بخلاف الفصل الاول لان المانع في الفصلين مختلف

فالمانع من صحة القبض في هذا الفصل هو الاتصال وأنه لا يختلف والمانع من صحة القبض في الفصل الأول هو الشغل وأنه يختلف مثال هذا اذا رهن نصف داره مشاعاً من رجل ولم يسلم اليه حتى رهنه النصف الباقي وسلم الكل انه يجوز ولو رهن النصف وسلم ثم رهن النصف الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هذا اذا رهن صوفاً على ظهر غنم بدون الغنم انه لا يجوز لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جره وسأله جازلان المانع قد زال وعلى هذا أيضاً اذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسأله فارغه جازلاً قلنا بخلاف ما اذا رهن ما في بطن جاريته أو ما في بطن غنمه أو ما في ضرعها أو رهن سمنافى لبن أو دهنافى سمس أو زيتافى زيتون أو دقيقا فى حنطة انه يطل وأن ساططه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك فقبض لأن العقد هناك لم ينعد أصلاً لعدم المحل لكونه مضافاً الى المعدوم ولهذا لم ينعد البيع المضاف اليها فكذا الرهن أما هنا فالعقد منعقد موقوف نقاذه على صحة التسليم بالفصل والتمييز فاذا وجد قد زال المانع ولو رهن الشجر بمرأضه من الارض جازلان قبضه ممكن ولو رهن شجر اوفيه ثم لم يسلمه فى الرهن دخل فى الرهن بخلاف البيع انه لا يدخل الثمر فى بيع الشجر من غير تسمية لانه قصد تصحيح الرهن ولا صحة له بدون القبض ولا صحة للقبض بدون دخول ما هو متصل به فيدخل تحت العقد تصحيحه بخلاف البيع فانه يصح فى الشجر بدون الثمر ولا ضرورة الى ادخال الثمر للتصحيح ولو قال رهنك هذه الدار أو هذه الارض أو هذا الكرم وأطلق القول ولم يخص شيئاً دخل فيه كل ما كان متصلاً به من البناء والفرس لان ذلك يدخل فى البيع مع ان القبض ليس من شرط صحته فلان يدخل فى الرهن أولى الا انه يدخل فى الزرع والثمر ولا يدخل فى البيع لما ذكرنا بخلاف المتاع انه لا يدخل فى رهن الدار ويدخل الثمر فى رهن الشجر لان الثمر تابع للشجر والمتاع ليس بتابع للدار ولو استحق بعض المرهون بعد صحة الرهن ينظر الى الباقي ان كان الباقي بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتداء لا يفسد الرهن فيه وان كان مما لا يجوز رهنه ابتداء ففسد الرهن فى الكل لانه لما استحق بعضه تبين ان العقد لم يصح فى القدر المستحق وأنه لم يقع الاعلى الباقي فكان رهن هذا القدر ابتداء فينظر فيه ان كان محلاً لا بداء الرهن يبقى الرهن فيه والا فيفسد فى الكل كما لو رهن هذا القدر ابتداء الا انه اذا بقى الرهن فيه ببقى بحصته حتى لو هلك الباقي بهلك بحصته من الدين وان كان فى قيمته وفاء بجميع الدين ولا يذهب جميع الدين واذا رهن الباقي ابتداء وفيه وفاء بالدين فهلك بهلك بجميع الدين وان شئت ان تحمل الحياة زنة شرطاً مفرداً وخرجت المشاع على هذا الاصل لانه مرهون متصل بما ليس بمرهون حقيقة فكان تخريجه عليه مستقيماً فافهم ومنها أهلية القبض وحى العقل لانه ثبت به أهلية الركن وهو الايجاب والقبول فلان ثبت به أهلية الشرط أولى وأما تفسير القبض فالقبض عبارة عن التخلي وهو التمكن من اثبات اليد وذلك بارتضاع الموانع وأنه يحصل بخلية الراهن بين المرهون والمرتهن فاذا حصل ذلك صار الراهن مسلماً والمرتهن قابضاً وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه يشترط معه النقل والتحويل فلم يوجد لا يصير قابضاً وجه هذه الرواية ان القبض شرط صحة الرهن قال الله تبارك وتعالى فراهان مقبوضة ومطلق القبض ينصرف الى القبض الحقيقى ولا يتحقق ذلك الا بالنقل فاما التخلي فقبض حكماً لا حقيقة فلا يكتفى به وجه ظاهر الرواية ان التخلي بدون النقل والتحويل قبض فى العرف والشرع أما العرف فان القبض رد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والقار يقال هذه الارض أو هذه القرية أو هذه الولاية فى يد فلان فلا يفهم منه الا التخلي وهو التمكن من التصرف وأما الشرع فان التخلي فى باب البيع قبض بالاجماع من غير نقل وتحويل دل ان التخلي بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشرعية فيكتفى به وأما بيان أنواع القبض فنقول وبالله التوفيق القبض نوعان نوع بطريق الاصاله ونوع بطريق النيابة أما القبض بطريق الاصاله فهو ان يقبض بنفسه لنفسه وأما القبض بطريق النيابة فنوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القبض أما الذى يرجع الى القابض فنحو قبض الاب والوصى عن الصبي وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض

المرتحن حتى لو هلك الرهن في يده كان الهلاك على المرتحن لان نفس القبض مما يحتمل النياية ولان قبض الرهن قبض استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النياية وأما الذي يرجع الى نفس القبض فهو ان المرهون اذا كان مقبوضا عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فلا صل فيه ما ذكرنا في كتاب البيوع والهبة ان القبضين اذا تبا نسا ناب أحدهما عن الآخر واذا اختلفا ناب الا على عن الادنى وقد بينا فقه هذا الاصل وفروعه فيما تقدم وان شئت عددت الحيازة والقراغ والتميز من شرائط نفس العقد قللت ومن شرائط صحة العقد ان يكون المرهون محوزا عندنا وبنت المشاع عليه وان شئت قللت ومنها دوام القبض عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وبنت عليه المشاع (ولنا) في اثبات هذا الشرط دليلان أحدهما قوله تعالى فرهان مقبوضة أخبر الله سبحانه وتعالى ان المرهون مقبوض فيقتضي كونه مقبوضا مادام مرهونا لان اخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلف والشيوخ يمنع دوام القبض فيمنع صحة الرهن والثاني ان الله تبارك وتعالى سماه رهنا وكذا يسمى رهنا في متعارف اللغة والشرع والرهن حبس في اللغة قال الله تبارك وتعالى كل نفس بما كسبت رهينة أى حبيسة بكسبها فيقتضي ان يكون محبوسا مادام مرهونا والشيوخ يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن وسواء كان فيما يحتمل القسمة أو فيما لا يحتملها لان الشيوخ يمنع ادامة القبض فيهما جميعا وسواء كان الشيوخ مقارنا أو طارئا في ظاهر الرواية لان كل ذلك يمنع دوام القبض وسواء كان الرهن من أجنبي أو من شريك لانه لو جاز لا مسكة الشريك يوما يحكم الملك ويوما يحكم الرهن فتختلف جهة القبض والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى ويصير كانه رهنه يوما ولا يجوز وعلى هذا أيضا يخرج رهن ما هو متصل بعين ليس بمرهون لان اتصاله بعين المرهون يمنع من ادامة القبض عليه وانه شرط جواز الرهن ومنها ان يكون فارغا ليس بمرهون ومنها ان يكون منفصلا بمزا عما ليس بمرهون وخرجت على كل واحد منهما مسائل التي ذكرنا فافهم (وأما) الذي يرجع الى المرهون به فأنواع منها ان يكون مضمونا والكلام في هذا الشرط يقع في موضعين أحدهما في أصل اشتراط الضمان والثاني في صفة المضمون أما الاول فاصل الضمان هو كون المرهون به مضمونا شرط جواز الرهن لان المرهون عندنا مضمون بمعنى سقوط الواجب عندهلاك أو بمعنى استيفاء الواجب ولست انفي بالمضمون سوى ان يكون واجب التسليم على الراهن والمضمون نومان دين وعين أما الدين فيجوز الرهن به بأى سبب وجب من الاتلاف والعصب والبيع ونحوها لان الديون كلها واجبة على اختلاف أسباب وجوبها فكان الرهن بهارها مضمون فيصبح وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله كرأس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الرهن بهذه الديون وجه قوله ان سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى ان عين الدين تصير بدلا عن الدين لا بطريق الاستيفاء لان الاستيفاء لا يتحقق الا عند الجانسة والرهن مع الدين يكونان مختلفي الجنس عادة فلا يكون القول بالسقوط بطريق الاستيفاء فتعين ان يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن مما يحتمل الاستبدال وهذه الديون كما لا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها (ولنا) ان السقوط بطريق الاستيفاء لما نذكر في حكم الرهن ان شاء الله تعالى واستيفاء هذه الديون ممكن وأما قوله الاستيفاء يستدعي المجانسة قلنا المجانسة ثابتة من وجه لان الاستيفاء يقع بمالية الرهن لا بصورته والاموال كلها فيما يرجع الى معنى المالية جنس واحد وقد يسقط اعتبار المجانسة من حيث الصورة ويكتفى بمطلق المالية للحاجة والضرورة كما في اتلاف ما لا مثل له من جنسه وقد تحققت الضرورة في باب الرهن لحاجة الناس الى توثيق ديونهم من جانب الاستيفاء فمكن القول بالاستيفاء واذا جاز الرهن بهذه الديون فان هلك الرهن في المجلس ثم الصرف والسلم لانه صار مستوفيا عين حقه في المجلس لا مستبدلا وان لم يملك حتى افترا بطلا لقوات شرط البقاء على الصحة وهو القبض في المجلس وأما العين فتقول لا خلاف في انه لا يجوز الرهن بالعين التي هي أمانة في يد الراهن كالوديعة والمارية ومال المضاربة والبضاعة والشركة والمستأجر ونحوها فانها ليست بمضمونة أصلا

وأما العين المضمونة فنوعان نوع هو مضمون بنفسه وهو الذي يجب مثله عند هلاكه كأن كان له مثل وقيمته إن لم يكن له مثل كالمغصوب في يد الغاصب والمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة وبدل الصلح عن دم العمد في يد العاقلة ولا خلاف في أنه يجوز الرهن به وللمرتهن أن يحبس الرهن حتى يسترد العين فإن هلك المهر في يده قبل استرداد العين والعين قائمة يقال للراهن سلم العين إلى المرتهن وخذ منه الأقل من قيمة الرهن ومن الدين لأن المهر عندنا مضمون بذلك فإذا وصل إليه العين يجب عليه رد قدر المضمون إلى الراهن فإن هلكت العين والرهن قائم صار الرهن بهارنا بقيمتها حتى وهلك الرهن بعد ذلك يهلك مضمونا بالأقل من قيمته وقيمة العين لأن قيمة العين بدلهما وبدل الشيء قائم مقامه كأنه هو وأما الذي هو مضمون بغيره لا بنفسه كالبيع في يد البائع ليس هو مضموناً بنفسه إلا ترى أنه لو هلك في يده لا يضمن شيئاً بل هو مضمون بغيره وهو الثمن حتى يسقط الثمن المشتري إذا هلك فهل يجوز الرهن به ذكر في كتاب الصرف أنه يجوز وله أن يحبس حتى يقبض المبيع وإن هلك في يده قبل القبض يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضاً للمبيع بهلاكه وله أن يقبض المبيع إذا أو في ثمنه وعليه أيضاً ضمان الأقل بهلاك الرهن ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قائم بطل البيع لأن اهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان المبيع وعلى المشتري أن يرد الرهن على البائع ولو هلك في يده قبل الرد هلك بضمانه وهو الأقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبائع ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع وبطلان البيع لأنه وإن هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقابلته فكان بطلانه عوض فلا يبطل ضمانه وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يصح الرهن وبه أخذ الكرخي وجه رواية الحسن أن قبض الرهن قبض استيفاء المهر ون لا يتحقق معنى الاستيفاء في المضمون بغيره لأن المشتري لا يصير مستوفياً شيئاً بهلاك الرهن إنما يسقط عنه الثمن لا غير (وجه) ظاهر الرواية أن الاستيفاء هنا يحصل من حيث المعنى لأن البيع قبل القبض إن لم يكن مضموناً بالقيمة فهو مضمون بالثمن ألا ترى أنه لو هلك يسقط الثمن عن المشتري فكان سقوط الثمن عنه كالعوض عن هلاك المبيع فيحصل مستوفياً ماله المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان في معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به ولو تزوج امرأة على دراهم بعينها أو اشترى شيئاً بدراهم بعينها فاعطى بهارها لم يحز عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر يجوز بناء على أن الدراهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات وإن عينت فكان الواجب على الراهن مثلها لا عينها فلم يكن العين مضموناً فلم يحز الرهن به وعند هيتعين بالتعيين بمنزلة العوض فكان العين مضموناً فجاز الرهن به ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لأن المكفول به ليس بمضمون على الكفيل ألا ترى أنه لو هلك لا يجب على الراهن شيء ولا يسقط عن المرتهن بمقابلته ولا يجوز الرهن بالشفعة لأن الشفعة ليست بمضمونة على المشتري بدليل أنه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا يسقط عن المرتهن بشيء بمقابلته فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يحز ولا يجوز الرهن بالعبد الجاني والعبد المديون لأنه لو هلك لا يجب على المولى شيء ولا يسقط عن المرتهن شيء بمقابلته فلم يكن مضموناً أصلاً فلا يصح الرهن به ولا يجوز الرهن بالجرة النأحة والمغنية بأن استأجر مغنية أو نأحة وأعطاهما بالاجرة رهناً لأن الاجرة لم تصبح فلم تجب الاجرة فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يحز ولو دفع إلى رجل رهناً ليقرضه فهلك الرهن قبل أن يقرضه يهلك مضموناً بالأقل من قيمته ومما سمي من القرض وإن حصل الارتهان بما ليس بمضمون لكنه في حكم المضمون لأنه قبض الرهن ليقرضه فكان قبض الرهن على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء كالمقبوض على حقيقة في الشرع كالمقبوض على سوم الشراء (وأما) صفة المضمون فنوعان (أحدهما) متفق عليه (والثاني) مختلف فيه أما المتفق عليه هو أن يكون مضموناً في الحال فلا يصح الرهن بما يصير مضموناً في الثاني كالرهن بالدرك بأن باع شيئاً وقبض الثمن وسلم المبيع إلى المشتري خاف المشتري الاستحقاق فأخذ بالثمن من البائع رهناً قبل الدرك لا يجوز حتى لا يملك الحبس سواء وجد الدرك أو لم يوجد ولو هلك يهلك أمانة سواء وجد الدرك أو لم يوجد وكذا الرهن بما ثبت له على الراهن في المستقبل لا يجوز بخلاف الكفالة فإن الكفالة بما يصير مضموناً في

الثاني جائزة كما اذا كفيل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك لان الارتهان استيفاء من وجه للحال ولا شيء للحال يستوفى واستيفاء المعدوم محال بخلاف الكفالة ولان الرهن والارتهان لما كان من باب الايفاء والاستيفاء أشبه البيع فلا يحتمل الاضافة الى المستقبل كالبيع ولان القياس يأبى جوازهما جميعاً لان كل واحد منهما يستدعى مضمونا الا أن الجواز في الكفالة لتعامل الناس ولا تعامل في الرهن فيبقى الامر فيه على أصل القياس وبخلاف ما اذا دفع الى انسان رهنا ليقرضه ان الرهن يكون مضمونا وان كان ذلك رهنا بما ليس بمضمون في الحال لان له حكم المضمون وان لم يكن مضمونا حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء بمنزلة المقبوض على حقيقة كالقبوض على سوم الشراء ولم يوجد هنا ولو قال لا خرضمنت لك مالك على فلان اذا حل يجوز أخذ الكفيل والرهن به ولو قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لم يجوز أخذ الرهن به ويجوز أخذ الكفيل والفرق ان في المسئلة الاولى الكفالة والرهن كل واحد منهما أضيف الى مضمون في الحال لان الدين المؤجل واجب قبل حلول الاجل على طريق التوسع وانما تأثير التأجيل في تأخير المطالبة بخلاف الرهن بضمان الدرك لانه لا مضمون هناك للحال ولا ماله حكم المضمون بخلاف ما اذا قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لان ذلك تعليق الضمان بقدم فلان فكان عدم ما قبل وجود الشرط فلم توجد الاضافة الى مضمون للحال فبطل الرهن وصحت الكفالة لانها لا تستدعى مضمونا في الحال بل في الجملة على ما مر وأما المختلف فيه فهو ان الشرط كونه مضمونا ظاهرا أو باطنا أو كونه مضمونا من حيث الظاهر يكفي لجواز الرهن ذكر محمد في الجامع ما يدل على ان كونه مضمونا في الظاهر كاف ولا يشترط كونه مضمونا حقيقة فانه قال اذا ادعى على رجل القأ وهي قرض عليه فجدد المدعى عليه ثم انه صالح المدعى من ذلك على خمسةائة وأعطاه بهارها يساوي خمسةائة ثم تصادقا على ان ذلك المال كان باطلا وان لم يكن للمدعى عليه شيء ثم هلك الرهن في يده كان على المرتهن أن يرد على الراهن خمسةائة لان الدين كان ثابتا على الراهن من حيث الظاهر ألا ترى أنهم لو اختصما الى القاضي قبل أن يتصادقا ان القاضي يجبر المدعى عليه على ايفاء الخمسةائة فكان هذا رهنا بما هو مضمون ظاهر افيصح يدل عليه أن الرهن بمجهة الضمان جائز على ما ذكرنا فلا يجوز بالضمان الثابت من حيث الظاهر أولى وروى عن أبي يوسف انه لا يضمن شيئا لانهما تصادقا على أنه لم يكن عليه شيء تبين ان الرهن حصل بما ليس بمضمون أصلا فلم يصح وكذا ذكر في الجامع اذا اشترى من رجل عبدا بالف درهم وقبض العبد وأعطاه بالالف رهنا يساوي القأ فهلك الرهن عند المرتهن ثم قامت البينة على ان العبد حر أو استحق العبد من يده يهلك مضمونا لان الالف كانت مضمونة على الراهن ظاهر أفقد حصل الارتهان بدين مضمون عليه من حيث الظاهر فجاز وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بعشرة دراهم واشترى دنانير من خل وأعطاه بالثمن رهنا فهلك الرهن ثم علم ان الشاة ميتة والخل خمر فالرهن مضمون لما قلنا وكذا لو قتل عبدا خطأ وأعطاه بقيمته رهنا ثم علم ان العبد حر كان المرهون مضمونا بالاقول من قيمته ومن قيمة العبد لما ذكرنا وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف ينبغي أن لا يضمن في هذه المسائل أيضا لانه تبين ان الارتهان حصل بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح ولو ادعى المستودع أو المضارب هلاك الوديعة أو المضاربة وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصادقا على مال واخذ رب المال بالمال رهنا من المستودع فهلك عنده ثم تصادقا على ان الوديعة هلكت عنده يضمن المرتهن عند محمد وعند أبي يوسف لا يضمن وهذا الاختلاف بناء على اختلافهما في صحة الصلح فعند محمد لما صح الصلح كان رهنا بمضمون من حيث الظاهر فيصح وعند أبي يوسف لما لم يصح فقد حصل الرهن بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح (ومنها) أن يكون محتملا للاستيفاء من الرهن فان لم يحتمل لم يصح الرهن به لان الارتهان استيفاء وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص في النفس وما دونها انه لا يجوز لانه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن ويجوز الرهن بارش الجناية لان استيفاءه من الرهن ممكن فصح الرهن به وعلى هذا أيضا يخرج الرهن بالشفعة انه لا يصح لان حق الشفعة لا يحتمل الاستيفاء من الرهن فلم يصح الرهن به وعلى هذا

أيضا يخرج الرهن بالكفالة بالنفس فانه لا يجوز لان المكفول به مما لا يحتمل الاستيفاء من الرهن
 (فصل) .. وأما حكم الرهن فنقول وبالله التوفيق الرهن نوعان صحيح وفاسد (أما) الاول فله أحكام بعضها يتعلق
 بحال قيام المرهون وبعضها يتعلق بحال هلاكه (أما) الذي يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة الاول ملك حبس
 المرهون على سبيل الدوام الى وقت الفكك أو ملك العين في حق الحبس على سبيل الدوام الى وقت الفكك ويكون
 المرتهن أحق بحبس المرهون على سبيل الزوم الى وقت الفكك والعبارات متفقة المعاني في متعارف الفقهاء (والثاني)
 اختصاص المرتهن ببيع المرهون أو اختصاصه بثمنه وهذا ان الحكمان أصليان للرهن عندنا (والثالث) وجوب تسليم
 المرهون عند الافتكك وقال الشافعي رحمه الله الحكم الاصل للرهن واحد وهو كون المرتهن أحق ببيع المرهون
 وأخص بثمنه من بين سائر القراء (فاما) حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى ان المرهون ان كان شيئا يمكن
 الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من يد المرتهن فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه وان كان
 شيئا لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالملك والموزون فليس للراهن أن يسترده من يده احسب بما روي عن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه له
 غنمه وعليه غرمه أخبر عليه الصلاة والسلام ان الرهن لا يعلق أى لا يحبس وعندكم بحسب فكان حجة عليكم وكذا
 أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن الى الراهن بلام التملك وسماه صاحباً له على لا طلاق فيقتضى أن يكون هو
 المالك للرهن مطلقاً رقبته وانتفاعاً وحسباً ولان الرهن شرع توثيقاً للدين وملك الحبس على سبيل الدوام يضاد
 معنى الوثيقة لانه يكون في يده دائماً وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توثيقاً للدين لا توثيقاً له ولان فيما قدم تعطيل العين
 المنتفع بها في نفسها من الانتفاع لان المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلاً والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم فكان
 تعطيلاً وتعطيل تسيب وأنه من أعمال الجاهلية وقد فاه الله تبارك وتعالى بقوله ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة (ولنا)
 قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة أخبر الله تعالى يكون الرهن مقبوضاً واخباره سبحانه
 وتعالى لا يحتمل الخلل فاقضى أن يكون المرهون مقبوضاً مادام مرهوناً ولان الرهن في اللغة عبارة عن الحبس قال الله
 عز وجل كل امرئ بما كسب رهين أى حبس فيقتضى أن يكون المرهون محبوساً مادام مرهوناً ولو لم يثبت ملك
 الحبس على الدوام لم يكن محبوساً على الدوام فلم يكن مرهوناً ولان الله تعالى لما سمى العين التي ورد العقد عليها رهناً
 وأنه يني عن الحبس لغة كان مادلاً عليه اللفظ لغة حكماً لانه شرعاً لان للاسماء الشرعية دلالات على أحكامها كلفظ
 الطلاق والعتاق والحوالة والكفالة ونحوها ولان الرهن شرع وثيقة بالدين فيلزم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق
 للدين كالكفالة وانما يحصل التوثيق اذا كان يملك حبسه على الدوام لانه يمنع عن الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء
 الدين في أسرع الاوقات وكذا يقع الامن عن تواء حقه بالوجود والانكار على ما عرف ولا حجة له في الحديث
 لان معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يعلق الرهن أى لا يملك بالدين كذا قاله أهل اللغة غلق الرهن أى ملك بالدين
 وهذا كان حكماً جاهلياً فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله عليه الصلاة والسلام هو لصاحبه الذي رهنه تفسير
 لقوله لا يعلق الرهن وقوله عليه الصلاة والسلام له غنمه أى زوائده وعليه غرمه أى نفقته وكنفه وقوله ان ما شرع
 له الرهن لا يحصل بما قلتم لانه يتوى حقه بهلاك الرهن قلنا على أحد الطريقين لا يتوى بل يصير مستوفياً والاستيفاء
 ليس بهلاك الدين (وأما) على الطريق الآخر فالهالك ليس بغالب بل قد يكون وقد لا يكون واذا هلك فالهالك ليس
 يضاف الى حكم الرهن لان حكمه ملك الحبس لا نفس الحبس وقوله فيه تسيب ممنوع فان بعقد الرهن مع التسليم يصير
 الراهن موفياً دينه في حق الحبس والمرتهن يصير مستوفياً في حق الحبس والايفاء والاستيفاء من منافع الرهن واذا
 عرف حكم الرهن في حال قيامه فيخرج عليه المسائل المتعلقة به (أما) على الحكم الاول وهو ملك الحبس فالمسائل
 المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم وبعضها يتعلق بكيفية أمال الذي يتعلق بنفس الحكم فنقول وبالله التوفيق

ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخدما وركوبا ولبسا وسكنى وغير ذلك لان حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع وليس له أن يبيعه من غير المرتهن بغير اذنه لما فيه من ابطال حقه من غير رضاه ولو باعه توقف نفاذ البيع على اجازة المرتهن ان أجاز جاز لان عدم النفاذ لمكان حقه فاذا رضى ببطلان حقه زال المانع فنفذ وكان الثمن رهنا سواء شرط المرتهن عند الاجازة كونه رهنا أولا في جواب ظاهر الرهن وروى عن أى يوسف أنه لا يكون رهنا الا بشرط لان الثمن ليس بمرهون حقيقة بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عنه بالبيع الا أنه اذا شرط عند الاجازة أن يكون مرهونا فلم يرض بزال حقه عنه الا ببدل واذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلا (وجه) ظاهر الرواية ان الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه وبه تبين انه مازال حقه بالمبيع لانه زال الى خلف والزائل الى خلف قائم معنى فيقام الخلف مقام الاصل وسواء قبض الثمن من المشتري أو لم يقبضه لانه يقوم مقام ما كان مقبوضا وان رده بطل لما قلنا وليس له أن يهبه من غيره أو يتصدق به على غيره بغير اذنه لما ذكرنا ولو فعل توقف على اجازة المرتهن ان رده بطل وله أن يعيده رهنا وان أجاز جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لانه زال عن ملكه لا الى خلف بخلاف البيع وليس له أن يؤجره من أجنبي بغير اذن المرتهن لان قيام ملك الحبس له يمنع الاجازة ولان الاجازة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه فكيف بملكه غيره ولو فعل وقف على اجازته فان رده بطل وان أجاز جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لان الاجازة اذا جازت وانها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والاجرة للراهن لانها بدل منفعة مملوكة له ولا ية قبض الاجرة له أيضا لانه هو العاقد ولا تكون الاجرة رهنا لان الاجرة بدل المنفعة والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهونا (فاما) الثمن في باب البيع فبدل المبيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدل مرهونا وكذلك لو أجره من المرتهن صحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدد المرتهن القبض للاجارة (أما) محبة الاجارة وبطلان الرهن فلماذا كرنا (وأما) الحاجة الى تجديد القبض فلان قبض الرهن دون قبض الاجارة فلا ينوب عنه ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الاجارة أو بعد انقضائها يملك أمانة ان لم يوجد منع من الراهن وان منعه الراهن ثم هلك بعد انقضاء مدة الاجارة ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالمنع وليس له أن يعيره من أجنبي بغير اذن المرتهن لما ذكرنا فلو أعار وسلم للمرتهن أن يبطل الاعارة ويعيده رهنا وان أجاز جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه وكذا اذا أعاره باذن المرتهن بخلاف ما اذا أجره فجاز المرتهن أو أجره باذنه أنه يبطل الرهن لان الاجارة عقد لازم لا ترى ان أحد العاقلين لا يفرد بالتسخير من غير عذر فكان من ضرورة جوازها بطلان الرهن فاما الاعارة فليست بلازمة لان للمعير ولاية الاسترداد في أى وقت شاء فجازها لا يوجب بطلان عقد الرهن الا أنه يبطل ضمان الرهن لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذلك ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون حتى لو كان الرهن عبد ليس له أن يستخدمه وان كان دابة ليس له أن يركبها وان كان ثوبا ليس له أن يلبسه وان كان دارا ليس له أن يسكنها وان كان مصحفا ليس له أن يقرأ فيه لان عقد الرهن يفيد ملك الحبس لا ملك الانتفاع فان انتفع به فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته لانه صار غاصبا وليس له أن يبيع الرهن بغير اذن الراهن لان الثابت له ليس الا ملك الحبس فاما ملك العين فللراهن والبيع تمليك العين فلا يملك المرتهن من غير اذن الراهن ولو باع من غير اذنه وقف على اجازته فان أجاز جاز وكان الثمن رهنا وكذا اذا باع باذنه جاز وكان ثمنه رهنا سواء قبضه من المشتري أو لم يقبضه ولو هلك كان الهلاك على المرتهن وهذا شكل على الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن وهو أن لا يكون المرهون دينيا والثمن دينيا في ذمة المشتري فكيف يصلح رهنا (والجواب) أن الدين يصلح رهنا في حال البقاء وان كان لا يصلح ابتداء لانه في حالة البقاء بدل المرهون وبطل المرهون مرهون لانه قائم مقام المرهون كانه هو بخلاف حالة الابتداء وان رد بطل وعاد المبيع رهنا كما كان ولو هلك في يد المشتري قبل الاجازة لم يحجز الاجازة لان قيام المعقود عليه شرط محبة الاجازة والراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن

المشتري لأن كل واحد منهما صار غاصبا للمرتهن بالتسليم والمشتري بالقبض فان ضمن المرتهن جاز البيع والثمن للمرتهن وكان الضمان رهنا لانه مملوك بالضمان فتبين أنه باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له لانه بدل ملكه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون فيكون مرهونا وقيل انما يجوز البيع بتضمن المرتهن اذا سلم الرهن الى المشتري أولا ثم باعه منه فاما اذا باعه ثم سلمه فانه لا يجوز لان سبب ثبوت الملك هو التسليم لانه سبب وجوب الضمان وملك المضمون ملك الضمان والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع كما اذا باع مال غيره بغير اذنه ثم اشتراه منه أنه لا يجوز بيعه كذا هذا وليس في ظاهر الرواية هذا التفصيل ولو ضمن المشتري بطل البيع لان بتضمن المشتري لم يتبين أن المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون ويرجع المشتري على البائع بالثمن لان البيع لم يصح وليس له ان يرجع بالضمان عليه وليس له أن يهبه أو يتصدق به بغير اذن الراهن لان الهبة والتصدق تملك العين والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكها كما لا يملك البيع فان فعل وقف على اجازة الراهن ان أجاز جاز وبطل الرهن وان رد رهنه كما كان ولو هلك في يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الاجازة فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لما ذكرنا وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه أما المرتهن فلا شك فيه لانه ملك المرهون بالضمان فتبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه (وأما) الموهوب له والمتصدق عليه فلا ان الرجوع بالضمان بحكم الضرر وأنه لا يتحقق في الهبة والصدقة بخلاف البيع والاجارة وليس له أن يؤجره من غير الراهن بغير اذنه لان الاجارة تملك المنفعة والثابت له ملك الحبس لا ملك المنفعة فكيف يملكها من غيره فان فعل وقف على اجازة الراهن فان أجاز جاز وبطل الرهن لما ذكرنا فاما تقدم وكانت الاجارة للراهن ولا تكون رهنا لما مر وولاية قبضها للمرتهن لان القبض من حقوق العدة والعاقدة هو المرتهن ولا يعود رهنه اذا انقضت مدة الاجارة لان العدة قد بطل فلا يعود الا بالاستئناف وان رد بطل وأعاد رهنه كما كان ولو أجره بغير اذن الراهن وسلمه الى المستأجر فهلك في يده فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم الى المستأجر وان شاء ضمن المستأجر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض غير أنه ان ضمن المرتهن لا يرجع بالضمان على المستأجر لكنه يرجع عليه باجرة قدر المستوفى من المنافع الى وقت الهلاك لانه ملكه بالضمان فتبين أنه أجر ملك نفسه فصح وكانت الاجارة له لانها لا تنافي مع ملكه له وان ضمن المستأجر فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن لانه صار مغرورا من جهة ف يرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة ولا اجرة عليه لان الاجارة والضمان لا يجتمعان ولو سلم واسترده المرتهن عادرهنا كما كان لانه لما استرده فقد عاد الى الوفاق بعدما خالف فاشبه المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق والاجر للمرتهن لكن لا يطيب له كالتعصيب اذا أجر الموصوب وليس له أن يعير الرهن من غير الراهن بغير اذنه لما ذكرنا في الاجارة فان أعاره وسلمه الى المستعير فالراهن أن يبطل الاعارة فان هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن المستعير وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه ويكون الضمان رهنا (أما) عدم الرجوع على المرتهن فلاله ملكه بالضمان فتبين أنه أعاره ملكه (وأما) المستعير فلان الرجوع بالغرر ولم يوجد بخلاف الاجارة (وأما) كون الضمان رهنا فلا لانه بدل المرهون فيكون مرهونا وان سلم واسترده من المستعير عاد رهنه كما كان لانه عاد الى الوفاق فالتحق بالخلاف فيه بالعدم ولو أعاره باذن الراهن أو بغير اذنه وأجاز جاز ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن لما ذكرنا بخلاف الاجارة فانها تبطل الرهن وقد مر الفرق وليس له أن يرهنه بغير اذن الراهن لانه لم يرض بحبس غيره فان فعل فالراهن الاول أن يبطل الرهن الثاني ويعيده الى يد المرتهن الاول لان الرهن الثاني لم يصبح فلو هلك في يد المرتهن الثاني قبل الاعادة الى الاول فالراهن الاول بالخيار ان شاء ضمن المرتهن الاول وان شاء ضمن المرتهن الثاني فان ضمن المرتهن الاول جاز الرهن الثاني لانه ملك المرتهن الاول بالضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه ولو هلك في يد المرتهن

الثاني يهلك بالدين فكان ضمانه رهنا لانه بدل المرهون وان ضمن المرتهن الثاني بطل الرهن الثاني ويكون الضمان رهنا على المرتهن الاول لكونه بدل المرهون ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الاول بما ضمن وبدينه (أما) الرجوع بالضمان فلانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه (وأما) الرجوع بدينه فلان الرهن الثاني لم يصبح فيبقى دينه عليه كما كان وان رهن عند الثاني باذن الراهن الاول جاز الرهن الثاني وبطل الرهن الاول (أما) جواز الرهن الثاني فلان المانع من الجواز قد زال باذن الراهن الاول فاذا أجاز الثاني بطل الاول ضرورة وصار كان المرتهن الاول استعمار مال الراهن الاول ليرهنه بدينه فرهنه وليس له أن يودعه عند أجنبي ليس في عياله لان الراهن لم يرض الا بيده أو بيد من يده في معنى يده وبدا لأجنبي الذي ليس في عياله ليست في معنى يده فان فعل وهلك في يد المودع ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالاداع وله أن يدفعه الى من هو في عياله كزوجته وخادمه وأجيريه الذي يتصرف في ماله لان يده هو لا يده كيد لا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيدهم فكان الهالك في أيديهم كالهالك في يده والاصل في هذا أن للمرتهن ان يفعل في الرهن ما يبعد حفظه وليس له أن يفعل ما يبعد استعماله وانتفاعه وعلى هذا يخرج ما اذا ارتهن خاتما فجعله في خنصره فهلك ضمن كل قيمته لان التختم بالخنصر مما يتجمل به عادة فكان استعماله وهو مأذون في الحفظ لا في الاستعمال ويستوى فيه العيني واليسري لان الناس يختلفون في التجمل بهذا النوع منهم من يتجمل بالتختم في العيني ومنهم من يتجمل به في اليسري فكان كل ذلك استعمالا ولوجمله في بقية الاصابع فهلك هلاك الرهن لان التختم بها غير معتاد فكان حفظا لاستعمالا ولولبس خاتما فوق خاتم فهلك يرجع فيه الى العرف والمادة فان كان اللابس ممن يتجمل بخاتمين يضمن لانه مستعمل له وان كان ممن لا يتجمل به يهلك بما فيه لانه حافظ اياه ولورهنه سيفين فتقديهما يضمن ولو كانت السيفون ثلاثة فتقديهما يضمن لان التقدي سيفين معتاد في الجملة فكان من باب الاستعمال (فأما) بالثلاثة فليس بمعتاد فكان حفظا لاستعمالا وان كان الرهن طيلسانا أو قباء فلبسه لبسا معتادا يضمن وان جمعه على عاتقه فهلك يهلك رهنا لان الاول استعمال والثاني حفظ وله أن يبيع ما يخاف الفساد عليه باذن القاضي لان يبيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله أن يبيعه لكن باذن القاضي له لان له ولاية في مال غيره في الجملة فان باع بغير اذنه ضمن لانه لا ولاية له عليه واذا باع بامر الحاكم كان ثمنه رهنا في يده لانه بدل المرهون فيكون رهنا وله أن يطالب الراهن بإفهاء الدين مع قيام عقد الرهن اذ لم يكن الدين مؤجلا لان الرهن شرع لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بإفهاء الدين ولو طالب المرتهن الراهن بحقه قتل الراهن بعه واستوف حقه فقال المرتهن لا أريد البيع ولكن أريد حتى فله ذلك لان الرهن وثيقة وبالبيع يخرج عن كونه رهنا فيبطل معنى الوثيقة فله أن يتوفى باستيفائه الى استيفاء الدين ولو قال الراهن للمرتهن ان جئتك بحقه الى وقت كذا والا فهلك بدينك أو ببيع محقق لم يجز وهو رهن على حاله لان هذا تعليق التملك بالشرط وأنه لا يتعلق بالشرط وليس للقاضي أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما له أن يبيعه عليه وهي مسألة الحجر على الحر وقد ذكرناها في كتاب الحجر وكذلك ليس للعدل أن يبيع الرهن كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك والكلام في العدل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان مال للعدل أن يفعله في الرهن وماليس له أن يفعله فيه والثاني في بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح والثالث في بيان ما ينزل به العدل يخرج عن الوكالة وما لا ينزل (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق للعدل أن يمسك الرهن بيده ويبد من يحفظ ماله بيده وليس له أن يدفعه الى المرتهن بغير اذن الراهن ولا الى الراهن بغير اذن المرتهن قبل سقوط الدين لان كل واحد منهما لم يرض بيد صاحبه حيث وضعاه في يد العدل ولو دفعه الى أحدهما من غير رضا صاحبه فلصاحبه أن يسترده ويعيده الى يد العدل كما كان ولو هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته لانه صار غاصبا بالدفع وليس له أن ينتفع

بالرهن ولا أن يتصرف فيه بالأجرة والأغارة والرهن وغير ذلك لأن الثابت له بالوضع في يده هو حق الامساك
 لا الانتفاع والتصرف وليس له أن يبيعه لما قلنا إلا إذا كان مسلطاً على بيعه في عقد الرهن أو متأخراً عنه فله أن يبيعه
 لأنه صار وكيلاً بالبيع الآن التسليط إذا كان في العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن وإذا كان متأخراً عن العقد
 يملك لما ذكرنا وله أن يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها رهونة تبعاً للأصل وكذا له أن يبيع ما هو قائم
 مقام الرهن نحو أن كان الرهن عبداً فقتله عبد أو قفاً عينه لأنه إذا قام مقامه جعل كان الأول قائماً ثم إذا سلطه على
 البيع مطلقاً فله أن يبيعه بأي جنس كان من الدراهم والدنانير وغيرهما بأي قدر كان بمثل قيمته أو بأقل منه قدر
 ما يتغابن الناس فيه وبالتقد والنسيئة عند أبي حنيفة وله أن يبيع قبل حلول الأجل لأن الأمر بالبيع مطلق وإذا باع
 كان الثمن رهناً عنده إلى أن يحل الأجل لأن ثمن المرهون مرهون فإذا حل الأجل أو في دين المرتهن إن كان من
 جنسه وإن سلط على البيع عند الحل لم يكن له أن يبيعه قبله لما قلنا ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه على البيع عند
 الحل فله أن يبيعه بجنس المسلم فيه وغيره عند أبي حنيفة وعندهما يبيعه بالدراهم والدنانير وبجنس المسلم فيه وهي
 مسألة الوكيل بالبيع المطلق أنه يبيع بأي ثمن كان عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد ليس له أن يبيع بما لا
 يتغابن الناس فيه ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير إلا أنهم ما جوزا ما في مسألة السلم بجنس المسلم فيه لأن الأمر
 بالبيع لقضاء الدين من ثمنه والجنس أقرب إلى القضاء منه ولو نهاه الراهن عن البيع بالنسيئة فإن نهاه عند عقد
 الرهن ليس له أن يبيع بالنسيئة لأن التوكيل حصل مقيداً فيلزمه مراعاة القيود متأخراً إذا كان التشديد مفيداً وهذا
 النوع من التشديد مفيد ولو نهاه متأخراً عن العقد لم يصبح نهياً لأن التشديد المتراخي إبطال من حيث الظاهر كالتخصيص
 المتراخي عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه فسخاً لا بينا وإذا كان إبطالاً لا يملك الراهن كلاً يملك
 إبطال الوكالة الثابتة عند العقد بالعزل ثم إذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهناً لأنه صار ملكاً للمشتري وصار ثمنه
 هو الرهن لأنه قام مقامه سواء كان مقبوضاً أو غير مقبوض حتى لو توى عند المشتري كان على المرتهن وبهلك بالأقل من
 قدر الثمن ومن الدين ولا ينظر إلى قيمة المبيع بل ينظر إلى الثمن بعد البيع لأن الرهن انتقل إلى الثمن وخرج المبيع عن
 كونه رهناً فتعتبر قيمة الرهن ثم إن باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وإن باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين
 وقضى الدين منه لأنه مسلط على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه وقضاء الدين من جنسه يكون ولو باع العدل الرهن
 ثم استحق في يد المشتري فالمشتري أن يرجع بالثمن على العدل لأن العاقد هو وحقوق العقد في باب البيع ترجع إلى
 العاقد والعدل بالخيار إن شاء يسترد من المرتهن ما أوفاه من الثمن وعاد دينه على الراهن كما كان وإن شاء رجع بما ضمن
 على الراهن وسلم للمرتهن ما قبض (أما) ولاية استرداد الثمن من المرتهن فلان البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين أن
 قبض الثمن من المرتهن لم يصبح فله أن يسترد منه وإذا استرده عاد الدين على حاله (وأما) الرجوع بما ضمن على
 الراهن فله أن يرجع بالعهد عليه وإذا رجع عليه سلم للمرتهن ما قبضه لأنه أصبح قبضه هذا إذا سلم الثمن إلى المرتهن فإن
 كان هلك في يده قبل التسليم ليس له أن يرجع الأعلى الراهن لأنه وكيل الراهن بالبيع عامل له فكان عهدة عمله عليه
 في الأصل لا على غيره إلا أن له أن يرجع على المرتهن إذا قبض الثمن لما ذكرنا فإذا لم يقبض وجب العمل بالأصل فيرجع
 على الراهن بما ضمن وبطل الرهن بالاستحقاق ويرجع المرتهن بدينه على الراهن ولو لم يستحق الرهن ولكن
 المشتري وجد به عيباً كان له أن يرد على العدل لأن الرد بالعيب من حقوق البيع وانها ترجع إلى العاقد والعاقد هو العدل
 فيرد عليه ويسترد منه الثمن الذي أعطاه والعدل بالخيار إن كان رده عليه بقضاء القاضى إن شاء رجع على المرتهن إن كان
 سلم الثمن إليه وإن شاء رجع على الراهن أما على المرتهن فلأنه إذا رده عليه بعيب بقضاء القاضى فقد انفسخ البيع فكان
 له أن يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن على الراهن وعاد الرهن المردود رهناً بالدين (وأما) الرجوع على الراهن فلأنه
 وكله بالبيع فيرجع عليه بالعهد وإن كان العدل لم يعط المرتهن الثمن فإن رد العدل ما قبض من الثمن فلا يرجع على

أحد وان كان هلك في يده وضمن في ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتهن لما ذكرنا في الاستحقاق ويكون الردود رهنًا كما كان هذا إذا كان بيع العدل بتسليط مشروط في عقد الرهن فاما إذا كان بتسليط وجد من الراهن بعد الرهن فان العدل يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتهن سواء قبض المرتهن الثمن أو لم يقبضه لانه وكيل الراهن وعهدة الوكيل فيما وكل به على موكله في الاصل لانه عامل له فكان عبء عمله عليه الا أن التسليط اذا كان مشروطًا في العقد ثبت له حق الرجوع على المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة على ما نذكر ان شاء الله تعالى فاذا وقع البيع لحقه جاز أن يرجع بالضمان عليه واذا لم يكن مشروطًا فيه لم يثبت التعلق فبقى حق الرجوع بالعهد على الموكل على حكم الاصل وللعدل أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن لانها موهنة تبعًا للاصل لثبوت حكم الرهن فيها وهو حق الحبس تبعًا فله أن يبيعها كماله أن يبيع الاصل وكذا البند المدفوع بالجناية على الرهن بأن قتل الرهن أو قفأ عينه فدفع به للعدل أن يبيعه لان الثاني قائم مقام الاول للحاؤد ما فصار كان الاول قائم وللعدل أن يمتنع من البيع واذا امتنع لا يجبر عليه ان كان التسليط على البيع بعد الرهن وان كان في الرهن لم يكن له أن يمتنع عنه ولو امتنع يجبر عليه لان التسليط اذا لم يكن مشروطًا في الرهن لم يتعلق به حق المرتهن فكان توكيلا محضًا بالبيع فأشبهه التوكيل بالبيع في سائر المواضع واذا كان مشروطًا فيه كان حق المرتهن متعلقًا به فله أن يجبره على البيع لاستيفاء حقه (وأما) بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح فالمولى لا يصلح عدلا في رهن عبده المأذون حتى لو رهن العبد المأذون على أن يضع على يده مولا لم يجز الرهن سواء كان على العبد دين أو لم يكن والعبد يصلح عدلا في رهن مولا حتى لو رهن انسان شيئا على أن يضع في يده مولا المأذون يصبح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فيصير العدل وكيلًا في استيفاء الدين والمولى لا يصلح وكيل الاجنبي في استيفاء الدين من عبده لان الوكيل من يعمل لغيره واستيفاء الدين من عبده عمل لنفسه من وجه لما فيه من فراغ رقبته عبده عن شغل الدين والعبد يصلح وكيل الاجنبي في استيفاء الدين من مولا له لذلك اختلفوا وعن أبي يوسف ان المولى يصلح عدلا في رهن مكاتبه والمكاتب يصلح عدلا في رهن مولا له لان المكاتب حر يد أفكان كل واحد منهما أجنبيا عما في يد الآخر والمكفول عنه لا يصلح عدلا في رهن الكفيل وكذا الكفيل لا يصلح عدلا في رهن المكفول عنه لان كل واحد منهما لا يصلح وكيلًا في استيفاء الدين من صاحبه لانه يعمل لنفسه أما المكفول عنه فبغير يغب ذمته عن الدين (وأما) الكفيل فبتخليص نفسه عن الكفالة بالدين وأحد شرى بكى المفاوضة لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لان يد كل واحد منهما يد صاحبه فكان ما في يد كل واحد منهما كانه في يد صاحبه فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن وانه شرط صحة الرهن وكذا أحد شرى بكى العنان في التجارة لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لما قلنا فان كان من غير التجارة فهو جائز في الشرى بكن جميعا لان كل واحد منهما أجنبى عن صاحبه في غير دين التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه فوجد خروج الرهن من يد الراهن ورب المال لا يصلح عدلا في رهن المضارب ولا المضارب في رهن رب المال حتى لو رهن المضارب شيئا من مال المضاربة بدين في المضاربة على أن يضعه على يد رب المال أو رهن رب المال على أن يضعه على يد المضارب لا يجوز الرهن لان يد المضارب يد رب المال وعمل رب المال كعمل المضارب فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن فلم يجز الرهن والاب لا يصلح عدلا في رهنه بئمن ما اشترى للصغير بأن اشترى الاب للصغير شيئا ورهن بئمن ما اشترى له على أن يضعه على يده نفسه فالشراء جائز والرهن باطل لانه لما بشرط على أن يضعه في يده نفسه فقد شرط على أن لا يخرج الرهن من يد الراهن وانه شرط فاسد فيفسد الرهن وهل يصلح الراهن عدلا في الرهن فان كان الرهن لم يقبض من يده بعد لا يصلح حتى لو شرط في عقد الرهن على أن يكون الرهن في يده فسد العقد لان قبض المرتهن شرط صحة العقد ولا يتحقق القبض الا بخروج الرهن من يد الراهن فكان شرط كونه في يده شرطا فاسدا فيفسد الرهن وان كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه لان العقد قد صح بالقبض والبيع تصرف من الراهن

في ملكه فكان الاصل فيه هو النفاذ والتوقف كان لحق المرتهن فاذا رضى به فقد زال المانع فينفذ (وأما) بيان ما ينعزل به العدل ويخرج عن الوكالة وما لا ينعزل فنقول التسليط على البيع اما أن يكون في عقد الرهن واما أن يكون متأخرا عنه فان كان في العقد فعزل الرهن العدل لا ينعزل من غير رضا المرتهن لان الوكالة اذا كانت في العقد كانت تابعة للعقد فكانت لازمة بالعقد فلا ينفرد الرهن بفسخها كما لا ينفرد بفسخ العقد وكذا لا ينعزل بموت الرهن ولا بموت المرتهن لما ذكرنا ان الوكالة الثابتة في العقد من توابع العقد والعقد لا يبطل بالموت فكذا ما هو من توابعه وان كان التسليط متأخرا عن العقد فلا رهن أن يعزله وينعزل بموت الرهن أيضا لان التسليط المتأخر عن العقد توكيل مبتدأ فينعزل الوكيل بعزل الموكل وموته وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب الوكالة وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن التسليط الطارىء على العقد والمقارن اياه سواء لانه يلحق بالعقد فيصير كالوجود عند العقد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة وجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديرا لا يجوز الا بدليل ولم يوجد وتبطل الوكالة بموت العدل سواء كانت بعد العقد أو في العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا تورث ولان الرهن رضى به ولم يرض بغيره فاذا مات بطلت الوكالة لكن لا يبطل العقد ويوضع الرهن في يد عدل آخر عن تراض منهما لانه جاز الوضع في يد الاول في الابتداء بتراضيهما فكذا في يد الثاني في الانتهاء فان اختلفا في ذلك نصب القاضي عدلا ووضع الرهن على يده قطعا للمنازعة وليس للعدل الثاني أن يبيع إلا أن يموت الرهن لان الرهن سلب الاول والثاني وعلى هذا يخرج ثقة الرهن انها على الرهن لا على المرتهن والاصل ان ما كان من حقوق الملك فهو على الرهن لان الملك له وما كان من حقوق السيد فهو على المرتهن لان اليد له اذا عرف هذا فنقول الرهن اذا كان رقيقا فطعامه وشرابه وكسوته على الرهن وكفنه عليه وأجرة ظئر ولد الرهن عليه وان كانت دابة فالعلف وأجرة الراعي عليه وان كان بستانا فسيقه وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه عليه سواء كان في قيمة الرهن فضل أو لم يكن لان هذه الاشياء من حقوق الملك ومؤونات الملك على المالك والمالك للرهن فكانت المؤنة عليه والخارج على الرهن لانه مؤنة المالك (وأما) العشر في الخارج يأخذه الامام ولا يبطل الرهن في الباقي بخلاف ما اذا استحق بعض الرهن شائعا انه يبطل الرهن في الباقي (ووجه) الفرق ان الفساد في الاستحقاق لمكان الشيوع ولم يوجد ههنا لان بالاستحقاق تبين ان الرهن في القدر المستحق لم يصح والباقي شائع والشياع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لان وجوبه في الخارج لا يخرج عنه عن ملكه دليل أنه يجوز بيعه ويجوز له الاداء من غيره فكان الدفع الى الامام بمنزلة اخراج الشيء عن ملكه فلا يتحقق فيه معنى الشيوع فهو الفرق ولو كان في الرهن نماء فأراد الرهن أن يجعل النفقة التي ذكرنا انها عليه في نماء الرهن ليس له ذلك لان زوائد المهر من رهونة عندنا تبع للاصل فلا يملك الانفاق منها كما لا يملك الاتفاق من الاصل والحفظ على المرتهن حتى لو شرط الرهن للمرتهن أجرا على حفظه فحفظه لا يستحق شيئا من الاجر لان حفظ الرهن عليه فلا يستحق الاجر باتيان ما هو واجب عليه بخلاف المودع اذا شرط للمودع اجرا على حفظ الوديعة ان له الاجر لان حفظ الوديعة ليس بواجب عليه فجاز شرط الاجر وأجرة الحافظ عليه لانها مؤنة الحفظ والحفظ عليه وكذا أجرة المسكن والمأوى لما قلنا وروى عن أبي يوسف ان كراء المأوى على الرهن وجعله بمنزلة النفقة وجعل الباقي على المرتهن بقدر الدين والفضل على ذلك على المالك حتى لو كانت قيمة الرهن والدين سواء أو قيمة الرهن أقل فالجعل كله على المرتهن وان كانت قيمته أكثر فبقدر الدين على المرتهن وبقدر الزيادة على الرهن لان وجوب الجعل على المرتهن لكون المهر من مضمونا وانه مضمون بقدر الدين والفضل أمانة فاقسم الجعل عليهما على قدر الامانة والضمان بخلاف أجرة المسكن انها على المرتهن خاصة وان كان في قيمة الرهن فضل لان الاجرة انما وجبت على المرتهن لكونها مؤنة الحفظ وكل المهر من محفوظ محفوظه فكان كل المؤنة عليه فأما الجعل فانما زمه لكون المردود مضمونا

والمضمون بعضه لا كله فيتقدر بقدر الضمان والقضاء من الجناية والدين الذي يلحقه الرهن بمنزلة جعل الأبق ينقسم على المضمون والأمانة وكذلك مداواة الجروح والقروح والأمراض تنقسم عليهما على قدر الضمان والأمانة كذا ذكر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن المداواة على المرتهن من باب إحياء حقه وهو الدين وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير إذنه أو وجب على المرتهن فأداه المرتهن بغير إذنه فهو مقطوع لأنه قضى دين غيره بغير أمره فان فعل بأمر القاضي رجع على صاحبه لأن القاضي له ولاية حفظ أموال الناس وصيانتها عن الهلاك والاذن بالاتفاق على وجه يرجع على صاحبه بما أنفق طريق صيانة المالكين وكذا إذا فعل أحدهما بأمر صاحبه يرجع عليه لأنه صار وكيلًا عنه بالاتفاق وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أن الراهن إن كان غائبًا فأفق المرتهن بأمر القاضي يرجع عليه وإن كان حاضر لم يرجع عليه وقال أبو يوسف ومحمد يرجع في الجالين جميعا بناء على أن القاضي لا يلي على الحاضر عنده وعندهما يلي عليه وهي مسألة الجرح على الحر وستأتي في كتاب الجرح وعلى هذا يخرج زوائد الرهن إنهما رهونة عندنا وجملة الكلام في زوائد الرهن إنها على ضربين زيادة غير متولدة من الأصل ولا في حكم التولد منه كالكسب والهبة والصدقة وزيادة متولدة من الأصل كالولد والتمر واللبن والصفوف أو في حكم التولد من الأصل كالارث والعقر ولا خلاف في أن الزيادة الأولى إنها ليست برهونة بنفسها ولا هي بدل المرهون ولا جزء منه ولا بدل جزء منه فلا يثبت فيها حكم الرهن واختلف في الزيادة الثانية قال أصحابنا رحمهم الله إنهما رهونة وقال الشافعي رحمه الله ليست برهونة بناء على أن الحكم الأصلي للرهن عنده هو كون المرتهن أخص يبيع المرهون وأحق بثمنه من بين سائر المزماء قبل البيع لاحق له في الرهن حتى يسرى إلى الولد فأشبه ولد الجارية إذا جنت ثم ولدت إن حكم الجناية لا يثبت في ولدها لما أن حكم جناية الأم هو وجوب الدفع إلى الجني عليه وإنه ليس بمعنى ثابت في الأم فلم يسر إلى الولد كذا هذا والدليل على أن الزيادة ليست برهونة أنها ليست بمضمونة ولو كانت برهونة لكانت مضمونة كالأصل وعندنا حق الحبس حكم أصلي للرهن أيضًا وهذا الحق ثابت في الأم فيثبت في الولد تبعًا للام إلا أنها ليست بمضمونة لثبوت حكم الرهن فيها تبعًا للأصل فكانت برهونة تبعًا لأصلها كولد المبيع أنه مبيع على أصل أصحابنا رضي الله عنهم لكن تبعًا لأصلها فلا يكون له حصصة من الثمن إلا إذا صار مقصودًا بالقبض فكذا المرهون تبعًا لا يكون له حصصة من الضمان إلا إذا صار مقصودًا بالفكك وإذا كانت الزيادة رهونة عندنا كانت محبوسة مع الأصل بكل الدين وليس للراهن أن يفتك أحدهما إلا بقضاء الدين كله لأن كل واحد منهما مرهون والمرهون محبوس كله بكل جزء من أجزاء الدين لما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى وينقسم الدين على الأصل والزيادة على تقدير بقائها إلى وقت الفكك على قدر قيمتهما لكن تعتبر قيمة الأصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الفكك وبين ذلك في موضعه وعلى هذا يخرج الزيادة على الرهن إنها لما كانت جائزة على أصل أصحابنا كان للمرتحن أن يحبسها جميعًا بالدين ولا سبيل للراهن على أحدهما ما لم يقبض جميع الدين لأن كل واحد منهما مرهون ويقسم الدين بينهما على قدر قيمتهما إلا أنه تعتبر قيمة الرهن الأصلي وقت العقد وقيمة الزيادة وقت الزيادة وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين بخلاف زيادة الرهن والفرق بين الزادتين يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى (وأما) الذي يتعلق بكيفية هذا الحكم فنوعان الأول أن الثابت للمرتحن حق حبس الرهن بالدين الذي رهن به وليس له أن يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن أو بعده لأنه مرهون بهذا الدين لا بدين آخر فلا يملك حبسه بدين آخر لأن ذلك دين لا رهن به والثاني أن المرهون محبوس بجميع الدين الذي رهن به سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتحن أن يحبس كل الدين حتى يستوفي ما بقي قل الباقي أو أكثر لأن الرهن في حق ملك الحبس مما لا يتجزأ فابقى شيء من الدين بقى محبوسا به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوسا بجميع الثمن فابقى شيء من الثمن بقى محبوسا به كذا هذا ولأن صفقة الرهن واحدة فاسترداد شيء من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة من غير

رضا المرتهن وهذا لا يجوز وسواء كان المرهون شيئاً واحداً أو أشياء ليس المرهن أن يسترد شيئاً من ذلك بقضاء بعض الدين لما قلنا وسواء سمي لكل واحد منهما شيئاً من المال الذي رهن به أو لم يسم في رواية الاصل وذكر في الزيادات فيمن رهن مائة شاة بألف درهم على أن كل شاة منها بعشرة دراهم فأدى عشرة دراهم كان له أن يقبض شاة ذكر الحاكم الشهيدان ما ذكر في الاصل قول أبي يوسف وما ذكر في الزيادات قول محمد وذكر الجصاص أن في المسألة روايتين عن محمد (وجه) رواية الزيادات أنه لما سمي لكل واحد منهما ديناً متفقاً أو جوب ذلك طريق الصفقة فصار كأنه رهن كل واحدة منهما بعقد على حدة (وجه) رواية الاصل أن الصفقة واحدة حقيقة لأنها أضيفت إلى الكل إضافة واحدة إلا أنه تفرقت التسمية وتفرقت التسمية لا يوجب تفريق الصفقة كما في البيع إذا اشتملت الصفقة على أشياء كان للبائع حق حبس كلها إلى أن يستوفي جميع الثمن وإن سمي لكل واحد منهما ثمناً على حدة كذا هذا (وأما) الحكم الثاني وهو اختصاص المرتهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فنقول وبالله التوفيق إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون أخر فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لأن بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببذله وهو الثمن ثم إن كان الدين حالاً والثمن من جنسه فقد استوفاه إن كان في الثمن وفاة بالدين وإن كان فيه فضل رده على الراهن وإن كان نقص من الدين يرجع المرتهن بفضل الدين على الراهن وإن كان الدين مؤجلاً حبس الثمن إلى وقت حلول الاجل لأنه بدل المرهون فيكون مرهوناً فإذا حل الاجل فإن كان الثمن من جنس الدين صار مستوفياً دينه وإن كان من خلاف جنسه يحبس إلى أن يستوفي دينه كله وكذلك إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا فإن فضل منه شيء يضم الفضل إلى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص لأن قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن وإن نقص عن الدين يرجع المرتهن بما بقي من دينه في مال الراهن وكان ينده وبين الغرماء بالحصص لأن قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوى فيه الغرماء وكذلك لو كان على الراهن دين آخر كان المرتهن فيه أسوة الغرماء وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن لأن ذلك الدين لا رهن به فيتضارب فيه الغرماء كلهم (وأما) الحكم الثالث وهو جوب تسليم المرهون عند الافتكاك فيتعلق به معرفة وقت وجوب التسليم فنقول وقت وجوب التسليم ما بعد قضاء الدين يقضي الدين أولاً ثم يسلم الرهن لأن الرهن وثيقة وفي تقديم تسليمه بطل الوثيقة ولأنه لو سلم الرهن أولاً فن الجائز أن يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيبطل حقه فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن إلا أن المرتهن إذا طلب الدين يؤمر بحضور الرهن أولاً ويقال له احضر الرهن إذا كان قادراً على الاحضار من غير ضرر زائد ثم يخاطب الراهن بقضاء الدين لأنه لو خوطب بقضائه من غير احضار الرهن ومن الجائز أن الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفياً دينه من الرهن فيؤدي إلى الاستيفاء مرتين وكذلك المشتري يؤمر بتسليم الثمن أولاً إذا كان ديناً ثم يؤمر بالبائع بتسليم المبيع لما ذكرنا في كتاب البيوع إلا أن البائع إذا طلبه بتسليم الثمن يقال له احضر المبيع لجواز أن المبيع قد هلك وسواء كان عين الرهن قائماً في يد المرتهن أو كان في يده بدله بعد أن كان البديل من خلاف جنس الدين نحو ما إذا كان المرتهن مسلطاً على بيع الرهن فباعه بخلاف جنس الدين أو قتل الرهن خطأ وقضى بالدية من خلاف جنس الدين فطالبه المرتهن بدينه كان للراهن أن لا يدفع حتى يحضره المرتهن لأن البديل قائم مقام المبدل فكان المبدل قائم ولو كان قائماً كان له أن يمنع ما يحضره المرتهن فكذلك إذا قام البديل مقامه ولو كان الرهن على يد عدل وجعل للعدل أن يضعه عنده من أحب وقد وضعه عند رجل فطلب المرتهن دينه بحجر الراهن على قضاء الدين ولا يكلف المرتهن بحضور الرهن لأن قضاء الدين واجب على الراهن على سبيل التضييق إلا أنه رخص له التأخير إلى غاية احضار الدين عند القدرة على الاحضار وهنا لا قدرة للمرتهن على احضاره لأن للعدل أن يمنعه عنه ولو أخذ من يده جبراً كان غاصباً

والى هذا المعنى أشار محمد في الكتاب فقال كيف يؤمر باحضار شئ * لو أخذه كان غاصبا واذا سقط التكليف بالاحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضاء الدين وكذلك اذا وضعا الرهن على يد عدل فغاب العدل بالرهن ولا يدري أين هو لا يكلف المرتن باحضار الرهن ويجبر الراهن على قضاء الدين لما ذكرنا ولو كان الرهن في يد المرتن فالتقياف بد آخر فطالب المرتن الراهن بقضاء دينه فان كان الدين مما له حمل ومؤنة يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يجبر المرتن على احضار الرهن لما ذكرنا ان قضاء الدين واجب عليه على سبيل التضييق والتأخير الى وقت الاحضار للضرورة التي ذكرناها عند القدرة على الاحضار من غير ضرر زائد والمرتن هنا لا يقدر على الاحضار الا بالمسافرة بالرهن أو بنقله من مكان العقد وفيه ضرر بالمرتن فسقط التكليف بالاحضار ولو ادعى الراهن هلاك الرهن فقال المرتن لم يهلك فالقول قول المرتن مع يمينه لان الرهن كان قائما والاصل في الثابت بقاءه فالمرتن يستصحب حالة القيام والراهن يدعى زوال تلك الحالة والقول قول من يدعى الاصل لان الظاهر شاهد له ولان الراهن يدعى اهلاكه يدعى على المرتن استيفاء الدين وهو منكر فكان القول قوله مع يمينه ويحلف على البتات لانه يحلف على فعل نفسه وهو القبض السابق لان المرتن لا يصير مستوفيا بالهلاك لانه لا صنع له فيه بل بالقبض السابق وذلك فعله بخلاف ما اذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن فاختلف الراهن والمرتن في هلاك الرهن ان هناك يحلف المرتن على العلم لا على البتات لان ذلك تحليف على فعل غيره وهو قبض العدل فتعذر التحليف على البتات فيحلف على العلم كما لو ادعى الراهن انه أوفى الدين وكيل المرتن والمرتن ينكر انه يحلف على العلم لما ذكرنا كذا هذا وان كان الرهن بماله حمل له ولا مؤنة فالقياس انه يجبر على قضاء الدين وفي الاستحسان لا يجبر ما لم يحضر المرتن الرهن لانه ليس في احضاره ضرر زائد وعلى هذا الاصل مسائل في الزيادات ولو اشترى شيئا ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى لقيه البائع في غير مصره الذي وقع البيع فيه فطالبه بالثمن وأبى المشتري حتى يحضر المبيع لا يجبر المشتري على تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع سواء كان له حمل ومؤنة أو لم يكن فرق بين البيع والرهن ووجه الفرق ان البيع معاوضة مطلقة والمساواة في المعاوضات المطلقة مطلوبة عادة وشريعة ولا تتحقق المساواة من غير احضار المبيع بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة مطلقة وان كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون والمرهون به وهو الدين في هذا الحكم

فصل وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون فالمرهون اذا هلك لا يخلو اما ان يهلك بنفسه واما أن يهلك بالاستهلاك فان هلك بنفسه يهلك مضمونا بالدين عندنا والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع أحدها في بيان أصل الضمان أنه ثابت أم لا والثاني في بيان شرائط الضمان والثالث في بيان قدر الضمان وكيفيته أما الاول فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله عنهم ان المرهون يهلك مضمونا بالدين وقال الشافعي رحمه الله يهلك أمانة احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه فقد جعل النبي عليه الصلاة والسلام غرم الرهن على الراهن وانما يكون غرمه عليه اذا هلك أمانة لان عليه قضاء دين المرتن فاما اذا هلك مضمونا كان غرمه على المرتن حيث سقط حقه لا على الراهن وهذا خلاف النص ولان عقد الرهن شرع وثيقة بالدين ولو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توهينا لا توثيقا لانه يقع تعرض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهينا للحق لا توثيقا له (ولنا) ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال الرهن بما فيه وفي رواية الرهان بما فيها وهذا نص في الباب لا يحتمل التأويل وروى أن رجلا رهن بدين عند رجل فرسباح له عليه فتفق الفرس عنده فطالبه المرتن بحقه فاخصم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ذهب حقتك ولان المرتن جعل مستوفيا للدين عند هلاك الرهن فلا يملك الاستيفاء ثانيا كما اذا استوفى بالفكك وتقرر معنى الاستيفاء في الرهن ذكرناه في مسائل الخلاف وأما الحديث

فيحتمل أن يكون معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يعلق الرهن أى لا يهلك إذا الغلق يستعمل في الهلاك كذا قال بعض أهل اللغة وعلى هذا كان الحديث حجة عليه لأنه يذهب بالدين فلا يكون هالكاً بمعنى وقيل معناه أى لا يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين وهذا كان حكماً جاهلياً جاء الإسلام فأبطله وقوله عليه الصلاة والسلام عليه غرمه أى ثقته وكفنه ونحن به نقول أنه وثيقة قلنا معنى التوثيق في الرهن هو التوصل إليه في أقرب الأوقات لأنه كان للمرتهن ولاية مطالبته الراهن بقضاء الدين من مطلق ماله وبعد الرهن حدثت له ولاية المطالبة بالقضاء من ماله المعين وهو الرهن بواسطة البيع فازداد طريق الوصول إلى حقه فحصل معنى التوثيق

فصل (وأما) شرائط كونه مضموناً عند الهلاك فأشياء منها قيام الدين حتى لو سقط الدين من غير عوض ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك أمانة وعلى هذا يخرج ما إذا أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء ولا ضمان على المرتهن فيه إذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه استحساناً والقياس أن يضمن وهو قول زفر ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين وعليه بدل ما استوفى وزفر سوي بين الأبراء والاستيفاء ونحن نفرق بينهما (وجه) القياس أن قبض الرهن قبض استيفاء ويتقرر ذلك الاستيفاء عند الهلاك فيصير كأنه استوفى الدين ثم أبرأ عنه ثم هلك الرهن ولو كان كذلك يضمن كذا هذا ولأن المرهون لما صار مضموناً بالقبض يبقى الضمان ما بقي القبض وقد بقي لا نعدم ما ينقضه وجه الاستحسان أن كون المرهون مضموناً بالدين يستدعي قيام الدين لأن الضمان هو ضمان الدين وقد سقط بالأبراء فاستحال أن يبقى مضموناً به وقد خرج الجواب عن قوله أن الاستيفاء يتقرر عند الهلاك لا نأقول نعم إذا كان الدين قائماً فإذا سقط بالأبراء لا يتصور الاستيفاء وهذا بخلاف ما إذا استوفى الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن لأن قبض الرهن قائم والضمان متعلق به فيبقى ما بقي القبض ما لم يوجد المسقط والاستيفاء لا يسقط الضمان بل يقرره لأن المستوفى يصير مضموناً على المرتهن بخلاف الأبراء لأنه مسقط لأن الأبراء اسقاط فلا يبقى الضمان فهو الفرق هذا إذا لم يوجد من المرتهن منع الرهن من الراهن بعد طلبه فإن وجد ثم هلك الرهن في يده ضمن كل قيمته لأنه صار غاصباً بالمنع والمغصوب مضمون بكل القيمة وعلى هذا يخرج ما إذا أخذت المرأة بصدقها رهنًا ثم طلقها الزوج قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها أنه لا ضمان عليها في نصف الصداق الذي سقط بالطلاق لأنهم انصرفوا مستوفية لذلك النصف عند هلاك الرهن لسقوطه بالطلاق فلم يبق القبض مضموناً وكذلك لو أخذت بالصدق رهنًا ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط الصداق ثم هلك الرهن في يدها لا ضمان عليها لأن الصداق لم يسقط بالردة لم يبق القبض مضموناً فصار كما لو أبرأت عن الصداق ثم هلك الرهن في يدها ولو لم يكن المهر مسمى حتى وجب مهر المثل فأخذت بمهر المثل رهنًا ثم طلقها قبل الدخول بها حتى وجبت عليه المتعة لم يكن له أن يجبس الرهن بالمتعة ولو هلك في يدها ولم يوجد منها منع يهلك بغير شيء والمتعة باقية على الزوج وهذا قول أبي يوسف وقال محمد لها حق الحبس بالمتعة ولقب المسئلة أن الرهن بمهر المثل هل يكون رهنًا بالمتعة عند أبي يوسف لا يكون وعند محمد يكون ولم يذكر قول أبي حنيفة في الأصل وذكر الكرخي رحمه الله قوله مع قول أبي يوسف وجده قول محمد أن الرهن بالشئ رهن يبدله في الشرع لأن بدل الشئ يقوم مقامه كأنه هو وهذا كان الرهن بالمغصوب رهنًا بقيمته عند هلاكه والرهن بالمسلم فيه رهنًا برأس المال عند الأقالبة والمتعة بدل عن نصف المهر لأنه يجب بالسبب الذي يجب به مهر المثل وهو النكاح عند عدمه وهذا أحد البدل في أصل الشيوع ولا يبي يوسف أن المتعة وجبت أصلاً بنفسها لا بدلاً عن مهر المثل والسبب انعقد لوجوبها ابتداءً كما أن العقد لوجوب مهر المثل بالطلاق زال في حق أحد الحاكمين وبقي في حق الحكم الآخر إلا أنه لا يعمل فيه إلا بعد الطلاق فكان الطلاق شرطاً لعمل السبب وهذا لا يدل على كونها بدلاً كما في سائر الأسباب المتعلقة بالشروط ولو أسلم في طعام وأخذ به رهنًا ثم قاسخا العقد كان له أن يجبس الرهن برأس المال لأن رأس المال بدل عن المسلم فيه فإن هلك الرهن في يده يهلك بالطعام لأن

القبض حين وجوده وقع مضمونا بالطعام وبالأقاليم يسقط الضمان أصلا لأن بدله قائم وهو رأس المال فيبقى القبض مضمونا على ما كان بخلاف ما إذا أبراه عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء لأن الضمان هناك يسقط أصلا ورأسا فخرج القبض من أن يكون مضمونا ولو اشترى عبدا أو ثوبا بضائمه تفاسخا كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لأن المشتري بعد التفاسخ ينزل منزلة البائع وللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذا المشتري وكذلك لو أن البائع سلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا من المشتري ثم تقايلا كان للبائع أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع كما في السلم ومنها أن يكون هلاك المرهون في قبض الرهن فإن لم يكن لا يكون مضمونا بالدين وإن بقي عقد الرهن لأن المرهون إنما صار مضمونا بالقبض فإذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضمونا وعلى هذا يخرج ما إذا غصب الرهن غاصب فهلك في يده أنه لا يسقط شيء من الدين لأن قبض الغاصب أبطل قبض الرهن وإن لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن ينقض قبض الغاصب فيرده إلى الرهن وعلى هذا يخرج ما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن لينتفع به فهلك أنه إن هلك قبل أن يأخذ في الانتفاع أو بعد ما فرغ عنه يهلك بالدين وإن هلك في حال الانتفاع يهلك أمانة لأن المرهون قبل أن يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن لا لعدم ما ينقضه وهو قبض الانتفاع وإذا أخذ في الانتفاع فقد نقضه لوجود قبض العارية وقبض العارية في قبض الرهن لأنه قبض أمانة وقبض الرهن قبض ضمان فإذا جاء أحدهما انتفى الآخر ثم إذا فرغ من الانتفاع فقد انتهى قبض العارية فعاد قبض الرهن وكذلك إذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون فهو على التفصيل ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه خرج عن ضمان الرهن حتى لو هلك في يده يهلك أمانة والدين على حاله لأن قبضه قبض العارية وأنه قبض أمانة فينا في قبض الضمان وكذلك لو أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبي باذن المرتهن أو أعاره المرتهن باذن الراهن من أجنبي وسلمه إلى المستعير فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن والخروج عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كزوائد الرهن ولو كان المرهون جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده ولد أقال ولد رهن لأن الأصل مرجع لقيام عقد الرهن حتى لو هلك الجارية قبل أن يقبض المرتهن الولد فالدين قائم والولد رهن بجميع المال لأن الضمان وإن فات فالعقد قائم وفوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر وإذا بقي العقد في الأم صار الولد مرهونا تبعاً للام فكان له أن يحبس به بجميع المال وكذا الولد ولدت هذه الابنة ولدا فانهما رهن بجميع المال وإن ماتا لم يسقط شيء من الدين لأن الولد ليس بمضمون ألا ترى أن الأم لو كانت قائمة فهلك الولد لا يسقط شيء من الدين فكذا إذا كانت هالكة ولا يفتك الراهن واحدا منهما حتى يؤدي المال كله لانهما دخلا جميعا في العقد فلا يملك الراهن التفريق ولومات الراهن والرهن قائم في يده قبل أن يرده إلى المرتهن المرتهن أحق به من سائر الغرماء لقيام عقد الرهن وإن بطل الضمان كما في ولد الرهن أن المرتهن أحق به وإن لم يكن فيه ضمان ولو أعاره الراهن الرهن من المرتهن أو أذن له بالانتفاع به فجاء يفتك الرهن وهو ثوب وبه خرق فاختلفا فقال الراهن حدث هذا في يدك قبل اللبس أو بعد ما لبسته ورددته إلى الرهن وقال المرتهن لا بل حدث هذا في حال اللبس فالقول قول المرتهن لانهم لما اتفقا على اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان فالراهن يدعي عوده إلى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله هذا إذا اتفقا على اللبس واختلفا في وقته فأما إذا اختلفا في أصل اللبس فقال الراهن لم ألبسه ولكنه تحرق وقال المرتهن لبسته فتحرق فالقول قول الراهن لانهم اتفقا على دخوله في الضمان فالمرتحن بدعواه اللبس يدعي الخروج من الضمان والراهن ينكر فكان القول قوله وإن أقام الراهن البيينة أنه تحرق في ضمان المرتهن وأقام المرتهن البيينة أنه تحرق بعد خروجه من الضمان فالبيينة بينة الراهن لأن بينته مثبتة لأنها تثبت الاستيفاء وبينة المرتهن تنفي الاستيفاء فالمثبتة أولى (ومنها) أن يكون المرهون مقصودا فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن أو ما هو في حكم المتولد كالولد وانثر والبن والصوف والعقر ونحوها مضمونا إلا الأرض خاصة حتى

لوهلك شيء من ذلك لا يسقط شيء من الدين الا الارش فانه اذا هلك تسقط حصته من الدين وانما كان كذلك لان الولد ليس برهون مقصود ابل تبعا للاصل كولد المبيع على أصل أحبابنا انه مبيع تبعا لمقصودا والرهون تبعا لخاصة له من الضمان الا اذا صار مقصودا بالفك كذا أن المبيع تبعا لخاصة له من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض بخلاف الارش لانه بدل المرهون لان كل جزء من أجزاء الرهن مرهون وبذل الشيء قائم مقامه كأنه هو فكان حكمه حكم الأصل والأصل مضمون فكذا ابدله بخلاف الولد ونحوه وبخلاف الزيادة على الرهن انها مضمونة لانها رهونة مقصودا لتبعا لان الزيادة اذا سحقت التحقت بأصل العقد كان العقد ورد على الزيادة والمزيد عليه على ما ذكر في موضعه ان شاء الله تعالى ولو هلك الأصل بقيت الزيادة يقسم الدين على الأصل والزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الأصل وقت قبض وان شئت قلت وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد لان الإيجاب والقبول لا يصير عقدا شرعا الا عند القبض وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفك كذا لان الأصل انما صار مضمونا بالقبض فتعتبر قيمة يوم القبض والزيادة انما يصير لها حصصة من الضمان بالفك كذا فتعتبر قيمتها حينئذ الا أن هذه القسمة للحال ليست قسمة حقيقية بل من حيث الظاهر حتى تتغير بتغير قيمة الزيادة الى الزيادة والنقصان من حيث السعر والبدن والقسمة الحقيقية وقت الفك كذا ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الأصل بالزيادة والنقصان في السعر أو في البدن لان الأصل دخل في الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا يتغير الضمان والولد انما يأخذ قسطا من الضمان بالفك كذا فتعتبر قيمته يوم الفك كذا وشرح هذه الجملة اذا رهن جارية قيمتها ألف فولدت ولدا يساوي الفا فان الدين يقسم على قيمة الام والولد نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة حتى لو هلكت الام سقط نصف الدين وبقي الولد رهنا بالنصف الباقي فيفتك الرهن به ان بقي الى وقت الافتك وان هلك قبل ذلك هلك بغير شيء وجعل كأن لم يكن وعادت حصته من الدين الى الام وتبين ان الام هلكت بجميع الدين وان لم يهلك لكن تغيرت قيمته الى الزيادة فصار يساوي الفين بطلت قسمة الانصاف وصارت القسمة أثلاثا للدين في الولد والثلث في الام وتبين ان الام هلكت بثلاث الدين وبقي الولد رهنا بالثلثين فان ازدادت قيمته وصار يساوي ثلاثة آلاف بطلت قسمة الاثلاث وصارت القسمة أربعا لثلاثة أرباع الدين في الولد وربع الدين وبقي الولد رهنا بثلاثة أرباعه ولو تغيرت قيمته الى النقصان فصار يساوي خمسمائة بطلت قسمة الارباع وصارت القسمة أثلاثا للدين في الام والثلث في الولد وتبين ان الام هلكت بثلاثي الدين وبقي الولد رهنا بالثلث هكذا على هذا الاعتبار وسواء كان الولد واحدا أو أكثر ولدوا معا أو متفرقا يقسم الدين على الام وعلى الاولاد على قدر قيمتهم لكن تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الاولاد يوم الفك كذا لما ذكرنا وولد الولد في القسمة حكمه حكم الولد حتى لو ولدت الجارية بنتا وولدت بنتها ولدا فيها بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم ولا يقسم على الجارية وعلى الولد الاصل ثم يقسم باقية عليه وعلى ولده لان ولدا الرهن ليس بمضمون حتى يتبعه ولده فكأنهما في الحكم ولدان ولو ولدت الجارية ولدا ثم قصت قيمة الام في السعر أو في البدن فصارت تساوي خمسمائة أوزادت قيمتها فصارت تساوي ألفين والولد على حاله يساوي ألفا فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وان كانت الام على حالها وانقصت قيمة الولد بسبب دخله أو لسعر فقصار يساوي خمسمائة صار الدين فيها أثلاثا للثلاث في الام والثلث في الولد ولو زادت قيمة الولد فصار يساوي الفين فثلثا للدين في الولد والثلث في الام حتى لو هلكت الام بقي الولد رهنا بالثلثين لما ذكرنا ان الأصل انما دخل تحت الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا يتغير القسمة والولد انما يصير له حصصة من الضمان بالفك كذا فتعتبر قيمته يوم الفك كذا ولو عورت الام بعد الولادة أو كانت اعورت قبلها ذهب من الدين بمورهار به وذلك مائتان وخمسون وبقي الولد رهنا بثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون وهذا الجواب فيما اذا ولدت ثم اعورت ظاهرا لان الدين قبل الاعورار كان فهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة فاذا اعورت والعين من

الآدمي نصفه فذهب قدر ما فيها من الدين وهو نصف نصف الدين وهو ربع الكل وبقي الولد رهنا ببقية الدين وهو ثلاثة الأرباع (فأما) إذا عورت ثم ولدت ففيه اشكال من حيث الظاهر وهو ان قبل الا عورار كان كل الدين فيها وبالاعورار ذهب النصف وبقي النصف فاذا ولدت ولدا فينسحق أن يقسم النصف الباقي من الدين على الجارية العوراء وعلى ولدها أثلاثا الثلثان على الولد والثلث على الام (والجواب) ان ذهاب نصف الدين بالاعورار لم يكن حجابا بل على التوقف على تقدير عدم الولادة فاذا ولدت تبين انه لم يكن ذهب بالاعورار إلا ربع الدين لان الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد فصار كأنها ولدت ثم عورت ولو هلك الولد وقد عورت الام قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالاعورار لان الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل كأن لم يكن وعادت حصته الى الام وتبين ان الام كانت رهنا بجميع الدين فاذا عورت ذهب بالاعورار نصفه وبقي النصف الآخر ولو لم يهلك ولكنه اعور لم يسقط باعوراره شيء من الدين لانه لو هلك لا يسقط فاذا اعورأولى لكن تلك القسمة التي كانت من حيث الظاهر تتغير لانها تحتمل التغير بتغير قيمة الولد الى الزيادة والنقصان لما ذكرنا فيما تقدم وعلى هذا تخرج الزيادة في الرهن انها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة بأن رهن جارية ثم زاد عبد لأن هذه زيادة مقصودة لورود فعل الرهن عليها مقصود أفكانت رهونة أصلا لا تبعاً فكانت مضمونة ويقسم الدين على المزد يد عليه والزيادة وجملة الكلام في كيفية الانقسام ان الراهن لا يخلو (أما) ان زاد في الرهن وليس في الرهن نماء (وأما) ان كان فيه نماء فان لم يكن فيه نماء يقسم الدين على المزد يد عليه والزيادة على قدر قيمتها حتى لو كانت قيمة الجارية والفاو قيمة العبد الف والدين الف كان الدين فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة كان الدين فيهما أثلاثا الثلثان في العبد والثلث في الجارية وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين لان كل واحد منهما رهون مقصودا لا تبعاً لأنه تعتبر قيمة المزد يد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك لان الزيادة والنقصان كل واحد منهما انما يدخل في الضمان بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض والقبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف زيادة الرهن وهي نماء وان القسمة تتغير بتغير قيمتها لانها رهونة تبعاً لأصلاً والمرهون تبعاً لا يأخذ حصصاً من الضمان الا بالفكالك فتعتبر قيمتها يوم الفكالك فكانت القسمة قبله محتملة للتغير ولو نقص الرهن الاصل في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاده الراهن بعد ذلك رهنا آخر يقسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت نحو ما اذا رهن جارية قيمتها الف بالف فاعورت حتى ذهب نصف الدين وبقي النصف ثم زاد الراهن عبد اقيمته الف يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية عوراء وعلى قيمة العبد الزيادة أثلاثا فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان في الجارية ففرق بين الزيادة في الرهن وزيادة الرهن وهي نماء بأن عورت الجارية ثم ولدت ولدا قيمته ألف أن الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفكالك نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة ثم ما أصاب الام وهو النصف ذهب بالاعورار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقي ثلثمائة أربع الدين وذلك سبعمائة وخمسون في الام والولد ثلثا ذلك خمسمائة في الولد وثلث ذلك مائتان وخمسون في الام وفي الزيادة على الرهن يبقى الاصل والزيادة بنصف الدين (ووجه) الفرق بين الزيادة بان حكم الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة على الرهن ثبت بطريق الاصل لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل العقد عليها مقصودا فيعتبر في القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة الا النصف فيقسم ذلك النصف عليها على قدر قيمتهما بخلاف زيادة الرهن لانها ليست برهونة مقصودا لانعدام وجود الرهن فيها مقصودا بل تبعاً للاصل لكونها متولدة منه فثبت حكم الرهن فيها تبعاً للاصل كأنها متصلة به فتصير كأنها موجودة عند العقد فكان الثابت في الولد غير ما كان ثابتاً في الام فيعتبر في القسمة قيمة الام يوم القبض وكذلك لو قضى الراهن للمرتين من الدين خمسمائة ثم زاده في الرهن

عبد اقيمت ألف أن هذه الزيادة تلحق الخمسائة الباقية فيقسم على نصفه قيمة الجارية وهي خمسمائة وعلى قيمة العبد الزيادة وبقى ألف أثلاثا ثلثها في العبد وثلثها في الجارية حتى لو هلك العبد هلك بثلثي الخمسائة وذلك ثلثمائة وثلثون وثلاثون ولو هلك الجارية هلك بالثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان لأن الزيادة زيادة على المهرين والمرهون محبوس بالدين والمحبوس بالدين هو نصف الجارية لا كلها ولم يبق نصف الدين لصيرورته مقضيا فالزيادة تدخل في الباقي وينقسم الباقي على قيمة نصف الجارية وعلى قيمة الزيادة أثلاثا ولو قضى خمسمائة ثم عورت الجارية قبل أن يزبد الرهن ثم زاد عبد اقيمت ألف درهم قسم مائتان وخمسون على نصف نصف الجارية العوراء وعلى الزيادة على خمسة أسهم أربعة من ذلك في الزيادة وسهم في الجارية العوراء لأنه لما قضى الرهن خمسمائة فرغ نصف الجارية شائع من الدين وبقى النصف الباقي في نصفها شائعا وذلك خمسمائة فإذا عورت فقد ذهب نصف ذلك النصف بما فيه من الدين وذلك مائتان وخمسون وبقى مائتان وخمسون من الدين فيما لم يذهب من نصف الجارية فإذا هذه الزيادة تلحق هذا القدر فيقسم هذا القدر في الاصل والزيادة أخماسا أربعة أخماسه وذلك مائتان في الزيادة وخمسة وذلك خمسون في الاصل هذا إذا زاد وليس في الرهن نماء فأما إذا زاد وفيه نماء بأن رهن جارية قيمتها ألف بألف فولدت ولدا يساوي ألفا ثم زاده عبد اقيمت ألف فالرهن لا يخلو أمانا زاد والام قاعمة وأمان زاد بعد ما هلك الام فان كانت قاعمة فزاد لا يخلو أمانا جعله زيادة على الولد أو على الام أو عليهما جميعا أو أطلق الزيادة ولم يسم المزد عليه انه الام أو الولد فان جعله زيادة على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل في حصة الام لأن الاصل وقوع تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه وقد جعله زيادة على الولد فيكون زيادة معه فيقسم الدين أولا على الام والولد على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الولد يوم الفكاك لما بينا فبا تقدم وقيمة الزيادة وقت الزيادة وهي وقت قبضها لانها انما جعلت في الضمان بالقبض فتعتبر قيمتها يوم القبض ولو هلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لأنه اذا هلك جمل كأن لم يكن أصلا ورأسا فلم تتحقق الزيادة عليه لأن الزيادة لا بد لها من مزيد عليه فتبين ان الزيادة لم تقع رهنا وان جعله زيادة على الام فهو على ما جعل لما ذكرنا ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي باشره ولأنه لو أطلق الزيادة لوقعت على الام فمعد التقييد والتنقيص أولى واذا وقعت زيادة على الام جمل كأنها كانت موجودة وقت العقد فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها على اعتبار قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ولومات الولد أو زادت قيمته أو ولدت ولدا فالحكم في حق العبد للزيادة لا تتغير ويقسم الدين أولا على الجارية والعبد نصفين ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها فتعبر زيادة الولد في حق الام ولا تعتبر في حق العبد سواء زاد بعد حدوث الولد أو قبله لأن الولد في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو هلك الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها من الدين وبقى الولد وان الزيادة بما فيها بخلاف ما اذا هلك الولد انه تبطل الزيادة لأن هلاك الام لا يتبين ان العقد لم يكن بل يتناهى ويتقرر حكمه فهلاكه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد لأنه اذا هلك التحق بالعدم من الاصل وجعل كأن لم يكن فتبين أن الزيادة لم تصبح رهنا ولو هلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء لأن الولد غير مضمون بالهلاك فإذا هلك جعل كأن لم يكن وجعل كأن الزيادة حدثت ولا بد للجارية كذلك وان جعله زيادة على الام والولد جميعا فالعبد زيادة على الام خاصة ولا عبرة للولد في حق الزيادة ولا يدخل في حصتها وانما يعتبر في حق الام ويدخل في حصة الام والولد في حق الزيادة حال وجود الام كالعدم فلا تصلح الزيادة عليه في حال قيام الام فيقسم الدين على الاصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتهما قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة ثم يقسم ما أصاب الام قسمة أخرى بينهما وبين ولدها على اعتبار قيمتهما يوم العقد ويوم الفكاك كذلك وان أطلق الزيادة ولم يسم الام

ولا الولد فالز يادة رهن مع الام خاصة لان الز يادة لا بد لها من مزيد عليه وكل واحد منهما على الافراد يصلح مزيدا عليه الا ان الام أصل في الرهن والولد تابع فعند الاطلاق جعلها ز يادة على الاصل أولى واذا صار الرهن ز يادة رهن مع الام يقسم الدين قسمين على نحو ما بينا هذا اذا كانت الام قائمة وقت الز يادة (فأما) اذا هلك الام ثم زادوا العبد ز يادة على الولد فكانا جميعاً رهناً بخمسائة فهلك الرهن كل واحد منهما بمائتين وخمسين لان الز يادة تستدعي مزيدا عليه والهالك خرج عن احتيا ذلك فتعين الولد مزيدا عليه وقد ذهب نصف الدين بهلاك الام وبقي النصف وذلك خمسمائة فينقسم ذلك على الز يادة والولد على قدر قيمتهما ولو هلك الولد أخذ الرهن العبد بغير شيء لانه لما هلك فقد التحق بالعدم وجعل كأنه لم يكن وعادت حصته الى الام فتبين انها هلكت بجميع الدين فتبين ان الز يادة حصلت بعد سقوط الدين فلم تصح ولو هلك العبد ان الز يادة بعد هلاك الولد في يد المرتهن هلك أمانة الا اذا منع بعد الطلب لانه تبين أنه لم يكن رهناً في الحقيقة لما بينا فصار كما اذا رهن بدين ثم تصادقا على أنه لا دين ثم هلك الرهن أنه يهلك أمانة لما قلنا كذا هذا الا اذا منع بعد الطلب لانه صار غاصباً بالمنع فيلزمه ضمان العصب (وأما) بيان كيفية الضمان وقدره فالرهن لا يخلو اما أن يكون من جنس حق المرتهن أو من خلاف جنس حقه فان كان من خلاف جنس حقه فاما أن يكون شيئاً واحداً واما أن يكون أشياء فان كان شيئاً واحداً يهلك مضموناً بالاقل من قيمته ومن الدين وتقسيره اذا رهن عبداً بقيمته الف بألف فهلك ذهب الدين كله وان كانت قيمة العبد الفين فهلك ذهب كل الدين أيضاً وفضل الرهن يهلك أمانة وان كانت قيمته خمسمائة ذهب من الدين خمسمائة ويرجع المرتهن على الراهن بفضل الدين وهذا قول عامة العلماء وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم مثل سيدنا عمر وعبد الله بن مسعود وهورواه عن سيدنا علي رضى الله عنهم ومنهم من قال انه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت أي على المرتهن بفضل قيمة الرهن وهكذا روى عن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما ومنهم من قال انه مضمون بالدين بالغاً ما بلغ أي يذهب كل الدين قلت قيمة الدين أو كثرت وهو مذهب شريح وعن سيدنا علي رضى الله عنه رواية أخرى أنه قال يتراد ان الفضل يعني ان كانت قيمة الرهن أكثر فالرهن أن يرجع على المرتهن بفضل القيمة وان كانت قيمته أقل فللمرتهن أن يرجع على الراهن بفضل الدين واختلافهم على هذا الوجه حجة على الشافعي رحمه الله في قوله ان المرهون أمانة لان اختلافهم في كيفية الضمان وقدره اتفاق منهم على كونه مضموناً فانكار الضمان أصلاً يرجع الى مخالفة الاجماع فكان باطلاً ثم الرجحان في كيفية الضمان لقول سيدنا عمر وابن مسعود رضى الله عنهما لان المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفاء لان قبض الرهن قبض استيفاء ويتقرر الاستيفاء عند الهلاك فيتقرر الضمان فيه بقدر الاستيفاء فان كانت قيمة الرهن مثل الدين أمكن تحقيق الاستيفاء لان استيفاء الدين مثله بصورة ومعنى أو معنى لا صورة واذا كانت قيمته أكثر لا يتحقق الاستيفاء الا في قدر الدين ولا يتحقق في الز يادة لان استيفاء الاقل من الأكثر يكون ربا واذا كانت قيمته أقل لا يمكنه تحقيق الاستيفاء الا بقدر الدين لان استيفاء الاكثر من الاقل لا يتصور هذا اذا كان المرهون شيئاً واحداً فاما اذا كان أشياء بأن رهن عشرين أو ثوبين أو دابتين أو نحو ذلك فلا يخلو (أما) ان أطلق الرهن ولم يسم لكل واحد منهما شيئاً من الدين (وأما) ان قيد وسمى لكل واحد منهما قدر معلوم من الدين فان أطلق يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما وكان كل واحد منهما مضموناً بالاقل من قيمة نفسه ومن حصته من الدين لان كل واحد منهما امرهون والمرهون مضمون بالدين فلا بد من قسمة الدين على قيمتهما ليعرف قدر ما في كل واحد منهما من الضمان كما ينقسم الثمن عليهما في باب البيع باعتبار قيمتهما لمعرفة مقدار الثمن لان المرهون مضمون بالدين كما أن البيع مضمون بالثمن وان قيد كان كل واحد منهما مضموناً بالاقل من قيمته ومما سمي له لانه لما سمي وجب اعتبار التسمية فينظر الى القدر المسمى لكل واحد منهما فايهما هلك يهلك بالاقل من قيمته ومن القدر المسمى كما في باب البيع اذا سمي لكل واحد من المبيعين ثمنا أنه ينقسم الثمن عليهما بالقدر المسمى كذا هذا اذا كان المرهون من خلاف جنس الدين وهلك في يد المرتهن فاما اذا كان من

جنسه بأن رهنه وزنا بجنسه أو مكىلا بجنسه وهلك في يد المرتهن فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة يهلك مضمونا بالدين باعتبار الوزن دون القيمة حتى لو كان وزن الرهن بمثل وزن الدين وقيمته أقل منه فهلك يذهب كل الدين عنده وعند أبي يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس على ما نذكر فنأصل أبي حنيفة أنه يعتبر الوزن دون القيمة في الهالك ومن أصلهما أنهما يعتبران الوزن فيما لا يتضرر به المرتهن فاما فيما يتضرر به فيضمنان القيمة من خلاف الجنس (وأما) في الانكسار فابو حنيفة يضمن القيمة وكذلك أبو يوسف عند الاستواء في الوزن والقيمة ولا يريان الجعل بالدين أصلا ومحمد يجعل بالدين لكن عند الامكان بأن لا يؤدي ذلك الى الضرر بالراهن ولا بالمرتهن ولا يؤدي الى الربا فان أدى الى شيء مما ذكرنا فإنه لا يجعل بالدين أيضا وإذا كانت قيمة الرهن أكثر فابو يوسف يجعل النقصان الحاصل بالانكسار شائعا في قدر الامانة والمضمون فما كان في الامانة يذهب بغير شيء وما كان في المضمون يضمن المرتهن قيمته ويهلك من الرهن بقدره ومحمد رحمه بصرف النقصان الى الزيادة وإذا أكثر النقصان حتى انتقص من الدين بخير الراهن بين أن يفتكه وبين أن يجعله بالدين ومن أصل أبي حنيفة أنه يجوز استيفاء الزوف من الجياد حتى لو أخذ صاحب الدين الزوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلك عنده سقط دينه وكذا عند محمد إلا أن محمد أترك أصله في الرهن وعند أبي يوسف لا يسقط بل يرد مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه فمن أصله أنه لا يجوز استيفاء الزوف عن الجياد فهذه أصول هذه المسائل (وأما) تخير المجع على هذه الاصول فنقول وبالله التوفيق اذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب فضة فهلك أو انكسر في يد المرتهن فوزن القلب لا يحلوا اما أن يكون مثل وزن الدين بأن كان عشرة واما أن يكون أقل من وزنه بأن كان ثمانية واما أن يكون أكثر من وزنه بأن كان اثني عشر وكل وجه من هذه الوجوه يدخله الهلاك والا نكسار فان كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بالدين بلا خلاف لان في وزنه وقيمته وقاء بالدين ولا ضرر فيه بأحد ولا فيه بأفهلك بالدين على ما هو حكم الرهن عندنا وان انكسر وانتقص لا يجبر الراهن على الافتكالك بلا خلاف لانه لو افتكه اما أن يفتكه بجميع الدين واما أن يسقط شيء من الدين بمقالة النقصان لاسيلا الى الاول لان فيه ضررا بالراهن لقوات حقه عن الجودة والصناعة من غير عوض ولا سبيل الى الثاني لانه يؤدي الى الربا لان الدين والرهن يستويان في الوزن والجودة لقيمة لها شرعا عندما مقابلة بجنسها فكانت ملحقة بالعدم شرعا فيكون ايفاء عشرة بثمانية فتكون ربا في تخيران شاء افتكه بجميع الدين ورضى بالنقصان وان شاء ضمن المرتهن قيمته بالغة ما بلغت فكانت رهنا مكانه وبصير القلب ملكا للمرتهن بالضمان وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمدان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين وبصير ملك المرتهن بدينه (وجه) قول محمدان ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لان ذلك موجب قبض هو تعدي كقبض القصب وقبض الرهن مأذون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسبه الجعل بالدين لانه قبض استيفاء وفي الجعل بالدين تقرير الاستيفاء (وجه) قولهما ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من أعمال الجاهلية جاء الاسلام وأبطله بقوله لا يعلق الرهن والجعل بالدين غلق الرهن فكان باطلا وبه تبين ان ملك الرهن بالدين لا يجوز ان يكون حكم هذا التصرف وان حكمه ملك اليد والحبس لا ملك العين والرقبة (فاما) ضمان القيمة فيصلح حكما في الجملة ألا ترى ان محمد يقول به عند تعذر الجعل بالدين على ما نذكر وان كانت قيمته أقل من وزن الدين بأن كانت ثمانية فهلك يهلك بجميع الدين عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يعتبر الوزن دون القيمة عند الهلاك وفي وزنه وقاء الدين وعندهما لا يهلك بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه (وجه) قولهما أنه لو هلك بالدين (اما) ان يهلك بوزنه (واما) أن يهلك بقيمته لاسيلا الى الاول لان فيه ضررا بالمرتهن ولا وجه الى الثاني لانه يؤدي الى الربا فيخير المرتهن بين أن يرضى بسقوط الدين وبين أن يضمن قيمة الرهن من خلاف جنسه فيكون رهنا مكانه ولا يبي حنيفة رحمه الله ان قبض الرهن قبل استيفاء والجيد والردى في الاستيفاء على السواء لان استيفاء الزوف عن الجياد جائز عنده وان

انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمن المرتن قيمته من خلاف جنسه بالاجماع وليس له خيار الجعل بالدين هنا بلا خلاف (أما) على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف فلائهما لا يريان الجعل بالدين أصلاً ومحمد رحمه الله ان كان يرى ذلك لكن عند الامكان وههنا لا يمكن لانه لو جعل الدين باعتبار الوزن يؤدى الى الضرر بالمرتن حيث يصير الرهن الذى قيمته ثمانية بعشرة ولو جعل باعتبار القيمة يؤدى الى الرافقت الضرورة الى ضمان القيمة والله تعالى أعلم وان كانت قيمته أكثر من وزنه بأن كانت اثني عشر فهلك بالدين عند أبي حنيفة اعتباراً للوزن وكذلك عند محمد لأن الجودة هنا أفضل فكان امانة بمنزلة الفضل في الوزن (أما) على قول أبي يوسف فقل يضمن المرتن قيمة خمسة أسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه لان الجودة عنده مضمونة وقيل يهلك بالدين عنده أيضاً لانه يعتبر الوزن في الهلاك لا الجودة وانما يعتبر الجودة في الانكسار وان انكسر فالراهن بالخيار عند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين مع النقصان وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه فيكون رهناً مكانه لما ذكرنا فيما تقدم سواء كان النقصان الحاصل بالانكسار قدر درهم بأن عادت قيمته الى أحد عشر أو قدر درهمين بأن عادت قيمته عشرة أو أكثر من ذلك بأن صارت قيمته ثمانية وعند أبي يوسف ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتن قيمته خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه فتصير خمسة أسداس الرهن ملكاً للمرتن بالضمان وسدس الرهن مع خمسة أسداس القيمة رهناً بالدين لان من أصله أن يجعل قدر النقصان الحاصل بالانكسار شائعاً في قدر الامانة والمضمون والقدر الذى في الامانة يذهب بغير شيء والقدر الذى في المضمون يضمن قيمته فيصير ذلك القدر من الرهن ملكاً له وعند محمد ينظر الى النقصان ان كان قدر درهم أو درهمين لا ضمان على المرتن ويحبر الراهن على الفكاك وان زاد على ذلك يخير بين الفكاك وبين الجعل بالدين كما لو كانت قيمته وزنه سواء لان من أصله أنه يصرف النقصان الحاصل بالانكسار الى الجودة الزائدة الا اذا كثرت النقصان حتى عادت قيمته الى ثمانية فله أن يجعله بالدين ان شاء وان شاء افتكه وقيل ان على قوله له أن يضمه كما قال أبو حنيفة رحمه الله لما في الجعل بالدين من اسقاط حقه عن الجودة هذا اذا كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فاما اذا كان أقل من وزنه ثمانية فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بمثل وزنه من الدين وهو ثمانية بالاجماع وان انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتن قيمته من خلاف جنسه فكانت رهناً والقلب للمرتن بالضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد ان شاء افتكه بالدين وان شاء جعله بمثل وزنه من الدين لما قلنا وان كانت قيمته أقل من وزنه سبعة فهلك يهلك بثمانية في قول أبي حنيفة اعتباراً للوزن وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه لما بينا وان انكسر ضمن القيمة بالاجماع (أما) على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلائهما لا يخيران الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلاً ورأساً ومحمدان كان يحجزه لكن بشرطة انعدام الضرر وفي الجعل بالدين هنا ضرر بالمرتن وان كانت قيمته أكثر من وزنه فكانت تسعة أو كانت مثل الدين عشرة فهلك يهلك بقدر وزنه ثمانية عند أبي حنيفة وعندهما يضمن القيمة وان انكسر ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن القيمة بالاجماع لما ذكرنا وان كانت قيمته أكثر من الدين اثني عشر فهلك يهلك بثمانية عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته وان انكسر فعند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمنه جميع القيمة وكانت قيمته رهناً والقلب ملكاً للمرتن وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون سدس القلب مع خمسة أسداس قيمته رهناً عنده بالدين وعند محمد يصرف النقصان الحاصل بالانكسار بالامانة ان قل النقصان بأن كان درهم أو درهمين ويحبر الراهن على الفكاك وان كان أكثر من ذلك يخبر الراهن بين الفكاك وبين الجعل بالدين هذا اذا كان وزن القلب أقل من وزن الدين ثمانية فاما اذا كان أكثر من وزنه اثنا عشر فان كانت قيمته مثل وزنه اثني عشر فهلك سقط الدين والزيادة على الدين تهلك امانة بلا خلاف وان انكسر ضمن خمسة أسداسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد له أن يجعل خمسة أسداسه بالدين وان كانت قيمته أقل من وزنه

وأكثر من الدين بأن كانت أحد عشر فهلك سقط الدين بخمسة أسداسه والزيادة تهلك أمانة عند أبي حنيفة ولا رواية عنهما في هذا الفصل وإن انكسر ضمن خمسة أسداس القلب عند أبي حنيفة لأنه لا يعتبر الجودة ولا يرى الجعل بالدين وعند أبي يوسف يجب أن يكون هكذا وكذلك عند محمد لتعذر التملك بالدين لما فيه من الضرر وإن كانت قيمته مثل مثل وزن الدين عشرة فهلك يهلك خمسة أسداس بالدين عند أبي حنيفة لأنه يعتبر الوزن وعندهما يضمن خمسة أسداسه ويرجع بحقه وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما يفرم جميع القيمة ولا يمكن الجعل بالدين عند محمد لأنه يؤدي إلى الربا وإن كانت قيمته أقل من الدين ثمانية فهلك ذهب خمسة أسداس بالدين في قول أبي حنيفة وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه وعندهما يفرم القيمة في الحالين وإن كانت قيمته خمسة عشر فهلك يهلك خمسة أسداس بالدين في قول أبي حنيفة وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة ثم في كل موضع ضمن المرتن بعض القلب وهلك ذلك القدر بالضمان وصار شرى كما فهذا شيوخ طاري فعلى جواب ظاهر الرواية يقطع القلب فيكون الباقي مع القدر الذي غرم رهنا لأن الشيوخ يمنع صحة الرهن مقارنا كان أو طارئا وعلى رواية أبي يوسف لا حاجة إلى القطع لأن الشيوخ الطاري لا يمنع بقاء العقد على الصحة (وأما) الرهن الفاسد فلا حكم له حال قيام المهرن حتى لا يثبت للمرتن حق الحبس وللراهن أن يسترده منه فإن منعه حتى هلك يضمن مثله إن كان له مثل وقيمته إن لم يكن له مثل لأنه صار غاصبا بالمنع والمفصوب مضمون على الغاصب بالمثل أو بالقيمة وإن لم يوجد المنع من المرتن حتى هلك الرهن في يده ذكر الكرخي رحمه الله أنه يهلك أمانة لأن الرهن إذا لم يصح كان القبض قبض أمانة لأنه قبض باذن المالك فأشبهه قبض الوديعة وحكى القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه ذكر في الجامع الكبير أن كل ما هو محل للرهن الصحيح فإذا رهنه رهنا فاسداً فهلك في يد المرتن يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين وكل ما ليس بمحل للرهن الصحيح لا يكون مضمونا بالرهن الفاسد كالمدر وأم الولد وهذا يدل على أن الفساد كان لمعنى في نفس المهرن لا يكون مضمونا بل يكون أمانة وإن كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضمونا (ووجهه) أن المهرن مضمون بالقبض ولا فساد في القبض إلا أن من شرط كون المقبوض مضمونا أن يكون مالا مطلقاً متقوماً كالقبوض بالبيع الفاسد فإن وجد الشرط يكون مضمونا وإلا فلا هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المهرن (وأما) حكم استهلاكه فمقتول المهرن لا يخلو (أما) أن يكون من بني آدم كالعبد والامة (وأما) أن كان من غير بني آدم من سائر الاموال فإن كان من غير بني آدم فاستهلكه أجنبي ضمن قيمته إن كان ممالا مثل له ومثله إن كان ممالا مثل كذا لم يكن مرهونا والمرتن هو الخصم في تضمينه وكان الضمان رهنا لأنه بدل المهرن ثم إن كان الضمان من جنس الدين والدين حال استوفاه بدينه وإن كان الدين لم يحل حبسه رهنا مكانه وكذلك لو استهلكه المرتن لأنه لو أ تلف مالا مملوكا متقوماً بغير اذن مالكه فيضمن مثله أو قيمته كما لو أ تلفه أجنبي وكان رهنا مكانه وإن استهلكه الراهن فإن كان الدين حالا يطالب بالدين لا فائدة في المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وإن كان لم يحل أخذ المرتن منه الضمان فأمسكه إلى أن يحل الدين وإذا كان في الرهن نماء كاللبن والولد فاستهلكه المرتن أو الراهن أو أجنبي بان كان الرهن شاة قيمتها عشرة غلبيت أو ولدت فعليه ضمانه (أما) وجوب الضمان على الأجنبي والمرتن فظاهر لأن الزيادة ملك الراهن واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه بوجوب الضمان (وأما) وجوبه على الراهن فلا ن المتلف وإن كان مملوكا له لكن للمرتن فيه حق قوى فيلحق بالمالك في حق وجوب الضمان وإذا وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهنا عند المرتن لأنه بدل المهرن فيقوم مقامه فإن هلك الضمان لا يسقط شيء من الدين لأنه بدل ما ليس بمضمون بالدين فكان حكمه حكم الأصل والأصل لو هلك يهلك بغير شيء كذا البديل وإن هلكت الشاة سقطت حصتها من الدين لأنها مرهونة مقصودة فكانت مضمونة بالهلاك ويقتك الراهن ضمان الزيادة بقدرها من الدين لأن الزيادة تصرف مقصودة بالهلاك فكيف يصير لها حصصة من الدين هذا إذا كان الاستهلاك بغير اذن فاما إذا كان باذن قال الراهن للمرتن احلب الشاة فاحلبت

فهو حلال لك أو قال له كل هذا الحمل فلب وشرب وأكل حل له ذلك ولا ضمان عليه لأن الزيادة ملك الراهن فيصح
أذنه بالأكل والشرب ولا يسقط شيء من دين المرتن حتى لو جاء الراهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين لأن اتلاف
المرتن باذن الراهن مضاف الى الراهن كأنه أتلفه بنفسه ولو كان كذلك لكان لا يسقط شيء من الدين وكان عليه
ضمان المتلف كذا هذا وان لم يفتكها حتى هلك تهلك بحصتها من الدين فيقسم الدين عليها وعلى لبنها أو ولدها على قدر
قيمتها فان حصص الشاة يسقط وما كان حصص الزيادة يبقى ويخاطب الراهن بقضائه لأن فعل المرتن لما كان
مضافاً الى الراهن كان مضموناً عليه كأنه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصص من الدين فينظر الى قيمة الزيادة فان كان فيها
خمسة كان فيها ثلث الدين وفي الشاة ثلثه فاذا هلكت الشاة ذهب ثلثا الدين وبقي الثلث وعلى الراهن قضاءه وكذلك
لو استهلكه أجنبي باذن الراهن والمرتن فالجواب فيه وفي المرتن اذا استهلكه باذن الراهن سواء وقد ذكرناه ولو
استهلكه الراهن باذن المرتن لاشي عليه لأن الضمان لوجب لوجب لحق المرتن لا لحق نفسه لأنه ملكه وقد أبطل
المرتن حق نفسه بالاذن فلا يستحق الضمان وجعل كأن الزيادة هلكت بأففة سهاوية وبقيت الشاة رهناً بجميع
الدين وان كان المرهون من بني آدم فبني عليه فجملة الكلام في جنائيات الرهن انها ثلاثة أقسام جنائية غير الرهن على
الرهن وجنائية الرهن على غير الرهن وجنائية الرهن على الرهن اما جنائية غير الرهن على الرهن فلا يخلو اما ان كانت الجنائية
في النفس واما ان كانت في ابدان النفس وكل ذلك لا يخلو اما ان كان عمداً أو خطأ أو في معنى الخطأ والجاني لا يخلو اما ان
كان حراً أو عبداً فان كانت في النفس عمداً أو الجاني حر فللراهن أن يقتص اذا اجتمع على الاقتصاص في قول أبي
حنيفة وقال محمد ليس له الاقتصاص وان اجتمع عليه وعن أبي يوسف وايتان كذا ذكر الكرخي رحمه الله
الاختلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا قصاص على قاتله وان اجتمع عليه الراهن والمرتن
ولم يذ كر الخلاف (وجه) قول محمد ان استيفاء القصاص لا بد له من ولي والولى هنا غير معلوم لأن ملك العين والرقبة
للراهن وملك السيد والحبس للمرتن فكان العبد مضافاً الى الراهن من وجهه والى المرتن من وجهه فصار الولي
مشتبه بمجهول وجهالة الولي تمنع استيفاء القصاص كعبد المكاتب اذا قتل عمداً أنه لا يقتص من قاتله وان اجتمع عليه
المولى والمكاتب لما قلنا كذا هذا بخلاف العبد المشترك بين اثنين اذا قتل عمداً أن لهما الاقتصاص اذا اجتمع عليه
لأن هناك الولاية لهما ثابتة على الشركة لثبوت الملك لكل واحد منهما في النصف من كل وجه فكان المولى معلوماً
فامكن القول بوجوب القصاص لهما على الشركة لا ستوائهما في الملك (وجه) قول أبي حنيفة أن الملك للراهن من كل
وجه وانما للمرتن حق الحبس فقط والملك سبب لثبوت الولاية فكان المولى معلوماً وكان ينبغي أن لا تتوقف ولاية
الاستيفاء على رضا المرتن الا انه توقف لتعلق حقه فاذا رضي فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب لأن الملك فيه
للمولى من وجهه وللمكاتب من وجهه فلم يكن الملك فيه ثابتاً للمولى مطلقاً ولا للمكاتب مطلقاً فأشبه المولى فامتنع
الاستيفاء واذا اقتص القاتل سقط الدين لأن العبد انما كان رهناً من حيث انه مال وقد بطلت ماليته بالقتل لا الى بدل
اذا القصاص لا يصلح بدلا عن المالية فسقط القصاص كما لو هلك بنفسه هذا اذا اجتمع على القصاص (فاما) اذا
اختلفا لا يقتص القاتل لأنه لا سبيل الى اثبات الاقتصاص للمرتن لعدم ملك الرقبة ولا للراهن لأن في استيفائه
ابطال حق المرتن وهو الدين من غير رضاه وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين وكانت
القيمة رهناً ولو اختلفا بطل القاضي القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا قصاص لأن حق المرتن وان بطل بالفسك
لكن بعد ما حكم القاضي بطلان القصاص فلا يحتل العود وان كانت الجنائية خطأ أو شبه عمداً فعلى عاقلة القاتل
قيمتها في ثلاث سنين يقبضها المرتن فتكون رهناً للعبد وان كان مضموناً من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال
على أصل أصحابنا رحمهم الله حتى لا تزداد دية الحر ولكنه مرهون من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي فجاز
أن تقوم قيمته مقامه وتكون رهناً عند المرتن ثم ان كان الرهن مؤجلاً كانت في يده الى حل الاجل واذا حل فان

كانت القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها وان بقي فيها فضل رده على الراهن وان كانت أقل من الدين استوفى
 منها من الدين بقدرها بالفضل أي يرجع بالبقية على الراهن وان كانت من خلاف جنس الدين حبسها في يده الى
 وقت الفسك وان كان الدين حالا فالحكم فيه وفيما اذا كان مؤجلا فخل سواء وقد بيناه وتعتبر قيمة العبد في ضمان
 الاستهلاك يوم الاستهلاك وفي ضمان الرهن يوم القبض لان ضمان الاستهلاك يجب بالاستهلاك وضمان
 الرهن يجب بالقبض فيعتبر حال وجود السبب حتى لو كان الدين ألف درهم وقيمة العبد يوم الرهن ألفا فانتقصت قيمته
 فتراجعت الى خمسمائة فقتل غرم القاتل خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة واذا غرم خمسمائة بالاستهلاك كانت
 هذه الدراهم رهنا يمثلها من الدين ويسقط الباقي من الدين لانه يصير مستوفيا كل الدين بها ولا يجوز استيفاء أكثر من
 خمسمائة بخمسمائة لما فيه من الربا وهذا بخلاف ما اذا قتله عبد أقل قيمة منه فدفع به لان الدفع لا يؤدي الى الربا لانه
 لا يجوز استيفاء كل الدين من هذا العبد ألا ترى انه لو باعه جاز وان كان لا يساويه فلم يكن فيه ربا وكذلك لو قتله المرتهن
 بغير قيمته والحكم فيه وفي الاجنبي سواء وقد ذكرناه ولو قتله الراهن فهذا وما اذا كان الرهن من غير بني آدم سواء
 وقد ذكرناه فيما تقدم هذا اذا كان الجاني حرا (اما) اذا كان عبدا أو أمة يخاطب مولى القاتل بالدفع أو بالقداء بقيمة
 المقتول فان اختار الدفع فان كانت قيمة المقتول مثل قيمة المدفوع أو أكثر فالمدفوع رهن بجميع الدين وبجبر الراهن
 على الافتكالك بخلاف وان كانت قيمته أقل من قيمة المقتول بان كانت قيمة المقتول ألفا والدين ألف وقيمة
 المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين أيضا وبجبر الراهن على الافتكالك بجميع الدين كما كان يجبر على افتكالك العبد
 المقتول لو كان حيا بجميع الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان لم يكن بقيمة القاتل وفاء بقيمة المقتول
 فالراهن بالخيار ان شاء افتكك بجميع الدين وان شاء تركه للمرتن بدينه فمحمد مر على أصله في الجعل بالدين عند
 تعذر الجبر على الافتكالك وهنا تعذر لما فيه من الضرر بالراهن ولا في حنيفة وأبي يوسف انه لما دفع الثاني بالاول قام
 مقام الاول لحا واما الاول كان رهنا بجميع الدين وكان يجبر الراهن على الافتكالك بجميع الدين فكذلك الثاني
 وكذلك لو كان العبد المرتن نقص في السعر حتى صار يساوي مائة درهم فقتله عبدا يساوي مائة درهم فدفع به فهو على
 الاختلاف هذا اذا كان اختار مولى القاتل الدفع فاما اذا اختار القداء فانه يفديه بقيمة المقتول وكانت القيمة رهنا عند
 المرتن ثم ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها وان كانت من خلاف الجنس حبسها رهنا حتى
 يستوفى جميع دينه وبجبر الراهن على الافتكالك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد بخير الراهن بين الافتكالك
 بجميع الدين وبين الترك للمرتن بالدين وقد مررت المسئلة هذا اذا كانت الجناية في النفس فاما اذا كانت فيما دون
 النفس فان كان الجاني حرا يجب ارشده في ماله لا على عاقلة سواء كانت الجناية خطأ أو عمدا (اما) الوجوب في ماله
 فلان العاقلة لا تعقل فيما دون النفس (وأما) التسوية بين الخطأ والعمد فلا ان القصاص لا يجري بين الحر والعبد فيما
 دون النفس فاستوى فيه العمد والخطأ في وجوب الارش فكان الارش رهنا مع العبد لانه بدل جزء مرهون وان
 كان الجاني عبدا يخاطب مولاه بالدفع أو بالقداء بارش الجناية فان اختار القداء بالارش كان الارش مع المجني عليه رهنا
 وان اختار الدفع يكون الجاني مع المجني عليه رهنا والخصومة في ذلك كله الى المرتن لان حق الحبس له والجاني فوت
 الحبس عن بعض أجزاء الرهن فله أن يقيم بدل الفات في قيمته مقامه رهنا هذا الذي ذكرنا حكم جنابة غير الرهن على
 الرهن (وأما) حكم جنابة الرهن على غير الرهن فجنابته لا تخلو اما ان كانت على بني آدم واما ان كانت على غير بني آدم
 فمن سائر الاموال فان كانت على بني آدم فلا تخلو اما ان كانت عمدا واما ان كانت خطأ أو في معناه فان كانت عمدا
 يقتص منه كما اذا لم تكن رهنا لان ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص الا يرى انه لا يمنع اذا لم يكن رهنا واذا لم يكن
 الملك مانعا لحق المرتن أولى لانه دون الملك سواء قتل أجنبيا أو الراهن أو المرتن لان القصاص ضمان الدم ولا حق
 للمولى في دمه بل هو أجنبي عنه وكذا المرتن من طريق الاولى اذا ثبت له الحق والحق دون الملك فصارت جنابته

على الراهن والمرتهن في حق القصاص وجنابته على الاجنبي سواء واذا قتل قصاصا سقط الدين لان هلا كحصول
في ضمان المرتهن فسقط دينه كما اذا هلك بنفسه هذا اذا كانت جنابته عمدا (فاما) اذا كانت خطأ أو ملحقة بالخطأ فان
كانت شبه عمدا أو كانت عمدا لكن القاتل ليس من أهل وجوب القصاص عليه بان كان صبيا أو مجنونا أو كانت
جنابته في ادون النفس فانه يدفع أو يفدى لان هذه الجنائيات من العبيد والاماء توجب الدفع أو القداء ثم ينظر ان كان
العبد كله مضمونا بان كانت قيمته مثل الدين أو دونه نحو ان تكون قيمة العبد ألقا والدين ألقا أو كان الدين ألقا وقيمة
العبد خمسمائة يخاطب المرتهن أولا بالقداء لانه بالقداء يستبقى حق نفسه في الرهن بتطهيره عن الجنابة من غير أن يسقط
حق المرتهن ولو بدى بالراهن وخطوب بالدفع أو القداء على ما هو حكم الشرع فر بما يختار الدفع فيبطل حق المرتهن
و يسقط دينه فكانت البداءة بخطاب المرتهن بالقداء أولى واذا فداه بالارش فقد استخلصه واستصفاه عن الجنابة
وصار كأنه لم يكن أصلا فيبقى رهنا كما كان ولا يرجع بشئ مما فدى على الراهن لانه فدى ملك الغير بغير اذنه فكان
متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كما لو فداه أجنبي ولانه بالقداء أصلح الرهن باختياره واستبقى حق نفسه فكان عاملا
لنفسه بالقداء فلا يرجع على غيره وليس له أن يدفع لان الدفع تملك الرقبة وهو لا يملك رقبته وان أبى الراهن أن يفدى
يخاطب الراهن بالدفع أو القداء لان الاصل في الخطاب هو الراهن لان الملك له وانما يبدى بالمرتهن بخطاب القداء صيانة
لحقه فاذا أبى عاد الا الى امر الاصل فان اختار الدفع بطل الرهن وسقط الدين (اما) بطلان الرهن فلان العبد زال عن
ملكه بالدفع الى خلف فخرج عن كونه رهنا واما سقوط الدين فلان استحقاق الزوال حصل بمعنى في ضمان المرتهن
فصار كأنه هلك في يده وكذلك ان اختار القداء لانه صار قاضيا بما فدى المرتهن لان القداء على المرتهن لحصول الجنابة
في ضمانه الا انه لما أبى القداء والراهن محتاج الى استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك الا بالقداء فكان مضطرا في القداء
فلم يكن متبرعا فكان له أن يرجع على المرتهن بما فدى وله على الراهن مثله فيصير قصاصا به واذا صار قاضيا دين
المرتهن مما فدى ينظر الى ما فدى والى قدر قيمة العبد والى الدين فان كان القداء مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين أو
أكثر سقط الدين كله وان كان القداء أقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط من الدين بقدر القداء
وحبس العبد رهنا بالباقي وان كان القداء قدر الدين أو أكثر وقيمة العبد أقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة
العبد ولا يسقط أكثر منها لانه لو هلك العبد لا يسقط من الدين أكثر من قيمته فكذا عند القداء وان كان العبد بعضه
مضمونا والبعض أمانة بان كانت قيمة العبد ألقين والدين ألقا فالقداء عليهما جميعا لان نصفه مضمون ونصفه أمانة
فكان فداء نصف المضمون منه على المرتهن وفداء نصف الأمانة على الراهن فيخاطبان جميعا بالدفع أو بالقداء والمعنى
من خطاب الدفع في جانب المرتهن الرضا بالدفع لا فعل الدفع لان فعل الدفع ليس اليه ثم اذا خطوب بذلك (اما) ان
اجتمعا على الدفع (واما) ان اجتمعا على القداء (واما) ان اختلفا فاختار أحدهما الدفع والآخر القداء والحال لا يخلو اما
ان يكونا حاضرين واما ان كان أحدهما غائبا فان كانا حاضرين واجتمعا على الدفع ودفعاه قد سقط دين المرتهن لان
الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتمعا على القداء فدى كل واحد منهما بنصف الارش واذا فدى طهرت رقبة العبد عن الجنابة
ويكون رهنا كما كان وكان كل واحد منهما متبرعا حتى لا يرجع على صاحبه بما فدى لان كل واحد منهما أدى ما عليه
فكان مؤديا عن نفسه لا عن صاحبه وان اختلفا فأراد أحدهما القداء والآخر الدفع فأيهما اختار القداء فاختاره أولى
(اما) المرتهن فلانه بالقداء يستبقى حق نفسه ولا يسقط حق الراهن والراهن بالدفع يسقط حق المرتهن فكان اختيار
المرتهن أولى وأما الراهن فلانه يستبقى ملك الرقبة بالقداء والمرتهن باختيار الدفع يريد اسقاط دينه وباطال ملك
الراهن فلم يكن له في اختيار الدفع نفع بل كان سفها محضاً وامتتاراً فلا يلتفت اليه فكان للراهن ان يفدى ثم أيهما
اختار القداء فدى العبد بجميع الارش ولا يملك الآخر دفعه ثم ينظر ان كان الذي اختار الدفع هو المرتهن فدى
بجميع الارش بقي العبد رهنا كما كان لانه طهرت رقبته عن الجنابة بالقداء فصار كأنه لم يكن ويرجع المرتهن على الراهن

بدينه وهل يرجع عليه بحصة الامانة ذكر الكرخي فيه روايتين في رواية لا يرجع بل يكون متبرعا وفي رواية يرجع
 وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه لا يرجع الا بدينه خاصة ولم يذكر اختلاف الرواية (وجه) الرواية الاولى
 أنه التزم القداء باختياره مع قدرته على أن لا يلتزم لأنه لو لم يلتزم لخو طاب الراهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع
 (وجه) الرواية الاخرى أن المرتهن يحتاج الى إصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك الا بإصلاح قدر الامانة فكان
 مضطرا فلم يكن متبرعا وان كان الذي اختار القداء هو الراهن فقدها بجميع الارش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا
 بنصف القداء دين المرتهن ثم ينظر ان كان نصف القداء مثل كل الدين سقط الدين كله وان كان أقل منه سقط
 من الدين بقدره ورجع بالفضل على الراهن ويحبسه رهنا به هذا اذا كانا حاضرين فاما اذا كان أحدهما حاضرا
 فليس له ولاية الدفع أيهما كان سواء كان المرتهن أو الراهن أما المرتهن فلا شك فيه لأنه لا ملك له في العبد أصلا
 والدفع تملك فلا يتصور بدون الملك وأما الراهن فلان الدفع إسقاط حق المرتهن وله ولاية القداء بجميع الارش
 فان كان الحاضر هو المرتهن فقدها بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف القداء عند أبي حنيفة وله أن يرجع على الراهن
 بدينه و بنصف القداء لكنه يحبس العبد رهنا بالدين وليس له أن يحبسه رهنا بنصف القداء بعد قضاء الدين وعند
 أبي يوسف ومحمد كان المرتهن متبرعا في نصف القداء فلا يرجع على الراهن الا بدينه خاصة كالموفداه بحضرة الراهن
 فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعلاه متبرعا في الحالين جميعا وأبو حنيفة رضي الله عنه فرق بين حال الحضرة
 والغيبة فجعله متبرعا في الحضرة لا في الغيبة وان كان الحاضر هو الراهن فقدها بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف
 القداء بالاجماع بل يكون قاضيا بنصف القداء دين المرتهن كالموفداه الراهن بحضرة المرتهن وجه قولهما أن المرتهن
 فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا كالموفداه أجنبي ولهذا كان متبرعا في حالة الحضرة كما في الغيبة ولا في حنيفة
 رضي الله عنه أنه في حال الحضرة التزم القداء باختياره مع امكان خطاب الراهن فكان متبرعا والخطاب لا يمكن حالة
 الغيبة وهو محتاج الى إصلاح قدر المضمون ولا يمكنه ذلك الا بإصلاح قدر الامانة فكان مضطرا فلم يكن متبرعا هذا
 الذي ذكرنا حكم جنائية الرهن (فاما) حكم جنائية ولد الرهن بان قتل انسانا خطأ فحكمه أنه لا فداء على المرتهن ويخاطب
 المولى بالدفع أو القداء أما عدم وجوب القداء على المرتهن فلان خطابه فداء الرهن مع أنه ليس مملوكا لحصول
 الجنائية من الرهن في ضمانه ولم يوجد في الولد لأنه ليس بمضمون أنه لو هلك يهلك بغير شيء وأما خطاب المولى بالدفع أو
 القداء فلان الملك له فان دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط شيء من الدين أما خروجه عن الرهن فلزوال ملك
 الراهن عنه فيخرج عن الرهن كالمو هلك وأما عدم سقوط شيء من الدين فلان الولد غير مضمون بالهلاك بخلاف
 الام وان فدى فهو رهن مع أنه على حاله فان اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن أنا فدى فله ذلك لان الولد مرهون
 وان لم يكن مضمونا الا ترى أن الحكم الاصل للرهن ثابت فيه وهو حق الحبس فكان القداء منه أصلا حال الرهن
 فكان له ذلك هذا اذا جنى الرهن على أجنبي فاما اذا جنى على الراهن أو على المرتهن أما جنائته على نفس المرتهن
 جنائية موجبة للمال أو على ماله فهدر لان العبد ملكه والمولى لا يجب له على عبده دين بخلاف جنائية العبد المغصوب
 على المغصوب منه أو على ماله على أصل أبي حنيفة رحمه الله أنها معتبرة لان المضمونات تملك عند أداء الضمان من وقت
 الغصب فتبين أن تلك الجنائية لم تكن جنائية العبد على مولاه وأما جنائته على نفس المرتهن فهدر عند أبي حنيفة وعند
 أبي يوسف ومحمد معتبرة يدفع أو يفدى ان رضى به المرتهن ويبطل الدين وان قال المرتهن لا أطلب الجنائية لما في
 الدفع أو القداء من سقوط حتى فله ذلك وبطلت الجنائية والعبد رهن على حاله هكذا أطلق الكرخي وذكر
 القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وفصل فقال ان كان العبد كله مضمونا بالدين فهو على الاختلاف وان كان
 بعضه مضمونا وبعضه أمانة فجنائته معتبرة بالاتفاق فيقال للراهن ان شئت فادفع وان شئت فافده فان دفعه وقبل
 المرتهن بطل الدين كله وصار العبد كله للراهن وان اختار القداء فنصف القداء على الراهن ونصفه على المرتهن فاما

كان حصصة المرتهن يبطل وما كان حصصة الراهن يفدى والعبد رهن على حاله واختلافهم في جناية الرهن على المرتهن نظير اختلافهم في جنايته عند الغصب على الغاصب أنها هدر عند أبي حنيفة وعندهما معتبرة (وجهه) قولهما أن هذه جناية وردت على غير المالك فكانت معتبرة كما إذا وردت على أجنبي وهذا لأن الأصل في الجنايات اعتبارها وسقوط الاعتبار لمكان عدم الفائدة وهنا في اعتبار هذه الجناية فائدة لأن موجبها الدفع وله فيه فائدة وهو الوصول إلى ملك العبد وإن كان فيه سقوط دينه ولا يبي حنيفة أن هذه الجناية وردت على غير المالك لكنها وجدت في ضمان المرتهن فورودها على غير المالك أن كان يقتضى أن تكون معتبرة فوجودها في ضمان المرتهن يقتضى أن لا تعتبر لأنها توجب القداء عليه وذلك غير ممكن لما فيه من إيجاب الضمان عليه لأنه محال فوقع الشك والاحتمال في اعتبارها فلا تعتبر هذا إذا جنى على نفس المرتهن فاما إذا جنى على ماله فإن كانت قيمته والدين سواء وليس في قيمته فضل لجنايته هدر بالاجماع لأنه لا فائدة في اعتبار هذه الجناية إذ ليس حكمها وجوب الدفع إلى المرتهن لملكه بل تعلق الدين برقبته فلو بيع وأخذ منه لسقط دينه فلم يكن في اعتبار هذه الجناية فائدة فلا تعتبر وإن كانت قيمته أكثر من الدين فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية تعتبر الجناية في قدر الأمانة وفي رواية لا يثبت حكم الجناية أصلا وجه الرواية الأولى أن المانع من الاعتبار كون العبد في ضمان المرتهن وقدر الأمانة وهو الفضل على الدين ليس في ضمانه فامكن اعتبار الجناية في ذلك القدر فلم يزم اعتبارها وجه الرواية الأخرى أن ذلك القدر وإن لم يكن مضمونا فهو في حكم المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس فيمنع الاعتبار وأما جناية الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فلا شك أنها معتبرة لأن المانع من الاعتبار في حق الراهن هو كون العبد مملوكا له وفي حق المرتهن كونه في ضمانه ولم يوجد شيء من ذلك هنا فكانت جنايته عليه وعلى الأجنبي سواء هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن على بني آدم وأما حكم جنايته على سائر الأموال بأن استهلك ما لا تستغرق رقبته فحكمها وحكم جناية غير الرهن سواء وهو تعلق الدين برقبته يباع فيه إلا إذا قضى الراهن أو المرتهن دينه فاذا قضاها أحدهما فالحكم فيه والحكم فيها ذكر من القداء من جنايته على بني آدم سواء وهو أنه ان قضى المرتهن الدين بقي دينه وبقي العبد رهنا على حاله لأنه بالقداء استغفر رغبة العبد عن الدين واستصفاها عنه فيبقى العبد رهنا بدينه كما كان لو فداه عن الجناية وإن أبي المرتهن أن يقضى وقضاها الراهن يبطل دين المرتهن لما ذكرنا في القداء من الجناية فإن امتنع عن قضاء دينه يباع العبد بالدين ويقضى دين الغريم من ثمنه لأن دين العبد مقدم على حق المرتهن ألا ترى أنه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتهن أولى لأنه دونه ثم إذا بيع العبد وقضى دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو أما أن يكون فيه وفاء بدين الغريم وأما أن لا يكون فيه وفاء به فإن كان فيه وفاء بدينه فدينه لا يخلو أما أن يكون مثل دين المرتهن وأما أن يكون أكثر منه وأما أن يكون أقل منه فإن كان مثله أو أكثر منه سقط دين المرتهن كله لأن العبد زال عن ملك الراهن بسبب وجود ضمان المرتهن فصار كأنه هلك وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن لأنه بدل ملكه لاحق لاحد فيه فيكون له خاصة وإن كان أقل منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من ثمن العبد يكون رهنا عند المرتهن بما بقي لأنه لا دين فيه فيبقى رهنا ثم إن كان الدين قد حل أخذه بدينه أن كان من جنس حقه وإن كان من خلاف جنس حقه أمسكه إلى أن يستوفي حقه وإن كان الدين لم يحل أمسكه بما بقي من دينه إلى أن يحل هذا إذا كان كل العبد مضمونا بالدين فاما إذا كان نصفه مضمونا ونصفه أمانة لا يصرف الفضل كله إلى المرتهن بل يصرف نصفه إلى المرتهن ونصفه إلى الراهن لأن قدر الأمانة لا دين فيه فيصرف ذلك إلى الراهن وكذلك إن كان قدر المضمون منه والأمانة على التفاضل يصرف الفضل إليهما على قدر تفاوت المضمون والأمانة في ذلك لما قلنا وإن لم يكن في ثمن العبد وفاء بدين الغريم أخذ الغريم ثمنه وما بقي من دينه يتأخر إلى ما بعد العتاق ولا يرجع به على أحد لأنه لم يوجد سبب وجوب الضمان من أحد اتما وجد منه وحكمه تعلق الدين برقبته واستيفاء الدين منها فاذا لم تف رقبته بالدين يتأخر ما بقي إلى ما بعد العتق وإذا أعتق وأدى الباقي لا يرجع بما أدى

على أحد لانه وجب عليه بفعله فلا يرجع على غيره وكذلك حكم جنابة ولد الرهن على سائر الاموال وحكم جنابة الام
سواء في أنه يتعلق الدين برقبته كما في الام الا أن هنا لا يخاطب المرتهن بقضاء دين الغريم لان سبب وجوب الدين
لم يوجد في ضمان المرتهن ولان الولد ليس بمضمون بخلاف الام بل يخاطب الراهن بين ان يبيع الولد بالدين وبين
ان يستخلفه بقضاء الدين فان قضى الدين بقي الولد هنا كما كان وان يبيع بالدين لا يسقط شيء من دين المرتهن لانه
ليس بمضمون بخلاف الام هذا الذي ذكرنا حكم جنابة غير الرهن على الرهن وحكم جنابة الرهن على غير الرهن فاما
حكم جنابة الرهن على الرهن فنقول وبالله التوفيق جنابة الرهن على الرهن نوعان جنابة على الرهن نفسه وجنابة على
جنسه أما جنابته على نفسه فهي والهلاك بأفقه سماءية سواء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا سقط من الدين بقدر
النقصان وان كان بعضه مضمونا وبعضه أمانة سقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لان الامانة وأما
جنابة الرهن على نفسه فعلى ضرر بين أيضا جنابة بني آدم على جنسه وجنابة البهيمة على جنسها وعلى غير جنسها أما
جنابة بني آدم على جنسه بان كان الرهن عبيد فجنى أحدهما على صاحبه فالعبدان لا يخلوا ما ان كانا رهنا في صفقة
واحدة واما ان كانا رهنا في صفقتين فان كانا رهنا في صفقة واحدة فجنى أحدهما على صاحبه فجنابته لا تخلو من أربعة
أقسام جنابة المشغول على المشغول وجنابة المشغول على الفارغ وجنابة الفارغ على الفارغ وجنابة الفارغ على المشغول
والكل هدر الا واحدة وهي جنابة الفارغ على المشغول فانه معتبرة ويتحول ما في المشغول من الدين الى الفارغ
ويكون رهنا مكانه أما جنابة المشغول على المشغول فلانها لو اعتبرت اما ان تعتبر لحق المولى أعنى الراهن واما
ان تعتبر لحق المرتهن والاعتبار لحق الرهن لا سبيل اليه في الفصول كلها لان كل واحد منهما ملكه وجنابة المملوك
على المملوك ساقطة الاعتبار لحق المالك لان اعتبارها في حق نفسه لوجوب الدفع عليه أو القداء له وإيجاب شيء على
الانسان لنفسه ممنوع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا سبيل الى اعتبار جنابة المشغول على المشغول لحق
المرتهن لان الاعتبار لحقه يحول ما في الجاني عليه من الدين الى الجاني مشغول يدين نفسه والمشغول بنفسه
لا يشتغل بغيره وكذلك جنابة المشغول على الفارغ لما قلنا وأما جنابة الفارغ على الفارغ فلا نه لادين للفارغ ليتحول
الى الجاني فلا فيسدا اعتبارها في حقه وأما جنابة الفارغ على المشغول فممكن الاعتبار لحق يتحول ما فيه من الدين الى
الفارغ وبيان هذه الجملة في مسائل اذا كان الدين ألفين والرهن عبيدين يساوي كل واحد منهما ألفا فقتل أحدهما
صاحبه او جنى عليه جنابة فيمادون النفس مما قل ارشها أو كثر فجنابته هدر ويسقط الدين الذي كان في الجاني عليه
بقدره ولا يتحول قدر ما سقط الى الجاني لان كل واحد منهما مشغول كله بالدين وجنابة المشغول على المشغول هدر
فجعل كان الجاني عليه هلك بأفقه سماءية ولو كان الدين ألفا فقتل أحدهما صاحبه فلا دفع ولا فداء وكان القاتل رهنا
بسبع مائة وخمسين لان في كل واحد منهما من الدين خمسمائة فكان نصف كل واحد منهما فارغا ونصفه مشغولا
فاذا قتل أحدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصفي القاتل على النصف المشغول والنصف الفارغ من الجاني عليه
وجنابة قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه
شيء من الدين ولا يتحول الى الجاني وجنابة قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فيه الى الجاني
وذلك مائتان وخمسون وقد كان في الجاني خمسمائة فيبقى رهنا بسبع مائة وخمسين ولو قتل أحدهما عين صاحبه تحول
نصف ما كان من الدين في العين الى الباقي فيصير الباقي رهنا بست مائة وخمسة وعشرين وبقي المقوود عينه رهنا
بمائتين وخمسين لان العبد القاقى جنى على نصف العبد الآخر لان العين من الأدمى نصفه الا أن ذلك النصف
نصفه مشغول بالدين ونصفه فارغ من الدين والقاقى جنى على النصف المشغول والفارغ جميعا والقاقى نصفه
مشغول ونصفه فارغ الا أن جنابة المشغول على قدر المشغول والفارغ وجنابة الفارغ على قدر الفارغ والمشغول
فقد ر جنابة الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان في المشغول من الدين الى القاقى وذلك مائة وخمسة

وعشرون وقد كان في الفاق خمسمائة فيصير الفاق رهنا بستائة وخمسة وعشرين ويبقى المققوع عينه رهنا بمائتين وخمسين لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف والله عز وجل أعلم وان كان العبدان رهنا في صفقتين فان كان فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفا وقدر كل واحد منهما الفاققتل أحدهما الا آخر تعتبر الجناية رهنا بخلاف الفصل الاول لان الصفقة اذا تفرقت صارت بمنزلة مالو رهن كل واحد منهما رجلا على حدة فبني أحدهما على الاخر وهناك يثبت حكم الجناية كذا ههنا بخلاف ما اذا اتحدت الصفقة واذا اعتبرت الجناية هنا بخير الرهن والمرتهن فان شا آجعل القاتل مكان المقتول فيبطل ما كان في القاتل من الدين وان شا آفديا القاتل بقيمة المقتول ويكون رهنا مكان المقتول والقاتل رهن على حاله وان لم يكن فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفسين وقيمة كل واحد منهما الفاققتل أحدهما الا آخر فان دفعاه في الجناية قام المدفوع مقام المقتول ويبطل الدين الذي كان في القاتل وان قالا نفدي فالقضاء كله على المرتهن بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما ليس بمضمون كله بل بعضه وهنا كل واحد منهما مضمون كله فاذا حل الدين دفع الرهن الفا وأخذ عبده وكانت الالف الاخرى قصاصا بهذه الالف اذا كان مثله ولو قضا أحدهما عين الاخر قيل لهما ادفعاه أو افدياه فان دفعاه بطل ما كان فيه من الدين وان فدياه كان القضاء عليهما نصفين وكان القدا رهنا مع المققوع عينه لان الجناية معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن اذا جنى على عبد أجنبي فان قال المرتهن أنا لا أفدي ولكني أدع الرهن على حاله فله ذلك وكان الفاق رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان في المققوع من الدين لان اعتبار الجناية انما كان لحق المرتهن لا لحق الرهن فاذا رضى المرتهن بهدرا الجناية صار هدره وان قال الرهن أنا أفدي وقال المرتهن لا أفدي كان للرهن أن يفديه وهذا اذا طلب المرتهن حكم الجناية لانه اذا طلب حكم الجناية فحكمها التخيير وان أبى الرهن القضاء وقال المرتهن أنا أفدي والرهن حاضر أو غائب فهو على ما بينا في العبد الواحد (وأما) جناية البهيمة على جنسها فهي هدر لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال جرح العجماء جبار أي هدر والعجماء البهيمة والجناية اذا هدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها والهلاك باقة سماوية سواء وكذلك جناتها على خلاف جنسها هدر لعموم الحديث وأما جناية بني آدم عليها فحكمها جناية على سائر الاموال سواء وقد بينا ذلك

فصل وأما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونا ويبطل به عقد الرهن وما لا يخرج ولا يبطل فنقول وبالله التوفيق يخرج المرهون عن كونه مرهونا ويبطل الرهن بالاقالة لانها فسخ العقد ونقضه والشئ لا يبقى مع ما ينقضه الا أنه لا يبطله بنفس الاقالة من العاقلين ما لم يرد المرتهن الرهن على الرهن بعد الاقالة حتى كان للمرتهن حبسه بعد الاقالة لان العقد لا ينقضي بالحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون فسخه أيضا وفسخه بالرد وعلى هذا يخرج ما اذا رهن عبدا ساوى الفا بألف فقبضه المرتهن ثم جاء الرهن بجارية وقال للمرتهن خذها مكان الاولى ورد العبد الى لاشك ان هذا جائز لان هذا اقالة العقد في الاول وانشاء العقد في الثاني وهما على مكان ذلك الا أنه لا يخرج الاول عن ضمان الرهن الا بالرد على الرهن حتى لو هلك في يده قبل رد هلك بالدين لما ذكرنا أن القبض في هذا الباب يجري مجرى الركن حتى لا يثبت الضمان بدونه فلا يتم الفسخ بدون قبض وكذا لا يدخل الثاني في الضمان الا برده الاول حتى لو هلك الثاني في يده قبل رد الاول يهلك أمانة لان الرهن لم يرض برهنتيهما على الجميع وانما رضى برهن أحدهما حيث رهن الثاني وطلب رد الاول والاو كان مضمونا بالقبض فما لم يخرج عن كونه مضمونا ببعض القبض فيه لا يدخل الثاني في الضمان ولو هلكا جميعا في يد المرتهن فسقط الدين بهلاك العبد وهلكت الجارية بغير شئ لانها أمانة هلكت في يده فتهلك الهلاك الامانات ولو قبض الرهن العبد وسلم الجارية خرج عن الضمان لانه خرج عن كونه مرهونا وصارت الجارية مضمونة حتى لو هلكت تهلك بالدين لانه رهنا بالدين الذي كان العبد مرهونا به والعبد كان مضمونا بذلك الدين فكذا الجارية فان كانت قيمة العبد خمسمائة وهو رهن بألف وقيمة

الجارية ألف فهلكت تهلك بالألف لانه رهن الجارية بعقد على حدة فكانت رهنا ابتداء إلا أن شرط كونه مضمونا رد الأول لانه لم يرض برهنهما جميعا إلا أن يكون الثاني بدل الأول بل هومة مقصود بنفسه في كونه رهنا فكان المضمون قدر قيمته لا قدر قيمة الأول ولو كان العبد يساوى ألفا والجارية تساوى خمسمائة فردا العبد على الرهن وقبض الجارية فهي رهن بالألف ولكنها ان هلكت تهلك بخمسمائة لما ذكرنا ان الثاني أصل بنفسه لكونه رهنا بعقد على حدة فيعتبر في الضمان قدر قيمته ولا يخرج باستيفاء الدين حتى لو هلك في يد المرتن بعد ما استوفى دينه فعليه رد ما استوفى ويخرج بالبراءة عن الدين عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله ويبطل الرهن خلافا لزم والمسئلة مرت في مواضع أخر من هذا الكتاب ولا يخرج بالا عارة ويخرج بالاجارة بان أجره الرهن من أجنبي باذن المرتن أو المرتن باذن الرهن أو استأجره المرتن ويبطل الرهن وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم ويخرج بالكتابة والهبة والصدقة اذا فعل أحدهما باذن صاحبه ويخرج بالبيع بان باعه الرهن أو المرتن باذن الرهن أو باعه العبد لان ملك المرهون قد زال بالبيع ولكن لا يبطل الرهن لانه زال الى خلف وهو الثمن بقي العقد عليه وكذا في كل موضع خرج واختلف بدلا ويخرج بالاعتاق اذا كان المعتق موسرا بالاتفاق وان كان معسرا فكذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يخرج ببناء على ان الاعتاق نافذ عندنا وعنده لا ينفذ (وجه) قوله ان هذا اعتاق تضمن ابطال حق المرتن ولا شك انه تضمن ابطال حقه لان حقه متعلق بالرهن ويبطل بالاعتاق وعصمة حقه تمنع من الابطال ولهذا لا ينفذ البيع كذا الاعتاق بخلاف ما اذا كان الرهن موسرا لان هناك لم يوجد الا بطل لانه يمكنه الوصول الى دينه للحال من جهة الرهن (ولنا) ان اعتاقه صادف موقوفا هو مملوك كرقبة فينفذ كاعتاقه الا بقى والمستأجر ودلالة الوصف ظاهر لان المرهون مملوك للرهن عينا ورقبة ان لم يكن مملوكا كيد او حبسا وملك الرقبة يكفي لنفاذ الاعتاق كما في اعتاق العبد المستأجر والابق وقوله يبطل حق المرتن قلنا نعم لكن ضرورة بطلان ملك الرهن وهذا لا يمنع النفاذ كما في موضع الاجماع مع ما ان الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتن حق الحبس ولا شك ان اعتبار الحقيقة أولى لانها أقوى بخلاف البيع لان نفاذه يعتمد قيام ملك الرقبة واليد جميعا لان القدرة على تسليم المبيع شرط نفاذه ولم يوجد في المرهون لانه في يد المرتن فاذا نفذ اعتاقه خرج العبد عن أن يكون مرهونا لانه صار حراما من كل وجه والحرم وجه وهو المدبر لا يصلح للرهن فالحر من كل وجه أولى ولهذا لم يصلح رهنا في حالة الابتداء فكذا في حالة البقاء ثم ينظر ان كان الرهن موسرا والدين حال بحجر الرهن على قضائه لانه لا معنى لايجاب الضمان وكذلك ان كان الدين مؤجلا وقد حل الاجل وان كان لم يحل غرم الرهن قيمة العبد وأخذه المرتن رضا مكانه ولا سعاية على العبد أما وجوب الضمان على الرهن فلا نه أبطل على المرتن حقه حقا قويا هو في معنى الملك أو هو ملكه من وجه لصيرورته مستوفيا دينه من ماله من وجه فجاز أن يكون مضمونا بالاتلاف وأما كونه رهنا فلا نه بدل العبد وفي الحقيقة بدل ماله فيقوم مقامه واذا حل الاجل ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين يستوفى منها دينه فان كانت قيمته أكثر من الدين رد الفضل على الرهن وان كانت قيمته أقل من الدين يرجع بفضل الدين على الرهن وان كانت قيمته من خلاف جنس الدين حبسها بالدين حتى يستوفى دينه (وأما) عدم وجوب السعاية على العبد فلا نه لم يوجد منه بسبب وجوب الضمان وهو الاتلاف لان الاتلاف وجد من الرهن لا من العبد ومؤاخذه الانسان بالضمان من غير مباشرة بسبب منه خلاف الاصل وكذلك لو كان الرهن موسرا وقت الاعتاق ثم أعسر بعد ذلك لان العبرة لوقت الاعتاق لانه وقت مباشرة سبب وجوب الضمان وان كان معسرا فالمرتن أن يرجع بدينه على الرهن ان شاء وان شاء استسعى العبد في الاقل من قيمته ومن الدين ويعتبر في العبد أيضا أقل قيمته وقت الرهن ووقت الاعتاق ويسعى في الاقل منهما ومن الدين حتى لو كان الدين القين وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فازدادت قيمته في يد المرتن حتى صارت تساوى القين ثم أعتقه الرهن وهو معسر سعى العبد في ألف قدر

قيمته وقت الرهن ولو انتهت قيمته حتى صار يساوي خمسمائة سعى في خمسمائة قدر قيمته وقت الاعتاق (أما)
 اختيار الرجوع على الراهن فلانه أبطل حقه بالاعتاق (وأما) ولاية استسعاء العبد فلان بالرهن صارت مالية هذا
 العبد مملوكة للمرتهن من وجه لانه صار مستوفيا لدينه من ماليته فاذا أعتقه الراهن فقد صارت هذه المالية محتبسة
 عند العبد فوصلت الى العبد بالانكشاف مالية مشغولة بحق المرتهن فكان للمرتهن أن يستخرجها منه ولا يمكنه ذلك
 الا باستسعاء العبد فله أن يستسعيه بخلاف حالة اليسار لان الدين في الحقيقة على الراهن وانما العبد جعل محلا
 لاستيفاء الدين منه عند تعذر الاستيفاء من الراهن على ما هو موضوع الرهن في الشرع ان الراهن يؤمر بقضاء الدين
 وعند التعذر يستوفى من الرهن كما قبل الاعتاق والتعذر عند اعسار الراهن لا عند يساره فيسعى في حال الاعسار لافي
 حال اليسار وبخلاف العبد المشتري قبل القبض اذا أعتقه المشتري وهو مفلس لا يكون للبائع ولاية استسعاء العبد
 بقدر الثمن وان كان محبوسا قبل التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لان العبد بنفس البيع خرج عن ملك البائع من
 كل وجه فلم يوجد احتباس مالية مملوكة للبائع عند العبد وانما للبائع مجرد حق الحبس فاذا خرج عن محمية الحبس
 بالاعتاق بطل حق الحبس أصلا وبقي حقه في مطالبة المشتري بالثمن فحسب أمأهمنا فبخلافه (وأما) السعاية في
 الأقل من قيمته ومن الدين فلما ذكرنا ان الاستسعاء لمكان ضرورة المالية المملوكة للمرتهن من وجه محتبسة عند
 العبد فتقدر السعاية بقدر الاحتباس ثم اذا سعى العبد يرجع بماسعى على الراهن لانه قضى دين الراهن من خالص
 ملكه على وجه الاضطرار لان الشرع أوجب عليه السعاية والقاضي ألزمه ومن قضى دين غيره مضطرا من مال
 نفسه لا يكون متبرعا ويرجع عليه كالوارث اذا قضى دين الميت من مال نفسه انه يرجع على التركة كذا هذا فان بقي
 بعد السعاية شيء من الدين يرجع المرتهن بذلك على الراهن ولو نقص العبد في السعر قبل الاعتاق بان كان الدين ألفا
 وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فنقص في السعر حتى عادت قيمة الى خمسمائة ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى في قدر
 قيمته وقت الاعتاق وهو خمسمائة فللمرتهن أن يرجع على الراهن بخمسمائة أخرى لانه لم يصل اليه من حقه الا قدر
 خمسمائة فله أن يرجع عليه بالباقي ولو لم ينقص العبد في السعر ولكنه قتله عبدا يساوي مائة درهم فدفن مكانه فاعتقه
 الراهن وهو معسر يسعى في قيمته مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن ويرجع المرتهن على الراهن بتسعمائة لانه لما
 دفع به فقد قام مقام الاول لحماؤا فصار رهنا بجميع المال كان الاول قائم وتراجع سعره الى مائة فاعتقه الراهن وهو
 معسر ولو كان كذلك لسعى في قيمته وقت الاعتاق مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن وكان للمرتهن أن يرجع
 ببقية دينه على الراهن كذا هذا ولو كان الرهن جارية تساوي ألفا بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فاعتقها المولى وهو
 معسر سعى في ألف لان الضمان فيهما ألف ولو لم تلد ولكن قتلها عبد قيمته ألفان فدفن بها ثم أعتقه المولى سعى في ألف
 درهم لانه كان مضمونا بهذا القدر لقيامه مقام المقتولة لحماؤا وما هي كانت مضمونة بهذا القدر كذا هذا ولو قال المولى
 لعبد رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر فالقول قول المولى ولزمه السعاية عند أصحابنا الثلاثة
 رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله القول قول العبد ولا سعاية عليه (وجه) قوله ان المولى بهذا القرار يريد الزام السعاية
 على العبد وقوله في الزام السعاية عليه غير مقبول كما لو أقر عليه بذلك بعد الاعتاق (ولنا) انه أقر بما يملك انشاءه عليه للحال
 لثبوت الولاية له عليه للحال لوجود سبب الولاية وهو الملك فيصح ولا يلتفت الى تكذيب العبد بخلاف ما بعد
 الاعتاق لانه هناك أقر بما لا يملك للحال انشاءه لان ملك الولاية بالاعتاق هذا اذا أعتقه فاما اذا دبره فيجوز
 تدبيره ويخرج عن كونه رهنا أما جواز التدبير فلانه يقف على قيام ملك الرقبة لجواز الاعتاق وملك الرقبة قائم بعد
 الرهن (وأما) خروجه عن الرهن فلان المدبر لا يصلح رهنا لان كون المرهون مالا مطلقا شرط لجواز الرهن على
 ما بيننا فاقدم وبالتدبير يخرج من أن يكون مالا مطلقا فيخرج عن كونه رهنا ولهذا لم يصلح رهنا ابتداء فكذا في
 حالة البقاء وهل يسعى للمرتهن لا خلاف في أن الراهن اذا كان معسرا يسعى (وأما) اذا كان موسرا ذكر الكرخي

رحمة الله انه يسعى وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى انه لا يسعى وسوى بين المرتهن وبين الاعتاق وهو ان الدين ان كان حالاً أخذ المرتهن بجميع دينه من الراهن وان كان مؤجلاً أخذ قيمة العبد من الراهن ويكون رهناً مكانه كما في الاعتاق (وجهه) ما ذكره الكرخى ان الدين على المولى وكسب المدبر ملك المولى لانه بالتدبير لم يخرج عن ملك المولى فكانت سعاية مال المولى فكان صرف السعاية الى المرتهن قضاء دين المولى من مال المولى فيستوى فيه حال الاسعار واليسار بخلاف كسب المعتق لانه كسب الحر من كل وجه ووجهه وكسب الحر من كل وجه ملكه فكانت السعاية ملكه والاصل أن لا يؤمر الانسان بقضاء دين غيره من مال نفسه الا عند العجز عن القضاء بنفسه فيتقيد بحال العجز وهي حالة الاعسار (وجهه) ما ذكره القاضى أن السعاية وان كانت ملك المولى لكن لا صنع للعبد في الكتابة بسبب وجوبها اذ لا صنع له في التدبير بل هو فعل المولى ومهما أمكن إيجاب الضمان على من وجد منه مباشرة بسبب وجوبه كان أولى من إيجابه على من لا صنع فيه أصلاً ورأساً فاذا كان المولى معسراً كان الامكان ثابتاً فلا معنى لإيجاب السعاية على العبد ثم اذا سعى في حالة الاعسار يسعى في جميع الدين بالغاً ما بلغ لان السعاية مال المولى فكان الاستسعاء من المرتهن استيفاء الدين من مال المولى فكان له أن يستوفيه بتمامه سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً ما قلنا وقيل ان كان الدين حالاً فكذلك فاما اذا كان مؤجلاً فلا يسعى الا في قدر قيمته ويكون رهناً مكانه وهكذا ذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى (وجهه) الفرق على هذا القول ان الدين اذا كان حالاً كان واجب القضاء للحال على سبيل التضييق وهذا مال المولى فيقضى منه دينه على الكمال واذا كان مؤجلاً لا يجب قضاؤه للحال أصلاً ولا يجب على سبيل التضييق الا أن الراهن بالتدبير فوت حق المرتهن فيجب اعادة حقه اليه بموضع يقوم مقامه جبراً للقائت فيتقدر الجائر بقدر القائت فيستسعيه بقدر قيمته ويكون رهناً مكانه ولا يرجع المدبر بما يسعى على الراهن بخلاف المعتق فوقع الفرق بين التدبير والاعتاق في موضعين (أحدهما) ان المدبر يسعى في جميع الدين بالغاً ما بلغ ولا ينظر الى القيمة والمعتق يسعى في الاقل من قيمته ومن الدين والثاني ان المدبر لا يرجع بما يسعى على المولى والمعتق يرجع والفرق بينهما يرجع الى حرف واحد وهو ان سعاية المدبر ملك مولاه لكون المدبر ملكه اذا القائت بالتدبير ليس الا منفعة البيع فكان الاستسعاء استيفاء الدين من مال المولى فله أن يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع بما يسعى على المولى لانه قضى دين المولى من مال المولى فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق لان سعاية ملكه على الخصوص لانه حر خالص الا أنه لزمته السعاية لاستخراج ملك المرتهن من وجهه المحتبس عنده وهو مال فتقدر السعاية بقدر الاحتباس ويرجع بالسعاية على المولى اذا كان معسراً لانه قضى ديناً واجباً عليه من مال نفسه مضطراً فيملك الرجوع في الشرع على ما بينا بخلاف المدبر والله أعلم وعلى ما ذكره الكرخى رحمه الله وقع الفرق بينهما في موضع ثالث أيضاً وهو ان المدبر يسعى مع ايسار المولى والمعتق لا يسعى مع ايساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم هذا اذا اعتق او دبر فاما اذا استولد بأن كان الرهن جارية فقبلت عند المرتهن فادعاه الراهن فدعواه لا يخلو اما ان كانت قبل وضع الحمل واما ان كانت بعده فان كانت قبل وضع الحمل محت دعوته ويثبت نسب الولد منه وصارت الجارية أم ولد له وخرجت عن الرهن (أما) محبة الدعوة فلان الجارية ملكة من كل وجه والمالك من وجهه يكفي لصحة الدعوة فالمالك من كل وجه أولى وثبوت النسب حكم محبة الدعوة وصيرورة الجارية أم ولد له حكم ثبوت النسب وخرج الجارية عن الرهن حكم الاستيلاء وهو صيرورتها أم ولد له لان أم الولد لا تصلح للرهن ألا ترى انها لا تصلح رهناً ابتداء فكذا في حال البقاء ولا سعاية على الولد لانه صار حرراً قبل الولادة فلم يدخل في الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه (وأما) الجارية في حكمها حكم العبد المرهون اذا دبره الراهن وقد بينا ذلك كله وان كانت الجارية موضوعة الحمل ثم ادعى الراهن الولد محت دعوته وثبت النسب وصار حرراً وصارت الجارية أم ولد له وخرجت من الرهن لما ذكرنا في الفصل الاول الآن هنا صار الولد حراً بعد ما دخل في الرهن وصارت له حصصة من الرهن فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما الآن قيمة

الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة فيكون حكم الجارية في حصتها من الدين حكم المدبر في جميع الدين وقد ذكرنا ذلك وحكم الوادي في حصته من الدين حكم المعتق في جميع ما ذكرنا وقد بينا ذلك الآن هناك ينظر الى ثلاثة أشياء الى قيمة العبد وقت الرهن والى قيمته وقت الاعتاق والى الدين فيسعى في الاقل من الاشياء الثلاثة وهنا ينظر فقط الى قيمة الولد وقت الدعوة والى حصته من الدين فيسعى في أقلهما اذا كان الراهن معسراً ويرجع بما سعى عليه

فصل (وَأما) حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل فنقول وبالله التوفيق اذا كان الدين الف درهم فاختلف الراهن والمرتهن في قدر المرهون به فمال الراهن انه رهن بخمسمائة وقال المرتهن بألف فالقول قول الراهن مع يمينه لان المرتهن يدعى على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله ولو أقام البينة فالبينة بينة المرتهن لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن رهنته بجميع الدين الذي لك على وهو الف والرهن يساوى ألفاً وقال المرتهن ارهنته بخمسمائة والرهن قائم فقدر روى عن أبي حنيفة ان القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان لانهما مختلفا في قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به فاشبه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن وهناك يتحالفان ويترادان كذا هنا فان هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان كما قال المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وان اتفقا على ان الرهن كان بألف واختلفا في قيمة الجارية فالقول قول المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب في مقدار الضمان فكذا هذا ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما فاختلغا في قيمة الهالك ان القول قول المرتهن في قيمة الهالك والبينة بينة الراهن في زيادة القيمة لما قلنا وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن رهنتي هذين الثوبين بألف درهم وقال الراهن رهنت أحدهما بعينه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانهما مختلفا في قدر المعقود عليه وانه يوجب التحالف كما في باب البيع ولو أقام البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر في الاصل لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن للمرتهن هالك الرهن في يدك وقال المرتهن قبضته مني بعد الرهن فهلك في يدك فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله في الضمان والمرتهن يدعى البراءة والراهن ينكر فكان القول قوله ولو أقام البينة فالبينة بينة أيضاً لانها تثبت استيفاء الدين وبينه المرتهن تنفي ذلك فالمثبتة أولى ولو قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل أن أقبضه فالقول قوله لان الراهن يدعى دخوله في الضمان وهو ينكر ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الضمان ولو كان الرهن عبداً فاعور فاختلغا فقال الراهن كانت القيمة يوم الرهن ألفاً فذهب بالاعور الى النصف خمسمائة وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة وانما ازداد بعد ذلك فانما ذهب من حقي الربع مائتان وخمسون فالقول قول الراهن لانه يستدل بالحال على الماضي فكان الظاهر شاهد أنه وان أقام البينة فالبينة بينة أيضاً لانها تثبت زيادة ضمان فكانت أولى بالقبول ولو كان الدين مائة والرهن في يد عدل فباعه فاختلغا فقال الراهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين ودفع الى وصدق العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لان المرهون خرج عن كونه مضموناً بنفسه بخروجه عن كونه رهناً بالمبيع وتحول الضمان الى الثمن فالراهن يدعى تحوّل زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما اذا اختلفا في مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وبينه المرتهن تنفي تلك الزيادة فالمثبتة أولى لان اتفقا على الرهن اتفقا منهما على الدخول في الضمان فالمرتهن بدعوى البيع يدعى خروجه عن الضمان وتحول الضمان الى الثمن والراهن ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك قال أبو حنيفة رضي الله عنه اذا كان الرهن مثل الدين في القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بان ادعى انه باعه بمثل الثمن وهو ألف فالقول قوله وان قال بعته بتسعمائة لم يقبل قوله فصارك انه ضاع ولا يرجع على الراهن بالنقصان الى ان نجى عينته أو يصدق له ما ذكرنا انه كان مضموناً فلا يقبل قوله في انتقال الضمان وكذلك العدل اذا قال بعته بتسعمائة ولا يعلم الا بقوله لم يكن على العدل الاتسعمائة

ويكون الراهن راھناً بما فيه ولا يرجع المرتهن على الراهن بالمائة الفاضلة لان قول العدل مقبول في براءة نفسه غير مقبول في اسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به ولا في الرجوع على الراهن وذكر في الاصل اذا كان المرتهن مسلطاً على البيع فأقام بينة انه باعه بتسعة وأقام الراهن بينة انه مات في يد المرتهن أخذ بينة المرتهن وقال أبو يوسف يؤخذ بينة الراهن (وجه) قوله ان بينة الراهن ثبتت زيادة ضمان بنفيها بينة المرتهن فكانت المثبتة أولى (وجه) رواية الاصل ان بينة المرتهن تثبت أمر الم يكن وهو تحول الضمان من العين الى الثمن وبينة الراهن تقر رضمانا كان ثابتاً قبل الموت فكانت المثبتة أولى والله تعالى أعلم

— ❦ —

❦ كتاب المزارعة ❦

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في معنى المزارعة لغة وشرعاً وفي بيان شرعيتها وفي بيان ركن المزارعة وفي بيان الشرائط المصححة للركن على قول من يحيز المزارعة والشرائط المفسدة لها وفي بيان حكم المزارعة الصحيحة وفي بيان حكم المزارعة الفاسدة وفي بيان المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة وفي بيان الذي ينسخ به عقد المزارعة بعد وجودها وفي بيان حكم المزارعة المنفسخة (أما) الأول فالزراعة في اللغة مفاعلة من الزرع وهو الانبات والانبات المضاف الى العبد مباشرة فعل أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بحصول النبات عقيبته لا بتخليقه وإيجاده وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه الموضوعات لشرعاً فان قيل المزارعة من باب المفاعلة فيقتضي وجود الفعل من اثنين كالمقابلة والمضاربة ونحوهما وفعل الزرع يوجد من العامل دون غيره بدليل انه يسمى هو مزراعاً ودون رب الارض والبذر ومن لا عمل من جهته فكيف يسمى هذا العقد مزارعة فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان المفاعلة جاز أن تستعمل فيما لا يوجد الفعل الا من واحد كالداواة والمعالجة وان كان الفعل لا يوجد الا من الطبيب والمعالج وقال الله تعالى عز شأنه قاتلهم الله أنى يؤفكون ولا أحد يقصد مقالة الله عز شأنه فكذلك المزارعة جاز أن تكون كذلك والثاني ان كان أصل الباب ما ذكر فقد وجد الفعل هنا من اثنين لان المزارعة مفاعلة من الزرع والزرع هو الانبات لغة وشرعاً والانبات المتصور من العبد هو التسبب لحصول النبات وفعل التسبب يوجد من كل واحد منهما الا ان التسبب من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتمكين من العمل باعطاء الآلات والاسباب التي لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعاً حقيقة لوجود فعل الزرع منه بطريق التسبب الا انه اخص العامل بهذا الاسم في العرف ومثل هذا جائز كاسم الدابة ونحوه على ما عرف في أصول الفقه

❦ فصل ❦ وأما شرعية المزارعة فقد اختلف فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وبه أخذ الشافعي رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انها مشروعة (وجه) قولهما ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع نخل خير معاملة وأرضها مزارعة وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا هي شريعة متوارثة لتعامل السلف والخلف ذلك من غير انكار (وجه) قول أبي حنيفة ان عقد المزارعة استئجار ببعض الخارج وانه منهي بالنص والمعقول (أما) النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرافع بن خديج في حائط لا تستأجره بشئ منه وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قبز الطحان والاستئجار ببعض الخارج في معناه والمنهى غير مشروع (وأما) المعقول فهو ان الاستئجار ببعض الخارج من النصف والثلث والرابع ونحوه استئجار ببذل مجهول وانه لا يجوز كافي الاجارة وبه تبين ان حديث خير محمول على الجزية دون المزارعة صيانة للدلائل الشرع عن التناقض والدليل على انه لا يمكن حمله على المزارعة انه عليه الصلاة والسلام قال فيه أقرمكم الله وهذا منه عليه الصلاة والسلام محبيل المدة وجهالة المدة تمنع صحة المزارعة بلا خلاف بقى ترك الانكار على التعامل وذا يحتمل أن يكون للجواز ويحتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع الاحتمال

﴿فصل﴾ وأما ركن المزارعة فهو الإيجاب والقبول وهو أن يقول صاحب الأرض للعامل دفعت إليك هذه الأرض مزارعة بكذا أو يقول العامل قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فإذا وجدتم العقد بينهما

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فهي في الأصل نوعان شرائط مصححة للعقد على قول من يحجز المزارعة وشرائط مفسدة له (أما) المصححة فأنواع بعضها يرجع إلى المزارع وبعضها يرجع إلى الزرع وبعضها يرجع إلى ما عقد عليه المزارعة وبعضها يرجع إلى الآلة للمزارعة وبعضها إلى الخارج وبعضها يرجع إلى المزرع وفيه وبعضها يرجع إلى مدة المزارعة (أما) الذي يرجع إلى المزارع فنوعان الأول أن يكون عاقلاً فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة دفعاً واحداً لأن العقل شرط أهلية التصرفات (وأما) البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة حتى تجوز مزارعة الصبي المأذون دفعاً واحداً لأن المزارعة استتجار ببعض الخارج والصبي المأذون بملك الاجارة لأنها تجارة فيملك المزارعة وكذلك الحرية ليست بشرط لصحة المزارعة فتصح المزارعة من العبد المأذون دفعاً واحداً ما ذكرنا في الصبي المأذون والثاني أن لا يكون مرتداً على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله في قياس قول من أجاز المزارعة فلا تنفذ مزارعته للحال بل هي موقوفة وعند هذا ليس بشرط لجواز المزارعة ومزارعة المرتد نافذة للحال بيان ذلك أنه إذا دفع المرتد أرضاً إلى رجل مزارعة بالنصف أو بالثلث أو بالربع فعمل الرجل وأخرجت الأرض زرعاً ثم قتل المرتد أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى بلحقه بدار الحرب فهذا على وجهين أما أن دفع الأرض والبذر جميعاً مزارعة أو دفع الأرض دون البذر فإن دفعهما جميعاً مزارعة فالخارج كله للمزارع ولا شيء لورثة المرتد لأن مزارعته كانت موقوفة فإذا مات أو لحق بدار الحرب تبين أنه لم يصبح أصلاً فصارك أن العامل زرع أرضه ببذر مغصوب ومن غصب من آخر حيا وبذر به أرضه فأخرجت كان الخارج له دون صاحب البذر وعلى العامل مثل ذلك البذر لأنه مغصوب استهلكه وله مثله فيلزمه مثله ثم ينظر أن كانت الأرض تقصتها المزارعة فعليه ضمان التقصان لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه فيجب عليه الضمان ويتصدق بما ورائه قدر البذر وقصان الأرض لأنه حصل بسبب خيبت فكان سبيله التصديق وإن كانت لم ينقصها المزارعة فلا ضمان عليه لانعدام الاتلاف وإن أسلم فالخارج بينهما على الشرط سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعدما استحصد لأنه لما أسلم تبين أن المزارعة وقعت صحيحة وعند أبي يوسف ومحمد فالخارج على الشرط كيف ما كان لأن تصرفات المرتد نافذة عندهما بمنزلة تصرفات المسلم فتكون حصته له فإن مات أو لحق بدار الحرب يكون لورثته وإن دفع إليه الأرض دون البذر فالخارج له أيضاً لأنه لما ظهر أنه لما لم تصبح المزارعة صار كأنه غصب أرضاً وبذر بها ببذر نفسه فأخرجت ولو كان كذلك كان الخارج له كذا هذا إلا أنه يأخذ من ذلك قدر بذره وتفقته وضمان التقصان إن كانت المزارعة قصبتها ويتصدق بالفضل لما ذكرنا وإن كانت لم تنقصها فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله على قياس قول من أجاز المزارعة أن يكون الخارج كله للعامل ولا يلزمه ضمان الأرض ولا غيره وفي الاستحسان الخارج بين العامل وبين ورثة المرتد على الشرط (وجه) القياس ما ذكرنا أنه يصير بمنزلة الغاصب ومن غصب من آخر أرضاً فزرعها ببذر نفسه ولم تنقصها المزارعة كان الخارج كله له ولا يلزمه شيء كذا هذا (وجه) الاستحسان إن انعدام صحة تصرف المرتد بعد الموت والحق ليس لمكان انعدام أهليته لأن الردة لا تنافي لانعدام الأهلية بل لتعلق حق ورثته بما له لوجود أماراة الاستغناء بالردة لأن الظاهر أنه لا يسلم بل يقتل أو يلحق بدار الحرب فيستغنى عن ماله فيثبت التعلق نظر الهم ونظرهم هنا في تصحيح التصرف لا في إبطاله ليصل إليهم شيء فأشبهه العبد المحجور إذا أجز نفسه وسلم من العمل أنه لا يبطل تصرفه بل يصحح حتى تجب الاجرة لأن الحكم يبطلان تصرفه لنظر المولى ونظره ههنا في التصحيح دون الإبطال كذا هذا وإذا أسلم المرتد فالخارج على الشرط سواء أسلم قبل انقضاء المزارعة أو بعد انقضائها قصبت المزارعة الأرض أو لم تنقصها كما ذكرنا في الوجه الأول وعلى قولهما فالخارج على الشرط كيف ما كان أسلم أو قتل أو لحق لأن تصرفاته نافذة بمنزلة تصرفات المسلم هذا إذا

دفع مرتد أرضه من أجرة إلى مسلم فاما اذا دفع مسلم أرضه من أجرة إلى مرتد فهذا على وجهين أيضا اما ان دفع الأرض والبذر جميعا أو دفع الأرض دون البذر فان دفعهما جميعا من أجرة فعمل المرتد فأخرجت الأرض زرا كثيرا ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم وبين ورثة المرتد على الشرط بخلاف لان انعدام صحة تصرف المرتد لا لعين رده بل لتضمنه ابطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على ما مر وعمل المرتد هنا ليس تصرفا في ماله بل على نفسه بإبقاء المانع ولا حق لورثته في نفسه فصحت المزارعة فكان الخارج على الشرط المذكور وان دفع الأرض دون البذر فعمل المرتد ببذره وأخرجت الأرض زرا ففي قياس قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المزارعة أن الخارج كله لورثة المرتد ولا يجب تقصان الأرض لان عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للمال فلم تنفذ من أجرته فكان الخارج حادئا على ملكه لكونه نماء ملكه فكان لورثته وفيه اشكال وهو ان هذا الخارج من اكساب رده وكسب الردة في عند أبي حنيفة فكيف يكون لورثته (والجواب) انه حين بذر كان حق الورثة متعلقا بالبذر لما مر من قبل فالخاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب تقصان الأرض لان ضمان التقصان يعتمد اتلاف مال الغير بغير اذنه ولم يوجد اذا المزارعة حصلت باذن المالك وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما اذا كان مسلما لما ذكرنا وان أسلم فالخارج على الشرط بخلاف سواء أسلم قبل أن يستحصل الزرع أو بعد ما استحصل لما ذكرنا هذا اذا كانت المزارعة بين مرتد ومسلم (فأما) اذا كانت بين مسلمين ثم ارتد أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط بخلاف لانه لما كان مسلما وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة بعد ذلك لا تبطله (وأما) المرتدة فتصح مزارعتها فاعا واحدا أبالاجماع لان تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها فاعا واحدا بمنزلة مزارعة المسلمة

(فصل) وأما الذي يرجع إلى الزرع فنوع واحد وهو أن يكون معلوما بأن بين ما يزرع لان حال المزروع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والتقصان فرب زرع يزيد في الأرض ورب زرع ينقصها وقد يقل التقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مضافا إلى التزامه الا اذا قال له ازرع فيها ما شئت فيجوز له أن يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الأمر إليه فقد رضى بالضرر الا أنه لا يملك الغرس لان الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس **(فصل)** وأما الذي يرجع إلى المزرعة فهو أن يكون قابلا لعمل الزراعة وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرى العادة لان ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة حتى لو دفع أرضا فيها زرع قد استحصل من أجرة لم يجز كذا قالوا لان الزرع اذا استحصل لا يؤثر فيه عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلا لعمل الزراعة

(فصل) وأما الذي يرجع إلى الخارج من الزرع فأنواع (منها) أن يكون مذكورا في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لان المزارعة استعجار والسكوت عن ذكر الاجرة يفسد الاجارة (ومنها) أن يكون لها حتى لو شرط أن يكون الخارج لاحدهما يفسد العقد لان معنى الشركة لازم لهذا العقد وكل شرط يكون قاطعا للشركة يكون مفسدا للعقد (ومنها) أن تكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى لو شرط أن يكون من غيره لا يصح العقد لان المزارعة استعجار ببعض الخارج به تنفصل عن الاجارة المطلقة (ومنها) أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والرابع ونحوه لان ترك التقدير يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة ولهذا شرط بيان مقدار الاجرة في الاجارات كذا هذا (ومنها) أن يكون جزأ شائعا من الجلسة حتى لو شرط لاحدهما قرضا معلوما لا يصح العقد لان المزارعة فيها معنى الاجارة والشركة تنعقد اجارة ثم تتم شركة (أما) معنى الاجارة فلا أن الاجارة تملك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لان البذر ان كان من رب الأرض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الأرض بعوض وهو نماء بذره وان كان البذر من قبل العامل فرب الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض وهو نماء بذره فكانت المزارعة استعجارا للعامل واما للأرض لكن ببعض الخارج وأما معنى الشركة

فلأن الخارج يكون مشتركاً بينهما على الشرط المذكور وإذا ثبت أن معنى الاجارة والشركة لازم لهذا العقد فاشتراط قدر معلوم من الخارج ينفي لزوم معنى الشركة لا احتمال أن الأرض لا تخرج زيادة على القدر المعلوم ولهذا إذا شرط في المضاربة سهم معلوم من الربح لا يصح كذا هذا وكذا إذا ذكر جزأشائعا وشرط معه زيادة أقفزة معلومة أنه لا يصح لما قلنا وعلى هذا إذا شرط أحدهما البذر لنفسه وأن يكون الباقي بينهما لا تصح المزارعة لجواز أن لا تخرج لأرض الا قدر البذر فيكون كل الخارج له فلا يوجد معنى الشركة ولأن هذا في الحقيقة شرط قدر البذر أن يكون له لأعين البذر لأن عينه تهلك في التراب وهذا لا يصح لما ذكرنا وهذا بخلاف المضاربة لأن قدر رأس المال يرفع ويقسم الباقي على الشرط لأن المضاربة تقتضي الشركة في الربح لا في غيره ودفع رأس المال لانعدام معنى الشركة في الربح (فأما) المزارعة فتقتضي الشركة في كل الخارج واشتراط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كله فهو الفرق بين الفصلين وكذا إذا شرط ما على الماذيات والسواقي لا يصح العقد لأن ما على الماذيات والسواقي معلوم فشرطه يمنع لزوم الشركة في العقد وقد روي أنهم كانوا يشترون في عقد المزارعة لأحدهما ما على الماذيات والسواقي فلما بعث النبي المكرم عليه أفضل التحية بطله

فصل وأما الذي يرجع إلى المزرع وفيه وهو الأرض فأنواع (منها) أن تكون صالحة للزراعة حتى لو كانت سبخة أو زنة لا يجوز العقد لأن المزارعة عقد استئجار لكن ببعض الخارج والأرض السبخة والزنة لا تجوز اجارتها فلا تجوز مزارعتها (فأما) إذا كانت صالحة للزراعة في المدة لكن لا تمكن زراعتها وقت العقد لعارض من انقطاع الماء وزمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها كما تجوز اجارتها (ومنها) أن تكون معلومة فإن كانت مجهولة لا تصح المزارعة لأنها تؤدي إلى المنازعة ولودفع الأرض مزارعة على أن يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعير فكذا يفسد العقد لأن المزرع وفيه مجهول لأن كلمة من للتبعض فيقع على بعض الأرض وأنه غير معلوم وكذا لو قال على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعير لأن التنصيص على التبعض تنصيص على التجهيل ولو قال على أن يزرع فيها حنطة فكذا وما زرعت فيها شعير فكذا أجاز لأنه جعل الأرض كلها ظرفاً لزرع الحنطة أو لزرع الشعير فأنعدم التجهيل ولو قال على أن يزرع فيها بغير كراب فكذا ذكر في الأصل أنه جائز وهذا مشكل لأن المزرع وفيه من الأرض مجهول فأشبه ما إذا قال مازرع فيها حنطة فكذا وما زرع فيها شعير فكذا ومنهم من اشتغل بتصحيح جواب الكتاب والفرق بين الفصلين على وجه لم يتضح ولو قال على أنه أن يزرع حنطة فكذا وأن يزرع شعيراً فكذا وأن يزرع سمسماً فكذا ولم يذكر منها فهو جائز لانعدام جهالة المزرع وفيه وجهالة الزرع للحال ليس بضائر لأنه فوض الاختيار إليه فأبى ذلك اختاره يتعين ذلك العقد باختياره فعلاً كما قلنا في الكفارات الثلاث ولو زرع بعضها حنطة وبعضها شعيراً أجاز لأنه لو زرع الكل حنطة أو الكل شعيراً أجاز فإذ أزرع البعض حنطة والبعض شعيراً أولى (ومنها) أن تكون الأرض مسالمة إلى العامل مخلاة وهو أن يوجد من صاحب الأرض التخلية بين الأرض وبين العامل حتى لو شرط العمل على رب الأرض لا تصح المزارعة لانعدام التخلية فكذا إذا اشترط فيه عملهما فيمنع التخلية جميعاً لما قلنا ولهذا لو شرط رب المال في عقد المضاربة العمل مع المضارب لا تصح المضاربة لأنه شرط يمنع وجود ما هو شرط لصحة العقد وهو التخلية كذا هذا وعلى هذا إذا دفع أرضاً وبذراؤها على أن يزرع العامل وعبد رب الأرض وللعامل الثلث ولرب الأرض الثلث ولعبد الثالث فهو جائز على ما اشترط لأن صاحب الأرض صار مستأجر للعامل ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه فصح وشرط العمل على عبده لا يكون شرطاً على نفسه لأن العبد المأذون له يد نفسه على كسبه لا يد النيابة عن مولاه فيصير بمنزلة الاجنبي فلا يمنع تحقيق التخلية فلا يمنع الصحة ويكون نصيب العبد لمولاه وإن كان البذر من العامل لا تصح المزارعة لأنه يصير مستأجراً للأرض والبقرة والعبد ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وكذا

لا يصح على ما ذكره ويكون الخارج له وعليه أجر مثل الأرض والبقر والعبد لان هذا حكم المزارعة الفاسدة على ما ذكر في موضعه وكذلك كان شرط عمل رب الأرض مع ذلك كان له أيضا أجر مثل عمله لان هذا شرط مفسد للعقد والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى ما عقد عليه المزارعة فهو أن يكون المعقود عليه في باب المزارعة مقصودا من حيث انها اجارة أحد أمرين إما منفعة العامل بأن كان البذر من صاحب الأرض وإما منفعة الأرض بأن كان البذر من العامل لان البذر اذا كان من قبل رب الأرض يصير مستأجر للعامل وإذا كان من قبل العامل يصير مستأجرا للأرض وإذا اجتمع في الاستئجار فسدت المزارعة فأما منفعة البقر فان حصلت تابعة لصحت المزارعة وان جعلت مقصودة فسدت

﴿فصل﴾ وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة فنقول وبالله التوفيق المزارعة أنواع (منها) أن تكون الأرض والبذر والبقر والا لة من جانب والعمل من جانب وهذا جائز لان صاحب الأرض يصير مستأجر للعامل لا غير ليعمل له في أرضه ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الأرض من جانب والباقي كله من جانب وهذا أيضا جائز لان العامل يصير مستأجر للأرض لا غير ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الأرض والبذر من جانب والبقر والا لة والعمل من جانب فهذا أيضا جائز لان هذا استئجار للعامل لا غير مقصودا فأما البذر فغير مستأجر مقصودا ولا يقابل به شيء من الاجرة بل هي ثواب للمعقود عليه وهو منفعة العامل لانه آلة للعمل فلا يقابل به شيء من العمل كمن استأجر خياطا فباطرة نفسه جاز ولا يقابلها شيء من الاجرة ولانه لما كان تابعا للمعقود عليه فكان جارا يجرى الصفة للعمل كان العقد عقداً على عمل جيد والا وصاف لا قسط لها من العوض فأمكن أن تنعقد اجارة ثم تتم شركة بين منفعة الأرض وبين منفعة العامل (ومنها) أن تكون الأرض والبقر من جانب والبذر والعمل من جانب وهذا لا يجوز في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه يجوز (وجه) قوله انه لو كان الأرض والبذر من جانب جاز وجعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل فكذا اذا كان الأرض والبقر من جانب يجب أن يجوز ويجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الأرض (وجه) ظاهر الرواية ان العامل هنا يصير مستأجر للأرض والبقر جميعاً مقصودا ببعض الخارج لانه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هنا لاختلاف جنس المنفعة لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض فبقيت أصلاً بنفسها فكان هذا استئجار البقر ببعض الخارج أصلاً مقصودا واستئجار البقر مقصودا ببعض الخارج لا يجوز لوجهين أحدهما ذكرنا أن المزارعة تنعقد اجارة ثم تتم شركة ولا يتصور انعقاد الشركة بين منفعة البقر وبين منفعة العامل بخلاف الفصل الاول لانه يتصور انعقاد الشركة بين منفعة الأرض ومنفعة العامل والثاني أن جواز المزارعة ثبت بالنص مخالفاً للقياس لان الاجرة معدومة وهي مع انعدامها مجهولة فيقتصر جوازها على المحل الذي ورد النص فيه وذلك فيما اذا كانت الآلة تابعة فاذا جعلت مقصودة يرد الى القياس (ومنها) أن يكون البذر والبقر من جانب والأرض والعمل من جانب وهذا لا يجوز أيضا لان صاحب البذر يصير مستأجر للأرض والعامل جميعاً ببعض الخارج والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة (ومنها) أن يكون البذر من جانب والباقي كله من جانب وهذا لا يجوز أيضا لما قلنا وروى عن أبي يوسف في هذين الفصلين أيضا انه يجوز لان استئجار كل واحد منهما جائز عند الافراد فكذا عند الاجتماع (والجواب) ما ذكرنا أن الجواز على مخالفة القياس ثبت عند الافراد فبقى حالة الاجتماع على أصل القياس وطريق الجواز في هذين الفصلين بالاتفاق أن يأخذ صاحب البذر الأرض مزارعة ثم يستعير من صاحبها ليعمل له فيجوز والخارج يكون بينهما على الشرط (ومنها) أن يشترك جماعة من أحدهم الأرض ومن الآخر البقر ومن الآخر البذر ومن الرابع العمل وهذا لا يجوز أيضا لما مر وفي عين هذا ورد الخبر بالفساد فانه روى أن أربعة نفر اشتركوا على عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم مزارعتهم وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف يجوز (ومنها) أن يشترط في عقد المزارعة أن يكون بعض البذر من قبل أحدهما والبعض من قبل الآخر وهذا لا يجوز لأن كل واحد منهما يصير مستأجراً صاحبه في قدر بذره فيجتمع استئجار الأرض والعمل من جانب واحد وأنه مفسد (ومنها) أن تكون الأرض من جانب والبذر والبقير من جانب دفع صاحب الأرض أرضه إليه على أن يزرعها ببذره وبقره مع هذا الرجل الآخر على أن ما خرج من شئ ثلثه لصاحب الأرض وثلثاه لصاحب البذر والبقير وثلثه لذلك العامل وهذا صحيح في حق صاحب الأرض والعامل الأول فاسد في حق العامل الثاني ويكون ثلث الخراج لصاحب الأرض وثلثاه للعامل الأول وللعامل الثاني أجر مثل عمله وكان ينبغي أن تفسد المزارعة في حق الكل لأن صاحب البذر وهو العامل الأول جمع بين استئجار الأرض والعامل وقد ذكرنا أن الجمع بينهما مفسد للعقد لكونه خلاف مورد الشرع بالمزارعة ومع ذلك حكم بصحتها في حق صاحب الأرض والعامل الأول وإنما كان كذلك لأن العقد فيما بين صاحب الأرض والعامل الأول وقع استئجاراً للأرض لا غير وأنه صحيح وفيما بين العاملين وقع استئجاراً للأرض والعامل جميعاً وأنه غير صحيح ويجوز أن يكون العقد الواحد له جهران جهة الضحية وجهة الفساد خصوصاً في حق شخصين فيكون صحيحاً في حق أحدهما فاسداً في حق الآخر ولو كان البذر في هذه المسئلة من صاحب الأرض صحت المزارعة في حق الكل والخراج بينهم على الشرط لأن صاحب الأرض في هذه الصورة يعتبر مستأجراً للعاملين جميعاً والجمع بين استئجار العاملين لا يقدح في صحة العقد وإذا صح العقد كان الخراج على الشرط

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى آلة المزارعة فهو أن يكون البقر في العقد تابعاً فان جعل مقصوداً في العقد تفسد المزارعة وقد تقدم بيانه في الفصل المتقدم بما فيه كفاية

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى مدة المزارعة فهو أن تكون المدة معلومة فلا تصبح المزارعة إلا بعد بيان المدة لأنها استئجار ببعض الخراج ولا تصبح الإجارة مع جهالة المدة وهذا هو القياس في المعاملة أن لا تصبح إلا بعد بيان المدة لأنها استئجار العامل ببعض الخراج فكانت إجارة بمنزلة المزارعة إلا أنها جازت في الاستحسان للعامل الناس ذلك من غير بيان المدة وتقع على أول جزء يخرج من الثمرة في أول السنة لأن وقت ابتداء المعاملة معلوم (فأما) وقت ابتداء المزارعة فتفاوت حتى أنه لو كان في موضع لا يتفاوت يجوز من غير بيان المدة وهو على أول زرع يخرج كذا ذكر محمد ابن سلامة أن بيان المدة في ديارنا ليس بشرط كفاي المعاملة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المفسدة للمزارعة فأنواع وقد دخل بعضها في بيان الشرائط المصححة (منها) شرط كون الخراج لا أحدهما لأنه شرط يقطع الشراكة التي هي من خصائص العقد (ومنها) شرط العمل على صاحب الأرض لأن ذلك يمنع التسليم وهو التخلية (ومنها) شرط البقر عليه لأن فيه جعل منفعة البقر معقوداً عليها مقصودة في باب المزارعة ولا سبيل إليه (ومنها) شرط العمل والأرض جميعاً من جانب واحد لأن ذلك خلاف مورد الشرع الذي هو خلاف القياس على ما مر في القصول المتقدمة (ومنها) شرط الحمل والحفظ على المزارع بعد القسمة لأنه ليس من عمل المزارعة (ومنها) شرط الحصاد والرفع إلى البيدر والدياس والتذرية لأن الزرع لا يحتاج إليه إلا لا يتعلق به صلاحه والأصل أن كل عمل يحتاج إليه الزرع قبل تنافيه وإدراكه وجفافه مما يرجع إلى إصلاحه من السقي والحفظ وقلع الحشاوة وحفر الأنهار وتسوية المسناة ونحوها فعلى المزارع أن ما هو المقصود من الزرع وهو النماء لا يحصل بدونه عادة فكان من توابع المقود عليه فكان من عمل المزارعة فيكون على المزارع وكل عمل يكون بعد تنافيه الزرع وإدراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج إليه خلوص الحب وتنقيته يكون بينهما على شرط الخراج لأنه ليس من عمل المزارعة ولهذا قالوا لو دفع أرضاً مزارعة وفيها زرع قد استحصد لا يجوز لا قضاء وقت عمل المزارعة إذا عمل

فيه بعد الادراك مما لا يفيد وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل الى البيت ونحوه بما يحتاج اليه لا حرازا المقسوم فعلى كل واحد منهما في نصيبه لان ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره وروى عن أبي يوسف انه أجاز شرط الحصاد ورفع البيدر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس وبعض مشايخنا بما وراء النهر يفتون به أيضا وهو اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سلامة من مشايخ خراسان والجداذ في باب المعاملة لا يلزم العامل بلا خلاف (أما) في ظاهر الرواية فلا يشك وأما على رواية أبي يوسف فلا نعدم التعامل فيه ولو باع الزرع قصيلا فاجتمع على أن يقصلاه كان القصل على كل واحد منهما في قدر شرط الحب لانه بمنزلة شرط الحصاد (ومنها) شرط التبن لانه لا يكون البذر من قبله وجملة ان هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه أما ان شرط أن يكون التبن بينهما وأما ان سكتا عنه وأما ان شرط أن يكون لاحد همدون الآخر فان شرط أن يكون بينهما لا شك أنه يجوز لانه شرط مقرر مقتضى العقد لان الشركة في الخراج من الزرع من معاني هذا العقد على ما مر وان سكتا عنه يفسد عند أبي يوسف وعند محمد لا يفسد ويكون لصاحب البذر منهما ما ذكر الطحاوي ان محمد أرجع الى قول أبي يوسف (وجه) قول محمد ان ما يستحقه صاحب البذر يستحقه ببذره لا بالشرط فكان شرط التبن والسكوت عنه بمنزلة واحدة (وجه) قول أبي يوسف ان كل واحد منهما أعني الحب والتبن مقصود من العقد فكان السكوت عن التبن بمنزلة السكوت عن الحب وإذا مفسد بالاجماع فكذا هذا وان شرط أن يكون لاحد همدون الآخر فان شرطاه لصاحب البذر جاز ويكون له لان صاحب البذر يستحقه من غير شرط لكونه نماء ملكه فالشرط لا يزيده الا تأكيده وان شرطاه لمن لا بذره ففسدت المزارعة لان استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط لانه نماء ملكه ونماء ملك الانسان ملكه فصار شرط كون التبن لمن لا بذره من قبله بمنزلة شرط كون الحب له وإذا مفسد كذا هذا (ومنها) أن يشترط صاحب الارض على المزارع عملا يبقى أثره ومنفعته بعد مدة المزارعة كبناء الخائط والسرقند واستحداث حفر النهر ورفع المسناة ونحو ذلك مما يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد انقضاء المدة لانه شرط لا يقتضيه العقد وأما الكراب فلا يخلو في الاصل من وجهين (أما) ان شرطاه في العقد وأما ان سكتا عنه فان سكتا عنه هل يدخل تحت عقد المزارعة حتى يجبر المزارع عليه لو امتنع أولا فسنذكره في حكم المزارعة الصحيحة ان شاء الله تعالى وان شرطاه في العقد فلا يخلو ايضا من وجهين أما ان شرطاه مطلقا عن صفة التثنية وأما ان شرطاه مقيدا بها فان شرطاه مطلقا عن الصفة قال بعضهم انه يفسد العقد لان أثره يبقى الى ما بعد المدة وقال عامتهم لا يفسد وهو الصحيح لان الكراب بدون التثنية مما يبطل السقي على وجهه لا يبقى له أثر ومنفعة بعد المدة فلم يكن شرطه مفسدا للعقد وان شرطاه مع التثنية ففسدت المزارعة لان التثنية أما ان تكون عبارة عن الكراب مرتين مرة للزراعة ومرة بعد الحصاد ليرد الارض على صاحبها مكرورة وهذا شرط فاسد لا شك فيه لما ذكرنا أنه شرط عمل ليس هو من عمل المزارعة لان الكراب بعد الحصاد ليس من عمل المزارعة في هذه السنة وأما أن يكون عبارة عن فعل الكراب مرتين قبل الزراعة وانه عمل يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد المدة فكان مفسدا حتى انه لو كان في موضع لا يبقى لا يفسد كذا قال بعض مشايخنا ولودفع الارض مزارعة على أنه ان زرعها بغير كراب فللمزارع الربع وان زرعها بكراب فله الثلث وان كرها وثناها فله النصف فهو جائز على ما شرط كذا ذكر في الاصل وهذا مشكل في شرط الكراب مع التثنية لانه شرط مفسد فينبغي أن يفسد هذا الشرط واذا عمل يكون له أجر مثل عمله فاما شرط الكراب وعدمه فصحيح على الشرط المذكور لانه غير مفسد وبعضهم صحوا جواب الكتاب وفرقوا بين هذا الشرط وبين شرط التثنية بفرق لم يتضح وفرع في الاصل فقال ولو زرع بعض الارض بكراب وبعضها بغير كراب وبعضها بثنيان فهو جائز والشرط بينهما في كل الارض نافذ على ما شرط كذا ذكر في الاصل وهذا بناء على الاول لانه ان شرط التثنية في كل الارض عند اختياره ذلك يصح في البعض بالطريق الاول

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة عند من يجزها فنقول وبالله التوفيق للمزارعة الصحيحة أحكام

(منها) ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع اليه لاصلاحه فعلى المزارع ان العقد تناوله وقد بيناه (ومنها) ان كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقة وقلع الحشاوة ونحو ذلك فعليهما على قدر حقهما وكذلك الحصاد والحمل الى البيدر والدياس وتذريته لما ذكرنا ان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع (ومنها) أن يكون الخراج بينهما على الشرط المذكور لان الشرط قد صح فيلزم الوفاء به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ومنها) انها اذا لم تخرج الارض شيئاً فلا شيء لواحد منهما الا أجر العمل ولا أجر الارض سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض بخلاف المزارعة الفاسدة انه يجب فيها أجر المثل وان لم تخرج الارض شيئاً والفرق أن الواجب في العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخراج ولم يوجد الخراج فلا يجب شيء والواجب في المزارعة الفاسدة أجر مثل العمل في الذمة لا في الخراج فانعدام الخراج لا يمنع وجوبه في الذمة فهو الفرق (ومنها) ان هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر لازم في جانب صاحبه لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على الصحة وقال لا أريد زراعة الارض له ذلك سواء كان له عذراً أو لم يكن ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك الا من عذر وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما أن يمتنع الا من عذر والفرق بين هذه الجملة ان صاحب البذر لا يمكنه المضى في العقد بالاتلاف ملكه وهو البذر لان البذر يهلك في التراب فلا يكون الشرع فيه ملزماً في حقه اذا انسا ان لا يجبر على اتلاف ملكه ولا كذلك من ليس البذر من قبله والمعاملات لانه ليس في لزوم المعنى ايهم اتلاف ملكهم فكان الشرع في حقهم ملزماً ولا يفسخ الا من عذر كما في سائر الاجارات وسواء كان المزارع كرب الارض أو لم يكن بها لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما ولا شيء للعامل في عمل الكراب على ما ذكره في حكم المزارعة المنسوخة ان شاء الله تعالى ومنها ولا يجبر المزارع على الكراب وعدمها وهذا على وجهين اما ان شرط الكراب في العقد واما ان سكتا عن شرطه فان شرطاً يجبر عليه لانه شرط صحيح فيجب الوفاء به وان سكتا عنه ينظر ان كانت الارض مما يخرج الزرع بدون الكراب زرعاً معتاداً يقصد مثله في عرف الناس لا يجبر المزارع عليه وان كانت مما لا يخرج أصلاً أو يخرج ولكن شيئاً قليلاً لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب لان مطلق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة وعلى هذا اذا امتنع المزارع عن السقي وقال ادعها حتى تسقيها السماء فهو على قياس هذا التفصيل انه ان كان الزرع مما يكتفى بماء السماء ويخرج زرعاً معتاداً بدونه لا يجبر على السقي وان كان مع السقي أجود فان كان مما لا يكتفى به يجبر على السقي لما قلنا (ومنها) جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخراج والخط جاز ولا يخط عنه وعدم الجواز والاصل فيه ان كلما احتمل انشاء العقد عليه احتمل الزيادة ومالا فلا والخط جائز في الحالين جميعاً كما في الزيادة في الثمن في باب البيع اذا عرف هذا فنقول الزيادة والخط في المزارعة على وجهين اما ان يكون من المزارع واما ان يكون من صاحب الارض ولا يخلو اما ان يكون البذر من قبل المزارع واما ان يكون من صاحب الارض بعدما استحصد الزرع أو قبل أن يستحصد فان كان من بعدما استحصد والبذر من قبل العامل وكانت المزارعة على النصف مثلاً فزاد المزارع صاحب الارض السدس في حصته وجعل له الثلثين ورضي به صاحب الارض لا يجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط نصفان وان زاد صاحب الارض المزارع السدس في حصته وتراضيا فالزيادة جائزة لان الاول زيادة على الاجرة بعد انتهاء عمل المزارعة باستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة وانه لا يجوز ألا ترمى انهما لو أنشأ العقد بعد الحصاد لا يجوز فكذلك الزيادة والثاني حط من الاجرة وانه لا يستدعي قيام المعقود عليه كما في باب البيع هذا اذا كان البذر من قبل العامل فان كان من قبل صاحب الارض فزاد صاحب الارض لا يجوز وان زاد المزارع جاز لما قلنا هذا اذا زاد أحدهما بعدما استحصد الزرع فان زاد قبل أن يستحصد جاز أيهما كان لان الوقت يحتمل انشاء العقد فيحتمل الزيادة أيضاً بخلاف الفصل الاول

فصل في أحكام المزارعة الفاسدة فأنواع (منها) انه لا يجب على المزارع شيء من أعمال المزارعة لان

وجوبه بالعقد ولم يصح (ومنها) ان الخارج يكون كله لصاحب البذر سواء كان رب الارض أو المزارع لان استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نماء ملكه لا بالشرط لوقوع الاستغناء بالملك عن الشرط واستحقاق الاجر الخارج بالشرط وهو العقد فاذا لم يصح الشرط استحققه صاحب الملك ولا يلزمه التصديق بشئ لانه نماء ملكه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان للعامل عليه أجر المثل لان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان هو مستأجر للعامل فاذا فسدت الاجارة وجب أجر مثل عمله واذا كان البذر من قبل العامل كان عليه رب الارض أجر مثل أرضه لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجر للارض فاذا فسدت الاجارة يجب عليه أجر مثل أرضه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض واستحق الخارج وغرم للعامل أجر مثل عمله فالخارج كله له طيب لانه حاصل من ملكه وهو البذر في ملكه وهو الارض واذا كان من قبل العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الارض أجر مثل أرضه فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره وقدر أجر مثل الارض ويطيب ذلك لانه سلم له بعوض ويتصدق بالفضل على ذلك لانه وان تولد من بذره لكن في أرض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة الخبيث فكان سبيله التصديق (ومنها) ان أجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الارض لان المزارعة عقد اجارة والاجارة الفاسدة لا تلحق بالاجارة الحقيقية الاستعمال ولا تلحق بالتخلية لانعدام التخلية فيها حقيقة اذ هي عبارة عن رفع الموانع والتمكن من الانتفاع حقيقة وشرعا ولم يوجد بخلاف الاجارة الصحيحة على ما عرف في الاجازات (ومنها) ان أجر المثل يجب في المزارعة الفاسدة وان لم يخرج الارض شيئا بعد ان استعملها المزارع وفي المزارعة الصحيحة اذ لم يخرج شيئا لا يجب شيئا لواحد منهما وقد مر الفرق فيما تقدم (ومنها) ان أجر المثل في المزارعة الفاسدة يجب بمقدار المسمى عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا اذا كانت الاجارة وهو حصصة كل واحد منهما ماسة في العقد فان لم يكن يجب أجر المثل تاما بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله ان الاصل في الاجارة وجوب أجر المثل لانها عقد معاوضة وهو تملك المنفعة بعوض ومبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين وذلك في وجوب أجر المثل لانه المثل الممكن في الباب اذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة الا ان فيه ضرب جهالة وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد فلا بد من تسمية البديل تصحيحا للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع أيضا فاذا لم يصح العقد لقوات شرط من شرائطه وجب المصير الى البديل الاصل للمنافع وهو أجر المثل ولهذا اذا لم يسم البديل أصلا في العقد وجب أجر المثل بالغاما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان الاصل ما قاله محمد وهو وجوب أجر المثل بدلا عن المنافع قيمة لها لانه هو المثل بالقدر الممكن لكن مقدرا بالمسمى لانه كما يجب اعتبار المماثلة في البديل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن يجب اعتبار التسمية بالقدر الممكن لان اعتبار تصرف العاقل واجب ما أمكن وأمكن ذلك بتقدير أجر المثل بالمسمى لان المستأجر ماضى بالزيادة على المسمى والا أجر ماضى بالتقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير أجر المثل به عملا بالدليلين ورعاية للجانبين بالقدر الممكن فكان أولى بخلاف ما اذا لم يكن البديل مسمى في العقد لان البديل اذا لم يكن مسمى أصلا لا حاجة الى اعتبار التسمية فوجب اعتبار أجر المثل فهو الفرق

فصل وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فأنواع بعضها يرجع الى صاحب الارض وبعضها يرجع الى المزارع (أما) الاول الذي يرجع الى صاحب الارض فهو الدين القادح الذي لا قضاء له الا من ثمن هذه الارض تباع في الدين ويفسخ العقد بهذا العذر اذا أمكن الفسخ بان كان قبل الزراعة أو بعدها اذا ادرك الزرع وبلغ مبلغ الحصاد لانه لا يمكنه المضى في العقد الا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضى الارض بدينه أولا ثم يفسخ المزارعة ولا تنفسخ بنفس العذر وان لم يمكن الفسخ بان كان الزرع لم يدرك ولم يبلغ مبلغ الحصاد لا يباع في الدين ولا يفسخ الى أن يدرك الزرع لان في البيع ابطال حق العامل وفي الانتظار الى وقت الادراك تأخير حق صاحب الدين

وفيه رعاية الجانبين فكان أولى ويطلق من الحبس ان كان محبوسا الى غاية الادراك لان الحبس جزاء الظلم وهو المثل وانه غير مماطل قبل الادراك لكونه ممنوعا عن بيع الارض شرعا والممنوع معذور فاذا أدرك الزرع برد الى الحبس ثانيا لبيع أرضه ويؤدي دينه بنفسه والا فيبيع القاضي عليه (وأما) الثاني الذي يرجع الى المزارع فنحو المرض لانه معجز عن العمل والسفر لانه يحتاج اليه وترك حرفة الى حرفة لان من الحرف ما لا يغني عن جوع فيحتاج الى الانتقال الى غيره وما نفع يمنعه من العمل على ما عرف في كتاب الاجارة

فصل ﴿ وأما الذي ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأشأنه (منها) الفسخ وهو نوعان صريح ودلالة فالصريح أن يكون بلفظ الفسخ والاقالة لان المزارعة مشتملة على الاجارة والشركة وكل واحد منهما قابل للصريح والفسخ والاقالة وأما الدلالة فنوعان الاول امتناع صاحب البذر عن المضى في العقد بان قال لأريد مزارعة الارض ينفسخ العقد لما ذكرنا ان العقد غير لازم في حقه فكان بسبيل من الامتناع عن المضى فيه من غير عذر ويكون ذلك فسخا منه دلالة والثاني حجر المولى على العبد المأذون بعد ما دفع الارض والبذر مزارعة وبيان ذلك ان العبد المأذون اذا دفع الارض والبذر مزارعة فحجره المولى قبل المزارعة ينفسخ العقد حتى يملك منع المزارع عن المزارعة لان العقد يقع لازما من جهة العبد لانه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر ولو كان البذر من جهة المزارع لا ينفسخ العقد حتى لا يملك المولى ولا العبد منع المزارع عن المزارعة لان العقد لازم من قبل صاحب البذر ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه بالحجر أيضا هذا اذا دفع الارض مزارعة فاما اذا أخذها مزارعة فان كان البذر من قبله انفسخ العقد لانه اذا حجر عليه فقد عجز عن العمل وانه يوجب انفساخ العقد لقوات العقود عليه وان كان البذر والارض من قبل صاحب البذر لا ينفسخ العقد بالحجر لانه بالحجر لم يعجز عن العمل الا أن للمولى منعه عن العمل لما فيه من اتلاف مملكته وهو البذر فله أن يفسخ ما لا ينفسخ بالحجر هذا اذا حجر على العبد المأذون فاما اذا لم يحجر عليه ولكن نهاه عن الزراعة أو فسخ العقد بعد الزراعة أو نهى قبل ذلك الا أنه لم يحجر عليه فالنهى باطل وكذلك نهى الاب الصبي المأذون قبل عقد المزارعة أو بعده لا يصح لان النهى عن الزراعة والفسخ بعدها من باب تخصيص الاذن بالتجارة والاذن بالتجارة مما لا يحتمل التخصيص (ومنها) انقضاء مدة المزارعة لانها اذا انقضت فقد انتهت العقد وهو معنى الانفساخ (ومنها) موت صاحب الارض سواء مات قبل الزراعة أو بعدها وسواء أدرك الزرع أو هو بقل لان العقد أفاد الحكم له دون وارثه لانه عاقد لنفسه والاصل أن من عقد لنفسه بطريق الاصل فحكم تصرفه يقع له لا لغيره الا ضرورة (ومنها) موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حدا الحصاد أو لم يبلغ لما ذكرنا

فصل ﴿ وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة فنقول والله التوفيق لا يخلو من وجهين اما ان انفسخت قبل الزراعة أو بعدها فان انفسخت قبل الزراعة فلا شيء للعامل وان كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسنجات بأي طريق انفسخ سواء انفسخ بصريح الفسخ أو بدليله أو بانقضاء المدة أو بموت أحد المتعاقدين لان الفسخ يظهر أثره في المستقبل بانتهاء حكمه لا في الماضي فلا يتبين أن العقد لم يكن صحيحا والواجب في العقد الصحيح المسمى وهو بمض الخراج ولم يوجد فلا شيء وقيل هذا جواب الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى عليه أن يرضى العامل فيما اذا امتنع عن المضى في العقد قبل الزراعة ولا يحل له الامتناع شرعا فانه يشبه التعزير وانه حرام وان انفسخت بعد الزراعة فان كان الزرع قد أدرك وبلغ الحصاد فالحصاد والخارج بينهما على الشرط وان كان لم يدرك فكذا الجواب في صريح الفسخ ودليله وانقضاء المدة لان الزرع بينهما على الشرط والعمل فيما بقي الى وقت الحصاد عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض (أما) الزرع بينهما على الشرط فلما مر ان انفساخ العقد يظهر أثره في المستقبل لا في الماضي فبقى الزرع بينهما على ما كان قبل الانفساخ (وأما) العمل فيما بقي الى وقت الحصاد

عليهما لانه عمل في مال مشترك لم يشترط العمل فيه على أحدهما فيكون عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الأرض لصاحب الأرض لأن العقد قد انفسخ وفي القلع ضرر بالمزارع وفي الترك بغير أجر ضرر بصاحب الأرض فكان الترك بأجر المثل نظرا من الجانبين بخلاف ما إذا مات صاحب الأرض والمزارع بقل ان العمل يكون على المزارع خاصة لأن هناك انفسخ العقد حقيقة لوجود سبب انفساخ وهو الموت الا اننا بقينا قدسيرا دفعا للضرر عن المزارع لانه لو انفسخ لثبت لصاحب الأرض حق القلع وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذرا في بقاء العقد تقديرًا إذا بقي العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت وهذا لا يتضح فان اتفق أحدهما من غير إذن صاحبه ومن غير أمر القاضي فهو متطوع ولو أراد صاحب الأرض أن يأخذ الزرع بقلًا لم يكن له ذلك لأن فيه ضررًا بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلًا فصاحب الأرض بين خيارين ثلاث أن شاء قلع الزرع فيكون بينهما وإن شاء أعطى المزارع قيمة نصيبه من الزرع وإن شاء اتفق هو على الزرع من ماله ثم يرجع على المزارع بحصته لأن فيه رعاية الجانبين (وأما) في موت أحد المتعاقدين أما إذا مات رب الأرض بعد ما دفع الأرض مزراعة ثلاث سنين ونبت الزرع وصار بقلًا ترك الأرض في يدي المزارع إلى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لأن في الترك إلى وقت الحصاد نظرا من الجانبين وفي القلع اضرارًا بأحدهما وهو المزارع ويكون العمل على المزارع خاصة لبقاء العقد تقديرًا في هذه السنة في هذا الزرع وإن مات المزارع والزرع بقل فقال ورثته نحن نعمل على شرط المزارعة وأبى ذلك صاحب الأرض فلا امر إلى ورثة المزارع لأن في القلع ضررًا بالورثة ولا ضرر بصاحب الأرض في الترك إلى وقت الادراك وإذا ترك لأجر للورثة فيما يعملون لأنهم يعملون على حكم عقد أبيهم تقديرًا فكأنه يعمل أبوم وإن أراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل لأن العقد ينفسخ حقيقة الا اننا بقينا باختيارهم نظرا لهم فان امتنعوا عن العمل بقي الزرع مشتركًا فاما أن يقسم بينهم بالحصص أو يعطيهم صاحب الأرض قدر حصصهم من الزرع البقل أو ينق من مال نفسه إلى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصصهم لأن فيه رعاية الجانبين والله تعالى أعلم

﴿ كتاب المعاملة ﴾

وقد يسمى كتاب المساقاة والكلام في هذا الكتاب في المواضع التي ذكرناها في المزارعة أما معنى المعاملة لغة فهو مفاعلة من العمل وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج مع سائر شرائط الجواز وأما شرعيتها فقد اختلف العلماء فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله مشروعة واحتجوا بحديث خبيرانه عليه الصلاة والسلام دفع نخيلهم بمعاملة ولا بى حنيفة رحمه الله أن هذا استعجار ببعض الخارج وأنه منهي عنه على ما ذكرنا في كتاب المزارعة وقد مر الجواب عن الاستدلال بحديث خبير فلا تعيده (وأما) ركنها فهو الإيجاب والقبول على نحو ما ذكرنا فيما تقدم من غير تفاوت وأما الشرائط المصححة لها على قول من يحذفها فذكرنا في كتاب المزارعة (منها) أن يكون العاقدان عاقلين فلا يجوز عقد من لا يعقل فأما البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية على نحو ما مر في كتاب المزارعة (ومنها) أن لا يكونا مرتدين في قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المعاملة حتى لو كان أحدهما مرتدا وقت المعاملة ثم ان كان المرتد هو الدافع فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وإن قتل أو مات أو لحق فالخارج كله للدافع لانه نماء ملكه وللاخر أجر المثل إذا عمل وعندهما الخارج بين العامل المسلم وبين ورثة الدافع على الشرط في الحالين كما إذا كانا مسلمين وإن كان المرتد هو العامل فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وإن قتل أو مات على الردة أو لحق فالخارج بين الدافع المسلم وبين ورثة العامل المرتد على الشرط بالإجماع لما مر في المزارعة هذا إذا كانت المعاملة بين مسلم ومرتد فأما إذا كانت بين مسلمين ثم ارتد أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط لما مر في كتاب المزارعة ويجوز معاملة المرتد دفعا واحداً

بالاجماع (ومنها) أن يكون المدفوع من الشجر الذي فيه ثمرة معاملة فيما يز يدثره بالعمل فان كان المدفوع نخلا فيه طلع أو بسر قد احمر أو اخضر إلا أنه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وان كان قد تنهى عظمه إلا أنه لم يربط بالمعاملة فاسدة لانه اذا تنهى عظمه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة فلم يوجد العمل المشروط عليه فلا يستحق الخارج بل يكون كله لصاحب النخل (ومنها) أن يكون الخارج لهما فلو شرط أن يكون لاحدهما فسدت لماعلم (ومنها) أن تكون حصة كل واحد منهما من بعض الخارج مشاعا معلوم القدر لماعلم (ومنها) أن يكون محل العمل وهو الشجر معلوما وبيان هذه الجملة في كتاب المزارعة (ومنها) التسليم الى العامل وهو التخلية حتى لو شرط العمل عليهما فسدت لانعدام التخلية فأما بيان المدة فليس بشرط لجواز المعاملة استحسانا ويقع على أول ثمرة تنخرج في أول السنة بخلاف المزارعة والقياس أن يكون شرطا لان ترك البيان يؤدي الى الجهالة كما في المزارعة لانه ترك القياس لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ولم يوجد ذلك في المزارعة حتى انه لو وجد التعامل به في موضع يجوز من غير بيان المدة وبه كان يفتى محمد بن مسلمة على ما مر في المزارعة ولو دفع أرضا ليزرع فيها الرطاب أو دفع أرضا فيها أصول رطبة ثابتة ولم يسم المدة فان كان شيئا ليس لا ابتداء نباته ولا لا انتهاء جذه وقت معلوم فالمعاملة فاسدة وان كان وقت جذه معلوما يجوز ويقع على الجذة الاولى كما في الشجرة المثمرة

فصل وأما الشرائط المفسدة للمعاملة فأشنع دخل بعضها في الشرائط المصححة للعقد لان ما كان وجوده شرطا للصحة كان انعدامه شرطا للافساد (منها) شرط كون الخارج كله لاحدهما (ومنها) شرط أن يكون لاحدهما قفزان مسماة (ومنها) شرط العمل على صاحب الارض (ومنها) شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل لما ذكرنا في كتاب المزارعة (ومنها) شرط الجذاذ والقطاف على العامل بخلاف لانه ليس من المعاملة في شيء ولا انعدام التعامل به أيضا فكان من باب مؤنة الملك والملك مشترك بينهما فكانت مؤنته عليهما على قدر ما كيهما (ومنها) شرط عمل تبقى منفعة بعد انقضاء مدة المعاملة نحو السرقية ونصب العرايش وغرس الاشجار وتقليم الارض وما أشبه ذلك لانه لا يقتضيه العقد ولا هو من ضرورات العقود عليه ومقاصده (ومنها) شركة العامل فيما يعمل فيه لان العامل أجير رب الارض واستئجار الانسان للعمل في شيء هو فيه شريك المستأجر لا يجوز حتى ان النخل لو كان بين رجلين فدفعه أحدهما الى صاحبه معاملة مدة معلومة على أن الخارج بينهما أثلاث ثلثا للشريك العامل وثلثا للشريك الساكت فالمعاملة فاسدة والخارج بينهما على قدر الملك ولا أجر للعامل على شريكه لما مر أن في المعاملة معنى الاجارة ولا يجوز الاستئجار لعمل فيه الاجير شريك المستأجر واذا عمل لا يستحق الاجر على شريكه لما عرف في الاجارات ولا يشبه هذا المزارعة لان الارض اذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما الى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج انه تجوز المزارعة لان هناك لم يتحقق الاستئجار للعمل في شيء الاجير فيه شريك المستأجر لانعدام الشركة في البذر وهنا تحقق لبثت الشركة في النخل فهو الفرق ولا يتصدق واحد منهما بشيء من الخارج لانه خالص ماله لكونه نماء ملكه ولو شرط أن يكون الخارج لهما على قدر ملكيهما جازت المعاملة لان استحقاق كل واحد منهما أعني من الشريكين لكونه نماء ملكه لا بالعمل بل العامل منهما معين لصاحبه في العمل من غير عوض فلم يتحقق الاستئجار ولو أمر الشريك الساكت الشريك العامل أن يشتري ما يلحق به النخل فاشتراه رجوع عليه بنصف ثمنه لانه اشترى مالا متقوما على الشركة بامره فيرجع عليه وسواء كان العامل في عقد المعاملة واحدا أو أكثر حتى لو دفع رجل نخله الى رجلين معاملة بالنصف أو بالثلث جاز وسواء سوى بينهما في الاستحقاق أو جعل لاحدهما فضلا لان كل واحد منهما أجير صاحب الارض فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط فيقتدر بقدر الشرط ولو شرط لاحد العاملين مائة درهم على رب الارض والاخر ثلث الخارج ولرب الارض الثلثان جاز لان الواجب لكل واحد منهما أجره مشروطة فيجب على حسب ما يقتضيه الشرط ولو

شرط لصاحب النخل الثلث ولا أحد العاملين الثلثين وللاخر أجر مائة درهم على العامل الذي شرط له الثلثان فهو فاسد ولا يشبه هذا المزارعة ان من دفع الارض مزارعة على ان لرب الارض الثلث وللزارع الثلثان على أن يعمل فلان معه ثلث الخارج ان المزارعة جائزة بين رب الارض والمزارع فاسدة في حق الثالث لان المعاملة استعجار العامل والاجرة تجب على المستأجر دون الاجير بمقابلة العمل والعمل للمستأجر فكانت الاجرة عليه فاذا اشترطها على الاجير فقد استأجره ليعمل له على أن تكون الاجرة على غيره ولا سبيل اليه ففسد العقد وهذا هو الموجب للفساد في حق الثالث في باب المزارعة لانه صرح فيما بين صاحب الارض والمزارع لانه جعل بمنزلة عقدين ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر وهذا مع هذا التكلف غير واضح ويتضح ان شاء الله تعالى

فصل وأما حكم المعاملة الصحيحة عند مجزها فأنواع (منها) ان كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج اليه الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان من السقي واصلاح النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل لانها من توابع العقود عليه فيتناولها العقد وكما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والارض من السرقة وتقليب الارض التي فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو ذلك فعليهما على قدر حقيقتيهما لان العقد يتناولها لا مقصودا ولا ضرورة وكذلك الجذاذ والقطاف لان ذلك يكون بعد انتهاء العمل فلا يكون من حكم عقد المعاملة (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط لما مر (ومنها) أنه اذا لم يخرج الشجر شيئا فلا شيء لواحدهما بخلاف المزارعة الفاسدة لما مر من الفرق في كتاب المزارعة (ومنها) ان هذا العقد لازم من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه الا من عذر بخلاف المزارعة فانها غير لازمة في جانب صاحب البذر وقد مر الفرق (ومنها) ولاية جبر العامل على العمل الا من عذر على ما قدمناه (ومنها) جواز الزيادة على الشرط والخط عنه وانعدام الجواز والاصل فيه ما مر في كتاب المزارعة ان كل موضع احتمل انشاء العقد احتمل الزيادة والا فلا والخط جائز في الموضعين أصله بالزيادة في الثمن والمثلن فاذا دفع نخلا بالنصف معاملة فخرج الثمران لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان لان الانشاء للعقد في هذه الحالة جائز فكانت الزيادة جائزة ولو تناهى عظم البسر جازت الزيادة من العامل لرب الارض شيئا ولا تجوز الزيادة من رب الارض للعامل شيئا لان هذه زيادة في الاجرة لان العامل أجير والحمل لا يحتمل الزيادة ألا ترى انه لا يحتمل الانشاء والاول حط من الاجرة واحتمال الانشاء ليس بشرط لصحة الخط (ومنها) ان العامل لا يملك أن يدفع الى غيره معاملة الا اذا قال له رب الارض اعمل فيه برأيك لان الدفع الى غيره اثبات الشركة في مال غيره بغير اذنه فلا يصح واذا قال له اعمل فيه برأيك فقد أذن له فصيح ولو لم يقل له اعمل برأيك فيه فدفع العامل الى رجل آخر معاملة فعمل فيه فأخرج فهو لصاحب النخل ولا أجر للعامل الاول ولان استحقاقه بالشرط وهو شرط العمل ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره أيضا لان عقده معه لم يصح فلم يكن عمله مضافا اليه وله على العامل الاول أجر مثل عمله يوم عمل لانه عمل له بأمره فاستحق أجر المثل ولو هلك الثمر في يد العامل الاخير من غير عمله وهو في رأس النخل فلا ضمان على واحد منهما الا نعدام العصب من واحد منهما وهو تقويت يد المالك ولو هلك من عمله في أمر خالف فيه أمر العامل الاول فالضمان لصاحب النخل على العامل الاخر دون الاول لان الخلاف قطع نسبة عمله اليه فبقى متلفا على المالك ماله فكان الضمان عليه ولو هلك في يده من عمله في أمر لم يخالف فيه أمر العامل الاول فلصاحب النخل أن يضمن أيهما شاء لانه اذا لم يوجد منه بخلاف بقي عمله مضافا اليه كأنه عمل لنفسه فكان له أن يضمنه وله أن يضمن الثاني لانه في معنى غاصب الغاصب فان اختار تضمين الاول لم يرجع على الآخر بشيء لانه عمل بأمر الاول فلورجع عليه لرجوعه عليه أيضا فلا يفيد وان اختار تضمين الآخر يرجع على الاول لانه غره في هذا العقد فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان السلامة هذا اذا لم يقل له اعمل فيه برأيك فاما اذا قال وشرط النصف فدفعه الى رجل آخر بثلث

الخارج فهو جائز لما ذكرنا وما خرج من الثمر فنصفه لرب النخل والسدس للعامل الاول لان شرط الثلث يرجع الى نصيبه خاصة لان العمل واجب عليه فبقى له السدس ضرورة وذكر محمد رحمه الله في الاصل انه اذا لم يقل اعمل فيه برأيك وشرط له شيئاً معلوماً وشرط الاول للثاني مثل ذلك فهما فاسدان ولا ضمان على العامل الاول

﴿فصل﴾ وأما حكم المعاملة الفاسدة فانواع ذكرناها في المزارعة منها أنه لا يجبر العامل على العمل لان الجبر على العمل بحكم العقد ولم يصح ومنها أن الخارج كله لصاحب الارض لان استحقاق الخارج لكونه نماء ملكه واستحقاق العامل بالشرط ولم يصح فيكون لصاحب الملك ولا يتصدق بشئ منه لانه حصل عن خالص ملكه ومنها أن أجر المثل لا يجب في المعاملة الفاسدة ما لم يوجد العمل لما ذكرنا في المزارعة ومنها أن وجوب أجر المثل فيها لا يقف على الخارج بل يجب وان لم يخرج الشجر شيئاً بخلاف المعاملة الصحيحة وقد ذكرنا الفرق في كتاب المزارعة ومنها أن أجر المثل فيها يجب مقدراً بالمسمى لا يتجاوز عنه عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاماً وهذا الاختلاف فيما اذا كانت حصة كل واحد منهما مسماة في العقد فان لم تكن مسماة في العقد يجب أجر المثل تاماً بلا خلاف وقد مرّت المسئلة في كتاب المزارعة

﴿فصل﴾ وأما المعاني التي هي عذر في فسخها فاذ ذكرنا في كتاب المزارعة ومن الاعذار التي في جانب العامل ان يكون سارقاً معروفاً بالسرقة فيخاف الثمر والسعف

﴿فصل﴾ وأما الذي ينفسخ به عقد المعاملة فانواع منها صريح الفسخ ومنها الاقالة ومنها انقضاء المدة ومنها موت المتعاقدين وقد مر في كتاب المزارعة

﴿فصل﴾ وأما حكم المعاملة المنفسخة فعلى نحو حكم المزارعة المنفسخة والله تعالى أعلم

كتاب الشرب

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى الشرب لغة وشرعاً وفي بيان أنواع المياه وفي بيان حكم كل نوع منها أما الاول فالشرب في اللغة عبارة عن الحظ والنصيب من الماء قال الله تعالى عز شأنه قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وفي الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالايام لان الله سبحانه وتعالى عز اسمه أخبر عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام قبل ذلك ولم يعقبه بالنفسخ فصارت شريعة لنا مبتدأة وبها استدل محمد رحمه الله في كتاب الشرب لجواز قسمة الشرب بالايام وفي عرف الشرع عبارة عن حق الشرب والسقي وأما بيان أنواع المياه فنقول المياه أربعة أنواع الاول الماء الذي يكون في الاواني والظروف والثاني الماء الذي يكون في الآبار والحياض والعيون والثالث ماء الانهار الصغار التي تكون لاقوام مخصوصين والرابع ماء الانهار العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات ونحوها أما بيان حكم كل نوع منها على القسمة أما الاول فهو مملوك لصاحبه لا حق لاحد فيه لان الماء وان كان مباحاً في الاصل لكن المباح ملك بالاستيلاء اذا لم يكن مملوكاً لغيره كما اذا استولى على الحطب والحشيش والصيد فيجوز بيعه كما يجوز بيع هذه الاشياء وكذا السقاؤون يبيعون المياه المحروزة في الظروف بهجرت العادة في الامصار وفي سائر الاعصار من غير تكبير فلم يحل لاحد أن يأخذ منه فيشرب من غير إذنه ولو خاف الهلاك على نفسه من العطش فسأله فتمعه فان لم يكن عنده فضل فليس له أن يقاتله أصلاً لان هذا دفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره لا بقصد اهلاكه وهذا لا يجوز وان كان عنده فضل ماء عن حاجته فلم يمنع أن يقاتله ليأخذ منه الفضل لكن بما دون السلاح كما اذا أصابه بخنصره وعند صاحبه فضل طعام فسأله فتمعه وهو لا يجد غيره وأما الثاني الماء الذي يكون في الحياض والآبار والعيون فليس بمملوك لصاحبه بل هو مباح في نفسه سواء كان في أرض مباحة أو مملوكة لكن له حق خاص فيه لان الماء في الاصل خلق مباحاً للقول النبي عليه

الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار والشركة العامة تقتضي الاباحة الا أنه اذا جعل في اناه وأحرزه به فقد استولى عليه وهو غير مملوك لاحد فيصير مملوكا للمستولى كما في سائر المباحات الغير المملوكة واذا لم يوجد ذلك بقي على أصل الاباحة الثابتة بالشرع فلا يجوز بيعه لان محل البيع هو المال المملوك وليس له أن يمنع الناس من الشفة وهو الشرب بانفسهم وسقى دوابهم منه لانه مباح لهم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن منع نبع البئر وهو فضل ماؤها الذي يخرج منها فلهم ان يسقوا منها لشعاهم ودوابهم فاما لزروعهم وأشجارهم فله ان يمنع ذلك لما في الاطلاق من ابطال حقه أصلاً الا اذا كان ذلك في أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم عن الدخول في أرضه اذا لم يضطروا اليه بان وجدوا غيره لان الدخول اضرار به من غير ضرورة فله ان يدفع الضرر عن نفسه وان لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يقال له اما ان تأذن بالدخول واما ان تعطى بنفسك فان لم يعطهم ومنعهم من الدخول لم ان يقاتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما يدفع به الهلاك عنهم والاصل فيه ما روى أن قوما وردوا ماء ففسأوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا وسألوهم أن يعطوهم دلو فأبوا فقالوا لهم أن أعناقنا وأعناق مطائنا كادت تقطع فأبوا فذلك لسيدنا عمر رضي الله عنه فقال هلا وضعت فيهم السلاح بخلاف الماء المحرز في الاواني والطعام حالة المحض لان الماء هناك مملوك لصاحبه وكذا الطعام فلا بد من مراعاة حرمة الملك لحرمة القتال بالسلاح ولا ملك هناك بل هو على الاباحة الاصلية على ما بينا فاذا منعه أحد ماله حق أخذه قاتله بالسلاح كما اذا منعه ماله المملوك وأما الثالث الماء الذي يكون في الانهار التي تكون لا قوام مخصوصين فيتعلق به أحكام بعضها يرجع الى نفس الماء وبعضها يرجع الى الشرب وبعضها يرجع الى النهر أما الذي يرجع الى نفس الماء فهو انه غير مملوك لاحد لما ذكرنا أن الماء خلق مباح الاصل بالنص وانما يأخذ حكم الملك بالاحراز بالاواني فلا يجوز بيعه لعدم الملك ولو قال اسقني يوما من نهرك على ان أسقيك يوما من نهر كذا لا يجوز لان هذا مبادلة الماء بالماء فيكون بيعاً وأجارة الشرب بالشرب وكل ذلك لا يجوز ولا يجوز اجارته لان الاجارة تملك المنفعة لا تملك العين بمنافعها ليست بمملوكة ولو استأجر حوضاً أو بئر ليسقى منه ماء لا يجوز لان هذا استئجار الماء وكذا لو استأجر النهر ليعيد منه السمك لان هذا استئجار السمك وكذا لو استأجر أجرة ليحطب لان هذا استئجار الحطب والاعيان لا تتحمل الاجارة وليس لصاحب النهر أن يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب وله أن يمنع من سقى الزرع والأشجار لان له فيه حقاً خاصاً وفي اطلاق السقي ابطال حقه لان كل احد يتبادر اليه فيسقى منه زرعاً وأشجاره فيبطل حقه أصلاً ولو أذن بالسقي والنهر خاص له جازلانه أبطل حق نفسه وأما الذي يرجع الى الشرب فهو أنه لا يجوز بيعه منفرداً بأن باع شرب يوم أو أكثر لانه عبارة عن حق الشرب والسقي والحقوق لا تتحمل الا افراد بالبيع والشراء ولو اشترى به داراً وعبداً وقبضهما لزمه رد الدار والعبد لانه مقبوض بحكم عقد فاسد فكان واجب الرد كما في سائر البياعات الفاسدة ولا شيء على البائع بما انتفع به من الشرب ولو باع الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض ويجوز ان يجعل الشيء تبعاً لغيره وان كان لا يجعله مقصوداً بنفسه كاطراف الحيوان ولا يدخل الشرب في بيع الارض الا بالتسمية صريحاً أو بذكر ما يدل عليه بان يقول بعثا بحقوقها أو بمراقبها أو كل قليل وكثير هو لها داخل فيها وخارج عنها من حقوقها فان لم يذكر شيئاً من ذلك لا يدخل لان اسم الارض بصيغته وحروفه لا يدل على الشرب ولا تجوز اجارته منفرداً لان الحقوق لا تتحمل الاجارة على الافراد كما لا تتحمل البيع وكذا الوجه له أجرة في اجارة الدار والعبد ونحو ذلك لا يجوز لان الاجرة في باب الاجارة كالنم في باب البيع وانه لا يصلح ثمن في البياعات فلا يصلح أجرة في الاجارات ولو انتفع بالدار والعبد لزمه أجر مثله لانه استوفى منفعة المعقود عليه عقد فاسد أفيلزمه أجرة المثل كما في سائر الاجارات الفاسدة ولو استأجر الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض كما في البيع على ما ذكرنا ولو استأجر أرضاً ولم يذكر الشرب والمسيل أصلاً فليقاس أن لا يكون الشرب والمسيل كما في البيع وفي الاستحسان كانه لا يدخل تحت

اجارة الارض من غير تسمية نصا لوجودها دلالة لان الاجارة تملك المنفعة بعوض ولا يمكن الا تنافع بالارض بدون الشرب فيصير الشرب مذكورا بذكر الارض دلالة بخلاف البيع لان البيع تملك العين والعين تحتل الملك بدونه ولا يجوز هبته والتصدق به لان كل واحد منهما تملك والحقوق المفردة لا تحتل التملك ولا يجوز الصلح عليه بان صلح من دعوى على شرب سواء كان دعوى المال أو الحق من القصاص في النفس وما دونه لان الصلح في معنى البيع الا أنه يسقط القصاص ويكون الصلح كأنه على العفول اذ كرهنا في كتاب الصلح ولان صورة الصلح أورثت شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهات وتجب على القاتل والجراح الدية وارش الجنانية ولا تصح تسميته في باب النكاح بان تزوج امرأة عليه وعلى الزوج المثل لان النكاح تصرف تملك وأنه لا يحتل التملك واذا لم تصح التسمية يجب العوض الاصل وهو مهر المثل ولا تصح تسميته في الخلع بان اختلعت المرأة من نفسها عليه وعليها رد المأخوذ من المهر لان تسميته في مرض التملك ان لم يصح فهو مال لكونه مرغوبا فيه فن حيث انه لم يحتل التملك لم يصلح بدل الخلع ومن حيث هو مال مرغوب فيه في نفسه لم يبطل ذلك أصلا فيظهر في وجوب رد المأخوذ وهذا أصلي في باب الخلع محفوظ أنه شيء تعذر تسليم البدل المذكور وهو مال مرغوب في نفسه يجب عليها رد المأخوذ من المهر ومورثه لان الارث لا يقف على الملك لا محالة بل ثبت في حق المال كما ثبت في الملك كخيار العيب ونحو ذلك ويوصى به حتى لو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية وتعتبر من الثلث لان الوصية وان كان تملكها لكنها تملك بعد الموت ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال وإنما يملك بعد الموت فاشبه الميراث فاذا احتمل الارث احتمل الوصية التي هي أخت الميراث واذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا تصير ميراثا لورثة الموصى له لان الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي وشبه الخدمة ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثا فكذلك الوصية بالشرب ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح لانه لم يحتل التملك بالتصدق استوى فيه الحال والاضافة الى ما بعد الموت بالوصية ويسقى كل واحد من الشركاء على قدر شربه ولو اختلفا في قدر الشرب ولا يئنه لاحد من الشرب فيكون الشرب بينهم على قدر اراضيهم ولا يعتبر عدد الرؤس بخلاف الجماعة اذا اختلفوا في طريق مشترك بينهم أنه لا تحكم فيه بقعة الدار بل يعتبر فيه عدد الرؤس وإنما كان كذلك لاختلاف المقصود اذا المقصود من الشرب السقي والسقي يختلف باختلاف الاراضي والمقصود من الطريق هو المرور وأنه لا يختلف باختلاف الدور ولو كان الاعلى منهم لا يشرب مالم يسكر النهر عن الاسفل بان كانت أرضه روبة لم يكن له ذلك ولكن يشرب بحصته لان في سكر النهر حتى يشرب الاعلى منع الاسفل من الشرب وهذا لا يجوز الا اذا تراضيا على أن يسكر كل في نوبته فيجوز ولو أراد أحد الشركاء أن ينصب على النهر المشترك رحي أو دالية أو سانية نظره فان كان لا يضر بالشرب والنهر وكان موضع البناء أرض صاحبه والا فلا لان رقة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة وحق الكل متعلق بالماء ولا سبيل الى التصرف في الملك المشترك والحق المشترك الارضا الشركاء وأما الذي يرجع الى النهر فلا يصل فيه أن النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقيين سواء أضر بهم التصرف أولا لان رقة النهر مملوكة لهم وحرمة التصرف في المملوك لا تقف على الاضرار بالمالك حتى لو أراد واحد من الشركاء أن يحفر نهر أصغر من النهر المشترك فيسوق الماء الى أرض أحيائها ليس لها منه شرب ليس له ذلك الا برضاهم لان الحفر تصرف في محل مملوك على الشركة من غير رضاهم فيمنع عنه وكذلك لو كان هذا النهر يأخذ الماء من النهر العظيم فأراد واحدا أن يزيد فيها كوة من غير رضا الشركاء ليس له ذلك وان كان ذلك لا يضرهم لان ذلك تصرفهم في النهر باجراء زيادة ماء فيه من غير رضاهم فيمنع عنه ولو أراد أن ينصب عليه رحي فان كان موضع البناء مملوكا له والماء يدير الرحي على سببه له ذلك وان كان موضع البناء مشتركاً وتقع الحاجة الى تعريج الماء ثم الاعادة ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير

وصول حقهم اليهم بالتعريج كما اذا حفر نهر في أرضه وأراد أن يرج الماء اليه ثم يعيده الى النهر وكذلك لو أراد
 أحدهم أن ينصب دالية أو سانية فهو على هذا التفصيل وليس لأحدهم أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم
 لأن القنطرة تصرف في حافتي النهر وفي هواه وكل ذلك مشترك ولو كان النهر بين شريكين له خمس كوى من النهر
 الا اعظم ولا حد الشر يكتن في أرض في أعلى النهر ولا آخر أرض في أسفله فأراد صاحب الاعلى أن يسد شيئا من تلك
 الكوى لما يدخل من الضر في أرضه ليس له ذلك الا برضا شريكه لانه يتضرر به شريكه فلا يجوز له دفع الضر
 عن نفسه باضرار غيره وان أراد أن يتهايا حتى يسد في حصته ما شاء لم يكن له ذلك الا برضا الشريك لما قلنا وان
 تراضيا على ذلك زمانا ثم بدد صاحب الاسفل أن ينقض فله ذلك لان المراضاة على ما لا يحتمل التملك تكون
 مباحة وانها غير لازمة ولو كان النهر بين رجلين له كوى فأضاف رجل أحجبى اليها كوة وحفر نهر آمنه الى أرضه
 برضا منهما ومضى على ذلك زمان ثم بدد الا جدهما أن ينقض فله ذلك لان العارية لا تكون لازمة وكذلك لو مات
 لورثتهما أن ينقضوا ذلك لما قلنا ولو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الاعظم ولكل رجل نهر من هذا النهر
 فمنهم من له كوتان ومنهم من له ثلاث كوى فقال صاحب الاسفل لصاحب الاعلى انكم تأخذون أكثر من نصيبكم
 لان دفعة الماء وكثرته في أول النهر ولا يأتينا الا وهو قليل فأرادوا المباحة بأما معلومة فليس لهم ذلك ويترك الماء
 والنهر على خاله لان ملكهم في رقبة النهر لا في نفس الماء ولو أراد واحد منهم أن يوسع كوة نهره لم يكن له ذلك لانه
 يدخل فيها الماء زائدا على حقه فلا يملك ذلك ولو حفر في أسفل النهر جاز ولو زاد في عرضه لا يجوز لان الكوى
 من حقوق النهر فيملكه ملك النهر بخلاف الزيادة في العرض ولو كان نهر يأخذ الماء من النهر الاعظم بين قوم
 تخافوا أن ينبثق فأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم عن ذلك فان كان ضررا عما يجيرون على أن يحصنوه بالحصص وان
 لم يكن فيه ضرر عما لا يجيرون عليه لان الانتفاع متعذر عند عموم الضر فكان الجبر على التخصيص من باب دفع
 الضر عن الجماعة فجاز واذا لم يكن الضرر عما يمكن الانتفاع بالنهر فكان الجبر بالتخصيص جبرا عليه لزيادة الانتفاع
 بالنهر وهذا لا يجوز ولو كان نهر لرجل ملاصق لأرض رجل فاختلف صاحب الارض والنهر في مسنة فالمسنة
 لصاحب الارض عند أبي حنيفة رحمه الله أنه أن يغرس فيها طينه ولكن ليس له أن يهدمها وعند أبي يوسف ومحمد
 المسنة لصاحب النهر حر بما لنهره وله أن يغرس فيها ويلقى طينه ويحتاز فيها وان لم يكن ملاصقا بل كان بين النهر
 والارض حائل من حائط ونحوه كانت المسنة لصاحب النهر بالاجماع وبعض مشايخنا بنوا هذا الاختلاف على
 ان النهر هل له حریم أم لا بأن حفر رجل نهر في أرض موات باذن الامام عند أبي حنيفة لا حریم له وعندهما حریم
 (ووجهه) البناء عليه انه لما لم يكن للنهر حریم عند أبي حنيفة كان الظاهر شاهد صاحب الارض فكان القول
 قوله ولما كان له حریم عندهما كان الظاهر شاهد صاحب النهر فيكون القول قوله وبعضهم لم يصححو البناء وقالوا
 لا خلاف ان للنهر حریم في أرض الموات لان للبئر والعين حریم ما فيها بالاجماع وقد روى عليه الصلاة والسلام
 انه جعل لها حریم ما لحاجتهما الى الحفر لتعذر الانتفاع به بدون الحفر لان حاجة النهر الى الحریم كحاجة البئر والعين
 بل أشد فكان جعل الشرع للبئر والعين حریم ما جعل للنهر من طريق الاولى دل ان البناء على هذا الاصل غير
 صحيح فكان هذا خلافا مبتدأ (وجهه) قولهما انه لما كان للنهر حریم بالاتفاق كان الظاهر شاهد صاحب النهر
 فيجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه ولهذا كان القول قول صاحب البئر والعين عند الاختلاف كذا هذا
 ولا يحرى حنيفة ان المسنة اذا كانت مستوية بالارض فالظاهر انها ملك صاحب الارض اذ لو كانت حریم للنهر
 لكانت مرتفعة لكونها ملقى طينه فكان الظاهر شاهد لصاحب الارض الا أنه لا يملك هدمها لتعلق حق صاحب
 النهر بها وفي الهدم ابطاله ويجوز أن يمنع الانسان من التصرف في ملكه لتعلق حق الغير كحائط لسان عليه جذوع
 لغيره فأراد هدم الحائط يمنع منه كذا هذا ثم كرى النهر المشترك على أصحاب النهر وليس على أصحاب الشفة في الكرى

شيء لأن هذا من حقوق الملك ولا ملك لأهل الشفة في رقبة النهر بل لهم حق شرب الماء والسقي للدواب فقط
واختلف في كيفية الكرى عليهم قال أبو حنيفة عليهم أن يكرأ من أعلاه وإذا جاوزوا أرض رجل دفع عنه وكان
الكرى على من بقي وقال أبو يوسف ومحمد الكرى عليهم جميعاً من أوله إلى آخره بمحصص الشرب والاراضى حتى
أن النهر لو كان بين عشرة أنفس أراضيهما عليه لا آخر كرى فوهة النهر إلى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم
على كل واحد منهم العشر فإذا جاوزوا شرب الأول سقط عنه الكرى وكان على الباقيين على تسعة أسهم فإذا جاوزوا
شرب الثاني سقط عنه الكرى وكان على الباقيين على ثمانية أسهم هكذا وهذا عند أبي حنيفة (وأما) عندهما
فالكرى بينهم على عشرة أسهم من أعلى النهر إلى أسفله (وجهه) قول أبي حنيفة أن الكرى من حقوق الملك والملك
في الأعلى مشترك بين الكل من فوهة النهر إلى شرب أولهم فكانت مؤنته على الكل فأما بعده فلا ملك لصاحب
الأعلى فيه إنما له حق وهو حق تسييل الماء فيه فكانت مؤنته على صاحب الملك لا على صاحب الحق ولهذا كانت
مؤنة الكرى على أصحاب النهر ولا شيء على أهل الشفة لأن الملك لأصحاب النهر ولاهل الشفة حق الشرب وسقي
دوابهم وكذا كل من كان له ميل على سطح مملوك لغيره فكانت غرامته على صاحب السطح لا عليه لما قلنا (وأما)
الأنهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لأحد فيها ولا في رقبة النهر وكذا ليس لأحد حق خاص
فيها ولا في الشرب بل هو حق لعامة المسلمين فلكل أحد أن ينفع بهذه الأنهار بالشفة والسقي وشق النهر منها إلى
أرضه بأن أحيا أرضاً ميتة بأذن الإمام له أن يشق إليها نهر من هذه الأنهار وليس للإمام ولا لأحد منعه إذا لم يضر
بالنهر وكذلك أن ينصب عليه رعى ودالية وسانية إذا لم يضر بالنهر لأن هذه الأنهار لم تدخل تحت يد أحد فلا يثبت
الاختصاص بها لأحد فكان الناس فيها كلهم على السواء فكان كل واحد بسبيل من الانتفاع لكن بشرطة عدم
الضرر بالنهر كالاتفاق بطريق العامة وإن أضر بالنهر فلكل واحد من المسلمين منعه لما بينا أنه حق لعامة المسلمين
واباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر كالتصرف في الطريق الأعظم وسئل أبو يوسف عن نهر مرو وهو
نهر عظيم أحيا رجل أرضاً كانت مواتاً ففقر لها نهر فوق مرو من موضع ليس يملكه أحد فساق الماء إليها من ذلك
النهر فقال أبو يوسف إن كان يدخل على أهل مرو ضرر في مائهم ليس له ذلك وإن كان لا يضرهم فله ذلك وليس لهم أن
يمنعوا ما قلنا وسئل أيضاً إذا كان لرجل من هذا النهر كوى معروفه هل له أن يزيد فيها فقال إن زاد في ملكه وذلك
لا يضر بأهل النهر فله ذلك ولو كان نهر خاص لقوم يأخذ الماء من هذا النهر فأراد واحد منهم أن يزيد كوة لم يكن له
ذلك وإن كان لا يضر بالنهر (وجهه) الفرق أن الزيادة في الفصل الأول تصرف في حق مشترك بين العامة وحرمة
التصرف في حقوق العامة لا تثبت إلا بشرطة الضرر والزيادة في الفصل الثاني تصرف في ملك مشترك بأخذ زيادة
الماء في النهر والتصرف في الملك المشترك لا تقف حرمة على الضرر بالملك هو الفرق ولو جزماء هذه الأنهار عن
أرض فليس لمن يليها أن يضمها إلى أرض نفسه لأنه محتمل أن يعود ماؤها إلى مكانه ولا يجبد إليه سيلاً فيحمل على
جانب آخر فيضر حتى لو أمن العود أو كان بازائها من الجانب الآخر أرض موات لا يضر أحد بحمل الماء عليه فله
ذلك ويملكه إذا أحياه بأذن الإمام أو بغير إذنه على الاختلاف المعروف ولو احتاجت هذه الأنهار إلى الكرى فعلى
السلطان كراه من بيت المال لأن منفعتها العامة للمسلمين فكانت مؤنتها من بيت المال لقوله عليه الصلاة والسلام
أخرج بالضمأن وكذا لو خيف منها الفرق فعلى السلطان إصلاح مسناتها من بيت المال لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الاراضى

الكلام في موضعين في بيان أنواع الاراضى وفي بيان حكم كل نوع منها (أما) الأول فالاراضى في الاصل
نوعان أرض مملوكة وأرض مباحة غير مملوكة والمملوكة نوعان عامرة وخراب والمباحة نوعان أيضاً نوع هو من

مرافق البلدة محتطابهم ومرعى لمواشيهم ونوع ليس من مراقبتها وهو المسمى بالموات (أما) بيان حكم كل نوع منها (أما) الاراضي المملوكة العامرة فليس لاحد أن يتصرف فيها من غير اذن صاحبها لان عصمة الملك تمنع من ذلك وكذلك الارض الخراب الذي انقطع مأواها ومضى على ذلك سنون لان الملك فيها قائم وان طال الزمان حتى يجوز بيعها وهبتها واجارتها وتصير ميراثا اذا مات صاحبها الا أنها اذا كانت خرابا فلاخراج عليها اذ ليس على الخراب خراج الا اذا عطلها صاحبها مع التمسك من الاستثناء فعليه الخراج وهذا اذا عرف صاحبها فان لم يعرف فكيف حكم اللقطة يعرف في كتابه ان شاء الله تعالى وأما الكلا الذي ينبت في أرض مملوكة فهو مباح غير مملوك الا اذا قطعه صاحبه الارض واخرج فيملكه هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا رضي الله عنهم وقال بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أنه اذا سقاه وقام عليه ملكه والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الاصل فيه هو الاباحة لقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار والكلا اسم لحشيش ينبت من غير صنع العبد والشركة العامة هي الاباحة الا اذا قطعه واحرزه لانه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء الحرز في الاواني والظروف وسائر المباحات التي هي غير مملوكة لاحد والنار اسم لجوهر مضيء دائم الحركة علوا فليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاصل بها لان النبي عليه الصلاة والسلام أثبت الشركة فيها فأما الجرف فليس بنا وهو مملوك لصاحبه فله حق المنع كسائر أملاكه ولو أراد أحد أن يدخل ملكه لاحتشاش الكلا فاذا كان يحده في موضع آخر له أن يمنعه من الدخول وان كان لا يجده فيقال لصاحب الارض اما أن تأذن له بالدخول واما أن تحش بنفسك فتدفعه اليه كالماء الذي في الابار والعيون والحياض التي في الاراضي المملوكة على ما ذكرنا في كتاب الشرب ولودخل انسان أرضه بغير اذنه واحتش ليس لصاحبه أن يسترده لانه مباح سبقت يده اليه وكذا لا يجوز بيعه لان محل البيع مال مملوك وان لم يثبت على ملك أحد ولا تجوز اجارته لان الاعيان لا تختمل الاجارة على ما ذكرنا في كتاب الشرب والجواب في الكلا في البيع والاجارة والهبة والنكاح والخلع والصلح والوصية كالجواب في الشرب لان كل واحد منها غير مملوك وقد ذكرنا ذلك كله في الشرب وكذلك المروج المملوكة في حكم الكلا على هذا وكذلك الآجام المملوكة في حكم السمك لان السمك أيضا مباح الاصل لقوله تعالى عز شأنه أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث فلا يصير مملوكا الا بالاخذ والاستيلاء لما بينا ولو حظر السمك في حظيرة فان كان مما يمكن أخذه بغير صيد يملكه بنفس الحظر لوجود الاستيلاء وثبات اليد عليه ولهذا لو باعه جاز وان كان لا يمكن أخذه الا بصيد يملكه صاحب الحظيرة لانه ما استولى عليه ولا يملك المباح الا بالاستيلاء ولهذا لو باعه لا يجوز بيعه وعلى هذا سائر المباحات كالطير اذا باضت أو فرخت في أرض انسان انه يكون مباحا ويكون للاخذ لصاحب الارض سواء كان صاحب الارض اتخذ له وكرا أم لا وقال المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله انه ان كان اتخذ له ملكا له يسترده من الاخذ وهذا غير سديد لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أخذه ولان الملك في المباح انما يثبت بالاستيلاء عليه والاخذ هو المستولى دون صاحب الارض وان اتخذ له وكرا وكذلك صيد التجأ الى أرض رجل أو دره فهو للاخذ لقلنا ولورد صاحب الدار باب الدار عليه بعد الدخول يملكه ان أمكنه أخذه بغير صيد لوجود الاستيلاء منه وكذلك لو نصب شبكة فتعقل بها صيد تعقلا لا خلاص له فهو لنا نصب الشبكة سواء كانت الشبكة له أو لغيره كمن أرسل بازي انسان بغير اذنه فاخذ صيدا أو غري كلبا لا انسان على صيد فاخذه فكان للمرسل والمغري لا لصاحبه ولو نصب فسقاطا فخاء صيد فتعقل به فهو للاخذ (ووجه) الفرق ان نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد ومباشر السبب الموضوع للشئ اكتساب له (فاما) نصب الفسقاط فموضع لذلك بل لغرض آخر فتوقف الملك فيه على الاستيلاء

والاخذ حقيقة ولو حفر حفيرة فوق وقع فيها صيد فان كان حفرها لا جتماع الماء فيها فهو لا أخذ لانه بمنزلة الاصطياد وان كان حفرها لا اصطياد بها فهو له بمنزلة الشبكة (واما) الآجام المملوكة في حكم القصب والخطب فليس لاحد أن يحتطب من أجمة رجل الا باذنه لان الخطب والقصب مملوكان لصاحب الاجمة ينبتان على ملكه وان لم يوجد منه الانبات أصلا بخلاف الكلا في المروج المملوكة لان منفعة الاجمة هي القصب والخطب فكان ذلك مقصودا من ملك الاجمة فيملك بملكها (فاما) الكلا فغير مقصود من المروج المملوك بل المقصود هو الزراعة ولو أن بقارا رعى بقرافى أجمة مملوكة لا نسان فليس له ذلك رهوضا من لما رعى وأفسد من القصب لما ذكرنا أن منفعة الاجمة القصب والخطب وهما مملوكان لصاحب الاجمة واتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان بخلاف الكلا في المروج لانه ثبتت على الاباحة دون الملك على ما بينا والدليل على التفرقة بينهما أنه يجوز له دفع القصب معاملة ولا يجوز دفع الكلا معاملة والاصل المحفوظ فيه أن القصب والخطب يملكان بملك الارض والكلا لا (واما) ما لا ينبت عادة الا بصنع العبد كالقنة والقصيل وما بقي من حصاد الزرع ونحو ذلك في أرض مملوكة يكون مملوكا لصاحب الارض أن يمنع غيره ويجوز بيعه ونحو ذلك لان الانبات يعد اكتسابا له فيملكه ولان الاصل أن يكون من المملوك مملوكا الا ان الاباحة في بعض الاشياء ثبتت على مخالفة الاصل بالشرع والشرع ورد به في أشياء مخصوصة فيقتصر عليها (واما) أرض الموات فالكلام فيها في مواضع في تفسير الارض الموات وفي بيان ما يملك الامام من التصرف في الموات وفي بيان ما يثبت به الملك في الموات وما يثبت به الحق فيه دون الملك وفي بيان حكمه اذا ملك (أما) الاول فالارض الموات هي أرض خارج البلد لم تكن ملكا لاحد ولا حقاله خاصا فلا يكون داخل البلد موات أصلا وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها محتطبا بها لاهلها أو مرعى لهم لا يكون مواتا حتى لا يملك الامام اقطاعها لان ما كان من مرافق أهل البلدة فهو حق أهل البلدة كقضاء دارهم وفي الاقطاع ابطال حقهم وكذلك أرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لا يستغنى عنها المسلمون لا تكون أرض موات حتى لا يجوز للامام أن يقطعها لاحد لانها حق لعامة المسلمين وفي الاقطاع ابطال حقهم وهذا لا يجوز وهل يشترط أن يكون بعيدا من العمران شرطه الطحاوي رحمه الله فانه قال وما قرب من العامر فليس بموات وكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله ان أرض الموات بقعة لو وقف على أدناها من العامر رجل فنأدى بأعلى صوته لم يسمعه من العامر وفي ظاهر الرواية ليس بشرط حتى ان بحرا من البلدة جزر مأوؤه أو أجمة عظيمة لم تكن ملكا لاحد تكون أرض موات في ظاهر الرواية وعلى قياس رواية أبي يوسف وقول الطحاوي لا تكون والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الموات اسم لما لا ينتفع به فاذا لم يكن ملكا لاحد ولا حقا خاصا لم يكن مستغنا به كان بعيدا عن البلدة أو قريب منها (واما) بيان ما يملك الامام من التصرف في الموات فالامام يملك اقطاع الموات من مصالح المسلمين لما يرجع ذلك الى عمارة البلاد التصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين للامام ككسرى الانهار العظام واصلاح قناطرها ونحوه ولو أقطع الامام الموات انسانا فتركه ولم يعمره لا يتعرض له الى ثلاث سنين فاذا مضى ثلاث سنين فله مواتا كما كان وله أن يقطعه غيره لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق ولان الثلاث سنين مدة لا بلاء الا عذار فاذا أمسكها ثلاث سنين ولم يعمرها دل على أنه لا يريد عمارتها بل تعطيلها فبطل حقه وتعود الى حالها مواتا وكان للامام أن يعطيها غيره (واما) بيان ما يثبت به الملك في الموات ومالا يثبت ويثبت به الحق فالملك في الموات يثبت بالاحياء باذن الامام عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى يثبت بنفس الاحياء واذن الامام ليس بشرط (وجهه) قولهما قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم فيه حق أثبت الملك للمحيي من غير شرط اذن الامام ولانه مباح استولى عليه فيملكه بدون اذن الامام كما لو أخذ صيدا أو وحش كلاً وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم فيه

حق روى منونا ومضافا فالمنون هو أن تنبت عروق أشجار انسان في أرض غيره بغير اذنه فلصاحب الارض قلمها حشيشاً ولا ي حنيفة عليه الرحمة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للسوء الاماطات به نفس امامه فاذا لم ياذن فلم تطلب نفسه به فلا يكون له ولان الموات غنيمة فلا بد للاختصاص به من اذن الامام كسائر الغنائم والدليل عليه أن غنيمة اسم لما أصيب من أهل الحرب بالجباف الخليل والركاب والموات كذلك لان الارض كلها كانت تحت أيدي أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهراً فكانت كلها غنائم فلا يختص بمض المسلمين بشئ منها من غير اذن الامام كسائر الغنائم بخلاف الصيد والخطب والحشيش لانها لم تكن في يد أهل الحرب لحاز أن تلك بنفس الاستيلاء واثبات اليد عليها (وأما) الحديث فيحتمل أنه يصير به شرعاً ويحتمل أنه اذن جماعة باحياء الموات بذلك النظم ونحن نقول بموجبه فلا يكون حجة مع الاحتمال نظير قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلاً فله سلبه حتى لم يصح الاحتجاج به في إيجاب السلب للقاتل على ما ذكر في كتاب السير أو يحتمل ذلك على حال الاذن توفيقاً بين الدلائل ويملك الذي بالاحياء كما يملك المسلم لعموم الحديث ولو حجز الارض الموات لا يملكها بالاجماع لان الموات يملك بالاحياء لانه عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها يريد أن يحجز غيره عن الاستيلاء عليها وشئ من ذلك ليس باحياء فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره حتى لم يكن لغيره أن يزعمه لانه سبقت يده اليه والسبق من أسباب الترجيح في الجملة قال النبي عليه الصلاة والسلام منى مباح من سبق وعلى هذا المسافر اذا نزل بارض مباحة أو رباط صار أحق بها ولم يكن لمن يجيء بعده أن يزعمه عنها واذا صار أحق بها فلا يقطعها الا امام غيره الا اذا عطلها المتحجر ثلاث سنين ولم يعمرها (وأما) بيان حكم أرض الموات اذا ملكت فيختص بها حكمان أحدهما حكم الحريم والثاني الوظيفة من العشر والخراج أما الاول فالكلام فيه في موضعين أحدهما في أصل الحريم والثاني في قدره (أما) أصله فلا خلاف في أن من حفر بئر في أرض الموات يكون لها حريم حتى لو أراد أحد أن يحفر في حريمه له أن يمنعه لان النبي عليه الصلاة والسلام جعل للبئر حريماً وكذلك العين لها حريم بالاجماع لانه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حريماً (وأما) النهر فقد ذكرنا الكلام فيه (وأما) تقديره فحريم العين خمسمائة ذراع بالاجماع وبه نطقت السنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام للعين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً بالاجماع نطقت به السنة قال النبي عليه الصلاة والسلام وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً وأما حريم بئر الناضح فقد اختلف فيه عند أبي حنيفة رحمه الله أربعون ذراعاً وعندهما ستون ذراعاً احتج بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً (وجه) قول أبي حنيفة أن الملك في الموات يثبت بالاحياء باذن الامام أو بغير اذنه ولم يوجد منه احياء الحريم وكذا اذن الامام يتناول الحريم مقصوداً الا أن دخول الحريم لحاجة البئر اليه وحاجة الناضح تندفع بربيعين ذراعاً من كل جانب كحاجة العطن فبقى الزيادة على ذلك على حكم الموات والحديث يحتمل أنه قال عليه الصلاة والسلام ذلك في بئر خاص وللإمام ولاية ذلك (وأما) حريم النهر فقد اختلف أبو يوسف ومحمد في تقديره فعند أبي يوسف قدر نصف بطن النهر من كل جانب النصف من هذا الجانب والنصف من ذلك الجانب وعند محمد قدر جميع بطن النهر من كل جانب قدر جميعه (وأما) النهر اذا حفر في أرض الموات فمنهم من ذكر الخلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه والصحيح أن له حريماً بلا خلاف لما قلنا (وأما) الثاني حكم الوظيفة فان أحياءها مسلم قال أبو يوسف ان كانت من حيز أرض العشر فهي عشرة وان كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية وقال محمد ان أحياءها بماء العشر فهي عشرة وان أحياءها بماء الخراج فهي خراجية وان أحياءها ذى فهي خراجية كيف ما كان بالاجماع وهي من مسائل كتاب العشر والخراج والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿ كتاب المفقود ﴾

الكلام في المفقود يقع في أربعة مواضع في تفسير المفقود وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع بماله وفي بيان حكم ماله (أما) الأول فالمفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت

﴿ فصل ﴾ وأما حال المفقود فعبارة مشايخنا رحمهم الله عن حاله أنه حي في حق نفسه ميت في حق غيره والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لما فيه من الاستحالة ولكن معنى هذه العبارة أنه تجرى عليه أحكام الأحياء فيما كان له فلا يرث ماله ولا تبين أمره أنه كانه حي حقيقة وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحداً كانه ميت حقيقة لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لبقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لاثبات ما لم يكن ومملكه في أحكام أمواله ونسائه أمر قد كان واستصحبنا حال الحياة لابقائه وأما مملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتقع الحاجة إلى الإثبات واستصحبنا الحال لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وتحقيق العبارة عن حاله أن حاله غير معلوم بمحتمل أنه حي وبمحتمل أنه ميت وهذا يمنع التوارث والبنوثة لأنه إن كان حيا يرث أقاربه ولا يرثونه ولا تبين أمره أنه وإن كان ميتا لا يرث أقاربه ويرثونه والأثر من الجانبين أمر لم يكن ثابتا بيقين فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت بالشك والاحتمال وكذلك البنوثة على الأصل المهور في الثابت بيقين لا يزول بالشك وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك فإذا مات واحد من أقاربه يوقف نصيبه إلى أن يظهر حاله أنه حي أم ميت لاحتمال الحياة والموت للحال حتى أن من هلك وترك ابنا مفقودا وابن بنتين وابن ابن وطلبت الابنتان الميراث فإن القاضي يقضي لهما بالنصف ويوقف النصف الثاني إلى أن يظهر حاله لأنه إن كان حيا كان له النصف والنصف للابنتين ولا شيء لابن الابن وإن كان ميتا كان للابنتين الثلثان والباقي لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا بيقين في دفع ذلك إليهما ويوقف النصف الآخر إلى أن يظهر حاله فإن لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته يدفع الثلثان إليهما والباقي لابن الابن وكذا الوأوصى له بشيء يوقف وكذا إذا فقد المرتد ولا يدري أنه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يصنع بماله فإذ يصنع أنواع منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفظ لأنه مال لا حافظ له لمعجز صاحبه عن الحفظ فيحفظ عليه القاضي نظرا له كي يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لا ولي لهما ومنها أنه يبيع من ماله ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ ثمنه لأن ذلك حفظ له معنى ولا يأخذ ماله الذي في يده مودعه ومضاربه ليحفظه لأن يدهما يدنيان به عنه في الحفظ فكان محفوظا بحفظه معنى فلا حاجة إلى حفظ القاضي ومنها أنه ينفق على زوجته من ماله إن كان عالما بالزوجة لأن الاتفاق عليها أحياءها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفظ بنفسه فيملكه كي يملك حفظ ماله ومنها أنه ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والانات وعلى أولاده الفقراء الزماني من الذكور والفقيرات من الاناث سواء كن زمني أو لا وعلى والديه المحتاجين إن كان عالما بالنسب لأن نفقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية والبعضية أحياء لهم وأحياء نفسه واجب فكذا أحياء جزئته وكله فكان الاتفاق عليهم من ماله أحياء لهم معنى وهو جاز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي وإن لم يعلم القاضي بالزوجة والنسب فأحضر رجلا في يده مال وديعة للمفقود أو مضاربة أو عليه دين له فآقر الرجل بذلك وبالزوجة والنسب أئفق عليهم من ذلك المال لأن للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها إذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال النبي صلى الله عليه وسلم لا امرأة أبي سفيان خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فإذا أقر أن هذا ماله وهذه امرأته ثبت لها حق الأخذ وكذا في الأولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فإذا أقر بالنسب والمال فقد ثبت لهم حق الأخذ وهذا قول أصحاب الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله ليس للقاضي ذلك لكونه قضاء على الغائب ونحن نقول ليس هذا من باب القضاء على الغائب بل هو من باب النظر للغائب وللغائب وللبنة على ما ذكرنا في كتاب النفقات ولو أخذ القاضي منهم كفيلا كان حسنا لجواز أن يحضر المفقود فيقيم البينة على أنه كان طلق أمر أنه أو

كان اعطاهم النفقة معجلة هذا اذا أقر الرجل بهما فاما اذا أنكرهما جميعاً وأقر باحدهما دون الآخر فاقاموا البيينة على ذلك لا تسمع بينتهم لانه يكون قضاء على الغائب وله من غير ان يكون عنه وله خصم حاضر لان المودع والمضارب والغريم ليسوا خصماء عن الغائب في اثبات الزوجية وإيجاب النفقة عليه وكذا الا ولادوا والودون والمرأة ليسوا خصماء للغائب في اثبات ملك المال له وكل ذلك لا يجوز فان اعطوهم شيئاً فهو من مال أنفسهم لانهم متطوعون في ذلك ولا ينفق من ماله على من سواهم من ذوى الارحام لان نفقتهم ليست بعلة الجزئية والبعضية لعدمها بل بطريق الصلة والبر بهم والاحسان اليهم الا ترى انهم ليس لهم أن يعدوا أيديهم في أخذوا من ماله عند حاجتهم اليه بخلاف الوالدين والمولودين فكان الاتفاق من ماله قضاء على الغائب والاصل ان كل مال ثبت حق الاخذ منه للمنفق عليه من غير قضاء القاضي له ان ينفق منه وما لا يثبت حق الاخذ منه الا بقضاء ليس للقاضي ان ينفق منه ثم القاضي انما ينفق من مال المفقود على ما ذكرنا اذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعماً أو ثياباً من جنس كسوتها فاما اذا كان من جنس آخر من العروض والعقار فلا ينفق لانه لا يمكنه الاتفاق الا بالبيع وليس للقاضي أن يبيع العقار والعروض على الغائب بالاجماع لان البيع على الغائب في معنى الحجر عليه والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما ان جاز على الحاضر لكن لا يجوز على الغائب لان الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضاء الدين مع القدرة على القضاء من ثمن العين ولم يتحقق الظلم منه حالة الغيبة لما لم يعرف منه الامتناع من الاتفاق فافترق الحالان وانما ملك بيع ما يتسارع اليه الفساد لان ذلك وان كان بعبارة صورة فهو حفظ وامساك له معنى والقاضي يملك حفظ مال المفقود وأما الاب فليس له أن يبيع العقار في نفقة الغائب من غير اذن القاضي بالاجماع وأما المنقول فله أن يبيعه عند أبي حنيفة من غير أمر القاضي وعندهما لا يبيع المنقول كما لا يبيع العقار لما علم في كتاب النفقات والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم ماله فهو انه اذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش اليها عادة يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده ومدبره وتبين امره أنه ويصير ماله ميراثاً لورثته الاحياء وقت الحكم ولا شيء لمن مات قبل ذلك ولم يقدر لتلك المدة في ظاهر الرواية تقديرا وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته وذكر محمد في الاصل انه فقد رجل بصفين أو بالجل ثم اختصم ورثته في ماله في زمن أبي حنيفة عليه الرحمة فقسم بينهم وقيل كانت وفاة سيدنا علي رضي الله عنه في سنة أربعين ووفاته أبي حنيفة رضي الله عنه في سنة مائة وخمسين وروى عن محمد رحمه الله انه قدرها بمائة سنة فاذا مضت المدة المقدرة يحكم بموته وتثبت جميع الاحكام المتعلقة بالمدة كما اذا قامت البيينة على موته والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب اللقيط﴾

الكلام في اللقيط في مواضع في تفسير اللقيط لغة وعرفاً وفي بيان حاله وفي بيان ما يتعلق به من الاحكام أما في اللغة فهو فاعيل من اللقط وهو اللقاء بمعنى المفعول وهو الملقوط وهو الملقى أو الاخذ والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ والمرفوع عادة لما انه يؤخذ فيرفع وأما في العرف فنقول هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطاً باسم العاقبة لأنه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر شائع في اللغة قال الله تعالى جل شأنه اني أراي أعصر حمراً وقال الله تعالى جل شأنه انك ميت وانهم ميتون سمي العنكب حمراً والحي الذي يحتمل الموت ميتاً باسم العاقبة كذا هذا

﴿فصل﴾ وأما بيان حاله فله أحوال ثلاث لا بد من التعرف عنها حاله في الحرية والرق وحاله في النسب أما حاله في الحرية والرق فهو انه حر من حيث الظاهر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما انهما حكما بكون اللقيط حراً ولان الاصل هو الحرية في بني آدم لان الناس كلهم أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام وحواء وهما كانا

حرين والمتولد من الحرين يكون حرا وانما حدث الرق في البعض شرعا بعارض الاستيلاء بسبب عارض وهو الكفر
 الباعث على الحراب فيجب العمل بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض فرتب عليه أحكام الاحرار من أهلية
 الشهادة والاعتاق والتدبير والكتابة واستحقاق الحد على قاذفه وغير ذلك من الاحكام المختصة بالاحرار الا انه
 لا يحد قاذف أمه لان احضان المقدوف شرط انعقاد علة توجب على القاذف ولم يعرف احصائها لان عقاد القذف عليه
 لوجوب الحد على القاذف ولو ادعى الملتقط أو غيره انه عبده لا يسمع منه الا بيينة لان حر يته ثابتة من حيث الظاهر فلا
 يقدر على ابطال هذا الظاهر البديل ولو بلغ فأقر انه عبده فلا نظر في ذلك ان كان لم يجبر عليه شئ من أحكام الاحرار
 بعدم قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحوه صح اقراره لانه لم تعرف حر يته الا بظاهر الحال فاذا أقر بالرق
 فالظاهر انه لا يقر على نفسه بالرق كاذبا فصح اقراره الا انه لا يعتبر في ابطال ما يفعله من التصرفات من الهبة والكفالة
 والاعتاق والنكاح ونحوها من التصرفات التي لا يملكها العبد حتى لا تنسخ وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله في
 أحد قوليه ينسخ (وجه) قوله انه لما أقر بالرق فقد ظهر انه كان رقيقا وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما اذا قامت البيينة
 على رقه ولنا ان هذا اقرار تضمن ابطال حق الغير لان حر يته ثابتة من حيث الظاهر فلا يصدق في حق ذلك الغير
 لما عرف أن الاقرار تصرف على نفس المقر فاذا تضمن ابطال حقة حق الغير كان دعوى أو شهادة على غيره من ذلك
 الوجه فيصدق على نفسه لا على غيره كمن أقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن على البائع لما قلنا
 كذا هذا والاستدلال بالبيينة غير سديد لان الشاهد غير متهم في شهادته على غيره فاما المقر في اقراره على غيره فتمهم فهو
 الفرق وان كان قد أجرى عليه شئ من ذلك لا يصح اقراره لانه اذا أجرى عليه شئ من أحكام الاحرار فقد ظهرت
 حر يته عند الناس كافة فظهر انه حر الاصل فلا يملك ابطاله بالاقرار بالرق وأما حاله في الاسلام والكفر فان وجده
 مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراها يكون مسلما حتى لومات يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر
 المسلمين وان وجده ذمى في بيعة أو كنيسة أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذميا تحكيما للظاهر كما اذا وجده مسلم في بيعة
 أو كنيسة أو في قرية من قرى أهل الذمة يكون ذميا ولو وجده ذمى في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراها
 يكون مسلما كذا ذكر في كتاب اللقيط من الاصل واعتبر المكان وروى ابن سماعه عن محمد انه اعتبر حال الواجد
 من كونه مسلما أو ذميا وفي كتاب الدعوى اعتبر الاسلام الى أيهما نسب الى الواجد أو الى المكان والصحيح رواية
 هذا الكتاب لان الموجود في مكان هو في أيدي أهل الاسلام وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو في يد المسلم
 وتصرفه يكون مسلما ظاهرا والموجود في المكان الذي هو في أيدي أهل الذمة وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو
 في يد الذمى وتصرفه يكون ذميا ظاهرا فكان اعتبار المكان أولى فان وجده مسلم في مصر من أمصار المسلمين فبلغ
 كافرا يجبر على الاسلام ولكن لا يقتل لانه لم يعرف اسلامه حقيقة وانما حكم به تبع للدار فلم تتحقق ردة فلا يقتل
 وأما حاله في النسب فهو انه مجهول النسب حتى لو ادعى انسان نسبة الملتقط أو عتقه تصح دعوته ويثبت النسب منه
 لما علم في كتاب الدعوى وأما الاحكام المتعلقة به فأنواع منها أن التقاطه أمر مندوب اليه لما روى أن رجلا
 أتى سيدنا عليا رضي الله عنه بليقطة فقال هو حر ولان أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أنت كان أحب الى من
 كذا وكذا أعد جملة من أعمال الخير فقد رغب في الالتقاط وبالغ في الترغيب فيه حيث فضله على جملة من أعمال الخير
 على المبالغة في الندب اليه ولانه نفس لا حافظ لها بل هي في مضیعة فكان التقاطها احياء لها معنى وقد قال الله تعالى
 ومن أحياءها فكأنما أحياء الناس جميعا ومنها أن الملتقط أولى بأمره من غيره حتى لا يكون لغيره ان يأخذه منه لانه
 هو الذي أحياءه بالتقاطه ومن أحياء أرضا ميتة فهي له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه مباح الاخذ سبقت
 يد الملتقط اليه والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها ان ثقتته من بيت المال لان ولاءه
 له وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ولو كان معه مال مشدود عليه فهو له لان الظاهر انه ماله فيكون له

كثيابه التي عليه وكذا اذا وجد مشدودا على دابة فالدابة له لما قلنا وتكون النفقة من ماله لان الاتفاق من بيت المال للضرورة ولا ضرورة اذا كان له مال وليس على الملتقط ان ينفق عليه من مال نفسه لانعدام السبب الموجب للنفقة عليه ولو اتفق عليه من مال نفسه فان فعل باذن القاضي له ان يرجع عليه وان فعل بغير اذنه لا يرجع عليه لانه يكون متطوعا فيه ومنها ان عقله لبيت المال لان عاقلته بيت المال فيكون عقله له لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ومنها ان ولاه لبيت المال لما قلنا ومنها ان له ان يولى من شاء اذا بلغ الا اذا عقل عنه بيت المال فليس له ان يولى أحدا لان العقد يلزم بالعقل على ما نذكر في كتاب الدييات ان شاء الله تعالى لما علم في الولاة ومنها ان وليه السلطان له الولاية في ماله ونفسه لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال الله ورسوله ولي من لا ولي له والحال وارث من لا وارث له والسلطان نائب الله ورسوله فيزوج اللقيط ويتصرف في ماله وليس للملتقط ان يفعل شيئا من ذلك لانه لا ولاية له عليه لانعدام سببها وهو القرابة والسلطنة الا انه يجوز له ان يقبض الهبة له ويسلمه في صناعة ويؤجره لان ذلك ليس من باب الولاية عليه بل من باب اصلاح حاله وايصال المنفعة المحضمة اليه من غير ضرر فاشبه اطعامه وغسل ثيابه ومنها ان نسبه من المدعى يحتمل الثبوت شرعا لانه مجهول النسب على ما يأتي في كتاب الدعوى حتى لو ادعى الملتقط أو غيره انه ابنه تسمع دعواه من غير بينة وبينته نسبه منه والقياس ان لا تسمع الا بينة وجه القياس ظاهر لانه يدعى أمرا جازا للوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مرجح وذلك بالبينة ولم توجد وجه الاستحسان انه عامل أخير بأمر محتمل الثبوت وكل من أخبر عن أمر والخبر به محتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن بالخبر هو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنا في التصديق واثبات النسب نظرم من الجانبين جانب اللقيط بشرف النسب والتزينة والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك وجانب المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق المدعى في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل ينتفع به لا يقف على البينة وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا أو عبدا حتى لو ادعى نسبه ذمى تصح دعوته حتى ثبتت نسبه منه لكنه يكون مسلما لانه ادعى شيئين يتصورا تفصلا أحدهما عن الآخر في الجملة وهو نسب الولد وكونه كافرا ويمكن تصديقه في أحدهما لكونه نفع اللقيط وهو كونه ابنا له ولا يمكن تصديقه في الآخر لكونه ضررا به وهو كونه كافرا فيصدق فيما فيه منفعة فيثبت نسب الولد منه ولا يصدق فيما يضره فلا يحكم بكفره وليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون كافرا ألا ترى أنه يحكم بإسلامه وبإسلام أمه وان كان الأب كافرا هذا اذا أقر الذي انه ابنه ولا بينة له فان أقام البينة على ذلك ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف الاقرار ووجه الفرق بين الاقرار وبين الشهادة انه متهم في اقراره بما يتضمنه اقراره وهو كون الولد على دينه ولا مهمة في الشهادة لما سرد لو ادعى عبدا انه ابنه تحت دعوته وثبتت نسبه منه لكنه يكون حرا الماذكرنا في دعوى الذي لانه ادعى شيئين أحدهما نفع اللقيط والآخر مضرة وهو الرق فيصدق فيما ينفعه لا فيما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذي ولو ادعاه رجلا انه ابنهما ولا بينة لهما فان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى لانه نفع اللقيط وكذلك اذا كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لانه نفع له وان كانا مسلمين حرين فان وصف أحدهما علامة في جسده فالواصف أولى به عندنا وعند الشافعي رحمه الله يرجع الى القائف فيؤخذ بقوله والصحيح قولنا لان الدعوتين متى تعارضتا يجب العمل بالراجح منهما وقد ترجح أحدهما بالعلامة لانه اذا رضى العلامة ولم يصف الآخر دل على ان يده عليه سابقة فلا بد من دليل والحكم بالعلامة على جواز العمل بالعلامة قوله تعالى عز شأنه خبر أعن أهل تلك المرأة ان كان قيصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قيصه قد من دبر فكذب وهو من الصادقين فلما رأى قيصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم حكى الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الأمم السالفة في كتابه العزيز ولم يغير عليهم والحكم اذا حكى عن منكر غيره فصار الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتدأة وكذا عند اختلاف الزوجين في متاع البيت يميز ذلك بالعلامة كذا ههنا وان لم

يصف أحدهما العلامة يحكم بكونه ابنا لهما اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فان اقام أحدهما البينة فهو أولى به وان أقام جميعا البينة يحكم بكونه ابنا لهما لا نه ليس أحدهما بأولى من الآخر وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه في مثل هذا انه قال انه انهما يرثهما ويرثانه وهو للثاني منهما فان ادعاه أكثر من رجلين فاقام البينة روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه تسمع من خمسة وقال أبو يوسف من اثنين ولا تسمع من أكثر من ذلك وقال محمد تسمع من ثلاثة ولا تسمع من أكثر من ذلك هذا اذا كان المدعى رجلا فان كانت امرأة فادعته انه ابنها فان صدقها زوجها او شهدت لها القابلة أو قامت البينة صحت دعوتها والا فلا لان فيه حمل نسب الغير على الغير وانه لا يجوز لما نذكره في كتاب الاقرار ولو ادعاه امرأتان وأقامت احدهما البينة فهي أولى به وان أقامت جميعا فهو ابنا لهما عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يكون لواحدة منهما وعن محمد روايتان في رواية أبي حفص يجعل ابنا لهما وفي رواية أبي سليمان لا يجعل ابن واحدة منهما والله سبحانه وتعالى أعلم

سورة البقرة

كتاب اللقطة

الكلام في اللقطة في مواضع في بيان أنواعها وفي بيان أحوالها وفي بيان ما يصنع بها أما الاول فنوعان من غير الحيوان وهو المال الساقط لا يعرف مالكة ونوع من الحيوان وهو الضالة من الابل والبقر والغنم من البهائم الا انه يسمى لقطة من اللقط وهو الاخذ والرفع لا نه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع على ما ذكرنا في كتاب اللقيط

فصل في بيان أحوالها ومنها في الاصل حالان حال ما قبل الاخذ وحال ما بعده أما قبل الاخذ فلها أحوال مختلفة قد يكون مندوب الاخذ وقد يكون مباح الاخذ وقد يكون حرام الاخذ أما حالة النذب فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها فأخذها صاحبها أفضل من تركها لانه اذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها احياء لمال المسلم معنى فكان مستحبا والله تعالى أعلم وأما حالة الاباحة فهو أن لا يخاف عليها الضيعة فيأخذها صاحبها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا خاف عليها يجب أخذها وان لم يخف يستحب أخذها وزعم ان الترك عند خوف الضيعة يكون تضييعا لها والتضييع حرام فكان الاخذ واجبا وهذا غير سديد لان الترك لا يكون تضييعا بل هو امتناع من حفظ غير مازم والامتناع من حفظ غير مازم لا يكون تضييعا كالا امتناع عن قبول الوديعة وأما حالة الحرمة فهو أن يأخذها لنفسه لا لصاحبها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يأوى الضالة الا ضال والمراد أن يضمها الى نفسه لا جل نفسه لا لاجل صاحبها بالرد عليه لان الضم الى نفسه لاجل صاحبها ليس بحرام ولانه أخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه فيكون بمعنى النصب وكذلك القطة البهيمة من الابل والبقر والغنم عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التقاطها أصلا واحتج بما روى أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فقال مالك ولها معها خذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر دعهما حتى يلقاها ربهما نهي عن التعرض لها وأمر بترك الاخذ فدل على حرمة الاخذ (ولنا) ما روى أن رجلا وجد بعيرا بالحرية فعرفه ثم ذكره لسيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فأمره أن يعرفه فقال الرجل لسيدنا عمر قد شغلني عن ضيعتي فقال سيدنا عمر ارسله حيث وجدته ولان الاخذ حال خوف الضيعة احياء لمال المسلم فيكون مستحبا وحال عدم الخوف ضرب احراز فيكون مباحا على ما ذكرنا وأما الحديث فلا حجة له فيه لان المراد منه أن يكون صاحبه قريبا منه ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام حتى يلقاها ربهما وانما يقال ذلك اذا كان قريبا أو كان رجاء اللقاء ثابتا ونحن به نقول ولا كلام فيه والدليل عليه انه لما سأله عن ضالة الغنم قال خذها فانها لك أو لا خيك أول الذئب دعاه الى الاخذ ونبه على المعنى وهو خوف الضيعة وانه موجود في الابل والنص الوارد فيها أولى أن يكون واردا في الابل وسائر البهائم دلالة الا أنه عليه الصلاة والسلام فصل بينهما في الجواب من حيث الصورة لهجوم الذئب على الغنم اذا لم يلقها ربهما عادة بعيدا كان أو قريبا وكذلك الابل لانها تذب عن نفسها عادة هذا الذي

ذكرنا حال ما قبل الاخذ وأما حال ما بعده فلها بعد الاخذ حالان في حال هي أمانة وفي حال هي مضمونة أما حالة الأمانة فهي أن يأخذها لصاحبها لأنه أخذها على سبيل الأمانة فكانت يده يد أمانة كيد المودع وأما حالة الضمان فهي أن يأخذها لنفسه لأن المأخوذ لنفسه مغضوب وهذا لا خلاف فيه وإنما الخلاف في شيء آخر وهو أن جهة الأمانة إنما تعرف من جهة الضمان أما بالتصديق أو بالشهاد عند أبي حنيفة وعندهما بالتصديق أو باليمين حتى لو هلكت فجاء صاحبها وصدقه في الاخذ له لا يجب عليه الضمان بالاجماع وإن لم يشهد لأن جهة الأمانة قد ثبتت بصديقه وإن كذبه في ذلك فكذلك عند أبي يوسف ومحمد أشهد أو لم يشهد ويكون القول قول الملتقط مع يمينه وأما عند أبي حنيفة فإن أشهد فلا ضمان عليه لأنه بالشهاد ظهر أن الاخذ كان لصاحبه فظهر أن يده يد أمانة وإن لم يشهد يجب عليه الضمان ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان لأنه أقر بالغصب والمغضوب مضمون على الغاصب وجه قوله ما أن الظاهر أنه أخذها لنفسه لأن الشرع إنما مكنه من الاخذ بهذه الجهة فكان أقدامه على الاخذ دليل على أنه أخذ بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهد له فكان القول قوله ولكن مع الخلاف لأن القول قول الأمين مع اليمين ولا يبي حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب لجوب الضمان في الأصل لأنه إذا كان الاخذ على سبيل الأمانة بأن أخذه لصاحبه فيخرج من أن يكون سبباً وذلك إنما يعرف بالشهاد فإذا لم يشهد لم يعرف كون الاخذ لصاحبه فبقي الاخذ سبباً في حق وجوب الضمان على الأصل والثاني أن الأصل أن عمل كل إنسان له لاغير بقوله سبحانه وتعالى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى وقوله تعالى لهما كسبت وعليهما ما اكتسبت فكان أخذه اللقطة في الأصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه سبب لجوب الضمان لأنه غصب وإنما يعرف الاخذ لصاحبها بالشهاد فإذا لم يوجد تعين أن الاخذ لنفسه فيجب عليه الضمان ولو أخذ اللقطة ثم ردها إلى مكانها الذي أخذها منه لا ضمان عليه في ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد في الموطأ وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا هذا الجواب فيما إذا رفعها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها في موضعها فاما إذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم ردها إلى مكانها بضمن وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل وقال الشافعي رحمه الله بضمن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب وجه قوله أنه لما أخذها من مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول الوديعة فإذا ردها إلى مكانها فقد ضيعها بترك الحفظ المترم فاشبه الوديعة إذا ألقاها المودع على قارعة الطريق حتى ضاعت (ولنا) أنه أخذها محتسباً متبرعاً ليحفظها على صاحبها فإذا ردها إلى مكانها فقد فسخ التبرع من الأصل فصار كأنه لم يأخذها أصلاً وبه تبين أنه لم يلزم الحفظ وإنما تبرع به وقدره بالرد إلى مكانها فارتد وجعل كأن لم يكن هذا إذا كان أخذها لصاحبها ثم ردها إلى مكانها فضاقت وصدقه صاحبها فيه أو كذبه لكن الملتقط قد كان أشهد على ذلك فإن كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة وعندهما لا يجب أشهد أو لم يشهد ويكون القول قوله مع يمينه أنه أخذها لصاحبها على ما ذكرنا ثم تفسير الشهاد على اللقطة أن يقول الملتقط بسمع من الناس أني التقطت لقطة أو عندى لقطة فأى الناس أنشدها فدلوه على أو يقول عندى شيء فمن رأيتموه يسأل شيئاً فدلوه على فإذا قال ذلك ثم جاء صاحبها فقال الملتقط قد هلكت كان القول قوله ولا ضمان عليه بالاجماع وإن كان عنده عشر لقطات لأن اسم الشيء واللقطة منكر أن كان يقع على شيء واحد ولقطة واحدة لغة لكن في مثل هذا الموضع يراد بها كل الجنس في العرف والعادة لا فرد من الجنس إذ المقصود من التعريف إيصال الحق إلى المستحق ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف والمعتاد فكان هذا اشهاداً على الكل بدلالة العرف والعادة ولو أقر أنه كان أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك لأنه ظهر أنه أخذها غصباً فكان الواجب عليه الرد إلى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى تردده فإذا عجز عن رد العين يجب عليه بدلها كإيفاء الغصب وكذلك إذا أخذ الضالة ثم أرسلها إلى مكانها الذي أخذها منه فكما حكم اللقطة لأن هذا أحد نوعي اللقطة وقدروا بنا في هذا الباب عن سيدنا عمر رضي

الله عنه أنه قال لو أجد البعير الضال أرسله حيث وجدته وهذا يدل على انتفاء وجوب الضمان

فصل وأما بيان ما يصنع بها فنقول وبالله التوفيق إذا أخذ اللقطة فإنه يعرفها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عرفها حولاً حين سئل عن اللقطة وروى أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه أمر بتعريف البعير الضال ثم يقول الكلام في التعريف في موضعين أحدهما في مدة التعريف والثاني في بيان مكان التعريف أمامدة التعريف فيختلف قدر المدة لا اختلاف قدر اللقطة أن كان شيئاً له قيمة تبلغ عشرة دراهم فصاعداً يعرفه حولاً وإن كان شيئاً قيمته أقل من عشرة يعرفه أياماً على قدر ما يرى وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال التعريف على خطر المال أن كان مائة ونحوها عرفها سنة وإن كان عشرة ونحوها عرفها شهراً وإن كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة أو قال عشرة وإن كان درهماً ونحوها عرفه ثلاثة أيام وإن كان دقاناً ونحوها عرفه يوماً وإن كان نمرة أو كسرة تصدق بها وإنما تكمل مدة التعريف إذا كان مما لا يتسارع إليه الفساد فإن خاف الفساد لم تكمل ويتصدق بها وأما مكان التعريف فالأسواق وأبواب المساجد لأنها مجمع الناس وممرهم فكان التعريف فيها أسرع إلى تشهير الخبر ثم إذا عرفها فإن جاء صاحبها وقام البيعة أنهما ملكة أخذها لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وإن لم يبق البيعة ولكنه ذكر العلامة بأن وصف عفاصها ووكانها ووزنها وعددها يحل للملتقط أن يدفع إليه وإن شاء أخذ منه كفيلاً لأن الدفع بالعلامة مما قد ورد به الشرع في الجملة كما في اللقيط إلا أن هناك يجبر على الدفع وهنا لا يجبر لأن هناك يجبر على الدفع بمجرد الدعوى فمع العلامة أولى وهنا لا عبرة بمجرد الدعوى بالاجماع فجاز أن لا يجبر على الدفع مع العلامة ولكن يحل له الدفع وله أن يأخذ كفيلاً لجواز محجيء آخر فیدعيها ويقيم البيعة ثم إذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف فهو بالخيار أن شاء أمسكها إلى أن يحضر صاحبها وإن شاء تصدق بها على الفقراء ولو أراد أن ينتفع بها فإن كان غنياً لا يجوز أن ينتفع بها عندنا وعند الشافعي رحمه الله إذا عرفها حولاً ولم يحضر صاحبها كان له أن ينتفع بها وإن كان غنياً وتكون قرضاً عليه واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمن سأل عن اللقطة عرفها حولاً فإن جاء صاحبها والافشأ بك بها وهذا إطلاق الانتفاع للملتقط من غير السؤال عن حاله أنه فقير أو غني بل إن الحكم لا يختلف (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحل للقط فن التلط شيئاً فليعرفه سنة فإن جاء صاحبها فليرد لها عليه وإن لم يأت فليصدق والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه نفي الحل مطلقاً وحالة الفقر غير مرادة بالاجماع فتعين حالة الغنى والثاني أنه أمر بالتصدق ومصرف الصدقة للفقير دون الغنى وإن الانتفاع بمال المسلم بغير إذنه لا يجوز إلا للضرورة ولا ضرورة إذا كان غنياً وأما الحديث فلا حجة فيه لأن قوله عليه الصلاة والسلام فشأ بك بها إرشاد إلى الاشتغال بالحفظ لأن ذلك كان شأنه المعهود باللقط إلى هذه الغاية أو يحمله على هذا توفيقاً بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض وإذا تصدق بها على الفقراء فإذا جاء صاحبها كان له الخيار أن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها وإن شاء ضمن الملتقط أو الفقير إن وجدته لأن التصديق كان موقوفاً على إجازته وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه كما في غاصب الغاصب وإن كان فقيراً فإن شاء تصدق بها على الفقراء وإن شاء ألقها على نفسه فإذا جاء صاحبها أخيره بين الأجر وبين أن يضمها له على ما ذكرنا وكذلك إذا كان غنياً جاز له أن يتصدق بها على أبيه وابنه وزوجته إذا كانوا فقراء وكل جواب عرفته في لقطة الحل فهو الجواب في لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع بلقط الحل من التعريف وغيره وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لقطة الحرم تعرف أبداً ولا يجوز الانتفاع بها بحال واحتج بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في صفة مكة ولا تحل لقطتها إلا لمنشد أي لمعرف فالمنشد المعروف والناشد الطالب وهو المالك ومعنى الحديث أنه لا تحل لقطة الحرم إلا للتعريف (ولنا) ما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة في الحديث لا نأقول بموجبه أنه لا يحل التقاطها إلا

للتعريف وهذا حال كل لقطة إلا أنه خص عليه الصلاة والسلام لقطة الحرم بذلك لما لا يوجد صاحبها عادة فتبين
أن ذلك لا يسقط التعريف وكذلك حكم الضالة في جميع ما وصفنا وتنفرد بحكم آخر وهو النفقة فإن اتفق عليها بامر
القاضي يكون ديناً على مالكها وإن اتفق بغير إذنه يكون متطوعاً فينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي ينظر في ذلك فإن
كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة أمره أن يؤجرها وينفق عليها من أجرتها نظراً للمالك وإن
كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة وخشى أن لو اتفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره ببيعها
وحفظ ثمنها مقامها في حكم الهلاك وإن رأى الاصلح أن لا يبيعها بل ينفق عليها أمره أن ينفق عليها لكن نفقة
لا تزيد على قيمتها ويكون ذلك ديناً على صاحبها حتى إذا حضر يأخذ منه النفقة وله أن يحبس اللقطة بالنفقة كما
يحبس المبيع بالثمن وإن أبى أن يؤدي النفقة باعها القاضي ودفع اليه قدر ما اتفق والله سبحانه وتعالى أعلم

— — — — —

كتاب الأباقي

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الأباقي وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع به وفي بيان حكم ماله
(أما) الأول فالأباقي اسم لرقيق يهرب من مولاه وأما حاله فحال اللقطة قبل الأخذ وبعده وقد ذكرنا تفاصيله
في كتاب اللقطة

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يصنع به فنقول وبالله التوفيق إذا أخذ الأباقي لصاحبه فإن شاء الأخذ أمسكه على صاحبه
حتى يحبس فيأخذه وإن شاء ذهب به إلى صاحبه فردّه عليه فإن أمسكه فجاء إنسان وادعى أنه عبده فإن أقام البينة
دفعه إليه وأخذ منه كفيلاً إن شاء لجواز أن يحبس آخر فيدعيه ويقم البينة فله أن يستوثق بكفيل وإن لم يكن له بينة
ولكن أقر العبد بذلك دفعه إليه أيضاً لأنه ادعى شيئاً لا ينافي فيه أحد فيكون له ويأخذ منه كفيلاً إن شاء لما قلنا
وما اتفق عليه فإن كان باذن القاضي يرجع به على صاحبه والأب لا يكون متطوعاً فإن طالبت المدة ولم يحبس له
طالب بآعه القاضي وأخذ ثمنه يحفظه على صاحبه لأن ذلك حفظ له معنى فإن باعه وأخذ ثمنه ثم جاء إنسان وأقام
البينة أنه عبده دفع الثمن إليه وليس له أن ينقض البيع لأن البيع من القاضي صدر عن ولاية شرعية لأنه من باب
حفظ ماله إذ لو لم يبيع لانت النفقة على جميع قيمته فيضيع المال فكان بيعه حفظاً له من حيث المعنى والقاضي
يملك مال الغائب ولهذا يبيع ما يتسارع إليه الفساد ولو زعم المدعي أنه قد كان دبره أو كاتبه لم يصدق في نقض
البيع لما قلنا وينفق القاضي عليه في مدة حبسه إياه من بيت المال ثم إذا جاء صاحبه أخذه من صاحبه أو من ثمنه
إن باعه لأن الاتفاق عليه إحياء ماله فيكون عليه وإذا جاء بالأباقي له أن يمسكه بالجعل لأنه إذا جاء به فقد استحق الجعل
على مالكه فكان له حق حبسه بالجعل كما يحبس المبيع لاستيفاء الثمن ولو هلك في حال الحبس لا ضمان عليه لكن
يسقط الجعل كما لا ضمان على البائع بهلاك المبيع المحبوس بالثمن لكن يسقط الثمن عن المشتري ولا يقبل كتاب
القاضي إلى القاضي في الرقيق في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يقبل في العبد ولا يقبل في الجارية وهذه
المسئلة في كتاب القاضي في بيان شرائط قبول كتاب القاضي إلى القاضي

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم ماله فهو استحقاق الجعل عندنا استحقاقاً والكلام في الجعل في مواضع في بيان
أصل الاستحقاق وفي بيان سببه وفي بيان شرطه وفي بيان ما يستحق عليه وفي بيان قدر المستحق (أما) أصل
الاستحقاق فثبت عندنا استحقاقاً والقياس أن لا يثبت أصلاً كما لا يثبت برد الضالة وقال الشافعي رحمه الله ثبت
بالشرط ولا يثبت بدونه حتى لو شرط الأخذ الجعل على المالك وجب والأب لا (وجه) قول الشافعي رحمه الله أنه رد
مال الغير عليه محتسباً فلا يستحق الجعل إلا إذا شرط فيجب عليه بحكم الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام
المسلمون عند شروطهم (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن عليه الرحمة عن أبي عمر والشيباني أنه قال كنت قاعداً عند عبد الله

ابن مسعود فجاء رجل فقال قدم فلان بآبق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجر فقال عبد الله رضى الله عنه وجعلان شاع من كل رأس درهما ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا ولا ن جعل الآبق طريق صيانة عن نضباع لانه لا يتوصل اليه بالطلب عادة اذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك فلو لم يأخذه لضباع ولا يؤخذ لصاحبه ويتحمل مؤنة الاخذ والرد عليه مجانا بلا عوض عادة واذا علم أن له عليه جعل يحمل مشقة الاخذ والرد طمعا في الجعل فتحصل الصيانة عن الضباع فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الآبق عن الضباع وصيانة المال عن الضباع واجب فكان المالك شارطا للاجر عند الاخذ والرد دلالة بخلاف الضالة لان الدابة اذا ضلت فانها ترعى في المراعى المألوفة فيمكن الوصول اليها بالطلب عادة فلا تضيع دون الاخذ فلا حاجة الى الصيانة بالجعل فان أخذه أحد كان في الاخذ والرد محتسبا فلا يستحق الاجر فهو الفرق وأما سبب استحقاق الجعل فهو الاخذ لصاحبه لانه طريق الصيانة على المالك وهو معنى التسبب

فصل وأما شرائط الاستحقاق فأنواع (منها) الرد على المالك لان الصيانة تحصل عنده وهو معنى الشرط ان توجد العلة عند وجوده حتى لو أخذه فبات أو أبق من يده قبل الرد لا يستحق الجعل ولو أخذه فأبق من يده فأخذه غيره فرده على المالك فالجعل للثاني ولا شيء للاول لانه لما أبق من يده فقد انقضى ذلك السبب أو بقي ذلك سببا محضالا لعدم شرطه وهو الرد على المالك وقد وجد السبب والشرط من الثاني فكان الاول صاحب سبب محض والسبب المحض لا يحكم له والثاني صاحب علة فيكون الجعل له ولو كان الراد واحدا والآبق اثنين فله جعلان لوجود سبب الاستحقاق وشرطه في كل واحد منهما ولو كان الراد اثنين والآبق واحد فلهما جعل واحد بينهما نصفان لا اشتراكهما في مباشرة السبب والشرط ولو كان الراد واحدا والآبق واحد أو المالك اثنين فعليهما جعل واحد على قدر ملكيهما ولو جاء بالآبق فوجد المالك قد مات فله الجعل في تركته لوجود الرد على المالك من حيث المعنى بأرد على التركة ثم ان كان عليه دين محيط بماله فهو أحق بالعبد حتى يعطى الجعل لماذا كرنا وان لم يكن له مال سوى العبد يقدم الجعل على سائر الديون فيباع العبد ويبدأ بالجعل من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لانه كان أحق بحبسه من بين سائر الغرماء لاستيفاء الجعل فكان أحق بثمنه بقدر الجعل كالمترهن هذا اذا جاء به أجنبي فوجد المالك قد مات فأما اذا جاء به وارث الميت فوجد مورثه قد مات فله الجعل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهم الله اذا كان المالك حيا وقت الاخذ وعند أبي يوسف لا جعل له وان كان حيا وقت الاخذ اذ اقامات قبل الوصول اليه (وجه) قوله انه فاق شرط الاستحقاق وهو الرد على المالك لانه رد على نفسه (وجه) قوله ان المجبى به من مسيرة ثلاثة أيام مثلا في حال حياة المالك على قصد الرد على المالك فيستحق الجعل كما اذا وجد حيا ولهذا لو كان الراد أجنبيا استحق الجعل لما قلنا كذا هذا ولو جاء به فأعتقه مولا قبل أن يرده عليه أو باعه منه فله الجعل لماذا كرنا أن المجبى به على قصد الرد على المالك رد عليه ويجب الجعل بردا الآبق الموهون لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك الا انه يجب على المترهن لان منفعة الصيانة رجعت اليه ألا ترى انه لو ضاع يسقط دينه بقدر قيمته فاذا كانت المنفعة له كانت المضرة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وسواء كان الراد بالغاً أو صبياً حراً أو عبداً لان الصبي من أهل استحقاق الاجر بالعمل وكذا العبد الا أن الجعل لمولاه لانه ليس من أهل ملك المال والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون الراد على المالك في عيال المالك حتى لو كان في عياله لا جعل له سواء كان وارثاً أو أجنبياً لانه اذا كان في عياله كان الردمه بمنزلة رد المالك ولانه اذا كان في عياله كان في الرد عليه عاملاً لنفسه لان منفعة الرد تعود اليه ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره والا صل أن الراد اذا كان في عيال المالك لا جعل له كائنا ما كان وان لم يكن في عياله فله الجعل كائنا ما كان الا الابن بردا آبق ابيه والزوج بردا آبق زوجته انه لا جعل لهما وان لم يكونا في عياله لانه لان الابن وان لم يكن في عيال أبيه فالردمه بحري مجرى الخدمة لابيه والابن لا يستحق الاجر بخدمة أبيه لانها

مستحقة عليه ولهذا الواستأجر ابنه لخدمته لا يستحق الاجر بخلاف الاب مع ما أن الاولاد في العادات يحفظون أموال الآباء لطمع الانتفاع بها بطريق الارث فكان راداً عبد نفسه معنى اذ كان بالرد عاملاً لنفسه فلا يستحق الاجر وكذلك الزوج اذ ارد عبد زوجته فقد رد عبد نفسه معنى لانه ينتفع بها لعادته وكذلك لا تقبل شهادة كل واحد منهما للآخر فلا يستحق الجعل (وأما) الاب اذ ارد عبد ابنه فان كان في عياله لا جعل له لان الاجني الذي في عياله لا جعل له فالقرابة أولى وان لم يكن في عياله فله الجعل لان الاب لا يستخدم طبعاً وشرعاً وعقلاً ولهذا لو خدم بالاجر وجب الاجر فلا يمكن حمله على الخدمة فيحمل على طلب الاجر وكذا الآباء لا يحفظون أموال الاولاد للانتفاع بها بطريق الارث لان موتهم يتقدم موت الاولاد عادة فلم يتحقق معنى الرد والعمل لنفسه لذلك افرق الامران وعلى هذا سائر ذوى الارحام من الاخ والعمة والخال وغيرهم ان اراد ان كان في عياله المالك لا جعل له لما قلنا وان لم يكن في عياله فله الجعل وعلى هذا الوصي اذ ارد عبد اليتيم لا جعل له لان اليتيم في عياله وحفظ ماله مستحق عليه فلا يستحق الجعل على الرد وكذا عبد الوصي اذ ارد عبد اليتيم لان رد عبده كرده (ومنها) أن يكون المردود مرقوقاً مطلقاً كالقن والمدبر وأم الولد حتى لو كان مكاتباً لا جعل له لانه ليس بمرقوق على الاطلاق بل هو فيما يرجع الى مكاسبه حر ولهذا لم يتناولوا له مطلق اسم المملوك في قول الرجل كل مملوك لي حراً بالنية بخلاف المدبر وأم الولد ولان استحقاق الجعل لمعول بالصيانة عن الضياع ولا حاجة الى الصيانة في المكاتب لانه لا يهرب عادة لان العقد في جانبه غير لازم فلو لم يقدر على بدل الكتابة يعجز شسبه بالآباء عن الكسب بخلاف المدبر وأم الولد لانهما يستخدمان عادة فلهما يكفان مالا يطيقان فيحملهما ذلك على الهرب فتقع الحاجة الى الصيانة بالجعل كما في القن الا أن الفرق بينهما وبين القن انه اذا جاء بالقن وقدمات المولى قبل أن يصل اليه فله الجعل وان جاء بالمدبر وأم الولد وقدمات المولى قبل الوصول اليه لا جعل له (ووجه) الفرق ظاهر لانهما يعتقان بموت السيد فلم يوجد المرقوق أصلاً فلا يستحق الجعل بخلاف القن والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان من يستحق عليه فالمستحق عليه هو المالك اذا أبق من يده لان الجعل مؤنة الرد ومنفعة الرد عائدة الى المالك فكانت المؤنة عليه ليكون الخراج بالضمان ولو أبق عبد الرهن من يد المرتهن فالجعل عليه لان منفعة الرد تعود اليه باعتبار الحبس الذي هو وسيلة الى استيفاء الدين فان كان في قيمة العبد فضل على الدين يجب بقدر الدين على المرتهن والزيادة على الراهن والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان قدر المستحق فينظر ان رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله أر بعون درهمين وينا من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وان رده دون ذلك فبحسابه وان رده من أقصى المصر رضخ له على قدر عنائه ونعمه لان الواجب بمقابلة العمل فيتقدر بقدره الا أن الزيادة على مدة السفر سقط اعتبارها بالشرع فيبقى الواجب في المدة بمقابلة العمل فيزداد بزيادته وينقص بنقصانه هذا اذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل فان كانت مثل الجعل أو أقل منه ينقص من قيمته درهم عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له الجعل تاماً وان كانت قيمة العبد درهماً واحداً واحتج بما روينا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال من كل رأس أر بعين درهماً اعتبر الرأس دون القيمة (وجه) قولهما ان الواجب لمعول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة في هذه الصيانة لو اعتبر الرأس دون القيمة لانه ان كان يصاب من وجهه يضيع من وجهه آخر فلا فرق بين الضياع وتركه الاخذ والامساك وبين الضياع بالجعل فلا بد أن ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالاخذ مفيداً والحديث محمول على ماذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أر بعين درهماً توفيقاً بين الدلائل بقدر الامكان والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب السباق ﴾

الكلام في هذا الكتاب في موضعين في تفسير السباق وفي بيان شرائط جوازه (أما) الأول فالسباق فعال من السبق وهو أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الابل ونحو ذلك فيقول ان سبقتك فكذا أو ان سبقتني فكذا ويسمى أيضا رهانا فعلا من ارهن

﴿فصل﴾ وأما شرائط جوازه فأشياء (منها) أن يكون في الأنواع الاربعه الخافر والخف والنصل والقدم لا في غيرها لما روى عليه الصلاة والسلام انه قال لا سبق الا في خف أو حافر أو نصل الا انه يزيد عليه السبق في القدم بحديث سيدتنا عائشة رضي الله عنها فقها وراءه بقى على أصل النفي ولا نه لعب واللعب حرام في الأصل الا أن اللعب بهذه الاشياء صار مستثنى من التحريم شرعا لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه حرم عليه الصلاة والسلام كل لعب واستثنى الملاعبة بهذه الاشياء المخصوصة فبقيت الملاعبة بما وراءها على أصل التحريم اذا لا استثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وكذا المسابقة بالخف صارت مستثناة من الحديث وبما روى عن سعيد بن المسيب انه قال ان العضباء ناقرة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تسبق كلما دفعت في سباق فدفعته يوما في ابل فسبقت فكانت على المسلمين كآبة اذ سبقت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الناس اذا رموا شيئا أو أرادوا رفع شيء وضعه الله وكذا السبق بالقدم لما روت سيدتنا عائشة رضي الله عنها انها قالت سابت النبي عليه الصلاة والسلام فسبقت فلبس حلت اللحم سا بقتة فسبقتني فقلت هذا ابتلك فصارت هذه الأنواع مستثناة من التحريم فبقى ما وراءها على أصل الحرمة ولان الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد في غيرها وهو الرياضة والاستعداد لأسباب الجهاد في الجملة فكانت لعبا بصورة ورياضة وتعلم أسباب الجهاد فيكون جائزا اذا استجمع شرائط الجواز ولئن كان لعبا لكن اللعب اذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراما ولهذا استثنى ملاعبة الاهل لتعلق عاقبة حميدة بها وهو انبعاث الشهرة الداعية الى الوطء الذي هو سبب التوالد والتناسل والسكنى وغير ذلك من العواقب الحميدة وهذا المعنى لا يوجد في غير هذه الاشياء فلم يكن في معنى المستثنى فبقى تحت المستثنى (ومنها) أن يكون الخطر فيه من أحد الجانبين الا اذا وجد فيه محلا حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعا ولم يدخل فيه محلا لا يجوز لانه في معنى القمار نحو أن يقول أحد هما لصاحبه ان سبقتني فلك على كذا وان سبقتك فلي عليك كذا فقبل الآخر ولو قال أحد هما لصاحبه ان سبقتني فلك على كذا وان سبقتك فلا شيء عليك فهو جائز لان الخطر اذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار فيحمل على التحريض على استعداد أسباب الجهاد في الجملة بما له نفسه وذلك مشروع كالتنفيل من الامام وبل أولى لان هذا يتصرف في مال نفسه بالبدل والامام بالتنفيل يتصرف فيما غيره فيه حق في الجملة وهو الغنيمه فلما جاز ذلك فهذا الجواز أولى وكذلك اذا كان الخطر من الجانبين ولكن ادخلا فيه محلا بأن كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم ولا خطر من الثالث بل ان سبق أخذ الخطر وان لم يسبق لا يغر شيئا فهذا مما لا بأس به أيضا وكذلك ما يفعله السلاطين وهو أن يقول السلطان لرجلين من سبق منكافله كذا فهو جائز لما بينا ان ذلك من باب التحريض على استعداد أسباب الجهاد خصوصا من السلطان فكانت ملحقة بأسباب الجهاد ثم الامام اذا حرض واحدا من الغزاة على الجهاد بأن قال من دخل هذا الحصن أولا فله من النفل كذا ونحوه جاز كذا هذا وبل أولى لما بينا (ومنها) أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق ويسبق من الاشياء الاربعه حتى لو كانت فيما يعلم انه يسبق غالبا لا يجوز لان معنى التحريض في هذه الصوره لا يتحقق فبقى الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثا ولعبا والله تعالى أعلم

كتاب الوديعة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العقد وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان حال المعقود عليه وفي بيان ما يوجب تغير حاله (أما) ركنه فهو الإيجاب والقبول وهو أن يقول لغيره أودعتك هذا الشيء أو أحفظ هذا الشيء على أو خذ هذا الشيء وديعة عندك وما يجري مجراه ويقبله الآخر فإذا وجد ذلك فقد تم عقد الوديعة

فصل وأما شرائط الركن فأنواع (منها) عقل المودع فلا يصح الإيداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية (وأما) بلوغه فليس بشرط عندنا حتى يصح الإيداع من الصبي المأذون لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة وعند الشافعي رحمه الله لا يملك التجارة فلا يملك توابعها على ما ذكر في كتاب المأذون وكذا حر به ليست بشرط فيملك العبد المأذون الإيداع لما قلنا في الصبي المأذون (ومنها) عقل المودع فلا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ (وأما) بلوغه فليس بشرط حتى يصح قبول الوديعة من الصبي المأذون لأنه من أهل الحفظ ألا ترى أنه أذن له الولي ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الأذن له سفها (وأما) الصبي المحجور عليه فلا يصح قبول الوديعة منه لأنه لا يحفظ المال عادة ألا ترى أنه منع منه ماله ولو قبل الوديعة فاستهلكها فإن كانت الوديعة عبداً أو أمة يضمن بالاجماع وإن كانت سواهما فإن قبلها باذن الولي فكذلك وإن قبلها بغير إذنه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعبد أبي يوسف يضمن (وجه) قوله أن إيداعه لو صح فاستهلك الوديعة يوجب الضمان وإن لم يصح جعل كأنه لم يكن فصار الحال بعد العقد كالحال قبله ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان إذا كانت الوديعة عبداً أو أمة (وجه) قوله ما أن إيداع الصبي المحجور اهلاك للمال معنى فكان فعل الصبي اهلاك مال قائم بصورة لا معنى فلا يكون مضموناً عليه ودلالة ما قلنا أنه لما وضع المال في يده فقد وضع في يدهم لا يحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعاً ولا شك أنه لا يجب عليه حفظ الوديعة شرعاً لأن الصبي ليس من أهل وجوب الشرائع عليه والدليل على أنه لا يحفظ الوديعة عادة أنه منع عنه ماله ولو كان يحفظ المال عادة لدفع إليه قال الله تبارك وتعالى فإن آستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم وبهذا فارق المأذون لأنه يحفظ المال عادة ألا ترى أنه دفع إليه ماله ولو لم يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع إليه سفها بخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً أو أمة لأن هناك لا يجب عليه ضمان المال أيضاً وإنما يجب عليه ضمان الدم لأن الضمان الواجب بقتل العبد ضمان الأدمى لا ضمان المال والعبد من حيث أنه آدمى قائم من كل وجه قبل الإيداع وبعده فهو الفرق وكذلك حرية المودع ليست بشرط لصحة العقد حتى يصح القبول من العبد المأذون ويترب عليه أحكام العقد لأنه يحتاج إلى الإيداع والاستيداع على ما ذكر في كتاب المأذون (وأما) العبد المحجور فلا يصح منه القبول لأنه لا يحفظ المال عادة ولو قبلها فاستهلكها فإن كانت عبداً أو أمة يؤمر المولى بالدفع أو القداء وإن كانت سواهما فإن قبلها باذن وليه يضمن بالاجماع وإن قبلها بغير إذن وليه لا يؤخذ به في الحال عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يؤخذ به في الحال والكلام في الطرفين على حسب ما ذكرنا في الصبي المحجور

فصل وأما بيان حكم العقد فحكمه لزوم الحفظ للمالك لأن الإيداع من جانب المالك استحقاقاً ومن جانب المودع التزام الحفظ وهو من أهل الالتزام فيلزمه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والكلام في الحفظ في موضعين أحدهما فيما يحفظ به والثاني فيما فيه يحفظ (أما) الأول فلا استحقاقاً لا يخلو من أن يكون مطلقاً أو مقيداً فإن كان مطلقاً فلمودع أن يحفظ بيد نفسه ومن هو في عياله وهو الذي يسكن معه ويمونه فيكفيه

طعامه وشرابه وكسوته كائن من مكان قريباً أو اجنبياً من ولده وامرأته وخدمه وأجيريه لا الذي استأجره بالدرهم والدنانير ويبد من ليس في عياله ممن يحفظ ماله بنفسه عادة كشر يكة المفاوض والعنان وعبد المأذون وعبد المعزول عن بيته هذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يحفظ الا بيد نفسه الا أن يستعين بغيره من غير أن يغيب عن عينه حتى لو فعل يدخل في ضمانه (وجه) قوله أن العقد تناوله دون غيره فلا يملك الا يداع من غيره كما لا يملك الا يداع سائر الاجانب (ولنا) أن الملتزم بالعقد هو الحفظ والا نسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة الا بما يحفظ به مال نفسه وانه يحفظ مال نفسه بيده مرة ويبد هو لاء أخرى فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضاً فكان الحفظ بأيديهم داخلاً تحت العقد دلالة وكذلك ان برد الوديعة على أيديهم حتى لو هلك قبل الوصول الى المالك لا ضمان عليه لأن يدهم يد المودع معنى فادام المالك في أيديهم كان محفوظاً بحفظه وليس له أن يدفع الوديعة الى غيرهم الا لعذر حتى لو دفع تدخل في ضمانه لان المالك مريض بيده الا يرى انه لا يرضى مال نفسه بيده فاذا دفع فقد صار محالفاً فتدخل الوديعة في ضمانه الا اذا كان عن عذر بان وقع في داره حريق أو كان في السفينة تخاف الغرق فدفعه الى غيره لان الدفع اليه في هذه الحالة تعين طريقاً للحفظ فكان الدفع باذن المالك دلالة فلا يضمن فلواراد السفر فليس له أن يودع لان السفر ليس بعذر ولو أودعها عند من ليس له أن يودعها فضاعت في يد الثاني فالضمان على الاول لا على الثاني عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد المالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثاني وان ضمن الثاني يرجع به على الاول (وجه) قولهما انه وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان أما الاول فلا تدفع مال الغير الى غيره بغير اذنه وأما الثاني فلا تدفع مال الغير بغير اذنه وكل واحد منهما سبب وجوب الضمان فيخير المالك ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني كمودع الغاصب مع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثاني لانه لا يملك الوديعة ببدء الضمان فتبين انه أودع ماله نفسه اياه فهذا مودع هلك الوديعة في يده فلا شيء عليه وان ضمن الثاني يرجع بالضمان على الاول لان الاول غره باليداع فيلزمه ضمان الغرور كانه كفيل عنه بما يلزمه من العهدة في هذا العقد اذ ضمان الغرور ضمان كفالة لما علم (وجه) قول أبي حنيفة ان يد المودع الثاني ليست بيد مائة بل هي يد حفظ وصيانة الوديعة عن اسباب الهلاك فلا يصلح ان يكون سبباً لوجوب الضمان لانه من باب الاحسان الى المالك قال الله تعالى جل شأنه ما على المحسنين من سبيل وكان ينبغي ان لا يجب الضمان على الاول ايضاً لان اليداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له فكان محسناً فيه الا انه صار مخصوصاً عن النص فبقى المودع الثاني على ظاهره ولو أودع غيره وادعى انه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك الا بينة عند أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله كذا ذكر الشيخ القدوري رحمه الله لان الدفع الى غيره سبب وجوب الضمان في الاصل فدعوى الضرورة دعوى أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق الابحجة هذا اذا هلك الوديعة في يد المودع الثاني فاما اذا استهلكها فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع غير انه ان ضمن الاول يرجع بالضمان على الثاني وان ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الاول لان سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك لوقوعه اعجازاً للمالك عن الانتفاع بماله على طريق القهر ولم يوجد من الاول الا الدفع الى الثاني على طريق الاستحفاظ دون الاعجاز الا انه ألحق ذلك بالاعجاز شرعاً في حق اختيار التضمنين بصورة لانه باشر سبب الاعجاز فكان الضمان في الحقيقة على الثاني لان اقرار الضمان عليه لذلك لم يرجع الاول على الثاني ولم يرجع الثاني على الاول بخلاف مودع الغاصب اذا هلك المنصوب في يده ان المالك يتخير بين ان يضمن الغاصب أو يضمن المودع فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على المودع وان ضمن المودع يرجع به على الغاصب وقد تقدم الفرق وعلى هذا اذا أودع رجل من رجلين مالا فان كان محتملاً للقسمة اقتسماه وحفظ كل واحد منهما نصفه لانه لا أودعه من رجلين فقد استحفظهما جميعاً فلا بد وان تكون الوديعة في حفظهما جميعاً ولا تتحقق الا بالقسمة ليكون النصف في يدهما والنصف في يدهما

والحل محتمل للقسمة فيقتسمان نصفين ولو سلم أحدهما النصف الى صاحبه فضاغت فمن المسلم نصف الوديعة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يضمن القابض شيئاً بالاجماع ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد منهما ان يسلم الكل الى صاحبه واذا فعل فضاغت لاضمان عليه بالاجماع وجه قولهما ان المالك لما استحفظها فقد رضى بيد كل واحد منهما على كل الوديعة كما اذا لم تكن الوديعة محتملة للقسمة (وجه) قول أبي حنيفة ان المالك استحفظ كل واحد منهما في بعض الوديعة لافي كلها فكان راضياً بثبوت يد كل واحد منهما على البعض دون الكل وهذا لما ذكرنا انه لما استحفظهما جميعاً فلا بد ان يكون المالك في حفظهما جميعاً ولا يمكن ان يكون كله في يد كل واحد منهما الاستحالة فيقسم ليكون النصف في يد أحدهما والنصف في يد الآخر فاذا كان الحل محتملاً للقسمة لم يكن راضياً بكون الكل في يد أحدهما فاذا فعل فقد خالفه فدخل في ضمانه فاذا ضاع ضمن بخلاف ما اذا لم يكن محتملاً للقسمة لانه اذا لم يحتمل تعذر ان يكون كله في حفظ كل واحد منهما على التوزيع في زمان واحد فكان راضياً بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين على التهاين فلم يصير مخالفاً بالدفع فهو الفرق وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا المرتين والوكيلان بالشراء اذا كان المرهون والمشتري مما يحتمل القسمة فسلمه أحدهما الى صاحبه وأما الثاني وهو الكلام فيما فيه تحفظ الوديعة فان كان العقد مطلقاً فله ان يحفظها فيما يحفظ فيه مال نفسه من داره وحائوته وكيسه وصندوقه لانه ما التزم حفظها الا فيما يحفظ فيه مال نفسه وليس له ان يحفظ في حرز غيره لان حرز غيره في يد ذلك الغير ولا يملك الحفظ بيده فلا يملكه بما في يده أيضاً الا اذا استأجر حرزاً لنفسه فله ان يحفظ فيه لان الحرز في يده فافى الحرز يكون في يده أيضاً فكان حافظاً بيد نفسه فذلك وله ان يحفظ الحضر والسفر بان يسافر بها عند أبي حنيفة سواء كان للوديعة حمل ومؤنة أو لم يكن وعند أبي يوسف ومحمد ان كان لها حمل ومؤنة لا يملك المسافرة بها وان لم يكن يملك وعند الشافعي رحمه الله لا يملك كيف ما كان أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله ان المسافرة بالوديعة تضيق المال لان المقازة مضيقه قال النبي عليه أفضل التحية المسافر وماله على قلب الاماوى الله فكان التحويل اليها تضيقاً فلا يملكه المودع (ولنا) ان الامر بالحفظ صدر مطلقاً عن تعيين المكان فلا يجوز التعيين الا بدليل قوله المقازة مضيقه قلنا ممنوع او تقول اذا كان الطريق مخوفاً أما اذا كان آمناً فلا والكلام فيما اذا كان الطريق آمناً والحديث محمول على ابتداء الاسلام حين كانت الغلبة للكفرة وكانت الطريق مخوفة ونحن به نقول وأما الكلام مع أصحابنا رضي الله عنهم فوجه قولهما ان في المسافرة بماله حمل ومؤنة ضرراً بالمالك لجواز ان يموت المودع في السفر فيحتاج الى الاسترداد من موضع لا يمكنه ذلك الا بحمل ومؤنة عظيمة فيتضرر به ولا كذلك اذا لم يكن لها حمل ومؤنة ولا في حنيفة على نحو ما ذكرنا مع الشافعي رحمه الله ان الامر بالحفظ لا يتعرض لمكان دون مكان ولا يجوز تقييد المطلق من غير دليل قولهما فيه ضرر قلنا هذا النوع من الضرر ليس بغالب فلا يجب دفعه على انه ان كان فهو الذي أضر بنفسه حيث أطلق الامر ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له هذا اذا كان العقد مطلقاً عن شرط في الفصلين جميعاً فاما اذا شرط فيه شرطاً نظيره ان كان شرطاً يمكن اعتباره ويفيد اعتباراً ولا فلا بيان ذلك اذا أمره بالحفظ وشرط عليه ان يسكبها بيده ليلاً ونهاراً ولا يضعها فالشرط باطل حتى لو وضعها في بيتيه أو في بحر فيه ماله عادة فضاغت لاضمان عليه لان امسالك الوديعة بيده بحيث لا يضعها أصلاً غير مقدور له عادة فكان شرطاً لا يمكن مراعاته فيلغو ولو أمره بالحفظ ونهاه ان يدفعها الى امرأته أو عبده أو ولده الذي هو في عياله أو من يحفظ مال نفسه بيده عادة نظيره ان كان لا يجبد بأمين الدفع اليه لانه اذا لم يجبد بأمين الدفع اليه كان النهي عن الدفع اليه نهياً عن الحفظ فكان سفهاً فلا يصح نهيه وان كان يجبد بأمين الدفع اليه ليس له ان يدفع ولو دفع بدخل في ضمانه لانه اذا كان له منه بد في الدفع اليه أمكن اعتبار الشرط وهو مفيد لان الايدي في الحفظ متفاوتة والاصل في الشروط اعتبارها ما أمكن ولو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج بها تدخل في ضمانه لانه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد

لان الحفظ في المصر اكل من الحفظ في السفر اذا السفر موضع الخطر الا اذا خاف التلف عليها فاضطر الى الخروج بها
 فخرج لا تدخل في ضمانه لان الخروج بها في هذه الحالة طريق متعين للحفظ كما اذا وقع في داره حريق أو كان في سفينة
 تخاف العرق فدفعها الى غيره ولو قال له احفظ الوديعة في دارك هذه فحفظها في داره أخرى فان كانت الدار ان في
 الحرز سواء أو كانت الثانية أحرز لا تدخل في ضمانه لان التقييد غير مفيد وان كانت الاولى أحرز من الثانية دخلت
 في ضمانه لان التقييد به عند تفاوت الحرز مفيد وكذلك لو أمره ان يضعها في داره في هذه القرية ونهاه عن ان يضعها
 في داره في قرية أخرى فهو على هذا التفصيل ولو قال له اخبأها في هذا البيت وأشار الى بيت معين في داره فخبأها في
 بيت آخر في تلك الدار لا تدخل في ضمانه لان البيت من دار واحدة لا يختلفان في الحرز عادة بخلاف الدارين فلا
 يكون التعيين مفيداً حتى لو تفاوتا بان كان الاول أحرز من الثاني تدخل في ضمانه والاصل المحفوظ في هذا الباب
 ما ذكرنا ان كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر وهذا عندنا وعند
 الشافعي رحمه الله تعالى يجب مراعاة الشروط في المواضع كلها حتى ان المأمور بالحفظ في بيت معين لا يملك الحفظ في بيت آخر
 من دار واحدة وجه قوله ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه فلا يترك هذا الاصل الا للضرورة ولم
 توجد وصار كالدارين والجواب نعم اذا تعلقت به عاقبة حميدة فاما اذا خرج مخرج السفه والعبث فلا لان التعيين عند
 انعدام التفاوت في الحرز يجري مجرى العبث كما اذا قال احفظ بيمينك ولا تحفظ بشمالك أو احفظ في هذه الزاوية من
 البيت ولا تحفظ في الزاوية الأخرى فلا يصح التعيين لانعدام الفائدة حتى لو تفاوتا في الحرز يصح بخلاف الدارين
 والاصل في الدارين اختلاف الحرز فكان التعيين مفيداً حتى لو لم يختلف فالجواب فيها كالجواب في البيتين على ما مر
 فصل ١٠ وأما بيان حال الوديعة فالحال انها بيد المودع أمانة لان المودع مؤتمن فكانت الوديعة أمانة في يده ويتعلق
 بكونها أمانة أحكام منها وجوب الرد عند طلب المالك لقوله تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى
 أهلها حتى لو حبسها بعد الطلب فضاعت ضمن هذا اذا كانت الوديعة لرجل واحد فاما اذا كانت مشاعاً
 لرجلين فجاء أحدهما وطلب حصته لا يجب عليه الرد بان أودع رجلاً رجلاً وديعة دراهم أو ديناراً أو ثياباً أو غاب ثم
 جاءه أحدهما وطلب بعضها وأبى المستودع ذلك لم يأمره القاضي بدفع شيء اليه ما لم يحضر الغائب عند أبي حنيفة وقال
 أبو يوسف ومحمد يقسم ذلك ويدفع اليه حصته ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بخلاف حتى لو هلك الباقي في
 يد المودع ثم جاء الغائب له ان يشارك صاحبه في المقبوض عندهم جميعاً ولو هلك المقبوض في يد القابض ثم جاء الغائب
 فليس للقابض ان يشارك صاحبه في الباقي وجه قولهما ان الأخذ بأخذ حصته متصرف في ملك نفسه فكان له
 ذلك من غير حضرة الغائب كما اذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين فانه يدفع
 اليه حصته لما قلنا كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان المودع لو دفع شيئاً الى الشريك الحاضر لا يخلو اماناً يدفع اليه
 من النصيبين جميعاً واما أن يدفع اليه من نصيبه خاصة لا وجه الى الاول لان دفع نصيب الغائب اليه ممتنع شرعاً ولا
 سبيل الى الثاني لان نصيبه شائع في كل الالف لكون الالف مشتركة بينهما ولا يتميز الا بالقسمة والقسمة على الغائب
 غير جائزة ولو سلمنا ذلك حتى قالوا اذا جاء الغائب وقد هلك الباقي له ان يشارك القابض في المقبوض ولو نفذت القسمة
 لما شاركه فيه لتميز حقه عن حق صاحبه بالقسمة والقياس على الدين المشترك غير سديد لان الغريم يدفع نصيب أحد
 الشريكين بدفع مال نفسه لا مال شريكه الغائب وهنا يدفع مال الغائب بغير ادنه فلا يستقيم القياس ولو كان في يده الف
 درهم فجاءه رجلاً وان ادعى كل واحد منهما انه أودعه اياه فقال المودع ادعها أحدكما وليست أدري أيكما هو فهذا في
 الاصل لا يخلو من احد وجهين اماناً اصطلاح المتداعيان على ان يأخذ الالف وتكون بينهما واما ان لم يصطلح احداً على
 كل واحد منهما ان الالف له خاصة لا لصاحبه فان اصطلاحاً على ذلك فلم يملك ذلك وليس للمودع ان يتمتع عن تسليم
 الالف اليهما لانه أقر ان الالف لا أحدهما واذا اصطلاحاً على انها تكون بينهما لا يمنعان عن ذلك وليس لهما ان يستحلفا

المودع بعد الصلح وان لم يصطلح اودع كل واحد منهما ان الالف له لا يدفع الى أحدهما شيئاً لجهة المقر له بالوديعة ولكل واحد منهما ان يستحلف المودع فان استحلفه كل واحد منهما قالاً لا يخلو اما ان يحلف لكل واحد منهما واما ان ينكل لكل واحد منهما واما ان يحلف لا أحدهما وينكل للآخر فان حلف لهما فقد انقطعت خصومتهم للحال الى وقت اقامة البينة كما في سائر الاحكام وهل يمكن الاصطلاح على أخذ الالف بينهما بعد الاستحلاف فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد على قولهما لا يمكن وعلى قول محمد يمكن وهي مسألة الصلح بعد الحلف وقد مر في كتاب الصلح وان نكل لهما يقضى بالالف بينهما نصفين ويضمن الفأخرى بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كاملة لان كل واحد منهما يدعي ان كل الالف له فاذا نكل له والنكول بذل أو اقرار فكانه بذل لكل واحد منهما الف أو اقرار لكل واحد منهما بألف فيقضى عليه بينهما بألف ويضمن أيضاً الف أخرى تكون بينهما ليحصل لكل واحد منهما الف كاملة ولو حلف لا أحدهما ونكل للآخر قضى بالالف للذي نكل له ولا شيء للذي حلف له لان النكول حجة من نكل له لا حجة من حلف له ومنها وجوب الاداء الى المالك لان الله أمر بادهاء الامانات الى أهلها وأهلها مال الكفا حتى لو ردها الى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها الى من هو في عيال المالك دخلت في ضمانه حتى لو ضاعت يضمن بخلاف العارية فان المستعير لو جاء بمتاع العارية وألقاها في دار المعير أو جاء بالدابة فادخلها في اصطبله كان رداً صحيحاً لان ظاهر النص الذي تلونا أن لا يصح الا انها صارت مخصوصة عن عموم الآيات فبقيت الوديعة على ظاهره ولان القياس في الموضوعين ما ذكرنا من لزوم الرد الى المالك الا اننا استحسننا في العارية للعادة الجارية فيها بردها الى بيت المالك أو دفعها الى من في عياله حتى لو كانت العارية شيئاً قيساً كعقد جوهر ونحو ذلك لا يصح الرد لانعدام جريان العادة بذلك في الاشياء النفيسة ولم تجر به العادة في مال الوديعة فبقى على أصل القياس ولان مبنى الابداع على السر والاعفاء عادة فان الانسان انما يودع مال غيره سرا عن الناس لما يتعلق به من المصلحة فلورده على غير المالك لا نكشف اذا السر اذا جاؤ زائنين يشوفون المعنى المجعول له الابداع بخلاف العارية لان مبناها على الاعلان والظهار لانها شرعت لحاجة المستعير الى استعمالها في حوائجها ولا يمكنه الاستعمال سرا عن الناس عادة والرد الى غير المالك لا يفوت ما شرع له العارية فهو الفرق ومنها انه اذا ضاعت في يد المودع بغير صنعته لا يضمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المستعير غير المغل الضمان ولا على المستودع غير المغل الضمان ولان يده المالك فلهلاكه في يده كالهلاك في يد المالك وكذلك اذا دخلها نقص لان التقصان هلاك بعض الوديعة وهلاك الكل لا يوجب الضمان فهلاك البعض أولى ومنها ان المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلك أو قال رددتها اليك وقال المالك بل استهلكتها فاقول قول المودع لان المالك يدعي على الامين أمراً عارضاً وهو التعدي والمودع مستصحب لحال الامانة فكان متمسكاً بالأصل فكان القول قوله لكن مع اليمين لان التهمة قائمة قيساً بخلاف دفعها للتهمة وكذلك اذا قال المودع استهلكتها من غير اذني وقال المودع بل استهلكتها أنت أو غيرك بأمرك أن القول قول المودع لما قلنا ولو قال انها قد ضاعت ثم قال بعد ذلك بل كنت رددتها اليك لكنني أوهمت لم يصدق وهو ضامن لانه نفى الرد بدعوى الهلاك ونفى الهلاك بدعوى الرد فصار نافيماً أثبتته مثبتاً ما نفاه وهذا تناقض فلا تسمع منه دعوى الضياع والرد لان المناقض لا قول له ولا نه لما ادعى دعوتين وأكذب نفسه في كل واحدة منهما فقد ذهبت أمانته فلا يقبل قوله

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الامانة الى الضمان فانواع منها ترك الحفظ لانه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلك يضمن بدله وذلك بطريق الكفالة ولهذا الورأى انساناً يسرق الوديعة وهو قادر على منعه ضمن لترك الحفظ الملتزم بالعقد وهو معنى قول مشايخنا ان المودع يؤخذ بضمان العقد ومنها ترك الحفظ للمالك بان خالفه في الوديعة بان كانت الوديعة ثوباً فلبسه أو دابة فركبها أو عبداً فاستعمله أو أودعها من ليس في

عياه ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة لان الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك فاذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك
فدخلت في ضمانه وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني انه منع دخول العين في ضمانه في المناظرة حين قدم بخارى
وسئل عن هذه المسألة وهذا خلاف اطلاق الكتاب فانه قال يبرأ عن الضمان والبراءة عن الضمان بعد الدخول في
الضمان تكون وكذلك المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلكت الوديعة أو رددتها اليك وقال المالك
استهلكتها ان كان قبل الخلاف فالقول قول المودع وان كان بعده فالقول قول المالك ونحو ذلك مما يدل على دخول
الوديعة في ضمانه بالخلاف وان خالف في الوديعة ثم عاد الوفاق يبرأ عن الضمان عند علمائنا الثلاثة وعند زفر والشافعي
لا يبرأ عن الضمان وجه قولهما ان الوديعة لما دخلت في ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد فلا يعود الا بالتجديد ولم
يوجد فصارت كما لو وجد الوديعة ثم أقر بها وكذلك المستعير والمستأجر اذا خالفا ثم عاد الى الوفاق لا يبرأ عن الضمان
لما قلنا كذا هذا ولنا انه بعد الخلاف مودع والمودع اذا هلكت الوديعة من غير صنعه لا ضمان عليه كما قبل الخلاف
ودلالة انه بعد الخلاف مودع أن المودع من يحفظ مال غيره له بأمره وهو بعد الخلاف والاشتغال بالحفظ حافظ
مال المالك له بأمره لان الامر تناول ما بعد الخلاف قوله الوديعة دخلت في ضمان المودع فترفع العقد قلنا معنى الدخول
في ضمان المودع انه انعقد سبب وجوب الضمان موقوفاً وجوبه على وجود شرطه وهو الهلاك في حالة الخلاف لكن
هذا لم يوجب ارتفاع العقد أليس ان من وكل انساناً ببيع عبده بالف درهم فباعه بألف وسلمه الى المشتري دخل العبد
في ضمانه لا انعقد سبب وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير الى غيره من غير اذنه ومع ذلك بقي العقد حتى لو أخذه كان له
بيعه بالعين كذا هذا على أن ان سلمنا ان العقد انفسخ لكن في قدر مافات من حقه وحكمه وهو الحفظ الملتزم للمالك في
زمان الخلاف لا فيما بقي في المستقبل كما اذا استخفظه باجر كل شهر بكذا وترك الحفظ في بعض الشهر ثم اشتغل به في
الباقى بقي العقد في الباقي يستحق الاجرة بقدره والجامع بينهما أن الارتفاع لضرورة فوات حكم العقد فلا يظهر الا في
قدر القاتل بخلاف الاجارة والاعارة لان الاجارة تمليك المنفعة وهي تمليك منافع مقدرة بالمكان أو الزمان فاذا بلغ
المكان المذكور فقد انتهى العقد لا تنهاه حكمه فلا يعود الا بالتجديد وكذا الاعارة لانها تمليك المنفعة عندنا لانها تمليك
المنفعة بغير عوض والاعارة تمليك المنفعة بعوض وأما حكم عقد الوديعة فلزوم الحفظ للمالك مطلقاً أو شهر او زمان ما بعد
الخلاف داخل في المطلق والوقت فلا ينقض بالخلاف بل يقرر فهو الفرق ومنها وجود الوديعة في وجه المالك عند
طلبه حتى لو قامت البينة على الابداع أو نكل المودع عن التمين أو أقر به دخلت في ضمانه لان العقد لما ظهر بالحجة فقد
ظهر ارتفاعه بالوجود أو عنده لان المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزل عن الحفظ والمودع لما وجد الوديعة حال
حضره المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد فبقى مال الغير في يده بغير اذنه فيكون مضموناً عليه فاذا هلك تقرر
الضمان ولو وجد الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان أقام البينة على أنها هلكت بعد
الوجود أو قبل الوجود أو مطلقاً فان أقام البينة على أنها هلكت بعد الوجود أو مطلقاً لا ينتفع ببينته لان العقد ارتفع
بالوجود أو عنده فدخلت العين في ضمانه والهلاك بعد ذلك يقرر الضمان لان يستقطه وان أقام البينة على أنها هلكت
قبل الوجود تسمع بينته ولا ضمان عليه لان الهلاك قبل الوجود لما ثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الوجود فلا
يرفع بالوجود فظهر ان الوديعة هلكت من غير صنعه فلا يضمن ولو ادعى الهلاك قبل الوجود ولا بينة له وطلب
التمين من المودع حلقة القاضي بالله تعالى ما يعلم انها هلكت قبل وجوده لانه الاصل في باب الاستحلاف أن الذي
يستحلف عليه لو كان أمر الواقف بالخالف للزومه فاذا أنكر يستحلف وهنا كذلك لان المالك لو أقر بالهلاك قبل
الوجود قبل منه ويسقط الضمان عن المودع فاذا أنكر يستحلف لكن على العلم لانه يستحلف على فعل غيره هذا
اذا وجد حال حضره المالك فان جحد عند غير المالك حال غيبته قال أبو يوسف لا يضمن وقال زفر رحمه الله يضمن
في الحالين جميعاً وجه قول زفر ان ما هو سبب وجوب الضمان لا يختلف بالحضرة والغيبة كسائر الاسباب وجه قول

أبي يوسف أن الجحود سبب للضمان من حيث أنه يرفع العقد بالعزل على ما بيننا ولا يصح العزل حالة الغيبة فلا يرتفع العقد ولأن الجحود عند غير المالك حال غيبته معدود من باب الحفظ والصيانة عرفاً وعادة لأن مبنى الإبداع على الستر والاخفاء فكان الجحود عند غير المالك حال غيبته حفظاً معني فكيف يكون سبباً لوجوب الضمان ومنها الاتلاف حقيقة أو معنى وهو عجز المالك عن الانتفاع بالوديعة لأن اتلاف مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان حتى لو طلب الوديعة فنعمها المودع مع القدرة على الدفع والتسليم إليه حتى هلك يضمن لأنه لما حبسها عنه عجز عن الانتفاع بها للحال فدخلت في ضمانه فاذا هلك تقرر العجز فيجب الضمان ولو أمر غيره بالاتلاف وادعى أنه كان باذن المالك لا يصدق إلا ببيبة لأن الاتلاف سبب لوجوب الضمان في الأصل وقوله كان باذن المالك دعوى أمر عارض فلا تقبل إلا بحجة وكذلك المودع إذا خلط الوديعة بماله خطأ لا يميز يضمن لأنه إذا كان لا يميز فقد عجز المالك عن الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه اتلافاً فيضمن ويصير ملكاً بالضمان وإن مات كان ذلك لجميع الغرماء والمودع أسوة الغرماء فيه ولو اختلطت بماله بنفسها من غير صنعه لا يضمن وهو شريك لصاحبها أما عدم وجوب الضمان فلا نعدام الاتلاف منه بل تلفت بنفسها لا نعدام الفعل من جهته وأما كونه شريكاً لصاحبها فوجود معنى الشركة وهو اختلاط المالكين ولو أودعه رجلان كل واحد منهما ألف درهم فخلط المودع المالين خلطاً لا يميز فلا سبيل لهما على أخذ الدرام ويضمن المودع لكل واحد منهما ألف درهم فخلط المودع المالين خلطاً لا يميز فلا سبيل لهما ومحمد هباً بالخيار أن شاأ اقتسم المخلوط نصفين وإن شاأ ضمنا المودع الثمن وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات والموزونات إذا خلط الجنس بالجنس خلطاً لا يميز كالخطة بالخطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن وجه قولهما أن الوديعة قائمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول إليها بعارض الخلط فإن شاأ اقتسم لا اعتبار بجهة القيام وإن شاأ ضمنا لا اعتبار بجهة العجز وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أنه لما خلطها خلطاً لا يميز فقد عجز كل واحد منهما عن الانتفاع بالمخلوط فكان الخلط منه اتلاف الوديعة عن كل واحد منهما فيضمن ولهذا ثبت اختيار التضمن عندهما واختيار التضمن لا يثبت إلا بوجود الاتلاف دل أن الخلط منه وقع اتلافاً ولو أودعه رجل خطة وآخر شعير فخلطهما فهو ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبي حنيفة لأن الخلط اتلاف وعندهما هما إن يأخذ العين ويبيعها ويقتسم الثمن على قيمة الخطة مخلوطاً بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالخطة لأن قيمة الخطة تنقص بخلط الشعير وهو يستحق الثمن لقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير لأن قيمة الشعير تزداد بالخلط بالخطة وتلك الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير ولو اتفق المودع بمحض الوديعة ضمن قدر ما اتفق ولا يضمن الباقي لأنه لم يوجد منه إلا اتلاف قدر ما اتفق ولورد مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود اتلاف الكل منه النصف بالاتلاف والنصف الباقي بالخلط الكون الخلط اتلافاً على ما بيننا ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينة ففلم ينقصها ثم ردها إلى موضعها بعد أيام فضاقت لا ضمان عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن وجه قوله أنه أخذها على وجه التعدى فيضمن كما لو انتفع بها (ولنا) أن نفس الأخذ ليس باتلاف ونية الاتلاف ليس باتلاف فلا توجب الضمان والأصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الله تبارك وتعالى عز شأنه غفان أمي ما حدثت به أنفسها ما لم يتكلموا أو يفعلوا ظاهر الحديث يقتضى أن يكون ما حدثت به النفس عفواً على العموم إلا ما خص بدليل وعلى هذا الخلاف إذا أودعه كيساً مسدوداً فخلطه المستودع أو صندوقاً مقلقة لم يأخذ منه شيئاً حتى ضاع أو مات المودع فإن كانت الوديعة قائمة بعينها ترد على صاحبها لأن هذا عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وإن كانت لا تعرف بعينها فهي دين في تركته يحاخص الغرماء لأنه لما مات مجهلاً للوديعة فقد ألقها معنى لخروجها من أن تكون منتفعاً بها في حق المالك بالتجهيل وهو تفسير الاتلاف ولو قالت الوريثة إنها هلكت أو ردت على المالك لا يصدقون على ذلك لأن الموت مجهلاً سبب لوجوب الضمان لكونه اتلافاً فكان

دعوى الهلاك والرد دعوى أمر عارض فلا يقبل إلا بحجة وبخاص المودع الغرماء لا نه دين الاستهلاك على ما ذكرنا
فيساوى دين الصحة والله سبحانه وتعالى أعلم

— — — — —

كتاب العارية

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العارية وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان
ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان حال المستعار وفي بيان
ما يوجب تغير حاله أماركنها فهو لا يجاب من المعير وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحسننا
والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر كما في الهبة حتى أن من حلف لا يعير فلا نافعا له ولم يقبل بحث كما إذا حلف لا يهب
فلا ناشياً فوهبه ولم يقبل وهي مسألة كتاب الهبة والاحتجاج هو أن يقول أعرتك هذا الشيء أو منحتك هذا الثوب أو
هذه الدار أو أطعمتك هذه الأرض أو هذه الأرض لك طعمة أو أخذت منك هذا العبد أو هذا العبد لك خدمة أو حملتك
على هذه الدابة إذا لم ينوبه الهبة أو داري لك سكنى أو داري لك عمرى سكنى أما لفظ الاعارة فصرح في بابها وأما
المنحة فهي اسم للعطية التي ينتفع الإنسان بها زماناً ثم يردها على صاحبها وهو معنى العارية قال النبي عليه الصلاة
والسلام المنحة مردودة ومنحة الأرض زراعتها قال النبي عليه الصلاة والسلام ازرعها أو امنحها أخاك وكذا
الأطعام المضاف إلى الأرض هو أطعام منافعها التي تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفاً وعادة وهو معنى العارية
وأما إعدام العبد أياه فجعل خدمته بغير عوض وهو تفسير العارية وكذا قوله داري لك سكنى أو عمرى سكنى هو
جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منفعته المطلوبة منها عادة فقد أتى بمعنى الاعارة وأما قوله حملتك على
هذه الدابة فإنه يحتمل الاعارة والهبة فإى ذلك نوى فهو على ما نوى لأنه نوى ما يحتمل لفظه وعند الإطلاق ينصرف
إلى العارية لأنها أدنى فكان الحمل علماً أولى ولو قال داري لك رقبى أو حبس فهو عارية عند أبي حنيفة ومحمد وعند
أبي يوسف هبة وقوله رقبى أو حبس باطل وهي مسألة كتاب الهبة

فصل في شرائط التي يصير الركن بها اعارة شرعاً فأشأنواع منها العقل فلا تصح الاعارة من المجنون والصبي
الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح الاعارة من الصبي المأذون لأنهم من توابع التجارة وأنه يملك
التجارة فيملك ما هو من توابعها وعند الشافعي لا يملك وهي مسألة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط فيملكها
العبد المأذون لأنهم من توابع التجارة فيملك بملك ذلك ومنها القبض من المستعير لأن الاعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم
بنفسه بدون القبض كالهبة ومنها أن يكون المستعار ممكناً الانتفاع بدون استهلاكه فإنه لا يمكن لا تصح اعارته لأن
حكم العقد ثبت في المنفعة لا في العين إذا كانت ملحقة بالمنفعة على ما ذكره في موضعه

فصل في أبا بيان حكم العقد والكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم والثاني في بيان صفته أما
الأول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفاً وعادة عندنا وعند الشافعي إباحة المنفعة حتى
يملك المستعير الاعارة عندنا في الجملة كالمستأجر يملك الاجارة وعنده لا يملكها أصلاً كالمباح له الطعام لا يملك
الإباحة من غيره وجه قول الشافعي دلالة الإجماع والمعقول أما الإجماع فليجوز العقد من غير أجل ولو كان تملك
المنفعة لما جاز من غير أجل كلاجارة وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت الملك له في المنفعة لملك كالمستأجر
وأما المعقول فهو أن القياس يأبى تملك المنفعة لأن بيع المعدوم لا نعدم المنفعة حالة العقد والمعدوم لا يحتمل البيع
لأنه بيع ما ليس عند الإنسان وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه إلا أنها جعلت موجودة عند العقد في باب
الاجارة حكماً للضرورة ولا ضرورة إلى الاعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم (ولنا) أن المعير سلطه على تحصيل
المنافع وصرفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط على هذا الوجه يكون تملكاً لإباحة كما في الأعيان وإنما

صح من غير أجل لأن بيان الأجل للتحرز عن الجهة المفضية إلى المنازعة والجهة العارية لا تنقضي إلى المنازعة لأنها عقد جائز غير لازم ولهذا المعنى لا يملك الإجارة لأنها عقد لازم والإجارة عقد غير لازم فلو ملك الإجارة لكان فيه اثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم أو سلب صفة اللزوم عن اللازم وكل ذلك باطل وقوله المنافع منعدمة عند العقد قلنا نعم لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما في الإجارة وهذا لأن العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف إلى حين وجود المنفعة فلا ينعقد في حق الحكم إلا عند وجود المنفعة شيئاً فشيئاً على حسب حدودها فلم يكن بيع المدوم ولا بيع ما ليس عند الإنسان وعلى هذا يخرج إجارة الدراهم والدنانير لأنها تكون قرضاً لا إجارة لأن الإجارة لما كانت تملك المنفعة أو إباحة المنفعة على اختلاف الأصليين ولا يمكن الانتفاع بالاستهلاكها ولا سبيل إلى ذلك إلا بالتصرف في العين لا في المنفعة ولا يمكن تصحيح إجارة حقيقية فتصح قرضاً مجازاً لوجود معنى الإجارة فيه حتى لو استعار حلياً لتجمل به صح لأنه يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه بالتجمل فامكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة إلى الحمل على المجاز وكذا إجارة كل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالسيارات والموزونات يكون قرضاً لا إجارة لما ذكرنا أن محل حكم الإجارة المنفعة لا بالعين إلا إذا كان ملحقاً بالمنفعة عرفاً وعادة كما إذا منح إنساناً أمانة أو ناقه لينتفع بلبنها وبرهامدة ثم يردّها على صاحبها لأن ذلك معدوم من المنافع عرفاً وعادة فكان له حكم المنفعة وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال هل من أحد يمنح من أبله ناقه أهل بيت لا درهم وهذا يجري مجرى الترخيب كمن منح منحة ورق أو منحة لبس كان له بعدل رقبة وكذا لو منح جدياً أو غنماً كان عارية لأنه يعرض أن ينتفع بلبنه وصوفه ويتصل بهذا الفصل ببيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه فنقول وبالله التوفيق جملة الكلام فيه أن عقد الإجارة لا يخلو من أحد وجهين إما أن كان مطلقاً وإما أن كان مقيداً فإن كان مطلقاً بان إعارته إنساناً ولم يسم مكاناً ولا زماناً ولا الركوب ولا الحمل فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء وله أن يركب أو يحمل لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقاً فكان له أن يستوفيها على الوجه الذي ملكها إلا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطبق بمثل هذا الحمل ولا يستعملها ليلاً ونهاراً ما لا يستعمل مثلها من الداب لذلك عادة حتى لو فعل فعطبت يضمن لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصاً وله أن يعير العارية عندنا سواء كانت العارية مما يتفاوت في استيفاء المنفعة أولاً لأن إطلاق العقد يقتضي ثبوت الملك للمستعير فكان هو في التملك من غيره على الوجه الذي ملكه متصرفاً في ملك نفسه إلا أنه لا يملك الإجارة لما قلنا فإن أجر وسلم إلى المستأجر ضمن لأنه دفع مال الغير إليه بغير إذنه فصار غاصباً فإن شاء ضمنه وإن شاء ضمن المستأجر لأنه قبض مال الغير بغير إذنه كالشترى من الغاصب إلا أنه إذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر لأنه ملكه باداء الضمان فثبت أن أجر ملك نفسه وإن ضمن المستأجر فإن كان عالماً بكونها عارية في يده لا يرجع على المستعير وإن لم يكن عالماً بذلك يرجع عليه لأنه إذا لم يعلم به فقد صار مغروراً من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة في الحقيقة وإذا كان عالماً بصير مغروراً من جهته فلا يرجع عليه وهل يملك الأيداع يختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق يملك وهو قول بعض مشايخنا لأنه يملك الإجارة فلا يدايع أولى لأنها دون الإجارة وقال بعضهم لا يملك استدلالاً بمسئلة مذكورة في الجامع الصغير وهي أن المستعير إذا رد العارية على يد أجنبي ضمن ومعلوم أن الرد على يده أيداع إياه ولو ملك الأيداع لما ضمن وإن كان مقيداً فإيراعى فيه القيد ما أمكن لأن أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف إذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك فلما الوصف لأن ذلك يجري مجرى البعث ثم إنما يرعى القيد فيما دخل لافياً لم يدخل لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقاً فيما وراءه فإيراعى عند الإطلاق فيما وراءه بيان هذه الجملة في مسائل إذا أعارنا إنساناً دابة على أن يركبها المستعير بنفسه ليس له أن يعيرها من غيره وكذلك إذا أعاره ثوباً

على أن يلبسه بنفسه لما ذكرنا أن الأصل في المقيد اعتبار القيد فيه الا اذا تعذر اعتباره واعتبار هذا القيد ممكن لانه مقيد لتفاوت الناس في استعمال الدواب والسيارات وبسبب فلو لم اعتبر القيد فيه فان فعل حتى هلك ضمن لانه خالف وان ركب بنفسه وأردف غيره فمطبت فان كانت الدابة مما تطبق حملها جميعاً يضمن نصف قيمة الدابة لانه لم يخالف الا في قدر النصف وان كانت الدابة مما لا تطبق حملها ضمن جميع قيمتها لانه استهلكها ولو أعاره دار اليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره لان المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون فيه عادة فلم يكن التقييد بسكنها مفيداً فيلغو الا اذا كان الذي يسكنها اياه جداداً أو قصاراً ونحوهما ممن يوهن عليه البناء فليس له أن يسكنها اياه ولا أن يعمل بنفسه ذلك لان المعير لا يرضى به عادة والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما في الاجارة ولو أعاره دابة على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة لان الحنطة أثقل من الشعير فكان اعتبار القيد مفيداً فيعتبر ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فله أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أو دخن أو أرز أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها استحساناً والقياس أن لا يكون له ذلك حتى انها لو عطبت لا يضمن استحساناً والقياس أن يضمن وهو قول زفر لانه خالف وجواب الاستحسان أن هذا وان كان خلافاً بصورة فليس بخلاف معنى لان المالك يكون راضياً به دلالة فلم يكن التقييد بالحنطة مفيداً وصار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره فانه لا يكون مخالفاً حتى لا يضمن كذا هذا ولو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ليس له أن يحمل عليها حطباً أو تبناً أو أجراً أو حديداً أو حجارة سواء كان مثلها في الوزن أو أخف لان ذلك أشق على الدابة أو أنكى لظهرها أو أعقر ولو فعل حتى عطبت ضمن ولو قال على أن يحمل عليها مائة من قطناً فحمل عليها مثله من الحديد وزناً فمطبت يضمن لان القطن ينسبط على ظهر الدابة فكان ضرورته أقل من الحديد لانه يكون في موضع واحد فكان ضروره بالدابة أكثر والرضا بادن الضررين لا يكون رضا باعلاهما فكان التقييد مفيداً فيلزم اعتباره ولو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى في القدر فمطبت نظر في ذلك فان كانت الزيادة مما لا تطبق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها لان حملها لا تطبق الدابة اتلافاً للدابة وان كانت الدابة مما تطبق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر محتوماً فمطبت يضمن جزءاً من قيمتها لانه لم ي تلف منها الا هذا القدر ولو قيدها بالمكان بان قال على أن تستعملها في مكان كذا في المصر يتقيد به وله أن يستعملها في أي وقت شاء بأي شيء شاء لان التقييد لم يوجد الا بالمكان فبقى مطلقاً فيها وراعه لكنه لا يملك أن يجاوز ذلك المكان حتى لو جاوزه دخل في ضمانه ولو أعادها الى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان حتى لو هلك من قبل التسليم الى المالك يضمن وهذا قول أبي حنيفة عليه الرحمة الاخر وكان يقول أولاً يبرأ عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ثم رجع ووجه الفرق بين العارية والوديعة قد ذكرناه في كتاب الوديعة وكذلك لو قيدها بالزمان بان قال على أن يستعملها يوماً يبقى مطلقاً فيها وراعه لكنه يتقيد بالزمان حتى لو مضى اليوم ولم يردّها على المالك حتى هلك يضمن لما قلنا وكذلك لو قيدها بالحمل وكذلك لو قيدها بالاستعمال بان قال على أن يستعملها حتى لو أمسكها ولم يستعملها حتى هلك يضمن لان الامساك منه خلاف فيوجب الضمان ولو اختلف المعير أو المستعير في الايام أو المكان أو فيما يحمل عليها فالقول قول المعير لان المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول في المقدار والتعيين قوله لكن مع التمين دفعاً للتممة

﴿فصل﴾ وأماصفة الحكم فهي ان الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم لانه ملك لا يقابله عوض فلا يكون لازماً كملك الثابت بالهبة فكان للمعير ان يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وقتها وقتاً وعلى هذا اذا استعار من آخر أرضاً لبني عليها أوليغرس فيها ثم بدّل المالك ان يخرجها فله ذلك سواء كانت العارية مطلقة أو موقته لما قلنا غير انها ان

كانت مطلقة له ان يحجر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء لان في الترتك ضرراً بالمعير لانه لا نهاية له واذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس والبناء لانه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور ولا غرور من جهته حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتاً فاخرجه قبل الوقت بل هو الذي غرر نفسه حيث حمل المطلق على الابد وان كانت موقته فاخرجه قبل الوقت لم يكن له ان يخرج منه ولا يحجر على النقص والقلع والمستعير بالخيار ان شاء ضمن صاحب الارض قيمة غرسه وبنائه قائماً سليماً وترك ذلك عليه لانه لما وقت للعارية وقتاً ثم اخرجته قبل الوقت فقد غره فصار كفيلاً عنه فيما يلزمه من العهدة اذ ضمان الغرس وكفالة فكان له ان يرجع عليه بالضمان وملك صاحب الارض البناء والغرس باداء الضمان لان هذا حكم المضمونات انها تملك باداء الضمان وان شاء اخذ غرسه وبنائه ولا شيء على صاحب الارض ثم انما ثبت خيار القلع والنقض للمستعير اذا لم يكن القلع أو النقص مضرأ بالارض فان كان مضرأ بها فالخيار للمالك لان الارض اصل والبناء والغرس تابع لها فكان المالك صاحب اصل والمستعير صاحب تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل أولى ان شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة وان شاء رضى بالقلع والنقض هذا اذا استعار أرضاً للغرس أو البناء فاما اذا استعار أرضاً للزراعة فزعمنا ان أراد صاحب الارض ان يأخذها لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع بل يترك في يده الى وقت الحصاد باجر المثل استحساناً في القياس ان يكون له ذلك كما في البناء والغرس ووجه الفرق للاستحسان ان النظر من الجانبين ورعاية الحقيق واجب عند الامكان وذلك ممكن في الزرع لان ادراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين جانب المستعير لا شك فيه وجانب المالك بالترك الى وقت الحصاد بالاجر ولا يمكن في الغرس والبناء لانه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الاصل أولى وقالوا في باب الاجارة اذا انقضت المدة والزرع بقل لم يستحصده انه يترك في يد المستأجر الى وقت الحصاد باجر المثل كما في العارية لما قلنا بخلاف باب الغصب لان الترتك للنظر والغاصب جان فلا يستحق النظر بل يحجر على القلع

فصل وما بيان حال المستعار فحاله انه امانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالاجماع فاما في غير حال الاستعمال فكذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله مضمون واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان درعا يوم حنين فقال صفوان اغصبا يا محمد فقال عليه الصلاة والسلام بل عارية مضمونة ولان العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب وهذا لان العين اسم للصورة والمعنى وبالهلاك ان عجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى لان قيمة الشيء معناه فيجب عليه رده بمعناه كما في الغصب ولا نه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضمونا عليه كالمقبوض على سوم الشراء (ولنا) انه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والاجارة وانما قلنا ذلك لان الضمان لا يجب على المرء بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهراً هو العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان اما العقد فلا نه عقد تبرع بالمنفعة تملكها أو اباحة على اختلاف الاصلين واما القبض فلو جهن أحدهما ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فبالاذن أولى وهذا لان قبض مال الغير بغير اذنه هو اثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيافته عن الهلاك وهذا احسان في حق المالك قال الله تبارك وتعالى جل شأنه هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال تبارك وتعالى ما على المحسنين من سبيل دل ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فع الاذن أولى الثاني ان القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً لانه لا يفوت بد المالك ولا ضمان الا على المتعدي قال الله تبارك وتعالى ولا عدوان الا على الظالمين بخلاف قبض الغصب وأما الاستدلال بضمان الرد قلنا ان وجوب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها وقوله قيمتها معناها قلنا ممنوع وهذا لان القيمة هي الدراهم والدنانير والدراهم والدنانير عين أخرى لها صورة ومعنى غير العين الاولى فالعجز عن رد احد العينين لم يوجب رد العين الاخرى وفي باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق آخر وهو اتلاف المغصوب معنى لما علم وهما لم يوجد حتى لو وجد يجب الضمان

ثم نقول انما وجب عليه ضمان الرد لان العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب بقي العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه وعندنا اذا هلك في تلك الحالة ضمن واما قوله قبض مال الغير لنفسه فنعم لكن قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان لما ذكرنا من نافع الاذن أولى والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم ولا حجة له في حديث صفوان لان الرواية قد اختلفت فقد روى انه هرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فارسل اليه فأمنه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حينئذ فقال هل عندك شيء من السلاح فقال عارية أو غصباً فقال عليه الصلاة والسلام عارية فأعاره ولم يذكر فيه الضمان والحادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا احدهما فعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج مع ما انه ان ثبت فيحتمل ضمان الرد به تقول فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال يؤيد ما قلنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العارية مؤداة

فصل في ما بيان ما يوجب تغير حالها فالذي يغير حال المستعير من الامانة الى الضمان ما هو المغير حال الوديعة وهو الاتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب أو بعد انتضاء المدة ويترك الحفظ وبالحلاف حتى لو حبس العارية بعد انتضاء المدة أو بعد الطلب قبل انتضاء المدة يضمن لانه واجب الرد في هاتين الحالتين لقوله عليه الصلاة والسلام العارية مؤداة وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولان حكم العقد انتهى بانتضاء المدة أو بالطلب فصارت العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه ولو رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من في عياله أو مع عبد المعير أو ردها بنفسه الى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحساناً والقياس أن يضمن كما في الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب الوديعة وكذا اذا ترك الحفظ حتى ضاعت وكذا اذا خالف الا أن في باب الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وهنا لا يبرأ وقد تقدم الفرق في كتاب الوديعة ولو تصرف المستعير وادعى ان المالك قد أذن له بذلك وجحد المالك فالقول قول المالك حتى يقوم للمستعير على ذلك بينة لان التصرف منه سبب لوجوب الضمان في الاصل فدعوى الاذن منه دعوى أمر عارض فلا تسمع الا بدليل والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الوقف والصدقة

أما الوقف فالكلام فيه في مواضع في بيان جواز الوقف وكيفية وفي بيان شرائط الجواز وفي بيان حكم الوقف الجائز وما يتصل به (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف في حق وجوب التصديق بالقرع مادام الواقف حياً حتى ان من وقف داره أو أرضه يلزمه التصديق بعلة الدار والأرض ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالعتة ولا خلاف أيضاً في جوازه في حق زوال ملك الرقبة اذا اتصل به قضاء القاضي أو اضافته الى ما بعد الموت بأن قال اذا مت فقد جعلت دارى أو أرضى وقفاً على كذا أو قال هو وقف في حياتي صدقة بعد وفاتي واختلوا في جوازه من يلا ملك الرقبة اذا لم توجد الاضافة الى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم حاكم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته واذا مات يصير ميراثاً لورثته وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء رضي الله تعالى عنهم يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة لا فرق بين ما اذا وقف في حالة الصحة وبين ما اذا وقف في حالة المرض حتى لا يجوز عنده في الحالين جميعاً اذا لم توجد الاضافة ولا حكم الحاكم وروى الطحاوي عنه انه اذا وقف في حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية بعد وفاته وأما عندهما فهو جائز في الصحة والمرض وعلى هذا الخلاف اذا بنى رباطاً أو خاناً للمجتازين أو سقاية للمسلمين أو جعل أرضه مقبرة لا تزول رقبة هذه الاشياء عن ملكه عند أبي حنيفة الا اذا أضافه الى ما بعد الموت أو حكم به حاكم وعندهما

يزول بدون ذلك لكن عند أبي يوسف بنفس القول وعند محمد بواسطة التسليم وذلك بسكنى المحتازين في الرباط والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة وأجمعوا على أن من جعل داره أو أرضه مسجداً يجوز نزول الرقبة عن ملكه لكن عزل الطريق وأفرازه والأذن للناس بالصلاة فيه والصلاة شرط عند أبي حنيفة ومحمد حتى كان له أن يرجع قبل ذلك وعند أبي يوسف نزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله جعلته مسجداً وليس له أن يرجع عنه على ما ذكره (وجه) قول العامة الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين وعامة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فإنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف ووقف سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وغيرهم رضي الله عنهم وأكثر الصحابة وقفوا ولا نوقف ليس إلا إزالة الملك عن الموقوف وجعله لله تعالى خالصاً فأنشبه الاعتاق وجعل الأرض أو الدار مسجداً والدليل عليه أنه يصبح مضافاً إلى ما بعد الموت فيصح منجزاً وكذا لو اتصل به قضاء القاضي يجوز وغير المجاز لا يحتتمل الجواز لقضاء القاضي ولا في حنيفة عليه الرحمة ما روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال لما نزلت سورة النساء وفرضت فيها الفرائض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله تعالى أي لا مال يحبس بعدموت صاحبه عن القسمة بين ورثته والوقف حبس عن الفرائض الله تعالى عز شأنه فكان منفيًا شرعاً وعن شريح أنه قال جاء محمد ببيع الحبيس وهذا منه رواية عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه يجوز بيع الموقوف لأن الحبيس هو الموقوف فعيل بمعنى المفعول إذ الوقف حبس لغة فكان الموقوف محبوساً فيجوز بيعه وبه تبين أن الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف (وأما) وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنما جاز لأن المانع من وقوعه حبس عن فرائض الله عز وجل ودفعه صلى الله عليه وسلم لم يقع حبس عن فرائض الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم أنا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) أوقف الصحابة رضي الله عنهم فما كان منها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتمل أنها كانت قبل نزول سورة النساء فلم تقع حبس عن فرائض الله تعالى وما كان بعده وإنه عليه الصلاة والسلام فاحتمل أن ورثتهم أمضوه بالاجازة وهذا هو الظاهر ولا كلام فيه وإنما جاز مضافاً إلى ما بعد الموت لأنه لما أضافه إلى ما بعد الموت فقد أخرجه مخرج الوصية فيجوز كسائر الوصايا لكن جوازه بطريق الوصية لا يدل على جوازه لا بطريق الوصية ألا ترى لو أوصى بثلاث ماله للفقراء جاز ولو تصدق بثلاث ماله على الفقراء لا يجوز وأما إذا حكم به حاكم فأنما جاز لأن حكمه صادق محل الاجتهاد وأفضى اجتهاده إليه وقضاء القاضي في موضع الاجتهاد بما أفضى إليه اجتهاده جائز كافي سائر المجتهدين

فصل وأما شرائط الجواز فأنواع بعضها يرجع إلى الواقف وبعضها يرجع إلى نفس الوقف وبعضها يرجع إلى الموقوف (أما) الذي يرجع إلى الواقف فأنواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون لأن الوقف من التصرفات الضارة لكونه إزالة الملك بغير عوض والصبي والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والاعتاق ونحو ذلك (ومنها) الحرية فلا يملكه العبد لأنه إزالة الملك والعبد ليس من أهل الملك وسواء كان مأذوناً أو محجوراً لأن هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة فلا يملكه المأذون كما لا يملك الصدقة والهبة والاعتاق (ومنها) أن يخرج الواقف من يده ويجعل له قياً ويسلمه إليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه وقف وكان يتولى أمر وقفه بنفسه وكان في يده وروى عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه كان يفعل كذلك ولأن هذا إزالة الملك لا إلى حد فلا يشترط فيه التسليم كالأعتاق ولهما أن الوقف إخراج المال عن الملك على وجه الصدقة فلا يصح بدون التسليم كسائر التصرفات (وأما) وقف سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما فاحتمل أنهما أخرجاه عن أيديهما وسأباهما إلى المتولى بعد ذلك فصح كمن وهب من آخر شيئاً أو تصدق أو لم يسلم إليه وقت الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم كذا هذا

ثم التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قيا ويسلمه اليه وفي المسجد أن يصلي فيه جماعة بأذان واقامة باذنه كذا ذكر القاضي في شرح الطحاوي وذكر القدوري رحمه الله في شرحه انه اذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلي واحد كان تسليما ويحول ملكه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهل يشترط أن لا يشترط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيئا عند أبي يوسف ليس بشرط وعند محمد شرط (وجه) قول محمد أن هذا اخراج المال الى الله تعالى وجعله خالصا له وشرط الانتفاع لنفسه يمنع الا خلاص فيمنع جواز الوقف كما اذا جعل أرضه أو داره مسجدا أو شرط من منافع ذلك لنفسه شيئا وكما لو اعتق عبده وشرط خدمته لنفسه ولا يبي يوسف ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه وقف وشرط في وقفه لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف وكان يلي أمر وقفه بنفسه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الواقف اذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه الى ما هو أفضل منه يجوز لأن شرط البيع شرط لا ينافيه الوقف ألا ترى انه يباع باب المسجد اذا خلق وشجر الوقف اذا بيس (ومنها) أن يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا عند أبي حنيفة ومحمد فان لم يذكر ذلك لم يصح عندهما وعند أبي يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح وان سمي جهة تنقطع ويكون بعدها للفقراء وان لم يسمهم (وجه) قول أبي يوسف انه ثبت الوقف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكره التسمية ولأن قصص الواقف أن يكون آخره للفقراء وان لم يسمهم هو الظاهر من حاله فكان تسمية هذا الشرط ثابتا لدلالة والثابت دلالة كالتأبيد نصا ولهما ان التأبيد شرط جواز الوقف لما ذكره وتسمية جهة تنقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز (وأما) الذي يرجع الى نفس الوقف فهو التأبيد وهو أن يكون مؤبدا حتى لو وقت لم يحز لأنه ازالة الملك لا الى حد فلا تحتل التوقيت كالاتاق وجعل الدار مسجدا

فصل وأما الذي يرجع الى الموقوف فأنواع (منها) أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالعتار ونحوه فلا يجوز وقف المنقول مقصودا لما ذكرنا ان التأبيد شرط جوازه ووقف المنقول لا يتأبد لكونه على شرف الهلاك فلا يجوز وقفه مقصودا الا اذا كاتبه للعقار بأن وقف ضيعة بقرها أو كرتها وهم عبيده فيجوز كذا قاله أبو يوسف وجوازه تبعاً لغيره لا يدل على جوازه مقصودا كبيع الشرب ومسيل الماء والطريق انه لا يجوز مقصودا ويجوز تبعاً للأرض والدار وان كان شيئاً جرت العادة بوقفه كوقف المر والقدوم لحفر القبور ووقف الرجل لتسخين الماء ووقف الخنازة وثياها ولو وقف أشجاراً قائمة فالقياس أن لا يجوز لأنه وقف المنقول وفي الاستحسان يجوز لتعامل الناس ذلك وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ولا يجوز وقف الكراع والسلاح في سبيل الله تعالى عند أبي حنيفة لأنه منقول وما جرت العادة به وعند أبي يوسف ومحمد يجوز ويجوز عندهما بيع ما هرم منها أو صار بحال لا ينتفع به فيبيع ويرد ثمنه في مثله كأنهما تركا القياس في الكراع والسلاح بالنص وهو ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال أما خالد فقد احتبس أكراماً وأفراساً في سبيل الله تعالى ولا حجة لهما في الحديث لأنه ليس فيه انه وقف ذلك فاحتمل قوله حبسه أي أمسكه للجهاد لا للتجارة (وأما) وقف الكتب فلا يجوز على أصل أبي حنيفة (وأما) على قولهما فقد اختلف المشايخ فيه وحكى عن نصر بن يحيى أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة (ومنها) أن يكون الموقوف مقصودا عند محمد فلا يجوز وقف المشايخ وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط ويجوز مقصودا كان أو مشاعاً لان التسليم شرط الجواز عند محمد والشيوع يحل بالقبض والتسليم وعند أبي يوسف التسليم ليس بشرط أصلاً فلا يكون الخلل فيه مانعاً وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه ملك مائة سهم بخير فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم احبس أصلهم اعدل على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف وجواب محمد رحمه الله يحتمل انه وقف مائة سهم قبل القسمة ويحتمل انه بعدها فلا يكون حجة مع الشك والاحتمال على انه ان ثبت أن الوقف كان قبل القسمة فيحمل انه وقفها شائناً ثم قسم وسلم وقد روى انه فعل كذلك وذلك جائز كما لو وهب مشاعاً ثم قسم وسلم

فصل وأما حكم الوقف الجائز وما يتصل به فالوقف اذا جاز على اختلاف العلماء في ذلك فحكمه أنه يزول

الموقوف عن ملك الواقف ولا يدخل في ملك الموقوف عليه لكنه ينتفع بخلته بالتصدق عليه لأن الوقف حبس الأصل وتصدق بالقرع والحبس لا يوجب ملك المحبوس كالرهن والواجب أن يسد بأبصر القرع إلى مصالح الوقف من عمارته وأصلاح ماوهي من بنائه وسائر مؤناته التي لا بد منها سواء شرط ذلك الواقف أو لم يشترط لأن الوقف صدقة تجارية في سبيل الله تعالى ولا تحرى إلا بهذا الطريق ولو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لأن المنفعة له فكانت المؤنة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان كالعبد الموصى بخدمته إن نفقته على الموصى له بالخدمة لما قلنا كذا هذا فان امتنع من العمارة ولم يقدر عليها بأن كان فقيراً أجرها القاضي وعمرها بالاجرة لأن استبقاء الوقف واجب ولا يبقى إلا بالعمارة فإذا امتنع عن ذلك أو عجز عنه ناب القاضي منابه في استبقائه بالاجرة كالعبد والدابة إذا امتنع صاحبها عن الاتفاق عليها أنفق القاضي عليها بالاجرة كذا هذا وما نهى من بناء الوقف وآلته صرفه إلخ كما في عمارة الوقف أن احتاج إليه وإن استغنى عنه أمسكه إلى وقت الحاجة إلى عمارته فيصرفه فيها ولا يجوز أن يصرفه إلى مستحق الوقف لأن حقهم في المنفعة والغلة لا في العين بل هي حق الله تعالى على الخلوص ولو جعل داره مسجد أغرب جوار المسجد أو استغنى عنه لا يعود إلى ملكه ويكون مسجداً أبداً عند أبي يوسف وعند محمد يعود إلى ملكه (وجه) قول محمد أنه أزال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب إلى الله تعالى بمكان يصلي فيه الناس فإذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه فيعود إلى ملكه كما لو كفن ميتاً ثم أكله سبع وبقى الكفن يعود إلى ملكه كذا هذا ولا ييوسف أنه لما جعله مسجداً فقد حرره وجعله خالصاً لله تعالى على الإطلاق وصح ذلك فلا يحتمل العود إلى ملكه كالأعتاق بخلاف تكفين الميت لأنه ما حرر الكفن وإنما دفع حاجة الميت به وهو ستر عورته وقد استغنى عنه فيعود ملكه وقوله أزال ملكه بوجه وقع الاستغناء عنه قلنا ممنوع فإن اجتاز ينصلون فيه وكذا احتمال عود العمارة قائم وجهة القرية قد تحت بيقين فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود ولو وقف داراً أو أرضاً على مسجد معين قال بعضهم هو على الاختلاف على قول أبي يوسف يجوز وعلى قول محمد لا يجوز بناء على أن المسجد عند أبي يوسف لا يصير ميراثاً بالخراب وعند محمد يصير ميراثاً وقال أبو بكر الأعمش ينبغي أن يجوز بالاتفاق وقال أبو بكر الأسكاف ينبغي أن لا يجوز بالاتفاق

﴿فصل﴾ وأما الصدقة إذا قال دارى هذه في المساكين صدقة تصدق بثمنها وإن تصدق بعينها جاز لأن الناذر بالتذرع يتقرب إلى الله تعالى بالمنذور به ومعنى القرية يحصل بالتصدق بثمن الدار وبل أولى ولو تصدق بعين الدار جاز لأنه أدى المنصوص عليه ولو قال دارى هذه صدقة موقوفة على المساكين تصدق بالسكنى والغلة عند أبي حنيفة لأن المنذور به صدقة موقوفة والوقف حبس الأصل وتصدق بالقرع ولو قال مالى في المساكين صدقة تصدق بكل مال تجب فيه الزكاة استحساناً والقياس أن يتصدق بالكل لأن اسم المال ينطلق على الكل (وجه) الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ثم إيجاب الصدقة المتعلقة باسم الله من الله تعالى في قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة ونحو ذلك نصرف إلى بعض الأموال دون الكل فكذا إيجاب العبد ولو قال ما أملكه فهو صدقة تصدق بجميع ماله ويقال له أمسك قدر ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكسب مالا فإذا اكتسب مالا تصدقت بمثل ما أمسكت لنفسك لأنه أضاف الصدقة إلى المملوك وجميع ماله مملوك له فيتصدق بالجميع إلا أنه يقال له أمسك قدر النفقة لأنه لو تصدق بالكل على غيره لا احتاج إلى أن يتصدق غيره عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام أبداً بنفسك ثم بمن تعول والله عز وجل أعلم



﴿كتاب الدعوى﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الدعوى وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حد المدعى

والمدعى عليه وفي بيان حكم الدعوى وما يتصل به وفي بيان حجة المدعى والمدعى عليه وفي بيان علائق اليمين وفي بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما وفي بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين وحكم تعارض الدعوى لا غير وفي بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل (أما) ركن الدعوى فهو قول الرجل لى على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو أبرأني عن حقه ونحو ذلك فإذا قال ذلك فقد تم الركن

فصل وأما الشرائط المصححة للدعوى فأنواع منها عقل المدعى والمدعى عليه فلا تصح دعوى المجنون والصبي الذي لا يعقل وكذا لا تصح الدعوى عليهما حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة لانهما مبنيان على الدعوى الصحيحة ومنها ان يكون المدعى معلوما لتعذر الشهادة والقضاء بالجهول والعلم بالمدعى انما يحصل بأحد أمرين اما الاشارة واما التسمية وجملة الكلام فيه ان المدعى لا يخلو اما ان يكون عينا واما ان يكون دينافان كان عينا فلا يخلو اما ان كان محتملا للنقل أو لم يكن محتملا للنقل فان كان محتملا للنقل فلا بد من احضاره لتمكن الاشارة اليه عند الدعوى والشهادة فيصير معلوما بها الا اذا تعذر نقله كحجر الرحي ونحوه فان شاء القاضي استحضره وان شاء بعث اليه أمينا وان لم يكن محتملا للنقل وهو العقار فلا بد من بيان حده ليكون معلوما لان العقار لا يصير معلوما الا بالتحديد ثم لا خلاف في أنه لا يكتفى فيه بذكر حد واحد وكذا بذكر حدين عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وهل تقع الكفاية بذكر ثلاثة حدود قال علماؤنا الثلاثة رضي الله عنهم نعم وقال زفر رضي الله عنه لا وهي مسألة كتاب الشروط وكذا لا بد من بيان موضع الحدود وبلده ليصير معلوما هذا اذا كان المدعى عينا فان كان دينافلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته لان الدين لا يصير معلوما الا ببيان هذه الاشياء ومنها ان يذكر المدعى في دعوى العقار انه في يد المدعى عليه لان الدعوى لا بد وان تكون على خصم والمدعى عليه انما يصير خصما اذا كان بيده فلا بد وان يذكر انه في يده ليصير خصما فاذا ذكر وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فانه يحلف من غير الحاجة الى اقامة البينة من المدعى على انه في يد المدعى عليه ولو كان له بينة لا تسمع حتى يقيم البينة على أنه في يده هذا المدعى عليه ووجه الفرق ان من الجائز ان يكون صاحب اليد غيره واصطلاحا على ذلك فلو سمع القاضي بينته لكان قضاء على الغائب وهذا المعنى هنا متعذر لانه لا قضاء هنا أصلا لان المدعى عليه لا يخلو اما ان يحلف واما ان ينكل فان حلف فلا مرفيه ظاهر وان نكل فكذلك لان القاضي لا يقضى بشئ وانما يأمره بأن يخرج من الدار ويحلى بينها وبين المدعى ومنها ان يذكر انه يطالبه به لان حق الانسان انما يجب ايثاره بطلبه ومنها ان يكون بلسانه عينا اذا لم يكن به عذر الا اذا رضى المدعى عليه بلسان غيره عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو وكل المدعى بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعى عليه لا تصح دعواه عنده حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البينة وعندهما تصح حتى يلزم وتسمع لما علم في كتاب الوكالة ومنها مجلس الحكم فلا تسمع الدعوى الا بين يدي القاضي كما لا تسمع الشهادة الا بين يديه ومنها حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة الا على خصم حاضر الا اذا التمس المدعى بذلك كتابا بحكيمة للقضاء به فيجيبه القاضي اليه فيكتب الى القاضي الذي الغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضى عليه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله حضرة المدعى عليه ليست بشرط لسماع الدعوى والبينة والقضاء فيجوز القضاء على الغائب عنده وعندنا لا يجوز وجه قول الشافعي رحمه الله انه ظهر صدق المدعى في دعواه على الغائب بالبينة فيجوز القضاء بينته قياسا على الحاضر ودلالة الوصف أن دعوى المدعى وان كان خبرا يحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب الكذب في خبره بالبينة فيظهر صدقه في دعواه كما اذا كان المدعى عليه حاضرا يحققه أن المدعى عليه لا يخلو اما ان يكون مقرا واما ان يكون منكرا فان كان مقرا فكان المدعى صادقا في دعواه فلا حاجة الى القضاء وان كان منكرا فظهر صدقه بالبينة فكان القضاء بالبينة قضاء بحجة مظهره للفقح فجاز (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسيدنا على رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين ما لم تسمع كلام الآخر نهاه عليه الصلاة والسلام عن القضاء

لا أحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والقضاء بالحق للمدعى حال غيبة المدعى عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منها عنه ولأن القاضي مأثور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى جل شأنه ياداد أن جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق وقال عليه الصلاة والسلام لعمر بن العاص أقض بين هذين قال أقضى وأنت حاضر بيننا فقال عليه الصلاة والسلام أقض بينهما بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم واحتمال العدم ثابت في البينة لا احتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبينة حكماً بالحق فكان ينبغي أن لا يجوز الحكم بها أصلاً إلا أنها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم يظهر حالة الغيبة وقد خرج الجواب عن كلامه ثم انما لا يجوز القضاء عندنا على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر فإن كان يجوز لا نه يكون قضاء على الحاضر حقيقة ومعنى والخصم الحاضر الوكيل والوصي والوارث ومن كان بينه وبين الغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى لأن الوكيل والوصي نائبان عنه بصرح النيابة والوارث نائب عنه شرعاً وحضرة النائب كحضرة المتوب عنه فلا يكون قضاء على الغائب معنى وكذا إذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى بان كان ذلك سبباً لثبوت حق الغائب لأن الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب فكان الكل حق الحاضر لأن كل ما كان من ضرورات الشيء كان ملحقاً به فيكون قضاء على الحاضر حتى ان من ادعى على آخرانه أخوه ولم يدع ميراثاً ولا نفقة لا تسمع دعواه لأنه دعوى على الغائب لأنه يريد اثبات نسبته من أب المدعى عليه وأمه وهما غائبان وليس عنهما خصم حاضر لأنه لم توجد النيابة ولا حق يقضى به على الوارث ليكون ثبوت النسب من الغائب من ضروراته تبعاً له فلا تسمع دعواه أصلاً ولو ادعى عليه ميراثاً أو نفقة عند الحاجة تسمع دعواه وتقبل بينته لأنه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكنه اثباته إلا بآثار نسبته من الغائب فينصب خصماً عن الغائب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعاً له ولهذا لو أقر بالنسب من غير دعوى المال لا يصح إقراره بخلاف ما لو ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه أنه يصح من غير دعوى المال الحاضر لأنه ليس فيه حمل نسب الغير على الغير فكان دعوى على الحاضر ألا ترى أنه لو أقر به يصح إقراره بخلاف الإقرار بالآخوة وعلى هذا تخرج المسائل الخمسة وتوابها على ما نذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى ومنها عدم التناقض في الدعوى وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه حتى لو أقر بعين في يده لرجل فامر القاضي بدفعها إليه ثم ادعى أنه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه لأن إقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشراء منه قبل ذلك لأن الشراء يوجب الملك للمشتري فكان مناقضاً للإقرار والإقرار يناقضه فلا يصح وكذا لو لم يقر ونكل عن اليمين فقضى عليه بنكوله ثم ادعى أنه كان اشتراه منه قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته في ظاهر الرواية لأن النكول بمنزلة الإقرار وروى عن أبي يوسف أنه تسمع دعواه وتقبل بينته هذا إذا ادعى أنه اشتراه منه قبل الإقرار والنكول فاما إذا ادعى أنه اشتراه منه بعد ذلك تسمع دعواه بلا خلاف لأن الإقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك لانعدام التناقض لاختلاف الزمان ولو قال هذا لفلان اشتريته منه تسمع منه موصولاً قال ذلك أو مفصولاً لأنه لم يسبق منه ما يناقض الدعوى بل سبق منه ما يقررها لأن سابقة الملك لفلان شرط تحقق الشراء منه ولو قال هذا العبد لفلان اشتريته منه موصولاً فالقياس أن لا تصح دعواه وفي الاستحسان تصح ولو قال ذلك مفصولاً لا تصح قياساً واستحساناً وجه القياس أن قوله هو لفلان إقرار منه بكونه ملكاً لفلان في الحال فهذا يناقض دعوى الشراء لأن الشراء يوجب كونه ملكاً للمشتري فلا يصح كما إذا قال مفصولاً وجه الاستحسان أن قوله هو لفلان اشتريته منه موصولاً معناه في متعارف الناس وعاداتهم أنه كان لفلان فاشتريته منه قال الله عز وجل واذكروا إذا أنتم قليل مستضعفون في الأرض أي اذكروا قليلًا إذ كنتم قليلًا إذ كنتم قليلًا وقت نزول الآية الشريفة فيحمل عليه تصحيح حاله ولا عادة جرت بذلك في المفصول فحمل على حقيقته وهو بحقيقته مناقضة فلا تسمع هذا إذا بين أنه اشتراه قبل الإقرار فان بين أنه اشتراه بعده تسمع دعواه لانعدام التناقض

على ما بينا وكذلك لو لم يبين وادعى الشراء مبهما ثم لم يسمعه لان لم يذكر الوقت يحمل على الحال تصحيح حاله هذا اذا قال هذا الشيء فلان ولم يقل لاحق لي فيه فان قال لاحق لي فيه ثم ادعى الشراء بعد ذلك لا تسمع دعواه لان قوله لاحق لي فيه لتأكيد البراءة الا اذا تبين أنه اشتراه بعد الاقرار فسمع لما قلنا ولو ادعى على رجل ديناً فقال المدعى عليه لم يكن لك على شيء قط فاقام المدعى البينة وقضى القاضي بذلك ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قد قضاه اياه تسمع دعواه وتقبل بينته لجواز أنه لم يكن عليه شيء وانما قضاه اياه لدفع الدعوى الباطلة ولو قال لم يكن لك على شيء ولا اعرفك فاقام المدعى البينة وقضى القاضي بينته ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قضاه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان قوله لا اعرفك يناقض دعوى القضاء لان الظاهر انه لا يقضى الا بعد معرفته اياه فكان في دعوى القضاء مناقضاً فلا تسمع ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه عبداً بعينه والعبد في يد البائع فانكر البائع البيع فاقام المشتري البينة وقضى القاضي به ثم وجده عيباً فأراد أن يردّه على البائع فأقام البائع البينة على أن المشتري كان أبرأه عن كل عيب لم تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان انكار البيع يناقض دعوى البراءة عن العيب لان البراءة يقتضي وجود البيع فكان مناقضاً في دعوى البراءة فلا تسمع وعلى هذا مسائل والاصل في هذا الباب أنه اذا سبق من المدعى ما يناقض دعواه يمنع حجة الدعوى الا في النسب والعقود فان التناقض فيهما غير معتبر بان قال لجهول النسب هو ابني من الزنا ثم قال هو ابني من النكاح تسمع دعواه وكذا مجهول النسب اذا أقر بالرق لرجل ثم ادعى انه حر الاصل تسمع دعواه حتى تقبل بينته لان بيان النسب مبني على أمر خفي وهو العلق منه اذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس فالتناقض في مثله غير معتبر كما اذا اختلفت امرأة زوجها على مال ثم ادعت انه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع وأقامت البينة على ذلك تسمع دعواها وتقبل بينتها لما قلنا كذا هذا وكذا الرق والحرية ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل للثبوت لان دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد مثله لهذا ابني لا تسمع دعواه لاستحالة ان يكون الا كبرسنا ابنا لمن هو أصغر سناً منه وكذا اذا قال لمرءف النسب من الغير هذا ابني والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه فقد اختلفت عبارات المشايخ في تحديدهما قال بعضهم المدعى من اذا ترك الخصومة لا يجبر عليها والمدعى عليه من اذا ترك الجواب يجبر عليه وقال بعضهم المدعى من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو ديناً أو حقاً والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وقال بعضهم ينظر الى المتخاصمين أيهما كان منكراً فالآخر يكون مدعياً وقال بعضهم المدعى من يخبر عما في يد غيره لنفسه والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه فينصفلان بذلك عن الشاهد والمقر والشاهد من يخبر عما في يد غيره لغيره والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به فحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه لان قطع الخصومة والمنازعة واجب ولا يمكن القطع الا بالجواب فكان واجبا وهل يسأله القاضي الجواب قبل طلب المدعى ذكر في أدب القاضي انه يسأله وذكر في الزيادات انه لا يسأله ما لم يقل المدعى أسأله عن دعواي وعلى هذا اذا تقدم الخصمان الى القاضي هل يسأل المدعى عن دعواه في أدب القاضي انه يسأله وفي الزيادات انه لا يسأله ويعرف ذلك في كتاب أدب القاضي وسيأتي واذا وجب الجواب على المدعى عليه فاما ان أقر أو سكّ أو أنكر فان أقر يؤمر بالدفع الى المدعى لظهور صدق دعواه وان أنكر فان كان للمدعى بينة أقامها ولو قال لا بينة لي ثم جاء بالبينة هل تقبل روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها تقبل وعن محمد انها لا تقبل وجه قول محمد ان قوله لا بينة لي اقرار على نفسه والا انسان لا يتم في اقراره على نفسه فالانسان بالبينة بعد ذلك رجوع عما أقر به فلا يصح وجه رواية الحسن عن حنيفة ان من الجائز أن تكون له بينة لم يعلمها المدعى بان أقر المدعى عليه بين يدي هو لا يعلم به ثم علم بعد ذلك بها فامكن التوفيق فلا يكون الاتيان بالبينة بعد ذلك رجوعاً تقبل وان لم يكن له بينة وطلب يمين المدعى عليه يحلف فيها

يحتمل التحليف فان سككت عن الجواب يأتي حكمه ان شاء الله تعالى في الفصل الذي يليه
 ﴿فصل﴾ وأما حجة المدعى والمدعى عليه فالبيئة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه لقوله عليه الصلاة
 والسلام البيئة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل عليه الصلاة والسلام البيئة حجة المدعى واليمين حجة المدعى
 عليه والمعقول كذلك لان المدعى يدعى أمر أخفيا فيحتاج الى اظهاره والبيئة قوة الاظهار لانها كلام من ليس
 بنخصم فجعلت حجة المدعى واليمين وان كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة
 مظهرة للحق وتصلح حجة المدعى عليه لانه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فاجتبه الى استمرار حكم الظاهر
 واليمين وان كانت كلام الخصم فهي كاف للاستمرار فكان جعل البيئة حجة المدعى وجعل اليمين حجة المدعى
 عليه وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة وعلى هذا يخرج القضاة بشاهد واحد ويمين من المدعى انه لا يجوز عندنا
 خلافا للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى بشاهد ويمين ولان الشهادة انما
 كانت حجة المدعى لكونها مرجحة جنسية الصديق على جنسية الكاذب في دعواها الرجحان فكما يقع بالشهادة يقع
 باليمين فكانت اليمين في كونها حجة مثل البيئة فكان ينبغي ان يكشف بها الا انه ضم اليها الشهادة نفيا للهمة (ولنا) الحديث
 المشهور والمعقول ووجه الاستدلال به من وجهين أحدهما ان النبي عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى
 عليه ولو جعلت حجة المدعى لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل
 كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعمير فيقتضى استغراق كل الجنس
 فلو جعلت حجة المدعى لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه بل يكون من الايمان ما ليس بحجة له وهو يمين المدعى
 وهذا خلاف النص وأما الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين وقال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء
 بشاهد ويمين وكذا روى عن الزهري لما سئل عن اليمين مع الشاهد فقال بدعة وأول من قضى بهما معا رواية رضى الله
 عنه وكذا ذكر ابن جرير عن عطاء بن أبي رباح انه قال كان القضاء الاول ان لا يقبل الا شاهدان وأول من قضى
 باليمين مع الشاهد عبد الملك بن مروان مع ماله ورد مورد الا حاد ومخالفا للمشهور فلا يقبل وان ثبت انه قضى بشاهد
 ويمين اما ليس فيه انه فيه قضى وقد روى عن بعض الصحابة انه قضى بشاهد ويمين في الامان وعندنا يجوز القضاء
 في بعض أحكام الامان بشاهد واحد اذا كان عدلا بان شهادته أمن هذا الكافر تقبل شهادته حتى لا يقتل لكن
 يسترق واليمين من باب ما يحتاج فيه فعمل على هذا توافق بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وبهذا يتبين بطلان
 مذهب الشافعي رحمه الله في رده اليمين الى المدعى عند نكول المدعى عليه لان النبي عليه الصلاة والسلام ما جعل
 اليمين حجة الا في جانب المدعى عليه فالرد الى المدعى يكون وضع الشيء في غير موضعه وهذا أحد الظلم وعلى هذا
 يخرج مسألة الخارج مع ذي اليد اذا اقام البيئة أنه لا تقبل بيئته ذي اليد لانها جعلت حجة للمدعى وذو اليد ليس بمدعى
 بل هو مدعى عليه فلا تكون البيئة حجة له فالتحقت بيئته بالعدم فخلت بيئته المدعى عن المعارض فيعمل بها وقد تخرج
 المسئلة على أصل آخر نذكره في موضعه ان شاء الله واذا عرفت ان البيئة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه فلا بد من
 معرفة علائقهما وعلائق البيئة قدم ذكرها في كتاب الشهادات ونذكر هنا علائق اليمين فنقول وبالله التوفيق الكلام
 في اليمين في مواضع في بيان ان اليمين واجبة وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان الوجوب وفي بيان كيفية الوجوب
 وفي بيان حكم أدائه وفي بيان حكم الامتناع عن تحصيل الواجب أما دليل الوجوب فالحديث المشهور وهو قوله عليه
 الصلاة والسلام البيئة على المدعى واليمين على المدعى عليه وعلى كلمة ايجاب وأما شرائط الوجوب فانواع منها الانكار
 لانها وجبت للحاجة الى دفع التهمة وهي تهمة الكذب في الانكار فاذا كان مقرراً لا حاجة لان الانسان لا يهتم في
 الاقرار على نفسه ثم الانكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الانكار وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب
 المدعى من غير آفة لان الدعوى أوجبت الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من حمل السكوت على

أحدهما والجل على الإنكار أولى لأن العاقل المتدين لا يسكت عن اظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد
يسكت عن اظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الإنكار أولى فكان السكوت إنكارا دلالة ولو لم
يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال لا أقر ولا أنكر وأصر على ذلك اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا إنكار
وقال بعضهم هذا اقرار والاول أشبه لأن قوله لا أنكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت إنكار على مامر
ومنها الطلب من المدعى لأنها وجبت على المدعى عليه حقا للمدعى وحق الانسان قبل غيره واجب الا يفاء عند طلبه
ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو قال المدعى لي بينة حاضرة ثم أراد ان يحلف
المدعى عليه ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك وجه قولهما ان اليمين حجة المدعى كالبينة ولهذا لا تجب الا عند طلبه
فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء ولا بي حنيفة ان البينة في كونها حجة المدعى كالاصل لكونها كلام غير الخصم
واليمين كالخلف عليها لكونها كلام الخصم فلهذا ألوا مقام البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه ليس له ذلك والقدرة
على الاصل تمنع المصير الى الخلف ومنها ان لا يكون المدعى حقا لله عز وجل خالصا فلا يجوز الاستحلاف في
الحدود والخالص لله عز وجل كحد الزنا والسرقه والشرب لان الاستحلاف لاجل النكول ولا يقضى بالنكول
في الحدود والخالص لله لأنه بذل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اقرار فيه شبهه العدم والحدود لا تحتل البذل ولا
تثبت بدليل فيه شبهه لهذا لا تثبت بشهادة النساء والشهادة على الشهادة الا ان في السرقه يحلف على أخذ المال وكذا
لا يمين في اللعان لأنه جار مجرى الحد وأما حد القذف فيجرى فيه الاستحلاف في ظاهر الرواية لأنه ليس من
الحدود والمتحضرة حقا لله تعالى بل يشوبه حق العبد فاشبه التعزير وفي التعزير يحلف كذا وهذا يجري
الاستحلاف في القصاص في النفس والطرف لان القصاص خالص حق العبد ومنها ان يكون المدعى محتملا
للاقرار به شرعا بان كان لو أقر به لصح اقراره به فان لم يكن لم يجز فيه الاستحلاف حتى ان من ادعى على رجل انه
أخوه ولم يدع في يده ميراثا فأنكر لا يحلف لأنه لو أقر به لآخوة لم يجز اقراره لكونه اقرارا على غيره وهو أبوه ولو ادعى
انه أخوه وان في يده مالا من تركه أبيه وهو مستحق لنصفه بانه من أبيه فأنكر يحلف لاجل الميراث لا لآخوة
لأنه لو أقر أنه أخوه صح اقراره في حق الارث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث اليه ولم يصح في حق النسب حتى
لا يقضى بانه أخوه وعلى هذا عبد في بدر رجل ادعاه رجلان فأقر به لاحدهما وسلم القاضي العبد اليه فقال الآخر
لا بينة لي وطلب من القاضي تحليف المقر لا يحلفه في عين العبد لأنه لو أقر به لكان اقراره باطلا فاذا أنكر لا يحلف الا
ان يقول الذي لم يقر له أنك اتلفت على العبد باقرارك به لغيري فاضم قيمته لي يحلف المقر بالله تعالى ما عليه رقيمة
ذلك العبد على هذا المدعى ولا رد شي منها لأنه لو أقر باتلافه لصح وضمن القيمة فاذا أنكر يستحلفه ولو ادعى
رجل انه زوجه ابنته الصغيرة وأنكر الاب لا يحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر به لا يصح
اقراره به عنده فاذا أنكر لا يستحلف والثاني ان الاستحلاف لا يجري في النكاح وعندهما يجري لكن
عند أبي يوسف يحلف على السب وعند محمد على الحاصل والحكم على ما ذكره في موضعه هذا اذا كانت صغيرة
عند الدعوى فان كانت كبيرة وادعى أن أباه زوجه ابنته لا يحلف عند أبي حنيفة لما قلنا من الطريقين
وعندهما لا يحلف أيضا لاحد طريقين وهوانه لو أقر عليها في الحال لا يصح اقراره ولكن تحلف المرأة عندهما لأنها
لو أقرت لصح اقرارها وعندهما الاستحلاف يجري فيه لكن عند أبي يوسف تحلف على السب بالله عز وجل ما تعلم
ان أباه زوجه ابنته الصغيرة الا عند التعرض فتحلف على الحكم كما قال محمد ولو ادعت امرأة على رجل انه زوجه
عبد فأنكر المولى لا يحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر عليه لا يصح اقراره والثاني انه
لا استحلاف في النكاح عنده وعندهما لا يحلف أيضا لكن لطريق واحد وهوانه لو أقر عليه لا يصح اقراره
ولو ادعى رجل على رجل انه زوجه أمته لا يحلف المولى عند أبي حنيفة وعندهما يحلف لطريق واحد وهوان

الاستحلاف لا يجري في النكاح عنده وعندهما يجري ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل البذل عند أبي حنيفة مع كونه محتملاً للاقرار وعندهما ان يكون مما يحتمل الاقرار سواء احتتمل البذل أولاً وعلى هذا يخرج اختلافهم في الاشياء السبعة انها لا يجري فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة وهي النكاح والرجعة والتي في الابل والنسب والرق والولاء والاستيلاء أما النكاح فهو ان يدعى رجل على امرأة انها امرأته او تدعى امرأة على رجل انه زوجها ولا يثبت للمدعى وطلب عين المنكر وأما الرجعة فهو ان يقول الزوج للمطلة بعد انقضائها قد كنت راجعتك وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن اقامة البينة فطلب يمينها وأما التي في الابل فهو ان يكون الرجل آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر فقال قد كنت ففت اليك بالجماع فلم تبني فقالت لم تنق الى ولا يثبت للزوج فطلب يمينها وأما النسب فنحو ان يدعى على رجل انه أبوه او ابنه فانكر الرجل ولا يثبت له وطلب يمينه وأما الرق فهو ان يدعى على رجل انه عبده فأنكر وقال انه حر الاصل لم يجز عليه رق أبداً ولا يثبت للمدعى فطلب يمينه وأما الولاء فانه يدعى على امرأة انه اعتق اباه وان أباه مات وولاه بينهما نصفان فأنكرت ان يكون اعتقه وان يكون ولأه ثابته منه ولا يثبت للمدعى فطلب يمينها على ما أنكرت من الولاء وأما الاستيلاء فهو ان تدعى أمة على مولاه فتقول انا أم ولد لمولاي وهذا ولد لي فأنكر المولى لا يجري الاستحلاف في هذه المواضع السبعة عند أبي حنيفة وعندهما يجري والدعوى من الجانبين تتصور في القصول الستة وفي الاستيلاء لا يتصور الا من جانب واحد وهو جانب الامه فاما جانب المولى فلا تتصور الدعوى لانه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى وهذا بناء على ما ذكرنا ان النكول بذل عنه وهذه الاشياء لا تحتمل البذل وعندهما اقرار فيه شبهة وهذه الاشياء تثبت بدليل فيه شبهة وجه قولهما ان نكول المدعى عليه دليل كونه كاذباً في انكاره لانه لو كان صادقاً لما امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول اقرار أدلة الا انه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم وهذه الاشياء تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم ألا ترى انها تثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين (ولا في حنيفة) ان النكول يحتمل الاقرار لما قلتم ويحتمل البذل لان العاقل الدين كما يخرج عن اليمين الكاذبة يتخرج عن التنيير والطعن باليمين ببذل المدعى الا ان حمله على البذل أولى لا نالو جعلناه اقرار الكذب بناء لما فيه من الانكار ولو جعلناه بذلاً لم نكذب لانه يصير في التقدير كانه قال ليس هذا لك ولكني لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه فيحصل المقصود من غير حاجة الى التكذيب واذا ثبت ان النكول بذل وهذه الاشياء لا تحتمل البذل فلا تحتمل النكول فلا تحتمل التحليف لانه انما يستحلف المدعى لينكل المدعى عليه فيقضى عليه فاذا لم يحتمل النكول لا يحتمل التحليف

فصل وأما بيان كيفية اليمين فالكلام فيه يتعلق بموضعين (أحدهما) في بيان صفة التحليف نفسه انه كيف يحلف والثاني في بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف (أما الاول) فالامر لا يخلو اما ان كان الحالف مسلماً واما ان كافراً فان كان مسلماً فيحلفه القاضي بالله تعالى ان شاء من غير تغليظ لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف يزيد بن ركانة او ركانة بن عبد يزيد بالله عز وجل ما أردت بالبتة ثلاثاً وان شاء غلظ لان الشرع ورد بتغليظ اليمين في الجملة فانه روي رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ابن صوريا الا عور وغلظ فقال عليه الصلاة والسلام الذي أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام ان حد الزنا في كتابكم هذا وقال مشايخنا ينظر الى حال الحالف ان كان ممن لا يخاف منه الاجترار على الله تعالى باليمين الكاذبة يكتفى فيه بالله عز وجل من غير تغليظ وان كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ لان من العوام من لا يبالي عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فانه اغلظ عليه اليمين بمنع وقال بعضهم ان كان المال المدعى يسيراً يكتفى فيه بالله عز وجل وان كان كثيراً يغلظ وصفة التغليظ ان يقول والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ونحو ذلك مما بعد تغليظاً في اليمين وان كان الحالف كافراً فانه يحلف بالله عز وجل أيضاً ذمياً كان أو مشركاً لان المشركين لا ينكرون الصانع قال الله تبارك وتعالى جل شأنه ولئن سألتهم من

خلق السموات والارض ليقولن الله فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه ويعتقدون حرمة الاله الا الدهرية والزناقة
وأهل الاباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على اظهار نحتهم في عصر من الاغصار الى يومنا هذا ورجو من فضل الله
عز وجل على أمة حبيبه صلى الله عليه وسلم ان لا يقدرهم على اظهار ما تنحلوه الى انقضاء الدنيا وان رأى القاضي ما
يكون تغليظاً في دينه فعل لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صور يادل ان كل ذلك سائح فيغلظ
على اليهودى بالله تعالى عز وجل الذى أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام وعلى النصرانى بالله الذى
أنزل الانجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام وعلى المجوسى بالله الذى خلق النار ولا يحلف على الاشارة
الى مصحف معين بان يقول بالله الذى أنزل هذا الانجيل أو هذه التوراة لانه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع
الاشارة الى الحرف فيكون التحليف به تعظيماً لما ليس بكلام الله عز وجل ولا يبعث هؤلاء الى بيوت عبادتهم من
البيعة والكنيسة وبيت النار لان فيه تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان عندنا
وقال الشافعى رحمه الله ان كان بالمدينة يحلف عند المنبر وان كان بمكة يحلف عند الميزاب ويحلف بعد العصر
والصحيح قولنا لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى واليمين على المدعى
عليه مطلقاً عن الزمان والمكان وروى انه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار الى مروان بن الحكم فقضى على زيد
ابن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيد احلف له مكاني فقال له مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف ان
حقه لحق وأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك ولو كان ذلك لازماً لما احتمل ان ياباه زيد بن ثابت
ولان تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى الاشراك في التعظيم والله عز وجل
أعلم (وأما) بيان صفة الحلو فانه على ما ذابح فقول الدعوى لا تخلو امانا كانت مطلقة عن سبب وامان
كانت مقيدة بسبب فان كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبد أو جارية أو أرضاً وأنكر المدعى عليه فلا خلاف في
انه يحلف على الحكم وهو ما وقع فيه الدعوى فيقال بالله ما هذا العبد أو الجارية أو الارض لقان هذا ولا شئ منه
وان كانت مقيدة بسبب بان ادعى انه أقرضه ألفاً أو غصبه ألفاً أو أودعه ألفاً وأنكر المدعى عليه فقد اختلف أبو
يوسف ومحمد في انه يحلف على السبب أو على الحكم قال أبو يوسف يحلف على السبب بالله ما استقرضت منه ألفاً
أو ما غصبته ألفاً أو ما أودعني ألفاً الان يعرض المدعى عليه ولا يصرح فيقول قد يستقرض الانسان وقد يغصب وقد
يودع ولا يكون عليه ما أبراه عن ذلك أو رد الوديعة وأنا لا أبين ذلك لئلا يلزم من شئ فحينئذ يحلف على الحكم وقال
محمد يحلف على الحكم من الا ابتداء بالله ماله عليك هذه الالف التي ادعى (وجه) قول محمد ان التحليف على السبب
تحليف على ما لا يمكنه الحلف عليه عسى لجوازه انه وجد منه السبب ثم ارتفع بالابراء أو بالرد فلا يمكنه الحلف على
نفي السبب ويمكنه الحلف على نفي الحكم على كل حال فكان التحليف على الحكم أولى (وجه) قول أبي يوسف
ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف اليهود بالله وفي باب النسامة على السبب فقال عليه الصلاة والسلام
بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلاً فيجب الاقتداء به ولان الداخل تحت الحلف ما هو الداخل تحت الدعوى والداخل
تحت الدعوى في هذه الصورة مقصودا هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان أمكنه الحلف على السبب حلف عليه
وان لم يمكنه وعرض فحينئذ يحلف على الحكم وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء اذا أنكر المدعى عليه فعند أبي يوسف
يحلف على السبب بالله عز وجل ما بعته هذا الشئ الا ان يعرض الخصم والتعريض في هذا ان يقول قديبيع الرجل
الشئ ثم يعود اليه بهبة أو فسخ أو اقالة أو رد بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية وأنا لا أبين ذلك كي لا يلزم من شئ
فحينئذ يحلف على الحكم بالله تعالى ما بينكما بيع قائم أو شراء قائم بهذا السبب الذى يدعى وهكذا يحلف على قول
محمد وعلى هذا دعوى الطلاق بان ادعت امرأة على زوجها انه طلقها ثلاثاً أو خالها على كذا وأنكر الزوج ذلك يحلف
على السبب عند أبي يوسف بالله عز وجل ما طلقها ثلاثاً أو ما خالها الا ان يعرض الزوج فيقول الانسان قديخالج

امرأته ثم تعود اليه وقد يطلقها ثلاثاً ثم تعود اليه بعد زوج آخر فينثذ يحلف بالله عز وجل ما هي حرام عليك بثلاث تطليقات أو بالله عز وجل ما هي مطلقة منك ثلاثاً أو ما هي حرام عليك بالخلع أو ما هي بئن منك ونحو ذلك من العبارات وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى العتاق في الامة بان ادعت امة على مولاه انه اعتقها وهو منك عند أبي يوسف يحلف المولى على السبب بالله عز وجل ما اعتقها الا ان يعرض لانه يتصور النقص في هذا والعود اليه بان ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سبها أو سبها غيره فاشتراها فينثذ يحلف كما قاله محمد ولو كان الذي يدعى العتق هو العبد فيحلف على السبب بلا خلاف بالله عز وجل ما اعتقه في الرق القائم للحال في ملكه لانعدام تصور التعريض لان العبد المسلم لا يحتمل السبي بعد العتق حتى لو كان العبد لم يعرف مسلماً أو كان كافراً يحلف عند محمد على الحكم لاحتمال العود الى الرق لان الذمي اذا تقضى العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي يسترق بخلاف المسلم فانه يجبر على الاسلام ويقتل ان أبى ولا يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو تهرىع على قولهما لان أبا حنيفة لا يرى الاستحلاف فيه فيقول الدعوى لا تخلو اما ان تكون من الرجل أو من المرأة فان كانت من الرجل وأنكرت المرأة النكاح فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض لاحتمال الطلاق والفرقة بسبب ما فينثذ يحلف على الحكم بالله عز وجل ما بينكما نكاح قائم كما هو قول محمد واما عند أبي حنيفة لوقال الزوج أنا أريد أن أتزوج أختها أو أربما سواها فان القاضي لا يمكنه من ذلك لانه اقرار لهذه المرأة انها امرأته فيقول له ان كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج أختها أو أربما سواها وان كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فانكر فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد فاما عند أبي حنيفة لوقالت المرأة اني أريد أن أتزوج فان القاضي لا يمكنها من ذلك لانه قد أقرت ان لها زوجاً فلا يمكنها من الزوج زوج آخر فان قالت ما الخلاص عن هذا وقد بقيت في عهده أبد الدهر وليست لي بينة وهذه تسمى عهدة أبي حنيفة فانه يقول القاضي للزوج طلقها فان أبى أجبره القاضي عليه فان قال الزوج لو طلقها للزمني المهر فلا يفعل ذلك يقول له القاضي قل لها ان كنت امرأتى فانت طالق فتطلق لو كانت امرأتك وان لم تكن فلا ولا يلزمك شيء لان المهر لا يلزم بالشك فان أبى يجبره على ذلك فاذا فعل تخلف عن تلك العهدة ولو كانت الدعوى على اجارة الدار أو عبد أو دابة أو معاملة مزارعة فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا اذا عرض وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال وعند أبي حنيفة ما كان صحيحاً وهو الاجارة يحلف وما كان فاسداً وهو المعاملة والمزارعة لا يحلف أصلاً لان الحلف بناء على الدعوى الصحيحة ولم تصح عنده ولو كانت الدعوى في القتل الخطأ بان ادعى على رجل انه قتل أباه خطأ وانه وجبت الدية فانكر المدعى عليه يحلف على السبب عند أبي يوسف بالله ما قتلت الا اذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك وانما يحلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ في الدية في فصله الخطأ انها تجب على العاقلة ابتداءً وتجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف برى وان نكل يقضى عليه بالدية في ماله على ما نذر ان شاء الله تعالى

فصل وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً بل مؤقتاً الى غاية احضار البينة عند عامة العلماء وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الاطلاق حتى لو أقام المدعى البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بينته عند العامة وعند بعضهم لا تقبل لانه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا اذا استحلف لا يبقى له ولاية اقامة البينة والجامع ان حقه في احدهما فلا يملك الجمع بينهما والصحيح قول العامة لان البينة هي الاصل في الحجة لانها كلام الاجنبى فاما اليمين فكأن خلف عن البينة لانها كلام الخصم صير اليها للضرورة فاذا جاء الاصل انتهى حكم الخلف فكانه لم يوجد أصلاً ولو قال المدعى للمدعى عليه احلف وأنت برىء من هذا الحق الذي ادعيت به أو أنت برىء من هذا الحق ثم أقام البينة قبلت بينته لان قوله أنت برىء يحتمل البراءة للحال أى برىء من دعواه وخصومته للحال ويحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل ابراء عن الحق بالشك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ واما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فان كان ذلك في دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا لكن ينبغي للقاضي ان يقول له انى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك لجواز ان يكون المدعى عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول أو يكون عنده ان القاضي لا يرى القضاء بالنكول أو لحقه حشمة القضاء ومهابة المجلس في المرة الاولى فكان الاحتياط ان يقول له ذلك فان نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فان القاضي يقضى عليه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن يرد اليمين الى المدعى فيحلف فيأخذ حقه اجتمع الشافعى رحمه الله بقول النبي عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل البيعة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول فلو كان حجة المدعى لذكره والمعقول انه يحتمل انه نكل لكونه كاذبا في الانكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ويحتمل انه نكل مع كونه صادقا في الانكار تو راعا عن اليمين الصادقة فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال لكن يرد اليمين الى المدعى ليحلف فيقضى له لانه ترجح جنبه الصدق في دعواه بيمينه وقد ورد الشرع برد اليمين الى المدعى فانه روى أن سيدنا عثمان رضى الله عنه ادعى على المقداد مالا بين يدي سيدنا عمر رضى الله عنه فانكر المقداد وتوجهت عليه اليمين فرد اليمين على سيدنا عثمان وسيدنا عمر جوز ذلك (ولنا) ما روى ان شريحاً قضى على رجل بالنكول فقال المدعى عليه أنا أحلف فقال شريح مضى قضائى وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعاً منهم على جواز القضاء بالنكول ولانه ظهر صدق المدعى في دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضى له كما لو أقام البيعة ودلالة الوصف ان المانع من ظهور الصدق في خبره انكاره المدعى عليه وقد عارضه النكول لانه كان صادقا في انكاره لما نكل فزال المانع للعارض فظهر صدقه في دعواه وقوله يحتمل انه نكل تو راعا عن اليمين الصادقة قلنا هذا احتمال نادر لان اليمين الصادقة مشروعة فالظاهر ان الانسان لا يرضى بفوات حقه تحزاعاً عن مباشرة أمر مشروع ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعاً ألا يرى أن البيعة حجة القضاء بالاجماع وان كانت محتملة في الجملة لانهما خير من ليس بمعصوم عن الكذب لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب كذا هذا أو اما الحديث فنقول البيعة حجة المدعى وهذا لا ينفي ان يكون غيرها حجة وقوله لو كان حجة لذكره قلنا يحتمل أنه لم يذكره لما قلنا ويحتمل انه لم يذكره نصاً مع كونه حجة تسليطاً للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالرأى والاستنباط فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما رد اليمين على المدعى فليس بمشروع لما قلنا من قبل وأما حديث المقداد فلا حجة فيه لان فيه ذكر الرد من غير نكول المدعى عليه وهو خارج عن أقاويل الكل فكان مؤولاً عند الكل ثم تأويله ان المقداد رضى الله عنه ادعى الايفاء فأنكر سيدنا عثمان رضى الله عنه فتوجهت اليمين عليه ونحن به نقول هذا اذا نكل عن اليمين في دعوى المال فان كان النكول في دعوى القصاص فنقول لا يخلو ما أن تكون الدعوى في القصاص في النفس واما أن تكون فيما دون النفس فان كان في النفس فعند أبي حنيفة لا يقضى فيه لا بالقصاص ولا بالمال لكنه يحبس حتى يقرأ ويحلف أبداً وان كان الدعوى في القصاص في الطرف فانه يقضى بالقصاص في العمد وبالدية في الخطأ وعندهما لا يقضى بالقصاص في النفس والطرف جميعاً ولكن يقضى بالارش والدية فيهما جميعاً بناء على ان النكول بذل عند أبي حنيفة رحمه الله والطرف يحتمل البذل والاباحة في الجملة فان من وقعت في يده آكلة والعياذ بالله تعالى فأمر غيره بقطعها يباح له قطعها صيانة للنفس وبه تبين ان الطرف يسلك مسلك الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالمال فاما النفس فلا تحتمل البذل والاباحة بحال وكذا المباح له القطع اذا قطع لضمان عليه والمباح له القتل اذا قتل يضمن فكان الطرف جارياً مجرى المال بخلاف النفس فأمكن القضاء بالنكول في الطرف دون النفس فكان القياس ان لا يستحلف في النفس عنده كما لا يستحلف في الاشياء السبعة لان الاستحلاف للتوصل الى المقصود المدعى وهو احياء حقه بالقضاء بالنكول ولا يقضى فيها بالنكول أصلاً عنده فكان ينبغي ان لا يستحلف الا انه استحسّن في الاستحلاف فيها لان

الشرع ورد به في القسامة وجعله حقا مقصودا في نفسه تعظيما لامر الدم وتخميما لشأنه ليكون اليمين الكاذبة مهلكة
فصار بالنكول مانعا حقا مستحقا عليه مقصودا في حبس حتى يقرأ ويحلف بخلاف الاشياء السبعة فان الاستحلاف
فيها للتوصل الى استيفاء المقصود بالنكول وانه لا يقع وسيلة الى هذا المقصود وعند النكول اقرار فيه شبهة العدم
لانه اقرار بطريق السكوت وانه محتمل والقصاص يدرأ بالشبهات واذ اسقط القصاص للشبهة يجب المال بخلاف
شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة انها لا تقبل في باب القصاص أصلا لان التعذر هناك من جهة من له
القصاص وهو عدم الاتيان بحجة مظهره للحق وهي شهادة شهود أصول مذكور والتعذر هنا من جهة من عليه القصاص
وهو عدم التنصيص على الاقرار والاصل ان القصاص اذا بطل من جهة من له القصاص لا تجب الدية واذا بطل من
جهة من عليه تجب الدية وأما في دعوى السرقة اذا حلف على المال ونكل يقضي بالمال لا بالقطع لان النكول حجة في
الاموال دون الحدود والمصلحة وأما في حد القذف اذا استحلف على ظاهر الرواية فكل يقضي بالحد في ظاهر الاقوال
لانه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبي حنيفة وعندهما بمنزلة التعزير وقال بعضهم هو بمنزلة سائر الحدود لا يقضي فيه
بشيء ولا يحلف لانه حد وقيل يحلف ويقضي فيه بالتعزير دون الحد كما في السرقة يحلف ويقضي بالمال دون القطع
والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعي عليه ونخرج عن كونه خصما للمدعي فنقول وبالله التوفيق
انه يخرج عن كونه خصما للمدعي بكون يده غير يد المالك وذلك يعرف بالينة أو بالاقرار أو بعلم القاضي نحو ما اذا ادعى
على رجل دارا أو ثوبا أو دابة فقال الذي في يده هو ملك فلان الغائب أو دعيه وجملة الكلام فيه ان المدعي لا يخلو اما
أن يدعي عليه ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا أو يدعي عليه فعلا فان ادعى ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا فقال الذي في
يده أو دعيه فلان الغائب أو رهنها أو أجرها أو أعارها أو غصبها أو سرقتها أو أخذتها أو نزعها أو ضلت منه فوجدتها
وأقام الينة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى تندفع عنه الخصومة أقام الينة أو لم يقيم
وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه الخصومة أقام الينة أو لم يقيم هذا اذا لم يكن الرجل معروفا بالافتعال والاحتيال فان كان
تندفع عنه الخصومة عند أبي حنيفة ومحمد أيضا وعند أبي يوسف لا تندفع وهي المسئلة المعروفة بالخسرة والحجج
تعرف في الجامع وكذلك لو ادعى لنفسه والفعل على غير ذي اليد بأن قال هذا ملكي غصبه مني فلان لا نه لم يدع على
ذی اليد فعلا فصار في حق ذي اليد دعوى مطلقة فكان على الخلاف الذي ذكرنا فاما اذا ادعى فعلا على ذي
اليدين قال هذه دارى أو دابتي أو ثوبي أو دعتكها أو غصبتيها أو سرقتها أو استأجرتها أو ارتبتها مني وقال الذي في
يديه انها لقان الغائب أو دعتكها أو غصبتيها منه ونحو ذلك وأقام الينة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة ووجه الفرق
ان ذا اليد في دعوى المطلق انما يكون خصما بيده ألا ترى انه لو لم يكن المدعي في يده لم يكن خصما فاذا اقام الينة على ان
اليدين كان الخصم ذلك الغير وهو غائب فاما في دعوى الفعل فانما يكون خصما فعلا لا بيده ألا ترى ان الخصومة
متوجهة عليه بدون يده واذا كان خصما فعلا بالينة لا يتبين أن الفعل منه لم يكن فبقى خصما ولو ادعى فعلا لم يسم فاعله
بان قال غصبت مني أو أخذت مني فاقام ذواليد الينة على الايداع تندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه
باطل فالتحقق بالعدم فبقى دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه باطل فالتحقق بالعدم
فبقى دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة ولو قال سرق مني فالقياس ان تندفع الخصومة كما في الغصب والاخذ
وهو قول محمد وزفر وفي الاستحسان لا تندفع فراقبين الغصب والاخذ وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما
الله ووجه الفرق يعرف في الجامع ولو قال المدعي هذه الدار كانت لقان فاشتريتها منه وقال الذي في يده أو دعتكها
فلان الذي ادعت الشراء من جهته أو سرقتها منه أو غصبته تندفع عنه الخصومة من غير اقامة الينة على ذلك لانه ثبت
كون يده بدغيره بتصادقهما اما المدعي عليه فظاهر وأما المدعي فبدعواه الشراء منه لان الشراء منه لا يصح بدون

اليد وكذا الوأقام الذي في يديه البينة على اقرار المدعى بذلك لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ولو عينا اقراره لاندفعت الخصومة كذا هذا وكذلك اذا علم القاضي بذلك لان العلم المستفاد له في زمان القضاء فوق الاقرار لكونه حجة متمدية الى الناس كافة بمنزلة البينة وكون الاقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة ثم لما اندفعت الخصومة باقرار المدعى فبعلم القاضي أولى ولو قال الذي في يديه ابتعته من فلان العائب لا تندفع الخصومة لانه ادعى الملك واليد لنفسه وهذا مقرر بكونه خصما فكيف تندفع الخصومة ولو أقام المدعى البينة انه ابتاعه من عبد الله وقال الذي في يديه أو دعيه عبد الله ذلك تندفع الخصومة من غير بينة لانهما تصادقا على الوصول اليه من يد عبد الله فابتا اليده وهو غائب وعلى هذا الاصل مسائل كثيرة في الجامع والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين القائميتين على أصل الملك والثاني في بيان حكم تعارض البينتين القائميتين على قدر الملك أما الأول فالأصل ان البينتين اذا تعارضتا في أصل الملك من حيث الظاهر فان أمكن ترجيح احدهما على الاخرى يعمل بالراجح لان البينة حجة من حجج الشرع والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع وان تعذر الترجيح فان أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به وان تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما لان العمل بالدليلين واجب بقدر الامكان وان تعذر العمل بهما أصلا سقط اعتبارهما والتحقا بالعدم اذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة وجملة الكلام في هذا الفصل ان الدعوى ثلاثة أنواع دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليد والنسب (أما) دعوى الملك فلا تخلو اما أن تكون من الخارج على ذي اليد واما أن تكون من الخارجين على ذي اليد (واما) أن تكون من صاحبي اليد أحدهما على الآخر فان كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد دعوى الملك وأقاما البينة فلا تخلو اما ان قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك مؤقت واما ان قامت احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك مؤقت وكل ذلك لا يخلو اما ان كانت بسبب واما ان كانت بغير سبب فان قامت على ملك مطلق عن الوقت فبينة الخارج أولى عندنا وعند الشافعي رحمه الله بينة ذي اليد أولى (وجه) قوله ان البينتين تعارضتا من حيث الظاهر وترجحت بينة ذي اليد باليد فكان العمل بها أولى ولهذا عمل بينته في دعوى السكاح (ولنا) ان البينة حجة المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى وذو اليه ليس بمدع فلا تكون البينة حجته والدليل على انه ليس بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعى انه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لانه يخبر عما في يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت بينته بالعدم فبقيت بينة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها ولان بينة الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى كما اذا وقت البينتان نصا ووقت بينة الخارج دلالة ودلالة الوصف انها أظهرت له سبق اليد لانهم شهدوا له بالملك المطلق ولا تحمل لهم الشهادة بالملك المطلق الا بعلمهم به ولا يحصل العلم بالملك الا بعد العلم بدليل الملك ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد فاذا شهدوا للخارج فقد أثبتوا كون المال في يده وكون المال في يد ذي اليد ظاهر انا ثبت للحال فكانت يد الخارج سابقة على يده فكان ملكه سابقا ضرورة واذا ثبت سبق الملك للخارج يقضى بينته لانه لما ثبت له الملك واليد في هذه العين في زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم انها انتقلت من يده اليه فوجب اعادته يده ورد المال اليه حتى يقيم صاحب اليد الآخر الحجة انه بأي طريق انتقل اليه كما اذا عاين القاضي كون المال في يد انسان ويدعيه لنفسه ثم رآه في يد غيره فانه يأمره بالرد اليه اذا ادعاه ذلك الرجل الى ان يبين سببا صالحا للانتقال اليه وكذا اذا أقر المدعى عليه أن هذا المال كان في يد المدعى فانه يؤمر بالرد اليه الى أن يبين بالحجة طريقا صالحا للانتقال اليه كذلك هذا وصار كما اذا ارخا نصا وتاريخ أحدهما أسبق لان هذا تاريخ من حيث المعنى بخلاف النتائج لان هناك لم يثبت

سبق الخارج لانعدام تصور السبق والتأخير فيه لان النتائج مما لا يحتمل التكرار فيطلب الترجيح من وجه آخر
فتترجح بينة صاحب اليد باليد وهنا بخلافه هذا اذا قامت البيئتان على ملك مطلق عن الوقت من غير سبب فأما اذا
قامتا على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان يقضى للخارج لانه بطل اعتبار الوقتين للتعارض فبقى
دعوى ملك مطلق وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى للأسبق وقتاً أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي
يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى وروى ابن سماعة عن محمد انه رجع عن هذا القول عند رجوعه من الرقة وقال لا تقبل
من صاحب اليد بينة على وقت وغيره الا في النتائج والصحيح جواب ظاهر الرواية لان يدنة صاحب الوقت الاسبق
أظهرت الملك له في وقت لا ينافيه فيه أحد فيدفع المدعى الى أن يثبت بالدليل سبباً للانتقال عنه الى غيره وان أقامت
احداهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت من غير سبب لا عبرة للوقت عندهما ويقضى للخارج وعند
أبي يوسف يقضى لصاحب الوقت أيهما كان وروى عن أبي حنيفة رحمه الله مثله (وجه) قول أبي يوسف أن بينة
صاحب الوقت أظهرت الملك له في وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعى الملك المطلق بيقين بل تحتمل المعارضة
وعدمها لان الملك المطلق لا يتعارض للوقت فلا تثبت المعارضة بالشك ولهذا الوادعى كل واحد من الخارجين على
ثالث وأقام كل واحد منهما البينة انه اشتراه من رجل واحد ووقت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى انه يقضى
لصاحب الوقت كذا هذا ولهما أن الملك احتمل السبق والتأخير لان الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق لجواز أن
صاحب البينة المطلقة لو وقت بينته كان وقتها أسبق فوقع الاحتمال في سبق الملك الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقى
دعوى مطلق الملك فيقضى للخارج بخلاف الخارجين اذا ادعى الشراء من رجل واحد لان البائع اذا كان واحداً
فتمت اتفاقاً على تلقي الملك منه ببيعته وانه أمر حادث وقد ظهر بالتاريخ أن شراء صاحب الوقت أسبق ولاتاريخ مع
الاخر وشراؤه أمر حادث ولا يعلم تاريخه فكان صاحب التاريخ أولى هذا اذا قامت البيئتان من الخارج وذى اليد
على ملك مطلق أو موقت من غير سبب فأما اذا كان في دعوى ذلك سبب فان كان السبب هو الارث فكذلك
الجواب حتى لو قامت البيئتان على ملك مطلق بسبب الارث بأن أقام كل واحد منهما البينة على انه ملكه مات أبوه
وتركه ميراثه يقضى للخارج بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله وكذلك ان قامت على ملك موقت واستوى الوقتان
لانه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى مطلق الملك وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى لاسبقهما
وقتاً أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد الاول وفي قول محمد الآخر يقضى للخارج لان دعوى الارث
دعوى ملك الميت فكل واحدة من البيئتين أظهرت ملك الميت لكن قام الوارث مقام الميت في ملك الميت فكان
الوارثين ادعى ملكاً مطلقاً أو موقتاً من غير سبب وهناك الجواب هكذا في الفصول كلها من الاتفاق والاختلاف الا
في فصل واحد وهو ما اذا قامت احدى البيئتين على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت فان هنا يقضى للخارج
بالاتفاق ولا عبرة للوقت كما لا عبرة له في دعوى المورثين وهذا على أصل أبي حنيفة ومحمد يطرد على أصل أبي
يوسف فيشكل وان كان السبب هو الشراء بأن ادعى الخارج انه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم
وقده الثمن وادعى صاحب اليد انه اشتراه من الخارج وقده الثمن وأقام كل واحد منهما البينة على ذلك فان أقاما
البينة على الشراء من غير وقت ولا قبض لا تقبل البيئتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يجب لواحد منهما على
صاحبه شيء ويترك المدعى في يد ذى اليد وعند محمد يقضى بالبيئتين ويؤمر بتسليم المدعى الى الخارج (وجه) قول
محمد ان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الامكان وأمكن التوفيق هنا بين البيئتين بتصحيح العقدين بأن يجعل كان
صاحب اليد اشتراه أولاً من الخارج وقبضه ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد
فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ قبض وفي هذا التقدير تصحيح العقدين فوجب القول به ولا وجه
للقول بالعكس من ذلك بأن يجعل كأن الخارج اشترى أولاً من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان

في هذا التقدير أفساد العقد الأخير لانه بيع العقار المبيع قبل القبض وانه غير جائز عنده فتعين تصحيح العقدين بالتقدير الذي قلنا واذا صح العقدان يبقى المشتري في يد صاحب اليد فيؤمر بالتسليم الى الخارج (وجهه) قول أبي يوسف وأبي حنيفة ان كل مشتري يكون مقرا بكون البيع ملكا للبائع فكان دعوى الشراء من كل واحد منهما اقرارا بملك المبيع لصاحبه فكان البيعتان قائمتين على اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه وبين موجبي الاقرارين تناف فتعذر العمل بالبيعتين أصلا وان وقت البيعتان ووقت الخارج أسبق فاذا لم يذكروا قبضاً يقضى بالدار لصاحب اليد عندهما وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد وبيع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد واذا لم يحجز بقى على ملك الخارج وعندهما ذلك جائز فصح البيعان ولو ذكروا القبض جاز البيعان ويقضى بالدار لصاحب اليد بالاجماع لان بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف فيجوز البيعان (وأما) اذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكروا قبضاً يقضى بالخارج لانه اذا كان وقته أسبق يجعل سابقا في الشراء كانه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع اليه وكذلك ان ذكروا قبضاً لانه يقدر كانه اشترى من صاحب اليد أولاً وقبض ثم اشترى الخارج منه وقبض ثم عادت الى يد صاحب اليد بوجه آخر وان كان السبب هو التنازع وهو الولادة في الملك فنقول لا يخلو اما ان قامت البيعتان على التنازع واما ان قامت احدهما على التنازع والاخرى على الملك المطلق فان قامت البيعتان على التنازع فلا يخلو اما ان كانت البيعتان مطلقتين عن الوقت واما ان وقتا وقتاً فان لم يوقتا وقتاً يقضى لصاحب اليد لان البيعة القائمة على التنازع قائمة على أولية الملك وقد استوت البيعتان في اظهار الاولية فتترجح بيعة صاحب اليد باليد فيقضى بينته وقد روى عن جابر رضى الله عنه أن رجلاً ادعى بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقه في يدرجل وأقام البيعة عليه وأقام ذو اليد البيعة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقه لصاحب اليد وهذا ظاهر مذهب أصحابنا وقال عيسى بن ابان من أصحابنا انه لا يقضى لصاحب اليد بل تهاتر البيعتان ويترك المدعى في يد صاحب اليد قضاء ترك وهذا خلاف مذهب أصحابنا فانه نص على لفظة القضاء والترك في يد صاحب اليد لا يكون قضاء حقيقة وكذا في الحديث الذي روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قضى بذلك لصاحب اليد وكذلك في دعوى التنازع من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولا يترك في يد صاحب اليد لان ما ذكره خلاف مذهب أصحابنا ولو أقام أحدهما البيعة على التنازع والاخر على الملك المطلق عن التنازع فيبيته التنازع أولى لما قلنا انها قامت على أولية الملك لصاحبه فلا تثبت لغيره الا بالتلقي منه وأما ان وقتت البيعتان فان اتفق الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للتعارض فبقى دعوى الملك المطلق وان اختلفا بحكم سن الدابة فتقضى لصاحب الوقت الذي وافقه السن لانه ظهر أن البيعة الاخرى كاذبة يمين هذا اذا علم سنهما فاما اذا أشكل سقط اعتبار التاريخ لانه يحتمل أن يكون سنهما موافقا لهذا الوقت ويحتمل أن يكون موافقا لذلك الوقت ويحتمل أن يكون مخالفا لهما جميعا فيسقط اعتبارهما كأنهما سكتا عن التاريخ أصلا وان خالف سنهما الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكره في ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكانهما لم يوقتا فبقيت البيعتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تهاتر البيعتان قال وهو الصحيح (وجهه) أن سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد ثبنا بكذب البيعتين فالتحقق بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البيعتين أصلا ورأسا وكذلك لو اختلفا في جارية فقال الخارج انها ولدت في ملكي من أمي هذه وقال صاحب اليد كذلك يقضى لصاحب اليد لما قلنا وكذلك لو اختلفا في الصوف والمرعى وأقام كل واحد منهما بيعة انه له جزه في ملكه يقضى لصاحب اليد وكذلك لو اختلفا في الغزل وأقام كل واحد منهما البيعة انه له غزله

من قطن هوله يقضى لصاحب اليد والاصل أن المنازعة اذا وقعت في سبب ملك لا يحتمل التكرار كان بمنزلة النتاج فيقضى لصاحب اليد فاذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون في معنى النتاج ويقضى للخارج وان أشكل الامر في الملك انه يحتمل التكرار أولا يقضى للخارج أيضا فعلى هذا اذا اختلفا في اللبن فأقام كل واحد منهما البينة انه له حلب في يده وفي ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان في معنى النتاج وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن نتجت عنده يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعا وكذلك لو اختلفا في جن وأقام كل واحد منهما البينة انه له صنعه في ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل أن يصنع جينا مرتين فكان بمنزلة النتاج ولو اختلفا في الارض والتخل وادعى كل واحد منهما انه أرضه غرس النخل فيها يقضى بها للخارج لان هذا ليس في معنى النتاج لان النتاج سبب الملك الولد والغرس ليس بسبب الملك الارض وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن في معنى النتاج وكذلك لو اختلفا في الجبوب النابتة والقطن الثابت ادعى كل واحد منهما انه له زرعه في أرضه فانه يقضى بالارض والحلب والقطن للخارج وكذلك لو اختلفا في البناء ادعى كل واحد منهما انه بنى على أرضه لما قلنا ولو اختلفا في حلي مصوغ ادعى كل واحد منهما انه صاغه في ملكه يقضى للخارج لان الصياغة تحتمل التكرار فلم تكن في معنى النتاج ولو اختلفا في ثوب خز أو شمر وأقام كل واحد منهما البينة انه له نسجه في ملكه فان علم أن ذلك لا ينسج الا مرة واحدة يقضى لصاحب اليد لانه بمنزلة النتاج وان علم انه ينسج مرتين يقضى للخارج وكذا ان كان مشكلا وكذلك لو اختلفا في سيف مطبوع وادعى كل واحد منهما انه طبع في ملكه يرجع في هذا الى أهل العلم بذلك ولو اختلفا في جارية وأقام كل واحد منهما البينة أن أمها أمته وانها ولدت هذه في ملكه يقضى بالجارية وبأمها للخارج لان هذا ليس دعوى النتاج بل هو دعوى الملك المطلق وهو ملك الام والبينة بينة الخراج في الملك المطلق فيقضى بالام للخارج ثم يملك الولد بملك الام وكذلك لو اختلفا في الشاة مع الصوف وأقام كل واحد منهما البينة أن هذه الشاة مملوكة له وأن هذا صوف هذه الشاة يقضى بالشاة والصوف للخارج لما قلنا شاتان احدهما بيضاء والاخرى سوداء وهما في بدرجل فأقام الخراج البينة على أن الشاة البيضاء شاته ولدتها السوداء في ملكه وأقام صاحب اليد البينة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء في ملكه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت شهوده انها ولدت في ملكه فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد بالسوداء لان بينة الخراج قامت على النتاج في البيضاء وبينة ذى اليد قامت فيها على ملك مطلق فبينة النتاج أولى كذا بينة ذى اليد قامت على النتاج في السوداء وبينة الخراج فيها قامت على ملك مطلق فبينة النتاج أولى ولو اختلفا في اللبن الذي صنع منه اللبن فأقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذي صنع منه اللبن في ملكه فيقضى للخارج لان البينة القائمة على ملك اللبن قائمة على ملك مطلق لا على أولية الملك فبينة الخراج أولى في دعوى الملك المطلق ولو ادعى عبد أفي يد انسان انه اشتراه من فلان وانه ولد في ملك الذي اشتراه منه وأقام ذواليد البينة انه اشتراه من رجل آخر وانه ولد في ملكه يقضى لصاحب اليد لان دعوى الولادة في ملك بائنه بمنزلة دعوى الولادة في ملكه لانه تلقى الملك من جهته وهناك يقضى له كذا هذا وكذلك لو ادعى ميراثا أو هبة أو صدقة أو وصية وانه ولد في ملك المورث والواهب والموصى فانه يقضى لصاحب اليد لما قلنا ولو ادعى الخراج مع ذى اليد كل واحد منهما النتاج فقضى لصاحب اليد ثم جاء رجل وادعى النتاج وأقام البينة عليه يقضى له الا أن يعيد صاحب اليد البينة على النتاج فيكون هو أولى لان القضاء على المدعى الاول لا يكون قضاء على المدعى الثاني فلم يكن الثاني متمضيا عليه فتسمع البينة منه فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق (ووجه) الفرق ان العتق حق الله تعالى ألا ترى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان

حق العبد لتقدر على ابطاله كالرق واذا كان حق الله تعالى فالناس في اثبات حقوقه خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية كالورثة لما قاموا مقام الميت في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه فقام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فال حاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة أو بثبوت النيابة عنه شرعا واتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز ولو شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع حصص من أرض هذا الرجل لم يكن لصاحب الأرض أن يأخذها لانه لا يحتمل أن يكون البذر لغيره وملك الزرع يتبع ملك البذر لا ملك الأرض ألا ترى ان الأرض المغصوبة اذا زرعها الغاصب من بذر نفسه كانت الحنطة له ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا التمر من نخل هذا يقضى له لان ملك الحنطة والتمر يتبع ملك الزرع والنخل ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان من أرضه لم يقض له لانهم لو شهدوا انه حصص من أرضه لم يقض له فهذا أولى ولو شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف حلاب شاته وصوف شاته لم يقض له لجواز ان تكون الشاة له وحلابها وصوفها لغيره بأن أوصى بذلك لغيره هذا الذي ذكرنا كله في دعوى الخارج الملك فاما دعوى الخارجين على ذي اليد الملك فنقول لا تخلف في الاصل من أحد وجهين اما ان يدعى بكل واحد منهما قدر ما يدعى الاخر واما ان يدعى أكثر مما يدعى الاخر فان ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الاخر فهو على التفصيل الذي ذكرنا أيضا وهوان البينتين اما ان قامت على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك موقت واما ان قامت احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت وكل ذلك بسبب أو بغير سبب فان قامت البينتان على ملك مطلق من غير سبب فانه يقضى بالمدعى بينهما نصفان عند أصحابنا وللشافعي رحمه الله قولان في قول تهما البينتان ويترك المدعى في يد صاحب اليد وفي قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة منهما وجه قول الشافعي رحمه الله ان العمل بالبينتين معتذر لثنايف بين موجهما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنتين على الكمال في زمان واحد فيبطلان جميعا اذ ليس العمل باحدهما أولى من العمل بالاخرى لاستوائهما في القوة أو ترجيح احدهما بالقرعة لورود الشرع بالقرعة في الجملة (ولنا) ان البينة دليل من أدلة الشرع والعمل بالديان واجب بالقدر الممكن فان أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه وان لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه كما في سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنة المشهورة وأخبار الآحاد والاقية الشرعية اذا تعارضت وهنا ان تعذر العمل بالبينتين باظهار الملك في كل محل أمكن العمل بهما باظهار الملك في النصف فيقضى لكل واحد منهما بالنصف ولو قامت على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان فكذلك الجواب لانه اذا لم يثبت سبق أحدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحقق بالعدم فبقى دعوى الملك المطلق وان كان وقت أحدهما أسبق من الاخر فلا يسبق أولى بالاجماع ولا يجزى هنا خلاف محمد رحمه الله لان البينة من الخارج مسموعة بلا خلاف والبينتان قامت من الخارجين فكانتا مسموعتين ثم ترجح احدهما بالتاريخ لانها أثبتت الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فيؤمر بالدفع اليه الى ان يقوم الدليل على انه بأي طريق انتقل اليه الملك وان أرخت احدهما وأطلقت الاخرى من غير سبب يقضى بينهما نصفين عند أبي حنيفة ولا عبرة للتاريخ وعند أبي يوسف يقضى لصاحب الوقت وعند محمد يقضى لصاحب الاطلاق وجه قول محمد ان البينة القائمة على الملك المطلق أقوى لان الملك المطلق ملكه من الاصل حكما ألا ترى انه يظهر في الزوائد وتستحق به الاولاد والا كساب وهذا حكم ظهور الملك من الاصل ولا يستحق ذلك بالملك الموقت فكانت البينة القائمة عليه أقوى فكان القضاء بها أولى (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ما ذكرنا ان البينة المؤرخة تظهر الملك في زمان لا تعارضها فيه البينة المطلقة عن التاريخ

بيقين بل تحتمل المعارضة وعدمها فلا تثبت المعارضة بالشك فتثبت بينة صاحب التاريخ بلامعارض فكان صاحب
 التاريخ أولى وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ما مر أيضاً أن الملك الموقت يحتمل أن يكون سابقاً ويحتمل أن يكون
 متأخراً لا احتمال أن صاحب الإطلاق لو أرخ لكان تاريخه أقدم يثبت السبق مع الاحتمال فسقط اعتبار التاريخ
 فبقى دعوى الملك المطلق هذا إذا قامت البينتان من الخارجين على ذى اليد على الملك من غير سبب فإن كان ذلك
 بسبب فتقول لا يخلو أما ان ادعى الملك بسبب واحد من الارث أو الشراء أو التنازع ونحوها وأما ان ادعياه بسببين
 فان ادعى الملك بسبب واحد فان كان السبب هو الارث فان لم توقت البينتان فهو بينهما نصفان لما ذكرنا ان الملك
 الموروث هو ملك الميت بعد موته وإنما الوارث يخلفه ويقوم مقامه في ملكه ألا ترى أنه يجهز من التركة ويقضى منها
 ديونه ويرد الوارث بالعيب ويرد عليه فكان المورثين حضرا وادعيا ملكا مطلقا عن الوقت وان وقتا وقتا فان كان
 وقتهما واحداً فكذلك لما مر وان كان أحد الوقتين أسبق يقضى لمن هو أسبق وقتاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف
 رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ عنده في الميراث لما مر أن المورث ملك الميت
 والوارث قام مقامه فلم يكن الموت تاريخاً للملك الوارث فسقط التاريخ للملك والتحقق بالعدم فبقى دعوى الملك المطلق
 عن التاريخ فيستويان فيه وعن محمدانهما ان لم يؤرخا ملك الميتين فكذلك فاما اذا أرخا ملك الميتين فيقضى لاسبقهما
 تاريخاً كره في نوادر هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان بل الوارث باقامة البينة يظهر الملك للمورث
 لأنفسه فيصير كأنه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق ولو كان كذلك لقضى
 لاسبقهما وقتاً لا بئانه الملك في وقت لا تعارض فيه بينة الآخر كذا هذا ولو وقتت احدهما ولم توقت الاخرى يقضى
 بينهما نصفان بالاجماع أما عند محمد فان التاريخ في باب الميراث ساقط فالتحقق بالعدم وأما عندهما فيصير كأن
 المورثين الخارجين حضرا وادعيا ملكا كافرخه أحدهما ولم يؤرخه الآخر وهناك كان المدعى بينهما نصفين فكذا هنا
 لانهما ادعيا تلقى الملك من رجلين ولا عبرة فيه بالتاريخ وان كان السبب هو الشراء فنقول لا تخلو اما أن تكون الدار
 في يد ثالث واما ان تكون في يد أحدهما وكل ذلك لا يخلو اما ان ادعى الشراء من واحد واما ان ادعياه من اثنين فان
 كانت في يد ثالث وادعيا الشراء من واحد فان كان صاحب اليد وأقاما البينة على الشراء منه بثمن معلوم ونقد الثمن
 مطلقاً عن التاريخ وذكر القبض يقضى بينهما نصفين عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تهازل البينتان وفي قول
 يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة وهي مسألة التهازل وقد تقدمت وإذا قضى بالدار بينهما نصفين يكون لهما
 الخيار ان شاء أخذ كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن وان شاء نقض لان غرض كل واحد منهما من الشراء
 الوصول الى جميع المبيع ولم يحصل فواجب ذلك خلافاً في الرضا فذلك أثبت لهما الخيار فان اختار كل واحد منهما
 أخذ نصف الدار رجوع على البائع بنصف الثمن لانه لم يحصل له الا نصف المبيع وان اختار الرجوع كل واحد منهما
 بجميع الثمن لانه انفسخ البيع فان اختار أحدهما الرد والآخر الأخذ فان كان ذلك بعد قضاء القاضى وتخييره اياهما
 فليس له ان يأخذ الا النصف بنصف الثمن لان حكم القاضى بذلك أوجب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما في
 النصف فلا يعود الا بالتحديد كما اذا قضى القاضى بالدار المشفوعة للشفيعين ثم سلم أحدهما الشفعة لا يكون لصاحبه
 الا نصف الدار فاما اذا اختار أحدهما ترك المشفوعة قبل تخيير القاضى فلا خزان يأخذ جميع المبيع بجميع الثمن
 لان المستحق بالعقد كل البيع والامتناع بحكم المزاحمة فاذا انقطعت فقد زال المانع كاحد الشفيعين اذا سلم الشفعة قبل
 قضاء القاضى بالدار المشفوعة يقضى لصاحبه بالكل وكذلك اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر سوى
 صاحب اليد وأقام البينة على ذلك يقضى بالدار بينهما نصفين عندنا وثبت الخيار لكل واحد منهما والكلام في نواحي
 الخيار على نحو ما بينا غير أن هناك الشهادة القائمة على الشراء من صاحب اليد وهو البائع تقبل من غير ذكر الملك له
 والشهادة القائمة على الشراء من غير صاحب اليد لا تقبل الا بذكر الملك للبائع لان المبيع في الفصل الاول في يد البائع

واليد دليل الملك ف وقعت الغنية عن ذكره وفي الفصل الثاني المبيع ليس في يد البائع فدعت الحاجة الى ذكره لصحة البيع هذا اذا لم تؤرخ البيعتان فاما اذا اختلفا فان استوى التاريخان فكذلك لسقوط اعتبارهما بالتعارض فبقى دعوى مطلق الشراء وان كانت احدهما أسبق تاريخا كانت أولى بالاجماع لانها تظهر الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فتندفع بها الاخرى ولو اُرخت احدهما وأطلقت الاخرى فالمرخة أولى لانها تظهر الملك في زمان معين والاخرى لا تعرض للوقت فتحتمل السبق والتأخير فلا تعارضهما مع الشك والاحتمال ولو لم تؤرخ البيعتان ولكن ذكرت احدهما القبض فهي أولى لانها لما أثبتت قبض المبيع جعل كان بيع صاحب القبض أسبق فيكون أولى وكذلك لو ذكرت احدهما تاريخا والاخرى قبضا فيبينة القبض أولى الا ان تشهد بينة التاريخ أن شراؤه قبل شراء الاخر فيقضى له ويرجع الآخر بالثمن على البائع وكذا لو اُرختا تاريخا واحدا و ذكرت احدهما القبض فيبينة القبض أولى الا اذا كان وقت الآخر أسبق . هذا اذا ادعى الشراء من واحد وهو صاحب اليد أو غيره فاما اذا ادعى الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من من البائعين فقاما مقامهما فصار كان البائعين الخارجين حضرا وأقاما البينة على ملك مطلق ولو كان كذلك يقضى بينهما نصفين كذا هذا ويثبت لهما الخيار والكلال في الخيار على نحو ما ذكرنا ولو وقتت البيعتان فان كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فلا سبق تاريخا أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا عند محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث انه يكون بينهما نصفان عنده ووجه الفرق لذكره الداري وهو أن المشتري ثبت الملك لنفسه والوارث ثبت الملك للبيت وعن محمد في الاملاء انه سوى بين الميراث والشراء وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضا الا أن يؤرخ ملك البائعين وان وقتت احدهما ولم توقت الاخرى يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ أيضا فرق بين هذا وبين ما اذا ادعى الشراء من رجل واحد فوقتت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى أن بينة الوقت أولى ووجه الفرق انهما اذا ادعيا الشراء من اثنين فقد ادعيا تلقى الملك من البائعين فتاريخ احدي البيعتين لا يدل على سبق أحد الشراءين بل يجوز ان يكون شراء صاحبه أسبق من شرائه فلا يحكم بسبق أحدهما مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد لان هناك اتفاقا على تلقى الملك من واحد فتاريخ احدي البيعتين أوجب تلقى الملك منه في زمان لا ينافي فيه أحد فيؤمر بالدفع اليه حتى يقوم على التلقي منه دليل آخر هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في يد أحدهما فان ادعى الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أرخ الآخر أو لم يؤرخ وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لان القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسا ومشاهدة وقبض الآخر لم يثبت الا ببينة تحتل الصدق والكذب فكان القبض المحسوس أولى فصار الحاصل ان القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضا والقبض الثابت بالخبر أولى من التاريخ وان ادعى الشراء من اثنين يقضى للخارج سواء وقتت البيعتان أولا أو وقتت احدهما دون الاخرى الا اذا وقتتا وقت صاحب اليد أسبق لانهما ادعيا تلقى الملك من البائعين فقاما مقام البائعين فصار كان البائعين حضرا وأقاما البينة ولو كان كذلك يقضى للخارج كذا هذا بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على أن الملك لهما بالشراء من جهة ولا حد هما يد فيجعل كان شراء صاحب اليد أسبق وان كان السبب هو النتائج بان ادعى كل واحد من الخارجين انه ادابته نتجت عنده فاقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق يقضى بينهما نصفين لا استواء الحجتين وتعذر العمل بهما باظهار الملك في كل المحل فليعمل بهما بالقدر الممكن وان أقاما البينة على ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا يحكم سن الدابة ان علم وان أشكل فعند أبي حنيفة يقضى لاسبقتهما وقتا وعندهما يقضى بينهما وجه قولهما ان السن اذا أشكل يحتمل أن يكون موافقا لوقت هذا ويحتمل أن يكون موافقا لوقت ذاك فسقط اعتبار الوقت وصار كأنهما سكنا عن الوقت أصلا وجه قول أبي

حنيفة رحمه الله أن وقوع الاشكال في السن يوجب سقوط اعتبار حكم السبق فبطل تحكيمه فبقى الحكم للوقت
 فلا سبق أولى وهذا يشكل بالخارج مع ذى اليد وان خالف الوقتين جميعا فهو على ما ذكرنا في الخارج مع ذى اليد
 وان أقام أحدهما البيئة على النتائج والآخر على ملك مطلق فيبينة النتائج أولى لما مر هذا اذا ادعى الخارج ان الملك
 من واحد أو اثنين بسببين متفقين من الميراث والشرء والتناج فان كان بسببين مختلفين فنقول لا يخلو اما ان كان
 من اثنين واما ان كان من واحد فان كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بان ادعى أحدهما انه اشترى هذه الدابة
 من فلان وادعى الآخر ان فلانا آخر وهما له وقبضها منه قضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من البائع
 والواهب قفما مقامهما كانهما حضرا وادعيا وأقاما البيئة على ملك مرسل وكذا الوادعى ثالثا ميراثا عن أبيه فانه
 يقسم بينهما اثلاثا ولو ادعى رابع وصدقه يقسم بينهم ارباعا لما قلنا وان كان ذلك من واحد ينظر الى السببين فان كان
 أحدهما أقوى يعمل به لان العمل بالراجح واجب وان استوى في القوة يعمل بهما بقدر الامكان على ما هو سبيل
 دلائل الشرع بيان ذلك اذا أقام أحدهما البيئة انه اشترى هذه الدار من فلان وقبضه الثمن وقبض الدار وأقام
 الآخر البيئة ان فلانا ذلك وهما له وقبضها يقضى لصاحب الشرء لانه يفيد الحكم بنفسه والهبة لا تفيد الحكم الا
 بالقبض فكان الشرء أولى (وكذلك) الشرء مع الصدقة والقبض لما قلنا وكذلك الشرء مع الرهن والقبض لان
 الشرء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى ولو اجتمعت البيئتان مع القبض يقضى بينهما
 نصفين لاستواء السببين (وقيل) هذا فيما لا يحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما (فأما فيما) يحتمل القسمة كالدار
 ونحوها فلا يقضى لهما بشيء على أصل أبي حنيفة رحمه الله في الهبة من رجلين لحصول معنى الشئوع (وقيل) لا فرق
 بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتملها هنا لان هذا في معنى الشئوع الطارىء لقيام البيئة على الكل وانه لا يمنع
 الجواز (وكذلك) لو اجتمعت الصدقة مع القبض والهبة والصدقة مع القبض يقضى بينهما نصفين لاستواء
 السببين لكن هذا اذا لم يكن المدعى في بدأ أحدهما فان كان يقضى لصاحب اليد بالاجماع لما مر (ولو اجتمع) الرهن
 والهبة أو الرهن والصدقة فالقياس ان تكون الهبة أولى (وكذا) الصدقة لان كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن
 يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفي الاستحسان الرهن أولى لان المرهون عندنا مضمون بقدر الدين
 فاما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى (ولو اجتمع) النكاح بان ادعت امرأتان وأقامت كل
 واحدة منهما البيئة على انه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (ولو اجتمع) النكاح مع الهبة أو الصدقة
 أو الرهن فالنكاح أولى لانه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان أقوى ولو اجتمع الشرء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبي
 يوسف والمرأة نصف نصف القيمة على الزوج وعند محمد الشرء أولى والمرأة القيمة على الزوج (وجه) قول محمد
 ان الشرء أقوى من النكاح بدليل انه لا يصح البيع بدون تسمية الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا
 لا يصح التسمية بدون الملك في البيع وتصح في باب النكاح كالزواج على جارية غيره دل ان الشرء أقوى من
 النكاح (وجه) قوله أبي يوسف ان النكاح مثل الشرء فان كل واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه هذا اذا ادعى
 كل واحد منهما قدرا ما يدعى الآخر فاما اذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعى الآخر بان ادعى أحدهما كل الدار والآخر
 نصفها وأقاما البيئة على ذلك فانه يقضى لمدعى الكل بثلاثة ارباع الدار ولمدعى النصف بربعها عند أبي حنيفة
 وعندهما يقضى لمدعى الكل ثلثي الدار ولمدعى النصف ثلثها وانما اختلف جوابهم لاختلافهم في طريق القسمة
 فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العدل والمضاربة (وتفسير) القسمة بطريق المنازعة ان ينظر الى
 القدر الذي وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سائلا للمدعى (وتفسير) القسمة على طريق العدل
 والمضاربة ان تجمع السهام كلها في العين فتقسم بين الكل بالخصص فيضرب كل سهمه كما في الميراث والديون المشتركة
 المنازحة والوصايا فلما كانت القسمة عند أبي حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع فهنا يدعى أحدهما

كل الدار والاخر لا ينازعه الا في النصف ففي النصف الاخر خالي عن المنازعة فيسلم للمدعي الكل لانه يدعي شيئاً لا ينازعه فيه غيره ومن ادعى شيئاً لا ينازعه فيه غيره يسلم له والنصف الاخر استوت فيه منازعتهم فيقضى بينهما نصفين فكانت القسمة ارباعاً ثلاثة ارباع الدار للمدعي الكل واربعا للمدعي النصف ولما كانت القسمة عندهما على طريق المضاربة تقسم الثمن على مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه فهنا أحدهما يدعي كل الدار والاخر يدعي نصفها فيجعل أحسهما سهماً فجعل نصف الدارينهما وإذا جعل نصف الدار بينهما صار الكل سهمين فمدعي الكل يدعي سهمين ومدعي النصف يدعي سهماً واحداً فيعطى هذا سهماً وذلك سهمين فكانت الدار بينهما اثلاثاً وثلاثها للمدعي الكل وثلثها للمدعي النصف والصحيح قسمة أبي حنيفة عليه الرحمة لان الحاجة الى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة ولا منازعة للمدعي الكل الا في النصف فلا يتحقق التعارض الا فيه فيسلم له ما وراءه لقيام الحجة عليه وخلوها عن المعارض فكان ما قاله أبو حنيفة عملاً بالدليل بالقدر الممكن وانه واجب هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في أيديهما فيبينة مدعي الكل أولى لانه خارج لانه يدعي على صاحبه النصف الذي في يده ومدعي النصف لا يدعي شيئاً هو في يد صاحبه لانه لا يدعي الا النصف والنصف في يده فكان مدعي الكل خارجاً ومدعي النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج أولى فيقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه ويترك النصف الذي في يده على حاله هذا اذا ادعى الخارج ان شيئاً في يد ثالث فأنكر الذي في يده فأقام البينة فان لم يقيم لها بينة وطلبها بين المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل لهما جميعاً يقضى لهما بالنكول لان النكول حجة عندنا فان حلف لاحدهما ونكل للآخر يقضى للذي نكل لوجود الحجة في حقه وان حلف لكل واحد منهما يترك المدعي في يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق حتى لو قامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينهما و يقضى لهما بخلاف ما اذا اقاما البينة وقضى بينهما نصفين ثم أقام صاحب اليد البينة على انه مملوك انه لا تقبل بينته وكذا اذا أقام أحد المدعين البينة على النصف الذي استحقه صاحبه بعد ما قضى بينهما نصفين لا تسمع بينته (ووجهه) الفرق ان بالترك في يد المدعي عليه لم يكن كل واحد من المدعين مقضياً عليه حقيقة فتسمع منهما البينة (فأما) صاحب اليد فقد صار مقضياً عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعين بعد ما قضى بينهما نصفين صار مقضياً عليه في النصف والبينة من المقضى عليه غير مسموعة الا اذا ادعى التلق من جهة المستحق وادعى النتائج وكذا لو ادعى بائع المقضى عليه او بائع بئمه هكذا وأقام البينة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان القضاء عليه قضاء على الباعة كلهم في حق بطلان الدعوى ان لم يكن قضاء عليهم في حق ولاية الرجوع بالثمن الا اذا قضى القاضي لهذا المشتري بالرجوع على بائعه بالثمن فيرجع هذا البائع على بائعه أيضاً هكذا فرق بين هذا وبين حرية الاصلية ان القضاء بالحرية قضاء على الناس كلهم في حق بطلان الدعوى وثبوت ولاية الرجوع بالثمن على الباعة (ووجهه) الفرق بين الملك والعق على نحو ما ذكرنا من قبل هذا اذا أنكر الذي في يده فان أقر به لاحدهما (فنقول) هذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان قبل اقامة البينة واما ان كان بعد اقامة البينة فان أقر قبل اقامة البينة جاز اقراره ودفع الى المقر له لان المدعي في يده ومملوكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان أقر بعد اقامة البينة قبل التزكية لم يحجز اقراره لانه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة فكان اقراره أعلى غيره فلا يصح في حق ذلك الغير ولكن يؤمر بالدفع الى المقر له لان اقراره في حق نفسه صحيح وكذا البينة قد لا تتصل بها التزكية فيؤمر بالدفع الى المقر له في الحال فاذا زكيت البينتان يقضى بينهما نصفين لانه تبين ان المدعي كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان اطلاً لحق الغير فلم يصح فالتحق بالعدم وان أقر بعد اقامة البينة وبعد التزكية يقضى بينهما لما قلنا ان اقراره لم يصح فكان ملحقاً بالعدم هذا كله اذا كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد أو من الخلد حين على ذي اليد فأما اذا كانت من صاحب اليد أحدهما على الآخر بان كان المدعي في أيديهما فان أقام أحدهما البينة انه يقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده ترك في يده وهو معنى قضاء الترك

ولو أقام كل واحد منهما البينة أنه له يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه لأن كل واحد منهما في ذلك النصف خارج ولو لم تقم لأحدهما بينة يترك في أيديهما قضاء ترك حتى لو قامت لأحدهما بعد ذلك بينة تقبل لأنه لم يصرم مضياعاً عليه حقيقة هذا إذا لم توف البينتان فإن وقتاً فإن اتفق الوقتان فكذلك وإن اختلفا فلا سبق أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (وأما) عند محمد فلا عبرة للوقت في بينة صاحب اليد فيكون بينهما نصفيين وإن وقت أحدهما دون الأخرى يكون بينهما عند أبي حنيفة ومحمد والوقت ساقط وعند أبي يوسف هو لصاحب الوقت وقد مرت الحجج قبل هذا والله تعالى أعلم (وأما) حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك فلا صل فيه أن البينة المظهرة للزيادة أولى كما إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن فقال البائع بعتك هذا العبد بالنى درهم وقال المشتري اشتريته منك بألف درهم وأقاما البينة فإنه يقضى ببينة البائع لأنها تظهر زيادة ألف وكذا لو اختلفا في قدر المبيع فقال البائع بعتك هذا العبد بألف وقال المشتري اشتريته منك هذا العبد وهذه الجارية بألف وأقاما البينة يقضى ببينة المشتري لأنها تظهر زيادة وكذا لو اختلف الزوجان في قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على ألف وقالت المرأة على ألفين وأقاما البينة يقضى ببينة المرأة لأنها تظهر فضلاً ثم إن كانت بينة الزيادة أولى لأنه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر ولو عارضها من المعارض ولا يمكن إلا بالعمل في الباقي فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة ولا يلزم على هذا الأصل ما إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر ثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع اشتريتها بألف وقال المشتري بألفين وأقاما البينة أنه يقضى ببينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن كانت بينة المشتري تظهر الزيادة لأن البينة إنما تقبل من المدعى لأنها جعلت حجة المدعى في الأصل والمدعى هناك هو الشفيع لوجود حد المدعى فيه وهو أن يكون مخيراً في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فأما المشتري فمجبور على الخصومة ألا ترى لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان هو مدعى عليه والبينة حجة المدعى لا حجة المدعى عليه في الأصل لذلك قضى ببينة الشفيع لا ببينة المشتري بخلاف ما إذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن لأن هناك البائع هو المدعى لأن المخير في الخصومة أن شاء خاصم وإن شاء لا وفيما إذا اختلفا في قدر المبيع المدعى هو المشتري ألا ترى لو ترك الخصومة يترك وكذلك في باب النكاح المدعى في الحقيقة هو المرأة لما قلنا فهو الفرق ووجه آخر من الفرق ذكرناه في كتاب الشفعة وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين في أجل الثمن في أصل الأجل أو في قدره وأقاما البينة أن البينة بينة المشتري لأنها تظهر الزيادة وكذا لو اختلفا في مضيه وأقاما البينة فالبينة بينة المشتري أنه لم يعض لأنها تظهر زيادة وعلى هذا يخرج اختلافهما في المسلم فيه في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال وأقاما البينة بعد تفرقهما أن البينة بينة رب السلم ويقضى بسلم واحد بالاجماع لأنهما اتفقا على أن المسلم إليه لم يقبض إلا رأس مال واحد وإن اختلفا قبل التفرق فكذلك ويقضى بسلم واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تقبل البينتان جميعاً ويقضى بسلمين (وجه) قول محمد أن كل واحد من البينتين قامت على عقد على حدة لا اختلاف البدلين فيعمل بهما جميعاً ويقضى بسلمين إذ لا تنافي بينهما ولهما اتفاق على عقد واحد وإنما اختلفا في قدر الموقوف عليه قدرراً أو جنساً أو صفته وبينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أقوى ولو اختلفا في رأس المال في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه فالبينة بينة المسلم إليه عنده تقبل البينتان جميعاً ويقضى بسلمين والحجج على نحو ما ذكرنا هذا إذا تصادقا أن رأس المال كان ديناً فإن تصادقا أنه عين واختلفا في المسلم فيه فإن كان رأس المال عيناً واحدة يقضى بسلم واحد كما إذا قال رب السلم أسلمت إليك هذا الثوب في كرحنطة وقال المسلم إليه في كرحنطة فالبينة بينة رب السلم لأن رأس المال إذا كان عيناً واحدة لا يمكن أن يجعل عقدين فيجعل عقداً واحداً وبينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أولى بالقبول وإذا كان عينين بان قال رب السلم أسلمت إليك هذا القرس في كرحنطة وقال المسلم إليه هذا الثوب في كرحنطة يقضى بسلمين بالاجماع لأنه يمكن أن يجعل عقدين فيجعل سلمين هذا كله

إذا كانت الدعوى دعوى الملك فامادعوى اليد بان تنازع رجلان في شيء يدعيه كل واحد منهما انه في يده فعلى كل واحد منهما البينة على اليد لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ولان الملك واليد كل واحد منهما مقصود في نفسه فتقع الحاجة الى اثبات كل واحد منهما بالبينة فان أقام جميعاً البينة يقضى بكونه في أيديهما لا ستوائهما في الحجة وان أقام أحدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعى عليه وان لم تقم لأحدهما بينة فعلى كل واحد منهما اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وكل واحد منهما ينكر دعوى صاحب اليد فيحلف هذا كله اذا قامت البينتان على الملك أو على اليد فاما اذا قامت إحدى البينتين على الملك والاخرى على اليد فيبينة الملك أولى نحو ما اذا أقام الخارج البينة على ان الدار له منذ سنتين وأقام ذواليد البينة على انها في يده منذ ثلاث سنين يقضى بها للخارج لان البينة القائمة على الملك أقوى لان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلّة ككيد الغصب والسرقة واليد المحقة قد تكون يدملك وقد تكون بداعارة واجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينهما معارضة لبينة الملك (واما) دعوى النسب فالكلام في النسب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ما يثبت به النسب وفي بيان ما يظهر به النسب وفي بيان صفة النسب الثابت اما ما يثبت به النسب فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما يثبت به نسب الولد من الرجل والثاني في بيان ما يثبت به نسبه من المرأة اما الاول فنسب الولد من الرجل لا يثبت الا بالفراس وهو ان تصير المرأة فراساً له لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراس وللعاهر الحجر وقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراس أى لصاحب الفراس الا انه أضمر المضاف فيه اختصاراً كما في قوله عز وجل وأسأل القرية ونحوه والمراد من الفرash هو المرأة فانها تسمى فرash الرجل وازاره وخافه وفي التفسير في قوله عز شأنه وفرش مرفوعة انها نساء أهل الجنة فسميت المرأة فراشاً لما انها تفرش وتبسط بالوطء عادة ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة أحدها ان النبي عليه الصلاة والسلام أخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب الفرash والحجر للزاني فاقضى ان لا يكون الولد لمن لا فرash له كما لا يكون الحجر لمن لا زمانه اذا القسمة تنفي الشركة والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل الولد لصاحب الفرash وقاه عن الزاني بقوله عليه الصلاة والسلام وللعاهر الحجر لان مثل هذا الكلام يستعمل في النفي والثالث انه جعل كل جنس الولد لصاحب الفرash فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب الفرash لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفرash وهذا خلاف النص فعلى هذا اذا زنى رجل بامرأة فجاءت بولد فادعاه الزاني لم يثبت نسبه منه لا لعدم الفرash واما المرأة فيثبت نسبه منها لان الحكم في جانبها يتبع الولادة على ما نذكر ان شاء الله تعالى وقد وجدت وكذلك لو ادعى رجل عبداً صبيّاً في يد رجل انه ابنه من الزنا لم يثبت منه كذبه المولى فيه أو صدقه لما قلنا ولو هلك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لانه أقر انه مخلوق من مائه وان ملك أمه لم تصرام ولده لان أمومية الولد تتبع ثبات النسب ولم يثبت وكذلك لو كان هذا العبد لاب المدعى أو عمه لما ذكرنا ولو كان لابن المدعى فقال هو ابني من الزنا يثبت نسبه منه وهو مخطئ في قوله من الزنا لانه يصير متملكاً الجارية عندنا قبيل الاستيلاء أو مقارناً له ولا يصحق الوطء زناً مع ثبوت الملك ولو كان المدعى غير الاب فقال هو ابني منها ولم يقل من الزنا فان صدقه المولى ثبت نسبه منه ويكون عبد المولى الام وان كذبه لا يثبت النسب للحال واذا ملكه المدعى يثبت النسب ويعتق عليه لان الاقرار بالبنوة مطلقاً عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب وهي الفرash الا انه لم يظهر نفاذه للحال لقيام ملك المولى فاذا ملكه زال المانع وكذلك لو قال هو ابني من نكاح فاسد أو شراء فاسد أو ادعى شبهة بوجه من الوجوه أو قال أحلها لي الله ان صدقه المولى يثبت النسب وان كذبه لم يثبت النسب مادام عبداً فاذا ملكه يثبت النسب ويعتق عليه لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح في ثبات النسب وكذلك الشبهة فيه ملحقه بالحقيقة فكان هذا اقراراً بالنسب بجهة مصححة للنسب شرعاً لانه امتنع ظهوره للحال لحق المولى فاذا زال ظهر وعتق لانه ملك ابنه وان ملك امها كانت أم ولد له لانه وجد سبب أمومية الولد وهو ثبوت النسب بناء على وجود سبب الثبوت وهو الاقرار بالنسب بجهة

مصححة له شرعاً إلا أنها توقفت على شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل الأول لأن هناك لم يوجد سبب أمومية الولد أصلاً لا لعدم سبب ثبوت النسب وهو الاقرار بجملة مصححة شرعاً وعلى هذا إذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه ويثبت من الزوج لأن الفراش له وعلى هذا إذا ادعى رجل صبيّاً في يد امرأة فقال هو ابني من الزنا وقالت المرأة هو من النكاح لا يثبت نسبته من الرجل ولا من المرأة لأن الرجل أقر أنه ابنه من الزنا والزنا لا يوجب النسب والمرأة تدعى النكاح والنكاح لا بد له من حجة وكذلك لو كان الأمر على العكس بأن ادعى الرجل أنه ابنه من النكاح وادعت المرأة أنه من الزنا لما قلنا ولو قال الرجل بعد ذلك في الفصل الأول هو من النكاح أو قالت المرأة بعد ذلك في الفصل الثاني هو من النكاح يثبت النسب وإن كان ذلك منهما تناقضاً لأن التناقض ساقط الاعتبار شرعاً في باب النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعاً في باب العتق لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الثاني فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح لأن اعتبار الفراش إنما عرفناه بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أي لملك الفراش ولا فراش للمرأة لأنها مملوكة وليست بالملك فبقى الحكم في جانبها متعلقاً بالولادة وإذا عرفت أن نسب الولد من الرجل لا يثبت إلا إذا صارت المرأة فراشاً له فلا بد من معرفة ما تصير به المرأة فراشاً وكيفية عمله في ذلك فنقول والله التوفيق المرأة تصير فراشاً بأحد أمرين أحدهما عقد النكاح والثاني ملك العيّن إلا أن عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه عقداً موضوعاً لحصول الولد شرعاً قال النبي عليه الصلاة والسلام بنا كحوا توالدوا تكثر وأفاني أباهي بكم الأمم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سبباً مفضياً إلى حصول الولد فكان سبباً لثبات النسب بنفسه ويستوى فيه النكاح الصحيح والفاسد إذا اتصل به الوطء لأن النكاح الفاسد ينعقد في حق الحكم عند بعض مشايخنا لوجود ركن العقد من أهله في محله والفاسد ما فاته شرط من شرائط الصحة وهذا لا يمنع انعقاده في حق الحكم كالبيع الفاسد إلا أنه يمنع من الوطء لغيره وهذا لا يمنع ثبات النسب كالوطء في حالة الحيض والنفاس وسواء كانت المنكوحة حرة أو أمة لأن المقصود من فراش الزوجة لا يختلف وأما ملك العيّن ففي أم الولد يوجب الفراش بنفسه أيضاً لأنه ملك يقصد به حصول الولد عادة فملك النكاح فكان مفضياً إلى حصول الولد فملك النكاح إلا أنه أضعف منه لأنه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح وكذا يحتمل النقل إلى غيره بالتزويج وينتفي بمجرد النفي من غير لعان بخلاف ملك النكاح وأما في الأمة فلا يوجب الفراش بنفسه بالاجماع حتى لا تصير الأمة فراشاً بنفس الملك بخلاف وهل تصير فراشاً بالوطء اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله تعالى عنهم لا تصير فراشاً إلا بقرينة الدعوة وقال الشافعي عليه الرحمة تصير فراشاً بنفس الوطء من غير دعوة وعبرة مشايخنا رحمهم الله في هذا الباب أن الفراش ثلاثة فراش قوى وفراش ضعيف وفراش وسط فالقوى فراش المنكوحة حتى يثبت النسب من غير دعوة ولا ينتفى إلا باللعان والوسط فراش أم الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة وينتفى بمجرد النفي من غير لعان والضعيف فراش الأمة حتى لا يثبت النسب فيه إلا بالدعوة عندنا خلافاً للشافعي (وجه) قوله أن ثبات النسب منه لحصول الولد من مائه وهذا يحصل بالوطء من غير دعوة لأن الوطء سبب لحصول الولد قصد منه ذلك أولاً (ولنا) أن وطء الأمة لا يقصد به حصول الولد عادة لأنها لا تشتري للوطء عادة بل للاستخدام والاستباح ولو وطئت فلا يقصد به حصول الولد عادة لأن الولد لا يحصل إلا بترك الغزل والظاهر في الأماء هو الغزل والعزل بدون رضاهن مشروع فلا يكون وطؤها سبباً لحصول الولد إلا بقرينة الدعوة ولأنه لما ادعى علم بقرينة الدعوة أنه وطئها ولم يعزل عنها والوطء من غير عزل سبب لحصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطئها وحصلها ولم يعزل عنها لا يحل له النفي فيما بينه وبين الله تعالى عز شأنه بل تلزمه الدعوى والاقرار به لأنه إذا كان كذلك فالظاهر أنه ولده فلا يحل له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى بخلاف بين أصحابنا رضي الله تعالى عنهم واختلقوا فيما إذا وطئها

وحصنها ولكن عزل عنها ولم يعزل عنها ولكنها لم يحصنها قال أبو حنيفة رضي الله عنه يحل له النفي وقال أبو يوسف رحمه الله أحب إلى أن يدعو إذا كان وطئها ولم يعزل عنها وإن لم يحصنها وقال محمد عليه الرحمة أحب إلى أن يعتق ولدها ويستمتع بأمه إلى أن يقرب موته فيعتقها وجه قول أبي يوسف أنه إذا وطئها ولم يعزل عنها احتمل كون الولد منه فلا يحل له النفي بالشك والاحتمال وجه قول أبي حنيفة أنه إذا لم يحصنها احتمل كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به بالشك لأن غير الثابت يبين لا يثبت بالشك كما أن الثابت يبين لا يزول بالشك وجه قول محمد أنه إذا احتمل كونه من غيره لا يلزمه الاقرار به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولما احتمل كونه منه لا يجوز له النفي أيضا كما قاله أبو يوسف لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى ويستمتع بأمه لأن الاستمتاع بالامة وأم الولد مباح ويعتقها عند موته صيانة عن استرقاق الحر بعد موته عسى ويستوى في فراش الملك ملك كل المحل وبعضه وملك الذات وملك اليد في ثبوت النسب وبيان ذلك في مسائل إذا حملت الجارية في ملك رجلين فجات بولد فادعاه أحدهما يثبت نسب الولد منه لأن ماله من الملك أوجب النسب بقدره إلا أن النسب لا يتجزأ فثبت في البعض يتعدى إلى الكل وتصير الجارية أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشرىكه ونصف العقر ولا يضمن قيمة الولد وهي من مسائل كتاب العتق ولو ادعياه جميعا معا فها هما والجارية أم ولد لهما وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو ابن أحدهما ويتعين بقول القائل وجه قوله أن خلق ولد واحد من ماء فحين مستحيل عادة ما أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بذلك إلا في الكلاب على ما قيل فلا يكون الولد إلا من أحدهما ويعرف ذلك بقول القائل فان الشرع ورد بقبول قول القائل في النسب فانه روي أن قائل امر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة واحدة قد غطي وجوههما وأرجلهما بادية فقال إن هذه الأقدام يشبه بعضها بعضا فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرح بذلك حتى كادت تبرق أسارير وجهه عليه الصلاة والسلام فقد اعتبر عليه الصلاة والسلام قول القائل حيث لم يرد عليه بل قرره باظهار الفرح (ولنا) إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي أنه وقعت هذه الحادثة في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه فكتب إلى شريح ليلسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنيهما يرثانه وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعا لأن سبب استحقاق النسب بأصل الملك وقد وجد لكل واحد منهما فيثبت بقدر الملك حصصا للنسب ثم يتعدى لضرورة عدم التجزئ فيثبت نسبه من كل واحد منهما على الكمال وأما فرح النبي عليه الصلاة والسلام وترك الرد والنكر فاحتمل أنه لم يكن لا اعتبارا بقول القائل حجة بل لوجه آخر وهو أن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله عنه وكانوا يعتقدون القيافة فلما قال القائل ذلك فرح رسول الله صلى الله عليه وسلم لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه في الحقيقة بزوال الطعن بما هو دليل الزوال عندهم واحتمل لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعا معا فها بنهم جميعا ثابت نسبهم منهم والجارية أم ولد لهم عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين وقال محمد لا يثبت من أكثر من ثلاثة وجه قول أبي يوسف أن القياس يأبى ثبوت النسب من أكثر من رجل واحد لما ذكرنا للشافعي إلا أن تركنا القياس في رجلين بأمر سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فبقي حكم الزيادة مردودا إلى أصل القياس وجه قول محمد أن الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أو أربعة أو كل واحد منهم يجوز أن يخلق من ماء على حدة وقد جاء عن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه أثبت النسب من ثلاثة فأما الزيادة على الثلاثة في بطن واحد فنادر غاية الندرة فالشرع الوارد في الاثنين يكون واردا في الثلاثة ولا يبي حنيفة أن الموجب لثبات النسب لا يفصل بين عدد الاثنين والخمسة فالقصل بين عدد و عدد يكون تحكما من غير دليل وسواء كانت الانصباة متفقة أو مختلفة بأن كان لأحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقي فالولد ابنيهم جميعا لحكم النسب لا يختلف لأن سبب ثبات النسب هو أصل الملك لا صفة المالك والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الاستيلاء فيثبت في نصيب كل

واحد بقدر حصته من الملك فلا يتعدى الى نصيب غيره ولو كانت الجارية بين الاب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعا معا فالاب أولى عند علمائنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله ثبت النسب منهما جميعا وجه قوله انهما استويا في سبب الاستحقاق وهو أصل الملك فيستويان في الاستحقاق (ولنا) ان الترجيح لجنب الاب لان نصف الجارية ملكة حقيقة وله حق تملك النصف الآخر وليس للابن الا ملك النصف فكان الاب أولى ويملك نصيب الابن من الجارية بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لانه لا يتجزأ فلا يتصور ثبوته في البعض دون البعض كما في الجارية المشتركة بين الاجنبيين ويضمن كل واحد منهما للآخر نصف العقر لان الوطء من كل واحد منهما في قدر نصيب شريكه حصل في غير الملك كما في الاجنبيين يضمن كل واحد منهما نصف العقر للآخر ثم يكون النصف بالنصف قصاصا كما في الاجانب وهذا بخلاف حالة الانفراد فان أمة لرجل اذا جاءت بولد فادعاه أبوه ثبت نسبه منه ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة لان هناك صار ممتلكا للجارية ضرورة صحة الاستيلاء دسا بقا عليه أو مقارنا له لانعدام حقيقة الملك فحصل الوطء في الملك وهنا الاستيلاء صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا حاجة الى التملك لصحة الاستيلاء وانه صحيح بدونه وانما يثبت ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لانه لا يتجزأ على ما ذكرناه الفرق وكذلك الجد عند عدم الاب لانه بمنزلة الاب عند عدمه ولو كان بين الجد والحافد جارية فجاءت بولد فادعياه معا والاب حي يثبت النسب منهما جميعا لان الجد حال قيام الاب بمنزلة الاجنبي ولو ادعى الولد أحد المالكين وأب المالك الآخر فالمالك أولى لان له حقيقة الملك ولأب المالك الآخر حق التملك فكان المالك الحقيقي أولى هذا كله اذا كان الشريك المدعيان حريين مسلمين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لان اثبات النسب منه أنفع حيث يصل هو الى حقيقة الحرية وأمه الى حق الحرية وكذلك لو كان أحدهما حرا والآخر عبدا مكاتباً فالحر أولى لان الولد يصل الى حقيقة الحرية ولو كان أحدهما مكاتباً والآخر عبداً فالمكاتب أولى لانه حر يد فكان أنفع للولد ولو كانا عبيدين يثبت النسب منهما جميعا لكن هل يشترط فيه تصديق المولى فيه روايتان ومنهم من وفق بين الرويتين فحمل شرط التصديق على ما اذا كان العبد محجوراً وحمل الاخرى على ما اذا كان مأذوناً وعمل بهما جميعا ولو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى استحسانا والقياس أن يثبت نسبه منهما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وزفر وجه القياس أن النسب حكم الملك وقد استويا في الملك فيستويان في حكمه كما في سائر الاحكام المتعلقة بالملك وجه الاستحسان ان اثبات النسب من المسلم أنفع للصبي لانه يحكم باسلامه تبعاله وكذلك لو كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فالقياس ان يثبت النسب منهما بالاستيلاء في الملك وفي الاستحسان الكتابي أولى لانه أقرب الى الاسلام من المجوسي فكان أنفع للصبي ولو كان أحدهما عبداً مسلماً أو مكاتباً مسلماً والآخر حراً كافراً فالحر أولى لان هذا أنفع للصبي لانه يمكنه ان يكتسب الاسلام بنفسه اذا عقل ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال ولو كان أحدهما ذمياً والآخر حرّاً فمرداً فهو ابن المرتد لان ولد المرتد على حكم الاسلام ألا ترى انه اذا بلغ كافراً يجبر على الاسلام واذا أجبر عليه فالظاهر انه يسلم فكان هذا أنفع للصبي هذا كله اذا خرجت دعوة الشريكين معاً فاما اذا سبقت دعوة أحدهما في هذه الفصول كلها كائناً من كان فهو أولى لان النسب اذا ثبت من انسان في زمان لا يمتثل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان هذا اذا حملت الجارية في ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو ادعياه جميعا فاما اذا كان العلوق قبل الشراء بان اشتراها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما فاما حكم نسب الولد وصيرورة الجارية أم ولد له وضمان نصف قيمة الام موسراً كان أو معسراً فلا يختلف ويختلف حكم العقر والولد فلا يجب العقر هنا ويجب هناك لان الاقرار بالنسب هنا لا يكون اقراراً بالوطء لتيقننا بعدم العلوق في الملك بخلاف الاول والولد يكون بمنزلة عبد بين شريكين أعنته أحدهما لان ابتداء العلوق لم يكن في ملكه فلم يحز اسناد الدعوى الى حالة العلوق الا انه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه ودعوى الملك بمنزلة انشاء الاعناق ولو اعتق هذا

الولد يضمن نصيب شريكه منه ان كان موسرا ولم يضمن ان كان معسرا كذا هذا بخلاف ما اذا علقت الجارية في ملكهما لان هناك استندت الدعوة الى حال العلوق فسقط الضمان وهنالا تستند فلا بد من افراد الولد بالضمان والولاء بينهما وان ادعياه فهو بينهما ولا عقروا احدهما على صاحبه كما في الاول ولا يفترقان الا في الولاء فان ثبت هنا لا يثبت هناك لان الدعوة ثمة دعوة الاستيلاء فيعلق الولد حرا والدعوة هنا دعوة تحريره وانه يوجب استحقاق الولاء قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن اعتق ولو كانت الجارية المشتراة زوجة أحدهما فجاءت بولد لقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة لانها اذا جاءت به لقل من ستة أشهر فقد تيقنا ان علوق الولد كان من النكاح وعقد النكاح يوجب الفراش بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية لانها صارت أم ولد له فصارت مملوكا نصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لانه عتق عليه من غير صنعه ولو اشترى اخوان جارية حاملًا فجاءت بولد فادعاه أحد هما يثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد لان دعوته دعوة تحريره والتحرير ان تلاف نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة لان الدعوة من أخيه اعتاق حقيقة فيضاف العتق اليه الى القرابة هذا اذا ولدت الجارية المشتركة ولدًا فادعاه أحد الشريكين أو ادعياه جميعا فاما اذا ولدت ولدين فادعى كل واحد منهما ولدا على حدة فنقول هذا في الاصل لا يخلو اما أن ولدتهما في بطن واحد واما أن ولدتهما في بطنين مختلفين والدعوتان اما أن خرجتا جميعا معا واما أن سبقت احدهما الاخرى فان ولدت الجارية الولدين في بطن واحد فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الولدين منهما جميعا لان دعوة أحد التوأمين دعوة الاخر لا تستحال الفصل بينهما في النسب لعلوقهما من ماء واحد فكأن دعوة أحدهما دعوة الاخر ضرورة وان سبق أحدهما بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لانه ثبت نسب المدعى ومن ضروريته ثبوت نسب الاخر وعتقا جميعا لعلوقهما حري الاصل وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف العقر ونصف قيمة الجارية والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا ولدتها في بطن واحد فاما اذا ولدتها في بطنين مختلفين فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الاكبر من مدعى الاكبر بلا شك وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف قيمة الجارية ونصف العقر لمدعى الاصغر وهل يثبت نسب الولد الاصغر من مدعى الاصغر فالقياس ان لا يثبت الا بتصديق مدعى الاكبر وفي الاستحسان يثبت وجه القياس ان الجارية صارت أم ولد لمدعى الاكبر لثبوت نسب الاكبر منه فدعى الاصغر يدعى ولداً ولم ولد الغير ومن ادعى ولداً ولم ولد الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه الاستحسان أن مدعى الاكبر غير مدعى الاصغر حيث أخر الدعوة الى دعوته فصار مدعى الاصغر بتأخير دعوة الاكبر مغروراً من جهته وللدالمغرور ثابت النسب حر بالقيمة وعلى مدعى الاصغر العقر لمدعى الاكبر لكن نصف العقر أو كله فقيه اختلاف الروايتين والتوفيق بينهما ممكن لان رواية نصف العقر على مدعى الاصغر جواب حاصل ما عليه من العقر بعد القصاص وهو النصف ورواية الكل بيان ما عليه قبله لان مدعى الاكبر قد غرم نصف العقر لمدعى الاصغر فالنصف بالنصف يلتقيان قصاصاً فلا يبقى على مدعى الاصغر بعد المقاصة الا النصف فأمكن التوفيق بين الروايتين من هذا الوجه وعلى مدعى الاصغر قيمة الولد الاصغر لانه ولد المغرور وللدالمغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فاذا على مدعى الاصغر نصف العقر وكل قيمة الولد وعلى مدعى الاكبر نصف قيمة الجارية لصيرورتها أم ولد له فيصير نصف قيمة الجارية الذي على مدعى الاكبر قصاصاً بنصف العقر وقيمة الولد الذي على مدعى الاصغر ويتراد ان الفضل هذا اذا خرجت الدعوتان جميعا معا فدعى أحدهما الاكبر والاخر الاصغر فاما اذا سبق أحدهما بالدعوة فان ادعى السابق الاكبر ولا قد ثبت نسب الاكبر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وغرم لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر بعد ذلك اذا ادعى الاخر الاصغر فقد ادعى ولداً ولم ولد الغير فلا بد من التصديق لثبات النسب فان صدقه ثبت النسب ويكون على حكم أمه وان كذبه لا يثبت النسب هذا اذا ادعى السابق بالدعوة الاكبر

أولا فاما اذا ادعى الاصغر أو لا ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشرى كالأخر والا كبر بعد رقيق بينهما لانه ولد جارية مملوكة بينهما لم يدعه أحد فاذا ادعاه الشريك الآخر بعد ذلك صار كعبد بين اثنين أعتقه أحد هما عتق نصيبه وثبت نسبه منه والشريك الآخر بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وان كان معسرا فله خيار الاعتاق والاستسعاء لا غير وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان موسرا فله تضمين الموسر لا غير وان كان معسرا فله الاستسعاء على ما علم في كتاب العتاق ولو قال أحد هما الا كبر ابني والاصغر ابن شريكي ثبت نسب الا كبر منه وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر لشرى كالأخر والاصغر ولد أم ولد له أقر بنسبه لشرى كالأخر فان صدقه شريكي ثبت نسبه منه ولا يعتق وان كذبه لا يثبت النسب وكذلك لو قدم وأخر بأن قال الاصغر ابني والا كبر ابن شريكي ثبت نسب الاصغر منه ونسب الا كبر موقوف على تصديق شريكي ولو قال أحد هما الا صغر ابني والا كبر ابن شريكي أو قدم وأخر فقال الا كبر ابن شريكي والاصغر ابني ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وعتق وضمن لشرى كالأخر نصف قيمة الجارية ونصف العقر ونسب الا كبر موقوف على تصديق شريكي فان صدقه ثبت النسب منه ويغرم لدعي الاصغر نصف قيمة الا كبر وان كذبه صار كعبد بين شريكين يشهد أحدهما على صاحبه بالاعتاق وكذبه صاحبه لما علم في كتاب العتاق ولو ولدت جارية في يد انسان ثلاثة أولاد فادعى أحدهم فتقول لا يخلو اما ان ولدوا في بطن واحد واما أن ولدوا في بطون مختلفة ولا يخلو اما ان ادعى أحدهم بعينه واما ان ادعى أحدهم بغير عينه فان ولدوا في بطن واحد فادعى أحدهم بغير عينه فقال أحدهم لا ابني أو عين واحد منهم فقال هذا ابني عتقوا وثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقيين لانهم توأم علقوا من ماء واحد فلا يفصل بين البعض والبعض في النسب واذا ثبت نسبهم وصارت الجارية أم ولد له هذا اذا ولدوا في بطن واحد واما اذا ولدوا في بطون مختلفة فقال الا كبر ولدني ثبت نسبه منه وصارت الجارية أم ولد له وهل يثبت نسب الاوسط والاصغر القياس أن يثبت وهو قول زفر رحمه الله ويكون حكمهما حكم الام وفي الاستحسان لا يثبت وجه القياس ظاهر لانه لما ثبت نسب الا كبر فقد صارت الجارية أم ولد له فكان الاوسط والاصغر ولد أم الولد وولد أم الولد يثبت نسبه من مولاها من غير دعوة ما لم يوجد النفي منه ولم يوجد وجه الاستحسان أن النفي فيه وان لم يوجد نصا فقد وجد دلالة وهو الاقدام على تخصيص أحدهم بالدعوة فان ذلك دليل نفي البواقي اذ لو لم يكن كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل في استحقاق الدعوة معنى هذا اذا ادعى الا كبر فاما اذا ادعى الاوسط فهو حر ثابت النسب منه وصارت الجارية أم ولد له والا كبر رقيق لانه ولد على ملكه ولم يدعه أحد وهل يثبت نسب الاصغر فهو على ما ذكرنا من القياس والاستحسان هذا اذا ادعى الاوسط فاما اذا ادعى الاصغر فهو حر ثابت النسب والجارية أم ولد له والا كبر والاوسط رقيقان لما ذكرنا هذا اذا ادعى أحدهم بعينه فاما اذا ادعى بغير عينه فقال أحدهم لا ابني فان بين فالحكم فيه ما ذكرنا وان مات قبل البيان عتقت الجارية بلا شك لانه لما ادعى نسب أحدهم فقد أقران الجارية أم ولد له وأم الولد تعتق بموت السيد وأما حكم الاولاد في العتق فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه رضوان الله تعالى عليهم في كتاب العتاق عبد صغير بين اثنين أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر ثبت نسبه منه عند أبي حنيفة رحمه الله ونصف ولائها الآخر وعندهما لا يثبت نسبه بناء على أن الاعتاق يجزأ عنده فيبقى نصيب المدعى على ملكه فتصح دعوته فيه وعندهما لا يجزأ أو يعتق الكل فلم يبق للمدعى فيه ملك فلم تصح دعوته وان كان العبد كبيرا فكذلك عنده لما ذكرنا انه يبق للملك له في نصيبه وعندهما ان صدقه العبد ثبت النسب والا فلا لانه عتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصديقه ويخرج على الاصل الذي ذكرنا دعوة العبد المأذون ولد جارية من اكسابه انها تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك اليد ثابت له وان كاف لثبات

النسب ولو ادعى المضارب ولد جارية المضارب لم تصح دعوته اذ لم يكن في المضارب ربح لانه لا بد لتببات النسب من ملك ولا ملك للمضارب أصلاً لا ملك الذات ولا ملك اليد اذ لم يكن في المضاربة ربح ولو ادعى ولداً من جارية لمولاه ليس من تجارته وادعى ان مولاهما أحلها له أو زوجها منه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المولى لانه أجنبى عن ملك المولى لانعدام الملك له فيه أصلاً فالتحقق بسائر الاجانب الا في الحد فان كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه فقدت دعوته لانه أقر بحجة مصححة للنسب لكن توقف نقاذه لحق المولى وقد زال ولو تزوج المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح باذن المولى أو لا لان النسب ثبت بالنكاح صحياً كان أو فاسداً وعلى هذا دعوة المكاتب ولد جارية من اكسابه صحيحة لان ملك اليد والتصرف ثابت له كالمأذون واذا ثبت نسب الولد منه لم يحجز بيع الولد ولا بيع الجارية أما الولد فلا أنه مكاتب عليه ولا يجوز بيع المكاتب وأما الأم فلا نه لم يهاحق ملك يتقلب ذلك الحق حقيقة عند الاداء فمنع من بيعها والعبد المسلم والذي سواه في دعوى النسب وكذا المكاتب المسلم والذي لان الكفر لا ينافي النسب ويستوى في دعوته الاستيلاء وجود الملك وعدمه عند الدعوة بعد ان كان العلوق في الملك فان كان العلوق في غير الملك كانت دعوته دعوة تحرير فيشترط قيام الملك عند الدعوة فان كان في ملكه يصح وان كان في ملك غيره لا يصح الا بشرط التصديق أو اليقينة فنقول جملة الكلام فيه ان الدعوة نوعان دعوة الاستيلاء ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاء هي ان يكون علوق المدعى في ملك المدعى وهذه الدعوة تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطء فيتبين انه علق حراً ودعوة التحرير هو ان يكون علوق المدعى في غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطء لعدم الملك وقت العلوق وبيان هذه الجملة في مسائل اذا ولدت جارية في ملك رجل لستة أشهر فصاعداً فلم يدع الولد حتى باع الام والولد ثم ادعى الولد صحته ودعوته ويثبت النسب منه وعتق وظهر ان الجارية أم ولد له ويبطل البيع في الجارية وفي ولدها وهذا استحسان وفي القياس ان لا تصح دعوته ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوة وجه الاستحسان أن قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة بل الشرط أن يكون علوق الولد في الملك لان هذه الدعوة تستند الى وقت العلوق فاذا كان علوق الولد في ملك المدعى فقد ثبت له حق استحقاق النسب وانه لا يحتمل البطلان كما لا يحتمل حقيقة النسب فلم يبطل البيع وصحت دعوته وظهر ان الجارية كانت أم ولد فلم يصح بيعها وبيع ولدها فبردها وولدها ويرد الثمن ولو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشتري بوجه من الوجوه ينظر ان كان ذلك يحتمل الفسخ يفسخ وان لم يحتمله لا يفسخ الا لضرورة فنقول ببيانه اذا كان المشتري باع الولد أو وهبه أو رهنه أو أجره أو كاتبه فادعاه البائع فحضر ذلك وثبت النسب لان هذه التصرفات مما يحتمل الفسخ والنقض وكذلك لو كان المشتري باع الام أو كاتبها أو رهنها أو أجرها أو زوجها لما قلنا ولو كان أعتقها أو أعتق الولد لم تصح دعوة البائع لان العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطلان الا لضرورة لانه يعقبه أثر لا يحتمل البطلان وهو الولاء وكذلك لو مات الولد أو قتل لان الميت مستغن عن النسب وكذلك لو كان المشتري باع الولد فأعتقه المشتري أو دبره أو مات عبده لم تصح دعوة البائع لما قلنا ولو كان المشتري أعتق الام أو دبرها دون الولد صحت دعوته في الولد ولم تصح في الام وفسخ البيع في الولد ولا يفسخ في الام لان المانع من الفسخ خص الام ولا تصير الجارية أم ولد له لان أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه في الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح ثبتت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولد له لئلا أن يملكها بوجه من الوجوه واذا فسخ البيع في الولد يراد البائع من الثمن حصصة الولد فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فتعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لانه انما صار ولداً بالولادة فتعتبر قيمته يومئذ فيسقط قدر قيمة الام ويرد قدر قيمة الولد ولو كانت قطعت يد الولد عند المشتري وأخذ أرشها ثم ادعاه البائع ثبت نسبه وسلم الارش للمشتري لان هذه دعوة الاستيلاء وانها تستند الى

وقت العلوق ومن شأن المستند أن يثبت للحال أو لا ثم يستند فيستدعى قيام الحل للحال لاستحالة ثبوت الحكم في الحال
واليد المقطوعة هالك فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد ويسقط عن البائع من الثمن حصصة الولد لانه
سلم البذل للمشتري وهو الارش ولومات الام ثم ادعى البائع الولد سحت دعوته وثبت النسب لان محل النسب قائم
وهو الولد وأمومية الولد ليست من لوازم ثبوت النسب لما تقدم فثبت نسب الولد وان لم تصر الجارية أم ولد له وهل يرد
جميع الثمن عند أي حنيقة نعم وعندهما لا يرد الا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمتان ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فأصاب
قيمة الام يسقط وما أصاب قيمة الولد يرد لانه ظهر أن الجارية أم ولده ومن باع أم ولده ثم هلك عند المشتري
لا تكون مضمونة عليه عنده وعندهما تكون مضمونة عليه ولقب المسئلة أن أم الولد غير متقومة من حيث انها مال
عنده وعندهما متقومة وهي من مسائل العتاق وعلى هذا اذا باعها والحمل غير ظاهر فولدت في يد المشتري لا قل من
سنة أشهر فادعاه البائع وعلى هذا اذا حملت الجارية في ملكه فباعها وهي حامل فولدت عند المشتري لا قل من ستة
أشهر فادعاه البائع هذا اذا ولدت ولداً (فأما) اذا ولدت ولدين في بطن واحد فدعى البائع فان ادعاهما ثبت نسب
الولدين منه وهذا ظاهر وكذا اذا ادعى أحدهما سحت دعوته ولزمه الولدان جميعا لما مر أن التوأمين لا يحتملان
الفصل في النسب لا يخلقهما من ماء واحد فان ولدت أحدهما لا قل من ستة والأخر لا أكثر من ستة أشهر فدعى
أحدهما ثبت نسبهما ويجعل كأنهما ولدتهما جميعا عند البائع لا قل من ستة أشهر لانهما كانا جميعا في البطن وقت
البيع ولو ولدتهما عند البائع فباع أحد الولدين مع الام ثم ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبه ونسب الولد المبيع أيضا
سواء كان المشتري ادعاه أو اعتقه لما ذكرنا أنهما لا يحتملان الفصل في ثبات النسب فمن ضرورة ثبوت نسب
أحدهما ثبوت نسب الآخر وكذلك لو ولدتهما عند المشتري فاعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما جميعا
وينتقض العتق ضرورة فرقا بين الولد وبين الام انه لو كان أعقب الام فدعى البائع الولد لا ينتقض العتق في الام
وينتقض في الولد لان العتق لا يمتثل الفسخ مقصوداً وانما يحتمله للضرورة وفي الولد ضرورة عدم الاحتمال
للا تفصال في النسب ولا ضرورة في الام لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن اثبات النسب في الجملة ولو قطعت يد
أحد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكان الارش للمشتري لا للبائع الآن يقيم البائع اليانة على الدعوة قبل
البيع فتكون له لما ذكرنا أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت في الحال ثم يستند فيستدعى قيام الحل للحال واليد المقطوعة
هالك فلا يظهر أثر الدعوة فيها ولو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكانت قيمة المقتول لورثة المقتول
لا للمشتري فرقا بين القتل والقطع (ووجه) الفرق أن محل حكم الدعوة مقصود أهو النفس وانما يظهر في الاطراف
تبعاً للنفس وبالقطع انقطعت التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الارش للمشتري ونفس كل واحد من التوأمين
أصل في حكم الدعوة فتى سحت في أحدهما تصح في الآخر وان كان مقتولا ضرورة انه لا يتصور الفصل بينهما في
النسب ومتى سحت الدعوة استندت الى وقت العلوق لانها دعوة الاستيلاء فتبين انهما علقا حرين فكان ينبغي أن
تجب الدية لورثة المقتول لا القيمة الا انه وجبت القيمة لان صحة هذه الدعوة بطريق الاستناد والمستند يكون ظاهراً
من وجه مقتصر على الحال من وجه فعملنا بالشبهين فأوجبنا القيمة عملاً بشبه الاقتصاد وجعلنا الواجب لورثة
المقتول عملاً بشبه الظهور عملاً بالدليلين بقدر الامكان وكذلك لو اعتق المشتري أحدهما ثم قتل وترك ميراثاً فأخذ
ديته وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين فانه يقضى بالحق وامه للبائع ويثبت نسب الولد المقتول منه ويأخذ الدية
والميراث من المشتري لما قلنا هذا اذا ولدت في يد المشتري لا قل من ستة أشهر من وقت البيع فان ولدت لستة
أشهر فصاعداً لم تصح دعوة البائع الا أن يصدق المشتري لاننا نتيقن بالعلوق في الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة
دعوة استيلاء فتصح دعوة تحرير ويشترط لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعى وقت الدعوة ولم يوجد فلا تصح
الا اذا صدقه المشتري فتصح لانه أقر بنسب عبد غيره وقد صدقه الغير في ذلك فثبت نسبه ويكون عبداً لمولاه ولو

ادعى المشتري نسبة بعد تصديقه البائع لم يصح لما مر أن النسب متى ثبت لا نسيان في زمان لا بتصور ثبوته من غيره بعد ذلك هذا كله إذا كانت الدعوى من البائع فإن كانت من المشتري وقد ولدت لأقل من ستة أشهر صحت دعوته وثبت النسب لأن هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاء لتيقننا أن العلوق لم يكن في الملك فيستدعي قيام الملك وقت الدعوة وقد وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا نسمع دعوته لما مر أن إثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يمنع ولو ادعاه البائع والمشتري معا فدعوة البائع أولى لأن دعوته دعوة استيلاء لوقوع العلوق في الملك وانها تستند الى وقت العلوق ودعوة المشتري دعوة تحرير لوقوع العلوق في غير الملك بيقين وانها تقتصر على الحال والمستند أولى لأنه سابق في المعنى والسابق أولى كرجلين ادعيا تلقى الملك من واحد ونار يخ أحدهما أسبق كان الاسبق أولى كذا هذا وعلى هذا إذا ولدت أمة رجل ولدت في ملكه لستة أشهر فصاعداً فادعاه أبوه ثبت نسبه منه سواء ادعى شبهه أولاً صدقة الابن في ذلك أو كذبه لأن الاقرار بنسب الولد اقرار بوطء الجارية والاب اذا وطئ جارية ابنه من غير نكاح يصير مشتملاً كما اياها الحاجة الى نسب ولد يحيا به ذكره ولا يثبت النسب الا بالملك وللأب ولاية تملك مال ابنه عند حاجته اليه ألا ترى انه يملك ماله عند حاجته الى الاطلاق على نفسه كذا هذا إلا أن هناك يملك بغير عوض وهنا بعوض وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين إذ الحاجة هناك الى ابقاء النفس والحاجة هنا الى ابقاء الذكر والاسم والتملك بغير عوض أقوى من التملك بعوض لأن ما قبله عوض كان تملكه كصورة لا معنى وقد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استيفاء المهرجة بالتملك بغير بدل وحاجة استيفاء الذكر بالتملك ببدل رعاية للجانبين جانب الابن وجانب الاب وتصدق الابن ليس بشرط فسواء صدقة الابن في الدعوى والاقرار أو كذبه يثبت النسب فرقا بين هذا وبين المولى اذا ادعى ولد أمة مكاتبه انه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المكاتب (ووجه) الفرق ظاهر لأنه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبياً عنه فوقت الحاجة الى تصديقه وللأب ولاية على مال ابنه فلا يحتاج الى تصديقه لصحة هذه الدعوة لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو اشتراها الابن فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر فادعاه الاب لا تصح دعوته لانعدام الملك وقت العلوق وكذا لو باعها فجاءت بولد في يد المشتري لأقل من ستة أشهر فادعاه الاب لا تصح لانعدام الملك وقت الدعوة وكذا لو كان العلوق في ملكه وولدت في ملكه وخرجت عن ملكه فيما بينهما لا تقطع الملك فيما بينهما ثم انما كان قيام الملك للابن في الجارية من وقت العلوق الى وقت الدعوة مشروطاً لصحة هذه الدعوة لأن الملك يثبت مستنداً الى زمان العلوق ولا يثبت الملك الا بالتملك ولا تملك الاب بولاية التملك لأن تملك مال الانسان عليه كرها وتنفيذ التصرف عليه جبراً لا يكون الا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فاذا لم تكن الجارية في ملكه من وقت العلوق الى وقت الدعوة لم تتم الولاية فلا يستند الملك وكذلك الاب لو كان كافراً أو عبداً فادعى لا تصح دعوته لأن الكفر والرق ينفيان الولاية ولو كان كافراً فأسلم أو عبداً فاعتق فادعى نظري ذلك ان ولدت بعد الاسلام أو الاعتاق لأقل من ستة أشهر لم تصح دعوته لانعدام ولاية التملك وقت العلوق وان ولدت لستة فصاعداً صحت دعوته ويثبت النسب لقيام الولاية ولو كان معتوقاً فافاق صحت دعوته استحساناً والقياس أن لا تصح لأن الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق (وجه) الاستحسان ان الجنون أمر عارض كالأغماء وكل عارض على أصل اذا زال يلحق بالعدم من الأصل كأنه لم يكن كما لو أغشى عليه ثم أفاق ولو كان مرتداً فادعى ولد جارية ابنه فدعوته موقوفة عند أبي حنيفة لتوقف ولايته وعندهما صحيحة لتمام ولايته بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة واذا ثبت الولد من الاب فنقول صارت الجارية أم ولد ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر والشافعي رحمهما الله يجب عليه العقر (وجه) قولهما أن الملك ثبت مشروطاً لصحة الاستيلاء والاستيلاء لا يلج منزل معلق فكان الفعل قبل الانزال خالياً عن الملك فيوجب العقر ولهذا يوجب نصف العقر في الجارية المشتركة بين الاجنبيين اذا جاءت بولد فادعاه أحدهما لأن

الوطء في نصيب شريكه حصل في غير الملك فيوجب نصف العقر (ولنا) أن الابلج المنزل المعلق من أوله إلى آخر
 ابلج واحد فكان من أوله إلى آخره استيلاء أفلاد أو أن يتقدمه الملك أو يارنه على جارية مملوكة لنفسه فلا عقر
 بخلاف الجارية المشتركة لأن ثمة لم يكن نصيب الشريك شرطاً لصحة الاستيلاء وثبات النسب لأن نصف الجارية
 ملكه وقيام أصل الملك يكفي لذلك وإنما ثبت حكم الثابت في نصيبه قضية للنسب ضرورة أنه لا يتجزأ وحكم الشيء
 لا يسبقه بل يتعقبه فوطء المدعى صادف نصيبه ونصيب شريكه ولا ملك له في نصيب شريكه والوطء في غير الملك
 يوجب الحد إلا أنه سقط للشبهة فوجب العقر وهنا اتفقت نبت شرط الثبوت النسب وصحة الاستيلاء وشرط الشيء
 يكون ساقطاً عليه أو مقارناً له فالوطء صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد أيضاً لأنه علق حراً
 وإن كانت الجارية مملوكة لا ولاء عليه لأن ذلك حكم الاعاقق فيستدعي تقدم الرق ولم يوجد ودعوة الجسد أنى الأب
 ولد جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الأب عند اندامه أو عند اندام ولابته (فأما) عند قيام ولابته فلا حتى لو كان الجسد
 نصرانياً وحافداً مملوكاً والأب مسلم لم تصبح دعوة الجسد لقيام ولابته إلا الأب وإن كان الابن ميتاً أو كافراً أو عبداً
 تصبح دعوة الجسد لا قطاع ولابته الأب وكذا إذا كان الابن ممتوها من وقت الطوق إلى وقت الدعوة صحت دعوة
 الجسد قلنا فإن أفاق ثم ادعى الجسد لم تصبح دعوته لأنه لما أفاق فقد التحق العارض بالعدم من الأصل فعادت ولابته
 الأب فسقطت ولابته الجسد ولو كان الأب مرتداً فدعوة الجسد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله فإن قتل على الردة أو
 مات صحت دعوة الجسد وإن أسلم لم تصبح لوقوف ولابته عنده كتوقف نصر فانه وعندهما لا تصبح دعوة الجسد لأن
 نصر فانه عندهما نافذة فكانت ولابته قائمة هذا إذا وطئ الأب جارية ابن من غير نكاح (فأما) إذا وطئها بالنكاح
 ثبت النسب من غير دعوة سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد لأن النكاح يوجب الفرائش بنفسه صحيحاً كان أو فاسداً
 ولا يملك الجارية لأنه وطئها على ملك الابن بقصد النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا النكاح لما علم في كتاب
 النكاح ويمتق الولد على أخيه بالقرابة لأن النسب إنما يثبت بقصد النكاح لا بملك اثنين فبقيت الجارية على ملك الابن
 وقدم ملك الابن أخاه فيعتق عليه فإن ملك الأب الجارية بوجه من الوجوه صارت أم ولد له لوجود سبب أمومية الولد
 وهونيات النسب إلا أنه توقف حكمه على وجود الملك فإذا ملكها صارت أم ولد له هذا كله إذا ادعى الأب ولد
 جارية ابنه فأما إذا ادعى ولداً أم ولد له أو مدبرته بأن جاءت بولد فنفاه الابن حتى انتفى سببه منه ثم ادعاه الأب لم يثبت
 نسبه منه في ظاهر الرواية وعليه نصف العقر وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه فرق بين ولد أم الولد وبين ولد
 المدبرة فقال لا يثبت نسب ولد أم الولد ويثبت نسب ولد المدبرة من الأب وعليه قيمة الولد والعقر والولاء للابن
 (وجه) هذه الرواية أن اثبات النسب لا يقف على ملك الجارية بل على الحالة فإن نسب ولد الأمة المنكوحه ثبت من
 الزوج والأمة ملك المولى (وأما) القيمة فلأنه ولد ثابت النسب على حر أو أشبه ولد المنكر ورفيكون حرأ القيمة
 والولاء للابن لأنه استحقه بالتدبير وأنه لا يحتمل القسح بعد الاستحقاق بخلاف ولد أم الولد لأن أم الولد فرائش
 لمولاه فكان الولد مولوداً على فرائش الابن والمولود على فرائش انسان لا يثبت نسبه من غيره وإن انتفى عنه بالنفي كفاي
 اللعان والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن النسب لا يثبت إلا بالملك وأم الولد والمدبرة لا يثبتان التملك ويضمن
 العقر لأنه إذا لم يملكها فقد حصل الوطء في غير الملك وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر هذا إذا لم يصدقه الابن في
 الدعوى بعدما فاه فان صدقه ثبت النسب بالاجماع لأن نسب ولد جارية لا جنسي يثبت من المدعى بتصديقه في
 النسب فنسب ولد جارية لابن أولى ويمتق على الابن لأن أخاه ملكه ولولاه لأن الولاء لمن أعتق ولو ادعى
 ولم يكن ابنه لم يثبت نسبه منه لأن النسب لا يثبت بدون الملك والمكاتبة لا تحتمل التملك فلا تصبح دعوته إلا إذا
 عجزت فتتخذ دعوته لأنها إذا عجزت فقد عادت قناً وجعل المعارض كالعدم من الأصل فصار كالأدعى قبل الكتابة
 والله سبحانه وتعالى أعلم

(فصل) وأما بيان ما يظهر به النسب فالنسب يظهر بالدعوة مرة وبالبينة أخرى أما ظهور النسب بالدعوة فيستدعي شرائط صحة الدعوة والاقرار بالنسب وسند كره في كتاب الاقرار إلا أنه قد يظهر بنفس الدعوة وقد لا يظهر الا بشرطة التصديق فنقول جملة الكلام فيه ان المدعى نسبه اما أن يكون في يد نفسه واما أن لا يكون فان كان في يد نفسه لا يثبت نسبه من المدعى الا اذا صدقه لانه اذا كان في يد نفسه فاقراره يتضمن ابطال يده فلا يتطاول الا برضاه وان لم يكن في يد نفسه فاما أن يكون مملوكا واما ان لم يكن فان كان مملوكا يثبت نسبه بنفس الدعوة اذا كان في ملك المدعى وقت الدعوة وان كان في ملك غيره عند الدعوة فان كان علقه في ملك المدعى ثبت نسبه بنفس الدعوة أيضا وان لم يكن علقه في ملكه لا يثبت نسبه الا بتصديق المالك على ما ذكرنا وان لم يكن مملوكا فاما ان لم يكن في يد أحد فلا في يد غيره ولا في يد نفسه كالصبي المنبؤ واما ان كان في يد أحد كالقبط فان لم يكن في يد أحد ثبت نسبه بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت (وجه) القياس انه ادعى أمرًا جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة (وجه) الاستحسان انه عاقل أخير بما هو محتمل الثبوت وكل عاقل أخير بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن به وهو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنا في التصديق نظر من الجانبين جانب اللقيط بالوصول الى شرف النسب والحضانة والتربية وجانب المدعى بولديستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق العاقل في دعوى ما ينفع به ولا يتضرر غيره به واجب ولو ادعاه رجلان ثبت نسبه منهما عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت الا من أحدهما ويتعين بقبول القافة على ما ذكرنا ولو ادعاه أكثر من رجلين فعند أبي حنيفة رحمه الله يثبت نسبه من خمسة وعند أبي يوسف رحمه الله من اثنين وعند محمد رحمه الله من ثلاثة وقدمت المسئلة ولو ادعته امرأتان سحت دعوتهما عند أبي حنيفة وعندهما لا تصح وسند كره الحجج من بعد ان شاء الله تعالى هذا اذا لم يكن في يد أحد فان كان وهو اللقيط ثبت نسبه من الملتقط بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت الا بالبينة وقد ذكرنا وجههما فيما تقدم وكذا من الخارج صدقه الملتقط في ذلك أولا استحسانا والقياس أن لا يثبت اذا كذبه (وجه) القياس أن هذا اقرار تضمن ابطال يد الملتقط لان يده عليه ناجية حقيقة وشرعا حتى لو أراد غيره أن ينزعه من يده جبراً ليحفظه ليس له ذلك والاقرار اذا تضمن ابطال الغير لا يصح وجه الاستحسان ان يد المدعى أفع للصبي من يد الملتقط لانه يقوم بحضانتها وتربته ويتشرف بالنسب فكان المدعى به أولى وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا استحسانا والقياس أن لا تصح دعوة الذمي (ووجهه) أنالو محمدا دعوته وأثبتنا نسب الولد منه للزمن استتباعه في دينه وهذا يضر فلا تصح دعوته وجه الاستحسان أنه ادعى أمرين ينفصل أحدهما عن الآخر في الجملة وهو النسب والتبعية في الدين إذ ليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون على دينه الا يرى أنه لو أسلمت أمه يحكم بإسلامه وان كان أبوه كافرا فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ويكون مسلما وذكر في النوادر أن من التقط لقيطا فادعاه نصراني فهو ابنه نعم ان كان عليه زى المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زى الشرك بان يكون في رقبته صليب ونحو ذلك فهو على دين النصراني هذا اذا أقر الذمي أنه ابنه فان أقام البينة على ذلك فان كان الشهود من أهل الذمة لا تقبل شهادتهم في استتباع الولد في دينه لان هذه شهادة تضمنت ابطال يد المسلم وهو الملتقط فكانت شهادة على المسلم فلا تقبل وان كانوا من المسلمين تقبل ويكون الولد على دينه فراقبين الاقرار وبين البينة وذلك أنه منهم في اقراره ولا تهمة في الشهادة وسواء كان المدعى حراً أو عبداً لانه ادعى شيئين أحدهما يحتمل الفصل على الآخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ولو ادعاه الخارج والملتقط معاً فملتقط أولى لاستوائهما في الدعوة وقع الصبي فترجح باليد فان سبقت دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج لانه ثبت نسبه منه فلا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك الا أن يقيم البينة لان الدعوة لا تعارض البينة ولو ادعاه خارجان فان كان

أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى لأنه يتبعه في الاسلام فكان أنفع للصبي وكذا اذا ادعته مسلبة وسمية
 فالمسألة أولى ولو شهد للذمي مسلمان والمسلم ذميان فهو للمسلم لان الحجتين وان تعارضتا فالسلام المدعى كاف
 للترجيح ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً فالحر أولى لأنه أنفع للقيط وان كانا حريين مسلمين فان ذكر
 أحدهما علامة في بدن اللقيط ولم يذكر الآخر فوافقت دعوته العلامة فصاحبها أولى لرجحان دعواه بالعلامة لان
 الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة قال الله تبارك وتعالى في قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية وشهد
 شاهد من أهلها ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو الكاذب وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من
 الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم جعل قد القميص من خلف دليل مرادتها
 اياه لما أن ذلك علامة جذبها اياه الى نفسها والقدم قد امة دفعا اياه عن نفسها وكذلك قال أصحابنا في لؤلئي ودباغ
 في حانوت واحد هو في أيديهما فيه لؤلؤ واهاب فتنازعا أنه فيهما يقضى باللؤلؤ للؤلئي وبالاهاب للدباغ لان الظاهر
 يشهد باللؤلؤ للؤلئي وبالاهاب للدباغ وكذلك قالوا في الزوجين اختلاف في متاع البيت أن ما يكون للرجل يجعل في يد
 الزوج وما يكون للنساء يجعل في يدها ونحو ذلك من المسائل بناء على ظاهر الحال وغالب الامر كذا هذا فان ادعى
 أحدهما علامات في هذا اللقيط فوافق البعض وخالف البعض ذكر الكرخي رحمه الله أنه ثبت نسبه منهما لانه وقع
 التعارض في العلامات فسقط الترجيح بها كان سكت عن ذكر العلامة رأساً وان لم يذكر أحدهما علامة أصلاً
 ولكن لا حد هما بينة فانه يقضى له لان الدعوة لا تعارض البينة وان لم يكن لا حد هما بينة ثبت نسبه منهما جميعاً وهذا
 عندنا لا استواءهما في الدعوة وعند الشافعي رحمه الله لا ثبت نسبه الا من أحدهما ويتعين بقول القافة على
 ما ذكرنا والكلام مع الشافعي رحمه الله تقدم ولو كان المدعى أكثر من رجلين فهو على الخلاف الذي ذكرناه في
 الجارية المشتركة ولو قال أحد المدعين هو ابني وهو غلام فاذا هو جارية لم يصدق لانه ظهر كذب بيقين ولو قال أحدهما
 هو ابني وقال الآخر هو ابنتي فاذا هو خنثى يحكم بماله فان كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعى البتة وان كان
 يبول من مبال النساء فهي ابنة مدعى البتة وان كان يبول منهما جميعاً يعتبر بالسبق فان استويا في السبق فهو مشكل
 عند أبي حنيفة وعندهما تعتبر كثرة البول فان استويا في ذلك فهو مشكل لان هذا حكم الخنثى وينبغي أن يثبت نسبه
 منهما جميعاً ولو قال الملتقط هو ابني من زوجتي هذه فصدقته فهو ابنتها حرة كانت أو أمة غير انها ان كانت حرة
 كان الابن حراً بالاجماع وان كانت أمة كان ملكاً للمولى الامة عند أبي يوسف وعند محمد يكون حراً وجه قول
 محمد أن نسبه وان ثبت من الامة لكن في جملة تبعها في الرق مضرة بالصبي وفي جملة حرام نفقة له فيتبعها فيما ينفعه
 ولا يتبعها فيما يضره كالذمي اذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه لكن لا يتبعه فيما يضره وهو دينه لما قلنا كذا هذا
 وجه قول أبي يوسف ان الاصل أن الولد يتبع الام في الرق والحرية فكان من ضرورة ثبوت النسب منها أن يكون
 رقيقاً والرق وان كان يضره فهو ضرر يلحقه ضرورة غيره فلا يعتبر ولو ادعته امرأة أنه ابنها وهي حرة أو أمة ذكر في
 الاصل انها لا تصدق على ذلك حتى تقيم البينة انها ولدت وان أقامت امرأة واحدة على الولادة قبلت اذا كانت حرة
 عدلة أطلق الجواب في الاصل ولم يفصل بين ما اذا كان لها زوج أم لا منهم من حمل هذا الجواب على ما اذا كان
 لها زوج لانه اذا كان لها زوج كان في تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير فلا تصحح الا بالبينة أو بتصديق الزوج
 فاما اذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق معنى التحميل فيصح من غير بينة ومنهم من حقق جواب الكتاب وأجرى
 رواية الاصل على إطلاقها وفرق بين الرجل والمرأة فقال ثبت نسبه من الرجل بنفس الدعوة ولا يثبت نسبه منها الا
 ببينة ووجه الفرق أن النسب في جانب الرجال ثبت بالقراش وفي جانب النساء يثبت بالولادة ولا يثبت الولادة الا
 بدليل وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو ادعته امرأة أن ابنها ابنها عند أبي حنيفة وكذا اذا كن خمساً عنده
 وعندهما لا يثبت نسب الولد من المرأتين أصلاً وجه قولهما أن النسب في جانب النساء يثبت بالولادة وولادة ولد

واحد من امرأتين لا يتصور فلا يتصور ثبوت النسب بينهما بخلاف الرجال لان النسب في جانبهم ثبت بالقراش ولا يـ حنيفة أن سبب ظهور النسب هو الدعوة وقد وجدت من كل واحدة منهما وما قال ان الحكم في جانبين متعلق بالولادة فنعم لكن في موضع أمكن وهنا لا يمكن فتملق بالدعوة وقد ادعى جميعا فثبت نسبه منهما وعلى هذا لو ادعى رجل وامرأتان ثبت نسبه من الكل عنده وعندهما يثبت من الرجل لا غير ولو ادعى رجلان وامرأتان كل رجل يدعى أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة صدقته فهو ابن الرجلين والمرأتين عند أبي حنيفة وعندهما ابن الرجلين لا غير وأما ظهور النسب بالينة فنقول والله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة ويتأكد ظهوره أخرى فكل نسب يجوز ثبوته من المدعى اذا لم يحتمل الظهور بالدعوة أصلا لا بنفسها ولا بقرينة التصديق بان كان فيه حمل النسب على الغير ونحو ذلك يظهر بالينة وكذا ما احتمل الظهور بالدعوة لكن بقرينة التصديق اذا انعدم التصديق وظهر أيضا بالينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يتأكد ظهوره بالينة كما اذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره وثبت نسبه من المدعى ثم ادعى رجل آخر وأقام البينة يقضى له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالينة وكذا لو ادعى رجلان معا ثم أقام أحدهما البينة فصاحب البينة أولى لما قلنا واذا تعارضت البيتان في النسب فالأصل فيه ما ذكرنا في تعارض البيتين على الملك أنه ان أمكن ترجيح احدهما على الاخرى يعمل بالراجح وان تعذر الترجيح يعمل بهما الا أن هناك اذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحد منهما من وجه بقدر الامكان وهنا يعمل بكل واحد منهما من كل وجه ويثبت النسب من كل واحد من المدعين لا مكان اثبات النسب لولد واحد من اثنين على الكمال واستحالة كون الشيء ان واحد مملوكا لثنين على الكمال في زمان واحد اذا عرفنا هذا فنقول جملة الكلام فيه أن تعارض البيتين اما ان يكون بين الخارج وبين ذى اليد واما ان يكون بين الخارجين وبين ذى اليد فان كان بين الخارج وبين ذى اليد فينبغي ان يكون بينهما استواء في البينة فيرجح صاحب اليد باليد وان كان بين الخارجين وبين ذى اليد فان أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الاسلام والحرية والعلامة واليد وقوة القراش وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح وان استويا يعمل بهما ويثبت النسب بينهما وعلى هذا اذا ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الآخر أنه عبده يقضى للذى ادعى أنه ابنه لانه يدعى الحرية والاخر يدعى الرق فينبغي الحرية أقوى وكذلك لو أقام أحدهما البينة أنه ابنه من هذه الحرة وأقام الآخر البينة أنه ابنه من هذه الامة فهو ابن الحر والحرمة قلنا ولو أقام كل واحد منهما البينة أنه ابنه من امرأة حرة فهو ابن الرجلين وابن المرأتين على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ابن الرجلين لا غير لما مر ولو ادعى رجلان ووقت بينة كل واحد منهما فان استوى الوقتان ثبت النسب بينهما لاستواء البيتين ولو كان وقت احدهما أسبق يحكم سن الصبي فيعمل عليه لانه حكم عدل فان أشكل سنه فعلى قياس قول أبي حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى لهما وجه قولهما أنه اذا أشكل السن سقط اعتبار التاريخ أصلا كأنهما سكتا عنه ولا يـ حنيفة رحمه الله انه اذا أشكل السن لم يصلح حكما فبقى الحكم للتاريخ فيرجح الاسبق ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه وأقام البينة وادعت المرأة أنه ابنها واقامت البينة فهو بينهما لعدم التنافي بين ثبوت نسبه منهما كما اذا ادعى رجلان بل أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى على رجل وامرأة أنه ابنهما وأقام البينة وادعى رجل آخر وامرأة أن الغلام ابنهما وأقاما البينة ثبت نسب الغلام من الاب والام الذى ادعى الغلام أنه ابنهما وبطل النسب الذى أنكره الغلام لان البيتين تعارضتا وترجحت بينة الغلام بيده اذ هو في نفسه كالخارجين اذا أقاما البينة ولا حدهما يد كان صاحب اليد أولى كذا هنا وكذلك لو كان الغلام نصرانياً فأقام بينة من المسلمين على رجل نصراني وامرأة نصرانية وادعاه مسلم ومسلمة فينبغي الغلام أولى ولا ترجح بينة المدعى المسلم لانه لا يبدله وان كان مسلماً وان كان بينة الغلام من النصراني يقضى بالغلام للمسلم والمسلمة لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحقت بالعدم فبقى مجرد الدعوة فلا تعارض البينة ويحبر الغلام على الاسلام غلام في

يدانسان ادعى صاحب اليد أنه ابنه وولده أمته هذه في ملكه وأقام البيعة على ذلك وادعى خارج أن الغلام ابنه وولده
الامة في ملكه وأقام البيعة فان كان الغلام صغيرا لا يتكلم قضى به لصاحب اليد لاستوثاقهما في البيعة فيرجع صاحب
اليدي اليه كما في النكاح وان كان كبيرا يتكلم فقال أنا ابن الآخر قضى بالامة والغلام الخارج لان الغلام اذا كان
كبيراً يتكلم في يد نفسه فالبيعة التي يدعيها الغلام أولى وكذلك لو كان الغلام ولد حرة وهما في يد رجل فأقام
صاحب اليد البيعة على انه ولد على فراشه والغلام يتكلم ويدعي ذلك وأقام الخارج البيعة على ملكه قضى بالمرأة
وبالولد للذي هما في يده لما قلنا وان كان الذي في يده من أهل النعمة والمروءة فمضى وأقام شهودا مسلمين قضى بالمرأة والولد
للذي هما في يده لان شهادة المسلمين حجة مطلقة ولو أقام الخارج البيعة على انه تزوجها في وقت كذا وأقام الذي في
يده البيعة على وقت دونه يقضى للخارج لانه اذا ثبت سبق أحد النكاحين كان المتأخر منهما فاسداً فالبيعة القائمة على
النكاح الصحيح أقوى فكانت أولى وعلى هذا غلام قد احطم ادعى انه ابن فلان ولده أمته فلانة على فراشه وذلك
الرجل يقول هو عبدى ولد أمى التي زوجها عبدى فلانا فولدت هذا الغلام منه والعبدى يدعى ذلك فهو ابن العبد
لانه تعارض الفرائش ان فراش النكاح وفراش الملك وفراش النكاح أقوى لانه لا ينتفى باللعان وفراش الملك ينتفى
بمجرد النفي فكان فراش النكاح أقوى فكان أولى ولو ادعى الغلام انه ابن العبد من هذه الامة فأقر العبد بذلك
وقامت عليه البيعة وادعى المولى انه ابنه فهو ابن العبد لما قلنا ويعتق لانه ادعى نسبه والاقرار بالنسب يتضمن الاقرار
بالحرية فان لم يعمل في النسب يعمل في الحرية وكذلك لو مات الرجل وترك مالا فأقام الغلام البيعة انه ابن الميت من
أُمته وأقام الآخر البيعة انه عبده ولده أمته من زوجها فلان والزواج عبده أيضاً والعبدى يدعى ذلك يقضى له بالنسب
لانه يدعى فراش النكاح وانه أقوى فان كان العبد ميتاً ثبت نسب الغلام من الحر وورث منه لان بيعة الغلام خلت
عن المعارض لانعدام الدعوة من العبد فيجب العمل بها والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة النسب الثابت فالنسب في جانب النساء اذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل النفي أصلاً لانه
في جانبهن يثبت بالولادة ولا مرد لها (وأما) في جانب الرجال فتوعان نوع محتمل النفي ونوع لا يحتمله أماما محتمل
النفي فتوعان (نوع) ينتفى بنفس النفي من غير لعان ونوع لا ينتفى بنفس النفي بل بواسطة اللعان (أما الذي)
ينتفى بنفس النفي فهو نسب ولد أم الولد لان فراش أم الولد ضعيف لانه غير لازم حتى احتمل النقل الى غيره
بالتزويج فاحتمل الانتفاء بنفس النفي من غير الحاجة الى اللعان (وأما) الذي لا ينتفى بمجرد النفي فهو نسب ولد
زوجة بحري بينهما اللعان وهو ان يكون الزوجان حريين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف على
ما ذكرنا في كتاب اللعان لان فراش النكاح لازم لا يحتمل النقل فكان قوياً فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفي ما لم ينضم
اليه اللعان ولهذا اذا كان العلوق بنكاح فاسد أو شبهة نكاح لا ينتفى نسب الولد بالنفي لان الانتفاء بواسطة اللعان
ولا لعان في النكاح الفاسد لانعدام الزوجة حقيقة لما علم في كتاب اللعان والله تعالى أعلم (وأما الذي) لا يحتمل
النفي فهو نسب ولد زوجة لا بحري بينهما اللعان فاذا كان الزوجان من لعان بينهما لا ينتفى نسب الولد بالنفي
وكذا النسب بعد الاقرار به لا يحتمل النفي لان النفي يكون انكاراً بعد الاقرار فلا يسمع الا ان الاقرار نوعان نص
ودلالة لما ذكرنا في كتاب اللعان

﴿فصل﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين لا غير أما حكمه في النسب فقد مر ذكره في أثناء مسائل النسب وأما حكمه
في الملك فالكلام فيه في موضعين (أحدهما) في حكم تعارض الدعوتين في أصل الملك والثاني في قدر الملك أما الاول
فسبيل تعارض الدعوتين في أصل الملك ما هو سبيل تعارض البنتين فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند
الامكان وعند تمذر العمل بهما بقدر الامكان تصحيحاً للدعوتين بالقدر الممكن وبيان ذلك في مسائل رجلان
ادعى اباة أحدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فهي للراكب لانه مستعمل للداية فكانت في يده (وكذلك) اذا

كان لأحدهما عليه حمل وللآخر عليه كور معلق أو مخللة معلقة فصاحب الحمل أولى لما قلنا ولو كانا جميعاً راكبين لكن أحدهما في السرج والآخر ديفه فهي لهما في ظاهر الرواية (وروى) عن أبي يوسف رحمه الله أنه راكب السرج لقوة يده (وجه) ظاهر الرواية أنهما جميعاً استويا في أصل الاستعمال فكانت الدابة في أيديهما فكانت لهما ولو كانا جميعاً راكبين في السرج فهي لهما إجماعاً لاستواءهما في الاستعمال ولو ادعى عبد أصغر ألا يعبر عن نفسه وهو في أيديهما فهو بينهما لأنه إذا كان لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة العروض والبهايم فتبقى اليد عليه ألا ترى أنه لو ادعى صبيلاً أصغراً مجهول النسب في يده أنه عبده ثم كبر الصبي فادعى الحرية فالقول قول صاحب اليد ولا تسمع دعوى الحرية إلا ببينة لأنه كان في يده وقت الدعوة فلا تزول يده عنه إلا بدليل (ومثله) لو ادعى غلاماً كبيراً أنه عبده وقال الغلام أنا حر فالقول قول الغلام لأنه ادعاه في حال هو في يده نفسه فكان القول قوله ولو ادعى عبداً كبيراً فقال العبد أنا عبد لأحدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد في ذلك وكذا إذا كان العبد في يدرجل فآقرانه لرجل آخر فالقول قول صاحب اليد ولا يصدق العبد في إقراره أنه لغيره لأن إقراره بالرق إقرار بسقوط يده عن نفسه فكان في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله أنه لغيره لأن العبد لا قول له ولو قال كنت عبداً فلان فاعتقني وأنا حر فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وروى عن أبي يوسف أن القول قول العبد ويحكم بحريته لأن العبد متمسك بالأصل إذا الحرية أصل في بني آدم فكان الظاهر شاهد أنه للصحيح جواب ظاهر الرواية لأنه لما آقرانه كان عبداً فقد آقر زوال حكم الأصل وثبوت العارض وهو الرق منه فصار الرق فيه هو الأصل فكان الظاهر شاهد أنه ولو ادعى ثوباً وأحدهما لابس والآخر متعلق بذيله فالابس أولى لأنه مستعمل للثوب (ولو ادعى) بساطاً وأحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما ولا يكون الجالس مجلوسه والنوم عليه أولى لاستواءهما في اليد عليه (ولو ادعى) داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن (وكذلك) لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر لأن سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما (وكذا) إذا كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيه وإنما تثبت بالتصرف فيه ولو وجد خياط يخييط ثوباً في دار إنسان فاختلفا في الثوب فالقول لصاحب الدار لأن الثوب وإن كان في يد الخياط صورة فهو في يد صاحب الدار معنى لأن الخياط وما في يده في داره والدار في يده فما فيها يكون في يده (حمال) خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فإن كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله فهو له لأن الظاهر شاهد له وإن كان يعرف بذلك فهو لصاحب الدار لأن الظاهر شاهد له (وكذلك) حمال عليه كارة وهو في دار يراز اختلفا في الكارة فإن كانت الكارة مما يحمل فيها فالقول قول الحمال لأن الظاهر شاهد له وإن كانت مما لا يحمل فيها فالقول قول صاحب الدار لأن الظاهر شاهد له رجل اصطاد طائر في دار رجل فاختلفا فيه فإن اتفقا على أنه على أصل الأباحة لم يستول عليه قط فهو للصائد سواء اصطاده من الهواء أو من الشجر أو الحائط لأنه لا يأخذ دون صاحب الدار إذا الصيد لا يصير مأخوذاً بكونه على حائط أو شجرة وقد قال عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه وإن اختلفا فقال صاحب الدار اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الضائد فإنه ينظر إن أخذه من الهواء فهو له لأنه لا يأخذ إلا يداً لا أحد على الهواء وإن أخذه من جداره أو شجره فهو لصاحب الدار لأن الجدار والشجر في يده وكذلك إن اختلفا في أخذه من الهواء أو من الجدار فالقول قول صاحب الدار لأن الأصل أن ما في دار إنسان يكون في يده هكذا روى عن أبي يوسف مسألة للصيد على هذا الفصل ولو ادعى وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن فيها وكذلك لو كان أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر لأن سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما

ثبت بالتصرف فيها ولم يوجد ولو ادعى حائطاً من دارين ولا أحدهما عليه جذوع فهو له لأنه مستعمل للحائط ولو كان لكل واحد منهما جذوع فان كانت ثلاثة أو أكثر فهي بينهما نصفان سواء استوت جذوع كل واحد منهما أو كانت لأحدهما أكثر بعدان كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع لأنها استويافي استعمال الحائط فاستويافي ثبوت اليد عليه ولو أراد صاحب البيت أن يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة ليس له ذلك لكن يقال له زد أنت أيضاً إلى تمام عدد خشب صاحبك أن أطلق الحائط حملها والا فليس لك الزيادة ولا التزاع ولو كان لأحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذع أو جذعان فالقياس أن يكون الحائط بينهما نصفين وفي الاستحسان لا يكون (وجه) القياس أن زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح ألا ترى أنه لو كان لأحدهما ثلاثة وللآخر أربعة كان الحائط بينهما نصفين وإن كان استعمال أحدهما أكثر دل أن المعتبر أصل الاستعمال لا قدره وقد استويافيه (وجه) الاستحسان أن يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بمادون الثلاثة لأن الجدار لا يبنى له عادة وإنما يبنى لاكثر من ذلك إلا أن الأكثر مما لا نهاية له والثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيده فكان ما وراء موضع الجذوع لصاحب الكثير وأما موضع الجذع الواحد فكذلك على رواية كتاب الاقرار وأما لصاحب القليل حق وضع الجذع لا أصل الملك وعلى رواية كتاب الدعوى له موضع الجذع من الحائط وما رواه لصاحب الكثير (وجه) هذه الرواية أن صاحب القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر في يده فيملكه (جه) رواية الاقرار ما مر أن الاستعمال لا يحصل بالجذوع والجذعين لأن الحائط لا يبنى له عادة فلم يكن شيء من الحائط في يده فكان كله في يد صاحب الكثير إلا أنه ليس له دفع الجذوع وإن كان موضع الجذع مملوكاً له لجواز أن يكون أصل الحائط مملوكاً لانسان ولا آخر عليه حق الوضع بخلاف ما لو أقام البيئة أن الحائط له لأن له أن يدفع لأن البيئة حجة مطلقة فإذا أقامها تبين أن الوضع من الأصل كان بغير حق ولاية الدفع وليس له ذلك حال عدم البيئة لأننا جعلنا الحائط له لظاهر اليد والظاهر يصلح للتقرير لا للتغيير فهو الفرق ولو كان الحائط متصلاً ببناء إحدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالتعلق به ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لأنه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التريع أولى لأن اتصال التريع أقوى من اتصال التزاق ولو كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التريع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لكن الكلام في صورة التريع فنقول ذكر الطحاوي رحمه الله أن التريع هو أن يكون انصاف البان الحائط مداخلة حائط إحدى الدارين يبنى كذلك كالزج والطاقت فكان بمعنى النتائج فكان صاحب الاتصال أولى وذكر الكرخي رحمه الله أن تفسير التريع أن يكون طرفاً هذا الحائط المدعى مداخلين حائط إحدى الدارين وهذا التفسير منقول عن أبي يوسف رحمه الله فيصير الحاصل أن المداخلة إذا كانت من جاني الحائط كان صاحب الاتصال أولى بخلاف وإن كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوي رحمه الله صاحب الاتصال أولى وعلى قول الكرخي رحمه الله صاحب الجذوع أولى وجه قول الطحاوي ما ذكرنا أن ذلك بمعنى النتائج حيث حدث من بناءه كذلك فكان هو أولى وجه قول الكرخي أن المداخلة من الجانبين توجب الاتحاد وجعل الكل بناء واحد أفسط حكم الاستعمال لضرورة الاتحاد فلك البعض يوجب ملك الكل ضرورة لأنه لا يجبر على الرفع بل يترك على حاله لأن ذلك ليس من ضرورات ملك الأصل بل يحتمل الانفصال عنه في الجلسة ألا ترى أن السقف الذي هو بين بيت العلو وبين بيت السفلى هو ملك صاحب السفلى ولصاحب العلو عليه حق القرار حتى لو أراد صاحب السفلى رفع السقف منع منه شرعاً كذا هذا جاز أن يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حق وضع الجذع عليه بخلاف ما إذا أقام البيئة

انه يجبر على الرفع وقد تقدم وجه الفرق بينهما ثم فرع أبو يوسف على ما روى عنه من تفسير التبريع انه اذا اشترى داراً
ولرجل آخر دار بجنب تلك الدار وبينهما حائط وأقام الرجل البيعة انه له فاراد المشتري ان يرجع على البائع بحصته من
الثمن ان كان متصلًا ببناء حائط المدعى ليس له ان يرجع على البائع لانه اذا كان متصلًا ببنائه لم يتناول البيع فلم يكن مبيعاً
فلا يكون للمشتري حق الرجوع وان لم يكن متصلًا ببناء المدعى وهو متصل ببناء الدار المبيعة فللمشتري ان يرجع على
البائع بحصة الحائط من الثمن لانه اذا كان متصلًا بحائط الدار المبيعة تناوله البيع فكان مبيعاً فيثبت الرجوع عند
الاستحقاق وان كان متصلًا بحائط الدار المبيعة وللاخر عليه جذوع لا يرجع وهذا يؤيد رواية الكرخي ان
صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال اذا كان من جانب واحد ولو كان اتصالاً ببيع واستحق المشتري
الرجوع على البائع لا تنزع الجذوع بل تترك على حالها ما ذكرنا ولو كان لاحدهما عليه سترة أو بناء وصاحبه مقربان
السترة والبناء له فالخاطئ لصاحب السترة لانه مستعمل الحائط بالسترة فكان في يده ولو لم يكن عليه سترة ولكن لاحدهما
عليه مرادى هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما ولا يستحق بالمرادى والبوادي شيئاً لان وضع
المرادى على الحائط ليس بامر مقصود لان الحائط لا يبنى له فكان ملحقاً بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه
الحائط الى أحدهما وظهره الى الآخر وكان انصاف اللبن والطاقت الى أحدهما فلا حكم لشيء من ذلك عند أبي
حنيفة رحمه الله والحائط بينهما وعندهما الحائط لمن اليه وجه البناء وانصاف اللبن والطاقت وهذا اذا جعل الوجه
وقت البناء حين ما بنى فاما اذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين فلا عبرة بذلك اجماعاً وعلى هذا الخلاف اذا ادعى بأب
مغلقة على حائط بين دارين والغلق الى أحدهما فالباب لهما عنده وعندهما لمن اليه الغلق ولو كان للباب غلقان من
الجانبين فهو لهما اجماعاً وعلى هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين والقمط الى أحدهما فالخص بينهما عند
أبي حنيفة رحمه الله ولا ينظر الى القمط وعندهما الخص لمن اليه القمط وجه قولهما في هذه المسائل اعتبار العرف
والعادة فان الناس في العادات يجعلون وجه البناء وانصاف اللبن والطاقت والغلق والقمط الى صاحب الدار فيدخل
على انه بناءه فكان في يده ولا يبي حنيفة رحمه الله ان هذا دليل اليد في الماضي لا وقت الدعوة واليد في الماضي لا تدل على
اليد وقت الدعوة والحاجة في اثبات اليد وقت الدعوة ثم في كل موضع قضى بالملك لاحدهما لكون المدعى في يده تجب
عليه التمين لصاحبه اذا طلب فان حلف برى وان نكل يقضى عليه بالنكول وعلى هذا اذا اختلفا في المرور في دار
ولا حد هما باب من داره الى تلك الدار فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور فيها حتى يقيم البيعة ان له في داره
طريقاً ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيئاً لان فتح الباب الى دار غيره قد يكون بحق لازم وقد يكون بغير حق
أصلاً وقد يكون بحق غير لازم وهو الاباحة فلا يصلح دليلاً على حق المرور في الدار مع الاحتمال وكذا لو شهد الشهود
ان صاحب الدار كان يمر فيها لم يستحق بهذه الشهادة شيئاً لاحتمال أن مروره فيها كان غصباً أو اباحة ولئن دلت على انه
كان لحق المرور ولكن في الزمان الماضي لان الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق للحال ولو شهدوا ان له فيها طريقاً
فان حدوا الطريق فسموا طوله وعرضه قبلت شهادتهم وكذلك اذا لم يحدوه كذا ذكر في الكتاب ومن أصحابنا رحمهم
الله من حمل المسئلة على ما اذا شهدوا على اقرار صاحب الدار بالطريق لان المشهود به مجهول وجهالة المشهود به تمنع
 صحة الشهادة اما جهالة المقر به فلا تمنع صحة الاقرار ومنهم من أجرى جواب الكتاب على اطلاقه لان الطريق طوله
معلوم وعرضه مقدار عرض الباب في متعارف الناس وعاداتهم فكانت هذه شهادة بمعلوم فتقبل وكذلك لو شهدوا ان
أباه مات وترك طريقاً في هذه الدار فهو على ما ذكرنا وعلى هذا اذا كان لرجل ميزاب في دار رجل فاختلفا في مسيل
الماء فلصاحب الدار ان يمنعه عن التسييل حتى يقيم البيعة ان له في هذه الدار مسيل ماء ولا يستحق صاحب الميزاب
بنفس الميزاب شيئاً ما ذكرنا وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان الميزاب اذا كان قديماً فله حق التسييل وذكر محمد في
كتاب الشرب في نهر في أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلفا في ذلك فالقول قول صاحب الماء لانه اذا كان يسيل

فيه الماء كان النهر مشغولا بالماء فكان النهر مستعملا به فكان في يده بخلاف الميزاب فان موضوع المسئلة فيما اذا لم يكن في الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدوا انهم رأوا الماء يسيل في الميزاب فليست هذه الشهادة بشئ لان التسييل قد يكون بغير حق وكذا الشهادة ما قامت بحق كائن على مامر ولو شهدوا ان له حق في الدار من حيث التسييل فان بينوا انه لماء المطر فهو لماء المطر وان بينوا انه مسيل ماء دائم للغسل والوضوء فهو كذلك وان لم بينوا تقبل شهادتهم أيضا ويكون القول قول صاحب الدار مع يمينه انه للغسل والوضوء أو لماء المطر لان أصل الحق ثبت بشهادة الشهود وبقيت الصفة مجهولة فيتبين ببيان صاحب الدار لكن مع اليمين وان لم يكن للمدعي بينة أصلا يستحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف برى وان نكل يقضى بالنكول كما في باب الاموال وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بينة لاحدهما على ما ذكرنا في كتاب النكاح والله تعالى أعلم

فصل وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك فهو كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن أو المبيع فنقول جملة الكلام فيه ان المتبايعين اذا اختلفوا فلا يخلو اما ان اختلفا في الثمن واما ان اختلفا في المبيع فان اختلفا في الثمن فلا يخلو اما ان اختلفا في قدر الثمن واما ان اختلفا في جنسه واما ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في قدره بان قال البائع بعت منك هذا العبد بالي درهم وقال المشتري اشتريت بالف فهذا لا يخلو اما ان كانت السلعة قائمة واما ان كانت هالكة فان كانت قائمة فاما ان كانت قائمة على حالها لم تتغير واما ان تغيرت الى الزيادة أو الى النقصان فان كانت قائمة على حالها لم تتغير تحالفا وتراداسواء كان قبل القبض أو بعده اما قبل القبض فلان كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه من وجه لان البائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر والمشتري يدعى على البائع تسليم المبيع اليه عند أداء الف وهو ينكر فيتحالفان لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وأما بعد القبض فكان ينبغي ان لا يحلف البائع ويكون القول قول المشتري مع يمينه لان المشتري لا يدعى على البائع شيئا لسلامة المبيع له والبائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه الا اناعرنا التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وابدأ بيمين المشتري في ظاهر الرواية وهو قول محمد وأبي يوسف الآخر وفي قوله الاول يبدأ بيمين البائع ويقال انه قول أبي حنيفة رحمه الله والصحيح جواب ظاهر الرواية لان اليمين وظيفة المنكر والمشتري أشد انكارا من البائع لانه منكر في الحالين جميعا قبل القبض وبعده والبائع بعد القبض ليس بمنكر لان المشتري لا يدعى عليه شيئا فكان أشد انكارا منه وقبل القبض ان كان منكرا لكن المشتري أسبق انكارا منه لانه يطالب أولا بتسليم الثمن حتى يصير عينا وهو ينكر فكان أسبق انكارا من البائع فيبدأ بيمينه فان نكل لزمه دعوى البائع لان النكول بذل أو اقرار وان حلف يحلف البائع ثم اذا تحالفا هل يفسخ البيع بنفس التحالف أو يحتاج فيه الى فسخ القاضي اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم يفسخ بنفس التحالف لانهما اذا تحالفا لم يكن في بقاء العقد فائدة فيفسخ وقال بعضهم لا يفسخ الا بفسخ القاضي عند طلبهما أو طلب أحدهما وهو الصحيح حتى لو أراد أحدهما مضاء البيع بما يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد لان احتمال الفائدة ثابت لاحتمال التصديق من أحدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم لانه ان يعقد بيمين فلا يزول لاحتمال عدم الفائدة على الاصل المعهود في الثابت بيمين لانه لا يزول بالاحتمال فلا يفسخ الا بفسخ القاضي وله ان يفسخ لانعدام الفائدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا بفسخ القاضي لانهم لما تحالفا صار الثمن مجهولا فيتنازعان فلا بد من قطع المنازعة ولا تنقطع الا بالقضاء بالفسخ هذا اذا كانت السلعة قائمة بعينها من غير تغير فاما اذا كانت تغيرت ثم اختلفا في قدر الثمن فلا يخلو اما ان تغيرت الى الزيادة واما ان تغيرت الى النقصان فان كان التغير الى الزيادة فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالسمن والجمال منعت التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه

الله لا يمنع ويرد المشتري العين بناء على ان هذه الزيادة تمنع القسح عندهما في عقود المعاوضات فتمنع التحالف وعنده لا تمنع القسح فلا تمنع التحالف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبر في الثوب والبناء والعرس في الارض فكذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع ويرد المشتري القيمة لمن هما عنده لان هذا النوع من الزيادة بمنزلة الهلاك وهلاك السلعة تمنع التحالف عندهما وعنده لا يمنع ويرد المشتري الزيادة وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارث والعرف فهو على هذا الاختلاف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالوهوب في المكسوب لا تمنع التحالف اجماعاً فيتحالفان ويرد المشتري العين لان هذه الزيادة لا تمنع القسح في عقود المعاوضات فلا تمنع التحالف وكذا هي ليست في معنى هلاك العين فلا تمنع التحالف واذا تحالفا ويرد المشتري المبيع دون الزيادة وكانت الزيادة لانهما حدثت على ملكه وتطيب له لعدم تمكن الحث فيها هذا اذا تغيرت السلعة الى الزيادة فاما اذا تغيرت الى النقصان فيرد المشتري فند كركمه ان شاء الله تعالى هذا اذا كانت السلعة قائمة فاما اذا كانت هالكة فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري مع يمينه في مقدار الثمن فان حلف لزمه ما أقر به وان نكل لزمه دعوى صاحبه وعند محمد رحمه الله يتحالفان ويرد المشتري القيمة فان اختلفا في مقدار القيمة على قوله كان القول قول المشتري مع يمينه في مقدار القيمة ولقب المسئلة ان هلاك السلعة هل تمنع التحالف عندهما منع وعنده لا يمنع واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا أثبت عليه الصلاة والسلام التحالف مطلقاً عن شرط قيام السلعة فلا يقال ورد هنا نص خاص مقيد بحال قيام السلعة وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا لان المذهب عندنا ان المطلق لا يحمل على المقيد الا في الحمل من ضرب النصوص بعضها في بعض بل يجري المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده فكان جريان التحالف حال قيام السلعة ثابتاً بنصين وحال هلاكها ثابتاً بنص واحد وهو النص المطلق ولا تنافي بينهما فيجب العمل بهما جميعاً ولهما الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر فبقى التحالف وهو الحلف من الجانبين بعد قبض المعقود عليه لانه عليه الصلاة والسلام أوجب جنس اليمين على جنس المنكرين فلو وجبت يمين لا على منكر لم يكن جنس اليمين على جنس المنكرين وهذا خلاف النص والمنكر بعد قبض المعقود عليه هو المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة ثمن وهو ينكر فاما الانكار من قبل البائع فلان المشتري لا يدعي عليه شيئاً فكان ينبغي ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة أيضاً الا ان اعرنا ذلك بنص خاص مقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وهذا القيد ثابت في النص الا آخر أيضاً دلالة لانه قال عليه الصلاة والسلام وترادوا والتراد لا يكون الا حال قيام السلعة فبقى التحالف حال هلاك السلعة شيئاً بالخبر المشهور ويستوى هلاك كل السلعة وبعضها في المنع من التحالف أصلاً عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هلاك السلعة يمنع التحالف في قدر الهالك لا غير وعند محمد لا يمنع أصلاً حتى لو اشترى عبد بن فقهضهما ثم هلك أحدهما ثم اختلفا في مقدار الثمن فالقول قول المشتري عند أبي حنيفة ولا يتحالفان الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً حينئذ يتحالفان وعند أبي يوسف لا يتحالفان على الهالك والقول قول المشتري في حصة الهالك ويتحالفان على القائم ويترادان وعند محمد يتحالفان عليهما ويرد قيمة الهالك اما محمد رحمه الله فقد مر على أصله لان هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى وكذلك لا يبي يوسف لان المانع من التحالف هو الهلاك فيتقدر المنع بقدره تقدير الحكم بقدر العلة ولا يبي حنيفة ان الحديث ينفي التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا الا ان اعرنا ذلك بنص خاص والنص ورد في حال قيام كل السلعة فبقى التحالف حال هلاك بعضها منقياً بالحديث المشهور ولان قدر الثمن الذي يقابل القائم مجهول لا يعرف الا بالحرز والظن فلا يجوز التحالف عليه الا اذا شاء البائع ان يأخذ الحلي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً حينئذ يتحالفان لانه يرضى ان يكون الثمن كله بمقتضى القائم فيخرج الهالك

عن العقد كانه ما وقع العقد عليه وانما وقع على القيام فيتحالفان عليه وسواء كان هلاك المبيع حقيقة أو حكماً بان خرج
عن ملك المشتري بسبب من الاسباب لان الهالك حكماً يلحق بالهالك حقيقة وقدم الاختلاف فيه وسواء خرج
كله أو بعضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فخرج البعض في المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عندهما لان
التحالف هنا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع وهذا لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم وحصة الخارج
من الثمن بقول المشتري فينثذ التحالفان على القائم ويرد المشتري ما بقي في ملكه وعليه حصة الخارج بقوله وهذا عند
أبي يوسف فاما عند أبي حنيفة فلا يتحالفان في الاحوال كلها واما عند محمد فيتحالفان لان الحقيق لا يمنع التحالف
عنده فالحكمي أولى ثم هلاك الكل بان خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى واذا تحالفا عنده
فان هلك كل المبيع بان خرج كله عن ملكه يرده المشتري القيمة ان لم يكن مثلياً والمثل ان كان مثلياً وان هلك بعضه
بان خرج البعض عن ملكه دون البعض ينظر ان كان المبيع مما في تبعيضه ضرراً وفي تشقيصه عيب فالبايع بعد
التحالف بالخيار ان شاء أخذ الباقي وقيمة الهالك وان شاء ترك الباقي وأخذ قيمة الكل وان كان المبيع مما لا ضرر في
تبعيضه ولا عيب في تشقيصه فللبائع ان يأخذ الباقي ومثل القائمتان كان مثلياً وقيمتها ان لم يكن مثلياً ولو خرجت
السلعة عن ملك المشتري ثم عادت اليه ثم اختلفا في مقدار الثمن نظرياً في ذلك ان كان العود فسحاً بان وجده عيباً فرده
بقضاء القاضى يتحالفان ويرد العين لان الفسخ رفع من الاصل فجعل كانه لم يكن واذا لم يكن العود فسحاً بان كان ملكاً
جديداً لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لان العود اذا لم يكن فسحاً لا يبين ان الهلاك لم يكن والهالك
يمنع التحالف عندهما وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري القيمة لالعين وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه لكنه
صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان اما حكم الزيادة فقد مر تفصيل الكلام فيه واما حكم النقصان
فيخرج على هذا الاصل لان النقصان من باب الهلاك فنقول اذا انتقض المبيع في يد المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن
لم يتحالفا عندهما سواء كان النقصان باقصة أو بفساد أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري أو بفعل الاجنبي أو بفعل البائع
لان نقصان المبيع هلاك جزء منه وهلاك الجزء في المنع من التحالف كهلاك الكل على أصل أبي حنيفة رضي الله
عنه فلا يتحالفان والقول قول المشتري الا اذا كان النقصان باقصة أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري ورضى
البائع ان يأخذ المبيع ناقصاً ولا يأخذ لاجل النقصان شيئاً فينثذ التحالفان ويترادان وعند محمد يتحالفان ثم البائع
بعد التحالف بالخيار ان شاء أخذ المبيع ناقصاً ولا يأخذ لاجل النقصان شيئاً وان شاء ترك وأخذ القيمة وقال بعضهم
على قول محمد ان اختار أخذ العين يأخذ معها النقصان كالمقبوض بالمبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل الاجنبي أو
بفعل البائع يتحالفان ويرد المشتري القيمة عنده وعندهما لا يتحالفان والقول قول المشتري مع يمينه هذا اذا اختلفا
في قدر الثمن فاما اذا اختلفا في جنسه بان قال أحدهما الثمن عین وقال الآخر هودين فان كان مدعى العين هو البائع بان
قال للمشتري بعت منك جاريتي بعبدك هذا وقال المشتري للبائع اشتريته منك بالف درهم فان كانت الجارية قائمة
تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا من غير فصل بين ما اذا كان
الاختلاف في قدر الثمن أو في جنسه وان كانت هالكة عند المشتري لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول
قول المشتري في الثمن مع يمينه وعند محمد يتحالفان وهي مسألة هلاك السلعة وقد مر وان كان مدعى العين هو المشتري
بان قال اشتريت جاريتك بعبدى هذا وقال البائع بعتهم منك بالف درهم أو بمائة دينار فان كانت الجارية قائمة
يتحالفان بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً اجماعاً ويرد المشتري القيمة اما على أصل محمد فظاهر لان هلاك
السلعة عنده لا يمنع التحالف واما على أصلهما فلا وجوب اليمين على المشتري ظاهر أيضاً لان البائع يدعى عليه
ثمن الجارية الف درهم وهو ينكر واما وجوب اليمين على البائع فلا المشتري يدعى عليه الزام العين وهو ينكر فكان
كل واحد منهما مدعى من وجه منكر آمن وجه فيتحالفان ولو كان البائع يدعى عيناً والبعض ديناً والمشتري يدعى

الكل ديناً بأن قال البائع بعت منك جاريتي بعبدك هذا وبالف درهم وقال المشتري اشتريت جاريتك بالف درهم فان كان المبيع وهو الجارية قائماً تحالفاً بالنص وان كان هالكاً فهو على الاختلاف ولو كان الامر على العكس من ذلك كان يدعى البعض عيناً والبعض ديناً والبائع يدعى الكل ديناً بأن قال المشتري اشتريت منك جاريتك بعبدى هذا وبالف درهم وقيمة العبد خمسمائة وقال البائع بعتك جاريتي هذه بالف درهم فان كانت الجارية قائمة تحالفاً وتراداً بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً أجمعاً الا ان عندهما تقسم الجارية على قيمة العبد وعلى الف درهم فما كان بازاء العين وهو العبد وذلك ثلث الجارية يرد المشتري القيمة وما كان بازاء الدين وهو الف وذلك ثلثا الجارية يرد الف درهم ولا يرد القيمة وانما كان كذلك لان المشتري لو كان يدعى كل الثمن عيناً كانا يتحالفان ويرد المشتري القيمة على ما ذكرنا ولو كان كل الثمن ديناً لكان القول قوله ولا يتحالفان على ما مر فاذا كان يدعى بعض الثمن عيناً وبعضه ديناً يرد القيمة بازاء العين فالقول قوله بازاء الدين اعتباراً للبعض بالكل وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري جميع الثمن هذا اذا اختلفا في جنس الثمن فاما اذا اختلفا في وقته وهو الاجل مع اتفاقهما على قدره وجنسه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فان اختلفا في أصله لا يتحالفان والقول قول البائع مع يمينه لان الاجل أمر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الاصل في الثمن هو الحلول والتأجيل عارض فكان القول قول من يدعى الاصل وان اختلفا في قدره فالقول قوله أيضاً لما قلنا وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على أصله وقدره فالقول قول المشتري انه لم يمض لان الاجل صار حقاله بتصادقهما فكان القول فيه قوله وان اختلفا في القدر والمضى جميعاً فقال البائع الاجل شهر وقدمضى وقال المشتري شهران ولم يمضيا فالقول قول البائع في القدر والقول قول المشتري في المضى فيجعل الاجل شهر لم يمض لان الظاهر يشهد للبائع في القدر وللمشتري في المضى على ما مر هذا اذا هلك المبيع كله أو بعضه حقيقة أو حكماً فاما اذا هلك العاقدان أو أحدهما والمبيع قائم فاختلف ورثتهما أو أحلى منهما وورثة الميت فان كانت السلعة غير مقبوضة تحالفاً وتراداً لان للقبض شبهة بالعقد فكان قبض المعقود عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجوز بينهما التحالف الا أن الوارث يحلف على العلم لا على البتات لانه يحلف على فعل الغير ولا علم له به وان كانت السلعة مقبوضة فلا تحالف عندهما والقول قول المشتري أو ورثته بعد موته وعند محمد يتحالفان والاصل ان هلاك العاقد بعد قبض المعقود عليه كهلاك المعقود عليه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما فكذا هلاك العاقد وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف كذا هذا والصحيح قولهما لان الخبر المشهور يمنع من التحالف لكن عارضه بنص خاص حال قيام العاقلين لانه يوجب تحالف المتبايعين والمتبايع من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فبقى التحالف بعدهما كما هو هلاك أحدهما منفي بالخبر المشهور هذا اذا اختلفا في الثمن أما اذا اختلفا في المبيع فنقول لا يخلو المبيع من أن يكون عيناً أو ديناً وهو المسلم فيه فان كان عيناً فاختلفا في جنسه أو في قدره بأن قال البائع بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذه الجارية بالف درهم أو قال البائع بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بالف درهم تحالفاً وتراداً لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفاً وتراداً وان كان ديناً وهو المسلم فيه فاختلفا فنقول اختلفا في الاصل لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (واما) ان اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه (واما) ان اختلفا فيهما جميعاً فان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (فاما) ان اختلفا في جنس المسلم فيه (واما) ان اختلفا في قدره (واما) ان اختلفا في صفته (واما) ان اختلفا في مكان ايفائه (واما) ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في جنسه أو قدره أو صفته تحالفاً وتراداً لان هذا الاختلاف في المعقود عليه وانه يوجب التحالف بالنص والذي يبدأ باليمين هو المسلم اليه في قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد وهرب السلم (وجه)

قولهما أن الابتداء باليمين من المشتري كما في بيع العين ورب السلم هو المشتري فكانت البداية به ولا في حنيفة رحمه الله أن اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم اليه ولا انكار مع رب السلم فكان ينبغي أن لا يحلف أصلاً إلا أن التحليف في جانبه ثبت بالنص وقد روى عن أبي يوسف أيضاً أنه قال أيهما بدأ بالدعوى يستحلف الآخر لأنه صار مدعى عليه وهو منكر وقال بعضهم التعيين إلى القاضى يبدأ بأيهما شاء وإن شاء أقرع بينهما فيبدأ بالذي خرجت قرعته ولو اختلفا في مكان إيفاء المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الإيفاء في مكان كذا وقال المسلم اليه بل شرطت لك الإيفاء في مكان كذا فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان عند أبي حنيفة وعندهما يتحالفان بناءً على أن مكان العقد لا يتعين مكان الإيفاء عنده حتى كان ترك بيان مكان الإيفاء مفسداً للسلم عنده فلم يدخل مكان الإيفاء في العقد بنفسه بل بالشرط والاختلاف فيما لا يدخل في العقد لا بالشرط لا يوجب التحالف كالأجل وعندهما مكان العقد يتعين مكان الإيفاء حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الإيفاء عندهما فكان المكان داخلًا في العقد من غير شرط فيوجب التحالف وإن اختلفا في وقت المسلم فيه وهو الأجل فنقول لا يخلو (أما) أن اختلفا في أصل الأجل (وأما) أن اختلفا في قدره (وأما) أن اختلفا في مضيه (وأما) أن اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فإن اختلفا في أصل الأجل لم يتحالفا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تحالفوا وترادا واحتج باطلاق قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولا أن اختلفا في أصل المسلم فيه كالاختلاف في صفته ألا ترى أنه لا صحة للسلم بدون الأجل كما لا صحة له بدون الوصف فصار الأجل وصفاً للمعقود عليه شرعاً فيوجب التحالف (ولنا) أن الأجل ليس بمعقود عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف بخلاف الاختلاف في الصفة لأن الصفة في الدين معقود عليه كالأجل والاختلاف في الأجل يوجب التحالف فكذلك في الصفة وإذا لم يتحالفوا كان مدعى الأجل هو رب السلم فالقول قوله ويجوز السلم لأنه يدعى صحة العقد والمسلم اليه يدعى الفساد والقول قول مدعى الصحة ولأن المسلم اليه متعنت في انكار الأجل لأنه ينفعه والمتعنت لا قول له وإن كان هو المسلم اليه فالقول قوله عند أبي حنيفة ويجوز السلم استحساناً والقياس أن يكون القول قول رب السلم ويفسد السلم وهو قولهما (وجه) القياس أن الأجل أمر يستفاد من قبل رب السلم حقا عليه شرعاً وأنه منكر ثبوته والقول قول المنكر في الشرع (وجه) الاستحسان أن المسلم اليه يدعى صحة العقد ورب السلم بالانكار يدعى فساداً فكان القول قول من يدعى الصحة لأن الظاهر شاهد له إذا الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية ومباشرة العقد الفاسد معصية وإذا كان القول قوله في أصل الأجل كان القول قوله في مقدار الأجل أيضاً وقال بعضهم القول قوله إلى شهر لأنه أدنى الأجل فأما الزيادة على شهر فلا تثبت إلا بالبدنية وإن اختلفا في قدره لم يتحالفوا عندنا خلافاً لغيره والقول قول رب السلم لما ذكرنا أن الأجل أمر يستفاد من قبله فيرجع في بيان قدره إليه وإن اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم اليه وصورته إذا قال رب السلم كان الأجل شهراً وقد مضى وقال المسلم اليه كان شهراً ولم يمض وإن أخذت السلم الساعة كان القول قول المسلم اليه لانهما لما تصادا قاعلي أصل الأجل وقدره فقد صار الأجل حجة للمسلم اليه فكان القول في المضى قوله وإن اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فالقول قول رب السلم في القدر وقول المسلم اليه في المعنى لأن الظاهر يشهد لرب السلم في القدر وللمسلم اليه في المضى هذا إذا اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال فأما إذا اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه تحالفا وترادا أيضاً سواء اختلفا في جنس رأس المال أو قدره أو صفته لما قلنا في الاختلاف في المسلم فيه ألا أن الذي يبدأ باليمين ههنا هو رب السلم في قولهم جميعاً لأنه المشتري وهو المنكر أيضاً وإن اختلفا فيهما جميعاً فكذلك تحالفا وترادا لانهما اختلفا في المبيع واليمن والاختلاف في أحدهما يوجب التحالف فقيهما أولى والقاضى يبدأ باليمين بأيهما شاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل فنقول وبالله التوفيق حكم الملك ولاية التصرف للمالك في

المولوك باختياره ليس لاحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لاحد ولاية المنع عنه وان كان يتضرر به الا اذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير اذنه ورضاه الا لضرورة وكذلك حكم الحق الثابت في الحبل اذا عرف هذا فنقول للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء سواء كان تصرفاً يتعمد ضرره الى غيره أو لا يتعمد فله أن يبني في ملكه مرحاضاً أو حماماً أو رحي أو تنوراً وله أن يعمد في بنائه حداداً أو قصاراً وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو ديماساً وان كان يهين من ذلك البناء ويتأذى به جاره وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يحجر عليه لان الملك مطلق للتصرف في الاصل والمنع منه لعارض تعلق حق الغير فاذا لم يوجد التعلق لا يمنع الا أن الامتناع عما يؤذى الجار ديانة واجب للحديث قال عليه الصلاة والسلام المؤمن من أمن جاره بواقفه ولو فعل شيئاً من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لانه لا يصنع منه في ملك الغير وعلى هذا أسفل لرجل وعليه علو غيره انه لم يحجر صاحب السفلى على بناء السفلى لانه ملكه والا نسان لا يحجر على عمارة ملك نفسه ولكن يقال لصاحب العلوان شئت فابن السفلى من مال نفسك وضع عليه علوك ثم امنع صاحب السفلى عن الانتفاع بالسفلى حتى يرد عليك قيمة البناء مبنياً لان البناء وان كان تصرفاً في ملك الغير لكن فيه ضرورة لانه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه الا بالتصرف في ملك غيره فصار مطلقاً له شرعاً وله حق الرجوع بقيمة البناء مبنياً لان البناء ملكه لحصوله باذن الشرع واطلاقه فله أن لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببدل يعدله وهو القيمة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان في ظاهر الرواية يرجع بما أفتقه وكذا ذكر الخصاص انه يرجع بما أفتق لانه لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببناء السفلى ولا ضرر لصاحب السفلى في بنائه بل فيه نفع صار مأذوناً بالافتق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما أفتق وهذا بخلاف البئر المشترك والدولاب المشترك والحمام المشترك ونحو ذلك اذا خربت فامتنع أحدهما عن العمارة انه يحجر الآخر على العمارة لان هناك ضرورة لانه لا يمكن الانتفاع به بواسطة القسمة لانه لا يحتمل القسمة والترك لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان الذي أبى العمارة تمتعاً محضاً في الامتناع في دفع تعنته بالجبر على العمارة هذا اذا انهدم ما بآ تقسهما فأما اذا هدم صاحب السفلى سفله حتى انهدم العلو يحجر على اعادته لانه أتلف حق صاحب العلو باتلاف محله ويمكن جبره بالاعادة فتجب عليه اعادته وعلى هذا حائط بين دارين انهدم ولهما عليه جذوع لم يحجر واحد منهما على بناءه لما قلنا ولكن اذا أبى أحدهما البناء يقال للآخر ان شئت فابن من مال نفسك وضع خشبك عليه وامنع صاحبك من الوضع حتى يرد عليك نصف قيمة البناء مبنياً أو نصف ما أفتقه على حسب ما ذكرنا في السفلى والعلو وقيل انما يرجع اذا لم يكن موضع الحائط عريضاً ولا يمكن كل واحد منهما أن يبني حائطاً على حدة في نصيبه بعد القسمة (فأما) اذا كان عريضاً يمكن قسمته وأن يبني كل واحد منهما في نصيبه حائطاً يصلح لوضع الجذوع عليه فبناءه كما كان بغير اذن صاحبه لا يكون له حق الرجوع على صاحبه بل يكون متبرعاً لانه بنى ملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فكان متبرعاً فلا يرجع عليه بشيء ولو أراد أحدهما قسمة عريضة الحائط لم تقسم الا عن تراض منهما بالقسمة لان لكل واحد منهما عليه حق وضع الخشب وفي القسمة جبراً ابطال حق الآخر من غير رضاه وهذا لا يجوز ويحتمل أن يقال هذا اذا لم يكن عريضاً فان كان يقسم قسمة جبراً لانه لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت الجذوع عليه لاحد منهما فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان الطالب صاحب الجذوع يحجر الآخر على القسمة لانه في الانتفاع تمتعت وانما الحق لصاحب الجذوع وقد رضى بسقوط حقه وان كان الطالب من لا جذع له لا يحجر صاحب الجذوع على القسمة لان فيه ابطال حقه في وضع الجذوع فلا يجوز من غير رضاه ولو هدم الحائط أحدهما يحجر على اعادته لما ذكرناه أنه أتلف محل حق أحدهما فيجب جبره على الاعادة وعلى هذا أسفل لرجل وعليه علو غيره فأراد صاحب السفلى أن يفتح باباً أو يثبت كوة أو يحفر طاقاً أو يقد وتدأعلى الحائط أو يتصرف فيه تصرفاً لم يكن قبل ذلك ليس له ذلك من غير رضا صاحب العلو سواء أضر ذلك بالعلو

بأن أوجب وهن الحائض أو لم يضر به عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك إن لم يضر بالعلو ولو أراد صاحب السفل أن يحفر في سفله بئراً أو بالوعة أو سرداباً فله ذلك من غير رضا صاحب العلو إجماعاً وكذا إيقاد النار للطبخ أو للخبز وصب الماء للغسل أو للوضوء بالاتفاق وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلو أن يحدث على علوه بناء أو يضع جذو عالم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه باباً أو كنيفاً لم يكن قبله ليس له ذلك عند أبي حنيفة سواء أضر بالسفل أولاً وعندهما له أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفل وله إيقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل إجماعاً منهم من قال لا خلاف بينهم في الحقيقة وقولهما تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله ومنهم من حقق الخلاف (وجهه) قولهما أن صاحب السفل يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع الحق الغير وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به صاحب الحق ألا ترى أن الإنسان لا يمنع من الاستغلال بجدار غيره ومن الاصطلاء بنار غيره لا نعدم تضرر المالك والخلاف هنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه ولا بي حنيفة رحمه الله أن حرمة التصرف في ملك الغير وحقه لا يقف على الضرر بل هو حرام سواء تضرر به أم لا ألا ترى أن نقل المرأة والمبحار من دار المالك إلى موضع آخر حرام وإن كان لا يتضرر به المالك والدليل عليه أنه يباح التصرف في ملك الغير وحقه برضاه ولو كانت الحرمة لما يلحقه من الضرر لما أبيح لأن الضرر لا ينعدم رضا المالك وصاحب الحق دل أن التصرف في ملك الغير وحقه حرام أضر بالمالك أولاً وهناك لصاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه إلا بآذنه ورضاه بخلاف ما ضربنا من المثال وهو الاستغلال بجدار غيره والاصطلاء بنار غيره لأن ذلك ليس تصرفاً في ملك الغير وحقه إذ لا أثر لذلك متصل بملك الغير وحقه وهنا بخلافه وعلى هذا إذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزاباً أو كان ميزاباً فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك وكذلك لو أراد أن يجعل ميزاباً أطول من ميزابه أو أعرض أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لأن صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطاً ليسدوا مسيله أو أرادوا أن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعوه أو يسفلوه لم يكن لهم ذلك لأن ذلك تصرف في حق الغير بالإبطال والتغيير فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو بنى أصل الدار لتسهيل ميزابه على ظهره فلمهم ذلك لأن مقصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين دار لرجل فيها طريق فأراد أهل الدار أن يبنوا في ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس لهم ذلك لأن فيه إبطال حق المرور وبنين أن يتركوا في ساحة الدار عرض باب الدار لأن عرض الطريق مقدر بعرض باب الدار ولو أراد رجل أن يشرع إلى الطريق جناحاً وميزاباً فنقول هذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين إما أن كانت السكة نافذة وإما أن كانت غير نافذة فإن كانت نافذة فإنه ينظر إن كان ذلك مما يضر بالمارين فلا يحل له أن يفعل ذلك في دينه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ولو فعل ذلك فلكل واحد أن يقطع عليه ذلك وإن كان ذلك مما لا يضر بالمارين حل له الانتفاع به ما لم يتقدم إليه أحد بالرفع والنقض فإذا تقدم إليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع به بعد ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له الانتفاع قبل التقدم وبعده وكذلك هذا الحكم في غرس الأشجار وبناء الدكاكين والجلوس للبيع والشراء على قارعة الطريق (وجهه) قولهما ما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير ليس لعينه بل للضرر عن الضرر ولا ضرار بالمارة فاستوى فيه حال ما قبل التقدم وبعده ولا بي حنيفة رحمه الله أن إضراع الجناح والميزاب إلى طريق العامة تصرف في حقهم لأن هواء البقعة في حكم البقعة والبقعة حقهم فكذا هو وإذا كان الانتفاع بذلك تصرفاً في حق الغير وقد مر أن التصرف في حق الغير بغير إذنه حرام سواء أضر به أولاً أم لا فإنه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم لوجود الإذن منهم دلالة وهي ترك التقدم بالنقض والتصرف في حق الإنسان بآذنه مباح فإذا وقعت المطالبة بصرح بالنقض بطلت الدلالة فبقي الانتفاع بالمبنى تصرفاً في حق مشترك بين الكل من غير إذنه ورضاهم فلا يحل هذا إذا كانت السكة نافذة فأما إذا كانت غير نافذة فإن كان له حق في التقديم فليس لأهل السكة حق المنع لتصرفه في حق نفسه وإن لم

يكن له حق في التقديم فلهم منعه سواء كان لهم في ذلك مضرة أو لا لما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير لا تقف على المضرة والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الشهادة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان ركن الشهادة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة وفي بيان حكم الشهادة أماركن الشهادة فقول الشاهد أشهد بكذا وكذا وفي متعارف الناس في حقوق العباد هو الاخبار عن كون ما في يد غيره لغيره فكل من أخبر بأن ما في يد غيره لغيره فهو شاهد وبه ينفصل عن المقر والمدعى والمدعى عليه على ما ذكرنا في كتاب الدعوى

فصل وأما الشرائط في الأصل فنوعان نوع هو شرط تحمل الشهادة ونوع هو شرط أداء الشهادة (أما) الأول فثلاثة أحدها أن يكون عاقلًا وقت التحمل فلا يصح التحمل من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك إلا بالآلة الفهم والضبط وهي العقل والثاني أن يكون بصيرًا وقت التحمل عند نفاذ يصح التحمل من الاعمى وعند الشافعي رحمه الله البصر ليس بشرط لصحة التحمل ولا لصحة الاداء لأن الحاجة إلى البصر عند التحمل لحصول العلم بالمشهود به وذلك يحصل بالسمع والاعمى سماع صحيح فيصح تحمله للشهادة وقد رعى الاداء بعد التحمل (ولنا) أن الشرط هو السماع من الخصم لأن الشهادة تقع له ولا يعرف كونه خصمًا إلا بالرؤية لأن النعمات يشبه بعضها بعضًا (وأما) البلوغ والحرية والسلام والعدالة فليست من شرائط التحمل بل من شرائط الاداء حتى لو كان وقت التحمل صبيًا عاقلًا أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً لم يبلغ الصبي وعق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا وعند القاضي قبل شهادتهم وكذا العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه ثم عتق فشده قبل وكذا المرأة إذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانث منه فشدهت له قبل شهادتها لأن تحملها الشهادة للمولى والزوج صحيح وقد صار من أهل الاداء بالعتق والبيونة فتقبل شهادتهما ولو شهد الفاسق فردت شهادته لهمة الفسق أو شهد أحد الزوجين لصاحبه فردت شهادته لهمة الزوجة ثم شهدوا في تلك الحادثة بعد التوبة والبيونة لا تقبل ولو شهد العبد أو الصبي العاقل أو الكافر على مسلم في حادثة فردت شهادته ثم أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فشهدوا في تلك الحادثة بغيرها تقبل (ووجه) الفرق أن الفاسق والزوج لهما شهادة في الجملة وقد وردت فإذا شهدوا بعد التوبة وزوال الزوجة في تلك الحادثة فقد أعادت تلك الشهادة وهي مردودة والشهادة المردودة لا تحتتمل القبول بخلاف الكافر والعبد والصبي لأنه لا شهادة للكافر على المسلم أصلاً وكذا الصبي والعبد لا شهادة لهما أصلاً فإذا أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فقد حدث لهم بالاسلام والعتق والبلوغ شهادة وهي غير المردودة فقبلت فهو الفرق الثالث أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره إلا في أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالسمع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعاينة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالسمع إلا في أشياء مخصوصة وهي النكاح والنسب والموت فله تحمل الشهادة فيها بالسمع من الناس وإن لم يعاين بنفسه لأن مبنى هذه الأشياء على الاشتهار فقامت الشهرة في مقام المعاينة وكذا إذا شهد العرس والزفاف يجوز له أن يشهد بالنكاح لأنه دليل النكاح وكذا في الموت إذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له أن يشهد بموته واختلاف في تفسير التسماع فعند محمد رحمه الله هو أن يشهر ذلك ويستفيض وتتوار به الاخبار عنده من غير تواطؤ لأن الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء فكانت الشهادة بالسمع شهادة عن معاينة فعلى هذا إذا أخبر بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر وذكر أحمد بن عمر وابن مهران الخصاص أنه إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل

وامرأتان ان هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك استدلالاً بحكم الحاكم وشهادته فانه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه بل بخبرهما ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل كذا هذا ولو أخبره رجل أو امرأة بموت انسان حل للسامع أن يشهد بموته فعلى هذا يحتاج الى الترق بين الموت وبين النكاح والنسب ووجه الفرق ان مبنى هذه الاشياء وان كان على الاشهر الا أن الشهرة في الموت أسرع منه في النكاح والنسب لذلك شرط العد في النكاح والنسب لافي الموت لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل والتقييد بأن يقول اني لم أعين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا حتى لو شهد كذلك لا تقبل وأما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله الاول ثم رجع وقال تقبل وكذا الطحاوي رحمه الله قول محمد مع أبي يوسف الآخر ووجه أن الولاء لحمية كلحمية النسب ثم الشهادة بالتسامع في النسب مقبولة كذا في الولاء الا ترى أنا كما نشهد أن سيدنا عمر كان ابن الخطاب رضى الله عنه نشهد أن نافعاً كان مولى ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما والصحيح جواب ظاهر الرواية لان جواز الشهادة بالتسامع في النسب لما أن مبنى النسب على الاشهر فقامت الشهرة فيه مقام السماع بنفسه وليس مبنى الولاء على الاشهر فلا بد من معاينة الاعتاق حتى لو اشهر اشتهار نافع لابن سيدنا عمر رضى الله عنهما حلت الشهادة بالتسامع وأما الشهادة بالتسامع في الوقف فلم يذكره في ظاهر الرواية الا أن مشايخنا ألحقوه بالموت لان مبنى الوقف على الاشهر أيضاً كالموت فكان ملحقاً به وكذا يجوز الشهادة بالتسامع في القضاء والولاية أن هذا قاضى بلد كذا والى بلد كذا وان لم يعين المنشور لان مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة ثم تحمل الشهادة كما يحصل بمعاينة المشهود به بنفسه يحصل بمعاينة دليله بان يرى ثوباً أو دابة أو داراً في يد انسان يستعمله استعمال الملاك من غير منازع حتى لو خاصمه غيره فيه يحل له أن يشهد بالملك لصاحب اليد لان اليد المتصرفه في المال من غير منازع دليل الملك فيه بل لا دليل بشاهد في الاموال أقوى منها وزاد أبو يوسف فقال لا تحل له الشهادة حتى يقع في قلبه أيضاً أنه له وينبغي أن يكون هذا قولهم جميعاً أنه لا يجوز للرأى الشهادة بالملك لصاحب اليد حتى يراه في يده يستعمله استعمال الملاك من غير منازع وحتى يقع في قلبه أنه له وذكر في الجامع الصغير وقال كل شئ في يد انسان سوى العبد والامة يسعك أن تشهد أنه له استثنى العبد والامة فيقتضى أن لا تحل له الشهادة بالملك لصاحب اليد فيها الا اذا أقرأاً نفسها وانما أراد به العبد الذي يكون له في نفسه يد بان كان كبيراً يعبر عن نفسه وكذا الامة لان الكبير في يد نفسه ظاهر اذا الاصل هو الحرية في بني آدم والرق عارض فكانت يده الى نفسه أقرب من يده غيره فلم تصلح يده دليل الملك فيه بخلاف الجادات والبهائم لانه لا يدها فبقيت يده لصاحب اليد دليل على الملك ولان الحر قد يخدم كانه عبد عادة وهذا أمر ظاهر في متعارف الناس وعاداتهم فتعارض الظاهران فلم تصلح اليد دليل فيه أما اذا كان صغيراً لا يعبر عن نفسه كان حكمه حكم الثوب والبهيمة لانه لا يكون له في نفسه يد فيلحق بالمر وض والبهائم فتحل للرأى الشهادة بالملك فيه لصاحب اليد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرائط اداء الشهادة فانواع بعضها يرجع الى الشاهد وبعضها يرجع الى نفس الشهادة وبعضها يرجع الى مكان الشهادة وبعضها يرجع الى المشهود به أما الذي يرجع الى الشاهد فانواع بعضها يعم الشهادات كلها وبعضها يخص البعض دون البعض أما الشرائط العامة فمنها العقل لان من لا يعقل لا يعرف الشهادة فكيف يقدر على أدائها ومنها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبي العاقل لانه لا يقدر على الاداء الا بالتحفظ والتحفظ بالتذكروا والتذكر بالتفكر ولا يوجد من الصبي عادة ولان الشهادة فيها معنى الولاية والصبي مولى عليه ولا نه لو كان له شهادة للزمتة الاجابة عند الدعوة للآية الكريمة وهو قوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا أى دعوا للاداء فلا يلزمه اجماعاً ومنها الحرية فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شئ والشهادة شئ فلا يقدر على أدائها بظاهر الآية الكريمة ولان الشهادة تجري مجرى الولايات والتمايكات أمام معنى

الولاية فان فيه تنفيذ القول على الغير وانه من باب الولاء وأما معنى التمايك فان الحاكم ملك الحكم بالشهادة فكان الشاهد ملك الحكم والعبد لا ولاية له على غيره ولا يملك فلا شهادة له ولا نه لو كان له شهادة لكان يجب عليه الاجابة اذا دعى لا دائما لآية الكريمة ولا يجب لقيام حق المولى وكذا لا تقبل شهادة المدبر والمكاتب وأم الولد لانهم عبيد وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة وعندهما تقبل شهادته لانه بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين ومنها بصر الشاهد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا تقبل شهادة الاعمى عندهما سواء كان بصيرا وقت التحمل أولا وعند أبي يوسف ليس بشرط حتى تقبل شهادته اذا كان بصيرا وقت التحمل وهذا اذا كان المدعى شيئا لا يحتاج الى الاشارة اليه وقت الاداء فاما اذا كان شيئا يحتاج الى الاشارة اليه وقت الاداء لا تقبل شهادته اجماعا وجه قوله أبي يوسف أن اشتراط البصر ليس لعينه بل لحصول العلم بالمشهود به وذا يحصل اذا كان بصيرا وقت التحمل وجه قولهما أنه لا بد من معرفة المشهود له والاشارة اليه عند الشهادة فاذا كان أعمى عند الاداء لا يعرف المشهود له من غيره فلا يقدر على اداء الشهادة ومنها النطق فلا تقبل شهادة الاخرس لان مراعاة لفظة الشهادة شرط صحة أدائها ولا عبارة للأخرس أصلا فلا شهادة له ومنها العدالة لقبول الشهادة على الاطلاق فانها لا تقبل على الاطلاق دونها لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والشاهد المرضي هو الشاهد العدل والكلام في العدالة في مواضع في بيان ماهية العدالة انها ما هي في عرف الشرع وفي بيان صفة العدالة المشروطة وفي بيان انها شرط أصل القبول وجوداً أم شرط القبول على الاطلاق وجوداً أو وجوباً أما الاول فقد اختلفت عبارات مشايخنا رحمهم الله في ماهية العدالة المتعارفة قال بعضهم من لم يطمئن عليه في بطن ولا فرج فهو عدل لأن أكثر أنواع الفساد والشر يرجع الى هذين العضوين وقال بعضهم من لم يعرف عليه جرعة في دينه فهو عدل وقال بعضهم من غلبت حسنة سيئانه سيئانه فهو عدل وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال اذا رأيتم الرجل يعتاد الصلاة في المساجد فاشهدوا له بالايمن وروى من صلى الى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايمن وقال بعضهم من يجتنب الكبائر وأدى الفرائض وغلبت حسنة سيئانه فهو عدل وهو اختيار أستاذنا أستاذي الامام فخر الدين على البردوي رحمه الله تعالى واختلفت في ماهية الكبائر والصغائر قال بعضهم ما فيه حد في كتاب الله عز وجل فهو كبيرة وما لا حد فيه فهو صغيرة وهذا ليس بسديد فان شرب الخمر وأكل الربا كبيرتان ولا حد فيهما في كتاب الله تعالى وقال بعضهم ما يوجب الحد فهو كبيرة وما لا يوجب فهو صغيرة وهذا يبطل أيضا بأكل الربا فانه كبيرة ولا يوجب الحد وكذا يبطل أيضا بأشياء أخرى كالأكل والتعاقب والدين والفرار من الزحف ونحوها وقال بعضهم كلما جاء مقرنا بوعيد فهو كبيرة نحو قتل النفس المحرمة وقذف المحصنات والزنا والربا وكل مال اليتيم والفرار من الزحف وهو مروي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقيل له ان عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما قال الكبائر سبع فقال هي الى سبعين أقرب ولكن لا كبيرة مع توبة ولا صغيرة مع اصرار وروى عن الحسن عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ما تقولون في الزنا والسرقة وشرب الخمر قالوا الله ورسوله أعلم قال عليه الصلاة والسلام هن فواحش وفيهن عقوبة ثم قال عليه الصلاة والسلام ألا أنبئكم بأكبر الكبائر فقوا لي يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام الاشر بالله وعقوق الوالدين وكان عليه الصلاة والسلام متكئا فجلس ثم قال الا وقول الزور الا وقول الزور فاذا عرفت تفسير العدالة في عرف الشرع فلا عدالة لشارب الخمر لان شربه كبيرة فتسقط به العدالة ومن مشايخنا من قال اذا كان الرجل صالحا في أموره تغلب حسنة سيئانه ولا يعرف بالكذب ولا بشئ من الكبائر غير انه يشرب الخمر أحيانا للصحة البدن والتقوى لا للتلهي يكون عدلا وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلا لان شرب الخمر كبيرة محضة وان كان للتقوى ومن شرب النبيذ لا تسقط عدالته بنفس الشرب لان شربه للتقوى دون التلهي حلال وأما السكر منه فان كان وقع منه مرة وهو لا يدري أو وقع سهوا لا تسقط عدالته وان كان يعتاد السكر منه تسقط

عدالة لان السكر منه حرام ولا عدالة لمن يحضر مجلس الشرب ويجلس بينهم وان كان لا يشرب لان حضوره مجلس
 الفسق فسق ولا عدالة للتأنيخ والتأنيخ لان فعلهما محظور وأما المعنى فان كان يجتمع الناس عليه للفسق بصوته فلا
 عدالة وان كان هو لا يشرب لانه رأس الفسقة وان كان يفعل ذلك مع نفسه لدفع الوحشة لا تسقط عدالة لان ذلك
 مما لا بأس به لان السماع مما يرقق القلوب لكن لا يحل الفسق به وأما الذي يضرب شيئاً من الملاهي فانه ينظر ان لم
 يكن مستشعراً كالقصب والدف ونحوه لا بأس به ولا تسقط عدالة وان كان مستشعراً كالعود ونحوه سقطت عدالة
 لانه لا يحل بوجه من الوجوه والذي يلعب بالحمام فان كان لا يطيرها لا تسقط عدالة وان كان يطيرها تسقط عدالة
 لانه يطلع على عورات النساء ويشغله ذلك عن الصلاة والطاعات ومن يلعب بالرندي فلا عدالة وكذلك من يلعب
 بالشطرنج ويعتاده فلا عدالة وان اباحه بعض الناس لتشجيعه الخاطر وتعلم أمر الحرب لانه حرام عندنا لكونه لعباً
 قال عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل أهله وتأديبه فرسه ورميه عن قوسه وكذلك اذا اعتاد
 ذلك يشغله عن الصلاة والطاعات فان كان يفعله أحياناً ولا يقام به لا تسقط عدالة لمن يدخل الحمام بغير
 منزلة لان ستر العورة فريضة ومن ترك الصلاة بالجماعات استخفافاً بها وهو انا بتركها فلا عدالة لان الجماعة
 واجبة وان كان تركها عن تأويل بأن كان الامام غير مرضى عنده لا تسقط عدالة ولا عدالة لمن يفجر بالنساء أو يعمل
 بعمل قوم لوط ولا للسارق وقاطع الطريق والمتلصص وقاذف الحصنات وقاتل النفس المحرمة وكل الرابونحوه
 لان هؤلاء من رؤس الكبار ولا عدالة للمخنث لان فعله وعمله كبيرة ولا عدالة لمن لم يبال من أين يكتسب
 الدراهم من أي وجه كان لان من هذا حاله لا يأمن منه أن يشهد زوراً طمعا في المال والمعروف بالكذب لا عدالة
 له ولا تقبل شهادته أبداً وان تاب لان من صار معروفاً بالكذب واشهر به لا يعرف صدقه في توابعه بخلاف
 الفاسق اذا تاب عن سائر أنواع الفسق تقبل شهادته وكذا من وقع في الكذب سهواً وابتلى به مرة ثم تاب لانه قل
 ما يخلو مسلم عن ذلك فلو منع القبول لانسداد باب الشهادة وأما الاقلف فتقبل شهادته اذا كان عدلاً ولم يكن تركها لظن
 رغبة عن السنة لعمومات الشهادة ولا ناسلامه اذا كان في حال الكبر فيجوز أنه خاف على نفسه التلف فان لم يخف
 ولم يختنق تاركاً للسنة لم تقبل شهادته كالفاسق والذي يرتكب المعاصي أن شهادته لا تجوز وان كنا لا نستيقن كونه
 فاسقاً في تلك الحال وتقبل شهادته ولد الزنا اذا كان عدلاً لعمومات الشهادة لان زنا الوالد لا يقدح في عدالة
 لقوله سبحانه وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى وما روى عنه عليه الصلاة والسلام ولد الزنا أسوأ الثلاثة فذا في
 ولدمعين والله تعالى أعلم وتقبل شهادة الخصى لعمومات الشهادة وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قبل
 شهادة علقمة الخصى ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة ولان الخصاء لا يقدح في العدالة فلا يمنع قبول الشهادة
 وأما شهادة صاحب الهوى اذا كان عدلاً في هواه ودينه نظر في ذلك ان كان هوى يكفره لا تقبل شهادته لان شهادة
 الكافر على المسلم غير مقبولة وان كان لا يكفره فان كان صاحب العصبية وصاحب الدعوة الى هواه أو كان فيه مجانة
 لا تقبل أيضاً لان صاحب العصبية والدعوة لا يبالي من الكذب والتزوير لئلا ينجو هواه فكان فاسقاً فيه وكذا اذا
 كان فيه مجانة لان الماخذ لا يبالي من الكذب فان لم يكن كذلك وهو عدل في هواه تقبل لان هواه يزجره عن
 الكذب الا صنف من الرافضة يسمون بالخطايسة فانهم لا شهادة لهم لان من نحلتهم انه نحل الشهادة لمن يوافقهم على
 من يخالفهم وقيل من نحلتهم أن من ادعى أمر من الامور وحالف عليه كان صادقاً في دعواه فيشهدون له فان كان هذا
 مذهبهم فلا تخلوا شهادتهم عن الكذب وكذا لا عدالة لاهل الالهام لاهم يحكمون بالالهام فيشهدون لمن يقع في
 قلوبهم انه صادق في دعواه ومعلوم أن ذلك لا يخلو عن الكذب ولا عدالة لمن يظهر شتيمة الصحابة رضي الله تعالى
 عنهم لان شتيمة واحد من آحاد المسلمين مسقط للعدالة فشتيمتهم أولى ولا عدالة لصاحب المعصية لقوله عليه
 الصلاة والسلام ليس منا من مات على المعصية وقال عليه الصلاة والسلام من مات على المعصية فهو كحمار نزع

بدينه فكانت المعصية معصية مسقطه للعدالة والاصل في هذا الفصل أن من ارتكب جرمة فان كانت من الكبائر سقطت عدالته إلا أن يتوب فان لم تكن من الكبائر فان أصر عليها واعتاد ذلك فكذلك لان الصغيرة بالاصرار عليها تصير كبيرة قال عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وان لم يصر عليها لا تسقط عدالته اذا غلبت حسناته سيما أنه وأما بيان صفة العدالة المشروطة فقد اختلف أصحابنا رحمهم الله قال أبو حنيفة رضي الله عنه الشرط هو العدالة الظاهرة فاما العدالة الحقيقية وهي الثابتة بالسؤال عن حال الشهود بالتعديل والتركية فليست بشرط وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله انها شرط ولقب المسئلة أن القضاء بظاهر العدالة جاز عنده وعندهما لا يجوز وجملة الكلام فيه أنه لا خلاف في أنه اذا طعن الخصم في الشاهد أنه لا يكتفى بظاهر العدالة بل يسأل القاضي عن حال الشهود وكذلك لا خلاف في أنه يسأل عن حالهم في الحدود والقصاص ولا يكتفى بالعدالة الظاهرة سواء طعن الخصم فيهم أو لم يطعن واختلفوا فيما سوى الحدود والقصاص اذا لم يطعن الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يسأل وقال يسأل عن مشايخنا من قال هذا الاختلاف في اختلاف زمان لا اختلاف حقيقة لان زمن أبي حنيفة رحمه الله كان من أهل خير وصلاح لانه زمن التابعين وقد شهد لهم النبي عليه الصلاة والسلام بالخير بقوله خير القرون قرني الذي أنا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب الحديث فكان الغالب في أهل زمانه الصلاح والسادد فوقعت الغيبة عن السؤال عن حالهم في السر ثم تغير الزمان وظهر الفساد في قرنهما فوقعت الحاجة الى السؤال عن العدالة فكان اختلاف جوابهم لا اختلاف الزمان فلا يكون اختلافا حقيقة ومنهم من حقق الخلاف (وجه) قولهما ان العدالة الظاهرة تصلح للدفع لا للاثبات لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل والحاجة هنا الى الاثبات وهو ايجاب القضاء والظاهر لا يصلح حجة له فلا بد من إثبات العدالة بدليلها ولا في حنيفة ظاهر قوله عز وجل وكذلك جعلناكم أمة وسطا أي عدلا وصف الله سبحانه وتعالى مؤمناً هذه الامة بالوساطة وهي العدالة وقال سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه عدول بعضهم على بعض فصارت العدالة أصلاً في المؤمنين وزوالها بعارض ولان العدالة الحقيقية مما لا يمكن الوصول اليها فتعلق الحكم بالظاهر وقد ظهرت عدالتهم قبل السؤال عن حالهم فيجب الاكتفاء به إلا أن يطعن الخصم لانه اذا طعن الخصم وهو صادق في الطعن فيقع التعارض بين الظاهرين فلا بد من الترجيح بالسؤال والسؤال في الحدود والقصاص طريق لدرئها والحدود محتال فيها للدرء ولو طعن المشهود عليه في حرية الشاهدين وقال انهما رقيقان وقالنا نحن حران فالقول قوله حتى تقوم لهما البينة على حريتهما لان الاصل في بني آدم وان كان هو الحرية لكونهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام وهما حران لكن الثابت بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الخصم ولا بد من اثباتها بالدلائل والاصل فيه أن الناس كلهم أحرار الا في أربعة الشهادات والحدود والقصاص والعقل هذا اذا كانا مجهولين النسب لم تعرف حريتهما ولم تكن ظاهرة مشهورة بان كانا من الهند أو الترك أو غيرهم ممن لا تعرف حريته أو كانا عربين فاما اذا لم يكونا ممن يجري عليه الرق فالقول قولهما ولا يثبت رقبتهما الا بالبينة وأما بيان ان العدالة شرط قبول أصل الشهادة وجوداً أم شرط القبول مطلقاً وجوباً ووجوداً فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله انها شرط القبول للشهادة وجود على الاطلاق وجوباً بالشرط أصل القبول حتى ثبت القبول بدونه وقال الشافعي عليه الرحمة انها شرط أصل القبول لا يثبت القبول أصلاً دونها حتى ان القاضي لو تحرى الصدق في شهادة الفاسق يجوز له قبول شهادته ولا يجوز القبول من غير تحري بالاجماع وكذا لا يجب عليه القبول بالاجماع وله أن يقبل شهادة العدل من غير تحري واذا شهد بحجب عليه القبول وهذا هو الفصل بين شهادة العدل وبين شهادة الفاسق عندنا وعند الشافعي عليه الرحمة لا يجوز للقاضي أن يقضي بشهادة الفاسق أصلاً وكذا ينقض النكاح بشهادة الفاسقين عندنا وعنده لا ينقض (وجه) قول الشافعي رحمه الله أن مبنى قبول الشهادات على الصدق ولا يظهر الصدق الا بالعدالة لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب يحتمل الصدق

والكذب ولا يقع الترجيح الا بالعدالة واحتج في انعقاد النكاح بقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل (ولنا) عمومات قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود والفاسق شاهد لقوله سبحانه وتعالى ممن يرضون من الشهداء قسم الشهود الى مرضيين وغير مرضيين فيدل على كون غير المرضي وهو الفاسق شاهداً ولان حضرة الشهود في باب النكاح لدفع تهمة الزنا لا الحاجة الى شهادتهم عند الجحود والا نكار لان النكاح يشتر بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود والا نكار بالشهادة بالتسامع والتهمة تندفع بحضرة الفاسق فينعقد النكاح بحضرتهم وأما قوله الركن في الشهادة هو صدق الشاهد فنعم لكن الصدق لا يقف على العدالة لا محالة فان من الفسقة من لا يبالي بارتكابه أنواع من الفسق ويستنكف عن الكذب والكلام في فاسق تحرى القاضي الصدق في شهادته فغلب على ظنه صدقه ولو لم يكن كذلك لا يجوز القضاء بشهادته عندنا وأما الحديث فقد روى عن بعض نقله الحديث أنه قال لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولن يثبت فلا حجة له فيه بل هو حجة عليه لانه ليس فيه جعل العدالة صفة للشاهد لانه لو كان كذلك لقال لا نكاح الا بولي وشاهدين عدلين بل هذا اضافة الشاهدين الى العدل وهو كلمة التوحيد فكانه قال عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي مقابلي كلمة العدل وهي كلمة الاسلام والفاسق مسلم فينعقد النكاح بحضرتهم ومنها أن لا يكون محدوداً في قذف عندنا وهو شرط الاداء وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط واحتج بعمومات الشهادة من غير فصل لان المانع هو الفسق بالقذف وقد زال بالتوبة (ولنا) قوله تعالى جل وعلا والذين يرمون المحصنات الآية نهى سبحانه وتعالى عن قبول شهادة الرامي على التأييد فيتناول زمان ما بعد التوبة وبه تبين أن الحدود في القذف مخصوص من عمومات الشهادة عملاً بالنصوص كلها صيانة لها عن التناقض وكذلك الذي اذا قذف مسلماً لم يحد القذف لا تقبل شهادته على أهل الذمة فان أسلم جازت شهادته عليهم وعلى المسلمين ومثله العبد المسلم اذا قذف حراً ثم حدد القذف ثم عتق لا تقبل شهادته أبداً وان أعنتى (ووجه) الفرق أن اقامة الحد توجب بطلان شهادة كانت للقاذف قبل الاقامة والثابت للذمي قبل اقامة الحد شهادته على أهل الذمة لا على أهل الاسلام فتبطل تلك الشهادة باقامة الحد فاذا أسلم فقد حدثت له بالاسلام شهادة غير مردودة وهي شهادته على أهل الاسلام لا تنالهم تكن له لتبطل بالحد فتقبل هذه الشهادة ثم من ضرورة قبول شهادته على أهل الاسلام قبول شهادته على أهل الذمة بخلاف العبد لان العبد من أهل الشهادة وان لم تكن له شهادة مقبولة لان له عدالة الاسلام والحد ابطال ذلك على التأييد ولو ضرب الذمي بعض الحد فاسلم ثم ضرب الباقي تقبل شهادته لان المبطل للشهادة اقامة الحد في حالة الاسلام ولم توجد لان الحد اسم للكل فلا يكون البعض حداً لأن الحدة لا يتجزأ وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر الفقيه أبو الليث عليه الرحمة وايتين اخريين فقال في رواية لا تقبل شهادته وفي رواية تقبل شهادته ولو ضرب سوطاً واحداً في الاسلام لان السياط المتقدمة توقف كونها حداً أعلى وجود السوط الاخير وقد وجد كمال الحد في حالة الاسلام وفي رواية اعتبر الاكثران وجد أكثر الحد في حال الاسلام تبطل شهادته والا فلا لان للاكثر حكم الكل في الشرع والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا أن الحد اسم للكل وعند ضرب السوط الاخير تبين أن السياط كلها كانت حداً ولم يوجد الكل في حال الاسلام بل البعض فلا ترد به الشهادة الحادثة بالاسلام هذا اذا شهد بعد اقامة الحد وبعد التوبة فاما اذا شهد بعد التوبة قبل اقامة الحد فتقبل شهادته بالاجماع ولو شهد بعد اقامة الحد قبل التوبة لا تقبل شهادته بالاجماع ولو شهد قبل التوبة وقبل اقامة الحد فهي مسألة شهادة الفاسق وقد مرت وأما النكاح بحضرة المحدودين في القذف فينعقد بالاجماع أما عند الشافعي رحمه الله فلان له شهادة أداء فكانت له شهادة سماعاً وأما عندنا فلان حضرة الشهود لدى النكاح ليست لدفع الجحود والا نكار لا ندفع الحاجة بالشهادة بالتسامع بل لرفع ريبة الزنا والتهمة به وهذا يحمل بحضرة المحدودين في القذف فينعقد النكاح بحضرتهم ولا تقبل شهادتهم للنهي عن القبول والانعقاد بفصل

عن القبول في الجملة وأما المحدود في الزنا والسرقه والشرب فتقبل شهادته بالاجماع اذا تاب لانه صار عدلاً والقياس
أن تقبل شهادة المحدود في القذف اذا تاب لولا النص الخاص بعدم القبول على التأبید ومنها أن لا يجزى الشاهد الى
نفسه مغنياً ولا يدفع عن نفسه مغرماً بشهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم ولأن
شهادته اذا تضمنت معنى النفع والدفع فقد صار متهماً ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولانه اذا اجر النفع الى نفسه بشهادته لم تقع شهادته لله تعالى عز وجل بل لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوالد
وان علا لولده وان سفل وعكسه أنها غير مقبولة لان الوالدين والمولودين ينتفع البعض بمال البعض عادة فيتحقق معنى
جر النفع والتهمة والشهادة لنفسه فلا تقبل وذكر الخصاص رحمه الله في أدب القاضي عن النبي عليه الصلاة والسلام
أنه قال لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا السيد لعبده ولا العبد لسيدده ولا الزوجة لزوجها ولا الزوج
لزوجته وأما سائر القربات كالأخ والعمة والخال ونحوهم فتقبل شهادة بعضهم لبعض لان هؤلاء ليس لبعضهم تسلط
في مال البعض عرفاً وعادة فالصحوا بالاجانب وكذا تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع وشهادة الولد
من الرضاع لوالده من الرضاع لان العادة ما جرت بانتفاع هؤلاء بعضهم بمال البعض فكانوا كالاجانب ولا تقبل
شهادة المولى لعبده ولا شهادة العبد لمولاهما قلنا وأما شهادة أحد الزوجين لصاحبه فلا تقبل عندنا وعند الشافعي
رحمه الله تقبل واحتج بعمومات الشهادة من غير تخصيص بحقوقه تعالى جل وعلا واستشهدوا شهيدين من
رجالكم وقوله عز شأنه وأشهدوا ذوى عدل منكم وقوله عظمت كبرياؤه ممن رضون من الشهداء من غير فصل
بين عدل وعدل ومرضى ومرضى (ولنا) ما روينا من النصوص من قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم
ولا شهادة للمتهم وأحد الزوجين بشهادته للزوج الآخر يجزى المغنم الى نفسه لانه ينتفع بمال صاحبه عادة فكان شاهداً
لنفسه لما روينا من حديث الخصاص رحمه الله وأما العمومات فنقول بموجبها لكن لم قلنا ان أحد الزوجين في
الشهادة لصاحبه عدل ومرضى بل هو مائل ومتهم لما قلنا لا يكون شاهداً فلا تتناول العمومات وكذا لا تقبل
شهادة الاجير في الحادثة التي استأجره فيها لما فيه من تهمة جر النفع الى نفسه ولا تقبل شهادة أحد الشر يكتن
لصاحبه في مال الشركة ولو شهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على
الميت بدين ألف درهم فشهادة الفر يقين باطلة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله
جائزة وعلى هذا الخلاف لو شهدا أن الميت أوصى لهما بالثلث وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين
بالثلث ولو شهدا أن الميت غصبهما داراً أو عبداً وشهد المشهود لهما للشاهدين بدين ألف درهم فشهادة الفر يقين
جائزة بالاجماع لمحمد رحمه الله ان كل فريق يشهد لغيره لا لنفسه فلا يكون متهماً في شهادته ولهما أن ما يأخذه كل
فريق فالفرق الآخر يشاركه فيه فكان كل فريق شاهداً لنفسه بخلاف ما اذا اختلف جنس المشهود به
لان ثمة معنى الشركة لا يتحقق ومنها أن لا يكون خصماً لقوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز شهادة خصم ولا
ظنين ولانه اذا كان خصماً فشهادته تقع لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوصى للميت واليتيم الذي في حجره
لانه خصم فيه وكذا شهادة الوكيل لموكله لما قلنا ومنها أن يكون عالماً بالمشهود به وقت الادعاء كراه عند أبي
حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بشرط حتى انه لو رأى اسمه وخطه وخاتمه في الكتاب لكنه لا يذكر الشهادة
لا يحل له أن يشهد ولو شهد وعلم القاضي به لا تقبل شهادته عنده وعندهما له أن يشهد ولو شهد تقبل شهادته (وجه)
قولهما انه لما رأى اسمه وخطه وخاتمه على الصك دل أنه تحمل الشهادة وهي معلومة في الصك فيحل له أدائها واذا
أداهما تقبل ولان النسيان أمر جبل عليه الانسان خصوصاً عند طول المدة بالشئ لان طول المدة ينسى فلو شرط
تذكر الحادثة لاداء الشهادة لانسداد باب الشهادة فيؤدى الى تضييع الحقوق وهذا لا يجوز ولا بي حنيفة رحمه الله قوله
تعالى جل شأنه ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام لشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا

فدع ولا اعتماد على الخط والختم لان الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم ويجرى فيه الاحتيال والتزوير مع ما ان
الخط للتدكر خط لا يذكرو وجوده وعدمه بمنزلة واحدة وعلى هذا الخلاف اذا وجد القاضي في ديوانه شيئاً
لا يذكروه وديوانه تحت ختمه أنه لا يعمل به عنده وعندهما يعمل اذا كان تحت ختمه وعلى هذا الخلاف اذا عزل
القاضي ثم استمضى بعد ما عزل فأراد أن يعمل بشئ مما يرى في ديوانه الاول ولم يذكرك ذلك ليس له ذلك عنده وعندهما
له ذلك والله تعالى أعلم (وأما) الشرائط التي ترجع الى نفس الشهادة فأنا نوع منها لفظ الشهادة فلا تقبل بغيرها من
الالفاظ كلفظ الاخبار والاعلام ونحوهما وان كان يؤدي معنى الشهادة تعبداً غير معقول المعنى ومنها أن تكون
موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فان خالفتم الا تقبل الا اذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند
امكان التوفيق لان الشهادة اذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعدر التوفيق انهدت عن الدعوى
والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبولة وبيان ذلك في مسائل اذا ادعى ملكاً بسبب
ثم أقام البيينة على ملك مطلق لا تقبل وبمثله لو ادعى ملكاً مطلقاً ثم أقام البيينة على الملك بسبب قبل (ووجهه)
الفرق ان الملك المطلق أعم من الملك بسبب لانه يظهر من الاصل حتى تستحق به الزوائد والملك بسبب يقتصر على
وقت وجود السبب فكان الملك المطلق أعم فصار المدعى باقامة البيينة على الملك المطلق مكذباً بشهوده في بعض
ما شهدوا به والتوفيق متعذر لان الملك من الاصل ينافي الملك الحادث بسبب لاستحالة ثبوتهما معاً في محل
واحد بخلاف ما اذا ادعى الملك المطلق ثم أقام البيينة على الملك بسبب لان الملك بسبب أخص من الملك المطلق
على ما بينا فقد شهدوا باقل مما ادعى فلم يصبر المدعى مكذباً بشهوده بل صدقهم فيما شهدوا به وادعى زيادة شيء
لا شهادة لهم عليه وصار كما لو ادعى القاو وخمسائة فشهد الشهود على الف انه تقبل البيينة على الف لما قلنا كذا
هذا ولو ادعى الملك بسبب معين ثم أقام البيينة على الملك بسبب آخر بان ادعى داراً في يد رجل انه ورثها من أبيه
ثم أقام البيينة على الملك انه اشتراها من صاحب اليد أو وهبها له أو تصدق بها عليه وقبض أو ادعى الشراء أو الهبة أو
الصدقة ثم أقام البيينة على الارث لا تقبل بينته لان الشهادة خالفت الدعوى لاختلاف البينتين صورة ومعنى أما
الصورة فلا شك فيها وأما المعنى فلان حكم البينتين يختلف فلا يقبل الا اذا وفق بين الدعوى والشهادة فقال
كنت اشتريت منه لكنه جحدني الشراء وعجزت عن اثباته فاستوهبت منه فوهب مني وقبضت وأعاد البيينة
تقبل لانه اذا وفق فقد زالت المخالفة وظهر انه لم يكذب بشهوده ويصير هذا في الحقيقة ابتداء ولهذا يجب عليه
اعادة البيينة لتقع الشهادة عند الدعوى وكذا اذا وفق فقال ورثته من أبي الا أنه جحدارني فاشتريت منه أو وهب
لي فانها تقبل لزال التناقض والاختلاف بين الدعوى والشهادة ولو ادعى الشراء بعدها وأقام البيينة على
الشراء بالف درهم لا تقبل لان البديل قد اختلف واختلاف البديل يوجب اختلاف العقد فقد قامت البيينة على
عقد آخر غير ما ادعاه المدعى فلا تقبل الا اذا وفق المدعى فقال اشتريت بالعبدا الا انه جحدني الشراء به فاشتريته
بعد ذلك بالف درهم فتقبل لزال المخالفة وهذا اذا كان دعوى التوفيق في مجلس آخر بان قام عن مجلس الحكم
ثم جاء وادعى التوفيق فاما اذا لم يقيم عن مجلس الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة ولو ادعى انه له ثم أقام البيينة
على انه لفلان وكله بالخصومة فيه تقبل بينته وبمثله لو ادعى انه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البيينة على
انه له لا تقبل ووجه الفرق ان قوله أولاً انه لى لا ينفي قوله انه لفلان وكلني بالخصومة فيه لجواز ان يكون له بحق
الخصومة والمطالبة وغيره بحق الملك فكان التوفيق ممكناً فقبلت البيينة بخلاف الفصل الثاني لان قوله هو لفلان
وكلني بالخصومة فيه ينفي قوله بعد ذلك هو لى لانه صرح بان الملك فيه لفلان وانه وكيل بالخصومة فيه بقوله
انه لفلان وكلني بالخصومة فيه فكان قوله بعد ذلك هو لى اقراراً منه بالملك لنفسه فكان مناقضاً فلا تقبل ولو ادعى
انه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البيينة على انه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه لا تقبل لان قوله أولاً انه لفلان

وكلني بالخصومة فيه كما ينبغي قوله انه لي ينبغي قوله انه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه فلا تقبل الا اذا وفق فقال ان الموكل الاول باع من الموكل الثاني ثم وكلني الثاني بالخصومة فيقبل لزوال المناقضة ولو ادعى في ذى القعدة انه اشترى منه هذه الدار في شهر رمضان بالف وقده الثمن ثم أقام البيينة على أنه تصدق بالدار على المدعى في شعبان لا تقبل بينته لان دعوى التصديق في شعبان تنافي الشراء في شهر رمضان لاستحالة شراء الانسان ملك نفسه والتوفيق غير ممكن فلا تقبل وان أقام البيينة على التصديق في شوال ووفق فقال جحدني الشراء ثم تصدق بها على تقبل ولو ادعى داراً في يد رجل انها له وأقام البيينة على أنها كانت في يده المدعى بالامس لا تقبل وعن أبي يوسف انها تقبل ويؤمر بالرد اليه ولو أقام صاحب اليد البيينة على انها كانت ملكاً للمدعى تقبل بالاجماع (وجهه) قول أبي يوسف رحمه الله ان البيينة لما قامت على انها ما كانت في يده فلا صل في الثابت بقاؤه ولهذا قبلت البيينة على ملك كان ولان الثابت بالبيينة كالثابت بالمعينة ولو ثبت بالمعينة أو بالأقرار انه كان في يده بالامس يؤمر بالرد اليه كذا هذا (وجهه) ظاهر الرواية ان الشهادة قامت على يد كانت فلا يثبت الكون للحال الاجمك استصحاب الحال وانه لا يصلح للالزام ولان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلّة وقد تكون يده ملك وقد تكون يد أمانة فكانت محتملة والمحتمل لا يصلح حجة بخلاف الملك والمعينة وبخلاف الأقرار لانه حجة بنفسه والبيينة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي ولا وجه للقضاء بالمحتمل ولو أقام البيينة انها كانت في يده بالامس فاخذها هذا منه أو غصبها أو أودعه أو أعاره تقبل ويقضى للخارج لانه علم بالبيينة انه تلقى اليد من جهة الخارج فيؤمر بالرد اليه وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى داراً في يد رجل انه ورثها من أبيه وأقام البيينة على انها كانت لابيه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان شهدوا ان الدار كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثه واما ان قالوا انها كانت لابيه مات وتركها ميراثاً له واما ان قالوا انها كانت في يده يوم الموت واما ان أثبتوا من أبيه فعلاً فيها عند موته أما الوجه الاول فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تقبل الشهادة وعلى قول أبي يوسف تقبل وكذا لو شهدوا انها كانت لابيه مات قبلها لا تقبل قالوا يجب ان يكون هذا على قولهما أما على قول أبي يوسف على ما روى عنه في الامالى ينبغي أن تقبل (وجهه) قوله ان الملك متى ثبت لابيه بشهادتهم فالاصل فيما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل فصار كمالو شهدوا انها كانت لابيه يوم الموت أيضاً (وجهه) قولهما ان الشهادة خالفت الدعوى لان المدعى ادعى ملكاً كائناً والشهادة وقعت بملك كان لا بملك كائن فكانت الشهادة مخالفة للدعوى فلا يقبل قوله ما ثبت يبقى قلنا نعم لكن لا حكماً لدليل الثبوت لان دليل الثبوت لا يتعرض للبقاء وانما البقاء بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح حجة للاستحقاق ولو شهدوا انها كانت لجده فعندهما لا يقضى بهما لم يشهدوا بالميراث بان يقولوا مات جده وتركها لابيه ثم مات أبوه وتركها ميراثاً له وعند أبي يوسف ينظر ان علم ان الجد مات قبل الاب يقضى بهاله وان علم ان الاب مات قبل الجد أو لم يعلم لم يقض بها ولو شهدوا انه لابيه لا يقضى بهاله منهم من قال هذا على الاتفاق ومنهم من قال هو على الخلاف الذي ذكرنا وهو الصحيح فانه روى عن أبي يوسف انها تقبل وأما الوجه الثاني وهو ما اذا شهدوا انها كانت لابيه مات وتركها ميراثاً له فلا شك ان هذه الشهادة مقبولة لانهم شهدوا بالملك الموروث عند الموت والتزك ميراثاً له وهو تفسير الملك الموروث وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انها كانت في يده يوم الموت فالشهادة مقبولة لان مطلق اليد من الاصل يحمل على يد المالك فكانت الشهادة بيد قائمة عند الموت شهادة بملك قائم عند الموت فاذا مات فقد ترك فثبت الملك له في المتروك اذ هو تفسير الملك الموروث ولان يده ان كانت يده ملك كان الملك ثابتاً للمورث عند الموت وان كانت يد أمانة انتقلت يده ملك اذا مات مجهلاً لان التجهيل عند الموت سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان سبب لثبوت الملك في المضمون عندنا وأما الوجه الرابع وهو ما اذا ثبت ليد المشهود من الاب فعلا في العين عند الموت فهذا على وجهين اما ان يكون ذلك فعلاً هو دليل اليد واما ان يكون فعلاً ليس هو دليل اليد والقول

الذي هو دليل اليد هو فعل لا يتصور وجوده بدون النقل في الثقليات كاللبس والحمل أو فعل يوجد للنقل عادة كالركوب في الدواب أو فعلاً يوجد في الغالب من الملاك فيما لا يقبل النقل لا من غيرهم كالسكنى في الدور والفعل الذي ليس بدليل اليد هو فعل ثبت في الثقليات من غير نقل ولا يكون حصوله للنقل عادة كالجلوس على البساط أو فعل ليس بفعل للملاك غالباً فيما لا يقبل كالنوم والجلوس في الدار وأشبه ذلك فإن كان فعلاً هو دليل اليد تقبل الشهادة القائمة على ثبوته عند موت الاب لان الشهادة القائمة على ما هو دليل اليد عند الموت قائمة على اليد عند الموت وان كان فعلاً ليس بدليل اليد لا تقبل الشهادة لانه لم يوجد دليل اليد التي هي دلالة الملك وعلى هذا يخرج ما اذا اقام المدعى البينة ان أباه مات في هذه الدار انها لا تقبل لانه لم توجد الشهادة على اليد الدالة على الملك ولا على فعل دال على اليد ولا على فعل هو فعل الملاك غالباً لان الدار قد يموت فيها الملك وقد يموت فيها غير الملك من الزوار والضيف ونحوه ولو شهدوا انه مات وهو لا يس هذا القميص أو لا يس هذا الخاتم قبل لان لبس القميص والخاتم فعل لا يتصور بدون النقل فكان دليلاً على اليد عند الموت أطلق محمد رحمه الله في الجامع الجواب في الخاتم ومنهم من حمل جواب الكتاب على ما اذا كان الخاتم في خنصره أو بنصره يوم الموت وزعم انه اذا كان في يده فاستعمل الملاك في الخاتم لان استعمال الملاك في الخاتم هذا عادة فكانت الشهادة القائمة عليه قائمة على اليد فاجعله في يده فاستعمل الملاك في الخاتم لان استعمال الملاك في الخاتم فلا يكون دليل اليد ولهذا قالوا الوجه المردع الخاتم في خنصره او بنصره فضع من يده يضمن لما انه استعمله ولو جعله في يده فاستعمل الملاك في الخاتم لان استعمال الملاك في الخاتم فلا يكون دليل اليد ولهذا قالوا الوجه المردع الخاتم في خنصره او بنصره فضع من يده يضمن لما انه استعمله ولو جعله في يده فاستعمل الملاك في الخاتم لان استعمال الملاك في الخاتم فلا يكون دليل اليد ولهذا قالوا الوجه المردع الخاتم في خنصره او بنصره فضع من يده يضمن لما انه استعمله

الكتاب لان فعله كيف ما كان لا يتصور بدون النقل فكان دليلاً على اليد ولو شهدوا انه مات وهو جالس على هذا البساط أو على هذا الفراش أو نائم عليه لا تقبل لان هذه الافعال تتصور من غير نقل ولا تفعل للنقل عادة فلم يكن دليل اليد فان قيل اليس انه لو تنازع اثنان في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به انه يكون بينهما نصفين وهذا دليل ثبوت يدهما عليه قيل له انما قضى به بينهما نصفين لدعواهما انه في يدهما لا لثبوت اليد لان الجلوس عليه والتعلق به كل واحد منهما يتحقق بدون النقل ولا يوجد النقل غالباً على ما بينا فلا يكون دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو راكب على هذه الدابة تقبل ويقضى بالذات للوارث لان الركوب وان كان يتبها بدون نقل الدابة الا انه لا يفعل عادة لا للنقل فكان دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو ساكن في هذه الدار تقبل ويقضى للوارث (وروى) عن أبي يوسف انه لا تقبل ولا يقضى (ووجهه) ان فعل السكنى في الدار كما يوجد من الملاك يوجد من غيرهم فلا يصلح دليلاً على اليد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان السكنى فعل يوجد في الغالب من الملاك لا من غيرهم هذا هو المعتاد فيما بين الناس فيحمل المطلق عليه ولو شهدوا انه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه ولم يشهدوا انه كان حاملاً له لا تقبل ولا يستحق المدعى بهذا شيئاً لانه يحتمل انه وضعه بنفسه أو وضعه غيره ويحتمل انه وقع عليه من غير صنع أحد بان هبت ريح به فالتفت على رأسه فوقع الشك في النقل منه فلا يثبت النقل منه بالشك فلا يثبت اليد بالشك ثم يقول اذا شهد الشهود انها كانت لا يهتد بها ميراثاً للورثة فلا يخلو اما ان قالوا هذا وارثه لا وارث له غيره واما ان قالوا هو وارثه لا نعلم ان له وارثاً غيره واما ان قالوا هو وارثه ولم يقولوا الا وارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثاً غيره فاما الوجه الاول وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا وارث له غيره فانه تقبل شهادتهم استحساناً والقياس ان لا تقبل لانها كشهادة على ما لا علم للشاهد به لا خيال ان يكون له وارث لا يعلمه وقد قال عليه والسلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فذع (وجهه) الاستحسان ان قومه لا وارث له غيره معناه في متعارف الناس وعاداتهم لا نعلم له وارثاً غيره أولاً وارث له غيره في علمنا ولو نص على ذلك لقبيلت شهادتهم فكذلك هذا والله سبحانه أعلم (وأما) الوجه الثاني وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا نعلم له وارثاً غيره

تقبل شهادتهم عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا تقبل حتى يقولوا لا وارث له غيره لانهم لو لم يقولوا لا وارث له غيره احتمل ان يكون له وارث غيره لا يعلمونه والصحيح قول العامة لان الشاهد انما تحل له الشهادة بما في علمه ونفى وارث آخر ليس في علمه فلا تحل له الشهادة به الا على اعتبار ما في علمه على ما ذكرنا ولو قالوا لا نعلم له وارثا غيره في هذا المصر أو في أرض كذا تقبل عند أبي حنيفة وعندهما لا تقبل (وجهه) قولهما ان قولهم لا نعلم له وارثا غيره في هذا المصر لا ينفي وارثا غيره لجواز ان يكون له وارث آخر في مصر آخر ولا يبي حنيفة رحمه الله انه لو كان له وارث آخر في موضع آخر لمعلموه لان وارث الانسان لا يخفى على أهل بلده عادة فكان التخصيص والتعميم فيه سواء ثم اذا شهدوا انه وارثه لا وارث له غيره أو شهدوا انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره أو لا نعلم له وارثا غيره في هذا المصر على مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه فانه يدفع كل التركة اليه سواء كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب كالابن والاب والام ونحوهم أو يحتمله كالاخ والاخت والجدة ونحوهم لانه تعين وارثه فيدفع اليه جميع الميراث الا اذا كان زجا او زوجة فلا يعطى الا أكثر نصيبه فلا يعطى الزوج الا النصف ولا تعطى المرأة الا الربع لانهما لا يستحقان من الميراث أكثر من ذلك لانه لا يرد عليهما وفي هذين الموضعين لا يؤخذ من الوارث كفيل بالاجماع وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انه وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثا غيره فانه ينظر ان كان ممن يحتمل الحجب لا يدفع اليه شئ لجواز ان يكون ثمة حاجب فان كان لا يعطى وان لم يكن يعطى بالشك وان كان ممن لا يحتمل الحجب يدفع اليه جميع المال الا الزوج والزوجة فانه لا يدفع اليهما الا نصيبهما وهو أكثر النصيبين عند محمد رحمه الله للزوج النصف وللزوجة الربع وعند أبي يوسف رحمه الله أقل النصيبين للزوج الربع وللزوجة الثمن في ظاهر الرواية عنه (وجهه) قول محمد رحمه الله ان النقصان عن أكثر النصيبين باعتبار المزاوجة وفي وجود المزاوجة شك فلا يثبت النقصان بالشك ولا يبي يوسف رحمه الله ان الاقل ثابت بيقين وفي الزيادة شك فلا يثبت الزيادة بالشك وروى عنه رواية أخرى أن للزوج الربع وللزوجة الربع لجواز ان يكون له أربع نسوة فيكون لها ربع الثمن لانه ثابت بيقين وفي الزيادة شك وروى عنه أصحاب الاملا وللزوج الخمس وللزوجة ربع التسع أما الزوج فلان من الجائز ان يكون للمرأة ابوان وبنتان وزوج أصل المسئلة من اثني عشر لآبوين السدسان أربعة وللبنات الثلثان ثمانية وللزوج الربع ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت القرىضة من خمسة عشر وثلاثة من خمسة عشر خمسها فذلك للزوج وأما المرأة فلان من الجائز ان يكون للزوجة ابوان وبنتان وزوجة أصل المرأة من أربعة وعشرين لآبوين السدسان ثمانية وللبنات الثلثان ستة عشر وللزوجة الثمن ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت القرىضة سبعة وعشرين وثلاثة من سبعة وعشرين تسعها ثم من الجائز ان يكون معها ثلاثة أخرى فيكن أربع زوجات فيكون لها ربع التسع وثلاثة على أربع لا تستقيم فتضرب أربع في تسعة ويكون ستة وثلاثين سهما تسعها أربع فلهما من ذلك سهم وهو ربع التسع وهو سهم من ستة وثلاثين سهما ثم في هذا الوجه الثالث اذا كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب ودفع المال اليه هل يؤخذ منه كفيل قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يؤخذ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ (وجهه) قولهما ان أخذ الكفيل لصيانة الحق والحاجة مست الى الصيانة لا احتمال ظهور وارث آخر فيؤخذ الكفيل نظراً للوارث كما في رد الأبق واللقطة الى صاحبها ولا يبي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر للحال ثابت بيقين وفي ثبوت الحق لوارث آخر شك لانه قد يظهر وارث آخر وقد لا يظهر فلا يجوز تعطيل الحق الثابت بيقين لحق مشكوك فيه مع ما ان المكفول له مجهول والكفالة للمجهول غير صحيحة وانما أخذ الكفيل بتسليم الأبق واللقطة فقد قيل انه قولهما لان في المسئلة روايتان فاما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤخذ الكفيل على اناسلنا فتلك كفالة لمعلوم لا لمجهول لان الراد انما يأخذ الكفيل لنفسه كيلا يلزمه الضمان فلم تكن كفالة لمجهول وذكر أبو حنيفة رحمه الله هذه المسئلة في الجامع الصغير

وقال هذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم أرايت لو لم يجد كفيلا كنت أمنعه حقه دلت تسميته أخذ الكفيل ظمناً على أن مذهبه أن ليس كل مجتهد مصيباً إذا الصواب لا يحتمل أن يكون ظمناً فدلّت المسألة على براءة ساحته عن لوث الاعتزال بحمد الله ومنه وأما الذي يرجع إلى المشهود به فمنها أن تكون الشهادة بمعلوم فإن كانت بمجهول لم تقبل لأن علم القاضي بالمشهود به شرط صحة قضائه فلم يعلم لا يمكنه القضاء به وعلى هذا يخرج ما إذا شهد رجلان عند القاضي أن فلاناً وارث هذا الميت لا وارث له غيره أنه لا تقبل شهادتهما لأنهما شهدا بمجهول لجهالة الوارث أسباب الورثة واختلاف أحكامها فلا بد أن يقولوا ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثاً غيره أو أخوه لآبيه وأمه لا يعلمون له وارثاً غيره وقوله لا يعلمون له وارثاً غيره لثلاث يتلوم القاضي لأنه من الشهادة عند محمد رحمه الله لجنس هذه المسائل بأب في الزيادات يعرف ثمة أن شاء الله تعالى ومنها أن يكون المشهود به معلوماً للشاهد عند أداء الشهادة حتى لو ظن لا تحل له الشهادة وإن رأى خطه وختمه وأخبره الناس بما يتذكر بنفسه وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما أن رأى خطه وختمه له أن يشهد نحوه ما تقدم من الخلاف والحجج من الجانبين وأما الذي يخص المكان فواحد وهو مجلس القاضي لأن الشهادة لا تصير حجة ملزمة إلا بقضاء القاضي فتختص بمجلس القضاء والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الشرائط التي تخص بعض الشهادات دون البعض فأنواع أيضاً (منها) الدعوى في الشهادة القائمة على حقوق العباد من المدعى بنفسه أو نائبه لأن الشهادة في هذا الباب شرعت لتحقيق قول المدعى ولا يتحقق قوله إلا بدعواه أو بنفسه أو نائبه وأما حقوق الله تبارك وتعالى فلا يشترط فيها الدعوى كاسباب الحرمات من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخاصة حق الله تعالى إلا أنه شرطت الدعوى في باب السرقة لأن كون المروق ملكاً لغير السارق شرط لتحقيق كون الفعل سرقة شرعاً ولا يظهر ذلك إلا بالدعوى فشرطت الدعوى لهذا واختلف في عتق العبد أنه حق للعبد فتشترط فيه الدعوى أو حق لله تعالى فلا تشترط فيه الدعوى مع الاتفاق على أن عتق الأمة حق لله تعالى لما علم من الخلاف في كتاب العتاق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) العدد في الشهادة بما يطلع عليه الرجال أقوله تعالى فاستشهدوا شهداء من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان (وقوله) سبحانه وتعالى ثم يأتوا باربعة شهداء ولأن الواجب على الشاهد إقامة الشهادة لله عز وجل الآية وهو قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله تعالى وقوله تعالى كونوا أقوامين بالقسط شهداء لله ولا تقع الشهادة لله إلا وأن تكون خالصة صافية عن جر النفع ومعلوم أن في الشهادة منفعة للشاهد من حيث التصديق لأن من صدق قوله يتلذذ به فلو قبل قول الفرد لم تحل شهادته عن جر النفع إلى نفسه فلا يخلص لله عز وجل فشرط العدد في الشهادة ليكون كل واحد مضافاً إلى قول صاحبه فتصفوا الشهادة لله عز شأنه ولأنه إذا كان فرداً يخاف عليه السهو والنسيان لأن الإنسان مطبوع على السهو والغفلة فشرط العدد في الشهادة ليدرك البعض البعض عند اعتراض السهو والغفلة كما قال الله تعالى في إقامة امرأتين مقام رجل في الشهادة أن تفضل إحداها فتذكر إحداها أخرى ثم الشرط عدد المثني في عموم الشهادات القائمة على ما يطلع عليه الرجال إلا في الشهادة بالزنا فإنه يشترط فيها عدد الأربعة لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم يأتوا باربعة شهداء وقوله تعالى فإن لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ولأن الشهادة في هذا الباب أحد نوعي الحجة فتعتبر بالنوع الآخر وهو الإقرار ثم عدد الأقارب الأربعة شرط ظهور الزنا عندنا فكذلك عدد الشهود الأربعة بخلاف سائر الحدود فإنه لا يشترط العدد في الإقرار لظهورها فكذلك في الشهادة ولأن عدد الأربعة في الزنا ثبت نصاً بخلاف القياس لأن خبر من ليس بمعصوم من الكذب لا يخلو عن احتمال الكذب وعدد الأربعة في احتمال الكذب مثل عدد المثني ما لم يدخل في حد التواتر لضعفه فشرطه بنص خاص معدولاً به عن القياس فبقى سائر الأبواب على أصل القياس وأما فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة في النساء فالعدد فيه ليس

بشرط عندنا تقبل فيه شهادة امرأ واحدة والثنتان أحوط وعند مالك والشافعي رحمهما الله ان العدد فيه شرط الا ان عند مالك رحمه الله يكتفى فيه بامرأتين وعند الشافعي رحمه الله لا بد من الاربع ووجه قول مالك ان شهادة الرجال لما سقط اعتبارها في هذا الباب لمكان الضرورة وجب الاكتفاء بعددهم من النساء ووجه قول الشافعي رحمه الله ان الشرع أقام كل امرأتين في باب الشهادة مقام رجل واحد ثم لا يكتفى باقل من رجلين فلا يكتفى باقل من أربع نسوة (ولنا) ان شرط العدد في الشهادة في الاصل ثبت تعبداً غير معتول المعنى لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب لا يفيد العلم قطعاً وبقيناً وانما يفيد غالب الرأي وأكثر الظن وهذا ثبت بخبر الواحد العدل ولهذا لم يشترط العدد في رواية الاخبار الا ان عرفنا العدد فيها شرطاً بالنص والنص ورد بالعدد في شهادة النساء في حالة مخصوصة وهي ان يكون معهن رجل بقوله تعالى عز شأنه فرجل وامرأتان فثبت حالة الانفراد عن الرجال على أصل الفياس وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو شهد رجل واحد بالولادة قبل لانه لما قبل شهادة امرأة واحدة فشهادة رجل واحد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اتفاق الشهادتين فيما يشترط فيه العدد فان اختلفا لم تقبل لان اختلفا فيما يوجب اختلاف الدعوى والشهادة ولان عند اختلاف الشهادتين لم يوجد الا أحد شرطى الشهادة ولا يكتفى به فيما يشترط فيه العدد ثم نقول الاختلاف قد يكون في جنس المشهود به وقد يكون في قدره وقد يكون في الزمان وقد يكون في المكان وغير ذلك اما اختلافهما في الجنس فقد يكون في العقد وقد يكون في المال اما في العقد فهوان يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميراث أو بالهبة أو غير ذلك فلا تقبل لاختلاف العقدين صورة ومعنى فقد شهد كل واحد منهما بمدة غير ما شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما في المال فهوان يشهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون فلا تقبل لانهما جنسان مختلفان وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما اختلاف الشهادة في قدر المشهود به فنحو ما اذا ادعى رجل على رجل انى درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بالالف والآخر بالف لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله أصلاً وعندهما تقبل على الالف ولو كان المدعى يدعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل على الالف بالاجماع ووجه قولهما ان الشهادة لم تخالف الدعوى في قدر الالف بل وافقتها بقدرها الا ان المدعى يدعى زيادة مال لا شهادة لهم عليه فيثبت قدر ما وقع الاتفاق عليه كما اذا ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف تقبل على الالف لما قلنا كذا هذا ولا يبي حنيفة رحمه الله ان شرط الشهادة خالف الدعوى لان المدعى يدعى الفين وانه اسم وضع دلالة على عدده معلوم والاسم الموضوع دلالة على عدد لا يقع على ما دون ذلك العدد كسائر أسماء الاعداد كالترك لالف من الابل والهنيدة لمائة منها ونحو ذلك فلم تكن الالف المفردة مدعى فلم تكن الشهادة شاهدة على ما دخل تحت الدعوى فافتردت الشهادة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فلا تقبل بخلاف ما اذا ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف انه يقبل على الالف لان الالف والخمسمائة اسم لعددين الا ترى انه يعطف احدهما على الآخر فيقال الف وخمسمائة فكان كل واحد منهما باقراده داخل تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليهما تكون قائمة على كل واحد منهما مصادراً فإذا شهد أحدهما بالف فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فكانت الشهادة موافقة للدعوى في عدد الالف فيقضى به للمدعى لقيام الحجة عليه بخلاف الالف والالفين لانه اسم لعدد واحد لا تصح على ما دونه بحال فلم تكن الالف المفردة داخلية تحت الدعوى فكانت الشهادة القائمة عليهما شاهدة على ما لم يدخل تحت الدعوى فلا تقبل فهو الفرق بينهما ولو ادعى ألفاً وشهد أحدهما بالالف والآخر بالفين لا تقبل على الالف بالاجماع لان المدعى كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل الا اذا وفق فقال كان لى عليه ألفان الا انه كان قد قضى الف ولم يعلم به الشاهد فيقبل وكذا لو ادعى ألفاً وشهد أحدهما بالالف والآخر بالف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا الا اذا وفق فقال كان لى عليه الف وخمسمائة الا انه قضى خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل لانه اذا وفق فقد زال الاختلاف المانع من القبول

ولو ادعى على رجل انه باع عبده بالف درهم وهو ينكر فشهد شاهدان بالف وأدعى انه باعه بالف وخمسائة
فشهد أحدهما بالف وخمسائة والآخر بالف لا تقبل بالاجماع لان الشاهدين يختلفان في البذل واختلاف البديلين
يوجب اختلاف العقدين فصار كل واحد منهما شاهداً بعقد غير عقد صاحبه وليس على أحدهما شهادة شاهدين
فلا تقبل ولا يثبت العقد وكذا لو كان المشتري مدعيًا والبائع مدعيًا عليه لما قلنا فان كان هذا في الاجارة ينظر ان كانت
الدعوى من المؤاجر في مدة الاجارة لا تقبل لان هذا يكون دعوى العقد وليس على أحد العاقلين شهادة شاهدين
فلا تقبل كما في باب البيع وان كانت الدعوى بعد انقضاء مدة الاجارة فهذا دعوى المال لا دعوى العقد فكان حكمه
حكم سائر الديون وقد ذكرناه على الاتفاق والاختلاف هذا اذا كانت الدعوى من المؤاجر فان كانت من المستأجر
لا تقبل سواء كانت الدعوى في المدة أو بعد انقضائها لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في النكاح فان كانت الدعوى
من المرأة فهذا دعوى المال عند أبي حنيفة عليه الرحمة حتى انها لو ادعت على رجل انه تزوجها على الف وخمسائة فشهد
لها شاهدان أحدهما بالف وخمسائة والآخر بالف تقبل والشكاح جائز بالف درهم وعندهما لا تقبل ولا يجوز
النكاح لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى من الرجل والمرأة تنكر لا تقبل بالاجماع لان هذا دعوى العقد ولو
كانت الدعوى في الخلع أو في الطلاق على مال أو في العتاق أو في الصلح عن دم الممد على مال فان كانت الدعوى من
الزوج أو من المولى أو ولي القصاص تقبل لان هذا دعوى المال وان كانت الدعوى من المرأة أو العبد أو القاتل لا تقبل
لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في الكتابة فان كانت الدعوى من المكاتب لا تقبل لان هذا دعوى العقد فلا
تقبل ولا تصح الكتابة وان كانت من المولى فلا تصح لان المكاتب ان يعجز نفسه متى شاء (واما) اختلاف الشهادة
في الزمان والمكان فانه ينظر ان كان ذلك في الاقرار لا يمنع القبول وان كان في الابعاد من القتل والقطع والعصب
وانشاء البيع والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها يمنع القبول ووجه الفرق ان الاقرار بما يحتمل التكرار فيمكن
التوفيق بين الشهادتين لسماعه عن الاقرار في زمانين أو مكانين فلا يتحقق الاختلاف بين الشهادتين بخلاف القتل
والقطع وانشاء البيع وغيره من العقود والقسوخ لان هذا لا يحتمل التكرار فاختلاف الزمان والمكان فيها يوجب
اختلاف الشهادتين فيمنع القبول والله التوفيق ولو ادعى رجل على رجل قرض الف درهم فشهد شاهدان أحدهما
على القرض والآخر على القرض والفضاء يقضى بشهادتهما على القرض ولا يقضى بالقضاء في ظاهر الرواية وروى
عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يقضى بشهادتهما بالقرض أيضا لانهما وان اجتمعا على الشهادة بالقرض لكن الذي
شهد بالقضاء فسخ شهادته باقرض فبقى على القرض شاهد واحد فلا يقضى بالشهادة والصحيح جواب ظاهر
الرواية لان الشهادتين اختلفتا في القضاء لا في القرض بل اتفقا على القرض فيقضى به وقوله شاهد القضاء فسخ
شهادته بالقرض قلنا ممنوع بل قرر شهادته على القرض لان قضاء القرض بعد القرض يكون (واما) الذي يرجع الى
المكان فواحد وهو مجلس القضاء ومنها الذكورة في الشهادة بالحدود والقصاص فلا تقبل فيها شهادة النساء لما روى
عن الزهري رحمه الله انه قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده رضوان الله تعالى
عليهما انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص ولان الحدود والقصاص مبنيان على الدرء والاسقاط بالشبهات
وشهادة النساء لا تخلو عن شبهة لانهن جبلن على السهو والغفلة وقصان العقل والدين فيورث ذلك شبهة بخلاف
سائر الاحكام لانها تجب مع الشبهة ولان جواز شهادة النساء على البذل من شهادة الرجال والابدال في باب الحدود
غير مقبولة كالكفالات والوكالات واما الشهادة على الاموال فالذكورة ليست فيها بشرط والا توثيق ليست بمائعة
بالاجماع فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقول الله تبارك وتعالى في باب المداينة فاستشهدوا شهداء من رجالكم
فان لم يكنوا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء واختلف في اشتراطها في الشهادة بالحقوق التي ليست
بمال كالنكاح والطلاق والنسب قال أصحابنا رضي الله عنهم ليست بشرط وقال الشافعي رضي الله عنه شرط (وجه)

قول الشافعي رحمه الله ان شهادة النساء حجة ضرورية لانها جعلت حجة في باب الديانات عند عدم الرجال ولا ضرورة في الحقوق التي ليست بمال لا ندفع الحاجة فيها بشهادة الرجال ولهذا لم يجعل حجة في باب الحدود والقصاص وكذا لم يجعل حجة بافرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال (ولنا) قوله تبارك وتعالى واستشهدوا الآية جعل الله سبحانه وتعالى لرجل وامرأتين شهادة على الاطلاق لانه سبحانه وتعالى جعلهم من الشهداء والشاهد المطلق من له شهادة على الاطلاق فاقضى ان يكون لهم شهادة في سائر الاحكام الا ما قيد بدليل وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه أجاز شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة فكان اجماعهم على الجواز ولان شهادة رجل وامرأتين في اظهار المشهود به مثل شهادة رجلين لرجحان جانب الصدق فيها على جانب الكذب بالعدالة لانها لم تجعل حجة فيما يدرأ بالشبهات لنوع قصور وشبهة فيها لما ذكرنا وهذه الحقوق تثبت بدليل فيه شبهة (وأما) قوله بانها ضرورة فلا تسلم فانها مع القدرة على شهادة الرجال في باب الاموال مقبولة فدل انها شهادة مطلقة لا ضرورة وبه تبين ان نقصان الانثى يصير مجبوراً بالعدد فكانت شهادة مطلقة واختلف في اشتراطها في الشهادة على الاحصان قال علماءنا الثلاثة رضي الله عنهم ليست بشرط وقال زفر شرط حتى يظهر الاحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعنده لا يظهر (وجه) قول زفر رحمه الله أن الذكورة شرط في علة العقوبات بالاجماع حتى لا يظهر بشهادة رجل وامرأتين والاحصان من جملة أوصاف العلة لان علة وجوب الرجم ليس هو الزنا المطلق بل الزنا الموصوف بالتعليط ولا يتغلط الا بالاحصان فكان الاحصان من جملة العلة فلا يثبت بشهادة النساء ولهذا لو أقر بالاحصان جاز رجوعه كما انه لو أقر بالزنا رجوع وكذا الشهادة القائمة على الاحصان من غير دعوى كالشهادة القائمة على الزنا (ولنا) قوله عز وجل فاستشهدوا الآية ودلائلها على نحو ما تقدم مع الشافعي رحمه الله وأما قوله من جملة العلة الاحصان قلنا لا ممنوع بل هو شرط العلة فيصير الزنا عنده علة والحكم يضاف الى العلة لا الى الشرط لما عرف في أصول الفقه وأما الرجوع عنه بعد الاقرار فلا نسلم أنه لا يصح الرجوع في قول أبي يوسف رحمه الله ولا يصح في قول زفر رحمه الله وهذا حجة على زفر ولا رواية فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله فلنا أن نمنع وعدم اشتراط الدعوى يدل على أنه حق الله سبحانه وتعالى لا على انه تضاف اليه العقوبة ألا ترى ان الدعوى ليست بشرط في عتق الامة اجماعاً ولا في عتق العبد عند أبي يوسف ومحمد وان كان لا يقرر تعلق عقوبة به ونحن نسلم ان الاحصان حق الله تعالى في هذا الوقت على ما عرف في الخلافات ومنها اسلام الشاهد اذا كان المشهود عليه مساماً حتى لا تقبل شهادة الكافر على المسلم لان الشهادة فيها معنى الولاية وهو تنفيذ القول على الغير ولا ولاية للكافر فلا شهادة له عليه وتقبل شهادة المسلم على الكافر لانه من أهل أن يثبت له الولاية على المسلم فعلى الكافر أولى (وأما) اذا كان المشهود عليه كافراً فاسلام الشاهد هل هو شرط لقبول شهادته عليه فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله عنهم ليس بشرط حتى تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض سواء اتفقت مللهم أو اختلفت بعد ان كانوا عداً ولا في دينهم وقال الشافعي رحمه الله شرط حتى لا تقبل شهادتهم أصلاً واحتج بقوله سبحانه وتعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً نفي الله سبحانه وتعالى أن يكون للكافرين على المؤمنين سبيلاً وفي قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافرين على المؤمنين لانه يجب على القاضي القضاء بشهادتهم وانه منفي ولان العدة شرط قبول الشهادة والفسق مانع والكفر رأس الفسق فكان أولى بالمنع من القبول (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم على المسلم شهادة فكذلك الذمي على الذمي فظاهره يقتضي أن يكون للذمي على المسلم شهادة كالمسلم الا أن ذلك صار مخصوصاً من عموم النص ولان الحاجة مست الى صيانة حقوق أهل الذمة ولا تحصل الصيانة الا وان يكون لبعضهم على بعض شهادة ولا شك أن الحاجة

الى صيانة حقوقهم ماسة لانهم انما قبلوا عقد الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا والدليل على أن الصيانة لا تحصل الا وأن يكون لبعضهم على بعض شهادة لان هذه المعاملات تكثر فيما بينهم والمسلمون لا يحضرون معادتهم ليتحملوا احوالهم فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والانكار فدعت الحاجة الى الصيانة بالشهادة وأما الآية الكريمة فوجوب القضاء لا يثبت بالشهادة وانما يثبت بالتقليد السابق والشهادة شرط الوجوب والحكم لا يثبت بالشرط فلا يكون في قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافر على المؤمن سواء اتفقت مللهم أو اختلفت فتقبل شهادة النصراني على اليهودي واليهودي على المجوسي وقال ابن أبي ليلى ان اختلفت لا تقبل وهذا غير سديد لان الكفر وان اختلفت أنواعه صورة فهو ملة واحدة حقيقة فتقبل شهادة بعضهم على بعض كيف ما كان بعد ان يكون الشاهد من أهل دار الاسلام حتى لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لانه ليس من أهل دار الاسلام حقيقة وان كان فيها صورة لانه ما دخل دارنا للسكنى فيها بل يقضى حوائجه ثم يعود عن قريب فلم يكن من أهل دار الاسلام والذمي من أهل دار الاسلام فاختلقت الداران فلم تقبل شهادة الذمي عليه بالنص الذي رويناه وصار حكم المستأمن مع الذمي في الشهادة كحكم الذمي مع المسلم وشهادة المستأمن تقبل على المستأمن ان اتفقت دارهم ومللهم وان اختلفت لا تقبل ومنها عدم التقادم في الشهادة على الحدود كلها الا حد القذف حتى لا تقبل الشهادة عليها اذا تقادم العهد الا على حد القذف بخلاف الاقرار لما عرف في كتاب الحدود والله تعالى أعلم ومنها قيام الرأحة في الشهادة على شرب الخمر اذا لم يكن سكران ولم يحقق انه من مسيره لا يبقى الرجح من الجحى به من مثلها عادة عندهما وعند محمد ليس بشرط وهي من مسائل الحدود وتذكر هناك ان شاء الله تعالى (ومنها) الاصل في الشهادة على الحدود والقصاص حتى لا تقبل فيها الشهادة بطريق النيابة وهي الشهادة على الشهادة عندنا كذا لا يقبل فيها كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط حتى تقبل فيها الشهادة على الشهادة وأجمعوا على انها ليست بشرط في الاموال والحقوق المحردة عنها فتقبل فيها الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي الا في العبد الا بقى عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تقبل فيه أيضاً على ما نذكر في كتاب أدب القاضي (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان الفروع يؤدون الشهادة نيابة عن الاصول فكانت شهادتهم شهادة الاصول معنى وشهادة الاصول على الحدود والقصاص مقبولة (ولنا) ان الحدود والقصاص مما تدرأ بالشبهات والشهادة على الشهادة لا تخلو عن شبهة ولهذا لا تقبل فيها شهاد النساء لتمكن الشبهة في شهادتهن بسبب السهو والغفلة بل أولى لان الشبهة هنا تمكنت في مجلس فكان فيها زيادة ليست في شهادة الاصول ولان الحدود لما كانت مبنية على الدرة أوجب ذلك اختصاصها بحجج مخصوصة بل ايقاف إقامتها ولهذا شرط عدد الاربع في الشهادة على الزنا لان اطلاع أربعة من الرجال الاحرار على غيبوبة ذكوره في فرجها كما يغيب الميل في المكحلة نادر غاية الندرة ثم نقول الكلام في الشهادة على الشهادة يقع في مواضع في صورة تحمل الشهادة على الشهادة وفي شرائط التحمل وفي صورة أداء الشهادة على الشهادة وفي شرائط الاداء أما صورة التحمل فلها عبارتان مختصرة ومطولة أما اللفظ المختصر فهو ان يقول شاهد الاصل أشهد على شهادتي اني أشهد ان فلان على فلان كذا أو يقول أشهد ان فلان على فلان كذا فاشهد على شهادتي بذلك وأما المطول فهو ان يقول شاهد الاصل أشهد ان فلان على فلان كذا أشهدك على شهادتي هذه وأمرك ان تشهد على شهادتي هذه فاشهد وأما شرائط تحمل هذه الشهادات فاذكرنا في عموم الشهادات وأما الذي يختص بها فانواع منها الاشهاد حتى لا يصح التحمل بنفس السماع دون الاشهاد حتى لو قال أشهد ان فلان على فلان كذا فسمع انسان لكن لم يقل أشهد أنت لم يصح التحمل بخلاف سائر الشهادات انه يصح التحمل فيها بنفس معينة الفعل وسماع الاقرار والانشاء من غير اشهاد (وجه) الفرق ان الفروع يشهدون نيابة عن الاصول فلا بد من الانابة منهم وذلك

بالاشهاد بخلاف سائر الشهادات لان تحمل الشاهد في سائر ما يطرق الاحالة بنفسه لا بغيره فيصح التحمل فيها بطريق المعاينة ومنها الاشهاد على شهادته حتى لو قال اشهد بمثل ما شهدت أو كما شهدت أو على ما شهدت لا يصح التحمل ما لم يقل على شهادتي لان معنى التحمل والابانة لا يحصل الا بالاشهاد على شهادته ومنها عدد التحمل وهو ان يتحمل من كل واحد من شاهدي الاصل اثنان حتى لو تحمل من أحدهما واحد وتحمل من الآخر واحد لا يصح التحمل لان الشهادة حق ثابت في ذمة الشاهد والحقوق الثابتة في الذمم لا ينقلها الى القاضي الا شاهدان ولو تحمل اثنان من أحدهما شهادته ثم تحملا من الآخر شهادته جاز التحمل لانه اجتمع على التحمل من كل واحد منهما شاهدان فاما الذكورة في تحمل هذه الشهادة فليست بشرط حتى يصح التحمل فيها من النساء (وأما) صورة أداء هذه الشهادة فلها لفظان أيضاً مختصر ومطول فالمختصر ان يقول شهد فلان عندي ان فلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك فانا أشهد على شهادته بذلك وأما المطول فهو ان يقول شهد عندي فلان ان فلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك وأنا أشهد الآن على شهادته بذلك ولو لم يقل وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك جاز لان معنى التحمل والابانة يتأدى بقوله أشهدني على شهادته فكان قوله أمرني بذلك من باب التأكيد وأما شرائطها فاذكرناه كسائر الشهادات والذي يختص بهذه الشهادة ان يكون المشهود عليه ميتاً أو غائباً مسيرة سفر او مر يضا لا يستطيع بحضور مجلس القضاء لان جواز هذه الشهادة للحاجة والضرورة ولا تتحقق الضرورة الا في هذه المواضع وأما الذكورة فليست بشرط لاداء هذه الشهادة فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقوله تبارك وتعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فظاهر النص يقتضي ان يكون للنساء مع الرجال شهادة على الاطلاق من غير فصل الا ما قيد بدليل ولان قضية القياس ان لا تشتط الذكورة والاصل في عموم الشهادات الا ان اشتراط الذكورة في شهادة الاصول على الحدود والقصاص ثبت بنص خاص وهو حديث الزهري رحمه الله لتمكن شبهة في شهادتهن ليست في شهادة الرجال واشتراط الاصلية في الشهادة لتمكن زيادة شبهة في شهادة الفرع ليست في شهادة الاصول وهو الشبهة في الشهادتين على ما ذكرنا فشرط ذلك احتيالا لدفع ما يندري بالشبهات والاموال والحقوق مما ثبت بالشبهة فتثبت على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة فالذي يلزمه أداء الشهادة لله سبحانه وتعالى فيما سوى أسباب الحدود لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عز شأنه كونوا قوامين بالقسم شهداء لله الا ان في الشهادة القاعة على حقوق العباد وأسبابها لا بد من طلب المشهود له لوجوب الاداء فاذا طلب وجب عليه الاداء حتى لو امتنع بعد الطلب يأثم لقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا أي دعوا لاداء الشهادة لان الشهادة أمانة المشهود له في ذمة الشاهد وقال سبحانه وتعالى وليؤد الذي أوتى أمانته وقال تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها وأما في حقوق الله تبارك وتعالى وفيما سوى أسباب الحدود ونحو طلاق امرأة واعتناق عبد والظهار والا يلاء ونحوها من أسباب الحرمات تلزمه الاقامة حسبة لله تبارك وتعالى عند الحاجة الى الاقامة من غير طلب من أحد من العباد وأما في أسباب الحدود من الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف فهو مخير بين ان يشهد حسبة لله تعالى وبين ان يستر لان كل واحد منهما أمر مندوب اليه قال الله تبارك وتعالى وأقيموا الشهادة لله وقال عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة وقد نده به الشرع الى كل واحد منهما ان شاء اختار جهة الحسبة فاقامها لله تعالى وان شاء اختار جهة الستر فيستر على أخيه المسلم

فصل وأما بيان حكم الشهادة فحكمها وجوب القضاء على القاضي لان الشهادة عند استجماع شرائطها مظهرة للحق والقاضي مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وثبت ما يترتب عليهما من الاحكام

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في موضع واحد وهو بيان حكم الرجوع عن الشهادة فنقول وبالله التوفيق الرجوع عن الشهادة يتعلق به حكمان أحدهما يرجع الى مال الشاهد والثاني يرجع الى نفسه أما الذي يرجع الى ماله فهو وجوب الضمان والكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان سبب وجوب الضمان وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب اما الاول فسبب وجوب الضمان في هذا الباب إتلاف المال أو النفس بالشهادة لان الضمان في الشرع انما يجب اما بالالتزام أو بالاتلاف ولم يوجد الالتزام فتمتنع الإتلاف فيها سبباً لوجوب الضمان فان وقعت إتلافاً انعدت سبباً لوجوب الضمان والا فلا وعلى هذا يخرج ما إذا شهد على رجل بالف وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا انهما يضمنان الالف لانهما مرجعا عن شهادتهما بعد القضاء تبين ان شهادتهما وقعت سبباً الى الإتلاف في حق المشهود عليه والتسبب الى الإتلاف بمنزلة المباشرة في حق سببية وجوب الضمان كالا كراه على إتلاف المال وحفر البئر على قارعة الطريق ونحوه (فان قيل) لما رجعا عن شهادتهما تبين ان قضاء القاضي لم يصبح فتبين ان المدعى أخذ المال بغير حق فلم لا يردده الى المشهود عليه قيل له انه بالرجوع لم يتبين بطلان القضاء لان الشاهد غير مصدق في الرجوع في حق القاضي والمشهود لوجهين الاول أن الرجوع يحتمل الصدق والكذب والقضاء بالحق للمشهود به تفيد دليل من حيث الظاهر وهو الشهادة الصادقة عند القاضي فلا ينتقض الثابت بظاهر بالشك والاحتمال فبقى القضاء ماضياً على الصحة والمدعى في يد المدعى كما كان والثاني أن الشاهد في الرجوع عن شهادته متهم في حق المشهود له لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعى في دعواه فلم يصدق في الرجوع في حق المشهود له للثمة اذا التهمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عن الشهادة فلم يصح الرجوع في حقه فلم ينقض القضاء ولا يسترد المدعى من يده ومعنى التهمة لا يتوهم في المشهود عليه فصح الرجوع في حقه الا أنه لا يمكن اظهار الصحة في نقض القضاء والتوصل الى عين المشهود به فيظهر في التوصل الى بدله رعاية للجوانب كلها واذا رجعا قبل القضاء لا يضمنان لان الشهادة لا تصير حجة بالاتضاء فلا تقع تسببها الى الإتلاف بدونه وعلى هذا اذا شهد على رجل أنه طلق امرأته فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا ان كان الطلاق بعد الدخول بان كان الزوج مقر بالدخول لا ضمان عليهما لانعدام الإتلاف لان المهر يجب بنفس العقد ويتأكد بالدخول لا بشهادتهما فلم تقع شهادتهما إتلافاً فلم يجب الضمان وان كان الطلاق قبل الدخول فقضى القاضي بنصف المهر بان كان المهر مسمى أو بالمتعة بان لم يكن المهر مسمى ثم رجعا ضمن ذلك للزوج لان شهادتهما وان لم توجب على الزوج شيئاً من المهر لكنهما كدت الواجب لان الواجب قبل الدخول كان محتتملاً للسقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وبشهادتهما بالطلاق تأكد الواجب عليه على وجه لا يحتمل السقوط بعده أصلاً فصارت شهادتهما مؤكدة للواجب والمؤكدة للواجب بمنزلة الواجب في الشرع كالحرم اذا أخذ صيداً فذبحه رجل في يده يجب الجزاء على الآخذ ويرجع الآخذ بذلك على القاتل لوقوع القتل منه تأكد للجزاء الواجب على المحرم اذ لو لا ذبحه لا حتمل السقوط بالارسال فهو بالذبح أكد الواجب عليه فنزل المؤكدة منه منزلة الواجب كذا هذا وعلى هذا اذا شهد على رجل أنه أعتق عبداً أو أمة له وهو ينكر فقضى القاضي ثم رجعا يضمنان قيمة العبد أو الأمة لمولاه لانهما بشهادتهما أتلفا عليه مالية العبد أو الأمة فيضمنان ويكون ولاؤه للمولى لان الاعتياق قد عتقه والولاة على أعتق فان قيل هذا إتلاف بعوض وهو الولاء فلا يوجب الضمان قيل له الولاء لا يصلح عوضاً لانه ليس بمال وانما هو من أسباب الارث فكان هذا إتلافاً بغير عوض فيوجب الضمان ولو شهدا على اقرار المولى أن هذه الأمة ولدت منه وهو منكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا فنقول هذا في الاصل لا يخلو من

أحد وجهين أما أن لم يكن معها ولد وأما أن كان معها ولد وكل ذلك لا يخلو أما أن رجعا في حال حياة المولى وأما أن رجعا بعد وفاته أما إذا لم يكن معها ولد ورجعا في حال حياة المولى يضمنان للمولى نقصان قيمتها فتقوم أمة قنأ وتقوم أم ولد لوجاز بيعها فيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه بشهادتهما هذا القدر حال حياته فيضمنانه فإذا مات المولى عتقت الجارية لأنها أم ولده وأم الولد تعتق بموت سيدها ويضمنان بقية قيمتها للورثة لانهما أتلفا بشهادتهما كل الجارية لكن بعضها في حال الحياة والباقي بعد الوفاة فيضمنان كذلك وإن كان معها ولد ورجعا في حال حياة المولى فانهما يضمنان قيمة الولد لانهما أتلفاه عليه ألا ترى أنه لو لا شهادتهما لكان الولد عبد الله فهما يشهادتهما أتلفاه عليه فعليهما الضمان وعليهما ضمان نقصان قيمة الام أيضا لما قلنا فاذا مات المولى بعد ذلك لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا يضمنان له شيئا ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان في زعم الولدان رجوعهما باطل وأن ما أخذ الاب منهما أخذه بغير حق فصار مضمونا عليه فيؤدى من تركته ان كانت له تركه وإن لم يكن له تركه فلا ضمان على الولد لان من أقر على مورثه بدين وليس للميت تركه لا يؤخذ من مال الوارث وإن كان معه أخ فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتهما لانهما أتلفا عليه ذلك القدر ويرجعان على الولد بما أخذ الاب منهما لما قلنا ولا يرجعان بما قبض الاخ لان الاخ ظلم عليهما في زعمهما فليس لهما أن يظلما عليه ولا ضمان للاخ ما أخذ هذا من الميراث لانهما ما أتلفا عليه الميراث لما ذكر ان شاء الله تعالى هذا اذا كان الرجوع في حال حياة المولى فاما اذا كان بعد وفاته فإن لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا ضمان عليهما لان الولد يكذبهما في الرجوع وإن كان معه شريك في الميراث فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتهما لما قلنا ويضمنان للاخ نصف قيمة الولد لانهما أتلفا عليه نصف الولد ولا يضمنان له ما أخذ هذا الولد من الميراث لما قلنا ولا يرجعان على الولد ههنا لان هذا ظلم للاخ في زعمهما فليس لهما أن يظلما الولد هذا اذا كانت الشهادة في حال حياة المولى والرجوع عليه في حال حياته أو بعد وفاته فاما اذا كانت الشهادة بعد وفاته بأن مات رجل وترك ابنا وعبدًا وأمة وتركه فشهد شاهدان أن هذا العبد ولدته هذه الامة من الميت وصدقهما الولد والامة وأنكر الابن فقضى القاضي بذلك وجعل الميراث بينهما ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والامة ونصف الميراث للابن فرق بين حال الحياة وبين حال المات فان هناك لا يضمنان الميراث ووجه الفرق أن الشهادة بالنسب حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لا محالة لانه يجوز فيه التقدم والتأخر فمن الجائز أن يموت الاب أولا فيرثه الابن كما يجوز أن يموت الابن أولا ويرثه الاب فلم تكن الشهادة بالنسب شهادة بالمال والميراث لا محالة فلا تتحقق الشهادة اتلفا للمال فلا يضمنان بخلاف الشهادة بعد الموت فانها شهادة بالمال لا محالة فقد أتلفا عليه نصف الميراث فيضمنان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهد أنه دبر عبده فقضى القاضي بذلك ثم رجعا يضمنان للمولى نقصان التدبير فيقوم قنأ ويقوم مدبر أيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه حال حياته بشهادتهما هذا القدر فيضمنانه فإذا مات المولى بعد ذلك عتق العبد كله ان كان يخرج من الثلث ولا سعاية عليه لانه مدبره ويضمنان للورثة بقية قيمته عبد الانهما أتلفا بشهادتهما بقية ماليته بعد موته لان التدبير اعتاق بعد الموت ولو لم يكن له مال سوى المدبر عتق عليه بخلاف التدبير وصية فيعتبر بسائر الوصايا ويسعى في ثلث قيمته عبد اقنأ للورثة لان الوصية فيما زاد على الثلث لا تنفذ من غير اجازة الورثة ويضمن الشاهدان للورثة ثلث قيمته لانهما أتلفا عليه بشهادتهما ثلث العبد هذا اذا كانت السعاية تخرج من ثلث العبد فان كانت لا تخرج بأن كان معسرا فانهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ثم يرجعان على العبد ثلث قيمته اذا أيسر ولو شهدا أنه قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر وشهد آخران بالدخول ثم رجعا فالضمان على شهود اليمين لان العتق ثبت بقوله أنت حر وانما الدخول شرط والحكم يضاف الى العتق لا الى الشرط فكان التلغ حاصلًا بشهادتهما فكان الضمان عليهما وكذلك اذا شهدا انه قال لا امرأته ان دخلت الدار فانت طالق وشهد آخران بالدخول ثم رجعا لما قلنا وكذلك لو شهدا على رجل

بالزنا وشهد آخران بالا حصان ثم رجعا فاضمان على شهود الزنا على شهود الاحصان لان الاحصان شرط ولو
شهد انه قتل فلا خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا الدية لانهما اتلفاها عليه وتكون في ما لهما لان الشهادة منهما بمنزلة
الاقرار منهما بالاتلاف والعاقلة لا تعقل الاقرار كما لو اقر اصريحا ولهذا الورجما في حال المرض اعتبر اقرارا بالدين حتى
يقدم عليه دين الصحة كما في سائر الاقرار وكذا لو شهدا انه قطع يد فلان خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا دية اليد
لما قلنا وكذا لو شهدا عليه بالسرقة فقضى عليه بالقطع فمطعت يده ثم رجعا فقد روي أن شاهدين شهدا عند سيدنا
على كرم الله وجهه على رجل بالسرقة فقضى عليه بالقطع فمطعت يده ثم جاء الشاهدان بآخر فقالا أو همتا أن السارق
هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضي الله عنه لا أصدقكما على هذا وأغر McKادية يد الاول ولو علمت أنكما تعمدتا
لقطعتم أيديكما وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا ولو شهدا انه قتل فلا ناعمد أفضى
القاضي وقتل ثم رجعا فعليهما الدية عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليهما القصاص وعلى هذا الخلاف اذا شهدا انه
قطع يد فلان (وجهه) قول الشافعي رحمه الله ان شهدتهما وقعت قتلا تسبيبا لانها تقضى الى وجوب القصاص وانه
يفضى الى القتل فكانت شهادتهما تسبيبا الى القتل والتسبيب في باب القصاص في معنى المباشرة كالا كراه على القتل
(وانا) أن نسلم أن الشهادة وقعت تسبيبا الى القتل لكن وجوب القصاص يتعلق بالقتل مباشرة لا تسبيبا لان ضمان
العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل شرعا ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل تسبيبا بخلاف الا كراه على
القتل لان القاتل هو المكروه مباشرة لكن بيد المكروه وهو كالا كلة والفعل لمستعمل الآلة لا لآلة على ما عرف على
أن ذلك وان كان قتلا تسبيبا فهو مخصوص عن نصوص المماثلة فن ادعى تخصيص القرع محتاج الى الدليل وعلى
هذا يخرج ما اذا شهدا على ولي القاتل أنه عفا عن القتل وقضى القاضي ثم رجعا انه لا ضمان عليهما في ظاهر الرواية
لانه لم يوجد منهما اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهما قامت على العفو عن القصاص والقصاص ليس بمال ألا
تري أنه لو أكره رجلا على العفو عن القصاص فعفا لا يضمن المكروه ولو كان القصاص مالا يضمن لان المكروه
يضمن بالا كراه على اتلاف المال وكذا من وجب له القصاص وهو مريض فعفا ثم مات في مرضه ذلك لا يعتبر من
الثلث ولو كان مالا اعتبر من الثلث كما اذا تبرع في مرضه وعن أبي يوسف رحمه الله أنهما يضمنان الدية لولي القاتل لان
شهادتهما اتلاف للنفس لان نفس القاتل تصير مملوكة لولي القاتل في حق القصاص فقد اتلفا بشهادتهما على المولى
نفسا تساوي ألف دينار وأربعة آلاف درهم فيضمنان وهذا غير سديد لاننا نسلم أن نفس القاتل تصير مملوكة لولي
القاتل بل الثابت له ملك الفعل لا ملك الحل لان في الحل ما ينافي الملك لما علم في مسائل القصاص فلم تقع شهادتهما
اتلاف للنفس ولا اتلاف المال فلا يضمنان ولو شهدا أن هذا الغلام ابن هذا الرجل والاب يحجده فقضى القاضي
بشهادتهما ثم رجعا لا يبطل النسب ولا ضمان على الشاهدين لا بعد اتمام اتلاف المال منهما (وأما) شرائط الوجوب
فانواع منها أن يكون الرجوع بعد القضاء فان كان قبله لا يجب الضمان لما ذكرنا أن الركن في وجوب الضمان بالشهادة
وقوع الشهادة اتلافا ولا تصير اتلافا الا اذا صارت حجة ولا تصير حجة الا بالقضاء فلا تصير اتلافا الا به (ومنها) مجلس
القضاء فلا عبرة بالرجوع عند غير القاضي كما لا عبرة بالشهادة عند غيره حتى لو أقام المدعي عليه البيعة على رجوعهما لا تقبل
بيئته وكذا لا يمين عليهما اذا أنكر الرجوع الا اذا حكيما عند القاضي رجوعهما عند غيره فيعتبر رجوعهما لان ذلك بمنزلة
انشاء رجوعهما عند القاضي فكان معتبرا (ومنها) أن يكون المتلف بالشهادة عين مال حتى لو كان منفعة لا يجب الضمان
لان الاصل ان المنافع غير مضمونة بالاتلاف عندنا وعلى هذا يخرج ما اذا شهدا أنه تزوج هذه المرأة بلف درهم ومهر
مثلهما ألقان وهي تنكر فقضى القاضي بالنكاح بلف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيئا لانهما اتلفا عليها منفعة البضع
والمنفعة ليست بعين مال حقيقة وانما يعطى لها حكم الاموال بعارض عقد الاجارة وكذا لو ادعت امرأة على رجل
أنه طلقها على ألف درهم والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى القاضي ثم رجعا لم يضمن الزوج شيئا لانهما بشهادتهما

اتلفا على الزوج المنفعة لا عين المال وعلى هذا لو ادعى رجل أنه استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجر مثلها مائة درهم والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضي ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيئا لأنهما بشهادتهما اتلفا المنفعة لا عين المال (ومنها) أن يكون اتلاف المال بعير عوض فان كان بعوض لا يجب الضمان سواء كان العوض عين مال أو منفعة لها حكم عين المال لأن الاتلاف بعوض يكون اتلافا بصورة لا معنى وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى رجل على رجل أنه باع عبده منه بالف درهم والمشتري ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا أنه ينظر إن كانت قيمة العبد ألفا أو أكثر فلا ضمان عليهما للمشتري لأن شهادتهما وقعت اتلافا بعوض فلا يكون اتلافا معنى فلا يوجب الضمان وإن كانت قيمته أقل من ألف يضمنان الزيادة له لوقوع الشهادة اتلافا بقدر الزيادة ولو كانت الدعوى من المشتري والمسئلة بجملها إن كانت قيمته مثل الثمن المذكور أو أقل فلا ضمان على الشاهدين للبائع لما قلنا وإن كانت قيمته أكثر من ألف يضمنان الزيادة للبائع لأن شهادتهما وقعت اتلافا بغير الزيادة وعلى هذا يخرج ما إذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها على ألف درهم والرجل ينكر فشهد لها شاهدان بذلك وقضى القاضي بالنكاح بالف ثم رجعا أنه ينظر إن كان مهر مثلها ألفا أو أكثر من ذلك لم يضمن الزوج شيئا وإن اتلفا عليه عين المال لأنهما اتلفاها بعوض له حكم عين المال وهو البضع لأنه يعتبر مالا حال دخوله في ملك الزوج بدليل أن الأب يملك أن يزوجه من ابنته امرأة ولو لم يعتبر البضع مالا حال دخوله في ملك الزوج لما ملك لأن الأب لا يملك على ابنته معاوضة مال باليس بمال وكذلك المريض إذا تزوج امرأة على ألف درهم وذلك مهر مثلها لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم يكن البضع في حكم المال في حال الدخول في ملك الزوج لا يعتبر من الثلث كالتبرع دل أن البضع يعتبر مالا في حق الزوج حال دخوله في ملكه فكان الاتلاف بعوض هو في حكم عين المال فلا يكون اتلافا معنى وإن كان مهر مثلها أقل من ألف درهم يضمنان الزيادة على مهر المثل للزوج لأنهما اتلفا الزيادة عليه من غير عوض أصلا وهذا بخلاف ما إذا ادعى رجل على امرأة أنه طلقها بألف درهم والمرأة تنكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي عليها بألف درهم ثم رجعا أنهما يضمنان للمرأة ألف درهم لأنهما اتلفا عليها عين المال بغير عوض أصلا لأن البضع حال خروجه عن ملك الزوج لا يعتبر مالا بدليل أن الأب لا يملك أن يتخلع من ابنته الصغيرة على مال ولو فعل وأدى من ماله يضمن ولو كان مالا لملك لأنه يملك عليها معاوضة مال بمال وكذلك المريضة إذا اختلعت من نفسها حال مرضها على مال يعتبر من الثلث كالوصية ولو كان له حكم المال لا تعتبر من جميع المال كما في سائر معاوضات المال بالمال وإذا لم يكن له حكم المال حال الخروج عن ملك الزوج حصلت شهادتهما اتلافا عليهما من عوض أصلا فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى رجل أنه أجر داره من فلان شهر بعشرة دراهم والمستأجر ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا فاما إن كان في أول المدة ينظر إن كان أجر الدار مثل المسمى لا ضمان عليهما للمستأجر ولو اتلفا عليه عين مال لكن بعوض له حكم عين المال وهو المنفعة لأن المنفعة في باب الاجارة لها حكم عين المال وإن كانت أجره مثلها أقل من المسمى فانهما يضمنان الزيادة لأن التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض أصلا وإن كانت الدعوى بعد مضي مدة الاجارة فعليهما ضمان الاجرة لأنهما اتلفا عليه من غير عوض أصلا فكان مضمونا عليهما وعلى هذا يخرج ما إذا شهد شاهدان على القاتل أنه صالح ولي القاتل على مال والقاتل ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا أنهما لا يضمنان شيئا للقاتل لأنهما اتلفا عليه عين مال بعوض وهو النفس لأن النفس تصلح أن تكون عوضا بدليل أن المريض وجب عليه القصاص فصالح الولي على الدية جاز ولا تعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم تصلح النفس عوضا لا تعتبر من الثلث دل أن هذا اتلاف بعوض فلا يوجب الضمان إلا إذا شهدا على الصلح بأكثر من الدية فيضمنان الزيادة على الدية للقاتل لأن تلف الزيادة حصل بغير عوض ويمكن تخرج هذه المسائل على فصل التسبب لأن ما قبله عوض لا يكون اتلافا معنى فلم يوجد سبب وجوب الضمان فلا يجب فافهم ذلك ويستوى في وجوب الضمان الرجوع

عن الشهادة والرجوع على الشهادة حتى لو رجعت القروخ وثبت الاصول يجب الضمان على القروخ لوجود الاتلاف
منهم لوجود الشهادة منهم حقيقة ولو رجع الاصول وثبت القروخ فلا ضمان على القروخ لانعدام الرجوع منهم وهل
يجب الضمان على الاصول قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يجب . قال محمد يجب (وجه) قوله أن القروخ
لا يشهدون بشهادة أنفسهم وانما يفعلون بشهادة الاصول فاذا شهدوا فقد أظهروا شهادتهم فكانهم حضروا بانفسهم
وشهدوا ثم رجعوا (وجه) قولهما أن الشهادة وجدت من القروخ لا من الاصول لعدم الشهادة حقيقة فانهم لم
يشهدوا حقيقة وانما شهد القروخ وهم ثابتون على شهادتهم فلم يوجد الاتلاف من الاصول لعدم الشهادة
منهم حقيقة فلا يضمنون وعلى هذا اذا رجعوا جميعا فالضمان على القروخ عندهما ولا شيء على الاصول
لوجود الشهادة من القروخ حقيقة لا من الاصول وعنده المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن القروخ وان شاء
ضمن الاصول لوجود الشهادة من الفريقين ولو لم يرجع أحد من الفريقين ولكن الاصول أنكروا الاشهاد فلا
ضمان على أحد لانعدام الرجوع عن الشهادة ويستوى في وجوب ضمان الرجوع رجوع الشهود والمزكين
غند أبي حنيفة حتى ان المزكين لو زكوا الشهود فشهدوا وقضى القاضى بشهادتهم ثم رجع المزكون ضمنوا
عنده وعند همارجوع المزكين لا يوجب الضمان وجه قولهما ان رجوع المزكين بمنزلة رجوع شهود الاحصان لان
التركية ليست الا بناء عن الشهود كالشهادة على الصفات التي هي خصال حميدة ثم الرجوع عن الشهادة على الاحصان
لا يوجب الضمان كذا هذا ولا يوجب حنيفة أن التركية في معنى الشهادة في وجوب الضمان لان الرجوع عن الشهادة
انما يوجب الضمان لوقوعه اتلافا وانما يصير اتلافا بالتركية ألا ترى أنه لو لا التركية لما وجب القضاء فكانت
الشهادة عاملة بالتركية فكانت التركية في معنى علة العلة فكانت اتلافا بخلاف الشهادة على الاحصان لان الاحصان
شرط كون الزنا علة والحكم للعلة لا للشرط وأما بيان مقدار الواجب من الضمان فلا يصل أن مقدار الواجب منه
على قدر الاتلاف لان سبب الوجوب هو الاتلاف والحكم يتقدر بقدر العلة والعبرة فيه ببقاء من بقي من الشهود بعد
رجوع من رجع منهم فان بقي منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لانعدام الاتلاف أصلا من
أحد وان بقي منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراجعين ضمان قدر التالف بالحصص فتقول بيان هذه الجملة
اذا شهد رجلان بمال ثم رجع أحدهما عليه نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الباقي ولو كانت الشهود
أربعة فرجع واحد منهم لا ضمان عليه وكذا اذا رجع اثنان لان الاثنين يحفظان المال ولو رجع منهم ثلاثة
فعليهم نصف المال لان النصف عندنا بشهادة شاهد واحد ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجع الرجل غرم
نصف المال لان النصف بقي بثبات المرأتين ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين لبقاء النصف
بثبات الرجل ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ثلثا رابع المال نصفه على الرجل وربعه على المرأة لان الباقي ببقاء
امرأة واحدة الربع فكان التالف بشهادة الرجل والمرأة ثلاثة ارباع والرجل ضعف المرأة فكان عليها الربع
وعلى الرجل النصف ولو رجعوا جميعا فنصف المال على الرجل والنصف على المرأتين بينهما نصفان ولو شهد
رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين ولا شيء على المرأة لان المرأة الواحدة في الشهادة وجودها وعدمها
بمنزلة واحدة لان القاضى لا يقضى بشهادتها ولو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعت المرأتان فلا ضمان عليهما لان
الحق يبقى محفوظا بالرجلين ولو رجع الرجلان يضمنان نصف المال لان المرأتين يحفظان النصف ولو رجع رجل
واحد لا شيء عليه لان رجلا وامرأتين يحفظون جميع المال ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ربع المال بينهما اثلثا
ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لانه بقي ثلاثة ارباع ببقاء رجل وامرأتين فكان التالف بشهادة رجل وامرأة
الربع والرجل ضعف المرأة فكان بينهما اثلثا ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اثلثا أيضا ثلثاه على الرجلين وثلثه
على المرأتين لماذا ذكرنا أن الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ما تالف بشهادتها ولو شهد رجل وعشرة

نسوة ثم رجعوا جميعاً للضمان بينهم أسداس سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا قول أبي حنيفة فاما
عندهما فالضمان بينهم نصفان نصفه على الرجل ونصفه على النسوة وجه قولهما أن النساء وأن كثرن فلهن شطر
الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال والنصف بشهادة الرجل فكان الضمان بينهم انصافاً ولا يبي
حنيفة أن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم أسداساً ولو رجع الرجل وحده
ضمن نصف المال لأن النصف محفوظ بشهادة النساء وكذلك لو رجعت النسوة غرم نصف المال لأن النصف
محفوظ بشهادة الرجل هذان الفصلان يؤيدان قولهما في الظاهر ولو رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لأن الحق
يقي محفوظاً بـرجل وامرأتين ولو رجعت امرأة بعد ذلك فعليها وعلى الثمان ربع المال لأنه بقي ثبات رجل وامرأة
ثلاثة أرباع المال فكان التالف بشهادتهن الربع ولو رجع رجل وامرأة فعليهما نصف المال اثلاً ثلثاً على الرجل
والثلث على المرأة لأن تسع نسوة يحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامرأة النصف والرجل ضعف المرأة
فكان بينهما اثلاً ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة فعلى الرجل نصف المال ولا شيء على
المرأة في قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه نصف المال يكون عليهما
أثلاً ثلثاً على الرجل وثلثه على المرأة ولو رجعوا جميعاً فالضمان بينهم أخماس عند أبي حنيفة خمسه على الرجل وثلاثة
أخماسه على النسوة لأن الرجل ضعف المرأة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المرأة لما ذكرنا أن لهن
شطر الشهادة وإن كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج
ما إذا شهد شاهدان أنه طلق امرأته ثلاثاً والزوج ينكر وشهد شاهدان بالدخول فقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا
فالضمان عليهم أرباع على شاهدي الطلاق الربع لأن شاهدي الدخول شهدا بكل المهر لأن كل المهر يتأكد
بالدخول وللمؤكد حكم الموجب على مامر وشاهدي الطلاق شهدا بالنصف لأن نصف المهر يتأكد بالطلاق
على ما ذكرنا والمؤكد كد للواجب في معنى الواجب فشاهد الدخول أقر بنصف المهر والنصف الآخر اشترك فيه
الشهود وكلهم فكان نصف النصف وهو الربع على شاهدي الطلاق وثلاثة الأرباع على شاهدي الدخول فاما الذي
يرجع إلى نفسه فتوعان أحدهما وجوب الحد لكن في شهادة مخصوصة وهي الشهادة القائمة على الزنا وجملة الكلام
فيه أن الرجوع عن الشهادة بالزنا إما أن يكون من جميع الشهود وإما أن يكون من بعضهم دون بعض فإن رجعوا جميعاً
يحدون حد القذف سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء أما قبل القضاء فلا نكاحهم قبل القضاء نعم قد فاق
لا شهادة إلا أنه لا يقيم الحد عليهم للحال لاحتمال أن يصير شهادته بقرينة القضاء فإذا رجعوا فقد زال الاحتمال فبقي
قد فاق وجوب الحد بالنص وأما بعد القضاء فلا نكاحهم وإن صار شهادته باتصال القضاء به فقد انقلب قد فاق الرجوع
فصار أرباع الرجوع قد فاق فيحدون ولو رجعوا بعد القضاء ولا مضاء فلا خلاف في أنهم يحدون إذا كان الحد جلداً وإن
كان رجماً فكذلك عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا حد عليهم ووجه قوله أنهم لما رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن
كلامهم وقع قد فاق من حين وجوده فصارك كما لو قد فوا صريحاً ثم مات المقدوف وحد القذف لا يورث بلا خلاف
بين أصحابنا فيسقط (ولنا) أن بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قد فاق من حين وجوده وإنما يصير قد فاق وقت الرجوع
والمقدوف وقت الرجوع ميت فصارك قد فاق بعد الموت فيجب الحد هذا حكم الحد وأما حكم الضمان فاما قبل الامضاء
لا ضمان أصلاً لعدم الاتلاف أصلاً وأما بعد الامضاء فإن كان الحد رجماً ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم
اتلافاً أو إقراراً بالاتلاف وإن كان الحد جلداً فليس عليهم إرش الجلدات إذا لم يمت منها ولا الدية إن مات منها عند أبي
حنيفة رحمه الله وعندهما يضمنون وجه قولهما أن شهادتهم وقعت اتلافاً بطريق التسبب لأنها تقضي إلى القضاء
والقضاء يقضي إلى إقامة الجلدات وانها تقضي إلى التلف فكان التلف بهذه الوسائط مضافاً إلى الشهادة فكانت
اتلافاً تسببياً ولهذا الوشهد وبالقبض أو بالمال ثم رجعوا وجبت عليهم الدية والضمان كذا هذا ولا يبي حنيفة عليه

الرحمة أن الأثر حصل مضافاً إلى الضرب دون الشهادتين لوجهين أحدهما أن الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح لأن الضرب الجارح غير مستحق في الجلد فلا يكون الجرح مضافاً إلى شهادتهم والثاني أن الضرب مباشرة الاتلاف والشهادة تسبب إليه وإضافة الأثر إلى المباشرة أولى من إضافته إلى التسبب إلا أنه لا ضمان على بيت المال لأن هذا ليس خطأ من القاضي ليكون عطاؤه في بيت المال لنوع تقصير منه ولا تقصير من جهة ههنا فلا شيء على بيت المال هذا إذا رجعوا جميعاً فاما إذا رجع واحد منهم فإن كان قبل القضاء يحدون جميعاً عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يحد الراجع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة قذفاً لكمال نصاب الشهادة وهو عدد الأربعة وإنما ينقلب قذفاً بالرجوع ولم يوجد إلا من أحدهم فينقلب كلاماً قذفاً خاصة بخلاف ما إذا شهد ثلاثة بالزنا منهم يحدون لأن هناك نصاب الشهادة لم يكمل فوقع كلامهم من الابتداء قذفاً (ولنا) أن كلامهم لا يصير شهادة إلا بقرينة الزنا لا ألا ترى أنها لا تصير حجة إلا به فقله يكون قذفاً لا شهادة فكان ينبغي أن يقام الحد عليهم بالنص لوجود الرمي بهم إلا أنه لا يقام لا احتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء ولثلاث يؤدي إلى سد باب الشهادة فإذا رجع أحدهم زال هذا المعنى فبقى كلامهم قذفاً فيحدون وصار كما لو كان الشهود من الابتداء ثلاثة فانهم يحدون لوقوع كلامهم قذفاً كذا هذا وإن كان بعد القضاء قبل الامضاء فانهم يحدون جميعاً عندهما وعند محمد الراجع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة لا اتصال القضاء به فلا ينقلب قذفاً إلا بالرجوع ولم يرجع إلا واحد منهم فينقلب كلامه خاصة قذفاً فلم يصح رجوعه في حق الباقي فبقى كلامهم شهادة فلا يحدون ولهما أن الامضاء في باب الحدود من القضاء بدليل أن عمى الشهود أوردتهم قبل القضاء كما يمنع من القضاء فبعده يمنع من الامضاء فكان رجوعه قبل الامضاء بمنزلة رجوعه قبل القضاء ولو رجع قبل القضاء يحدون جميعاً بخلاف بين أصحابنا الثلاثة كذا إذا رجع بعد القضاء قبل الامضاء وإن كان بعد الامضاء فإن كان الحد جلد أحد الراجع خاصة بالاجماع لأن رجوعه صحيح في حقه خاصة لا في حق الباقي فقلبت شهادته خاصة قذفاً فيحد خاصة وإن كان الحد رجماً ومات المقدوف يحد الراجع عند أصحابنا خلافاً لزفر وقد مرّت المسئلة هذا حكم الحد فاما حكم الضمان فلا ضمان إذا كان رجوعه قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء قلنا وأما بعد الامضاء فإن كان الحد جلد أحد فلا شيء على الراجع من ارش السياط ولا من الدية إن مات عند أبي حنيفة رحمه الله وعند شمس يجب وإن كان رجماً غرم الراجع ربع الدية لأن الثلاثة يحفظون ثلاثة أرباع الدية فكان التالف بشهادة الربع هذا إذا كان شهود الزنا أربعة فاما إذا كانوا خمسة فراجع واحد منهم فإن القاضي يقيم الحد على المشهود عليه بما بقي من الشهود لأن الأربعة نصاب تام يحفظون الحد على المشهود عليه وإن أمضى الحد ثم رجع اثنان ضمان ربع الدية إن مات المرجوم لأن الثلاثة قاموا بثلاثة أرباع الحق فكان التالف بشهادتهما الربع فيضمنانه وإن لم يمت فليس عليهما أرش للضرب عند أبي حنيفة وعندهما يجب وقد تقدمت المسئلة والثاني وجوب التعزير في عموم الشهادات سوى الشهادة على الزنا بأن تعمد شهادة الزور وظهر عند القاضي باقراره لأن قول الزور جنابة ليس فيها ما سوى القذف حد مقدر فتوجب التعزير بخلاف بين أصحابنا وإنما اختلفوا في كيفية التعزير قال أبو حنيفة عليه الرحمة تعزيره تشهيراً فينادى عليه في سوقه أو مسجد حيه ويحذر الناس منه فيقال هذا شاهد الزور فاحذروه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضم إليه ضرب أسواط هذا إذا تاب فأما إذا لم يتب وأصر على ذلك بأن قال إني شهدت بالزور وأنا على ذلك قائم فإنه يعزر بالضرب بالاجماع احتجاً بما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه ولأن قول الزور من أكبر الكبائر وليس إليه فيما سوى القذف بالزنا حد مقدر فيحتاج إلى أبلغ الزاجر ولا في حنيفة رحمه الله ما روى أن شريحاً كان يشهر شاهد الزور ولا يعزره وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم رضوان الله تعالى عليهم ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر ولأن الكلام فيمن أقرانه

شهد بزور نادما على ما فعل لامصراً عليه والندم توبة على لسان رسول الله
 صلى الله عليه وسلم والتائب لا يستوجب الضرب حتى لو كان
 مصراً على ذلك يضرب وفعل سيدنا عمر رضي الله عنه
 محمول عليه توفيقاً بين الدلائل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ تم الجزء السادس ويليه الجزء السابع وأوله كتاب آداب القاضي ﴾

(فهرست الجزء السادس من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

صفحة	محتوى	صفحة	محتوى
٧٨	فصل وأما بيان ما يبطل به عقد الشركة	٢	كتاب الكفالة
٧٩	كتاب المضاربة	٥	فصل وأما شرائط الكفالة
٧٩	فصل وأما ركن العقد	١٠	فصل وأما بيان حكم الكفالة
٨١	فصل وأما شرائط الركن الخ	١١	فصل وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة
٨٦	فصل وأما بيان حكم المضاربة	١٣	فصل وأما رجوع الكفيل
١٠١	فصل وأما صفة هذا العقد	١٥	فصل وأما ما يرجع به الكفيل
١٠١	فصل وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال	١٥	كتاب الحوالة
١١٢	فصل وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة	١٧	فصل وأما بيان حكم الحوالة
١١٥	كتاب الهبة	١٨	فصل وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة
١١٨	فصل وأما شرائط	١٩	فصل وأما بيان الرجوع
١٢٧	فصل وأما حكم الهبة	١٩	كتاب الوكالة
١٣٥	كتاب الرهن	٢٠	فصل وأما بيان ركن التوكيل
١٣٥	فصل وأما شرائط	٢٠	فصل وأما شرائط فأنواع
١٤٥	فصل وأما حكم الرهن	٢٤	فصل وأما بيان حكم التوكيل
١٥٤	فصل وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون	٣٢	فصل الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به
١٥٥	فصل وأما شرائط كونه مضمونا عند الهلاك	٣٧	فصل وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة
١٧٤	فصل وأما حكم اختلاف الراهن والمرتهن	٣٩	كتاب الصلح
١٧٥	كتاب المزارعة	٤٠	فصل وأما شرائط الركن فأنواع
١٧٦	فصل وأما ركن المزارعة	٤٢	فصل وأما شرائط التي ترجع الى المصالح عليه فأنواع
١٧٦	فصل وأما شرائط الخ	٤٨	فصل وأما الذي يرجع الى المصالح عنه فأنواع
١٧٧	فصل وأما الذي يرجع الى الزرع	٥٣	فصل وأما بيان حكم الصلح الخ
١٧٧	فصل وأما الذي يرجع الى المزرع	٥٤	فصل وأما بيان ما يبطل به الصلح
١٧٧	فصل وأما الذي يرجع الى الخارج	٥٥	فصل وأما بيان حكم الصلح
١٧٨	فصل وأما الذي يرجع الى المزرع فيه	٥٦	كتاب الشركة
١٧٩	فصل وأما الذي يرجع الى ما عقد عليه	٥٧	فصل وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة
١٧٩	فصل وبيان هذه الجملة الخ	٥٨	فصل وأما بيان شرائط جواز هذه الأنواع
١٨٠	فصل وأما الذي يرجع الى آلة المزارعة الخ	٦٥	فصل وأما حكم الشركة
١٨٠	فصل وأما الذي يرجع الى مدة المزارعة الخ	٧٧	فصل وأما صفة عقد الشركة
١٨٠	فصل وأما شرائط المنفعة للمزارعة الخ		
١٨١	فصل وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة		

صحيفة	صحيفة
٢١٤ كتاب العارية	١٨٢ فصل وأما حكم المزارعة الفاسدة
٢١٤ فصل وأما الشرائط التي يصير الركن بها اعادة الخ	١٨٣ فصل وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة الخ
٢١٤ فصل وأما بيان حكم العقد الخ	١٨٤ فصل وأما الذي ينفسخ به عقد المزارعة
٢١٦ فصل وأما صفة الحكم الخ	١٨٤ فصل وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة الخ
٢١٧ فصل وأما بيان حال المستعار	١٨٥ كتاب المعاملة
٢١٨ فصل وأما بيان ما يوجب تغير حالها	١٨٦ فصل وأما الشرائط المفسدة للمعاملة
٢١٨ كتاب الوقف والصدقة	١٨٧ فصل وأما حكم المعاملة الصحيحة الخ
٢١٩ فصل وأما شرائط الجواز	١٨٨ فصل وأما حكم المعاملة الفاسدة الخ
٢٢٠ فصل وأما الذي يرجع الى الموقوف الخ	١٨٨ فصل وأما المعاني التي هي عذر في فسخها
٢٢٠ فصل وأما حكم الوقف الجائر	١٨٨ فصل وأما الذي ينفسخ به عقد المعاملة
٢٢١ وأما الصدقة الخ	١٨٨ فصل وأما حكم المعاملة المنفسخة الخ
٢٢١ كتاب الدعوى	١٨٨ كتاب الشرب
٢٢٢ فصل وأما الشرائط المصححة للدعوى	١٩٢ كتاب الاراضي
٢٢٤ فصل وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه	١٩٦ كتاب المفقود
٢٢٤ فصل وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل بها	١٩٦ فصل وأما بيان ما يصنع بماله
٢٢٥ فصل وأما حجة المدعى والمدعى عليه	١٩٧ فصل وأما حكم ماله الخ
٢٢٧ فصل وأما بيان كيفية التمين	١٩٧ كتاب اللقيط
٢٢٩ فصل وأما حكم أدائه	١٩٧ فصل وأما بيان حاله
٢٣٠ فصل وأما حكم الامتناع	٢٠٠ كتاب اللقطة
٢٣١ فصل وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه	٢٠٠ فصل وأما بيان أحوالها الخ
٢٣٢ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين	٢٠٢ فصل وأما بيان ما يصنع بها
٢٥٢ فصل وأما بيان ما يظهر به النسب	٢٠٣ كتاب الابق
٢٥٥ فصل وأما صفة النسب الثابت	٢٠٣ فصل وأما بيان ما يصنع به
٢٥٥ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين الخ	٢٠٣ فصل وأما بيان حكم ماله
٢٥٩ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك	٢٠٤ فصل وأما شرائط الاستحقاق الخ
٢٦٣ فصل وأما بيان حكم الملك والحق الثابت الخ	٢٠٥ فصل وأما بيان من يستحق عليه الخ
٢٦٦ كتاب الشهادة	٢٠٥ فصل وأما بيان قدر المستحق الخ
٢٦٦ فصل وأما الشرائط الخ	٢٠٦ كتاب السباق
٢٨٢ فصل وأما بيان ما يلزم الشاهد الخ	٢٠٦ فصل وأما شرائط جوازها الخ
٢٨٢ فصل وأما بيان حكم الشهادة	٢٠٧ كتاب الوديعة
٢٨٣ كتاب الرجوع عن الشهادة	٢٠٧ فصل وأما شرائط الركن الخ
	٢٠٧ فصل وأما بيان حكم العقد
	٢١١ فصل وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه

كتاب بدايع الصبح في تنبيه الشرايع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء السابع

الطبعة الثانية

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

القضاء

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب آداب القاضى

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان فرضية نصب القاضى وفى بيان من يصلح للقضاء وفى بيان من يفترض عليه قبول تقليد القضاء وفى بيان شرائط جواز القضاء وفى بيان آداب القضاء وفى بيان ما ينفذ من القضاء وما ينقض منها اذا رفع الى قاض آخر وفى بيان ما يحل للقاض وما لا يحل له وفى بيان حكم خطأ القاضى فى القضاء وفى بيان ما يخرج به القاضى عن القضاء (أما) الاول فنصب القاضى فرض لانه ينصب لا قامة أمر مفروض وهو القضاء قال الله سبحانه وتعالى يا داود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال تبارك وتعالى لبينا المكرم عليه أفضل الصلاة والسلام فاحكم بينهم بما أنزل الله والقضاء هو الحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنزل الله عز وجل فكان نصب القاضى لا قامة الفرض فكان فرضاً ضرورة ولان نصب الامام الاعظم فرض بلا خلاف بين أهل الحق ولا عبرة بخلاف بعض القدرة لا لاجماع الصحابة رضى الله عنهم على ذلك ولمساس الحاجة اليه لتقيد الاحكام وانصاف المظلوم من الظالم وقطع المنازعات التى هى مادة الفساد وغير ذلك من المصالح التى لا تقوم الا بامام لما علم فى أصول الكلام ومعلوم انه لا يمكنه القيام بما نصب له بنفسه فيحتاج الى نائب يقوم مقامه فى ذلك وهو القاضى ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث الى الآفاق قضاة فبعث سيدنا معاذا رضى الله عنه الى اليمن وبعث عتاب بن أسيد الى مكة فكان نصب القاضى من ضرورات نصب الامام فكان فرضاً وقد سماه محمد فرضة محكمة لانه لا يحتمل النسخ لكونه من الاحكام التى عرف وجوبها بالعقل والحكم العقلى لا يحتمل الانتساخ والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يصلح للقضاء فتقول الصلاحية للقضاء لها شرائط (منها) العقل (ومنها) البلوغ (ومنها) الاسلام (ومنها) الحرية (ومنها) البصر (ومنها) النطق (ومنها) السلامة عن حد القذف لما قلنا في الشهادة فلا يجوز تقليد المجنون والصبي والكافر والعبد والاعمى والاخرس والمحدود في القذف لان القضاء من باب الولاية بل هو أعظم الولايات وهو لا يلىست لهم أهلية أدنى الولايات وهي الشهادة فلا ن لا يكون لهم أهلية أعلاها أولى وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد في الجملة لان المرأة من أهل الشهادات في الجملة إلا أنها لا تقضى بالحدود والقصاص لانه لا شهادة لها في ذلك وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة (وأما) العلم بالحلال والحرام وسائر الاحكام فهل هو شرط جواز التقليد عندنا ليس بشرط الجواز بل شرط الندب والاستحباب وعند أصحاب الحديث كونه عالماً بالحلال والحرام وسائر الاحكام مع بلوغ درجة الاجتهاد في ذلك شرط جواز التقليد كما قالوا في الامام الاعظم وعندنا هذا ليس بشرط الجواز في الامام الاعظم لانه يمكنه أن يقضى بعلم غيره بالرجوع الى فتوى غيره من العلماء فكذا في القاضي لكن مع هذا لا ينبغي أن يقلد الجاهل بالاحكام لان الجاهل بنفسه ما يفسد أكثر مما يصلح بل يقضى بالباطل من حيث لا يشعر به وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال القضاة ثلاثة قاض في الجنة وقاضيان في النار رجل علم علماً فقصى بما علم فهو في الجنة ورجل علم علماً فقصى بغير ما علم فهو في النار ورجل جهل فقصى بالجهل فهو في النار إلا أنه لو قد جاز عندنا لانه يقدر على القضاء بالحق بعلم غيره بالاستفتاء من الفقهاء فكان تقليده جائز أفي نفسه فاسد المعنى في غيره والفاسد المعنى في غيره يصلح للحكم عندنا مثل الجائر حتى ينفذ قضاياه التي لم يجاوز فيها حد الشرع وهو كالبيع الفاسد انه مثل الجائر عندنا في حق الحكم كذا هذا وكذا العدة عندنا ليست بشرط جواز التقليد لكنها شرط الكمال فيجوز تقليد الفاسق وتنفذ قضاياه اذا لم يجاوز فيها حد الشرع وعند الشافعي رحمه الله شرط الجواز فلا يصلح الفاسق قاضياً عند بناء على أن الفاسق ليس من أهل الشهادة عنده فلا يكون من أهل القضاء وعندنا هو من أهل الشهادة فيكون من أهل القضاء لكن لا ينبغي أن يقلد الفاسق لان القضاء أمانة عظيمة وهي أمانة الاموال والابضاع والنفوس فلا يقوم بوفائها الا من كل ورعه وتم تقواه الا أنه مع هذا لو قد جاز التقليد في نفسه وصار قاضياً لان الفساد لمعنى في غيره فلا يمنع جواز تقليده القضاء في نفسه لاسر (وأما) ترك الطلب فليس بشرط جواز التقليد بالاجماع فيجوز تقليد الطالب بلا خلاف لانه يقدر على القضاء بالحق لكن لا ينبغي أن يقلد لان الطالب يكون متهماً وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ان لا تولى أمرنا هذا من كان له طالباً وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وهذا الإشارة الى أن الطالب لا يوفق لاصابة الحق والمجبر عليه يوفق وأما شرائط الفضيلة والكمال فهو أن يكون القاضي عالماً بالحلال والحرام وسائر الاحكام قد بلغ في علمه ذلك حد الاجتهاد عالماً بما شرع الناس ومعاملتهم عدلاً ورعاً عفيفاً عن التهمة صابغ النفس عن الطمع لان القضاء هو الحكم بين الناس بالحق فاذا كان المقلد بهذه الصفات فالظاهر انه لا يقضى الا بالحق ثم ما ذكرنا أنه شرط جواز التقليد فهو شرط جواز التحكيم لان التحكيم مشروع قال الله تعالى عز شأنه فابعثوا حكاماً من أهلهم أهلها فكان الحكم من الحكيم بمنزلة حكم القاضي المقلد الا انها يفتقران في أشياء مخصوصة (منها) أن الحكم في الحدود والقصاص لا يصح (ومنها) أنه ليس بلازم ما لم يتصل به الحكم حتى لو رجع أحد المتحاكين قبل الحكم يصبح رجوعه واذا حكم صار لازماً (ومنها) أنه اذا حكم في فصل مجتهد فيه ثم رفع حكمه الى القاضي ورأيه يخالف رأى الحاكم المحكم له أن يفسخ حكمه والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان من يفترض عليه قبول تقليد القضاء فتقول اذا عرض القضاء على من يصلح له من أهل البلد ينظر ان كان في البلد عدد يصلحون للقضاء لا يفترض عليه القبول بل هو في سعة من القبول والترك (اما) جواز القبول فلان الانبياء والمرسلين صلوات الله عليهم أجمعين قضوا بين الامم بأنفسهم وقد واغبرهم وأمروا بذلك فقد بعث

رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذ رضى الله عنه الى اليمن قاضيا وبعث عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة قاضيا وقد النبي عليه الصلاة والسلام كثير من أصحابه رضى الله تعالى عنهم الاعمال وبعثهم اليها وكذا الخلفاء الراشدون قضوا بأنفسهم وقد واغبرهم فقد سيدنا عمر رضى الله عنه شر بحا القضاء وقرر سيدنا عثمان وسيدنا علي رضى الله عنهما (وأما) جواز الترك فلما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا بد من رضى الله عنه اياك والا مارة وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تتأمرن على اثنين وروى أن أبا حنيفة رضى الله عنه عرض عليه القضاء فأبى حتى ضرب على ذلك ولم يقبل وكذا لم يقبله كثير من صالحى الامة وهذا معنى ما ذكر فى الكتاب دخل فيه قوم صالحون وترك الدخول فيه قوم صالحون ثم اذا جاز الترك والقبول فى هذا الوجه اختلفوا فى أن القبول أفضل أم الترك قال بعضهم الترك أفضل وقال بعضهم القبول أفضل احتج الفريق الاول بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين وهذا يجرى مجرى الزجر عن تقديم القضاء احتج الفريق الاخر بصنع الانبياء والمرسلين صلوات الله عليهم أجمعين وصنع الخلفاء الراشدين لان لنا فيهم قدوة ولان القضاء بالحق اذا أراد به وجه الله سبحانه وتعالى يكون عبادة خالصة بل هو من أفضل العبادات قال النبي المكرم عليه أفضل التحية عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة والحديث محمول على القاضى الجاهل أو العالم الفاسق أو الطالب الذى لا يأمن على نفسه الرشوة فيخاف أن يميل اليها توفيقا بين الدلائل هذا اذا كان فى البلد عدد يصلحون للقضاء فأما اذا كان لم يصلح له الا رجل واحد فانه يفترض عليه القبول اذا عرض عليه لانه اذا لم يصلح له غيره تعين هو لا فامة هذه العبادة فصار فرض عين عليه الا أنه لا بد من التقليد فاذا قد افترض عليه القبول على وجه لو امتنع من القبول يأثم كإفى سائر فروض الا عيان والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما شرائط القضاء فأنواع بعضها يرجع الى القاضى وبعضها يرجع الى نفس القضاء وبعضها يرجع الى المقضى له وبعضها يرجع الى المقضى عليه (أما) الذى يرجع الى القاضى فبأنه كذا من شرائط جواز تقليد القضاء لان من لا يصلح قاضيا لا يجوز قضاءه ضرورة (وأما) الذى يرجع الى نفس القضاء فأنواع منها أن يكون بحق وهو الثابت عند الله عز وجل من حكم الحادثة اما قطعا بان قام عليه دليل قطعى وهو النص المفسر من الكتاب الكريم أو الخبر المشهور والمتواتر والاجماع واما ظاهرا بان قام عليه دليل ظاهر يوجب علم غالب الرأى وأكثر الظن من ظواهر الكتاب الكريم والمتواتر والمشهور وخبر الواحد والقياس الشرعى وذلك فى المسائل الاجتهادية التى اختلف فيها الفقهاء رحمهم الله والتى لا راية فى جوابها عن السلف بان لم تكن واقعة حتى لو قضى بما قام الدليل القطعى على خلافه لم يجز لانه قضاء باطل قطعا وكذا الوقضى فى موضع الخلاف بما كان خارجا عن أقوال الفقهاء كلهم لم يجز لان الحق لا يعد وأقوالهم بالقضاء بما هو خارج عنها كلها يكون قضاء باطلا قطعا وكذا الوقضى بالاجتهاد فيما فيه نص ظاهر يخالفه من الكتاب الكريم والسنة لم يجز قضاءه لان القياس فى مقابلة النص باطل سواء كان النص قطعيا أو ظاهرا أو أما فيما لا نص فيه يخالفه ولا اجماع النقول لا يخلو (أما) ان كان القاضى من اهل الاجتهاد (وأما) ان لم يكن من اهل الاجتهاد فان كان من اهل الاجتهاد وأفضى رأيه الى شئ يجب عليه العمل به وان خالف رأى غيره ممن هو من اهل الاجتهاد والرأى ولا يجوز له أن يتبع رأى غيره لان ما أدى اليه اجتهاده هو الحق عند الله عز وجل ظاهر افكان غيره باطلا ظاهرا لان الحق فى المجتهدين واحد والمجتهد يخطئ ويصيب عند اهل السنة والجماعة فى العقليات والشرعيات جميعا ولو أفضى رأيه الى شئ وهناك مجتهد آخر اقفه منه له رأى آخر فأراد أن يعمل برأيه من غير النظر فيه وترجح رأيه بكونه اقفه منه هل يسعه ذلك ذكر فى كتاب الحدود أن عند أبى حنيفة يسعه ذلك وعندهما لا يسعه الا أن يعمل برأى نفسه وذكر فى بعض الروايات هذا الاختلاف على العكس فقال على قول أبى حنيفة لا يسعه وعلى قولهما يسعه وهذا يرجع الى أن كون أحد المجتهدين اقفه من غير النظر فى رأيه هل يصلح مرجحا من قال يصلح مرجحا قال يسعه ومن قال

لا يصلح قال يسمعه (وجه) قول من لا يرى الترجيح بكونه أفتقه أن الترجيح يكون بالدليل وكونه أفتقه ليس من جنس الدليل فلا يقع به الترجيح وهذا لا يصلح دليل الحكم بنفسه (وجه) قول من يرى به الترجيح أن هذا من جنس الدليل لأن كونه أفتقه يدل على أن اجتهاده اقرار الى الصواب فكان من جنس الدليل فيصلح للترجيح أن لا يصلح دليل الحكم بنفسه وأبداً يكون الترجيح بما لا يصلح دليل الحكم بنفسه ولهذا قيل في حده زيادة لا يسقط بها التعارض حقيقة لما علم في أصول الفقه ولهذا أوجب أبو حنيفة رحمه الله تقليد الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم ورجحه على القياس لما أن قوله أقرب الى اصابة الحق من قول القائل كذا هذا وإن أشكل عليه حكم الحادثة استعمل رأيه في ذلك وعمل به ولا فضل أن يشاور أهل الفقه في ذلك فإن اختلفوا في حكم الحادثة نظر في ذلك فأخذ بما يؤدي الى الحق ظاهراً وإن اتفقوا على رأي يخالف رأيه عمل برأى نفسه أيضاً لأن المجتهد مأثور بالعمل بما يؤدي اليه اجتهاده فمحم عليه تقليد غيره لكن لا ينبغي أن يجعل بالقضاء ما لم يقض حق التأمل والاجتهاد وينكشف له وجه الحق فاذا ظهر له الحق باجتهاده قضى بما يؤدي اليه اجتهاده ولا يكون خاتماً في اجتهاده بعد ما بذل مجهوده لاصابة الحق فلا يقول اني أرى واني أخاف لأن الخوف والشك والظن يمنع من اصابة الحق ويمنع من الاجتهاد فينبغي أن يكون جريئاً جسوراً على الاجتهاد بعد أن لم يقصر في طلب الحق حتى لو قضى مجازاً لم يصح قضاءه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى وإن كان من أهل الاجتهاد إلا أنه إذا كان لا يدري حاله يحمل على أنه قضى برأيه ويحكم بالصحة حملاً لا مراً للمسلم على الصحة والسداد ما أمكن والله سبحانه وتعالى أعلم هذا إذا كان القاضي من أهل الاجتهاد فاما إذا لم يكن من أهل الاجتهاد فإن عرف أقاويل أصحابنا وحفظها على الاختلاف والاتفاق عمل بقول من يعتقد قوله حقاً على التقليد وإن لم يحفظ أقاويلهم عمل بفتوى أهل الفقه في بلده من أصحابنا وإن لم يكن في البلد الاقضية واحد من أصحابنا من قال يسمعه أن يأخذ بقوله ونزجوا أن لا يكون عليه شيء لأنه إذا لم يكن من أهل الاجتهاد بنفسه وليس هناك سواه من أهل الفقه مستترة الى الأخذ بقوله قال الله تبارك وتعالى فاسألوا أهل الذکر ان كنتم لا تعلمون ولو قضى بمذهب خصمه وهو يعلم ذلك لا ينفذ قضاءؤه لأنه قضى بما هو باطل عنده في اعتقاده فلا ينفذ كما لو كان مجتهداً فترك رأى نفسه وقضى برأى مجتهد يرى رأيه باطلاً فإنه لا ينفذ قضاءؤه لأنه قضى بما هو باطل في اجتهاده كذا هذا ولو نسي القاضي مذهب فقضى بشيء على ظن أنه مذهب نفسه ثم تبين أنه مذهب خصمه ذكر في شرح الطحاوي أن له أن يبطله ولم يذكر الخلاف لأنه إذا لم يكن مجتهداً تبين أنه قضى بما لا يعتقده حقائقاً تبين أنه وقع باطلاً كما لو قضى وهو يعلم أن ذلك مذهب خصمه وذكر في أدب القاضي أنه يصح قضاءؤه عند أبي حنيفة وعندهما لا يصح لهما أن القاضي مقصر لا يمكنه حفظ مذهب نفسه وإذا لم يحفظ فقد قصر والمقصر غير معذور ولا يبي حنيفة إن النسيان غالب خصوصاً عند تراحم الحوادث فكان معذوراً هذا إذا لم يكن القاضي من أهل الاجتهاد فاما إذا كان من أهل الاجتهاد فينبغي أن يصح قضاءؤه في الحكم بالاجماع ولا يكون لقاض آخر أن يبطله لأنه لا يصدق على النسيان بل يحمل على أنه اجتهد فادى اجتهاده الى مذهب خصمه فقضى به فيكون قضاءؤه باجتهاده فيصح وإن قضى في حادثة وهي محل الاجتهاد برأيه ثم رفعت اليه ثانياً فتحول رأيه يعمل بالرأى الثاني ولا يوجب هذا نقض الحكم بالرأى الاول لأن القضاء بالرأى الاول قضاء مجمع على جوازه لا اتفاق أهل الاجتهاد على أن للقاضي أن يقضى في محل الاجتهاد وبما يؤدي اليه اجتهاده فكان هذا قضاء متفقاً على صحته ولا اتفاق على صحة هذا الرأى الثاني فلا يجوز نقض المجمع عليه بالاختلاف ولهذا لا يجوز لقاضي آخر أن يبطل هذا القضاء كذا هذا وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قضى في حادثة ثم قضى فيها بخلاف تلك القضية فسئل فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضى ولو رفعت اليه ثالثاً فتحول رأيه الى الاول يعمل به ولا يبطل قضاءؤه بالرأى الثاني بالعمل بالرأى الاول كما لا يبطل قضاءؤه الاول بالعمل بالرأى الثاني لما قلنا ولو أن فقيهاً قال لا مرأته أنت طالق البتة ومن رأيه انه بائن فامضى رأيه فيما بينه وبين امرأته وعزم على

انها قد حرمت عليه ثم تحول رأيه الى انها تطليقة واحدة يملك الرجعة فانه يعمل برأيه الاول في حق هذه المرأة وتحرم
 عليه وانما يعمل برأيه الثاني في المستقبل في حقها وفي حق غيرها لان الاول رأى أمضاء بالاجتهاد وما مضى بالاجتهاد
 لا ينقض باجتهاد مثله وكذلك لو كان رأيه انها واحدة يملك الرجعة فعزم على انها منكوحة ثم تحول رأيه الى انه بائن فانه
 يعمل برأيه الاول ولا تحرم عليه لما قلنا ولو لم يكن عزم على الحرمة في الفصل الاول حتى تحول رأيه الى الحل لا تحرم
 عليه وكذلك في الفصل الثاني لو لم يكن عزم على الحل حتى تحول رأيه الى الحرمة تحرم عليه لان نفس الاجتهاد محل
 النقض ما لم يتصل به الامضاء واتصال الامضاء بمنزلة اتصال القضاء واتصال القضاء بمنع من النقض فكذا اتصال
 الامضاء وكذلك الرجل اذا لم يكن فقيها فاستفتى فقيها فافتاه بحلال أو حرام ولو لم يكن عزم على ذلك حتى افتاه فقيمه
 آخر بخلافه فأخذ بقوله وأمضاه في منكوحته لم يحزم له ان يترك ما أمضاه فيه ويرجع الى ما افتاه به الاول لان العمل
 بما مضى واجب لا يجوز نقضه مجتهدا كان أو مقلداً لأن المقلد متعبد بالتقليد كما ان المجتهد متعبد بالاجتهاد ثم لم يحزم
 للمجتهد نقض ما أمضاه فكذا لا يجوز ذلك للمقلد ثم ما ذكرنا من نفاذ قضاء القاضي في محل الاجتهاد بما يؤدى اليه
 اجتهاده اذا لم يكن المقضى عليه والمقضى له من أهل الرأي والاجتهاد وكان من أهل الرأي والاجتهاد ولكن لم يخالف
 رأيهما رأى القاضي فاما اذا كانا من أهل الاجتهاد وخالف رأيهما رأى القاضي فجملة الكلام فيه ان قضاء القاضي
 ينفذ على المقضى عليه في محل الاجتهاد سواء كان المقضى عليه عامياً مقلداً أو فقيهاً مجتهداً يخالف رأيه رأى القاضي
 بخلاف اما اذا كان مقلداً فظاهر لان العامى يلزمه تقليد المفتي فتقليد القاضي أولى وكذا اذا كان مجتهداً لأن القضاء
 في محل الاجتهاد بما يؤدى اليه اجتهاد القاضي قضاء مجمع على صحته على ما مر ولا معنى للصحة الا النفاذ على المقضى
 عليه وبصورة المسئلة اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق البتة ورأى الزوج انه واحدة يملك الرجعة ورأى القاضي انه
 بائن فرافعته المرأة الى القاضي فقضى بالبينونة ينفذ قضاءه بالاتفاق لما قلنا واما قضاؤه للمقضى له بما يخالف رأيه هل ينفذ
 قال أبو يوسف لا ينفذ وقال محمد ينفذ وبصورة المسئلة اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق البتة ورأى الزوج انه بائن
 ورأى القاضي انه واحدة يملك الرجعة فرافعته الى القاضي فقضى بتطليقة واحدة يملك الرجعة لا يحل له المقام معها عند
 أبي يوسف وعند محمد يحل له (وجه) قول محمد ما ذكرنا ان هذا قضاء وقع الاتفاق على جوازه لوقوعه في فصل مجتهد فيه
 فينفذ على المقضى عليه والمقضى له لان القضاء له تعلق بهما جميعاً ألا ترى انه لا يصح الا بطلالة المقضى له ولا بى يوسف
 ان صحة القضاء نفاذه في محل الاجتهاد يظهر أثره في حق المقضى عليه لا في حق المقضى له لان المقضى عليه مجبور في
 القضاء عليه فاما المقضى له فمختار في القضاء له فلو اتبع رأى القاضي انما يتبعه تقليداً او كونه مجتهداً يمنع من التقليد فيجب
 العمل برأى نفسه وعلى هذا كل تحليل أو تحرير أو اعتاق أو أخذ مال اذا قضى القاضي بما يخالف رأى المقضى عليه
 أوله فهو على ما ذكرنا من الاتفاق والاختلاف وكذلك المقلد اذا افتاه انسان في حادثة ثم رفعت الى القاضي فقضى
 بخلاف رأى المفتي فانه يأخذ بقضاء القاضي ويترك رأى المفتي لان رأى المفتي يصير متر وكما بقضاء القاضي فما ظنك
 بالمقلد ولم يذكر القدوري رحمه الله الخلاف في هذا الفصل وذكره شيخنا رحمه الله وسننظر فيه فيما يأتى ان
 شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج القضاء بالبينة لان البينة العادلة مظهرة للمدعى فكان القضاء بالحق وعلى
 هذا يخرج القضاء بالاقرار لان الانسان لا يقر على نفسه كاذباً هذا هو الظاهر فكان القضاء به قضاء بالحق
 وكذا القضاء بالنكول عندنا فيما يقضى فيه بالنكول لان النكول على أصل أصحابنا بادل أو اقرار وكل ذلك
 دليل صدق المدعى في دعواه لما علم فكان القضاء بالنكول قضاء بالحق وعلى هذا يخرج قضاء القاضي بعلم نفسه في الجملة
 فنقول تفصيل الكلام فيه انه لا يخلو اما ان قضى بعلم استفادة في زمن القضاء ومكانه وهو الموضع الذى قلد قضاءه واما
 ان قضى بعلم استفادة قبل زمان القضاء وفي غير مكانه واما ان قضى بعلم استفادة بعد زمان القضاء وفي غير مكانه فان قضى
 بعلم استفادة في زمن القضاء وفي مكانه بان سمع رجلاً أقر لرجل بحال أو سمعه يطلق امرأته أو يعتق عبده أو يقذف

رجلاً أو رآه يقتل انساناً وهو قاض في البلد الذي قلد قضاءه جاز قضاؤه عندنا ولا يجوز قضاؤه به في الحدود والخالصة
بلا خلاف بين أصحابنا إلا أن في السرقه يقضى بالمال لا بالقطع وللشافعي فيه قولان في قول لا يجوز له أن يقضى به في
الكل وفي قول يجوز في الكل (وجه) قوله الأول أن القاضى مأثور بالقضاء بالبيئة ولو جاز له القضاء بعلمه لم يبق
مأثوراً بالقضاء بالبيئة وهذا المعنى لا يفصل بين الحدود وغيرها (وجه) قوله الثاني أن المقصود من البيئة العلم بحكم
الحادثة وقد علم وهذا لا يوجب الفصل بين الحدود وغيرها لأن علمه لا يختلف (ولنا) أنه جاز له القضاء بالبيئة فيجوز
القضاء بعلمه بطريق الأولى وهذا لأن المقصود من البيئة ليس عينها بل حصول العلم بحكم الحادثة وعلمه الحاصل
بالمعينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة لأن الحاصل بالشهادة علم غالب الرأى وأكثر الظن والحاصل بالحس
والمشاهدة علم القطع واليقين فكان هذا أقوى فكان القضاء به أولى إلا أنه لا يقضى به في الحدود والخالصة لأن الحدود
يحتاج في درئها وليس من الاحتياط فيها إلا اكتفاء بعلم نفسه ولأن الحجة في وضع الشيء في البيئة التي تتكلم بها ومعنى
البيئة وإن وجد فقد قامت صورتها وفوات الصورة يورث شبهة والحدود تدرك بالشبهات بخلاف القصاص فإنه
حق العبد وحقوق العباد لا يحتاج في إسقاطها وكذا حد القذف لأن فيه حق العبد وكلاهما لا يستطآن شبهة فوات
الصورة هذا إذا قضى بعلم استفادته في زمن القضاء ومكانه فاما إذا قضى بعلم استفادته في غير زمن القضاء ومكانه أو في
زمان القضاء في غير مكانه وذلك قبل أن يصل إلى البلد الذي ولي قضاءه فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة أصلاً وعندهما
يجوز فيما سوى الحدود والخالصة فاما في الحدود والخالصة فلا يجوز وجه قولهما أنه لما جاز له أن يقضى بالعلم المستفاد في
زمن القضاء جاز له أن يقضى بالعلم المستفاد قبل زمن القضاء لأن العلم في الحالين على حد واحد إلا أن ههنا استخدام
العلم الذي كان له قبل القضاء بتجدد أمثاله وهناك حدث له علم لم يكن وهما سواء في المعنى إلا أنه لم يقض به في الحدود
الخالصة لتمكن الشبهة فيه باعتبار التهمة والشبهة تؤثر في الحدود الخالصة ولا تؤثر في حقوق العباد على ما مر ولا في
حنيفة الفرق بين العلمين وهو أن العلم الحادث له في زمن القضاء علم في وقت هو مكلف فيه بالقضاء فاشبه البيئة القائمة
فيه والعلم الحاصل في غير زمان القضاء علم في وقت هو غير مكلف فيه بالقضاء فاشبه البيئة القائمة فيه وهذا لأن الأصل
في صحة القضاء هو البيئة إلا أن غيرها قد يلحق بها إذا كان في معناها والعلم الحادث في زمان القضاء في معنى البيئة يكون
حادثاً في وقت هو مكلف بالقضاء فكان في معنى البيئة والحاصل قبل زمان القضاء أو قبل الوصول إلى مكانه حاصل في
وقت هو غير مكلف بالقضاء فلم يكن في معنى البيئة فلم يحجز القضاء به فهو الفرق بين العلمين وعلى هذا يخرج القضاء
بكتاب القاضى فنقول لقبول الكتاب من القاضى شرائط منها البيئة على أنه كتابه فتشهد الشهود على أن هذا كتاب
فلان القاضى ويذكر اسمه ونسبه لأنه لا يعرف أنه كتابه بدونه ومنها أن يكون الكتاب مخطوماً ويشهدوا على
أن هذا اختمه لصيانتة عن الخلل فيه ومنها أن يشهدوا بما في الكتاب بأن يقولوا أنه قرأه عليهم مع الشهادة بالختم
وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله إذا شهدوا بالكتاب والخاتم قبل وأن لم يشهدوا
بما في الكتاب وكذا إذا شهدوا بالكتاب وبما في جوفه قبل وأن لم يشهدوا بالخاتم بأن قالوا لم يشهدنا على
الخاتم أو لم يكن الكتاب مخطوماً أصلاً لا أبي يوسف أن المقصود من هذه الشهادة حصول العلم للقاضى المكتوب إليه
بأن هذا كتاب فلان القاضى وهذا يحصل بما ذكرنا ولهما أن العلم بأنه كتاب فلان لا يحصل إلا بالعلم بما فيه ولا بد
من الشهادة بما فيه لتكون شهادتهم على علم بالمشهود به ومنها أن يكون بين القاضى المكتوب إليه وبين القاضى
الكتاب مسيرة سفر فإن كان دونه لم تقبل لأن القضاء بكتاب القاضى أمر جواز لحاجة الناس بطريق الرخصة لأنه
قضاء بالشهادة القائمة على غائب من غير أن يكون عند خصم حاضر لكن جواز للضرورة ولا ضرورة فمادون مسيرة
السفر ومنها أن يكون في الدين والعين التي لا حاجة إلى الإشارة إليها عند الدعوى والشهادة كاللور والمقار واما في
الاعيان التي تقع الحاجة إلى الإشارة إليها كمنقول من الحيوان والعروض لا تقبل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله

وهو قول أبي يوسف الاول رحمه الله ثم رجع وقال تقبل في العبد خاصة اذا أبق وأخذ في بلد فأقام صاحبه البيعة عند قاضي بلده ان عبده أخذه فلان في بلد كذا فشهد الشهود على الملك أو على صفة العبد وحليته فانه يكتب الى قاضي البلد الذي العبد فيه انه قد شهد الشهود عندى ان عبدا صفتة وحليته كذا وكذا ملك فلان أخذه فلان بن فلان ينسب كل واحد منهما الى أبيه والى جده على رسم كتاب القاضي الى القاضي واذا وصل الى القاضي المكتوب اليه وعلم انه كتابه بشهادة الشهود يسلم العبد اليه ويختم في عنقه ويأخذ منه كفيلا ثم يبعث به الى القاضي المكتوب اليه حتى يشهد الشهود عليه عنده بعينه على الاشارة اليه ثم يكتب القاضي الكاتب له كتابا آخر الى ذلك القاضي المكتوب اليه أول مرة فاذا علم انه كتابه قبله وقضى وسلم العبد الى الذي جاءه بالكتاب وبرا كفيله ولا يقبل في الجارية بالاجماع وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان الحاجة الى قبول كتاب القاضي في العبد متحقة لعموم البلوى به فلم يقبل لضيق الاعلى الناس ولضاعت أموالهم ولا حاجة اليه في الامة لانها لا تهرب عادة لعجزها وضعف بنيتها وقلبها ولها أن الشهادة لا تقبل الاعلى معلوم للآية الكريمة الا من شهد بالحق وهم يعلمون والمنقول لا يصير معلوما الا بالاشارة اليه والاشارة الى الغائب محال فلم تصبح شهادة الشهود ولا دعوى المدعى لجهالة المدعى فلا يقبل الكتاب فيه ولهذا لم يقبل في الجارية وفي سائر المنقولات بخلاف العقار لا نه يصير معلوما بالتحديد وبخلاف الدين لان الدين يصير معلوما بالوصف وهذا الذي ذكرنا مذهب أصحابنا رضى الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الكل وقضاة زماننا يفتون بمذهبه لحاجة الناس وينبغي للقاضي المرسل اليه أن لا يهلك الكتاب الا بحضور من الخصم ليكون أبعده من التهمة ومنها أن لا يكون في الحدود والقصاص لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة وانه لا تقبل فيهما كذا هذا ومنها ان يكون اسم المكتوب له وعليه واسم أبيه وجده وخذه مكتوبا في الكتاب حتى لو نسبته الى أبيه ولم يذ كر اسم جده أو نسبته الى قبيلة كبنى وتم نحوه لا يقبل لان التعريف لا يحصل به الا وان يكون شيئا ظاهرا مشهورا أشهر من القبيلة فيقبل لحصول التعريف ومنها ذكر الحدود في الدور والعقار لان التعريف في الحدود لا يصح الا بذكر الحدود ولو ذكر في الكتاب ثلاثة حدود يقبل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله لا يقبل ما لم يشهدوا على الحدود والاربعة ولو شهدوا على حدين لا تقبل بالاجماع واذا كانت الدار مشهورة كدار الامير وغيره لا تقبل عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما تقبل وهذه من مسائل الشرط ومنها أن يكون القاضي الكاتب على قضائه عند وصول كتابه الى القاضي المكتوب اليه حتى لو مات أو عزل قبل الوصول اليه لم يعمل به ولو مات بعد وصول الكتاب اليه جاز له ان يقضى به ومنها أن يكون القاضي المكتوب اليه على قضائه حتى لو مات أو عزل قبل وصول الكتاب اليه ثم وصل الى القاضي الذي ولى مكانه لم يعمل به لانه لم يكتب اليه والله تعالى أعلم ومنها أن يكون القاضي الكاتب من أهل العدل فان كان من أهل البنى لم يعمل به قاضي أهل العدل بل يردده كبتا وغيظا لهم ومنها أن يكون لله سبحانه وتعالى خالصا لان القضاء عبادة والعبادة اخلاص العمل بكنيته لله عز وجل فلا يجوز قضاءه لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له لان القضاء له قضاء لنفسه من وجه فلم يخلص لله سبحانه وتعالى وكذا اذا قضى في حادثة برشوة لا ينفذ قضاءه في تلك الحادثة وان قضى بالحق الثابت عند الله جل وعلا من حكم الحادثة لانه اذا أخذ على القضاء رشوة فقد قضى لنفسه لا لله عز اسمه فلم يصح (وأما) الذي يرجع الى المقضى له فانواع منها أن يكون ممن تقبل شهادته للقاضي فان كان ممن لا تقبل شهادته له لا يجوز قضاء القاضي له لما قلنا والله تعالى الموفق ومنها أن يكون حاضرا وقت القضاء فان كان غائبا لم يحز القضاء له الا اذا كان عنه خصم حاضر لان القضاء على الغائب كالايجوز فالقضاء للغائب أيضا لايجوز ومنها طلب القضاء من القاضي في حقوق العباد لان القضاء وسيلة الى حقه فكان حقه وحق الانسان لا يستوفى الا بطلبه (وأما) الذي يرجع الى المقضى عليه فحضرت حتى لايجوز القضاء على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط

بشرط والمسئلة ذكرت في كتاب الدعوى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما آداب القضاء فكثيرة والاصل فيها كتاب سيدنا عمر رضي الله عنه الى أبي موسى الاشعري رحمه الله سماه محمد رحمه الله كتاب السياسة وفيه أما بعد فان القضاء فرضة محكمة وسنة متبعة فافهم اذا أدلى اليك فانه لا ينفع تكلم بحق لا نقاذله آس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يياس ضعيف من عدلك وفي رواية ولا يخاف ضعيف جورك البينة على المدعي واليمين على من أنكر الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا ولا يمنعك قضاء قضيته بالامس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لشركك أن تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطل ومراجعة الحق خير من التماضي في الباطل الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما يلغسك في القرآن العظيم والسنة ثم اعرف الامثال والاشباه وقس الامور عند ذلك فاعمد الى أحبها وأقربها الى الله تبارك وتعالى وأشبهها بالحق اجعل للمدعي أمدا ينتهي اليه فاذا حضر بينة أخذ بحقه والا وجب القضاء عليه وفي رواية وان عجز عنها استحلت عليه القضاء فان ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعي المسلمون عدول بعضهم على بعض الامحود وآفي قذف أو ظنينافي ولأء أو قرابة أو بحر باعليه شهادة زور فان الله تعالى تولى منكم السر وفي رواية السرائر ودرأ عنكم بالبينات اياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس للخصوم في مواطن الحق الذي يوجب الله سبحانه وتعالى به الاجر ويحسن به الذخر وأن من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه في الحق يكفه الله تعالى فيما بينه وبين الناس ومن يترين للناس بما يعلم الله منه خلافة شانه الله عز وجل فانه سبحانه وتعالى لا يقبل من العباد الا ما كان خالصا فاطنك ثواب عن الله سبحانه وتعالى من عاجل رزقه وخزان رحمته والسلام ومنها أن يكون القاضي فهما عند الخصومة فيجعل فهمه وسمعه وقلبه الى كلام الخصمين لقول سيدنا عمر رضي الله عنه في كتاب السياسة فافهم اذا اولى اليك ولان من الجائر أن يكون الحق مع أحد الخصمين فاذا لم يفهم القاضي كلامهما يضيع الحق وذلك قوله رضي الله عنه فانه لا ينفع تكلم بحق لا نقاذله ومنها أن لا يكون قلقا وقت القضاء لقول سيدنا عمر رضي الله عنه اياك والقلق وهذا ندب الى السكون والتثبيت ومنها أن لا يكون ضجرا عند القضاء اذا اجتمع عليه الامور فضايق صدره لقوله رضي الله عنه اياك والضجر ومنها أن لا يكون غضبان وقت القضاء لقول سيدنا عمر رضي الله عنه اياك والغضب وقال عليه الصلاة والسلام لا يقضي القاضي وهو غضبان ولا نه يدشه عن التأمل ومنها أن لا يكون جائعا ولا عطشان ولا يمتلئ لان هذه العوارض من القلق والضجر والغضب والجوع والعطش والامتلاء مما يشغله عن الحق ومنها أن لا يقضي وهو عيشي على الارض أو يسير على الدابة لان المشي والسير يشغلانه عن النظر والتأمل في كلام الخصمين ولا بأس بأن يقضي وهو متكئ لان الاتكاء لا يقدح في التأمل والنظر ومنها أن يسوي بين الخصمين في الجلوس فيجلسهما بين يديه لا عن يمينه ولا عن يساره لانه لو فعل ذلك فقد قرب أحدهما في مجلسه وكذا لا يجلس أحدهما عن يمينه والاخر عن يساره لان اليمين فضلا على اليسار وقد روي أن عمرو وأبي بن كعب رضي الله عنهما اختصما في حادثة الى زيد بن ثابت فألقى لسيدهما عمر رضي الله عنه وسادة فقال سيدنا عمر رضي الله عنه هذا أول جورك وجلس بين يديه ومنها أن يسوي بينهما في النظر والنطق والخلوة فلا ينطلق بوجهه الى أحدهما ولا يسار أحدهما ولا يومي الى أحدهما بشي عدون خصمه ولا يرفع صوته على أحدهما ولا يكلم أحدهما بلسان لا يعرفه الاخر ولا يخلو بأحد في منزله ولا يضيف أحدهما فيعدل بين الخصمين في هذا كله لما في ترك العدل فيه من كسر قلب الاخر ويتهم القاضي به أيضا ومنها أن لا يقبل الهدية من أحدهما الا اذا كان لا يلحقه به تهمة وجملة الكلام فيه أن المهدي لا يخلو اما أن يكون رجلا كان يهدي اليه قبل تقليد القضاء واما ان كان لا يهدي اليه فان كان لا يهدي اليه فاما ان كان قريباله أو أجنبيا فان كان قريباله ينظر ان كان له خصومة في الجال فانه لا يقبل لانه يلحقه التهمة وان كان لا خصومة له في الحال يقبل لانه لا تهمة فيه وان كان أجنبيا

لا يقبل سواء كان له خصومة في الحال أو لا لأنه ان كان له خصومة في الحال كان بمعنى الرشوة وان لم يكن فربما يكون له خصومة في الحال يأتي بعد ذلك فلا يقبل ولو قبل يكون لبيت المال هذا اذا كان الرجل لا يهدي اليه قبل تقليد القضاء فاما اذا كان يهدي اليه فان كان له في الحال خصومة لا تقبل لأنه يتهم فيه وان كان لا خصومة له في الحال ينظر ان كان اهدى مثل ما كان يهدي أو أقل قبل لأنه لا نية فيه وان كان أكثر من ذلك يرد الزيادة عليه وان قبل كان لبيت المال وان لم يقبل للحال حتى انقضت الخصومة ثم قبله لا بأس به ومنها أن لا يحيب الدعوة الخاصة بان كانوا خمسة أو عشرة لأنه لا يخلو من التهمة الا اذا كان صاحب الدعوة ممن كان يتخذ له الدعوة قبل القضاء أو كان بينه وبين القاضي قرابة فلا بأس بأن يحضر اذا لم يكن له خصومة لا نعدم التهمة فان عرف القاضي له خصومة لم يحضرها وأما الدعوة العامة فان كانت بدعة كدعوة المباراة ونحوها لا يحل له أن يحضرها لأنه لا يحل لغير القاضي اجابته فالقاضي أولى وان كانت سنة كولاية العرس والختان فانه يحجبها لأنه اجابة السنة ولا نية فيه ومنها أن لا يقبل أحد الخصمين حجته لأن فيه مكسرة قلب الآخر ولأن فيه اعانة أحد الخصمين فيوجب التهمة غير انه ان تكلم أحدهما أنسكت الآخر ليفهم كلامه ومنها أن لا يقبل الشاهد بل يتركة يشهد بما عنده فان أوجب الشرع قبوله قبله والارده وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال لا بأس بتلقيين الشاهد بأن يقول أشهد بكذا وكذا وجه قوله أن من الجائز أن الشاهد يلحقه الحصر لمهاية مجلس القضاء فيعجزه عن اقامة الحجة فكان التلقيين تقويما لحجة ثابتة فلا بأس به ولهما أن القاضي يتهم بتلقيين الشاهد فيتخرج عنه ومنها أن لا يعيب بالشهود لأن ذلك يشوش عليهم عقولهم فلا يمكنهم اداء الشهادة على وجهها واذا اتهم الشهود فلا بأس بأن يرقهم عند اداء الشهادة فيسألهم أين كان ومتى كان فان اختلفوا اختلفوا فليوجب رد الشهادة ردها والا فلا ويشهد القاضي الجنابة لأن ذلك حق الميت على المسلمين فلم يكن متهمًا في اداء سنة فيحضرها الا اذا اجتمعت الجنابة على وجه لو حضرها كلها لشغله ذلك عن أمور المسلمين فلا بأس أن لا يشهد لأن القضاء فرض عين وصلاة الجنابة فرض كفاية فكان اقامة فرض العين عند تعذر الجمع بينهما أولى ويعود المريض أيضاً لأن ذلك حق المسلمين على المسلمين فلا يلحقه التهمة باقامته ويسلم على الخصوم اذا دخلوا المحكمة لأن السلام من سنة الاسلام وكان شريح يسلم على الخصوم لكن لا ينخص أحد الخصمين بالتسليم عليه دون الآخر وهذا قبل جلوسه في مجلس الحكم فاما اذا جلس لا يسلم عليهم ولا هم يسلمون عليه اما هو فلا يسلم عليهم لأن السنة أن يسلم القائم على القاعد لا القاعد على القائم وهو قاعد وهم قيام وأما هم فلا يسلمون عليه لأنهم لو سلموا عليه لا يلزمه الرد لأنه اشتغل بأمر هو أهم وأعظم من رد السلام فلا يلزمه الاشتغال كذا ذكر الفقيه أبو جعفر الهندي في رجل يقرأ القرآن فدخل عليه آخراته لا ينبغي له أن يسلم عليه ولو سلم عليه لا يلزمه الجواب وكذا المدرس اذا جلس للتدريس لا ينبغي لاحد أن يسلم عليه ولو سلم لا يلزمه الرد لما قلنا بخلاف الامير اذا جلس فدخل عليه الناس انهم يسلمون عليه وهو السنة وان كان سلاطين زماننا يكرهون التسليم عليهم وهو خطأ منهم لانهم جلسوا للزيارة ومن سنة الزائر التسليم على من دخل عليه وأما القاضي فانما جلس للعبادة لا للزيارة فلا يسلم عليه ولا يلزمه الجواب ان سلموا لكن لو أجاب جاز ومنها أن يسأل القاضي عن حال الشهود فيما سوى الحدود والقصاص وان لم يطعن الخصم وهو من آداب القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله لأن القضاء بظاهر العدل التواضع كان جائزاً عنده فلا شك ان القضاء بالعدل الحقيقية أفضل وأما عندهما فهو من واجبات القضاء وكذا اذا طعن الخصم عنده في غير الحدود والقصاص وفي الحدود والقصاص طعن أو لم يطعن ثم القضاء من السلف كانوا يسألون أنفسهم عن حال الشهود من أهل محلهم وأهل سوقهم وان كان الشاهد سوقياً ممن هو أوثق الناس وأورعهم وأعظمهم أمانة وأعرفهم بأحوال الناس ظاهر أو باطن والقضاء في زماننا نصبوا للعدل تيسيراً للأمر عليهم لما يتعذر على القاضي طلب المعدل في كل شاهد فاستحسنوا نصب العدل ثم نقول للتعديل شرائط بعضها يرجع الى نفس العدل وبعضها يرجع الى فعل

التعديل أما الاول فأنواع منها العقل ومنها البلوغ ومنها الاسلام فلا يجوز تعديل المجنون والصبي والكافر لان التزكية ان كانت تجري مجرى الشهادة فهو لا يلىسوا من أهل الشهادة فلا يكونون من أهل التزكية وان كانت من باب الاخبار عن الديانات فخيرهم في الديانات غير مقبول لانه لا بد فيه من العدالة ولا عدالة لهؤلاء ومنها العدالة لان من لا يكون عدلا في نفسه كيف يعدل غيره وأما العدد فليس بشرط الجواز عند أبي حنيفة وأبي يوسف لكنه شرط الفضيلة والكمال وعند محمد شرط الجواز وجه قوله أن التزكية في معنى الشهادة لانه خبر عن أمر غاب عن علم القاضي وهذا معنى الشهادة فيشترط لها نصاب الشهادة ولهما أن التزكية ليست بشهادة بدليل أنه لا يشترط فيه لفظ الشهادة فلا يلزم فيها العدد على أن شرط العدد في الشهادات ثبت نصاً غير معقول المعنى فيما يشترط فيه لفظ الشهادة فلا يلزم مراعاة العدد فيما وراءه وعلى هذا الخلاف العدد في الترجمان وحامل المنشور أنه ليس بشرط عندهما وعند محمد شرط وعلى هذا الخلاف حرية المعدل وبصره وسلامته عن حد القذف انه ليس بشرط عندهما فتصح تزكية الاعمى والعبد والمحدود في القذف وعند محمد شرط فلا تصح تزكيتهم لان التزكية شهادة عنده فيشترط لها ما يشترط لسائر الشهادات وعندهما ليست بشهادة فلا يراعى فيها شرائط الشهادة لما قلنا وأما الذكورة فليست بشرط لجواز التزكية فتجوز تزكية المرأة اذا كانت امرأة تخرج لحوائجها وتخالط الناس فتعرف أحوالهم وهذا ظاهر الرواية على أصلها لان هذا من باب الاخبار عن الديانات وهي من أهله وأما عند محمد فتقبل تزكيتهم فيما تقبل شهادتهم فتصح تزكيتهم فيما يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وتجوز تزكية الولد للوالد والولد لكل ذي رحم محرم منه لانه لا حق للعدل في التعديل انما هو حق المدعى فلا يوجب تهمة فيه وهذا يشكل على أصل محمد لانه مجرى التعديل مجرى الشهادة وشهادة الوالد للولد وعكسه لا تقبل ومنها أن لا يكون المزكى مشهودا عليه فان كان لم تعتبر تزكيتة ويجب السؤال وهذا اقرع على مذهب أبي يوسف ومحمد فيا سوي الحدود والقصاص بناء على أن المسئلة ما وجبت حقاً للمشهود عليه عندهما وانما وجبت حقاً للشرع وحق الشرع لا يتأدى بتعديله لان في زعم المدعى والشهود أنه كاذب في انكاره فلا يصح تعديله وعند أبي حنيفة السؤال فيا سوي الحدود والقصاص حق للمشهود عليه وحق الانسان لا يطلب الا بطلبه فلم يطمع لا يتحقق الطلب فلا تجب المسئلة وذكر في كتاب التزكية أن المشهود عليه اذا قال للشاهد هو عدل لا يكتفى به ما لم ينضم اليه آخر على قول محمد فصارع محمد وإيتان في رواية لا تعتبر أصلاً وفي رواية يقبل تعديله اذا انضم اليه غيره وأما الثاني الذي يرجع الى فعل التعديل فهو أن يقول المعدل في التعديل هو عدل جائز الشهادة حتى لو قال هو عدل ولم يقل جائز الشهادة لا يقبل تعديله لجواز أن يكون الانسان عدلا في نفسه ولا تجوز شهادته كالحمد ودفي القذف اذا تاب وصلاح والعبد الصالح وكذلك اذا قال في الرد هو ليس بعدل لا يرد ما لم يقل هو غير جائز الشهادة لان غير العدل وهو الفاسق تجوز شهادته اذا جرى القاضي الصديق في شهادته ولو قضى به القاضي نفذ ومنها أن يسأل المعدل في السر أو لا فان وجد عدلا يعدله في العلانية أيضاً ويجمع بين المزكى والشهود بين المدعى والمدعى عليه في تعديل العلانية وان لم يجده عدلا يقول للمدعى زدني شهودك ولا يكشف عن حال الجروح ستر أعلى المسلم ولا يكتفى بتعديل السر خوفاً من الاحتياال والتزوير بان يسمى غير العدل باسم العدل فكان الادب هو التزكية في العلانية بعد التزكية في السر ولو اختلف المعدل فعدله أحدهما وجرحه الآخر سأل القاضي غيرهما فان عدله آخر أخذ بالتزكية وان جرحه آخر أخذ بالجرح لان خبر الاثنين أولى من خبر الواحد بالقبول لانه حجة مطلقة وان انضم الى كل واحد منهما رجل آخر فعده اثنان وجرحه اثنان عمل بالجرح لان الجارح يعتمد حقيقة الحال والمعدل يبنى الامر على الظاهر لان الظاهر من حال الانسان ان يظهر الصلاح ويكتم الفسق فكان قبول قول الجارح أولى كذلك لو جرحه اثنان وعدله ثلاثة أو أربعة أو أكثر يعمل بقول الجارح لان الترجيح لا يقع بكثرة العدد في باب الشهادة ومنها أن يجلس معه جماعة من أهل الفقه يشاورهم ويستعين برأيهم فيما يجمله

من الاحكام وقد ندب الله سبحانه رسوله عليه الصلاة والسلام الى المشاورة بقوله وشاورهم في الامر مع افتتاح باب الوحي فغيره أولى وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال ما رأيت أحداً بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم أكثر مشاورة لأصحابه منه وروى أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول لسيدنا أبي بكر وسيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما قولاً قافياً فيما لم يوح اليه مثله كما ولا المشاورة في طلب الحق من باب المجاهدة في الله عز وجل فيكون سبباً للوصول الى سبيل الرشاد قال الله عز وجل والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبيلنا وينبغي أن يجلس معه من يوثق بدينه وأمانته لكلا يضمن بما عنده من الحق والصواب بل يهديه الى ذلك اذا رفع اليه ولا ينبغي ان يشاورهم بحضرة الناس لان ذلك يذهب بمهابة المجلس والناس يتهمون بالجهل ولكن يقيم الناس عن المجلس ثم يشاورهم أو يكتب في رقعة فيدفع اليهم أو يكلمهم بلغة لا يفهمها الخصمان هذا اذا كان القاضي لا يدخله حصر باجلاسهم عنده ولا يعجز عن الكلام بين أيديهم فان كان لا يجلسهم فان أشكل عليه شيء من أحكام الحوادث بعث اليهم وسألهم ومنها أن يكون له جلواز وهو المسمى بصاحب المجلس في عرف ديارنا يقوم على رأس القاضي لتهذيب المجلس ويبيده سوطاً يؤدب به المنافق وينذر به المؤمن وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يمسك بيده سوطاً ينذر به المؤمن ويؤدب به المنافق وكان سيدنا أبو بكر رضي الله عنه يمسك سوطاً وسيدنا عمر رضي الله عنه اتخذ درة ومنها أن يكون له أعوان يستحضرون الخصوم ويقومون بين يديه اجلالاً له ليكون مجلساً مهيباً وينذر عن التمرد للحق وهذا في زماننا فاما في زمان الصحابة والتابعين رضي الله عنهم فما كان تقع الحاجة الى أمثال ذلك لانهم كانوا ينظرون الى الامراء والقضاة بعين التبجيل والتعظيم ويخافونهم وينقادون للحق بدون ذلك فقد روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه كان يقضي في المسجد فاذا فرغ استلق على قفاه وتوسد بالخصي وما كان ينقص ذلك من حرمة روى أنه لبس قميصاً فازدادت أحكامه عن أصابعه فدعا بالشفرة فقطعها وكان لا يكفهما أياماً وكانت الاطراف متعلقة منها والناس يهابونه غاية المهابة فاما اليوم فقد فسد الزمان وتغير الناس فبان العلم وأهله فوقعت الحاجة الى هذه التكاليفات للتوسل الى احياء الحق وانصاف المظلوم من الظالم ومنها أن يكون له ترجمان لجواز ان يحضر مجلس القضاء من لا يعرف القاضي لغته من المدعي والمدعى عليه والشهود والكلام في عدد الترجمان وصفاته على الاتفاق والاختلاف كالكلام في عدد المزكي وصفاته كما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن يتخذ كاتباً لانه يحتاج الى محافظة الدعاوى والبيانات والاقراءات لا يمكنه حفظها فلا بد من الكتابة وقد يشق عليه أن يكتب بنفسه فيحتاج الى كاتب يستعين به وينبغي أن يكون غنياً صالحاً من أهل الشهادة وله معرفة بالغة أما العفه والصالح فلان هذا من باب الامانة والامانة لا يؤديها الا العفيف الصالح وأما أهلية الشهادة فلان القاضي قد يحتاج الى شهادته وأما معرفته بالغة فلانه يحتاج الى الاختصار والحذف من كلام الخصمين والنقل من لغة ولا يقدر على ذلك الا من له معرفة بالغة فان لم يكن فقيها كتب كلام الخصمين كما سمعه ولا يتصرف فيه بالزيادة والنقصان لئلا يوجب حقاً لم يجب ولا يسقط حقاً واجباً لان تصرف غير الفقيه بتفسير الكلام لا يخلو عن ذلك وينبغي ان يقعد الكاتب حيث يرى ما يكتب وما يصنع فان ذلك أقرب الى الاحتياط ثم في عرف بلادنا يقدم كتابة الدعوى على الدعوى فيكتب دعوى المدعي ويترك موضع التاريخ بياضاً لجواز ان تتخلف الدعوى عن وقت الكتابة ويترك موضع الجواب أيضاً بياضاً لانه لا يدري ان المدعي عليه يقرأ وينكر ويكتب أسماء الشهود ان كان للمدعي شهود ويترك بين كل شاهدين بياضاً ليكتب القاضي التاريخ وجواب الخصم وشهادة الشهود بنفسه ثم يطوى الكتاب الكتاب ويختتمه ثم يكتب على ظهره خصومة فلان ابن فلان مع فلان ابن فلان في شهر كذا في سنة كذا ويجعله في قطرة وينبغي ان يجعل لخصومات كل شهر قطراً على حدة ليكون أبصر بذلك ثم يكتب القاضي في ذلك الشهر أسماء الشهود بنفسه على بطاقة أو يستكتب الكتاب بين يديه فيبعثها الى المعدل سرا وهي المسماة بالمستورة في عرف ديارنا والافضل أن

يبعث على يدى عدلين وان بعث على يدى عدل فهو على الاختلاف الذى ذكرنا والله سبحانه أعلم (ومنها) أن يقدم
الخصوم على مراتبهم فى الحضور الاول فالاول لقوله عليه الصلاة والسلام المباح لمن سبق اليه وان اشبهه عليه حالهم
استعمل القرعة فقدم من خرجت قرعته الا غرباء اذا خاصموا بعض أهل المصر اليه أو خاصم بعضهم بعضاً أو
خاصمهم بعض أهل المصر فانه يقدمهم فى الخصومة على أهل المصر لما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال
قدم الغريب فانك اذا لم ترفع به رأساً ذهب وضاع حقه فتكون أنت الذى ضيعته ندب رضى الله عنه الى تقديم
الغريب ونبه على المعنى لانه لا يمكنه الانتظار فكان تأخيرها فى الخصومة تضييعاً لحقه الا اذا كانوا كثيرين بحيث
يشتغل القاضى عن أهل المصر فيخلطهم بأهل المصر لان تقديمهم يضر بأهل المصر وكذا تقديم صاحب الشهود على
غيره لان اكرام الشهود واجب قال عليه الصلاة والسلام اكرموا الشهود فان الله يحبى بهم الحقوق وليس من
الاكرام حبسهم على باب القاضى وهذا اذا كان واحداً فان كانوا كثيراً أقرع بينهم وينبغى أن يقدم الرجال على
حدة والنساء على حدة لما فى الخلط من خوف الفتنة ولورأى أن يجعل لهم يوماً على حدة لكثرة الخصوم فعل لان
افرادهن بيوم استرطن ومنها أن لا يتعب نفسه فى طول الجلوس لانه يحتاج الى النظر فى الحجج وبطول الجلوس
يختل النظر فيها فلا ينبغى ان يفعل ذلك ويكفى الجلوس طرفى النهار وقدر ما لا يفتر عن النظر فى الحجج واذا تقدم اليه
الخصمان هل يسأل المدعى عن دعواه ذكر فى أدب القاضى انه يسأل وذكر فى الزيادات انه لا يسأل وكذا اذا
ادعى دعوى صحيحة هل يسأل المدعى عليه عن دعوى خصمه ذكر فى أدب القاضى انه يسأل وذكر فى الزيادات
انه لا يسأل حتى يقول له المدعى سله عن جواب دعواى وجه ما ذكر فى الزيادات أن السؤال عن الدعوى انشاء
الخصومة والقاضى لا ينشئ الخصومة وجه ما ذكر فى الكتاب ان من الجائز ان أحد الخصمين يلحقه مهابة مجلس
القضاء فيعجز عن البيان دون سؤال القاضى فيسأل عن دعواه ومنها ان المدعى اذا أقام اليئنة فادعى المدعى عليه
الدفع وقال لى بيئنة حاضرة أمهله زمانا لقول سيدنا عمر رضى الله عنه فى كتاب السياسة اجعل للمدعى أمداً ينشئ
اليه وأراد به مدعى الدفع ألا ترى انه قال وان عجز استحللت عليه القضاء ولا نه لولم يمهله وقضى بيئنة المدعى ربما يحتاج
الى نقض قضائه لجواز ان يأتى بالدفع مؤخراً فهو من صيانة القضاء عن النقض ثم ذلك مفوض الى رأى القاضى
ان شاء آخر الى آخر المجلس وان شاء الى العدو وان شاء الى بعد العدو ولا يزيد عليه لان الحق قد توجه عليه فلا يسعه
التأخير أكثر من ذلك وان أدى بيئنة غائبة لا يلتفت اليه بل يقضى للمدعى ومنها أن يجلس للقضاء فى أشهر المجالس
ليكون أرفق بالناس وهل يقضى فى المسجد قال أصحابنا رحمهم الله يقضى وقال الشافعى رحمه الله لا يقضى بل
يقضى فى بيئته وجه قوله ان القاضى يأتى به المشرك والحائض والنفساء والجنب ويجزى بين الخصمين كلام اللغو
والرفث والكذب لان أحدهما كاذب وتنزيه المسجد عن هذا كله واجب (ولنا) الاقتداء برسول الله صلى
الله عليه وسلم والصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقضى فى المسجد
وكذا الخلفاء الراشدون والصحابة والتابعون رضى الله عنهم كانوا يجلسون فى المسجد للقضاء والاقتداء بهم واجب
ولا بأس للقاضى ان يرد الخصوم الى الصلح ان طمع منهم ذلك قال الله تبارك وتعالى والصلح خير فكان الرد الى
الصلح رداً الى الخير وقال سيدنا عمر رضى الله عنه ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم
الضغائن فندب رضى الله عنه القضية الى رد الخصوم الى الصلح ونبه على المعنى وهو حصول المقصود من غير ضغينة ولا
يزيد على مرة أو مرتين فان اصطلحا والا قضى بينهما بما يوجب الشرع وان لم يطع منهم الصلح لا يردهم اليه بل
ينفذ القضية فيهم لانه لا فائدة فى الرد وهل للقاضى أن يأخذ الرزق فان كان فقيراً له أن يأخذ لانه يعمل
للمسلمين فلا بد له من الكفاية ولا كفاية له فكانت كفايته فى بيت المال الا أن يكون له ذلك أجره عمله
وينبغى للامام ان يوسع عليه وعلى عياله كيلا يطمع فى أموال الناس وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعث

عقاب بن أنس يدري الله عنه إلى مكة وولاه أمرها رزقه أربع مائة درهم في كل عام وروى أن الصحابة الكرام رضی الله تعالى عنهم أجمعين وأبي بكر الصديق رضي الله عنه كل يوم درهما وثلاثاً أو ثلاثين من بيت المال وكذا روى أنه كان لسيدنا عمر رضي الله عنه مثل ذلك من بيت المال وكان لسيدنا علي رضي الله عنه كل يوم قصعة من ثريد ورزق سيدنا عمر رضي الله عنه شريحاً وروى أن سيدنا علياً فرض له خمسمائة درهم في كل شهر وإن كان غنياً اختلفوا فيه قال بعضهم لا يحل له أن يأخذ لأن الأخذ بحكم الحاجة ولا حاجة له إلى ذلك وقال بعضهم يحل له الأخذ والافضل له أن يأخذ ما أحل فلما بينا أنه عامل للمسلمين فكانت كفايته عليهم لا من طريق الأجر وأما الفضيلة فلأنه وإن لم يكن محتاجاً إلى ذلك فربما يجيء بعده قاض محتاج وقد صار ذلك سنة ورسماً فتمتنع السلاطين عن إبطال رزق القضاة إليهم خصوصاً سلاطين زماننا فكان الامتناع من الأخذ شحاً بحق الغير فكان الافضل هو الأخذ وليس للقاضي أن يستخلف إلا إذا أذن له الإمام بذلك لأنه يتصرف بالتفويض فيتقدر بقدر ما فوض إليه كالوكيل ولو استخلف تتوقف قضاياه خليفته على إجازته بمنزلة الوكيل الخاص إذا وكل غيره فيتصرف ولو كان الإمام أذن له بذلك كان له ذلك كالوكيل العام وفي آداب القضاء ومآدب القاضي إلى فعله كثرة لها كتاب مفرد هناك إن شاء الله تعالى

فصل وأما بيان ما ينفذ من القضاء وما ينتقض منها إذا رفع إلى قاض آخر فنقول وبالله التوفيق قضاء القاضي الأول لا يخلو أما أن وقع في فصل فيه نص مفسر من الكتاب العزيز والسنة المتواترة والجماع وأما أن وقع في فصل مجتهد فيه من ظواهر النصوص والقياس فإن وقع في فصل فيه نص مفسر من الكتاب أو الخبر المتواتر أو الجماع فإن وافق قضاءه ذلك نفذ ولا يحل له النقض لأنه وقع صحيحاً قطعاً وإن خالف شيئاً من ذلك رده لأنه وقع باطلاً قطعاً وإن وقع في فصل مجتهد فيه فلا يخلو أما أن كان مجعاً على كونه مجتهداً فيه وأما أن كان مختلفاً في كونه مجتهداً فيه فإن كان ذلك مجعاً على كونه محل الاجتهاد فاما أن كان المجتهد فيه هو المقضي به وأما أن كان نفس القضاء فإن كان المجتهد فيه هو المقضي به فرفع قضاؤه إلى قاض آخر لم يردده الثاني بل ينفذه لكونه قضاءً مجعاً على صحته لما علم أن الناس على اختلافهم في المسئلة اتفقوا على أن للقاضي أن يقضي بأي الأقوال الذي مال إليه اجتهاده فكان قضاءً مجعاً على صحته فلو نقضه انما ينقضه بقوله وفي صحته اختلاف بين الناس فلا يجوز نقض ما صح بالاتفاق بقول مختلف في صحته ولأنه ليس مع الثاني دليل قطعي بل اجتهادي وصحة قضاء القاضي الأول ثبت بدليل قطعي وهو اجماعهم على جواز القضاء بأبي وجه انضبح له فلا يجوز نقض ما مضى بدليل قاطع بما فيه شبهة ولأن الضرورة توجب القول بلزوم القضاء المبني على الاجتهاد وإن لا يجوز نقضه لأنه لو جاز نقضه رفعه إلى قاض آخر يرى خلاف رأي الأول فينقضه ثم رفعه المدعي إلى قاض آخر يرى خلاف رأي القاضي الثاني فينقض نقضه ويقضي كما قضى الأول فيؤدي إلى أن لا تندفع الخصومة والمنازعة أبداً والمنازعة سبب الفساد وما أدى إلى الفساد فساداً فإن كان رده القاضي الثاني فرفعه إلى قاض ثالث فنقض قضاء القاضي الأول وأبطل قضاء القاضي الثاني لأن قضاء الأول صحيح وقضاء الثاني بالرد باطل هذا إذا كان القاضي الأول قاضياً أهل العدل فإن كان قاضياً أهل البني فرفعت قضايه إلى قاض أهل العدل بأن ظهر أهل العدل على المصر الذي كان في يد الخوارج فرفعت إلى قاض أهل العدل قضاياهم لم ينفذ شيئاً منها بل ينقضها كلها وإن كانوا من أهل القضاء والشهادة في الجملة كتباً وغيظاً لهم لينزجر واعن البني وإن كان نفس القضاء مجتهداً فيه أنه يجوز أن لا يكالو قاضي بالحجر على الحر أو قضى على الغائب أنه يجوز للقاضي الثاني أن ينقض قضاء الأول إذا مال اجتهاده إلى خلاف اجتهاد الأول لأن قضاءه هنا لم يجز بقول الكل بل بقول البعض دون البعض فلم يكن جوازه متفقاً عليه فكان محتملاً للنقض بمثله بخلاف الفصل الأول لأن جواز القضاء هناك ثبت بقول الكل فكان متفقاً عليه فلا يحتمل النقض بقول البعض ولأن المسئلة إذا كانت مختلفاً فيها فالقاضي بالقضاء يقطع أحد الاختلافين ويجعله متفقاً عليه في الحكم بالقضاء المتفق على جوازه وإذا كان نفس القضاء مختلفاً فيه يرفع الخلاف بالخلاف هذا إذا كان القضاء في محل أجمعوا على كونه محل

محل الاجتهاد فاما اذا كان في محل اختلافوا انه محل الاجتهاد أم لا كييع أم الولد هل ينفذ فيه قضاء القاضي أم لا فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ينفذ لانه محل الاجتهاد عندهما لا اختلاف الصحابة في جواز بيعها وعند محمد لا ينفذ لوقوع الاتفاق بعد ذلك من الصحابة وغيرهم على انه لا يجوز بيعها فخرج عن محل الاجتهاد وهذا يرجع الى ان الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم عندهما لا يرفع وعندهم يرفع فكان هذا الفصل مختلفاً في كونه مجتهداً فيه فينظر ان كان من رأى القاضي الثاني انه يجتهد فيه ينفذ قضاءه ولا يرد له ما ذكرنا في سائر المجتهدات المتفق عليها وان كان من رأيه انه خرج عن حد الاجتهاد وصار متفقاً عليه لا ينفذ بل يرد له لان عنده ان قضاء الاول وقع مخالفاً للاجماع فكان باطلاً ومن مشايخنا من فصل في المجتهدات تفصيلاً آخر فقال ان كان الاجتهاد شديداً مستنكراً أجاز للقاضي الثاني ان ينقض قضاء الاول وهذا فيه نظر لانه اذا صح كونه محل الاجتهاد فلا معنى للفصل بين مجتهد ومجتهد لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما فينبغي ان لا يجوز للثاني نقض قضاء الاول لان قضاءه صادر من محل الاجتهاد

فصل واما بيان ما يحله القضاء وما لا يحله فلا يصل ان قضاء القاضي بشاهدي الزور فيه اية انشاءه في الجملة فيفيد الحل عند أبي حنيفة رحمه الله وقضاؤه بهما فيما ليس له ولاية انشاءه أصلاً لا يفيد الحل بالاجماع وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله لا يفيد الحل فيهما جميعاً فنقول جملة الكلام فيه ان القاضي اذا قضى بشاهدين ثم ظهر انهما شاهدا زور فلا يخلو اما ان قضى بعقد أو بفسخ عقده واما ان قضى بملك مرسل فان قضى بعقد أو بفسخ عقد فقضاؤه يفيد الحل عنده وعندهم لا يفيد ولقب المسئلة ان قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهود زور هل ينفذ ظاهره او باطنه فهو على الخلاف الذي ذكرنا وان قضى بملك مرسل لا ينفذ قضاؤه باطناً بالاجماع وبيان هذه الجملة في مسائل اذا ادعى رجل على امرأة انه تزوجها فانكرت فاقام على ذلك شاهدي زور فقضى القاضي بالنكاح بينهما وهما يعلمان انه لا نكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل لها التمكن عند أبي حنيفة وعندهم لا يحل وكذا اذا شهد شاهدان على رجل انه طلق امرأته ثلاثاً وهو منكر فقضى القاضي بالفرقة بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين حل له وطؤها وان كان يعلم انه شهد بزور عنده وعندهم لا يحل وعلى هذا الخلاف دعوى البيع والاعتاق وفي الهبة عن أبي حنيفة رحمه الله وايتان وأجمعوا على أنه لو ادعى نكاح امرأته وهي تنكر وتقول أنا أخته من الرضاع أو أنا في عدة من زوج آخر فشهد بالنكاح شاهدان وقضى القاضي بشهادتهما والمرأة تعلم انها كما أخبرت لا يحل لها التمكن وأجفوا أيضاً على أنه لو ادعى رجل أن هذه جاريته وهي تنكر فاقام على ذلك شاهدين وقضى القاضي بالجارية انه لا يحل له وطؤها اذا كان يعلم انه كاذب في دعواه ولا يحل لاحد الشاهدين أيضاً ان يشتريها احتجوا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انكم تختصمون الي ولعل بعضكم الخن بمحبته من بعض وانما أنا بشر فن قضيت له من مال أخيه شيئاً بغير حق فانما أقطع له قطعة من النار أخبر الشارح عليه الصلاة والسلام ان القضاء بما ليس للمدعي قضاء له بقطعة من النار ولو نفذ قضاؤه باطناً لما كان القضاء به قضاء بقطعة من النار ولان القضاء انما ينفذ بالحجة وهي الشهادة الصادقة وهذه كاذبة يتيقن فلا ينفذ حقيقة ولهذا ينفذ بالملك المرسل وكذا اذا كانت المرأة محرمة بالعدة والردة أو الرضاع أو القرابة أو المصاهرة كذا هذا ولا يبي حنيفة رضي الله عنه ان قضاء القاضي بما يحتمل الانشاء انشاءه فينفذ ظاهره او باطنه كما لو انشأ صريحاً ودلالة الوصف ان القاضي مأور بالقضاء بالحق ولا يقع قضاؤه بالحق فيما يحتمل الانشاء الا بالحمل على الانشاء لان البيئة قد تكون صادقة وقد تكون كاذبة فيجعل انشاء والعقود والفسوخ مما يحتمل الانشاء من القاضي فان للقاضي ولاية انشاءها في الجملة بخلاف الملك المرسل لان نفس الملك مما لا يحتمل الانشاء ولهذا لو أنشأ القاضي أو غيره صريحاً لا يصح وبخلاف ما اذا كانت المرأة محرمة باسباب لان هناك ليس للقاضي ولاية الانشاء ألا ترى انه لو أنشأ صريحاً لا ينفذ واما الحديث فقد

قيل انه عليه الصلاة والسلام قال ذلك في أخوين اختصما اليه في موارد يث درست بينهما فقال الى آخره ولم يكن لهما بينة الادعواهما كذا ذكره أبو داود عن أم سلمة رضي الله عنهما والميراث ومطلق الملك سواء في الدعوى و به تقول مع انه ليس فيه ذكر السبب والكلام في القضاء بسبب على انا نقول بموجبه لكن لم قلتم ان القضاء بسبب قضاء له من مال آخر بغير حق بل هو قضا له من مال نفسه و بحق لان القضاء بسبب الملك صحيح عندنا فقد قلنا بموجب الحديث والحمد لله وحده

﴿فصل﴾ واما بيان حكم خطأ القاضي في القضاء فنقول الاصل ان القاضي اذا أخطأ في قضائه بان ظهر ان الشهود كانوا عبيدا أو محدودين في قذف انه لا يؤاخذ بالضمان لانه بالقضاء لم يعمل لنفسه بل لغيره فكان بمنزلة الرسول فلا تلحقه العهدة ثم ينظر اما ان كان المقضى به من حقوق العباد واما ان كان من حقوق الله عز وجل خالصا كالقطع في السرقة والرجم في زنا المحصن فان كان في حقوق العباد فان كان مالا وهو قائم رده على المقضى عليه لان قضاءه وقع باطلا ورد عين المقضى به ممكن فيلزمه رده لقول النبي عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولا نه عين مال المدعى عليه ومن وجد عين ماله فهو أحق به وان كان هالكا فالضمان على المقضى له لان القاضي عمل له فكان خطؤه عليه ليكون الخراج بالضمان ولا نه اذا عمل له فكان هو الذي فعل بنفسه وان كان حقا ليس بمال كالطلاق والعناق بطل لانه تبين ان قضاءه كان باطلا وانه أمر شرعي يحتمل الرد فيرد بخلاف الحدود والمال الهالك لانه لا يحتمل الرد بنفسه فيرد بالضمان هذا اذا كان المقضى به من حقوق العباد واما اذا كان من حق الله عز وجل خالصا فضمانه في بيت المال لانه عمل فيها العامة المسلمين لعود منفعتهما اليهم وهو الزجر فكان خطؤه عليهم لما قلنا فيؤدى من بيت مالهم ولا يضمن القاضي لما قلنا ولا الجلاذ أيضا لانه عمل بأمر القاضي والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ واما بيان ما يخرج به القاضي عن القضاء فنقول وبالله التوفيق كل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يخرج به القاضي عن القضاء وما يخرج به الوكيل عن الوكالة أشياء ذكرناها في كتاب الوكالة لا يختلفان الا في شيء واحد وهو ان الموكل اذا مات أو خلع ينزل الوكيل والخليفة اذا مات أو خلع لا تنزل قضائته ولا نه (ووجهه) الفرق ان الوكيل يعمل بولاية الموكل وفي خالص حقه أيضا وقد بطلت أهلية الولاية فينزل الوكيل والقاضي لا يعمل بولاية الخليفة وفي حقه بل بولاية المسلمين وفي حقوقهم وانما الخليفة بمنزلة الرسول عنهم لهذا لم تلحقه العهدة كالرسول في سائر العقود والوكيل في النكاح واذا كان رسولا كان فعله بمنزلة فعل عامة المسلمين ولا يتهم بموت الخليفة باقية فيبقى القاضي على ولايته وهذا بخلاف العزل فان الخليفة اذا عزل القاضي أو الوالي ينزل بعزله ولا ينزل بموته لانه لا ينزل بعزل الخليفة أيضا حقيقة بل بعزل العامة لما ذكرنا ان توليته بتولية العامة والعامة ولوه الاستبدال دلالة لتعلق مصالحهم بذلك فكانت ولايته منهم معنى في العزل أيضا فهو الفرق بين العزل والموت ولو استخلف القاضي باذن الامام ثم مات القاضي لا ينزل خليفته لانه نائب الامام في الحقيقة لا نائب القاضي ولا ينزل بموت الخليفة أيضا كما لا ينزل القاضي لما قلنا ولا يملك القاضي عزل خليفته لانه نائب الامام فلا ينزل بعزله كالوكيل انه لا يملك عزل الوكيل الثاني لان الثاني وكييل الموكل في الحقيقة لا وكييله كذا هنا الا اذا اذن له الخليفة ان يستبدل من شاء فيملك عزله ويكون ذلك أيضا عزلا من الخليفة لا من القاضي لان القاضي كالوكيل اذا قال له الموكل اعمل برأيك أنه يملك التوكيل والعزل واذا عزل كان العزل في الحقيقة من الموكل كذا هذا وعلم المعزول بالعزل شرط صحة العزل كما ذكر في الوكالة وهل ينزل باخذ الرشوة في الحكم عندنا لا ينزل لكن يستحق العزل فيعزله الامام ويعزره كذا ذكر في كتاب الحدود وقال مشايخ العراق من أصحابنا انه ينزل وقالوا صححت الرواية عن أصحابنا رضي الله عنهم أنه ينزل واستدلوا بما ذكر في السير الكبير أنه يخرج من القضاء لكن رواية مشايخنا أنه لا يخرج من القضاء وهذه الرواية أولى لان هذه الرواية مشتهرة ورواية كتاب الحدود محكمة لانه ذكر ان الامام بعزله ويعزره فكان فيما قلنا محل المحتمل على

الحكم فكان عملاً بالروايتين جميعاً فكان أولى وهذا عندنا وقال الشافعي عليه الرحمة ينزل وهو قول المعتزلة ولقب
المسئلة ان القاضي اذا فسق هل ينزل أولاً فعندنا لا ينزل وعند الشافعي ينزل وبه قالت المعتزلة لكن بناء على
أصلين مختلفين فأصل المعتزلة ان الفسق يخرج صاحبه عن الايمان فيبطل أهلية القضاء وأصل الشافعي رحمه الله
ان العدة شرط أهلية القضاء كما هي شرط أهلية الشهادة لان أهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة وقد زالت بالفسق
فتبطل الأهلية والأصل عندنا أن الكبيرة لا تخرج صاحبها من الايمان والعدة ليست بشرط أهلية القضاء كما ليست
بشرط لأهلية الشهادة على ما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب القسمة ﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان أنواع القسمة وفي بيان شرعية كل نوع وفي بيان معنى القسمة
لغة وشرعاً وفي بيان شرائط القسمة وفي بيان صفات القسمة وفي بيان حكم القسمة وفي بيان ما يوجب نقص
القسمة بعد وجودها (أما) الأول فالقسمة في الاملاك المشتركة نوعان أحدهما قسمة الاعيان والثاني قسمة
المنافع وقسمة كل واحد من النوعين مشروعة أما قسمة الاعيان فقد عرفت شرعيتها بالسنة والاجماع (أما)
السنة فإروى أن النبي عليه الصلاة والسلام قسم غنائم خيبر بين الغانمين وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام
الشرعية (وأما) الاجماع فان الناس استعملوا القسمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير
تكبير فكانت شرعيته متوارثة والمعقول يقتضيه توفير اعل كل واحد مصلحته بكاملها

﴿ فصل ﴾ وأما بيان معنى القسمة لغة وشرعاً أما في اللغة فهي عبارة عن افراز النصيب وفي الشريعة عبارة عن افراز
بعض الانصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض لان ما من جزأين من العين المشتركة لا يتجزأ أن قبل القسمة الا
وأحد هما ملك أحد الشرعيين والآخر ملك صاحبه غير عين فكان نصف العين مملو كالهذا والنصف مملو كالذالك
على الشيوع فاذا قسمت بينهما نصفين والجزاء المملوكة لكل واحد منهما شائعة غير معينة فتجتمع بالقسمة في
نصيبه دون نصيب صاحبه فلا بد وأن يجتمع في نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملو كله وبعضها مملو
لصاحبه على الشيوع فلو لم تقع القسمة مبادلة في بعض أجزاء المقسوم لم يكن المقسوم كله ملكاً للمقسوم عليه بل يكون
بعضه ملك صاحبه فكانت القسمة منهما بالتراضي أو بطلبهما من القاضي رضاً من كل واحد منهما بوزل ملكه عن
نصف نصيبه بعوض وهو نصف نصيب صاحبه وهو تفسير المبادلة فكانت القسمة في حق الاجزاء المملو كله
افرازاً أو تميزاً أو تعييناً لها في الملك وفي حق الاجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة وهي مبادلة بعض الاجزاء المجتمعة
في نصيبه ببعض الاجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه فكانت افراز بعض الانصباء ومعاوضة البعض ضرورة وهذا
هو حقيقة القسمة المعقولة في الاملاك المشتركة فكان معنى المعاوضة لازماً في كل قسمة شرعية الا أنه أعطي لها حكم
الافراز في ذوات الامثال في بعض الاحكام لان المأخوذ من العوض مثل المتروك من العوض فجعل كأنه يأخذ
عين حقه بمنزلة المقرض حتى كان لكل واحد منهما أن يأخذ نصيبه من غير رضا صاحبه فجعل افرازاً أحكاماً وهذا
المعنى لا يوجد في غير ذوات الامثال فان قيل أليس انه يجبر على القسمة والمعاوضات مما لا يجبر فيها الجبر كالبيع
ونحوه (فالجواب) ان المعاوضة قد يجبر فيها الجبر ألا ترى ان الغريم يجبر على قضاء الدين وقضاء الدين لا يتحقق
الا بطريق المعاوضة على ما بينا في كتاب الوكالة دل ان الجبر لا ينفى المعاوضة فإزان يجبر على القسمة وان كانت
معاوضة مع ما أن الجبر لا يجبر في المعاوضات المطلقة كالبيع ونحوه والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة بل هي افراز من
وجه ومعاوضة من وجه فإزان يجبر فيها الجبر وعلى هذا الاصل تخرج قسمة المكيلات والموزونات والعدييات
المتقاربة انها لا تجوز بمجازفة كما لا يجوز بيعها بمجازفة لاعتبار معنى المبادلة وذكر في الكتاب في كرحطة مشترك بين

رجلين ثلاثون منه رديئة وعشرة منه جيدة قيمتها سواء فأراد أن يقتسماها فإخذ أحدهما ثلاثين والاخر عشرة أنه لا يجوز لتمكين الباقي لتحقيق معنى المعاوضة ولو زاد صاحب الزيادة ثوباً أو شيئاً أخر جاز لان الزيادة صارت مقابلة بالثوب فزال معنى الربا وقال في زرع مشترك بين رجلين في أرض مملوكة لهما فأرادا قسمة الزرع دون الأرض وقد سنبل الزرع انه لا يجوز قسمته لان قسمته بطريق المجازفة ولا يجوز المعاوضة بطريق المجازفة في الاموال الربوية وكذا الوأوصى بصوف على ظهر غنم لرجلين أو وصى باللبن في الضرع لهما لم تجز قسمته قبل الجز والحلب لان الصوف واللبن من الاموال الربوية فلا يمتثلان القسمة مجازفة كمالا يمتثلان البيع مجازفة وكذا خيار العيب يدخل في نوعي القسمة كما يدخل في البيع وخيار الرؤية والشرط يدخل في أحد النوعين دون الآخر لا لعدم معنى المبادلة بل لمعنى آخر نذكره في موضعه ولو اشترى رجلان من رجل كرحطة بمائة درهم فاقسماها فلكل واحد منهما أن يبيع نصيبه مائة على خمسين درهما ولو اشترى داراً بمائة درهم فاقسماها ليس لواحد منهما أن يبيع نصيبه مائة على خمسين وإنما اختلف النوعان في هذا الحكم لا اعتبار معنى الافراز في أحدهما والمبادلة في الآخر بل لمعنى آخر وهو أن المائة يبيع بمثل المذكور ثمن في الاول مع زيادة شيء وانما يجوز البيع بمثل المذكور ثمن في الاول مع زيادة شيء فبما يمتثل الزيادة وما لا يمتثل الزيادة فلا كما اذا اشترى كرحطة بكر حنطة لا يبيعه مائة على الكركذا هنا بل أولى لان ذلك معاوضة مقصودة والمعاوضة في القسمة ليست بمقصودة واذا كان كذلك يسقط اعتبار هذا الثمن شرعاً في هذا الحكم لانه لا يمتثل الزيادة فكان له أن يبيعه مائة على أول ثمن يمتثل الزيادة وهو الخمسون بخلاف قسمة الدار لان هناك يمكن البيع بالثمن الاول وهو ثمن القسمة وزيادة شيء بان يبيع نصفه من شريكه بالنصف الذي في يده ويربح درهم مثلاً كما اذا اشترى داراً بدار أو اشترى كرحطة بثوب فامكن بيعه مائة على الثمن الاول في الجملة فلم يجز بيعه مائة على خمسين الا أنه اذا باعه مائة أو باعه من باعه بالنصف الذي في يده بربحه يارده لا يجوز لمعنى عرف في كتاب البيوع والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل (أما) وأما شرائط جواز القسمة فانواع بعضها يرجع الى القاسم وبعضها يرجع الى المقسوم وبعضها يرجع الى المقسوم له (أما) الذي يرجع الى القاسم فنوعان نوع هو شرط الجواز ونوع هو شرط الاستحباب أما شرائط الجواز فانواع منها العقل فلا يجوز قسمة المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات الشرعية فاما البلوغ فليس بشرط لجواز القسمة حتى تجوز قسمة الصبي الذي يعقل القسمة باذن وليه وكذلك الاسلام والذكورة والحرية ليست بشرط لجواز القسمة فتجوز قسمة الذمي والمرأة والمكاتب والمأذون لان هؤلاء من أهل البيع فكانوا من أهل القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الملك والولاية فلا تجوز القسمة بينهما أما الملك فالعنى به أن يكون القاسم مالكا فيقسم الشركاء بالتراضي وأما الولاية فتتبع ولاية قضاء وولاية قرابة الا أن شرط ولاية القضاء الطلب فيقسم القاضي وأمينه على الصغير والكبير والذكر والانثى والمسلم والذمي والحرة والعبد والمأذون والمكاتب عند طلب الشركاء كلهم أو بعضهم على ما ذكره ولا يشترط ذلك في ولاية القرابة فيقسم الاب ووصيه والجد ووصيه على الصغير والمعتوه من غير طلب أحد والا صل فيه ان كل من له ولاية البيع فله ولاية القسمة ومن لا فلا وله ولاية البيع فكانت لهم ولاية القسمة وكذلك القاضي له ولاية بيع مال الصغير والكبير في الجملة فكان له ولاية القسمة في الجملة (وأما) وصى الام ووصى الاخ والعلم فيقسم المنقول دون العقار لان له ولاية بيع المنقول دون المتار وفي وصى المكاتب اذا مات عن وفاء أنه هل يقسم فيه - وإيتان وهذا كله يقرر ما قلنا ان معنى المبادلة لا زم في القسمة حيث جعل سبيله سبيل البيع في الولاية ولا يقسم وصى الميت على الموصى له لا لعدم ولايته عليه وكذا لا يقسم الورثة عليه لا لعدم ولايتهم عليه لان الموصى له كواحد من الورثة ولا يقسم بعض الورثة على بعض لا لعدم الولاية فلا يقسمون على الموصى له ولو اقسما هو غائب تقضت قسمتهم لكن هذا اذا كانت القسمة بالتراضي فان

كانت بقضاء القاضى تنفذ ولا تنقض لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وأما شرائط الاستحباب فانواع (منها) أن يكون عدلا أميناعالاً بالقسمة لانه لو كان غير عدل خائناً أو جاهلاً بأمور القسمة يخاف منه الجور في القسمة. لا يجوز (ومنها) أن يكون منصوب القاضى لان قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب ولانه أجمع لشرائط الامانة والافضل أن يرزقه من بيت المال ليقسم للناس من غير أجر عليهم لان ذلك أرفق بالمسلمين فان لم يمكنه أن يرزقه من بيت المال يقسم لهم بأجر عليهم ولكن ينبغي للقاضى أن يقدر له أجره معلومة كيلا يتحكم على الناس ولو أراد الناس أن يستأجروا أقساما آخر غير الذى نصبه القاضى لا يمنعهم القاضى عن ذلك ولا يجبرهم على أن يستأجروا أقساما لانه لو فعل ذلك لعله لا يرضى الا بأجرة كثيرة فيتضرر الناس وكذا لا يترك القسمين يشتركون في القسم لما قلنا (ومنها) المبالغة في تعديل الانصاء والتسوية بين السهام باقصى الامكان لئلا يدخل قصور في سهم وينبغي أن لا يدع حقاين شرعيين غير مقسوم من الطريق والمسيل والشرب الا اذا لم يمكن وينبغي أن لا يضم نصيب بعض الشركاء الى بعض الا اذا رضوا بالضم لانه يحتاج الى القسمة ثانيا وينبغي أن لا يدخل في قسمة الدار ونحوها الدراهم الا اذا كان لا يمكن القسمة الا كذلك لان محل القسمة الملك المشترك ولا شركة في الدراهم فلا يدخلها في القسمة الا عند الضرورة والله سبحانه وتعالى الموفق (ومنها) أن يقرع بينهم بعد الفراغ من القسمة ويشترط عليهم قبول من خرج سهمه أولا فله هذا السهم من هذا الجانب من الدار ومن خرج سهمه بعده فله السهم الذى يليه هكذا ثم يقرع بينهم لان القرعة تتعلق بها حكم بل لتطبيب النفوس ولورود السنة بها ولان ذلك أنفى للهمة فكان سنة والله سبحانه وتعالى أعلم واذا قسم بأجر فأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما رحمهما الله على قدر الانصاء (وجه) قولهما ان أجره القسمة من مؤنات الملك فيتقدر بقدره كالنفقة (وجه) قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان الاجرة بمقابلة العمل وعمله في حق الكل على السواء فكانت الاجرة عليهم على السواء وهذا لان عمله تمييز الانصاء والتمييز عمل واحد لان تمييز القليل من الكثير هو بعينه تمييز الكثير من القليل والتفاوت في شئ واحد محال واذا لم يتفاوت العمل لا تتفاوت الاجرة بخلاف النفقة لانهما بمقابلة الملك والملك يتفاوت فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما الذى يرجع الى المقسوم له فانواع (منها) أن لا يلحقه ضرر في أحد نوعي القسمة دون النوع الآخر وبيان ذلك ان القسمة نوعان قسمة جبر وهى التى يتولاها القاضى وقسمة رضا وهى التى يفعلها الشركاء بالتراضى وكل واحد منهما على نوعين قسمة تفريق وقسمة جمع (أما) قسمة التفريق فنقول وبالله تعالى التوفيق ان الذى تصادفه القسمة لا يخلو من أحد وجهين (أما) أن يكون مملا ضرر في تبعيضه بالشركىين أصلا بل لهما فيه منفعة (وأما) أن يكون مملا في تبعيضه مضرة فان كان مملا مضرة في تبعيضه أصلا بل فيه منفعة للشركىين كالمكيل والموزون والعددى المتقارب فتجوز قسمة التفريق فيها قسمة جبر كما تجوز فيها قسمة الرضا لتحقيق ما شرع له القسمة وهو تكميل منافع الملك وان كان مملا في تبعيضه ضرر فلا يخلو من أحد وجهين (أما) ان يكون فيه ضرر بكل واحد منهما (وأما) أن يكون فيه ضرر بأحدهما نفع في حق الآخر فان كان في تبعيضه ضرر بكل واحد منهما فلا تجوز قسمة الجبر فيه وذلك نحو اللؤلؤة الواحدة والياقوتة والزمردة والثوب الواحد والسرير والقوس والمصحف الكريم والقباء والحبة والخيمة والحائط والحمام والبيت الصغير والحانوت الصغير والرحى والفرس والجل والبقرة والشاة لان القسمة في هذه الاشياء قسمة اضرار بالشركىين جميعا والقاضى لا يملك الجبر على الاضرار وكذلك النهر والقناة والعين والبر لمالقلنا فان كان مع ذلك أرض قسمت الارض وترك البئر والقناة على الشركة (فاما) اذا كانت أنهار الارضين متفرقة أو عيوناً أو آباراً قسمت الآبار والعيون لانه لا ضرر في القسمة وكذا الباب والساحة والخشبة اذا كان في قطعها ضرر فان كانت الخشبة كبيرة يمكن تعديل القسمة فهما من غير ضرر جازت وتجوز قسمة الرضا في هذه الاشياء بان ينقسمها باقساما يتراضيهما لانهما يملكان الاضرار بأقساما مع ما أن ذلك لا يخلو عن نوع نفع ولا يخبرى

فيه القسمة لا يجبر واحد منهما على بيع حصته من صاحبه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله إذا اختصما فيه باع
القاضي وقسم الثمن بينهما والصحيح قول العامة لأن الجبر على إزالة الملك غير مشروع وعلى هذا طريق بين رجلين
طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فإن كان يستقيم لكل واحد منهما طريق نافذ بعد القسمة يجبر على القسمة لأن
القسمة تقع تحصيلاً لما شرعت له وهو تكيل منافع الملك فيجبر عليها وإن كان لا يستقيم لا يجبر على القسمة لأنها قسمة
أضرار بالشريكين فلا يلزم القاضي إلا إذا كان لكل واحد منهما في نصيبه من الدار مفتوح من وجه آخر فيقسم أيضاً لأن
القسمة في هذه الصورة لا تقع أضراراً ولو اقتسما بأنفسهما جازت لتراضيهما بالضرر وكذلك المسيل المشترك إذا
طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر وإن كان محال لو قسم يصيب كل واحد منهما بعد القسمة قدر ما يسيل مأوؤه أو كان
له موضع آخر يمكنه التسيل فيه يقسم وإن لم يمكن لم يقسم لماذا كرنا في الطريق وعلى هذا إذا طلب أحدهما مفتاح الدار
من غير رفع الطريق وأبى الآخر الرفع الطريق أنه إن كان لكل واحد منهما مفتاح آخر يفتح في نصيبه قسم بينهما
بغير رفع الطريق لأن ما هو المطلوب من القسمة وهو تكميل منافع الملك في هذه القسمة أوفر وإن لم يكن رفع بينهما
طريقاً وقسم الباقي لأنه إذا لم يكن بينهما مفتاح كانت القسمة بغير طريق تقويتاً للمنفعة لا تكليلاً لها فكانت أضراراً بهما
وهذا لا يجوز إلا إذا اقتسما بأنفسهما بغير طريق فيجوز لما قلنا ولو اختلفا في سعة الطريق وضيقه جعل الطريق على قدر
عرض باب الدار وطوله على أدنى ما يكفيها لأن الطريق وضع للاستطراق والباب هو الموضوع مدخلا إلى أدنى
ما يكفي للاستطراق فيحكم فيه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا إذا بنى رجلان في أرض رجل باذنه وطلب
أحدهما قسمة البناء وأبى الآخر وصاحب الأرض غائب لم تقسم لأن الأرض المبني عليها بينهما شائع بالاعارة أو
بالاجارة فلو قسم البناء بينهما لكان لكل واحد منهما سبيل في بعض نصيب صاحبه وفيه ضرر فلا يجبر على القسمة
ولو اقتسما بالتراضي جازت وكذلك لو هدمها وكانت الآلة بينهما وعلى هذا زرع بين رجلين في أرض مملوكة لهما طلب
أحدهما قسمة الزرع دون الأرض فإن كان الزرع قد بلغ وسنبل لا يقسم لماذا كرنا من قبل ولو طلبا جميعاً لا يقسم أيضاً
لأن المنع هو الرابو حرمة الرابو لا تحتل الارتقاء بالرضا وإن كان الزرع بقليل فطلب أحدهما لا يقسم أيضاً لأن الأرض
مملوكة لهما على الشركة فلو قسم لكان كل واحد منهما بسبيل من القطع وفيه ضرر ولا يجبر على الضرر ولو اقتسما
بأنفسهما وشرطا القطع جازت لأنهما رضيا بالضرر ولو شرطا التزك لم يجز لأن رغبة الأرض مشتركة بينهما فكان شرط
التزك منهما في القسمة شرطا الانتفاع كل واحد منهما بملك شريكه ومثل هذا الشرط مفسد للبيع فكان مفسداً للقسمة
لأن فيها معنى البيع وكذلك لو لم تكن الأرض مملوكة لهما وكانت في أيديهما بالاعارة أو بالاجارة والزرع بقليل لا تقسم لما
ذكرنا ولو اقتسما بأنفسهما جازت بشرط القطع ولا تجوز بشرط التزك كالبيع على ذكرنا وكذلك طاع بين رجلين طلب
أحدهما قسمة الطلع دون النخل والأرض لم يقسم لماذا كرنا في الزرع ولو اقتسما بالتراضي فإن شرطا القطع جاز وإن شرطا
التزك لم يجز لماذا كرنا في الزرع ولو تركه بعد القسمة باذن صاحبه فادرك وقيل فالفضل له طيب لأنه وإن حصل في ملك
مشترك لكنه حصل باذن شريكه فلا يكون خيئاً وإن لم يأذن له يتصدق بالفضل لتمكن الخبث فيه فكان سبيله
التصدق هذا إذا كان شيئاً في تبعيضه ضرر بكل واحد من الشريكين فاما إذا كان شيئاً في تبعيضه ضرر
بأحدهما دون الآخر كالدائر المشتركة بين رجلين ولا أحدهما فيها شقص قليل فإن طلب صاحب الكثير القسمة
قسمتاً جماعاً لأن القسمة في حقه مفيدة لوقوعها محصلة لما شرعت له من تكميل منافع الملك وفي حق صاحب القليل
تقع منماً له من الانتفاع بنصيبه إذ لا يقدر صاحب القليل على الانتفاع بنصيبه إلا بالانتفاع بنصيب صاحب الكثير
لقلة نصيبه فكانت القسمة في حقه منماً له من الانتفاع بنصيب شريكه فجازت وإن طلب صاحب القليل القسمة
فقد ذكرنا كم الجليل في مختصره أنه يقسم وذكرنا القدوري رحمه الله أنه لا يقسم (وجهه) ما ذكره الحاكم أنه لا ضرر
في هذه القسمة في حق صاحب الكثير بل له فيه منفعة فكان في الإباء متعنتاً فلا يعتبر أبواه وصاحب القليل قد

رضى بالضرر حيث طلب القسمة فيجبر على القسمة كما اذا لم يكن في تبعضه ضرر باحدهما أصلاً بخلاف الفصل الاول لان هناك تقع القسمة اضراً بكل واحد منهما ولم يوجد الرضا بالضرر والتأذى لا يملك الجبر على الاضرار فهو الفرق (وجه) ما ذكره القدوري رحمه الله ان صاحب القليل متعنت في طلب القسمة لكون القسمة ضرراً محضاً في حقه فلا يعتبر طلبه وقسمة الجبر لم تشرع بدون الطلب ولو اقتسما بانفسهما جازت لما ذكرنا ان صاحب القليل قد رضى بالضرر بنفسه ولا ضرر فيه لصاحب الكثير أصلاً فجازت قسمتها وعلى هذا دار بين شريكين قسمت بينهما فاصاب أحدهما موضع بغير طريق شرطه في القسمة فان كان له فيها أصابه مفتوح الى الطريق جازت القسمة لانه لا مضرة له فيها اذ يمكنه الانتفاع بنصيبه بفتح طريق آخر وان لم يكن له فيها أصابه مفتوح أصلاً فان ذكر الحقوق في القسمة فله حق الاختيار في نصيب صاحبه لان الطريق من الحقوق فصار مذكوراً بذكر الحقوق وان لم يذكر لم تجز القسمة لانهما قسمة اضراً في حق أحد الشريكين وكذلك اذا قسمت بغير مسيل شرط لا حد هما وقع المسيل في نصيب الآخر فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الطريق ولو اقتسما على ان لا طريق له ولا مسيل جازت لانه رضى بالضرر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل تخرج قسمة الجمع انه لا يجبر عليها في جنسين لانها في الاجناس المختلفة تقع اضراً في حق أحدهما فلا يجبر عليها على ما سئد ذكرنا شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا قسمة التفريق وأما قسمة الجمع فهي ان يجمع نصيب كل واحد من الشريكين في عين على حدة وانها جائزة في جنس واحد ولا تجوز في جنسين لانها عند اتحاد الجنس تقع وسيلة الى ما شرعت له وهو تكميل منافع الملك وعند اختلاف الجنس تقع تفويتا لمنفعة لا تكيلها اذا عرفت هذا فنقول لا خلاف في الامثال المتساوية وهي المكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة من جنس واحد تقسم قسمة جمع لانه يمكن استيفاء ما شرعت له القسمة فيها من غير ضرر لانعدام التفاوت وكذلك تير الذهب وتير النحاس وتير الحديد لما قلنا وكذلك الثياب اذا كانت من جنس واحد كالحرير وكذا ذلك الابل والبقر والغنم لان الثفات عند اتحاد الجنس والمطلوب لا يتفاحش بل يقل والتفاوت القليل ملحق بالعدم او يجبر بالقيمة فيمكن تعديل القسمة فيه وكذلك اللآلى والمنفردة وكذا اليواقيت المنفردة لما قلنا وكذا الخلاف في انه لا يقسم في جنسين من المكيل والموزون والمذرع والعديدى قسمة جمع كالخطة والشعر والقطن والحديد والجوز واللوز والثياب البردية والروية وكذلك اللآلى واليواقيت وكذا الخيل والابل والبقر والغنم وكذا اذا كان من كل جنس فرد كبير ذون وجل وبقرة وشاة وثوب وقباء وجبة وقيص ووسادة وبساط لان هذه الاشياء لو قسمت على الجمع كان لا يخلو من أحد وجهين اما ان تقسم باعتبار أعيانها واما ان تقسم باعتبار قيمتها بان يضم الى بعضها درهم او دينار لسبيل الى الاول لان فيه ضرراً باحدهما لكثرة التفاوت عند اختلاف الجنس والتأذى لا يملك الجبر على الضرر ولا سبيل الى الثاني لان ذلك قسمة في غير محلها لان محلها الملك المشترك ولم يوجد في الدرهم ولو اقتسما بانفسهما أو تراصيا على ذلك جازت القسمة حتى لو اقتسما ثوبين مختلفي القيمة وزاد مع الاوكس درهم مسماة جاز وكذا في بهائم المواضع ويكون ذلك قسمة الرضا لا قسمة القضاء وكذا الاواني سواء اختلفت أصولها واتحدت لانها بالصناعة أخذت حكم جنسين حتى جاز بيع الاواني الصغار واحداً بآبنتين وأما الرقيق فلا يقسم عند أبي حنيفة رحمه الله قسمة جمع وعندهما يقسم (وجه) قوله ان الرقيق على اختلاف أوصافها وقيمتها جنس واحد فاحتمل القسمة كسائر الحيوانات من الابل والبقر والغنم وما فيها من التفاوت يمكن تعديله بالقيمة (وجه) قول أبي حنيفة انه لم يوجد شرط جواز القسمة وجواز التصرف بدون شرط جوازه محال وبيان ذلك على نحو ما ذكرنا اننا لو قسمناها رقاباً باعتبار أعيانها فقد اضربنا باحدهما التفاحش التفاوت بين عبد وعبد في المعاني المطلوبة من هذا الجنس فكانا في حكم جنسين مختلفين ومن شرط جواز هذه القسمة ان لا تتضمن ضرراً بالمقسوم عليه ولو قسمناها باعتبار القيمة لوقعت القسمة في غير محلها لان محلها الملك المشترك ولا شركة في القيمة والمحلية من شرائط صحة التصرف فصح ما ذكرنا ولو اقتسما بانفسهما جاز

لتراضيهما بالضرر وكذا لو كان مع الرقيق غيره قسم كذا ذكره في كتاب القسمة لانه ان كان لا يحتمل القسمة مقصوداً
 فيجعل تبعاً لما يحتملها فيقسم بطريق التبعية كالشرب والطريق انه لا يجوز بيعهما مقصوداً ثم يدخلان في البيع تبعاً
 للنهر والارض كذا هذا وذكر الجصاص ان المذكور في الاصل محمول على قسمة الرضا وأما قسمة القضاء فلا تجوز
 وان كان مع غيره لان غير المقسوم ليس تبعاً للمقسوم بل هو أصل بنفسه بخلاف الشرب والطريق وكذلك الدور عند
 أبي حنيفة لا تقسم قسمة جمع حتى لو كان بين رجلين داران تقسم كل واحدة على حدتها سواء كانتا منفصلتين أو
 متلاصقتين وعندهما ينظر القاضي في ذلك ان كان الاعديل في الجمع جمع وان كان الاعديل في التفريق فرق وكذا
 لو كان بينهما أرضان او كمران فهو على الاختلاف وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع اجماعاً متصليين كانا او منفصلين
 وكذا المنزلان المتصلان وأما المنفصلان في دار واحدة فعلى الخلاف وجه قوله ان الدور كلها جنس واحد
 والتفاوت الذي بين الدارين يمكن تعديله بالقيمة فيفوز الى رأى القاضي ان رأى الاعديل في التفريق فرق
 وان رأى الاعديل في الجمع جمع (ولابي) حنيفة رحمه الله على نحو ما ذكرنا في الرقيق ان القسمة فيها باعتبار أعيانها
 ويقع ضرر التفاوت متفاحشاً بين دار ودار لا اختلاف الدور في أنفسها واختلافها باختلاف البناء والباقع فكأنها
 في حكم جنسين مختلفين والقسمة فيها باعتبار القيمة تقع تصرفاً في غير محله فلا يصح ولو اقتسما بانفسهما أو بالقاضي
 براضيهما جاز لهما والله سبحانه وتعالى أعلم وأما دار ووضيعة أو دار وحانوت فلا تجمع بالاجماع بل يقسم كل
 واحد على حدة لا اختلاف الجنس ومنها الطلب في أحد نوعي القسمة وهو قسمة الجبر حتى انه لو لم يوجد الطلب
 من أحد من الشركاء أصلاً لم تجز القسمة لان القسمة من القاضي تصرف في ملك الغير والتصرف في ملك الغير من
 غير إذنه محظور في الاصل الا انه عند طلب البعض يرتفع الحظر لانه اذا طلب علم انه له في استيفاء هذه الشركة
 ضرراً ولو كان الطلب لتكميل المنفعة لطلب صاحبه وكان عليه ان يمتنع من الاضرار ديانة فاذا ابي القسمة علم انه لا يمتنع
 في دفع القاضي ضرره بالقسمة فكانت القسمة في هذه الصورة من باب دفع الضرر والقاضي نصب له ونظيره الشفعة
 فان الشفيع يملك الدار على المشتري بالشفعة من غير رضا دفعا لضرره لانه لما طلب الشفعة علم انه يتضرر بجواره
 فالشرع دفع ضرره عنه بأبواب حق التملك بالشفعة جبراً عليه كذا هذا (ومنها) الرضا في أحد نوعي
 القسمة وهو رضا الشركاء فيما يقسمونه بانفسهم اذا كانوا من أهل الرضا أو رضامن يقوم مقامهم اذا لم يكونوا
 من أهل الرضا فان لم يوجد لا يصح حتى لو كان في الورثة صغير لا وصي له أو كبير غائب فاقسموا فالقسمة
 باطلاً لما ذكرنا ان القسمة فيها معنى البيع وقسمة الرضا أشبه بالبيع ثم لا يملكون البيع الا بالتراضي فكذا القسمة
 الا اذا لم يكونوا من أهل الرضا كالصبيان والمجانين فيقسم الولي أو الوصي اذا كان في القسمة منفعة لهم لانها يملكان
 البيع فيملكان القسمة وكذا اذا كان فيهم صغير وله ولي أو وصي يقتسمون رضا الولي أو الوصي فان لم يكن نصب
 القاضي عن الصغير وصياً واقتسموا برضاه فان أبي ترفعوا الى القاضي حتى يقسم بينهم ومنها حضرة الشركاء أو من
 يقوم مقامهم في نوعي القسمة حتى لو كان فيهم كبير غائب لا تجوز القسمة أصلاً ولا يتسم القاضي أيضاً اذا لم يكن عنه
 خصم حاضر ولكنه لو قسم لا تنقص قسمته لانه صادف محل الاجتهاد فلا ينقض ومنها اليئنة في قسمة القضاء في
 الاقرار ببيات الاقرار عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ليست بشرط ويقسم باقرارهم فنقول جملة الكلام
 في بيان هذين الشرطين ان جماعة اذا جاؤا الى القاضي وهم عقلاء بالغون أصحاء في أيديهم مال فاقروا انه ملكهم
 وطلبوا القسمة من القاضي فهذا لا يخلو في الاصل من أحد وجهين (اما) ان يقرروا بالملك مطلقاً عن ذكر سبب
 واما ان يقرروا بالملك بسبب ادعوا انتقال الملك به من أحد وكل وجه على وجهين (اما) ان يكون المال الذي
 في أيديهم منقولاً واما ان يكون عقاراً فان أقرروا بالملك مطلقاً عن سبب الانتقال قسم باقرارهم ويذكر في الاشهاد
 في كتاب الصك اني قسمت باقرارهم ولم أقض فيه على أحد ولا يطلب منهم اليئنة على أصل الملك منقولاً

كان المال أو عقاراً اذا لم يكن فيهم كبير غائب لانه وجد دليل الملك وهو اليد والاقرار من غير منازع ولا دعوى انتقال الملك من أحدهما فان كان فيهم كبير غائب لم يقسم لما ذكرنا ان حضرة الشركاء أو من يقوم مقامهم شرط ولم يوجد لان الخصوم في هذا الموضع لا يصلحون خصما عن الغائب وان أقروا بالملك بسبب الميراث بأن قالوا هو بيننا ميراث عن فلان فان كان المال منقولاً قسم بينهم باقرارهم بالاجماع ولا تطلب منهم البينة وان كان فيهم كبير غائب بعد ان كان الحاضران اثنين كبيرين أو أحدهما صغير قد نصب عنه وصي وان كان المال عقاراً فلا يقسم عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موت فلان وعلى عدد الورثة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم بينهم باقرارهم ويشهد على ذلك في الصك (وجه) قوله أن محل قسمة الملك المشترك وقد وجد لوجود دليل الملك وهو اليد والاقرار بالارث من غير منازع فصادت القسمة محلها فيقسم ويكتب انه قسم باقرارهم كافي المنقول ولان البينة انما تقام على منكر والكل مقرون فعلى من تقام البينة (وجه) قول أبي حنيفة ان هذه قسمة صادفت حق الميت بالابطال فلا تصح الا بيينة كدعوى الاستحقاق على الميت وبيان ذلك ان الدارق قبل القسمة مبيعة على حكم ملك الميت بدليل ان الزوائد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملكه حتى لو كانت التركة شجرة فثمرت كان الثمر له حتى تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه فكانت القسمة تصرفاً على ملكه بالابطال فلا يجوز الا بيينة بخلاف المنقول لان القسمة ليس قطعاً لحق الميت بل هي حفظ حق الميت لان المنقول محتاج الى الحفظ والقسمة نوع حفظ له وأما العقار فستغن عن الحفظ فبقيت قسمته قطعاً لحقه فلا يملك الا بيينة وأما قوله لا منكر ههنا فعلى من تقام البينة (قلنا) تقام على بعض الورثة من البعض وان كانوا مكرين وذلك جائز كلاب أو الوصي اذا أقر على الصغير لا يصح اقراره الا بالبينة ولا منكر ههنا كذا هذا هذا اذا أقر وبالملك بسبب الارث فان أقر وابه بسبب الشراء من فلان الغائب فان كان المال منقولاً قسم بينهم باقرارهم بخلاف وان كان عقاراً ذكر في ظاهر الرواية انه يقسم باقرارهم ولا تطلب منهم البينة على الشراء من فلان و الفرق بين الشراء وبين الميراث وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه لا يقسم الا بالبينة كالميراث (وجه) هذه الرواية انهم لم أقروا انهم ملكوه بالشراء من فلان فقد أقروا بالملك له وادعوا الانتقال اليهم من جهة فاقرارهم مسلم ودعواهم ممنوعة ومحتاجة الى الدليل وهو البينة (وجه) ظاهر الرواية وهو الفرق بين الشراء وبين الميراث ان امتناع القسمة في الميراث بنفس الاقرار لا يتضمن من ابطال حق الميت وذلك منعدم في باب البيع اذ لا حق باق للبائع في المبيع بعد البيع والتسليم فصادت محلها فصحت هذا اذا لم يكن في الورثة كبير غائب أو صغير حاضر فان كان فأقروا بالميراث فلا يشكل عند أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يقسم باقرارهم لانه لا يقسم بين الكبار الحضور فكيف يقسم ههنا وأما عندهما فينظر ان كانت الدارق في يد الكبار الحضور يقسم بينهم لما بينا ويضع حصة الغائب على يد عدل يحفظه لان بعض الورثة خصم من البعض وينصب عن الصغير وصياً وان كانت الدارق في يد الغائب الكبير أو في يد الحاضر الصغير أو في أيديهما منها شيء لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالاجماع لانه اذا كان في يده من الدارشي فالحاجة الى استحقاق ذلك من يده فلا يصح الا بيينة هذا اذا لم تقم البينة على ميراث العقار فاما اذا قامت البينة عليه وطلبوا القسمة فانه ينظر ان كان الحاضر اثنين فصاعداً والغائب واحداً أو أكثر وفيهم صغير حاضر فانه يقسم ويعزل نصيب كل كبير وصغير فيوكل وكلاً يحفظه بخلاف الملك المطلق اذا حضر شرير كان وشريك غائب أنه لا يقسم (وجه) الفرق ما ذكرنا أن قسمة العقار تصرف على الميت وقضاء عليه بقطع حقه عن التركة وكل واحد من الورثة قائم مقام الميت فيما له وعليه ولهذا يرد كل واحد منهم بالعيب ويرد عليه فاذا كان الحاضر اثنين فصاعداً أمكن ان يحمل أحدهما خصماً عن الميت في القضاء عليه والآخر مقضياً له فتصح القسمة وان كان الحاضر واحداً والباقي غيباً لم يقسم لانه لا يمكن أن يجعل هو خصماً عن الميت حتى تسمع البينة عليه لاستحالة كون الشخص الواحد في زمان واحد بجهة واحدة مقضياً له وعليه وان كان مع الحاضر وارث

صغير نصب القاضي عنه وصبا وقسم لان القسمة ههنا ممكنة لوجود متقاسمين حاضرين واذا قسم المتقول بين الورثة باقرارهم أو العقار بالينة عند أبي حنيفة رحمه الله وفيهم كبير غائب فعزل نصيبه ووضع على يدي عدل ثم حضر الغائب فان أقر كما أقر أو أولئك فقد مضى الامر وان أنكر ترد القسمة في المتقول بالاجماع وكذلك في العقار عند أبي يوسف ومحمد وعند أبي حنيفة عليه الرحمة في العقار لا ترد القسمة لان القسمة المبينة على الينة قد تقدمت على الغائب فلا يعتبر إنكاره ولو كانت الدار ميراثا وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة غائب فطلب الموصي له بالثلث القسمة بعدما أقام الينة على الميراث والثلث قسم لان الموصي له بمنزلة واحدة من الورثة فاذا كان معه وارث حاضر فكانه حاضرا ثان من الورثة ولو كان كذلك قسم وان كان الباقيون غيبا كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها ان يكون المقسوم عليه مال كالمقسوم وقت القسمة وهو ان يكون له فيه ملك فان لم يكن لم يحجز القسمة لاسنذكره ان شاء الله تعالى

فصل وأما الذي يرجع الى المقسوم فواحد وهو ان يكون المقسوم مملوكا للمقسوم له وقت القسمة فان لم يكن لا تجوز القسمة لان القسمة افراز بعض الانصبا ومبادلة البعض وكل ذلك لا يصح الا في المملوك وعلى هذا اذا استحققت العين المقسومة تبطل القسمة في الظاهر وفي الحقيقة تبين انها لم تصح ولو استحق شئ منها تبطل في القدر المستحق ثم قد تستأنف القسمة وقد لا تستأنف ويثبت الخيار وقد لا يثبت وبيان هذه الجملة انه اذا ورد على الاستحقاق على المقسوم لا يخلو الامر فيه من أحد وجهين اما ان ورد على كله واما ان ورد على جزء فان ورد على كل المقسوم تبطل القسمة وفي الحقيقة لم تصح من الاصل لانعدام شرط الصحة وهو الملك المشترك فتستأنف القسمة وان ورد على جزء من المقسوم لا يخلو من أحد وجهين أيضا اما ان ورد على جزء شائع منه واما ان ورد على جزء معين من أحد النصيبين فان ورد على جزء شائع لا يخلو من أحد وجهين أيضا اما ان ورد على جزء شائع من النصيبين جميعا واما ان ورد على جزء شائع من أحد النصيبين دون الآخر فان ورد على جزء شائع من النصيبين جميعا كالدار المشتركة بين رجلين نصيبين اقتسماها فاخذ أحدهما ثلثا من مقدمها وأخذ الآخر ثلثين من مؤخرها وقيمتها سواء بان كانت قيمة كل واحد منهما مائة درهم مثلا فاستحق نصف الدار فاستأنف القسمة بالاجماع لانه بالاستحقاق تبين ان نصف الدار شائع لملك المستحق فتبين ان القسمة لم تصح في النصف الشائع وذلك غير معلوم فبطلت القسمة أصلا وان استحق نصف نصيب صاحب المقدم شائعا تستأنف القسمة أيضا عند أبي يوسف رحمه الله لانه ظهر ان المستحق شريكهما في الدار فظهر ان قسمتهما لم تصح دونه فتستأنف القسمة كما اذا ورد الاستحقاق على نصف الدار شائعا وعند أبي حنيفة ومحمد عليهم الرحمة له الخيار ان شاء أمسك ما في بيده ورجع بباقي حصته وهو مثل ما استحق في نصيب الآخر وان شاء فسخ القسمة لان بالاستحقاق ظهر ان القسمة لم تصح في القدر المستحق لا فيما وراءه لان المانع من الصحة انعدام الملك وذلك في القدر المستحق لا في ما وراءه وليس من ضرورة انعدام الصحة في القدر المستحق انعدامها في الباقي لان معنى القسمة وهو الافراز والمبادلة لم ينعدم باستحقاق هذا القدر في الباقي فلا تبطل القسمة في الباقي بخلاف ما اذا استحق نصف الدار شائعا لان هناك وان ورد الاستحقاق على النصف فوجب بطلان القسمة فيه مقصودا لكن من ضرورته بطلان القسمة في الباقي لانعدام معنى القسمة في الباقي أصلا وههنا لم ينعدم فلا تبطل لكن يثبت الخيار ان شاء رجع بباقي حصته في نصيب شريكه وذلك مثل نصف المستحق لان القدر المستحق من النصيبين جميعا فيرجع عليه بذلك وهو ربع نصيبه ان شاء وان شاء فسخ القسمة لاختلاف معناها ولدخول عيب الشركة اذا الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والعيب يثبت الخيار وذكر الطحاوي رحمه الله الخلاف في المسئلة بين أبي حنيفة وصاحبيه ولو كان صاحب المقدم باع نصف ما في يده واستحق النصف الباقي فانه يرجع على صاحبه بربع ما في يده عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يفرم نصف قيمة ما باع لشريكه ويضمه الى ما في يد شريكه ويقسمان نصفين (وجه) قول أبي يوسف ما بيننا بالاستحقاق ظهر ان القسمة لم تصح أصلا

وان البيع كان فاسداً فيضمن نصف قيمة ما باع شريكه ثم يقسمان الباقي نصفين (وجهه) قوله ما ذكرنا في المسئلة المقدمة الا أن ههنا لا يثبت خيار الفسخ لما منع وهو البيع فيرجع على صاحبه ربع ما في يده ولو استحق نصف معين من أحد النصيبين لا تبطل القسمة بالاجماع لما ذكرنا في المسائل المتقدمة بل أولى لان الاستحقاق ههنا ورد على جزء معين فلا يظهر ان المستحق كان شريكاً لهما فلا تبطل القسمة لكن يثبت الخيار والمستحق عليه ان شاء نقض القسمة لان الاستحقاق أوجب انتفاض المعقود عليه والانتفاض في الاعيان المجتمعة عيب فيثبت الخيار وان شاء رجع على صاحبه ربع ما في يده لما بينا أن القدر المستحق من النصيبين جميعاً ولو استحق كل ما في يده لرجع عليه بالنصف فاذا استحق النصف يرجع بالربع والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا ما شاة بين رجلين اقتسماها فأخذ أحدهما أربعين تساوى خمسائة درهم وأخذ الآخر ستين تساوى خمسمائة درهم فاستحققت شاة من الاربعين تساوى عشرة دراهم لم تبطل القسمة بالاجماع لانه تبين أن القسمة صادفت المملوك فيأوراء القدر المستحق والمستحق معين فلا تظهر الشركة هنا أصلاً فلا تبطل القسمة ولكن يرجع على شريكه بحقه وهو خمسة دراهم لان المستحق من النصيبين جميعاً عشرة دراهم والله سبحانه وتعالى أعلم كرحطة بين رجلين نصفان عشرة منه طعام جيد وثلاثون رديء فاقسمها فأخذ أحدهما عشرة أفقره جيدة وثوباً وأخذ الآخر ثلاثين رديءاً حتى جازت القسمة فاستحق من الثلاثين عشرة أفقره يرجع على صاحبه بنصف الثوب استحساناً والقياس ما ذكره في الزادات انه يرجع عليه بثلاث الثوب وثلاث الطعام الجيد ووجهه أن الاستحقاق ورد على عشرة شاة في الثلاثين فكان المستحق في الحقيقة من كل عشرة ثلثها وذلك يوجب الرجوع بثلاث الطعام الجيد وجه الاستحسان أن طريق جواز هذه القسمة أن تكون العشرة بمقابلة العشرة والعشرون بمقابلة الثوب فاذا استحق منه عشرة وانه بمقابلة نصف الثوب فيرجع عليه بنصف الثوب وقوله للمستحق عشرة شاة في الثلاثين لا العشرة المعينة وهي التي من حصصة الثوب فنعم هذا هو الحقيقة لا أنالو عملنا بهذه الحقيقة لا محتجنا الى نقض القسمة واعادتم ولو صرفنا الاستحقاق الى عشرة هي من حصصة الثوب لم نحتج الى ذلك وتصرف العاقل بحسب صيانتها عن النقض والابطال ما أمكن وذلك فيما قلناه وعلى هذا أرض بين رجلين نصفين قسمت ثم استحق أحد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه بناء أو غرس غرساً فنقض البناء وقلع الغرس لم يرجع المستحق عليه على صاحبه بشيء من قيمة البناء والغرس والاصل فيه أن كل قسمة وقعت باجبار القاضى أو باختيار الشرى يكون على الوجه الذى يجبرهما القاضى لو ترافا اليه ثم استحق أحد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه بناء أو غرس غرساً فنقض وقلع لا يرجع بشيء من ذلك على صاحبه لان صاحبه مجبور على القسمة من جهة القاضى فيكون مضافاً الى القاضى أما اذا وقعت القسمة باجبار القاضى فلا شك فيه وكذا اذا اقتسما بأنفسهما لان ذلك قسمة جبر من حيث المعنى لدخولها تحت جبر القاضى عند المرافعة اليه واذا كان مجبوراً عليه فلم يوجد منه ضمان السلامة فلا يؤخذ بضمان الاستحقاق اذ هو ضمان السلامة ونظير هذا الشفع اذا أخذ العقار من المشتري بالشفعة وبني فيه أو غرس ثم استحق وقلع البناء لا يرجع بقيمة البناء على المشتري لانه ماملوكه باختياره بل أخذ منه جبراً وكذلك قال محمد في الجارية المأسورة اذا اشتراها رجل من أهل الحرب ثم أخذها المالك القديم فاستولدها ثم استحقها رجل لا يرجع بقيمة الولد على الذى أخذها من يده لانه لم يأخذها منه باختياره بل كرها وجبراً وكذلك الاب اذا وطئ جارية ابنه فأعلقها ثم استحقها رجل لا يرجع بقيمة الولد على الابن لانه تملكها من غير اختيار الابن وقال أبو يوسف اذا غصب جارية فأبقت من يده فأدى ضمانها ثم عادت الجارية فاستولدها الغاصب ثم استحققت له أن يرجع بقيمة الولد على المولى لانه كان مختاراً في أخذ القيمة من الغاصب فكان ضماناً للسلامة فيرجع عليه بحكم الضمان وعلى هذا داران أو أرضان بين رجلين اقتسما فأخذ كل واحد منهما احداهما وبني فيها ثم استحققت رجوع بنصف قيمة البناء عند أبي حنيفة لان القاضى لا يجبر على قسمة الجمع في الدور والعقارات عنده فاذا اقتسما بأنفسهما كانت القسمة منهما مبادلة

فأشبهت البيع فكان كل واحد منهما ماضيا من سلامة النصف لصاحبه فاذا لم يسلم يرجع عليه بحكم الضمان كما في البيع وأما
عندهما فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يرجع لان القاضي يجبر على هذه القسمة عندهما فأشبهه استحقاق
النصف من دار واحدة وقال بعضهم يرجع وعليه اعتماد القدوري عليه الرحمة وهو الصحيح لان القاضي انما يجبر
على قسمة الجمع ههنا عندهما اذ ارأى الجمع أعدل ولا يعرف ذلك من رأى القاضي اذا فعلا بأفسهما ولو كانتا
جارتين فأخذ كل واحد منهما جارية فاستولدها ثم استجعت رجعا على شريكه بالنصف عند أبي حنيفة لان
القاضي لا يجبر على قسمة الرقيق عنده فاذا اقتسما براضيهما أشبه البيع على ما ذكرنا وأما عندهما فينبغي أن لا يرجع
كذا ذكره القدوري عليه الرحمة و الفرق بين الرقيق وبين الدور وبينهما فرق لان القاضي هناك لا يجبر على الجمع عينا
ولكنه يراعى الاعدل في ذلك من التفریق والجمع وههنا يجبر على الجمع لتعذر التفریق فلم يوجد ضمان السلامة من
صاحبه فلا يرجع عليه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل اذا اقتسم قوم دارا وفيها كنيف شارع على
الطريق أو ظله فان كان على طريق العامة لا يحسب ذرع الكنيف والظل من ذرع الدار لان رقبة الارض ليست
بمملوكة لا حد بل هي حق العامة وان كان على طريق غير نافذ يحسب ذلك من ذرع الدار لان له في السكة مسلكا
فأشبهه علو البيت والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما صفات القسمة فانواع منها أن تكون عادلة غير جائرة وهي أن تقع تعديلًا للانصباء من غير زيادة
على القدر المستحق من النصيب ولا نقصان عنه لان القسمة افراز بعض الانصباء ومبادلة البعض ومبنى المبادلات
على المراضاة فاذا وقعت جائرة لم يوجد التراضي ولا افراز نصيبه بكاله لبقاء الشركة في البعض فلم تجز وتعاد على هذا
اذا ظهر الغلط في القسمة المبادلة بالينة أو بالاقرار تستأنف لانه ظهر أنه لم يستوف حقه فظهر أن معنى القسمة لم يتحقق
بكاله ولو ادعى أحد الشرىكين الغلط في القسمة فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان المدعى أقر باستيفاء حقه واما
ان كان لم يقر بذلك فان كان قد أقر باستيفاء حقه لا يسمع منه دعوى الغلط لكونه مناقضا في دعواه لان الاقرار
باستيفاء الحق اقرار بوصول حقه اليه بكاله ودعوى الغلط اخبار أنه لم يصل اليه حقه بكاله فيتناقض وان كان لم يقر
باستيفاء حقه لا تعاد القسمة بمجرد الدعوى لان القسمة قد صحت من حيث الظاهر فلا يجوز نقضها الا بحجة فان أقام
الينة أعيدت القسمة لما قلنا وان لم تقم له بينة وانكر شرىكه فأراد استخلافا حقه على ما ادعى من الغلط لانه ادعى
عليه حقا هو جازر الوجود والعدم وهو ينكر فيحلف وبيان ذلك دار بين رجلين اقتسما واستوفى كل واحد منهما حقه
ثم ادعى أحدهما غلطا في القسمة لا تعاد القسمة ولكن يسأل الينة على الغلط فان أقام الينة والا فيحلف شرىكه
ان شاء علما قلنا فان حلف أحد الشرىكين وكل الآخر فان كان الشرىك ثلثة يجمع بين نصيب المدعى وبين نصيب
الثالث فيقسم بينهما على قدر نصيبهما لان نكوله دليل كون المدعى صادقا في دعواه في حقه فكان حجة في حقه لافي
حق الشريك الخالف فلم تصح القسمة في حقهما فتعاد في قدر نصيبهما وكذلك لو ادعى الغلط بعد القسمة والقبض
في المكيلات والموزونات والمذروعات ولو كان بين رجلين داران اقتسما فأخذ كل واحد منهما دارا ثم ادعى
أحدهما الغلط في القسمة وأقام الينة على ذلك فالقسمة باطلة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما لا تبطل ولكن
يقضى للمدعى بذلك الذرع من الدار الاخرى وبنوا هذه المسئلة على بيع ذراع من داره لا يجوز عنده وعندهما
جائز ووجه البناء ان قسمة الجمع في الدور بالتراضي جائزة بلا خلاف ومعنى المبادلة وان كان لازما في نوعي القسمة
لكن هذا النوع بالمبادلات أشبه واذا تحققت المبادلة صح البناء والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اقتسما دارا بينهما فأخذ
كل واحد منهما طائفة ثم ادعى أحدهما بيتا في يد صاحبه انه وقع في قسمته وأقام بينة سمعت بينته وان أقام جميعا
الينة أخذت بينة المدعى لانه خارج وان كان قبل الاشهاد والقبض تحالفا وترادا وكذا لو اختلفا في الحدود فدعى
كل واحد منهما حدا في يد صاحبه أنه أصابه وأقام الينة قضى لكل واحد منهما بالحد الذي في يد صاحبه لان كل

واحد منهما عما في يد صاحبه خارج وأن قامت لأحدهما بينة يقضى بينته وإن لم تقم لهما بينة تحالفا وهل ينسخ العقد بنفس التحالف أم يحتاج فيه إلى فسخ القاضي اختلف المشايخ فيه على ما عرف في البيوع ولو اقتصم رجلان اقرحة فأخذ أحدهما قراحين والآخر أربعة ثم ادعى صاحب القراحين أن أحد الاقرحة الأربع أصابه في قسمته وأقام البينة قضى له به لما قلنا وكذلك هذا في أبواب اقتسامها فأخذ كل واحد بعضها ثم ادعى أحدهما أن أحد الاثواب الذي في يد صاحبه أصابه في قسمته وأقام البينة قضى له به ولو ادعى كل واحد منهما على صاحبه ثوبا بما في يده أنه أصابه في قسمته وأقام البينة قضى لكل واحد منهما بما في يده إلا خزلان كل واحد منهما عما في يد صاحبه خارج ولو اقتصما مائة شاة فأصاب أحدهما خمسة وخمسين وأصاب الآخر خمسة وأربعين ثم ادعى صاحب الاوكس الغلط في القسمة أو الخطأ في التقويم لم يقبل منه إلا بينة ولو قال أخطأنا في العدد وأصاب كل واحد منا خمسين وهذه الخمسة في قسمته وأنكر الآخر تحالفا وإن أقام كل واحد منهما البينة ردت القسمة ولو قال أحدهما لصاحبه أخذت أنت إحدى وخمسين غلطاً وأخذت أنا تسعة وأربعين وقال الآخر ما أخذت إلا خمسين قال قولك مع يمينه لأنه منكر لا ستيفاء الزيادة على حقه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الأصل تخرج قسمة عروصة الدار بالذرع أنه يحسب في القسمة كل ذراع من العلو بذراع من السفلى عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يحسب ذراع من السفلى بذراع من العلو وعند محمد يحسب على القيمة دون الذرع زعم كل واحد منهما أن التعديل فيما يقوله والخلاف في هذه المسئلة بين أبي حنيفة وبين أبي يوسف مبنى على الخلاف في مسئلة أخرى وهي أن صاحب العلو ليس له أن يبني على العلو من غير رضا صاحب السفلى وإن لم يضر بصاحب السفلى من حيث الظاهر عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف له أن يبني إن لم يضر البناء به ووجه البناء أن صاحب العلو إذا ملك البناء على علوه عند أبي حنيفة رحمه الله كان للعلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى فحسب للسفلى منفعتان منفعة السكنى ومنفعة البناء عليه وكذا السفلى كما يصلح للسكنى يصلح لجعل الدواب فيه فأما العلو فلا يصلح للسكنى خاصة فكان للسفلى منفعتان وللعلو منفعة واحدة فكانت القسمة عنده على الثلث والثلثين وعند أبي يوسف لما ملك صاحب العلو أن يبني على علوه كانت له منفعتان أيضاً فاستوى العلو والسفلى في المنفعة فوجب التعديل بالسوية بينهما في الذرع وأما محمد فاعتبر القيمة لأن أحوال البلاد وأهلها في ذلك مختلفة فمنهم من يختار السفلى على العلو ومنهم يختار العلو على السفلى فكان التعديل في اعتبار القيمة والعمل في المسئلة على قول محمد رحمه الله وهو اختيار الطحاوي رحمه الله ويحتمل أن أباحنيفة إنما فضل السفلى على العلو بناء على عادة أهل الكوفة من اختيارهم السفلى على العلو وأبو يوسف إنما سوى بينهما على عادة أهل بغداد لا استواء العلو والسفلى عندهم فأخرج كل واحد منهما الفتوى على عادة أهل زمانه ومحمد بنى الفتوى على المعلوم من اختلاف العادات باختلاف البلدان فكان الخلاف بينهما من حيث الصورية لا من حيث المعنى والله سبحانه وتعالى أعلم وبيان ذلك في سفلى بين رجاين وعلو من بيت آخر بينهما أراد اقسمتها يقسم البناء على القيمة بلا خلاف وأما العروصة فتقسم بالذرع عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد بالقيمة ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فعند أبي حنيفة ذراع بذراعين على الثلث والثلثين وعند أبي يوسف ذراع بذراع ولو كان بينهما بيت تام علو وسفلى وعلو من بيت آخر فعند أبي حنيفة يحسب في القسمة كل ذراع من العلو والسفلى بثلاثة أذرع من العلوار باع عنده لما ذكرنا من الأصل فكانت القسمة أرباعاً وعند أبي يوسف ذراع من السفلى والعلو بذراعين من العلو لا يستواء السفلى والعلو عنده فكانت القسمة أثلاثاً ولو كان بينهما بيت تام سفلى وعلو وسفلى آخر فعند أبي حنيفة يحسب في القسمة كل ذراع من السفلى والعلو بذراع ونصف من السفلى وذراع من سفلى البيت بذراع من السفلى الآخر وذراع من علوه بنصف ذراع من السفلى الآخر وعند أبي يوسف ذراع من التام بذراعين من السفلى والله تعالى أعلم وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا اقتسم داراً وفضلاً بعضها على بعض بالدرهم أو الدينار

لفضل قيمة البناء والموضع أن القسمة جائزة لأنها وقعت عادلة من حيث المعنى لأن الدار قد يفضل بعضها على بعض بالبناء والموضع فكان ذلك تفضيلاً من حيث الصورة تعدى لاً من حيث المعنى ولوم يسمي قيمة فضل البناء وقت القسمة جازت القسمة استحساناً وتجب قيمة فضل البناء وإن لم يسميها في القسمة والقياس أن لا تجوز القسمة لأن هذه قسمة بعض الدار دون بعض لأن العرصة مع البناء بمنزلة شيء واحد وقسمة البناء بالقيمة فإذا وجدت القسمة مجهولة فوَقعت القسمة للعرصة دون البناء بقيت وإنما غير جائزة وجه الاستحسان أن قسمة العرصة قد صحت بوقوعها في محلها وهو الملك ولا صحة لها إلا بقسمة البناء وذلك بالقيمة فتجبت على صاحب الفضل قيمة فضل البناء وإن لم يسم ضرورة صحة القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الأصل تخرج أيضاً قسمة الجمع في الأجناس المختلفة أنها غير جائزة جبراً بالاجماع لتعذر تعديل الانصباء إلا بالقيمة وإنما ليست محل القسمة على مامر ولا يجوز في الرقيق والدور عند أبي حنيفة رحمه الله لأنها في حكم الأجناس المختلفة ولا تقع القسمة فيها عادلة أو جائزة ولا تقسم إلا ولا دفي بطون القم لتعذر التعديل وعلى هذا يخرج رد المقسم بالعيب في نوعي القسمة لأنه إذا ظهر به عيب فقد ظهر أنها وقعت جائزة لا عادلة فكان له حق الرد بالعيب كما في البيع ولو امتنع الرد بالعيب لوجود المانع منه يرجع بالنقصان كما في البيع إلا أن في البيع يرجع بتمام النقصان وفي القسمة يرجع بالنصف لأن النقصان في القسمة يرجع بالنصيبين جميعاً فيرجع بنصف النقصان من نصيب شريكه وأما الرد بخيار الرؤية والشرط فيثبت في قسمة الرضا لأن القسمة فيها معنى المبادلة وهذا النوع أشبه بالمبادلات لوجود المراضاة من الجانبين فيثبت فيه خيار الرؤية كما في البيع ولا يثبت في قسمة القضاء لا لخلوها عن المبادلة بل لعدم الفائدة لأنه لو ردها بخيار الرؤية والشرط لا جبره القاضي ثانياً فلا يفيد والله سبحانه وتعالى أعلم ولا تجب الشفعة في القسمة لأن حق الشفعة يتبع المبادلة المحضة لثبوتها على مخالفة القياس والقسمة مبادلة من وجه فلا تحتل الشفعة ولا لها ولو وجبت لا يخلو ما أن تجب للشريك أو للجار لا سبيل إلى الأول لأن الشفعة تجب لغير البائع والمشتري ولا سبيل إلى الثاني لأن الشريك أولى من الجار والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها الوجوب عند الطلب حتى يجبر على القسمة فيما ينتفع كل واحد من الشريكين بقسمته وكذا فيما ينتفع بها أحدهما ويستضر الآخر عند طلب المنتفع بالاجماع وعند طلب المستضر اختلاف روايتي الحاكم والقدرى رحمهما الله وقد ذكرناه والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها لزوم بعد تمامها في النوعين جميعاً حتى لا يحتمل الرجوع عنها إذا تمت وأما قبل التمام فكذلك في أحد نوعي القسمة وهو قسمة القضاء دون النوع الآخر وهو قسمة الشركاء بيان ذلك أن الدار إذا كانت مشتركة بين قوم قسمها القاضي أو الشركاء بالتراضي فخرجت السهام كلها بالقرعة لا يجوز لهم الرجوع وكذا إذا خرج الكل الأسهم واحد لأن ذلك خروج السهام كلها الكون ذلك السهم متعيناً بمن بقي من الشركاء وإن خرج بعض السهام دون البعض فكذلك في قسمة القضاء لأنه لو رجع أحدهم لا جبره القاضي على القسمة ثانياً فلا يفيد رجوعه وأما في قسمة التراضي فيجوز الرجوع لأن قسمة التراضي لا تتم إلا بعد خروج السهام كلها وكل عاقد بسبيل من الرجوع عن العقد قبل تمامه كما في البيع ونحوه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم القسمة فنقول والله التوفيق حكم القسمة ثبوت اختصاص بالمقسم عيناً تصرفاً فيه فيملك المقسوم له في المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك حتى لو وقع في نصيب أحد الشريكين ساحة لا بناء فيها ووقع البناء في نصيب الآخر فلصاحب الساحة أن يبني في ساحته وله أن يرفع بناءه وليس لصاحب البناء أن يمنعه وإن كان يفسد عليه الريح والشمس لأنه يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع عنه وكذا له أن يبني في ساحته مخرجا أو تنوراً أو حماماً أو رحي لما قلنا وكذا له أن يقعد في بناءه حداً أو أقصراً أو أن كان يتأذى به جاره لما قلنا وله أن يفتح باباً أو كوة لساكنها ألا ترى أن له أن يرفع الجدار أجلاً ففتح الباب والكوة أولى وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو كرباساً وإن كان يهين بذلك حائط جاره ولو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر على التحويل ولو سقط الحائط من ذلك

لا يضمن لانه لا يصنع منه في ملك الغير والا صل ان لا يمنع الانسان من التصرف في ملك نفسه الا ان الكف عما يؤذى الجار أحسن قال الله تبارك وتعالى اعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين احسانا الى قوله تعالى والجار الجنب خصه سبحانه وتعالى بالامر بالاحسان اليه فلئن لا يحسن اليه فلا أقل من ان يكف عنه أذاه وعلى هذا دار بين رجلين ورجل فيهما طريق فارادا ان يقتسماها ليس لصاحب الطريق منعهما عن القسمة لانهما بالقسمة متصرفان في ملك أنفسهما فلا يمنعان عنه فيقتسمان ما وراء الطريق ويتركان الطريق على حاله على سعة عرض باب الدار لما ذكرنا من قبل ولو باعوا الدار والطريق فان كانت رقبة الطريق مشتركة بينهم قسموا امر الطريق بينهم أثلاثاً وان كانت الرقبة لشريكي الدار ولصاحب الطريق حق المرور حكي القدوري عن الكرخي رحمه الله ان لاشيء لصاحب الطريق من الثمن ويكون الثمن كله للشريكين وروى محمدان كل واحد من الشريكين يضرب بحقه من المنفعة ويضرب صاحب الطريق بحق المرور وطريق معرفة ذلك ان ينظر الى قيمة العرصه بغير طريق وينظر الى قيمتها وفيها طريق فيكون لصاحب الطريق فضل ما بينهما ولكل واحد من الشريكين نصف قيمة المنفعة اذا كان فيها طريق (وجه) ما حكي عن الكرخي رحمه الله ان حق المرور لا يحتمل البيع مقصوداً بل يحتمله تبعاً للرقبة ألا ترى انه لو باعه وحده لم يحجز فاذا بيع الطريق باذنه فقد أسقط حقه أصلاً فلا يقابله ثمن (وجه) ما روى عن محمد ان حق المرور لا يحتمل البيع مقصوداً بل يحتمله تبعاً للرقبة وهما ما بيع مقصوداً بل تبعاً للرقبة فيقال له الثمن لكن ثمن الحق لا ثمن الملك على ما ذكرنا وكذلك دار بين رجلين فيها مسيل الماء فارادا ان يقتسماها ليس لصاحب المسيل منهما من القسمة لما قلنا بل يقسم الدار ويترك المسيل على حاله كما في الطريق وكذلك لو كان في الدار منزل لرجل وطريقه في الدار فارادا ان يقتسما الدار لا يمنعان من القسمة ولكن يتركان طريق المنزل على حاله على سعة عرض باب الدار لا على سعة باب المنزل على ما ذكرنا ولو أراد صاحب المنزل ان يفتح الى هذا الطريق باباً آخر له ذلك لانه متصرف في ملك نفسه ألا ترى ان له ان يرفع الحائط كله فهذا أولى ولو اشترى صاحب المنزل داراً من وراء المنزل وفتح باباً الى المنزل فان كان ساكن الدار والمنزل واحداً فله ان يمر من الدار الى المنزل ومن المنزل الى الطريق الذي في الدار الاولى لان له حق المرور في هذا الطريق وان كان ساكن الدار غير ساكن المنزل فليس لساكن الدار ان يمر في الطريق الذي في الدار الاولى لانه لا حق له في هذا الطريق فيمنع من المرور فيه دار بين رجلين في سكة غير نافذة اقتسماها وأخذ كل واحد منهما طائفة منها فاراد كل واحد منهما ان يفتح باباً أو كوة الى السكة لذلك ولا يسع لاهل السكة منعهم لان كل واحد منهما متصرف في ملك نفسه فيملكه ألا ترى ان له رفع الحائط أصلاً فالباب والكوة أولى وعلى هذا حائط بين قسيمين ولا حد القسيمين عليه جذوع الحائط الا خرفان شرطوا قطع الجذوع في القسمة قطعت لقول النبي عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وان لم يشترطوا ترك على حاله لان الترك وان كان ضرراً لكتهم لم يشترطوا القطع في القسمة فقد التزم الضرر وكذلك لو كان وقع على هذا الحائط درجة أو اسطوانة جمع عليها جذوع لما قلنا وكذلك روضنا وقع لصاحب العلو شرفاً على نصيب الآخر لم يكن لصاحب السفلى ان يقلع الروشن من غير شرط القلع لما قلنا ولو كان لاهلها اطراف خشب على حائط صاحبه فان كان مما يمكن ان يجعل عليها سقف لم يكف قلعها وان كان لا يمكن كلف القلع لانه اذا أمكن أن يجعل عليها سقف أمكنه الانتفاع به فيلتحق بالحقوق فأشبهه الروشن واذا لم يمكن تعذر الحاقها بالحقوق فبقي شاغلاً هو لصاحبه بغير حق فيكف قطعها ولو كان لاهلها شجرة أغصانها مظلة على نصيب الآخر فهل تقطع ذكر ابن سباع رحمه الله انه لا تقطع لان في القطع ضرراً لصاحبه وذكر ابن رستم رحمه الله انه تقطع كما يقطع اطراف الخشب الذي لا يمكن تسقيفها ولو اختلف أهل طريق في الطريق وادعى كل واحد منهم انه له فهو بينهم بالتسوية على عدد الرؤس لا على ذرعان الدور والمنازل لانهم استوتوا في اليد لاستوائهم في المرور فيه الا ان يقوم لاهلهم بئنة فيسقط اعتبار اليد بالبئنة دار لرجل وفيها طريق بينه وبين

رجل فأت صاحب الدار فاقسمت الورثة الدار بينهم وتركوا الطريق كان الطريق بينه وبين الرجل نصفين لا على عدد الرؤس حتى لو باعوا الدار يقسم الثمن بين الورثة وبينه نصفين لا على عدد الرؤس لأن الورثة قاموا مقام المورث وقد كان الطريق بينهما نصفين فكذا بينه وبينهم ولو لم يعرف أن الدار ميراث بينهم وجدوا ذلك فالطريق بينهم بالسوية على عدد الرؤس لا ستوائهم في اليد على مآمر والله سبحانه وتعالى اعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها فنقول وبالله التوفيق الذي يوجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع (منها) ظهور دين على الميت إذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواء ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم وبيان ذلك أن الورثة إذا اقتسموا التركة ثم ظهر على الميت دين فهذا لا يخلو من أحد وجهين إما أن يكون للميت مال آخر سواء وإما أن لم يكن فإن لم يكن له مال سواء ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم تنقض القسمة سواء كان الدين محيطاً بالتركة أو لم يكن لأن الدين مقدم على الإرث قليلاً كان أو كثيراً قال الله تبارك وتعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين سبعة وسبعون مرة وتعالى الدين على الدين غير فصل بين القليل والكثير لأن الدين إذا كان محيطاً بالتركة تبين أنه لا ملك للورثة فيها إلا من حيث الصورة بل هي ملك للميت يتعلق بها بحق الغرماء وقيام ملك الغير في الحل يمنع حجة القسمة بقيام الملك والحق أولى وإذا لم يكن محيطاً بالتركة فلكل الميت وحق الغرماء وهو حق الاستيفاء ثابت في قدر الدين من التركة على الشيوع فيمنع جواز القسمة فإن لم يكن للميت مال آخر سواء يجعل الدين فيه وتمضي القسمة لأن القسمة تصان عن النقض ما أمكن وقد أمكن صياغتها بجعل الدين فيه وكذا الورثة إذا قضوا الدين من مال أنفسهم لا تنقض لأن حق الورثة كان متعلقاً بصورة التركة وحق الغرماء بمنعها وهو المالية فإذا قضوا الدين من مال أنفسهم فقد استخلصوا التركة لأنفسهم بصورة ومعنى فتيين أنهم في الحقيقة اقتسموا مال أنفسهم بصورة ومعنى فتيين أنها وقعت بحجة فلا تنقض وكذلك إذا أبرأه الغرماء من ديونهم لا تنقض القسمة لأن النقض لحقهم وقد أسقطوه بالأبراء وكذلك إذا ظهر لبعض المقتسمين دين على الميت بأن ادعى ديناً على الميت وأقام البيينة عليه فله أن ينقض القسمة لما قلنا ولا تكون قسمته أبرأه من الدين لأن حق الغريم يتعلق بمعنى التركة وهو ما يليها بالصورة ولهذا كان للورثة حق الاستخلاص وإذا كان كذلك فلا يكون إقدامه على القسمة إقراراً منه لأنه لا دين له على الميت فلم يكن مناقضاً في دعواه فسمعت (ومنها) ظهور الوصية حتى لو اقتسموا ثم أظهر ثم موصى له بالثلث نقضت قسمتهم لأن الموصى له شريك الورثة ألا ترى أنه لو هلك من التركة شيء قبل القسمة هلك من الورثة والموصى له جميعاً والباقي على الشراكة بينهم ولو اقتسموا وثمة وارث آخر غائب تنقض فكذا هذا وهذا إذا كانت القسمة بالتراضي فإن كانت بقضاء القاضي لا تنقض لأن الموصى له وإن كان كواحد من الورثة لكن القاضي إذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لأن القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض (ومنها) ظهور الوارث حتى لو اقتسموا ثم ظهر أن ثمة وارث آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لا تنقض لما ذكرنا ولو ادعى وارث وصية لابن له صغير بعد القسمة لا تصح دعواه حتى لا تسمع منه البيينة لكونه مناقضاً في الدعوى إذا لا تصح قسمتهم الميراث ثم موصى له فكان إقدامه على القسمة إقراراً منه بانعدام الوصية فكان دعوى وجود الوصية مناقضة فلا تسمع ولكن لا يبطل حق الصغير بقسمة الأب لأنه لا يملك إبطال حقه وكذلك لو ادعى بعض الورثة أن أخاه من أبيه وأمه ورث أباه معهم وأنه مات بعد موت الأب وورثه هذا المدعى وجد الباقون ذلك فأقام المدعى البيينة لا تقبل ينته لأنه هنا قضى في دعواه دلالة إقراره بانعدام وارث آخر بإقدامه على القسمة وكذلك كل ميراث بدعيه أو شراء أو هبة أو صدقة أو وصية بعد القسمة للتناقض بدلالة الإقدام على القسمة والله تعالى أعلم دار بين رجلين أقرأ أحدهما بيت من الشعر وأكر الآخر يصح إقراره لأن إقرار الإنسان حجة على نفسه لأن هذا الإقرار لم يوجب تعلق الحق بالعين لحق الشريك الآخر بل هو موقوف وإذا لم يتعلق بالعين

لا يمنع جواز القسمة فتقسم الدار ويجبر على القسمة ومتى قسمت فان وقع البيت المقر به في نصيب المقر دفعه الى المقر له لان الاقرار قد صح وتسليم عين المقر به ممكن فيؤمر بالتسليم وان وقع في نصيب شريكه يدفع اليه قدر ذرع المقر به من نصيب نفسه فيقسم ما أصابه بينه وبين المقر له فيضرب المقر له بذرع البيت ويضرب المقر بنصف ذرع الدار بعد البيت وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف عليهما الرحمة وقال محمد رحمه الله يضرب المقر بنصف ذرع الدار كما قالوا ولكن المقر له يضرب بنصف ذرع البيت لا بكاهل حتى لو كان ذرع الدار مائة وذرع البيت عشرة فتقسم الدار بينهما نصفين يكون للمقر له عشرة أذرع عندهما لانه جميع ذرع البيت والباقي وهو خمسة وأربعون للمقر له لانه نصف ذرع الدار بعد ذرع البيت وعند محمد رحمه الله يكون للمقر له خمسة أذرع اذ هو نصف ذرع البيت المقر به (وجهه) قول محمد رحمه الله ان الاقرار صادف محلا معينا مشتركا بينه وبين غيره لان كل جزأ من الدار أحد هما له والأخر لصاحبه على الشروع فيبطل في نصيب صاحبه ويصح في نصيبه وذلك يوجب للمقر له نصف ذرع البيت (وجهه) قولهما ان الاقرار بالمشترك لا يتعلق بالعين قبل القسمة بل هو موقوف وانما يتعلق بها بعد القسمة ألا ترى انه لم يمنع صحة القسمة ولو يتعلق بالعين لمنع فاذا قسمت الدار الآن يتعلق بالعين فان وقع المقر به في نصيب المقر يؤمر بالتسليم لانه قادر على تسليم العين وان وقع في نصيب صاحبه فقد عجز عن تسليم عينه فيؤمر بتسليم بدلها من نصيبه وهو تمام ذرع المقر به هذا اذا كان المقر به شيئا يحتمل القسمة فان كان مما لا يحتمل القسمة كبيت من حمام مشترك بينهما وبين غيره أقر انه لرجل وأنكر صاحبه فيصح اقراره ولكن يجبر على قسمته لان قسمة الاضرار فيما لا يحتمل الجبر على ما ذكرناه في موضعه ويلزمه نصف قيمة البيت لانه عجز عن تسليم العين والاقرار بعين معجوز التسليم يكون اقرارا أبدا له تصحيحاً لتصرفه وصيانة لحق الغير بالتقدير الممكن كالاقرار بجذع في الدار والله تعالى أعلم

فصل في هذا الذي ذكرنا قسمة الاعيان (وأما) قسمة المنافع فهي المسماة بالمهايات والكلام فيها في مواضع في بيان أنواع المهايات وما يجوز منها وما لا يجوز وفي بيان محل المهايات وفي بيان صفة المهايات وفي بيان ما يملك كل واحد من الشريكين من التصرف بعد المهايات وما لا يملك (أما) الاول فالمهايات نوعان نوع يرجع الى المكان ونوع يرجع الى الزمان (أما) النوع الاول فهو أن يتهيأ في دار واحدة على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة منها يسكنها وانه جائز لان المهايات قسمة فتعتبر بقسمة العين وقسمة العين على هذا الوجه جائزة فكذا قسمة المنافع وكذا لو تهيأ على أن يأخذ أحدهما السفلى والآخر العلو جاز ذلك لما قلنا ولا يشترط بيان المدة في هذا النوع لان قسمة المنافع ليست بمبادلة المنفعة لان مبادلة المنفعة بمنسأ غير جائزة عندنا كاجازة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة وكذلك لو تهيأ في دارين وأخذ كل واحد منهما داراً يسكنها أو يستغلها فوجائز بالاجماع (أما) عند أبي يوسف ومحمد فلا شك فيه لان قسمة الجميع في عين الدور جائزة فكذا في المنافع (وأما) أبو حنيفة رحمه الله فيحتاج الى الفرق بين العين وبين المنفعة (وجهه) الفرق له ان الدور في حكم أجناس مختلفة لتفاحش التفاوت بين دار ودار في نفسها وبنائها وموضعها ولا تجوز قسمة الجميع في جنسين مختلفين على ما مر (وأما) التفاوت في المنافع فقل ما يتفاحش بل يتقارب فلم تلتحق منافع الدارين بالاجناس المختلفة فجازت القسمة وكذلك لو تهيأ في عبيدين على الخدمة جاز بالاجماع (أما) عندهما فلا أن قسمة الجميع في أعيان الرقيق جائزة وكذا في منافعها (وجهه) الفرق لأبي حنيفة رحمه الله على نحو ما ذكرنا في الدارين ولو تهيأ في عبيدين فأخذ كل واحد منهما عبداً يخدمه وشرط كل واحد منهما على نفسه طعام العبد الذي يخدمه جاز استحساناً والقياس أن لا يجوز (وجهه) ان طعام كل واحد من العبدن على الشر يكون جميعاً على المناصفة فاشتراط كل الطعام من كل واحد منهما على نفسه يخرج مخرج معاوضة بعض الطعام ببعض وانها غير جائزة للجهالة (وجهه) الاستحسان ان هذا النوع من الجهالة لا يفضي الى المنازعة لان مبنى الطعام على المساحة في العرف والعادة دون المضايقة بخلاف ما اذا شرط كل واحد منهما على نفسه كسوة

العبد الذي يخدمه انه لا يجوز لانه يجري في الكسوة من المضايقة ما لا يجري في الطعام في العرف والمعادة فكانت
الجهالة في الكسوة مفضية الى المنازعة مع ما ان الجهالة في الكسوة تنفاحش بخلاف الطعام لذلك افترقا والله تعالى
أعلم (وأما) التهايط في الدواب بأن أخذ أحد همدابة ليركبها والاخذ ذابة أخرى من جنسها يستغلها وشرط
الاستغلال فغير جائز عند أبي حنيفة وعندهما جائز (وجهه) قولهما ظاهر لان قسمة الجمع في أعيان الدواب من
جنس واحد جائزة فكذا قسمة المنافع ولا يبيح حنيفة الفرق بين المنفعة وبين المنفعة انه يجوز قسمة الجمع في أعيانها ولم
يجوز في منافعها (ووجهه) الفرق انها باعتبار أعيانها جنس واحد لكنها في منفعة الركوب في حكم جنسين مختلفين بدليل
ان من استأجر دابة ليركبها لم يملك ان يؤجرها للركوب ولو فعل لضمن فاشبه اختلاف جنس المنفعة اختلاف
جنس العين واختلاف جنس العين عنده مانع جواز قسمة الجمع كذا في المنفعة بخلاف المهايئات في الدارين والعبدان
انها جائزة لان هناك المنافع متقاربة غير متفاحشة بدليل ان المستأجر فيها يملك الاجارة من غيره فلم يختلف جنس
المنفعة فجازت المهايئات (وأما) النوع الثاني وهو المهايئات بالزمان فهو ان يتهايط في بيت صغير على ان يسكنه هذا
يوما وهذا يوما أو في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما وهذا جائز لقوله تبارك وتعالى قال هذه ناقة لها شرب
ولكم شرب يوم معلوم أخبر سبحانه وتعالى عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام المهايئات في الشرب ولم ينكره
سبحانه وتعالى والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فدل على جواز المهايئات بالزمان بظاهر النص وثبت جواز النوع
الأخر من طريق الدلالة لانها أشبه بالمقاسمة من النوع الاول ولان جواز المهايئات بالزمان لمكان حاجات الناس
وحاجتهم الى المهايئات بالمكان أشد لان الاعيان كلها في احتمال المهايئات بالزمان شرع سواء من الاعيان مالا
يحتمل المهايئات بالمكان كالعبد والبيت الصغير ونحوهما فلما جازت تلك فلان تجوز هذه اولى والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان محل المهايئات فنقول ولا قوة الا بالله تعالى جل شأنه ان محلها المنافع دون الاعيان لانها قسمة
المنفعة دون العين فكان محلها المنفعة دون العين حتى انها لو يتهايط في نخل أو شجر بين شريكين على ان يأخذ كل واحد
منهما طاقة يستثمرها لا يجوز وكذلك اذا تتهايطا في الغنم المشتركة على ان يأخذ كل واحد منهم قطيعا وينتفع بالبانها
لا يجوز لما ذكرنا ان هذا عقد قسمة المنافع والتمر واللبن عين مال فلا تدخل تحت عقد المهايئات ولو تتهايطا في الاراضي
المشتركة على ان يأخذ كل واحد منهما نصفها ويذرع جاز لان ذلك قسمة المنافع وهو معنى المهايئات والله سبحانه
وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة المهايئات فهي انها عقد غير لازم حتى لو طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايئات قسم الحاكم
بينهما وفسخ المهايئات لانها كالتخلف عن قسمة العين وقسمة العين كالاصل فيما شرعت له القسمة لان القسمة
شرعت لتكامل منافع الملك وهذا المعنى في قسمة العين اكل ولهذا لو طلب أحدهما القسمة قبل المهايئات اجبره
الحاكم على القسمة فكان عقد جائز اذ احتمل الفسخ كسائر العقود الجائزة ولا يبطل بموت أحد الشريكين بخلاف
الاجارة لانها لو بطلت لاعادها القاضي للمال ثانيا فلا يفيد

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يملك كل واحد منهما من التصرف بعد المهايئات اما في المهايئات بالمكان فلكل واحد منهما
ان يستغل ما اصابه بالمهايئات سواء شرط الاستغلال في العقد أولا وسواء تتهايطا في دار واحدة أو دارين لان المنافع
بعد المهايئات تحدث على ملك كل واحد منهما فيما أخذه فيملك التصرف فيه بالتملك من غيره وبه تبين ان المهايئات في
هذا النوع ليست باجارة لان العارية لا تؤجر (وأما) المهايئات بالزمان فلكل واحد منهما ان يسكن أو يستخدم لما
ذكرنا لکن لا بد من ذكر الوقت من اليوم والشهر ونحو ذلك بخلاف المهايئات بالمكان ان لكل واحد منهما ولاية السكنى
والاستغلال مطلقا لان الحاجة الى ذكر الوقت لتبصير المنافع معلومة والمهايئات بالمكان قسمة منافع مقدرة بمجموعة
بالمكان ومكان المنفعة معلوم فصارت المنافع معلومة بالعلم بمكانها فجازت المهايئات (وأما) المهايئات بالزمان فقسمة مقدرة

بالزمان فلا تصير معلومة الا بد كزمان معلوم فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم وهل يملك كل واحد منهما الاستغلال في نوبته لا خلاف في انهما اذا لم يشترط لم يملك فاما اذا شرط اذ كره القدرى عليه الرحمة انه لا يملك لان هذا النوع من المهايأة في معنى الاعارة والعارية لا تؤثر وذ كراصل ان التهايؤ في الدار الواحدة على السكنى والغلة جائزة (منهم) من قال المذكور في الاصل ليس بمهايئات حقيقة لوجهين أحدهما انه أضاف التهايؤ الى الغلة دون الاستغلال والغلة لا تحتل التهايؤ حقيقة اذ هي عين والتهايؤ قسمة المنافع دون الاعيان والثاني انه ذ كره فيه ان غلة الدار اذا وصلت في يد أحدهما شاركة فيه صاحبه وليس ذلك حكم جواز المهايئات وكما ان المهايأة بالمكان في الدارين اذا تهايأتا يأخذ كل واحد منهما وأخذه يستغلها فاستغلها ففضل من الغلة في يد أحدهما ان الفاضل يكون له خاصة ويكون المذكور في الاصل محمولا على ما اذا اصطلاحا على ان يأخذ هذا غلة شهر وذلك غلة شهر وسمى ذلك مهايأة مجازا وان لم يكن ذلك مهايأة حقيقة في هذه الصورة يكون فضل الغلة مشتركا بينهما وعلى هذا يرتفع اختلاف الروايتين ويحتمل ان يكون المذكور في الاصل دليلا على شرط جواز الاستغلال اذ الغلة يجوز ان تذكر بمعنى الاستغلال في الجملة وقد قام دليل ارادة الاستغلال ههنا وهو قرينة التهايؤ اذ هي عبارة عن قسمة المنافع دون الغلة التي هي عين ماله وكذا التهايؤ يكون على شئ هو مقدر والتهايؤ وهو فعل الاستغلال دون عين الغلة ولهذا قرنها السكنى الذي هو فعل الساكن ويكون قوله ما فضل من الغلة في يده يشارك فيه صاحبه محمولا على ما اذا تهايأتا بشرط الاستغلال ابتداء ثم اصطلاحا على أن يأخذ كل واحد منهما غلة شهر وفي هذه الصورة يكون فضل الغلة بينهما كما في الدارين فعلى هذا ثبت اختلاف روايتي الحاكم وأحمد بن الحسين القدوري عليهم الرحمة والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الحدود

جمع محمد رحمه الله بين مسائل الحدود وبين مسائل التعزير وبدأ بمسائل الحدود فبدأ بأبوابه فنقول وبالله سبحانه وتعالى التوفيق الكلام في الحدود يقع في مواضع في بيان معنى الحد لغة وشرعا وفي بيان أسباب وجوب الحدود وشرائط وجوبها وفي بيان ما يظهر به وجوبها عند القاضي وفي بيان صفاتها وفي بيان مقدار الواجب منها وفي بيان شرائط جواز اقامتها وفي بيان كيفية اقامتها وموضع الاقامة وفي بيان ما يسقطها بعد الوجوب وفي بيان حكمها اذا اجتمعت وفي بيان حكم الحدود (أما) الاول لحد في اللغة عبارة عن المنع ومنه سمي البواب حدا اذا لمنعه الناس عن الدخول وفي الشرع عبارة عن عقوبة مقدرة واجبة حق الله تعالى عز شأنه بخلاف التعزير فانه ليس بمقدور قد يكون بالضرب وقد يكون بالحبس وقد يكون بغيرهما وبخلاف القصاص فانه وان كان عقوبة مقدرة لكنه يجب حقا للعبد حتى يجري فيه العفو والصلح سمي هذا النوع من العقوبة حدا لانه يمنع صاحبه اذا لم يكن متلفا وغيره بالمشاهدة ومنع من يشاهد ذلك ويعاينه اذا لم يكن متلفا لانه يتصور حلول تلك العقوبة بنفسه لو باشر تلك الجناية فيمنعه ذلك من المباشرة والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان اسباب وجوبها فلا يمكن الوصول اليه الا بعد معرفة أنواعها لان سبب وجوب كل نوع يختلف باختلاف النوع فنقول الحدود خمسة أنواع حد السرقة وحد الزنا وحد الشرب وحد السكر وحد القذف (أما) حد السرقة فسبب وجوبه السرقة وسند كركن السرقة وشرائط الركن في كتاب السرقة (وأما) حد الزنا فنوعان جدد ورجم وسبب وجوب كل واحد منهما هو الزنا وانما يختلفان في الشرط وهو الاحصان فالاحصان شرط لوجوب الرجم وليس بشرط لوجوب الجلد فلا بد من معرفة الزنا والاحصان في عرف الشرع أما الزنا فهو اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار العدل بمن التزم أحكام الاسلام العارى عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح

جميعا والاصل في اعتبار الشبهة في هذا الباب الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات ولان الحد عقوبة متكاملة فتستدعي جناية متكاملة والوطء في القبل في غير ملك ولا نكاح لا يتكامل جناية الا عند انتفاء الشبهة كلها اذا عرف الزنا في عرف الشرع فتخرج عليه بعض المسائل فنقول الصبي أو المجنون اذا وطئ امرأة أجنبية لا حد عليه لان فعلهما لا يوصف بالحرمة فلا يكون الوطء منهما زنا فلا حد على المرأة اذا طاوعته عند أحبابنا الثلاثة رضي الله عنهم وقال زفر والشافعي رضي الله عنهم عليها الحد ولا خلاف في أن العاقل البالغ اذا زنا بصبيبة أو مجنونة أنه يجب عليه الحد ولا حد عليها لهما أن المانع من وقوع الفعل زنا خص أحد الجانبين فيختص به المنع كالعقل البالغ اذا زنا بصبيبة أو مجنونة أنه يجب عليه الحد وان كان لا يجب عليها لما قلنا كذا هذا (ولنا) ان وجوب الحد على المرأة في باب الزنا ليس لكونها زانية لان فعل الزنا لا يتحقق منها وهو الوطء لانها موطوءة وليست بواطئة وتسميتها في الكتاب العزيز زانية مجاز لا حقيقة وانما وجب عليها لكونها من نياها وفعل الصبي والمجنون ليس بزنا فلا تكون هي من نياها فلا يجب عليها الحد وفعل الزنا يتحقق من العاقل البالغ فكانت الصبيبة أو المجنونة من نياها الا أن الحد لم يجب عليها لعدم الاهلية والاهلية ثابتة في جانب الرجل فيجب وكذلك الوطء في الدبر في الانثى أو الذكر لا يوجب الحد عند أبي حنيفة وان كان حراما لعدم الوطء في القبل فلم يكن زنا وعندهما والشافعي يوجب الحد وهو الرجم ان كان محصنا والجد ان كان غير محصن لانه زنا بل لانه في معنى الزنا لمشاركة الزنا في المعنى المستدعي لوجوب الحد وهو الوطء الحرام على وجه التحض فكان في معنى الزنا فور ود النص بإيجاب الحد هناك يكون ورود آهنا دلالة ولا في حنيفة ما ذكرنا ان اللواط ليست بزنا لما ذكرنا ان الزنا اسم للوطء في قبل المرأة ألا ترى انه يستقيم ان يقال لاط وما زناو زنا وما لاطو يقال فلان لوطي وفلان زاني فكذا يختلف اسمها واختلاف الاسامي دليل اختلاف المعاني في الاصل ولهذا اختلف الصحابة رضي الله عنهم في حد هذا الفعل ولو كان هذا زنا لم يكن لا اختلاف فهم معنى لان موجب الزنا كان معلوما لهم بالنص فثبت انه ليس بزنا ولا في معنى الزنا أيضا لما في الزنا من اشتباه الانساب وتضييع الولد ولم يوجد ذلك في هذا الفعل انما فيه تضييع الماء المبين الذي يباح مثله بالزنا وكذا ليس في معناه فيما شرع له الحد وهو الزنا لان الحاجة الى شرع الزاجر فيما يغلب وجوده ولا يغلب وجود هذا الفعل لان وجوده يتعلق باختيار شخصين ولا اختيار الاداع يدعو اليه ولا داعي في جانب المحل أصلا وفي الزنا وجد الداعي من الجانبين جميعا وهو الشهوة المركبة فيهما جميعا فلم يكن في معنى الزنا فور ود النص هناك ليس ورود آهنا وكذا اختلاف اجتهاد الصحابة رضي الله عنهم دليل على ان الواجب بهذا الفعل هو التعزير لوجهين أحدهما ان التعزير هو الذي يحتمل الاختلاف في القدر والصفة لا الحد والثاني انه لا مجال للاجتهاد في الحد بل لا يعرف الا بالتوقيف والاجتهاد مجال في التعزير وكذا واطء المرأة الميتة لا يوجب الحد ويوجب التعزير لعدم وطء المرأة الحية وكذا واطء البهيمة وان كان حراما لانعدام الوطء في قبل المرأة فلم يكن زنا ثم ان كانت البهيمة ملك الواطيء قيل انها تدبج ولا تؤكل ولا رواية فيه عن أصحابنا رحمهم الله لكن روى محمد بن عيسى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه لم يجد واطيء البهيمة وأمر بالبهيمة حتى احرقت بالنار وكذلك الوطء عن اكرامه لا يوجب الحد وكذلك الوطء في دار الحرب وفي دار البغي لا يوجب الحد حتى ان من زنا في دار الحرب أو دار البغي ثم خرج اليها لا يقيم عليه الحد لان الزنا لم ينقد سببا لوجوب الحد حين وجوده لعدم الولاية فلا يستوفى بعد ذلك وكذلك الحربى المستأمن اذا زنا بمسلة أو ذمية أو ذمى زنا بجزيرة مستأمنة لا حد على الحربى والحريبة عندهما وعند أبي يوسف يحدان وجه قوله انه لما دخل دار الاسلام فقد التزم أحكام الاسلام مدة اقامته فيها فصارت كالذمى ولهذا اقيم عليه حد القذف كما اقيم على الذمى ولهما انه لم يدخل دار الاسلام على سبيل الإقامة والتوطن بل على سبيل العارية ليعاملنا ونعامله ثم يعود فلم يكن دخوله دار الاسلام دلالة التزامه حق الله سبحانه وتعالى خالصا بخلاف حد القذف لانه لما طلب الامان من المسلمين فقد

الترم اما منهم عن الابداء بنفسه وظهر حكم الاسلام في حقه ثم يحد المسامة والذمية عند أبي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يحد ويحد الذي بلا خلاف (وجهه) قول محمد رحمه الله ان الاصل فعل الرجل وفعلها يقع تبعاً فلما لم يجب على الاصل لا يجب على التبع كالطاعة للصبي والمجنون (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان فعل الحر بي حرام محض ألا ترى انه يؤخذ فكان زناً فكانت هي من نياها الا ان الحد لم يجب على الرجل لعدم التزامه احكامنا وهذا أمر يخصه ويحد الذي لانه بالذمة والعهد التزم أحكام الاسلام مطلقاً الا في قدر ما وقع الاستثناء فيه ولم يوجد ههنا وكذلك وطء الحائض والنفساء والصائمة والحرمه والمجنونة والموطوءة بشبهة والتي ظاهر منها أو ألى منها لا يوجب الحد وان كان حرماً لقيام الملك والنكاح فلم يكن زناً وكذلك وطء الجارية المشتركة والمجوسية والمردة والمكاتبه والحرمه برضاع أو صهرية أو جمع لقيام الملك وان كان حرماً أو علم بالحرمه وكذلك وطء الاب جارية الابن لا يوجب الحد وان علم بالحرمه لان له في مال ابنه شبهة الملك وهو الملك من وجهه أو حق الملك لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك فظاهر اضافة مال الابن الى الاب بحرف اللام يقتضي حقيقة الملك فلو تنقاع عن افادة الحقيقة فلا يتقاع على إيراد الشبهة أو حق الملك وكذلك وطء جارية المكاتب لان المكاتب عندنا عبد ما بقي عليه درهم فكان مملوك المولى رقبه ومالك الرقبه يقتضي ملك الكسب فان لم يثبت مقتضاه حقيقة فلا أقل من الشبهة وكذلك وطء جارية العبد المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن اما اذا لم يكن عليه دين فظاهر لانها ملك المولى وكذلك ان كان عليه دين لان رقبه المأذون ملك المولى ومالك الرقبه يقتضي ملك الكسب كما في جارية المكاتب وبل أولى لان كسب المأذون أقرب الى المولى من كسب المكاتب فلما لم يجب الحد هناك فهنا أولى ولان هذا الملك محل الاجتهاد لان العلماء اختلفوا فيه واختلافهم يورث شبهة فاشبهه وطأ حصل في نكاح وهو محل الاجتهاد وذا لا يوجب الحد كذا هذا وكذلك وطء الجدا ب الاب وان علا عند عدم الاب بمنزلة وطء الاب لان له ولاداً أقل منزلة الاب وكذلك الرجل من الغائبين اذا وطئ جارية من المغنم قبل القسمة بعد الاحراز بدار الاسلام أو قبله لاحد عليه وان علم ان وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لا نعتاد سبب الثبوت فان لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه لان ثبوت النسب يعتمد الملك في الحل ما من كل وجه أو من وجهه ولم يوجد قبل القسمة بل الموجود حق عام وانه يكفي لسقوط الحد ولا يكفي لثبوت النسب وكذلك وطء امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير ولي عند من لا يحيزه لا يوجب الحد لان العلماء اختلفوا منهم من قال يجوز النكاح بدون الشهادة والولاية فاختلافهم يورث شبهة وكذلك اذا تزوج معتدة الغير أو مجوسية أو مدبرة أو أمة على حرة أو أمة بغير اذن مولاه أو العبد تزوج امرأة بغير اذن مولاه فوطئها لاحد عليه لوجود لفظ النكاح من الاهل في الحل وانه يوجب شبهة وكذلك اذا نكح محارمه أو الخامسة أو اخت امرأته فوطئها لاحد عليه عند أبي حنيفة وان علم بالحرمه وعليه التعزير وعندهما والشافعي رحمهم الله تعالى عليه الحد والاصل عند أبي حنيفة عليه الرحمة ان النكاح اذا وجد من الاهل مضافاً الى محل قابل لمقاصد النكاح بمنع وجوب الحد سواء كان حلالاً أو حراماً وسواء كان التحريم مختلفاً فيه أو مجمعاً عليه وسواء ظن الحل فادعى الاشتباه أو علم بالحرمه والاصل عندهما ان النكاح اذا كان محرماً على التأييد أو كان تحريره مجمعاً عليه يجب الحد وان لم يكن محرماً على التأييد أو كان تحريره مختلفاً فيه لا يجب عليه (وجهه) قولهم ان هذا نكاح أضيف الى غير محله فيلغو ودليل عدم الحلية ان محل النكاح هي المرأة الحليلة لقوله سبحانه وتعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم والحارم محررات على التأييد لقول الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الآية الا انه اذا ادعى الاشتباه وقال ظننت انها محل لي سقط الحد لانه ظن ان صبيغة لفظ النكاح من الاهل في الحل دليل الحل فاعتبر هذا الظن في حقه وان لم يكن معتبراً حقيقة اسقاطاً لما يدرك بالشبهات واذا لم يدع خلا الوطء عن الشبهة فيجب الحد (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان لفظ النكاح صدر من أهله مضافاً الى محله فيمنع وجوب الحد كالنكاح بغير شهود ونكاح

المتعة ونحو ذلك ولا شك في وجود لفظ النكاح والاهلية والدليل على المحلية ان محل النكاح هو الانثى من بنات سيدنا
 آدم عليه الصلاة والسلام النصوص والمعقول اما النصوص فقوله سبحانه وتعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء
 وقوله سبحانه وتعالى هو الذي خلق لكم من انفسكم ازواجاً لتسكنوا اليها وقوله سبحانه وتعالى وانه خلق الزوجين
 الذكر والانثى جعل الله سبحانه وتعالى النساء على العموم والاطلاق محل النكاح والزوجة واما المعقول فلان الانثى
 من بنات سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام محل صالح لمقاصد النكاح من السكنى والولد والتحسين وغيرها فكانت
 محل الحكم النكاح لان حكم التصرف وسيلة الى ما هو المقصود من التصرف فلو لم يجعل محل المقصود محل الوسيلة لم
 يثبت معنى التوسل الا ان الشرع اخرجها من ان تكون محل للنكاح شرعاً مع قيام المحلية حقيقة فقيام صورة العقد
 والمحلية يورث شبهة اذ الشبهة اسم لما يشبهه الثابت وليس بثابت أو يقول وجدركن النكاح والاهلية والمحلية على ما بينا
 الا انه فات شرط الصحة فكان نكاحاً فاسداً والوطء في النكاح الفاسد لا يكون زناً بالاجماع وعلى هذا ينبغي ان يعمل
 فيقال هذا الوطء ليس بزناً فلا يوجب حد الزنا قياساً على النكاح بغير شهود وسائر الانكحة الفاسدة ولو وطئ
 جارية الاب أو الام فان ادعى الاشتباه بان قال ظننت انها محل لي لم يجب الحد وان لم يدع بحجب وهو تفسير شبهة
 الاشتباه وانما تعتبر في سبعة مواضع في جارية الاب وجارية الام وجارية المنكحة وجارية المطلقة ثلاثاً مادامت
 في العدة وأم الولد مادامت تعتمد منه والعبد اذا وطئ جارية مولاه والجارية المراهنة اذا وطئ المرتهن في رواية كتاب
 الرهن وفي رواية كتاب الحد ويجب الحد ولا يعتبر ظنه اذ وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته فلان الرجل ينسب
 في مال أبيه وزوجه وينتفع به من غير استئذان وحشمة عادة لا ترى انه يستخدم جارية أبيه ومنكوحته من غير
 استئذان فظن ان هذا النوع من الانتفاع مطلق له شرعاً ايضاً وهذا وان لم يصلح دليلاً على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلاً
 اعتبر في حقه لاسقاط ما يندري بالشبهات واذا لم يدع ذلك فقد عرى الوطء عن الشبهة فتمحض حراماً فيجب
 الحد ولا يثبت نسب الولد سواء ادعى الاشتباه أو لا لان ثبات النسب يعتمد قيام معنى في المحل وهو الملك من كل وجه
 أو من وجه ولم يوجد ولو ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر لا حد عليه امام يقر اجمعاً انها مقادع علمها بالحرمة لان
 الوطء يقوم بهما جميعاً فاذا تمكنت فيه الشبهة من أحد الجانبين فقد تمكنت من الجانب الآخر ضرورة وامان سوى
 الاب والام من سائر ذوى الرحم المحرم كالاخ والاخت ونحوهما اذا وطئ جاريته يجب الحد وان قال ظننت انها محل
 لي لان هذا دعوى الاشتباه في غير موضع الاشتباه لان الانسان لا ينسب بالانتفاع بمال أخيه وأخته عادة فلم يكن هذا
 ظناً مستنداً الى دليل فلا يعتد كذلك اذا وطئ جارية ذات رحم محرم من امرأته لما قلنا اما اذا وطئ المطلقة ثلاثاً في العدة
 فلان النكاح قد زال في حق الحل أصلاً لوجود المبطل حل المحلية وهو الطلقات الثلاث وانما بقي في حق القراش
 والحرمة على الأزواج فقط فتمحض الوطء حراماً فكان زناً فيوجب الحد الا اذا ادعى الاشتباه وظن الحل لانه
 بنى ظنه على نوع دليل وهو بقاء النكاح في حق القراش وحرمة الازواج فظن انه بقي في حق الحل أيضاً وهذا وان لم
 يصلح دليلاً على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلاً اعتبر في حقه درأماً يندري بالشبهات وان كان طلاقها واحدة بائنة
 لم يجب الحد وان قال علمت انها على حرام لان زوال الملك بالابانة وسائر الكنايات مجتهد فيه لاختلاف الصحابة
 رضى الله عنهم فان مثل سيدنا عمر رضى الله عنه يقول في الكنايات انها راجع وطلاق الرجعى لا يزيل الملك
 فاختلافهم يورث شبهة ولو خالها أو طلقها على مال فوطئها في العدة ذكر الكرخي انه ينبغي أن يكون الحكم فيه
 كالحكم في المطلقة ثلاثاً وهو الصحيح لان زوال الملك بالغلغلة والطلاق على مال يجمع عليه فلم تتحقق الشبهة فيجب
 الحد الا اذا ادعى الاشتباه لاذكرنا في المطلقة الثلاث وكذلك اذا وطئ أم ولدوهي تعتمد منه بأن أعتقها لان زوال
 الملك بالاعتاق يجمع عليه فلم تثبت الشبهة وأما العبد اذا وطئ جارية مولاه فان العبد ينسب في مال مولاه عادة
 بالانتفاع فكان وطؤه مستنداً الى ما هو دليل في حقه فاعتبر في حقه لاسقاط الحد واذا لم يدع بحذر لمرء الوطء عن

الشبهة وأما المرتن اذا وطئ الجارية الموهونة (فوجه) رواية كتاب الرهن أن يد المرتن يد استيفاء الدين فصار المرتن مستوفيا الدين من الجارية يد أقصد وطئ جارية هي مملوكة له يدا فلا يجب الحد كالجارية المبيعة اذا وطئها البائع قبل التسليم الا اذا ادعى الاشتباه وقال ظننت انها تحلى لانه استند ظنه الى نوع دليل وهو ملك اليد فيعتبر في حقه درأ للحد واذا لم يدع فلا شبهة فلا يجب الحد (وجه) رواية كتاب الحدود ان الاستيفاء في باب الرهن انما يتحقق من مالية الرهن لا من عينه لان الاستيفاء لا يتحقق الا في الجنس ولا بحانسة بين التوثيق وبين عين الجارية فلا يتصور الاستيفاء من عينها فلا يعتبر ظنه ولو وطئ البائع الجارية المبيعة قبل التسليم لاحد عليه وكذلك الزوج اذا وطئ الجارية التي تزوج عليها قبل التسليم لان ملك الرقبة وان زال بالبيع والنكاح فلك اليد قائم فيورث شبهة ولو وطئ المستأجر جارية الاجارة والمستعير جارية الاجارة والمستودع جارية الوديعة محدوان قال ظننت انها تحلى لانه هذا ظن عرى عن دليل فكان في غير موضعه فلا يعتبر ولو زفت اليه غير امرأته وقلن النساء ان هذه امرأتك فوطئها لاحد عليه منهم من قال انما لم يجب الحد لشبهة الاشتباه وهذا غير سديد فانها اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كان امتناع الوجوب لشبهة الاشتباه ينبغي أن لا يثبت لان النسب لا يثبت في شبهة الاشتباه كما فياذ كرنا من المسائل وههنا يثبت النسب دل أن الامتناع ليس لشبهة الاشتباه بل لمعنى آخر وهوان وطأها بناء على دليل ظاهر يجوز بناء الوطء عليه وهو الاخبار بانها امرأته بل لا دليل ههنا سواه فلئن تبين الامر بخلافه فقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر يورث شبهة ولو وطئ أجنبية وقال ظننت انها امرأتى أو جاريتى أو شبهتها بما رأتى أو جاريتى يجب الحد لان هذا الظن غير معتبر لعدم استناده الى دليل فكان ملحقاً بعدم فلا يحل الوطء بناء على هذا الظن ما لم يعرف انها امرأته بدليل إما بكلامها أو باخبار مخبر ولم يوجد مع ما أنا لواعبنا هذا الظن في اسقاط الحد لم يتم حد الزنا في موضع ما اذ الزنا لا يجوز عن هذا القدر فيؤدى الى سد باب الحد وهكذا روى عن ابراهيم النخعي رحمه الله أنه قال لو قيل هذا الما أقيم الحد على أحد وكذلك لو كان الرجل أعمى فوجد امرأته في بئسه فوقع عليها وقال ظننتها امرأتى عليه الحد لان هذا ظن لم يستند الى دليل اذ قد يكون في البيت من لا يجوز وطؤها من المحارم والاجنبيات فلا يحل الوطء بناء على هذا الظن فلم تثبت الشبهة وروى عن محمد بن رجل اعمى دعى امرأته فقال يا فلانة فاجبت غيرها فوقع عليها انه محدول وأجبتة غيرها وقالت أنا فلانة فوقع عليها لم يحد ويثبت النسب وهي كالمرأة المزفوفة الى غير زوجها لانه لا يحل له وطؤها بنفس الاجابة لم تقل أنا فلانة لان الاجابة قد تكون من التي ناداها وقد تكون من غيرها فلا يجوز بناء الوطء على نفس الاجابة فاذا فعل لم يعذر بخلاف ما اذا قالت أنا فلانة فوطئها لانه لا سبيل للاعمى الى أن يعرف انها امرأته الا بذلك الطريق فكان معذوراً فاشبه المرأة المزفوفة حتى لو كان الرجل بصيراً لا يصدق على ذلك لا مكان الوصول الى انها امرأته بالرؤية وروى عن زفر بن رجل اعمى وجد على فراشه أو مجلسه امرأته نائمة فوقع عليها وقال ظننت انها امرأتى يد راعته الحد وعليه العقر وقال أبو يوسف لا يدراً (وجه) قول زفر انه ظن في موضع الظن اذا لظاها انه لا ينام على فراشه غير امرأته فكان ظنه مستنداً الى دليل ظاهر فيوجب درأ الحد كما لو زفت اليه غير امرأته فوطئها (وجه) قول أبي يوسف ان النوم على الفراش لا يدل على انها امرأته لجواز أن ينام على فراشه غير امرأته فلا يجوز استحلال الوطء بهذا القدر فاذا استحل وظهر الامر بخلافه لم يكن معذوراً والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الاحصان فالاحصان نوعان احصان الرجم واحصان القذف أما احصان الرجم فهو عبارة في الشرع عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع لوجوب الرجم وهي سبعة العقل والبلوغ والحرية والاسلام والنكاح الصحيح وكون الزوجين جميعاً على هذه الصفات وهوان يكونا جميعاً قائلين بالغين حريين مسلمين فوجود هذه الصفات جميعاً فيهما شرط لكون كل واحد منهما محصناً والدخول في النكاح الصحيح بعد سائر الشرائط متأخراً عنها فان تقدمها لم يعتبر ما لم يوجد دخول آخر بعدها فلا احصان للصبي والمجنون والعبد والكافر ولا بالنكاح الفاسد

ولا بنفس النكاح ما لم يوجد الدخول وما لم يكن الزوجان جميعاً وقت الدخول على صفة الاحصان حتى ان الزوج العاقل البالغ الحر المسلم اذا دخل بزوجته وهي صبية أو مجنونة أو أمة أو كتيبة ثم أدركت الصبية وأفادت المجنونة وأعتقت الأمة وأسلمت الكافرة لا يصير محصناً ما لم يوجد دخول آخر بعد زوال هذه العوارض حتى لو زنى قبل دخول آخر لا يرمى فاذا وجدت هذه الصفات صار الشخص محصناً لان الاحصان في اللغة عبارة عن الدخول في الحصن يقال أحصن أى دخل الحصن كما يقال أعرق أى دخل العراق وأشأم أى دخل الشام وأحصن أى دخل في الحصن ومعناه دخل حصناً عن الزنا اذا دخل فيه وانما يصير الانسان داخل في الحصن عن الزنا عند توفر الموانع وكل واحد من هذه الجملة مانع عن الزنا فعند اجتماعها تتوفر الموانع أما العقل فلان للزنا عاقبة ذميمة والعقل يمنع عن ارتكاب ماله عاقبة ذميمة وأما البلوغ فان الصبي لنقصان عقله ولقلة تأمله لا يشتغاله باللهو واللعب لا يقف على عواقب الامور فلا يعرف الحميدة منها والذميمة وأما الحرية فلان الحر يستنكف عن الزنا وكذا الحرية ولهذا لما قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم آية المباينة على النساء وبلغ الى قول الله تعالى ولا يزني قالت هند امرأة أبي سفيان أو زنى الحر يا رسول الله وأما الاسلام فلانه نعمة كاملة موجبة للشكر فيمنع من الزنا الذي هو وضع الكفر في موضع الشكر وأما اعتبار اجتماع هذه الصفات في الزوجين جميعاً فلان اجتماعهما فيهما يشعر بكمال حالهما وإذا شعر بكمال اقتضاء الشهوة من الجانبين لان اقتضاء الشهوة بالصبي والمجنونة قاصر وكذا بالرقيق لكون الرق من نتائج الكفر فينفر عنه الطبع وكذا بالكافرة لان طبع المسلم ينفر عن الاستمتاع بالكافرة ولهذا قال النبي عليه الصلاة والسلام لحذيفة رضي الله عنه حين أراد أن يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك وأما الدخول بالنكاح الصحيح فلانه اقتضاء الشهوة بطريق حلال فيقع به الاستغناء عن الحرام والنكاح الفاسد لا يفيد فلا يقع به الاستغناء وأما كون الدخول آخر الشرائط فلان الدخول قبل استيفاء سائر الشرائط لا يقع اقتضاء الشهوة على سبيل الكمال فلا تقع الغنية به عن الحرام على التام وبعد استيفائها تقع به الغنية على الكمال والتام فثبت أن هذه الجملة موانع عن الزنا فيحصل بها معنى الاحصان وهو الدخول في الحصن عن الزنا ولا خلاف في هذه الجملة الا في الاسلام فانه روى عن أبي يوسف أنه ليس من شرائط الاحصان حتى لا يصير المسلم محصناً بنكاح الكتابية والدخول بها في ظاهر الرواية وكذلك الذي العاقل البالغ الحر الثيب اذا زنا لا يرمى في ظاهر الرواية بل يحد وعلى ما روى عن أبي يوسف يصير المسلم محصناً بنكاح الكتابية ويرجم الذي به وبه أخذ الشافعي رحمه الله تعالى واحتج بما روى أنه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين ولو كان الاسلام شرطاً لما رجم ولان اشتراط الاسلام للزجر عن الزنا والدين المطلق يصلح للزجر عن الزنا لان الزنا حرام في الاديان كلها (ولنا) في زنا الذي قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة أو جب سبجانه وتعالى الجلد على كل زان وزانية أو على مطلق الزاني والزانية من غير فصل بين المؤمن والكافر ومتى وجب الجلد انتفى وجوب الرجم ضرورة ولان زنا الكافر لا يساوي زنا المسلم في كونه جنابة فلا يساويه في استدعاء العقوبة كزنا البكر مع زنا الثيب وبيان ذلك ان زنا المسلم اختص بمن يدقبح انتفى ذلك في زنا الكافر وهو كون زناه وضع الكفران في موضع الشكر لان دين الاسلام نعمة ودين الكفر ليس بنعمة وفي زنا المسلم بالكتابية قوله عليه الصلاة والسلام والصلوة لحذيفة رضي الله عنه حين أراد أن يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك وقوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن والذي مشرك على الحقيقة فلم يكن محصناً وما ذكرنا أن في اقتضاء الشهوة بالكافرة قصوراً فلا يتكامل معنى النعمة فلا يتكامل الزاجر وقوله الزجر يحصل باصل الدين قلنا نعم لكنه لا يتكامل الا بدين الاسلام لانه نعمة فيكون الزنا من المسلم وضع الكفران في موضع الشكر ودين الكفر ليس بنعمة فلا يكون في كونه زاجر أمثله وأما حديث رجم اليهوديين فيحتمل انه كان قبل نزول آية الجلد فاتسخ بها ويحتمل انه كان بعد نزولها ونسخ خبر الواحد أهون من نسخ الكتاب العزيز واحصان كل واحد من الزانيين ليس بشرط

لوجوب الرجم على أحدهما حتى لو كان أحدهما محصناً والاخر غير محصن فالمحصن منهما يرمم وغير المحصن يجلد ثم اذا ظهر احصان الزاني بالبيننة أو بالاقرار يرمم بالنص والمعقول أما النص فالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق وروى أنه عليه الصلاة والسلام رجم ما عزا وكان محصناً وأما المعقول فهو أن المحصن اذا توفرت عليه الموانع من الزنا فاذا أقدم عليه مع توفر الموانع صار زناه غاية في القبح فيجوزى بما هو غاية في العقوبات الدنيوية وهو الرجم لان الجزاء على قدر الجناية ألا ترى ان الله سبحانه وتعالى توعّد نساء النبي عليه الصلاة والسلام بمضاعفة العذاب اذا أتبن بها حشة لعظم جنايتهن لخصولها مع توفر الموانع فيهن لعظم نعم الله سبحانه وتعالى عليهن لنيلهن بحجة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومضاعفته فكانت جنايتهن على تقدير الاتيان غاية في القبح فاوعدن بالغاية من الجزاء كذا ههنا ولا يجمع بين الجلد والرجم عند عامة العلماء وقال بعض الناس يجمع بينهما لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام والتيب بالتيب جلد مائة ورجم بالحجارة (ولنا) أنه عليه الصلاة والسلام رجم ما عزا ولم يجلده ولو وجب الجمع بينهما لجمع ولان الزنا جناية واحدة فلا يوجب الا عقوبة واحدة والجلد والرجم كل واحد منهما عقوبة على حدة فلا يجميان لجناية واحدة والحديث محمول على الجمع بينهما في الجلد والرجم لكن في حالين فيكون عملاً بالحديث واذا فقد شرط من شرائط الاحصان لا يرمم بل يجلد لان الواجب بنفس الزنا هو الجلد بآية الجلد ولان زنا غير المحصن لا يبلغ غاية في القبح فلا تبلغ عقوبته النهاية فيكتفى بالجلد وهل يجمع بين الجلد والتغريب يختلف فيه قال أصحابنا لا يجمع الا اذا رأى الامام المصلحة في الجمع بينهما فيجمع وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما احتج بما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه جلد وغرب وكذا روى عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه فعل كذا ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة فيكون اجماعاً (ولنا) قوله عز وجل الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه عز وجل أمر بجلد الزانية والزاني ولم يذكر التغريب فن أوجبه فقد زاد على كتاب الله عز وجل والزادة عليه نسخ ولا يجوز نسخ النص بخبر الواحد والثاني أنه سبحانه وتعالى جعل الجلد جزاء والجزاء اسم لما تقع به الكفاية مأخوذ من الاجزاء وهو الاكتفاء فلو أوجبنا التغريب لانتفع الكفاية بالجلد وهذا خلاف النص ولان التغريب تعرض للمغرب على الزنا لانه مادام في يده يمتنع عن العشائر والمعارف حياء منهم وبالتغريب يزول هذا المعنى فيعرض الداعي عن الموانع فيقدم عليه والزنا قبيح فمأفئ الى مثله وفعل الصحابة محمول على انهم رأوا ذلك مصلحة على طريق التغريب ألا يرى أنه روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه نفي رجلاً فلحق بالروم فقال لا أنفي بعدها أبداً وعن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال كفى بالنفي فتنة فدل ان فعلهم كان على طريق التغريب ونحن به نقول أن الامام أن ينفي ان رأى المصلحة في التغريب ويكون النفي تعرضاً لا حداً والله سبحانه وتعالى أعلم وأما احصان القذف فنذكره في حد القذف ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما شرايط وجوبها فنحن العقل ومنها البلوغ فلا حد على المجنون والصبي الذي لا يعقل ومنها الاسلام فلا حد على الذمي والحربي المستأمن بالشرب ولا بالسكر في ظاهر الرواية ومنها عدم الضرورة في شرب الخمر فلا حد على من أكره على شرب خمر ولا على من أصابته مخمصة وانما كان كذلك لان الحد عقوبة محضة فتستدعى جناية محضة وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بالجناية وكذا الشرب لضرورة المخمصة والا كراه حلال فلم

يكن جنابة وشرب الخمر مباح لاهل الذمة عند أكثر مشايخنا فلا يكون جنابة وعند بعضهم وان كان حراماً لكننا
 نهين على التعرض فلم وما يدينون وفي اقامة الحد عليهم تعرض لهم من حيث المعنى لانها تمنعهم من الشرب وعن
 الحسن بن زياد انهم اذا شربوا وسكروا يحدون لاجل السكر لا لاجل الشرب لان السكر حرام في الاديان كلها وما قاله
 الحسن حسن ومنها بقاء اسم الخمر للمشروب وقت الشرب في حد الشرب لان وجوب الحد بالشرب تعلق به حتى لو
 خلط الخمر بالماء ثم شرب نظريه ان كانت الغلبة للماء لاحد عليه لان اسم الخمرية يزول عند غلبة الماء وان
 كانت الغلبة للخمر أو كانا سواء يحد لان اسم الخمر باق وهي عادة الشربة انهم يشربونها ممزوجة بالماء وكذلك
 من شرب دردى الخمر لاحد عليه لان دردى الخمر لا يسمى خمر أو ان كان لا يخلو عن أجزاء الخمر (فاما) الذكورة
 فليست بشرط حتى يجب الحد على الذكر والانثى وأما الحرية فكذلك لأن حد الرقيق يكون على النصف من
 الحد الحر ولا حد على من توجد منه رائحة الخمر لان وجود رائحة الخمر لا يدل على شرب الخمر لجواز انه تغمض بها ولم
 يشربها أو شربها عن اكره أو مخصصة وكذلك من قتيأ خمر الاحد عليه لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما
 الاشربة التي تتخذ من الاطعمة الخنطة والشعير والدخن والذرة والعسل والتين والسكر ونحوها فلا يجب الحد
 بشربها لان شربها حلال عندهما وعند محمد وان كان حراما لكن هي حرمة محل الاجتهاد فلم يكن شربها جنابة محضة
 فلا تعلق بها عقوبة محضة ولا بالسكر منها وهو الصحيح لان الشرب اذا لم يكن حراماً أصلاً فلا عبرة بنفس السكر
 كشرب البنج ونحوه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حد القذف فسبب وجوبه القذف بالزنا لانه نسبه الى الزنا وفيها الحاق العار بالمقذوف فيجب الحد
 دفعا للعار عنه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوبه فأنواع بعضها يرجع الى القاذف وبعضها يرجع الى المقذوف وبعضها يرجع
 اليهما جميعاً وبعضها الى المقذوف به وبعضها يرجع الى المقذوف فيه وبعضها يرجع الى نفس القذف أما الذي
 يرجع الى القاذف فأنواع ثلاثة أحدها العقل والثاني البلوغ حتى لو كان القاذف صبياً أو مجنوناً لا حد عليه لان
 الحد عقوبة فيستدعي كون القذف جنابة وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جنابة والثالث عدم اثباته باربعة
 شهاد فان أتى بهم لاحد عليه لقوله سبحانه وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهاداء فاجلدوهم
 ثمانين جلدة علق سبحانه وتعالى وجوب اقامة الحد بعد الاثبات باربعة شهود وليس المراد منه عدم الاتيان في جميع
 العمر بل عند القذف والخصومة اذ لو حمل على الابد لما أقيم حد أصلاً اذ لا يقام بعد الموت ولان الحد انما وجب لدفع عار
 الزنا عن المقذوف واذا ظهر زناه بشهادة الاربعة لا يحتمل الاندفاع بالحد ولان هذا شرط يزجر عن قذف المحصنات
 وأما حرية القاذف واسلامه وعفته عن فعل الزنا فليس بشرط فيحد الرقيق والكافر ومن لا عفة له عن الزنا والشرط
 احصان المقذوف لا احصان القاذف والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المقذوف فشيئان أحدهما أن يكون محصناً رجلاً كان أو امرأة وشرائط احصان
 القذف خمسة العقل والبلوغ والحرية والاسلام والعفة عن الزنا فلا يجب الحد بقذف الصبي والمجنون والرقيق
 والكافر ومن لا عفة له عن الزنا أما العقل والبلوغ فلا نالاً يتصور من الصبي والمجنون فكان قذفهما بالزنا كذباً
 محضاً فيوجب التميز بالحد وأما الحرية فلان الله سبحانه وتعالى شرط الاحصان في آية القذف وهي قوله تبارك
 وتعالى والذين يرمون المحصنات والمراد من المحصنات ههنا الحرائر لا العفاف عن الزنا فدل أن الحرية شرط ولا نالو
 أو جبنوا على قاذف المملوك الجدد لا وجبتا ثمانين وهو لو أتى بحقيقة الزنا لا يجلد الا خمسين وهذا لا يجوز لان القذف
 نسبة الى الزنا وأنه دون حقيقة الزنا وأما الاسلام والعفة عن الزنا فلقوله تعالى والذين يرمون المحصنات العافلات
 المؤمنات والمحصنات الحرائر والعافلات العفاف عن الزنا والمؤمنات معلومة فدل أن الايمان والعفة عن

عن الزنا والحرية شرط ودلت هذه الآية على ان المراد من المحصنات في هذه الآية الحرأرلا العفاف لانه سبحانه وتعالى جمع في هذه الآية بين المحصنات والعافلات في الذكر والعافلات العفاف فلو أريد بالمحصنات العفاف لكان تكراراً ولان الحدانما يجب لدفع العار عن المقدوف ومن لا عفة له عن الزنا لا يلحقه العار بالقذف بالزنا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن يدل على ان الاسلام شرط ولان الحدانما وجب بالقذف دفعاً لعار الزنا عن المقدوف وما في الكافر من عار الكفر أعظم والله سبحانه وتعالى أعلم ثم تفسر العفة عن الزنا هو ان لم يكن المقدوف وطئ في عمره وطأ حراماً في غير ملك ولا نكاح أصلاً ولا في نكاح فاسد فساداً مجماً عليه في السلف فان كان فعل سقطت عفته سواء كان الوطء زناً موجباً للحد أو لم يكن بعد أن يكون على الوصف الذي ذكرنا وان كان وطئاً وطأ حراماً لكان في الملك أو النكاح حقيقة أو في نكاح فاسد لكن فساداً هو محل الاجتهاد لا تسقط عفته وبيان هذه الجملة في مسائل اذا وطئ امرأة بشبهة بان زفت اليه غير امرأته فوطئها سقطت عفته لوجود الوطء الحرام في غير ملك ولا نكاح أصلاً الا أنه لم يجب الحد لقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر على ما ذكرنا فيما تقدم وكذلك اذا وطئ جارية مشتركة بينهما وبين غيره لان الوطء يصادف كل الجارية وكلها ليس ملكة فيصادف ملك الغير لا محالة فكان الفعل زناً من وجهه لكن درى الحد للشبهة وكذلك اذا وطئ جارية أبوية أو زوجته أو جارية اشتراها وهو يعلم انها الغير البائع ثم استتحت لما قلنا وكذلك لو وطئ جارية ابنه فاعلقها أو لم يعلقها لوجود الوطء المحرم في غير ملك حقيقة ولو وطئ الحائض أو النفساء أو الصائمة أو الحرمه أو الحرمة التي ظاهر منها أو الامة المزوجة لم تسقط عفته لقيام الملك أو النكاح حقيقة وانه محلل الا انه منع من الوطء لغيره وكذا اذا وطئ مكاتبته في قولهما واحدى الرويتين عن أبي يوسف وفي رواية أخرى عنه وهو قول زفر تسقط عفته (وجهه) قولهما ان هذا وطء حصل في غير الملك لان عقد الكتابة أوجب زوال الملك في حق الوطء ولنا ان الوطء يصادف الذات وملك الذات قائم بعد الكتابة فكان الملك المحلل قائماً وانما الزائل ملك اليد فنع من الوطء علماً فيه من استرداد يدها على نفسها فاشبهت الجارية المزوجة ولو تزوج معتدة الغير أو منكوبة الغير أو مجوسية أو أخته من الرضاع سقطت عفته سواء علم أو لم يعلم في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما اذا كان لا يعلم لا تسقط (وجهه) قولهما أنه اذا لم يعلم لا يكون الوطء حراماً بدليل أنه لا يأتيهم ولو كان حراماً لآثمهم واذا لم يكن حراماً لم تسقط العفة ولا في حنيفة رحمه الله ان حرمة الوطء ههنا ثابتة بالاجماع الا ان آثم منتف والاثم ليس من لوازم الحرمة على ما عرف واذا كانت الحرمة ناجية يتيقن سقطت العفة ولو قبل امرأة بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج ببناتها فوطئها أو تزوج بامها فوطئها لا تسقط عفته في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تسقط (وجهه) قولهما ان التقييل أو النظر أوجب حرمة المصاهرة وانها حرمة مؤبدة فتسقط العصمة كحرمة الرحم المحرم ولا في حنيفة رحمه الله ان هذه الحرمة ليست مجماً عليها بل هي محل الاجتهاد في السلف فلا تسقط العفة فاما اذا تزوج امرأة فوطئها ثم تزوج ابنتها أو أمها فوطئها سقطت عفته لان هذا النكاح مجمع على فساده فلم يكن محل الاجتهاد ولو تزوج امرأة بغير شهود فوطئها سقطت عفته لان فساد هذا النكاح مجمع عليه في السلف بل هو محل الاجتهاد فالوطء فيه لا يوجب سقوط العفة ولو تزوج ذمى امرأة ذات رحم محرم منه ثم أسلم فقد فزع رجل ان كان قد دخل بها بعد الاسلام سقطت عفته بالاجماع وان كان الدخول في حال الكفر لم تسقط في قول أبي حنيفة وعندهما تسقط هكذا ذكر الكرخي وذكر محمد رحمه الله في الاصل انه يشترط احصائه ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح لان هذا النكاح مجمع على فساده وانما سقط الحد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة لنوع شبهة والله سبحانه وتعالى أعلم ولا حد على من قذف امرأة محدودة

في الزنا أو معها ولد لا يعرف له أب أو لا عنت بولد لأن اماراة الزنا معها ظاهرة فلم تكن عفيفة فان لا عنت بغير الولد أو مع الولد لكنه لم يقطع النسب أو قطع لكن الزوج عادوا كذب نفسه والحق النسب بالأب حدلانه لم يظهر منها علامة الزنا فكانت عفيفة والثاني أن يكون المذوف معلوماً فان كان مجهولاً لا يجب الحد كما اذا قال لجماعة كلكم زان الا واحداً أو قال ليس فيكم زان الا واحداً وقال لرجلين أحدكما زان لأن المذوف مجهول ولو قال لرجلين أحدكما زان فقال له رجل أحدكما هذا فقال لا لا حد لا آخر لانه لم يقذف بصريح الزنا ولا بما هو في معنى الصريح ولو قال لرجل جدك زان لا حد عليه لأن اسم الجد ينطلق على الاسفل وعلى الاعلى فكان المذوف مجهولاً ولو قال لرجل أخوك زان فان كان له اخوة أو اخوان سواه لا حد على القاذف لأن المذوف مجهول وان لم يكن له الا أخ واحد فعليه الحد اذا حضر وطالب لأن المذوف معلوم وليس لهذا الاخ ولاية المطالبة لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما حياة المذوف وقت القذف فليس بشرط لوجوب الحد على القاذف حتى يجب الحد بقذف الميت لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع اليهما جميعاً فواحد وهو أن لا يكون القاذف أب المذوف ولا جده وان علا ولا أمه ولا جدته وان علت فان كان لا حد عليه لقول الله تعالى ولا تقل لهما أف والنهي عن التأنيف نصاً نهى عن الضرب دلالة ولهذا لا يتنزل به قصاصاً ولقوله تبارك وتعالى وبالوالدين احساناً والمطالب بالقذف ليس من الاحسان في شيء فكان منفياً بالنص ولأن توقير الاب واحترامه واجب شرعاً وعقلاً والمطالبة بالقذف للجد ترك التعظيم والاحترام فكان حراماً والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المذوف به فنوعان أحدهما أن يكون القذف بصريح الزنا وما يجري مجرى الصريح وهو نفي النسب فان كان بالكناية لا يوجب الحد لأن الكناية محتملة والحد لا يجب مع الشبهة فمع الاحتمال أولى وبيان هذه الجملة في مسائل اذا قال لرجل يا زاني أو قال زنت أو قال أنت زاني محدلانه أتى بصريح القذف بالزنا ولو قال يا زاني بالهمز أو زانت بالهمز محدلانه لا يصدق لان العامة لا تشرق بين المهموز والمليّن وكذا من العرب من يهزم المليون فبقى مجرد النية فلا يعتبر ولو قال زانت في الجبل محدلانه لا يصدق في الجبل لا يصدق في قولهما وعند محمد رحمه الله يصدق ولو قال زانت على الجبل وقال عنت به الصعود لا يصدق بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله ان الزنا الذي هو فاحشة ملين يقال زنا يزني زنا والذي هو صعود مهموز يقال زنا يزنا زناً وقال الشاعر * وارق الى الخيرات زناً في الجبل * وأراد به الصعود الا أنه اذا لم يقل عنت به الصعود حمل على الزنا المعروف لأن اسم الزنا يستعمل في القصور عراً فعادة واذا قال عنت به الصعود فقد عني به ما هو موجب اللفظ لغة فلزم اعتباره (وجه) قولهما أن اسم الزنا يستعمل في القصور عراً فعادة والعامة لا تفصل بين المهموز والمليّن بل تستعمل المهموز مليناً والمليّن مهموزاً فلا يصدق في الصرف عن المتعارف كما اذا قال زنت في الجبل وقال عنت به الصعود أو زانت ولم يذكر الجبل الا أنه استعمل كلمة في مكان كلمة على وأنه جائز قال الله سبحانه وتعالى ولا صلبنكم في جذوع النخل أي على جذوع النخل ومن مشايخنا من علل لهما بان المهموز منه يحتمل معنى المليون وهو الزنا المعروف لأن من العرب من يهزم المليون فيتعين معنى المليون بدلالة الحال وهي حال الغضب لأن المسئلة مقصورة فيها واذا قال زانت على الجبل وقال عنت به الصعود لم يصدق لانه لا يستعمل كلمة على في الصعود فلا يقال صعد على الجبل وانما يقال صعد في الجبل ولو قال لرجل يا ابن الزاني فهو قاذف لا يبه كانه قال أبوك زاني ولو قال يا ابن الزانية فهو قاذف لانه كانه قال أمك زانية ولو قال يا ابن الزاني والزانية فهو قاذف لا يبه وأمه كانه قال أبوك زانية ولو قال يا ابن الزنا أو يا ولد الزنا كان قد قالان معناه في عرف الناس وعاداتهم انك مخلوق من ماء الزنا ولو قال يا ابن الزانيتين يكون قد فاو يعتبر احصان أمه التي ولدت له لا احصان جدته حتى لو كانت أمه مسلمة فعليه الحد وان كانت

جدته كافرة وان كانت أمه كافرة فلا حد عليه وان كانت جدته مسلمة لان أمه في الحقيقة والدته والجدة تسمى أما مجازا وكذلك لو قال يابن مائة زانية أو يابن ألف زانية يكون قاذفا لأمه ويعتبر في الاحصان حال الام لا قلنا ويكون المراد من العدد المذكور عدد المرات لا عدد الاشخاص اى امك زنت مائة مرة وألف مرة ولو قال يابن القحبة لم يكن قاذفا لان هذا الاسم كما يطلق على الزانية يستعمل على الميأة المستعدة للزنا وان لم ترن فلا يجعل قذفا مع الاحتمال وكذلك لو قال يابن الدعية لان الدعية هي المرأة المنسوبة الى قبيلة لا نسب لها منهم وهذا لا يدل على كونها زانية لجواز ثبوت نسبها من غيرهم ولو قال لرجل يازانى فقال الرجل لا بل أنت الزانى أو قال لا بل أنت يحدان جميعاً لان كل واحد منهما قذف صاحبه صريحاً ولو قال لامرأة يازانية فقالت زينت بك لاحد على الرجل لان المرأة صدقته في القذف فخرج قذفه من ان يكون موجبا للحد وتحدد المرأة لانها قذفته بالزنا صراحة ولم يوجد منه التصديق ولو قال لامرأة يازانية فقالت زينت معك لاحد على الرجل ولا على المرأة أما على الرجل فلوجود التصديق منها إياه وأما على المرأة فلا نقوطها زينت معك يحتمل ان يكون المراد منه زينت بك ويحتمل ان يكون معناه زينت بحضرتك فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ولو قال لامرأة يازانية فقالت لا بل أنت حدثت المرأة حد القذف ولا لعان على الرجل لان كل واحد من الزوجين قذف صاحبه وقذف المرأة يوجب حد القذف وقذف الزوج امر أنه يوجب اللعان وكل واحد منهما حد وفي البداية يحد المرأة إسقاط الحد عن الرجل لان اللعان شهادات مؤكدة بالاعمال والحد وفي القذف لا شهادة له ونظير هذا ما قالوا فيمن قال لامرأة يازانية بنت الزانية فخاصمت الأم أو لا فحد الزوج حد القذف سقط اللعان لانه بطلت شهادته ولو خاصمت المرأة أو لا فلا عن القاضي بينهما فخاصمت الأم يحد الرجل حد القذف ولو قال لامرأة يازانية فقالت زينت بك لاحد ولا لعان لانه يحتمل انها أرادت بقولها زينت بك اى قبل النكاح ويحتمل انها أرادت اى ما مكنت من الوطء وغيره فان كان ذلك زنا فهو زنا لان هذا متعارف فان أرادت الاول لا يجب اللعان ويجب الحد لانهم اقترن بالزنا وان أرادت به الثانى يجب اللعان لان الزوج قذفها بالزنا وهي لم تصدقه فيما قذفه به ولا حد عليها فوقع الاحتمال في ثبوت كل واحد منهما فلا يثبت ولو قال لامرأة انت زانية فقالت المرأة انت ازنى منى يحد الرجل ولا يحد المرأة اما الرجل فلا نه قذفها صريح الزنا ولم يوجد منها التصديق واما المرأة فلا نقوطها انت ازنى منى يحتمل انها أرادت به النسبة الى الزنا على الترجيح ويحتمل انها أرادت انت اقدر على الزنا واعلم به منى فلا يحتمل على القذف مع الاحتمال وكذلك اذا قال لسان انت ازنى الناس أو ازنى الزناة أو ازنى من فلان لاحد عليه لما قلنا وروى عن ابي يوسف انه فرق بين قوله ازنى الناس وبين قوله ازنى منى او من فلان فقال في الاول يحد وفي الثانى لا يحد (ووجهه) الفرق له ان قوله انت ازنى الناس امكن حمله على ما يقتضيه ظاهر الصيغة وهو الترجيح في وجود فعل الزنا منه لتحقق الزنا من الناس في الجملة فيحمل عليه وقوله انت ازنى منى او من فلان لا يمكن حمله على الترجيح في وجود الزنا لجواز انه لم يوجد الزنا منه او من فلان فيحمل على الترجيح في القدرة او العلم فلا يكون قذفاً بالزنا ولو قال لرجل زينت وفلان معك كان قاذفاً لهما لانه قذف أحدهما وعطف الآخر عليه بحرف الواو وانما للجمع المطلق فكان مخبراً عن وجود الزنا من كل واحد منهما رجلاً استبنا فقال أحدهما لصاحبه ما بى بزنا ولا بى بزانية لم يكن هذا قذفاً لان ظاهره نفي الزنا عن أبيه وعن أمه الا انه قد يكتفى بهذا الكلام عن نسبة اب صاحبه وانه الى الزنا لكن القذف على سبيل الكناية والتعريض لا يوجب الحد ولو قال لرجل انت تزنى لاحد عليه لان هذا اللفظ يستعمل للاستقبال ويستعمل للحال فلا يجعل قذفاً مع الاحتمال وكذلك لو قال انت تزنى وانا ضرب الحد لان مثل هذا الكلام في عرف الناس لا يدل على قصد القذف وانما يدل على طريق ضرب المثل على الاستعجاب ان كيف تكون العقوبة على انسان والجنابة من غيره كما قال الله تبارك وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى ولو قال لامرأة ما رأيت زانية خيراً منك أو قال لرجل ما رأيت زانية خيراً منك لم يكن قذفاً لانه ما جعل

هذا المذكور خير الزناة وانما جعله خيرا من الزناة وهذا لا يقتضى وجود الزان منه ولو قال لامرأة زنا بك وجك قبل ان يتر وجك فهو قاذف فانه نسب زوجها الى زنا حصل منه قبل التزوج في كلام موصول فيكون قذفا ولو قال لامرأة وطئك فلان وطأ حراما او جامعك حراما او فخر بك أو قال لرجل وطئت فلانة حراما او باضعتها او جامعتها حراما فلا حد عليه لانه لم يوجد منه القذف بالزنا بل بالوطء الحرام ويجوز ان يكون الوطء حراما ولا يكون زنا كالوطء بشبهة ونحو ذلك ولو قال لغيره اذهب الى فلان فقل له يا زاني او يا ابن الزانية لم يكن المرسل قاذفا لانه امر بالقذف ولم يقذف واما الرسول فان ابتدأ فقال لا على وجه الرسالة يازاني او يا ابن الزانية فهو قاذف وعليه الحد وان بلغه على وجه الرسالة بان قال ارسلني فلان اليك وامرني ان أقول لك يازاني او يا ابن الزانية لا حد عليه لانه لم يقذف بل اخبر عن قذف غيره ولو قال لا خير اخبرت انك زاني او اشهدت على ذلك لم يكن قاذفا لانه حكى خبر غيره بالقذف واشهاد غيره بذلك فلم يكن قاذفا ولو قال لرجل يالوطي لم يكن قاذفا بالاجماع لان هذا نسبه الى قوم لوط فقط وهذا لا يقتضى انه يعمل عملهم وهو اللواط ولو أفصح وقال أنت تعمل عمل قوم لوط وسمى ذلك لم يكن قاذفا عند أبي حنيفة أيضا وعندهما هو قاذف بناء على ان هذا الفعل ليس بزناعند أبي حنيفة وعندهما هو في معنى الزنا والمسئلة مرت في موضعها ولو قال لرجل يازاني فقال له آخر صدقت بحد القاذف ولا حد على المصدق أما الاول فلوجود القذف الصريح منه وأما المصدق فلان قوله صدقت قذف بطريق الكناية ولو قال صدقت هو كما قلت بحد لان هذا في معنى الصريح ولو قال لرجل أخوك زان فقال الرجل لا بل أنت بحد الرجل لان كلمة لا بل لتأكيد الانبات فقد قذف الاول بالزنا على سبيل التأكيد وأما الاول فينظر ان كان للرجل إخوة أو اخوان سواء فلا حد عليه وان لم يكن له الأخ وأحد فله ان يطالبه بالحد وليس لهذا الاخ المخاطب ان يطالبه لما ذكرنا فاقدم ولو قال لست لانيك فهو قاذف لانه سواء قال في غضب أو رضا لان هذا الكلام لا يذكر النفي النسب عن الاب فكان قذفا لانه ولو قال ليس هذا أبوك أو قال لست أنت ابن فلان لأبيه أو قال أنت ابن فلان لا جنبي ان كان في حال الغضب فهو قذف وان كان في غير حال الغضب فليس بقذف لان هذا الكلام قديد كلفى النسب وقديد كلفى التشبه في الاخلاق أى أخلاقك لا تشبه أخلاق أبيك أو أخلاقك تشبه أخلاق فلان الاجنبي فلا يجعل قذفا مع الشك والاحتمال وكذلك اذا قال لرجل يا ابن مزيقا او يا ابن ماء السماء انه يكون قذفا في حالة الغضب لا في حالة الرضا لانه لا يحتمل انه أراد به نفي النسب ويحتمل انه أراد به المدح بالتشبيه برجلين من سادات العرب فعامر بن حارثة كان يسمى ماء السماء لصفاؤه وسخائه وعمر وبن عامر كان يسمى المزقيما لزمقه الثياب اذا كان ذا ثروة ونخوة كان يلبس كل يوم ثوبا جادا فاذا أمسى خلعه ومزقه لئلا يلبسه غيره فيساويه فيحكم الحال في ذلك فان كان في حال الغضب فالظاهر انه أراد به نفي النسب فيكون قذفا وان كان في حال الرضا فالظاهر انه أراد به المدح فلم يكن قذفا ولو قال لرجل أنت ابن فلان لعمة او لخاله او لزوج أمه لم يكن قذفا لان العم يسمى أبوا وكذلك الخال وزوج الام قال الله سبحانه وتعالى قالوا نعبد إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل واسماعيل كان عم يعقوب عليه الصلاة والسلام وقد سماه أباه وقال سبحانه وتعالى ورفع أبوه على العرش وقيل انهما أبوه وخالته واذا كانت الخالة أما كان الخال أباه وقال الله تعالى ان ابني من أهلي قيل في التفسير انه كان ابن امرأته من غيره ولو قال لست بابن لفلان لجده لم يكن قاذفا لانه صادق في كلامه حقيقة لان الجد لا يسمى أباحقيقة بل مجازا ولو قال للبري يانبطي لم يكن قذفا وكذلك اذا قال لست من بني فلان للقبيلة التي هو منها لم يكن قاذفا عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى يكون قذفا والصحيح قول العامة لان بقوله يانبطي لم يقذفه ولكنه نسبته الى غير بلده كمن قال للبلدي يارستاقى وكذلك اذا قال يا ابن الخياط أو يا ابن الاصفر أو الاسود أو بوه ليس كذلك لم يكن قاذفا بل يكون كاذبا وكذلك اذا قال يا ابن الاقطع أو يا ابن الاعور أو بوه ليس كذلك يكون كاذبا لا قاذفا كما اذا قال للبصير يا عمي ثم القذف بلسان العرب وغيره سواء ويجب الحد لان معنى القذف هو النسبة الى الزنا وهذا يتحقق بكل لسان والله تعالى أعلم والثاني

ان يكون المقدوف به متصور الوجود من المقدوف فان كان لا يتصور لم يكن قاذفا وعلى هذا يخرج ما اذا قل لا آخر
 زنى فخذك أوظهرك انه لا حد عليه لان الزنا لا يتصور من هذه الاعضاء حقيقة فكان المراد منه المجاز من طريق
 النسب كما قال عليه الصلاة والسلام العيان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله أو
 يكذبه وكذلك لو قال زنيت باصبعك لان الزنا بالاصبع لا يتصور حقيقة ولو قال زنى فرجك يحذف لان الزنا بالفرج
 يتحقق كانه قال زنيت بفرجك ولو قال لامرأة زنيت بفرس أو حمار أو بعير أو ثور لا حد عليه لانه محتمل انه أراد به
 تمكينها من هذه الحيوانات لان ذلك متصور حقيقة ويحتمل انه أراد به جعل هذه الحيوانات عوضا واجرة على
 الزنا فان أراد به الاول لا يكون قذفا لانها لا تمكين منها لا تصير مزييا بها لعدم تصور الزنا من البهيمة وان أراد به الثاني
 يكون قذفا كما اذا قال زنيت بالدراهم أو بالدنانير أو بشئ من الامتعة فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ولو قال لها زنيت بناقة
 أو ببقرة أو أتان أو مكة فعليه الحد لانه تعذر حمله على التمكن فيحمل على العوض لان حرف الباء قد يستعمل
 في الاعواض ولو قال ذلك لرجل لم يكن قذفا في جميع ذلك سواء كان ذكرا أو أنثى لانه يمكن حمله على حقيقة الوطء
 ووطؤها لا يتصور أن يكون زنا فلا يكون قذفا ويمكن حمله على العوض فيكون قذفا فوقع الاحتمال في كونه قذفا فلا يجعل
 قذفا مع الاحتمال ومن مشايخنا من فصل بين الذكر والانثى فقال يكون قذفا في الذكر لا في الانثى لان فعل الوطء من
 الرجل يوجد في الانثى فلا يحمل على العوض ولا يوجد في الذكر فيحمل على العوض والصحيح انه لا فرق بين
 الذكر والانثى لان الوطء يتصور في الصنفين في الجملة ولو قال لامرأة زنيت وأنت مكرهة أو معتوهة أو مجنونة أو
 نائمة لم يكن قذفا لانه نسبها الى الزنا في حال لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذبا لا قذفا ومثله لو قال لامة
 أعنت زنيت وأنت أمة أو قال لكافرة أسلمت زنيت وأنت كافرة يكون قذفا وعليه الحد لان في المسئلة الاولى قذفا
 للحال بالزنا في حال لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذبا لا قذفا وفي المسئلة الثانية قذفا للحال لوجود الزنا
 منها في حال يتصور منها الزنا وهي حال الرق والكفر لانها لا يمنعان وقسوع الفعل زنا وانما يمنعان الاحصان
 والاحصان يشترط وجوده وقت القذف لانه السبب الموجب للحد وقد وجد ولو قال لانسان لست لامك لاحد
 عليه لانه كذب محض لانه نفي النسب من الام ونفي النسب من الام لا يتصور ألا ترى ان أمه ولده حقيقة وكذلك
 لو قال له لست لابويك لانه نفي نسبه عنهما ولا ينتفى عن الام لانها ولده فيكون كذبا بخلاف قوله لست لانيك لان
 ذلك ليس بنفي لولادة الام بل هو نفي النسب عن الاب ونفي النسب عن الاب يكون قذفا للام وكذلك لو قال له
 لست لانيك ولست لامك في كلام موصول لم يكن قذفا لان هذا وقوله لست لابويك سواء ولو قال له لست لادم أو
 لست لرجل أو لست لانسان لا حد عليه لانه كذب محض لان نسبه لا يحتمل الاقطاع عن هؤلاء فكان كذبا
 محضا لا قذفا فلا يجب الحد وعلى هذا يخرج ما اذا قال لرجل يا زانية انه لا يكون قذفا عندهما وعند محمد يكون قذفا
 (وجه) قوله ان الهاء قد تدخل صلة زائدة في الكلام قال الله تعالى عز شأنه خيرا عن الكفار ما أغنى عني ماليه هلك
 عني سلطانيه ومعناه مالي وسلطاني والهاء زائدة في حذف الزائد فيبقى قوله يا زانية وقد تدخل في الكلام للمبالغة
 في الصفة كما يقال علامة ونسابة ونحو ذلك فلا يحتمل به معنى القذف يدل عليه ان حذفه في نعت المرأة لا يخل بمعنى
 القذف حتى لو قال لامرأة يا زانية يجب الحد بالاجماع فكذلك الزيادة في نعت الرجل ولهما انه قذفه بما لا يتصور
 فيلغو ودليل عدم التصور انه قذفه بفعل المرأة وهو التمكين لان الهاء في الزانية هاء التأنيث كالضاربة والقاتلة
 والساوقة ونحوها وذلك لا يتصور من الرجل بخلاف ما اذا قال لامرأة يا زانية لانه أي بمعنى الاسم وحذف الهاء
 وهاء التأنيث قد تحذف في الجملة كالحائض والطارق والحامل ونحو ذلك والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المقدوف فيه وهو المكان فهو أن يكون القذف في دار العدل فان كان في دار الحرب
 أو في دار البني فلا يوجب الحد لان المقيم للحد ودهم الائمة ولا ولاية لامام أهل العدل على دار الحرب ولا على دار البني

فلا يقدر على الاقامة فيهما فالقذف فيهما لا يتقدم موجبا للحد حين وجوده فلا يحتمل الاستيفاء بعد ذلك لان الاستيفاء للواجب والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى نفس القذف فهو أن يكون مطلقا عن الشرط والاضافة الى وقت فان كان معلقا بشرط أو مضافا الى وقت لا يوجب الحد لان ذكر الشرط او الوقت يمنع وقوعه قذفا للحال وعند وجود الشرط أو الوقت يجعل كأنه نحر القذف كما في سائر التعليقات والاضافات فكان قاذفا قد يراجع انعدام القذف حقيقة فلا يجب الحد وعلى هذا يخرج ما اذا قال رجل من قال كذا وكذا فهو زان أو ابن الزانية فقال رجل أنا قلت أنه لا حد على المبتدى لانه علق القذف بشرط القول وكذلك اذا قال لرجل ان دخلت هذه الدار فأنت زان أو ابن الزانية فدخل لا حد على القائل لما قلنا وكذا من قال لغيره أنت زان أو ابن الزانية غد أو رأس شهر كذا فجاء الغد والشهر لا حد عليه لان اضافة القذف الى وقت يمنع تحقق القذف في الحال وفي المال على ما بينا والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تظهر به الحدود عند القاضى فنقول وبالله التوفيق الحدود كلها تظهر بالبيئة والاقرار لكن عند اجتماع شرائطها أما شرائط البيئة القائمة على الحد (فمنها) ما يعم الحدود كلها (ومنها) ما يخص البعض دون البعض أما الذي يعم الكل فالذكورة والاصالة فلا تقبل شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضى الى القاضى في الحدود كلها تكن زيادة شبهة فيها ذكرناها في كتاب الشهادات والحدود لا تثبت مع الشبهات ولو ادعى القاذف أن المقدوف صدقه وأقام على ذلك رجلا وامرأتين جاز وكذلك الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى لان الشهادة ههنا قامت على اسقاط الحد لا على اثباته والشبهة تمنع من اثبات الحد لان اسقاطه (وأما) الذي يخص البعض دون البعض (فمنها) عدم التقادم وانه شرط في حد الزنا والسرقة وشرب الخمر وليس بشرط في حد القذف والفرق ان الشاهد اذا عين الجريمة فهو مخير بين اداء الشهادة حسبة لله تعالى لقوله تعالى عز وجل وأقيموا الشهادة لله وبين التستر على أخيه المسلم لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه في الآخرة فلما لم يشهد على فور المعاينة حتى تقادم العهد دل ذلك على اختيار جهة الستر فاذا شهد بعد ذلك دل على ان الضغينة حملته على ذلك فلا تقبل شهادته لما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال أيا قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فامسحوا به وامن ضغن ولا شهادة لهم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا فدل قول سيدنا عمر رضي الله عنه على ان مثل هذه الشهادة شهادة ضغينة وانها غير مقبولة ولان التأخير والحالة هذه يورث تهمة ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف حد القذف لان التأخير ثمة لا يدل على الضغينة والتهمة لان الدعوى هنالك شرط فاحتمل ان التأخير كان لتأخير الدعوى من المدعى والدعوى ليست بشرط في الحدود الثلاثة فكان التأخير لا يشكل على هذا فصل السرقة فان الدعوى هنالك شرط ومع هذا التقادم مانع واختلقت عبارات مشايخنا في الجواب عن هذا الاشكال فقال بعضهم ان معنى الضغينة والتهمة حكمة المنع من قبول الشهادة والسبب الظاهر هو كون الحد خالص حق الله تعالى والحكم يدار على السبب الظاهر لا على الحكمة وقد وجد السبب الظاهر في السرقة فيوجب المنع من قبول الشهادة وهذا ليس بسديد لان الاصل تعليق الحكم بالحكمة الا اذا كان وجه الحكمة خفيا لا يوقف عليه الا يخرج في مقام السبب الظاهر مقامه وتجعل الحكمة موجودة تقدير او ههنا يمكن الوقوف عليه من غير حرج ولم توجد في السرقة لما بينا فيجب أن تقبل الشهادة بعد التقادم وقال بعضهم انما لا تقبل الشهادة في السرقة لان دعوى السرقة بعد التقادم لم تصح لان المدعى في الابتداء مخير بين أن يدعى السرقة ويقطع طمعه عن ماله احتسابا بالاقامة والحد وبين أن يدعى أخذ المال سترأ على أخيه المسلم فلما أخر دل تأخيره على اختيار جهة الستر والاعراض عن جهة الحسبة فلما شهد بعد ذلك فقد قصد الاعراض عن جهة الستر فلا يصح اعراضه ولم يجعل قاصدا لجهة الحسبة لانه قد كان أعرض عنها عند اختياره جهة الستر فلم تصح دعواه السرقة فلم تقبل

الشهادة على السرقة لان قبول الشهادة يقف على دعوى صحيحة فيما تشترط فيه الدعوى فبقى مدعياً أخذ المال لا غير
فتقبل الشهادة حسبة اذ التقادم لا يمنع قبول الشهادة على الاموال بخلاف حد القذف لان المقذوف ليس
بمخير بين بدل النفس وبين اقامة الحد بالدعوى بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه ودعوى القذف فلا يتهم
بالتأخير فكانت الدعوى صحيحة منه والشيخ منصور الماتريدي رحمه الله أشار الى معنى آخر في شرح الجامع
الصغير حكيت به بلفظه وهو أن عادة السراق الاقدام على السرقة في حال الغفلة وانتهاز الفرصة في موضع الخفية
وصاحب الحق لا يطلع على من شهد ذلك ولا يعرفهم الا بهم وبخبرهم فاذا كتموا أو لم يسموا قد يعلم المدعى شهوده في غير
ذلك من الحقوق ويطلبها اذا احتاج اليها فكانوا في سعة من تأخيرها واذا بطلت الشهادة على السرقة بالتقادم قبلت في
حق المال لان بطلانها في حق الحد لم تكن الشبهة فيها والحد لا يثبت مع الشبهة وأما المال فيثبت معها ثم التقادم انما
يمنع قبول الشهادة في الحدود الثلاثة اذا كان التقادم في التأخير من غير عذر ظاهر فأما اذا كان لعذر ظاهر بأن كان
المشهود عليه في موضع ليس فيه حاكم فحمل الى بلديه حاكم فشهدوا عليه جازت شهادتهم وان تأخرت لان هذا
موضع العذر فلا يكون التقادم فيه مانعاً لم يقدر أبو حنيفة رحمه الله للتقادم تقدير او فوض ذلك الى اجتهاد كل حاكم
في زمانه فانه روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال كان أبو حنيفة رحمه الله لا يوقت في التقادم شيئاً وجهده نابه أن يوقت
فأبى وأبو يوسف ومحمد رحمه الله قدراه بشهر فان كان شهر أو أكثر فهو متقادم وان كان دون شهر فليس بمتقادم
لان الشهر أدنى الاجل فكان مادونه في حكم العاجل ولأبي حنيفة رحمه الله أن التأخير قد يكون لعذر والا عذر في
اقتضاء التأخير مختلفة فتعذر التوقيت فيه ففوض الى اجتهاد القاضي فيما بعد انبطاء وما لا يعدوا ولم تقبل شهادة
الشهود بزنا متقادم هل يحدون حد القذف حكى الحسن بن زياد أنهم يحدون وتأخيرهم محمول على اختيار جهة السر
نخرج كلامهم عن كونه شهادة فبقى قد فاقوا بوجوب الحد وقال الكرخي رحمه الله الظاهر أنه لا يجب عليهم الحد وهكذا
ذكر القاضي في شرحه أنه لا حد عليهم لان تأخيرهم وان أوردت تهمة وشبهة في الشهادة فاصل الشهادة باق فلما اعتبرت
الشبهة في اسقاط حد الزنا عن المشهود عليه فلان تعتبر حقيقة الشهادة لا سقاط حد القذف عن الشهود أولى (ومنها)
قيام الرامحة وقت أداء الشهادة في حد الشرب في قولهما وعند محمد ليس بشرط والحجج ستأتي في موضعها (ومنها)
عدد الاربع في الشهود في حد الزنا لقوله عز اسمه واللاتي يأتيان بها حشنة من نسائك فاستشهدوا عليهن أربعة منكم
وقوله سبحانه وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقوله تبارك وتعالى لولا جاءوا عليه بأربعة
شهداء ولان الشهادة أحد نوعي الحجج فيعتبر بالنوع الآخر وهو الاقرار وهناك عدد الاربع شرط كذا ههنا بخلاف
سائر الحدود فان عدد الاقرار بالاربع لم يشترط فيها فكذا عدد الاربع من الشهود ولان اشتراط عدد الاربع في
الشهادة يثبت معدولاً به عن القياس بالنص والنص ورد في الزنا خاصة فان شهد على الزنا أقل من أربعة لم تقبل
شهادتهم لثقلان العدد المشروط وهل يحدون حد القذف قال أصحابنا يحدون وقال الشافعي رحمه الله اذا جاءوا بحجج
الشهود لم يحدوا وعلى هذا الخلاف اذا شهد ثلاثة وقال الرابع رأيتهم في لحاف واحد ولم يزد عليه أنه يحد الثلاثة
عندنا ولا حد على الرابع لانه لم يقذف الا اذا كان قال في الابتداء أشهد أنه قد زنى ثم فسر الزنا بما ذكره فينشذ يحد
(وجه) قول الشافعي رحمه الله أنهم اذا جاءوا بحجج الشهود كان قصدهم اقامة الشهادة حسبة لله تعالى لا القذف فلم يكن
جناية فلم يكن قذفاً (ولنا) ما روى أن ثلاثة شهدوا على مغيرة بن النعمان فقالوا رأيت أقدماً مبادية ونساعاً علياً
وأمرامنكر اولاً أعلم ما وراء ذلك فقال سيدنا عمر رضي الله عنه له الحمد لله الذي لم يفضح رجلاً من أصحاب محمد صلى
الله عليه وسلم وحد الثلاثة وكان ذلك بحضور من الصحابة الكرام رضي الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر
فيكون اجماعاً ولان الموجود من الشهود كلام قذف حقيقة اذ القذف هو النسبة الى الزنا وقد وجد من الشهود حقيقة
فيدخلون تحت آية القذف الا أنا اعتبرنا تمام عدد الاربع اذا جاءوا بحجج الشهود فقد قصدوا اقامة الحسبة واجبا حق الله

تعالى فخرج كلامهم عن كونه قد فاضار شهادة شرعاً فعند التقصان بقي قد فاحتقيقة فيوجب الحد ولو شهد ثلاثة على الزنا وشهد رابع على شهادة غيره تعد الثلاثة لأن شهادتهم صارت قد فالتقصان العدد ولا حد على الرابع لأنه لم يقذف بل حكى قذف غيره ولو علم أن أحد الأربعة عبد أو مكاتب أو صبي أو أعمى أو محدود في قذف حده واجمعاً لأن الصبي والعبد ليست لهما أهلية الشهادة أصلاً ورأساً فانتقص العدد فصار كلامهم قد فوالا عموماً والمحدود في القذف ليست لهم أهلية الشهادة أو أن كانت لهم أهلية الشهادة تحملاً وسماً فقصرت أهليتهما للشهادة فانتقص العدد فصار كلامهم قد فوسواء علم ذلك قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الامضاء أو علم ذلك بعد الامضاء فإن كان الحد جدياً فكذلك يحدون ولا يضمنون أرش الضرب في قول أبي حنيفة وعندهما يجب في بيت المال على ما ذكرنا في كتاب الرجوع عن الشهادات وإن كان رجلاً يحدون لأنه تبين أن كلامهم وقع قذفاً ومن قذف حياً ثم مات المقذوف سقط الحد وتكون الدية في بيت المال لأن الخطأ حصل من القاضي وخطأ القاضي على بيت المال لأنه عامل لعامة المسلمين وبيت المال مال المسلمين ولو شهد الزوج وثلاثة فحد الثلاثة ولا عن الزوج أمر أنه لأن قذف الزوج يوجب اللعان لا الحد فانتقص العدد في حق الباقي فصار كلامهم قد فإيحدون حد القذف ولو علم أن الشهود الأربعة عبيد أو كفار أو محدودون في قذف أو عريان يحدون حد القذف وإن علم أنهم فساق لا يحدون والفرق ما ذكرنا أن العبد والكافر لا شهادة لهما أصلاً ولا عموماً والمحدود في القذف لهما شهادة سماً وتحملاً لا أداء فكان كلامهم قد فوالفاسق له شهادة على أصل أصحابنا سماً وإذا كان كلام الفاسق شهادة لا قذفاً فلا يحدون حد القذف والله تعالى أعلم ولو ادعى المشهود عليه أن أحد الشهود الأربعة عبد فالقول قوله حتى يقيم البينة أنه حر لما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال: الناس أحرار إلا في أربع: الشهادة والقصاص والعقل والحدود والمعنى فيه ما ذكرنا في غير موضع (ومنها) اتحاد المجلس وهو أن يكون الشهود مجتمعين في مجلس واحد عند أداء الشهادة فإن جاؤا متفرقين يشهدون واحداً بعد واحد لا تقبل شهادتهم ويحدون وإن كثروا ما ذكرنا أن كلامهم قد فحقيقة وأنما يخرج عن كونه قد فاشراً بشرط أن يكونوا مجتمعين في مجلس واحد وقت أداء الشهادة فإذا انعدمت هذه الشرطية بقي قد فإيوجب الحد حتى لو جاؤا مجتمعين أو متفرقين وقعدوا في موضع الشهود في ناحية من المسجد ثم جاؤا واحداً بعد واحد وشهدوا جازت شهادتهم لوجود اجتماعهم في مجلس واحد وقت الشهادة إذا المسجد كله مجلس واحد وإن كانوا خارجين من المسجد فجاء واحد منهم ودخل المسجد وشهد ثم جاء الثاني والثالث والرابع يضررون الحد وإن كانوا مثل ربيعة ومضر هكذا روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال: لو جاء ربيعة ومضر فرأى لحدهم عن آخرهم وأنما قال ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد منهم فيكون إجماعهم والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون المشهود عليه بالزنا ممن يتصور منه الوطء فإن كان ممن لا يتصور منه كالحجوب لا تقبل شهادتهم ويحدون حد القذف ولو كان المشهود عليه خصياً أو عتينا قبلت شهادتهم ويحد لتصور الزنا منهما القيام إلا بخلاف المحجوب (ومنها) أن يكون المشهود عليه بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة فإن كان ممن لا يقدر كالأخرس لا تقبل شهادتهم لأن من الجائز أنه لو كان قادراً لادعى شبهة ولو كان المشهود عليه بالزنا أعمى قبلت شهادتهم لأن الأعمى قادر على دعوى الشبهة لو كانت عنده شبهة ولو شهدوا بالزنا ثم قالوا: اتعمدنا النظر إلى فرجها لا تبطل شهادتهم لأن أداء الشهادة لا بد له من التحمل ولا بد للتحمل من النظر إلى عين الفرج ويباح لهم النظر إليها قصد إقامة الحسبة كما يباح للطبيب لقصد المعالجة ولو قالوا: نظرنا مكرراً بطلت شهادتهم لأنه سقطت عدالتهم والله تعالى أعلم (ومنها) اتحاد الشهود وهو أن يجمع الشهود الأربعة على فعل واحد فإن اختلفوا لا تقبل شهادتهم وعلى هذا يخرج ما إذا شهد اثنان أنه زنى في مكان كذا وشهد آخران أنه زنى في مكان آخر والمكانان متباينان بحيث يمتنع أن يقع فيهما فعل واحد عادة كالبلدين والدارين والبيتين لا تقبل شهادتهم ولا حد على المشهود عليه لأنهم شهدوا بفعلين مختلفين لا اختلاف المكانين وليس

على أحدهما شهادة الاربع ولا حد على الشهود أيضاً عند أصحابنا وعند زفر يحدون (وجه) قوله إن عدد الشهود قد انتقص لأن كل فريق شهد بفعل غير الذي شهد به الفريق الآخر ونقصان عدد الشهود يوجب صيرورة الشهادة قدفاً كما لو شهد ثلاثة بالزنا (ولنا) أن المشهود به لم يختلف عند الشهود لأن عندهم أن هذا زنا واحد وأنما وقع اختلافهم في المكان فثبت بشهادتهم شبهة اتحاد الفعل فيسقط الحد وعلى هذا إذا اختلفوا في الزمان فشهد اثنان أنه زنى بها في يوم كذا واثنان في يوم آخر ولو شهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية من البيت وشهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية الأخرى منه يحد المشهود عليه لجواز أن ابتداء الفعل وقع في هذه الزاوية من البيت وانتهى في زاوية أخرى منه لا تتقاهما منه واضطرر بهما فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهم حتى لو كان البيت كبيراً لا قبل لأنه يكون بمنزلة البيتين ولو شهد أربعة بالزنا بمرأة فشهد اثنان أنه استكرهها واثنان أنها طاعته لا حد على المرأة بالاجماع لأن الحد لا يجب إلا بالزنا طوعاً ولم تثبت الطوعية في حقها (وأما) الرجل فلا حد عليه أيضاً عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحد (وجه) قولهما أن زنا الرجل عن طوع ثبت بشهادة الاربع إلا أنه نفرد اثنان منهم بأبواب زيادة إلا كراهته وأنه لا يمنع وجوب الحد كالأول زناهما مستكرهه ولا يحد عليه الرحمة أن المشهود قد اختلف لأن فعل المكروه غير فعل من ليس بمكروه فقد شهدوا بفعلين مختلفين وليس على أحدهما شهادة الاربع فلا يحد المشهود عليه ولا الشهود عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لغيرهم وقد مر الكلام فيه في اختلافهم في المكان والزمان والله تعالى أعلم ثم الشهود إذا استجمعوا شرائط صحة الشهادة وشهدوا عند القاضي سألهم القاضي عن الزنا ما هو وكيف هو ومتى زنا وأين زنا ومن زنا أما السؤال عن ماهية الزنا فلا نه يحتمل أنهم أرادوا به غير الزنا المعروف لأن اسم الزنا يقع على أنواع لا توجب الحد قال عليه الصلاة والسلام العيان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه وأما السؤال عن الكيفية فلا نه يحتمل أنهم أرادوا به الجماع فيأدون الفرج لأن ذلك يسمى جماعاً حقيقة أو مجازاً فإنه لا يوجب الحد وأما السؤال عن الزمان فلا نه يحتمل أنهم شهدوا بزنا متقدم والتقدم يمنع قبول الشهادة بالزنا وأما السؤال عن المكان فلا نه يحتمل أنه زنا في دار الحرب أو في دار البنى وأنه لا يوجب الحد وأما السؤال عن الزنى بها فلا نه يحتمل أن تكون الموطوعة ممن لا يجب الحد بوطئها كجارية الابن وغير ذلك فإذا سألهم القاضي عن هذه الجملة فوصفوا سؤال المشهود عليه أنه محصن أم لا فإن أنكره لا حصان وشهد على الإحصان رجلان أو رجل وامرأتان على الاختلاف سأل الشهود عن الإحصان ما هو ولا نه شرائط يجوز أن تحق على الشهود فإذا وصفوا قضى بالرجم ولو شهدت بينة الإحصان أنه جامعها أو باضعها صار محصناً لأن هذا اللفظ في العرف مستعمل في الوطء في الفرج ولو شهدوا أنه دخل بها صار محصناً وهذا وقوله جامعها سواء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يصير محصناً (وجه) قوله أن هذا اللفظ يستعمل في الوطء ويستعمل في الزفاف فلا يثبت الإحصان مع الاحتمال ولهما أن الدخول بالمرأة في عرف اللغة والشرع يراد به الوطء قال الله تعالى عز شأنه ورأيكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن حرم سبحانه وتعالى الربيسة بشرط الدخول بأمها فعلم أن المراد من الدخول هو الوطء لأنها تحرم بمجرد نكاح الأم من غير وطء وذكر القاضي في شرحه الاختلاف على القلب فقال على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يصير محصناً ما لم يصرح بالوطء وعلى قول محمد رحمه الله يصير محصناً ولو شهدوا على الدخول وكان له منها ولد هو محصن بالاجماع وكفى بالولد شاهداً والله تعالى أعلم (وأما) شرائط الإقرار بالحد فنما ما يعي الحد وكلها ومنها ما يخص البعض دون البعض أما الذي يعي الحد وكلها فنما البلوغ فلا يصح إقرار الصبي في شيء من الحد ودلان سبب وجوب الحد لا بد وأن يكون جنائياً وفعل الصبي لا يوصف بكونه جنائياً فكان إقراره كذباً محضاً ومنها النطق وهو أن يكون الإقرار بالخطاب والعبارة دون الكتاب والاشارة حتى أن الأخرس لو كتب الإقرار في كتاب أو أشار إليه إشارة معلومة لا حد عليه لأن الشرع علق وجوب الحد بالبيان المنتهى ألا ترى أنه لو أقر

بالوطء الحرام لا يقيم عليه الحد ما لم يصرح بالزنا والبيان لا يتناهى إلا بالصرح والكتابة والاشارة بمنزلة الكتابة فلا
يوجب الحد وأما البصر فليس بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار الاعمى في الحد وكلها كالبصير لأن الاعمى لا يمنع
مباشرة سبب وجوبها وكذا الحرية والاسلام والذكورة ليست بشرط حتى يصح اقرار الرقيق والذمي والمرأة في
جميع الحدود وعند زفر رحمه الله لا يصح اقرار العبد بشئ من أسباب الحدود ومن غير تصديق المولى والكلام في
التصديق على نحو ما ذكرنا في كتاب السرقة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فمنها عدد
الاربعة في حد الزنا خاصة وهو ان يقرأ بع مرات وهذا عندنا وعند الشافعي عليه الرحمة ليس بشرط ويكتفى
باقراره مرة واحدة (وجه) قوله ان الاقرار انما صار حجة في الشرع لرجحان جانب الصدق فيه على جانب الكذب
وهذا المعنى عند التكرار والتوحد سواء لان الاقرار اخبار والخبر لا يزيد رجحانا بالتكرار ولهذا لم يشترط في سائر
الحدود بخلاف عدد المثني في الشهادة لان ذلك يوجب زيادة ظن عليه فيها الا ان شرط العدد الاربع في باب الزنا
تعبداً فيقتصر على موضع التعبد (ولنا) ان القياس ما قاله الا اننا تركنا القياس بالنص وهو ما روي ان ما عزا إلى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقرب بالزنا فاعرض عنه عليه الصلاة والسلام بوجه الكفر. هكذا الى الاربع فلو
كان الاقرار مرة مظهر للحد لما أخره رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الاربع لان الحد بعد ما ظهر وجوبه للإمام
لا يحتمل التأخير (وأما) العدد في الاقرار بالقذف فليس بشرط بالاجماع وهل يشترط في الاقرار بالسرقة والشرب
والسكر قال أبو حنيفة رحمه الله ليس بشرط وقال أبو يوسف رحمه الله ان كلما يسقط بالرجوع فعدد الاقرار فيه كعدد
الشهود وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان عند أبي يوسف يشترط الاقرار مرتين في مكانين (وجه) قوله ان حد
السرقة والشرب والسكر خالص حق الله تعالى كحد الزنا فالتزم مراعاة الاحتياط فيه باشتراط العدد كما في الزنا الا انه
يكتفى بهن بالمرتين ويشترط الاربع هناك استدل بالابينة لان السرقة والشرب كل واحد منهما مثبت بنصف ما
يثبت به الزنا وهو شهادة شاهدين فكذلك الاقرار ولهما ان الاصل ان لا يشترط التكرار في الاقرار لما ذكرنا
انه اخبار والخبر لا يزيد ادب تكرار الخبر وانما عرنا عدد الاربع في باب الزنا بنص غير معقول المعنى فيقتصر على مورد
النص ومنها عدد المجالس فيه وهو ان يقرأ بع مجالس واختلف المشايخ في انه يعتبر بمجالس القاضي أو بمجالس المقر
والصحيح انه يعتبر بمجالس المقر وهكذا روي عن أبي حنيفة انه يعتبر بمجالس المقر لانه عليه الصلاة والسلام اعتبر
اختلاف مجالس ما عزا حيث كان يخرج من المسجد في كل مرة ثم يعود ويجلس عليه الصلاة والسلام لم يختلف وقد
روي عن أبي حنيفة في تفسير اختلاف مجالس المقر هو ان يقرأ بع مرة ثم يذهب حتى يتوارى عن بصر القاضي ثم يجيء
فيقرأ ثم يذهب هكذا أربع مرات ومنها ان يكون اقراره بين يدي الامام فان كان عند غيره لم يحز اقراره لان اقرار
ما عزا كان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو أقر في غير مجلس القاضي وشهد الشهود على اقراره لا تقبل شهادتهم
لانه ان كان مقر افا للشهادة لغولان الحكم للاقرار لا للشهادة وان كان منكراً فلا نكار منه رجوع والرجوع عن
الاقرار في الحدود والخالصة حقاً لله عز وجل صحيح والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها الصحة في الاقرار بالزنا والسرقة
والشرب والسكر حتى لو كان سكران لا يصح اقراره اما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فلا نكار من السكران من صار بالشرب
الى حال لا يعقل قليلاً ولا كثيراً فكان عقله زائلاً مستورا حقيقة واما على أصلهما فلا نكار اذا غلب الهذيان على كلامه
فقد ذهب منفعمة العقل ولهذا لم تصح رده فيورث ذلك شبهة في وجوب الحد وليس بشرط في الاقرار بالحدود
والقباص لان القباص خالص حق العبد وللعبد حق في حد القذف فيصح مع السكر كالقرار بالمال وسائر
التصرفات واذا صح فان دام على اقراره تقام عليه الحدود وكلها وان أنكر فلا نكار منه رجوع فيصح في الحدود والخالصة
وهو حد الزنا والشرب والسرقة في حق القطع ولا يصح في القذف والقتل العمد والله تعالى أعلم ومنها ان يكون
الاقرار بالزنا ممن يتصور وجود الزنا منه فان كان لا يتصور كالجبوب لم يصح اقراره لان الزنا لا يتصور منه لا نعدام

الآلة ويصح اقرار الخصى والعنين لتصوير الزنا منهما لتحقق الآلة والذي يحسن ويفيق اذا أقر في حال افاقته فهو مثل الصحيح لانه في حال افاقته صحيح ومنها ان يكون المزمى به في الاقرار بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة فان لم يكن بان اقر رجل انه زنى بامرأة خرساء أو أقرت امرأة أنها زنت باخرس لم يصح اقراره لان من الجائز انه لو كان يقدر على النطق لادعى النكاح أو أنكر الزنا ولم يدع شيئا فيندرى عنه الحد لما ذكر في موضعه ان شاء الله تعالى واما حضرة المزمى به في الاقرار بالزنا والشهادة عليه فليست بشرط حتى لو أقر انه زنى بامرأة غائبة أو شهد عليه الشهود بالزنا بامرأة غائبة صح الاقرار وقبيل الشهادة ويقام الحد على الرجل لان الغائب بالغيبه ليس الا لدعوى وانها ليست بشرط ولهذا رجم ما عزم من غير شرط حضور تلك المرأة وكذلك العلم بالمزمى بها ثم اذا صح اقراره بالزنا بامرأة غائبة يعرفها فحضرت المرأة فلا يخلو اما ان حضرت قبل اقامة الحد على الرجل واما ان حضرت بعد اقامة فان حضرت بعد اقامة فان أقرت بمثل ما أقر به الرجل تحدى أيضا كما حد الرجل وان أنكرت وادعت على الرجل حد القذف لا يحد الرجل حد القذف لانه لا يجب عليه حدان وقد أقيم أحدهما فلا يقام الآخر وان حضرت قبل اقامة الحد على الرجل فان أنكرت الزنا وادعت النكاح أو لم تدع وادعت حد القذف على الرجل أو لم تدع فحكمه نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى والعلم بالمزمى بها ليس بشرط لصحة الاقرار حتى لو قال زيت بامرأة ولا أعرفها صح اقراره ويحد والعلم بالمشهود به بشرط صحة الشهادة حتى لو شهد الشهود على رجل انه زنى بامرأة وقالوا لا نعرفها لا تقبل شهادتهم ولا يقام الحد على المشهود عليه والفرق ان المزمى في الاقرار على نفسه يبنى الامر على حقيقة الحال خصوصا في الزنا فكان اقراره اخبارا عن وجود الزنا منه حقيقة الا انه لم يعرف اسم المرأة ونسبها وذا لا يورث شبهة فاما الشاهد فانه بشهادته يبنى الامر على الظاهر لا على الحقيقة لقصور علمه عن الوصول الى الحقيقة فتقوله لا نعرف تلك المرأة يورث شبهة لجواز ان امرأته أو امرأة فيها شبهة حل أو ملك فهو الفرق والله تعالى أعلم واما عدم التقادم فهل هو شرط لصحة الاقرار بالحد ما في حد القذف فليس بشرط لانه ليس بشرط لقبول الشهادة فالولى ان لا يكون شرطاً لصحة الاقرار وكذلك في حد الزنا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله كما في الشهادة (ولنا) الفرق بين الاقرار والشهادة وهوان المانع في الشهادة تمكن التهمة والضعيفة وهذا لا يوجد في الاقرار لان الانسان غير مهتم في الاقرار على نفسه وكذا في حد السرقة لما قلنا واما في حد الشرب فشرط عندهما وعند محمد رحمه ليس بشرط بناء على ان قيام الرأحة بشرط صحة الاقرار والشهادة عندهما ولهذا لا يبقى مع التقادم وعنده ليس بشرط ولو لم يتقادم العهد ولكن ريمح لا يوجد منه لم يصح الاقرار عندهما خلافا له (وجه) قول محمد رحمه الله ان حد الشرب ليس بمنصوص عليه في الكتاب والسنة وانما عرف بالجماع الصحابة واجماعهم لا ينعقد بدون عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ولم يثبت فتواه عند زوال الرأحة فانه روى ان رجلا جاءه ابن أخ له الى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فاعترف عنده بشرب الخمر فقال له عبد الله بن مسعود أنت لا أدبته صغيراً ولا سترت عليه كبيراً ثم قال رضي الله عنه تلتوه ومن مزوه واستنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وأفتى رضي الله عنه بالحد عند وجود الرأحة ولم يثبت فتواه عند عدمها واذ لم يثبت فلا ينعقد الاجماع بدونه فلا يجب بدونه لان وجوبه بالاجماع ولا اجماع ثم انما تعتبر الرأحة اذا لم يكن سكران فاما اذا كان سكران فلا لان السكر أدل على الشرب من الرأحة ولذلك لو جىء به من مكان بعيد لا تبقى الرأحة بالحجى ممن مثله عادة يحد وان لم توجد الرأحة للحال لان هذا موضع العذر فلا يعتبر قيام الرأحة فيه والله تعالى أعلم واذ أقر انسان بالزنا عند القاضي يبنى ان يظهر الكراهة أو يطرده وكذا في المرة الثانية والثالثة هكذا فعل عليه الصلاة والسلام بما عزم وكذا روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال اطردها المعترفين أى بالزنا فاذا أقر بأى نظرى حاله أهو صحيح العقل أم به آفة هكذا قال عليه الصلاة والسلام لما عزم بك خبل أم بك جنون وبعث الى قومه فسألهم عن حاله فاذا عرف انه صحيح العقل سأله عن ماهية الزنا وعن كيفية وعن مكانه وعن المزمى بها لما ذكرنا في الشهادة

ولا يسأل عن الزمان لان السؤال عن الزمان لمكان احتمال التقادم والتقادم في الاقرار وانما يقدح في الشهادة ويجوز ان يسأل عن الزمان أيضاً لاحتفال أنه زنى في حال الصغر فاذا بين ذلك كله سأله عن حاله أهو محصن أم لا لان حكم الزنا يختلف بالاحصان وعدمه فان قال أنا محصن سأله عن ماهية الاحصان انه ماهولاً به عبارة عن اجتماع شرائط لا يقدر عليها كل أحد فاذا بين رجه وأما علم القاضى فلا يظهر به حد الزنا والشرب والسكر والسرقه حتى لا يقضى بشئ من ذلك بعلمه لكنه يقضى بالمال في السرقة لان القاضى يقضى بعلمه في الاموال سواء علم بذلك قبل زمان القضاء ومكانه أو بعدهما بلا خلاف بين أصحابنا وسواء علم بذلك معاينة بان رأى انسا نأزنى ويشرب ويسرق أو بسماع الاقرار به في غير مجلسه الذى يقضى فيه بين الناس فان كان اقراره في مجلس القضاء لمزمه موجب اقراره اذ لو لم يقبل اقراره لاحتاج القاضى الى ان يكون معه جماعة على الاقرار في كل حادثة واجماع الامة بخلافه والله تعالى أعلم و يظهر به حد القذف في زمان القضاء ومكانه كالتقصاص وسائر الحقوق والاموال بلا خلاف بين أصحابنا وانما اختلفوا في ظهور ذلك بعلمه في غير زمان القضاء ومكانه وقد ذكرنا جملة ذلك بدلائله في كتاب آداب القاضى ولا يظهر حد السرقة بالنكول لكنه يقضى بالمال لان النكول اما بدل واما اقرار فيه شبهة العدم والحد لا يحتمل البدل ولا يثبت بالشبهة والمال يحتمل البدل والثبوت بالشبهة واما الخصومة فهل هي شرط ثبوت الحد بالشهادة والاقرار فلا خلاف في انها ليست بشرط في حد الزنا والشرب لانه خالص حق الله عز وجل والخصومة ليست بشرط في الحدود الخاصة لله تعالى لانها تقام بحسبة لله تعالى فلا يتوقف ظهورها على دعوى العبد ولا خلاف في حد السرقة ان الخصومة فيها شرط الظهور بالشهادة لان حد السرقة وان كان حق الله تعالى خالصاً لكن هذا الحق لا يثبت الا بعد كون المسروق ملكاً للمسروق منه ولا يظهر ذلك الا بالخصومة وفي كونها شرط الظهور بالاقرار خلاف ذكرناه في كتاب السرقة ولا خلاف أيضاً في انها شرط الظهور بالشهادة على القذف والاقرار به اما على أصل الشافعى رحمه الله فلا نه خالص حق العبد فيشترط فيه الدعوى كما في سائر حقوق العباد وعندنا حق الله تعالى عز شأنه وان كان هو المذهب فيه لكن للعبد فيه حق لانه ينتفع به بصيانة عرضه عن الهتك فيشترط فيه الدعوى عن هذه الجهة واذا عرف ان الخصومة في حد القذف شرط كون النية والاقرار مظهرين فيه فيقع الكلام في موضعين أحدهما في بيان الاحكام التي تتعلق بالدعوى والخصومة والثاني في بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها اما الاول فنقول ولا قوة الا بالله تعالى الافضل للمقذوف ان يترك الخصومة لان فيها اشاعة الفاحشة وهو مندوب الى تركها وكذا العفو عن الخصومة والمطالبة التي هي حقها من باب الفضل والكرامة وقد قال الله تعالى وان تعفوا أقرب للتقوى وقال سبحانه وتعالى ولا تنسوا الفضل بينكم واذا رفع الى القاضى يستحسن للقاضى ان يقول قبل الاتيان بالبينه أعرض عن هذا لانه ندب الى الستر والعفو وكل ذلك حسن فاذا لم يترك الخصومة وادعى القذف على القاذف فانكر ولا بينة للمدعى فاراد استحلافه بالله تعالى ما قد فقه هل يحلف ذكر الكرخى عليه الرحمة انه لا يحلف عند أصحابنا خلافاً للشافعى رحمه الله وذكر في أدب القاضى انه يحلف في ظاهر الرأية عندهم واذا انكل يقضى عليه بالحد وقال بعضهم يحتمل ان يحلف فاذا انكل يقضى عليه بالتعزير لا بالحد وهذه الاقاويل ترجع الى أصل وهو ان عند الشافعى رحمه الله حد القذف خالص حق العبد فيجرى فيه الاستحلاف كما في سائر حقوق العباد واما على أصل أصحابنا ففيه حق الله تعالى عز وجل وحق العبد فمن قال منهم انه يحلف ويقضى بالحد عند النكول اعتبر ما فيه من حق العبد فالحق في التحليف بالتعزير ومن قال منهم انه لا يحلف أصلاً اعتبر حق الله سبحانه وتعالى فيه لانه المذهب فالحق به سائر حقوق الله سبحانه وتعالى الخاصة والجامع ان المقصود من الاستحلاف هو النكول وانه على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة بدل والحد لا يحتمل البدل وعلى أصلهما اقرار فيه شبهة العدم لانه ليس بصريح اقرار بل هو اقرار بطريق السكوت فكان فيه شبهة العدم والحد لا يثبت بدليل فيه شبهة العدم ومن قال منهم انه يحلف ويقضى عليه بالتعزير عند النكول

دون الحد اعتبار حق العبد فيه للاستحلاف كالتعزير واعتبر حق الله سبحانه وتعالى للمنع من إقامة الحد عند النكول كسائر الحدود ومثل هذا جائز كحد السرقة انه يجري فيه الاستحلاف ولا يقضى عند النكول بالحد ولكن يقضى بالمال وكما قال أبو يوسف ومحمد عليهما الرحمة في القصاص في الطرف والنفس انه يحلف وعند النكول لا يقضى بالقصاص بل بالدية على ما عرف وان قال المدعى لى بينة حاضرة في المصر على قذفه يحبس المدعى عليه القذف الى قيام الحاکم من مجلسه والمراد من الحبس الملازمة أى يقال للمدعى لازمه الى هذا الوقت فان أحضر البينة فيه والاخلى سبيله ولا يؤخذ منه كفيلاً بنفسه هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يؤخذ منه الكفيل وهذا بناء على أن الكفالة في الحد ود غير جائزة عند أبي حنيفة رحمه الله حيث قال في الكتاب ولا كفالة في حد ولا قصاص وعندهما يكفل ثلاثة أيام وذكرا الجصاص في تفسير قول أبي حنيفة رضى الله عنه ان معناه لا يؤخذ الكفيل في الحد ود والقصاص جبراً فاما اذا بذل من نفسه وأعطى الكفيل فهو جائز بالاجماع وظاهر اطلاق الكتاب يدل على عدم الجواز عنده لان كلمة النفي اذا دخلت على الافعال الشرعية يراد بها نفي الجواز من الاصل كما في قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بطهور ولا نكاح الا بشهود ونحو ذلك (وجه) قولهما ان الحبس جائز في الحد ود والكفالة أولى لان معنى الوثيقة في الحبس أبلغ منه في الكفالة فلما جاز الحبس فالكفالة أحق بالجواز ولا بى حنيفة رحمه الله ان الكفالة شرعت للاستيثاق والحد ود مبناها على الدرع والاسقاط قال عليه الصلاة والسلام ادروا الحد ود ما استطعتم فلا يناسبها الاستيثاق بالكفالة بخلاف الحبس فان الحبس للثمة مشروع روى انه عليه الصلاة والسلام حبس رجلاً بالثمة وقد ثبتت التهمة في هذه المسئلة بقوله لى بينة حاضرة في المصر فجاز الحبس فاذا أقام المدعى شاهدين لا يعرفهما القاضي أى لم تظهر عد التهما بعد الحبس فلا خلاف ولا يؤخذ منه كفيلاً وان أقام شاهداً واحداً عدلا حبس عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يحبس ويؤخذ منه كفيلاً (وجه) قولهما ان الحق لا يظهر بقول الواحد وان كان عدلاً فالحبس من أين بخلاف الشاهدين فان سبب ظهور الحق قد وجد وهو كمال عدد الحجّة الا ان توقف الظهور لتوقف ظهور العدلة فنبتت الشبهة فيحبس (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان قول الشاهد الواحد وان كان لا يوجب الحق فانه يوجب التهمة وحبس المتهم جائز ولو قال المدعى لا بينة لى أو بينة غائبة أو خارج المصر لا يحبس بالاجماع لعدم التهمة فان قامت البينة للمقذوف على القذف أو أقر القاذف به فان القاضي يقول له أقم البينة على صحة قذفك فان أقام أربعة من الشهود على معاينة الزمان المقذوف أو على اقراره بالزنا سقط الحد عن القاذف ويقام حد الزنا على المقذوف وان عجز عن إقامة البينة يقيم حد القذف على القاذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وان طلب التأجيل من القاضي وقال شهودى غيب أو خارج المصر لم يؤجله ولو قال شهودى في المصر أجله الى آخر المجلس ولا زمه المقذوف ويقال له ابعث أحد الى شهودك فأحضرم ولا يؤخذ منه كفيلاً بنفسه في قول أبي حنيفة رضى الله عنه وعندهما يؤجل يومين أو ثلاثة ويؤخذ منه الكفيل (وجه) قولهما انه يحتمل ان يكون صادقا في اخباره ان له بينة في المصر وربما لا يمكنه الا حضار في ذلك الوقت فيحتاج الى التأخير الى المجلس الثانى وأخذ الكفيل لثلاث فوات حقه عسى ولا بى حنيفة رحمه الله ان في التأجيل الى آخر المجلس الثانى منعاً من استيفاء الحد بعد ظهوره وهذا لا يجوز بخلاف التأخير الى آخر المجلس لان ذلك القدر لا يعد تأجيلاً ولا منعاً من استيفاء الحد بعد ظهوره وروى عن محمد رحمه الله انه اذا ادعى ان له بينة حاضرة في المصر ولم يجد أحد أبعثه الى الشهود فان القاضي يبعث معه من الشرط من يحفظه ولا يتركه حتى يقر فان لم يجد ضرب الحد ولو ضرب بعض الحد ثم أقام القاذف البينة على صدق مقاتله قبلت بيته وسقطت بينة الجددات ولا تبطل شهادته ويقام حد الزنا على المقذوف كما لو أقامها قبل ان يضرب الحد أصلاً ولو ضرب الحد بتمامه ثم أقام البينة على زنا المقذوف قبلت بيته ويظهر أثر القبول في جواز شهادة القاذف وان لا يصير مردود الشهادة لانه تبين انه لم يكن

محدوداً في القذف حقيقة حيث تبين ان المذدوف لم يكن محصناً لان من شرائط الاحصان العفة عن الزنا وقد ظهر زناه بشهادة الشهود فلم يصير القاذف مردود الشهادة ولا يظهر أثر قبول هذه الشهادة في اقامة حد الزنا على المذدوف لان معنى القذف قد تقرر باقامة الحد على القاذف ولو قذف رجلاً فقال يا ابن الزانية ثم ادعى القاذف ان ام المذدوف امة أو نصرانية والمذدوف يقول هي حرة مسلمة فالقول قول القاذف وعلى المذدوف اقامة البينة على الحرية والاسلام وكذلك لو قذف انسا في نفسه ثم ادعى القاذف ان المذدوف عبد فالقول قول القاذف وكذلك لو قال القاذف أنا عبد وعلى حد العبد وقال المذدوف أنت حر فالقول قول القاذف لان الظاهر وان كان هو الحرية والاسلام لان دار الاسلام دار الاحرار لكن الظاهر لا يصلح للالزام على الغير فلا بد من الاتيان بالبينة وروى عن أبي يوسف فيمن قذف أم رجل فان كان القاضي يعرف أمه حرة مسلمة جلد القاذف لان الحرية والاسلام يثبتان بالبينة فعلم القاضي أولى لانه فوق البينة لان الحرية والاسلام من شرائط الاحصان والاحصان شرط الوجوب والقاضي يقضي بعلمه بسبب وجوب هذا الحد فلان يقضى بعلمه بشرط الوجوب أولى فان لم يعلم القاضي حبسه في السجن حتى يأتي بالبينة لانه ظهر منه القذف وانه يوجب العقوبة سواء كان المذدوف أمه حرة أو أمة فجاز ان يستوثق منه بالحبس وان لم يتم بينته أخذ منه كفيلاً أو أخرجه وأخذ الكفيل على مذهبه فاما على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فلا يؤخذ الكفيل على ما بينا ولا يعزره لان التعزير من القاضي حكم بابطال احصان المذدوف لان قذف المحصن يوجب الحد لا التعزير ولا يجوز الحكم بابطال الاحصان ولو شهد شاهدان على القذف واختلفا في مكان القذف أو زمانه بان شهد أحدهما انه قذف في مكان كذا وشهد الآخر انه قذف في مكان آخر أو شهد أحدهما انه قذف يوم الخميس وشهد الآخر انه قذف يوم الجمعة قبلت شهادتهما ووجب الحد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا تقبل (وجه) قولهما انهما شهدا بقذفين مختلفين لان القذف في هذا المكان والزمان يخالف القذف في مكان آخر وزمان آخر فقد شهد كل واحد منهما بقذف غير القذف الذي شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين فلا يثبت ولا يوجب حنيفة رحمه الله ان اختلاف مكان القذف وزمانه لا يوجب اختلاف القذف لجوازانه ككرر القذف الواحد في مكانين وزمانين لان القذف من باب الكلام والكلام مما يحتتمل التكرار والاعادة والمعادين الاول حكماً وان كان غيره حقيقة فكان القذف واحداً فقد اجتمع عليه شهادة شاهدين وان اتفقا في المكان والزمان واختلفا في الانشاء والاقرار بأن شهد أحدهما انه قذفه في هذا المكان يوم الجمعة وشهد الآخر انه قذفه في هذا المكان يوم الجمعة لا تقبل ولا حد عليه في قولهم جميعاً استحساناً والقياس أن تقبل ويحد (وجه) القياس ان اختلاف كلامهما في الانشاء والاقرار لا يوجب اختلاف القذف كما اذا شهد أحدهما بانشاء البيع والآخر بالاقرار به انه تقبل شهادتهما كذا هذا (وجه) الاستحسان أن الانشاء مع الاقرار أمران مختلفان حقيقة لان الانشاء اثبات أمر لم يكن والاقرار اخبار عن أمر كان فكانا مختلفين حقيقة فكان المشهود به مختلفاً وليس على أحدهما شاهدين فلا تقبل ونظيره من قال لامرأته زنيته قبل ان تزوجك فعليه اللعان لا الحد ولو قال لها قذفتك بالزنا قبل ان تزوجك فعليه الحد لا اللعان لان قوله زنيته انشاء القذف فكان قاذفاً لها للحال وهي للحال زوجته وقذف الزوج يوجب اللعان لا الحد وقوله قذفتك بالزنا اقرار منه بقذف كان منه قبل الزوج وهي كانت أجنبية قبل الزوج وقذف الأجنبية يوجب الحد لا اللعان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول ولا قوة الا بالله تعالى المذدوف لا يخلو اما ان يكون حياً وقت القذف واما ان يكون ميتاً فان كان حياً فلا خصومة لاحد سواء كان ولده أو والده وسواء كان حاضراً أو غائباً لانه اذا كان حياً وقت القذف كان هو المذدوف بصورة ومعنى بالحق العار به فكان حق الخصومة له وهل تجوز الانابة في هذه الخصومة وهو التوكيل بالاثبات بالبينة اختلف أصحابنا فيه عندهما يجوز وقال أبو يوسف

لا يجوز والمسئلة مرت في كتاب الوكالة ولا يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والمراد بذلك ان حضرة المقدوف بنفسه شرط جواز الاستيفاء عندنا وعنده ليس بشرط وتقوم حضرة الوكيل مقام حضرته على أن هذا الحد عند حد المقدوف على الخلو فتجرب في النيابة في الاثبات والاستيفاء جميعا (ولنا) ان الاستيفاء عند غيبة الموكل بنفسه استيفاء مع الشبهة لجواز انه لو كان حاضرا لصدق القاذف في قذفه والحدود لا تستوفي مع الشبهات ولو كان المقدوف حيا وقت القذف ثم مات قبل الخصومة أو بعدها سقط الحد عندنا خلافا للشافعي بناء على ان حد القذف لا يورث عندنا وعند يورث ويستأق المسئلة في موضعها هذا اذا كان حيا وقت القذف (وأما) اذا كان ميتا فلا خلاف في أن لولده ذكر أو أنثى ولا بن ابنة وبنت ابنة وان سفلوا ولوالده وان علان يخاصم القاذف في القذف لان معنى القذف هو الحاق العار بالمقدوف والميت ليس بمحل لاحاق العار به فلم يكن معنى القذف راجعا اليه بل الى فروعه وأصوله لانه يلحقهم العار بقذف الميت لوجود الجزئية والبعضية وقذف الانسان يكون قذفا لاجزائه فكان القذف بهم من حيث المعنى فيثبت لهم حق الخصومة لدفع العار عن أنفسهم بخلاف ما اذا كان المقدوف حيا وقت القذف ثم مات انه ليس للولد والوالد حق الخصومة بل يسقط لان القذف أضيف اليه وهو كان محلا قابلا للقذف بصورة ومعنى بالحاق العار به فانعد القذف موجبا حق الخصومة له خاصة فلو انتقل الى ورثته لانتقل اليهم بطريق الارث وهذا الحد لا يحتمل الارث لما نذكر فسقط ضرورة ولا خلاف في أن الاخوة والاخوات والاعمام والعمات والاخوال والحالات لا يملكون الخصومة لان العار لا يلحقهم لانعدام الجزئية والبعضية فالقذف لا يتناولهم لاصورة ولا معنى وكذا ليس لمولى العتاقة ولا لاية الخصومة لان القذف لم يتناوله صورة ومعنى بالحاق العار به واختلف أصحابنا رضى الله عنهم في أولاد البنات انهم هل يملكون الخصومة عندهما يملكون وعند محمد لا يملكون (وجه) قوله ان ولد البنت ينسب الى أبيه لا الى جده فلم يكن مقدوفا معنى بقذف جده (ولهما) أن معنى الولا موجود والنسبة الحقيقية ثابتة بواسطة أمه فصار مقدوفا معنى فيملك الخصومة وهل يراعى فيه الترتيب بتقديم الاقرب على الابد قال أصحابنا رضى الله عنهم الثلاثة لا يراعى والا قرب والابد سواء فيه حتى كان لابن الابن ان يخاصم فيه مع قيام الابن الصلبي وعند زفر رحمه الله يراعى فيه الترتيب وثبت للاقرب فالاقرب وليس للابعد حق الخصومة والمطالبة بالقذف لاحاق العار بالخاصم ولا شك ان عار الاقرب يزيد على الابد فكان أولى بالخصومة (ولنا) ان هذا الحق ليس يثبت بطريق الارث على معنى انه ثبت الحق للميت ثم ينتقل الى الورثة بل يثبت لهم ابتداء لا بطريق الانتقال من الميت اليهم لما ذكرنا ان الميت بالموت خرج عن احتمال حقوق العار به فلم يكن ثبوت الحق لهم بطريق الارث فلا يراعى فيه الاقرب والابد وكذا لا يراعى فيه احصان الخاصم بل الشرط احصان المقدوف عند أصحابنا الثلاثة حتى لو كان الولد أو والوالد عبدا أو ذميا فله حق الخصومة وقال زفر رحمه الله احصان الخاصم شرط وليس للعبد ولا الكافر ان يخاصم (وجه) قوله أن اثبات حق الخصومة له لصيرورته مقدوفا معنى باضافة القذف الى الميت ولو أضيف اليه القذف ابتداء لا يجب الحد فهنا أولى (ولنا) ان الحد لا يجب لعين القذف بل للمقوق عار كامل بالمقدوف وان كان الميت محصنا فقد لحق الولد عار كامل فلا يشترط احصانه لان اشتراطه للمقوق عار كامل به وقد لحقه بدونه ولو كان الوارث قتله حتى حرم الميراث فله ان يخاصم لما ذكرنا ان هذا الحق لا يثبت بطريق الارث ولو قذف رجل أم ابنه وهي ميتة فليس للولد ان يخاصم أباه لان الاب لو قذف ولده وهو حي محصن ليس للولد ان يخاصم أباه تعظيما له ففي قذف الام الميتة أولى وكذلك المولى اذا قذف أم عبده وهي حرة ميتة فليس للعبد أن يخاصم مولاه في القذف لانه عبد مملوك لا يقدر على شيء والله تعالى أعلم

فصل وأما صفات الحدود فتقول وبالله التوفيق لا خلاف في حد الزنا والشرب والسكر والسرقة انه لا يحتمل العفو والصلح والابراء بعد ما ثبت بالحجة لانه حق الله تعالى خالصا لا حق للعبد فيه فلا يملك اسقاطه وكذا يجري

فيه التداخل حتى لو زنا مرارا أو شرب الخمر مرارا أو سكر مرارا لا يجب عليه الاحد واحد لان المقصود من اقامة الحد هو الزجر وأنه يحصل بمحد واحد فكان في الثاني والثالث احتمال عدم حصول المقصود فكان فيه احتمال عدم الفائدة ولا يجوز اقامة الحد مع احتمال عدم الفائدة ولو زنا أو شرب أو سكر أو سرق فحد ثم زنا أو شرب أو سرق بمحد ثانياً لانه تبين أن المقصود لم يحصل وكذا اذا سرق سرقات من أناس مختلفة فخاصموا جميعاً فقطع لهم كان القطع عن السرقات كلها والكلام في الضمان نذكره في كتاب السرقة ان شاء الله تعالى (وأما) حد القذف اذا ثبت بالحجة فكذلك عندنا لا يجوز العفو عنه والابراء والصلح وكذلك اذا عفا المقدوف قبل المرافعة أو صالح على مال فذلك باطل ويرد بدل الصلح وله أن يطالبه بعد ذلك وعند الشافعي رحمه الله يصح ذلك كله وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وكذا يجري فيه التداخل عندنا حتى لو قذف انساناً بالزنا بكلمة أو قذف كل واحد بكلام على حدة لا يجب عليه الاحد واحد سواء حضر واجمعا أو حضر واحد وقال الشافعي رحمه الله اذا قذف كل واحد بكلام على حدة فعليه لكل واحد حد على حدة ولو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطاً ثم قذف آخر ضرب السوط الاخير فقط عندنا وعنده يضرب السوط الاخير للاول وثمانين سوطاً آخر للثاني ولو قذف رجلاً فحد ثم قذف آخر بمحد للثاني بلا خلاف وكذا هذا الحد لا يورث عند أصحابنا رضي الله عنهم وعندهم يورث ويقسم بين الورثة على فرائض الله عز شأنه في قول وفي قول يقسم بين الورثة الا الزوج والزوجة والكلام في هذا الفرع بناء على أصل مختلف بيننا وبينه وهو أن حد القذف خالص حق الله سبحانه وتعالى أو المقلب فيه حقه وحق العبد مغلوب عندنا وعنده هو حق العبد أو المقلب حق العبد (وجه) قوله أن سبب وجوب هذا الحد هو القذف والقذف جنائية على عرض المقدوف بالتعرض وعرضه حقه بدليل ان بدل نفسه حقه وهو القصاص في العمد أو الدية في الخطأ فكان البدل حقه والجزاء الواجب على حق الانسان حقه كالقصاص والدليل عليه أنه يشترط فيه الدعوى والدعوى لا تشترط في حقوق الله تبارك وتعالى كسائر الحقوق الا أنه لم يفوض استيفاءه الى المقدوف لاجل التهمة لان ضرب القذف أخف الضربات في الشرع فلو فوض اليه اقامة هذا الحد فر بما يقيمه على وجه الشدة لما لحقه من الغيظ بسبب القذف ففوض استيفاءه الى الامام دفعا للتهمة لانه حق الله تعالى عز شأنه (ولنا) أن سائر الحدود انما كانت حقوق الله تبارك وتعالى على الخلوص لانها وجبت لمصالح العامة وهي دفع فساد يرجع اليهم ويقع حصول الصيانة لهم فحد الزنا وجب لصيانة الابضاع عن التعرض وحد السرقة وقطع الطريق وجب لصيانة الاموال والانفس عن القاصدين وحد الشرب وجب لصيانة الانفس والاموال والابضاع في الحقيقة بواسطة صيانة العقول عن الزوال والاستتار بالسكر وكل جنائية يرجع فسادها الى العامة ومنفعة جزائها يعود الى العامة كان الجزاء الواجب بها حق الله عز شأنه على الخلوص تأكيذاً للنفع والدفع كيلا يسقط باسقاط العبد وهو معنى نسبة هذه الحقوق الى الله تبارك وتعالى وهذا المعنى موجود في حد القذف لان مصلحة الصيانة ودفع الفساد يحصل للعامة باقامة هذا الحد فكان حق الله عز شأنه على الخلوص كسائر الحدود الا أن الشرع شرط فيه الدعوى من المقدوف وهذا لا ينفى كونه حقاً لله تعالى عز شأنه على الخلوص كحد السرقة أنه خالص حق الله عز شأنه وان كانت الدعوى من المسروق منه شرطاً ثم نقول انما شرط فيه الدعوى وان كان خالص حق الله تعالى عز اسمه لان المقدوف يطالب القاذف ظاهراً أو غائباً دفعا للمار عن نفسه فيحصل ما هو المقصود من شرع الحد كما في السرقة ولان حقوق العباد تجب بطريق المماثلة ما بصورة ومعنى وامامعني لا بصورة لانها تجب بمقابلة الحل جبراً والجبر لا يحصل الا بالمثل ولا مماثلة بين الحد والقذف لا بصورة ولا معنى فلا يكون حقه وأما حقوق الله سبحانه وتعالى فلا يعتبر فيها المماثلة لانها تجب جزاء للفعل كسائر الحدود (ولنا) أيضاً دلالة الاجماع من وجهين أحدهما أن ولاية الاستيفاء للامام بالاجماع ولو كان حق المقدوف لكان ولاية الاستيفاء له كما في القصاص (والثاني) أنه يتنصف برق القاذف

وحق الله تعالى هو الذي يحتمل التنصيف بالرق لا حق العبد لأن حقوق الله تعالى تجب جزءاً للفعل والجزاء يزداد بزيادة الجناية وينتقص بنقصانها والجناية تتكامل بكمال حال الجاني وتنقص بنقصان حاله فالحق العبد فانه يجب بمقابلة الحل ولا يختلف باختلاف حال الجاني واذا ثبت ان حد القذف حق الله تعالى خالصاً أو المثل فيه حتمه فنقول لا يصح العقوبة لأن العفو إنما يكون من صاحب الحق ولا يصح الصلح والاعتياض لأن الاعتياض عن حق الغير لا يصح ولا يجزى فيه الارث لأن الارث إنما يجزى في المتروك من ملك أو حق للمورث على ما قال عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقاً فهو لورثته ولم يوجد شيء من ذلك فلا يرث ولا يجزى فيه التداخل لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان مقدار الواجب منها فمقدار الواجب في حد الزنا إذا لم يكن الزاني محصناً مائة جلدة إن كان حراً وإن كان مملوكاً خمسون لقوله عز شأنه فإذا أحصن فإن أتى بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولأن العقوبة على قدر الجناية والجناية تزداد بكمال حال الجاني وتنقص بنقصان حاله والعبد أقص حالاً من الحر لا يختصاص الحر بنعمة الحرية فكانت جنايته أقص ونقصان الجناية يوجب نقصان العقوبة لأن الحكم يثبت على قدر العلة هذا أمر معقول الآن التنقيص بالتنصيف في غيره من المقادير ثبت شرعاً بقوله تعالى جل شأنه فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب وفي حد الشرب والسكر والقذف ثمانون في الحر وأربعون في العبد لما قلنا وفي حد السرقة لا يختلف قدر الواجب بالرق والحرية لعموم قوله تبارك وتعالى السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولا يختلف بالذكورة والانوثة في شيء من الحدود والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط جواز اقامتها فأنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض أما الذي يعم الحدود كلها فهو الإمامة وهو أن يكون المقيم للحد هو الإمام أو من ولاه الإمام وهذا عندنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط وللرجل أن يقيم الحد على مملوك إذا ظهر الحد عنده بالقرار أو بعائنه أو مرة عنده وبالعائنه أن رأى عبده زنى بأجنبية ولو ظهر عنده بالشهود بأن شهدوا عنده والمولى من أهل القضاء فله فيه قولان وكذا في إقامة المرأة الحد على مملوكها وإقامة المكاتب الحد على عبده من أكسبه له فيه قولان احتج بما روى عن سيدنا علي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم وهذا نص وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها فإن عادت فليجلدها فإن عادت فليبيعها ولو بغير أي بحبل وهذا أيضاً نص في الباب ولأن السلطان إنما ملك الإقامة لتسلطه على الرعية وتسلط المولى على مملوكه فوق تسلط السلطان على رعيته ألا ترى أنه يملك الإقرار عليه بالدين ويملك عليه التصرفات والإمام لا يملك شيئاً من ذلك فلما ثبت الجواز للسلطان فالمولى أولى ولهذا ملك إقامة التعزير عليه كذا الحد (ولنا) أن ولاية إقامة الحدود ثابتة للإمام بطريق التعيين والمولى لا يساويه فيما شرع له بهذه الولاية فلا يثبت له ولاية الإقامة استدلالاً بولاية إنكاح الصغار والنصائراً لأنها لما ثبتت للأقرب لم تثبت لمن لا يساويه فيما شرع له الولاية وهو لا بعد وبيان ذلك أن ولاية إقامة الحد إنما ثبتت للإمام لمصلحة العباد وهي صيانة أنفسهم وأموالهم وأعراضهم لأن القضاء يمتنعون من التعرض خوفاً من إقامة الحد عليهم والمولى لا يساوي الإمام في هذا المعنى لأن ذلك يقف على الإمامة والإمام قادر على الإقامة لشوكرته ومنعته وافتقار الرعية له قهراً وجبراً ولا يخاف تبعه الجناة واتباعهم لا نعدام المعارضة بينهم وبين الإمام وتهمة الميل والحماقة والتواني عن الإقامة منتفية في حقه فيقيم على وجهها فيحصل الغرض المشروع له الولاية يثبتين وأما المولى فربما يقدر على الإقامة نفسها وربما لا يقدر لمعارضه العبد إياه ولا نه رقياً مثله يعارضه فيمنعه عن الإقامة خصوصاً عند خوف الهلاك على نفسه فلا يقدر على الإقامة وكذا المولى يخاف على نفسه وماله من العبد الشرير لو قصد إقامة الحد عليه أن يأخذ بعض أمواله ويقصد اهلاً كونه يهرب منه فيمتنع عن الإقامة ولو قدر على الإقامة فقد يقيم

وقد لا يقيم لما في الإقامة من نقصان قيمته بسبب عيب الزنا والسرقة أو يخاف سرابة الجلدات إلى الهلاك والمرء مجبول على حب المال ولو أقام فقد يقيم على الوجه وقد لا يقيم على الوجه بل من حيث الصورة فلا يحصل الزجر فثبت أن المولى لا يساوى الامام في تحصيل ما شرع له إقامة الحد فلا يزاحمه في الولاية بخلاف التعزير من وجهين أحدهما أن التعزير هو التغيير والتوبيخ وذلك غير مقدر فقد يكون بالحبس وقد يكون برفع الصوت وتعميس الوجه وقد يكون بضرب أسواط على حسب الجنابة وحال الجناني لما نذكره في موضعه والمولى يساوى الامام في هذا لانه من باب التأديب فله قدرة التأديب والعبد ينقاد لمثله للمولى ولا يعارضه فالمولى أيضاً لا يمتنع عن هذا القدر من الايلاء لانه لا يوجب نقصاً في مالية العبد ولا تعيباً فيه بخلاف الحد والثاني أن في التعزير ضرر ورة ليست في الحد لان أسباب التعزير مما يكثر وجودها فيحتاج المولى إلى ان يعزّر مملوكه في كل يوم وفي كل ساعة وفي الرفع إلى الامام في كل حين وزمان خرج عظيم على المولى فقوضت إقامة الحد إلى المولى شرعاً وصار المولى مأذوناً في ذلك من جهة الامام دلالة وصار نائباً عن الامام فيه ولا خرج في الحد لانه لا يكثر وجوده لانه ندام كثرة أسباب وجوبه وأما الحديثان فيحتمل أن يكون خطاباً للقوم معلومين علم عليه الصلاة والسلام منهم من طريق الوحي انهم يقيمون الحدود ومن غير تقصير مثل الامير والسلطان ويحتمل أن يكون ذلك خطاباً للأئمة في حق عبيدهم والتخصيص للترغيب في إقامة الحد لما أن الأئمة والسلاطين لا يباشرون الإقامة بانفسهم عادة بل يفوضونها إلى الحكام والمحاسبين وقد يجيء منهم في ذلك تقصير ويحتمل الإقامة بطريق التسبب بالسعي لرفع ذلك إلى الامام بطريق الحسبة وتخصيص المولى للترغيب لهم في الإقامة لا احتمال الميل والتقصير في ذلك ويحتمل أن يكون المراد من الحد المذكور في الحديث التعزير لوجود معنى الحد فيه وهو المنع فلا يصح الاحتجاج بهما مع الاحتمال والله تعالى أعلم وللامام أن يستخلف على إقامة الحدود لانه لا يقدر على استيفاء الجميع بنفسه لان أسباب وجوبها توجد في أقطار دار الاسلام ولا يمكنه الذهاب إليها وفي الاحضار إلى مكان الامام خرج عظيم فلم يجز الاستخلاف لتعطلت الحدود وهذا لا يجوز ولهذا كان عليه الصلاة والسلام يجعل إلى الخلفاء تنفيذ الاحكام وإقامة الحدود ثم الاستخلاف نوعان تضييع وتولية أما التضييع فهو أن ينص على إقامة الحدود فيجوز للخليفة إقامتها بلا شك وأما التولية فعلى ضربين عامة وخاصة فالعامة هي أن يولى رجلاً ولاية عامة مثل إمارة اقليم أو بلد عظيم فيملك المولى إقامة الحدود وان ينص عليها لانه لما قلده إمارة ذلك البلد فقد فوض إليه القيام بمصالح المسلمين وإقامة الحدود ومعظم مصالحهم فيملكهم والخاصة هي أن يولى رجلاً ولاية خاصة مثل جباية الخراج ونحو ذلك فلا يملك إقامة الحدود لان هذه التولية لم تتناول إقامة الحدود ولو استعمل أمير على الجيش الكبير فان كان أمير مصر أو مدينة فجزأه فانه يملك إقامة الحدود وفي معسكره لانه كان يملك الإقامة في بلده فاذا خرج بأهله أو ببعضهم ملك عليهم ما كان يملك فيهم قبل الخروج وأما من أخرجه أمير البلد غازياً فان كان يملك إقامة الحد عليهم قبل الخروج وبعد الخروج لم يفوض اليه الإقامة فلا يملك الإقامة والامام العدل له ان يقيم الحدود وينفذ القضاء في معسكره كما له ان يفعل ذلك في المصر لان الامام ولاية على جميع دار الاسلام ثابتة وكذا اذا استعمل قاضياً له أن يفعل ذلك في المعسكر لانه نائب الامام والله تعالى أعلم وأما الذي يخص البعض دون البعض ففنها البداية من الشهود في حد الرجم اذا ثبت بالشهادة حتى لو امتنع الشهود عن البداية أو ماتوا أو غابوا كلهم أو بعضهم لا يقام الرجم على المشهود عليه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد والروايتين عن أبي يوسف استحساناً وروى عن أبي يوسف رواية أخرى انها ليست بشرط ويقام الرجم على المشهود عليه وهو قول الشافعي رحمه الله وهو القياس وجه القياس ان الشهود فيما وراء الشهادة وسائر الناس سواء ثم لا تشترط البداية من أحد منهم فكذلك من الشهود ولان الرجم أحد نوعي الحد فيعتبر بالنوع الآخر وهو الجلد والبداية من الشهود ليست بشرط فيه كذا في الرجم (ولنا) ما روى عن سيدنا على رضي الله عنه أنه قال يرمي الشهود أولاً ثم الامام ثم الناس وكلمة ثم للترتيب وكان ذلك بحضور من الصحابة رضى

الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون اجماعاً ولأن في اعتبار الشرط احتياطاً في درء الخذلان للشهود إذا بدؤوا بالرجم ربما استعظموا فاعله فيحملهم ذلك على الرجوع عن الشهادة فيسقط الحد عن المشهود عليه بخلاف الجلد لأننا انما عرفنا البداية شرطاً استحسننا بالآثار فيسقط الحد عليه والآثر ورد في الرجم خاصة فيبقى أمر الجلد على أصل القياس ولأن الجلد لا يحسنه كل أحد فقوض استيفاءه إلى الأئمة بخلاف الرجم والله تعالى أعلم ومنها أهلية أداء الشهادة للشهود عند الإقامة في الحدود كلها حتى لو بطأت الأهلية بالفسق أو الردة أو الجنون أو العمى أو الخرس أو وحد القذف بان فسق الشهود أو ارتدوا أو جنوا أو عموا أو خرسوا أو ضربوا أحد القذف كلهم أو بعضهم لا يقام الحد على المشهود عليه لأن اعتراض أسباب الجرح على الشهادة عند امضاء الحد بمنزلة اعتراضها عند القضاء به واعتراضها عند القضاء يبطل الشهادة فكذا عند الامضاء في باب الحدود عن القضاء وأموت الشهود وغيبهم عند الإقامة فلا يمنع من الإقامة في سائر الحدود إلا الرجم حتى لو ماتوا كلهم أو غابوا كلهم أو بعضهم يتم الحد على المشهود عليه إلا الرجم لأنهما ليسا من أسباب الجرح لأن أهلية الشهادة لا تبطل بالموت والغيبة بل تنهاى وتقرر وتحتم بها العدالة على وجه لا يحتمل الجرح وفي حد الرجم انما يمنع من الإقامة لأنهما يحرجان في الشهادة بل لأن البداية من الشهود شرط جواز الإقامة ولم توجد وروى عن محمد في الشهود إذا كانوا مقطوعين الأيدي أو بهم مرض لا يستطيعون الرمي أن الإمام يرمي ثم الناس وجعل قطع اليد أو المرض عذراً في فوات البداية ولم يجعل الموت عذراً فيه وإن ثبت الرجم بالاقرار يبدأ به الإمام ثم الناس والله تعالى أعلم ومنها أن لا يكون في إقامة الجسديات خوف الهلاك لأن هذا الحد شرع زاجراً لا مهلكاً فلا يجوز الإقامة في الجرح الشديد والبرد الشديد لما في الإقامة فيهما من خوف الهلاك ولا يقام على مريض حتى يبرأ لأنه يجتمع عليه وجع المرض وألم الضرب فيخاف الهلاك ولا يقام على النفساء حتى ينقضي النفاس لأن النفاس نوع مرض ويقام على الحائض لأن الحيض ليس بمرض ولا يقام على الحامل حتى تضع وتظهر من النفاس لأن فيه خوف هلاك الولد والوالدة ويقام الرجم في هذا كله إلا على الحامل لأن ترك الإقامة في هذه الأحوال للاحتراز عن الهلاك والرجم حدمه هلاك فلا معنى للاحتراز عن الهلاك فيه إلا أنه لا يقام على الحامل لأن فيه اهلاك الولد بغير حق ولا يجمع الضرب في عضو واحد لأنه يفضي إلى تلف ذلك العضو وإلى تمزيق جلده وكل ذلك لا يجوز بل يفرق الضرب على جميع الأعضاء من الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين إلا الوجه والفرج والرأس لأن الضرب على الفرج مهلك عادة وقد روى عن سيدنا علي رضي الله عنه موقفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اتق وجهه ومذاكيره والضرب على الوجه يوجب المثلة وقد نبه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة والرأس مجمع الحواس وفيه العقل فيخاف من الضرب عليه فوات العقل أو فوات بعض الحواس وفيه اهلاك الذات من وجهه وقال أبو يوسف رحمه الله أيضاً لا يضرب الصدر والبطن ويضرب الرأس سوطاً أو سوطين أما الصدر والبطن فلأن فيه خوف الهلاك وأما الرأس فلقول سيدنا عمر رضي الله عنه اضربوا الرأس فإن فيه شيطاناً والجواب أن الحديث ورد في قتل أهل الحرب خصوصاً قوماً كانوا بالشام يملقون أو ساط رؤسهم ثم تفرق الضرب على الأعضاء مذهبنا وقال الشافعي عليه الرحمة يضرب كله على الظهر وهذا ليس بسديد لأن المأمور به هو الجلد وأنه مأخوذ من ضرب الجلد والضرب على عضو واحد ممزق للجلد وبعد تمزيق الجلد لا يمكن الضرب على الجلد بعد ذلك ولأن في الجمع على عضو واحد خوف الهلاك وهذا الحد شرع زاجراً لا مهلكاً والله سبحانه وتعالى أعلم وأما كيفية إقامة الحدود فاما حد الرجم فلا ينبغي أن يربط المرجوم بشيء ولا أن يمسك ولا أن يحفر له إذا كان رجلاً بل يقام قائماً لأن ما عزاً لم يربط ولم يمسك ولا حفر له ألا يرى أنه روى أنه هرب من أرض قليلة الحجارة إلى أرض كثيرة الحجارة ولوربط أو مسك أو حفر له لما قدر على الهرب وإن كان المرجوم امرأة فإن شاء الإمام حفر لها وإن شاء لم يحفر أما الجحر فلا نه استرلها وقدرى أنه عليه الصلاة والسلام حفر للمرأة الغامدية

الى شذوئها وأخذ خصامة مثل الحصاة ورمها بها وخفر سيدنا على رضي الله عنه لسراحة لهمذانية الى سرتها وأما ترك الحفر فلان الحفر للستر وهي مستورة ثيابها لانها لا تجرد عند اقامة الحد ولا بأس لكل من رمى ان يتعمد مقتله لان الرجم حدمه لك فاما كان أسرع الى الهلاك كان أولى الا اذا كان الرامي ذارحم محرم من المرجوم فلا يستحب له ان يتعمد مقتله لانه قطع الرحم من غير ضرورة لان غيره يكفيه ويغنيه وقد روى أن حنظلة غسيل الملائكة استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل أبيه أبي عامر وكان مشركا فنهاه عليه الصلاة والسلام عن ذلك وقال دعه يكفك غيرك وأما حد الجلد فاشد الحد ودضر بأحد الزنا ثم حد الشرب ثم حد القذف لان جنابة الزنا اعظم من جنابة الشرب والقذف اما من جنابة القذف فلا شك فيه لان القذف نسبة الى الزنا فكانت دون حقيقة الزنا واما من جنابة الشرب فلان قبح الزنا ثبت شرعا وعقلا وحرمة تقس الشرب ثبتت شرعا لعقلا ولهذا كان الزنا حراما في الاديان كلها بخلاف الشرب وكذا الخمر يباح عند ضرورة المحصنة والا كراه ولا يباح الزنا عند الاكراه وغلبة الشبق وكذا وجوب الجلد في الزنا ثبت بنص الكتاب العزيز المكثرون ولا نص في الشرب وانما استخرج الصحابة الكرام رضي الله عنهم بالاجتهاد والاستدلال بالقذف فقالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المقتري ثمانون وقال سبحانه وتعالى جل شأنه في حد الزنا ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ان كنتم تؤمنون بالله فيل في التأويل أى بتخفيف الجلدات وانما كان ضرب القذف أخف الضر بين لوجهين أحدهما أن وجوده ثبت بسبب متردد لان القاذف يحتمل أن يكون صادقا في قذفه ولا حد عليه والثاني انه انضاف اليه رد الشهادة على التأبيد فجري فيه نوع تخفيف ويضرب قائما ولا يمد على العقابين ولا على الارض كما يفعل في زماننا لانه بدعة بل يضرب قائما ولا يمد السوط بعد الضرب بل يرفع لان المد بعد الضرب بمنزلة ضربة أخرى فيكون زيادة على الحد ولا يمد الجلد ايده الى ما فوق رأسه لانه يخاف فيه الهلاك أو تمرق الجلد ولا يضرب بسوط له ثمرة لان اتصال الثمرة بمنزلة ضربة أخرى فيصير كل ضربة بضربتين فيكون زيادة على القدر المشروع وينبغي أن يكون الجلد عاقلا بصيرا بأمر الضرب فيضرب ضربة بين ضربتين ليس بالبرح ولا بالذى لا يوجد فيه مس ويحذر الرجل في حد الزنا ويضرب على ازار واحد لانه أشد الحد ودضر باومعنى الشدة لا يحصل الا بالتجريد وفي حد الشرب يحذر أيضا في الرواية المشهورة وروى عن محمد رحمه الله أنه لا يحذر وجهه هذه الرواية أن ضرب الشرب أخف من ضرب الزنا فلا بد من اظهار آية التخفيف وذلك بترك التجريد وجه الرواية المشهورة أنه قد جرى التخفيف فيه مرة في الضرب فلو خفف فيه ثانيا بترك التجريد لا يحصل المقصود من الحد وهو الزجر ولا يحذر في حد القذف بلا خلاف لان وجوبه بسبب متردد محتمل فيراعى فيه التخفيف بترك التجريد كما روى في أصل الضرب بخلاف حد الشرب لان وجوبه ثبت بسبب لا ترد فيه وأما المرأة فلا ينزع عنها ثيابها الا الحشو والقر وفي الحدود كلها لانها عورة وتضرب قاعدة لان ذلك أسترها ويفرق الضرب في الاعضاء كلها ما ذكرنا لان الجمع في عضو واحد يقع اهلا كالعضو أو تمرقا أو تمرق للجلد وكل ذلك ليس بمشروع في فرق على الاعضاء كلها الا الوجه والمذاكير والرأس وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم ولا يقام شئ من ذلك في المسجد لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تقام الحدود في المساجد وهذا نص في الباب ولان تعظيم المسجد واجب وفي اقامة الحد وفيه ترك تعظيمه يؤيده أن نهينا عن سبل السيوف في المساجد قال عليه الصلاة والسلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وبياعاتكم وأشرىكم وسل سيوفكم تعظيما للمسجد ومعلوم ان سبل السيوف في ترك التعظيم دون الجلد والرجم فلما كره ذلك فلان يكره هذا أولى ولان اقامة الحدود في المسجد لا تخلو عن تلويثه فتجب صيانة المسجد عن ذلك وينبغي أن تقام الحدود كلها في ملائمة الناس لقوله تبارك وتعالى عز اسمه وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين والنص وان ورد في حد الزنا لكن النص الوارد فيه يكون واردا في سائر الحدود دلالة لان المقصود من الحدود كلها واحد وهو زجر العامة وذلك

لا يحصل الاوان تكون الاقامة على رأس العامة لان الحضور يزجرون بأنفسهم بالمعانة والغيب يزجرون
 باخبار الحضور فيحصل الزجر للكل وكذا فيه منع الجلاد من المجاوزة عن الحد الذي جعل له لانه لو جاوز لمنعه
 الناس عن المجاوزة وفيه أيضا دفع التهمة والميل فلا يتهمة الناس أن يقيم الحد عليه بلا جرم سبق منه والله تعالى الموفق
 ﴿فصل﴾ وأما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فالمسقط له أنواع منها الرجوع عن الاقرار بالزنا والسرقة
 والشرب والسكر لانه يحتمل أن يكون صادقا في الرجوع وهو الانكار ويحتمل أن يكون كاذبا فيه فان كان صادقا
 في الانكار يكون كاذبا في الاقرار وان كان كاذبا في الانكار يكون صادقا في الاقرار فيورث شبهة في ظهور الحد
 والحدود لا تستوفي مع الشبهات وقد روي أن ما عزا لما أقر بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزنا لقته
 الرجوع فقال عليه الصلاة والسلام لعلك قبلتها لعلك مسستها وقال عليه الصلاة والسلام لتلك المرأة أسرت قولي
 لا ما خالك سرت وكان ذلك منه عليه الصلاة والسلام تلقينا للرجوع فلم يكن محتملا للسقوط بالرجوع ما كان
 للتلقين معنى وهذا هو السنة للإمام اذا أقر انسان عنده شيء من أسباب الحد ودخل الخصة ان يلقنه الرجوع در الحد
 كما فعل عليه الصلاة والسلام في الزنا والسرقة وسواء رجع قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعد امضاء بعض
 الجلدات أو بعض الرجم وهو حي بعد ما قلنا ثم الرجوع عن الاقرار قد يكون نصا وقد يكون دلالا فان أخذ الناس
 في رجمه فهرب ولم يرجع أو أخذ الجلاد في الجلد فهرب ولم يرجع حتى لا يتبع ولا يتعرض له لان الحرب في هذه
 الحالة دلالة للرجوع وروي أنه لما هرب ما عرذ ك ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلا خليت سبيله دل أن
 الحرب دليل الرجوع وأن الرجوع مسقط للحد وكما يصح الرجوع عن الاقرار بالزنا يصح عن الاقرار بالاحصان
 حتى لو ثبت على الاقرار بالزنا ورجع عن الاقرار بالاحصان يسقط عنه الرجم ويجل لان الاحصان شرط
 صيرورة الزنا علة لوجوب الرجم فيصح الرجوع عنه كما يصح عن الزنا فيبطل الاحصان ويبقى الزنا فيجب الجلد وأما
 الرجوع عن الاقرار بالقذف فلا يسقط الحد لان هذا الحد حق العبد من وجه وحق العبد بعد ما ثبت لا يحتمل
 السقوط بالرجوع كالتقصاص وغيره ومنها تصديق المذوف والقاذف في القذف لانه لما صدقه فقد ظهر صدقه في
 القذف ومن الحال أن يحد الصادق على الصديق ولان حد القذف انما وجب لدفع عار الزنا وشبهه عن المذوف
 ولما صدقه في القذف فقد انزاع العار بنفسه فلا يندفع عنه بالحد فيسقط ضرورة ومنها تكذيب المذوف
 المقر في اقراره بالقذف بأن يقول له انك لم تقذفني بالزنا لانه لما كذبه في القذف فقد كذب نفسه في الدعوى
 والدعوى شرط ظهور هذا الحد (ومنها) تكذيب المذوف بحجته على القذف وهي اليينة بأن يقول بعد
 القضاء بالحد قبل الامضاء شهودي شاهدوا بزور لانه يحتمل أن يكون صادقا في التكذيب فتثبت الشبهة ولا يجوز
 استيفاء الحد مع الشبهة (ومنها) تكذيب المزني بها المقر بالزنا قبل اقامة الحد عليه بأن قال رجل زنيته فلا تتركه
 وأنكرت الزنا وقالت لأعرفك ويسقط الحد عن الرجل وهذا قولهما وقال محمد لا يسقط كذا ذكره في رجمه
 الله الاختلاف وذكر القاضي في شرحه قول أبي يوسف مع قول محمد (وجه) قوله ان زنا الرجل قد ظهر باقراره
 وامتناع الظهور في جانب المرأة لمعنى ينحصها وهو انكارها فلا يمنع الظهور في جانب الرجل ولهما ان الزنا لا يقوم الا
 بالفاعل والحل فاذا لم يظهر في جانبها امتنع الظهور في جانبها هذا اذا أنكرت ولم تدع على الرجل حد القذف فان ادعت
 على الرجل حد القذف يحد حد القذف ويسقط حد الزنا لانه لا يجب عليه حدان هذا اذا كذبه ولم تدع النكاح
 (فأما) اذا ادعت النكاح والمهر قبل اقامة الحد عليه يسقط الحد عن الرجل بالاجماع لانه لا يجب عليها للشبهة لا حتمال
 أن تكون صادقة في دعوى النكاح فتمكنت الشبهة في وجوب الحد عليها واذا لم يجب عليها الحد تعدى الى جانب
 الرجل فسقط عنه وعليه المهر لان الوطء لا يخلو عن عقوبة أو غرامة وان كان دعوى النكاح منها بعد اقامة الحد
 على الرجل لا مهر لها عليه لان الوجوب في الفصل الاول لضرورة اقامة الحد ولم توجد على هذا اذا أقرت المرأة

بالزنا مع فلان فأنكر الرجل وكذبها أو ادعى النكاح على الاتفاق والاختلاف ولو أقر الرجل بالزنا فبطلت قاعدت المرأة الاستكراه بخلاف الرجل بالاتفاق فرق بين هذا وبين الأول (ووجهه) الفرق أن المرأة في الفصل الأول أنكرت وجود الزنا فلم يثبت الزنا من جانبها فتعدى إلى جانب الآخر وههنا أقرت بالزنا لكنها ادعت الشبهة لمعنى يخصها وهو كونها مكرهة فلا يتعدى إلى جانب الرجل والدليل على التفرقة بينهما أن لوطيقنا بالزنا كراه قيام الحد على الرجل بالاجماع ولوطيقنا بالنكاح في الفصل الأول لا يقيم الحد على الرجل والله تعالى أعلم (ومنها) رجوع الشهود بعد القضاء قبل الامضاء لأن رجوعهم يحتمل الصدق والكذب فيورث شبهة والحدود لا تستوفي مع الشبهات وقد ذكرنا الأحكام المتعلقة برجوع الشهود في باب الحدود كلهم أو بعضهم قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعد الامضاء بما فيه من الاتفاق والاختلاف في كتاب الرجوع عن الشهادات (ومنها) بطلان أهلية شهادتهم بعد القضاء قبل الامضاء بالفسق والردة والجنون والعمى والخرس وحد القذف لما ذكرنا فيما تقدم (ومنها) موته في حد الرجم خاصة في ظاهر الرواية لما ذكرنا أن البداية بالشهود شرط جواز الإقامة وقد فالت بالموت على وجه لا يتصور عوده فسقط الحد ضرورة (وأما) اعتراض ملك النكاح أو ملك العيمين فهل يسقط الحد بان زنا امرأة ثم تزوجها أو بجارة ثم اشتراها عن أبي حنيفة رضي الله عنه فيه ثلاث روايات روى محمد رحمه الله عنه أنه لا يسقط وهو قول أبي يوسف ومحمد وروى أبو يوسف عنه أنه يسقط وروى الحسن عنه أن اعتراض الشراء يسقط واعتراض النكاح لا يسقط (وجهه) رواية الحسن أن البضع لا يصير مملوكا للزوج بالنكاح بدليل أنها إذا وطئت بشبهة كان العقر لها والعقر بدل البضع والبدل إنما يكون لمن كان له المبدل فلم يحصل استيفاء منافع البضع من محل مملوك له فلا يورث شبهة وبضع الأمة يصير مملوكا للمولى بالشراء ألا ترى أنها لو وطئت بشبهة كان العقر للمولى فحصل الاستيفاء من محل مملوك له فيورث شبهة فصار كالسارق إذا ملك المسروق بعد القضاء قبل الامضاء (وجهه) رواية أبي يوسف أن المرأة تصير مملوكة للزوج بالنكاح في حق الاستمتاع فحصل الاستيفاء من محل مملوك فيصير شبهة كالسارق إذا ملك المسروق (وجهه) رواية محمد رحمه الله أن الوطء حصل زنا محضاً لمصادفته محلاً غير مملوك له فحصل موجباً للحد والعارض وهو الملك لا يصلح مسقطاً لاقتصاره على حاله ثبوته لأنه يثبت بالنكاح والشراء وكل واحد منهما وجد للحال فلا يستند الملك الثابت به إلى وقت وجود الوطء فبق الوطء خالياً عن الملك فيبقى زنا محضاً موجباً للحد بخلاف السارق إذا ملك المسروق لأن هناك وحد المسقط وهو بطلان ولاية الخصومة لأن الخصومة هناك شرط وقد خرج المسروق منه من أن يكون خصماً بملك المسروق لذلك افترقا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب جارية فزناها فماتت روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن عليه الحد بقيمة الجارية وروى الحسن عنهما أن عليه القيمة ولا حد عليه وذكر الكرخي أن هذا أصح الروايتين (وجهه) رواية أبي يوسف أن الضمان لا يجب إلا بعد هلاك الجارية وهي بعد الهلاك لا تحتمل الملك فلا يملكها الغاصب بالضمان فلا يتمتع وجوب الحد (وجهه) رواية الحسن أن الضمان لا يجب بعد الهلاك وإنما يجب في آخر جزء من أجزاء الحياة وهي محتملة للملك في ذلك الوقت فيستند إلى وقت وجود السبب ولأن حياة المحل تشترط لثبوت الملك فيه مقصوداً بمبادلة مقصودة والملك ههنا يثبت ضرورة استحالة اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد في عقد المبادلة فلا يشترط له حياة المحل فيثبت الملك في الميت وأنه يمنع وجوب الحد ولو غصب حرة فزناها فماتت فعليه الحد والدية لأن ملك الضمان في الحرة لا يوجب ملك المضمون لأن المحل لا يحتمل الملك فلا يتمتع وجوب الحد بخلاف الأمة والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الحدود إذا اجتمعت فالأصل في أسباب الحدود إذا اجتمعت أن يقدم حق العبد في الاستيفاء على حق الله عز وجل لحاجة العبد إلى الانتفاع بحقه وتعالى الله تعالى عن الحاجات ثم ينظر أن لم يمكن استيفاء حقوق الله تعالى تسقط ضرورة وإن أمكن استيفاءها فإن كان في إقامة شيء منها استقاط البواقي قيام ذلك دراً للبواقي

لقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم وان لم يكن في اقامة شئ منها اسقاط البواقي يقام الكل جميعا بين
الحقين في الاستيفاء واذا ثبت هذا فنقول اذا اجتمع القذف والشرب والسكر والزنا من غير احصان والسرقة بان
قذف انسا نالزنا وشرب الخمر وسكر من غير الخمر من الاشربة المعهودة وزنى وهو غير محصن وسرق مال انسان ثم
أتى به الى الامام بدأ الامام بحد القذف فيضربه لانه حق الله عز شانه من وجهه وما سواه حقوق العباد على الخلوص
فيقدم استيفاؤه ثم يستوفى حقوق الله تعالى لانه يمكن استيفاؤها وليس في اقامة شئ منها اسقاط البواقي فلا يسقط ثم
اذا ضرب حد القذف يحبس حتى يبرأ من الضرب ثم الامام بالخيار في البداية ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بحد
السرقة ويؤخر حد الشرب عنهما لانهما ثبتا بنص الكتاب العزيز وحد الشرب لم يثبت بنص الكتاب الكريم
انما ثبت باجماع مبني على الاجتهاد وعلى خبر الواحد ولا شك ان الثابت بنص الكتاب أكد شوا ولا يجمع ذلك
كله في وقت واحد بل يقام كل واحد منهما بعد ما برأ من الاول لان الجمع بين الكل في وقت واحد يفضي الى الهلاك
ولو كان من جملة هذه الحدود حد الرجم بان زنى وهو محصن يبدأ بحد القذف ويضمن السرقة ويرجم ويدرأ عنه
ما سوى ذلك لان حد القذف حق العبد فيقدم في الاستيفاء وفي اقامة حد الرجم اسقاط البواقي فيقام درالبواقي لان
الحدود واجبة الدرء ما أمكن فيدرأ الا أنه يضمن السرقة لان المال لا يحتمل الدرء وكذا لو كان مع هذه الحدود
قصاص في النفس يبدأ بحد القذف ويضمن السرقة ويقتل قصاصا ويدرأ ما سوى ذلك وانما بدأ بحد القذف
دون القصاص الذي هو خالص حق العبد لان في البداية بالقصاص اسقاط حد القذف ولا سبيل اليه لذلك يبدأ
بحد القذف ويقتل قصاصا ويبطل ما سوى ذلك لتعذر الاستيفاء بعد القتل الا أنه يضمن السرقة لما قلنا ولو كان مع
القصاص في النفس قصاص فيمادون النفس بحد حد القذف يقتص فيمادون النفس ويقتص في النفس ويلغى
ما سوى ذلك ولولم يكن في الحدود حد القذف ويقتص فيمادون النفس ثم يقتص في النفس ويلغى ما سوى ذلك
ولو اجتمعت الحدود الخالصة والقتل يقتص ويلغى ما سوى ذلك لان تقديم القصاص على الحدود في الاستيفاء
واجب ومتى قدم استيفاؤه تعذر استيفاء الحدود فنسقط ضرورة والله تعالى أعلم

فصل وأما حكم الحدود فالحدان كان رجما فاذا قتل يدفع الى أهله فيصنعون به ما يصنع سائر الموتى
فيغسلونه ويكفونونه ويصلون عليه ويدفونونه بهذا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم للرجم ما عازا فقال عليه الصلاة
والسلام اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم وان كان جلد أخكم الحدود وغيره سواء في سائر الاحكام من الشهادة
وغیرها الا الحدود في القذف خاصة في أداء الشهادة فانه تبطل شهادته على التأييد حتى لا تقبل وان تاب الا في
الديانات عندنا وعند الشافعي رحمه الله تقبل شهادته بعد التوبة وقد ذكرنا المسئلة وفروعا في كتاب الشهادات
والله الموفق

فصل وأما التعزير فالكلام فيه في مواضع في بيان سبب وجوب التعزير وفي بيان شرط وجوبه وفي بيان
قدره وفي بيان وصفه وفي بيان ما يظهر به (أما) سبب وجوبه فارتكاب جنابة ليس لها حد مقدر في الشرع سواء
كانت الجنابة على حق الله تعالى كترك الصلاة والصوم ونحو ذلك أو على حق العبد بأن أذى مسلما بغير حق فعل
أو بقول يحتمل الصدق والكذب بأن قال له يا خبيث يا فاسق يا سارق يا فاجر يا كافرا يا كل الربا يشارب الخمر
ونحو ذلك فان قال له يا كلب يا خنزير يا حمار يا نور ونحو ذلك لا يجب عليه التعزير لان في النوع الاول انما وجب
التعزير لانه الحق العار بالمقذوف اذا الناس بين مصدق ومكذب فعز ردفعاً للعار عنه والقاذف في النوع الثاني الحق
العار بنفسه بقذفه غيره بما لا يتصور فيرجع عار الكذب اليه الى المقذوف

فصل وأما شرط وجوبه فالعقل فقط فيعز كل عاقل اذ تكب جنابة ليس لها حد مقدر سواء كان حراً
أو عبد أذكراً أو أنثى مسلماً أو كافراً بالغاً أو صبياً بعد أن يكون عاقلاً لان هؤلاء من أهل العقوبة الا الصبي العاقل فانه

يعز رتاديباً لا عقوبة لانه من أهل التأديب ألا ترى الى ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال مر واصبياً نكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا واصر بهم عليها اذا بلغوا عشرين او ذلك بطريق التأديب والتهذيب لا بطريق العقوبة لانها تستدعي الجنابة وفعل الصبي لا يوصف بكونه جنابة بخلاف المجنون والصبي الذي لا يعقل لانهما ليسا من أهل العقوبة ولا من أهل التأديب

﴿فصل﴾ وأما قدر التعزير فانه ان وجب بجناية ليس من جنسها ما يوجب الحد كما اذا قال لغيره يا فاسق يا خبيث يا سارق ونحو ذلك فالامام فيه بالخيار ان شاء عزره بالضرب وان شاء بالحبس وان شاء بالكهر والاستخفاف بالكلام وعلى هذا يحمل قول سيدنا عمر رضي الله عنه لعبادة بن الصامت يا أحمق ان ذلك كان على سبيل التعزير منه اياه لا على سبيل الشتم اذ لا يظن ذلك من مثل سيدنا عمر رضي الله عنه لا بأحد فضلاً عن الصحابي ومن مشايخنا من رتب التعزير على مراتب الناس فقال التعازير على أربعة مراتب تعزير الاشراف وهم الدهاقون والقواد وتعزير اشراف الاشراف وهم العلوية والفقهاء وتعزير الاوساط وهم السوقية وتعزير الابخساء وهم السفلة فتعزير اشراف الاشراف بالاعلام المجرد وهو ان يبعث القاضي أمينه اليه فيقول له بلغني أنك تفعل كذا وكذا وتعزير الاشراف بالاعلام والجرا الى باب القاضي والخطاب بالمواجهة وتعزير الاوساط الاعلام والجرا والحبس وتعزير السفلة الاعلام والجرا والضرب والحبس لان المقصود من التعزير هو الزجر وأحوال الناس في الانزجار على هذه المراتب وان وجب بجناية في جنسها الحد لكنه لم يجب لتفقد شرطه كما اذا قال لصبي أو مجنون يا زاني أو لذهبية أو أم ولد يا زانية فالتعزير فيه بالضرب و يبلغ أقصى غايته وذلك تسعة وثلاثون في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وعند أبي يوسف خمسة وسبعون وفي رواية النوادر عنه تسعة وسبعون وقول محمد عليه الرحمة مضطرب ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله والحاصل أنه لا خلاف بين أصحابنا رضي الله عنهم أنه لا يبلغ التعزير الحد لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين إلا أن أبا يوسف رحمه الله صرف الحد المذكور في الحديث على الاحرار وزعم أنه الحد الكامل لاحد الممالك لان ذلك بعض الحد وليس بحد كامل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل في كل باب ولان الاحرار هم المقصودون في الخطاب وغيرهم ملحق بهم فيه ثم قال في رواية ينقص منها سوط وهو الاقبس لان ترك التبليغ يحصل به وفي رواية قال ينتقص منها خمسة وروى ذلك أئرا عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال يعز خمسة وسبعين قال أبو يوسف رحمه الله فقد تده في نقصان الخمسة واعتبرت عنه أدنى الحدود وروى عنه أنه قال أخذت كل نوع من بابه وأخذت التعزير في اللبس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزمان حد القذف ليكون الحاق كل نوع ببابه وأبو حنيفة صرفه الى حد الممالك وهو أربعون لانه ذكر حد أم نكر افيتناول حد ما وأربعون حد كامل في الممالك فينصرف اليه ولان في الحمل على هذا الحد أخذاً بالثقة والاحتياط لان اسم الحد يقع على النوعين فلو حملناه على ما قاله أبو حنيفة يقع الامن عن وعيد التبليغ لانه لا يبلغ ولو حملناه على ما قاله أبو يوسف لا يقع الامن عنه لاحتمال انه أراد به حد الممالك فيصير مبلغاً غير الحد لحد فيلحقه الوعيد فكان الاحتياط فيما قاله أبو حنيفة رحمه الله والله تعالى الموفق

﴿فصل﴾ واما صفتها فله صفات منها انه أشد الضرب واختلف المشايخ في المراد بالشدة المذكورة قال بعضهم أريد بها الشدة من حيث الجمع وهي ان يجمع الضربات فيه على عضو واحد ولا يفرق بخلاف الحدود وقال بعضهم المراد منها الشدة في نفس الضرب وهو الايلام ثم اتما كان أشد الضرب لوجهين أحدهما انه شرع للزجر المحض ليس فيه معنى تكفير الذنب بخلاف الحدود فان معنى الزجر فيها يشو به معنى التكفير للذنب قال عليه الصلاة والسلام الحدود وكفارات لا هلهما فاذا تمحض التعزير للزجر فلا شك ان الأشد أزر فكان في تحصيل ما شرع له أبلغ والثاني انه قد نقص عن عدد الضربات فيه فلو لم يشدد في الضرب لا يحصل المقصود منه وهو الزجر ومنها انه يحتمل العفو

والصلح والابراء له حق العبد خالصا فتجرب فيه هذه الاحكام كما تجرب في سائر الحقوق للعباد من القصاص وغيره بخلاف الحدود ومنها انه يورث كالقصاص وغيره لما قلنا ومنها انه لا يتداخل لان حقوق العبد لا تتحمل التداخل بخلاف الحدود و يؤخذ فيه الكفيل الا انه لا يحبس لتعديل الشهود اما التكفيل فلان التكفيل للتوثيق والتعزير بحق العبد فكان التوثيق ملائما له بخلاف الحدود وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله واما عدم الحبس فلان الحبس يصلح تعزيرا في نفسه فلا يكون مشروعا قبل تعديل الشهود بخلاف الحدود انه يحبس فيها لتعديل الشهود لان الحبس لا يصلح حدا والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يظهر به فتقول انه يظهر به سائر حقوق العباد من الاقرار واليمنة والنكول وعلم القاضي ويقبل فيه شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي كما في سائر حقوق العباد وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لا يقبل فيه شهادة النساء والصحيح هو الاول لانه حق العبد على الخلوص فيظهر بما يظهر به حقوق العباد ولا يعمل فيه الرجوع كما لا يعمل في القصاص وغيره بخلاف الحدود والخالصة لله تعالى والله تعالى عز شأنه أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿كتاب السرقة﴾

يحتاج لمعرفة مسائل السرقة الى معرفة ركن السرقة والى معرفة شرائط الركن والى معرفة ما يظهر به السرقة عند القاضي والى معرفة حكم السرقة

﴿فصل﴾ أما ركن السرقة فهو الاخذ على سبيل الاستخفاء قال الله تبارك وتعالى الا من استأرق السمع سمي سبعا حنه وتعالى اخذ المسموع على وجه الاستخفاء استراقا ولهذا يسمى الاخذ على سبيل الجاهرة مغالبة أو نهيبة أو خلسة أو غصبا أو انتهابا واختلاسا لا سرقة وروى عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه سئل عن المختلس والمنتهب فقال تلك الدعاية لا شيء فيها وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع على نباح ولا منتهب ولا خائن ثم الاخذ على وجه الاستخفاء نوعان مباشرة وتسبب (أما) المباشرة فهو أن يتولى السارق اخذ المتاع واخراجه من الحرز بنفسه حتى لو دخل الحرز واخذ متاعا حمله أو لم يحمله حتى ظهر عليه وهو في الحرز قبل أن يخرج فلا قطع عليه لان اخذ اثبات اليد ولا يتم ذلك الا بالاخراج من الحرز ولم يوجد وان رمى به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل أن يخرج هو من الحرز فلا قطع عليه لان يده ليست بثابتة عليه عند الخرج من الحرز فان لم يظهر عليه حتى خرج وأخذ ما كان رمى به خارج الحرز يقطع وروى عن زفر رحمه الله أنه لا يقطع (وجهه) قوله ان الاخذ من الحرز لا يتم الا بالاخراج منه والرمي ليس باخراج والاخذ من الخارج ليس اخذا من الحرز فلا يكون سرقة (ولنا) ان المال في حكم يده ما لم تثبت عليه يد غيره فقد وجد منه الاخذ والاخراج من الحرز ولو رمى به الى صاحب له خارج الحرز فاخذه المرمى اليه فلا قطع على واحد منهما (أما) الخارج فلانه لم يوجد منه الاخذ من الحرز (وأما) الداخل فلانه لم يوجد منه الاخراج من الحرز لثبوت يده بالخارج عليه ولو ناول صاحباً له مناولة من وراء الجدار ولم يخرج هو فلا قطع على واحد منهما عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يقطع الداخل ولا يقطع الخارج اذا كان الخارج لم يدخل يده الى الحرز (وجهه) قولهما ان الداخل لما ناول صاحبه فقد أقام يد صاحبه مقام يده فكانه خرج والمال في يده (وجهه) قوله على نحو ما ذكرنا في المسئلة المتقدمة أنه لا سبيل الى ايجاب القطع على الخارج لانعدام فعل السرقة منه وهو الاخذ من الحرز ولا سبيل الى ايجابه على الداخل لانعدام ثبوت يده عليه حالة الخرج من الحرز لثبوت يده صاحبه بخلاف ما اذا رمى به الى السكة ثم خرج وأخذه لانه لم تثبت عليه يد غيره فهو في حكم يده فكانه خرج به حقيقة وان كان الخارج ادخل يده في الحرز فاخذه من يد الداخل فلا قطع على واحد منهما في قول أبي حنيفة وقال

أبو يوسف أقطعهما جميعا (أما) عدم وجوب القطع على الداخل على أصل أبي حنيفة رحمه الله فلم يعد الاخراج من الحرز بحقيقته أنه لو أخرج يده وناول صاحباً لم يقطع فعند عدم الاخراج أولى والوجوب عليه على أصل أبي يوسف رحمه الله لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة (وأما) الكلام في الخارج فبني على مسئلة أخرى وهي ان السارق اذا تقب منزلاً وأدخل يده فيه وأخرج المتاع ولم يدخل فيه هل يقطع ذكر في الاصل وفي الجامع الصغير أنه لا يقطع ولم يحك خلافاً وقال أبو يوسف في الاملاء أقطع ولا ابالي دخل الحرز أو لم يدخل وعلى هذا الخلاف اذا تقب ودخل وجمع المتاع عند التقب ثم خرج وأدخل يده فرفع (وجه) قوله ان الركن في السرقة هو الاخذ من الحرز فاما الدخول في الحرز فليس بركن ألا ترى أنه لو أدخل يده في الصندوق أو في الجوالق وأخرج المتاع يقطع وان لم يوجد الدخول ولهما ما روى عن سيدنا على رضي الله عنه أنه قال اذا كان اللص ظريفاً لم يقطع قيل وكيف يكون ظريفاً قال يدخل يده الى الدار ويمكنه دخولها ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون اجماعاً ولا نهيك الحرز على سبيل الكمال شرط لان به تكامل الجنابة ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول الا بالدخول ولم يوجد بخلاف الاخذ من الصندوق والجوالق لان هتكهما بالدخول متعذر فكان الاخذ باذخال اليد فيها هتكاً متكاملاً فيقطع ولو أخرج السارق المتاع من بعض بيوت الدار الى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار لان الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد ألا ترى انه اذا قيل لصاحب الدار احفظ هذه الوديعة في هذا البيت فحفظ في بيت آخر فضاعت لم يضمن وكذا اذا أذن لانيسان في دخول الدار فدخلا فسرق من البيت لا يقطع وان لم يأذن له بدخول البيت دل ان الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد فلم يكن الاخراج الى صحن الدار اخراجاً من الحرز بل هو نقل من بعض الحرز الى البعض بمنزلة النقل من زاوية الى زاوية أخرى هذا اذا كانت الدار مع بيوتها رجل واحد فاما اذا كان كل منزل فيها رجل فخرج المتاع من البيت الى الساحة يقطع لان كل بيت حرز على حدة فكان الاخراج منه اخراجاً من الحرز وكذلك اذا كان في الدار حجر ومقاصير فسرق من مقصورة منها وخرج به الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة منها حرز على حدة فكان الاخراج منها اخراجاً من الحرز بمنزلة الدار المختلفة في محلة واحدة ولو تقب رجلان ودخل أحدهما فاستخرج المتاع فلما خرج به الى السكة حملاه جميعاً ينظران عرف الداخل منهما بعينه قطع لانه هو السارق لوجود الاخذ والاخراج منه ويعزر الخارج لانه أعانه على المعصية وهذه معصية ليس فيها حد مقدر فيعزر وان لم يعرف الداخل منهما لم يقطع واحد منهما لان من عليه القطع مجهول ويعزر ان أما الخارج فلما ذكرنا وأما الداخل فلا رتكاباً جناية لم يستوف فيها الحد لعذر فتعين التعزير ولو تقب بيت رجل ودخل عليه مكابرة ليلا حتى سرق منه متاعه يقطع لانه ان لم يوجد الاخذ على سبيل الاستخفاء من المالك فقد وجد من الناس لان القوثة لا يلحق بالليل لكونه وقت نوم وغفلة فتحققت السرقة والله تعالى أعلم وأما التسبب فهو ان يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعاً ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل فالقياس ان لا يقطع الا الحامل خاصة وهو قول زفر وفي الاستحسان يقطعون جميعاً (وجه) القياس ان ركن السرقة لا يتم الا بالاخراج من الحرز وذلك وجد منه مباشرة فاما غيره فتعين له والحد يجب على المباشر لا على المعين كحد الزنا والشرب (وجه) الاستحسان ان الاخراج حصل من الكل معنى لان الحامل لا يقدر على الاخراج الا باعانة الباقيين وترصدهم للدفع فكان الاخراج من الكل من حيث المعنى ولهذا الحق المعين بالمباشر في قطع الطريق وفي الغنيمة كذا هذا ولان الحامل عامل لهم فكانهم حملوا المتاع على حماء وساقوه حتى أخرجوه من الحرز ولان السارق لا يسرق وحده عادة بل مع أصحابه ومن عادة السراق انهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والاخراج بل يرصد البعض فلوجعل ذلك ما نعام وجوب القطع لا نسد باب القطع وانفتح باب السرقة وهذا لا يجوز ولهذا ألحقت الاعانة بالمباشرة في باب قطع الطريق كذا هذا والله تعالى أعلم

فصل وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى السارق وبعضها يرجع الى المروق وبعضها يرجع الى المروق منه

وبعضها يرجع الى السرور وفيه وهو المكان أما ما يرجع الى السارق فاهلية وجوب القطع وهي العقل والبلوغ فلا يقطع الصبي والمجنون لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ أخبر عليه الصلاة والسلام ان القلم مرفوع عنهما وفي إيجاب القطع اجراء القلم عليهما وهذا خلاف النص ولان القطع عقوبة فيستدعي جنابة وفعلهما لا يوصف بالجنابات ولهذا لم يجب عليهما سائر الحدود كذا هذا ويضمنان السرقة لان الجنابة ليست بشرط لوجوب ضمان المال وان كان السارق يحبس مدة ويفيق أخرى فان سرق في حال جنونه لم يقطع وان سرق في حال الافاقة يقطع ولو سرق جماعة فيهم صبي أو مجنون يدرأ عنهم القطع في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصبي والمجنون هو الذي تولى إخراج المتاع درى عنهم جميعاً وان كان وليه غيرهما قطعوا جميعاً الا الصبي والمجنون (وجهه) قوله ان الإخراج من الحرز هو الاصل في السرقة والا عانة كالتابع فاذا وليه الصبي أو المجنون فقد أتى بالاصل فاذا لم يجب القطع بالاصل كيف يجب بالتابع فاذا وليه بالغ عاقل فقد حصل الاصل منه فسقوطه عن التبع لا يوجب سقوطه عن الاصل (وجهه) قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله ان السرقة واحدة وقد حصلت ممن يجب عليه القطع ومن لا يجب عليه القطع فلا يجب القطع على أحد كالعالم مع الخاطيء اذا اشتراك في القطع او في القتل وقوله الإخراج أصل في السرقة مسلم لكنه حصل من الكل معنى لاتحاد الكل في معنى التعاون على ما بينا فيما تقدم فكان إخراج غير الصبي والمجنون كإخراج الصبي والمجنون ضرورة الاتحاد وعلى هذا الخلاف اذا كان فيهم ذور رحم محرم من السرور منه انه لا يقطع على أحد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يدرأ عن ذى الرحم المحرم ويجب على الاجنبي ولا خلاف في انه اذا كان فيهم شريك السرور منه انه لا يقطع على أحد فاما الذي كورة فليست بشرط لثبوت الاهلية فتقطع الاثني لقوله تعالى عز شأنه والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وكذلك الحرية فيقطع العبد والامة والمدير والمكاتب وأم الولد لعموم الآية الشريفة ويستوى الآبق وغيره لما قلنا وذكر في الموطأ ان عبد الله بن سيد ناعم رضي الله عنهما سرق وهو آبق فبعث به عبد الله الى سعيد بن العاص رضي الله عنه ليقطع يده فأبى سعيد ان يقطع يده وقال لا يقطع يد الآبق اذا سرق فقال عبد الله في أيام كتاب الله تعالى عز شأنه وجدت هذا أن العبد الآبق اذا سرق لا تقطع يده فامر به عبد الله رضي الله عنه فقطعت يده ولان الذي كورة والحرية ليست من شرائط سائر الحدود فكذا هذا الحد وكذا الاسلام ليس بشرط فيقطع المسلم والكافر لعموم آية السرقة

فصل وأما ما يرجع الى السرور فأنواع (منها) ان يكون مالا مطلقا لا قصور في مالتيه ولا شبهة وهو ان يكون مما يتولاه الناس ويعدونه مالا لان ذلك يشعر بمزته وخطره عندهم ومالا يتولونه فهو تافه فقير وقد روى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها انها قالت لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه وهذا من ايمان شرع متقرر ولان التفاهة تخل في الحرز لان التافه لا يجرز عادة أو لا يجرز احرار الخطر والجرز المطلق شرط على ما ذكر وكذا تخل في الركن وهو الاخذ على سبيل الاستخفاء لان أخذ التافه مما لا يستخفى منه فيتمكن الخلل والشبهة في الركن والشبهة في باب الحدود ملحقه بالحقيقة ويخرج على هذا مسائل اذا سرق صبي احراراً لا يقطع لان الحر ليس بمال ولو سرق صبياً عبد لا يتكلم ولا يعقل يقطع في قول أبي حنيفة وروى عن أبي يوسف رحمه الله لا يقطع (وجهه) ان العبد ليس بمال محض بل هو مال من وجه آدمي من وجهه فكان محل السرقة من وجهه دون وجهه فلا تثبت الحلية بالشك فلا يقطع كالصبي العاقل (ولنا) انه مال من كل وجه لوجود معنى المالية فيه على الكمال ولا يندله على نفسه فيتحقق ركن السرقة كالبهيمة وكونه آدمياً لا ينفى كونه مالا فهو آدمي من كل وجه ومال من كل وجه لعدم التنافي فيتملى القطع بسرقة من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي بخلاف العاقل لانه وان كان مالا من كل وجه لكنه في يده نفسه فلا يتصور ثبوت يد غيره عليه للتنافي فلا يتحقق فيه ركن السرقة وهو الاخذ ولو سرق ميتة أو جلد ميتة لم يقطع لانعدام المال

ولا يقطع في التسبب والحشيش والقصب والخطب لأن الناس لا يتمولون هذه الأشياء ولا يظنون بها عدم عزتها وقلة
 خطرها عندهم بل يعدون الظنة بهما من باب الخساسة فكانت تافهة ولا قطع في التراب والطين والجص واللبن والنورة
 والا تجز والفخار والزجاج لتفاهتها فرق بين التراب وبين الخشب حيث سوى في التراب بين المعمول منه وغير
 المعمول وفرق في الخشب لأن الصنعة في الخشب أخرجته عن حد التفاهة والصنعة في التراب لم تخرجه عن كونه تافهاً
 يعرف ذلك بالرجوع إلى عرف الناس وعاداتهم ومن أمحاًبنا من فصل في الجواب في الزجاج بين المعمول وغير المعمول
 كما في الخشب ومنهم من سوى بينهما وهو الصحيح لأن الزجاج بالعمل لم يخرج عن حد التفاهة لأنه يتسارع إليه
 الكسر بخلاف الخشب ولا يقطع في الخشب إلا إذا كان معمولاً بأن صنع منه أبواباً أو آنية ونحو ذلك ما خلا الساج
 والقنا والابنوس والصندل لأن غير المصنوع من الخشب لا يتمول عادة فكان تافهاً وبالصنعة يخرج عن التفاهة
 فيتمول وأما الساج والابنوس والصندل فأموال لها عزة وخطر عند الناس فكانت أموالاً مطلقة (وأما) العاج فقد
 ذكر محمد أنه لا يقطع إلا في المعمول منه وقيل هذا الجواب في العاج الذي هو من عظم الجمل فلا يقطع إلا في المعمول
 منه لأنه لا يتمول لتفاهته ويقطع في المعمول لخروجه عن حد التفاهة بالصنعة كالخشب المعمول فاما ما هو من عظم
 القيل فلا يقطع فيه أصلاً سواء كان معمولاً أو غير معمول لأن الفقهاء اختلفوا في ماليته حتى حرم بعضهم بيعه
 والانتفاع به فأوجب ذلك قصوراً في المالية ولا قطع في قصب النشاب فإن كان اتخذ منه نشاباً قطع لما قلنا في
 الخشب ولا قطع في القرون معمولة كانت أو غير معمولة وقال أبو يوسف إن كانت معمولة وهي تساوي عشرة
 دراهم قطع قيل إن اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع وفوض المسئلة على قول أبي حنيفة رحمه الله في قرون
 الميتة لأنها ليست بمال مطلق لاختلاف الفقهاء في ماليتها وجواب أبي يوسف رحمه الله في قرون المذكي فلم
 يوجب القطع في غير المعمول منها لأنهم من أجزاء الحيوان وأوجب في المعمول كما في الخشب المعمول وعن محمد في
 جلود السباع المدبوغة أنه لا قطع فيها فإن جعلت مصلاة أو بساطاً قطع لأن غير المعمول منها من أجزاء الصيد
 ولا قطع في الصيد فكذا في أجزائه وبالصنعة صارت شيئاً آخر فاشبه الخشب المصنوع وهذا يدل على
 أن محمد لم يعتد بخلاف من يقول من الفقهاء أن جلود السباع لا تظهر بالذكاة ولا بالدباغ ولا قطع في البوارى
 لأنها تافهة لتفاهة أصلها وهو القصب ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد ولا في سرقة الملاحى من الطبل والدف
 والمزمار ونحوها لأن هذه الأشياء مما لا يتمول أو في ماليتها قصوراً لا ترى أنه لا ضمان على كاسر الملاحى عند أبي
 يوسف ومحمد ولا على قاتل السكاب والفهد عند بعض الفقهاء ولو سرق مصحفاً أو صحيفة فيها حديث أو عربية
 أو شعر فلا قطع وقال أبو يوسف يقطع إذا كان يساوي عشرة دراهم لأن الناس يدخرونها ويعدون منها من نقائس
 الأموال (ولنا) أن المصحف الكريم يدخر لا للتمول بل للقراءة والوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين
 والدينا والعمل به وكذلك صحيفة الحديث وصحيفة العربية والشعر يقصدها معرفة الامثال والحكم لا التمول (وأما)
 دفاتر الحساب ففيها القطع إذا بلغت قيمتها نصاً بالان ما فيها لا يصلح مقصوداً بالاحذف كان المقصود هو قدر البياض
 من الكاغد وكذلك الدفاتر البيضاء إذا بلغت نصاً بالما قلنا وعلى هذا يخرج ما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله إن كل
 ما يوجد جنسه تافهاً مباح في دار الاسلام فلا قطع فيه لأن كل ما كان كذلك فلا عزله ولا خطر فلا يتموله الناس فكان
 تافهاً والاعتماد على معنى التفاهة دون الاباحة لما ذكر ان شاء الله تعالى وعن أبي حنيفة أنه لا قطع في عفص ولا
 اهليلج ولا اشنان ولا فحم لأن هذه الأشياء مباحة الجنس في دار الاسلام وهي تافهة وروى عن أبي يوسف أنه لا
 يقطع في العفص والاهليلج والادوية اليابسة ولا قطع في طير ولا صيد وحشياً كان أو غيره لأن الطير لا يتمول عادة
 وقد روى عن سيدنا عثمان وسيدنا علي رضي الله عنهما أنهم قالوا لا قطع في الطير ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك
 فيكون اجماعاً وكذلك ما علم من الجوارح فصار صيداً فلا قطع على سراقته لأنه وإن علم فلا يعد مالاً وعلى هذا يخرج

النباش أنه لا يقطع فباأخذ من القبور في قولهما وقال أبو يوسف يقطع (وجه) قوله أنه أخذ مالا من حر زمثله فيقطع كالأخذ من البيت ولهما أن الكفن ليس بمال لأنه لا يتمول بحال لأن الطباع السليمة تنفر عنه أشد النفر فكان تأفها ولئن كان مالا ففي ماليته قصور لأنه لا ينتفع به مثل ما ينتفع بلباس الحى والقصور فوق الشبهة ثم الشبهة تنفي وجوب الحد فالتقصير أولى روى الزهرى أنه قال أخذ نباش في زمن مروان بالمدينة فاجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم متوافرون أنه لا يقطع وعلى هذا يخرج سرقة ما لا يحتمل الادخار ولا يبقى من سنة إلى سنة بل يتسارع إليه الفساد أنه لا يقطع فيه لأن ما لا يحتمل الادخار لا يعد مالا فلا يقطع في سرقة الطعام الرطب والبقول والقواكه الرطبة في قولهما وعند أبي يوسف يقطع (وجه) قوله أنه مال منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق فكان مالا فيقطع كما في سائر الأموال ولهما أن هذه الأشياء مما لا يتمول عادة وإن كانت صالحة للانتفاع بها في الحال لأنها لا تحتمل الادخار والأمسك إلى زمان حدوث الحوائج في المستقبل فقل خطرهما عند الناس فكانت تأفها ولو سرق تمر من نخلة أو شجر آخر معلقاً فيه فلا يقطع عليه وإن كان عليه حائط استوتة وأمنه وأحرزوه أو هناك حائط لأن ما على رأس النخل لا يعد مالا ولأنه مادام على رأس الشجر لا يستحكم جفافه فيتسارع إليه الفساد وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقطع في تمر ولا كثر قال محمد بن النضر ما كان في الشجر والكثرة الجار فإن كان قد جذ التمر وجعله في جرين ثم سرق فإن كان قد استحكم جفافه قطع لأنه صار مالا مطلة أقبالاً للادخار وإليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال لا يقطع في تمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين فإذا آواه فبلغ من الجن فقيهه القطع لأنه لا يؤويه الجرين مالم يستحكم جفافه عادة فإذا استحكم جفافه لا يتسارع إليه الفساد فكان مالا مطلقاً وكذلك الحنطة إذا كانت في سنبلها فهي بمنزلة التمر المعلق في الشجر لأن الحنطة مادامت في السنبل لا تعد مالا ولا يستحكم جفافها أيضاً (وأما) الفاكهة اليابسة التي تبقى من سنة إلى سنة فالصحيح من الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقطع فيما يتمول الناس أيها القبولها الادخار فأنعدم معنى التفاهة المانعة من وجوب القطع وروى عنه أنه سوي بين رطب الفاكهة ويابسها وليست بصحيحة ولو سرق من الحائط نخلة باصلها لا يقطع لأن أصل النخلة مما لا يتمول فكان تأفها وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقطع في تمر ولا كثر وقيل في تفسير الكثرة النخل الصفار ويقطع في الحناء والوسمة لأنه لا يتسارع إليه الفساد فلم يخل معنى المالية ولا يقطع في اللحم الطرى والصفيق لأنه لا يتسارع إليه الفساد وكذلك لا يقطع في السمك طرياً كان أو مالحاً لأن الناس لا يعدونه مالا لتفاهته ولتسارع الفساد إلى الطرى منه ولما أنه يوجد جنسه مباحاً في دار الإسلام ولا يقطع في اللبن لأنه لا يتسارع إليه الفساد فكان تأفها ويقطع في الخل والدبس لعدم التفاهة ألا ترى أنه لا يتسارع إليهما الفساد ولا يقطع في عصير العنب وقيع الزبيب ونبذ التمر لأنه لا يتسارع إليه الفساد فكان تأفها كاللبن ولا يقطع في الطلاء وهو المثلث لأنه مختلف في إباحته وفي كونه مالا فكان قاصراً في معنى المالية وكذلك المطبوخ أدنى طبخة من قيع الزبيب ونبذ التمر لا اختلاف الفقهاء في إباحة شربه وأما المطبوخ أدنى طبخة من عصير العنب فلا شك أنه لا يقطع فيه لأنه حرام فلم يكن مالا ويقطع في الذهب والفضة لأنهما من أعز الأموال ولا تفاهة فيهما بوجه وكذلك الجواهر واللاكي لما قلنا وبهذا تبين أن التعويل في هذا الباب في منع وجوب القطع على معنى التفاهة وعدم المالية لا على إباحة الجنس لأن ذلك موجود في الذهب والفضة والجواهر واللاكي وغيرها ويقطع في الجيوب كلها وفي الأدهان والطيب كالعود والمسك وما أشبه ذلك لأن عدم معنى التفاهة ويقطع في الكتان والصوف والخز ونحو ذلك ويقطع في جميع الأواني من الصفر والحديد والنحاس والرصاص لما قلنا وكذلك لو سرق النحاس نفسه أو الحديد نفسه أو الرصاص لعز هذا الأشياء وخطرها في أنفسها كالذهب والفضة ومنها أن يكون متقوماً مطلقاً فلا يقطع في سرقة التمر من مسلم مسلماً كان السارق أو ذمياً لأنه لا قيمة للتمر في حق المسلم وكذا الذي إذا سرق من ذمي خمر أو خنزيراً لا يقطع

لانه وان كان متقوماً عندهم فليس بمتقوم عندنا فلم يكن متقوماً على الاطلاق ولا يقطع في المباح الذي ليس بملوك وان كان مالاً لانعدام تقومه والله تعالى أعلم ومنها أن يكون مملوك كافي نفسه فلا يقطع في سائر المباحات التي لا يملكها أحد وان كانت من نقائص الاموال من الذهب والفضة والجواهر المستخرجة من معادن العدم المالك وعلى هذا أيضاً يخرج النباش على أصل أبي حنيفة ومحمد أنه لا يقطع لان الكفن ليس بملوك لانه لا يخلو ما أن يكون على ملك الميت واما ان يكون على ملك الورثة لا سبيل الى الاول لان الميت ليس من أهل الملك ولا وجه للثاني لان ملك الوارث مؤخر عن حاجة الميت الى الكفن كما هو مؤخر عن الدين والوصية فلم يكن مملوكاً أصلاً ومنها أن لا يكون للسارق فيه ملك ولا تأويل الملك أو شبهته لان المملوك أو ما فيه تأويل الملك أو الشبهة لا يحتاج فيه الى مسارقة الاعين فلا يتحقق ركن السرقة وهو الاخذ على سبيل الاستخفاء والاستسرار على الاطلاق ولان القطع عقوبة السرقة قال الله في آية السرقة جزاء بما كسبنا نكالاً من الله فيستدعى كون الفعل جنائية محضمة وأخذ المملوك للسارق لا يقع جنائية أصلاً فالأخذ بتأويل الملك أو الشبهة لا يتم محض جنائية فلا يوجب القطع اذا عرف هذا فنقول لا يقطع على من سرق ما أعاره من انسان أو أجره منه لان ملك الرقبة قائم ولا على من سرق رهنه من بيت المرتهن لان ملك العين له وانما الثابت للمرتهن حق الحبس لا غير ولو كان الرهن في يد العدل فسرقة المرتهن أو الراهن فلا يقطع على واحد منهما أما الراهن فلما ذكرنا انه ملكه فلا يجب القطع بأخذه وان منع من الاخذ كما لا يجب الحد عليه بوطئه الجارية المهرهنة وان منع من الوطء (وأما) المرتهن فلان يد العدل يده من وجهه لان منفعة يده عائدة اليه لانه يمسكه لحقه فاشبهه يد المودع ولا على من سرق مالا مشتركاً بينه وبين المسروق منه لان المسروق ملكهما على الشيوع فكان بعض المأخوذ ملكه فلا يجب القطع بأخذه فلا يجب بأخذ الباقي لان السرقة سرقة واحدة ولا على من سرق من بيت المال الخمس لان له فيه ملكاً وحققاً ولو سرق من عبده المأذون فان لم يكن عليه دين فلا يقطع لان كسبه خالص ملك المولى وان كان عليه دين يحيط به وبما في يده لا يقطع أيضاً (أما) على أصلهما فظاهر لان كسبه ملك المولى وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله ان لم يكن ملكه فله فيه ضرب اختصاص يشبه الملك ألا ترى أنه يملك استخلاصه لنفسه بقضاء دينه من مال آخر فكان في معنى الملك ولهذا لو كان الكسب جارية لم يحجز له أن يتزوجها فيورث شبهة أو نقول اذا لم يملكه المولى ولا المأذون يملكه أيضاً لانه عبد مملوك لا يقدر على شيء والغرماء لا يملكون أيضاً فهذا مال مملوك لا مالك له معين فلا يجب القطع بسرقة كمال بيت المال وكمال الغنيمة ولو سرق من مكاتبه لم يقطع لان كسب مكاتبه ملكه من وجهه أو فيه شبهة الملك له ألا ترى أنه لو كان جارية لم يحجز له أن يتزوجها والملك من وجهه أو شبهة الملك يمنع وجوب القطع مع ما أن هذا ملك موقوف على المكاتب وعلى مولاه في الحقيقة لانه ان ادعى تبين انه كان ملك المولى فتبين انه أخذ مال نفسه وان عجز فرد في الرق تبين انه كان ملك المكاتب فكان الملك موقوفاً للحال فوجب شبهة فلا يجب القطع كاحد المتبايعين اذا سرق ما شرط فيه الخيار ولا يقطع على من سرق من ولده لان له في مال ولده تأويل الملك أو شبهة الملك لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك فظاهر الاضافة اليه بلام التملك يقتضي ثبوت الملك له من كل وجه الا انه لم يثبت لدليل ولا دليل في الملك من وجهه فيثبت أو يثبت لشبهة الملك وكل ذلك يمنع وجوب القطع لانه يورث شبهة في وجوبه (وأما) السرقة من سائر ذي الرحم المحرم فلا توجب القطع أيضاً لكن لقد شرط آخر ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ولودخل لص دار رجل فأخذ ثوباً فشقه في الدار نصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم مشقوقاً يقطع في قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع ولو أخذ شاة فذبحها ثم أخرجهامذبوحة لا يقطع بالاجماع (وجه) قوله أن السارق وجد منه سبب ثبوت الملك قبل الاخراج وهو الشق لان ذلك سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان يوجب ملك المضمون من وقت وجود السبب على أصل أصحابنا وذلك يمنع وجوب القطع ولهذا لم يقطع اذا كان المسروق شاة فذبحها ثم أخرجهامذبوحة كذا هذا ولهما أن السرقة تمت في ملك

المسروق منه فيوجب القطع وإنما قلنا ذلك لأن الثوب المشقوق لا يزول عن ملكه مادام مختار اللعين وإنما زول عند اختيار الضمان قبل الاختيار كان الثوب على ملكه فصار سارقاً أو بين قيمتهما عشرة دراهم فيقطع وهكذا نقول في الشاة أن السرقة تمت في ملك المسروق منه إلا أنها تمت في اللحم ولا قطع في اللحم وقوله وجب الضمان عليه بالشق قلنا قبل الاختيار ممنوع فإذا اختار تضمين السارق وسلم الثوب إليه لا يقطع لأنه عند اختيار الضمان ما ملكه من حين وجود الشق فتبين أنه أخرج ملك نفسه عن الحرز فلا قطع عليه وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندي وأبي رحمه الله أنه قال موضوع المسئلة أنه شق الثوب عرضاً فمالوشة طولاً فلا قطع لأنه بالشق طولاً خرقه خرقاً متفاحشاً فيملكه بالضمان وذكر ابن سباعة أن السارق إذا خرق الثوب تخرقاً يستهلكه أو قيمته بعد تخريقه عشرة أنه لا قطع عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهذا يؤيد قول الفقيه أبي جعفر الهندي وأبي رحمه الله لأن التخريق إذا وقع استهلاكاً أو وجب استقرار الضمان وذلك يوجب ملك المضمون وإذا لم يقع استهلاكاً كان وجوب الضمان فيه موقفاً على اختيار المالك فلا يجب قبل الاختيار فلا يملك المضمون والله تعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما إذا سرق عشرة دراهم من غريم له عليه عشرة أنه لا يقطع لأنه ملك المأخوذ بنفسه إلا أخذ فصار قصاصاً بحقه فلم يبق في حق هذا المال سارقاً فلا يقطع ولو كان المسروق من خلاف جنس حقه يقطع لأنه لا يملكه بنفسه إلا أخذ بل بالاستبدال والبيع فكان سارقاً لملك غيره فيقطع كالأجنبي إذا قال أخذه لاجل حق على ما ذكر وههنا جنس من المسائل يمكن تخريجها إلى أصل آخر هو أولى بالتخريج عليه وسند كرهه أن شاء الله تعالى بعد منها أن يكون معصوماً ليس للسارق فيه حق الأخذ ولا تأويل الأخذ ولا شبهة التناول لأن القطع عقوبة محضة فيستدعي جنابة محضة وأخذ غير المعصوم لا يكون جنابة أصلاً وما فيه تأويل التناول أو شبهة التناول لا يكون جنابة محضة فلا تناسبه العقوبة المحضة ولأن ما ليس بمعصوم يؤخذ بجاهرة لا بمخافة فيتمكن الخلل في ركن السرقة وإذا عرف هذا فنتقول لا قطع في سائر المباحات التي لا يملكها أحد ولا في المباح المملوك وهو مال الحر في دار الحرب (وأما) مالى الحربى المستأمن في دار الاسلام فلا قطع فيه استحساناً والقياس أن يقطع (وجه) القياس أنه سرق مالا معصوماً لأن الحربى استفاد العصمة بالامان بمنزلة الذمى ولهذا كان مضموناً بالاتلاف كمال الذمى (وجه) الاستحسان أن هذا مال فيه شبهة الإباحة لأن الحربى المستأمن من أهل دار الحرب وإنما دخل دار الاسلام ليقضى بعض حوائجه ثم يعود عن قريب فكونه من أهل دار الحرب يوزن شبهة الإباحة في ماله ولهذا أوردت شبهة الإباحة في دمه حتى لا يقتل به المؤمن قصاصاً ولا أنه كان مباحاً وإنما تثبت العصمة بعارض أمان هو على شرف الزوال فعند الزوال يظهر أن العصمة لم تكن على الأصل المعهودان كل عارض على أصل إذا زال يلحق بالعدم من الأصل كأنه لم يكن فيجعل كان العصمة لم تكن ثابتة بخلاف الذمى لأنه من أهل دار الاسلام وقد استفاد العصمة بامان مؤبد فكان معصوماً بالدم والمال عصمة مطلقة ليس فيها شبهة الإباحة وبخلاف ضمان المال لأن الشبهة لا تمنع وجوب ضمان المال لأنه حق العبد وحق العباد لا تسقط بالشبهات وكذا لا قطع على الحربى المستأمن في سرقة مال المسلم أو الذمى عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأنه أخذه على اعتقاد الإباحة ولذا لم يلتزم أحكام الاسلام وعند أبي يوسف يقطع والخلاف فيه كالحلاف في حد الزنا ولا يقطع العادل في سرقة مال الباغى لأن ماله ليس بمعصوم في حقه كنفسه ولا الباغى في سرقة مال العادل لأنه أخذه عن تأويل وتأويله وإن كان فاسد الكن والتأويل الفاسد عند انضمام المنفعة إليه ملحق بالتأويل الصحيح في منع وجوب القطع ولهذا الحق به في حق منع وجوب القصاص والحد والله تعالى أعلم وعلى هذا يخرج السرقة من الغريم وجملة الكلام فيه أن الأمر لا يخلو أما أن كان سرق منه من جنس حقه وأما أن كان سرق منه خلاف جنس حقه فإن سرق جنس حقه بان سرق منه عشرة دراهم وله عليه عشرة فإن كان دينه عليه حالاً لا يقطع لأن الأخذ مباح له لأنه ظفر بجنس حقه ومن له الحق إذا ظفر بجنس حقه يباح له أخذه وإذا أخذه يصير مستوفياً حقه وكذلك إذا سرق منه أكثر من مقدار حقه لأن

بعض المأخوذ حقه على الشيوع ولا قطع فيه فكذلك في الباقي كما اذا سرق مالا مشتركا وان كان دينه مؤجلا فالقياس أن يقطع وفي الاستحسان لا يقطع (وجه) القياس ان الدين اذا كان مؤجلا فليس له حق الاخذ قبل حلول الاجل ألا ترى ان الغريم ان يسترده منه فصار كما لو سرقه أجنبي (وجه) الاستحسان ان حق الاخذ ان لم يثبت قبل حل الاجل فبسبب ثبوت حق الاخذ قائم وهو الدين لان تأثير التأجيل في تأخير المطالبة لا في سقوط الدين فقيام سبب ثبوته يورث الشبهة وان سرق خلاف جنس حقه بان كان عليه دراهم فسرقت منه دنانير او عر وضاقطع هكذا أطلق الكرخي رحمه الله وذكري في كتاب السرقة انه اذا سرق العروض ثم قال أخذت لاجل حق لا يقطع فيحمل مطلق قول الكرخي على المطلق وهو ما اذا سرق ولم يقل أخذت لاجل حق لانه اذا لم يقل فقد أخذ مالا ليس له حق أخذه ألا ترى أنه لا يصير قصاصا الا بالاستبدال والتراضي ولم يتأول الاخذ أيضا فكان أخذه بغير حق ولا شبهة حق وهذا يدل على انه لا يعيد بخلاف قول من يقول من الفقهاء ان لصاحب الحق اذا ظفر بخلاف جنس حقه أن يأخذه لانه قول لم يقل به أحد من السلف فلا يعتبر خلافا مؤذنا للشبهة واذا قال أخذت لاجل حق فقد أخذه متأولا لانه اعتبر المعنى وهي المالية لا الصورة والا موال كلها في معنى المالية متجانسة فكان أخذا عن تأويل فلا يقطع ولو أخذ نصف من الدراهم أجود من حقه أو أورد لم يقطع لان المأخوذ من جنس حقه من حيث الاصل وانما خالفه من حيث الوصف ألا يرى أنه لورضي به يصير مستوفيا حقه ولا يكون مستبدا حتى يجوز في الصرف والسلم مع أن الاستبدال ببدل الصرف والسلم لا يجوز واذا كان المأخوذ من جنس حقه من حيث الاصل تثبت شبهة حق الاخذ فيلحق بالحقيقة في باب الحد كما في الدين المؤجل ولو سرق حليا من فضة وعليه دراهم أو حليا من ذهب وعليه دنانير يقطع لان هذا لا يصير قصاصا من حقه الا بالرضا ويكون ذلك بيعا واستبدالاً فأشبهه العروض وان كان السارق قد استهلك العروض أو الحلي ووجبت عليه قيمته وهو مثل الذي عليه من العين فان هذا يقطع أيضا لان المقاصد انما تقع بعد الاستهلاك فلا يوجب سوى القطع ولو سرق مكاتب أو عبد من غريم مولاه يقطع لانه ليس له حق قبض دين المولى من غير أمره فصار كالاجنبي حتى لو كان المولى وكله بقبض الدين لا يقطع لثبوت حق القبض له بالوكالة فصار كصاحب الدين ولو سرق من غريم مكاتبه أو من غريم عبده المأذون فان لم يكن على العبد دين لم يقطع لان ذلك ملك مولاه فكان له حق أخذه وان كان عليه دين قطع لانه ليس له حق القبض فصار كالاجنبي ولو سرق من غريم ابسه أو ولده يقطع لانه لاحق له فيه ولا في قبضه الا اذا كان غريم ولده الصغير فلا يقطع لان حق القبض له كما في دين نفسه والله تعالى أعلم وعلى هذا أيضا يخرج سرقة المصحف على أصل أبي حنيفة انه لا قطع فيه لان له تأويل الاخذ ان الناس لا يضمنون ببذل المصاحف الشريفة لقراءة القرآن العظيم عادة فاخذه الاخذ متأولا وكذلك سرقة البربط والطبل والمزمار وجميع آلات الملاهي لان أخذها يتأول انه يأخذها منع المالك عن المعصية ونهيته عن المنكر وذلك مأمور به شرعا وكذلك سرقة شطرنج ذهب أو فضة لما قلنا وكذلك سرقة صليب أو صنم من فضة من حرز لانه يتأول انه أخذه للكسر (وأما) الدراهم التي عليها التماثيل فيقطع فيها لانها لا تعبد عادة فلا تأويل له في الاخذ للمنع من العبادة فيقطع وعلى هذا يخرج ما اذا قطع سارق في مال ثم سرقه منه سارق آخر انه لا يقطع لان المسروق ليس بمعصوم في حق المسروق منه ولا متقوم في حقه لسقوط عصمته وتقومه في حقه بالقطع ولان كون يد المسروق منه يدا صحيحة شرط وجوب القطع ويد السارق ليست يدا صحيحة لما نذكره ان شاء الله تعالى ولو سرق مالا فقطع فيه فرده الى المالك ثم عاد فسرقه منه ثانيا فجملة الكلام فيه ان المردود لا يخلو اما ان كان على حالة لم يتغير واما ان أحدث المالك فيه ما يوجب تغييره فان كان على حاله لم يقطع استحسانا والقياس ان يقطع وهو رواية الحسن عن أبي يوسف وبه أخذ الشافعي رحمه الله (أما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فبني على ان العصمة الثابتة للمسروق حقا للعبد قد سقطت عند السرقة الاولى لضرورة وجوب القطع على أصلنا وعلى أصله لم تسقط بل بقيت على ما كانت وسنذكر

تقر بهذا الاصل في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الكلام مع أبي يوسف (وجه) ماوى أن المحل وان سقطت قيمته الثابتة حقاً للمالك في السرقة الاولى فقد عادت بالرد الى المالك ألا ترى انها عادت في حق الضمان حتى لو أتلفه السارق يضمن فكذا في حق القطع (ولنا) أن العصمة وان عادت بالرد لكن مع شبهة العدم لان السقوط لضرورة وجوب القطع وأثر القطع قائم بعد الرد فيورث شبهة في العصمة ولا نه سقطت تقوم المسروق في حق السارق بانقطع في السرقة الاولى ألا ترى أنه لو أتلفه لا يضمن وأثر القطع بعد الرد قائم فيورث شبهة عدم التقوم في حقه فيمنع وجوب القطع ولا يمنع وجوب الضمان لان الضمان لا يستقط بالشبهة لما بينا هذا اذا كان المردود على حاله لم يتغير (فاما) اذا حدث المالك فيه حداً بوجوب تغييره عن حاله ثم سرقة السارق الاول فالاصل فيه أنه لو فعل فيه ما لوفعله الغاصب في المغصوب لا وجب انقطاع حق المالك بقطع والا فلا لانه اذا فعل ذلك فقد تبدلت العين وتصير في حكم عين أخرى واذا لم يفعل لم يتبدل وعلى هذا يخرج ما اذا سرق غزلاً فقطع فيه ورد الى المالك فنسجه ثوباً فعد سرقة أنه يقطع لان المسروق قد تبدل ألا ترى أنه لو كان مغصوباً لا يقطع حق المالك ولو سرق ثوب خز فقطع فيه ورد الى المالك فنقضه فسرق النقض لم يقطع لان العين لم يتبدل ألا ترى أنه لو فعله الغاصب لا يقطع حق المالك ولو نقضه المالك ثم غزله غزلاً ثم سرقة السارق لم يقطع لان هذا لو وجد من الغاصب لا يقطع حق المغصوب منه فيدل على تبدل العين ولو سرق بقرة فقطع فيها وردها على المالك فولدت ولداً ثم سرق الولد يقطع لان الولد عين أخرى لم يقطع فيها فيقطع سرقها وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون محرزاً مطلقاً خالياً عن شبهة العدم مقصوداً بالحرز والاصل في اعتبار شرط الحرز ما روى في الموطأ عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع في ثمر ولا في حريسة جبل فاذا أواه المراح أو الجرين فاقطع فيما يبلغ ثمن الجن وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع في ثمر ولا كثير حتى يؤيه الجرين فاذا أواه الجرين ففيه القطع علق عليه الصلاة والسلام القطع بايواء المراح والمراح حرز الابل والبقر والغنم والجرين حرز الثمر فدل أن الحرز شرط ولا ركن السرقة هو الاخذ على سبيل الاستخفاء والاخذ من غير حرز لا يحتاج الى الاستخفاء فلا يتحقق ركن السرقة لان القطع وجب لصيانة الاموال على أربابها قطعاً لا طماع السراق عن أموال الناس والاطماع انما تميل الى ماله خطر في القلوب وغير الحرز لا خطر له في القلوب عادة فلا تميل الا طماع اليه فلا حاجة الى الصيانة بالقطع وبهذا لم يقطع فيما دون النصاب وما ليس بمال متقوم محتمل الادخار ثم الحرز نوعان حرز بنفسه وحرز بغيره (أما) الحرز بنفسه فهو كل بقعة معدة للاحراز ممنوعة الدخول فيها الا بالاذن كالدار والحوانيت والخيم والفساطيط والخزائن والصناديق (وأما) الحرز بغيره فكل مكان غير معد للاحراز يدخل اليه بالاذن ولا يمنع منه كالمساجد والطرق وحكمه حكم الصحران ان لم يكن هناك حافظ وان كان هناك حافظ فهو حرز لهذا سمي حرزاً بغيره حيث وقف صيرورته حرزاً على وجود غيره وهو المحافظ وما كان حرزاً بنفسه لا يشترط فيه وجود المحافظ لصيرورته حرزاً ولو وجد فلا عبرة بوجوده بل وجوده والعدم سواء وكل واحد من الحرز بن معتبر بنفسه على حياله بدون صاحبه لانه عليه الصلاة والسلام علق القطع بايواء المراح والجرين من غير شرط وجود المحافظ وروى ان صفوان رضى الله عنه كان نائماً في المسجد متوسداً بردائه فسرق من تحت رأسه فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعتبر الحرز بنفسه فدل ان كل واحد من نوعي الحرز معتبر بنفسه فاذا سرق من النوع الاول يقطع سواء كان ثمة حافظ أو لوجود الاخذ من الحرز وسواء كان مغلق الباب أو لا باب له بعد أن كان مجزواً بالبناء لان البناء يقصده الاحراز كيف ما كان واذا سرق من النوع الثاني يقطع اذا كان المحافظ قريبا منه في مكان يمكنه حفظه ويحفظ في مثله المسروق عادة وسواء كان المحافظ مستيقظاً في ذلك المكان أو نائماً لان الانسان يقصد الحفظ في الحالين جميعاً ولا يمكن الاخذ الا بفعله ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام قطع سارق صفوان وصفوان كان نائماً ولو أذن لانسان بالدخول في داره فسرق المأذون له بالدخول شيئاً منها لم يقطع

وان كان فيها حافظ أو كان صاحب المنزل نائماً عليه لان الدار حرز بنفسها لا بالحافظ وقد خرجت من أن تكون حرزاً بالاذن فلا يعتبر وجود الحافظ ولا نهله أذن له بالدخول فقد صار في حكم أهل الدار فإذا أخذ شيئاً فهو خائن وقدر وى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا قطع على خائن وكذلك لو سرق من بعض بيوت الدار المأذون في دخولها وهو مقفل أو من صندوق في الدار أو من صندوق في بعض البيوت وهو مقفل عليه إذا كان البيت من جملة الدار المأذون في دخولها لان الدار الواحدة حرز واحد وقد خرجت بالاذن له من أن تكون حرزاً في حقه فكذلك بيوتها وما روى أن أسود بات عند سيدنا أبي بكر الصديق رضي الله عنه فسرق حلياً لهم فيحتمل أن يكون مسروقاً من دار النساء لان دار الرجال والداران المختلفان إذا أذن بالدخول في أحدهما لا تنصير الأخرى مأذوناً بالدخول فيها والمحتمل لا يكون حجة وروى عن أبي يوسف أنه قال في رجل كان في حمام أو خان وثيابه تحت رأسه فسرقها سارق أنه لا قطع عليه سواء كان نائماً أو يقظاً وان كان في صحن أو ثوبه تحت رأسه قطع وكذلك روى عن محمد في رجل سرق من رجل وهو معه في الحمام أو سرق من رجل وهو معه في سفينة أو نزل قوم في خان فسرق بعضهم من بعض أنه لا قطع على السارق وكذلك الخانوت لان الحمام والخان والخانوت كل واحد حرز بنفسه فإذا أذن للناس في دخوله خرج من أن يكون حرزاً فلا يعتبر فيه الحافظ فلا يصير حرزاً بالحافظ ولهذا قالوا إذا سرق من الحمام ليلاً يقطع لان الناس لم يؤذونوا بالدخول فيه ليلاً فأما الصحراء أو المسجد وان كان مأذون الدخول اليه فليس حرزاً بنفسه بل بالحافظ ولم يوجد الاذن من الحافظ فلا يبطل معنى الحرز فيه وقالوا في السارق من المسجد إذا كان ثمة حافظ يقطع وان لم يخرج من المسجد لان المسجد ليس بحرز بنفسه بل بالحافظ فكانت البقعة التي فيها الحافظ هي الحرز لا كل المسجد فإذا انفصل منها فقد انفصل من الحرز فيقطع (فأما) الدار فأنما صارت حرزاً بالبناء فلم يخرج منها لم يوجد الانفصال من الحرز وروى عن محمد في رجل سرق في السوق من خانوت فتخرب الخانوت وقعد البيع وأذن للناس بالدخول فيه أنه لا يقطع وكذلك لو سرق منه وهو معلق على شيء لم يقطع لانه لم أذن للناس بالدخول فيه فقد أخرج الخانوت من أن يكون حرزاً في حقهم وكذلك ان أخذ من بيت قبة أو صندوق فيه مقفل لان الخانوت كله حرز واحد كالدار على ما مر وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال في رجل بأرض فلاة ومعه جوالق وضعه ونام عنده يحفظه فسرق منه رجل شيئاً أو سرق الجوالق فأنى قطعه لان الجوالق بما فيها حرز بالحافظ فيستوى أخذ جميعه وأخذ بعضه وكذلك إذا سرق فسقط طاملقوفاً وضعه ونام عنده يحفظه أنه يقطع وان كان مضرباً لم يقطع لانه إذا كان ملقوفاً كان حرزاً بالحافظ كالباب المقلوع إذا كان في الدار فسرقه سارق وإذا كان القسطاط مضرباً با كان حرزاً بنفسه فإذا سرقه فقد سرق نفس الحرز ونفس الحرز ليس في الحرز فلا يقطع كسارق باب الدار ولو كان الجوالق على ظهر دابة فشق الجوالق وأخرج المتاع يقطع لان الجوالق حرز لما فيه وان أخذ الجوالق كما هو لم يقطع لانه أخذ نفس الحرز وكذلك إذا سرق الجمل مع الجوالق لان الجمل لا يوضع على الجمل للحفظ بل للجمل لان الجمل ليس بحرز وان ركبته صاحبه فلم يكن الجمل حرزاً للجوالق فإذا أخذ الجوالق فقد أخذ نفس الحرز ولو سرق من المراعي بعيراً أو بقرة أو شاة لم يقطع سواء كان الراعي معها أو لم يكن وان سرق من العطن أو المراح الذي يأوى اليه يقطع إذا كان معها حافظ أو ليس معها حافظ غير ان الباب مغلق فكسر الباب ثم دخل فسرق بقرة قادها قوداً حتى أخرجها أو ساقها سوقاً حتى أخرجها أو ركبها حتى أخرجها لان المراعي ليست بحرز للمواشي وان كان الراعي معها لان الحفظ لا يكون مقصوداً من الراعي وان كان قد يحصل به لان المواشي لا تجعل في مراعيها للحفظ بل للرعي فلم يوجد الاخذ من حرز بخلاف العطن أو المراح فان ذلك يقصد به الحفظ ووضع له فكان حرزاً أو قال عليه الصلاة والسلام في حريسة الجبل غرامة مثليها وجلدات نكالا فإذا أواها المراح وبلغت قيمتها ثمن الجن فبها القسطع والله تعالى أعلم ولا يقطع عبد في سرقة من مولاة مكاتباً كان العبد أو مدبراً أو تاجر عليه دين أو أم ولد سرق من مال مولاها لان هؤلاء مأذونون بالدخول في بيوت ساداتهم للخدمة فلم

يكن بيت مولاهم حررا في حقهم وذكر في الموطأ أن عبد الله بن سيدنا عمر والحضرى جاآ الى عمر رضى الله عنه بعبد له فقال اقطع هذا فانه سرق فقال وما سرق قال مرة لا مرأتى ثمهاستون درهما فقال سيدنا عمر رضى الله عنه أرسله ليس عليه قطع خادكم سرق متاعكم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا ولا قطع على خادم قوم سرق متاعهم ولا على ضيف سرق متاع من أضافه ولا على أجير سرق من موضع أذن له في دخوله لان الأذن بالدخول أخرج الموضع من أن يكون حرزا في حقه وكذا الاجير اذا أخذ المتاع المأذون له في أخذه من موضع لم يأذن له بالدخول فيه لم يقطع لان الأذن بأخذ المتاع يورث شبهة الدخول في الحرز ولان الأذن بالاخذ فوق الأذن بالدخول وإذا منع القطع فهذا أولى ولو سرق المستأجر من المؤاجر وكل واحد منهما في منزل على حدة يقطع بلا خلاف لانه لا شبهة في الحرز وأما المؤاجر اذا سرق من المستأجر فكذلك يقطع في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما لا يقطع (وجه) قوله أن الحرز ملك السارق فيورث شبهة في درء الحد لانه يورث شبهة في اباحة الدخول فيختل الحرز فلا قطع (وجه) قول أبي حنيفة أن معنى الحرز لا يتعلق له بالملك اذ هو اسم لمكان معدل لا حراز يمنع من الدخول فيه الا بالأذن وقد وجد لان المؤاجر ممنوع عن الدخول في المنزل المستأجر من غير اذن فاشبه الاجنبي ولا قطع على من سرق من ذى رحم محرم عندنا سواء كان بينهما ولا دا ولا وقال الشافعى في الوالدين والمولودين كذلك فانما في غيرهم فيقطع وهو على اختلاف العتق والنفقة وقد ذكرنا المسئلة في كتاب العتاق والصحيح قولنا لان كل واحد منهما يدخل في منزل صاحبه بغير اذن عادة وذلك دلالة الأذن من صاحبه فاختلف معنى الحرز ولان القطع بسبب السرقة فعل ينضى الى قطع الرحم وذلك حرام والمفضى الى الحرام حرام ولو سرق جماعة فيهم ذور رحم محرم من المسروق لا يقطع واحد منهم عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يقطع ذور الرحم المحرم ويطع سواء والكلام على نحو الكلام فيما تقدم فيما اذا كان فيهم صبي أو مجنون وقد ذكرناه فيما تقدم ولو سرق من ذى رحم غير محرم يقطع بالاجماع لان المباشطة بالدخول من غير استئذان غير ثابتة في هذه القرابة عادة وكذا هذه القرابة لا تجب صياتها عن القطيعة ولهذا لم يجب في العتق والنفقة وغير ذلك ولو سرق من ذى محرم لا رحم له بسبب الرضاع فقد قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقطع الذى سرق ممن يحرم عليه من الرضاع كائنا من كان وقال أبو يوسف اذا سرق من أمه من الرضاع لا يقطع (وجه) قوله أن المباشطة بينهما في الدخول ثابتة عرفا وعادة فان الانسان يدخل في منزل أمه من الرضاع من غير اذن كما يدخل في منزل أمه من النسب بخلاف الاخت من الرضاع ولهما أن الثابت بالرضاع ليس الا الحرمة المؤبدة وانها لا تمنع وجوب القطع كما لو سرق من أم موطوءته ولهذا يقطع في الاخت من الرضاع ولو سرق من امرأة أبيه أو من زوج أمه أو من حليته ابنه أو من ابن امرأته أو بنتها أو أمها ينظر ان سرق ما لهم من منزل من يضاف السارق اليه من أبيه وأمّه وابنه وامرأته لا يقطع بلا خلاف لانه مأذون بالدخول في منزل هؤلاء فلم يكن المنزل حرزا في حقه وان سرقه من منزل آخر فان كان فيه لم يقطع بالاجماع وان كان لكل واحد منهما منزل على حدة اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يقطع وقال أبو يوسف يقطع اذا سرق من غير منزل السارق أو منزل أبيه أو ابنه وذكر القاضى في شرح مختصر الطحاوى قول محمد مع قول أبي يوسف رحمهم الله (وجه) قوله أن المانع هو القرابة ولا قرابة بين السارق وبين المسروق بل كل واحد منهما اجنبي عن صاحبه فلا يمنع وجوب القطع كما لو سرق من اجنبي آخر (وجه) قول أبي حنيفة أن في الحرز شبهة لان حق التزاور ثابت بينه وبين قريبه لان كون المنزل لغير قريبه لا يقطع التزاور وهذا يورث شبهة اباحة الدخول للزيارة فيختل معنى الحرز ولا قطع على أحد الزوجين اذا سرق من مال صاحبه سواء سرق من البيت الذى هما فيه أو من بيت آخر لان كل واحد منهما يدخل في منزل صاحبه وينتفع بماله عادة وذلك يوجب خلافا في الحرز وفي الملك أيضا وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله اذا سرق من البيت الذى هما فيه لا يقطع وان سرق من بيت آخر يقطع والمسئلة مرت في كتاب الشهادة وكذلك لو سرق أحد الزوجين من عبد صاحبه أو أمته أو مكاتبه أو سرق عبد أحدهما أو أمته أو مكاتبه من صاحبه

أوسرق خادم أحد هـ من صاحبه لا يقطع لانه مأذون في الدخول في الخرز ولوسرقت امرأة من زوجها أوسرق رجل من امرأته ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت بغير عدة لم يقطع واحد منهما لان الاخذ حين وجوده لم ينقد موجبا للقطع لقيام الزوجية فلا ينقد عند الابانة لان الابانة طارئة والا صل أن لا يعتبر الطارىء مقارنا في الحكم لما فيه من مخالفة الحقيقة الا اذا كان في الاعتبار اسقاط الحدود وقت الاعتبار وفي الاعتبار هـنا إيجاب الحد فلا يعتبر ولوسرق من مطلقة وهي في العدة أوسرقت مطلقة وهي في العدة لم يقطع واحد منهما سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا أو نائلا لان النكاح في حال قيام العدة قائم من وجهه أو أثره قائم وهو العدة وقيام النكاح من كل وجه يمنع القطع فقيامه من وجهه أو قيام أثره يورث شبهة ولوسرق رجل من امرأة أجنبية ثم تزوجها فهذا لا يخلو من أحد وجهين (أما) ان تزوجها قبل أن يقضى عليه بالقطع وأما ان تزوجها بعد ما قضى عليه بالقطع فان تزوجها قبل أن يقضى عليه بالقطع بلا خلاف لان هذا مانع طرأ على الحد والمانع الطارىء في الحد كالتقارن لان الحدود تدرأ بالشبهات فيصير طريان الزوجية شبهة مانعة من القطع كقرانها وان تزوجها بعد ما قضى بالقطع لم يقطع عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يقطع (وجهه) قوله ان الزوجية القائمة عند السرقة إنما تمنع وجوب القطع باعتبار الشبهة وهي شبهة عدم الخرز أو شبهة الملك فالطارئة لو اعتبرت مانعة لكان ذلك اعتبار الشبهة وانها ساقطة في باب الحدود (وجهه) قول أبي حنيفة ان الامضاء في باب الحدود من القضاء فكانت الشبهة المعترضة على الامضاء كالمعترضة على القضاء ألا ترى انه لو قذف رجلا بالزنا وقضى عليه بالحد ثم ان القذف زنى قبل إقامة الحد على القاذف سقط الحد عن القاذف وجعل الزنا المعتبر على الحد كالموجود عند القذف ليعلم ان الطارىء على الحدود قبل الامضاء بمنزلة الموجود قبل القضاء والله تعالى أعلم وذكر في الجامع الصغير في الطرار اذا طر الصرة من خارج الحكم انه لا يقطع عند أبي حنيفة رحمه الله فان أدخل يده في الكم فطرها يقطع وقال أبو يوسف هذا كله سواء يقطع وبفصيل الكلام فيه يرتفع الخلاف ويتفق الجواب وهو أن الطر لا يخلو ما أن يكون بالقطع وأما أن يكون بحل الرباط والدرهم لا يخلو ما أن كانت مصرورة على ظاهر الكم وأما ان كانت مصرورة في باطنه فان كان الطر بالقطع والدرهم مصرورة على ظاهر الكم لم يقطع لان الخرز هو الكم والدرهم بعد القطع تقع على ظاهر الكم فلم يوجد الاخذ من الخرز وعليه يحمل قول أبي حنيفة رحمه الله وان كانت مصرورة في داخل الكم يقطع لانها بعد القطع تقع في داخل الكم فكان الطر أخذ من الخرز وهو الكم فيقطع وعليه يحمل قول أبي يوسف وان كان الطر بحل الرباط ينظر ان كان بحل الرباط تقع الدرهم على ظاهر الكم بان كانت العقدة مشدودة من داخل الكم لا يقطع لانه أخذها من غير خرز وهو تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله وان كان اذا حل تقع الدرهم في داخل الكم وهو يحتاج الى ادخال يده في الكم للاخذ يقطع لوجود الاخذ من الخرز وهو تفسير قول أبي يوسف والله تعالى أعلم وعلى هذا الاصل أيضا يخرج النباش على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه لا يقطع لان القبر ليس بحر بنفسه أصلا اذ لا تحفظ الاموال فيه عادة الا ترى أنه لو سرق منه الدرهم والدنانير لا يقطع ولا حافظ للكفن ليجعل خرز الحافظ فلم يكن القبر خرز بنفسه ولا بغيره أو فيه شبهة عدم الخرز لانه ان كان خرز مثله فليس خرز السائر الا موال فتمكنت الشبهة في كونه خرز فلا يقطع ثم اختلف أنه يعتبر في كل شيء خرز مثله أو خرز نوعه قال بعض مشايخنا انه يعتبر في كل شيء خرز مثله كالا صطبل للدابة والحظيرة للشاة حق لو سرق اللؤلؤة من هذه المواضع لا يقطع وذكر الكرخي في مختصره عن أصحابنا ان ما كان خرز النوع يكون خرز الانواع كلها وجعلوا سرية البقال خرز اللجواهر فالطحاولي رحمه الله اعتبر العرف والعادة وقال خرز الشيء هو المكان الذي يحفظ فيه عادة والناس في العادات لا يحرزون الجواهر في الا صطبل والكرخي رحمه الله اعتبر الحقيقة لان خرز الشيء ما يحرز ذلك الشيء حقيقة وسرية البقال تحرز الدرهم والدنانير والجواهر حقيقة فكانت خرزها والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون نصابا والكلام في هذا الشرط يقع في ثلاثة مواضع أحدها في أصل النصاب انه شرط أم لا والثاني في بيان قدره

قدره والثالث في بيان صفاته (أما) الأول فقد اختلف فيه قال عامة العلماء أنه شرط فلا قطع فيادون النصاب وحكى عن الحسن البصري رحمه الله أنه ليس بشرط ويقطع في القليل والكثير وهو قول الخوارج واحتجوا بظاهر قوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهم ما من غير شرط النصاب وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده ومعلوم أن من الحبال ما لا يساوي دانتها والبيضة لا تساوي حبة (ولنا) دلالة النص والاجماع من الصحابة اما دلالة النص فلان الله سبحانه وتعالى أوجب القطع على السارق والسارقة والسارق اسم مشتق من معنى وهو السرقة والسرقة اسم للاخذ على سبيل الاستخفاء ومسارقة العين وانما تقع الحاجة في الاستخفاء فيما له خطر والحبة لا خطر لها فلم يكن أخذها سرقة فكان إيجاب القطع على السارق اشتراطاً للنصاب دلالة (وأما) الاجماع فان الصحابة رضوان الله عليهم أجمعوا على اعتبار النصاب وانما جرى الاختلاف بينهم في التقدير واختلافهم في التقدير اجماع منهم على أن أصل النصاب شرط وبه تبين أن ما روي من الحديث غير ثابت أو منسوخ أو يحمل المذكور على حبل له خطر كحبل السفينة وبيضة خطيرة كبيضة الحديد توفيقاً بين الدلائل والله تعالى أعلم (وأما) الكلام في قدر النصاب فقد اختلف فيه أيضاً قال أصحابنا رضي الله عنهم انه مقدار عشرة دراهم فلا قطع في أقل من عشرة دراهم وقال مالك رحمه الله وابن أبي ليلى بخمسة وذكر القدوري رحمه الله عند مالك رحمه الله ثلاثين وقال الشافعي ربع دينار حتى لو سرق ربع دينار لا حبة وهو مع قصصانه يساوي عشرة لا يقطع عنده وعندنا يقطع ولو سرق ربع دينار لا يساوي عشرة لم يقطع عندنا وعندنا يقطع بقيمة الدينار عندنا عشرة وعندنا عشرة على ما بين في كتاب الدييات احتج من اعتبر الخمسة بما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقطع الخمسة الا بخمسة واحتج الشافعي رحمه الله بما روي عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال تقطع يد السارق في ربع دينار فصاعداً وروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قطع في بجن قيمته ثلاثة دراهم وهي قيمة ربع دينار عنده لان الدينار على أصله مقيم باثني عشر درهماً (ولنا) ما روي في الكتاب باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان لا يقطع الا في ثمن بجن وهو يومئذ يساوي عشرة دراهم وفي رواية عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع فيادون عشرة دراهم وعن ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقطع اليد الا في دينار أو في عشرة دراهم وعن ابن عباس رضي الله عنه عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقطع السارق الا في ثمن الحن وكان يقوم يومئذ بعشرة دراهم وعن ابن أم أيمن أنه قال ما قطعت يد علي عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن الحن وكان يساوي يومئذ عشرة دراهم وذكر محمد في الاصل أن سيدنا عمر رضي الله عنه أمر بقطع يد سارق ثوب بلغت قيمته عشرة دراهم فربه سيدنا عثمان رضي الله عنه فقال ان هذا لا يساوي الاثمانية فدرأ سيدنا عمر القطع عنه وعن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وابن مسعود رضي الله عنهم مثل مذهبننا والاصل أن الاجماع انعقد على وجوب القطع في العشرة وفيادون العشرة اختلف العلماء لا اختلاف الاحاديث فوقع الاحتمال في وجوب القطع فلا يجب مع الاحتمال واذا عرف أن النصاب شرط وجوب القطع بالسرقة فان وجد ذلك القدر في أخذ سرقة واحدة قطع لوجود الشرط وهو كمال النصاب وان اختلفت السرقة لم يقطع لفقد الشرط وعلى هذا مسائل اذا دخل رجل دار الرجل فسرق من بيت فيها درهما فاخرجه الى صحنها ثم عاد فاخذ درهما من البيت فاخرجه ثم عاد فاخذ درهما من البيت فاخرجه فلم يزل يفعل ذلك حتى أخذ عشرة دراهم ثم أخرج العشرة من الدار قطع لان هذه سرقة واحدة لان الدار مع صحنها وبيوتها حرز واحد فادام في الدار لم يوجد الاخراج من الحرز فاذا أخرج من الدار جملة فقد وجد اخراج نصاب من الحرز فيجب القطع ولو كان خرج في كل مرة من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرات لم يقطع لان هذه سرقات اذ كل فعل منه اخراج من الحرز فكان

كل فعل منه معتبر بنفسه وانه سرقة مادون النصاب فلا يوجب القطع وكذلك جماعة دخلودار أو آخر جوامن بيت من بيوتها المتاع مرة بعد أخرى الى محن الدار ثم أخرجه من الصحن دفعة واحدة يقطعون اذا كان مأخر جوا يخص كل واحد منهم عشرة دراهم وان تفرق الاخراج يعتبر كل واحد بنفسه لان الاخراج جملة واحدة فهو سرقة واحدة فاذا تفرق فسرقات فكان كل واحد معتبرا بنفسه ولو سرق رجل واحد عشرة دراهم من منزلين مختلفين بان سرق منه درهما أو تسعة لم يقطع لانهما سرقتان مختلفتان لان كل واحد من المنزلين حرز بافراده فتهتك أحدهما بما دون النصاب لا يعتبر في هتك الآخر فيسقى كل واحد منهما معتبرا في نفسه ولو سرق رجل عشرة دراهم لعشرة أنفس في موضع واحد قطع وان تفرق ملا كما يعتبر في ذلك حال السارق والسارق واحد فكان النصاب كاملا وانما اعتبر حال السارق دون المسروق منه لان كمال النصاب شرط وجوب القطع والقطع عليه فيعتبر جانب من عليه ولا يعتبر جانب المسروق منه لان الحكم لم يجب له بل لله سبحانه وتعالى وان كان عشرة أنفس في دار كل واحد في بيت على حدة فسرق من كل واحد منهم درهما يقطع اذا خرج بالجميع من الدار لما ذكرنا أن الدار حرز واحد وقد أخرج منها نصابا كاملا فكانت السرقة واحدة وان اختلف المسروق منه ولو كانت الدار عظيمة فيها حجر لكل واحد حجر فسرق من كل حجر أقل من عشرة لم يقطع لان ذلك سرقات اذ كل حجر حرز بافراده والسرقات اذا اختلفت يعتبر في كل واحد منها كمال النصاب ولم يوجد ولو سرق عشرة أنفس من رجل واحد عشرة دراهم لم يقطعوا بخلاف الواحد اذا سرق عشرة دراهم من عشرة أنفس أنه يقطع اذا كانت الدراهم في حرز واحد لما بينا أن المعتبر جانب السارق لا جانب المسروق منه فكانت السرقة واحدة فيعتبر كمال النصاب في حق السارق لا في حق المسروق منه وسواء كانت الدراهم مجتمعة أو متفرقة بعد ان كان الحرز واحد احتى لو سرق عشرة دراهم متفرقا من كل كيس درهما من عشرة أنفس من منزل واحد يقطع لان الحرز واحد فاذا أخرجهما منه فقد خرج بنصاب كامل من السرقة فيقطع ولو سرق ثوب قيمته تسعة دراهم فوضعه على باب الدار ثم دخل فاخذ ثوبا آخر يساوي تسعة فاخرجه لم يقطع لانه لم يبلغ المأخوذ في كل واحد منهما نصابا فلا يقطع والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما صفات النصاب (فمنها) أن تكون الدراهم المسروقة جيادا حتى لو سرق عشرة ز يوفأ أو نهرجة أو ستوقة لا يقطع الا أن تكون كثيرة تبلغ قيمة عشرة جياد وكذلك المسروق من غير الدراهم اذا كان لا تبلغ قيمته عشرة دراهم جيادا لا يقطع لان مطلق اسم الدراهم في الاحاديث ينصرف الى الجياد (ومنها) أن يعتبر عشرة دراهم وزن سبعة كذا قالوا لان اسم الدراهم عند الاطلاق يقع على ذلك ألا ترى أنه قد ربه النصاب في الزكوات والديات وكذا الناس أجمعوا على هذا في وزن الدراهم ولان هذا أوسط المقادير لان الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت صغارا وكبارا فاذا جمع صغير وكبير كانا درهمين من وزن سبعة فكان هذا الوزن هو أوسط المقادير فاعتبر به لقوله عليه الصلاة والسلام خير الامور أوسطها وهل يعتبر أن تكون مضروبة ذكر الكرخي عليه الرحمة أنه يعتبر عشرة دراهم مضروبة وهكذا روى بشر عن أبي يوسف وابن سماعه عن محمد حتى لو كان ثوبا قيمته عشرة دراهم مضروبة لا يقطع وروى الحسن عن أبي حنيفة عليهم الرحمة أن السارق اذا سرق عشرة دراهم مما يجوز بين الناس ويروج في معاملاتهم قطع وهذا يدل على أن كونها مضروبة ليس بشرط بل يقطع في المضروبة وغيرها اذا كان مما يجوز بين الناس ويروج في معاملاتهم لهما أن تقدير نصاب السرقة وقع بالدراهم أو تقويم الجنب وقع بالدراهم والدراهم اسم للمضروبة والتبرليس بمضروب ولا في معنى المضروب في الدالية أيضا لانه ينقص عنه في القيمة فاشبهه نقصان الوزن وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الجواز والرواج في معاملات الناس فأجرى به التعامل بين الناس يستوى في نصابه المضروب والصحيح والمكسر كما في نصاب الزكاة فاقاله أبو حنيفة رحمه الله أقرب الى القياس وما قاله أبو يوسف ومحمد أقرب الى الاحتياط في باب الحدود ثم كمال النصاب في قيمة المسروق يعتبر وقت السرقة لا غير أم وقت السرقة والقطع جميعا وفائدة هذا تظهر فيما

إذا كانت قيمة المسروق كاملة وقت السرقة ثم تقصبت انه هل يسقط القطع فجملة الكلام فيه ان نقصان المسروق لا يخلو اما ان كان نقصان العين بأن دخل المسروق عيب أو ذهب بعضه (واما) ان كان نقصان السعر فان كان نقصان العين يقطع السارق ولا يعتبر كمال النصاب وقت القطع بل وقت السرقة بلا خلاف لان نقصان عينه هلاك بعضه وهلاك الكل لا يسقط القطع فهلاك البعض أولى وان كان نقصان السعر ذكر الكرخي رحمه الله لا يقطع في ظاهر الرواية وتعتبر قيمته في الوقتين جميعا وروى محمد رحمه الله انه يقطع وهكذا ذكر الطحاوي رحمه الله انه تعتبر قيمته وقت الاخراج من الخزانة وهو قول الشافعي رحمه الله (وجه) هذه الرواية ان نقصان السعر دون نقصان العين لان ذلك لا يؤثر في المحل وهذا يؤثر فيه ثم نقصان العين لم يؤثر في اسقاط القطع فنقصان السعر أولى (وجه) ظاهر الرواية على ما ذكره الكرخي رحمه الله الفرق بين النقصانين (وجه) الفرق بينهما ان نقصان السعر يورث شبهة نقصان في المسروق وقت السرقة لان العين بحالها قائمة لم تتغير وتغير السعر ليس بمضمون على السارق أصلا فيجعل النقصان الطاري كالموجود عند السرقة بخلاف نقصان العين لانه يوجب تغير العين اذ هو هلاك بعض العين وهو مضمون عليه في الجملة فلا يمكن تقدير وجوده وقت السرقة وكذا اذا سرق في بلد فأخذ في بلد آخر والقيمة فيه أنقص ذكر الكرخي رحمه الله انه لا يقطع حتى تكون القيمة جميعا في السعر عشرة دراهم وعلى رواية الطحاوي رحمه الله تعتبر قيمته وقت السرقة لا غير والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون المسروق الذي يقطع فيه في الجملة مقصودا بالسرقة لا تبعا لمقصود ولا يتعلق القطع بسرقة في قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله هذا ليس بشرط والاصل في هذا أن المقصود بالسرقة اذا كان مما يقطع فيه لو انفردوا ببلغ نصابا بنفسه يقطع بلا خلاف وان لم يبلغ بنفسه نصابا الا بالتابع يكمل النصاب به فيقطع وكذلك اذا كان واحدا منهما مقصودا ولا يبلغ بنفسه نصابا يكمل أحدهما بالآخر ويقطع وان كان المقصود بالسرقة ممالا يقطع فيه لو انفردوا يقطع وان كان معه غيره مما يبلغ نصابا اذا لم يكن الغير مقصودا بالسرقة بل يكون تابعا في قولهما وعند أبي يوسف رحمه الله يقطع اذا كان ذلك الغير نصابا كاملا وبيان هذه الجملة في مسائل اذا سرق اناء من ذهب أو فضة فيه شراب أو ماء أو لبن أو ماء ورد أو زبد أو نبيذ أو غير ذلك مما لا يقطع فيه لو انفرد لم يقطع عندهما وعند أبي يوسف يقطع (وجه) قوله أن ما في الاناء اذا كان ممالا يقطع فيه التحق بالعدم فيعتبر أخذ الاناء على الاقرار فيقطع فيه (وجه) قولهما ان المقصود من هذه السرقة ما في الاناء والاناء تابع لأبى اناء لو قصد الاناء بالاخذ لا بقي ما فيه وما في الاناء لا يجب القطع بسرقة فاذا لم يجب القطع بالمقصود لا يجب بالتابع والى هذا أشار محمد رحمه الله في الكتاب فقال انما أنظر الى ما في جوفه فان كان ما في جوفه لا يقطع فيه لم أقطع له ولو سرق ما في الاناء في الدار قبل أن يخرج الاناء منها ثم أخرج الاناء فارغاً منه قطع لانه لما سرق ما فيه في الدار علم ان مقصوده هو الاناء والمقصود بالسرقة اذا كان مما يجب القطع بسرقة وبلغ نصابا يقطع وعلى هذا الخلاف اذا سرق صبييا حرا لا يعبر عن نفسه وعليه حلى وان كان يعبر عن نفسه لا يقطع بالاجماع لان له يد اعلى نفسه وعلى ما عليه من الحلى فلا يكون أخذه سرقة بل يكون خداعا فلا يقطع وكذلك اذا سرق عبد أصيبا يعبر عن نفسه وعليه حلى أو لم يكن لا يقطع بلا خلاف وان كان لا يعبر عن نفسه يقطع عندهما وعند أبي يوسف لا يقطع بناء على أن سرقة مثل هذا العبد يوجب القطع عندهما وعنده لا يوجب والمسئلة قدمرت ولو سرق كلبا أو غيره من السباع في عنقه طوق لم يقطع وكذلك لو سرق مصحفاً مفضضاً أو رهصاً بياقوت لم يقطع عندهما وعند أبي يوسف يقطع لما ذكرنا ولو سرق كوزاً قيمته تسعة دراهم وفيه غسل يساوي درهما يقطع لان المقصود ما فيه من الغسل والكوز تبع فيكمل نصاب الاصل به وكذلك لو سرق حمارا يساوي تسعة وعليه كاف يساوي درهما يقطع لما قلنا ولو سرق عشرة دراهم من ثوب والثوب لا يساوي عشرة ينظر ان كان ذلك الثوب يصلح وعاء للدرهم بأن تشد فيه الدراهم عادة بأن كانت خرقة ونحوها يقطع لان المقصود بالاخذ هو ما فيه وان كان لا يصلح بأن كان ثوب كر باس فان كان تبلغ قيمة الثوب

نصاباً بأن كان يساوي عشرة يقطع بلا خلاف لأن الثوب مقصود بنفسه بالسرقة وإن كان لا يبلغ نصاباً قال أبو حنيفة رحمه الله لا يقطع وذكري الأصل أن اللص إن كان يعلم بالدرهم يقطع وإن كان لا يعلم لا يقطع وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف وروى عنه أنه يقطع علم بها أو لم يعلم (ووجهه) أن العلم بالمسروق ليس بشرط لوجوب القطع بل الشرط أن يكون نصاباً وقد وجد (وجه) رواية الأصل أنه إذا كان يعلم بالدرهم كان مقصوده بالأخذ الدرهم وقد بلغت نصاباً فيقطع وإذا كان لا يعلم بها كان مقصوده الثوب وأنه لم يبلغ النصاب فلا يقطع (وجه) الرواية الأخرى لأبي حنيفة عليه الرحمة أن مثل هذا الثوب إذا كان مما لا تشد به الدراهم عادة كان مقصوداً بنفسه بالسرقة وإن لم يبلغ نصاباً لم يجب فيه القطع فكذا فيما فيه لأنه تابع له ولو سرق جوالقاً أو جراباً فيه مال كثير قطع لأن المقصود بالسرقة هو المظروف لا الظرف والمقصود مما يجب القطع بسرقة فيقطع وكذا إذا كان الثوب لا يساوي عشرة وفيه مال عظيم علم به اللص يقطع لأن الثوب يصلح وعاء للمال الكثير ولا يصلح وعاء لليسير فقيما يصلح وعاء له يعتبر ما فيه لا نعلم يقيناً أن مقصوده ما فيه وفيما لا يصلح يعتبر نفسه مقصوداً بالسرقة وما فيه تابع له ولا قطع في المقصود لتقصان النصاب فكذا في التابع لأن التابع حكمه حكم الأصل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى المسروق منه فهو أن يكون له يد صحيحة وهو يد المالك أو يد الأمانة كيد المودع والمستعير والمضارب والمبضع أو يد الضمان كيد الغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن فيجب القطع على السارق من هؤلاء أمان المالك فلا شك فيه وكذا من أأمينه لأن يد أمينه يده فلا خذ منه كالأخذ من المالك فأما من الغاصب فإن منفعة يده عائدة إلى المالك أذ بها يتمكن من الرد على المالك ليخرج عن العهدة فكانت يده يد المالك من وجهه ولأن المقصود مضمون على الغاصب وضمان الغصب عندنا ضمان ملك فأشبه يد المشتري والمقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض والمرهون مضمون على المرتهن بالدين فيجب القطع على السارق منهم وهل يستوفى بنقصهم حال غيبة المالك فيه خلاف نذكره إن شاء الله تعالى ولا يجب القطع على السارق من السارق لأن يد السارق ليست بيد صحيحة إذ ليست يده ملك ولا يد أمانة ولا يد ضمان فكان الأخذ منه كالأخذ من الطريق وإن كان القطع درى عن الأول قطع الثاني لأنه إذا درى عنه القطع صارت يده يد ضمان ويد الضمان يد صحيحة كيد الغاصب ونحوه والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى المسروق فيه وهو المكان فهو أن تكون السرقة في دار العدل فلا يقطع بالسرقة في دار الحرب ودار البني لأنه لا يدل للإمام في دار الحرب ولا على دار البني فالسرقة الموجودة فيهما لا تنعقد سبباً لوجوب القطع وبيان هذا في مسائل التجار أو الأسارى من أهل الإسلام في دار الحرب إذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا إلى دار الإسلام فأخذ السارق لا يقطع إلا إذا لم يملك الإمام لأنه لا يدل للإمام في دار الحرب فالسرقة الموجودة فيهما لا تنعقد سبباً لوجوب القطع فلا تستوفى في دار الإسلام وكذلك التجار من أهل العدل في معسكر أهل البني أو الأسارى في أيديهم إذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا إلى أهل العدل فأخذ السارق لم يقطع إلا إذا لم يملك الإمام لأن السرقة وجدت في موضع لا يدل للإمام عليه فأشبهت السرقة في دار الحرب وكذلك رجل من أهل البني جاء للإمام تائباً وقد سرق من أهل البني لم يقطع لما قلنا وكذلك رجل من أهل العدل أغار على معسكر أهل البني فسرق منهم لم يقطع الإمام لأن السرقة لم تنعقد موجبة للقطع لعدم ولاية الاستيفاء فيه ولأنه أخذ عن تأويل لأن لاهل العدل أن يأخذوا أموال أهل البني ويحبسونها عندهم حتى يتوبوا فكان في العصمة شبهة العدم وكذلك الرجل من أهل البني إذا سرق من معسكر أهل العدل وعاد إلى معسكره ثم أخذ بعد ذلك لم يقطع لأنهم يعتقدون إباحة أموالنا ولم تمنع فكان أخذه عن تأويل فلا يقطع بالسرقة كما لا يضمن بالأتلاف ولو أن رجلاً من أهل العدل سرق من إنسان مالا وهو يشهد عليه بالكفر ويستحل دمه وماله يقطع لأن مجرد اعتقاد الإباحة لا عبرة به ولا نالوا اعتباراً لذلك لادى إلى سد باب الحد

لان كل سارق لا يعجز عن اظهار ذلك فيسقط القطع عن نفسه وهذا قبيح فما يؤدى اليه مثله
 ﴿فصل﴾ وأما بيان ما تظهر به السرقة عند القاضى فنقول وبالله التوفيق السرقة الموجبة للقطع عند القاضى تظهر
 بأحد أمرين أحدهما البيينة والثانى الاقرار أما البيينة فتظهر بها السرقة اذا استجمعت شرائطها لانها خبر يرجح فيه
 جنة الصدق على جنة الكذب فيظهر الخبر به وشرائط قبول البيينة فى باب السرقة بعضها يعيم البيئات كلها وقد ذكرنا
 ذلك فى كتاب الشهادات وبعضها يخص أبواب الحدود والقصاص وهو الذكورة والعدالة والاصالة فلا تقبل
 فيها شهادة النساء ولا شهادة الفساق ولا الشهادة على الشهادة لان فى شهادة هؤلاء زيادة شبهة لا ضرورة الى تحملها
 فيما يحتال لدفعه ويحتاط لدركه وكذا عدم تقادم العهد الا فى حد القذف والقصاص حتى لو شذوا بالسرقة بعد حين لم
 تقبل ولا يقطع ويضمن المال والا صل ان التقادم يبطل الشهادة على الحدود الخالصة ولا يبطلها على حد القذف ولا
 يبطل الاقرار أيضاً والفرق ذكرناه فى كتاب الحدود وانما ضمن المال لان التقادم انما يمنع من الشهادة على الحدود
 الخالصة للشبهة والشبهة تمنع وجوب الحد ولا تمنع وجوب المال وبعضها يخص أبواب الاموال والحقوق وهو
 الخصومة والدعوى ممن له يد صحيحة حتى لو شهدوا انه سرق من فلان الغائب لم تقبل شهادتهم ما لم يحضر المسروق
 منه ويخاصم لما ذكرنا ان كون المسروق ملكا لغير السارق شرط لكون الفعل سرقة ولا يظهر ذلك الا بالخصومة
 فاذا لم توجد الخصومة لم تقبل شهادتهم ولكن يحبس السارق لان اخبارهم أو رث ثمة وبجواز الحبس بالتهمة لما
 روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وهل يشترط حضور المولى لقبول البيينة القائمة على سرقة
 عبده مال انسان والعبد يجحد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يشترط حتى لو كان مولاه غائبا لم تقبل البيينة وهو
 احدى الروايتين عن أبى يوسف وروى عن أبى يوسف رحمه الله رواية اخرى أنه لا يشترط ويقضى عليه بالقطع
 وان كان مولاه غائبا (وجه) هذه الرواية أن القطع انما يجب على العبد بالسرقة من حيث انه آدمى مكلف لا من حيث
 انه مال مملوك للمولى ومن هذا الوجه المولى أجنبي عنه فلا معنى لاشتراط حضرته كما لا تشترط حضرة سائر الاجانب
 ولهذا لو أقر بالسرقة نفذ اقراره ولا يشترط حضور المولى كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة عليه الرحمة أن هذه البيينة
 تتضمن اتلاف ملك المولى فلا يقضى بهامع غيبة المولى كاليينة القائمة على ملك شئ من رقة العبد ولان من الجائز أنه
 لو كان حاضر الادعى شبهة مانعة من قبول الشهادة والحدود تدرأ ما أمكن بخلاف الاقرار لانه بعد ما وقع موجب للحد
 لا يملك المولى رده بوجه فلم تمكن فيه شبهة ولا تظهر السرقة بالنكول حتى لو ادعى على رجل سرقة فانكر فاستخلف
 فنكل لا يقضى عليه بالقطع ويقضى بالمال لان النكول ما أن يجرى مجرى البذل والقطع مما لا يحتتمل البذل والاباحة
 والمال يحتتمل البذل والاباحة واما أن يجرى مجرى اقرار فيه شبهة لعدم لكونه اقرارا من طريق السكوت لا صريحا
 والشبهة تمنع وجوب الحد ولا تمنع وجوب المال (وأما) الاقرار فتظهر به السرقة الموجبة للقطع أيضاً لان الانسان
 غير متهم فى الاقرار على نفسه بالاضرار بنفسه فتظهر به السرقة كما تظهر بالبيينة وبل أولى لان المرء قد يتهم فى حق غيره
 ما لا يتهم فى حق نفسه وسواء كان الذى أقر بالسرقة عبداً ما ذونا أو محجورا بعد ان كان من أهل وجوب القطع عليه
 وعند زفر رحمه الله لا يقطع باقرار العبد من غير تصديق المولى وجملة الكلام أن العبد اذا أقر بسرقة عشرة دراهم لا يخلو
 اما ان كان ما ذونا أو محجورا او المال قائم أو هالك فان كان ما ذونا يقطع ثم ان كان المال هالكا أو مستهلكا لضمان عليه
 سواء صيدقه مولاه فى اقراره أو كذبه لان القطع مع الضمان لا يجتمعان عندنا وان كان المال قائما فهو للمسروق منه
 وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يقطع من غير تصديق المولى والمال للمسروق منه (وجه) قوله أن
 اقرار العبد يتضمن اتلاف مال المولى لان ما فى يد العبد مال مولاه فلا يقبل من غير تصديق المولى (ولنا) أن العبد غير
 متهم فى هذا الاقرار لان المولى ان كان يتضرر به فضرر العبد أعظم فلم يكن متهما فى اقراره فيقبل ولانه لا ملك للمولى
 فى يد العبد فى حق القطع كما لا ملك له فى نفسه فى حق القتل فكان العبد فيه مبقى على أصل الحرية فيقبل اقراره كالخرو به

تبين أن اقراره يتضمن ابطال حق المولى في حق القطع لعدم الحق له في حقه وان كان محجورا قطع يده ثم ان كان المال هالكا أو مستهلكا لا ضمان عليه كذبه مولا أو صدقه وان كان قائما فان صدقه مولا لا تقطع يده والمال للمسروق منه وان كذبه بان قال هذا مالي اختلف فيه أصحابنا الثلاثة قال أبو حنيفة تقطع يده والمال للمسروق منه وقال أبو يوسف تقطع يده والمال للمولى ولا ضمان على العبد في الحال ولا بعد العتق وقال محمد لا تقطع يده والمال للمولى ويضمن مثله للمقر له بعد العتق (وجه) قوله ظاهر لان اقرار المحجور بالمال لا يصح لان ما في يده ملك مولا هظاهرا وغالبا واذالم ينفذ اقراره بالمال بقى المال على حكم ملك المولى ولا تقطع في مال المولى بخلاف المأذون لان اقراره بالمال جائز واذا جاز اقراره بالمال لغيره تثبت السرقة منه فيقطع (وجه) قول أبي يوسف أن اقراره بالحد جائز وان كان لا يجوز بالمال اذ ليس من ضرورة جواز اقراره في حق الحد جواز في المال ألا ترى أنه لو قال سرت هذا المال الذي في يدي من عمرو يقبل اقراره في القطع ولا يقبل في المال كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله أن اقرار العبد بالحد جائز لما ذكرنا في العبد المأذون فلزمه القطع فبعد ذلك لا يخلو اما أن يقطع في المال المقر به بعينه ويرد المسروق الى المولى واما أن يقطع في مال بغير عينه لا سبيل الى الاول لان قطع اليد في مال محكوم به لمولا لا يجوز ولا يجوز أن يقطع في مال بغير عينه لان الاقرار صايف مالا معينا فتعين أن يقطع في المال المقر به بعينه ويرد المال الى المسروق منه هذا اذا كان العبد بالغاً عاقلا وقت الاقرار فاما اذا كان صبييا عاقلا فلا قطع عليه لانه ليس من أهل الخطاب بالشرائع ثم ينظر ان كان مأذونا يصح اقراره بالمال فان كان قائما يرد عليه وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا لا يصح اقراره الا بتصديق المولى فان كذبه فاما للمولى ان كان قائما وان كان هالكا لا ضمان عليه في الحال ولا بعد العتاق ولو أقر العبد بسرقة ما دون العشرة لا يقطع لان النصاب شرط ثم ينظر ان كان مأذونا يصح اقراره ويرد المال الى المسروق منه وان كان هالكا يضمن سواء كان العبد مخاطبا أو لم يكن وان كان محجورا فان صدقه مولا فكذلك وان كذبه فاما للمولى ويضمن العبد بعد العتق ان كان مخاطبا وقت الاقرار وان كان صغيرا لا ضمان عليه والاصل في جنس هذه المسائل ان كل ما لا يصح اقرار المولى على عبده يصح اقرار العبد فيه ثم المولى اذا أقر على عبده بالقصاص أو وحد الزنا أو وحد القذف أو السرقة أو القطع في السرقة لا يصح فاذا أقر العبد بهذه الاشياء يصح (وأما) اذا أقر المولى على عبده بالجناية فيأدون النفس فيأجب فيه الدفع أو القداء فانه ينظر ان لم يكن عليه دين صح لان الجناية فيأدون النفس يسلك فيها مسلك الاموال فكان المولى أقر عليه بالدين ولو أقر عليه بالدين يصح كذا هذا وان كان عليه دين لا يصح لانه لو أقر عليه بالدين وعليه دين لا يصح كذا اذا أقر عليه بالجناية والله سبحانه وتعالى أعلم وعدم التقادم في الاقرار ليس بشرط لجوازه فيجوز سواء تقدم عهد السرقة أو لا بخلاف البيئنة والفرق ذكرناه في كتاب الحدود واختلاف في العدد في هذا الاقرار انه هل هو شرط قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ليس بشرط ويظهر بالاقرار مرة واحدة وقال أبو يوسف رحمه الله شرط فلا يقطع ما لم يقر مرتين في مكانين والدلائل ذكرناها في كتاب الحدود وكذا اختلف في دعوى المسروق منه انها هل هي شرط كون الاقرار مظهر للسرقة كما هي شرط كون البيئنة مظهرة لها قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله شرط حتى لو أقر السارق انه سرق مال فلان الغائب لم يقطع ما لم يحضر المسروق منه ويخاصم عندهما وقال أبو يوسف الدعوى في الاقرار ليست بشرط ويقطع حال غيبة المسروق منه (وجه) قوله ان اقراره بالسرقة اقرار على نفسه والا انسان يصدق في الاقرار على نفسه لعدم التهمة ولهذا لو أقر بالزنا بامرأة وهي غائبة قبل اقراره وحده كذا هذا ولهما ما روى ان سمره رضى الله عنه قال للنبي عليه الصلاة والسلام انى سرت لآل فلان فأخذ اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألهم فقالوا انا قد كنا بغير ألتاني ليلة كذا فقطعه فلو لا ان المطالبة شرط ظهور السرقة بالاقرار لم يكن ليسألهم بل كان يقطع السارق ولان كل من في يده شئ فالظاهر انه ملكه (فأما) اذا أقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه عنه حتى يصدقه المقر له والغائب يجوز أن يصدقه فيه ويجوز أن يكذبه فبقى على حكم

ملك السارق فلا يقطع ولأن في ظهور السرقة بهذا الاقرار شبهة العدم لا احتمال التكذيب من المسروق منه فانه يحتمل أن يحضر فيكذبه في اقراره بخلاف الاقرار بالزنا بامرأة غائبة انه يحسد المقر وان كان يحتمل أن تحضر المرأة فتدعي شبهة لان هناك لو كانت حاضرة وادعت الشبهة يسقط الحد لاجل شبهة فلو سقطت عند غيبتها لسقط لشبهة الشبهة وانها غير معتبرة في درء الحد وههنا بخلافه لان المسروق منه لو كان حاضرا وكذب السارق في اقراره بالسرقة منه لم يقطع لان المكان الشبهة بل لانعدام فعل السرقة فلم يكن السقوط حال الغيبة باعتبار شبهة الشبهة والله تعالى أعلم قال محمد لو قال سرقته هذه الدراهم ولا أدري لمن هي أو قال سرقها ولا أخبرك من صاحبها لا يقطع لان جهالة المسروق منه فوق غيبته ثم انفية لما منعت القطع على أصله فالجهالة أولى ولان الخصومة لما كانت شرطا فاذا كان المسروق منه مجهولا تتحقق الخصومة فلا يقطع واذا عرف ان الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع بالبينة على الاتفاق وبالاقرار على الاختلاف فلا بد من بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول وبالله التوفيق الاصل ان كل من كان له يد صحيحة يملك الخصومة ومن لا فلا للمالك أن يخاصم السارق اذا سرق منه لا شك فيه لان يد المالك يد صحيحة (وأما) المودع والمستعير والمضارب والمبضع والغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن فلا خلاف بين أصحابنا رضي الله عنهم في أن لهم أن يخاصموا السارق وتعتبر خصومتهم في حق ثبوت ولاية الاسترداد والاعادة الى أيديهم وأما في حقوق القطع فكذلك عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله و يقطع السارق بخصومتهم وعند زفر رحمه الله لا تعتبر خصومتهم في حق القطع ولا يقطع السارق بخصومة هؤلاء وعند الشافعي رحمه الله لا يعتبر بخصومة غير المالك أصلا لا في حق القطع ولا في حق ولاية الاسترداد (وجهه) قول زفر رحمه الله أن يده هؤلاء ليست يد صحيحة في الاصل أما يد المرتهن فظاهر لانها يد حفظ لا يثبت له ولاية الخصومة لضرورة الاعادة الى يد الحفظ ليمكن من التسليم من المالك وكذلك يد الغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن يدهم يضمنان لا يد خصومة وانما ثبت لهم ولاية الخصومة لا مكان الرد الى المالك فكان ثبوت ولاية الخصومة لهم بطريق الضرورة والثابت بضرورة يكون عدما في ورء محل الضرورة لانعدام علة الثبوت وهي الضرورة فكانت الخصومة منعدمة في حق القطع ولا قطع بدون الخصومة ولهذا لا يقطع بخصومة السارق كذا هذا (ولنا) ان الخصومة شرط صيرورة البينة حجة مظهرة للسرقة لما بينا ان الفعل لا يتحقق سرقة ما لم يعلم ان المسروق ملك غير السارق وانما يعلم ذلك بالخصومة فكانت الخصومة شرط كون البينة مظهرة للسرقة وكونها مظهرة للسرقة ثبت بخصومة هؤلاء واذا ظهرت السرقة يقطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما بخلاف السارق انه لا يقطع بخصومته لان يده ليست بصحيحة لما ذكرنا على أن عدم القطع هناك لخلل في ملك المسروق لما بينا فيما تقدم وههنا لخلل في العصمة ألا ترى أن هناك لا يقطع بخصومة المالك وههنا يقطع ولو حضر المالك وغاب المرتهن هل له أن يخاصم السارق ويقطعه ذكر في الجامع الصغير أن له ذلك وروي ابن سماعه عن محمد رحمه الله أنه ليس له ذلك (وجهه) رواية ابن سماعه أن ولاية الخصومة للمسروق منه والمالك ليس بمسروق منه لان السارق لم يسرق منه وانما سرق من غيره فلم يكن له ولاية الخصومة (وجهه) رواية الجامع ان الخصومة في باب السرقة انما شرطت ليعلم أن المسروق ملك غير السارق وهذا يحصل بخصومة المالك فتصبح خصومته كما تصبح خصومة المرتهن بل أولى لان يد المرتهن يد نيابة فلما سحبت الخصومة بيد النيابة فبدل الاصله أولى ولو حضر المقصوب منه وغاب الغاصب ذكر في الجامع الصغير ان له أن يخاصم ويطالب بالقطع ولم يذكر ابن سماعه في الغصب خلافا وذكر القدوري عليه الرحمة أنه ينبغي أن يكون الخلاف فيهما واحدا وليس للراهن أن يخاصم السارق فيقطعه لانه ليس له حق القبض قبل قضاء الدين فلا يملك المطالبة حتى لو قضى الدين له أن يخاصم لانه ثبت ولاية القبض بالفكالك قال القدوري رحمه الله وعلى قياس رواية ابن سماعه لا يثبت للراهن ولاية المطالبة مع غيبة المرتهن كما في المودع بل أولى لان يد المرتهن أقوى من يد المودع لان يد المرتهن لنفسه ويد المودع لغيره ولو هلك الرهن

في يد السارق كان للمرتهن أن يقطعه ولا سبيل للراهن عليه لأن المرتهن كان له ولاية القطع قبل الهلاك وهلاك المحل لا يستقط القطع فيثبت الولاية (فاما) الراهن فلم يبق له حق في المهرن ألا ترى أنه سقط عنه الدين بهلاكه فلا تثبت له ولاية المطالبة (وأما) السارق فلا يملك الخصومة لأن يده ليست بمضمونة لأنها ليست بيد ملك ولا يضمن ولا يدا مائة فصار الاخذ من يده كالأخذ من الطريق فلم يكن له أن يخاصم الثاني بالقطع ولا للمالك أيضاً ولاية الخصومة لأن أخذ المال من اليد الصحيحة شرط وجوب القطع ولم يوجد فلا يجب القطع فلا تثبت له ولاية المطالبة وهل للسارق الأول أن يطالب الثاني برد المسروق الى يده قالوا فيه روايتان في رواية له ذلك وفي رواية ليس له ذلك (وجه) الرواية الأولى على نحو ما بينا أن المسروق منه لم تكن له يد صحيحة فصار الاخذ منه كالأخذ من الطريق سواء (وجه) الرواية الثانية أن من الجائز أن يختار المالك الضمان ويترك القطع فيحتاج الى أن يسترده من يده فيدفع اليه فيتخلص عن الضمان كما في العصب ونحوه على ما مرود كالدورى عليه الرحمة أنه يجوز أن يقال ما لم يقطع فله ذلك (وأما) بعد القطع فليس له ذلك لأن قبل القطع يحتمل اختيار الضمان وبعده لا قال ويجوز أن يقال له ذلك بعد القطع أيضاً لأن الضمان ان لم يجب عليه في القضاء فهو واجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى فيحتاج الى الاسترداد ليتخلص عن الضمان الواجب عليه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى ولا تظهر السرقة الموجبة للقطع بعلم القاضى سواء استفاده قبل زمان القضاء أو في زمان القضاء لما ذكرنا في كتاب أدب القاضى والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما حكم السرقة فنقول وبالله التوفيق للسرقة حكمان أحدهما يتعلق بالنفس والآخر يتعلق بالمال (أما) الذي يتعلق بالنفس فالقطع لقوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وما رويان من الاخبار وعليه اجماع الامة فالكلام في هذا الحكم يقع في مواضع في بيان صفات هذا الحكم وفي بيان محل اقامته وفي بيان من يقيم وفي بيان ما يستقط بعده وفي بيان حكم السقوط بعد الثبوت أو عدم الثبوت أصلاً لما نعت من الشبهة (أما) صفات هذا الحكم فأنواع (منها) أن يبقى وجوب ضمان المسروق عندنا فلا يجب الضمان والقطع في سرقة واحدة ولقب المسئلة أن الضمان والقطع هل يجتمعان في سرقة واحدة عندنا لا يجتمعان حتى لو هلك المسروق في يد السارق بعد القطع أو قبله لا ضمان عليه وعند الشافعى رحمه الله فيقطع ويضمن ما استهلكه (وجه) قوله أنه وجد من السارق سبب وجوب القطع والضمان فيجبان جميعاً وإنما قلنا ذلك لانه وجد منه السرقة وانها سبب لوجوب القطع والضمان لأنها جناية حقين حق الله عز وجل وحق المسروق منه (أما) الجناية على حق الله سبحانه وتعالى فهتك حرمة حفظ الله سبحانه وتعالى اذ المال حال غيبة المالك محفوظ بحفظ الله سبحانه وتعالى (وأما) الجناية على حق العبد فبالتلاف ماله فكانت الجناية على حقين فكانت مضمونة بضمائنين فيجب ضمان القطع من حيث انها جناية على حق الله سبحانه وتعالى وضمان المال من حيث انها جناية على حق العبد كمن شرب خمر الذمى انه يجب عليه الحد حقا لله تعالى والضمان حقا للعبيد وكذا قتل الخطأ يوجب الكفارة حقا لله تعالى والدية حقا للعبد كذا هذا والدليل عليه ان المسروق لو كان قائماً يجب رده على المالك فدل انه بقى معصوماً حقا للمالك (ولنا) الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب العزيز فقوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا ولا استدلال بالآية من وجهين أحدهما ان الله سبحانه وتعالى سمي القطع جزاء والجزاء يبنى على الكفاية فلو ضم اليه الضمان لم يكن القطع كافياً فلم يكن جزاء تعالى الله سبحانه عز شأنه عن الخلف في الخير والثاني انه جعل القطع كل الجزاء لانه عز شأنه ذكره ولم يذكر غيره فلو أوجبنا الضمان لصار القطع بعض الجزاء فيكون نسخاً لنص الكتاب العزيز وأما السنة فما روى عن سيدنا عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا قطع السارق فلا غرم عليه والقرم في اللغة ما يلزم أدائه وهذا نص في الباب (وأما) المعقول فن وجهين أحدهما بناء والآخر ابتداء (أما) وجه البناء فهو ان المضمونات عندنا ملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الاخذ فلو ضمننا السارق

قيمة المسروق أو مثله للمالك المسروق من وقت الاختفين أنه قطع في ملك نفسه وذلك لا يجوز (وأما) وجهه الابتداء
فما قاله بعض مشايخنا وهو أن الضمان إنما يجب بأخذ مال معصوم ثبتت عصمته حقاً للمالك فيجب أن يكون
المضمون بهذه الصفة ليكون اعتداء بالمثل في ضمان العدوانات والمضمون حالة السرقة خرج من أن يكون معصوماً
حقاً للمالك بدلالة وجوب القطع ولو بقي معصوماً حقاً للمالك لما وجب إذا ثبت حقاً للعبد ثبت لدفع حاجته
وحاجة السارق كحاجة المسروق منه فتتمكن فيه شبهة الإباحة وانها تمنع وجوب القطع والقسط واجب فينتفي
الضمان ضرورة ألا أنه وجب رد المسروق حال قيامه لأن وجوب الرد يقف على الملك لا على العصمة ألا ترى أن
من غصب خمر المسلم يؤمر بالرد إليه لقيام ملكه فيها ولو هلك في يد الغاصب لا ضمان عليه لعدم العصمة فلم يكن
من ضرورة سقوط العصمة الثابتة حقاً للعبد زال ملكه عن المحل وهبنا الملك قائم فيؤمر بالرد إليه والعصمة زائلة
فلا يكون مضموناً بالهلاك ويخرج على هذا الأصل مسائل إذا استهلك السارق المسروق بعد القطع لا يضمن
في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي خنيفة رحمه الله أنه يضمن (وجه) هذه الرواية أن المسروق بعد القطع بقي على
ملك المسروق منه ألا ترى أنه يجب رده على المالك وقبض السارق ليس بقبض مضمون فكان المسروق في يده
بمنزلة الأمانة فإذا استهلكها ضمن (وجه) ظاهر الرواية أن عصمة المحل الثابتة حقاً للمالك قد سقطت في حق
السارق لضرورة إمكان إيجاب القطع فلا يعود إلا بالرد إلى المالك فلم يكن معصوماً قبله فلا يكون مضموناً ولو استهلك
رجل آخر يضمنه لأن العصمة إنما سقطت في حق السارق لا في حق غيره فيضمن ولو سقط القطع لشبهة ضمن
لأن المانع من الضمان هو القطع وقد زال المانع ولو باع السارق المسروق من إنسان أو ملكه منه بوجه من الوجوه فإن
كان قائماً فلصاحبه أن يأخذه لأنه عين ملكه وللمأخوذه أنه يرجع على السارق بالثمن الذي دفعه لأن الرجوع بالثمن
لا يوجب ضمناً على السارق في عين المسروق لأنه يرجع عليه بثمن المسروق لا بقيمته ليوجب ذلك ملك المسروق
للسارق وإن كان هلك في يده فلا ضمان على السارق ولا على القابض هكذا روى عن أبي يوسف أما السارق فلا أن
القطع ينفي الضمان (وأما) المشتري فلا أنه لو ضمنه المالك لكان له أن يرجع بالضمان على السارق فيصير كأن المالك
ضمن السارق وقطعه ينفي الضمان عنه وإن كان استهلكه القابض كان للمالك أن يضمنه القيمة لأنه قبض ماله بغير
إذنه وهلك في يده وللمشتري أن يرجع على السارق بالثمن لأن الرجوع بالثمن ليس بتضمن ولو اغتصبه إنسان من
السارق فهلك في يده بعد انقطع فلا ضمان للسارق ولا للمسروق منه (أما) السارق فلا أنه ليس بمالك (وأما) المالك
فلا أن العصمة الثابتة له حقا قد بطلت قال القدوري وكان للمولى أن يضمنه الغاصب لأنه لو ضمن لا يرجع بالضمان
على السارق وعلى هذا يخرج ما إذا سرق ثوباً فخرقه في الدار خرقاً فاحشاً ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم لا يقطع
لأن الخرق الفاحش سبب لوجوب الضمان وأنه يوجب ملك المضمون وذلك يمنع القطع وإن خرقه عرضاً فقد مر
الاختلاف فيه (ومنها) أن يجري فيه التداخل حتى أنه لو سرق سرقات فرفع فيها كلها فقطع أو رفع في بعضها فقطع
فيما رفع فالتقطع للسرقات كلها ولا يقطع في شيء منها بعد ذلك لأن أسباب الحدود إذا اجتمعت وانها من جنس
واحد يكفي فيها بحد واحد كما في الزنا وهذا لأن المقصود من إقامة الحد هو الزجر والردع وذلك يحصل بإقامة
الحد الواحد فكان في إقامة الثاني والثالث شبهة عدم الفائدة فلا يقام ولهذا يكفي في باب الزنا بالإقامة لأول حد
كذا هذا ولأن محل الإقامة قد فات إذ محلها اليد اليمنى لأن كل سرقة وجدت ما أوجب الاقطع اليد اليمنى فإذا
قطعت في واحدة منها فقد فات محل الإقامة وصار كما لو ذهبت اليد اليمنى بأقصة ساهوية وأما حكم الضمان فلا
خلاف بين أصحابنا رضي الله عنهم في أنه إذا حضر أصحاب السرقات وخصموا فيها فقطع بخصمهم أنه لا ضمان
على السارق في السرقات كلها لأن مخاصمة المسروق منه بالقطع بمنزلة البراءة عن الضمان عندنا فإذا خصموا
جميعاً فكانهم أبرؤا وأما إذا خصم واحد في سرقة فقطع فلا ضمان على السارق فيما خصم بالجماع بين أصحابنا

رضي الله عنهم واما فيما لم يخاصم فيه فقد اختلفوا قال أبو حنيفة رحمه الله لا ضمان عليه في شيء من السرقات خاصصوا
أولم يخاصصوا وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله يضمن في السرقات كلها الا فيما خوصم (وجهه) قولهما ان
المسروق منه خير بين ان يدعى المال يستوفي حقه وهو الضمان وبين ان يدعى السرقة ليستوفي في حق الله سبحانه
وتعالى وهو القطع ولا ضمان له فكان سقوط الضمان مبنياً على دعوى السرقة والخصومة فيها فمن خاصص منهم فقد
وجد منه ما يوجب سقوط الضمان ومن لم يخاصص لم يوجد منه المسقط فيبقى حقه في الضمان كما كان ولا في حنيفة
رحمه الله ان الثاني للضمان هو القطع والقطع وقع للسرقات كلها فينفي الضمان في السرقات كلها هذا اذا كان المسروق
هالكاً اما اذا كان قائماً رد كل مسروق الى صاحبه لان القطع ينفي الضمان لا الرد ومنها انه لا يحتمل العفو حتى لو أمر
الامام بقطع السارق فمفاه عنه المسروق منه كان عفوه باطلا لان صحة العفو يعتمد كون المنعونه حقة للعافي والقطع
خالص حق الله سبحانه وتعالى لاحق للعبد فيه فلا يصح عفوه والله سبحانه وتعالى أعلم واما محل اقامة هذا الحكم
فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل المحل ومراعاة الترتيب فيه والثاني في بيان موضع اقامة الحكم منه اما
الاول فاصل المحل عند أصحابنا طرفان فقط وهم اليد اليمنى والرجل اليسرى فتقطع اليد اليمنى في السرقة الاولى وتقطع
الرجل اليسرى في السرقة الثانية ولا يقطع بعد ذلك أصلاً ولكنه يضمن السرقة ويعزر ويحبس حتى يحدث توبة
عندنا وعند الشافعي رحمه الله الاطراف الاربعة محل القطع على الترتيب فتقطع اليد اليمنى في المرة الاولى وتقطع الرجل
اليسرى في المرة الثانية وتقطع اليد اليسرى في المرة الثالثة وتقطع الرجل اليمنى في السرقة الرابعة احتج الشافعي رحمه الله
بقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما والايدى اسم جمع والاثنان فافوقهما جماعة على لسان رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقال الله تعالى ان تتوبا الى الله فقد صغت قلوبكما وانه لم يكن لكل واحد القلب واحد الا ان
الترتيب في قطع الايدي ثبت بدليل آخر وهذا لا يخرج اليد اليسرى من ان تكون محلاً للقطع في الجملة وروى ان
سيدنا أبا بكر رضي الله عنه قطع سارق حلى أسماء وكان أقطع اليد والرجل (ولنا) ما روى ان سيدنا علياً رضي الله
عنه أتى بسارق فقطع يده ثم أتى به الثانية وقد سرق فقطع رجله ثم أتى به الثالثة وقد سرق فقال لا أقطعه ان قطعت يده
فبأي شيء يأكل بأي شيء يتمسح وان قطعت رجله بأي شيء يتمشى اني لا استحي من الله فضر به بحشبة وحبسه
وروى ان سيدنا عمر رضي الله عنه أتى بسارق أقطع اليد والرجل قد سرق نعالا يقال له سدوم وأراد ان يقطعه فقال
له سيدنا علي رضي الله عنه انما عليه قطع يد ورجل فحبسه سيدنا عمر رضي الله عنه ولم يقطعه وسيدنا عمر وسيدنا
علي رضي الله عنهما لم يزد في القطع على قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم
ولم ينقل انه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعاً من الصحابة رضي الله عنهم (ولنا) أيضاً دلالة اجماع والمعقول اما دلالة
الاجماع فهي انا أجمعنا على ان اليد اليمنى اذا كانت مقطوعة لا يعدل الى اليد اليسرى بل الى الرجل اليسرى ولو كان لليد
اليسرى مدخل في القطع لكان لا يعدل الا اليها لانهم منصوص عليها ولا يعدل عن المنصوص عليه الى غيره فدل
العدول الى الرجل اليسرى لا اليها على انه لا مدخل لها في القطع بالسرقة أصلاً وهذا النوع من الاستدلال ذكره
الكرخي رحمه الله واما المعقول فهو ان في قطع اليد اليسرى تقويت جنس منفعة من منافع النفس أصلاً وهي منفعة
البطش لانها تقويت بقطع اليد اليسرى بعد قطع اليمنى فتصير النفس في حق هذه المنفعة هالكاً فكان قطع اليد اليسرى
اهلاك النفس من وجهه وكذا قطع الرجل اليمنى بعد قطع الرجل اليسرى تقويت منفعة المشي لان منفعة المشي تقويت
بالكلية فكان قطع الرجل اليمنى اهلاك النفس من كل وجه واهلاك النفس من كل وجه لا يصلح حداً في السرقة
كذا اهلاك النفس من وجهه لان الثابت من وجهه ملحق بالثابت من كل وجه في الحد وداحتياطاً ولا حجة له في الآية
الشريفة لان ابن مسعود رضي الله عنه قرأ فاقطعوا أيماهما ولا يظن بمشله ان يقرأ ذلك من تلقاء نفسه بل سماعاً من
رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت قراءته مخرج التفسير لمهم الكتاب العزيز وهكذا روى عن عبد الله بن

عباس رضي الله عنهما في قوله عز وجل فاقطعوا أيديهما أنه قال أيماهما وهكذا روى عن الحسن وإبراهيم رحمهما الله وأما حديث لا قطع فقد روى الزهري في الموطأ عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أنها قالت لما كان الذي سرق حلي أسماء أقطع اليد اليمنى فقطع سيدنا أبو بكر رضي الله عنه رجله اليسرى وكانت تنكر أن يكون أقطع اليد والرجل ثم انما تقطع يده اليمنى في الكرة الأولى إذا كانت اليد اليسرى صحيحة يمكنه أن ينتفع بها بعد قطع اليد اليمنى والرجل اليمنى صحيحة يمكنه الانتفاع بها بعد قطع الرجل اليسرى فإن كانت اليد اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الأبهام أو أصبعين سوى الأبهام لا تقطع اليد اليمنى لأن القطع في المرققة شرع زاجر إلا مهلكاً فإذا لم تكن اليد اليسرى يمكن الانتفاع بها فقطع اليد اليمنى يقع تقويتاً لجنس المنفعة وهي منفعة البطش أصلاً فيقع اهلا كاللنفس من وجه فلا تقطع ولا يقطع رجله اليسرى أيضاً لأنه يذهب أحد الشقين على الكمال فهلك النفس من وجه ولو كانت اليد اليسرى مقطوعة أصبع واحدة سوى الأبهام تقطع يده اليمنى لأن القطع لا يتضمن فوات جنس المنفعة وكذا إن كانت الرجل اليمنى مقطوعة أو شلاء أو بهاء عرج يمنع المشي عليها لا تقطع اليد اليمنى لما فيه من فوات الشق ولا رجله اليسرى وإن كانت صحيحة لأنه يبقى بلارجلين فيفوت جنس المنفعة ولو كانت رجله اليمنى مقطوعة الأصابع كلها فإن كان يستطيع القيام والمشي عليها تقطع يده اليمنى لأن الجنس لا يفوت وإن كان لا يستطيع لا يقطع لقوات الشق ولو كانت يده صحيحتين ولكن رجله اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الأبهام أو الأصابع تقطع يده اليمنى لأن جنس المنفعة لا يفوت ولا فيه فوات الشق أيضاً ولو سرق ويمناه شلاء أو مقطوعة الأبهام أو الأصابع لقوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما أي أيماهما من غير فصل بين يمين ويمين ولأنها لو كانت سليمة تقطع فالتاقصة المعيبة أولى بالقطع ثم فرق بين القطع في السرقة وبين الاعتاق في الكفارة حيث جعل فوات أصبعين سوى الأبهام من اليد اليسرى نقصاً ما نأمن قطع اليد اليمنى ولم يجعل فوات أصبعين نقصاً ما نأمن جواز الاعتاق ما لم يكن ثلاثاً (وجه) الفرق أن القطع حد فهذا القدر من النقصان يورث شبهة بخلاف العتق والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قال الحاكم للحداد اقطع يد السارق فقطع اليد اليسرى فهذا على وجهين أما أن قال اقطع يده مطلقاً وأما أن قيده فقال اقطع يده اليمنى فإن أطلق فقال له اقطع يده فقطع اليسرى لا ضمان عليه للحال لأنه فعل ما أمر به حيث أمره بقطع اليد وقد قطع اليد وإن قيده فقال اقطع يده اليمنى فقطع اليسرى فإن أخرج السارق يده وقال هذا هو يميني فلا ضمان عليه أيضاً لأنه قطع يده فلا يضمن كمن قال لا خير اقطع يدي فقطعه لا ضمان عليه كذا هذا وإن لم يخرج السارق يده ولم يقل ذلك ولكنه قطع اليسرى خطأ لا ضمان عليه عند أصحابنا رضي الله عنهم وعند زفر رضي الله عنه يضمن لأن الخطأ في حقوق العباد ليس بعذر (ولنا) أن هذا خطأ في الاجتهاد لأنه أقام اليسار مقام اليمين باجتهاده متمسكاً بظاهر قوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما من غير فصل بين اليمين واليسار فكان هذا خطأ من الاجتهاد في الاجتهاد وأنه موضوع وموضوع المسألة في هذا الخطأ فيها إذا أخطأ فظن اليسار يميناً مع اعتقاد وجوب قطع اليمين مع ما أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يضمن هناك أيضاً على ما نبين وإن قطع اليسرى عمداً لا ضمان عليه أيضاً عند أبي حنيفة وعندهما يضمن لهما أنه تعمد الظلم بإقامة اليسار مقام اليمين فلم يكن معذوراً فيضمن ولا يبي حنيفة رضي الله عنه أنه أتلف وأخلف خير أمّا أتلف فلا يضمن كرجلين شهدا على رجل ببيع عبد قيمته ألف بألفين ثم رجعا فهما لا يضمنان لما قلنا كذا هذا وإنما قلنا أنه أخلف خير أمّا أتلف لأنه لما قطع اليسرى فقد سلمت له اليمنى لأنها لا تقطع بعد ذلك لأنه لا يؤتى على أطرافه إلا أربعة واليمين خير من اليسرى ثم على قول أبي حنيفة عليه الرحمة هل يكون هذا القطع وهو قطع اليسرى قطعاً من السرقة حتى إذا هلك المال في يد السارق أو استهلكه لا يضمن أولاً يكون من السرقة حتى يضمن اختلاف المشايخ فيه قال بعضهم يكون وقال بعضهم لا يكون هذا كله إذا قطع الحداد يدهم الحالك فاما لا يجنب إذا قطع يده اليسرى فإن كان خطأ فنجب الدية وإن كان عمداً أوجب القصاص وسقط عنه القطع في اليمين لأنه لو قطع يؤدي إلى اهلاك النفس من وجه على ما بينا

ويرد عليه المسروق ان كان قائماً وعليه ضمانه في الهلاك لان المانع من الضمان هو القطع وقد سقط ولو وجب عليه قطع اليد اليمين في السرقة فلم تقطع حتى قطع قاطع يمينه فهذا على وجهين اما ان يكون قبل الخصومة واما ان يكون بعدها فان كان قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص ان كان عمداً والارش ان كان خطأ وتقطع رجله اليسرى في السرقة كانه سرق ولا يمين له وان كان بعد الخصومة فان كان قبل القضاء فكذلك الجواب الا انا ههنا لا تقطع رجله اليسرى لانه لما خوصم كان الواجب في اليمين وقد فانت فسقط الواجب كما لو ذهب بأقفة سهاوية وان كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع لانه احتسب لاقامة حد الله سبحانه وتعالى فكان قطعه عن السرقة حتى لا يجنب الضمان على السارق فيما هلك من مال السرقة في يده أو استهلك وأما الموضع الذي يقطع من اليد اليمين فهو مفصل الزند عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال بعضهم تقطع الاصابع وقال الخوارج تقطع من المنكب لظاهر قوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما واليد اسم لهذه الجملة والصحيح قولنا لمارى انه عليه الصلاة والسلام قطع يد السارق من مفصل الزند فكان فعله بياناً للمراد من الآية الشريفة كانه نص سبحانه وتعالى فقال فاقطعوا أيديهما من مفصل الزند وعليه عمل الامم من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان من يقيم هذا الحكم فالذي يقيمه الامام أو من ولاه لان هذا حد والمتولى لاقامة الحدود الائمة أو من ولوه من القضاة والحكام وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله المولى يملك اقامة الحد على مملوكه والكلام في هذا الفصل استوفينا في كتاب الحدود واما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فنقول ما يسقطه بعد وجوبه أنواع منها تكذيب المسروق منه السارق في اقراره بالسرقة بان يقول له لم تسرق مني ومنها تكذيبه البيعة بان يقول شهد شهودى بزور لانه اذا كذب فقد بطل الاقرار والشهادة فسقط القطع ومنها رجوع السارق عن الاقرار بالسرقة فلا يقطع ويتضمن المال لان الرجوع يقبل في الحدود ولا يقبل في المال لانه يورث شبهة في الاقرار والحديث قطب بالشبهة ولا يسقط المال رجلان اقرارا بسرقة ثوب يساوى مائة درهم ثم قال أحدهما الثوب ثوبنا لم نسرقه أو قال هذا الى درى القطع عنهما لانهما اقرارا بالسرقة فقد ثبتت الشركة بينهما في السرقة ثم لما أنكر أحدهما فقد رجع عن اقراره فبطل الحد عنه برجوعه فيورث شبهة في حق الشريك لاتحاد السرقة ولو قال أحدهما سرقنا هذا الثوب من فلان فكذبه الآخر وقال كذبت لم نسرقه قطع المقر وحده في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يقطع واحد منهما (وجه) قول أبي يوسف أنه اقرار بسرقة واحدة بينهما على الشركة فاذا لم تثبت في حق شرى بكنهه بانكاره يؤثر ذلك في حق صاحبه ضرورة اتحاد السرقة وهذا بخلاف ما اذا أقر بالزنا بامرأة فانكرت أنه يحد الرجل على أصله لان انكار المرأة لا يؤثر في اقرار الرجل اذ ليس من ضرورة عدم الزنا من جانبها عدمه من جانبها كما لو زنا بصبيبة أو مجنونته بخلاف الاقرار بالسرقة لان ذلك وجد من أحدهما على وجه الشركة فعدم السرقة من أحدهما يؤثر في حق الآخر (وجه) قول أبي حنيفة أن اقراره بالشركة في السرقة اقرار بوجود السرقة من كل واحد منهما الا أنه لما أنكر صاحبه السرقة لم تثبت منه فعل السرقة وعدم الفعل منه لا يؤثر في وجود الفعل من صاحبه فبقى اقرار صاحبه على نفسه بالسرقة فيؤخذ به بخلاف اقرار الرجل على نفسه بالزنا بامرأة وهي تجحد أنه لا يجب الحد على الرجل على أصله لان الزنا لا يقوم الا بالرجل والمرأة فاذا أنكرت لم تثبت منها فلا يتصور الوجود من الرجل بخلاف الاقرار بالسرقة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) رد السارق المسروق الى المالك قبل المرافعة عندهما واحدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عنه أنه لا يسقط ولا خلاف في أن الرد بعد المرافعة لا يسقط الحد (وجه) رواية أبي يوسف أن السرقة حين وجودها انعقدت موجبة للقطع فرد المسروق بعد ذلك لا يخل بالسرقة الموجودة فلا يسقط القطع الواجب كما لو رده بعد المرافعة ولهما أن الخصومة شرط لظهور السرقة الموجبة للقطع لما بينا فبقا تقدم ولما رد المسروق الى المالك فقد بطلت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لان الشرط وجود الخصومة لا بقاؤها وقد وجدت (ومنها) ملك السارق المسروق قبل القضاء نحو ما اذا وهب المسروق منه

المسروق من السارق قبل القضاء وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان وهبه منه قبل القضاء واما ان وهبه بعد القضاء قبل الامضاء فان وهبه قبل القضاء يسقط القطع بخلاف وان وهبه بعد القضاء قبل الامضاء يسقط عندهما وقال أبو يوسف لا يسقط وهو قول الشافعي رحمه الله احتج أبو يوسف بما روى أن سارق رداء صفوان أخذ فأتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع يده فقال صفوان يا رسول الله اني لم أرد هذا هو عليه صدقة فقال عليه الصلاة والسلام فها قبل أن تأتيني به فدل ان الهبة قبل القضاء تسقط وبعده لا تسقط ولان وجوب القطع حكم معلق بوجود السرقة وقد تمت السرقة وقعت موجبة للقطع لاستجماع شرائط الوجوب فطريان الملك بعد ذلك لا يوجب خلافا في السرقة الموجودة فبقي القطع واجبا كما كان كما لو رد المسروق على المالك بعد القضاء بخلاف ما قبل القضاء لان الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع عند القاضي وقد بطل حق الخصومة (وجه) قولهما ان القبض شرط لثبوت الملك في الهبة والمالك في الهبة ثبت من وقت القبض فيظهر الملك له من ذلك الوقت من كل وجه أو من وجهه ويكون المسروق ملكا للسارق على الحقيقة أو الشبهة يمنع من القطع ولهذا لم يقطع قبل القضاء فكذلك بعده لان القضاء في باب الحدود امضاء وهاهنا لم يمض فكذا نه لم يقض ولو كان لم يقض اليس انه لا يتقطع فكذا اذا لم يمض ولان الطاري في باب الحدود ملحق بالمقارن اذا كان في اللاحق اسقاط الحد وههنا فيه اسقاط الحد فيلحق به (وأما) الحديث فلا حجة له فيه لان المروي قوله هو عليه صدقه وقوله هو يحتمل انه أراد به المسروق ويحتمل انه أراد به القطع وهبة القطع لا تسقط الحد بدل عليه انه روى في بعض الروايات انه قال وهبت القطع وكذا يحتمل انه تصدق عليه بالمسروق أو وهبه منه ولكنه لم يقبضه والقطع انما يسقط بالهبة مع القبض وعلى هذا اذا باع المسروق من السارق قبل القضاء أو بعده على الاتفاق والاختلاف ولو زنى بامرأة ثم تزوجها لا يسقط الحد لان الملك الثابت بالنكاح لا يحتمل الاستناد الى وقت الوطء فلا تثبت الشبهة في الزنا فيجد (وأما) حكم السقوط بعد الثبوت لما منع وهو الشبهة وغيرها فدخل المسروق في ضمان السارق حتى لو هلك في يده بنفسه أو استهلكه السارق يضمن لان المانع من الضمان هو القطع فاذا سقط القطع زال المانع فيضمن والله تعالى أعلم والثاني وجوب ردع بين المسروق على صاحبه اذا كان قائما بعينه وجملة الكلام فيه ان المسروق في يد السارق لا يخلو اما ان كان على حاله لم يتغير واما ان أحدث السارق فيه حدثا فان كان على حاله رده على المالك لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال على اليد ما أخذت حتى ترده وروى انه عليه الصلاة والسلام قال من وجد عين ماله فهو أحق به وروى انه عليه الصلاة والسلام رد رداء صفوان رضي الله عنه عليه وقطع السارق فيه وكذلك ان كان السارق قد ملك المسروق رجلا يبيع أو هبة أو صدقة أو تزوج امرأة عليه أو كان السارق امرأته فاختلعت من نفسها به وهو قائم في يد المالك فلصاحبه أن يأخذه لانه ملكه اذا سرقة لا توجب زوال الملك عن العين السرقة فكان تملك السارق باطلا ويرجع المشتري على السارق بالتمن الذي اشتراه به لما مر فان كان قد هلك في يدى القابض وكان البيع قبل القطع أو بعده فلا ضمان لاعلى السارق ولا على القابض لما بينا فيما تقدم وان أحدث السارق فيه حدثا لا يخلو اما ان أحدث حدثا أو وجب النقصان واما ان أحدث حدثا أو وجب الزيادة فان أحدث حدثا أو وجب النقصان يقطع وتسترد العين على المالك وليس عليه ضمان النقصان لان نقصان المسروق هلاك بعضه ولو هلك كله يقطع ولا ضمان عليه كذا اذا هلك البعض ويرد العين لان القطع لا يمنع الرد ألا ترى انه لا يمنع رد الكل فكذا البعض وان أحدث حدثا أو وجب الزيادة فالاصل في هذا ان السارق اذا أحدث في المسروق حدثا أو أحدث الغاصب في المغصوب لا يقطع حق المالك ينقطع حق المسروق منه والا فلا إلا أن في باب الغصب يضمن الغاصب للمالك مثل المغصوب أو قيمته وههنا لا يضمن السارق لما منع وهو القطع اذا عرف هذا فنقول السارق اذا قطع الثوب المسروق وخطه قيصا انقطع حق المالك لانه لو فعله الغاصب لا يقطع حق المغصوب منه كذا اذا فعله السارق ولا

ضمان على السارق لما بينا ولو صبغه أحمر أو أصفر فكذلك لا سبيل للمالك على العين المسروقة في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما يأخذ المالك الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه (وجه) قولهما أنه لو وجد هذا من الغاصب لخبر المالك بين أن يضمن الغاصب قيمة الثوب وبين أن يأخذ الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه إلا أن التضمين ههنا متعذر لضرورة القطع فتعين الوجه الآخر وهو أن يأخذ الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه إذا العصب والسرقة لا يختلفان في هذا الباب إلا في الضمان ولا في حنيفة الفرق بين العصب والسرقة ههنا وهو أن حق المعصوب منه أن يمتنع من أن يقطع عن الثوب بالصبغ لأن أصل الثوب ملكه وهو متقوم وللغاصب فيه حق متقوم أيضاً إلا أنا أثبتنا الخيار للمالك لا للغاصب لأن المالك صاحب أصل والغاصب صاحب وصف وههنا حق السارق في الصبغ متقوم وحق المالك في أصل الثوب ليس بمتقوم في حق السارق لأجل القطع ألا ترى أنه لو أتلعه السارق لا ضمان عليه فاعتبر حق السارق وجعل حق المالك في الأصل تبعاً لحقه في الوصف وتعذر تضمينه لضرورة القطع فيكون له مجاناً ولكن لا يحل له أن ينتفع بهذا الثوب بوجه من الوجوه كذا قال أبو حنيفة رحمه الله لأن الثوب على ملك المسروق منه إلا أنه تعذر رده وتضمينه في الحكم والقضاء فلم يملكه السارق لا يحل له الانتفاع به لأنه ملكه بوجه محظور من غير بدل لتعذر إيجاب الضمان فلا يباح له الانتفاع به ويجوز أن يصير مال إنسان في يد غيره على وجه يخرج من أن يكون واجب الرد والضمان إليه من طريق الحكم والقضاء لكن لا يحل له الانتفاع به فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى كالمسلم إذا دخل دار الحرب بآمان فأخذ شيئاً من أموالهم لا يحكم عليه بالردو يلزمه ذلك فيما بينه وبين الله جل جلاله وكذلك الباغي إذا أتلّف مال العادل ثم تاب لا يحكم عليه بالضمان ويفق به فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى وكذلك الحرّ إذا أتلّف شيئاً من مالنا ثم أسلم لا يحكم عليه بالردو ويفق بذلك فيما بينه وبين الله جلّت عظمتة وكذلك السارق إذا استهلك المسروق لا يقضى عليه بالضمان ولكن يفق به فيما بينه وبين الله تعالى وكذا قاطع الطريق إذا قتل إنساناً بعضاً ثم جاء تائباً بطل عنه الحد ويؤمر بإدائه الدية إلى ولي القتيل ولو قتل حرّاً مساماً بعضاً ثم أسلم لا يفق بدفع الدية إلى الولي بخلاف الباغي وقاطع الطريق والفرق أن القتل من الحرّ لم يقع سبباً لوجوب الضمان لأن عصمة المقتول لم تظهر في حقه فلا يجب بالسلام لأنه يجب ما قبله وقال الله تعالى قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف بخلاف قاطع الطريق لأن فعله وقع سبباً لوجوب الضمان إلا أنه لا يحكم بالضمان لما منع وهو ضرورة إقامة الحد إلا أن الحد إذا لم يجب لشبهة يحكم بالضمان فيظهر أثر المانع في الحكم والقضاء لا في القتوى وكذا فعل الباغي وقع سبباً لوجوب الضمان لكن لم يحكم بالوجوب لما منع وهو عدم الفائدة لقيام المنعة وهذا المانع يخص الحكم والقضاء فكان الوجوب ثابتاً عند الله سبحانه وتعالى فيقضى به وعلى هذا يخرج ما إذا سرق ثوباً فضربه داهراً أنه يقطع والدرهم ترد على صاحبها في قول أبي حنيفة وعندهما يقطع حق المالك عن الدرهم بناء على أن هذا الصنيع لا يقطع حق المالك في باب العصب عنده وعندهما يقطع ولو سرق جديداً أو صفرأ أو نحاساً أو ما أشبه ذلك فضر بها أو أذى ينظر أن كان بعد الصناعة والضرب تباع وزنا فهو على الاختلاف الذي ذكرنا وإن كان تباع عدداً فيقطع حق المالك بالاجماع كما في العصب وعلى هذا إذا سرق حنطة فطحنها وغير ذلك من هذا الجنس وسند كرجلة ذلك في كتاب العصب إن شاء الله تعالى والله أعلم بالصواب

﴿كتاب قاطع الطريق﴾

الكلام في هذا الكتاب على نحو الكلام في كتاب السرقة وذلك في أربعة مواضع في بيان ركن قطع الطريق وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يظهر به قطع الطريق عند القاضي وفي بيان حكم قطع الطريق

﴿فصل﴾ أماركته فهو الخروج على المارة لا أخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يتمتع المارة عن المرور وينقطع الطريق سواء كان القطع من جماعة أو من واحد بعد أن يكون له قوة القطع وسواء كان القطع بسلاح أو غيره من العصا

والحجر والخشب ونحوها لان اقتطاع الطريق يحصل بكل من ذلك وسواء كان بمباشرة الكل او التسبب من البعض
بالاعانة والاخذ لان القطع يحصل بالكل كما في السرقة ولان هذا من عادة القطع اعني المباشرة من البعض والاعانة
من البعض بالتسبب للدفع فلم يلحق التسبب بالمباشرة في سبب وجوب الحد لادى ذلك الى افتتاح باب قطع الطريق
وانسداد حكمه وأنه قبيح ولهذا الحق التسبب بالمباشرة في السرقة كذا ههنا

فصل وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى القاطع خاصة وبعضها يرجع الى المقطوع عليه خاصة وبعضها
يرجع اليهما جميعا وبعضها يرجع الى المقطوع له وبعضها يرجع الى المقطوع فيه (أما) الذي يرجع الى القاطع خاصة
فانواع (منها) أن يكون عاقلا (ومنها) أن يكون بالغاً فان كان صبياً أو مجنوناً فلا حد عليه لان الحد عقوبة فيستدعي
جناية وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جناية ولهذا لا يتعلق به القطع في السرقة كذا هذا ولو كان في القطع صبي
أو مجنون فلا حد على أحد في قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصبي هو الذي يلى القطع فكذلك وان كان
غيره حد العقلاء البالغين وقد ذكرنا المسئلة في كتاب السرقة (ومنها) الذكورة في ظاهر الرواية حتى لو كانت في القطع
امراً فوليست القتال وأخذ المال دون الرجال لا يقام الحد عليها في الرواية المشهورة وذكر الطحاوي رحمه الله وقال
النساء والرجال في قطع الطريق سواء وعلى قياس قوله تعالى يقام الحد عليها وعلى الرجال (وجه) ما ذكره الطحاوي
أن هذا حد يستوى في وجوبه الذكورة والانثى كسائر الحدود ولان الحدان كان هو القطع فلا يشترط في وجوبه
الذكورة والانوثة كسائر الحدود فلا يشترط في وجوبه الذكورة كحد السرقة وان كان هو القتل فكذلك كحد الزنا
وهو الرجم اذا كانت محصنة (وجه) الرواية المشهورة أن ركن القطع وهو الخروج على المارة على وجه الحاربة والمغالبة
لا يتحقق من النساء عادة لرقه قلوبهن وضعف بنيتهم فلا يمكن من اهل الحراب ولهذا لا يقتلن في دار الحرب بخلاف
السرقة لانها أخذ المال على وجه الاستخفاء ومسارقة الاعيان والانوثة لا تمنع من ذلك وكذا أسباب سائر الحدود
تتحقق من النساء كما يتحقق من الرجال (وأما) الرجال الذين معاقلاً يقام عليهم الحد في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما
الله سواء باشر وامعها ولم يباشروا فرق أبو يوسف بين الصبي وبين المرأة حيث قال اذا باشر الصبي لا حد على من لم
يباشر من العقلاء البالغين واذا باشرت المرأة متحد الرجال (ووجه) الفرق له أن امتناع الوجوب على المرأة ليس
لعدم الاهلية لانها من أهل التكليف ألا ترى أنه تتعلق سائر الحدود بفعلها بل لعدم الحاربة منها أو نقصانها عادة وهذا
لم يوجد في الرجال فلا يتمتع وجوب الحد عليهم وامتناع الوجوب على الصبي لعدم أهلية الوجوب لانه ليس من أهل
الاجاب عليه ولهذا لم يجب عليه سائر الحدود فاذا انتفى الوجوب عليه وهو أصل امتنع التبع ضرورة (وجه) قولهما
أن سبب الوجوب شيء واحد وهو قطع الطريق وقد حصل ممن يجب عليه ومن لا يجب عليه فلا يجب أصلاً كما اذا
كان فيهم صبي أو مجنون والله سبحانه وتعالى (وأما) الحرية فليست بشرط لعموم قوله تبارك وتعالى انما جزاء
الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فساداً الآية من غير فصل بين الحر والعبد ولان الركن وهو قطع
الطريق يتحقق من العبد حسب تحققه من الحر فيلزمه حكمه كما يلزم الحر وكذلك الاسلام لما قلنا والله تعالى أعلم

فصل وأما الذي يرجع الى المقطوع عليه خاصة فنوعان أحدهما أن يكون مسلماً أو ذمياً فان كان حربياً
مستأمناً لا حد على القاطع لان مال الحربى المستأمن ليس بمعصوم مطلق بل في عصمته شبهة لعدم لانه من أهل دار
الحرب وانما العصمة بعرض الامان مؤقتة الى غاية العود الى دار الحزب فكان في عصمته شبهة الاباحة فلا يتعلق
الحد بالقطع عليه كما لا يتعلق بسرقة ماله بخلاف الذمى لان عقد الذمة أفاد له عصمة ماله على التأيد فتعلق الحد بأخذه
كما يتعلق بسرقة ماله والثاني أن تكون يده صحيحة بأن كانت يده مملوك أو يد أمانة أو يد ضمان فان لم تكن صحيحة كيد
السارق لا حد على القاطع كما لا حد على السارق على ما مر في كتاب السرقة والله تعالى أعلم

فصل وأما الذي يرجع اليهما جميعاً فواحد وهو أن لا يكون في القطع ذور محرّم من أحد من المقطوع عليهم

فان كان لا يجب الحدلان بينهما تبسطا في المال والحرز لوجود الاذن بالتناول عادة فقد أخذ ما لا يحرمه عنه الحرز المبني في الحرز ولا السلطان الجاري في السفر فاوثر ذلك شبهة في الاجانب لاتحاد السبب وهو قطع الطريق وكان الجصاص يقول جواب الكتاب محمول على ما اذا كان المأخوذ مشتركا بين المقطوع عليهم وفي القطاع من هو ذورحم محرم من أحدهم فما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرز يجب الحد على الباقي وجواب الكتاب مطلق عن هذا التفصيل والله تعالى أعلم

فصل وأما الذي يرجع الى المقطوع له فمأذ كفي كتاب السرقة وهو أن يكون المأخوذ مالا متقوماً معضوماً ليس فيه لاحد حق الاخذ ولا تأويل التناول ولا تهمة التناول مملوكا لا ملك فيه للقاطع ولا تأويل الملك ولا شبهة الملك محرزا مطلقا بالفاظ ليس فيه شبهة العدم نصبا كاملا عشرة دراهم أو مقداراً بها حتى لو كان المال المأخوذ لا يصيب كل واحد من القطاع عشرة لا حد عليهم وقد ذكرنا دلائل هذه الشرائط والمسائل التي تخرج عليهم في كتاب السرقة وشرط الحسن بن زياد في نصاب قطع الطريق أن يكون عشرين درهما فصاعداً وقال عيسى بن زياد ان قتلوا قتلوا وان كان مأخذ كل واحد منهم أقل من عشرة (وجه) قول الحسن ان الشرع قدر نصاب السرقة بعشرة والواجب فيها قطع طرف الواحد وهما يتقطع طرفان فيشترط نصابان وذلك عشرون (وجه) قول عيسى رحمه الله انا أجمعنا على أنهم لو قتلوا ولم يأخذوا المال أصلا قتلوا فاذا أخذوا شيئا من المال وان قل أولى أن يقتلوا (ولنا) الفرق بين النوعين وهو أنهم لم يقتلوا ولم يأخذوا المال أصلا علم أن مة مصودهم القتل لا المال والقتل جناية متكاملة في نفسها فيجازي بعقوبة متكاملة وهي القتل ولما أخذوا المال وقتلوا دل أن مة مصودهم المال وانما قتلوا ليتكفوا من أخذ المال وأخذ المال لا يتكامل جناية الا اذا كان المأخوذ نصبا كما في السرقة والله تعالى أعلم

فصل وأما الذي يرجع الى المقطوع فيه وهو المكان فنوعان أحدهما ان يكون قطع الطريق في دار الاسلام فان كان في دار الحرب لا يجب الحدلان المتولى لاقامة الحد هو الامام وليس له ولاية في دار الحرب فلا يقدر على الاقامة فالسبب حين وجوده لم ينعقد سببا للوجوب لعدم الولاية فلا يستوفيه في دار الاسلام ولهذا لا يستوفي سائر الحد وفي دار الاسلام اذا وجد أسبابها في دار الحرب كذا هذا والثاني أن يكون في غير مصر فان كان في مصر لا يجب الحد سواء كان القطع نهاراً أو ليلاً وسواء كان سلاحاً أو غيره وهذا استحسان وهو قولهما والقياس ان يجب وهو قول أبي يوسف (وجه) القياس أن سبب الوجوب قد تحقق وهو قطع الطريق فيجب الحد كما لو كان في غير مصر (وجه) الاستحسان أن القطع لا يحصل بدون الاقطاع والطريق لا ينقطع في الامصار وفيما بين القرى لان المارة لا تمتنع عن المرور عادة فلم يوجد السبب وقيل انما أجاب أبو حنيفة عليه الرحمة على ما شاهدته في زمانه لان أهل الامصار كانوا يحملون السلاح فالة قطع ما كانوا يتمكنون من مغالبتهم في المصر والآن ترك الناس هذه العادة فتمكنهم المغالبة فيجوز عليهم الحد وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن قطع الطريق بين الخيرة والكوفة انه لا يجزى عليه الحدلان العوث كان يلحق هذا الموضع في زمانه لا نصاله بالمصر والآن صار ملتحقا بالبرية فلا يلحق العوث فيتحقق قطع الطريق والثالث أن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر فان كان أقل من ذلك لم يكونوا قطع الطريق وهذا على قولهما فاما على قول أبي يوسف فليس بشرط ويكونون قطع الطريق والوجه ما بينا فيجب الحد وروى عن أبي يوسف في قطع الطريق في المصر ان قاتلوا نهارا بسلاح يقيم عليهم الحد وان خرجوا بخشب لم يقيم عليهم لان السلاح لا يلبث فلا يلحق العوث والخشب يلبث فالعوث يلحق وان قاتلوا ليلاً بسلاح أو بخشب يقيم عليهم الحدلان العوث قلما يلحق بالليل فيستوى فيه السلاح وغيره والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أشهر على رجل سلاحا نهاراً أو ليلاً في غير مصر أو في مصر فقتله المشهور عليه عمد أفلاشي عليه وكذلك ان شهر عليه عصا ليلاً في غير مصر أو في مصر وان كان نهاراً في مصر فقتله المشهور عليه يقتل به والاصل في هذا ان من قصد قتل

انسان لا يهدر دمه ولكن ينظر ان كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل وان كان لا يمكنه الدفع الا بالقتل يباح له القتل لانه من ضرورات الدفع فان شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لانه لا يقدر على الدفع الا بالقتل ألا ترى انه لو استغاث الناس لقتله قبل ان يلحقه الغوث اذا السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله فاذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شيء عليه وكذا اذا اشهر عليه العصا لئلا يلاحقه الغوث لا يلحق بالليل عادة سواء كان في المغارة أو في المصر وان اشهر عليه نهارا في المصر لا يباح قتله لانه يمكنه دفع شره بالاستغاثة بالناس وان كان في المغارة يباح قتله لانه لا يمكنه الاستغاثة فلا يندفع شره الا بالقتل فيباح له القتل وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما انه لو قصد قتله بما لو قتله به لوجب عليه القصاص فقتله المقصود قتله لا يجب عليه القصاص لانه يباح قتله اذ لو لم يباح لقتله القاصد واذا قتله يقتل به قصاصا فكان فيه اتلاف نفسين فاذا أبيع قتله كان فيه اتلاف أحدهما فكان أهون ولو قصد قتله بما لو قتله به لكان لا يجب القصاص لا يباح للمقصود قتله أن يقتل القاصد فان قتله يجب عليه القصاص لانه ليس في تركه الا باحثة ههنا اتلاف نفس فلا يباح فاذا قتله فقد قتل شخصا معصوم الدم على الايدي يجب القصاص والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يظهر به القطع عند القاضي فالذي يظهر به البينة أو الاقرار عقيب خصومة صحيحة ولا يظهر بعلم القاضي على ما ذكرنا في كتاب السرقة والله تعالى أعلم

(فصل) وأما حكم قطع الطريق فله حكاية أحدهما يتعلق بالنفس والاخر يتعلق بالمال أما الذي يتعلق بالنفس فهو وجوب الحد والكلام في هذا الحكم في مواضع في بيان أصل هذا الحكم وفي بيان صفاته وفي بيان محل اقامته وفي بيان من يقيمه وفي بيان ما يسقطه بعد الوجوب وفي بيان حكم السقوط بعد الوجوب او عدم الثبوت لما منع أما أصل الحكم الذي يتعلق بالنفس فلن يمكن الوصول الى معرفته الا بعد معرفة أنواع قطع الطريق لانه يختلف باختلاف أنواعه فنقول والله التوفيق قطع الطريق أربعة أنواع اما ان يكون بأخذ المال لا غير واما ان يكون بالقتل لا غير واما ان يكون بهما جميعا واما ان يكون بالتخويف من غير أخذ ولا قتل فنأخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن أخذ المال وقتل قال أبو حنيفة رضي الله عنه الامام بالخيار ان شاء قطع يده ورجله ثم قتله أو صلبه وان شاء لم يقطعه وقتله أو صلبه وقيل ان تفسير الجمع بين القطع والقتل عند أبي حنيفة رحمه الله هو ان يقطعه الامام ولا يحسم موضع القطع بل يتركه حتى يموت وعندهما يقتل ولا يقطع ومن أخاف ولم يأخذ مالا ولا قتل نفسا ينفي وقال مالك رحمه الله في قاطع الطريق مخير بين الاجزاة المذكورة والاصل فيه قوله عز وجل انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض احتج مالك رحمه الله بظاهر الآية وهو ان الله تبارك وتعالى ذكر الاجزاة فيها بحرف أو وانها للتخيير كما في كفارة اليمين وكفارة جزاء الصيد فيجب العمل بحقيقة هذا الحرف الا حيث قام الدليل بخلافها (ولنا) أنه لا يمكن اجراء الآية على ظاهر التخيير في مطلق المحارب لان الجزاء على قدر الجناية يزداد بزيادة الجناية وينتقص بنقصانها هذا هو مقتضى العقل والسمع أيضا قال الله تبارك وتعالى وجزاء سيئة سيئة مثاها فالتخيير في الجناية القاصرة بالجزاء في الجزاء الذي هو جزاء في الجناية الكاملة وفي الجناية الكاملة بالجزاء الذي هو جزاء في الجناية القاصرة بخلاف المشروع بحقيقة ان الامة اجتمعت على ان القطار لو أخذ والمال وقتلوا لا يجازون بالنفي وحده وان كان ظاهر الآية يقتضي التخيير بين الاجزاة الاربع دل أنه لا يمكن العمل بظاهر التخيير على أن التخيير الوارد في الاحكام المختلفة من حيث الصورة بحرف التخيير انما يجري على ظاهره اذا كان سبب الوجوب واحدا كما في كفارة اليمين وكفارة جزاء الصيد أما اذا كان مختلفا فخرج مخرج بيان الحكم لكل في نفسه كما في قوله تعالى قلنا يا ابا القريظ ان تعذب واما أن تتخذ فيهم حسنا ان ذلك ليس للتخيير بين المذكورين بل لبيان

الحكم لكل في نفسه لا اختلاف سبب الوجوب وتأويله إما أن تعذب من ظلم أو تتخذ الحسن فيمن آمن وعمل صالحاً ألا ترى إلى قوله أما من ظلم فسوق تعذبه الآية وأما من آمن وعمل صالحاً فله جزاء الحسنى الآية وقطع الطريق متنوع في نفسه وإن كان متحداً من حيث الذات قد يكون بأخذ المال وحده وقد يكون بالقتل لا غير وقد يكون بالجمع بين الأمرين وقد يكون بالتخويف لا غير فكان سبب الوجوب مختلفاً فلا يحمل على التخيير بل على بيان الحكم لكل نوع أو يحتمل هذا ويحتمل ما ذكرتم فلا يكون حجة مع الاحتمال وإذا لم يمكن صرف الآية الشريفة إلى ظاهر التخيير في مطلق المحارب فإما أن يحمل على الترتيب ويضم في كل حكم مذكور نوع من أنواع قطع الطريق كأنه قال سبحانه وتعالى إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو أخذوا المال وقتلوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أن أخذوا المال لا غير أو ينفوا من الأرض أن أخافوا هكذا كرسيد ناجر يل عليه الصلاة والسلام لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما قطع أبو بردة رضي الله عنه بأصحابه الطريق على أناس جاؤا يريدون الإسلام أن من قتل قتل ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل وأخذ المال صلب ومن جاء مسلماً هدم الإسلام ما كان قبله من الشرك وإلى هذا التأويل يذهب عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وإبراهيم النخعي وأما أن يعمل بظاهر التخيير بين الجزية الثلاثة لكن في محارب خاص وهو الذي أخذ المال وقتل فكان العمل بظاهر التخيير على هذا الوجه أقرب من ظاهر الآية لأن الله تبارك وتعالى جمع بين القتل وقطع الطريق في الذكر بقوله تبارك وتعالى إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً فالحاربة هي القتل والفساد في الأرض هو قطع الطريق فأوجب سبحانه وتعالى أحد الجزية من الفعلين بما ذكر وفيه عمل بحقيقة حرف التخيير وعمل بحقيقة ما أضيف إليه الجزاء وهو ما ذكر سبحانه وتعالى من المحاربة والسعي في الأرض بالفساد فكان أقرب إلى ظاهر الآية إلى هذا التأويل يذهب الحسن وابن المسيب ومجاهد وغيرهم رضي الله عنهم ثم أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أخذوا بالتأويل الأول وهو تأويل الترتيب في المحارب إذا أخذ المال وقيل أنه يقتل لا غير لأن سيد ناجر يل عليه الصلاة والسلام ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم على ما مر وحد قطع الطريق لم يعرف إلا بهذا النص ولأن أخذ المال والقتل جناية واحدة وهي جناية قطع الطريق فلا يقابل إلا بعقوبة واحدة والقتل والقطع عقوبتان على أنهما كانا جنايتين يجب بكل واحدة منهما جزاء عند الأفراد حقاً لله تعالى لكنهما إذا اجتمعا يدخل مادون النفس في النفس كالسارق إذا زنى وهو محصن وكن زنا وهو غير محصن ثم احصن فزنى أنه يرحم لا غير كذا ههنا ولأنه لا فائدة في إقامة القطع لأن ما هو المقصود من الحد وهو الزجر وما هو غير مقصوده وهو التكفير يحصل بالقتل وحده فلا يفيد القطع فلا يشعروا أبو حنيفة رحمه الله أخذ بالتأويل الثاني وهو التخيير بين الجزية الثلاثة في المحارب الذي جمع بين أخذ المال والقتل وهو أحق التأويلين للآية لما ذكرنا أنه عملاً بحقيقة حرف التخيير وبحقيقة ما أضيف إليه الجزاء وهو المحاربة والسعي في الأرض بالفساد فكان أقرب إلى ظاهر الآية وإنما عرفنا حكم أخذ المال وحده وحكم القتل وحده لاهذه الآية الشريفة ولكن بحديث سيد ناجر يل عليه الصلاة والسلام أو غيره أو بالاستدلال بحالة الاجتماع وهو أنه لما وجب الجمع بين الموجبين عند وجود القطعين يجب القبول بافراد كل واحد منهما عند الأفراد ويمكن أن يقال أنه يقول في تأويل الآية الكريمة بالترتيب فيوجب الصلب بظاهر الآية الشريفة والقطع بالاستدلال بحالة الأفراد أنه يجب على كل واحد منهما فعند الاجتماع يجب أن يجمع إلا أن في بعض المواضع قام دليل إسقاط الخف ولم يقيم ههنا بل قام دليل الوجوب لأن مبنى هذا الباب على التعليل ألا ترى أنه يجمع بين قطع اليد والرجل في أخذ المال ولا يجمع بينهما في أخذ المال في المصر وكذلك يصلب في القتل وحده ههنا ولم يجب أن يصلب في غيره من القتل في المصر فكذلك إذا كان يجمع بين الموجبين عند مباشرة النوعين ههنا دون سائر المواضع والله سبحانه

وتعالى اعلم وأما كيفية الصلب فقد روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يصلب حياً ثم يطعن برمح حتى يموت وكذا ذكر الكرخي وعن أبي عبيد أنه يقتل ثم يصلب وكذا ذكر الطحاوي رحمه الله لأن الصلب حيا من باب المثلثة وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن المثلثة والصحيح هو الأول لأن الصلب في هذا الباب شرع لزيادة العقوبة تغليظاً والميت ليس من أهل العقوبة ولأنه لو جاز أن يقال بصلب بعد الموت لجاز أن يقال تقطع يده ورجله من خلاف بعد الموت وذلك بعيد فكذا هذا والمراد من المثلثة في الحديث قطع بعض الجوارح كذا قاله محمد رحمه الله وقيل إذا صلبه الإمام تركه ثلاثة أيام عبدة للخلق ثم يخلى بينه وبين أهله لأنه بعد الثلاث يتغير فيتضرر به الناس وأما النبي في قوله تبارك وتعالى أو ينقوا من الأرض فقد اختلف أهل التأويل فيه قال بعضهم المراد منه وينقوا من الأرض بحذف الالف ومعناه وينقوا من الأرض بالقتل والصلب إذا هو النبي من وجه الأرض حقيقة وهذا على قول من تأول الآية الشريفة في الحارب الذي أخذ المال وقيل إن الإمام يكون مخيراً بين الجزية الثلاث والنفي من الأرض ليس غير واحد من هذه الثلاثة في التخيير لأن القتل والصلب يحصل النفي فكذلك يجوز أن يجعل النفي مشاركا للجزية الثلاثة في التخيير لأنه لا يترحم القتل لأنه دونه بكثير وقيل فيه أن يطرد حتى يخرج من دار الإسلام وهو قول الحسن وعن إبراهيم النخعي رحمه الله في رواية أن نفيه طلبه وبه قال الشافعي رحمه الله أنه يطلب في كل بلد والقول لا يصحان لأنه إن طلب في البلد الذي قطع الطريق ونفي عنه فقد أتى ضرره إلى بلد آخر وإن طلب من كل بلد من بلاد الإسلام ونفي عنه يدخل دار الحرب وفيه تعرض له على الكفر وجعله حر بالنا وهذا لا يجوز وعن النخعي رحمه الله في رواية أخرى أنه يحبس حتى يحدث توبة وفيه نفي عن وجه الأرض مع قيام الحياة إلا عن الموضع الذي حبس فيه ومثل هذا في عرف الناس يسمى نفيًا عن وجه الأرض وخروجاً عن الدنيا كما أنشد لبعض المحبوسين

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها * فلسنا من الأحياء فيها ولا الموتي

إذا جاءنا السجن يوم الحاجة * عجبتنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

﴿فصل﴾ وأما صفات هذا الحكم فأنواع منها أنه ينفي وجوب ضمان المال والجراحات عمداً كانت الجراحة أَوْخَطاً أمّا المال فلا نه لا يجمع بين الحد والضمان عندنا وأما الجراحات إذا كانت خطأ فلا نه توجب الضمان وإن كانت عمداً فلا نه الجنائية فيما دون النفس يسلك بهما مسلك الأموال ولا يجب ضمان المال فكذا ضمان الجراحات وقد ذكرنا ما يتعلق من المسائل بهذا الأصل في كتاب السرقة ومنها أن يجري فيها التداخل حتى لو قطع قطعتا فرفع في بعضها قطعت يده ورجله فيما رفع فيه كان ذلك للقطعتا كلها كما في السرقة إلا أن ثمة التداخل لا حتم لعدم الفائدة مع بقاء محل القطع وهو الرجل اليسرى وههنا التداخل لعدم المحل والكلام في الضمان فيما يخص فيه ما هو الكلام في السرقة أنه إذا كان المال قائماً برده وإن كان هالكاً فعلى الاختلاف الذي ذكرنا في كتاب السرقة ومنها أنه لا يحتمل العفو والاستقاط والبراء والصلح عنه فكل ما وجب على قاطع الطريق من قتل أو قطع أو صلب يستوفي منه سواء عفا الأولياء وأر باب الأموال عن ذلك أو لم يعفو أو سواء أبرأ منه أو صالحوه عليه وليس للإمام أيضاً إذا ثبت ذلك عنده تركه واستقاطه والعفو عنه لأن الواجب حد والحد وحقوق الله تبارك وتعالى فلا يعمل فيها العبد ولا صلحه ولا البراء عنها

﴿فصل﴾ وأما محل إقامة هذا الحكم فنقول محل إقامة هذا الحكم يختلف باختلاف الحكم فإن كان الحكم هو القتل بان قتل أو أخذ المال وقتل أو الحبس بان لم يأخذ المال ولم يقتل ولكنه خوف لا غير فحل أقامته النفس وإن كان الحكم هو القطع بان أخذ المال لا غير فحل أقامته اليد اليمنى والرجل اليسرى لقوله تبارك وتعالى أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ويعتبر في ذلك سلامة اليد اليسرى والرجل اليمنى على ما ذكرنا في كتاب السرقة وكذلك حكم فصل الحد إذا قطع اليد اليسرى مكان اليمنى متممداً أو مخطئاً وحكم فعل الاجنبي إذا قطع اليد اليسرى خطأ أو عمدًا ههنا

مثل الحكم في السرقة وقد استوفينا الكلام فيه في كتاب السرقة وكذا محل القطع من اليد اليمنى هو المفصل كما في السرقة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يقيم هذا الحكم فالذي يقيمه الامام أو من ولاه الامام الاقامة ليس الى الاولياء ولا الى أرباب الاموال شيء بل يقيمه الامام طالب الاولياء وأرباب الاموال بالاقامة أو لم يطالبوا وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله المولى يملك اقامة الحد على مملوكه من غير تولية الامام والكلام في هذا الفصل على الاستقصاء ذكرناه في كتاب الحدود

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يسقط هذا الحكم بعد وجوبه فالمسقط له بعد الوجوب أشياء ذكرناها في كتاب السرقة (منها) تكذيب المقطوع عليه القاطع في اقراره بقطع الطريق انه لم يقطع عليه الطريق (ومنها) رجوع القاطع عن اقراره بقطع الطريق (ومنها) تكذيب المقطوع عليه البيعة (ومنها) ملك القاطع المقطوع له وهو المال قبل الترافع أو بعده على التفصيل على الاختلاف الذي ذكرناه في كتاب السرقة (ومنها) توبة القاطع قبل أن يقدر عليه لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم أي رجعوا عما فعلوا فندموا على ذلك وعزموا على أن لا يفعلوا مثله في المستقبل فدلّت هذه الآية الشريفة على أن قاطع الطريق اذا تاب قبل أن يظفر به يسقط عنه الحد وتوبته برد المال على صاحبه ان كان أخذ المال لا غير مع العزم على أن لا يفعل مثله في المستقبل ويسقط عنه القطع أصلاً ويسقط عنه القتل حداً وكذلك ان أخذ المال وقتل حتى لم يكن للامام ان يقتله ولكن يدفعه الى أولياء القتل ليقتلوه قصاصاً ان كان القتل بسلاح على ما ذكره ان شاء الله تعالى وان لم يأخذ المال ولم يقتل فتوبته الندم على ما فعل والعزم على ترك مثله في المستقبل وهو ان يأتي الامام عن طوع واختيار ويظهر التوبة عنده ويسقط عنه الحبس لان الحبس للتوبة وقد تاب فلا معنى للحبس وكذلك السرقة الصغرى اذا تاب السارق قبل ان يظفر به ورد المال الى صاحبه يسقط عنه القطع بخلاف سائر الحدود وانها لا تسقط بالتوبة والفرق ان الخصومة شرط في السرقة الصغرى والكبرى لان محل الجناية خالص حق العباد والخصومة تنتهي بالتوبة والتوبة تمامها برد المال الى صاحبه فاذا وصل المال الى صاحبه لم يبق له حق الخصومة مع السارق بخلاف سائر الحدود فان الخصومة فيها ليست بشرط فعدمها لا يمنع من اقامة الحدود وفي حد القذف ان كانت شرطاً لكنها لا تبطل بالتوبة لان بطلانها برد المال الى صاحبه ولم يوجد وقد روى عن سيدنا علي رضي الله عنه انه كتب اليه عامله بالبصرة ان حارثة ابن زيد حارب الله ورسوله وسعى في الارض فساداً فكتب اليه سيدنا علي رضي الله عنه ان حارثة قد تاب قبل ان تقدر عليه فلا تتعرض له الا بخير هذا اذا تاب قاطع الطريق قبل القدرة عليه فاما اذا تاب بعد ما قدر عليه بان أخذ ثم تاب لا يسقط عنه الحد لان التوبة عن السرقة اذا أخذ المال برد المال على صاحبه وبعد الاخذ لا يكون رد المال بل يكون استرداداً منه جبراً فلا يسقط الحد واذا لم يأخذ المال فهو بعد الاخذ منهم في اظهار التوبة فلا تتحقق توبته والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم سقوط الحد بعد الوجوب وحكم عدم الوجوب لما منع فنقول والله التوفيق اذا سقط الحد بعد التوبة قبل ان يقدر عليهم فان كانوا أخذوا المال لا غير ردوده على صاحبه ان كان قائماً وان كان هالكاً أو مستهلاً كافلهم الضمان وان كانوا قتلوا لا غير يدفع من قتل منهم سلاح الى الاولياء ليقتلوه أو يعفوا عنه ومن قتل بعضاً أو سحر فعلى عاقلة الدية لورثة المقتول وان كانوا أخذوا المال وقتلوا فحكم أخذ المال والقتل عند الاجتماع ما هو حكمهما عند الافراد وقد ذكرناه وانما كان كذلك لان الحد اذا سقط بالتوبة قبل القدرة صار حكم القتل وأخذ المال وهلاكه واستهلاكه ما هو حكمهما في غير قطع الطريق ما قلنا وان كانوا أخذوا المال وجرحوا أو أخذوا المال وقتلوا وجرحوا قوماً أو جرحوا قوماً ولم يكن منهم أخذ ولا قتل فحكم القتل والمال ما ذكرناه الجراحات فيها القصاص فيما يقدر

فيه على القصاص والارش فيما لا يقدر عليه لان عند سقوط الحد صار كان الجراحة حصلت من غير قطع الطريق ولو كان كذلك كان حكمه ما ذكرنا فكذا هذا وكذلك ان قدر عليهم قبل التوبة ولم يكن منهم قتل ولا أخذ مال وقد أخافوا قوما بجرادات يجب القصاص فيما استطاع فيه الاقتصاص والدية فيما لا يستطيع فيودعون السجن لان الحبس وجب عليهم تعزيراً لا حداً أو التعزير لا تدخل فيه الجراحة بخلاف ما اذا قدر عليهم قبل التوبة وقد قتلوا أو أخذوا المال أو جمعوا بينهما لان الواجب فيه الحد فيدخل فيه الجراحة وكذلك اذا سقط الحد بالرجوع عن الاقرار لان الرجوع عن الاقرار يصح في حق سقوط الحد ولا يصح في حق ضمان المال والقصاص فبقى اقراره معتبراً في حقهما (وأما) اذا كان السقوط بتكذيب الحجّة من الاقرار أو البيئة لاشيء عليهم لان سبب الوجوب لم يثبت لان ثبوته بالحجة وقد بطلت أصلاً ورأساً بخلاف الرجوع عن الاقرار لان الاصل ان اقرار المقر حجة في حقه الا انه تعذر اعتباره بعد الرجوع في حق الحد درأً للحد بالشبهة فبقى معتبراً في حق ضمان المال والقصاص فهو الفرق وعلى هذا حكم عدم الوجوب لما منع بان فات شرط من شرائط وجوب الحد نحو نقصان النصاب بان كان المأخوذ من المال لا يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم انهم يردونه ان كان قائماً أو يضمّنون ان كان هالكاً أو مستهلكاً ومن قتل منهم فان كان بسلاح فعليه القصاص وان كان بعصاً أو حجر فعلى عاقلته الدية ومن جرح يقتص منه فيما يمكن القصاص وفيما لا يمكن يجب الارش لما ذكرنا ان الحد اذا امتنع وجوبه فقد حصل الاخذ والقتل والجراحة من غير قطاع الطريق وحكمها في غير قطاع الطريق ما قلنا وكذلك اذا كان في الحار بين صبي أو مجنون حتى امتنع وجوب الحد يدفع كل بالغ عاقل قتل منهم بسلاح الى الاولياء فيقتلون أو يعفون وان كان الذي ولي القتل منهم صبي أو مجنون فعلى عاقلته الدية وان قتل بسلاح لان الصبي والمجنون ليسا من أهل وجوب القصاص عليهما فكان عمدهما خطأ وان كانا أخذ المال ضمناً لانهما من أهل وجوب ضمان المال وكذلك اذا امتنع وجوب الحد على القطاع لمعنى من المعاني رجوعاً في ذلك الى حكم غير القطاع والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الحكم الذي يتعلق بالمال فهو وجوب الردان كان قائماً بعينه ولصاحبه ان يأخذه أيما وجده سواء وجده في يد الحارب أو في يد من ملكه الحارب ببيع أو هبة أو غير ذلك ولو تغير المال الى الزيادة أو النقصان فقد ذكرنا حكمه في كتاب السرقة والله تعالى أعلم

﴿كتاب السير﴾

وقد يسمى كتاب الجهاد والكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى السير والجهاد لغة وشرعاً وفي بيان كيفية الجهاد وفي بيان من يفترض عليه الجهاد وفي بيان ما يندب اليه الامام عند بعث الجيش أو السرية الى الجهاد وفي بيان ما يجب على الغزاة الافتتاح به حال شهود الواقعة وفي بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل وفي بيان من يجوز تركه ممن لا يحل قتله في دار الحرب ومن لا يجوز وفي بيان ما يكره حمله الى دار الحرب وما لا يكره وفي بيان ما يعترض من الاسباب المحرمة للقتال وفي بيان حكم الغنائم وما يتصل بها وفي بيان حكم استيلاء الكفرة على أموال المسلمين وفي بيان أحكام تختلف باختلاف الدارين وفي بيان أحكام المرتدين وفي بيان أحكام الغزاة (أما) الاول فالسير جمع سيرة والسير في اللغة تستعمل في معنيين أحدهما الطريقة يقال هما على سيرة واحدة أي طريقة واحدة والثاني الهيئة قال الله سبحانه وتعالى سنعيد هاسيرتها الاولى أي هيأتها فاحتمل تسمية هذا الكتاب كتاب السير لما فيه من بيان طرق الغزاة وهياتهم بمأثمهم وعليهم وأما الجهاد في اللغة فعبارة عن بذل الجهد بالضم وهو الوسع والطاقة أو عن المبالغة في العمل من الجهد بالفتح وفي عرف الشرع يستعمل في بذل الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله عز وجل بالنفس والمال واللسان أو غير ذلك أو المبالغة في ذلك والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية فرضية الجهاد فالأمر فيه لا يخلو من أحد وجهين إما أن كان النفي عاماً (وأما) أن لم يكن فإن لم يكن النفي عاماً فهو فرض كفاية ومعناه أن يفترض على جميع من هو من أهل الجهاد لكن إذا قام به البعض سقط عن الباقي لقوله عز وجل فضل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على القاعدة درجة وكلا وعد الله الحسنى وعد الله عز وجل المجاهدين والقاعدتين الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين في الأحوال كلها وعد القاعدتين الحسنى لأن القعود يكون حراماً وقوله سبحانه وتعالى وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين الآية ولأن ما فرض له الجهاد وهو الدعوة إلى الإسلام وعلو الدين الحق ودفع شر الكفرة وقهرهم بحصول قيام البعض به وكذا النبي عليه الصلاة والسلام كان يبعث السرايا ولو كان فرض عين في الأحوال كلها لكان لا يتوهم منه القعود عنه في حال ولا إذن غيره بالتخلف عنه بحال وإذا كان فرضاً على الكفاية فلا ينبغي للامام أن يخلى نغراً من الغور من جماعة من الغزاة فيهم غناً وكفاية لقتال العدو فإذا قاموا به يسقط عن الباقي وإن ضعف أهل نغر عن مقاومة الكفرة وخيف عليهم من العدو فعلى من وراءهم من المسلمين الأقرب فالأقرب أن ينفروا إليهم وإن يمدوهم بالسلاح والكرع والمال لما ذكرناه فرض على الناس كلهم ممن هو من أهل الجهاد لكن الفرض يسقط عنهم بمحصل الكفاية البعض فلم يحصل لا يسقط ولا يباح للعبد أن يخرج الأباذن مولاه ولا المرأة الأباذن زوجها لأن خدمة المولى والقيام بحقوق الزوجية كل ذلك فرض عين فكان مقدماً على فرض الكفاية وكذا الولد لا يخرج الأباذن والديه أو أحدهما إذا كان الآخر ميتاً لأن بر الوالدين فرض عين فكان مقدماً على فرض الكفاية والأصل أن كل سفر لا يؤمن فيه الهلاك ويشتد فيه الخطر لا يحمل للولد أن يخرج إليه بغير إذن والديه لأنهما يشفقان على ولدهما فيتضرران بذلك وكل سفر لا يشتد فيه الخطر يحمل له أن يخرج إليه بغير إذنه إذا لم يضيعهما إلا نعدام الضرر ومن مشايخنا من رخص في سفر التعلم بغير إذنه إلا أنها لا يتضرر أن بذلك بل ينتفعان به فلا يلحقه سمة العقوق هذا إذا لم يكن النفي عاماً فإذا علم النفي بان هجم العدو على بلد فهو فرض عين يفترض على كل واحد من آحاد المسلمين ممن هو قادر عليه لقوله سبحانه وتعالى أنفروا خفافاً وثقالاً قيل نزلت في النفي وقوله سبحانه وتعالى ما كان لأهل المدينة ومن حولهم من الأعراب أن يتخلفوا عن رسول الله ولا يرغبوا بأنفسهم عن نفسه ولأن الوجوب على الكل قبل عموم النفي ثابت لأن السقوط عن الباقي بقيام البعض به فإذا علم النفي لا يتحقق القيام به إلا بالكل فبقى فرضاً على الكل عيناً بمنزلة الصوم والصلاة فيخرج العبد بغير إذن مولاه والمرأة بغير إذن زوجها لأن منافع العبد والمرأة في حق العبادات المقرضة عيناً مستثناة عن ملك المولى والزواج شرعاً كما في الصوم والصلاة وكذا يباح للولد أن يخرج بغير إذن والديه لأن حق الوالدين لا يظهر في فرض وضو الأعيان كالصوم والصلاة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يفترض عليه فنقول أنه لا يفترض إلا على القادر عليه فن لا قدرة له لا جهاد عليه لأن الجهاد بذل الجهد وهو الوسع والطاقة بالقتال أو المبالغة في عمل القتال ومن لا وسع له كيف يبذل الوسع والعمل فلا يفرض على الأعمى والأعرج والزمن والمقعّد والشيخ الهرم والمرضى والضعيف والذي لا يجدر ما ينفق قال الله سبحانه وتعالى ليس على الأعمى حرج الآية وقال سبحانه وتعالى عز من قائل ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج إذا نصحوا الله ورسوله فقد عذر الله جل شأنه هؤلاء بالتخلف عن الجهاد ورفع الحرج عنهم ولا جهاد على الصبي والمرأة لأن بنيتهما لا تحتمل الحرب عادة وعلى هذا الغزاة إذا جاءهم جمع من المشركين ما لا طاقة لهم به وخافوهم أن يقتلوهم فلا بأس لهم أن يتحازوا إلى بعض أمصار المسلمين أو إلى بعض جيوشهم والحكم في هذا الباب لغالب الرأي وأكبر الظن دون العدد فإن غلب على ظن الغزاة أنهم يقاتلونهم يلزمهم الثبات وإن كانوا أقل عدداً منهم وإن كان غالب ظنهم أنهم يغلبون فلا بأس أن يتحازوا إلى المسلمين ليستعينوا بهم وإن كانوا أكثر عدداً من الكفرة وكذا الواحد من الغزاة ليس معه سلاح مع اثنين منهم معهم سلاح أو مع واحد منهم من الكفرة ومعه

سلاح لا بأس أن يولى دبره متحيزاً الى فئة والاصل فيه قوله تبارك وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره الامتحراً فالقتال أو متحيزاً الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير الله عز شأنه نهى المؤمنين عن تولية الادبار عما بقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا القيم الذين كفر واخذوا فلا تولوهم الادبار وأعد عليهم قوله سبحانه وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره فقد باء بغضب من الله الآية لان في الكلام تقديماً وتأخيراً معناه والله سبحانه وتعالى أعلم يا أيها الذين آمنوا اذا القيم الذين كفر واخذوا فلا تولوهم الادبار ومن يولهم يومئذ دبره فقد باء بغضب من الله ثم استثنى سبحانه وتعالى من يولى دبره لجهة مخصوصة فقال عز من قائل الامتحراً فالقتال أو متحيزاً الى فئة والاستثناء من الخطر اباحة فكان المحظور تولية مخصوصة وهي ان يولى دبره غير متحرف للقتال ولا متحيزاً الى فئة فبقيت التولية الى جهة التحرف والتحيز مستثناة من الخطر فلا تكون محظورة ونظير هذه الآية قوله سبحانه وتعالى من كفر بالله من بعد ايمانه الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم انه على التقديم والتأخير على ما ذكره في كتاب الاكراه ان شاء الله تعالى وبه تبين أن الآية الشريفة غير منسوخة وكذا قوله سبحانه وتعالى ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين وقوله وان يكن منكم مائة يغلبوا ألفاً ليس بمنسوخ لان التولية للتحيز الى فئة خص فيها فلم تكن الايتان منسوختين والله سبحانه وتعالى أعلم والدليل عليه قوله عليه الصلاة والسلام للذين فروا الى المدينه وهو فيها أنتم الكرارون أنفائة كل مسلم أخبر عليه الصلاة والسلام ان المتحيز الى فئة كرار وليس بفار من الزحف فلا يلحقه الوعيد على هذا اذا كانت الغزاة في سفينة فاحترقت السفينة وخافوا الفرق حكموا فيه غالب رأيهم وأكبر ظنهم فان غلب على رأيهم انهم لو طر حوا أنفسهم في البحر لينجوا بالسباحة وجب عليهم الطرق ليسبحوا فيتحيزوا الى فئة وان استوى جانباً للحرق والفرق بان كان اذا قاموا حرقوا واذا طر حوا غرقوا فلم الخيار عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لهم ان يطرحوا أنفسهم في الماء (وجه) قوله انهم لو ألقوا أنفسهم في الماء هلكوا ولو أقاموا في السفينة هلكوا أيضاً الا انهم لو طر حوا هلكوا بفعل أنفسهم ولو صبروا هلكوا بفعل العدو فكان الصبر أقرب الى الجهاد فكان أولى (وجه) قولهما انه استوى الجانبان في الافضاء الى الهلاك فيثبت لهم الخيار لجواز أن يكون الهلاك بالفرق أرفق قوله لو أقاموا هلكوا بفعل العدو وقتلوا ولو طر حوا هلكوا بفعل العدو وأيضاً اذا العدو هو الذي ألجأهم اليه فكان الهلاك في الحالين مضياً فالى فعل العدو ثم قد يكون الهلاك بالفرق أسهل فيثبت لهم الخيار ولو طعن مسلم بمرح فلا بأس بان يمشى الى من طعنه من الكفرة حتى يجبره لانه يقصد بالمشى اليه بذل نفسه لا عزازدين الله سبحانه وتعالى وتحريض المؤمنين على ان لا يدخلوا بانفسهم في قتال أعداء الله سبحانه وتعالى فكان جائزاً والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يندب اليه الامام عند بعث الجيش أو السرية الى الجهاد فنقول وبالله التوفيق انه يندب الى أشياء (منها) ان يؤمر عليهم أمير الان النبي عليه الصلاة والسلام ما بعث جيشاً الا وأمر عليهم أميراً ولان الحاجة الى الامير ماسة لانه لا بد من تنفيذ الاحكام وسياسة الرعية ولا يقوم ذلك الا بالامير لتعذر الرجوع في كل حادثة الى الامام (ومنها) أن يكون الذي يؤمر عليهم عالماً بالحلال والحرام عدلاً عارفاً بوجوه السياسات بصيراً بتدابير الحروب وأسبابها لانه لو لم يكن بهذه الصفة لا يحصل ما ينصب له الامير (ومنها) ان يوصيه بتقوى الله عز شأنه في خاصة نفسه وبن معه من المؤمنين خيراً كذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان اذا بعث جيشاً أو صاه بتقوى الله سبحانه وتعالى في نفسه خاصة وبن معه من المؤمنين خيراً ولان الامارة عظمية فلا يقوم بها الا المتقى واذا أمر عليهم يكلفهم طاعة الامير فيما يأمرهم به وينهاهم عنه لقول الله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا اطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم وقال عليه الصلاة والسلام اسمعوا وأطيعوا ولو أمر عليكم عبد حبشي أجدهع ما حكم فيكم بكتاب الله تعالى ولانه نائب الامام وطاعة الامام لازمة كذا طاعته لانها طاعة الامام الا أن يأمرهم

بمعصية فلا تجوز طاعتهم اياه فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ولو أمرهم بشئ لا يدرن أن يتفعلوا به أم لا فينبغي لهم أن يطيعوه فيه إذا لم يعلموا كونه بمعصية لأن إصباح الامام في محل الاجتهاد واجب كاتباع القضاة في مواضع الاجتهاد والله تعالى عز شأنه أعلم

فصل ﴿ وأما بيان ما يجب على الغزاة الافتتاح به حالة الوقعة ولقاء العدو فنقول وبالله التوفيق ان الامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كانت الدعوة قد بلغتهم واما ان كانت لم تبلغهم فان كانت الدعوة لم تبلغهم فعليهم الافتتاح بالدعوة الى الاسلام باللسان لقول الله تبارك وتعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن ولا يجوز لهم القتال قبل الدعوة لان الايمان وان وجب عليهم قبل بلوغ الدعوة بمجرد العقل فاستحقوا القتل بالامتناع لكن الله تبارك وتعالى حرم قتالهم قبل بعث الرسول عليه الصلاة والسلام وبلوغ الدعوة اياهم فضلا منه ومنه قطعاً لمعذرتهم بالكلية وان كان لا عذر لهم في الحقيقة لما أقام سبحانه وتعالى من الدلائل العقلية التي لو تأملوها حق التأمل ونظر وافها العرفوا حق الله تبارك وتعالى عليهم لكن تفضل عليهم بارسال الرسل صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين لئلا يبتغى لهم شبهة عذر فيقولون ربنا لولا أرسلت الينا رسولا فنتبع آياتك وان لم يكن لهم ان يقولوا ذلك في الحقيقة لما بينا ولا ان القتال ما فوض لعينه بل للدعوة الى الاسلام والدعوة دعوتان دعوة البنان وهي القتال ودعوة بالبيان وهو اللسان وذلك بالتبليغ والثانية أهون من الاولى لان في القتال مخاطرة الروح والنفس والمال وليس في دعوة التبليغ شئ من ذلك فاذا احتمل حصول المقصود باهون الدعوتين لزم الافتتاح بها هذا اذا كانت الدعوة لم تبلغهم فان كانت قد بلغتهم جاز لهم ان يفتتحوا القتال من غير تجديد الدعوة لما بينا ان الحجاة لازمة والعذر في الحقيقة منقطع وشبهة العذر انقطعت بالتبليغ مرة لكن مع هذا الافضل ان لا يفتتحوا القتال الا بعد تجديد الدعوة لرجاء الاجابة في الجملة وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يقاتل الكفرة حتى يدعوهم الى الاسلام فيما كان دعاهم غير مرة دل ان الافتتاح بتجديد الدعوة أفضل ثم اذا دعواهم الى الاسلام فان أسلموا كفوا عنهم القتال لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت ان أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماهم وأموالهم الا بحقها وقوله عليه الصلاة والسلام من قال لا إله الا الله فقد عصم مني دمه وماله فان أبوا الاجابة الى الاسلام دعواهم الى الذمة الا مشركي العرب والمرتين لما نذره ان شاء الله تعالى بعد فان أجابوا كفوا عنهم لقوله عليه الصلاة والسلام فان قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم مال المسلمين وعليهم ما على المسلمين وان أبوا الاستعانة بالله سبحانه وتعالى على قتالهم ووثقوا بعهد الله سبحانه وتعالى النصر لهم بعد ان بذلوا جهدهم واستفرغوا وسعهم ووثبوا وأطاعوا الله سبحانه وتعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم وذكروا الله كثيرا على ما قال تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون وأطيعوا الله ورسوله ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهبريحكم واصبروا ان الله مع الصابرين ولهم ان يقاتلوا وان لم يبدؤوا بالدعوة لقول الله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وسواء كان في الاشهر الحرم أو في غيرها لان حرمة القتال في الاشهر الحرم صارت منسوخة بآية السيف وغيرها من آيات القتال ولا بأس بالاغارة والبيات عليهم ولا بأس بقطع أشجارهم المثمرة وغير المثمرة وافساد زروعهم لقوله تبارك وتعالى ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله وليخزي الفاسقين اذن سبحانه وتعالى بقطع النخيل في صدر الالية الشريفة ونه في آخرها ان ذلك يكون كبتاً وغيظاً للعدو بقوله تبارك وتعالى وليخزي الفاسقين ولا بأس باحراق حصونهم بالنار واغراقهم بالماء وتخريبها وهدمها عليهم ونصب المنجنيق عليها لقوله تبارك وتعالى يخر بون بيوتهم بأيديهم وأيدي المؤمنين ولان كل ذلك من باب القتال لما فيه من قهر العدو وكتبهم وغيظهم ولان حرمة الاموال حرمة أربابها ولا حرمة لانفسهم حتى يقتلون فكيف لا مواهم ولا بأس برميهم بالنبال وان علموا ان فيهم مسلمين من الاسارى والتجار لما فيه من الضرورة اذ حصون الكفرة قلما تخلو من مسلم أسير أو تاجر فاعتباره يؤدي الى انسداد باب

الجهاد ولكن يقصدون بذلك الكفر بدون المسلمين لانه لا ضرورة في القصد الى قتل مسلم بغير حق وكذا اذا ترسوا باطفال المسلمين فلا بأس بالرمي اليهم لضرورة اقامة الفرض لكنهم يقصدون الكفار دون الاطفال فان رموهم فاصاب مسلماً فلا دية ولا كفارة وقال الحسن بن زياد رحمه الله تجب الدية والكفارة وهو احد قول الشافعي رحمه الله (وجه) قول الحسن ان دم المسلم معصوم فكان ينبغي ان يمنع من الرمي الا انه لم يمنع لضرورة اقامة الفرض فيتقدر بقدر الضرورة والضرورة في رفع المؤاخذه لا في نفي الضمان كتناول مال الغير حالة الخمصة انه رخص له تناول لكن يجب عليه الضمان لما ذكرنا كذلك ههنا (ولنا) انه كما مست الضرورة الى دفع المؤاخذه لا قامة فرض القتال مست الضرورة الى نفي الضمان أيضاً لان وجوب الضمان يمنع من اقامة الفرض لانهم يتمتعون منه خوفاً من لزوم الضمان واجباب ما يمنع من اقامة الواجب متناقض وفرض القتال لم يسقط دل ان الضمان ساقط بخلاف حالة الخمصة لان وجوب الضمان هناك لا يمنع من تناول لانه لو لم يتناول لهلك وكذا حصل له مثل ما يجب عليه فلا يمنع من تناول فلا يؤدى الى التناقض ولا ينبغي للمسلمين ان يستعينوا بالكفار على قتال الكفار لانه لا يؤمن غدرهم اذ العداوة الدينية تحملهم عليه الا اذا اضطرر اليهم والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل فتقول الحال لا تخلو اما ان يكون حال القتال أو حال ما بعد الفراغ من القتال وهي ما بعد الاخذ والاسر اما حال القتال فلا يحل فيها قتل امرأة ولا صبي ولا شيخ فان ولا مقعد ولا يابس الشق ولا أعمى ولا مقطوع اليد والرجل من خلاف ولا مقطوع اليد اليمنى ولا معتوه ولا راهب في صومعة ولا سائح في الجبال لا يخالط الناس وقوم في دار أو كنيسة ترهبوا وطبق عليهم الباب اما المرأة والصبي فلقول النبي عليه الصلاة والسلام لا تقتلوا امرأة ولا وليداً وروى انه عليه الصلاة والسلام رأى في بعض غزواته امرأة مقبولة فأنكر ذلك وقال عليه الصلاة والسلام ما أراها قاتلت فلم تقتل ونهى عن قتل النساء والصبيان ولان هؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا يقتلون ولو قاتل واحد منهم قتل وكذا لو حرض على القتال أو دل على عورات المسلمين أو كان الكفرة ينتفعون برأيه أو كان مطاعاً وان كان امرأة أو صغيراً لوجود القتال من حيث المعنى وقدر روى ان ربيعة بن رفيع السلمي رضى الله عنه أدرك دريد بن الصمة يوم حنين فقتله وهو شيخ كبير كالقنفة لا ينتفع الا برأيه فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه والا صل فيه ان كل من كان من أهل القتال يحل قتله سواء قاتل أو لم يقاتل وكل من لم يكن من أهل القتال لا يحل قتله الا اذا قاتل حقيقة أو معنى بالرأى والطاعة والتحرير وأشباه ذلك على ما ذكرنا فيقتل القسيس والسياح الذي يخالط الناس والذي يحن ويفيق والاصم والاخرس وأقطع اليد اليسرى وأقطع احدى الرجلين وان لم يقاتلوا لانهم من أهل القتال ولو قاتل واحد من ذكرنا لانه لا يحل قتله فلا شيء فيه من دية ولا كفارة الا التوبة والاستغفار لان دم الكافر لا يتقوم الا بالامان ولم يوجد واما حال ما بعد الفراغ من القتال وهي ما بعد الاسر والاخذ فكل من لا يحل قتله في حال القتال لا يحل قتله بعد الفراغ من القتال وكل من يحل قتله في حال القتال اذا قاتل حقيقة أو معنى بباح قتله بعد الاخذ والاسر الا الصبي والمعتوه الذي لا يعقل فانه يباح قتلها في حال القتال اذا قاتل حقيقة ومعنى ولا يباح قتلها بعد الفراغ من القتال اذا أسرا وان قتلت جماعة من المسلمين في القتال لان القتال بعد الاسر بطريق العقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة فاما القتل في حالة القتال فلدفع شر القتال وقد وجد الشر منهما فابيح قتلها لدفع الشر وقد انعدم الشر بالاسر فكان القتل بعده بطريق العقوبة وهما ليسا من أهلها والله سبحانه وتعالى أعلم ويكره للمسلم ان يتدبى أباه الكافر الحر بنى بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفاً أمر سبحانه وتعالى بمصاحبة الابوين الكافرين بالمعروف والابتداء بالقتل ليس من المصاحبة بالمعروف وروى ان حنظلة رضى الله عنه غسل الملائكة عليهم الصلاة والسلام استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل أبيه فنهاه عليه الصلاة والسلام ولان الشرع أمر باحيائه بالنفقة عليه فالامر بالقتل فيه افتناؤه يكون متناقضاً فان قصد الاب قتله يدفعه عن

نفسه وان أتى ذلك على نفسه ولا يكره ذلك لانه من ضرورات الدفع ولكن لا يقصد بالدفع القتل لانه لا ضرورة الى القصد والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يسع تركه في دار الحرب ممن لا يحل قتله ومن لا يسع فلا مرفيه لا يخلو من أحد وجهين اما اذا كان الغزاة قادرين على عمل هؤلاء واخراجهم الى دار الاسلام واما ان لم يقدر واعليه فان قدر واعلى ذلك فان كان المتروك ممن يولده ولد لا يجوز تركهم في دار الحرب لان في تركهم في دار الحرب عون لهم على المسلمين باللقاح وان كان ممن لا يولده ولد كالشيخ القاني الذي لا قتال عنده ولا لقاح فان كان ذا رأى ومشورة فلا يباح تركه في دار الحرب لما فيه من المضرة بالمسلمين لانهم يستعينون على المسلمين برأيه وان لم يكن له رأى فان شأوا تركوه فانه لا مضرة عليهم في تركه وان شأوا أخرجه لفائدة المفاداة على قول من يرى مفاداة الاسير بالاسير وعلى قول من لا يرى لا يخرجونهم لما انه لا فائدة في اخراجهم وكذلك العجز والى لا يرجى ولدها وكذلك الرهبان وأصحاب الصوامع اذا كانوا حضوراً لا يلحقون وان لم يقدر المسلمون على حمل على هؤلاء ونقلهم الى دار الاسلام لا يحل قتلهم ويتركون في دار الحرب لان الشرع نهى عن قتلهم ولا قدرة على قتلهم فيكون ضرورة واما الحيوان والسلاح اذا لم يقدر وا على الاخراج الى دار الاسلام اما الحيوان فيذبح ثم يحرق بالنار لئلا يمكنهم الانتفاع به واما السلاح فما يمكن احراقه بالنار يحرق وما لا يحتمل الاحراق كالحديد ونحوه فيدفن بالتراب لئلا يجوده والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يكره حمله الى دار الحرب وما لا يكره فنقول ليس للتاجر ان يحمل الى دار الحرب ما يستعين به أهل الحرب على الحرب من الاسلحة والخيول والريق من أهل الذمة وكل ما يستعان به في الحرب لان فيه امدادهم واعاتهم على حرب المسلمين قال الله سبحانه وتعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان فلا يمكن من الحمل وكذا الحربى اذا دخل دار الاسلام لا يمكن من ان يشتري السلاح ولو اشترى لا يمكن من ان يدخله دار الحرب لما قلنا الا اذا كان داخل دار الاسلام سلاح فاستبدله فينظر في ذلك ان كان الذي استبدله خلاف جنس سلاحه بان استبدل القوس بالسيف ونحو ذلك لا يمكن من ذلك أصلاً وان كان من جنس سلاحه فان كان مثله أو أردأ منه يمكن منه وان كان أجود منه لا يمكن منه لما قلنا ولا بأس بحمل الثياب والمتاع والطعام ونحو ذلك اليهم لانعدام معنى الامداد والاعانة وعلى ذلك جرت العادة من تجار الاعصار انهم يدخلون دار الحرب للتجارة من غير ظهور الرد والانكار عليهم الا ان الترك أفضل لانهم يستخفون بالمسلمين ويدعونهم الى ما هم عليه فكان الكف والامساك عن الدخول من باب صيانة النفس عن الهوان والدين عن الزوال فكان أولى واما المسافرة بالقرآن العظيم الى دار الحرب فينظر في ذلك ان كان العسكر عظيمًا مأموناً عليه لا بأس بذلك لانهم يحتاجون الى قراءة القرآن واذا كان العسكر عظيمًا يقع الامن عن الوقوع في أيد الكفرة والاستخفاف به وان لم يكن مأموناً عليه كالسرية يكره المسافرة به لما فيه من خوف الوقوع في أيديهم والاستخفاف به فكان الدخول به في دار الحرب تعرضاً للاستخفاف بالمصحف الكريم وما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى ان يسافر بالقرآن العظيم الى أرض العدو ومحول على المسافرة في هذه الحالة وكذلك حكم اخراج النساء مع أنفسهن الى دار الحرب على هذا التفصيل ان كان ذلك في جيش عظيم مأمون عليه غير مكره لانهم يحتاجون الى الطبخ والغسل ونحو ذلك وان كانت سرية لا يؤمن عليها يكره اخراجهن لما قلنا والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يعترض من الاسباب المحرمة للقتال فنقول ولا قوة الا بالله العلي العظيم الاسباب المعترضة المحرمة للقتال أنواع ثلاثة الايمان والامان والاتجاه الى الحرم اما الايمان فالكلام فيه في موضعين احدهما في بيان ما يحكم به يكون الشخص مؤمناً والثاني في بيان حكم الايمان اما الاول فنقول الطرق التي يحكم بها يكون الشخص مؤمناً ثلاثة نص ودلالة وتبعية اما النص فهو ان يأتي بالشهادة أو بالشهادتين أو يأتي بهما مع التبري مما هو عليه صريحاً وبيان هذه الجملة ان الكفرة أصناف أربعة صنف منهم يشكرون الصانع أصلاً وهم الدهرية المعطلة وصنف منهم

يقرون بالصانع وينكرون توحيدهم وهم الوثنية والمجوس وصنف منهم يقرن بالصانع وتوحيدهم وينكرون الرسالة
 رأساً وهم قوم من الفلاسفة وصنف منهم يقرن بالصانع وتوحيدهم والرسالة في الجملة لكنهم ينكرون رسالة نبينا
 محمد عليه أفضل الصلاة والسلام وهم اليهود والنصارى فان كان من الصنف الاول والثاني فقال لا اله الا الله يحكم
 باسلامه لان هؤلاء يمتنعون عن الشهادة أصلاً فاذا أقر وأبها كان ذلك دليل إيمانهم وكذلك اذا قال اشهدان محمد
 رسول الله لانهم يمتنعون من كل واحدة من كلمتي الشهادة فكان الاتيان بواحد منهما أبتهما كانت دلالة الايمان
 وان كان من الصنف الثالث فقال لا اله الا الله لا يحكم باسلامه لان منكر الرسالة لا يمتنع عن هذه
 المقالة ولو قال أشهد أن محمد أرسول الله يحكم باسلامه لانه يمتنع عن هذه الشهادة فكان الاقرار به دليل الايمان وان
 كان من الصنف الرابع فأتى بالشهادتين فقال لا اله الا الله محمد رسول الله لا يحكم باسلامه حتى يبرأ من الدين الذي
 عليه من اليهودية أو النصرانية لان من هؤلاء من يقر برسالة رسول الله صلى الله عليه وسلم لكنه يقول انه بعث الى
 العرب خاصة دون غيرهم فلا يكون اتياناً بالشهادتين بدون التبري دليل على إيمانه وكذا اذا قال يهودى أو نصرانى
 أنا مؤمن أو مسلم أو قال أمنت أو أسلمت لا يحكم باسلامه لانهم يدعون انهم مؤمنون ومسلمون والايمان والاسلام
 هو الذى هم عليه وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أنه قال اذا قال اليهودى أو النصرانى أنا مسلم أو قال أسلمت
 سئل عن ذلك أى شئ أردت به ان قال أردت به ترك اليهودية أو النصرانية والدخول في دين الاسلام يحكم باسلامه
 حتى لو رجع عن ذلك كان مرتداً وان قال أردت بقولى أسلمت انى على الحق ولم أرد بذلك الرجوع عن ديني لم يحكم
 باسلامه ولو قال يهودى أو نصرانى أشهد أن لا اله الا الله وأتبرأ عن اليهودية أو النصرانية لا يحكم باسلامه لانهم
 لا يمتنعون عن كلمة التوحيد والتبري عن اليهودية والنصرانية لا يكون دليل الدخول في دين الاسلام لاحتمال أنه
 تبرأ عن ذلك ودخل في دين آخر سوى دين الاسلام فلا يصلح التبري دليل الايمان مع الاحتمال ولو أقر مع ذلك
 فقال دخلت في دين الاسلام أو في دين محمد صلى الله عليه وسلم حكم بالاسلام لزوال الاحتمال بهذه القرينة والله
 سبحانه وتعالى أعلم (وأما بيان ما يحكم به بكونه مؤمناً من طريق الدلالة فنحن ان يصلى كتابى أو واحد من أهل
 الشرك في جماعة ويحكم باسلامه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يحكم باسلامه ولو صلى وحده لا يحكم باسلامه
 (وجه) قول الشافعى رحمه الله أن الصلاة لو صلحت دلالة الايمان لما افترق الحال فيها بين حال الافراد وبين حال
 الاجتماع ولو صلى وحده لم يحكم باسلامه فعلى ذلك اذا صلى بجماعة (ولنا) أن الصلاة بالجماعة على هذه الهيئة التى
 نصليها اليوم لم تكن في شرائع من قبلنا فكانت مختصة بشريعة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم فكانت دلالة على
 الدخول في دين الاسلام بخلاف ما اذا صلى وحده لان الصلاة وحده غير مختصة بشرى يعتنا وروى عن محمد رحمه الله
 أنه اذا صلى وحده مستقبل القبلة يحكم باسلامه لان الصلاة مستقبل القبلة دليل الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام
 من شهد جنازة تناو صلى الى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايمان وعلى هذا الخلاف اذا أذن في مسجد جماعة
 يحكم باسلامه عندنا خلافاً للشافعى رحمه الله تعالى لنا أن الاذان من شعائر الاسلام فكان الاتيان به دليل قبول
 الاسلام ولو قرأ القرآن أو تلقنه لا يحكم باسلامه لاحتمال أنه فعل ذلك ليعلم ما فيه من غير أن يتقدم حقيقة اذلا كل
 من يعلم شيئاً يؤمن به كالمعاند من الكفرة ولو حج هل يحكم باسلامه قالوا ينظر في ذلك أن تهيأ للاحرام ولبي وشهد
 المناسك مع المسلمين يحكم باسلامه لان عبادة الحج على هذه الهيئة المخصوصة لم تكن في الشرائع المتقدمة فكانت
 مختصة بشرى يعتنا فكانت دلالة الايمان كالصلاة بالجماعة وان لم يشهد المناسك أو شهد المناسك ولم يلب
 لا يحكم باسلامه لانه لا يصير عبادة في شر يعتنا الا بالاداء على هذه الهيئة والاداء على هذه الهيئة لا يكون دليل الاسلام
 ولو شهد شاهداً انهما رآه يصلي سنة وما قالاً رأينا يصلى في جماعة وهو يقول صليت صلواتي لا يحكم باسلامه لانهم
 يصلون أيضاً فلا تكون الصلاة المطلقة دلالة الاسلام ولو شهد أحدهما وقال رأيت يصلى في المسجد الاعظم وشهد

الآخر وقال رأيتني يصلي في مسجد كذا وهو منكرا لا تقبل ولكن يجبر على الاسلام لان الشاهدين اتفقا على وجود الصلاة منه مجماعة في المسجد لكنهما اختلفا في المسجد وذايوجب اختلاف المكان لا نفس الفعل وهو الصلاة فقد اجتمع شاهدان على فعل واحد حقيقة لكن تعتبر شهادتهما في الجبر على الاسلام لا في القتل لان فعل الصلاة وان كان متحدا حقيقة فهو مختلف صورة لا اختلاف محل الفعل فاورث شبهة في القتل والله سبحانه وتعالى اعلم وأما الحكم بالاسلام من طريق التبعية فان الصبي يحكم باسلامه تبعاً لأبويه عقل أو لم يعقل ما لم يسلم بنفسه اذا عقل ويحكم باسلامه تبعاً للدار أيضاً والجملة فيه ان الصبي يتبع أبويه في الاسلام والكفر ولا عبرة بالدار مع وجود الابوين أو أحدهما لانه لا بد له من دين تجري عليه أحكامه والصبي لا يهتم لذلك اما لعدم عقله واما القصور فلا بد وان يجعل تبعاً لغيره وجعله تبعاً للابوين أولى لانه تولد منهما واما الدار منشأ وعند انعدامهما في الدار التي فيها الصبي تنتقل التبعية الى الدار لان الدار تستتبع الصبي في الاسلام في الجملة كاللقيط فاذا أسلم أحد الابوين فالولد يتبع المسلم لانهما استويا في جهة التبعية وهي التولد والتفرع فيرجح المسلم بالاسلام لانه يعلو ولا يعلى عليه ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان الكتابي الى أحكام الاسلام أقرب فكان الاسلام منه أرجى وبيان هذه الجملة اذا سبي الصبي وأخرج الى دار الاسلام فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان سبي مع أبويه واما ان سبي مع أحدهما واما ان سبي وحده فان سبي مع أبويه فسادام في دار الحرب فهو على دين أبويه حتى لو مات لا يصلي عليه وهذا ظاهر وكذا اذا سبي مع أحدهما وكذلك اذا خرج الى دار الاسلام ومعه أبواه أو أحدهما لم يبتنا فان مات الابوان بعد ذلك فهو على دينهما حتى يسلم بنفسه ولا تنقطع تبعية الابوين بموتهما لان بقاء الاصل ليس بشرط لبقاء الحكم في التبعية وان أخرج الى دار الاسلام وليس معه أحدهما فهو مسلم لان التبعية انتقلت الى الدار على ما بينا ولو أسلم أحد الابوين في دار الحرب فهو مسلم تبعاً له لان الولد يتبع خير الابوين ديناً لم يبتنا وكذا اذا أسلم أحد الابوين في دار الاسلام ثم سبي الصبي بعده وأدخل في دار الاسلام فهو مسلم تبعاً له لانه جمعهم ادار واحدة لان تبعية الدار لا تقتصر مع أحد الابوين لما ذكرنا فاما قبل الادخال في دار الاسلام فلا يكون مسالماً لانهما في دارين مختلفتين واختلاف الدار يمنع التبعية في الاحكام الشرعية والله سبحانه وتعالى اعلم ثم انما تعتبر تبعية الابوين والدار اذا لم يسلم بنفسه وهو يعقل الاسلام فاما اذا أسلم وهو يعقل الاسلام فلا تعتبر التبعية ويصبح اسلامه عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يصبح واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفريق وعن النائم حتى يستيقظ أخبر عليه الصلاة والسلام أن الصبي مرفوع القلم والفقير مستبطن منه وهو أن الصبي لو أصبح اسلامه اما ان يصبح فرضاً واما ان يصبح نقلاً ومعلوم أن التنقل بالاسلام محال والقرضية بخطاب الشرع والقلم عنه مرفوع ولان صحة الاسلام من الاحكام الضارة فانه سبب حرمان الميراث والنفقة ووقوع الفرق بين الزوجين والصبي ليس من أهل التصرفات الضارة ولهذا لم يصبح طلاقه وعتاقه ولم يجب عليه الصوم والصلاة فلا يصبح اسلامه (ولنا) انه آمن بالله سبحانه وتعالى عن غيب فيصبح ايمانه كالبالغ وهذا لان الايمان عبارة عن التصديق لغة وشرعاً وهو تصديق الله سبحانه وتعالى في جميع ما أنزل على رسله أو تصديق رسله في جميع ما جاء به عن الله تبارك وتعالى وقد وجد ذلك منه لوجود دليله وهو اقرار العاقل وخصوصاً عن طوع فتزب عليه الاحكام لانها مبنية على وجود الايمان حقيقة قال الله تبارك وتعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا وقال عليه الصلاة والسلام لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن وقوله انه مرفوع القلم قلنا نعم في الفروع الشرعية فاما في الاصول العقلية فممنوع ووجوب الايمان من الاحكام العقلية فيجب على كل عاقل والحديث يحمل على الاحكام الشرعية توفيقاً بين الدلائل وبه نقول والله سبحانه وتعالى أعلم وأما أحكام الايمان فنقول والله سبحانه وتعالى الموفق للايمان حكام أحدهما يرجع الى الآخرة والثاني يرجع الى الدنيا أما الذي يرجع الى الآخرة فكيثونة المؤمن من أهل الجنة اذا ختم عليه قال الله تعالى من جاء بالحسنة فله

خير منها وأما الذي يرجع إلى الدنيا فعصمة النفس والمال لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بجنتها الا أن عصمة النفس تثبت مقصودة وعصمة المال تثبت تابعة لعصمة النفس اذ النفس أصل في التخلق والمال خلق بذله للنفس استبقاؤها فتي تثبت عصمة النفس تثبت عصمة المال تبعاً الا اذا وجد القاطع للتبعية على ما ذكره في هذا اذا أسلم أهل بلدة من أهل دار الحرب قبل أن يظهر عليهم المسلمون حرم قتلهم ولا سبيل لاحد على أموالهم على ما قلنا وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أسلم على مال فهو له ولو أسلم حربي في دار الحرب ولم يهاجر اليها فقتله مسلم عمداً أو خطأ فلا شيء عليه الا الكفارة وعند أبي يوسف عليه الدية في الخطأ وعند الشافعي رحمه الله عليه الدية مع الكفارة في الخطأ والقصاص في العمد واحتج بالعمومات الواردة في باب القصاص والدية من غير فصل بين مؤمن قتل في دار الاسلام أو في دار الحرب (ولنا) قوله تبارك وتعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقية مؤمنة أو جرب سب حانه وتعالى الكفارة وجعلها كل موجب قتل المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا لانه جعله جزءاً والجزء ينبى عن الكفاية فاقضى وقوع الكفاية بها عما سواها من القصاص والدية جميعاً ولان القصاص لم يشرع الا لحكمة الحياة قال الله تعالى ولكم في القصاص حياة والحاجة الى الاحياء عند قصد القتل لعداوة حاملة عليه ولا يكون ذلك الا عند المخالطة ولو لم توجد ههنا وعلى هذا اذا أسلم ولم يهاجر اليها حتى ظهر المسلمون على الدار فاما كان في يده من المقتول فهو له ولا يكون فيا الا عبداً يقاتل فانه يكون فيا لان نفسه استفادت العصمة بالاسلام وماله الذي في يده تابع له من كل وجه فكان معصوماً تبعاً لعصمة النفس الا عبداً يقاتل لانه اذا قاتل فقد خرج من يد المولى فلم يبق تبعاً له فانه قطع العصمة لا قطع التبعية فيكون محلاً للتملك بالاستيلاء وكذلك ما كان في يده مسلم أو ذمي وديعة له فهو له ولا يكون فيا لان يد المودع يده من وجه من حيث انه يحفظ الوديعة له ويد نفسه من حيث الحقيقة وكل واحد منهما معصوم فكان ما في يده معصوماً فلا يكون محلاً للتملك وأما ما كان في يد حربي وديعة فيكون فيا عند أبي حنيفة وعندهما يكون له لان يد المودع يده فكان معصوماً والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله لانه من حيث انه يحفظ له تكون يده فيكون تبعاً له فيكون معصوماً ومن حيث الحقيقة لا يكون معصوماً لان نفس الحربي غير معصومة فوقع الشك في العصمة فلا تثبت العصمة مع الشك وكذا عقاره يكون فيا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد هو والمنقول سواء والصحيح قولهما لانه من حيث انه يتصرف فيه بحسب مشيئته يكون في يده فيكون تبعاً له من حيث انه محصن محفوظ بنفسه ليس في يده فلا يكون تبعاً له فلا تثبت العصمة مع الشك وأما أولاده الصغار فاحرار مسلمون تبعاً له وأولاده الكبار وامرأته يكونون فيا لانهم في حكم أنفسهم لانعدام التبعية وأما الولد الذي في البطن فهو مسلم تبعاً لبيه ورقيق تبعاً لأمه وفيه اشكال وهو ان هذا انشاء الرق على المسلم وانه ممنوع والجواب ان الممتنع انشاء الرق على من هو مسلم حقيقة لا على من له حكم الوجود والاسلام شرعاً هذا اذا أسلم ولم يهاجر اليها فظهر المسلمون على الدار فلو أسلم وهاجر اليها ثم ظهر المسلمون على الدار اما أمواله ما كان في يده مسلم أو ذمي وديعة فهو له ولا يكون فيا لما ذكرنا وما سوى ذلك فهو في علمنا ذكرنا أيضاً وقيل ما كان في يد حربي وديعة فهو على الخلاف الذي ذكرنا وأما أولاده الصغار فيحكم باسلامهم تبعاً لبيهم ولا يسترقون لان الاسلام يمنع انشاء الرق الا رقائبت حكما بان كان الولد في بطن الام وأولاده الكبار فيء لانهم في حكم أنفسهم فلا يكونون مسلمين باسلام أبيهم وكذلك زوجته والولد الذي في البطن يكون مسلماً تبعاً لبيه ورقيقاً تبعاً لأمه ولودخل الحربي دار الاسلام ثم أسلم ثم ظهر المسلمون على الدار فجميع ماله وأولاده الصغار والكبار وامرأته وما في بطنها في علمنا مسلم في دار الحرب حتى خرج اليها لم تثبت العصمة لماله لانعدام عصمة النفس فبعد ذلك وان صارت معصومة لكن بعد تبين الدارين وانه يمنع ثبوت التبعية ولودخل مسلم أو ذمي دار الحرب فاصاب هناك مالا ثم ظهر المسلمون على الدار فخكه وحكم الذي

أسلم من أهل الحرب ولم يهاجر اليها سواء والله عز وجل أعلم وأما الأمان فنقول الأمان في الأصل نوعان أمان مؤقت وأمان مؤبد أما المؤقت فنوعان أيضاً أحدهما الأمان المعروف وهو أن يحاصر الغزاة مدينة أو حصناً من حصون الكفرة فيستأمنهم الكفار فيؤمنهم والكلام فيه في مواضع في بيان ركن الأمان وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الأمان وفي بيان صفته وفي بيان ما يبطل به الأمان فأما ركنه فهو اللفظ الدال على الأمان نحو قول المقاتل أمنتكم أو أنتم آمنون أو أعطيتكم الأمان وما يجري هذا الجرى وأما شرائط الركن فأنواع منها أن يكون في حال يكون بالمسلمين ضعفاء بالكفرة قوة لأن القتال فرض والأمان يتضمن تحريم القتال فيتناقض إلا إذا كان في حال ضعف المسلمين وقوة الكفرة لأنه إذا ذلك يكون قتالاً بمعنى وقوعه وسيلة إلى الاستعداد للقتال فلا يؤدي إلى التناقض ومنها العقل فلا يجوز أمان المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل شرط أهلية التصرف ومنها البلوغ وسلامة العقل عن الآفة عند عامة العلماء وعند محمد رحمه الله ليس بشرط حتى أن الصبي المراهق الذي يعقل الإسلام والبالغ المختلط العقل إذا أمن لا يصح عند العامة وعند محمد يصح (وجه) قوله أن أهلية الأمان مبنية على أهلية الإيمان والصبي الذي يعقل الإسلام من أهل الإيمان فيكون من أهل الأمان كالبالغ (ولنا) أن الصبي ليس من أهل حكم الأمان فلا يكون من أهل الأمان وهذا لأن حكم الأمان حرمة القتال وخطاب التحريم لا يتناول ولا من شرط صحة الأمان أن يكون بالمسلمين ضعفاء بالكفرة قوة وهذه حالة خفية لا يوقف عليها إلا بالتأمل والنظر ولا يوجد ذلك من الصبي لا شتغاله باللغو واللعب ومنها الإسلام فلا يصح أمان الكافر وإن كان يقاتل مع المسلمين لأنه منهم في حق المسلمين فلا تؤمن خيانتهم ولأنه إذا كان متهماً فلا يدري أنه بني أمانه على مراعاة مصلحة المسلمين من التفرق عن حال القوة والضعف أم لا فيقع الشك في وجود شرط الصحة فلا يصح مع الشك وأما الحرية فليست بشرط لصحة الأمان فيصح أمان العبد المأذون في القتال بالاجماع وهل يصح أمان العبد المحجور عن القتال اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة وأبو يوسف رحمه الله لا يصح وقال محمد رحمه الله يصح وهو قول الشافعي رحمه الله (وجه) قوله ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسمى بذمتهم أدانهم والذمة العهد والأمان نوع عهد والعبد المسلم أدنى المسلمين فيتناوله الحديث ولأن حجر المولى يعمل في التصرفات الضارة دون النافعة بل هو في التصرفات النافعة غير محجور كقبول الهبة والصدقة ولا مضرة للمولى في أمان العبد بتعطيل منافعه عليه لأنه يتأذى في زمان قليل بل له ولسائر المسلمين فيه منفعة فلا يظهر انحجازه عنه فاشبه المأذون بالقتال (وجه) قوله ما إن الأصل في الأمان أن لا يجوز لأن القتال فرض والأمان يحرم القتال إذا وقع في حال يكون بالمسلمين ضعفاء بالكفرة قوة لوقوعه وسيلة إلى الاستعداد للقتال في هذه الحالة فيكون قتالاً بمعنى إذا الوسيلة إلى الشيء حكمها حكم ذلك الشيء وهذه حالة لا تعرف إلا بالتأمل والنظر في حال المسلمين في قوتهم وضعفهم والعبد المحجور لا شتغاله بخدمة المولى لا يقف عليهما فكان أمانه تركاً للقتال المقرض صورة ومعنى فلا يجوز فهذا فارق المأذون لأن المأذون بالقتال يقف على هذه الحالة فيقع أمانه وسيلة إلى القتال فكان إقامة للفرض معنى فهو الفرق (وأما) الحديث فلا يتناول المحجور لأن الأدنى إما أن يكون من الدناءة وهي الخساسة وإما أن يكون من الدنو وهو القرب والاول ليس بمراد لأن الحديث يتناول المسلمين بقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ولا خساسة مع الإسلام والثاني لا يتناول المحجور لأنه لا يكون في صف القتال فلا يكون أقرب إلى الكفرة والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الذكورة ليست بشرط فيصح أمان المرأة لأنها بما معها من العقل لا تعجز عن الوقوف على حال القوة والضعف وقد روى أن سيدتنا زينب بنت النبي المكرم عليه الصلاة والسلام أمنت زوجها أبا العاص رضي الله عنه وأجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم أمانها وكذلك السلامة عن العمى والزمانة والمرض ليست بشرط فيصح أمان الأعمى والزمن والمرضى لأن الأصل في صحة الأمان صدوره عن رأي ونظر في الأحوال الخفية من الضعف والقوة وهذه

العوارض لا تنقدح فيه ولا يجوز أمان التاجر في دار الحرب والاسير فيها والحرب الذي أسلم هناك لان هؤلاء لا يقفون على حال الغزاة من القوة والضعف فلا يعرفون للامان مصلحة ولا نهم متهمون في حق الغزاة لكونهم مقهورين في أيدي الكفرة وكذلك الجماعة ليست بشرط فيصح أمان الواحد لقوله عليه الصلاة والسلام ويسعى بذمتهم أدناهم ولان الوقوف على حالة القوة والضعف لا يقف على رأى الجماعة فيصح من الواحد وسواء أمن جماعة كثيرة أو قليلة أو أهل مصر أو قرية فذلك جائز وأما حكم الامان فهو ثبوت الامن للكفرة لان لفظ الامان يدل عليه وهو قوله أمنت فثبت الامن لهم عن القتل والسبي والاستغنام فيحرم على المسلمين قتل رجائهم وسبي نسائهم وذراريهم واستغنام أموالهم وأما صفة فهو أنه عقد غير لازم حتى لو رأى الامام المصلحة في النقض ينقض لان جوازهم مع أنه يتضمن ترك القتال المفروض كان للمصلحة فاذا صارت المصلحة في النقض نقض وأما بيان ما ينتقض به الامان فالأمر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان الامان مطلقا واما ان كان مؤقتا الى وقت معلوم فان كان مطلقا فانتقاضه يكون بطريقتين أحدهما نقض الامام فاذا نقض الامام انتقض لكن ينبغي أن يخبرهم بالنقض ثم يقاتلهم لئلا يكون منهم غدر في العهد والثاني أن يجيء أهل الحصن بالامان الى الامام فينقض واذا جازوا الامام بالامان ينبغي أن يدعواهم الى الاسلام فان أبوا فالى الذمة فان أبوا ردوا الى ما آمنهم ثم قاتلهم احترازا عن الغدر فان أبوا الاسلام والجزية وأبوا أن يلحقوا بما آمنهم فان الامام يؤجلهم على ما يرى فان رجعوا الى ما آمنهم في الاجل المضروب والا صاروا ذمة لا يمكنون بعد ذلك أن يرجعوا الى ما آمنهم لان مقامهم بعد الاجل المضروب التزام الذمة دلالة وان كان الامان مؤقتا الى وقت معلوم ينتهي بمضى الوقت من غير الحاجة الى النقض ولهم أن يقاتلوا اذا دخل واحد منهم دار الاسلام فمضى الوقت وهو فيه فهو آمن حتى يرجع الى ما آمنه والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا حاصر الغزاة مدينة أو حصنا من حصون الكفرة فجاءوا فاستأمنوهم فاما اذا استنزلوهم عن الحكم فهذا على وجهين (اما) ان استنزلوهم على حكم الله سبحانه وتعالى واما ان استنزلوهم على حكم العباد بان استنزلوهم على حكم رجل فان استنزلوهم على حكم الله سبحانه وتعالى جاز انزالهم عليه عند أبي يوسف والخيار الى الامان ان شاء قتل مقاتلتهم وسبي نساءهم وذراريهم وان شاء سبي الكل وان شاء جعلهم ذمة وعند محمد لا يجوز الانزال على حكم الله تعالى فلا يجوز قتلهم واسترقاقهم ولكنهم يدعون الى الاسلام فان أبوا جعلوا ذمة واحتج محمد بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في وصايا الامراء عند بعث الجيش واذا حاصرتم مدينة أو حصنا فان أرادوا أن تنزلوهم على حكم الله عز وجل فانكم لا تدرون ما حكم الله تعالى فيهم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الانزال على حكم الله تعالى ونهى عليه الصلاة والسلام على المعنى وهو أن حكم الله سبحانه وتعالى غير معلوم فكان الانزال على حكم الله تعالى من الامام قضاء بالجهول وأنه لا يصح واذا لم يصح الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى فيدعون الى الاسلام فان أجابوهم أخرجوا مسلمون لا سبي على أنفسهم وأموالهم وان أبوا لا يقتلهم الامام ولا يسترقهم ولكن يجعلهم ذمة فان طلبوا من الامام أن يبلغهم ما آمنهم لم يجبه اليه لانه لو ردوا الى ما آمنهم لصاروا حرا بالناس (وجه) قول أبي يوسف أن الاستنزال على حكم الله عز وجل هو الاستنزال على الحكم المشروع للمسلمين في حق الكفرة والقتل والسبي وعقد الذمة كل ذلك حكم مشروع في حقهم فجاز الانزال عليه قوله ان ذلك مجهول لا يدري المنزل عليه أى حكم هو قلنا نعم لكن يمكن الوصول اليه والعلم به لوجود سبب العلم وهو الاختيار وهذا لا يكفي لجواز الانزال عليه كما قلنا في الكفارات ان الواجب أحد الاشياء الثلاثة وذلك غير معلوم ثم لم يمنع ذلك قوع تعلق التكليف به لوجود سبب العلم به وهو اختيار الكفر المكلف كذا هذا يدل عليه أنه يجوز الانزال على حكم العباد بالاجماع والانزال على حكم العباد انزال على حكم الله تعالى حقيقة اذ العبد لا يملك انشاء الحكم من نفسه قال الله تعالى ولا يشرك في حكمه أحد اوقال تبارك وتعالى ان الحكم الله ولكنه يظهر حكم الله عز وجل المشروع في الحادثة ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد بن معاذ رضي الله عنه لقد حكمت

بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة (وأما) الحديث فيحتمل أنه مصروف الى زمان جواز ورود النسخ وهو حال حياة النبي عليه الصلاة والسلام لانعدام استقرار الاحكام الشرعية في حياته عليه الصلاة والسلام لئلا يكون الانزال على الحكم المنسوخ عسى لاحتمال النسخ فيما بين ذلك وقد انعدم هذا المعنى بعد وفاته عليه الصلاة والسلام لخروج الاحكام عن احتمال النسخ بوفاته صلى الله عليه وسلم واذا جاز الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى عند أبي يوسف فالخيار فيه الى الامام فأيما كان أفضل للمسلمين من القتل والسبي والذمة فعل لان كل ذلك حكم الله سبحانه وتعالى المشروع للمسلمين في حق الكفرة فان أسلموا قبل الاختيار فهم أحرار مسلمون لا سبيل لاحد عليهم وعلى أموالهم والارض لهم وهي عشرية وكذلك اذا جعلهم ذمة فهم أحرار ويضع على أراضهم الخراج فان أسلموا قبل توظيف الخراج صارت عشرية هذا اذا كان الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى فاما اذا كان على حكم العباد بان استنزلوهم على حكم رجل فهذا لا يخلو من أحد وجهين (أما) ان استنزلوهم على حكم رجل معين بان قالوا على حكم فلان لرجل سموه (وأما) ان استنزلوهم على حكم رجل غير معين فان كان الاستنزال على حكم رجل معين فنزلوا على حكمه فحكم عابهم شئ مما ذكرناه ورجل عاقل مسلم عدل غير محدود في قذف جاز بالاجماع لما روى أن بنى قريظة لما حاصرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم خمساً وعشرين ليلة استنزلوا على حكم سعد بن معاذ فحكم سعد أن تقتل رجالهم وتقسم أموالهم وتسبي نسائهم وذرائعهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد حكمت بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة فقد استصوب رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه حيث أخبر عليه الصلاة والسلام أن ما حكم به حكم الله سبحانه وتعالى لان حكم الله سبحانه وتعالى لا يكون الا صواباً وليس للحاكم أن يحكم بردهم الى دار الحرب فان حكم فهو باطل لانه حكم غير مشروع لما بيننا لانهم بالرد يصيرون حربيين لنا وان كان الحاكم عبداً أو صبيلاً لم يحز حكمه بالاجماع وان كان فاسقاً أو محدوداً في القذف لم يحز حكمه عند أبي يوسف وعند محمد يجوز (وجهه) قول محمد رحمه الله أن الفاسق يصلح قاضياً فيصلح حكماً بطريق الاولى (وجهه) قول أبي يوسف أن المحدود في القذف لا يصلح حكماً لانه ليس من أهل الولاية ولهذا لا يصلح قاضياً وكذا الفاسق لا يصلح حكماً وان صلح قاضياً لكنه لا يلزم قضاؤه ولهذا الوردت قضية الى قاض آخر ان شاء أمضاه وان شاء رده وان كان ذمياً جاز حكمه في الكفرة لانه من أهل الشهادة على جنسه وان نزلوا على حكم رجل يختارونه فاختاروا رجلاً فان كان موضعاً للحكم جاز حكمه وان كان غير موضع للحكم لا يقبل منهم حتى يختاروا رجلاً موضعاً للحكم فان لم يختاروا بلغتهم الا اماماً منهم لان النزول كان على شرط وهو حكم رجل يختارونه فاذا لم يختاروا فقد بقوا في يد الامام بالامان فيردهم الى ما منهم الا أنه لا يردهم الى حصن هو ا حصن من الاول ولا الى حد يمتنعون به لان الرد الى المأمن للتخرج عن توهم العذر وانه يحصل بالرد الى ما كانوا عليه فلا ضرورة في الرد الى غيره وان نزلوا على حكم رجل غير معين فلا امام أن يعين رجلاً صالحاً للحكم فيهم أو يحكم للمسلمين بنفسه بما هو أفضل لهم والله سبحانه وتعالى أعلم والثاني الموادة وهي المعاهدة والصلح على ترك القتال يقال توادع القرى فان أى تعاهد على أن لا يفز وكل واحد منهما صاحبه والكلام في الموادة في مواضع في بيان ركنها وشرطها وحكمها وصفها وما ينتقض به أماركنها فهو لفظة الموادة أو المسألة أو المصالحة أو المعاهدة أو ما يؤدى معنى هذه العبارات وشرطها الضرورة وهي ضرورة استعداد القتال بأن كان بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة المجاوزة الى قوم آخرين فلا تجوز عند عدم الضرورة لان الموادة ترك القتال المقروض فلا يجوز الا في حال يقع وسيلة الى القتال لانها حينئذ تكون قتلاً معنى قال الله تبارك وتعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأتم الاعلون والله معكم وعند تحقق الضرورة لا بأس به لقول الله تبارك وتعالى وان جنحو اليك فاجنح لها وتوكل على الله وقدر وى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وادع أهل مكة عام الحديبية على أن توضع الحرب عشرين سنين ولا يشترط اذن الامام بالموادة حتى لو وادعهم الامام أو فريق من المسلمين من غير اذن الامام جازت موادعتهم لان المعول عليه كون عقد الموادة مصلحة

للمسلمين وقد وجدوا بأس بأن يأخذ المسلمون على ذلك جملاً لأن ذلك في معنى الجزية ويوضع موضع الخراج في بيت المال ولا بأس أن يطلب المسلمون الصلح من الكفرة ويعطوا على ذلك ما إذا اضطروا إليه لقوله سبحانه وتعالى وإن جنحوا للسلم فاجنح لها أباح سبحانه وتعالى لنا الصلح مطلقاً فيجوز ببدل أو غير بدل ولأن الصلح على مال لدفع شر الكفرة للحال والاستعداد للقتال في الثاني من باب المجاهدة بالمال والنفس فيكون جائزاً ويجوز موادة المرتدين إذا غلبوا على دار من دور الاسلام وخيف منهم ولم تؤمن غائلتهم لما فيه من مصلحة دفع الشر للحال ورجاء رجوعهم الى الاسلام وتوبتهم ولا يؤخذ منهم على ذلك مال لأن ذلك في معنى الجزية ولا يجوز اخذ الجزية من المرتدين فإن أخذ منهم شيئاً لا يردلانه مال غير معصوم ألا ترى أن أموالهم محل للاستيلاء كأموال أهل الحرب وكذلك البغاة تجوز موادعتهم لانه لما جازت موادة الكفرة فلا تجوز موادة المسلمين أولى ولكن لا يؤخذ منهم على ذلك مال لأن المال المأخوذ على ترك القتال يكون في معنى الجزية ولا تؤخذ الجزية الا من كافر (وأما) حكم الموادة فما هو حكم الامان المعروف وهو أن يأمن الموادة على أنفسهم وأموالهم ونسائهم وذرائعهم لانه عقد أمان أيضاً ولو خرج قوم من الموادة عين الى بلدة أخرى ليست بينهم وبين المسلمين موادة فغزا المسلمون تلك البلدة فهو لاء آمنون لا سبيل لاحد عليهم لان عقد الموادة علة أفاد الامان لهم فلا ينتقض بالخروج الى موضع آخر كما في الامان المؤبد وهو عقد الذمة انه لا يبطل بدخول الذمي دار الحرب كذا هذا وكذلك لو دخل في دار الموادة رجل من غير دراهم بامان ثم خرج الى دار الاسلام بغير أمان فمر آمن لانه لما دخل دار الموادة عين بامانهم صار كواحد من جملتهم فلو عاد الى داره ثم دخل دار الاسلام بغير أمان كافياً لنا أن نقتله ونأسره لانه لما رجع الى داره فقد خرج من أن يكون من أهل دار الموادة فبطل حكم الموادة في حقه فاذا دخل دار الاسلام فهذا حرجي دخل دار الاسلام ابتداء بغير أمان ولو أسروا واحد من الموادة عين أهل دار أخرى فغزى المسلمون على تلك الدار كان فياً وقد ذكرنا انه لو دخل اليهم تاجر أفتوا آمن (ووجه) الفرق انه لما أسرق قد انقطع حكم دار الموادة في حقه واذا دخل تاجر أ لم ينقطع والله تعالى أعلم (وأما) صفة عقد الموادة فهو انه عقد غير لازم محتمل للنقض فلا ممان أن يبذل اليهم لقوله سبحانه وتعالى وأما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء فاذا وصل النبذ الى ملكهم فلا بأس للمسلمين أن يغزوا عليهم لان الملك يبلغ قومه ظاهره ألا اذا استيقن المسلمون ان خبر النبذ لم يبلغ قومه ولم يعلموا به فلا أحب أن يغزوا عليهم لان الخبر اذا لم يبلغهم فهم على حكم الامان الاول فكان قتالهم مناغداً وتعزيراً وكذلك اذا كان النبذ من جهة بان أرسلوا اليه رسولاً بالنبذ وأخبروا الامام بذلك فلا بأس للمسلمين أن يغزوا عليهم لما قلنا الا اذا استيقن المسلمون أن أهل ناحية منهم لم يعلموا بذلك لما بينا ولو وادع الامام على جعل أخذ منهم ثم بدله أن ينتقض فلا بأس به لما بينا أنه عقد غير لازم فكان محتملاً للنقض ولكن يبعث اليهم بحصبة ما بقي من المدة من الجمل الذي أخذه لانهم انما أعطوه ذلك بمقابلة الامان في كل المدة فاذا فات بعضها لم يرد بقدر الفائت هذا اذا وقع الصلح على أن يكونوا مستقبين على أحكام الكفر (فاما) اذا وقع الصلح على انه يجري عليهم أحكام الاسلام فهو لازم لا يحتمل النقض لان الصلح الواقع على هذا الوجه عقد ذمة فلا يجوز الامام أن يبذل اليهم والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان ما ينتقض به عقد الموادة فالجمله فيه أن عقد الموادة (اما) ان كان مطلقاً عن الوقت (واما) ان كان موقتاً بوقت معلوم فان كان مطلقاً عن الوقت فالذي ينتقض به نوعان نص ودلالة فالنص هو النبذ من الجانبين صريحاً (وأما) الدلالة فهي أن يوجد منهم ما يدل على النبذ نحو أن يخرج قوم من دار الموادة باذن الامام ويقطعوا الطريق في دار الاسلام لان اذن الامام بذلك دلالة النبذ ولو خرج قوم من غير اذن الامام فقطعوا الطريق في دار الاسلام فان كانوا جماعة لا منعة لهم لا يكون ذلك نقضاً للعهد لان قطع الطريق بلا منعة لا يصلح دلالة للنقض ألا ترى انه لو نص واحد منهم على النقض لا ينتقض كما في الامان المؤبد وهو عقد الذمة وان كانوا جماعة لهم منعة فخرجوا بغير اذن الامام ولا اذن أهل مملكته

فالمالك وأهل مملكته على مواد عتيم لا نعدام دلالة النقص في حقهم ولكن ينتقض العهد فيما بين القطاع حتى يباح قتلهم واسترقاقهم لوجود دليل النقص منهم وان كان موقتاً بوقت معلوم ينتهي العهد بانتهاء الوقت من غير الحاجة الى التبذ حتى كان للمسلمين أن يغزوا عليهم لان العقد المؤقت الى غاية ينتهي بانتهاء الغاية من غير الحاجة الى الناقض ولو كان واحد منهم دخل الاسلام بالمواذعة المؤقتة فمضى الوقت وهو في دار الاسلام فهو آمن حتى يرجع الى ما آمنه لان التعرض له يوم القدر والتعزير فيجب التحرز عنه ما أمكن والله تعالى أعلم (وأما) الامان المؤبد فهو المسمى بعقد الذمة والكلام فيه في مواضع في بيان ركن العقد وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان صفة العقد وفي بيان ما يؤخذ به أهل الذمة وما يتعرض له وما لا يتعرض له (أما) ركن العقد فهو نوعان نص ودلالة (أما) النص فهو لفظ يدل عليه وهو لفظ العهد والعقد على وجه مخصوص (وأما) الدلالة فهي فعل يدل على قبول الجزية نحو أن يدخل حرني في دار الاسلام بامان فان أقام بها سنة بعد ما تقدم اليه في أن يخرج أو يكون ذمياً والاصل أن الحرني اذا دخل دار الاسلام بامان ينبغي للامام أن يتقدم اليه فيضرب له مدة معلومة على حسب ما يقتضي رأيه ويقول له ان تجاوزت المدة جعلتك من أهل الذمة فاذا تجاوزها صار ذمياً لانه لما قال له ذلك فلم يخرج حتى مضت المدة فقد رضى بصيرورته ذمياً فاذا أقام سنة من يوم قال له الامام أخذ منه الجزية ولا يتركه يرجع الى وطنه قبل ذلك وان خرج بعد تمام السنة فلا سبيل عليه ولو قال الامام عند الدخول ادخل ولا تمكث سنة فكث سنة صار ذمياً ولا يمكن من الرجوع الى وطنه لما قلنا ولو اشترى المستأمن أرضاً خراجية فاذا وضع عليه الخراج صار ذمياً لان وظيفة الخراج يختص بالمقام في دار الاسلام فاذا قبلها فقد رضى بكونه من أهل دار الاسلام فيصير ذمياً ولو باعها قبل أن يحجب خراجها لا يصير ذمياً لان دليل قبول الذمة وجوب الخراج لا نفس الشراء فلم يوضع عليه الخراج لا يصير ذمياً ولو استأجر أرضاً خراجية فزرعها لم يصير ذمياً لان الخراج على الآجر دون المستأجر فلا يدل على التزام الذمة الا اذا كان خراج مقاسمة فاذا أخرجت الارض وأخذ الامام الخراج من الخارج وضع عليه الجزية وجعله ذمياً ولو اشترى المستأمن أرض المقاسمة وأجرها من رجل من المسلمين فاخذ الامام الخراج من ذلك لا يصير المستأمن ذمياً لما بينا أن نفس الشراء لا يدل على الالتزام بل دليل الالتزام هو وجوب الخراج عليه ولم يجب ولو اشترى الحرني المستأمن أرض خراج فزرعها فاخرجت زرعاً فاصاب الزرع آفة أنه لا يصير ذمياً لانه اذا أصاب الزرع آفة لم يجب الخراج فصار كأنه لم يزرعها فبقى نفس الشراء وأنه لا يصلح دليل قبول الذمة ولو وجب على المستأمن الخراج في أقل من سنة منذ يوم ملكها صار ذمياً حين وجوب الخراج ويؤخذ منه خراج رأسه بعد سنة مستقبلة لانه بوجوب خراج الارض صار ذمياً كان عقد الذمة نصاً فيعتبر ابتداء العقد من حين وجوب الخراج فيؤخذ خراج الرأس بعد تمام السنة من ذلك الوقت ولو تزوجت الحرية المستأمنة في دار الاسلام ذمياً صارت ذمياً ولو تزوج الحرني المستأمن في دار الاسلام ذمياً لم يصير ذمياً (ووجه) الفرق ان المرأة تابعة لزوجها فاذا تزوجت بذمى فقد رضيت بالمقام في دارنا فصارت ذمياً تبعاً لزوجها فأما الزوج فليس بتابع للمرأة فلا يكون تزوجه اياها دليل الرضا بالمقام في دارنا فلا يصير ذمياً والله تعالى أعلم (وأما) شرائط الركن فأنواع (منها) أن لا يكون المعاهد من مشركي العرب فانه لا يقبل منهم الا الاسلام والسيف لقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى قوله تعالى فخلوا سبيلهم أمر سبحانه وتعالى بقتل المشركين ولم يأمر بتخليه سبيلهم الا عند توهم وهي الاسلام ويجوز عقد الذمة مع أهل الكتاب لقول الله تبارك وتعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الى قوله تعالى من الذين أتوا الكتاب الآية وسواء كانوا من العرب أو من العجم لع عموم النص ويجوز مع الجوس لانهم ملحقون بأهل الكتاب في حق الجزية لما زوى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في الجوس سنوهم سنة أهل الكتاب وكذلك فعل سيدنا عمر رضي الله عنه بسواد العراق وضرب الجزية على هاجمهم والخراج على أراضيهم ثم وجه الفرق بين مشركي العرب وغيرهم من أهل الكتاب ومشركي

العجم أن أهل الكتاب انما تركوا بالذمة وقبول الجزية لا لرغبة فيما يؤخذ منهم أو طمع في ذلك بل للدعوة الى الاسلام ليخاطبوا المسلمين فيتاملوا في محاسن الاسلام وشرائعه وينظر وافيهما فيروها مؤسسية على ما تحتمله العقول وتقبله فيدعوه ذلك الى الاسلام فيرغبون فيه فكان عقد الذمة لرجاء الاسلام وهذا المعنى لا يحصل بعقد الذمة مع مشركي العرب لانهم أهل تقليد وعادة لا يعرفون سوى العادة وتقليد الآباء بل يعبدون ما سوى ذلك سخرية وجنونا فلا يشتغلون بالتأمل والنظر في محاسن الشريعة ليقفوا عليها فيدعوه الى الاسلام فتعين السيف داعيا لهم الى الاسلام ولهذا لم يقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم الجزية ومشركو العجم ملحقون بأهل الكتاب في هذا الحكم بالنص الذي روينا (ومنها) أن لا يكون مرتدافاه لا يقبل من المرتد أيضا الا الاسلام أو السيف لقول الله تبارك وتعالى تقتلونهم أو يسلمون قيل ان الآية نزلت في أهل الردة من بني حنيفة ولان العقد في حق المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام لان الظاهر انه لا ينتقل عن دين الاسلام بعد ما عرف محاسنه وشرائعه المحموده في العقول اللسوء اختياره وشؤم طبعه فيقع اليأس عن فلاحه فلا يكون عقد الذمة وقبول الجزية في حقه وسيلة الى الاسلام والله تعالى أعلم (وأما) الصابئون فيعقد لهم عقد الذمة لما ذكرنا في كتاب النكاح عند أبي حنيفة هم قوم من أهل الكتاب يقرؤون الزبور وعندهم قوم يعبدون الكواكب فكانوا في حكم عبدة الاوثان فتؤخذ منهم الجزية اذا كانوا من العجم والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون مؤبداً فان وقت له وتمام يصح عقد الذمة لان عقد الذمة في إفادة العصمة كالحلف عن عقد الاسلام وعقد الاسلام لا يصح الا مؤبداً فكذلك عقد الذمة والله تعالى أعلم (وأما) بيان حكم العقد فنقول وبالله التوفيق ان لعقد الذمة أحكاماً (منها) عصمة النفس لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله عز وجل حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ونهى سبحانه وتعالى اباحة القتال الى غاية قبول الجزية واذا انتهت الاباحة ثبتت العصمة ضرورة (ومنها) عصمة المال لانها تابعة لعصمة النفس وعن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال انما قبلوا عقد الذمة لتكون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا والكلام في وجوب الجزية في مواضع في بيان سبب وجوب الجزية وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان وقت الوجوب وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان ما يسقطه بعد الوجوب (أما) الاول فسبب وجوبها عقد الذمة وأما شرائط الوجوب فانواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ (ومنها) الذكورة فلا تجب على الصبيان والنساء والمجانين لان الله سبحانه وتعالى أوجب الجزية على من هو من أهل القتال بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الآية والمقاتلة مفاعلة من القتال فتستدعي أهلية القتال من الجانبين فلا تجب على من ليس من أهل القتال وهؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا تجب عليهم (ومنها) الصحة فلا تجب على المريض اذا مرض السنة كلها لان المريض لا يقدر على القتال وكذلك إن مرض أكثر السنة وان صح أكثر السنة وجبت لان لاكثر حكم الكل (ومنها) السلامة عن الزمانة والعمى والكبر في ظاهر الرواية فلا تجب على الزمن والاعمى والشيخ الكبير وروى عن أبي يوسف انها ليست بشرط وتجب على هؤلاء اذا كان لهم مال والصحيح جواب ظاهر الرواية لان هؤلاء ليسوا من أهل القتال عادة ألا ترى انهم لا يقتلون وكذا الفقير الذي لا يعمل لا قدرة له لان من لا يقدر على العمل لا يكون من أهل القتال (وأما) أصحاب الصوامع فعليهم الجزية اذا كانوا قادرين على العمل لانهم من أهل القتال فعدم العمل مع القدرة على العمل لا يمنع الوجوب كما اذا كان له أرض خراجية فلم يزرعها مع القدرة على الزراعة لا يسقط عنه الخراج والله تعالى أعلم (ومنها) الحرية فلا تجب على العبد لان العبد ليس من أهل ملك المال (وأما) وقت الوجوب فأول السنة لانها تجب لحقن الدم في المستقبل فلا تؤخر الى آخر السنة ولكن تؤخذ في كل شهر من الفقير درهم ومن المتوسط درهمان ومن الغني أربعة دراهم (وأما) بيان مقدار الواجب فنقول وبالله التوفيق الجزية على ضربين جزية توضع بالتراضي وهو الصلح وذلك يتقدر بقدر ما وقع عليه الصلح كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم

أهل نجران على الف ومائتي حلة وجزية يضعها الامام عليهم من غير رضاهم بان ظهر الامام على أرض الكفار وأقرهم على أملاكهم وجعلهم ذمة وذلك على ثلاثة مراتب لان الذمة ثلاث طبقات أغنياء وأوساط وفقراء فيض على الغني ثمانية وأربعين درهماً وعلى الوسط أربعة وعشرين درهماً وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهماً كذا روى عن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه أنه أمر عثمان بن حنيف حين بعثه الى السواد أن يضع هكذا وكان ذلك من سيدنا عمر رضي الله عنه بمحض من الصحابة من المهاجرين والانصار رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فهو كالأجماع على ذلك مع ما أنه لا محتمل أن يكون من سيدنا عمر رضي الله عنه رأياً لان المقدرات سبيل معرفتها التوقيف والسمع لا العقل فهو كالسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اختلف في تفسير الغني في هذا الباب والوسط والفقير قال بعضهم من لم يملك نصيباً يحب في مثله الزكاة على المسلمين وهو مائة درهم فهو فقير ومن ملك مائتي درهم فهو من الاواسط ومن ملك أربعة آلاف درهم فصاعداً فهو من الاغنياء روى عن سيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهم انهما قالاً أربعة آلاف درهم فادونها نفقة وما فوق ذلك كنز وقيل من ملك مائتي درهم الى عشرة آلاف فادونها فهو من الاواسط ومن ملك زيادة على عشرة آلاف فهو من الاغنياء والله تعالى أعلم (وأما) ما يسقطها بعد الوجوب فأنواع (منها) الاسلام (ومنها) الموت عندنا فان الذي اذا أسلم أو مات سقطت الجزية عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا تسقط بالموت والاسلام (وجه) قوله ان الجزية وجبت عوضاً عن العصمة بقوله تعالى قاتلو الذين لا يؤمنون بالله الى قوله جل شأنه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون أباح جلت عظمته دماء أهل القتال ثم حقتها بالجزية فكانت الجزية عوضاً عن حقن الدم وقد حصل له المعوض في الزمان الماضي فلا يسقط عنه العوض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس على مسلم جزية وعن سيدنا عمر رضي الله عنه انه رفع الجزية بالاسلام فقال والله ان في الاسلام لمعاداً أن فعل ولا نها وجبت وسيلة الى الاسلام فلا تبقى بعد الاسلام والموت كالقتال والدليل على انها وجبت وسيلة الى الاسلام ان الاسلام فرض بالنصوص والجزية تتضمن ترك القتال فلا يجوز شرع عقد الذمة والجزية الذي فيه ترك القتال الا لما شرع له القتال وهو التوسل الى الاسلام والا فيكون تناقضها والشرعية لا تتناقض وتعذر تحقيق معنى التوسل بعد الموت والاسلام فيسقط ضرورة وقوله انها وجبت عوضاً عن حقن الدم ممنوع بل ما وجبت الا وسيلة الى الاسلام لان تمكين الكفرة في دار الاسلام وترك قتالهم مع قولهم في الله ما لا يليق بذاته وصفاته تبارك وتعالى للوصول الى عرض يسير من الدنيا خارج عن الحكم والعقل فاما التوسل الى الاسلام واعدام الكفرة فمعقول مع ما انها ان وجبت لحقن الدم فالتماجب كذلك في المستقبل واذا صار دمه محقوناً في الماضي فلا يجوز أخذ الجزية لاجله فتسقط (ومنها) مضي سنة تامة ودخول سنة أخرى عند أبي حنيفة وعندهما لا تسقط حتى انه اذا مضى على الذمة سنة كاملة ودخلت سنة أخرى قبل أن يؤديها الذي تؤخذ منه للسنة المستقبلية ولا تؤخذ للسنة الماضية عنده وعندهما تؤخذ لما مضى مادام ذمياً والمسئلة تعرف بالموايد (١) انها تؤخذ أم لا (وجه) قولهما ان الجزية أحد نوعي الخراج فلا تسقط بالتأخير الى سنة أخرى استدلالاً بالخراج الا خروجه وخراج الارض وهذا لان كل واحد منهما دين فلا تسقط بالتأخير كسائر الديون ولا يبي حنيفة رحمه الله وجهان (أحدهما) ان الجزية ما وجبت الارجاع الاسلام واذا لم يوجد حتى دخلت سنة أخرى انقطع الرجاء في الماضي وبقي الرجاء في المستقبل فيؤخذ للسنة المستقبلية والثاني ان الجزية انما جعلت لحقن الدم في المستقبل فاذا صار دمه محقوناً في السنة الماضية فلا تؤخذ الجزية لاجلها لانعدام الحاجة الى ذلك كما اذا أسلم أو مات تسقط عنه الجزية لعدم الحاجة الى الحقن بالجزية كذا هذا والاعتبار بخراج الارض غير سديد فان المجوس اذا أسلم بعد مضي السنة لا يسقط عنه خراج الارض ويسقط عنه خراج الرأس بخلاف بين أصحابنا رحمهم الله وبه تبين ان هذا ليس كسائر الديون فبطل الاعتبار بها والله تعالى أعلم (وأما) صفة العقد فهو انه لازم في حقنا حتى لا يملك المسلمون نقضه بحال من الاحوال وأما في حقهم فغير لازم بل

(١) كذا في الاصل وفي نسخة هكذا بالموايه

يحمل الانتفاع في الجملة لكنه لا ينتقض الا باحد أمور ثلاثة أخذها ان يسلم الذي لما مر ان الذمة عقدت وسيلة الى الاسلام وقد حصل المقصود والثاني أن يلحق بدار الحرب لانه اذا لحق بدار الحرب صار بمنزلة المرتد الا ان الذي اذا لحق بدار الحرب يسترق والمرتد اذا لحق بدار الحرب لا يسترق لما نذكره ان شاء الله تعالى (والثالث) ان يغلبوا على موضع في حاربون لانهم اذا فعلوا ذلك فقد صاروا أهل الحرب وينتقض العهد ضرورة ولو امتنع الذي من اعطاء الجزية لا ينتقض عهده لان الامتناع محتمل ان يكون لعذر العدم فلا ينتقض العهد بالشك والاحتمال وكذلك لو سب النبي عليه الصلاة والسلام لا ينتقض عهده لان هذا زيادة كفر على كفر والعقد يبقى مع اصل الكفر فيبقى مع الزيادة وكذلك لو قتل مسلماً أو زنى بمسلمة لان هذه معاص ارتكبوها وهي دون الكفر في القبح والحرمة ثم بقيت الذمة مع الكفر رفع المعصية أولى والله تعالى أعلم (وأما) بيان ما يؤخذ به أهل الذمة وما يتعرض له وما لا يتعرض فتقول والله التوفيق ان أهل الذمة يؤخذون باظهار علامات يعرفون بها ولا يتركون تشبهون بالمسلمين في لباسهم ومركبهم وهيئتهم فيؤخذ الذي بان يجعل على وسطه كشحاً مثل الخيط الغليظ ويلبس قلنسوة طويلة مضر وبقر كسرجا على قروسه مثل الرمانة ولا يلبس طيلسا نامثل طيلاسة المسلمين ورداء مثل أردية المسلمين والاصل فيه ما روى ان عمر بن عبد العزيز رحمه الله مر على رجال ركوب ذوى هيئة فظنهم مسلمين فسلم عليهم فقال له رجل من أصحابه أصليحك الله تدري من هؤلاء فقال من هم فقال هؤلاء نصارى بنى تغلب فلما أتى منزله أمر أن ينادى في الناس أن لا يبقى نصراني الا عقدنا نصيبته وركب الا كاف ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون كالا جماع ولان السلام من شعائر الاسلام فيحتاج المسلمون إلى إظهار هذه الشعائر عند الالتقاء ولا يمكنهم ذلك إلا بتمييز أهل الذمة بالعلامة ولان في إظهار هذه العلامات إظهاراً تار الذلة عليهم وفيه صيانة عقائد ضعفة المسلمين عن التغيير على ما قال سبحانه وتعالى ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن ليوثهم سدقاً من فضة ومعارج عليها يظهر ون وكذا يجب أن يتميز نسائهم عن نساء المسلمين في حال المشي في الطريق ويجب التمييز في الحمايات في الأزار فيخالف أزرهم أزر المسلمين لما قلنا وكذا يجب أن يتميز الدور بعلات تعرف بهادورهم من دور المسلمين ليعرف السائل المسلم انهادور الكفرة فلا يدعولهم بالمغفرة ويتركون أن يسكنوا في أمصار المسلمين يبيعون ويشتررون لان عقد الذمة شرع ليكون وسيلة لهم الى الاسلام وتمكينهم من المقام في أمصار المسلمين أبلغ الى هذا المقصود وفيه أيضاً منفعة المسلمين بالبيع والشراء فيمكنون من ذلك ولا يمكنون من بيع الخمر والخنازير فيها ظاهر الان حرمة الخمر والخنزير ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لانهم مخاطبون بالحرمات وهو الصحيح عند أهل الاصول على ما عرف في موضعه فكان اظهار بيع الخمر والخنزير منهم اظهاراً للفسق فيمنعون من ذلك وعندهم ان ذلك مباح فكان اظهار شعائر الكفر في مكان معد لاظهار شعائر الاسلام وهو أمصار المسلمين فيمنعون من ذلك وكذا يمنعون من ادخالها في أمصار المسلمين ظاهر اورى عن أبي يوسف أنى أمنهم من ادخال الخنازير فرق بين الخمر والخنزير لما في الخمر من خوف وقوع المسلم فيها ولا يتوهم ذلك في الخنزير ولا يمكنون من إظهار صليبهم في عيدهم لانه اظهار شعائر الكفر فلا يمكنون من ذلك في أمصار المسلمين ولو فعلوا ذلك في كنائسهم لا يتعرض لهم وكذا الوضوء بالناقوس في جوف كنائسهم القديمة لم يتعرض لذلك لان اظهار الشعائر لم يتحقق فان ضربوا به خارجاً منها لم يمكنوا منه لما فيه من اظهار الشعائر ولا يمنعون من اظهار شئ عماما ذكرنا من بيع الخمر والخنزير والصليب وضرب الناقوس في قرية أو موضع ليس من أمصار المسلمين ولو كان فيه عدد كثير من أهل الاسلام وانما يكره ذلك في أمصار المسلمين وهي التي يقيم فيها الجمع والاعياد والحدود لان المنع من اظهار هذه الاشياء لكونه اظهار شعائر الكفر في مكان اظهار شعائر الاسلام فيختص المنع بالمكان المعد لاظهار الشعائر وهو المصير الجامع (وأما) اظهار فسق يعتقدون حرمة كالزنا وسائر القوا حش التي هي حرام في دينهم فانهم يمنعون من ذلك سواء كانوا في أمصار المسلمين أو في أمصارهم

ومدائهم وقرأهم وكذا المزامير والعيدان والطبول في الغنا واللعب بالحمام ونظيرها يمنعون من ذلك كله في الأمصار والقرى لأنهم يعتقدون حرمة هذه الأفعال كما نعتقد هنا نحن فلم تكن مستثناة عن عقد الذمة ليقروا عليها (وأما) الكنائس والبيع القديمة فلا يتعرض لها ولا يهدم شيء منها (وأما) أحداث كنيسة أخرى فيمنعون عنه فيما صار مصر آمن أمصار المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام لا كنيسة في الإسلام إلا في دار الإسلام ولو أنه دمت كنيسة فلهم أن يبنوها كما كانت لأن هذا البناء حكم البقاء ولهم أن يستبقوها فلهم أن يبنوها وليس لهم أن يحولوها من موضع إلى موضع آخر لأن التحويل من موضع إلى موضع آخر في حكم أحداث كنيسة أخرى (وأما) في القرى أو في موضع ليس من أمصار المسلمين فلا يمنعون من أحداث الكنائس والبيع كما لا يمنعون من اظهار بيع الخمر والخنازير لما بينا ولو ظهر الامام على قوم من أهل الحرب فرأى أن يجعلهم ذمة ويضع على رؤسهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج لا يمنعون من اتخاذ الكنائس والبيع و اظهار بيع الخمر والخنازير لأن المنوع اظهار شعائر الكفر في مكان اظهار شعائر الإسلام وهو أمصار المسلمين ولم يوجد بخلاف ما اذا صار واذمة بالصلح بان طلب قوم من أهل الحرب منا أن يصيروا ذمة يؤدون عن رقابهم وأراضيهم شيئاً معلوماً ونجرب عليهم أحكام الإسلام فصالحناهم على ذلك فكانت أراضيهم مثل أراضي الشام مدائن وقرى ورساتيق وأمصاراً لا يتعرض لكنائسهم القديمة ولكنهم لو أرادوا أن يحدوا شيئاً منها بمنعوا من ذلك لأنها صارت مصر من أمصار المسلمين وأحداث الكنيسة في مصر من أمصار المسلمين ممنوع عنه شرعاً فان مصر الامام مصر للمسلمين كما مصر سيدنا عمر رضي الله عنه الكوفة والبصرة فاشترى قوم من أهل الذمة دوراً وأرادوا أن يتخذوا فيها كنائس لا يمكنوا من ذلك لما قلنا وكذلك لو تخلى رجل في صومعته منع من ذلك لأن ذلك في معنى اتخاذ الكنيسة وكل مصر من أمصار المشركين ظهر عليه الامام عنوة وجعلهم ذمة فاف كان فيه كنيسة قد دمه منهم من الصلاة في تلك الكنائس لأنه لما فتح عنوة فقد استحقه المسلمون فيمنعهم من الصلاة فيها ويأمرهم أن يتخذوها مساكن ولا يبنوا فيها ولا يهدمها وكذلك كل قرية جعلها الامام مصر ولو عطل الامام هذا المصر وتركوا إقامة الجمع والاعياد والحدود فيه كان لأهل القرية أن يحدوا ما شاءوا لأنه عاد قرية كما كانت نصرانية تحت مسلم لا يمكنها من نصب الصليب في بيته لأن نصب الصليب كنصب الصنم وتصلي في بيته حيث شاءت هذا الذي ذكرنا حكم أرض العجم (وأما) أرض العرب فلا يترك فيها كنيسة ولا بيعة ولا يباع فيها الخمر والخنازير مصرراً كان أو قرية أو ماء من مياه العرب ويمنع المشركون أن يتخذوا أرض العرب مسكناً ووطناً كذا ذكره محمد تفضيلاً لأرض العرب على غيرها وتطهيرها عن الدين الباطل قال عليه الصلاة والسلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب وأما الالتجاء إلى الحرم فإن الحربى إذا التجأ إلى الحرم لا يباح قتله في الحرم ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يبايع حتى يخرج من الحرم وعند الشافعي رحمه الله يقتل في الحرم واختلف أصحابنا فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يقتل في الحرم ولا يخرج منه أيضاً وقال أبو يوسف رحمه الله لا يباح قتله في الحرم ولكن يباح إخراجه من الحرم للشافعي رحمه الله قوله تبارك وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وحيث يعبر به عن المكان فكان هذا الباحة لقتل المشركين في الأماكن كلها (ولنا) قوله تبارك وتعالى أو لم يروا أنا جعلنا حرماً آمناً هذا إذا دخل ملجئاً ما إذا دخل مكابراً أو مقاتلاً يقتل لقوله تعالى ولا تقاتلوهم عند المسجد حتى يقاتلوكم فيه فإن قاتلوكم فاقتلوهم ولأنه لا يدخل مقاتلاً فقد هتك حرمة الحرم فيقتل تلا فيا للهتك زجر الغيره عن الهتك وكذلك لو دخل قوم من أهل الحرب للقتال فانهم يقتلون ولو أنهم موافقون المسلمين فلا شيء على المسلمين في قتلهم وأمرهم والله تعالى أعلم

فصل (وأما بيان حكم الغنائم وما يتصل بها فنقول والله التوقيف ههنا ثلاثة أشياء النفل والفيء والغنيمة فلا بد من بيان معاني هذه الألفاظ وما يتعلق بها من الشرائط والأحكام (أما) النفل في اللغة عبارة عن الزيادة ومنه سمي ولد الولد نافلة لأنه زيادة على الولد الصليبي وسميت نوافل العبادات لكونها زادات على الفرائض وفي الشريعة عبارة

عما خصه الامام لبعض الغزاة تحريم يضاهم على القتال سمي نفلا لكونه زيادة على ما يسهم لهم من الغنيمة والتنفيل هو تخصيص بعض الغزاة بالزيادة نحو أن يقول الامام من أصاب شيئا فله ربعه أو ثلثه أو قال من أصاب شيئا فهو له أو قال من أخذ شيئا أو قال من قتل قتيلاً فله سلبه أو قال لسرية ما أصبتم فلكم ربعه أو ثلثه أو قال فهو لكم وذلك جائز لأن التخصيص بذلك تحريم على القتال وأنه أمر مشروع ومنسوب اليه قال الله تعالى عز شأنه يا أيها النبي حرص المؤمنين على القتال إلا أنه لا ينبغي للامام أن ينفل بكل المأخوذ لأن التنفيل بكل المأخوذ قطع حق الغنائم عن النفل أصلاً لكن مع هذا لو رأى الامام المصلحة في ذلك ففعله مع سرية جاز لأن المصلحة قد تكون فيه في الجملة ويجوز التنفيل في سائر الاموال من الذهب والفضة والسلب وغير ذلك لأن معنى التحريم على القتال يتحقق في الكل والسلب هو ثياب المقتول وسلاحه الذي معه ودابته التي ركبها وسرجها وآلاتها وما كان معه من مال في حقبة على الدابة أو على وسطه (وأما) حقبة غلامه وما كان مع غلامه من دابة أخرى فليس بسلب ولو اشترك في قتل رجل كان السلب بينهما فبدأ أحدهما فضر به ثم أجبره الآخر بأن كانت الضربة الاولى قد أئتمنته وصيرته الى حال لا يقاتل ولا يعين على القتال فالسلب للاول لأنه قتل الاول وان كانت الضربة الاولى لم تصيره الى هذه الحالة فالسلب للثاني لأنه قتل الثاني ولو قتل رجل واحد قتيلاً أو أكثر فله سلبه وهل يدخل الامام في التنفيل ان قال في جميع ذلك منك لا يدخل لأنه خصهم وان لم يقل منكم يدخل لأنه عم الكلام هذا اذا نفل الامام فان لم ينفل شيئاً فقتل رجل من الغزاة قتيلاً لم يختص بسلبه عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان قتله مدبراً من زمناً لم يختص بسلبه وان قتله مقبلاً لم يختص بسلبه واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل قتيلاً فله سلبه وهذا منه عليه الصلاة والسلام نصب الشرع ولأنه اذا قتله مقبلاً لم يقتل بقتله بقوة نفسه فيختص بالسلب واذا قتله مولى من زمناً ما فاما قتله بقوة الجماعة فكان السلب غنيمة مقسومة (ولنا) ان القياس يأبى جواز التنفيل والاختصاص بالمصاب من السلب وغيره لأن سبب الاستحقاق ان كان هو الجهاد وجد من الكل وان كان هو الاستيلاء والاصابة والاخذ بذلك حصل بقوة الكل فيقتضى الاستحقاق للكل فتخصيص البعض بالتنفيل يخرج مخرج قطع الحق عن المستحق فينبغي أن لا يجوز الا انما استحسننا الجواز بالنص وهو قوله تبارك وتعالى يا أيها النبي حرص المؤمنين على القتال والتنفيل تحريم على القتال باطماع زيادة المال لأن من له زيادة غنا وفضل شجاعاً لا يرضى طبعه باظهار ذلك مع ما فيه من مخاطرة الروح ونزع النفس للهلاك الا باطماع زيادة لا يشاركه فيه غيره فاذا لم يطمع لا يظهر فلا يستحق الزيادة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الحديث فلا حجة له فيه لأنه لا يحتمل انه نصب ذلك القول شرعاً ويحتمل أن يكون نصبه شرطاً ويحتمل أنه نفل قوماً باعيانهم فلا يكون حجة مع الاحتمال نظيره قوله عليه الصلاة والسلام من أحيأ أرضاً مائة فهي له انه لم يجعله أبو حنيفة حجة للملك الارض الحية بغير اذن الامام لمثل هذا الاحتمال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرط جوازه فهو أن يكون قبل حصول الغنيمة في يد الغنائم فاذا حصلت في أيديهم فلا نفل لأن جواز التنفيل للتحريض على القتال ولا يتحقق الا قبل أخذ الغنيمة فان قيل أليس أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل بعد احراز الغنيمة فالجواب أنه يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام انما نفل من الخمس أو من الصفي الذي كان له في الغنائم ويحتمل أنه كان مما أفاء الله تعالى عليه فساهه الراوى غنيمة والله تعالى أعلم (وأما) حكم التنفيل فتوعان أحدهما اختصاص النفل بالنفل حتى لا يشاركه فيه غيره وهل يثبت الملك فيه قبل الاحراز بدار الاسلام فقيه كلام نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى والثاني انه لا خمس في النفل لأن الخمس انما يجب في غنيمة مشتركة بين الغنائم والنفل مأخوذه الامام لصاحبه وقطع شركة الاغيار عنه فلا يجب فيه الخمس ويشارك المنفل له الغزاة في أربعة اخماس ما أصابوا لان الاصابة والجهاد حصل بقوة الكل الا أن الامام خص البعض ببعضها وقطع حق الباقي عنه فبقى حق الكل متعلقاً بما رآه فيشاركهم فيه والله سبحانه وتعالى أعلم

(وأما) التي أفهواسم للمم بوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب نحو الاموال المبعوث بالرسالة الى امام المسلمين والاموال المأخوذة على موادة أهل الحرب ولا خمس فيه لانه ليس بغنيمة اذ هي للمأخوذ من الكفرة على سبيل القهر والغلبة ولم يوجد وقد كان التي رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة يتصرف فيه كيف شاء يختصه لنفسه أو يفرقه فيمن شاء قال الله تعالى عز شأنه وما أفاء الله على رسوله منهم فأو جفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شيء قدير وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال كانت أموال بني النضير مما أفاء الله عز وجل على رسوله صلى الله عليه وسلم وكانت خالصته وكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقي جعله في الكراع والسلاح ولهذا كانت فذلك خالصته لرسول الله صلى الله عليه وسلم اذ كانت لم بوجف عليها الصحابة رضي الله عنهم من خيل ولا ركاب فانه روى أن أهل فذلك لما بلانهم أهل خير انهم سألو رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يجلبهم ويحقق دماءهم ويخلوا بينه وبين أموالهم بعثوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وصالحوه على النصف من فذلك فصالحهم عليه الصلاة والسلام على ذلك ثم الفرق بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الأئمة في المال المبعوث اليهم من أهل الحرب انه يكون لعامة المسلمين وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة ان الامام انما أشرك قومه في المال المبعوث اليه من أهل الحرب لان هيبة الأئمة بسبب قومهم فكانت شركة بينهم (وأما) هيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت بما نصر من الرعب لا بماحبه كما قال عليه الصلاة والسلام نصرت بالرعب مسيرة شهرين لذلك كان له ان يختص لنفسه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا اذا دخل حربى في دار الاسلام بغير أمان فاخذه واحد من المسلمين يكون فيا الجماعة المسلمين ولا يختص به الا اخذ عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله يكون للاخذ خاصة (وجه) قولهما ان سبب الملك وجد من الاخذ خاصة فيختص بملكه كما اذا دخلت طائفة من أهل الحرب دار الاسلام فاستقبلتها سرية من أهل الاسلام فاخذتها انهم يختصون بملكها والدليل عن ان سبب الملك وجد من الاخذ خاصة ان السبب هو الاخذ والاستيلاء هو اثبات اليد وقد وجد ذلك حقيقة من الاخذ خاصة وأهل الدار ان كانت لهم يد لكن يد حكيمة ويد الحرى حقيقة لانه حر والحر في يد نفسه واليد الحكيمة لا تصلح مبطله لليد الحقيقية لانها دونها وتقتض الشئ بما هو مثله أو بما هو فوقه لا بما هو دونه فاما يد الاخذ فيد حقيقة وهي محقة ويد الحرى مبطله فجازا بطلها بها (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه انه وجد سبب ثبوت الملك لعامة المسلمين في محل قابل للملك وهو المباح فيصير ملكا للكل كما اذا استولى جماعة على صيد وانما قلنا ذلك لانه كلما دخل دار الاسلام فقد ثبت يد أهل الدار عليه لان الدار في أيديهم فافى الدار يكون في أيديهم أيضا ولهذا قلنا انه لا يثبت الملك للغائبين في الغنائم ما داموا في دار الحرب كذا هي ناقول يد أهل الدار يد حكيمة ويد الحرى حقيقة فلا تبطلها قلنا ويد أهل الدار حقيقة أيضا لان المعنى من اليد في هذه الابواب القدرة من حيث سلامة الانتساب والالات ولا هل الدار آلات سليمة لو استعملوها في التصرف عليه لحدث لهم بجرى العادة قدرة حقيقة على وجه لا يمكنهم مقاومتهم ومعارضتهم مع ما انه اذا ثبت يد الاخذ عليه حقيقة فقد ثبت يد أهل الدار لان يده يد أهل الدار لان أهل دار الاسلام كلهم منعة واحدة فانهم يذوبون عن دين واحد فكانت يده يد الكل معنى كما اذا دخل الغزاة دار الحرب فاخذ واحد منهم شيئا من أموال الكفرة فان المأخوذ يكون غنيمة مقسومة بين الكل كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما السريتان اذا التقتا في دار الاسلام فاخذ منها سرية الامام فانما اختصاصا بملكهما للحاجة والضرورة وهي ان بالامام حاجة الى بعث السرايا لحراسة الخوذة وحماية البيضة عن شر الكفرة اذ الكفرة يصدون دار الاسلام والدخول في حدودها بفتة فاذا علموا ببعث السرايا وتهيبهم للذب عن حرهم الاسلام قطعوا الاطماع فبقيت البيضة محررة فلو لم يختصوا بالمأخوذ لما اتقاد طبعهم لكفاية هذا الشغل فتمتد اطماع الكفرة الى دار الاسلام ولهذا اذا قل الامام سرية فاصابوا شيئا يختصون به لوقوع الحاجة الى التنفيل لاختصاص بعض الغزاة بزيادة

شجاعة لانه لا يتقاد طبعه لاظهارها الا بالترغيب بز يادة من المصاب بالثغيفل كذا هذا وهل يجب فيه الخمس فعن
أبي حنيفة رضي الله عنه وابتان والصحيح انه لا يجب لان الخمس انما يجب في الغنائم والغنيمة اسم للمال المأخوذ
عنوة وقهر أو بأجاف الخيل والركاب ولم يوجد لخصوله في أيديهم بغير قتال فكان مباحا ملك لا على سبيل القهر والغلبة
فلا يجب فيه الخمس كسائر المباحات وكذا روى عن محمد وابتان والصحيح انه يجب فيه الخمس لان الملك عنده
يثبت بأخذه وانما أخذه على سبيل القهر والغلبة فكان في حكم الغنائم ولو دخل دار الاسلام فاسلم قبل ان يؤخذ
ثم أخذه واحدا من المسلمين يكون فيا جماعة المسلمين أيضا عند أبي حنيفة وعندهما يكون حرا لا سبيلا لاحد عليه
وهذا فرع الاصل الذي ذكرنا ان عند أبي حنيفة رحمه الله كما دخل دار الاسلام فقد انعقد سبب الملك فيه لوقوعه في
يد أهل الدار فاعتراض الاسلام بعد انعقاد سبب الملك لا يمنع الملك وعندهما سبب الملك هو الاخذ حقيقة فكان
حرا قبله حيث وجد الاسلام قبل وجود سبب الملك فيه فيمنع ثبوت الملك على مامر ولورجع هذا الحربي الى دار
الحرب خرج من ان يكون فيا بالاجماع اما عند أبي حنيفة فلان حق أهل دار الاسلام لا يتأ كدالا بالاخذ حقيقة
ولم يوجد واما عندهما فلانه لم يثبت الملك أصلا لا بحقيقة الاخذ ولم يوجد وصار هذا كما اذا اقلت واحدا من
الاسارى قبل الاحراز بدار الاسلام والتحق بمنعهم انه يعود حرا كما كان كذا هذا. ولو ادعى هذا الحربي بامان لم
يقبل قوله عند أبي حنيفة وعندهما يقبل اما عنده فلان دخول دار الحرب سبب ثبوت الملك والا مان عارض مانع
من انعقاد السبب فلا تقبل دعوى العارض لا بحجة واما عندهما فلان الملك فيه يقف على حقيقة الاخذ فكان حرا
قبله فكان دعوى الامان دعوى حكم الاصل فتقبل وكذلك لو قال الا اتخذاني امتهم لم يقبل قوله عند أبي حنيفة
وعندهما يقبل اما عنده فلان هذا اقرار يتضمن ابطال حق الغير فلا يقبل وعندهما هذا اقرار على نفسه وانه غير
متهم في حق نفسه ولو دخل هذا الحربي الحرم قبل ان يؤخذ فهو في عند أبي حنيفة ودخول الحرم لا يبطل ذلك عنه
لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بين الحرم وغيره والدليل عليه ان الاسلام لم يبطل الملك فالحرم أولى ولان
الاسلام أعظم حرمة من الحرم وعندهما لا يكون فيا إلا بحقيقة الاخذ فيبقى على أصل الحرية ولا يتعرض له لكنه
لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يبايع حتى يخرج من الحرم ولو آمنه رجل من المسلمين في الحرم أو بعد ما خرج من
الحرم قبل ان يؤخذ لم يصح عند أبي حنيفة وعندهما يصح ويرد الى ما منه لان عنده صار فيا لجماعة المسلمين بنفس
دخول دار الاسلام وعندهما لا يصير فيا إلا بحقيقة الاخذ فاذا أمنه قبل الاخذ يصح ولا يصح بعده لانه مرقوق ولو
أخذه رجل في الحرم وأخرجه منه فقد أساء وكان فيا لجماعة المسلمين عند أبي حنيفة وعندهما يكون لمن أخذه اما عنده
فلان الملك قد ثبت بدخوله دار الاسلام فلا خذ في الحرم لا يبطله واما عندهما فلان الملك وان كان يثبت بالاخذ
وانه منهي لكن النهي لغيره وهو حرمة الحرم فلا يمنع كونه سببا للملك في ذاته كالبيع وقت النداء ونحو ذلك ولو أخذه
في الحرم ولم يخرج فيه فبني ان يحل سبيله في الحرم رعاية لحرمة الحرم مادام فيه والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الغنيمة
فالكلام فيها في مواضع في تفسير الغنيمة وفي بيان ما يملكه الامام من التصرف في الغنائم وفي بيان مكان قسمة
الغنائم وفي بيان ما يباح الانتفاع به من الغنائم وفي بيان كيفية قسمة الغنائم وفي بيان مصارفها اما الاول فالغنيمة عندنا
اسم للمأخوذ من أهل الحرب على سبيل القهر والغلبة والاخذ على سبيل القهر والغلبة لا يتحقق الا بالمنعة اما بحقيقة
المنعة أو بدلالة المنعة وهي اذن الامام وعند الشافعي رحمه الله هي اسم للمأخوذ من أهل الحرب كيف ما كان ولا يشترط
له المنعة أصلا وبيان ذلك في مسائل اذا دخل جماعة لهم منعة دار الحرب فاخذوا أموالا منهم فانها تقسم قسمة الغنائم
بالاجماع سواء دخلوا باذن الامام أو بغير اذنه لوجود الاخذ على سبيل القهر والغلبة لوجود المنعة القائمة مقام المقاتلة
حقيقة واقل المنعة أربعة في ظاهر الرواية لقوله عليه الصلاة والسلام خير الاصحاب أربعة روى عن أبي يوسف
انها تسعة ولو دخل من لا منعة له باذن الامام كان المأخوذ غنيمة في ظاهر الرواية عن أصحابنا لوجود المنعة دلالة على ما

نذكره ولودخل بغير اذن الامام لم يكن غنيمة عندنا لانعدام المنعة أصلاً وعند الشافعي رحمه الله يكون غنيمة والصحيح قولنا لان الغنيمة والغنم والمغنم في اللغة اسم لمال أصيب من أموال أهل الحرب وأوقف عليه المسلمون بالخيول والركاب وكذا إشارة النص دليل عليه وهي قوله سبحانه وتعالى وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب أشار سبحانه وتعالى الى انه ما لم يوجف عليه المسلمون بالخيول والركاب لا يكون غنيمة واصابة مال أهل الحرب بإيجاف الخيل والركاب لا يكون الا بالمنعة اما حقيقة أو دلالة لان من لا منعة له لا يمكنه الاخذ على طريق القهر والغلبة فلم يكن المأخوذ غنيمة بل كان مالمباح فيختص به الاخذ كالصيد الا ان اخذاه جميعاً فيكون المأخوذ بينهما كالمأخوذ اصيداً اما عند وجود المنعة فيتحقق الاخذ على سبيل القهر والغلبة اما حقيقة المنعة فظاهرة وكذا دلالة المنعة وهي اذن الامام لانه لما أذن له الامام بالدخول فقد ضمن له المعونة بالمدة والنصرة عند الحاجة فكان دخوله باذن الامام امتناعاً بالجيش الكثيف معنى فكان المأخوذ مأخوذاً على سبيل القهر والغلبة فكان غنيمة فم والفرق ولو اجتمع فريقان أحدهما دخل باذن الامام والآخر بغير اذنه ولا منعة لهم فالحكم في كل فريق عند الاجتماع ما هو الحكم عند الانفراد انه ان ترد كل فريق بأخذ شيء فلكل فريق مأخذ كما لو ترد كل فريق بالدخول فأخذ شيئاً فان اشترك الفريقان في الاخذ فالماخوذ بينهم على عدالاة خذين ثم ما أصاب المأخوذون لهم يحمس ويكون أربعة أخماسه بينهم مشتركة فيه الاخذ وغير الاخذ لا غنيمة وهذا سبيل الغنائم وما أصاب الذين لم يؤذن لهم لا خمس فيه فيكون بين الأخذين ولا يشاركهم الذين لم يأخذوا لانه مال مباح وهذا حكم المال المباح على ما بينا هذا اذا اجتمع فريقان ولا منعة لهم فاما اذا اجتمعوا وكان لهم باجتماعهم منعة فأصاب واحد منهم أو جماعتهم يحمس وأربعة أخماسه بينهم لان المأخوذ غنيمة لوجود المنعة فكان وجود الاذن وعدمه بمنزلة واحدة ولو كان الذين دخلوا باذن الامام لهم منعة ثم لحقهم لص أو لصان لا منعة لهما بغير اذن الامام ثم لقوا قتلاً وأصابوا مالا وأصابوا غنائم فأصاب العسكر قبل ان يلحقهم اللص فان هذا اللص لا يشاركهم فيه وما أصابوه بعد ان لحق هذا اللص بهم فانه يشاركهم لان الاصابة قبل اللحاق حصلت بقتال العسكر حقيقة وكذلك الاحراز بدار الاسلام لان لهم غنيمة عن معونة اللص فكان دخوله في الاستيلاء على المصاب قبل اللحاق وعدمه بمنزلة واحدة ولا يشبه هذا الجيش اذا لحقهم المدد انه يشاركهم فيما أصابوا لان الجيش يستعين بالمدد لقوتهم فكان الاحراز حاصل بالكل وكذلك الاصابة بعد اللحاق حصلت باستيلاء الكل لذلك شاركهم بخلاف اللص والله تعالى أعلم ولو أخذ واحد من الجيش شيئاً من المتاع الذي له قيمة وليس في يد انسان منهم كالمعادن والكنوز والخشب والسبك فذلك غنيمة وفيه الخمس وذلك الواحد انما أخذه بمنعة الجماعة وقوتهم فكان مالمأخوذاً على سبيل القهر والغلبة فكان غنيمة وان لم يكن لذلك الشيء في دار الحرب وفي دار الاسلام قيمة فهو له خاصة لانه اذا لم يكن له قيمة لا يقع فيه تمنع وتدافع فلا يقع أخذه على سبيل القهر والغلبة فلم يكن غنيمة ولو أخذ شيئاً له قيمة في دار الحرب نحو الخشب فعمله آنية أو غيرها رده الى الغنيمة لانه اذا كان له قيمة بذاته فالعمل فيه فضل له فان لم يكن ذلك الشيء متقوماً فهو له خاصة لما قلنا ولا خمس فيما يؤخذ على موادة أهل الحرب لانه ليس بماخوذاً على سبيل القهر والغلبة فلم يكن غنيمة وكذا ما بعث رسالة الى امام المسلمين لاجمعة فيهم لما قلنا ولو حاصر المسلمون قلعة في دار الحرب فافتدوا أنفسهم بمال ففيه الخمس لانه غنيمة لكونه مأخوذاً على سبيل القهر والغلبة والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان ما يملكه الامام من التصرف في الغنائم فجملة الكلام فيه انه اذا ظهر الامام على بلاد أهل الحرب فالمستولى عليه لا يخلو من أحد أنواع ثلاثة المتاع والاراضي والرقاب اما المتاع فانه يحمس ويقسم الباقي بين الغانمين ولا خيار للامام فيه واما الاراضي فللامام فيها خياران ان شاء خمسها ويقسم الباقي بين الغانمين لما بينا وان شاء تركها في يد أهلها بالخراج وجعلهم ذمة ان كانوا يحمل الذمة بان كانوا من أهل الكتاب أو من مشركي العجم ووضع الجزية على رؤسهم والخراج على أراضيهم وهذا عندنا وعند

الشافعي رحمه الله ليس للامام ان يترك الاراضى في أيديهم بالخراج بل يقسمها (وجهه) قوله ان الاراضى صارت ملكا للغزاة بالاستيلاء فكان الترك في أيديهم ابطلا لملك الغزاة فلا يملكه الامام كالتناع (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فان سيدنا عمر رضى الله عنه لما فتح سواد العراق ترك الاراضى في أيديهم وضرب على رؤسهم الجزية وعلى أراضهم الخراج بحضور من الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فكان ذلك اجماعا منهم واما الرقاب فالامام فيها بين خيارات ثلاث ان شاء قتل الاسارى منهم وهم الرجال المقاتلة وسبى النساء والذرارى لقوله تبارك وتعالى فاضر بوافوق الاعناق وهذا بعد الاخذ والا سر لان الضرب فوق الاعناق هو الابانة من المقصبل ولا يقدر على ذلك حال القتال وقد رضى الله عليه بعد الاخذ والا سر وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما استشار الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم في أسارى بدر فأشار بعضهم الى القداء وأشار سيدنا عمر رضى الله عنه الى القتل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو جاءت من السماء نار مانحى الامر أشار عليه الصلاة والسلام الى ان الصواب كان هو القتل وكذا روى انه عليه الصلاة والسلام أمر بقتل عقبة بن أبى معيط والنضر بن الحارث يوم بدر و بقتل هلال بن خطل ومقيس بن صباة يوم فتح مكة ولان المصلحة قد تكون في القتل لما فيه من استئصالهم فكان للامام ذلك وان شاء استرق الكل فخمسمهم وقسمهم لان الكل غنيمة حتمية لحصولها في أيديهم عنوة وقهرا باجاف الخليل والر كاب فكان له ان يقسم الكل الارجل مشركى العرب والمرتين فانهم لا يسترقون عندنا بل يقتلون أو يسلمون وعند الشافعي رحمه الله يجوز استرقاقهم (وجهه) قوله انه يجوز استرقاق مشركى العجم وأهل الكتاب من العجم والعرب فكذا استرقاق مشركى العرب والمرتين وهذا لان الاسترقاق حكم الكفر وهم في الكفر سواء فكانوا في احتمال الاسترقاق سواء (ولنا) قوله سبحانه وتعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى قوله سبحانه وتعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة غلوا سيولهم ولان ترك القتل بالاسترقاق في حق أهل الكتاب ومشركى العجم للتوسل الى الاسلام ومعنى الوسيلة لا يتحقق في حق مشركى العرب والمرتين على نحو ما بينا من قبل واما النساء والذرارى منهم فيسترقون كما يسترق نساء مشركى العجم وذرايرهم لان النبي عليه الصلاة والسلام استرق نساء هوازن وذرايرهم وهم من صميم العرب وكذا الصحابة استرقوا نساء المرتدين من العرب وذرايرهم وان شاء من عليهم وتركهم أحرار بالذمة كما فعل سيدنا عمر رضى الله عنه بسواد العراق الامشركى العرب والمرتين فانه لا يجوز تركهم بالذمة وعقد الجزية كما لا يجوز بالاسترقاق لما بينا ولو شهدوا بشهادة قبل ان يجعلهم الامام ذمة لم تجز شهادتهم لانهم أهل الحرب فان جعلهم ذمة فاعادوا الشهادة جازت لان شهادة أهل الذمة مقبولة في الجملة فاما شهادة أهل الحرب فغير مقبولة أصلا وليس للامام ان يمن على الاسير فيتركه من غير ذمة لا يقتله ولا يقسمه لانه لو فعل ذلك لرجع الى المنعة فيصير حر باعلينا فان قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم من على الزبير بن باطل من بني قريظة وكذا من على أهل خيبر فالجواب انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم من على الزبير ولم يقتله امالانه لم يثبت انه ترك الجزية أم بدونها فاحتمل انه تركه بالجزية وبعقد الذمة وأما أهل خيبر فقد كانوا أهل الكتاب فتركهم ومن عليهم ليصيروا كركة للمسلمين ويجوز المن لذلك لان ذلك في معنى الجزية فيكون تركه بالجزية من حيث المعنى وهل للامام ان يفادى الاسارى اما المقاداة بالمال فلا تجوز عند أصحابنا في ظاهر الروايات وقال محمد مفاداة الشيخ الكبير الذى لا يرجى له ولد تجوز وعند الشافعي رحمه الله تجوز المقاداة بالمال كيف ما كان واحتج بظاهر قوله عز وجل فاما من بعد واما فداء وقد فادى رسول الله صلى الله عليه وسلم أسارى بدر بالمال وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز والاباحة (ولنا) ان قتل الاسرى مأمور به لقوله تعالى فاضر بوافوق الاعناق وانه منصرف الى ما بعد الاخذ والاسترقاق لما قلنا وقوله سبحانه وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم والامر بالقتل للتوسل الى الاسلام فلا يجوز تركه الا بالشرع له القتل وهو ان يكون وسيلة الى الاسلام ولا يحصل معنى التوسل بالمقاداة فلا يجوز

ترك المقرض لاجله ويحصل بالذمة والاسترقاق لما بيننا فكان اقامة للقرض معنى لا تركاله ولان المقاداة بالمال اعانة لاهل الحرب على الحراب لانهم يرجعون الى المنعة فيصبرون حرباً علينا وهذا لا يجوز ومحمد رحمه الله يقول معنى الاعانة لا يحصل من الشيخ الكبير الذي لا يرجي منه ولد فجاز فداءه بالمال ولكننا نقول ان كان لا يحصل بهذا الطريق يحصل بطريق آخر وهو الرأى والمشورة وتكثير السواد وأما قوله تعالى فاما من بعد واما فداء فقد قال بعض أهل التفسير ان الآية منسوخة بقوله تبارك وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تبارك وتعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الآية لان سورة براءة نزلت بعد سورة محمد عليه الصلاة والسلام ويحتمل ان تكون الآية في أهل الكتاب فيمن عليهم بعد أسره على ان يصيروا كره للمسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم باهل خيبر وذمة كما فعل سيدنا عمر رضى الله عنه باهل السواد ويسترقون (وأما) أسارى بدر فقد قيل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انما فعل ذلك باجتهاده ولم ينتظر الوحي فغوتب عليه بقوله سبحانه وتعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيا أخذتم فيه عذاب عظيم حتى قال عليه الصلاة والسلام لو أنزل الله من السماء ناراً مانجى الامر رضى الله عنه يدل عليه قوله تعالى ما كان لنبى أن تكون له أسرى حتى يشخن في الارض على أحد وجهى التأويل أى ما كان لنبى أن يأخذ الفداء فى الاسارى حتى يشخن فى الارض أى حتى يغلب فى الارض منعة عن أخذ الفداء بها وأشار الى أن ذلك ليغلب فى الارض اذ لو أطلقهم لرجعوا الى المنعة وصاروا حرباً على المسلمين فلا تتحقق الغلبة ويحتمل أن المقاداة كانت جائزة ثم انتسخت بقوله تبارك وتعالى فاضر بوافوق الاعناق وقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وانما غوتب عليه الصلاة والسلام بقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لا لخطر المقاداة بل لانه عليه الصلاة والسلام لم ينتظر بلوغ الوحي وعمل باجتهاده أى لولا من حكم الله تعالى أن لا يعذب أحد على العمل بالاجتهاد لمسكم العذاب بالعمل بالاجتهاد وترككم انتظار الوحي والله تعالى أعلم وكذا لا تجوز مفاداة الكراع والسلاح بالمال لان كل ذلك يرجع الى اعانتهم على الحرب وتجاوز مفاداة أسارى المسلمين بالدرهم والدنانير والثياب ونحوها مما ليس فيها اعانة لهم على الحرب ولا يفادون بالسلاح لان فيه اعانة لهم على الحرب والله تعالى أعلم (وأما) مفاداة الاسير بالاسير فلا تجوز عند أبى حنيفة عليه الرحمة وعند أبى يوسف ومحمد تجوز (وجه) قولهما أن فى المقاداة نقاداً للمسلم وذلك أولى من اهلاك الكافر ولا بى حنيفة ما ذكرنا أن قتل المشركين فرض بقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله تعالى فاضر بوافوق الاعناق فلا يجوز تركه الا لما شرع له اقامة للقرض وهو التوسل الى الاسلام لانه لا يكون تركاً معنى وذالاً يحصل بالمقاداة ويحصل بالذمة والاسترقاق فيمن يحتمل ذلك على ما بينا وما ذكرنا أن فيها اعانة لاهل الحرب على الحرب لانهم يرجعون الى المنعة فيصبرون حرباً على المسلمين ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما قال أبو يوسف تجوز المقاداة قبل القسمة ولا تجوز بعدها وقال محمد تجوز فى الحالين (وجه) قول محمد أنه لما جازت المقاداة قبل القسمة فكذلك بعد القسمة لان الملك ان لم يثبت قبل القسمة فالحق ثابت ثم قيام الحق لم يمنع جواز المقاداة فكذلك اقيام الملك (وجه) قول أبى يوسف أن المقاداة بعد القسمة ابطال ملك المقسوم له من غير رضاه وهذا لا يجوز فى الاصل بخلاف ما قبل القسمة لانه لا ملك قبل القسمة انما الثالث حق غير متقرر فجاز أن يكون محتملاً لا بطل بالمقاداة والله تعالى أعلم ولا يجوز أن يعطى رجل واحد من الاسارى ويؤخذ بدله رجلين من المشركين لان كم من واحد يغلب اثنين وأكثر من ذلك فيؤدى الى الاعانة على الحرب وهذا لا يجوز واذا عزم المسلمون على قتل الاسارى فلا ينبغي أن يعذبوهم بالجوع والعطش وغير ذلك من أنواع التعذيب لان ذلك تعذيب من غير فائدة وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى بنى قريظة لا تجمعوا عليهم حر هذا اليوم وحر السلاح ولا تمثلوا بهم لقوله عليه الصلاة والسلام فى وصايا الامراء ولا تمثلوا ولا يبنى للرجل أن يقتل أسير صاحبه لانه له ضرب اختصاص به حيث أخذه وأسره فلم يكن لغيره أن يتصرف فيه كما لو التقط شيئاً والا فضل

أن يأتي به الامام ان قدر عليه حتى يكون الامام هو الحكم فيه لتعلق حق الغزاة به فكان الحكم فيه للامام وانما يقتل من الاسارى من بلغ اما بالسن أو بالا حنلام على قدر ما اختلف فيه فاما من لم يبلغ أو شك في بلوغه فلا يقتل وكذا المعتوه الذي لا يعقل لما بيننا من قبل فلو قتل رجل من المسلمين أسير في دار الحرب أو في دار الاسلام فان كان قبل القسمة فلا شيء فيه من دية ولا كفارة ولا قيمة لان دمه غير معصوم قبل القسمة فان للامام فيه خيرة القتل وان كان بعد القسمة أو بعد البيع فيراعى فيه حكم القتل لان الامام اذا قسمهم أو باعهم فقد صار دمهم معصوما فكان مضمونا بالقتل الا أنه لا يجب القصاص لقيام شبهة الاباحة كالخبري المستامن ثم ما ذكرنا من خيار القتل للامام في الاسارى قبل القسمة اذا لم يسلموا فان أسلموا قبل القسمة فلا يباح قتلهم لان الاسلام عاصم وللامام خيار ان يفهم ان شاء استرقهم فقسّمهم وان شاء تركهم أحرار بالذمة ان كانوا بحمل الذمة والاسترقاق لان الاسلام لا يرفع الرق اما ليرفعه لان الرفع فيه ابطال حق الغزاة وهذا لا يجوز (وأما) بيان قسمة الغنائم فتقول وبالله التوفيق القسمة نوعان قسمة حمل ونقل وقسمة ملك (أما) قسمة الحمل فهي ان عزت الدواب ولم يجد الامام حمولة يفرق الغنائم على الغزاة فيحمل كل رجل على قدر نصيبه الى دار الاسلام ثم يستردها منهم فيقسمها قسمة ملك وهذه القسمة جائزة بلا خلاف ولا تكون قسمة ملك كالمودعين يقتسمان الوديعة ليحفظ كل واحد منهما بعضها جاز ذلك وتكون قسمة ملك فكذا هذا (وأما) قسمة الملك فلا تجوز في دار الحرب عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله تجوز وهذا الاختلاف مبني على أصل وهو أن الملك هل يثبت في الغنائم في دار الحرب للغزاة فعندنا لا يثبت الملك أصلا فيها لان كل وجه ولا من وجه ولكن ينقسم سبب الملك فيها على أن تصير علة عند الاحراز بدار الاسلام وهو تفسير حق الملك أو حق التملك عندنا وعنده ثبتت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام بعد الفراغ من القتال قولنا واحدا وله في حال فور الهزيمة قولنا وبني على هذا الاصل مسائل (منها) أنه اذا مات واحد من الغانمين في دار الحرب لا يورث نصيبه عندنا وعنده يورث والله تعالى أعلم (ومنها) أن المدد اذا لحق الجيش فاحرزوا الغنائم جملة الى دار الاسلام يشاركونهم فيها عندنا وعنده لا يشاركونهم (ومنها) أنه اذا أتلّف واحد من الغانمين شيئا من الغنيمة لا يضمن عندنا وعنده يضمن (ومنها) أن الامام اذا باع شيئا من الغنائم لا حاجة الغزاة لا يجوز عندنا وعنده يجوز (ومنها) أن الامام اذا قسم الغنائم في دار الحرب مجاز فغير مجتهد ولا معتقد جواز القسمة لا يجوز عندنا وعنده تجوز (فاما) اذا رأى الامام القسمة فقسمها فذمت قسمته بالا جماع وكذلك لو رأى البيع فباعها لانه حكم امضاءه في محل الاجتهاد بالا جتهاد فينفذ (وجه) قول الشافعي رحمه الله ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر بخيبر وقسم غنائم أوطاس باوطاس وقسم غنائم بني المصطلق في ديارهم وقسم غنائم بدر بالجعرانة وهي وادي من أودية بدر وأدنى ما يحمل عليه فعل النبي عليه الصلاة والسلام هو الجواز والاباحة ولانه وجد الاستيلاء على مال مباح فيفيد الملك استئذالا بالاستيلاء على الحطب والحشيش ولا شك أن المستولى عليه مال مباح لانه مال الكافر وانه مباح والدليل على تحقق الاستيلاء ان الاستيلاء عبارة عن اثبات اليد على المحل وقد وجد ذلك حقيقة وانكار الحقائق مكابرة ورجعة الكفار بعد انهم واستردادهم أمر موهوم لا دليل عليه فلا يعتبر (ولنا) أن الاستيلاء انما يفيد الملك اذا ورد على مال مباح غير مملوك ولم يوجد ههنا لان ملك الكفرة قائم لان ملك الكفرة كان ثابتا لهم والملك متى ثبت لانسان لا يزول الا بالآلة أو يخرج المحل من أن يكون منتفعا به حقيقة بالهلاك أو بعجز المالك عن الانتفاع به دفعا للتناقض فيما شرع الملك له ولم يوجد شيء من ذلك (أما) الازالة وهلاك المحل فظاهر العدم (وأما) قدرة الكفرة على الانتفاع باموالهم فلان الغزاة ماداموا في دار الحرب فالاسترداد ليس بنادر بل هو ظاهر أو محتمل احتمالا على السواء والملك كان ثابتا لهم فلا يزول مع الاحتمال وأما الاحاديث فاما غنائم خيبر وأوطاس والمصطلق فاما قسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم في تلك الديار لانه افتتحها فصارت ديار الاسلام (وأما) غنائم بدر فقد روى أنه عليه الصلاة والسلام قسمها بالمدينة فلا يصح الاحتجاج

بمع التعارض ثم الملك ان لم يثبت للغزاة في الغنائم في دار الحرب فقد ثبت الحق لهم حتى يجوز لهم الانتفاع بهما من غير حاجة على ما ذكره ولولا تعلق الحق لجازلانه يكون مالا مباحا وكذا الوضئ واحد من الغزاة جارية من المغنم لا يجب عليه الحد لان فيها حقا فاورث شبهة في درء الحد ولا يجب عليه العقر أيضا لانه بالوطء أئلف جزأ من منافع بضعها ولولا تلفها لا يضمن فهنا أولى ولا يثبت النسب أيضا لو ادعى الولدان ثبات النسب معتمد الملك أو الحق الخاص ولا ملك ههنا والحق عام وكذا لو أسلم الاسير في دار الحرب لا يكون حرا ولا يدخل في القسمة لتعلق حق الغانمين به بنفس الاخذ والاستيلاء فاعتراض الاسلام عليه لا يبطله بخلاف ما اذا أسلم قبل الاسر أنه يكون حرا ولا يدخل في القسمة لان عند الاخذ والاسر يتعلق به حق أحد فكان الاسلام دافعا للحق لا رافعا لايه على ما بينا (وأما) بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فيثبت الملك أو يتأ كذا الحق ويتقرر لان الاستيلاء الثابت انعقد سببا لثبوت الملك أو تأكد الحق على ان يصير علة عند وجود شرطها وهو الاحراز بدار الاسلام وقد وجد فتجوز القسمة ويجرى فيه الارث ويضمن المثلث وتنقطع شركة المدد ونحو ذلك الا انه لو أعتق واحد من الغانمين عبد آمن المغنم لا ينفذ اعتاقه استحسانا لأن نفاذا لاعتاق يقف على الملك الخاص ولا يتحقق ذلك الا بالقسمة فاما الموجود قبل القسمة فملك عام أو حق متأكد وانه لا يمتثل الاعتاق لكنه يمتثل الارث والقسمة ويكفي لا يجاب الضمان واقطاع شركة المدد على ما بينا وكذلك لو استولد جارية من المغنم وادعى الولد لا نصير أم ولد استحسانا لما بينا ان ثبات النسب وأمومية الولد يققان على ملك خاص وذلك بالقسمة أو حق خاص ولم يوجد ويلزمه العقر لان الملك العام أو الحق الخاص يكون مضمونا بالانلاف (وأما بعد) القسمة فيثبت الملك الخاص لكل واحد منهم في نصيبه لان القسمة افراز الانصبا وتعيينها ولو قسم الامام الغنائم فوقع عبد في سهم رجل فاعتقه لاشك انه ينفذ اعتاقه لان الاعتاق صادف مكا خاصا فاما اذا وقع في سهم جماعة منهم عبد فاعتقه أحدهم ينفذ اعتاقه عند أبي حنيفة قل الشركاء أو كثروا (وروى) عن أبي يوسف ان كانوا عشرة أو أقل منها ينفذ اعتاقه وان كانوا أكثر من ذلك لا ينفذ فابو حنيفة رحمه الله نظر في خصوص الملك الى القسمة وأبو يوسف الى العدد والصحيح نظر أبي حنيفة لان القسمة تميز وتعين فكانت قاطعة لعموم الشركة مخصصة للملك وان كثرا العدد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أخذ المسلمون غنيمة ثم غلبهم العدو فاستنقذوها من أيديهم ثم جاء عسكر آخر فاخذها من العدو فاخرجوها الى دار الاسلام ثم اختصم الفريقان نظري ذلك فان كان الاولون لم يقتسموها ولم يحرزوها بدار الاسلام فالغنيمة للآخرين لان الاولين لم يثبت لهم الا مجرد حق غير متقرر وقد ثبت للآخرين ملك عام أو حق متقرر يجري مجرى الملك فكانوا أولى بالغنائم وان كان الاولون قد اقتسموها فالقسمة لهم وان كانوا لم يحرزوها بدار الاسلام لانهم ملكوها بالقسمة ملكا خاصا فاذا غلبهم الكفار فقد استولوا على أملاكهم فان وجدوها في يد الآخرين قبل القسمة أخذوها بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان شاءوا كما في سائر أموالهم التي استولى عليها العدو ثم وجدوها في يد الغانمين قبل القسمة وبعدها وان كانوا لم يقتسموها ولكنهم أحرزوها بدار الاسلام فان وجدوها بعد قسمة الآخرين فلا خرون أولى لان الثابت لهم ملك خاص بالقسمة والثابت للاولين ملك عام أو حق متقرر عام فكان اعتبار الملك الخاص أولى (وأما) اذا وجدها قبل قسمة الآخرين فقيه روايتان ذكر في الزيادات أن الاولين أولى وذكر في السير الكبير ان الآخرين أولى (وجه) رواية الزيادات ان الثابت لكل واحد من الفريقين وان كان هو الحق المتأكد لكن تقض الحق بالحق جائز لان الشيء يمتثل الانتقاض بمثله كما في النسخ ولهذا جاز تقض الملك بالملك (وجه) الرواية الاخرى ان حق الآخرين ثابت متقرر وحق الاولين زائل ذاهب فاستصحب الحالة الثابتة أولى اذ هو يصلح للترجيح وهذا هو القياس في الملك فكان ينبغي ان لا ينتقض الحادث بالقديم الا ان النقض هناك ثبت نصا (بخلاف) القياس فيقتصر على مورد النص هذا اذا كان الكفار أحرزوا الاموال بدار الحرب فان كانوا لم يحرزوها حتى أخذها الفريق الآخر من المسلمين منهم

في دار الاسلام فالغنائم للاولين سواء قسمها الآخرون أو لم يقسموها لان الكفار لا يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء الا بعد الاحراز بدار الحرب ولم يوجد فكانت الغنائم في حكم بدال الاولين مادامت في دار الاسلام فكان الآخرون أخذوا من أيدي الاولين فيلزمهم الرد عليهم الا اذا كان الامام قسمها بين الآخرين ورأيه ان الكفرة قد ملكوها بنفس الاخذ والاستيلاء وان كانوا في دار الاسلام كما هو مذهب بعض الناس فكانت قسمة في محل الاجتهاد فتنفذ وتكون للآخرين والله تعالى أعلم هذا الذي ذكرنا من كون الاحراز بدار الاسلام شرطاً لثبوت الملك في الغنائم المشتركة (وأما) الغنائم الخالصة وهي الاقال فلهي هو شرط فيها (قال) بعض المشايخ انه شرط عند أبي حنيفة حتى لا يثبت الملك بينهما قبل الاحراز بدار الاسلام (وعند) محمد ليس بشرط فيثبت الملك فيها بنفس الاخذ والاصابة استدلالاً بمسئلة ظهر فيها اختلاف وهي ان الامام اذا قل فقال من أصاب جارية فهي له فاصاب رجل من المسلمين جارية فاستبرأها في دار الحرب بحبيضة لا يحل له وطؤها (عند) أبي حنيفة وعند محمد يحل (وقال) بعضهم الاحراز بالدار ليس بشرط لثبوت الملك في الاقال بالاجماع واختلافهما في تلك المسئلة لا يدل على الاختلاف في ثبوت الملك لانه كما لهر الاختلاف بينهما في النقل فقد ظهر الاختلاف في الغنيمة المقسومة فان الامام اذا قسم الغنائم في دار الحرب فاصاب رجلاً جارية فاستبرأها بحبيضة فهو على الاختلاف وكذا لو رأى الامام بيع الغنائم فباع من رجل جارية فاستبرأها المشتري بحبيضة فهو على الاختلاف (ولا خلاف) بين أصحابنا في الغنائم المقسومة انه لا يثبت الملك فيها قبل الاحراز بدار الاسلام دل ان منشأ الخلاف هناك شيء آخر وراء ثبوت الملك وعدمه والصحيح ان ثبوت الملك في النقل لا يقف على الاحراز بدار الاسلام بين أصحابنا بخلاف الغنائم المقسومة لان سبب الملك قد تخطت وهو الاخذ والاستيلاء ولا يجوز تأخير الحكم عن سبب إلالة الضرورة وفي الغنائم المقسومة ضرورة وهي خوف شر الكفرة لانه لو ثبت الملك بنفس الاخذ لا يشتغلوا بالقسمة ولتسارع كل أحد الى احراز نصيبه بدار الاسلام وتفرق الجمع وفيه خوف توجه الشر عليهم من الكفرة فتأخر الملك فيها الى ما بعد الاحراز بدار الاسلام لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة في الاقال لانها خالصة غير مقسومة فلامعنى لتأخير الحكم عن السبب والدليل على التفرقة بينهما ان المدد اذا حلق الجيش لا يشارك المنفل له كما بعد الاحراز بالدار بخلاف الغنيمة المقسومة وكذا الومات المنفل له يورث نصيبه كما لو مات بعد الاحراز بالدار بخلاف الغنيمة المقسومة فيثبت بهذه الدلائل ان الملك في النقل لا يقف على الاحراز بالدار بخلاف بين أصحابنا إلا ان هذا النوع من الملك لا يظهر في حق حل الوطء عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا لا يدل على عدم الملك أصلاً ألا ترى ان حل الوطء قد يتمتع مع قيام الملك لموارض من الحيض والنفاس والحرمية والصهرية ونحو ذلك ثم إن علم ثبت الحل هناك مع ثبوت الملك لانه ملك متزلزل غير متقرر لا احتمال الزوال ساعة فساعة لان الدار دارهم فكان احتمال الاسترداد قائماً متى استردوا ويرتفع السبب من حين وجوده ويحقق بالعدم امان كل وجه أو من وجه فتبين ان الوطء لم يصادف محله وهو الملك المطلق ولهذا والله تعالى أعلم قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه انه لا يحل وطؤها بعد قسمة الامام وبيعه اذ ارأى ذلك وان وقعت قسمته جائزة وبيعه نافذاً مفيداً للملك في هذه الصورة كما ذكرنا من المعنى والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما بيان) ما يجوز به الانتفاع من الغنائم وما لا يجوز فالكلام فيه في موضعين (أحدهما) في بيان ما ينتفع به منها (والثاني) في بيان من ينتفع به (أما الاول) فلا بأس بالانتفاع بالمال كالمشروب والعلف والحطب منها قبل الاحراز بدار الاسلام فقيراً كان المنتفع أو غنياً العموم الحاجة الى الانتفاع بذلك في حق الكل فانهم لو كلفوا حملها من دار الاسلام الى دار الحرب مدة ذهابهم وإيلهم ومقامهم فيها لوقعوا في حرج عظيم بل يتعذر عليهم ذلك فسطع اعتبار حق كل واحد من الغانمين في حق صاحبه والتحقيق بالعدم شرعاً والتحقق هذه الحال بالمباحات الاصلية لهذه الضرورة وكذلك كل ما كان مأكولاً مثل السمن والزيت والحل لا

بأس أن يتناول الرجل ويدهن به نفسه ودابته لأن الحاجة إلى الانتفاع بهذه الأشياء قبل الإحراز بدار الإسلام لازمة وما كان من الأدهان لا يؤكل مثل البنفسج والخيري فلا ينبغي أن ينتفع به لأن الانتفاع به ليس من الحاجات اللازمة بل من الحاجات الزائدة ولا ينبغي أن يبيعوا شيئاً من الطعام والعلف وغير ذلك مما يباح الانتفاع به بذهب ولا فضة ولا عر وض لأن إطلاق الانتفاع واسقاط اعتبار الحقوق والحقا بالعدم للضرورة التي ذكرنا ولا ضرورة في البيع ولا محل البيع هو المال المملوك وهذا ليس بمالك لأن الإحراز بالدار شرط ثبوت الملك ولم يوجد فان باع رجل شيئاً رد الثمن إلى الغنيمة لأن الثمن بدل مال تعلق به حق الغنمين فكان مردوداً إلى المغنم ولو أحرزوا شيئاً من ذلك بدار الإسلام وهو في أيديهم وان كانت لم تقسم الغنائم ردوها إلى المغنم لا ندفاع الضرورة وان كانت قد قسمت الغنيمة فان كانوا أغنياء تصدقوا به على الفقراء وان كانوا فقراء انتفعوا به لتمسكهم به على الغزاة لكثرة هم وقلته فاشبه اللقطة والله سبحانه وأعلم هذا اذا كانت قائمة بعد القسمة فان كان انتفع بها بعد القسمة فان كان غنياً تصدق بقيمته على الفقراء لأنه أكل ماله لو كان قائماً لكان سبيله التصديق لكونه ماله لا يتعلق به حق الغنمين وتمسكهم به بهم لقلته وكثرتهم فيقوم بدله مقامه وهو قيمته وان كان فقيراً لم يجب عليه شيء لأنه أكل ماله لو كان قائماً لكان له أن يأكله والله سبحانه وتعالى أعلم وأما مسوى المأكول والمشروب والعلف والحطب فلا ينبغي أن ينتفعوا به لأن حق الغنمين متعلق به وفي الانتفاع بطلان حقهم لأنه إذا احتاج إلى استعمال شيء من السلاح أو الدواب أو الثياب فلا بأس باستعماله بأن تقطع سيفه فلا بأس بأن يأخذ سيفاً من الغنيمة فيقاتل به لكنه إذا استغنى عنه رده إلى المغنم وكذا إذا احتاج إلى ركوب فرس أو لبس ثوب إذا دفع حاجته بذلك رده إلى المغنم لأن هذا موضع الضرورة أيضاً لكن الثابت بالضرورة لا يتعدى محل الضرورة حتى أنه لو أراد أن يستعمل شيئاً من ذلك وقاية لسلاحه ودوابه وثيابه وصيانته فلا ينبغي له ذلك لأن عدم تحقق الضرورة وهكذا إذا ذبحوا البقر والغنم وأكلوا اللحم وردوا الجلود إلى المغنم لأن الانتفاع به ليس من الحاجات اللازمة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان من ينتفع بالغنائم فنقول أنه لا ينتفع بها إلا الغنمون فلا يجوز للتجار أن يأكلوا شيئاً من الغنيمة إلا بثمن لأن سقوط اعتبار حق كل واحد من الغنمين في حق صاحبه لمكان الضرورة ولا يجوز اسقاط اعتبار الحقيقة من غير ضرورة ولا ضرورة في حق غيرهم وللغنمين أن يأكلوا يطعموا عبيدهم ونساءهم وصبيانهم لأن اتفاق الرجل على هؤلاء اتفاق على نفسه لأن نفقتهم عليه والاصل أن كل من عليه نفقته فله أن يطعمه ومن لا فلا ولا يجوز لاجير الرجل للخدمة أن يأكل منه لأن نفقته على نفسه لا عليه والمرأة إذا دخلت دار الحرب لمداداة المرضى والجرحى أن تأكل وتعلف دابتها وتطعم رقيقها لأن المرأة تستحق الرضخ من الغنيمة فكانت من الغنمين والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان كيفية قسمة الغنائم وبيان مصارفها فنقول وبالله التوفيق الغنائم تقسم على خمسة أسهم منها وهو خمس الغنيمة لأربابه وأربعة أسهمها للغنمين أما الخمس فالكلام فيه في بيان كيفية قسمة الخمس وفي بيان مصرفه فنقول لا خلاف في أن خمس الغنيمة في حال حياة النبي عليه الصلاة والسلام كان يقسم على خمسة أسهم سهم للنبي عليه الصلاة والسلام وسهم لذوي القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لآبناء السبيل قال الله تبارك وتعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة وللرسول ولذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل وإضافة الخمس إلى الله تعالى يحتمل أن يكون لكونه مصروفاً إلى وجوه القربى التي هي لله تبارك وتعالى وهي قوله سبحانه وتعالى وللرسول ولذوي القربى الآية على ما تضاف المساجد والكعبة إلى الله سبحانه وتعالى لكونها مواضع إقامة العبادات والقربى التي هي لله تعالى ويحتمل أن يكون تعظيماً للخمس على ما والاصل في إضافة جزئية الأشياء إلى الله سبحانه وتعالى انها تخرج مخرج تعظيم المضاف كقوله ناقة ذاتة وبيت الله ويحتمل أن يكون مخلصه لله تعالى بخروجه عن تصرف الغنمين كقوله تعالى الملك يومئذ لله والملك في كل الأيام كما لله تعالى لكن خص سبحانه وتعالى ذلك اليوم بالملك له

فيه لا تقطاع تصرف الا غيار والله تعالى أعلم ثم اختلف العلماء في سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي سهم ذوى القربى بعد وفاته أما سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قال علماء ثوار رحمهم الله انه يسقط بعد وفاته عليه الصلاة والسلام وقال الشافعي رحمه الله انه لم يسقط ويصرف الى الخلفاء لانه عليه الصلاة والسلام انما كان يأخذه كفاية له لا اشتغاله بمصالح المسلمين والخلفاء بعده مشغولون بذلك فيصرف سهمهم اليهم كفاية لهم (ولنا) أن ذلك الخمس كان خصوصية له عليه الصلاة والسلام كالصبي الذي كان له خاصة والقيء وهو المألية الذي لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب ثم لم يكن لاحد خصوص من القيء والصبي فكذلك يجب أن لا يكون لاحد خصوص من الخمس ولهذا لم يكن للخلفاء الراشدين بعده بحقه أنه لو بقي بعده لكان بطريق الارث وقد قال عليه الصلاة والسلام انما معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) سهم ذوى القربى فقد قال الشافعي رحمه الله انه باق ويصرف الى أولاد بني هاشم من أولاد سيدتنا فاطمة رضي الله تعالى عنها وغيرها يستوى فيه فقيرهم وغنيهم (وأما) عندنا فملى الوجه الذي كان بقي واختلف المشايخ فيه أنه كيف كان والصحيح أنه كان لفقراء القرابة دون أغنيائهم يعطون لفقيرهم وحاجتهم لا لقرابتهم وقد بقي كذلك بعد وفاته فيجوز أن يعطى فقراء قرابته عليه الصلاة والسلام كفايتهم دون أغنيائهم ويقدمون على غيرهم من الفقراء ويجاوزهم من الخمس أيضاً لا لحظ لهم من الصدقات لكن يجوز أن يعطى غيرهم من فقراء المسلمين دونهم فيقسم الخمس عندنا على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لآبناء السبيل ويدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى أغنيائهم شيء وعند الشافعي رحمه الله لذوى القربى سهم على حدة يصرف الى غنيهم وفقيرهم احتج الشافعي رحمه الله بقوله تعالى واعلموا انما اغنمتم من شيء فان لله خمسة وللرسول ولذى القربى الآية فان الله تعالى جعل سهم الذوى القربى وهم القرابة من غير فصل بين الفقير والغنى وكذا روى أنه عليه الصلاة والسلام قسم الخمس على خمسة أسهم وأعطى سهماً من الذوى القربى ولم يعرف له ناسخ في حال حياته ولا نسخ بعد وفاته (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن في كتاب السير ان سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي رضي الله عنهم قسموا الغنائم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لآبناء السبيل بمحض من الصحابة الكرام ولم ينكر عليهم أحد فيكون اجماعهم على ذلك وبتبين أن ليس المراد من ذوى القربى قرابة الرسول عليه الصلاة والسلام اذ لا يظن بهم مخالفة كتاب الله تعالى ومخالفة رسوله عليه الصلاة والسلام في فعله ومنع الحق عن المستحق وكذا لا يظن بمن حضرهم من الصحابة رضي الله تعالى عنهم السكوت عما لا يحل مع ما وصفهم الله تعالى بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر وكذا ظاهر الآية الشريفة يدل عليه لان اسم ذوى القربى يتناول عموم القرابات ألا ترى الى قوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقرابون ولم يفهم منه قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم خاصة وكذا قوله الوصية للوالدين والاقرابين لم ينصرف الى قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم وما روى أنه قسم عليه الصلاة والسلام الخمس على خمسة أسهم فأعطى عليه الصلاة والسلام ذى القربى سهماً فنعم لكن الكلام في أنه أعطاهم خاصة وكذا قوله الوصية للوالدين والاقرابين ولم ينصرف الى قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم لفقيرهم وحاجتهم أو لقرابتهم وقد علمنا بقسمة الخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم أنه أعطاهم لحاجتهم وفقيرهم لا لقرابتهم والدليل عليه أنه عليه الصلاة والسلام كان يشدد في أمر الغنائم فتناول من وبر بعير وقال ما يحل لي من غنائمكم ولا وزن هذه الوبرة الا الخمس وهو مردود فيكم ردوا الخيط والمحيط فان الغلول عار ونار وشنا على صاحبه يوم القيامة لم يخص عليه الصلاة والسلام القرابة بشيء من الخمس بل عم المسلمين جميعاً بقوله عليه الصلاة والسلام والخمس مردود فيكم فدل أن سبيلهم سبيل سائر فقراء المسلمين يعطى من محتاج منهم كفايته والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أعطى أى فريق اتفق من سهام الله تعالى جاز لان ذكر هؤلاء الاصناف لبيان المصارف لا لايحباب الصرف الى كل صنف منهم شيئاً بل لتعيين المصروف حتى لا يجوز الصرف الى غير هؤلاء

كما في الصدقات والله تعالى أعلم وأما الكلام في الأربعة الأخماس ففي موضعين في بيان من يستحق السهم منها ومن لا يستحق وفي بيان مقدار الاستحقاق أما الأول فالذي يستحق السهم منها هو الرجل المسلم المقاتل وهو أن يكون من أهل القتال ودخل دار الحرب على قصد القتال وسواء قاتل أو لم يقاتل لأن الجهاد والقتال أرباب العدو وذا كما يحصل بمباشرة القتل يحصل بثبات القدم في صف القتال رد المقاتلة خشية كرا العدو عليهم وكذا روى أن أصحاب بدر كانوا اثلاً ثالثاً في نحر العدو ويقتلون ويأسرون وثلاث بجمعون الغنائم وثلاث يكونون ردا لهم خشية كرا العدو عليهم وسواء كان مريضاً أو صحيحاً شاباً أو شيخاً حراً أو عبداً ما ذونا بالقتال لأنهم من أهل القتال (فأما المرأة والصبي العاقل والذمي والعبد المحجور فليس لهم سهم كامل لأنهم ليسوا من أهل القتال ألا ترى أنه لا يجب القتال على الصبي والذمي أصلاً ولا يجب على المرأة والعبد إلا عند الضرورة وهي ضرورة عموم النفي ولذلك لم يستحقوا كمال السهم ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الإمام وكذا روى أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يعطي العبيد والصبيان والنسوان سهماً كاملاً من الغنائم وكذا لا سهم للتاجر لأنه لم يدخل الدار على قصد القتال إلا إذا قاتل مع العسكر فإنه يستحق ما يستحقه العسكر لأنه تبين أنه دخل الدار على قصد القتال فكان مقاتلاً ولا سهم للاجبر لأن عدم الدخول على قصد القتال فإن قاتل نظر في ذلك أن ترك الخدمة فقد دخل في جملة العسكر وإن لم يترك فلا شيء له أصلاً لأنه إذا لم يترك تبين أنه لم يدخل على قصد القتال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما بيان مقدار الاستحقاق وبيان حال المستحق وهو المقاتل فنقول وبالله التوفيق المقاتل إما أن يكون راجلاً (وأما) أن يكون فارساً فإن كان راجلاً فله سهم واحد وإن كان فارساً فله سهمان عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه وبه أخذ الشافعي رحمه الله وروايات الأخبار تعارضت في الباب روى في بعضها أنه عليه الصلاة والسلام قسم للفارس سهمين وفي بعضها أنه عليه الصلاة والسلام قسم له ثلاثة أسهم إلا أن رواية السهمين عاضدها القياس وهو أن الرجل أصل في الجهاد والفارس تابع له لأنه آلة ألا ترى أن فعل الجهاد يقوم بالرجل وحده ولا يقوم بالفارس وحده فكان الفارس تابعاً في باب الجهاد ولا يجوز تنفيل التبعية على الأصل في السهم وأخبار الأحاد إذا تعارضت فالعمل بما عاضده القياس أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ويستوى فيه العتيق من الخيل والفارس والبرذون لأنه لا فضل في النصوص بين فارس وفارس ولا أن يستحق سهم الفارس لحصول أرباب العدو به والله سبحانه وتعالى وصف جنس الخيل بذلك بقوله تبارك وتعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم فلا يفصل بين نوع ونوع ولا يسهم لاكثر من فرس واحد عند أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله وعند أبي يوسف يسهم لفرسين (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله أن الغازي تقع الحاجة له إلى فرسين يركب أحدهما ويجنب الآخر حتى إذا أعيا المركوب عن الكر والفر تحول إلى الجنينة (وجه) قولهم أن الأسهم للخيل في الأصل ثبت على مخالفة القياس لأن الخيل آلة الجهاد ثم لا يسهم لسائر آلات الجهاد فكذلك الخيل إلا أن الشرع ورد به كفرس واحد فالزيادة على ذلك ترد إلى أصل القياس على أن ورود الشرع أن كان معلولاً بكونه آلة مرهبة للعدو بخلاف سائر الآلات فالمعتبر هو أصل الأرباب بدليل أنه لا يسهم لما زاد على فرسين بالاجتماع مع أن معنى الأرباب يزداد بزيادة الفرس ثم اختلف في حال المقاتل من كونه فارساً أو راجلاً في أي وقت يعتبر وقت دخوله دار الحرب أم وقت شهود الواقعة فعندنا يعتبر وقت دخول دار الحرب إذا دخلها على قصد القتال وعند الشافعي رحمه الله يعتبر وقت شهود الواقعة حتى أن الغازي إذا دخل دار الحرب فارساً فأت فرسه أو نحره وأخذ العدو فله سهم الفارس عندنا وعند له سهم الرجالة واحتج بما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال الغنيمة لمن شهد الواقعة ولأن استحقاق الغنيمة بالجهاد ولم يوجد وقت دخول دار الحرب لأن الجهاد بالمقاتلة ودخول دار الحرب من باب قطع المسافة لا من باب المقاتلة (ولنا) أن الله تبارك وتعالى جعل الغنائم للمجاهدين قال سبحانه وتعالى فكلوا مما غنمتم حلالاً طيباً

وقال تعالى عز شأنه واعلموا انما غنمتم من شيء وقال جلت عظمته وكبرياؤه وعدكم الله مغنم كثيرة تأخذونها وقال سبحانه وتعالى واذا بعدكم الله احدي الطائفتين انهما لكم وغير ذلك من النصوص والذي جاوز الدرب فارسا على قصد القتال مجاهد لوجهين أحدهما أن المجاوزة على هذا الوجه ارباب العدو وانه جهاد والدليل على انه ارباب العدو وانه جهاد قوله عز وجل ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ولان دار الحرب لا تخلو عن عيون الكفار وطلائهم فاذا دخلها جيش كثيف رجالا وركبانا فالجواسيس يخبرونهم بذلك فيقع الرعب في قلوبهم حتى يتركوا القرى والرسا يتقوا هرا إلى القلاع والحصون المنيعة فكان مجاوزة الدرب على قصد القتال ارباب العدو وانه جهاد والثاني ان فيه غيظ الكفرة وكتبهم لان وطء أرضهم وعقد دارهم مما يغيظهم قال الله تبارك وتعالى ولا يظنون موطناً يغيب الكفار وفيه قهرهم وما للجهاد الا قهر أعداء الله تعالى لا عزاز دينه واعلاء كلمته فدل ان مجاوزة الدرب فارساً على قصد القتال جهاد ومن جاهد فارساً فله سهم الفرسان ومن جاهد راجلاً فله سهم الرجال بقوله عليه الصلاة والسلام للفارس سهمان وللراجل سهم وأما امر سيدنا عمر رضي الله عنه فيحتمل انه قال ذلك في وقعة خاصة بان وقع القتال في دار الاسلام أو في أرض فتحت عنوة وقهرأ ثم لحق المدد أو يحمل على هذا توفيقاً بين الدلائل بقدر الامكان صيانة لها عن التناقض ونحن به نقول ان المدد لا يشاركونهم في الغنيمة في تلك الوقعة الا اذا شهدوها ولا كلام فيه وعلى هذا اذا دخل راجلاً ثم اشترى فرساً أو استأجر أو استعار أو وهب له فله سهم الرجال عندنا لا اعتبار وقت الدخول وعند الشافعي له سهم الفرسان لا اعتبار وقت الشهود وقال الحسن رحمه الله في هذه الصورة اذا قاتل فارساً فله سهم فارس وعلى هذا اذا دخل فارساً ثم باع فرسه أو أجره أو وهبه أو أعاره فقاتل وهو راجل فله سهم راجل ذكره في السير الكبير وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ان له سهم فارس وسوى على هذه الرواية بين البيع والموت وبين البيع قبل شهود الوقعة وبعدها والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المجاوزة فارساً على قصد القتال دليل الجهاد فارساً ولم يباع فرسه تبين انه لم يقصده بالجهاد فارساً بل قصد به التجارة وكذا هذا في الاجارة والاعارة والرهن بخلاف ما بعد شهود الوقعة لان البيع بعده لا يدل على قصد التجارة لان الغازی لا يبيع فرسه ذلك الوقت لقصد التجارة عادة بل لقصد ثبات القدم والتشمر للقتال بعامة ما في وسعه وامكانه والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الاستيلاء من الكفرة على أموال المسلمين فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم والثاني في بيان كيفيته أما الاول فنقول لا خلاف في أن الكفار اذا دخلوا دار الاسلام واستولوا على أموال المسلمين ولم يحرزوها بدارهم انهم لا يملكونها حتى لو ظهر عليهم المسلمون وأخذوا ما في أيديهم لا يصير ملكا لهم وعليهم ردها إلى أربابها بغير شيء وكذا لو قسموها في دار الاسلام ثم ظهر عليهم المسلمون فأخذوها من أيديهم أخذها أصحابها بغير شيء لان قسمتهم لم يحجز لعدم الملك فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة بخلاف قسمة الامام الغنائم في دار الحرب انها جائزة وان لم يثبت الملك فيها في دار الحرب لان قسمة الامام انما تجوز عندنا اذا اجتهد وأفضى رأيه إلى الملك حتى لو قسم مجازفة لا تجوز على أن القسمة هناك قضاء صدر من امام جائز القضاء ولم يوجد ههنا ولا خلاف في انهم ايضاً اذا استولوا على رقاب المسلمين ومدبريهم وأمهات أولادهم ومكاتبهم انهم لا يملكونهم وان أحرزهم بالدار واختلف فيها اذا دخلوا دار الاسلام فاستولوا على أموال المسلمين وأحرزوها بدار الحرب قال علماءنا يملكونها حتى لو كان المستولى عليه عبداً فاعنته الحر بي أو باعه أو كاتبه أو دبره أو كانت أمة فاستولوها جاز ذلك خاصة وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها وجه قوله انهم استولوا على مال معصوم والاستيلاء على مال معصوم لا يفيد الملك كاستيلاء المسلم على مال المسلمين واستيلائهم على الرقاب وانما قلنا ذلك لان عصمة مال المسلم ثابتة في حقهم لانهم يخاطبون بالحر مات اذا بلغتهم الدعوة وان اختلفوا في العبادات والاستيلاء يكون محظوراً والمحظور

لا يصلح سبياً للملك (ولنا) انهم استولوا على مال مباح غير مملوك ومن استولى على مال مباح غير مملوك يملكه كمن استولى على الخطب والحشيش والصيد ودلالة ان هذا الاستيلاء على مال مباح غير مملوك ان ملك المالك يزول بعد الاحراز بدار الحرب فزول العصمة ضرورية بزوال الملك والدليل على زوال الملك ان الملك هو الاختصاص بالمحل في حق التصرف أو شرع للتمكن من التصرف في المحل وقد زال ذلك بالاحراز بالدار لان المالك لا يمكنه الانتفاع به الا بعد الدخول ولا يمكنه الدخول بنفسه لما فيه من مخاطرة الروح والقاء النفس في التهلكة وغيره قد لا يوافقوه ولو وافقه فقد لا يظفر به ولو ظفر به قلما يمكنهم الاسترداد لان الدار دارهم وأهل الدار يذوبون عن دارهم فاذا زال معنى الملك أو ما شرع له الملك يزول الملك ضرورة وكذلك لو استولوا على عبيدنا فهو على هذا الاختلاف لان العبد مال قابل للتملك بالاستيلاء ولهذا يحتمل التملك بسائر أسباب الملك بخلاف الاحرار والمدرين والمكتابين وأمهات الاولاد وهذا اذا دخلوا دار الاسلام فاستولوا على عبيد المسلمين وأحرزوه بدار الحرب فاما اذا أبق عبيداً وأمة ولحق بدار الحرب فأخذه الكفار لا يملكونه عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يملكونه وجه قولهم انهم استولوا على مال مباح غير مملوك فيملكونه قياساً على الدابة التي نذت من دار الاسلام الى دار الحرب فأخذها الكفار وسائر أموال المسلمين التي استولوا عليها والدليل على انهم استولوا على مال مباح غير مملوك انه كما دخل دار الحرب فقد زال ملك المالك لما ذكرنا في المسألة الاولى وزوال الملك لا يوجب زوال المالية ألا ترى أنه لا يوجب زوال الرق (وجه) قول أبي حنيفة ان الاستيلاء لم يصادف محله فلا يفيد الملك قياساً على الاستيلاء على الاحرار والمدرين والمكتابين وأمهات الاولاد ودلالة ان الاستيلاء لم يصادف محله ان محل الاستيلاء هو المال ولم يوجد لان المالية في هذا المحل انما ثبتت ضرورة ثبوت الملك للغائبين لان الاصل فيه هو الحرية وكما دخل دار الحرب فقد زال الملك كما ذكرنا في المسألة المتقدمة فزول المالية الثابتة ضرورة ثبوته فكان ينبغي ان يزول الرق أيضاً الا انه بقي شرعاً بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص بخلاف الدابة لان المالية فيها لا تثبت ضرورة ثبوت الملك لانها مال والاموال كلها محل لثبوت الملك وبخلاف الأبق المتردد في دار الاسلام لان الاستيلاء حقيقة صادفه وهو مال مملوك فكان ينبغي ان يثبت الملك للمال لوجود سببه الا أنه تأخر الى وقت الاحراز بالدار لانع وهو ملك المالك فاذا أحرزوه بدارهم فقد زال المانع لزوال الملك فيعمل الاستيلاء السابق وعمله في اثبات الملك والمالك لا يثبت الا في المال بقبية المالية ضرورة المرء هنا لاستيلاء حال كونه مالاً أصلاً وبعد ما وجد الاستيلاء مالية لزوال الملك فلم يصادف الاستيلاء محله فلا يفيد الملك والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان كيفية الحكم فنقول ملك المسلم يزول عن ماله باستيلاء الكفار عليه ويثبت لهم عندنا على وجهه جق الاعادة ما بعوض أو بعير عوض حتى لو ظهر عليهم المسلمون فأخذوها وأحرزوها بدار الاسلام فإن وجد المالك القديم قبل القسمة أخذته بعير شيء سواء كان من ذوات القسم أو من ذوات الامثال وان وجدته بعد القسمة فإن كان من ذوات الامثال لا يأخذه لانه لو أخذته لم يأخذ بمثله فلا يفيد وان لم يكن من ذوات الامثال يأخذه بقيمته ان شاء لان الأخذ بالقيمة مراعاة للجانبين جانب الملك القديم بايصاله الى قديم ملكه الخاص المأخوذ منه بعير عوض وجانب الغائبين بصيانة ملكهم الخاص عن الزوال من غير عوض فكان الأخذ بالقيمة نظراً للجانبين ومراعاة للحقين بخلاف ما اذا وجدته قبل القسمة انه يأخذ بعير شيء لان الثابت للغائبين قبل القسمة بعد الاحراز ليس الا الحق المتأكد وأما الملك العام فكانت الاعادة الى قديم الملك رعاية للملك الخاص أولى وقدر وى أن بعيراً لرجل من المسلمين استولى عليه أهل الحرب ثم ظهر عليهم المسلمون فوجده صاحبه في المغنم فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه فقال ان وجدته قبل القسمة فهو لك بعير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة وكذلك لو كان الحر بنى باع المأخوذ من المسلمين ثم ظهر عليه المسلمون فان المالك القديم يأخذه قبل القسمة بعير شيء وبعد القسمة بالقيمة لانه باعه مستحق الاعادة الى قديم

المالك فيق كذلك ولو كان المستولى عليه مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد ثم ظهر عليه المسلمون فاخرجوه الى دار الاسلام
أخذه المالك القديم بغير شيء قبل القسمة وبعدها لانه حر من وجهه والحر من وجهه أو من كل وجه لا يحتمل التملك
بالاستيلاء وهذا لا يحتمله بساًر أسباب الملك فاذا حصلوا في أيدي الغائبين وجب ردهم الى المالك القديم ولو وهب
الحر بنى مملكته بالاستيلاء لرجل من المسلمين أخذه المالك القديم بالقيمة ان شاء لان فيه نظر للجانبين على ما بينا
وكذلك لو باعه من مسلم بعوض فاسد بان باع من مسلم عبد المسلم بخمر أو خنزير أخذه صاحبه بقيمة العبد لان تسمية
الخنزير والخنزير لم تصح فكان هذا بيعاً فاسداً أو البيع الفاسد مضمون بقيمة المبيع فصار كأنه اشتراه بقيمته ولو لم يكن
العوض فاسداً أخذه بالثمن الذي اشتراه به ان شاء ان كان اشتراه بخلاف جنسه لان الاخذ عند اختلاف الجنس
مفيد وكذلك لو كان اشتراه بجنسه لكن باقل منه فانه يأخذه بمثل ما اشتراه ولا يكون هذار بالان الرافض
مال قصداً استحقاقه بالبيع من غير عوض يقابله والمالك القديم لا يأخذه بطريق البيع بل بطريق الإعادة الى قديم
ملكه فلا يتحقق الراباوان كان اشتراه بجنسه بمثله قدر ألا يأخذه لانه لا يفيد ولو اشتراه رجل من العدو ثم باعه من رجل
آخر ثم حضر المالك القديم أخذه من الثاني بالثمن الثاني وليس له ان ينقض البيع الثاني ويأخذ بالثمن الاول من
المشتري الاول في ظاهر الرواية وروى عن محمد رحمه الله في النوادر ان المالك بالخيار ان شاء نقض البيع وأخذه
بالثمن الاول وان شاء أخذه بالثمن الثاني (وجهه) رواية النوادر أن أخذ المالك القديم بملك بديل فاشبهه حق الشفعة
ثم حق الشفيع مقدم على حق المشتري فكذلكه والجامع ان حق كل واحد منهما سابق على حق المشتري والسبق
من أسباب الترجيح وجه ظاهر الرواية أنه لا ملك للمالك القديم في المحل بوجه بل هو زائل من كل وجه وانما
الثابت له حق الإعادة وانه ليس بمعنى في المحل فلا يمنع جواز البيع فلا يملك نقضه بخلاف حق الشفعة فان الشفيع
يملك نقض المشفوع فيقتضي الاخذ بالشفعة بملك البائع منه على ما عرف وعلى هذا الاصل اذا علم المالك القديم
بشراء المأسور وترك الطلب زماناً لا يبطل حتمه لان هذا الاخذ ليس في معنى الاخذ بالشفعة ليشترط له الطلب على
سبيل الموائمة وعلى قياس ما روى عن محمد رحمه الله يبطل كما يبطل حق الشفعة بترك الطلب على الموائمة وكذلك
هذا الحق يورث في ظاهر الرواية حتى لو مات المالك القديم كان لورثته أن يأخذه وعلى قياس ما روى عن محمد
رحمه الله لا يورث كما لا يورث حق الشفعة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان هذا الاخذ ليس ابتداءً بملك بل
هو إعادة الى قديم الملك بخلاف الاخذ بالشفعة وحق الإعادة الى قديم الملك مما يحتمل الارث كحق الرد بالعيب
وليس لبعض الورثة أن يأخذوا ذلك دون البعض لانه حق ثبت لكل فلا ينفرد به البعض ولو اشتري المأسور
رجل فادخله دار الاسلام ثم اشتراه العدو ثانياً فاشتراه رجل آخر فادخله دار الاسلام فالمشتري الاول أحق من
المالك القديم وليس للمالك القديم أن يأخذه من المشتري الثاني لانه لما أسر من يد المشتري الاول نزل المشتري الاول
منزلة المالك القديم فكان حق الاخذ له لكن اذا أخذه المشتري الاول فالمالك القديم أن يأخذه بالثمنين ان شاء أو
يدع لانه لما أخذه المشتري الاول بالثمن فقد قام عليه بالثمنين فكانه اشتراه بهذا القدر من المال ولم يوجد الا سراً أصلاً
ولو أعتق الحر بنى العبد المأسور في دار الحرب أو دبره أو كاتبه أو كانت أمة فاستولدها ثم ظهر المسلمون عليها فذلك
كله جائز وعتقت هي وأولادها وكذا المدبر والمكاتب (أما) اذا أعتقه فلان يده زالت عنه وهو مسلم فحصل في
يد نفسه فعتق عليه كالعبد الحر بي اذا خرج اليها مسلماً والاستيلاء دفع النسب والنسب يثبت في دار الحرب وقهر
الحر بنى كونه وان مات عتقت أم ولده كما اذا غلب عليه وعتق المدبر لهذا المعنى والمكاتب صار في يده نفسه زال يده
المولى عنه وهو مسلم فيعتق ولانه اذا قهر المولى سقط عنه بدل الكتابة فعتق زال رقبته ولو كان المأسور حرراً فاشتراه
مسلم وأخرجه الى دار الاسلام فلا شيء للمشتري على الحر لانه ما اشتراه حقيقة اذا لم يحتمل التملك لكنه بذل
مالاً لاستخلاص الاسير بغير اذنه فكان متطوعاً فيه فلا يملك الرجوع عليه وان أمره الحر بذلك ففعله بامر رجع

عليه لانه لما أمره بذلك فكانه استقرض منه هذا القدر من المال فاقرضه اياه ثم أمره أن يدفعه الى فلان ففعل فيرجع عليه بحكم الاستقراض ولو أسلم أهل الحرب ومتاع المسلمين الذي أحرزوه في أيديهم فهو لهم ولا حق للمالك القديم فيه لانه مال أسلموا عليه ومن أسلم على مال فهو له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا الذي ذكرنا حكم استيلاء الكافر فاما حكم الشراء فنقول الحر بي اذا خرج اليها فاشتري عبدا مسلما ثبت الملك له فيه عندنا لكنه يجبر على البيع وكذلك لو خرج اليها بعدده فاسلم في يده يجبر على البيع وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز شراء الكافر العبد المسلم وهي مسئلة كتاب البيوع فان لم يبعه حتى دخل دار الحرب به عتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يعتق وجه قولهما أن لا حراز الكافر ماله بدار الحرب أثر في زوال العصمة لا في زوال الملك فان مال الكافر مملوك لكنه غير معصوم وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان الثابت للحر بي بالشراء ملك مجبور على ازالته فلم يعتق بادخاله دار الحرب لم يبق الملك الثابت له شرعا بهذه الصفة لتعذر الجبر بالا حراز وجه فيؤدي الى تغيير المشروع وهذا لا يجوز ثم طريق الزوال هو الا حراز بالدار وان كان هو في الاصل شرط زوال الملك والعصمة في استيلاء الكفار لتعذر تحصيل العلة فاقيم الشرط مقامه على الاصل المعهود من اقامة الشرط مقام العلة عند تعذر تعليق الحكم بالعلة ولو اشترى عبدا ميا فهو على هذا الاختلاف أيضا لان الحر بي مجبور على بيع الذي أيضا ولا يترك لي دخل دار الحرب ولو أسلم عبد لحر بي في دار الحرب لا يعتق وهو عبد على حاله بالاجماع لان الملك وان كان واجب الزالة لكن لا طريق للزوال ههنا فبقى على حاله ولو خرج هذا العبد اليها فان خرج مراغما لمولاه ولحق بعسكر المسلمين عتق لان دار الحرب دار قهر وغلبة وقد قهر مولاه بخروجه مراغما اياه فصار مستويا على نفسه مستغنيا اياه افي زول ملك المالك عنه وقد روي انه عليه الصلاة والسلام قال في أباق الطائفه ولا عتقاء الله سبحانه وتعالى ولو خرج غير مراغم فان خرج باذن المولى للتجارة فهو عبد لمولاه لكن يبيعه الامام ويوقف ثمنه لمولاه أما كونه عبد المولاه فلا أنه لم يخرج قاهرا مستويا ولانه ملك مستحق الزوال بالاسلام وأما وقف ثمنه لمولاه فلا أنه باعه على ملكه وكذا لو لم يخرج مراغما ولكن ظهر المسلمون على الدار يعتق أيضا لانه لما أسلم فقد بقى عليه ملك مستحق الزوال محتاج الى طريق الزوال وقد وجد وهو احرار نفسه بمنه المسلمين وانه اسبق من احرار المسلمين اياه بدار الاسلام لملكه فكان أولى ولو لم يخرج ولم يظهر على الدار ولكن باعه الحر بي من مسلم أو حر بي عتق عند أبي حنيفة قبل المشتري البيع أو لم يقبل وعندهما لا يعتق وجه قولهما انه كما زال ملك البائع عنه فقد ثبت ملك المشتري فيه فلا يعتق وجه قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه ما ذكرنا ان هذا ملك مستحق الزوال موقوف واله على سبب الزوال أو شرط الزوال على ما بينا فاذا عرض على البيع والبيع سبب زوال الملك فقد رضى بزواله الى غيره فكان زواله اليه أرضى لانه استحق الزوال وغيره ما استحقه والرضا بالزوال شرط الزوال ولو أسلم حر بي في دار الحرب وله رقيق فيها فخرج هو الى دار الاسلام ثم تبعه عبده بعد ذلك كافرا كان أو مسلما فهو عبد لمولاه لان خر وجهه الى مولاه كخر وجهه مع مولاه ولو كان خر مع مولاه لكان عبد المولاه كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان الاحكام التي تختلف باختلاف الدارين فنقول لا بد أولا من معرفة معنى الدارين دار الاسلام ودار الكفر لتعرف الاحكام التي تختلف باختلافهما ومعرفة ذلك مبنية على معرفة ما به تصوير الدار دار اسلام أو دار كفر فنقول لا خلاف بين أصحابنا في ان دار الكفر تصوير دار اسلام بظهور أحكام الاسلام فيها واختلافها في دار الاسلام انها بماذا تصوير دار الكفر قال أبو حنيفة انها لا تصير دار الكفر الا بثلاث شرائط أحدها ظهور أحكام الكفر فيها والثاني ان تكون متاخمة لدار الكفر والثالث ان لا يبقى فيها مسلم ولا ذمى آمنا بالامان الاول وهو أمان المسلمين وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انها تصير دار الكفر بظهور أحكام الكفر فيها (وجه) قولهما ان قولنا دار الاسلام ودار الكفر اضافة دار الى الاسلام والى الكفر وانما تضاف الدار الى الاسلام أو الى الكفر

لظهور الاسلام أو الكفر فيها كما تسمى الجنة دار السلام والنار دار البوار لوجود السلامة في الجنة والبوار في النار وظهور الاسلام والكفر بظهور أحكامهما فاذا ظهر أحكام الكفر في دار فقد صارت دار كفر فصحت الاضافة ولهذا صارت الدار دار الاسلام بظهور أحكام الاسلام فيها من غير شريطة أخرى فكذا تصير دار الكفر بظهور أحكام الكفر فيها والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان المقصود من اضافة الدار الى الاسلام والكفر ليس هو عين الاسلام والكفر وانما المقصود هو الامن والخوف ومعناه ان الامان ان كان للمسلمين فيها على الاطلاق والخوف للكفرة على الاطلاق فهي دار الاسلام وان كان الامان فيها للكفرة على الاطلاق والخوف للمسلمين على الاطلاق فهي دار الكفر والاحكام مبنية على الامن والخوف لا على الاسلام والكفر فكان اعتبار الامن والخوف أولى فإلم تقع الحاجة للمسلمين الى الاستئذان بقي الامن الثابت فيها على الاطلاق فلا تصير دار الكفر وكذا الامن الثابت على الاطلاق لا يزول بالمتاخمة لدار الحرب فتوقف صير وتهادار الحرب على وجودهما مع ما ان اضافة الدار الى الاسلام احتمل ان يكون لما قلتم واحتمل ان يكون لما قلنا وهو ثبت الامن فيها على الاطلاق للمسلمين وانما يثبت للكفرة بعارض الذمة والاستئذان فان كانت الاضافة لما قلتم تصير دار الكفر بما قلتم وان كانت الاضافة لما قلنا لا تصير دار الكفر الا بما قلنا فلا تصير مابه دار الاسلام بيقين دار الكفر بالشك والاحتمال على الاصل المعهود ان الثابت بيقين لا يزول بالشك والاحتمال بخلاف دار الكفر حيث تصير دار الاسلام لظهور أحكام الاسلام فيها لان هناك الترجيح لجانب الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام الاسلام يعلم ولا يعلم فزال الشك على ان الاضافة ان كانت باعتبار ظهور الاحكام لكن لا تظهر أحكام الكفر الا عند وجود هذين الشرطين أعني المتاخمة وزوال الامن الاول لانها لا تظهر الا بالمنعة ولا بمنعة الابهما والله سبحانه وتعالى أعلم وقياس هذا الاختلاف في أرض لاهل الاسلام ظهر عليها المشركون وأظهر وا فيها أحكام الكفر أو كان أهلها أهل ذمة فتقضوا الذمة وأظهر وا أحكام الشرك هل تصير دار الحرب فهو على ما ذكرنا من الاختلاف فاذا صارت دار الحرب حكمها اذا ظهر نا عليها وحكم سائر دور الحرب سواء وقد ذكرناه ولو فتحها الامام ثم جاء أربابها فان كان قبل القسمة أخذوا بغير شيء وان كان بعد القسمة أخذوا بالقيمة ان شاءوا لما ذكرنا من قبل وعاد المأخوذ على حكمه الاول الخراجي عاد خراجياً والعشري عاد عشرى بالان هذا ليس استحداث الملك بل هو عود قديم الملك اليه فيعود بوظيفته الا اذا كان الامام وضع عليها الخراج قبل ذلك فلا يعود عشرياً لان تصرف الامام صدر عن ولاية شرعية فلا يحتمل النقص والله تعالى اعلم

فصل وأما الاحكام التي تختلف باختلاف الدارين فانواع منها ان المسلم اذا زان في دار الحرب أو سرق أو شرب الخمر أو قتل مسلماً لا يؤخذ بشيء من ذلك لان الامام لا يقدر على إقامة الحدود في دار الحرب لعدم الولاية ولو فعل شيئاً من ذلك ثم رجع الى دار الاسلام لا يقيم عليه الحد أيضاً لان الفعل لم يقع موجباً أصلاً ولو فعل في دار الاسلام ثم هرب الى دار الحرب يؤخذ به لان الفعل وقع موجباً للإقامة فلا يسقط بالهرب الى دار الحرب وكذلك اذا قتل مسلماً لا يؤخذ بالقصاص وان كان عمداً لتعذر الاستيفاء الا بالمنعة اذ الواحد يقاوم الواحد والمنعة منعدمة ولان كونه في دار الحرب أو رث شبهة في الوجوب والقصاص لا يجب مع الشبهة ويضمن الدية خطأ كان أو عمداً وتكون في ماله لا على العاقلة لان الدية تجب على القاتل ابتداءً ولان القتل وجد منه ولهذا وجب القصاص والكفارة على القاتل لا على غيره فكذا الدية تجب عليه ابتداءً وهو الصحيح ثم العاقلة تتحمل عنه بطريق التعاون لما يصل اليه بحياته من المنافع من النصر والعز والشرف بكثرة العشائر والبر والاحسان لهم ونحو ذلك وهذه المعاني لا تحصل عند اختلاف الدارين فلا تتحمل عنه العاقلة وكذلك لو كان أمير أعلى سرية أو أمير جيش وزنا رجل منهم أو سرق أو شرب الخمر أو قتل مسلماً خطأ أو عمداً لم يأخذه الامير بشيء من ذلك لان الامام ما فوض اليه اقامة

الحدود والقصاص لعلمه انه لا يقدر على اقامتها في دار الحرب الا أنه يضمنه السرقة ان كان استهلكها ويضمنه الدية في باب القتل لانه يقدر على استيفاء ضمان المال ولو غزا الخليفة أو أمير الشام ففعل رجل من العسكر شيئاً من ذلك أقام عليه الحد واقتص منه في العمد وضمنه الدية في ماله في الخطأ لأن إقامة الحد ودالي الامام وتمكنه الاقامة بماله من القوة والشوكة باجتماع الجيوش وانقيادها له فكان لعسكره حكم دار الاسلام ولو شذرجل من العسكر ففعل شيئاً من ذلك درى عنه الحد والقصاص لاقتصار ولاية الامام على العسكر وعلى هذا يخرج الحر بي اذا أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها فقتله مسلم عمداً أو خطأ لانه لا قصاص عليه عندنا على ما ذكرنا وهذا مبني على ان التقوم عندنا يثبت بدار الاسلام لان التقوم بالعزة ولا عزة الا بمنعة المسلمين وعند الشافعي رحمه الله التقوم يثبت بالاسلام وعلى هذا اذا أسلم الحر بي في دار الحرب ولم يعرف ان عليه صلاة ولا صياماً ثم خرج الى دار الاسلام فليس عليه قضاء ماضى وقال أبو يوسف أستحسن ان يحجب عليه القضاء (وجه) قوله ان الصلاة قد وجبت عليه لوجود سبب الوجوب وهو الوقت وشرطه وهو الاسلام والصلاة الواجبة اذا قامت عن وقتها تقضى كالذي اذا أسلم في دار الاسلام ولم يعرف ان عليه ذلك حتى مضى عليه أوقات صلوات ثم علم (وجه) قول أبي حنيفة ان وجوب الشرائع يعتمد البلوغ وهو العلم بالوجوب لان وجوبها لا يعرف الا بالشرع بالاجماع ان اختلف في وجوب الايمان الا ان حقيقة العلم ليست بشرط بل امكان الوصول اليه كاف وقد وجد ذلك في دار الاسلام لانها دار العلم بالشرائع ولم يوجد في دار الحرب لانها دار الجهل بها بخلاف وجوب الايمان وشكر النعم وحرمة الكفر والكفران ونحو ذلك لان هذه الاحكام لا يقف وجوبها على الشرع بل تجب بمجرد العقل عندنا فان أبا يوسف روى عن أبي حنيفة رحمه الله هذه العبارة فقال كان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول لا عذر لاحد من الخلق في جهله معرفة خاتمه لان الواجب على جميع الخلق معرفة الرب سبحانه وتعالى وتوحيده لما يرى من خلق السموات والارض وخلق نفسه وسائر ما خلق الله سبحانه وتعالى فاما الفرائض فن لم يعلمها ولم تبلغه فان هذا لم تتم عليه حجة حكيمة بلفظه وعلى هذا اذا دخل مسلم أو ذمى دار الحرب بامان فعاقد حر بيا عقد الربا أو غيره من العقود الفاسدة في حكم الاسلام جاز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذلك لو كان أسيراً في أيديهم أو أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها فعاقد حر بياً وقال أبو يوسف لا يجوز للمسلم في دار الحرب الا ما يجوز له في دار الاسلام (وجه) قوله ان حرمة الربا ثابتة في حق العاقدين أما في حق المسلم فظاهر وأما في حق الحر بي فلان الكفار مخاطبون بالحرمة وقال تعالى جل شأنه وأخذهم الربا وقد نهوا عنه ولهذا حرم مع الذمى والحر بي الذي دخل دارنا بامان (وجه) قولهما ان أخذ الربا في معنى اتلاف المال واتلاف مال الحر بي مباح وهذا لانه لا عصمة للمال الحر بي فكان المسلم يسبيل من أخذه الا بطريق القدر والخيانة فاذا رضى به انعدم معنى القدر بخلاف الذمى والحر بي المستأمن لان أموالهما معصومة على الاتلاف ولو عاقد هذا المسلم الذي دخل بامان مسلماً أسلم هناك ولم يهاجر اليها جاز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز ولو كانا أسيرين أو دخلا بامان للتجارة فتعاقدا عقد الربا أو غيره من البياعات الفاسدة لا يجوز بالاتفاق (وجه) قولهما ان أخذ الربا من المسلم اتلاف مال معصوم من غير رضاه معنى لان الشرع حرم عليه ان يطيب نفسه بذلك بقوله عليه الصلاة والسلام من زاد واستزاد فقد أربى والساقط شرعاً والعدم حقيقة سواء فاشبهه تعاقد الأسيرين والتاجرين (وجه) قول أبي حنيفة رضى الله عنه ان أخذ الربا في معنى اتلاف المال ومال الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها غير مضمون بالاتلاف يدل عليه ان نفسه غير مضمونة بالقصاص ولا بالدية عندنا وحرمة المال تابعة لحرمة النفس بخلاف التاجرين والأسيرين فان مالهما مضمون بالاتلاف وعلى هذا اذا دخل مسلم دار الحرب بامان فادانه حر بي أو اذان حر بياً ثم خرج المسلم وخرج الحر بي مستأمناً فان التقاضى لا يقضى لواحد منهما على صاحبه بالدين وكذلك لو غصب أحدهما صاحبه شيئاً لا يقضى بالنصب لان المدانية في دار الحرب وقعت هدرأ

لا نعدم ولا يتنا عليهم وانعدام ولا يتم أيضاً في حقنا وكذا غصب كل واحد منهما مصادف ما لا غير مضمون فلم ينعقد سبباً لوجوب الضمان وكذلك لو كانا حريين دأب أحدهما صاحبه ثم خر جاً مستأمنين ولو خر جاً مسلمين لقضى بالدين لثبوت الولاية ولا يقضى بالغصب لما بينا إلا أن المسلم لو كان هو الغاصب يفتى بأن يرد عليهم ولا يقضى عليه لأنه صار غادراً بهم ناقضاً عهدهم فتلزمه التوبة ولا تحقق التوبة إلا برد المغصوب يردوه وعلى هذا مسلمان دخلاً دار الحرب بامان بان كانا تاجرين مثلاً فقتل أحدهما صاحبه عمداً لا قصاص على القاتل لما بينا وإن كان خطأ فعليه الدية في ماله والكفارة لأنهما من أهل دار الإسلام وانما دخلاً دار الحرب لعارض أمر إلا أنه يجب القصاص للشبهة أو لتعذر الاستيفاء على ما بينا ولو كانا أسيرين أو كان المقتول أسيراً مسلماً فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما عليه الكفارة والدية (وجه) قولهما أن الأسيرين من أهل دار الإسلام كالمستأمنين وانما الأسر أمر عارض ولا بي حنيفة رضي الله عنه أن الأسير متهور في يد أهل الحرب فصارتا بعلهم فبطل تقومه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الحربي إذا اعتق عبده الحربي في دار الحرب لا ينفذ عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله ينفذ وقيل لا خلاف في العتق أنه ينفذ انما الخلاف في الولاء أنه هل يثبت منه عندهما لا يثبت وعند أبي حنيفة (وجه) قوله أن ركن الاعتراف صدر من أهل الاعتراف في محل مملوك للمعتق فيصح كالأعتاق في دار الإسلام (وجه) قولهما أن الاعتراف في دار الحرب لا يفيد زوال الملك لأن الملك في دار الحرب بالقهر والغلبة حقيقة فكل مقهور مملوك وكل قاهر مالك هذا دأبهم فأنهم لا يعرفون سوى القدرة الحقيقية حتى أن العبد منهم إذا قهر مولاه بعير هو مالك ومولاه مملوك وهذا لا يفيد الاعتراف في دار الحرب فلا يوجب زوال ملك المالك هذا معنى قول مشايخنا لا بي حنيفة رضي الله عنه معتق بلسانه مسترق بيده وكذلك لو اشترى قريشاً لا يعتق عليه لأنه لا يعتق بصريح الاعتراف فكيف يعتق بالشراء وكذلك لو دبره أو كاتبه في دار الحرب حتى لو دخل دار الإسلام ومعه مدبر أو مكاتب دبره أو كاتبه في دار الحرب جاز بيعه لأن التدبير اعتاق مضاف إلى ما بعد الموت والكتابة تعليق العتق بشرط اداء بدل الكتابة ثم لم ينفذ اعتاقه المنجز فكذلك المعلق والمضاف ولو استولد أمتة في دار الحرب صح استيلاده إياها حتى لو خرج اليها إلى دار الإسلام لا يجوز بيعها لأن الاستيلاد اكتساب ثبات النسب للولد والحربي من أهل ذلك ألا ترى أن أنساب أهل الحرب ثابتة وإذا ثبت النسب صارت أم ولد له فخرجت عن محلية البيع لكونها حرة من وجه قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها ونودخل الحربي اليها بامان ففعل شيئاً من ذلك فقد كاهل لأنه لما دخل بامان فقد لزمه أحكام الإسلام ما دام في دار الإسلام ومن أحكام الإسلام أن لا يملك المعتق أن يسترق بيده ما أعتقه بلسانه ولو دبر عبده في دار الإسلام ثم رجع إلى دار الحرب وخلف المدبر أو خلف أم ولده التي استولدها في دار الإسلام أو في دار الحرب ثم مات على كفره أو قتل أو أسرى يحكم بعقوبتهما أما إذا مات أو قتل فظاهر لأن أم الولد والمدبر يعتقان بموت سيدهما والمقتول ميت باجله وإن رغب أنف المعتزلة (وأما) إذا أسرفلانه صار مملوكاً فلم يبق مالكاً ضرورة وأما مكاتبه الذي كاتبه في دار الإسلام ودخل هو إلى دار الحرب فهو مكاتب على حاله وبطل الكتابة عليه لو رثته إذا مات وكذلك الرهون والودائع والديون التي له على الناس وما كان للناس عليه فهي كلها على حالها إذا مات لأنه دخل دار الإسلام بامان ومعه هذه الأموال فكان حكم الأمان فيها باقياً وكذلك لو ظهر على الدار فظهر الحربي أو قتل ولم يظهر على الدار فلملكه على حاله يعود فياً خذاً أو يحبس ورثته فياً خذونه له أما إذا هرب ولم يقتل ولم يؤسر فظاهر وأما إذا قتل ولم يظهر فلان ماله صار ميراثاً لورثته فيجيئون فياً خذونه والمكاتب على حاله يؤدي إلى ورثته فيعتق فاما إذا ظهر وأسر أو أسرى ولم يظهر أو ظهر وقتل يعتق مكاتبه أما إذا ظهر وأسر أو أسرى ولم يظهر فظاهر لأنه ملك بالأسر وكذا إذا ظهر وقتل لأن القتل بعد الظهور وقتل بعد الأسر ويبطل ما كان له من الدين لما ذكرناه بالأسر صار مملوكاً فلم يبق مالكاً

فستقطت ديونه ضرورة ولا يصير مال كالا لاسر لان الدين في الذمة وما في الذمة لا يعمل عليه الاسر وكذلك ما عليه من الديون يسقط أيضاً لأنه لو بقي لتعلق برقبته فلا يخلص السبي للسابي وأما ودائعهم فهي في جماعة المسلمين وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنها تكون فيئاً للمودع (ووجهه) ان يده عن يد الغائبين أسبق والمباح مباح لمن سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وجه ظاهر الرواية ان يد المودع يده تقديراف كان الاستيلاء عليه بالاسر استيلاء على ما في يده تقديراف ولا يختص به الغائبون لانه مال لم يؤخذ على سبيل القهر والغلبة حقيقة فكان فيئاً حقيقة لا غنيمة فيوضع موضع النفي وأما الرهن فعند أبي يوسف يكون للمرتبة بدينه والزيادة له وعند محمد رحمه الله يباع فيستوفي قدر دينه والزيادة في جماعة المسلمين والله تعالى أعلم

فصل في بيان أحكام المرتدين فالكلام فيه في مواضع في بيان ركن الردة وفي بيان شرائط صحة الركن وفي بيان حكم الردة اماركنها فواجراء كلمة الكفر على اللسان بعد وجود الايمان اذ الردة عبارة عن الرجوع عن الايمان فالرجوع عن الايمان يسمى ردة في عرف الشرع واما شرائط تحتها فأنواع منها العقل فلا تصح ردة المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرائط الاهلية خصوصاً في الاعتقادات ولو كان الرجل ممن يحسن ويفيق فان ارتد في حال جنونه لم يصح وان ارتد في حال افاقته صح لوجود دليل الرجوع في احدى الخالتين دون الاخرى وكذلك السكران اذا ذهب العقل لا تصح ردة استحسننا والقياس ان تصح في حق الاحكام (وجه) القياس ان الاحكام مبنية على الاقرار بظاهر اللسان لا على ما في القلب اذ هو أمر باطن لا يوقف عليه (وجه) الاستحسان ان أحكام الكفر مبنية على الكفر كما ان أحكام الايمان مبنية على الايمان والايان والكفر يرجعان الى التصديق والتكذيب وانما الاقرار دليل عليهما واقرار السكران اذا ذهب العقل لا يصلح دلالة على التكذيب فلا يصح اقراره وأما البلوغ فهل هو شرط اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ليس بشرط فتصح ردة الصبي العاقل وقال أبو يوسف رحمه الله شرط حتى لا تصح ردة (وجه) قوله ان عقل الصبي في التصرفات الضارة المحضة ملحق بالعدم ولهذا لم يصح طلاقه واعتاقه وتبرعته والردة مضرة محضة فاما الايمان فيقع محض لذلك صح ايمانه ولم تصح ردة (وجه) قولهما انه صح ايمانه فتصح ردة وهذا لان صحة الايمان والردة مبنية على وجود الايمان والردة حقيقة لان الايمان والكفر من الافعال الحقيقية وهما أفعال خارجة القلب بمنزلة أفعال سائر الجوارح والاقرار الصادرة عن عقل دليل وجودهما وقد وجدتهما الا انهما مع وجودهما حقيقة لا يقتل ولكن يحبس لما نذر ان شاء الله تعالى والقتل ليس من لوازم الردة عندنا فان المرتدة لا تقتل بخلاف بين أصحابنا والردة موجودة واما الذكورة فليست بشرط فتصح ردة المرأة عندنا لكنها لا تقتل بل تحجر على الاسلام وعند الشافعي رحمه الله تقتل وستأى المسألة في موضعها ان شاء الله تعالى ومنها الطوع فلا تصح ردة المكروه على الردة استحسننا اذا كان قلبه مطمئناً بالايمان والقياس ان تصح في أحكام الدنيا وسند ذكر وجه القياس والاستحسان في كتاب الاكراه ان شاء الله تعالى وأما حكم الردة فنقول والله تعالى التوفيق ان للردة أحكاماً كثيرة بعضها يرجع الى نفس المرتد وبعضها يرجع الى ملكه وبعضها يرجع الى تصرفاته وبعضها يرجع الى ولده أما الذي يرجع الى نفسه فأنواع منها اباحه دمه اذا كان رجلاً حراً كان أو عبداً لسقوط عصمته بالردة قال النبي صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وكذا العرب لما ارتدت بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم أجمعت الصحابة رضي الله عنهم على قتلهم ومنها انه يستحب أن يستتاب ويعرض عليه الاسلام لاحتمال ان يسلم لكن لا يجب لان الدعوة قد بلغت فان أسلم فمرحباً واهلاً بالاسلام وان أبى نظر الامام في ذلك فان طمع في توبته أو سأل هو التأجيل أجله ثلاثة أيام وان لم يطعم في توبته ولم يسأل هو التأجيل قتله من ساعته والاصل فيه ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قدم عليه رجل من جيش المسلمين فقال هل عندكم من مغيرة خبر قال نعم رجل كفر بالله تعالى بعد اسلامه فقال سيدنا عمر رضي الله عنه ماذا

فان المرتد لا يسترق وان لحق بدار الحرب لانه لم يشرع فيه الا الاسلام أو السيف اقول له سبحانه وتعالى تقا تلونهم أو يسلمون وكذا الصحابة رضی الله عنهم أجمعوا عليه في زمن سيدنا أبي بكر رضي الله عنه ولان استرقاق الكافر للتوسل الى الاسلام واسترقاقه لا يقع وسيلة الى الاسلام على ما مر من قبل ولهذا لم يحز ابقاؤه على الحرية بخلاف المرتدة اذا لحقت بدار الحرب انها تسترق لانه لم يشرع قتلها ولا يجوز ابقاء الكافر على الكفر الا مع الجزية أو مع الرق ولا جزية على النسوان فكان ابقاؤها على الكفر مع الرق أنفع للمسلمين من ابقائها من غير شيء وكذا الصحابة رضی الله عنهم استرقوا نساء من ارتد من العرب وصبيانهم حتى قيل ان أم محمد ابن الحنفية وهي خولة بنت اياس كانت من سبي بني حنيفة ومنها حرمة أخذ الجزية فلا تؤخذ الجزية من المرتد لما ذكرنا ومنها ان العاقلة لا تعقل جانيته لما ذكرنا من قبل ان موجب الجناية على الجاني وانما العاقلة تتحمل عنه بطريق التعاون والمرتد لا يعاون ومنها الفرقة اذا ارتد أحد الزوجين ثم ان كانت الردة من المرأة كانت فرقة بغير طلاق بالاتفاق وان كانت من الرجل ففيه خلاف مذكور في كتاب النكاح ولا ترتفع هذه الفرقة بالاسلام ولو ارتد الزوجان معا أو أسلما معا فمعا على نكاحهما عندنا وعند زفر رحمه الله فسد النكاح ولو أسلم أحدهما قبل الآخر فسد النكاح بالاجماع وهي من مسائل كتاب النكاح ومنها انه لا يجوز انكاحه لانه لا ولاية له ومنها حرمة ذبيحته لانه لا ماله لما ذكرنا ومنها انه لا يرث من أحد لا نعدام الملة والولاية ومنها انه تحبط أعماله لكن بنفس الردة عندنا وعند الشافعي رحمه الله بشرطة الموت عليها وهي مسألة كتاب الصلاة ومنها انه لا يجب عليه شيء من العبادات عندنا لان الكفار غير مخاطبين بشرائع هي عبادات عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب عليه وهي من مسائل أصول الفقه وأما الذي يرجع الى ماله فثلاثة أنواع حكم الملك وحكم الميراث وحكم الدين أما الاول فنقول لا خلاف في أنه اذا أسلم تكون أمواله على حكم ملكه ولا خلاف أيضا في أنه اذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب تزول أمواله عن ملكه واختلف في أنه تزول بهذه الأسباب مقصورا على الحال أم بالردة من حين وجودها على التوقف فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ملك المرتد لا يزول عن ماله بالردة وانما يزول بالموت أو القتل أو بالحاق بدار الحرب وعند أبي حنيفة رضي الله عنه الملك في أمواله موقوف على ما يظهر من حاله وعلى هذا الاصل بنى حكم تصرفات المرتد انها جائزة عندهما كما تجوز من المسلم حتى لو اعتق أو دبر أو كاتب أو باع أو اشترى أو وهب فذلك كله وعقده تصرفاته موقوفة لوقوف أملاكه فان أسلم جاز كله وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطل كله (وجهه) قولهما ان الملك كان ثابتا له حالة الاسلام لوجود سبب الملك وأهليته وهي الحرية والردة لا تؤثر في شيء من ذلك ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية الجواز فقال أبو يوسف رحمه الله جوازها جواز تصرف الصحيح وقال محمد رحمه الله جواز تصرفات المريض مرض الموت (وجهه) قول محمد رحمه الله ان المرتد على شرف التلف لانه يقتل فاشبهه المريض مرض الموت وجهه قول أبي يوسف ان اختيار الاسلام بيده فيمكنه الرجوع الى الاسلام فيخلص عن القتل والمريض لا يمكنه دفع المرض عن نفسه فاني تشابهان (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله انه وجد سبب زوال الملك وهو الردة لانها سبب لجوب القتل والقتل سبب لحصول الموت فكان زوال الملك عند الموت مضافا الى السبب السابق وهو الردة ولا يمكنه الهلاك بدار الحرب بامواله لانه لا يمكن من ذلك بل يقتل فيبقى ماله فاضلا عن حاجته فكان ينبغي ان يحكم بزوال ملكه للحال الا اننا توقعنا فيه لاحتمال العود الى الاسلام لانه اذا عادت رفعة الردة من الاصل ويجعل كان لم يكن فكان التوقف في الزوال للحال لاشتباه العاقبة فان أسلم تبين ان الردة لم تكن سببا لزوال الملك لارتفاعها من الاصل فتبين ان تصرفه صايف محله فيصح وان قتل أو مات أو لحق بدار الحرب تبين انها وقعت سببا للزوال من حين وجودها فتبين ان الملك كان زائلا من حين وجود الردة لان الحكم لا يتخلف عن سببه فلم يصادف التصرف محله فبطل فاما قبل ذلك كان ملكه موقوفا فكانت تصرفاته المبنية عليه موقوفة ضرورة وأجمعوا على انه يصح استيلاؤه حتى انه لو استولد امته قادعى ولدها انه يثبت

النسب وتصير الجارية أم ولد له أما عندهما فلان المحل مملوك له ملكاً تاماً (وأما) عند أبي حنيفة رحمه الله فلا أن الملك الموقوف لا يكون أدنى حالاً من حق الملك ثم حق الملك يكفي لصحة الاستيلاء فهذا أولى وأجمع وأعلى أنه يصح طلاقه وتسليمه الشفعة لأن الردة لا تؤثر في ملك النكاح والثابت للشفيع حق لا يحتمل الارث ومما وضته موقوفة بالاجماع لانها مبنية على المساواة (وأما) المرتدة فلا يزول ملكها عن أموالها بخلاف فتيجوز تصرفاتها في مالها بالاجماع لانها لا تقتل فلم تكن ردتها سبباً لزوال ملكها عن أموالها بخلاف فتيجوز تصرفاتها وإذا عرف حكم ملك المرتدة وحال تصرفاته المبنية عليه حال المرتدة لا يخلو من أن يسلم أو يموت أو يقتل أو يلحق بدار الحرب فإن أسلم فقد عاد على حكم ملكه القديم لأن الردة ارتفعت من الأصل حكماً وجعلت كأن لم تكن أصلاً وإن مات أو قتل صار ماله لورثته وعق أمهات أولاده ومدبره ومكاتبه إذا أدى إلى ورثته ونحل الديون التي عليه وتقضى عنه لأن هذه أحكام الموت وكذلك إذا لحق بدار الحرب مرتد أو قضى القاضي بلحاظه لأن اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق زوال ملكه عن أمواله المتروكة في دار الاسلام لأن زوال الملك عن المال بالموت حقيقة لكونه مالا فاضلاً عن حاجته لا تنهأ حاجته بالموت وعجزه عن الانتفاع به وقد وجد هذا المعنى في اللحاق لأن المال الذي في دار الاسلام خرج من أن يكون منتفعاً به في حقه لعجزه عن الانتفاع به فكان في حكم المال الفاضل عن حاجته لعجزه عن قضاء حاجته به فكان اللحاق بمنزلة الموت في كونه مزيلاً للملك فإذا قضى القاضي باللحاق يحكم بعق أمهات أولاده ومدبره ويقسم ماله بين ورثته ونحل ديونه المؤجلة لأن هذه أحكام متعلقة بالموت وقد وجد معنى وأما المكاتب فيؤدي إلى ورثته فيعتق وإذا عتق فولأه للمرتد لأنه المعتق ولو لحق بدار الحرب ثم عاد إلى دار الاسلام مسلماً فهذا لا يخلو من أحد وجهين أحدهما أن يعود قبل قضاء القاضي بلحاظه بدار الحرب والثاني أن يعود بعد ذلك فإن عاد قبل أن يقضى القاضي بلحاظه عاد على حكم أملاكه في المدبرين وأمهات الأولاد وغير ذلك لما ذكرنا أن هذه الأحكام متعلقة بالموت واللعنات بدار الحرب ليس بموت حقيقة لكنه يلحق بالموت إذا اتصل به قضاء القاضي باللحاق فإذا لم يتصل به لم يلحق فإذا عاد يعود على حكم ملكه وإن عاد بعد ما قضى القاضي باللحاق فما وجد من ماله في يد ورثته بحاله فهو أحق به لأن ولده جعل خلفاً له في ماله فكان تصرفه في ماله بطريق الخلافة له كأنه وكيله فله أن يأخذ ما وجدته قائماً على حاله وما زال ملك الوارث عنه بالبيع أو بالعق فلا رجوع فيه لأن تصرف الخلف كتصرف الأصل بمنزلة تصرف الوكيل وأما ما عتق الحاكم من أمهات أولاده ومدبره فلا سبيل عليهم لأن الاعتاق مما لا يحتمل الفسخ وكذا المكاتب إذا كان أدى المال إلى الورثة لا سبيل عليه أيضاً لأن المكاتب عتق بقاء المال والعق لا يحتمل الفسخ وما أدى إلى الورثة إن كان قائماً أخذ وإن زال ملكهم عنه لا يجب عليهم ضمانه كسائر أموال المأثمين وإن كان لم يؤد بدل الكتابة بعد يؤخذ بدل الكتابة وإن عجز عادر قيقاله ولو رجع كافر إلى دار الاسلام وأخذ طائفة من ماله وأدخلها إلى دار الحرب ثم ظهر المسلمون عليه فإن رجع بعد ما قضى بلحاظه فالورثة أحق به وإن وجدته قبل القسمة أخذته بحال بلا عوض وإن وجدته بعد القسمة أخذته بالقسمة في ذوات القيم لأنه إذا لحق وقضى بلحاظه فقد زال ملكه إلى الورثة فهذا مال مسلم استولى عليه الكافر وأحرزه بدار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار فوجدته المال القديم فالحكم فيه ما ذكرنا وإن رجع قبل الحكم باللحاق ففيه روايتان في رواية هذا ورجوعه بعد الحكم باللحاق سواء وفي رواية أنه يكون فيأحق للورثة فيه أصلاً والله سبحانه وتعالى أعلم ولوجني المرتد جناية ثم لحق بدار الحرب ثم عاد إلى الدنيا فما كان من حقوق العباد كالقتل والعصب والقذف يؤخذ به وما كان من حقوق الله تبارك وتعالى كالزنا والسرقة وشرب الخمر يسقط عنه لأن اللحاق بلحق بالموت فيورث شبهة في سقوط ما يسقط بالشبهات ولو فعل شيئاً من ذلك بعد اللحاق بدار الحرب ثم مات لم يؤخذ بشيء منه لأن فعله لم ينمقدهم موجباً لصيرورته في حكم أهل الحرب هذا الذي ذكرنا حكم ماله الذي خلفه في دار الاسلام وأما الذي لحق به في دار

الحرب فهو ملكه حتى لو ظهر المسلمون عليه يكون فيألان ملك الورثة لم يثبت في المال المحمول الى دار الحرب فبقى على ملك المرتد وهو غير معصوم فكان محل التملك بالاستيلاء لسائر أموال أهل الحرب وأما حكم الميراث فنقول لا خلاف بين أصحابنا رضي الله عنهم في ان المال الذي اكتسبه في حالة الاسلام يكون ميراثاً لورثته المسلمين اذا مات أو قتل أو لحق وقضى بالحق وقال الشافعي رحمه الله هو فيء واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر نفي ان يرث المسلم الكافر ووارثته مسلم فيجب ان لا يرثه (ولنا) ما روى ان سيدنا علياً رضي الله عنه قتل المستورد العجلي بالردة وقسم ماله بين ورثته المسلمين وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه أنكر منكر عليه فيكون اجماعاً من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولان الردة في كونها سبباً لزوال الملك كالموت على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه على ما قررناه فاذا ارتد فهذا مسلم مات فيرثه المسلم فكان هذا ارث المسلم من المسلم لان الكافر فقد قلنا بموجب الحديث بحمد الله تعالى وأما على أصلهما فالردة ان كانت لا توجب زوال الملك يمكن احتمال العود الى الاسلام ألا ترى انه يجرى على الاسلام فيبقى على حكم الاسلام في حق حكم الارث وذلك جائز ألا ترى انه بقي على حكم الاسلام في حق المنع من التصرف في الخمر والخمر يرفع ان يبقى عليه في حق حكم الارث أيضاً فلا يكون ارث المسلم من الكافر فيكون عملاً بالحديث أيضاً والله سبحانه وتعالى أعلم واختلفوا في المال الذي اكتسبه في حال الردة قال أبو حنيفة رضي الله عنه هو فيء وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو ميراث (وجه) قولهما ان كسب الردة ملكه لوجود سبب الملك من أهل الملك في محل قابل ولا شك ان المرتد أهل الملك لان أهلية الملك بالحرية والردة لا تنافيها بل تنافي ما ينافيها وهو الرق اذا المرتد لا يحتل الاسترقاق واذا ثبت ملكه فيه احتمل الانتقال الى ورثته بالموت أو ما هو في معنى الموت على ما بينا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان الردة سبب لزوال الملك من حين وجودها بطريق الظهور على ما بينا ولا وجود للشئ مع وجود سبب زواله فكان الكسب في الردة مالا لا مالك له فلا يحتل الارث فيوضع في بيت مال المسلمين كاللقطة ثم اختلفوا فيما يورث من مال المرتد انه يعتبر حال الوارث وهي أهلية الورثة وقت الردة أم وقت الموت أم من وقت الردة الى وقت الموت فنسند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعتبر أهلية الورثة وقت الموت لان ملك المرتد انما يزول عندهما بالموت فتعتبر الأهلية في ذلك الوقت لا غير وعن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية في رواية يعتبر وقت الردة لا غير حتى لو كان أهلاً وقت الردة ورث وان زالت أهليته بعد ذلك وفي رواية يعتبر دوام الأهلية من وقت الردة الى وقت الموت (وجه) هذه الرواية ان الارث يثبت بطريق الاستناد لا بطريق الظهور لان الموت أمر لا بد منه للارث والقول بالارث بطريق الظهور ايجاب الارث قبل الموت ولا سبيل اليه فاذا وجد الموت يثبت الارث ثم يستند الى وقت وجود الردة وزوال الأهلية فيما بين الوقتين يمنع من الاستناد فيشترط دوام الأهلية من وقت الردة الى وقت الموت حتى لو كان بعض الورثة مسلماً وقت الردة ثم ارتد عن الاسلام قبل موت المرتد لا يورث وكذا اذا مات قبل موته أو المرأة تقضت عدها قبل موته (وجه) الرواية الاولى ان الارث يتبع زوال الملك والملك زال بالردة من وقت وجودها فيثبت الارث في ذلك الوقت بطريق الظهور قوله هذا ايجاب الارث قبل الموت قلنا هذا ممنوع بل هذا ايجاب الارث بعد الموت لان الردة في معنى الموت لانها تعمل عمل الموت في زوال الملك على ما بينا فكانت الردة موتاً معني وكذا اختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فيما اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بالحق انه تعتبر أهلية الورثة وقت القضاء بالحق أم وقت اللحاق فعند أبي يوسف رحمه الله وقت القضاء وعند محمد رحمه الله تعتبر وقت اللحاق (وجه) قول محمد ان وقت الارث وقت زوال الملك وملك المرتد انما يزول بالحق لان به يعجز عن الانتفاع بماله المتركة في دار الاسلام الا ان المعجز قبل القضاء غير مقرر لاحتمال العود فاذا قضى تقرر المعجز وصار العود بعده كالممتنع عادة فكان العامل في زوال الملك هو اللحاق فتعتبر الأهلية وقتئذ (وجه) قول

أبي يوسف أن الملك لا يزال بالقبضاء فكان المؤثر في الزوال هو القضاء وعلى هذا الاختلاف المرتدة اذ لحقت بدار الحرب لأن المعنى لا يوجب الفصل ولو ارتد الزوجان معاً ثم جاءت بولد ثم قتل الأب على ردة فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من حين الردة برئته لأنه علم أن العلوق حصل في حالة الاسلام قطعا وان جاءت به لستة أشهر فصاعداً من حين الردة لم يرئته لأنه يحتمل أنه علق في حالة الردة فلا يرث مع الشك ولو ارتد الزوج دون المرأة أو كانت له أم ولد مسلمة ورثته مع ورثته المسلمين وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لان الأم مسلمة فكان الولد على حكم الاسلام تبعاً لأمه فيرث أباه ولومات مسلم عن أمره وهي حامل فارتدت ولحقت بدار الحرب فولدت هناك ثم ظهر ناعلي الدار فانه لا يسترق ويرث أباه لأنه مسلم تبعاً لابيه ولو لم تكن ولدت حتى سببت ثم ولدت في دار الاسلام فهو مسلم مرقوق مسلم تبعاً لابيه مرقوق تبعاً لأمه ولا يرث أباه لان الرق من أسباب الحرمان ولو تزوج المرتدة مسلمة فولدت له غلاماً أو وطئ أمة مسلمة فولدت له فهو مسلم تبعاً لأمه ويرث أباه لثبوت النسب وان كانت الأم كافرة لا يحكم باسلامه لأنه لم يوجد اسلام أحد الابوين والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الدين فعند أبي يوسف ومحمد ديون المرتدة في كسب الاسلام والردة جميعاً لان كل ذلك عندهما ميراث وأما عند أبي حنيفة عليه الرحمة فقد ذكر أبو يوسف عنه انه في كسب الردة الا ان لا يني به فيقضي الباقي من كسب الاسلام وروى الحسن رحمه الله عنه انه في كسب الاسلام الا ان لا يني به فيقضي الباقي من كسب الردة وقال الحسن رحمه الله دين الاسلام في كسب الاسلام ودين الردة في كسب الردة وهو قول زفر رحمه الله والصحيح رواية الحسن لان دين الانسان يقضي من ماله لا من مال غيره وكذا دين الميت يقضي من ماله لا من مال وارثه لان قيام الدين يمنع مال ملكه الى وارثه بقدر الدين لكون الدين مقدماً على الارث فكان قضاء دين كل ميت من ماله لا من مال وارثه وماله كسب الاسلام فاما كسب الردة قال جماعة المسلمين فلا يقضي منه الدين الا للضرورة فاذا لم يف به كسب الاسلام مستترة ضرورة فيقضي الباقي منه والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما حكم ولد المرتدة فولد المرتدة لا يخلو من ان يكون مولوداً في الاسلام أو في الردة فان كان مولوداً في الاسلام بان ولد للزوجة ولد وهما مسلمان ثم ارتد الا يحكم برده مادام في دار الاسلام لأنه لا ولد وأبواه مسلمان فقد حكم باسلامه تبعاً لآبويه فلا يزال بردهما لتحويل التبعية الى الدار اذا داروا وان كانت لا تصلح لنبات التبعية ابتداء عند استتباع الابوين تصلح للابقاء لأنه أسهل من الابتداء فدام في دار الاسلام يبق على حكم الاسلام تبعاً للدار ولو لحق المرتدان بهذا الولد بدار الحرب فكبر الولد وولده ولد وكبر ثم ظهر عليهم أما حكم المرتدة فمعلوم وقد ذكرنا ان المرتدة لا يسترق ويقتل والمرتدة تسترق ولا تقتل وتجر على اسلام بالحبس وأما حكم الاولاد فولد الاب يجبر على الاسلام ولا يقتل لأنه كان مسلماً باسلام أبويه تبعاً لهما فلما بلغ كافر أقفد ارتد عنه والمرتبجبر على الاسلام الا انه لا يقتل لان هذه ردة حكيمة لا حقيقية لوجود الايمان حكماً بطريق التبعية لا حقيقة فيجبر على الاسلام لكن بالحبس لا بالسيف اثباتاً للحكم على قدر العلة ولا يجبر ولد له على الاسلام لان ولد الولد لا يتبع الجد في الاسلام اذ لو كان لذلك لكان الكفار كلهم مرتدين لكونهم من أولاد آدم ونوح عليهما الصلاة والسلام فينبغي ان تجرى عليهم أحكام أهل الردة وليس كذلك بالاجماع وان كان مولوداً في الردة بان ارتد الزوجان ولا ولد لهما ثم حملت المرأة من زوجها بعد ردها وهما مرتدان على حالهما فهذا الولد بمنزلة أبويه له حكم الردة حتى لو مات لا يصلح عليه لان المرتدة لا يرث أحد أولادها لهذا الولد بدار الحرب قبل ولد له أولاد فبلغوا ثم ظهر على الدار وسبوا جميعاً يجبر ولد الاب وولد له على الاسلام ولا يقتلون كذا ذكر محمد في كتاب السير وذكر في الجامع الصغير انه لا يجبر ولد له على الاسلام (وجه) ما ذكر في السير ان ولد الاب تبع لأبويه فكان محكوماً برده تبعاً لأبويه وولد الولد تبع له فكان محكوماً برده تبعاً له والمرتبجبر على الاسلام الا انه لا يقتل لان هذه ردة حكيمة فيجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل

(وجه) المذكور في الجامع ان هذا الولد انما صار محكوما برده تبعاً لآبيه والتبع لا يستتبع غيره وأما حكم الاسترقاق فذكر في السير انه يسترق الاناث والذكور الصغار من أولاده لان أهمهم مرتدة وهي تحتل الاسترقاق والولد كما تبع الام في الرق يتبعها في احتمال الاسترقاق وأما الكبار فلا يسترقون لا تقطاع التبعية بالبلوغ ويجبرون على الاسلام وذكروا في الجامع الصغير الولدان فيء أما الاول فلان أمه مرتدة وأما الآخر فلانه كافر أصلي لان تبعية الابوين في الردة قد انقطعت بالبلوغ وهو كافر فكان كافراً أصلياً فاحتمل الاسترقاق ولواردت امرأة وهي حامل ولحقت بدار الحرب ثم سويت وهي حامل كان ولدها فيثلاً لان السبي لحقه وهو في حكم جزء الام فلا يبطل بالا انفصال من الام والذى الذي تقض العهد ولحق بدار الحرب بمنزلة المرتدة في سائر الاحكام من الارث والحكم بعنق أمهات الاولاد والمدبرين ونحو ذلك لان المعنى الذي يوجب لحاقه للحاق بالموت في الاحكام التي ذكرنا لا يفصل الا انها يفترق من وجهه وهو ان الذي يسترق والمرتد لا يسترق وجه الفرق ان شرع الاسترقاق للتوسل الى الاسلام واسترقاق المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام لما ذكرناه رجوع بعد مذاق طعم الاسلام وعرف محاسنه فلا يرجع فلا حجة بخلاف الذي والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل ١٠ وأما بيان أحكام البغاة فالكلام فيه في مواضع في تفسير البغاة وفي بيان ما يلزم امام أهل العدل عند خروجهم عليه وفي بيان ما يصنع بهم وبأموالهم عند الظفر بهم والاستيلاء على أموالهم وفي بيان ما يجوز قتله منهم ومن لا يجوز وفي بيان حكم اصابة الدماء والأموال من الطائفتين وفي بيان ما يصنع بقتل الطائفتين وفي بيان حكم قضايهم أما تفسير البغاة فالبغاة هم الخوارج وهم قوم من رأيهم ان كل ذنب كفر كبيرة كانت أو صغيرة يخرجون على امام أهل العدل ويستحلون القتال والدماء والأموال بهذا التأويل ولهم منعة وقوة وأما بيان ما يلزم امام العدل عند خروجهم فنقول والله التوفيق ان علم الامام ان الخوارج يشعرون السلاح ويتأهبون للقتال فينبغي له ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدوا توبة لانه لو تركهم لسعوا في الارض بالفساد فآخذهم على أيديهم ولا يبدؤهم الامام بالقتال حتى يبدؤوه لان قتالهم لدفع شرهم لا لشر شركهم لانهم مسلمون فلم يتوجه الشر منهم لا يقتلهم وان لم يعلم الامام بذلك حتى تمسكوا وتأهبوا للقتال فينبغي له ان يدعوهم الى العدل والرجوع الى رأى الجماعة أولاً لرجاء الاجابة وقبول الدعوة كما في حق أهل الحرب وكذا روى ان سيدنا علياً رضي الله عنه لما خرج عليه أهل حروراء ندب اليهم عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ليدعوهم الى العدل فدعاهم وناظرهم فان أجابوا كف عنهم وان أبوا قاتلهم لقوله تعالى فان بغت إحداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله وكذا قاتل سيدنا علي رضي الله عنه أهل حروراء بالنهر وان بحضرة الصحابة رضي الله عنهم تصديقاً لقوله عليه الصلاة والسلام لسيدنا علي انك تقاتل على التأويل كما تقاتل على التنزيل والقتال على التأويل هو القتال مع الخوارج ودل الحديث على امامة سيدنا علي رضي الله عنه لان النبي عليه الصلاة والسلام شبه قتال سيدنا علي رضي الله عنه على التأويل بقتاله على التنزيل وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتاله بالتنزيل فلزم ان يكون سيدنا علي محقاً في قتاله بالتأويل فلو لم يكن امام حق لما كان محقاً في قتاله ايهم ولاهم ساعون في الارض بالفساد فيقتلون دفعا للفساد على وجه الارض وان قاتلهم قبل الدعوة فلا بأس بذلك لان الدعوة قد بلت لهم لكونهم في دار الاسلام ومن المسلمين أيضاً ويجب على كل من دعاه الامام الى قتالهم ان يجيبه الى ذلك ولا يسعه التخلف اذا كان عنده غنى وقدر لان طاعة الامام في اليس بمعصية فرض فكيف فيما هو طاعة والله سبحانه وتعالى الموفق وما روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه اذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغي للرجل ان يعتزل الفتنة ويلزم بيته محمول على وقت خاص وهو ان لا يكون امام يدعو الى القتال وأما اذا كان فدعاه فيفترض عليه الاجابة لما ذكرنا وأما بيان ما يصنع بهم وبأموالهم عند الظفر بهم والاستيلاء على أموالهم فنقول الامام اذا قاتل أهل البغي فزهمهم وولوا مدبرين فان كانت لهم فئة يتحازون اليها فينبغي لأهل العدل ان يقتلوا مدبرهم ويجهزوا على

جر يحكم لثلاثين جزوا الى الفئدة فيمتنعوا بها فيكرواعلى أهل العدل وأما أسيرهم فان شاء الامام قتله استئصالا
لشأفتهم وان شاء حبسه لاندفاع شره بالاسر والحبس وان لم يكن لهم فئدة يتجزون اليها لم يتبع مدبرهم ولم يحجز على
جر يحكم ولم يقتل أسيرهم لوقوع الامن عن شرهم عند انعدام الفئدة (وأما) أموالهم التي ظهر أهل العدل عليها فلا بأس بان
يستعينوا بكراعهم وسلاحهم على قتالهم كسر الشوكتهم فاذا استغنوا عنها أمسكها الامام لهم لان أموالهم لا تحتل
التملك بالاستيلاء لكونهم مسلمين ولكن بحبسها عنهم الى ان يزول عنهم فاذا زال ردها عليهم وكذا ماسوى
الكراع والنساح من الامتعة لا ينتفع به ولكن بمسكهم ويحبس عنهم الى ان يزول عنهم فيدفع اليهم لما قلنا ويقال
هل البنى بالمنجنيق والحرق والفرق وغير ذلك مما يقتل به أهل الحرب لان قتالهم لدفع شرهم وكسر شوكتهم
فيقاتلون بكل ما يحصل به ذلك وللإمام ان يوادعهم لينظر بافي أمورهم ولكن لا يجوز ان يأخذوا على ذلك
مالا لا ذكرنا من قبل (وأما) بيان من يجوز قتله منهم ومن لا يجوز فكل من لا يجوز قتله من أهل الحرب من الصبيان
والنساء والشيوخ والعميان لا يجوز قتله من أهل البنى لان قتالهم لدفع شرقتالهم فيختص بأهل القتال وهؤلاء
ليسوا من أهل القتال فلا يقتلون الا اذا قاتلوا فيأبى قتالهم في حال القتال وبعد الفراغ من القتال الا الصبيان
والمجانين على ما ذكرنا في حكم أهل الحرب والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) العبد المأسور من أهل البنى
فان كان قاتل مع مولا يجوز قتله وان كان يخدم مولا لا يجوز قتله ولكن بحبس حتى يزول عنهم فيرد
عليهم (وأما) الكراع فلا يمسك ولكنه يباع ويحبس ثمنه لانه لا يبيع له ولا يجوز للعادل أن يشتريه
بقتل ذي رحم محرم منه من أهل البنى مباشرة واذا أراد هوقته له أن يدفعه وان كان لا يدفعه الا بالقتل فيجوز له أن
يتسبب ليقتله غيره بأن يعقد دابته ليترجل فيقتله غيره بخلاف أهل الحرب فانه يجوز قتل سائر ذوى الرحم المحرم منه
مباشرة وتسببا ابتداء الا والوالدين (ووجه) الفرق ان الشرك في الاصل مبيح لعوم قوله تبارك وتعالى اقتلوا
المشركين حيث وجدتموهم الا أنه خص منه الابوان بنص خاص حيث قال الله تبارك وتعالى وصاحبهما في الدنيا
معروفا فبقى غيرهما على عموم النص بخلاف أهل البنى لان الاسلام في الاصل عاصم لقوله عليه الصلاة والسلام
فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم والباغي مسلم الا أنه أبيض قتل غير ذى الرحم المحرم من أهل البنى دفعا لشرهم
لا لشوكتهم ودفع الشر يحصل بالدفع والتسبب ليقتله غيره فبقية العصمة عمم وراء ذلك بالدليل العاصم (وأما) بيان
حكم اصابة الدماء والا موال من الطائفتين فنقول لا خلاف في أن العادل اذا أصاب من أهل البنى من دم وأجرأحة
أموال استهلكه انه لا ضمان عليه (وأما) الباغي اذا أصاب شيئا من ذلك من أهل العدل فقد اختلفوا فيه قال أصحابنا
ان ذلك موضوع وقال الشافعي رحمه الله انه مضمون (وجه) قوله ان الباغي جان فيستوى في حقه وجود المنعة
وعدمها لان الجاني يستحق التغليظ دون التخفيف (ولنا) ما روى عن الزهري أنه قال وقعت الفئدة وأصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فاتفقوا ان كل دم استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال استحل
بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع ومثله لا يكذب فانه قد اجماع من
الصحابة رضي الله عنهم على ما قلنا وانه حجة قاطعة والمعنى في المسئلة مانبه عليه الصحابة رضي الله عنهم وهوان لهم في
الاستحلال تأويل في الجملة وان كان فاسدا لكن لهم منعة والتأويل الفاسد عند قيام المنعة يكنى لرفع الضمان
كتأويل أهل الحرب ولان الولاية من الجانين منقطعة لوجود المنعة فلم يكن الوجوب مفيدا لتعذر الاستيفاء فلم
يجب ولو فعلوا شيئا من ذلك قبل الخروج وظهور المنعة أو بعد الانهزام وشرق الجمع يؤخذون به لان المنعة اذا
انعدمت الولاية بقي مجرد تأويل فاسد فلا يعتبر في دفع الضمان ولو قتل تاجر من أهل العدل تاجرا آخر من أهل
العدل في عسكر أهل البنى أو قتل الأسير من أهل العدل أسيرا آخر أو قطع ثم ظهر عليه فلا قصاص عليه لان الفعل
لم يقع موجبا لتعذر الاستيفاء وانعدام الولاية كما لو قطع في دار الحرب لان عسكر أهل البنى في حق انقطاع الولاية

ودار الحرب سواء والله عز وجل أعلم ثم لا خلاف في أن العادل اذا قتل باغيا لا يحرم الميراث لانه لم يوجد قتل نفس
 بغير حق لسقوط عصبة نفسه وأما الباغي اذا قتل العادل يحرم الميراث عند أبي يوسف وعند أبي حنيفة ومحمد ان قال
 قتلته وكنت على حق وأنا الآن على حق لا يحرم الميراث وان قال قتلته وأنا أعلم اني على باطل يحرم (وجه) قول أبي
 يوسف ان تأويله فاسد الا أنه ألحق بالصحيح عند وجود المنعة في حق الدفع لاني حق الاستحقاق فلا يعتبر في حق
 استحقاق الميراث (وجه) قوله انا نعتبر تأويله في حق الدفع والاستحقاق لان سبب استحقاق الميراث هو
 القرابة وانها موجودة الآن قتل نفس بغير حق سبب الحرمان فاذا قتلته على تأويل الاستحلال والمنعة موجودة
 اعتبرناه في حق الدفع وهو دفع الحرمان فأشبه الضمان الا أنه اذا قال قتلته وأنا أعلم اني على باطل يحرم الميراث لان
 التأويل الفاسد انما يلحق بالصحيح اذا كان مصرأ عليه فاذا لم يصرف فلا تأويل له فلا يندفع عنه الضمان والله سبحانه
 وتعالى أعلم (وأما) بيان ما يصنع بقتلي الطائفتين فنقول والله تعالى التوفيق (أما) قتل أهل العدل فيصنع بهم ما يصنع
 بسائر الشهداء لا يغسلون ويدفنون في ثيابهم ولا يترع عنهم الا ما لا يصلح كفنا ويصلى عليهم لانهم شهداء
 لكونهم مقتولين ظلما وقد روى ان زيد بن صرحان البني كان يوم الجمل تحت راية سيدنا على رضي الله عنهما فأوصى
 في رمقه لا تنزعوا عني ثوبا ولا تغسلوا عني دما وارمسوني في التراب رمسا فاني رجل محاج أحاج يوم القيامة (وأما) قتل
 أهل البني فلا يصلى عليهم لانه روى ان سيدنا عليا رضي الله عنه ماصلى على أهل حروراء ولكنهم يغسلون ويكفنون
 ويدفنون لان ذلك من سنة موتى بنى سيدنا آدم على الصلاة والسلام ويكره أن تؤخذ رؤسهم وتبعث الى الآفاق
 وكذلك رؤس أهل الحرب لان ذلك من باب المثلة وانه منهي لقوله عليه الصلاة والسلام لا تمثلوا فيكره الا اذا كان في
 ذلك ومن لم يلم فلا بأس به لما روى ان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه جزر رأس أبي جهل عليه اللعنة يوم بدر وجاء به
 الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أباجهل كان فرعون هذه الامة ولم ينكر عليه
 ويكره بيع السلاح من أهل البني وفي عسا كرم لانه اعانة لهم على المعصية ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح كالحديد
 ونحوه لانه لا يصير سلاحا لا بالعمل ونظيره انه يكره بيع المزمار ولا يكره بيع ما يتخذ منه المزمار وهو الخشب
 والقصب وكذا بيع الخمر باطل ولا يبطل بيع ما يتخذ منه وهو العنب كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما)
 بيان حكم قضايهم فنقول الخوارج اذا ولوا قاضيا فالأمر لا يخلو من أحد وجهين اما ان ولوا رجلا من أهل البني واما
 ان ولوا رجلا من أهل العدل فان ولوا رجلا من أهل البني ففرضي بقضايهم رفعت قضايه الى قاضي أهل العدل
 لا ينفذه لانه لا يعلم كونها حقا لانهم يستحلون دماءنا وأموالنا فاحتمل انه قضى بما هو باطل على رأى الجماعة فلا
 يجوز له تنفيذه مع الاحتمال ولو كتب قاضي أهل البني الى قاضي أهل العدل بكتاب فان علم انه قضى بشهادة أهل
 العدل أفذه لانه تنفيذ الحق ظاهرا وان كان لا يعلم لا ينفذه لانه لا يعلم كونه حقا فلا يجوز تنفيذه لقوله تبارك وتعالى
 ولا تقف ما ليس لك به علم وان ولوا رجلا من أهل العدل ففرضي فيما بينهم بقضايهم رفعت قضايه الى قاضي أهل
 العدل فذه لان التولية اياه قد حتمت ولا نه يقدر على تنفيذ القضايا بينهم وقوتهم فصحت التولية والظاهر انه قضى
 على رأى أهل العدل فلا يملك ابطاله كما اذا رفعت قضايها قاضي أهل العدل الى بعض قضاة أهل العدل وما أخذوا من
 البلاد التي ظهر واعليها من الخراج والزكاة التي ولاية أخذها للامام لا يأخذها الامام ثانيا لان حق الاخذ للامام لمكان
 حمايته ولم توجد الا أنهم يفتون بان يعيدوا الزكاة استحسانا لان الظاهر انهم لا يصرفونها الى مصارفها فاما الخراج
 فصرفه المقاتلة وهم يقاتلون أهل الحرب والله تعالى أعلم

كتاب الغصب

جمع محمد رحمه الله في كتاب الغصب بين مسائل الغصب وبين مسائل الاتلاف وبدأ بمسائل الغصب فنبدأ بعابده

فقول والله التوفيق معرفة مسائل العصب في الاصل مبنية على معرفة حد العصب وعلى معرفة حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه (أما) حد العصب فقد اختلف العلماء فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهما هو ازالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال وقال محمد رحمه الله القفل في المال ليس بشرط لكونه غصباً وقال الشافعي رحمه الله هو اثبات اليد على مال الغير بغير اذنه والازالة ليست بشرط (أما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فهو احتج لتحديد أصله بقوله سبحانه وتعالى وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصباً جعل العصب مصدراً لاخذ فدل ان العصب والاخذ واحد والاخذ اثبات اليد الا ان اثبات اذا كان باذن المالك يسمى ايداعاً واعارة وبضاعة في عرف الشرع واذا كان بغير اذن المالك يسمى في متعارف الشرع غصباً ولان العصب انما جعل سبباً لوجوب الضمان بوصف كونه تعدياً فاذا وقع الاثبات بغير اذن المالك وقع تعدياً فيكون سبباً لوجوب الضمان بوصف كونه تعدياً والدليل عليه ان غاصب الغاصب ضامن وان لم يوجد منه ازالة يد المالك لزوالها بغصب الغاصب الاول وازالة الزائل محال والله سبحانه وتعالى أعلم (ولنا) الاستدلال بضمان العصب من وجهين أحدهما ان المالك استحق ازالة يد الغاصب عن الضمان فلا بد وأن يكون العصب منه ازالة يد المالك لان الله تبارك وتعالى لم يشرع الاعتداء الا بالمثل بقوله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والثاني ان ضمان العصب لا يخلو إما أن يكون ضمان زجر وإما أن يكون ضمان جبر ولا سبيل الى الاول لانه يجب على من ليس من أهل الزجر ولا ان زجراً لا يحصل به فدل انه ضمان جبر والجبر يستدعي القوات فدل انه لا بد من التفويت لتحقيق العصب ولا حجة له في الآية لان الله تعالى فسر أخذ المالك تلك السفينة بغصبه اياها كأنه قال سبحانه وتعالى وكان وراءهم ملك يغصب كل سفينة وهذا لا يدل على ان كل أخذ غصب بل هي حجة عليه لان غصب ذلك المالك كان اثبات اليد على السفينة مع ازالة أيدي المساكين عنها فدل على ان العصب اثبات على وجه يتضمن ازالة (وأما) قوله العصب انما أوجب الضمان لكونه تعدياً فسلم لكن التعدي في الازالة لا في الاثبات لان وقوعه تعدياً بوقوعه ضاراً بالمالك وذلك باخراجه من أن يكون منتفعاً به في حق المالك وعجزه عن الانتفاع به وهو تفسير تقويت اليد وازالتها (فاما) مجرد الاثبات فلا ضرر فيه فلم يكن الاثبات تعدياً وعلى هذا الاصل يخرج زوائد العصب انما ليست بمضمونة سواء كانت منفصلة كالولد واللبن والتمر أو متصلة كالسمن والجمال لانها لم تكن في يد المالك وقت غصب الام فلم توجد ازالة يده عنها فلم يوجد العصب وعند محمد مضمونة لان العصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكيه وقد وجد العصب وهل تصير مضمونة عندنا بالبيع والتسليم والمنع أو الاستهلاك أو الاستخدام جبراً (أما) المنفصلة فلا خلاف بين أصحابنا رضى الله عنهم في أنها تصير مضمونة بها (وأما) المتصلة فذكر في الاصل انها تصير مضمونة بالبيع والتسليم ولم يذكر الخلاف وصورة المسئلة اذا غصب جارية قيمتها الف درهم فازدادت في بدنها خيرا حتى صارت قيمتها التي درهم فباعها وسلمها الى المشتري فهلكت في يده فالمالك بالخيار ان شاء ضمن المشتري قيمتها التي درهم وان شاء ضمن البائع فان اختار تضمين المشتري ضمنه قيمتها يوم القبض التي درهم وان اختار تضمين البائع ضمنه بالبيع والتسليم قيمتها التي درهم أيضاً كذا ذكر في الاصل ولم يذكر الخلاف وحكى ابن سماعه عن محمد رحمه الله الخلاف ان على قول أبي حنيفة رحمه الله ان شاء ضمن المشتري قيمتها يوم القبض التي درهم وان شاء ضمن الغاصب قيمتها يوم الغصب الف درهم وليس له أن يضمه زيادة بالبيع والتسليم وكذا ذكره الحاكم الشهيد في المنتقى وحكى الخلاف وهكذا ذكر الطحاوي في مختصره الا أنه ذكر الاستهلاك مطلقاً فقال الا أن يستهلكها وفسره الجصاص في شرحه مختصر الطحاوي فقال الا أن يكون عبداً أو جارية فيقتل وهذا هو الصحيح ان المغصوب اذا كان عبداً أو جارية فقتله الغاصب خطأ يكون المالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وان شاء ضمن عاقلة القاتل قيمته وقت القتل زائدة في ثلاث سنين (وجه) قوله ان البيع والتسليم غصب لانه تقويت امكان الاخذ لان المالك

كان متمكناً من أخذه منه قبل البيع والتسليم وبعد البيع والتسليم لم يبق متمكناً وتقويت إمكان الأخذ تقويت اليد معنى فكان غصباً موجباً للضمان وهذا لأن تقويت يد المالك إنما كان غصباً موجباً للضمان لكونه إخراج المال من أن يكون منتفعاً به في حق المالك وإعجازه عن الانتفاع بماله وهذا يحصل بتقويت إمكان الأخذ فيوجب الضمان ولهذا يجب الضمان على غاصب الغاصب ومودع الغاصب والمشتري من الغاصب كذا هذا أولاً في حنيفة رضي الله عنه أن الأصل مضمون بالغصب الأول فلا يقع البيع والتسليم غصباً له لأن غصب المغصوب لا يتصور والزيادة المتصلة لا يتصور أفرادها بالغصب لتصير مغصوبة بالبيع والتسليم بخلاف الزيادة المنفصلة فإن أفرادها بالغصب بدون الأصل متصور فلم تكن مغصوبة بالغصب الأول لأنعدامها فجاز أن تصير مغصوبة بالبيع والتسليم فهذا الفرق بين الزيادة وبين بخلاف القتل لأن قتل المغصوب متصور لأن مغل القتل غير محل الغصب فمحل القتل هو الحياة ومحل الغصب هو ماله العين فتحقق الغصب لا يمنع تحقق القتل إلا أن المضمون واحد والمستحق للضمان واحد فيخير ولأن الأصل مضمون بالغصب السابق لا شك فيه فيصير مملوكاً للغاصب من ذلك الوقت بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله (وأما) الزيادة المتصلة فالزيادة حدثت على ملك الغاصب لأنها ملكه فتكون ملكه فكان البيع والتسليم والمنع والاستخدام والاستهلاك في غير بني آدم تصرفاً في ملك نفسه فلا يكون مضموناً عليه كما لو تصرف في سائر أملاكه بخلاف الزيادة المنفصلة لأننا أثبتنا الملك بطريق الاستناد المستند بظهر من وجهه يقتصر على الحال من وجهه فيعمل بشبهة الظهور في الزوائد المتصلة وبشبه الإقتصار في المنفصلة إذ لا يكون العمل به على العكس ليكون عملاً بالشبهين بقدر الإمكان (وأما) على طريق الظهور المحض فتخير مجهما مشكل والله تعالى الموفق بخلاف القتل لأن العبد إنما يضمن بالقتل من حيث أنه آدمي لا من حيث أنه مال والغاصب إنما ملكه بالضمان من وقت الغصب من حيث أنه مال لا من حيث أنه آدمي لأنه من حيث أنه آدمي لا يحتتمل التملك فلم يكن هو بالقتل متصرفاً في ملك نفسه لهذا افتراق والله سبحانه وتعالى أعلم ثم على أصلها إذا اختار المالك تضمين البائع هل ثبت له الخيار بين أن يضمه ألقي درهم وقت البيع وبين أن يضمه ألف درهم وقت الغصب قال بعض مشايخنا ثبت وهذا غير سديد لأن التخيير بين القليل والكثير عند اتحاد الذمة من باب السفة بخلاف التخيير بين البائع والمشتري عند أبي حنيفة رحمه الله لأن هناك الذمة مختلفة فمن الجائز أن يكون أحدهما مالياً والآخر مقلساً فكان التخيير مفيداً وبخلاف القتل لأن ضمان القتل ضمان الدم وأنه مؤجل إلى ثلاث سنين وضمان الغصب ضمان المال وأنه حال فكان التخيير مفيداً ثم إذا ضمن المالك الغاصب قيمة المغصوب وقت الغصب أو وقت البيع والتسليم جاز البيع لأنه تبين أنه باع ملك نفسه وأنتم له لأنه بدل ملكه وإن ضمن المشتري قيمته وقت القبض بطل البيع ورجع المشتري بالثمن على البائع لأنه تبين أنه أخذه بغير حق وليس له أن يرجع على البائع بالضمان ولو غصب من إنسان شيئاً فجاء آخر وغصبه منه فهلك في يده فالمالك بالخيار أن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني أما تضمين الأول فلو جود فعل الغصب منه وهو تقويت يد المالك وأما تضمينه الثاني فلأنه فوت يد الغاصب الأول ويده يد المالك من وجهه لا يحفظ ماله ويتمكن من رده على المالك ويستقر بهما الضمان في ذمته فكانت منفعة يده عائدة إلى المالك فاشبهت بد المودع وقد وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان إلا أن المضمون واحد فخيرنا المالك لتعين المستحق فإن اختار أن يضم الأول رجع بالضمان على الثاني لأنه ملك المغصوب من وقت غصبه فتبين أن الثاني غصب ملكه وإن اختار تضمين الثاني لا يرجع على أحد لأنه ضمن بفعل نفسه وهو تقويت يد المالك من وجهه على ما بينا وكذلك إن استهلك الغاصب الثاني ومضى اختار تضمين أحدهما هل يبرأ الآخر عن الضمان بنفس الاختيار ذكر في الجامع أنه يبرأ حتى لو أراد تضمينه بعد ذلك لم يكن له ذلك وروى ابن سماعه رحمه الله في نوادره عن محمد أنه لا يبرأ ما لم يرض من اختار تضمينه أو يقضى به عليه (وجه) رواية النوادر أن عند وجود الرضا أو القضاء بالضمان صار المغصوب ملكاً للذي ضمنه لأنه باعه منه فلا يملك

الرجوع بعد تملكه كمالو باعه من الاول فاما قبل وجود الرضا أو القضاء بالضمان صار المغصوب ملكاً للذي ضمنه
لأنه باعه منه فلا يملك الرجوع بعد تملكه كمالو باعه من الاول فاما قبل وجود الرضا أو القضاء فلم يوجد منه التملك
من أحدهما فله أن يملكه من أيهما شاء (وجهه) رواية الجامع ما ذكرنا أنه باختياره تضمن الغاصب الآخر أظهر أنه
راض بأخذ الاول وأنه بمنزلة المودع وباختيار تضمن الاول أظهر أن الثاني ما تلف عليه شيئاً لأنه لم يفوت يده والله
سبحانه وتعالى أعلم ولو باع الغاصب المغصوب من الثاني فهلك في يده بتخير المالك فيضمن أيهما شاء فإن ضمن
الغاصب جاز بيعه واثن له لما ذكرنا وأن ضمن المشتري بطل البيع ولا يرجع بالضمان على البائع ولكنه يرجع باثن
عليه لما ذكرنا وكذلك لو استهلك المشتري ولو كان المغصوب عبداً فاعقته المشتري من الغاصب ثم أجاز المالك
البيع فهذا عتاقه استحساناً وعند محمد وزفر رحمهما الله لا ينفذ قياساً ولا خلاف في أنه لو باعه المشتري ثم أجاز المالك
البيع الاول أنه لا ينفذ البيع الثاني (وجهه) القياس ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا عتق فيما يملكه
ابن آدم ولا ملك للمشتري في العبد لأنه ملك المغصوب منه فلا ينعقد اعتاقه فيه فينفذ عليه عند الإجازة ولهذا لم ينفذ بيعه
(وجهه) الاستحسان أن اعتاق المشتري صادقاً على التوقف فينقذ على التوقف كالمشتري من الوارث
عبد آمن التركة المستغرقة بالدين إذا اعتقه ثم أبرأ الغرماء الميت عن ديونهم والدليل على أن الاعتاق صادقاً ملكاً
على التوقف أن سبب الملك انعقد على التوقف وهو البيع المطلق الخالي عن الشرط ممن هو من أهل البيع في محل قابل
الأنه لم ينفذ فعلاً للضرر عن المالك ولا ضرر عليه في التوقف فيتوقف وإذا توقف سبب الملك يتوقف الملك فيتوقف
الاعتاق بخلاف البيع فإنه يعتمد شرطاً وآخر ألا ترى أنه لا يجوز بيع المنقول قبل القبض مع قيام الملك لمعنى
الغرر وفي توقيف هذا البيع الاول تحقيق معنى الغرر ولو أودع الغاصب المغصوب فملك في يد المودع بتخير المالك
في التضمن فإن ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على أحد لأنه تبين أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن المودع يرجع على
الغاصب لأنه غره بالادعاء فيرجع عليه بضمان الغرر وهو ضمان الالتزام في الحقيقة ولو استهلك المودع فالجواب
على القلب من الاول أنه إن ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان على المودع لأنه تبين أنه استهلك ماله وإن ضمن
المودع لم يرجع على الغاصب لأنه ضمن بفعل نفسه فلا يرجع على أحد ولو أجاز الغاصب المغصوب أو رهنه من إنسان
فهلك في يده بتخير المالك فإن ضمن الغاصب لا يرجع على المستأجر والمرتهن لأنه تبين أنه أجاز ورهن ملك نفسه إلا
أن في الرهن يسقط دين المرتهن على ما هو حكم هلاك الرهن وإن ضمن المستأجر أو المرتهن يرجع على الغاصب بما
ضمن والمرتهن يرجع بدنيه أيضاً أما رجوع المرتهن بالضمان فلا شك فيه لصيرورته مغرراً وأما رجوع
المستأجر فلا لأنه وإن استفاد ملك المنفعة لكن بعوض وهو الاجرة فيتحقق الغرر فاشبه المودع ولو استهلكه
المستأجر أو المرتهن بتخير المالك إلا أنه إن ضمن الغاصب يرجع على المستأجر والمرتهن لأنه تبين أنه أجاز ملك نفسه
ورهن ملك نفسه فاستهلكه المستأجر والمرتهن وإن ضمن المستأجر أو المرتهن لم يرجع على أحد لأنه ضمن بفعل
نفسه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أعاره الغاصب فملك في يد المستعير بتخير المالك وإيهاماً ضمن لا يرجع بالضمان
على صاحبه أما الغاصب فلا شك فيه لأنه أعار ملك نفسه فملك في يد المستعير وأما المستعير فلا أنه استفاد ملك
المنفعة فلم يتحقق الغرر والله تعالى أعلم وعلى هذا تخرج منافع الاعيان المنقولة المغصوبة أنها ليست بمضمونة
عندنا وعند الشافعي رحمه الله مضمونة نحو ما إذا غصب عبداً أو دابة فامسكه أياماً ولم يستعمله ثم رده على مالكه لأنه
لم يوجد تفويت يد المالك عن المنافع لأنها أراض تحدث فشيئاً على حسب حدوث الزمان فالمنفعة الحادثة على يد
الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك فلم يوجد تفويت يد المالك عنها فلم يوجد الغصب وعند حد الغصب اثبات اليد
على مال الغير بغير إذن مالكه وقد وجد في المنافع والمنفعة مال بدليل أنه يجوز أخذ العوض عنها في الاجارة وتصلح
مهر آفي النكاح فتحقق الغصب فيها فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ما إذا غصب داراً أو عقاراً فأنهدم شيء من

البناء أو جاء سبيل فذهب بالبناء والأشجار أو غلب الماء على الأرض فبقيت تحت الماء أنه لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وأبي يوسف الآخر وعند محمد وهو قول أبي يوسف الأول يضمن وهو قول الشافعي رحمه الله أما الشافعي فقد مر على أصله في تحديد الغصب أنه أثبات اليد على مال الغير بغير إذن مالكه وهذا يوجد في العقار كما يوجد في المنقول وأما محمد رحمه الله تعالى فقد مر على أصله في حد الغصب أنه إزالة المالك عن ماله والفعل في المال ليس بشرط وقد وجد تفويت يد المالك عن العقار لأن ذلك عبارة عن إخراج المال من أن يكون منتفعاً به في حق المالك أو انحياز المالك عن الانتفاع به وهذا كما يوجد في المنقول يوجد في العقار فيتحقق الغصب والدليل عليه مسألة ذكرناها في الرجوع عن الشهادات وهي أن من ادعى على آخر دأراً فأنكر المدعى عليه فأقام المدعى شاهدين وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا يضمنان كما لو كانت الدعوى في المنقول فقد سوى بين العقار والمنقول في ضمان الرجوع فدل أن الغصب الموجب للضمان يتحقق فيهما جميعاً وأما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فمراعى أصلهما أن الغصب إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على أن هذا شرط لتحقيق الغصب الاستدلال بضمان الغصب فإن أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعى وجود مثله منه في المنصوب ليكون اعتداء بالمثل وعلى أنهما أن سلماً لتحقيق الغصب في العقار فالأصل في الغصب أن لا يكون سبباً لوجوب الضمان لأن أخذ الضمان من الغاصب اتلاف ماله عليه ألا ترى أنه تزول يده ومملكه عن الضمان فيستدعى وجود الاتلاف منه أما حقيقة أو تقدير إلا أن الله سبحانه وتعالى لم يشرع الاعتداء بالمثل قال الله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولم يوجد هنا الاتلاف من الغاصب لا حقيقة ولا تقديراً أما الحقيقة فظاهرة وأما التقدير فلأن ذلك بالنقل والتحويل والتغيب عن المالك على وجه لا يقف على مكانه ولهذا وجب رجلا حتى ضاعت مواشيه وفسد زرعه لا ضمان عليه والعقار لا يحتمل النقل والتحويل فلم يوجد الاتلاف حقيقة وتقديراً فينتفي الضمان لضرورة النص وعلى هذا الاختلاف إذا غصب عقاراً فجاء إنسان فأتلفه فالضمان على المتلف عندهما لأن الغصب لا يتحقق في العقار فيعتبر الاتلاف وعند محمد يتحقق الغصب فيه فيتخير المالك فإن اختار تضمين الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان على المتلف وإن اختار تضمين المتلف لا يرجع على أحد لأنه ضمن بفعله نفسه (وأما) مسألة الرجوع عن الشهادة فمن أحبا من منعها وقال أن محمد رحمه الله بنى الجواب على أصل نفسه فاما على قولهما فلا يضمنان ومنهم من سلم ولا بأس بالتسليم لأن ضمان الرجوع ضمان اتلاف لا ضمان غصب والعقار مضمون بالاتلاف بلا خلاف وعلى هذا يخرج ما إذا غصب صبيّاً حرّاً من أهله فمات في يده من غير آفة أصابته بان مرض في يده فمات أنه لا يضمن لأن كونه المنصوب ما لا شرط لتحقيق الغصب والحريس بمال ولومات في يده باقية بان عقره أسد أو نهشته حية ونحو ذلك يضمن لوجود الاتلاف منه تسيباً والحريس يضمن بالاتلاف مباشرة وتسيباً على ما ذكره في مسائل الاتلاف إن شاء الله تعالى ولو غصب مديراً فمات في يده يضمن لأن المدير مال متقوم إلا أنه امتنع جواز بيعه إذا كان مديراً مطلقاً مع كونه مالا متقوماً لا انعقاد سبب الحرية للحال وفي البيع إبطال السبب على ما عرف وكذلك لو غصب مكاتباً فمات في يده لا نه عبداً ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان مالا متقوماً ومعتق البعض بمنزلة المكاتب على أصل أبي حنيفة فكان مضموناً بالغصب كالمكاتب وعلى أصلهما هو حر عليه دين والحري لا يضمن بالغصب ولو غصب أم ولد إنسان فهلك عنده لم يضمن عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يضمن وأم الولد لا تضمن بالغصب ولا بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق كجارية بين رجاءين جاءت بولد فادعيا جميعاً ثم أعتقها أحدهما لا يضمن لشيء ولا تسمى هي في شيء أيضاً عنده وعندهما يضمن في ذلك كله كالمدير ولقب المسئلة أن أم الولد هل هي متقومة من حيث أنها مال أم لا ولا خلاف أنها متقومة بالقتل ولا خلاف في أن المدير متقوم (وجه) قولهما أنها كانت مالا متقوماً والاستيلاء لا يوجب المالية والتقوم لانه

لا يثبت به الاحق الحرية فانه لا يبطل المالية والتقوم كما في المدبر (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه ان الاستيلاء اعتاق لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في جاريته مارية أعتقها ولدها فظاهره يقتضي ثبوت العتق للحال في جميع الاحكام الا أنه تأخر في حق بعض الاحكام فمن ادعى التأخر في حق سقوط المالية والتقوم فعليه الدليل بخلاف المدبر لان التدبير ليس باعتاق للحال على معنى أنه لا يثبت به العتق للحال أصلاً وإنما الموجود للحال مباشرة سبب العتق من غير عتق وهذا لا يمنع بقاء المالية والتقويم ويمنع جواز البيع لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة لذمي أو لمسلم فهلك في يده أو استهلكه أنه لا يضمن لان الميتة والدم ليسا بمال في الاديان كلها ولود بغير الغاصب وصار مالا فحكمه نذره في موضعه ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا غصب خمر المسلم أو خنزير لاهل فهلك في يده انه لا يضمن سواء كان الغاصب مسلماً أو ذمياً لان الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم وكذا الخنزير فلا يضمنان بالغصب ولو غصب خمر أو خنزير لذمي فهلك في يده يضمن سواء كان الغاصب ذمياً أو مسلماً غير ان الغاصب ان كان ذمياً فعليه في الخمر مثلها وفي الخنزير قيمته وان كان مسلماً فعليه القيمة فيهما جميعاً وهذا عندنا وقال الشافعي لا ضمان على غاصب الخمر والخنزير كائناً من كان (وجه) قوله أن حرمة الخمر والخنزير ثابتة في حق الناس كافة لقوله سبحانه وتعالى في صفة الخمر انه رجس من عمل الشيطان وصفة الخمر لا تختلف باختلاف الشخص وقوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعيثها أخبر عليه الصلاة والسلام كونها محرمة وجعل علة حرمتها عيثها فتدور الحرمة مع العين واذا كانت محرمة لا تكون مالا لان المال ما يكون منتفعاً به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الاطلاق (ولنا) ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في الحديث المعروف فاعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم الضمان اذا غصب منه خله وشاته ونحو ذلك اذا هلك في يد الغاصب فيلزم أن يكون للذمي الضمان اذا غصب منه خمره أو خنزيره ليكون لهم ما للمسلمين عملاً بظاهر الحديث وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق أهل الذمة وكذا الخنزير فالتحريم في حقهم كالحل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعاً فكان كل واحد منهما مالا متقوماً في حقهم ودليل الاباحة في حقهم ان كل واحد منهما منتفع به حقيقة لانه صالح لا قامة مصلحة البقاء والاصل في أسباب البقاء هو الاطلاق الا ان الحرمة في حق المسلم تثبت نصاً غير معقول المعنى أو معقول المعنى لمعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أتم منتهون لان الصلح لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع ولانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرائعهم حرمت عندنا وهو الصحيح من الاقوال على ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا طريق وجوب الضمان وجهان أحدهما ان الخمر وان لم يكن مالا متقوماً في الحال فهي تعرض أن تصير مالا متقوماً في الثاني بالتخلل والتخليل وجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون الحل المغصوب والمتلف مالا متقوماً في الجلة ولا يقف على ذلك للحال ألا ترى ان المهر والجحش ومالا منتفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني أن الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير لما روى عن سيدنا على كرم الله وجهه أنه قال أمرنا بان نتركهم وما يدينون ومثله لا يكذب وقد دانوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك وبقى الضمان بالغصب والاتلاف يقضى الى التعرض لان السفيه اذا علم أنه اذا غصب أو تلف لا يؤخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم وتعرض لهم من حيث المعنى والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان لمسلم خمر غصبها لذمي أو لمسلم فهلك عند الغاصب أو خلاها فلا ضمان عليه ولو استهلكها يضمن خلا مثلها لان الغصب حين وجوده لم ينفعه سببها لوجوب الضمان ولم يوجد من الغاصب صنع آخر لأن الهلاك ليس من صنعه فلا يضمن وان استهلكه فقد وجد منه

صنع آخر سوى الغصب وهو اتلاف خل مملوك للمغصوب منه فيضمن ولو غصب مسلم من نصراني صليبا له فهلك في يده يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا استخدم عبد رجل بغير أمره أو بعته في حاجة أو قاداة له أو ساقها أو ركبها أو حمل عليها بغير إذن صاحبها انه ضامن بذلك سواء عطب في تلك الخدمة أو في مضيه في حاجته أو مات حتف أنفه لان يدمالك كانت ثابتة عليه واذا أثبت يد التصرف عليه فقد فوت يدمالك فيتحقق الغصب ولو دخل دار انسان بغير إذنه وليس في الدار أحد فهلك في يده لم يضمن في قولهما وعند محمد يضمن وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو جلس على فراش غيره أو بساط غيره بغير إذنه فهلك لا يضمن بالاجماع لان تقويت يدمالك فيما يحمّل النقل لا يحصل بدون النقل فلم يتحقق الغصب فلا يجب الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما حكم الغصب فله في الاصل حكمان أحدهما يرجع الى الآخرة والثاني يرجع الى الدنيا أما الذي يرجع الى الآخرة فهو الاتم واستحقاق المؤاخذه اذا فعله عن علم لانه معصية وارتكاب المعصية على سبيل التعمد سبب لاستحقاق المؤاخذه وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال من غصب شبرا من أرض طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة وان فعله لا عن علم بان ظن أنه ملكه فلا مؤاخذه عليه لان الخطأ مرفوع المؤاخذه شرعا ببركة دعاء النبي عليه الصلاة والسلام بقوله عليه الصلاة والسلام ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا وقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (وأما) الذي يرجع الى الدنيا فأنواع بعضها يرجع الى حال قيام المغصوب وبعضها يرجع الى حال هلاكه وبعضها يرجع الى حال نقصانه وبعضها يرجع الى حال زيادته (أما) الذي يرجع الى حال قيامه فهو وجوب رد المغصوب على الغاصب والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع في بيان سبب وجوب الرد وفي بيان شرط وجوبه وفي بيان ما يصير المالك به مستردا أما السبب فهو أخذ مال الغير بغير إذنه لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقوله عليه الصلاة والسلام لا يأخذ أحدكم مال صاحبه لا عبا ولا جادا فإذا أخذ أحدكم عصا صاحبه فليرد عليه ولان الأخذ على هذا الوجه معصية والرد عن المعصية واجب وذلك برد المأخوذ ويجب رد الزيادة المنفصلة كما يجب رد الاصل لوجود سبب وجوب الرد فيه ومؤنة الرد على الغاصب لانها من ضرورات الرد فاذا وجب عليه الرد وجب عليه ما هو من ضروراته كما في رد العارية (وأما) شرط وجوب الرد فقيام المغصوب في يد الغاصب حتى لو هلك في يده أو استهلك صورة ومعنى أو معنى لا صورة ينتقل الحكم من الرد الى الضمان لان الهالك لا يحمّل الرد وعلى هذا يخرج ما اذا كان المغصوب حنطة فزرعها الغاصب أو نواه فغرسها حتى نبتت أو باقلة فغرسها حتى صارت شجرة أو بيضة فحضرها حتى صارت دجاجة أو قطناً فغزله أو غزلا فنسجه أو ثوبا فقطعه أو خاطة قيصا أو لحما فشواه أو طبخه أو وشاة فذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطبخها أو دقيقا فخبزه أو سمما فعصره أو عنباً فعصره أو وحيدا فضر به سيفاً أو سكيناً أو صغرا أو نحاسا فعمله آنية أو ترابا لقيمة قلبه أو اتخذ خرفاً أو لبنا فطبخه آجراً ونحو ذلك انه ليس للمالك أن يسترد شيئا من ذلك عندنا ويزول ملكه بزمان المثل أو القيمة وعند الشافعي له ولاية الاسترداد ولا يزول ملكه وجه قوله ان ذات المغصوب وعينه قائم بعد فعل الغاصب وانما فاته بعض صفاته فلا يبطل حق الاسترداد كما اذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه أو صبغه أحمر أو أصفر لان الملك في المغصوب كان ثابتا للمالك والعارض وهو فعل الغاصب محظور فلا يصلح سببا لثبوت الملك له فيلحق بالعدم فيبقى المغصوب على ملك المالك فتبقى له ولاية الاسترداد (ولنا) أن فعل الغاصب في هذه المواضع وقع استهلا كالمغصوب اما بصورة ومعنى أو معنى لا بصورة فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولاية الاسترداد كما اذا استهلك حقيقة ودلالة لتحقق الاستهلاك أن المغصوب قد تبدل وصار شيئا آخر بتخليق الله تعالى وإيجاده لانه لم يبق صورته ولا معناه الموضوع له في بعض المواضع ولا اسمه وقيام الاعيان بقيام صورها

ومعانيها المطلوب منها وفي بعضها ان بقيت الصورة فقد فات معناه الموضوع له المطلوب منه عادة فكان فعله استهلاكاً للمغصوب صورة ومعنى أو معنى فيبطل حق الاسترداد اذا اهلك لا يحتمل الرد كالمالك الحقيقي ولانه اذا حصل الاستهلاك يزول ملك المالك لان الملك لا يبقى في المالك كما في الهالك الحقيقي فتقطع ولاية الاسترداد ضرورة ولان الاستهلاك يوجب ضمان المثل أو القيمة للمالك لوقوعه اعتداء عليه أو اضراراً به وهذا يوجب زوال ملكه عن المغصوب لما ذكره ان شاء الله تعالى واذا زال ملك المالك بالضمان ثبت الملك للغاصب في المضمون لوجود سبب الثبوت في محل قابل وهوائيات الملك على مال غير مملوك لا حدود به تبين أن فعله الذي هو سبب لثبوت الملك مباح لا حظر فيه فجاز أن يثبت الملك به وعلى هذا يخرج ما اذا غصب لبناً أو أجراً أو ساجدة فادخلها في بناءه انه لا يملك الاسترداد عندنا وتصير ملكاً للغاصب بالقيمة خلافاً للشافعي رحمه الله فهو على أصله المعبود في جنس هذه المسائل أن فعل الغاصب محظور فلا يصلح سبباً لثبوت الملك لكون الملك نعمة وكرامة فالتحقق فعله بالعدم شرعاً فبقي ملك المغصوب منه كما كان (ولنا) أن المغصوب بالادخال في البناء والتركيب صار شيئاً آخر غير الاول لا اختلاف المنفعة اذ المطلوب من المركب غير المطلوب من المفرد فصار به تابعاً له فكان الادخال اهلاً كالمعنى فيوجب زوال ملك المغصوب منه ويصير ملكاً للغاصب ولان الغاصب يتضرر بنقض البناء والمالك وان كان يتضرر بزوال ملكه أيضاً لكن ضرره دون ضرر الغاصب لانه يقابله عوض فكان ضرر الغاصب أعلى فكان أولى بالدفع ولهذا لو غصب من آخر خيطاً فحاط به بطن نفسه أو دابته يقطع حق المالك كذا هذا وذكر الكرخي رحمه الله أن موضوع مسألة الساجدة ما اذا بنى الغاصب في حوالى الساجدة لا على الساجدة فاما اذا بنى على نفس الساجدة لا يبطل ملك المالك بل ينقض وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله لان البناء اذا لم يكن على نفس الساجدة لم يكن الغاصب متعدياً بالبناء لينقض ازالة التعدى واذا كان البناء عليها كان متعدياً على الساجدة فيزال تعديه بالنقض والصحيح أن الجواب في الموضوعين والخلاف في الفصلين ثابت لانه كيف ما كان لا يمكنه رد الساجدة الا بنقض البناء ولزوم ضرر معتبر هذا موضوع المسألة حتى لو كان يمكنه الرد بدون ذلك لا يقطع حق المالك بالاتفاق بل يؤمر بالرد ولو بيعت الدار في حياة الغاصب أو بعد وفاته كان صاحب هذه الاشياء اسوة الغرماء في الثمن فلا يكون أخص بشئ من ذلك لان ملكه قد زال عن العين الى القيمة فبطل اختصاصه بالعين وكذلك لو غصب خوصاً فجعله زنبيلاً لا سبيل للمغصوب منه عليه وهو بمنزلة الساجدة اذا جعلها بناءً ولو غصب نخلة فشقتها فجعلها جذوعاً كان له أن يأخذ الجذوع لان عين المغصوب قائمة وانما فرق الاجزاء فاشبهه الثوب اذا قطعه ولم يخطه ولو غصب أرضاً فبنى عليها أو غرس فيها لا يقطع ملك المالك ويقال للغاصب اقلع البناء والغرس وردها فارغة لان الارض بحالها لم تتغير ولم تصر شيئاً آخر الا ترى أنهم لم يتركب بشيء وانما جاورها البناء والغرس بخلاف الساجدة لانها ركبت وصارت من جملة البناء ألا يرى انه يسمى الكل بناءً واحداً فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعاً ويكون له البناء والغرس لان الغاصب يتضرر بالمنع من التصرف في ملك نفسه بالقلع والمالك أيضاً يتضرر بنقصان ملكه فلزم رعاية الجانبين وذلك فيما قلنا ولو غصب تبر ذهب أو فضة فصاغه انا أو ضرب به دراهم أو دنانير فالمغصوب منه أن يأخذه ولا يعطيه شيئاً لاجل الصياغة على قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما لا سبيل له على ذلك وعلى الغاصب مثل ما غصب وأجمعوا على أنه اذا سبكه ولم يصغه أو جمعه مر بعاً أو مطولاً أو مدوراً أن له أن يسترده ولا شيء عليه (وجه) قولهما أن صنع الغاصب وقع استهلاكاً كالان المغصوب بالصياغة صار شيئاً آخر فاشبه ما اذا غصب حديداً فاتخذ سيفاً أو سكيناً وجه قوله أن استهلاك الشئ أخرجه من أن يكون منتفعاً به منفعة موضوعة له مطلوباً منه عادة ولم يوجد ههنا لان المطلوب من الذهب والفضة الثمنية وهي باقية بعدما استحدث الصنعة فلم يتحقق الاستهلاك فبقى على ملك المغصوب منه ولو غصب صفراً أو نحاساً أو حديداً فضر به آنية ينظر ان

كان يباع وزنا فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الذهب والفضة لأنه لم يخرج بالضرب والصناعة عن حد الوزن وإن كان يباع عدداً ليس له أن يسترده بخلاف لأنه خرج عن كونه موزوناً بخلاف الذهب والفضة لأن الوزن فيهما أصل لا يتصور سقوطه أبداً ولو غصب ثوباً قطعه ولم يخطه أو شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها لا ينقطع حق المالك إذا لم ينجح ليس باستهلاك بل هو تنقيص وتعيب فلا يوجب زال الملك بل يوجب الخيار للمالك على ما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى (وأما) بيان ما يصير المالك به مسترد للمغصوب فنقول وبالله التوفيق الأصل أن المالك يصير مسترد للمغصوب بآثار يده عليه لأنه صار مغصوباً بتقويت يده عنه فإذا أثبت يده عليه فقد أعاده إلى يده فزال يد الغاصب ضرورة الآن يغصبه ثانياً وعلى هذا تخرج المسائل إذا كان المغصوب عبداً فاستخدمه أو ثوباً فلبسه أو دابة فركبها أو حمل عليها صار مسترداً له ويبرأ الغاصب من الضمان لما قلنا سواء علم المالك أنه ملكه أو لم يعلم لأن إثبات اليد على العين أمر حسي لا يختلف بالعلم أو الجهل ولهذا لم يكن العلم شرطاً لتحقيق الغصب فلا يكون شرطاً لبطلانه وكذلك لو كان طعاماً فأكله لأنه أثبت يده عليه فبطلت يد الغاصب وكذا إذا أطعمه الغاصب يبرأ عن الضمان عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يبرأ وجه قوله أنه غره في ذلك حيث أطعمه ولم يعلم أنه ملكه فلا يسقط عنه الضمان (ولنا) أنه أكل طعام نفسه فلا يستحق الضمان على غيره كما لو كان في يد الغاصب فاستهلكه وقوله غره الغاصب ممنوع بل هو الذي اغتر بنفسه حيث تناول من غير بحث أنه ملكه أو ملك الغاصب والمغتر بنفسه لا يستحق الضمان على غيره ولو كان المغصوب عبداً فآجره من الغاصب للخدمة أو ثوباً فآجره منه للباس أو دابة للركوب وقبل الغاصب الإجارة برى عن الضمان لأن الإجارة إذا صححت صارت يد الغاصب على المحل يد إجارة وأنها يد محقة فتبطل يد الغاصب ضرورة فيبرأ عن الضمان حين وجبت عليه الإجارة بالإجارة وقالوا في الغاصب إذا آجر العبد للمغصوب من مولاه لم يئني له حائطاً معلوماً أنه يسقط ضمان الغصب حين يتبدى بالبناء لأن البراءة عن الضمان في الموضعين جميعاً متعلقة بوجوب الإجارة والالجرة في استئجار العبد والثوب تجب بالتسليم وهو التخلية وهما تجب بالعمل لا بنفس التخلية لذلك افترقا ولو زوج الأمة المغصوبة من الغاصب لا يبرأ عن الضمان في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف يبرأ بناء على أن المشتري هل يصير قابضاً بالتزويج أم لا وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع في بيان حكم البيع ولو استأجر الغاصب لتعليم العبد المغصوب عملاً من الأعمال فهو جائز لكنه لا يصير مسترداً للعبد ولا يبرأ الغاصب عن الضمان بل هو في يد الغاصب على ضمانه حتى لو هلك قبل أن يأخذ في ذلك العمل أو بعده ضمن وكذلك لو استأجره لغسل الثوب المغصوب لأن الإجارة ههنا ما وقعت على المغصوب فلم تثبت يد الإجارة عليه لتبطل عنه يد الغاصب فبقى في يد الغاصب كما كان فبقى مضموناً كما كان بخلاف استئجار المغصوب على ما بينا وإذا رد الغاصب الثاني المغصوب على الغاصب الأول برى لأن يده يد المالك من وجه فيصبح الرد عليه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الذي يتعلق بحال هلاك المغصوب فنوعان أحدهما وجوب الضمان على الغاصب والثاني ملك الغاصب المضمون (أما) وجوب الضمان فالكلام فيه في مواضع في بيان كيفية الضمان وفي بيان شرط وجوبه وفي بيان وقت وجوبه وفي بيان ما يخرج به الغاصب عن عهده (أما) الأول فالغاصب لا يخلو إما أن يكون ماله مثل وإما أن يكون ماله مثلاً له فإن كان ماله مثلاً كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فعلى الغاصب مثله لأن ضمان الغصب ضمان اعتداء ولا يعتد به بشرع إلا بالمثل قال الله تبارك وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل المطلق هو المثل بصورة ومعنى فاما القيمة فمثل من حيث المعنى دون الصورة ولأن ضمان الغصب ضمان جبر القائن ومعنى الجبر المثل أي كمال منه من القيمة فلا يعدل عن المثل إلى القيمة إلا عند التعذر وقال زفر رحمه الله الجوز والبيض مضمونان بالقيمة لا بالمثل وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع وإن كان مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فعليه قيمته لأنه تعذر إيجاب المثل بصورة ومعنى لأنه لا مثل له فيجب

المثل معنى وهو القيمة لأنها المثل الممكن والاصل في ضمان القيمة ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في عبد بين شريكين أعتق أحدهما نصيبه بنصف قيمته للذي لم يعتق والنص الوارد في العبد يكون واردا في اتلاف كل ما لا مثل له دلالة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرط وجوب الضمان فشرط وجوب ضمان المثل والقيمة على الغاصب عجزه عن رد المصوب فما دام قادرا على رده على الوجه الذي أخذه لا يجب عليه الضمان لأن الحكم الأصلي للعصب هو وجوب رده عن المصوب لأن بالرد يعود عين حقه إليه وبه يتدفع الضرر عنه من كل وجه والضمان خلف عن رد العين وإنما يصار إلى الخلف عند العجز عن رد الأصل وسواء عجز عن الرد بفعله بأن استهلكه أو بفعل غيره بأن استهلكه غيره أو بآفة سماوية بأن هلك بنفسه لأن المحل إنما صار مضمونا بالعصب السابق لأن فعله ذلك لا بهلاكه لأن الهلاك ليس صنعه لكن عند الهلاك يتقرر الضمان لأن عنده يتقرر العجز عن رد العين فيتقرر الضمان وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى الغاصب هلاك المصوب ولم يصدقه المصوب منه أنه يطلب منه بينة فإن أقامها والاحبس القاضي مدة يغلب على ظنه أنه لو كان في يده لا ظهره ثم قضى عليه بالضمان لأن بذلك ثبت عجزه عن رد العين فيحبس كمن كان عليه دين فطولب به فادعى الإفلاس ومن شرط الخطاب بإداء الضمان أن يكون المثل موجودا في أيدي الناس حتى لو غصب شيئا لمثل ثم انقطع عن أيدي الناس لا يخاطب بإدائه للحال لأنه ليس بمقدور بل يخاطب بالقيمة ولو اختصما في حال انقطاعه عن أيدي الناس فقد اختلف أصحابنا الثلاثة قال أبو حنيفة يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الا تقطاع وجهه قوله أن الغصب أو جب المثل على الغاصب والمصير إلى القيمة للتعذر والتعذر حصل بسبب الا تقطاع فتعتبر قيمته يوم الا تقطاع كما لو استهلكه في ذلك الوقت وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن سبب وجوب ضمان المثل عند القدرة والقيمة عند العجز هو الغصب والحكم يعتبر من وقت وجود سببه وجه قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن الواجب كان مثل المصوب وبالا تقطاع عن أيدي الناس لم يبطل الواجب لأن الأصل أن ما ثبت يبقى لتوهم الفائدة وتوهم العود ههنا ثابت ألا ترى أن للمالك أن يختار الانتظار إلى وقت ادراكه فإخذ المثل وإذا بقي المثل واجبا بعد الا تقطاع فأنما ينتقل حقه من المثل إلى القيمة بالخصومة فتعتبر قيمته وقت الخصومة فاما علم الغاصب بكون المصوب ملك غيره فليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو أخذ ما لا على وجه يحق له أخذه ظاهر أو في الباطن بخلافه كما إذا اشترى شيئا أو ملكه بوجه من الوجوه فتصرف فيه ثم تبين أنه مستحق يضمن لكن لا أثم عليه لأن العلم ليس بشرط لتحقق الغصب وهو شرط ثبوت المؤاخذه قال الله سبحانه وتعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم (وأما) وقت وجوب الضمان فوق وجوب الغصب لأن الضمان يجب بالغصب ووقت ثبوت الحكم وقت وجود سببه فتعتبر قيمة المصوب يوم الغصب حتى لا يتغير بتغير السعر لأن السبب لم يتغير ولا تغير المحل أيضا لأن تراجع السعر لتغير يحدنه الله سبحانه وتعالى في قلوب عباده (وأما) بيان ما يخرج به الغاصب عن عهدة الضمان فالذي يخرج به عن عهدة شيطان أحدهما ادعاء الضمان إلى المالك أو من يقوم مقامه لأن الأصل في طريق الخروج عن عهدة الواجب إذا وهلك المصوب في يد الغاصب الثاني فادى القيمة إلى الغاصب الأول يبرأ عن الضمان في الرواية المشهورة وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يبرأ الا بقضاء القاضي وجه هذه الرواية أن الضمان الواجب عليه للمالك فلا يسقط عنه الا بالاداء إلى المالك وجه الرواية المشهورة أن الضمان خلف عن العين قائم مقامه ثم لو رد العين برئ عن الضمان فكذلك إذا رد القيمة لأن ذلك رد العين من حيث المعنى والثاني البراء وهو نوعان صريح وما يجرى مجرى الصريح ودلالة (أما) الأول فنحو أن يقول أبرأتك عن الضمان أو أسقطته عنك أو وهبته منك وما أشبه ذلك فيبرأ عن الضمان لأنه أسقط حق نفسه وهو من أهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط فيسقط وأما الثاني فهو أن يختار المالك تضمين أحد الغاصبين فيبرأ الآخر لأن اختيار تضمين أحدهما براءة الآخر دلالة لما ذكرنا فإما تقدم

فغيراً أما بنفس الاختيار أو بشرطة رضامن اختارتضمينه أو القضاء على اختلاف الر وايتين اللتين ذكرناهما ولو
أبرأه عن ضمان العين وهي قائمة في يده صح الإبراء وسقط عنه الضمان عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه
الله لا يصح وجه قوله أن الإبراء إسقاط واستقاط الأعيان لا يعقل فالتحق بالعدم وبقيت العين مضمونة كما كانت
وإذا هلكت ضمن (ولنا) أن العين صارت مضمونة بنفس الغصب لأن الغصب سبب لجوب الضمان فكان
هذا إبراء عن الضمان بعد وجود سبب وجوبه فيصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت ولو أجل
المغصوب منه الغاصب يبدل الغصب صح التأجيل عند أصحابنا وعند زفر لا يصح استدلالاً بالقرض (ولنا) أن
عدم اللزوم في القرض لكونه جارياً مجرى الإعارة لما بين في كتاب القرض والأجل لا يلزم في العواري وهذا المعنى
لا يوجد في الغصب فيلزمه وهذا لأن الأصل هو لزوم التأجيل لأنه تصرف صدر من أهله في محله وهو الدين لأن
عدم اللزوم في باب القرض لضررة الإعارة ولم يوجد هنا فيلزم على الأصل والله تعالى أعلم (وأما) ملك الغاصب
المضمون فالكلام في هذا الحكم في مواضع في بيان أصل الحكم أنه سبب أم لا وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان صفة
الحكم الثابت (أما) الأول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا رحمهم الله ثبت إذا كان المحل قابلاً للثبوت ابتداء
وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت أصلاً حتى أن من غصب عبداً أو اكتسب في يد الغاصب ثم هلك العبد وضمن
الغاصب قيمته فالكسب ملك للغاصب عندنا وعند مالك للمالك ولو أبقى العبد المغصوب من يد الغاصب وعجز عن
رده إلى المالك فالمغصوب منه بالخيار أن شاء انتظر إلى أن يظهر وإن شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته ولو ضمنه
قيمه ثم ظهر العبد ينظر أن أخذ صاحبه القيمة بقول نفسه التي سماها ورضى بها أو بتصادقهما عليه أو بقيام البينة
أو بشكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له على العبد عندنا وعند زفر يأخذ عبده بعينه ولو كان المغصوب مدبراً
يعود على ملك المالك بالاجماع وجه قوله أن المالك لا بدله من سبب والغصب لا يصلح سبباً لأنه محذور والمالك نعمة
وكرامة فلا يستفاد بالمحذور ولأن ضمان الغصب لا يقابل العين وإنما يقابل اليد القاتنة فلا تملك به العين كما في غصب
المدبر (ولنا) أن ملك الغاصب يزول عن الضمان فلو لم يزل ملك المغصوب منه عن المضمون لم يكن الاعتداء بالمثل ولأنه
إذا زال ملك الغاصب عن الضمان وأنه بدل المغصوب لأنه مقدر بقيمته وملك المغصوب منه البديل بكامله لو لم يزل ملكه
عن المغصوب لا اجتماع البديل والمبدل في ملك المالك وهذا لا يجوز وإذا زال ملك المالك عن المغصوب فالغاصب أثبت
يده على مال قابل للملك لا ملك لا حذ فيه فيملكه كما يملك الخطب والحشيش بأبواب يده عليهما به تبين أن ما هو
سبب الملك فهو مباح لا حظر فيه فجاز أن يثبت به الملك بخلاف المدبر لأنه لا يحتمل ابتداء الملك فيزول ملك المالك
سكن لا يملكه الغاصب لعدم قبول المحل التملك ابتداءً وهو من الجحلاف والله تعالى أعلم ولو أخذ صاحبه القيمة بقول
الغاصب بان اختلاف في القيمة وقضى القاضي بالقيمة بقول الغاصب ويؤمّن ثم ظهر العبد ذكر في ظاهر الرواية أن
المغصوب منه بالخيار أن شاء رضى بالمأخوذ وترك العبد عند الغاصب وإن شاء رد المأخوذ وأخذ العبد لأنه تبين أن
المأخوذ بعض بدل العين لا كله فلم يملك بدل المغصوب بكامله فيثبت له الخيار وإن أراد استرداد العبد فللغاصب أن
يحبس العبد حتى يأخذ القيمة ولو مات العبد في يد الغاصب قبل رد القيمة لا يرد القيمة ولكن يأخذ من الغاصب فضل
القيمة إن كان في قيمة العبد فضل على ما أخذه وإن لم يكن فيها فضل فلا شيء سوى له القيمة وروى عن أبي يوسف
رحمه الله أنه إذا ظهر العبد وقيمه أكثر مما قاله الغاصب فالمغصوب منه بالخيار على ما بينا فاما إذا كانت قيمته مثل ما قال
الغاصب أو أقل منه فلا سبيل لصاحبه عليه وهكذا فصل الكرخي رحمه الله لأنه رضى بزوال ملكه بهذا البديل وفي
ظاهر الرواية أثبت الخيار من غير تفصيل ولو اختلفا في زيادة القيمة فادعى الغاصب أنها حدثت بعد التضمين وادعى
المغصوب منها أنها كانت قبله كان الخصاص يقول من تلقا نفسه أن القول قول الغاصب لأن التملك قد صح فلا يفسخ
الشك (وأما) وقت ثبوت الملك فهو وقت وجود الغصب لأن الملك في الضمان يستند إلى وقت وجود الغصب فكذا

في المضمون فيظهر في الكسب والغلة والربح وأما شرط ثبوت الملك في المضمون فاهو شرط ثبوت الملك في الضمان وهو اختيار الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله فالمغصوب قبل اختيار الضمان على حكم ملكه عنده فانه لو أراد أن لا يختار الضمان حتى يهلك المغصوب على ملكه ويكون له ثواب هلاكه على ملكه ويخاصم الغاصب في القيمة له ذلك وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله هذا ليس بشرط ويثبت الملك قبل الاختيار في الضمان والمضمون جميعاً وعلى هذا الأصل ينبنى الصلح عن المغصوب الذي لا مثل له على اضعاف قيمته انه جائز عنده وعندهما لا يجوز (ووجهه) البناء أنه لما وجب الضمان بنفس الهلاك عندهما وهو مال مقدر والزيادة عليه تكون رباً ولما توقف الوجوب على اختيار المالك عنده ولم يوجد منه الاختيار كان الصلح تقدير القيمة للمغصوب هذا القدر وتعليلها للمغصوب به كانه باعه من الغاصب به فجاز والله تعالى أعلم (وأما) صفة الملك الثابت للغاصب في المضمون فلا خلاف بين أصحابنا في أن الملك الثابت له يظهر في حق نقاذ التصرفات حتى لو باعه أو وهبه أو تصدق به قبل اداء الضمان بنفذ كما تنفذ هذه التصرفات في المشتري شراء فاسداً واختلقوا في أنه هل يباح له الانتفاع به بأن يأكله بنفسه أو يطعمه غيره قبل اداء الضمان فاذا حصل فيه فضل هل يتصدق بالفضل قال أبو حنيفة رضي الله عنه ومحمد رحمه الله لا يحل له الانتفاع حتى يرضى صاحبه وإن كان فيه فضل يتصدق بالفضل وقال أبو يوسف رحمه الله يحل له الانتفاع ولا يلزمه التصديق بالفضل إن كان فيه فضل وهو قول الحسن وزفر رحمه الله وهو القياس وقول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله استحسان (وجهه) القياس أن المغصوب مضمون لاشك فيه وهو مملوك للغاصب من وقت الغصب على أصل أصحابنا فلا معنى للمنع من الانتفاع وتوقيف الحل على رضا غير المالك كما في سائر أملاكه ويطيب له الربح لا نه ربح ما هو مضمون ومملوك وربح ما هو مضمون غير مملوك يطيب له عنده لما نذكر في ربح المملوك المضمون أولى (وجهه) الاستحسان ما روى انه عليه الصلاة والسلام أضافه قوم من الانصار فقدموا اليه شاة مصلية فجعل عليه الصلاة والسلام يعضغه ولا يسغه فقال عليه الصلاة والسلام ان هذه الشاة لتخبرني أنها ذبحت بغير حق فقالوا هذه الشاة لجار لنا ذبحناها لرضيه بشئها فقال عليه الصلاة والسلام اطعموها الاسارى أمر عليه الصلاة والسلام بأن يطعموها الاسارى ولم ينتفع به ولا أطلق لأصحابه الانتفاع بها ولو كان حلالاً طيباً أطلق مع خصاصتهم وشدة حاجتهم الى الاكل ولأن الطيب لا يثبت الا بالملك المطلق وفي هذا الملك شبهة العدم لانه يثبت من وقت الغصب بطريق الاستناد والمستند يظهر من وجهه ويقتصر على الحال من وجهه فكان في وجوده من وقت الغصب شبهة العدم فلا يثبت به الحل والطيب ولأن الملك من وجهه حصل بسبب محظور أو وقع محظوراً بابتدائه فلا يخلو من خبث ولأن اباحه الانتفاع قبل الارضاء يؤدي الى تسليط السفهاء على أكل أموال الناس بالباطل وفتح باب الظلم على الظلمة وهذا لا يجوز وعلى هذا يخرج ما اذا غصب حنطة فطحنها أنه لا يحل له الانتفاع بالدقيق حتى يرضى صاحبه ولو غصب حنطة فزرعها قال أبو حنيفة ومحمد يكره له أن ينتفع به حتى يرضى صاحبه ويتصدق بالفضل وقال أبو يوسف لا يكره له الانتفاع به قبل اداء الضمان ولا يلزمه التصديق بالفضل فظاهر هذا الاطلاق يدل على ان عندهما يكره الانتفاع به حتى يرضى صاحبه باداء الضمان وفرق أبو يوسف بين الزرع والطحن فقال في الطحن مثل قولهما أنه لا يحل له الانتفاع به حتى يرضى صاحبه لأن الحنطة لم تهلك بالطحن وإنما تغيرت صفتها من التركيب الى التفریق فكان عين الحنطة قائمة فكان حق المالك فيها قائماً بخلاف الزرع لأن البذر يهلك بالزراعة لانه يغيب في الارض فيخرج من أن يكون مالا متقوماً فلم يبق للمالك فيه حق فلم يكره الانتفاع به وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله فيمن غصب نوى فصارت نخلاً انه يحل له الانتفاع به كما في الحنطة اذا زرعها وقال في الودي اذا غرسه فصارت نخلاً أنه يكره الانتفاع به حتى يرضى صاحبه لأن النوى يعفن ويهلك والودي يزيد في نفسه وروى عن أبي حنيفة في الشاة اذا ذبحها فشاها انه لا يسع له أن يأكلها ولا يطعم أحداً حتى يضمن القيمة وإن كان صاحبها غائباً أو حاضراً لا يرضى بالضمان لا يحل له أكلها واذا دفع الغاصب

قيمتها محل له الا كل كذلك اذا ضمنه المالك القيمة أو ضمنه الحاكم وهذا عندى ليس باختلاف رواية بل هذه
الرواية تفسر للاولى لان قوله حتى يرضى صاحبه يحمله يحتمل الارضاء باداء الضمان ويحتمل الارضاء باختيار
الضمان فالمدكو رهنهما مفسر فيحمل المحمل على المفسر فيحمل قوله حتى يرضيه على الارضاء باختيار الضمان ورضاه
لا على الارضاء باداء الضمان توفيقا بين الروايتين فلا يحل له الا تنفع به قبل اختيار الضمان ويحمل بعده سواء أدى
الضمان أولا وهذا قولهما وهو قياس قول أبى يوسف رحمه الله في الشاة المشوية أنه يحل له الا تنفع بها فيا كلها
ويطعمها من شاء سواء أدى الضمان أم لا ولا خلاف في انه اذا أدى الضمان أنه يحل له الا كل وكذلك اذا أبرأه عن
الضمان وكذلك اذا ضمنه المالك القيمة أو ضمنه القاضى لان القاضى لا يضمنه الا بعد طلبه فكان منه اختيارا
للضمان ورضاه به وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة أنه يضمن النقصان والغلة له ويتصدق بها
في قولهما وعند أبى يوسف رحمه الله هي طيبة أما ضمان النقصان فلان الاستغلال وقع اتلافا فيضمن قدر ما تلف
ويطيب له قدر المضمون لان ذلك القدر ليس بربح والنهي وقع عن الربح (وأما) الغلة فللغاصب عندنا وعند الشافعي
رحمه الله للمالك وهي فريضة مسئلة المنافع وقد مرت في موضعها (وأما) التصديق بالغلة وهي الاجرة عندهما فلانها
خيثة لحصولها بسبب خيثة فكان سبيلها التصديق ولا بى يوسف أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن
وهذا ربح مضمون والجواب أن التحريم لعدم الضمان يدل على التحريم لعدم الملك من طريق الاولى لان الملك
فوق الضمان ولو غصب أرضا فزرعها كرا فنقصتها الزراعة وأخرجت ثلاثة أكرار يفرم النقصان وياخذ رأس
المال ويتصدق بالفضل أما ضمان النقصان فلان الغاصب تنقص الارض بالزراعة وذلك اتلاف منه والعقار
مضمون بالاتلاف وأما التصديق بالفضل فلحصوله بسبب خيثة وهي الزراعة في أرض الغصب وان
كان البذر ملكا له ويطيب له قدر النقصان وقدر البذر لما ذكرنا أن النهي ورد عن الربح وهذا ليس بربح فلم يحرم
والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب الفا فاشتري جارية فباعها بالدين ثم اشترى بالالفين
جارية فباعها بثلاثة آلاف انه يتصدق بجميع الربح في قولهما وعند أبى يوسف رحمه الله لا يلزمه التصديق بشئ لانه
ربح مضمون مملوك لانه عند أداء الضمان يملكه مستندا الى وقت الغصب ويجرد الضمان يكفي للطيب فكيف اذا
اجتمع الضمان والمالك وهما يقولان الطيب كما لا يثبت بدون الضمان لا يثبت بدون الملك من طريق الاولى وفي هذا
المالك شبهة لعدم على ما بينا فاما تقدم فلا يفيد الطيب ولو اشترى بالالف جارية تساوى الدين فوهبها أو اشترى به
طعاما يساوى الدين فأكله لم يتصدق بشئ لانه لم يحصل له الربح ولان الخبث انما يثبت بشبهة عدم الملك والشبهة
توجب التصديق اما لا توجب التضمن وعلى هذا يخرج ما اذا خلط المستودع احدي الوديعتين بالآخرى خلطا
لا يتميزان المخلوط يصير ملكا له عند أبى حنيفة رحمه الله لكن لا يطيب له حتى يرضى صاحبه على ما ذكره ان شاء الله
تعالى ولو اشترى بالدرهم المعضوبة شيئا هل يحل له الا تنفع به أو يلزمه التصديق ذكر الكرخي رحمه الله وجعل ذلك
على أربعة أوجه اما ان يشير اليها وينقد منها واما ان يشير اليها وينقد من غيرها واما ان يشير الى غيرها وينقد منها واما
ان يطلق اطلاقا وينقد منها واذ أثبت الطيب في الوجوه كلها الا في وجه واحد وهو ان يجمع بين الاشارة اليها والنقد
منها وذكر أبو نصر الصفار والفقهاء أبو الليث رحمهما الله انه يطيب في الوجوه كلها وذكر أبو بكر الاسكاف رحمه الله انه
لا يطيب في الوجوه كلها وهو الصحيح (وجه) قول أبى نصر وأبى الليث رحمهما الله تعالى ان الواجب في ذمة المشتري
دراهم مطلقة والمنقودة بدل عمما في الذمة أما عند عدم الاشارة فظاهر وكذا عند الاشارة لان الاشارة الى الدراهم
لا تعيد التعمين فالتحقق الاشارة اليها بعدم فكان الواجب في ذمته دراهم مطلقة والدراهم المنقودة بدلا عنها فلا يخبث
المشتري والكرخي كذلك يقول اذا لم تتأكد الاشارة بمؤكد وهو النقد منها فاذا تأكدت بالنقد منها تعين المشار اليه
فكان المنقود بدل المشتري فكان خبيثا (وجه) قول أبى بكر انه استفاد بالجرام ملكا من طريق الحقيقة أو الشبهة

فيثبت الخبث وهذا لانه ان أشار الى الدراهم المعضوبة فالمشار اليه ان كان لا يتعين في حق الاستحقاق يتعين في حق جواز العقد بمرقة جنس النقد وقدره فكان المنقود بدل المشتري من وجه نقد منها أو من غيرها وان لم يشر اليها ونقد منها فقد استفاد بذلك سلامة المشتري فتمكنت الشبهة فيخبت الربح واطلاق الجواب في الجامعين والمضارب دليل صحة هذا القول ومن مشايخنا من اختار الفتوى في زماننا بقول الكرخي تيسيرا للامر على الناس لازدحام الحرام وجواب الكتب أقرب الى التنزه والاحتياط والله تعالى أعلم ولان دراهم الغصب مستحقة الرد على صاحبها وعند الاستحقاق ينسخ العقد من الاصل فتبين ان المشتري كان مقبوضا بعقد فاسد فلم يحل الانتفاع به ولو تزوج بالدراهم المعضوبة امرأة وسعها ان يطأها بخلاف الشراء لما ذكرنا ان عند الاستحقاق ينسخ الشراء والنكاح لا يحتمل النسخ ولو كان المعضوب ثوبا فاشترى به جارية لا يسمه ان يطأها ولو تزوج عليه امرأة حل له وطؤها لما قلنا والله عز وجل أعلم وأما الذي يتعلق بحال نقصان المعضوب فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما يكون مضمونا من النقصان وما لا يكون مضمونا منه والثاني في بيان طريق معرفة النقصان أما الاول فنقول وبالله التوفيق اذا عرض في يد الغاصب ما يوجب نقصان قيمة المعضوب والعارض لا يخلو اما ان يكون بغير السعر واما أن يكون فوات جزء من المعضوب أو فوات صفة مرغوب فيها أو معنى مرغوب فيه فان كان بغير السعر لم يكن مضمونا لان المضمون نقصان المعضوب ونقصان السعر ليس بنقصان المعضوب بل لفتور يحدنه الله تعالى عز شأنه في قلوب العباد لا يصنع للعبد فيه فلا يكون مضمونا وان كان فوات جزء من المعضوب أو فوات صفة مرغوب فيها أو معنى مرغوب فيه فالمعضوب لا يخلو اما ان يكون من غير أموال الربا واما ان يكون من أموال الربا فان كان من غير أموال الربا يكون مضمونا اذا لم يكن للمعضوب منه فيه صنع ولا اختيار لانه هلك بعض المعضوب صورة ومعنى أو معنى لا صورة وهلاك كل المعضوب مضمون بكل القيمة فمهلك بعضه يكون مضمونا بقدره لما ذكرنا ان ضمان الغصب ضمان جبر القائل فيتقدر بقدر القوات وعلى هذا يخرج ما اذا سقط عضو من المعضوب في يد الغاصب بأفك سماوية أو لحقه زمانة أو عرج أو شلل أو عمى أو عور أو صمم أو بكم أو حمى أو مرض آخر انه يأخذه المولى ويضمنه النقصان لوجود فوات جزء من البدن أو فوات صفة مرغوب فيها ولو زال البياض من عينه في يد المولى أو ألق الحمى رد على الغاصب ما أخذه منه بسبب النقصان لانه تبين ان ذلك النقصان لم يكن موجبا للضمان لانعدام شرط الوجوب وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام وكذلك لو ابق المعضوب من يد الغاصب من عبد أو أمة اذا لم يكن ابق قبل ذلك أو زنت الجارية المعضوبة أو سرقت اذا لم تكن زنت قبل ذلك لهوات معنى مرغوب فيه وهو الصيانة عن هذه القاذورات ولهذا كانت عيوبها موجبة للرد في باب البيع وجعل الا بقاء على المالك وهل يرجع به على الغاصب قال أبو يوسف رحمه الله لا يرجع وقال محمد رحمه الله يرجع (وجه) قوله ان الحمل من ضرورات رد المعضوب لان رد المعضوب واجب على الغاصب ولا يمكنه الرد الا باعطاء الجعل فكان من ضرورات الرد فيكون عليه مؤنة الرد (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان الجعل انما يجب بحق الملك والمالك للمعضوب منه فيكون الجعل عليه كدأوة الجراحة ولو قتل العبد المعضوب أو الجارية المعضوبة في يد الغاصب قتيلا أو جنى على حر أو عبد في نفس أو مادونهما جناية رد الى مولاه ويقال له ادفعه بجنايته أو أفده لان الملك له ويرجع المولى على الغاصب بالاقل من قيمته ومن أرش الجناية لان هذا الضمان انما وجب بسبب كان في ضمانه ولو استهلك لرجل ما لا يخاطب المولى بالبيع أو القداء ويرجع على الغاصب بالاقل من قيمته ومما أداه عنه من الدين لما قلنا ولو قتل المعضوب نفسه في يد الغاصب ضمن الغاصب قيمته بالغصب ولا يضمن قيمته بقتل نفسه لان قتله نفسه هدر فصار كموتة حتفاته ولو كان المعضوب أمة فولدت ثم قتلت ولدها ثم ماتت ضمن قيمة الام ولا يضمن قيمة الولد لانه أمانة وكذلك اذا كبر المعضوب في يد الغاصب من العلام والجارية بان غصب عبدا شابا فشاخ في يد الغاصب أو جارية شابة فصارت

عجوزاً في يده ضمن النقصان لأن الكبر يوجب فوات جزء أو صفة مرغوب فيها وكذلك إذا غصب جارية ناهداً فانكسر ثديها في يد الغاصب لأن نهود الثديين صفة مرغوب فيها ألا يرى إلى قوله عز وجل وكواعب أتراباً وأمانبات اللحية للامرد فليس بمضمون لأنه ليس بنقصان بل هو زيادة في الرجال ألا ترى أن خلق اللحية يوجب كمال الدية وكذلك لو غصب عبد أقرناً ففسى القرآن العظيم أو محترفاً ففسى الحرفة يضمن لأن العلم بالقرآن والحرفة معنى مرغوب فيه وأما حبس الجارية المنصوبة بأن غصب جارية فحبلت في يده فإن كان المولى أحبلها في يد الغاصب لاشئ على الغاصب لأن النقصان حصل بفعل المولى فلا يضمنه الغاصب كما لو قتلها المولى في يد الغاصب وكذلك لو حبلت في يد الغاصب من زوج كان لها في يد المولى لأن الوطء من الزوج حصل بتسليط المولى فصار كأنه حصل منه أو حدث في يده وإن حبلت في يد الغاصب من زنا أخذها المولى وضمنه نقصان الحبل والكلام في قدر الضمان قال أبو يوسف رحمه الله ينظر إلى ما نقصها الحبل وإلى أرش عيب الزنا فيضمن إلا أكثر ويدخل الأقل فيه وهذا استحسان والقياس أن يضمن الأمرين جميعاً وروى عن محمد رحمه الله أنه أخذ بالقياس (وجهه) القياس أن الحبل والزنا كل واحد منهما عيب على حدة فكان النقصان الحاصل بكل واحد منهما نقصاً على حدة فيفرد بضمان على حدة (وجهه) الاستحسان أن الجمع بين الضمانين غير ممكن لأن نقصان الحبل إنما حصل بسبب الزنا فلم يكن نقصاً سبباً على حدة حتى يفرد بحكم على حدة فلا بد من إيجاب أحدهما فوجبنا الأكثر لأن الأقل يدخل في الأكثر ولا يتصور دخول الأقل في الأقل فإن ردها الغاصب حاملاً فماتت في يد المولى من الولادة فبقي ولدها ضمن الغاصب جميع قيمتها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يضمن إلا نقصان الحبل خاصة (وجهه) قولهما أن الرد وقع صحيحاً من الغاصب في القدر المردود وهو ما وراء الفاتت بالحبل والهلاك بعد الرد حصل في يد المالك بسبب وجد في يده وهو الولادة فلا يكون مضموناً على الغاصب كما لو ماتت بسبب آخر وكما لو باع جارية حبلى فولدت عند المشتري ثم ماتت من نقاسها أنه لا يرجع المشتري على البائع شئ كذا هذا وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن الموت حصل بسبب كان في ضمان الغاصب وهو الحبل أو الزنا لأن ذلك أفضى إلى الولادة والولادة أفضت إلى الموت فكان الموت مضافاً إلى السبب السابق وإذا حصل الهلاك بذلك السبب تبين أن الرد لم يصح لانعدام شرط صحته وهو أن يكون الرد مثل الأخذ من جميع الوجوه فصار كأنها ولدت في يد الغاصب فماتت من الولادة ولو كان كذلك يضمن الغاصب جميع قيمتها كذا هذا بخلاف مسألة البيع لأن الواجب هناك هو التسليم ابتداءً لا الرد وقد وجد التسليم فخرج عن العهدة وبخلاف الحرّة إذا زانها مكرهة فماتت من الولادة أنه لا يضمن لأنها غير مضمونة بالأخذ ليلزمه الرد على وجه الأخذ بخلاف الأمة ولو كانت الجارية زنت في يد الغاصب ثم ردها على المالك فحدث في يده ونقصها الضرب ضمن الغاصب إلا أكثر من نقصان الضرب ومما نقصها الزنا في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما ليس عليه إلا نقصان الزنا (وجهه) قولهما أن النقصان حصل في يد المالك بسبب آخر ولا يضمنه إلا نقصان الزنا لأن النقصان حصل بسبب كان في ضمان الغاصب فيضاف إلى حين وجود السبب في يد الغاصب بسبب وجد في يده وهو الضرب فلا يكون مضموناً على الغاصب كما لو حصل في يد المالك فأبو حنيفة رضي الله عنه نظر إلى وقت وجود السبب وهما نظر إلى وقت ثبوت الحكم وهو النقصان ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن اشترى عبداً فوجده مباح الدم فقتل في يد المشتري أنه ينتقض العتد ويرجع على البائع بكل القيمة وكذلك لو كان سارقاً قطع في يده رجوع بنصف الثمن اعتباراً للسبب السابق وعندهما يقتصر الحكم على الحال ويكون في ضمان المشتري ويرجع على البائع بنقصان العيب فإن قيل كيف يضاف النقصان إلى سبب كان في ضمان الغاصب وذلك السبب لم يوجب ضرراً جازحاً فكيف يضاف نقصان الجرح إليه ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله في شهود الزنا إذا رجعوا بعد إقامة الجندات أنهم لا يضمنون بنقصان الجرح لأن شهادتهم لم توجب ضرراً جازحاً فم يضاف نقصان الجرح إليها كذا هذا قيل له أن النقصان لا يضاف إلى السبب

السابق ههنا كما يضاف الى شهادة الشهود هناك الا انه وجب الضمان ههنا لان وجوب ضمان العصب لا يقف على الفعل فيستند الضرب الى سبب كان في يد العاصب ولا يستند اليه أثره فيصير كأنها ضربت في يد العاصب فانخرجت عند الضرب لا بالضرب ولو كان كذلك لضمن العاصب كذا هذا وانما اعتبر الاكثر من نقصان الضرب ومن نقصان الزنا لما ذكرنا فيما تقدم ان النقصانين جميعا حصل بسبب واحد فتعذر الجمع بين الضمانين فيجب الاكثر ويدخل الاقل فيه والله تعالى أعلم ولو كانت الجارية المغصوبة سرقت في يد العاصب فردها على المالك فقطعت عنده بضمن العاصب نصف قيمتها في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمن الا نقصان السرقة والكلام في هذه المسألة في الطرفين جميعا على نحو الكلام في المسألة الاولى الا ان أبا حنيفة رحمه الله اعتبر نقصان القطع ههنا ولم يعتبر نقصان عيب السرقة واعتبر نقصان عيب الزنا هناك لان نقصان القطع يكون أكثر من نقصان السرقة ظاهرا وغالبا فدخل الاقل في الاكثر بخلاف نقصان عيب الزنا لانه قد يكون أكثر من نقصان الضرب لذلك اختلفت اعتباره والله سبحانه وتعالى أعلم ولو حمت الجارية المغصوبة في يد العاصب فردها على المولى فانت في يده من الحمى التي كانت في يد العاصب لم يضمن العاصب الا ما نقصها الحمى في قولهم جميعا لان الموت يحصل بالآلام التي لا تحملها النفس وانما تحدث شيئا فشيئا الى ان يتناهى فلم يكن الموت حاصلًا بسبب كان في ضمان العاصب فلا يضمن الا قدر نقصان الحمى ولو غصب جارية محمولة أو حبلى أو بهرجارة أو مرض آخر سوى الحمى فانت من ذلك في يد العاصب فهو ضامن لقيمتها وبها ذلك فرق بين هذا وبين ما اذا ماتت في يد المولى بحبل كان في يد العاصب حيث جعل هناك موتها في يد المالك كوتها في يد العاصب ولم يجعل ههنا موتها في يد العاصب كوتها في يد المالك (ووجه) الفرق ان الهلاك هناك حصل بسبب كان في ضمان العاصب وهو الحبل لانه يقضى اليه فاضيف اليه كانه حصل في يده فتبين ان الردم يصح لعدم شرط الصحة على ما بينا والهلاك ههنا حصل بسبب كان في يد المولى لكن لم يحصل بسبب كان في ضمانه لان الحبل لم يكن مضمونا عليه فاذا غصبها فقد صارت مضمونة بالعصب لان انعقاد سبب الهلاك لا يمنع دخوله في ضمان العاصب لان وجوب ضمان العصب لا يقف على فعل العاصب فاذا هلك في يده تقرر الضمان لكن منقوصا بما بها من المرض ونحوه لانها لم تدخل في ضمان العصب الا كذلك والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جارية سميئة فهزلت في يد العاصب ان عليه نقصان الهزال ولو عادت سميئة في يده فردها لاشي عليه لان نقصان الهزال انخير بالسمن فصار كان لم يكن أصلا وكذا اذا قلعت سننها في يده فنبتت فردها لانها لما نبتت ثانيا جعل كأنها لم تقلع وكذا اذا قطعت يدها في يده فردها مع الارش لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج نقصان الولادة انه مضمون على العاصب لقوات جزء من المغصوب بالولادة الا اذا كان له جابر فينعدم القوات من حيث المعنى وجملة الكلام في الجارية المغصوبة اذا نقصتها الولادة ان الامر لا يخلو اما ان كان الام أو الولد جميعا قائمين في يد العاصب واما ان هلكا جميعا في يده واما ان هلك أحدهما وبقي الآخر فان كانا قائمين ردهما على المغصوب منه ثم ينظر ان كان في قيمة الولد وفاء لنقصان الولادة انخير به ولا شيء على العاصب وان لم يكن في قيمته وفاء لنقصان انخير بقدره وضمن الباقي استحسانا وهو قول أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله ولو لم يكن في الولد وفاء لنقصان وقت الردم حصل به وفاء بعد الردم يعتبر ذلك لان الزيادة لم تحصل في ضمان العاصب فلا تصلح لجبر النقصان وقالوا ان نقصان الحبل على هذا الخلاف بان غصب جارية حائلا فحملت في يد العاصب فردها الى المالك فولدت عنده ونقصتها الولادة وفي الولد وفاء لا يضمن العاصب شيئا خلافا لفر رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا بيعت بيعا فاسدا وهي حامل فولدت في يد المشتري ونقصتها الولادة وفي الولد وفاء للمشتري الجارية مع الولد الى البائع انه لا يضمن شيئا خلافا لفر وعلى هذا الخلاف اذا كان له جارية للتجارة فخال عليها الحول وقيمتها الف درهم فولدت فنقصتها الولادة مائتي درهم وفي الولد وفاء لنقصان انه يبقى الواجب في جميع الالف ولا يستقط منه شيء وعند

زفر رحمه الله ببقى فيما وراء النقصان ويسقط بقدره (وجه) قول زفر رحمه الله في مسألة الغصب أنه وجد سبب وجوب الضمان وهو النقصان فيجب الضمان جبراً لأن ضمان الغصب ضمان جبر القاتل وقد حصل القوات فلا بد له من جابر والولد لا يصلح جابر له لأن القاتل ملك المصوب منه والولد ملكه أيضاً ولا يعقل أن يكون ملك الإنسان جابراً للملكة فلزم جبره بالضمان (ولنا) أن هذا نقصان صورة لا معنى فلا يكون مضموناً كنقصان السن والسنن والقطع وقدره والدليل على أن هذا ليس نقصاناً معنى أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة واتحاد سبب الزيادة والنقصان يمنع تحقق النقصان من حيث المعنى لأن الزيادة مال متقوم مثل القوات فالسبب الذي فوت أفاده مثله من حيث المعنى فلم يحصل القوات إلا من حيث الصورة والصورة غير مضمونة بالقيمة في ضمان العدوان وقد خرج الجواب عن قوله أن جبر ملكه بملكه غير معقول لأن ما ذكرنا يمنع تحقق النقصان من حيث المعنى فيمتنع تحقق القوات من حيث المعنى فلا حاجة إلى الجابر وإن هلك جميعاً في يد الغاصب ضمن قيمة الأم يوم غصب لتحقيق الغصب فيها ولم يضمن قيمة الولد عندنا لأنه غير مغصوب وعند الشافعي رحمه الله يضمن لوجود الغصب فيه وقد مرّت المسئلة في صدر الكتاب وإن كان الغاصب قتل الولد أو باعه ضمن قيمته مع قيمة أمه لأن الولد إن كان أمانة في يد الغاصب عندنا فإلا مائة تصير مضمونة بوجود سبب الضمان فيها وقد وجد على ما بيننا فيما تقدم فإن كانت قيمة الأم ألف درهم فنقصتها الولادة مائة درهم والولد يساوى مائتين ضمن قيمة الأم يوم الغصب ألف درهم وضمن من الولد نصف قيمته مائة درهم يدخل ذلك النصف في قيمة الأم وإن شئت ضمنته قيمة الأم يوم ولدت وقيمة الولد بأمه وكل ذلك سواء لأن النقصان إذا انجبر بالولد كان الواجب من الضمان في الحاصل ألف ومائة فإن اعتبر قيمة الأم تامة بقي نصف قيمة الولد وإن اعتبر قيمة الأم تسعمائة بقي كل قيمة الولد وإن هلك أحدهما بقي الآخر فإن هلك الولد قبل الردد إلى الأم وضمن نقصان الولادة وليس عليه ضمان الولد عندنا لأنه هلك أمانة فإن هلك الأم بقي الولد ضمن قيمة الأم يوم غصب ورد الولد ولا تجبر الأم بالولد وإن كان في قيمة الولد وفاء بقيمة الأم بخلاف ضمان النقصان أنه يجبر بالولد لأن الجبر هناك لاتحاد سبب النقصان والزيادة وهو الولادة ولم توجد ههنا لأن الولادة سبب لحصول الولد وليست سبباً لهلاك الأم لأنها لا تقضى إلى الهلاك غالباً فلم يتحد السبب فيتعذر الجبر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما إذا غصب ثوباً قطعه ولم يخطئه إن للمغصوب منه أن يضمنه النقصان غير أن النقصان إن كان سبباً لا خياراً للمغصوب منه وليس له الاضمان النقصان لأن ذلك نقص وتعييب فيوجب ضمان نقصان العيب وإن كان فاحشاً بأن قطعه قباء أو قميصاً فهو بالخيار إن شاء أخذه مقطوعاً أو ضمنه ما نقصه القطع وإن شاء تركه عليه وضمنه قيمة ثوب غير مقطوع لأن القطع الفاحش يفوت بعض المنافع المطلوبة من الثوب ألا ترى أنه لا يصلح لما كان يصلح له قبل القطع فكان استهلاكه من وجهه فيثبت له الخيار وكذلك لو غصب شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها فالمغصوب منه بالخيار إن شاء أخذ الشاة وضمنه نقصان الذبح وإن شاء تركها عليه وضمنه قيمتها يوم الغصب كذا ذكر في الأصل وسواء سلخها الغاصب وأربها أولاً بعد أن لم يكن شواهاً ولا طبخها وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إن شاء أخذ الشاة ولا شيء له غيرها وإن شاء ضمنه قيمتها يوم الغصب (وجه) هذه الرواية أن ذبح الشاة إن كان نقصاناً بصورة فهو زيادة من حيث المعنى لأن المقصود من الشاة اللحم والذي يبيع وسيلة إلى هذا المقصود فلم يكن نقصاناً بل كان زيادة حيث رفع عنه مؤنة الوسيلة فكان الغاصب محسناً في الذبح وقد قال الله تبارك وتعالى ما على المحسنين من سبيل فإذا اختار أخذ اللحم لا يلزمه شيء آخر إلا أنه ثبت له خيار الترك عليه ويضمنه القيمة لقوات مقصود ما في الجملة (وجه) رواية الأصل أن الشاة كما يطلب منها اللحم يطلب منها مقاصد أخرى من الدر والنسل والتجارة فكان الذبح نقولاً لبعض المقاصد المطلوبة منها فكان تنقيصها واستهلاكها من وجهه فيثبت له خيار تضمين النقصان وخيار تضمين القيمة كما في مسألة الثوب وعلى هذا

الاصل يخرج ما اذا غصب من انسان عينا من ذوات القيم أو من ذوات الامثال ونقلها الى بلدة أخرى فالتقيا والعين في يد الغاصب وقيمتها في ذلك المكان أقل من قيمتها في مكان الغصب ان للمغصوب منه ان يطالبه في ذلك المكان بقيمتها التي في مكان الغصب لان قيم اعيان تختلف باختلاف الاماكن بالزيادة والنقصان فاذا نقلها الى ذلك المكان وقيمتها فيه أقل من قيمتها في مكان الغصب فقد نقصها من حيث المعنى بالنقل فلو أجبر على أخذ العين لتضرر به من جهة الغاصب فيثبت له الخيار ان شاء طالبه بالقيمة التي في مكان الغصب وان شاء انتظر العود الى مكان الغصب بخلاف ما اذا وجدته في البلد الذي غصبه فيه وقد انتقص السعر انه لا يكون له خيار لان التقصان هناك ما حصل بصدقه لانه حصل تغير السعر ولا يصنع للعبد في ذلك بل هو محض صنع الله عز وجل أعني مصنوعه فلم يكن مضمونا عليه ولو كانت قيمة العين في المكان المنقول اليه مثل قيمتها في مكان الغصب أو أكثر ليس له ولاية المطالبة بالقيمة لان الحكم الاصلى للغصب هو وجوب رد العين حال قيام العين والمصير الى القيمة لدفع الضرر وههنا يمكن الوصول الى العين من غير ضرر يلزمه فلا يملك العدول الى القيمة ولو كان المغصوب دراهم أو دنانير فليس له ان يطالبه بالقيمة وان اختلف السعر لان الدراهم والدنانير جعلت أثمان الاشياء ومعنى الثمنية لا يختلف باختلاف الاماكن عادة لانه ليس لها حمل ومؤنة لعزتها ونقلها عادة فلم يكن النقل نقصا لاهلها باختلاف الاماكن للحاجة الى الحمل والمؤنة ولم يوجد فلم يكن له ولاية المطالبة بالقيمة وله ان يطالبه بردها لانه هو الحكم الاصلى للغصب والمصير الى القيمة لعارض العجز او الضرر ولم يوجد هذا اذا كانت العين المغصوبة قائمة في يد الغاصب فاما اذا كانت هالكة فالتقيا فان كانت من ذوات القيم أخذ قيمتها التي كانت وقت الغصب لانها اذا هلكت تبين ان الغصب السابق وقع اتلا فامن حين وجوده والحكم ثبت من حين وجود سببه وان كان من ذوات الامثال ينظر ان كان سعرها في المكان الذي التقيا فيه أقل من سعرها في مكان الغصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ القيمة التي للعين في مكان الغصب وان شاء انتظر ولا يجبر على أخذ المثل في هذا المكان لما ذكرنا انه نقص العين بالنقل الى هذا المكان لما بينا ان اختلاف قيمة الاشياء التي لها حمل ومؤنة يختلف باختلاف المكان لمكان الحمل والمؤنة فالجبر على الاخذ في هذا المكان يكون اضارا فيثبت له الخيار ان شاء أخذ القيمة وان شاء انتظر كما لو كانت العين قائمة وقيمتها في هذا المكان أقل وان كانت قيمتها في هذا المكان مثل قيمتها في مكان الغصب كان للمغصوب منه ان يطالبه بالمثل لانه لا ضرر فيه على أحد وان كانت قيمتها في مكان الخصومة أكثر من قيمتها في مكان الغصب فالغاصب بالخيار ان شاء أعطى المثل في مكان الخصومة وان شاء أعطى القيمة في مكان الغصب لان في الزام تسليم المثل في مكان الخصومة ضررا بالغاصلا وفي التأخير الى العود الى مكان الغصب ضررا بالمغصوب منه فيسلم اليه في هذا المكان القيمة التي له في مكان الغصب الا ان يرضى المغصوب منه بالتأخير والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان المغصوب من أموال الربا لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا كالكميات والموزونات فانتقص في يد الغاصب بصدقه أو بغير صدقه فليس للمغصوب وبمنه أن يأخذه منه ويضمنه قيمة النقصان لانه يؤدي الى الربا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب حنطة فعقبت في يد الغاصب أو ابتلت أو صب الغاصب فيها ماء فانتقصت قيمتها ان صاحبها بالخيار ان شاء أخذها بعينها ولا شيء له غيرها وان شاء تركها على الغاصب وضمنه مثل ما غصبت وليس له ان يأخذها ويضمنه النقصان وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لذلك بناء على ان الجودة باقراها لقيمة لها في أموال الربا عندنا وعندنا لقيمة والمسألة تمرت في كتاب البيوع واذا لم تكن متقومة لا تكون مضمونة لان المضمون هو المال المتقوم ولانها اذا لم تكن متقومة تؤدي الى الربا ولو غصب درهما صحيحا أو ديناراً صحيحا فان كسر في يده أو كسره ان كان في موضع لا يتفاوت الصحيح والمكسر في القيمة لا شيء على الغاصب وان كان في موضع يتفاوت فصاحبها بالخيار ان شاء أخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه عليه وضمنه مثل ما أخذ وليس له ان يأخذه بعينه ويضمنه

النقصان عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله بناء على الأصل الذي ذكرنا وإن كان المغصوب أثناء فضة أو ذهب فانهشم في يد الغاصب أو هشمه فالملك بالخيار إن شاء أخذه بعينه ولا شيء له غيره وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف الجنس لأن الجودة لا قيمة لها باقرادها فامع الأصل فتقومة خصوصاً إذا حصلت بصنع العباد فلا بد من التضمين والتضمين بالمثل غير ممكن لأنه لا مثل له فوجب التضمين بالقيمة ثم لا سبيل إلى تضمينه بجنسه لأنه يؤدي إلى الربا فلزم تضمينه بخلاف جنسه بخلاف الدراهم والدنانير لأن هناك إيجاب المثل ممكن وهو الأصل في الباب فلا يعدل عن الأصل من غير ضرورة ولو قضى عليه بالقيمة من خلاف الجنس ثم ترقا قبل التقابض من الجانبين لا يبطل القضاء عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم لأن القيمة قامت مقام العين وعند زفر رحمه الله يبطل لأنه صرف وكذلك آتية الصفر والنحاس والشبه والرصاص إن كانت تباع وزناً فهي وآتية الذهب والفضة سواء لأنها إذا كانت تباع وزناً لم تخرج بالصناعة عن حد الوزن فكانت موزونة فكانت من أموال الربا كالذهب والفضة فإذا انهمشت في يد الغاصب نفسه أو غيره فحدث فيها عيب فاحش أو يسير إن شاء أخذه كذلك ولا شيء له غيره وإن شاء تركه عليه بالقيمة من الدراهم والدنانير ولا يكون التقابض فيه شرطاً بالاجماع وكذلك هذا الحكم في كل مكيل وموزون إذا نقص من وصفه لا من الكيل والوزن وإن كانت تباع عدداً فأنكسرت أو كسرت إن كان ذلك لم يورث فيه عيباً فاحشاً فليس لصاحبه فيه خيار الترك ولكنه يأخذها ويضمنه نقصان القيمة وإن كان أورث عيباً فاحشاً فصاحبها بالخيار إن شاء أخذها وأخذ قيمة النقصان وإن شاء تركها عليه وضمنه قيمتها صحيحاً وعلى هذا يخرج ما إذا غصب عصيراً فصار خلافاً في يده أو ولياً حليفاً فصار مخيضاً أو غنياً فصار زيبياً أو رطباً فصار تمرأً المغصوب منه بالخيار إن شاء أخذ ذلك الشيء بعينه ولا شيء له غيره لأن هذه من أموال الربا فلم تكن الجودة فيها باقرادها متقومة فلا تكون متقومة وإن شاء تركه على الغاصب وضمنه مثل ما غصب لما ذكرنا في تقديم وأما طريق معرفة النقصان فهو أن يقوم صحيحاً ويقوم وبه العيب فيجب قدر ما بينهما لأنه لا يمكن معرفة قدر النقصان إلا بهذا الطريق والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذي يتعلق بحال زيادة المغصوب فنقول وبالله التوفيق إذا حدثت زيادة في المغصوب في يد الغاصب فالزيادة لا تخلو إما أن كانت منفصلة عن المغصوب وإما أن كانت متصلة به فإن كانت منفصلة عنه أخذها المغصوب منه مع الأصل ولا شيء عليه للغاصب سواء كانت متولدة من الأصل كالولد والثرمة واللبن والصوف أو ما هو في حكم المتولد كالارش والعقر أو غير متولدة منه أصلاً كالسكب من الصيد والهبة والصدقة ونحوها لأن المتولد منها مملوك فكان ملكه وما هو في حكم المتولد بدل جزء مملوك أو بدل ماله حكم الجزء فكان مملوكاً له وغير المتولد كسب ملكه فكان ملكه وأما بدل المنفعة وهو الأجرة فإن أجر الغاصب المغصوب يملكه الغاصب عندنا ويتصدق به خلافاً للشافعي رحمه الله بناء على أن المنافع ليست بأموال متقومة بانفسها عندنا حتى لا تضمن بالغصب والاتلاف وإنما تقوم بالعقد وأنه وجد من الغاصب وعنده هي أموال متقومة بانفسها مضمونة بالغصب والاتلاف كالأعيان وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم وإن كانت متصلة به فإن كانت متولدة كالخس والجمل والسمن والكبر ونحوها أخذها المالك مع الأصل ولا شيء عليه للغاصب لأنها مملوكة وإن كانت غير متولدة منه ينظر إن كانت الزيادة عين مال متقوم قائم في المغصوب وهو تابع للمغصوب فالمغصوب منه بالخيار على ما نذكر إن شاء الله تعالى وإن لم تكن عين مال متقوم قائم أخذها المغصوب منه ولا شيء للغاصب وإن كانت عين مال متقوم ولكنه ليس ببيع للمغصوب بل هي أصل بنفسها تزول عن ملك المغصوب منه وتصير ملكاً للغاصب للضمان وبيان هذا في مسائل إذا غصب من إنسان ثوباً فصبغه الغاصب بصبغ نفسه فإن صبغه أحمر أو أصفر بالعصفر والزعفران وغيرهما من الألوان سوى السواد فصاحب الثوب بالخيار إن شاء أخذ الثوب من الغاصب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه أما ولاية أخذ الثوب فلان الثوب ملكه لبقاء اسمه ومعناه وأما ضمان ما زاد الصبغ فيه فلان للغاصب عين مال متقوم قائم فلا سبيل إلى إبطال

ملكه عليه من غير ضمان فكان الاخذ بضمان رعاية الجانبين وان شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه ابيض يوم العصب لانه لا سبيل الى جبره على اخذ الثوب اذ لا يمكنه اخذه الا بضمان وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه ولا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه وقيل له خيار ثالث وهو ان له ترك الثوب على حاله وكان الصبغ فيه للغاصب فيباع الثوب ويقسم الثمن على قدر حقهما كما اذا انصبغ لا بفعل أحد لان الثوب ملك المصنوع منه والصبغ ملك الغاصب والتميز متعذر فصارا شريكين في الثوب فيباع الثوب ويقسم الثمن بينهما على قدر حتهما وانما كان الخيار للمصنوع منه لا للغاصب وان كان للغاصب فيه ملك أيضاً وهو الصبغ لان الثوب أصل والصبغ تابع له فتخير صاحب الأصل أولى من ان يخير صاحب التبع وليس للغاصب ان يحبس الثوب بالعصير لانه صاحب تبع وان صبغه اسوداختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله صاحب الثوب بالخيار ان شاء تركه على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه ابيض وان شاء أخذ الثوب ولا شيء للغاصب بل يضمنه النقصان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله السواد وسائر الالوان سواء وهذا بناء على أن السواد نقصان عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه يحرق الثوب فينقصه وعندهما زيادة كسائر الالوان وقيل انه لا خلاف بينهم في الحقيقة وجواب أبي حنيفة رحمه الله في سواد ينقص وجوابهما في سواد يزيد وقيل كان السواد يعد نقصاً في زمنه وزمنهما كان يعدز زيادة فكان اختلاف زمان والله سبحانه وتعالى أعلم وأما العصير اذا نقص الثوب بأن كانت قيمة الثوب ثلاثين فعادت قيمته بالصبغ الى عشرين فانه ينظر الى قدر ما يزيد هذا الصبغ لو كان في ثوب يزيد هذا الصبغ قيمته ولا ينقص فان كان يزيد قدر خمسة دراهم فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة الثوب ابيض ثلاثين درهماً وان شاء أخذ الثوب وأخذ من الغاصب خمسة دراهم كذا قال محمد رحمه الله لان العصير نقص من هذا الثوب عشرة دراهم الا أن يقدر خمسة فيه صبغ فانه يحبس نقصان الخمسة به أو صارت الخمسة قسماً وبقي نقصان خمسة دراهم فيرجع عليه بخمسة وكذلك السواد على هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو صبغ الثوب المصنوع بعصير نفسه وباعه وغاب ثم حضر صاحب الثوب يقضى له بالثوب ويستوفى منه بكفيل أما القضاء بالثوب لصاحب الثوب فلماذا كرنا ان الثوب أصل والصبغ تابع له فكان صاحب الثوب صاحب أصل فكان اعتبار جانبه أولى وأما الاستيثاق بكفيل فلان للغاصب فيه عين مال متقوم قائم ولو وقع الثوب المصنوع في صبغ انسان فصبغ به أو هبت الريح بثوب انسان فالتقه في صبغ غيره فانه يصبغ به فان كان الصبغ عصيراً أو زعفراناً فصاحب الثوب بالخيار ان شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه لما امر وان شاء امتنع لما ذكرنا انه لا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه فيباع الثوب فيضرب كل واحد منهما بحقه فيضرب صاحب الثوب بقيمة ثوبه ابيض لان حقه في الثوب الابيض وصاحب الصبغ يضرب بقيمة الصبغ في الثوب وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه لان حقه في الصبغ القائم في الثوب لا في الصبغ المنفصل وانما ثبت الخيار لصاحب الثوب لا للغاصب لما بينا وان كان سواداً أخذه صاحب الثوب ولا شيء عليه من قيمة الصبغ بل يضمنه النقصان ان كان غاصباً لان النقصان حصل في ضمانه وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما حكمه حكم سائر الالوان على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك السمن يخلط بالسويق المصنوع أو يخلط به بالسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان السويق أصل والسمن كالتابع له ألا ترى انه يقال سويق ملتوت ولا يقال سمن ملتوت وأما العسل اذا خلط بالسمن أو اخلط به فكلاهما أصل واذا خلط المسك بالدهن أو اخلط به فان كان يزيد الدهن ويصلحه كان المسك بمنزلة الصبغ وان كان دهناً لا يصلح بالخلط ولا يزيد قيمته كالدهان المنتنة فهو هالك ولا يعتد به والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب من انسان ثوباً من انسان صبغاً فصبغه به ضمن لصاحب الصبغ صبغاً مثل صبغه لانه أتلف عليه صبغه وهو من ذوات الامثال فيكون مضموناً بالمثل فبعد ذلك حكمه

وحكم ما اذا صبغ الثوب المغصوب بصبغ نفسه سواء لانه ملك الصبغ بالضمان وقد بينا ذلك ولو غصب من انسان ثوبا ومن آخر صبغا فصبغه فيه ثم غاب ولم يعرف فهذا وما اذا انصبغ بغير فعل أحد سواء استحسانا والقياس ان لا يكون لصاحب الصبغ على صاحب الثوب سبيل (وجه) القياس ما ذكرنا ان الصبغ صار مضمونا عليه لوجود الاتفاق منه فلمسكه بالضمان وزال عنه ملك صاحبه (وجه) الاستحسان انه اذا غاب الغاصب على وجه لا يعرف لا يمكن اعتباره فله في ادارة الحكم عليه فيجعل كأنه حصل لا بصبغ أحد ولو غصب ثوبا وعصفر من رجل واحد فصبغه به فالمغصوب منه يأخذ الثوب مصبوغا ويرى الغاصب من الضمان في العصفر والثوب استحسانا والقياس ان يضمن الغاصب عصفر امثله ثم يصير كأنه صبغ ثوبا بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب لما ذكرنا انه أتلف عليه عصفره وملكه بالضمان فهذا رجل صبغ ثوبا بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب (وجه) الاستحسان ان المغصوب منه واحد فالغاصب خلط مال المغصوب منه بماله وخلط مال الانسان بماله لا يعد استهلاكه كانه بل يكون نقصا فإذا اختار أخذ الثوب فقد أبرأه عن النقصان ولو كان العصفر لرجل والثوب لا خرفرضيا أن يأخذه كما يأخذ الواحد ان لو كانا فليس لهما ذلك لان المالك ههنا اختاف فكان الخلط استهلاكا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب انسان عصفرا او صبغ به ثوبا نفسه ضمن عصفرا مثله لانه استهلك عليه عصفره وله مثل فيضمن مثله وليس لصاحب العصفر أن يحبس الثوب لان الثوب أصل والعصفر تبع له والسواد في هذا بمنزلة العصفر في قول أبي حنيفة رضي الله عنه أيضا لان هذا ضمان الاستهلاك والالوان كلها في حكم ضمان الاستهلاك سواء والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب دارا فخصصها ثم ردها قيل لصاحبها اعطه ما زاد التجصيص فيها الآن يرضى صاحب الدار أن يأخذ الغاصب حصه لان للغاصب فيها عين مال متقوم قائم وهو الجص فلا يجوز ابطال حقه عليه من غير عوض فيخير صاحب الدار لانه صاحب أصل فان شاء أخذهها وغرم للغاصب ما زاد التجصيص فيها وان شاء رضى بأن يأخذ حصه ولو غصب مصحفا فنقطه روى عن أبي يوسف رحمه الله أن لصاحبه أخذه ولا شيء عليه وقال محمد رحمه الله صاحبه بالخيار ان شاء أعطاه ما زاد النقط فيه وان شاء ضمنه قيمته غير منقوط (وجه) قوله ان النقط زيادة في المصحف فأشبهه الصبغ في الثوب (وجه) ما روى عن أبي يوسف أن النقط أعيان لا قيمة لها فلم يكن للغاصب فيه عين مال متقوم قائم بقي مجرد عمله وهو النقط ومجرد العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد ولان النقط في المصحف مكروه ألا ترى الى ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال جردوا القرآن واذا كان التجريد مندوبا اليه كان النقط مكروها فلم يكن زيادة فكان لصاحب المصحف أخذه ولو غصب حيوانا فكبر في يده أو سمن أو ازدادت قيمته بذلك فلصاحبه ان يأخذه ولا شيء عليه للغاصب لانه ليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم وانما الزيادة ثمة ملك المالك وكذلك لو غصب جريحا أو مريضا فداواه حتى برأ وصح لما قلنا ولا يرجع الغاصب على المالك بما انفق لانه أتفق على مال الغير بغير اذنه فكان متبرعا وكذلك لو غصب أرضا فيها زرع أو شجر فسقاها الغاصب وأففق عليه حتى انتهى بلوغه وكذلك لو كان نخلا اطلع فابره ولقحه وقام عليه فهو للمغصوب منه ولا شيء للغاصب فيما أنفق لما قلنا ولو كان حصدا الزرع فاستهلكه أو جرد من الثمر شيئا أو جز الصوف أو حلب كان ضامنا لانه أتلف مال الغير بغير اذنه فيضمن ولو غصب ثوبا باقتله أو غسله أو قصره فلصاحبه ان يأخذه ولا شيء للغاصب لانه ليس للغاصب عين مال متقوم قائم فيه أما القتل فانه تغيير الثوب من صفة الى صفة (وأما) الغسل فانه ازالة الوسخ عن الثوب واعادته في الحالة الاولى والصابون أو الحرص فيه يتلف ولا يبقى وأما القصارة فانه تسوية أجزاء الثوب فلم يحصل في المغصوب زيادة عين مال متقوم قائم فيه ولو غصب من مسلم خمر انخلها فلصاحبها أن يأخذ الخل من غير شيء لان الخل ملكه لان الملك كان ثابتا له في الخمر واذا صار خلا حدث الخل على ملكه وليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم لان الملح الملتقى في الخمر يتلف فيها فصارت الخمر كالمخلوخت بنفسها في يده ولو كان كذلك لا أخذه من غير شيء كذا

هذا وقيل موضوع المسئلة انه خللها بالنقل من الظل الى الشمس لا بشئ له قيمة وهو الصحيح وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة ودبغه انه ان دبغه بشئ لا قيمة له كالماء والتراب والشمس كان لصاحبه ان يأخذه ولا شئ عليه للغاصب لان الجلد كان ملكه و بعد ما صار مالا بالدباغ بقي على حكم ملكه وليس لصاحبه فيه عين مال متقوم قائم انما فيه مجرد فعل الدباغ ومجرد العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد هذا اذا أخذ من منزله فدبغه فاما اذا كانت الميتة ملقاة على الطريق فأخذ جلدها فدبغه فلا سبيل له على الجلد لان الالتقاء في الطريق اباحة للاخذ كاللقاء النوى وقشور الرمان على قوارع الطرق ولو هلك الجلد المغصوب بعد ما دبغه بشئ لا قيمة له لا ضمان عليه لان الضمان لو وجب عليه اما ان يجزى بالغصب السابق واما ان يجزى بالتلاف لا سبيل الى الاول لانه لا قيمة له وقت الغصب ولا سبيل الى الثاني لانه لم يوجد الا تلاف من الغاصب وان استهلكه يضمن بالاجماع لانه كان ملكه قبل الدباغ و بعد ما صار مالا بالدباغ بقي على حكم ملكه لا حق للغاصب فيه واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه لا حق له فيه بوجوب الضمان ولو دبغه بشئ متقوم كالقرظ والعفص ونحوهما فلصاحبه ان يأخذه ويرغم له ما زاد الدباغ فيه لانه ملك صاحبه وللغاصب فيه عين ملك متقوم قائم فلزم مراعاة الجانبين وذلك فيما قلنا وليس له ان يضمنه قيمة الجلد لانه لو ضمنه قيمته لضمنه يوم الغصب ولم يكن له قيمة يوم الغصب ولو هلك في يده بعد ما دبغه لا ضمان عليه لما بينا ولو استهلكه فكذلك عند ائى حنيفة رضى الله عنه وذكر في ظاهر الرواية أن على قوطهما يضمن قيمته مدبوغا ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه وذكر الطحاوى رحمه الله في مختصره ان عندهما يغرم قيمته ان لو كان الجلد ذكيا غير مدبوغ (وجه) قوطهما انه أتلف مالا متقوم مملوكا بغير اذن ماله فيوجب الضمان كما اذا دبغه بشئ لا قيمة له فاستهلكه وانما قلنا ذلك أما المالية والتقوم فلان الجلد بالدباغ صار مالا متقوما (وأما) الملك فلانه كان ثابتا له قبل الدباغ وبعده بقي على حكم ملكه ولهذا وجب عليه الضمان فيما اذا دبغه بما لا قيمة له كذا هذا ولا بى حنيفة رضى الله عنه ان التقوم حدث بصنع الغاصب فلا يجزى الضمان عليه لان الاصل ان الحادث بفعل الانسان يكون حقا له فلا يمكن ايجاب الضمان عليه فالتحقق هذا الوصف بالعدم فكان هذا اتلاف مال لا قيمة له من حيث المعنى فلا يجزى الضمان ولان تقوم الجلد تابع لما زاد الدباغ فيه لانه حصل بالدباغ وما زاد الدباغ مضمون فيه فكذا ما هو تابع له يكون ملحقا به والمضمون ببطل لا يضمن بالقيمة عند الاتلاف كالمبيع قبل القبض بخلاف ما اذا دبغه بشئ لا قيمة له لان هناك ما زاد الدباغ فيه غير مضمون فلم يوجد الاصل فلا يلحق به غيره وان كان الجلد ذكيا فدبغه فان دبغه بما لا قيمة له فلصاحبه ان يأخذه ولا شئ عليه لما ذكرنا انه ملك صاحبه وليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم وليس له ان يضمن الغاصب شيئا لان الجلد قائم لم ينتقص ولو دبغه بما له قيمة فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير مدبوغ وان شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه لما ذكرنا في الثوب المغصوب اذا صبغه أصفر أو أحمر بصيغ نفسه ولو ان الغاصب جعل هذا الجلد أدعى أو زقا أو دفترا أو جرابا أو فروا لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل لانه صار شيئا آخر حيث تبدل الاسم والمعنى فكان استهلاكه له معنى ثم ان كان الجلد ذكيا فله قيمته يوم الغصب وان كان ميتة فلا شئ ولو غصب عصير المسلم فصاخره في يده أو خلا ضمن عصير امثله لانه هلك في يده بصيرورته حمرا أو خلا والعصير من ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه اذا قال الغاصب هلك المغصوب في يدي ولم يصدقه المغصوب منه ولا بينة للغاصب فان القاضى يحبس الغاصب مدة لو كان قاعا لا ظهره في تلك المدة ثم يقضى عليه بالضمان لما قلنا فيما تقدم ان الحكم الاصلى للغصب هو وجوب رد عين المغصوب والقيمة خلف عنه فلم يثبت العجز عن الاصل لا يقضى بالقيمة التي هي خلف ولو اختلفا في أصل الغصب أو في جنس المغصوب ونوعه أو قدره أو وصفته أو قيمته وقت الغصب فالقول في ذلك كله قول الغاصب لان المغصوب منه يدعى عليه الضمان وهو ينكر فكان القول قوله

اذ القول في الشرع قول المنكر ولو أقر الغاصب بما يدعي المغمصوب منه وادعى الرد عليه لا يصدق الابينة لان
الاقرار بالغصب اقرار بوجود سبب وجود الضمان منه فهو بقوله رددت عليك يدعي ان تساخ السبب فلا يصدق من
غير بينة وكذلك لو ادعى الغاصب ان المغمصوب منه هو الذي أحدث العيب في المغمصوب لا يصدق الابينة
لان الاقرار بوجود الغصب منه اقرار بوجود الغصب بجميع أجزائه في ضمانه فهو يدعي احداث العيب من
المغمصوب منه ويدعي خروج بعض أجزائه عن ضمانه فلا يصدق الابينة ولو أقام المغمصوب منه البينة أنه غصب
الدابة وثقت عنده وأقام الغاصب البينة أنه ردها اليه وانها ثققت عنده فلا ضمان عليه لان من الجائز ان شهود
المغمصوب منه اعتمدوا في شهادتهم على استصحاب الحال لما انهم علموا بالغصب وما علموا بالرد فبنوا الامر على
ظاهر بقاء المغمصوب في يد الغاصب الى وقت الهلاك وشهود الغاصب اعتمدوا في شهادتهم بالرد حقيقة الامر وهو
الرد لانه امر لم يكن فكانت الشهادة القائمة على الرد أولى كما في شهود الجرح مع شهود التزكية وروى عن أبي يوسف
رحمه ان الغاصب ضامن والله تعالى أعلم ولو أقام المغمصوب منه البينة أنه غصب منه هذا العبد ومات عنده وأقام
الغاصب البينة ان العبد مات في يده مولا قبل الغصب لم ينتفع بهذه الشهادة لان موته في يده مولا قبل الغصب
لا يتعلق به حكم فلم تقبل الشهادة عليه والتحقق بالعدم فيجب العمل بشهادة شهود المغمصوب منه ولان من الجائز ان
شهود الغاصب اعتمدوا واستصحاب الحال وهو حال اليد التي كانت عليه للمولى لجواز انهم علموها ثابتة
ولم يعلموا بالغصب وظنوا تلك اليد قائمة فاستصحبوها وشهود المغمصوب منه اعتمدوا في شهادتهم بتحقيق الغصب
فكانت شهادتهم أولى بالقبول ولو أقام المغمصوب منه البينة ان الغاصب غصب هذا العبد يوم النحر بالكوفة
وأقام الغاصب البينة انه كان يوم النحر بمكة هو والعبد فالضمان واجب على الغاصب لان بينة الغاصب لا تتعلق
بها حكم فالتحقق بالعدم فبقيت بينة المغمصوب منه بلا معارض فلزم العمل بها وقال محمد رحمه الله في الاملاء
اذا أقام الغاصب البينة أنه مات في يد المغمصوب منه وأقام المغمصوب منه البينة أنه مات في يد الغاصب فالبينة بينة
الغاصب لما ذكرنا ان بينته قامت على اثبات أمر لم يكن وهو الرد وبينة المغمصوب منه قامت على ابقاء ما كان على
ما كان وهو الغصب فكانت بينة الرد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أقام المغمصوب منه البينة ان الدابة ثققت
عند الغاصب من ركوبه وأقام الغاصب البينة أنه ردها اليه فالبينة بينة المغمصوب منه وعلى الغاصب القيمة
لان بينة الغاصب لا تدفع بينة المغمصوب منه لانها قامت على رد المغمصوب ومن الجائز أنه ردها ثم غصبها ثانياً
وركبها فنفق في يده فأمكن الجمع بين البينتين وكذلك لو شهد شهود صاحب الدابة ان الغاصب قتلها وشهد شهود
الغاصب أنه ردها اليه لما قلنا كما اذا قال رجل لا آخر غصبنا منك الفأثم قال كنا عشرة قال أبو يوسف رحمه الله
لا يصدق وقال زفر رحمه الله يصدق (وجه) قوله ان قوله غصبنا منك حقيقة للجمع والعمل بحقيقة اللفظ
واجب وفي الحمل على الواحد ترك للعمل بالحقيقة فيصدق (وجه) قول أبي يوسف ان العمل بالحقيقة واجب ما
أمكن وههنا لا يمكن لان قوله غصبنا اخبار عن وجود الغصب من جماعة مجبولين فلو عملنا بحقيقته لا لغينا كلامه ولا
شك ان العمل بالحجاز أولى من الالغاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما مسائل الاتلاف فالكلام فيها ان الاتلاف لا يخلو اما ان ورد على بني آدم واما ان ورد على غيرهم
من البهائم والجمادات فان ورد على بني آدم فخكمه في النفس ومادونهان ذكره في كتاب الجنائيات ان شاء الله تعالى وان
ورد على غير بني آدم فانه يوجب الضمان اذا استجمع شرط الوجوب فيقع الكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان كونه
سبب الوجوب الضمان وفي بيان شرط وجوب الضمان وفي بيان ماهية الضمان الواجب (أما) الاول فلا شك ان
الاتلاف سبب لوجوب الضمان عند استجماع شرائط الوجوب لان اتلاف الشيء اخرجه من أن يكون منتفعاً
به منتفعة مطلوبة منه عادة وهذا اعتداء وضرار وقد قال الله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل

ما اعتدى عليكم وقال عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وقد تعذر نفي الضرر من حيث الصورة فيجب فيه من حيث المعنى بالضمأن ليقوم الضمان مقام المتلف فينتفي الضرر بالقدر الممكن ولهذا وجب الضمان بالغصب فبالا تلاف أولى لانه في كونه اعتداء واضراراً فوق الغصب فلما وجب بالغصب فلان يجب بالا تلاف أولى سواء وقع اتلا فله صورة ومعنى باخراجه عن كونه صالحاً لا انتفاع أو معنى باحداث معنى فيه يمنع من الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة لان كل ذلك اعتداء واضرار وسواء كان الاتلاف مباشرة بإيصال الآلة بحمل التلف أو تسبباً بالفعل في محل يفضي الى تلف غيره عادة لان كل واحد منهما يقع اعتداء واضراراً فيوجب الضمان ويبان ذلك في مسائل اذا قتل دابة انسان أو أحرق ثوبه أو قطع شجرة انسان أو أراق عصيره أو هدم بناءه ضمن سواء كان المتلف في يد المالك أو في يد الغاصب لتحقيق الاتلاف في الحالين غير ان الغاصب ان كان منقولاً وهو في يد الغاصب بخير المالك ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن المتلف لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما فان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بما ضمن على المتلف لانه ملك الغاصب بالضمأن فبين ان الاتلاف ورد على ملكه وان ضمن المتلف لا يرجع بالضمأن على أحد وان كان عقاراً ضمن المتلف ولا يضمن الغاصب عندهما وعند محمد رحمه الله الجواب فيه وفي المنقول سواء بناء على ان العقار غير مضمون بالغصب عندهما وعنده مضمون به فكان له أن يضمن أهماء شاء كما في المنقول وكذلك اذا قص مال انسان بما لا يجري فيه الربا ضمن التقصان سواء كان في يد المالك أو في يد الغاصب لان التقص اتلاف جزء منه وتضمنه ممكن لانه لا يؤدي الى الربا فيضمن قدر التقصان بخلاف الاموال الربوية على ما مر غير ان التقصان ان كان بفعل غير الغاصب فالغاصب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب ويرجع الغاصب على الذي قص وان شاء ضمن الذي قص وهو لا يرجع على أحد لما قلنا ولو غصب عبد أقيمته الف درهم فازداد في يد الغاصب حتى صارت قيمته القين فقتله انسان خطأ فالملك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته وقت الغصب ألف درهم وان شاء ضمن القاتل قيمته وقت القتل الفين لانه وجد سبباً وجوب الضمان الغصب والقتل والزيادة الحادثة في يد الغاصب غير مضمونة بالغصب وهي مضمونة بالقتل لذلك ضمن الغاصب ألفاً والقاتل القين فان ضمن القاتل فانه لا يرجع على أحد وان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع على عاقلة القاتل بالقين ويتصدق بالفضل على الالف وأما الرجوع عليهم بالقين فلانه ملك الغاصب بالضمأن فبين أن القتل ورد على عبد الغاصب فيضمن قيمته وأما التصديق بالفضل على الالف فلتتمكن الخبيث فيه لا اختلال الملك وينبغي ان يكون هذا على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله انظر فاعلى أصل أبي يوسف رحمه الله فالفضل طيب له ولا يلزمه التصديق به وان قتله الغاصب بعد الزيادة خطأ فالغاصب منه بالخيار ان شاء ضمنه الغاصب قيمته يوم الغصب الف درهم وان شاء ضمن عاقلة قيمته يوم القتل التي درهم وهو الصحيح بخلاف الغاصب اذا كان حيواناً سوى بني آدم فقتله الغاصب بعد الزيادة انه لا يضمن قيمته الا يوم الغصب ألف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله وقد بينا له الفرق بينهما فيما تقدم ولو قتل العبد نفسه في يد الغاصب بعد حدوث الزيادة ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألفاً لان قتله نفسه يهدر فيلحق بالعدم كانه مات بنفسه ولو كان كذلك يضمن قيمته يوم الغصب ألف درهم كذا هذا ولو كانت الجارية ولدت ولداً فقتلت ولدها ثم ماتت الجارية فعلى الغاصب قيمتها يوم الغصب ألف درهم وليس عليه ضمان الولد لان قتلها ولدها هدر ولا حكم له فالتحق بالعدم كانه مات حتف أمه فهلك أمانته وبقيت الام مضمونة بالغصب ولو أودع رجلان رجلاً كل واحد منهما الف درهم فخلط المستودع أحد الاثنين بالآخر خلطاً لا يتميز ضمن لكل واحد منهما ألفاً وملك المخلوط في قول أبي حنيفة رحمه الله لان الخلط وقع اتلا فاعنى وعندهما بالخيار بين أن يأخذ ذلك ويقتسماه بينهما وبين أن يضمناه والمسئلة مرت في كتاب الوديعه ثم قال محمد رحمه الله ولا يسع المودع أكل هذه الدراهم حتى يؤدي مثلها الى أصحابها وهذا صحيح لا خلاف فيه

لان عندهما لم ينقطع حق المالك وعند أبي حنيفة رحمه الله ان انقطع وثبت الملك للمستودع لكن فيه خيب فيمنع من التصرف فيه حتى يرضى صاحبه ولو ان رجلا له كرا غصب رجل أحدهما أو سرقه ثم ان المالك أودع الغاصب أو السارق ذلك الا آخر خلطه بكر الغصب ثم ضاع ذلك كله ضمن كرا الغصب ولم يضمن كرا الوديعة بسبب الخلط لانه خلط ملكه بملكه وذلك ليس باستهلاك فلا يجب الضمان عليه بسبب الخلط وبقي السكر المضمون وكرا المانة في يده على حالهما فصار كأنهما هلكا قبل الخلط ولو خلط الغاصب دراهم الغصب بدراهم نفسه خلطاً لا يتميز ضمن مثلها وملك الخلوط لانه اتلفها بالخلط وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمغصوب منه أسوة الغرماء لانه زال ملكه عنها وصار ملكاً للغاصب ولو اختلطت دراهم الغصب بدراهم نفسه بغير صنعه فلا يضمن وهو شرك للمغصوب منه لان الاختلاط من غير صنعه هلاك وليس باهلاك فصار كما لو تلفت بنفسها وصار اشركين لا اختلاط للملكين على وجه لا يتميز والله عز وجل أعلم ولو صب ماء في طعام في يد انسان فافسده وزاد في كيله فله صاحب الطعام ان يضمنه قيمته قبل أن يصب فيه الماء وليس له أن يضمنه طعاماً مثله ولا يجوز أن يضمنه مثل كيله قبل صب الماء وكذلك لو صب ماء في دهن أو زيت لانه لا سبيل الى ان يضمنه مثل الطعام المببول والدهن المصبوب فيه الماء لانه لا مثل له ولا سبيل الى ان يضمنه مثل كيل الطعام قبل صب الماء فيه لانه لم يكن منه غصب متقدم حتى لو غصب ثم صب فعليه مثله والله تعالى أعلم ولو فتح باب قفص فطار الطير منه وضاع لم يضمن في قولهما وقال محمد رحمه الله يضمن وقال الشافعي رحمه الله ان طار من فوره ذلك ضمن وان مكث ساعة ثم طار لا يضمن (وجه) قول محمد ان فتح باب القفص وقع اتلافاً للطير تسبباً لان الطيران للطيور طبع له فالظاهر انه يطير اذا وجد المخلص فكان الفتح اتلافه تسبباً فيوجب الضمان كما اذا شق رق انسان فيه دهن مائع فسال وهلك وهذا وجه قول الشافعي رحمه الله ايضاً الا انه يقول اذا مكث ساعة لم يكن الطيران بعد ذلك مضافاً الى الفتح بل الى اختياره فلا يجب الضمان (وجه) قولهما ان الفتح ليس باتلاف مباشرة ولا تسبباً (أما) المباشرة فظاهرة الاتفاء (وأما) التسبب فلان الطير مختار في الطيران لانه حتى وكل حي له اختيار فكان الطيران مضافاً الى اختياره والفتح سبباً محضاً فلا حكم له كما اذا حل القيد عن عبد انسان حتى ابق انه لا ضمان عليه لما قلنا كذا هذا بخلاف شق الرق الذي فيه دهن مائع لان المائع سيال بطبعه بحيث لا يوجد منه الاستمسك عند عدم المانع الاعلى تقض العادة فكان الفتح تسبباً للتلف فيجب الضمان وعلى هذا الخلاف اذا حل رباط الدابة أو فتح باب الاصطبل حتى خرجت الدابة وضلت وقالوا اذا حل رباط الزيت انه ان كان ذاتاً فسال منه ضمن وان كان السمن جامداً فباب بالسمن وزال لم يضمن لما ذكرنا ان المائع سيال بطبعه اذا وجد منفذاً بحيث يستحيل استمسكه عادة فكان حل الرباط اتلافه تسبباً فيوجب الضمان بخلاف الجامد لان السيلان طبع المائع لا طبع الجامد وهو وان صار مائعاً لكن لا يصنعه بل بحرارة الشمس فلم يكن التلف مضافاً اليه لا مباشرة ولا تسبباً فلا يضمن والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب صبي صغير احراماً من أهله فعقره سبع أو نهشته حية أو وقع في بئر أو من سطح فمات ان على عاقلة الغاصب الدية لوجود الاتلاف من الغاصب تسبباً لانه كان محفوظاً بيد وليه اذ هو لا يقدر على حفظ نفسه بنفسه فاذا فوت حفظ الاهل عنه ولم يحفظه بنفسه حتى اصابته آفة فقد ضيعه فكان ذلك منه اتلافاً تسبباً والحران لم يكن مضموناً بالغصب يكون مضموناً بالاتلاف مباشرة كان أو تسبباً ولو قتله انسان خطأ في يد الغاصب فلا وليا له أن يتبعوا أيهما شاء والغاصب أو القاتل (أما) القاتل فلو جرد الاتلاف منه مباشرة (وأما) الغاصب فلو جرد الاتلاف منه تسبباً لما ذكرنا والتسبب ينزل منزلة المباشرة في وجوب الضمان كحفر البئر على قارة الطريق والشهادة على القتل حتى لو رجح شهود القصاص ضمنوا فان اتبعوا القاتل بالمال لا يرجع على أحد وان اتبعوا الغاصب فالغاصب يرجع على القاتل لان الغصب باداء الضمان قام مقام المستحق في حق ملك الضمان وان تعذر أن يقوم مقامه في حق ملك المضمون كغاصب المدير اذا قتل المدير في يده

واختار المالك تضمين الغاصب يرجع بالضمان على القاتل وان لم يملك نفس المدبر باداء الضمان كذا هذا وكذلك لو وقع عليه حائط انسان فالغاصب ضامن ويرجع على عاقلة صاحب الحائط ان كان تقدم اليه لاقطنا ولو قتله انسان في يد الغاصب عمدا فاولياؤه بالخيار ان شاءوا قتلوا القاتل و برى الغاصب وان شاءوا اتبعوا الغاصب بالدية على عاقلته ويرجع عاقلة الغاصب في مال القاتل عمدا ولا يكون لهم القصاص (أما) ولاية القصاص من القاتل فلو جود القاتل العمدا الخالي عن الموانع (وأما) ولاية اتباع الغاصب بالدية فلو جود الاتلاف منه تسببا على ما بينا فان قتلوا القاتل برى الغاصب لانه لا يجمع بين القصاص والدية في نفس واحدة في قتل واحد وان اتبعوا الغاصب فالدية على عاقلته ترجع عاقلته على مال القاتل ولا يكون لهم أن يقتصوا من القاتل لان القصاص لم يصير ملكا لهم باداء الضمان اذ هو لا يحتمل التملك فلم يقيم الغاصب مقام الولي في ملك القصاص فمقط القصاص وينقلب مالا والمال يحتمل التملك فجاز أن يقوم الغاصب مقام الولي في ملك المال ولو قتل الصبي انسانا في يد الغاصب فردده على الولي وضمن عاقلة الصبي لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب بشئ لانه لا سبيل الى ايجاب ضمان الغصب لان الحر غير مضمون بالغصب ولا سبيل الى ايجاب ضمان الاتلاف لان الغاصب انما يصير متلفا اياه تسببا بجناية غيره عليه لا بجنانيته على غيره ولو قتل الصبي نفسه أو أتى على شيء من نفسه من اليد والرجل وما أشبه ذلك أو أركبه الغاصب دابة فالقلى نفسه منها فالغاصب ضامن عند أبي يوسف وعند محمد لا يضمن وجهه قول محمد أن فعله على نفسه هدر فالنحو بعدم فصار كانه مات حتف انفه أو سقطت يده بأفة سهاوية ولو كان كذلك لا ضمان عليه كذا هذا والجامع انه لو وجب الضمان لوجب بالغصب والحر غير مضمون بالغصب ولهذا الوجنى على غيره لا يضمن الغاصب كذا هذا وجه قول أبي يوسف أن الحر ان لم يكن مضمونا بالغصب فهو مضمون بالاتلاف مباشرة أو تسببا وقد وجد التسبب من الغاصب حيث ترك حفظه عن أسباب الهلاك في الحالين جميعا فكان متلفا اياه تسببا فيجب الضمان عليه ولا يرجع الغاصب على عاقلة الصبي بما ضمن لان حكم فعله على نفسه لا يعتبر فلا يمكن ايجابه على العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب مدبر افات في يده ضمن بالاجماع ولو غصب أم ولد افاتت في يده من غير آفة لم يضمن عند أبي حنيفة وقد ذكرنا المسألة في موضعها ولو ماتت في يده بأفة على الوجه الذي بينا أنه يضمن في الصبي الحر فان الغاصب يغرر قيمتها خالة في ماله لوجود الاتلاف منه تسببا وأم الولد مضمونة بالاتلاف بلا خلاف ولهذا وجب الضمان في الصبي الحر في أم الولد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما شرائط وجوب هذا الضمان فمنها أن يكون المتلف مالا فلا يجب الضمان باتلاف الميتة والدم وجلد الميتة وغير ذلك مما ليس بمال وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع ومنها أن يكون متقوما فلا يجب الضمان باتلاف الخمر والخنزير على المسلم سواء كان المتلف مسلما أو ذميا لسقوط تقويم الخمر والخنزير في حق المسلم ولو ألتف مسلم أو ذمى على ذمى خمر أو خنزير يرضى عندها خلافا للشافعي رحمه الله والدلائل مررت في مسائل الغصب ولو ألتف ذمى على ذمى خمر أو خنزير أو أسلما أو أسلم أحدهما أو ألتف في الخنزير فلا يبرأ المتلف عن الضمان الذي لزمه سواء أسلم الطالب أو المطلوب أو أسلما جميعا لان الواجب باتلاف الخنزير القيمة وانها دراهم أو دنانير والاسلام لا يمنع من قبض الدراهم والدنانير (وأما) في الخمر فان أسلما جميعا أو أسلم أحدهما وهو الطالب المتلف عليه برئت ذمة المطلوب وهو المتلف وسقطت عنه الخمر بالاجماع ولو أسلم المطلوب أولا ثم أسلم الطالب أو لم يسلم ففي قول أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة يبرأ المطلوب من الخمر ولا يتحول الى القيمة كما لو أسلم الطالب وعند محمد وزفر وعافية بن زيد القاضى وهو روايتهم عن أبي حنيفة لا يبرأ المطلوب ويتحول ما عليه من الخمر الى القيمة كما لو كان الاتلاف بعد الاسلام انه يضمن قيمتها للذمى فكذا اذا ألتف بعد الاسلام وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع ولو كسر على انسان بر بظا أو طبلا يضمن قيمته خشبا منحو عند أبي حنيفة رحمه الله وذكر في المنتقى خشبا ألواحا وعندهما

لا يضمن وجهه قولهما ان هذا آله الله والفساد فلم يكن متقوما كالحجر ولا بى حنيفة رحمه الله أنه كما يصلح للهو والفساد يصلح للانتفاع به من وجه آخر فكان مالا متقوما من ذلك الوجه وكذلك لو أراق لانسان مسكرا أو منصفافهو على هذا الاختلاف والمسألة قد ذكرناها في كتاب البيوع ولو أحرق بابا من نحو تائيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش بتائيل لانه لا قيمة لنقش التائيل لان نقشها محذور وان كان صاحبه قطع رؤس التائيل ضمن قيمته منقوشا لانه لا يكون تمثالا بل لرأس ألا ترى انه ليس محذور فكان النقش منقوشا ولو أحرق بساطا فيه تائيل رجال ضمن قيمته مصورا لان التمثال على البساط ليس محذور لان البساط يوطأ فكان النقش متقوما ولو هدم بيتا مصورا ضمن قيمة البيت والصور غير مضمونة لان الصور على البيت لا قيمة لها لانه محذور فاما الصبغ فتقوم ولو قتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير مغنية لان الغناء لا قيمة له لانه محذور هذا اذا كان الغناء زيادة في الجارية فاما اذا كان نقصا نا فيها فانه يضمن قدر قيمتها وعلى هذا انخرج المباحات التي ليست بمملوكة لاحد لانها غير مضمونة بالاتلاف لعدم تقومها اذا التقوم يبنى على العزة والحظر ولا يتحقق ذلك الا بالاحراز والاستيلاء (وأما) المباح المملوك وهو مال الحربى فلا يجب الضمان باتلافه أيضا وان كان متقوما لفسد شرط آخر نذكره ان شاء الله تعالى وان شئت قلت ومنها أن يكون مملوكا فلا يجب الضمان باتلاف المباحات التي لا يملكها أحد والتخريج على شرط التقوم أصبح لان كون الشئ مملوكا كافى نفسه ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلا أرض بين شرى يزرعها أحدهما وتراضيا على ان يعطى الذى لم يزرع نصف البذر ويكون الخارج بينهما فهذا لا يخلو (أما) ان كان الزرع نبت (وأما) ان كان لم ينبت فان كان قد نبت جاز لان هذا يبيع الحشيش بالخططة وانه جائز وان كان لم ينبت لم يجز لانه لا يدري ما بقى تحت الارض مما تلف مع ان ذلك ليس بمال متقوم فلا يجوز بيعه فان نبت الزرع وطلب الذى لم يزرع القسمة قسم وأمر الذى زرع ان يقلع ما فى نصيب الشريك لان نصيبه مشغول بملكه فيجبر على تفرغه وتضمينه نقصان الزراعة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون المتلف من أهل وجوب الضمان عليه حتى لو تلفت مال انسان بهيمة لا ضمان على مالكها لان فعل العجماء جبار فكان هدر او لا اتلاف من مالسكها فلا يجب الضمان عليه ومنها أن يكون فى الوجوب فائدة فلا ضمان على المسلم باتلاف مال الحربى ولا على الحربى باتلاف مال المسلم فى دار الحرب وكذا الا ضمان على العادل اذا تلف مال الباغى ولا على الباغى اذا تلف مال العادل لانه لا فائدة فى الوجوب لعدم امكان الوصول الى الضمان لانعدام الولاية فاما العصمة فليست بشرط لوجوب ضمان المال الا أن الصبي مأخوذ بضمان الاتلاف وان لم تثبت عصمة المتلف فى حقه وكذا يجب الضمان بتناول مال الغير حال المخمصة مع اباحة التناول وكذا كسر آلات الملاهى مباح وهى مضمونة بالاتلاف عند أبى حنيفة رحمه الله ولا يلزم اذا تلف مال انسان باذنه انه لا يجب الضمان لان عدم الوجوب ليس لعدم العصمة بل لعدم الفائدة لانه لو وجب الضمان عليه لكان له ان يرجع عليه بما ضمن فلا يفيد والله عز شأنه أعلم وكذلك العلم بكون المتلف مال الغير ليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو تلف مالا على ظن أنه ملكه ثم تبين أنه ملك غيره ضمن لان الاتلاف أمر حقيقى لا يتوقف وجوده على العلم كفى العصب على ما مر الا انه اذا علم بذلك يضمن ويأثم واذا لم يعلم يضمن ولا يأثم لان الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعا لما ذكرنا فى مسائل العصب والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان ماهية الضمان الواجب باتلاف ماسوى بنى آدم فالواجب به ما هو الواجب بالعصب وهو ضمان المثل ان كان المتلف مثليا وضمان القيمة ان كان مالا مثل له لان ضمان الاتلاف ضمان اعتداء والا اعتداء لم يشرع الا بالمثل فعند الامكان يجب العمل بالمثل المطلق وهو المثل صورة ومعنى وعند التعذر يجب المثل معنى وهو القيمة كما فى العصب والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الحجر والحبس ﴾

في هذا الكتاب فصلان فصل في الحجر وفصل في الحبس أما الحجر فالكلام فيه يقع في ثلاثة مواضع أحدها في بيان أسباب الحجر والثاني في بيان حكم الحجر والثالث في بيان ما يرفع الحجر (أما) الاول فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة ماها رابع الجنون والصباء والرق وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وعامة أهل العلم رحمهم الله تعالى والسفه والتبذير ومطل الغنى وركوب الدين وخوف ضياع المال بالتجارة والتلجئة والاقرار لغير الغرماء من أسباب الحجر أيضا فيجوز عندهم في السفه المفسد للمال بالصرف الى الوجوه الباطلة وفي المبذر الذي يسرف في النفقة ويعين في التجارات وفيمن يمتنع عن قضاء الدين مع القدرة عليه اذا ظهر مظهره عند القاضي وطلب الغرماء من القاضي ان يبيع عليه ماله ويقضي به دينه وفيمن ركبه الديون وله مال نخاف الغرماء ضياع أمواله بالتجارة فرفعوا الامر الى القاضي وطلبوا منه أن يحجر عليه أو خافوا ان يلجئ أمواله فطلبوا من القاضي أن يحجره عن الاقرار للغرماء فيجوز الحجر في هذه المواضع عندهم وعند لا يجزى وما روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه كان لا يجزى الحجر الا على ثلاثة المقتى المأجور والطبيب الجاهل والمكاري المقلس وليس المراد منه حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعي الذي يمنع فهو التصرف ألا ترى أن المقتى لو أفتى بعد الحجر وأصاب في القتموى جاز ولو أفتى قبل الحجر وأخطأ لا يجوز وكذا الطبيب لو باع الادوية بعد الحجر فذيعه فدل انه ما أراد به الحجر حقيقة وإنما أراد به المنع الحسي أي يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حسالان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لان المقتى المأجور يفسد أديان المسلمين والطبيب الجاهل يفسد أديان المسلمين والمكاري المقلس يفسد أموال الناس في المفازة فكان منعهم من ذلك من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لان من باب الحجر فلا يلزمه التناقض بحمد الله تعالى عز شأنه ولو حجر القاضي على السفه ونحوه لم ينفذ حجره عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو تصرف بعد الحجر ينفذ تصرفه عنده وان كان الحجر ههنا محل الاجتهاد لان الحجر من القاضي قضاء منه وقضاء القاضي في الاجتهادات انما ينفذ ويصير كالمحقق عليه اذا لم يكن نفس القضاء محل الاجتهاد فاما اذا كان فلا يخلاف سائر الاجتهادات التي لا يرجع الاجتهاد فيها الى نفس القضاء وقد ذكرنا الفرق في كتاب أدب القاضي واختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما في السفه انه هل يصير محجورا عليه بنفس السفه أم يقف الانحجار على حجر القاضي قال أبو يوسف لا يصير محجورا الانحجار القاضي وقال محمد بن حجر بنفس السفه من غير الحاجة الى حجر القاضي وحجة العامة قوله تبارك وتعالى فان كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يعمل هو فليمل عليه بالعدل جعل الله سبحانه وتعالى لكل واحد من المذكورين وليا منهم السفه وعند أبي حنيفة رحمه الله لا ولي للسفيه لانه اذا كان له ولي دل انه مولى عليه فلا ينفذ تصرفه كالصبي والجنون وقوله تبارك وتعالى ولا تؤنوا السفهاء أموالكم نهى عن اعطاء الاموال السفهاء وعنده يدفع اليه ماله اذا بلغ خمسا وعشرين سنة وان كان سفيها ورؤى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع على معاذ ماله بسبب ديون ركبته وهذا نص في الباب لان البيع عليه لا يذ كر الا في غير موضع الرضا ولا ان التصرفات شرعت لمصالح العباد والمصلحة تتعلق بالاطلاق مرة وبالحجر أخرى والمصلحة ههنا في الحجر ولهذا اذا بلغ الصبي سفيهاً يمنع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة بلا خلاف ولهذا حجر على الصبي والجنون لكون الحجر مصلحة في حقهما كذا ههنا ولا في حنيفة رضي الله عنه عمومات البيع والهبة والاقرار والظهار والعين من نحوه قوله تبارك وتعالى وأحل الله البيع وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تدانتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الى قوله عز شأنه ولا يبئس منكم ثوبا تلبسون ولا بئس منكم ثوبا تلبسون حيث نذب الى الكتابة وأثبت الحق حيث أمر من عليه الحق بالملاء ونهى عن البئس عامان غير تخصيص وقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون

تجارة عن تراض منكم وبيع مال المديون عليه تجارة لا عن تراض فلا يجوز وبيع السفينة ماله تجارة عن تراض فيجوز وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم عاماً وشهادة الإنسان على نفسه اقرار وقوله تبارك وتعالى وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا وتحابوا وآية الظهار وآية كفارة اليمين شرع الله تعالى هذه التصرفات عاماً والحجر عن المشرع متناقض وكذا نص الظهار واليمين يقتضيان وجوب التحريم على المظاهر والخالف الخائف وجوازه عن الكفارة عاماً وعند أبي يوسف ومحمد لا يجب التحريم على السفينة ولو حرر لا يحجز به عن الكفارة لأنه تجب السعاية على العبد فيكون اعتاقاً بموضع فلا يقع التحريم تكفيراً فكانت الآية حجة عليهما ولأن بيع السفينة مال نفسه تصرف صدر من الأهل بركته في محل هو خالص ملكه فينفذ كتصرف الرشيد وهذا لأن وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعاً بصدوره من أهله وحلوله في محله وقد وجد وبيع مال المديون عليه تصرف في ملك الغير من غير رضا المالك وأنه لا ينفذ كالقبض (وأما) الآية فقد قال بعض أهل التأويل السفينة هو الصغير به نقول وقيل إن الولي هنا هو من له الحق على العدل عند حضرة من عليه الدين لئلا يزيد على ما عليه شيئاً ولو زاد أنكر عليه وقوله تبارك وتعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم فقد قال بعض أهل التأويل المراد من السفهاء النساء والأولاد الصغار يؤيده في سياق الآية قوله فارزقوهم منه واكسوهم ورزق النساء والأولاد الصغار هو الذي يجب على الأولياء والأولاد لارزق السفينة وكسوته فان ذلك يكون من مال السفينة على أن في الآية الشريفة أن لا تؤتوهم مال أنفسكم لأنه سبحانه وتعالى أضاف الأموال إلى المعطى لا إلى المعطى له وبه نقول (وأما) بيع مال معاذ رضي الله عنه فقد كان برضاه إذ لا يظن به أنه يكره بيع رسول الله صلى الله عليه وسلم ويتمتع بنفسه عن قضاء الدين مع ما أنه قد روي أنه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضياً ببركته كما روي عن جابر رضي الله عنه أنه لما استشهد أبوه يوم أحد وترك ديوناً فطلب جابر من النبي عليه الصلاة والسلام أن يبيع أمواله لينال بركته فيصير دينه بذلك مقضياً وكان كما ظن والآن استدلال بمنع المال إذا بلغ سفينة لا يستقيم لأن المنع تصرف في المال والحجر تصرف على النفس والنفس أعظم خطراً من المال فقبوت أدنى الولاتين لا يدل على ثبوت أعلاهما ثم نقول إنما يمنع عن ماله نظر أنه تقليل للسفينة لأن السفينة غالباً تجري في الهبات والتبرعات فإذا منع منه ماله ينسد باب السفينة فيقل السفينة (فأما) المعاوضات فلا يغلب فيها السفينة فلا حاجة إلى الحجر لتقليل السفينة وأنه يقل بدونه فيتمحض الحجر ضرراً بإبطال أهليته وهذا لا يجوز بخلاف الصبي والمجنون لأنهما ليسا من أهل التصرف فلم يتضمن الحجر إبطال الأهلية والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان حكم الحجر فحكمه يظهر في مال المحجور وفي التصرف في ماله (أما) حكم المال فاما المجنون فإنه يمنع عنه ماله مادام مجنوناً وكذلك الصبي الذي لا يعقل لأن وضع المال في يده لا عقل له أتلاف المال (وأما) الصبي العاقل فيمنع عنه ماله إلى أن يؤنس منه رشده ولا بأس للولي أن يدفع إليه شيئاً من أمواله ويأذن له بالتجارة للاختيار عندنا لقوله تعالى وابتلوا اليتامى أذن سبحانه وتعالى للأولياء في ابتلاء اليتامى والابتلاء الاختبار وذلك بالتجارة فكان الأذن بالابتلاء إذا بالتجارة وإذا اختبره فان أنس منه رشده دفع الباقي إليه لقوله تعالى فان أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم والرشد هو الاستقامة والاهتداء في حفظ المال وإصلاحه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يمنع منه ماله ولا يجوز للولي أن يدفع شيئاً من أمواله إليه وأن يأذن له بالتجارة قبل البلوغ والمسألة نذكرة في كتاب المأذون إن شاء الله تعالى وإن لم يأنس منه رشده امتنع منه إلى أن يبلغ فان بلغ رشده دفع إليه وإن بلغ سفينة ففسداً مبذراً فإنه يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة بالاجماع فإذا بلغ هذا المبلغ ولم يؤنس رشده دفع إليه عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يدفع إليه مادام سفينة (وأما) الرقيق فلا مال له يمنع فلا يظهر أثر الحجر في حقه في المال وإنما يظهر في التصرفات هذا حكم الحجر في مال المحجور (وأما) حكمه في تصرفه فالتصرف لا يخلو إما أن يكون من

الاقوال واما أن يكون من الافعال (أما) التصرفات القولية فعلى ثلاثة أقسام نافع محض وضار محض ودائر بين الضرر والنفع (أما) المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته واقارعه ولا ينعقد بيعه وشراؤه حتى لا تلحقه الاجازة ولا يصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وكذا الصبي الذي لا يعقل لان الاهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ولا أهلية بدون العقل (وأما) الصبي العاقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالاجماع (وأما) الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والاجارة ونحوها فينعقد عندنا موقوفا على اجازة وليه فان أجاز جاز وان رد بطل وعند الشافعي رحمه الله لا تنعقد أصلا وهي مسألة تصرفات الصبي العاقل وقد مررت في موضعها (وأما) الرقيق فيصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وكذا يصح طلاقه واقارعه بالحدود والقصاص (وأما) اقراره بالمال فلا يصح في حق مولاه ويصح في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد العتاق (وأما) البيع وغيره من التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع فلا ينفذ بل ينعقد موقوفا على اجازة المولى ودلائل هذه المسائل ذكرت في مواضعها (وأما) التصرفات الفعلية وهي النصب والاتلافات فهذه العوارض وهي الصبا والجنون والرق لا توجب الحجر فيها حتى لو أئلف الصبي والمجنون شيئا فضمانه في ما لهما وكذا العبد اذا أئلف مال انسان فانه يؤاخذ به لكن بعد العتاق (وأما) السفينة فعند أبي حنيفة عليه الرحمة ليس بمحجور عن التصرفات أصلا وحاله وحال الرشيد في التصرفات سواء لا يختلفان الا في وجه واحد وهو ان الصبي اذا بلغ سفيهاً يمنع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة واذا بلغ رشيدا يدفع اليه ماله (فاما) في التصرفات فلا يختلفان حتى لو تصرف بعد ما بلغ سفيهاً ومنع عنه ماله فقد تصرفه كما ينفذ بعد ان دفع المال اليه عنده (وأما) عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعتوه سواء فلا ينفذ بيعه وشراؤه واجارته وهبته وصدقته وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتل النقض والفسخ (وأما) فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء فيجوز طلاقه ونكاحه واعتاقه وتدييره واستيلاؤه وتجب عليه نفقة زوجته وأقاربه والزكاة في ماله وحجة الاسلام وينفق على زوجته وأقاربه ويؤدي الزكاة من ماله ولا يمنع من حجة الاسلام ولا من العمرة ولا من القرابين وسوق البدنة لكن يسلم القاضي النفقة والكراء والهدى على يد أمين لينفق عليه في الطريق ولا ولاية عليه لانيه وجدته وصبيها ويجوز اقراره على نفسه بالحدود والقصاص ونحوه وصاياه بالقرب في مرض موته من ثلث ماله وغير ذلك من التصرفات التي يصح من العاقل البالغ الرشيد الا أنه اذا تزوج امرأة أكثر من مهر مثلها فالزينة باطلة واذا أعتق عبده يسعى في قيمته في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن محمد رحمهما الله انه رجع عن ذلك وقال يعتق من غير سعاية فاما فيما سوى ذلك فلا يختلفان ولو باع السفينة أو اشترى نظر القاضي في ذلك فما كان خيرا أجاز وما كان فيه مضرة رده والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يرفع الحجر (أما) الصبي فالذي يرفع الحجر عنه شيان أحدهما اذن الولى اياه بالتجارة والثاني بلوغه الا أن الاذن بالتجارة يزول الحجر عن التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع (وأما) التصرفات الضارة المحضة فلا يزول الحجر عنها الا بالبلوغ وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يزول الحجر عن الصبي الا بالبلوغ وقد مررت المسألة ثم عند أبي حنيفة رضي الله عنه يزول الحجر عن التصرفات بالبلوغ سواء بلغ رشيدا أو سفيهاً وكذا عند أبي يوسف الا أن يحجر عليه القاضي بعد البلوغ فينحجر بحجره وعند أبي حنيفة رحمه الله لا ينحجر الصبي عن التصرف بحجر القاضي لكن يمنع ماله الى خمس وعشرين سنة وعند محمد والشافعي لا يزول الا ببلوغه رشيدا ثم البلوغ في الغلام يعرف بالاحتلام والاحبال والانزال وفي الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد شيء من ذلك فيعتبر بالسن (أما) معرفة البلوغ بالاحتلام فليس روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال رفع القلم عن ثلاثة منها الصبي حتى يحتمل جعل عليه الصلاة والسلام الاحتلام غاية لارتفاع الخطاب والخطاب بالبلوغ دل أن البلوغ ثبت بالاحتلام ولان البلوغ والادراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال وذلك بكامل القدرة والقوة والقدرة

من حيث سلامة الأسباب والآلات هي امكان استعمال سائر الجوارح السليمة وذلك لا يتحقق على الكمال الا عند الاحتلام فان قيل الادراك امكان استعمال سائر الجوارح ان كان ثابتا فاما امكان استعمال الآلة المخصوصة وهو قضاء الشهوة على سبيل الكمال فليس بثابت لان كمالها بالانزال والاحتلام سبب انزول الماء على الغلب فجعل علما على البلوغ ولان الله تعالى أمر بابتغاء الولد وأخبرانه مكتوب له بقوله تبارك وتعالى وابتغوا ما كتب الله لكم والتكليف بابتغاء الولد انما يتوجه في وقت لو ابتغى الولد لوجد ولا يكون ذلك الا في خروج الماء للشهوة وذلك في حق الصبي بالاحتلام في المتعارف ولان عند الاحتلام يخرج عن حيزه ولا يدخل في حيزه الا بقاء حتى يسمى أبا فلان لا ولد فلان في المتعارف لان عنده يصير من أهل العلوق فكان الاحتلام علما على البلوغ واذا ثبت أن البلوغ يثبت بالاحتلام يثبت بالانزال لان ما ذكرنا من المعاني يتعلق بالنزول لا بنفس الاحتلام الا أن الاحتلام سبب لنزول الماء عادة فعلق الحكم به وكذا الاحبال لانه لا يتحقق بدون الانزال عادة فان لم يوجد شيء مما ذكرنا فيعتبر البلوغ بالسن وقد اختلف العلماء في أدنى السن التي يتعلق بها البلوغ قال أبو حنيفة رضي الله عنه ثمان عشرة سنة في الغلام وسبع عشرة في الجارية وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله خمس عشرة سنة في الجارية والغلام جميعا وجه قولهم ان المؤثر في الحقيقة هو العقل وهو الاصل في الباب اذ به قوام الاحكام وانما الاحتلام جعل حدا في الشرع لكونه دليلا على كمال العقل والاحتلام لا يتأخر عن خمس عشر سنة عادة فاذا لم يحتمل الى هذه المدة علم أن ذلك لا آفة في خلقته والآفة في الخلقة لا توجب آفة في العقل فكان العقل قائما بلا آفة فوجب اعتباره في لزوم الاحكام وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم غلام وهو ابن أربع عشرة سنة فرده وعرض وهو ابن خمس عشرة فأجازه فقد جعل عليه الصلاة والسلام خمس عشرة حدا للبلوغ ولا في حنيفة رضي الله عنه أن الشرع لما علق الحكم والخطاب بالاحتلام بالدلائل التي ذكرناها فيجب بناء الحكم عليه ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يتيقن بعدمه ويقع اليأس عن وجوده وانما يقع اليأس بهذه المدة لان الاحتلام الى هذه المدة متصور في الجملة فلا يجوز إزالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع الاحتمال على هذا أصول الشرع فان حكم الحيض لما كان لازما في حق الكبيرة لا يزول بامتداد الطهر ما لم يوجد اليأس ويجب الانتظار لمدة اليأس لاحتمال عود الحيض وكذا التفريق في حق العنينة لا يثبت مادام طمع الوصول ثابتا بل يؤجل سنة لاحتمال الوصول في فصول السنة فاذا مضت السنة ووقع اليأس الا أن يحكم بالتفريق وكذا أمر الله سبحانه وتعالى باظهار الحجيج في حق الكفار والدعاء الى الاسلام الى أن يقع اليأس عن قبولهم فلم يقع اليأس لا يباح لنا القتال فكذلك ههنا مادام الاحتلام يرجى يجب الانتظار ولا يأس بعد مدة خمس عشرة الى هذه المدة بل هو مرجو فلا يقطع الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع رجاء وجوده بخلاف ما بعد هذه المدة فانه لا يحتمل وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره في زمان اليأس عن وجوده (وأما) الحديث فلا حجة فيه لانه يحتمل انه أجاز ذلك لما علم عليه الصلاة والسلام انه احتلم في ذلك الوقت ويحتمل أيضا أنه أجاز ذلك لما رآه صالحا للحرب محتملا له على سبيل الاعتدال للجهاد كما أمرنا باعتبار سائر القرب في أول أوقات الامكان والاحتمال لها فلا يكون حجة مع الاحتمال واذا أشكل أمر الغلام المراهق في البلوغ فقال قد بلغت يقبل قوله ويحكم ببلوغه وكذلك الجارية المراهقة لان الاصل في البلوغ هو الاحتلام على ما بينا وأنه لا يعرف الا من جهته فالزمت الضرورة قبول قوله كما في الاخبار عن الطهر والحيض والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المجنون فلا يزول الحجر عنه الا بالآفة فاذا أفارق رشيد أو سفيها فحكمه في ذلك حكم الصبي وقد ذكرناه (وأما) الرقيق فالحجر يزول عنه بالاعتاق مرة وبالأذن بالتجارة أخرى الا أن الاعتاق يزول الحجر عنه على الاطلاق والأذن بالتجارة لا يزول الا في التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع (وأما) السفية فلا حجر عليه عن التصرف أصلا عند أبي حنيفة رضي الله عنه فلا يتصور الزوال (وأما) على مذهبهم فزواله عند أبي يوسف بضده وهو الاطلاق من القاضي فكلا لا ينحصر الا بحجره

لا ينطلق الا باطلافة وعند محمد والشافعي رحمهما الله زوال الحجر على السفينة بظهور رشده لان الحجارة كان بسفنه فانطلاقة يكون بضده وهو رشده والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الفصل الثاني وهو فصل الحبس فالحبس على نوعين حبس المديون بما عليه من الدين وحبس العين بالدين أما الأول فالكلام فيه في مواضع في بيان سبب وجوب الحبس وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان ما يمنع عنه المحبوس وما لا يمنع أما سبب وجوب الحبس فهو الدين قل أو كثر وأما شرائط الوجوب فأنواع بعضها يرجع الى الدين وبعضها يرجع الى المديون وبعضها يرجع الى صاحب الدين (أما) الذي يرجع الى الدين فهو أن يكون حالاً فلا يحبس في الدين المؤجل لان الحبس لدفع الظلم المتحقق بتأخير قضاء الدين ولم يوجد من المديون لان صاحب الدين هو الذي أخرق نفسه بالتأجيل وكذا لا يمنع من السفر قبل حلول الاجل سواء بعد محله أو قرب لانه لا يملك مطالبته قبل حل الاجل ولا يمكن منعه ولكن لانه ان يخرج معه حتى اذا حل الاجل منعه من المضي في سفره الى ان يوفيه دينه (وأما) الذي يرجع الى المديون فمنها القدرة على قضاء الدين حتى لو كان معسراً لا يحبس لقوله سبحانه وتعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولان الحبس لدفع الظلم بايصال حقه اليه ولو ظلم فيه لعدم القدرة ولانه اذا لم يقدر على قضاء الدين لا يكون الحبس مفيداً لان الحبس شرع للتوصل الى قضاء الدين لا لعينه ومنها المطل وهو تأخير قضاء الدين لقوله عليه الصلاة والسلام مطل التقى ظلم فيحبس دفعا للظلم لقضاء الدين بواسطة الحبس وقوله عليه الصلاة والسلام الى الواجد يحل عرضه وعقوبته والحبس عقوبة وما لم يظهر منه المطل لا يحبس لانعدام المطل والى منه ومنها ان يكون من عليه الدين ممن سوى الوالدين لصاحب الدين فلا يحبس الوالدون وان علوا بدين المولودين وان سفلوا لقوله تبارك وتعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وقوله تعالى وبالوالدين احسانا وليس من المصاحبة بالمعروف والاحسان حبسهما بالدين الا أنه اذا امتنع الوالدان الاتفاق على ولده الذي عليه ثقته فان القاضي يحبسهما لكن تميزاً لا حبساً بالدين (وأما) الولد فيحبس بدين الوالد لان المانع من الحبس حق الوالدين وكذا أساساً لا قارب يحبس المديون بدين قريبه كائناً من كان ويستوى في الحبس الرجل والمرأة لان الموجب للحبس لا يختلف بالذكورة والانوثة ويحبس ولي الصغير اذا كان ممن يجوز له قضاء دينه لانه اذا كان الظلم بسبيل من قضاء دينه صار بالتأخير ظالماً فيحبس ليقضى الدين فيندفع الظلم (وأما) الذي يرجع الى صاحب الدين فطلب الحبس من القاضي فما لم يطلب لا يحبس لان الدين حقه والحبس وسيلة الى حقه ووسيلة حق الانسان حقه وحق المرأة ما يطلب بطلبه فلا بد من الطلب للحبس واذا عرف سبب وجوب الدين وشرائطه فان ثبت عند القاضي السبب مع شرائطه بالحجة حبسه لتحقيق الظلم عنده بتأخير حقه من غير ضرورة والقاضي نصب لدفع الظلم فيندفع الظلم عنه وان اشتبه على القاضي حاله في يساره واعساره ولم يقم عنده حجة على أحدهما وطلب الغرماء حبسه فانه يحبس ليتعرف عن حاله انه فقير أم غني فان علم انه غني حبسه الى ان يقضى الدين لانه ظهر ظلمه بالتأخير وان علم انه فقير خلى سبيله لانه ظهر انه لا يستوجب الحبس فيطلقه ولكن لا يمنع الغرماء عن ملازمته عند أمحبابنا الثلاثة رضى الله عنهم الا اذا قضى القاضي بالنظر لاحتمال ان يرزقه الله سبحانه وتعالى مالا اذا مال غادوراً ثم وعند فر رحمه الله لا يلزمونه لقوله تبارك وتعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكر النظرة بحرف الفاء ثبت من غير قضاء القاضي (ولنا) ان النظرة هي التأخير فلا بد وان يؤخر وهو ان يؤخره القاضي أو صاحب الحق ولا يمنعونه من التصرف ولا من السفر فاذا اكتسب يأخذون فضل كسبه فيقتسمونه بينهم بالحصص واذا مضى على حبسه شهر أو شهران أو ثلاثة ولم ينكشف حاله في اليسار والاعسار خلى سبيله لان هذا الحبس كان لاستبراء حاله وبلاء عذره والثلاثة الاشهر مدة صالحة لاشتهار الحال وبلاء العذر فيطلقه لكن الغرماء لا يمنعون من ملازمته فيلازمونه لكن لا يمنعونه من التصرف والسفر على ما ذكرنا ولو اختلفا في اليسار والاعسار فقال الطالب هو موسر وقال المطلوب انما معسر فان قامت لاحدهما بينة قبلت بينته وان أقام جميعا البينة فالبينة بينة الطالب لانها تثبت

زيادة وهي اليسار وان لم يتم لهما نية فقد ذكر محمد في الكفالة والنكاح والزكيات انه ينظر ان ثبت الدين بمعاودة كالبيع والنكاح والكفالة والصلح عن دم العمد والصلح عن المال والخلع أو ثبت تبعاً فيها بمعاودة كالنفقة في باب النكاح فالقول قول الطالب وكذا في الغصب والزكاة وان ثبت الدين بغير ذلك كاحراق الثوب أو القتل الذي لا يوجب القصاص ويوجب المال في مال الجاني وفي الخطا فالقول قول المطلوب وذكر الخصاص رحمه الله في آداب القاضي انه ان وجب الدين عوضاً عن مال سأل المشتري نحو ثمن المبيع الذي سلم له البيع والقرض والغصب والسلم الذي أخذ المسلم اليه رأس المال فالقول قول الطالب وكل دين ليس له عوض أصلاً كاحراق الثوب وأوله عوض ليس بمال كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد والكفالة فالقول قول المطلوب واختلف المشايخ فيه قال بعضهم القول قول المطلوب على كل حال ولا يجبس لان الفقر أصل في بني آدم والغنا عارض فكان الظاهر شاهداً للمطلوب فكان القول قوله مع يمينه وقال بعضهم القول قول الطالب على كل حال لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق اليد واللسان وقال بعضهم يحكم زيه اذا كان زيه زى الاغنياء فالقول قول الطالب وان كان زيه زى الفقراء فالقول قول المطلوب وعن القيسه أبي جعفر الهندواني رحمه الله انه يحكم زيه فيؤخذ بحكمه في الفقر والغنا اذا كان المطلوب من الفقهاء أو العلوية أو الاشراف لان من عاداتهم التكلف في اللباس والتجمل بدون الغنا فيكون القول قول المدينون انه معسر (وجه) ما ذكره الخصاص رحمه الله ان القول في الشرع قول من يشهده الظاهر واذا وجب الدين بدلاً عن مال سلم له كان الظاهر شاهداً للطالب لانه ثبتت قدرة المطلوب بسلامة المال وكذا في الزكاة انها لا تجب الا على الغني فكان الظاهر شاهداً للطالب (وجه) قول محمد رحمه الله وهو ظاهر الرواية ان الظاهر شاهد للطالب فيأخذ كزناً يضاف من طريق الدلالة وهو اقدم على المعاودة فان الاقدام على التزج دليل القدرة اذ الظاهر ان الانسان لا يترج حتى يكون له شيء ولا يترج أيضاً حتى يكون له قدرة على المهر وكذا الاقدام على الخلع لان المرأة لا تخلع عادة حتى يكون عندها شيء وكذا الصلح لا يقدم الانسان عليه الا عند القدرة فكان الظاهر شاهداً للطالب في هذه المواضع فكان القول قوله والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يمنع المحبوس عنه وما لا يمنع فالحبوس ممنوع عن الخروج الى أشغاله ومهماته والى الجمع والجماعات والاعياد وتشيع الجنائز وعبادة المرضى والزكاة والضيافة لان الحبس للتوسل الى قضاء الدين فاذا منع عن اشغاله ومهماته الدينية والدنيوية تضجر فيسارع الى قضاء الدين ولا يمنع من دخول أقاربه عليه لان ذلك لا يخل بموضع له الحبس بل قد يقع وسيلة اليه ولا يمنع من التصرفات الشرعية من البيع والشراء والهبة والصدقة والاقرار لغيرهم من الغرماء حتى لو فعل شيئاً من ذلك فقد ولم يكن للغرماء ولاية الا بطلان الحبس لا يوجب بطلان أهلية التصرفات ولو طلب الغرماء الذين حبس لاجلهم من القاضي ان يحجر على المحبوس من الاقرار والهبة والصدقة وغيره لم يحجبهم الى ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ان يحجبهم اليه وكذا اذا طلبوا من القاضي بيع ماله عليه مما سوى الدراهم والدنانير من المنقول والعقار له ان يحجبهم اليه عندهما وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يحجبهم الى ذلك وهي مسألة الجحر لكن اذا كان دينه دراهم وعنده دراهم فان القاضي يقضى بهادينه لانها من جنس حقه وان كان دينه دراهم وعنده دنانير باعها القاضي بالدراهم وقضى بهادينه وكذا اذا كان دينه دنانير وعنده دراهم باعها القاضي بالدنانير وقضى بهادينه فرق بين الدنانير والدراهم وبين سائر الاموال انه يبيع أحدهما بالآخر لقضاء الدين ولا يبيع سائر الاموال (ووجه) الفرق ان الدراهم والدنانير من جنس واحد من وجه بدليل انه يكل نصاب أحدهما بالآخر في باب الزكاة والمؤدى عن أحدهما كان مؤدى عن الآخر عند الهلاك فكان بينهما نجاسة من وجه فصار كل واحد منهما كعين الآخر حكماً وليس بين العروضة وبين الدراهم والدنانير نجاسة بوجه فلا يملك التصرف على المحبوس ببيعهما بها ولا بالعروضة اذا بيعت لقضاء الدين فانها لا تشتري مثل ما تشتري في سائر الاوقات بل دون

ذلك وفيه ضرر به ولا ضرر في الدراهم والدنانير لانها لا تتفاوت وهذا بخلاف ما بعد الموت ان القاضي يبيع جميع ماله لقضاء دينه لان بيع القاضي ليس تصرفاً على الميت لبطلان أهليته بالموت ولانه رضى بذلك في آخر جزئه من أجزاء حياته هذا هو الظاهر لان قضاء الديون من حوائجها الأصلية فكان راضياً بقضاء الدين من أى مال كان تخليصاً لنفسه عن عهدة الدين عند ما سده عن حياته والله سبحانه وتعالى أعلم وينفق المحبوس على نفسه وعياله وأقاربه ولا يمنع من ذلك ولا عن شئ من التصرفات الشرعية والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حبس العين بالدين فالمحبوس بالدين في الأصل على نوعين محبوس هو مضمون ومحبوس هو أمانة والمضمون على نوعين أيضاً مضمون بالثمن ومضمون بالقيمة فالمضمون بالثمن كالبيع في يد البائع حتى لو هلك سقط الثمن لانه لو بقي لطالبه البائع به فيطالبه المشتري بتسليم المبيع لان البيع تملك بآراء تملك وتسليم بآراء تسليم وهو عاجز عن التسليم لهلاك المبيع فلا يملك مطالبته فلا يملك البائع مطالبته بالثمن فيسقط ضرورة عدم الفائدة في البقاء ولان المبيع في يد البائع لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء وذلك مضمون فهذا أولى الا ان ذلك مضمون بالقيمة وهذا بالثمن لوجود التسمية الصحيحة ههنا وانعدام التسمية هناك أصلاً وأما الوكيل بالشراء اذا أدى الثمن من مال نفسه فحبس السلعة لاستيفاء الثمن من الموكل فهلك فان كان قبل الطلب يهلك أمانة عند أحبابنا رحمهم الله الثلاثة وعند زفر رحمه الله يهلك مضموناً ولو كان بعد الطلب يهلك مضموناً لكن ضمان المبيع عند أى خفيفة ومحمد وعند أبي يوسف ضمان الرهن وعند زفر رحمه الله ضمان العصب وقد ذكرنا المسألة في كتاب الوكالة وأما المضمون بالقيمة فكالمبيع يباع فاسداً اذا لم يكن من ذوات الامثال اذا فسخ البائع البيع والمبيع في يد المشتري فحبسه ليرد البائع الثمن عليه فهلك في يده يهلك بقيمته ويتقاصبان ويترادان الفضل وكذا المرهون مضمون عندنا لكن بالقل من قيمته ومن الدين وعند الشافعي رحمه الله ليس بمضمون أصلاً وهي مسألة كتاب الرهن وأما المحبوس الذي هو أمانة فتحو نعاء الرهن فانه محبوس بالدين لكنه أمانة في يد المرتين حتى لو هلك لا يسقط شئ من الدين وكذا المستأجر دابة اجارة فاسدة اذا كان عجل الاجرة فحبسها لاستيفاء الاجرة المعجلة حتى هلك في يده تهلك أمانة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب الاكراه﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى الاكراه لغة وشرعاً وفي بيان أنواع الاكراه وفي بيان شرائط الاكراه وفي بيان حكم ما يقع عليه الاكراه اذا أتى به المكروه وفي بيان ما عدل المكروه الى غير ما وقع عليه الاكراه أو زاد على ما وقع عليه الاكراه أو نقص عنه (أما) الاول فالاكراه في اللغة عبارة عن اثبات الكره والكره معنى قام بالمكروه ينافي المحبة والرضا ولهذا يستعمل كل واحد منهما مقابل الآخر قال الله سبحانه وتعالى وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم ولهذا قال أهل السنة ان الله تبارك وتعالى يكره الكفر والمعاصي أى لا يحبها ولا يرضى بها وان كانت الطاعات والمعاصي بارادة الله عز وجل وفي الشرع عبارة عن الدماء الى الفعل بالايعاد والتهديد مع وجود شرائطها التي نذكرها في مواضعها ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان أنواع الاكراه فنقول انه نوعان نوع يوجب الاجاء والاضطرار طبعاً كالقتل والقطع والضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو أو الضرب أو أكثر ومنهم من قدره بعدد ضربات الحدوانه غير سديد لان المعول عليه تحقق الضرورة فاذا تحققت فلا معنى لصورة العدد وهذا النوع يسمى اكراهاً تاماً ونوع لا يوجب الاجاء والاضطرار وهو الحبس والقيود والضرب الذي لا يخاف منه التلف وليس فيه تقدير لازم سوى ان يلحقه منه الاغنام البين من هذه الاشياء أعني الحبس والقيود والضرب وهذا النوع من الاكراه يسمى اكراهاً ناقصاً

﴿فصل﴾ وأما شرائط الاكراه فنوعان نوع يرجع الى المكروه ونوع يرجع الى المكروه (أما) الذي يرجع الى المكروه فهو ان يكون قادر على تحقيق ما أوعده لان الضرورة لا تتحقق الا عند القدرة وعلى هذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انه يتحقق من السلطان وغيره (وجه) قولهما ان الاكراه ليس الا باعداد بالحق المكروه وهذا يتحقق من كل مسلط وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعده لان المكروه يستغيث بالسلطان فيغيثه فاذا كان المكروه هو السلطان فلا يجد غوثا وقيل انه لا خلاف بينهم في المعنى انما هو خلاف زمان ففي زمن أبي حنيفة رضي الله عنه لم يكن لغير السلطان قدرة الاكراه ثم تغير الحال في زمانهما فغير الفتوى على حسب الحال والله سبحانه وتعالى أعلم فاما البلوغ فليس بشرط لتحقيق الاكراه حتى يتحقق من الصبي العاقل اذا كان مطاعا مسلطا وكذلك العقل والتمييز المطبق ليس بشرط فيتحقق الاكراه من البالغ المختلط العقل بعد ان كان مطاعا مسلطا (وأما) النوع الذي يرجع الى المكروه فهو ان يقع في غالب رأيه وأكثر طنه انه لو لم يجب الى ما دعى اليه لتحقيق ما أوعده لان غالب الرأي حجة خصوصا عند تعذر الوصول الى التعيين حتى انه لو كان في أكثر رأى المكروه ان المكروه لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الاكراه شرعا وان وجد صورة الاكراه لان الضرورة لا تتحقق ومثله لو أمره بفعل ولم يوعده عليه ولكن في أكثر رأى المكروه انه لو لم يفعل لم يتحقق ما أوعده يثبت حكم الاكراه لتحقيق الضرورة ولهذا انه لو كان في أكثر رأيه انه لو امتنع عن تناول الميتة وصبر الى ان يلحقه الجوع المهلك لازيل عنه الاكراه لا يباح له ان يعجل بتناولها وان كان في أكثر رأيه انه وان صبر الى تلك الحالة لما ازيل عنه الاكراه يباح ان يتناولها للحال دل ان العبرة لغالب الرأي وأكثر الظن دون صورة الاكراه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يقع عليه الاكراه فنقول وبالله التوفيق ما يقع عليه الاكراه في الاصل نوعان حسي وشرعي وكل واحد منهما على ضربين معين ومخبر فيه أما الحسي المعين في كونه مكرها عليه فلا كل والشرب والشم والكفر والاتلاف والقطع عينا وأما الشرعي فالطلاق والعناق والتدبير والنكاح والرجعة واليمين والنذر والظهار والايلاء والنفى في الايلاء والبيع والشراء والهبة والاجارة والابراء عن الحقوق والكفالة بالنفس وتسليم الشفعة وترك طلبها ونحوها والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم ما يقع عليه الاكراه فنقول وبالله التوفيق اما التصرفات الحسية فيتعلق بها حكامان أحدهما يرجع الى الآخرة والثاني يرجع الى الدنيا أما الذي يرجع الى الآخرة فنقول وبالله التوفيق التصرفات الحسية التي يقع عليها الاكراه في حق أحكام الآخرة ثلاثة أنواع نوع هو مباح ونوع هو مريض ونوع هو حرام ليس بمباح ولا مريض (أما) النوع الذي هو مباح فكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر اذا كان الاكراه تاما بان كان بوعيد تلف لان هذه الاشياء مما تباح عند الاضطرار قال الله تبارك وتعالى الا ما اضطررتم اليه أي دعيتكم شدة المجاعة الى أكلها والاستثناء من التحريم لإباحة وقد تحقق الاضطرار بالاكراه فيباح له تناول بل لا يباح له الامتناع عنه ولو امتنع عنه حتى قتل يؤخذ به كافي حالة المحمصة لانه لا امتناع عنه صار ملقيا نفسه في الهلكة والله سبحانه وتعالى نهي عن ذلك بقوله تعالى ولا تلتقوا بأيديكم الى الهلكة وان كان الاكراه ناقصا لا يحل له الاقدام عليه ولا يرضى أيضا لانه لا يفعله للضرورة بل لدفع الغم عن نفسه فكانت الحرمة بحكمها قائمة وكذلك لو كان الاكراه بالاجاعة بان قال لتفعلن كذا ولا لا جيعتك لا يحل له ان يفعل حتى يحييه من الجوع ما يخاف منه تلف النفس أو العضو لان الضرورة لا تتحقق الا في تلك الحالة والله تعالى أعلم (وأما) النوع الذي هو مريض فهو مريض فواجرا كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالايان اذا كان الاكراه تاما وهو محرم في نفسه مع ثبوت الرخصة فإثر الرخصة في تغيير حكم الفعل وهو المؤاخذة لا في تغيير وصفه وهو الحرمة لان كلمة الكفر مما لا يحتمل الاباحة بحال فكانت الحرمة

قائمة الا انه سئط المتواخذة لعذر الا كراه قال الله تبارك وتعالى من كفر بالله من بعد ايمانه الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليه غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان على التقديم والتأخير في الكلام والله سبحانه وتعالى أعلم والامتناع عنه افضل من الاقدام عليه حتى لو امتنع فقتل كان مأجورا لانه جاد بنفسه في سبيل الله تعالى فيرجو ان يكون له ثواب المجاهدين بالنفس هنا وقال عليه الصلاة والسلام من قتل مجبرا في نفسه فهو في ظل العرش يوم القيامة وكذلك التكلم بشتم النبي عليه الصلاة والسلام مع اطمئنان القلب بالايمان والاصل فيه ما روى أن عمار بن ياسر رضى الله عنهما لما اكرهه الكفار ورجع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ما ورائك يا عمار فقال شريار رسول الله ما تركوني حتى نلت منك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان عادوا فعد فقد رخص عليه الصلاة والسلام في اتيان الكلمة بشرطة اطمئنان القلب بالايمان حيث أمره عليه الصلاة والسلام بالعود الى ما وجد منه لكن الامتناع عنه افضل لما روي من هذا النوع شتم المسلم لان عرض المسلم حرام التعرض في كل حال قال النبي عليه الصلاة والسلام كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله الا انه رخص له لعذر الا كراه واثر الرخصة في سقوط المتواخذة دون الحرمة والامتناع عنه حفظا لحرمة المسلم واثارا له على نفسه افضل ومن هذا النوع اتلاف مال المسلم لان حرمة مال المسلم حرمة دمه على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحتمل السقوط بحال الا انه رخص له الاتلاف لعذر الا كراه حال الخمصة على ما ذكر ولو امتنع حتى قتل لا يأثم بل يناب لان الحرمة قائمة فهو بالامتناع قضى حق الحرمة فكان مأجورا لا مأزورا وكذلك اتلاف مال نفسه مرخص بالا كراه لكن مع قيام الحرمة حتى انه لو امتنع فقتل لا يأثم بل يناب لان حرمة ماله لا تسقط بالا كراه ألا ترى انه أبيع له الدفع قال النبي عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك وكذا من أصابته الخمصة فسأل صاحبه الطعام فنعه فامتنع من تناول حتى مات انه لا يأثم لانه بالامتناع راعى حق الحرمة هذا اذا كان الا كراه تاما فان كان ناقصا من الحبس والقيود والضرب الذي لا يخاف منه تلف النفس والعضو لا يرخص له أصلا وبحكم بكفره وان قال كان قلبي مطمئنا بالايمان فلا يصدق في الحكم على ما ذكر ويأثم بشتم المسلم واتلاف ماله لان الضرورة لم تتحقق وكذا اذا كان الا كراه تاما ولكن في أكبر رأى المكروه ان المكروه لا يحقق ما وعدده لا يرخص له الفعل أصلا ولو فعل يأثم لانعدام تحقق الضرورة لانعدام الا كراه شرعا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الذي لا يباح ولا يرخص بالا كراه أصلا فهو قتل المسلم بغير حق سواء كان الا كراه ناقصا أو تاما لان قتل المسلم بغير حق لا يحتمل الاباحة بحال قال الله تبارك وتعالى ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الاباح وكذا قطع عضو من أعضائه والضرب المهلك قال الله سبحانه وتعالى والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً وكذلك ضرب الوالدين قل أو كثر قال الله تعالى ولا تقل لهما أف والنهي عن التأنيف نهي عن الضرب دلالة بالطريق الاولى فكانت الحرمة قائمة بحكمها فلا يرخص الاقدام عليه ولو أقدم يأثم والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) ضرب غير الوالدين اذا كان مما لا يخاف منه التلف كضرب سوط أو نحوه فيرجى ان لا يؤخذ به وكذا الحبس والقيود لان ضرره دون ضرر المكروه بكثير فالظاهر انه يرضى بهذا القدر من الضرر لا حياة أخيه ولو أذن له المكروه عليه أو قطعه أو ضربه فقال للمكروه فعل لا يباح له ان يفعل لان هذا مما لا يباح بالاباحة ولو فعل فهو آثم ألا ترى انه لو فعل بنفسه آثم بغيره أولى وكذا الزنا من هذا القبيل انه لا يباح ولا يرخص للرجل بالا كراه وان كان تاما ولو فعل يأثم لان حرمة الزنا ثابتة في العقول قال الله سبحانه وتعالى ولا تقر بوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا فدل انه كان فاحشة في العقل قبل ورود الشرع فلا يحتمل الرخصة بحال كقتل المسلم بغير حق ولو أذنت المرأة لا يباح أيضا حرة كانت أو أمة أذن له مولاها لان الفرج لا يباح بالاباحة وأما المرأة فيرخص لها لان الذي يتصور منها ليس الا التمسكين وهي مع ذلك مدفوعة اليه وهذا عندى فيه نظر لان فعل الزنا كما يتصور من الرجل يتصور من المرأة ألا ترى ان الله سبحانه وتعالى

سماها زانية الا ان زنا الرجل بالا يلاج وزناها بالتمكين والتمكين فعل منها لكنه فعل سكوت فاحتمل الوصف بالخطر والحرمه فينبغي ان لا يختلف فيه حكم الرجل والمرأة فلا يرخص للمرأة كما لا يرخص للرجل والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الحكم الذي يرجع الى الدنيا في الانواع الثلاثة اما النوع الاول فالمكره على الشرب لا يجب عليه الحد اذا كان الاكراه تاما لان الحد شرع زاجرا عن الجناية في المستقبل والشرب خرج من ان يكون جناية بالا كراه وصار مباحا بل واجبا عليه على ما مر واذا كان ناقصا يجب لان الاكراه الناقص لم يوجب تغير الفعل عما كان عليه قبل الاكراه بوجه ما فلا يوجب تغير حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الثاني فالمكره على الكفر لا يحكم بكفره اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان بخلاف المكره على الايمان أنه يحكم بايمانه والفرق بينهما من وجهين أحدهما ان الايمان في الحقيقة تصديق والكفر في الحقيقة تكذيب وكل ذلك عمل القلب والا كراه لا يعمل على القلب فان كان مصدقا بقلبه كان مؤمنا لوجود حقيقة الايمان وان كان مكذبا بقلبه كان كافرا لوجود حقيقة الكفر الا ان عبارة اللسان جعل دليلا على التصديق والتكذيب ظاهرا حالة الطوع وقد بطلت هذه الدلالة بالا كراه فبقى الايمان منه والكفر محتملا فكان ينبغي أن لا يحكم بالا سلام حالة الاكراه مع الاحتمال كما لم يحكم بالكفر فيها بالاحتمال الا انه حكم بذلك لوجهين أحدهما انا انما قبلنا ظاهرا ايمانه مع الاكراه ليخالط المسلمين فيرى محاسن الاسلام فيؤمل أمره الى الحقيقة وان كنا لا نعلم بايمانه لا قطعاً ولا غالباً وهذا جائز ألا ترى ان الله تبارك وتعالى أمر نافي النساء المهاجرات بامتحنهن بعد وجود ظاهرها الكلمة منهن بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ليظهر لنا ايمانهن بالدليل الغالب لقوله عز شأنه فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعهن الى الكفار كذا ههنا وهذا المعنى لا يتحقق في الاكراه على الكفر والثاني أن اعتبار الدليل المحتمل في باب الاسلام يرجع الى اعلاء الدين الحق وان اعتبار الغالب يرجع الى ضده واعلاء الدين الحق واجب قال النبي عليه الصلاة والسلام الاسلام يعلم ولا يعلم فوجب اعتبار المحتمل دون الغالب اعلاء الدين الحق وذلك في الحكم بايمان المكره على الايمان والحكم بعدم كفر المكره والله سبحانه وتعالى أعلم ولوا كرهه على الاسلام فأسلم ثم رجع يحجر على الاسلام ولا يقتل بل يحبس ولكن لا يقتل والقياس أن يقتل لوجود الردة منه وهي الرجوع عن الاسلام (وجه) الاستحسان انا انما قبلنا كلمة الاسلام منه ظاهراً أطعم الحقيقة ليخالط المسلمين فيرى محاسن الاسلام فينتجع التصديق في قلبه على ما مر فاذا رجع تبين أنه لا مطمع لحقيقة الاسلام فيه وانه على اعتقاده الاول فلم يكن هذا رجوعاً عن الاسلام بل اظهار لما كان في قلبه من التكذيب فلا يقتل وكذلك الكافر اذا أسلم وله اولاد صغار حتى حكم باسلامهم تبعاً لا بهم فبلغوا كفاراً يحجرون على الاسلام ولا يقتلون لانه لم يوجد منهم الاسلام حقيقة فلم يتحقق الرجوع عنه والله سبحانه وتعالى أعلم ولوا كرهه على أن يقرأ أنه أسلم أمس فاقراً لا يحكم باسلامه لان الاكراه يمنع صحة الاقرار لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى واذا لم يحكم بكفره باجراء الكلمة لا تثبت أحكام الكفر حتى لا تبين منه امراته والقياس أن تثبت البيئونة لوجود سبب القرعة وهو الكلمة أو هي من أسباب القرعة بمنزلة كلمة الطلاق ثم حكم تلك لا يختلف بالطوع والكراه فكذا حكم هذه (وجه) الاستحسان ان سبب القرعة ااردة دون نفس الكلمة وانما الكلمة دلالة عليها حالة الطوع ولم يبق دليلاً حالة الاكراه فلم تثبت الردة فلا تثبت البيئونة ولو قال المكره خطر بيالى في قولي كفرت بالله ان أخبر عن الماضي كاذباً ولم أكن فعلت لا يصدق في الحكم ويحكم بكفره لانه دعى الى انشاء الكفر وقد أخبر أنه أتى بالاخبار وهو غير مكره على الاخبار بل هو طائع فيه ولو قال طائفاً كفرت بالله ثم قال عنت به الاخبار عن الماضي كاذباً ولم أكن فعلت لا يصدق في القضاء كذا هذا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله كلامه وان كان خلاف الظاهر ولو أكرهه على الاخبار فيما مضى ثم قال ما أردت به الخبر عن الماضي فهو كافر في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه لم يحجبه الى ما دعاه اليه بل أخبرانه انشاء الكفر طوعاً ولو قال لم

يخطر بباله شيء آخر لا يحكم بكفره لأنه إذا لم يرد شيئا يحمل على الإجابة إلى ظاهر الكلمة مع اطمئنان القلب بالإيمان فلا يحكم بكفره وكذلك لو أكره على الصلاة للصليب فقام يصلي فخطر بباله أن يصلي لله تعالى وهو مستقبل القبلة أو غير مستقبل القبلة فينبغي أن ينوى بالصلاة أن تكون لله عز وجل فإذا قال نويت به ذلك لم يصدق في القضاء ويحكم بكفره لأنه أتى بغير ما دعى إليه فكان طائعا والطائع إذا فعل ذلك وقال نويت به ذلك لا يصدق في القضاء كذا هذا أو يصدق فيما بينه وبين الله عز شأنه لأنه نوى ما يحتمله فعله ولو صلى للصليب ولم يصل لله سبحانه وتعالى وقد خطر بباله ذلك فهو كافر بالله في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لأنه صلى للصليب طائعا مع إمكان الصلاة لله تعالى وإن كان مستقبل الصليب فإن لم يخطر بباله شيء وصلى للصليب ظاهرا وقلبه مطمئن بالإيمان لا يحكم بكفره ويحمل على الإجابة إلى ظاهر ما دعى إليه مع سكون قلبه بالإيمان وكذلك لو أكره على سب النبي عليه الصلاة والسلام فخطر بباله رجل آخر اسمه محمد فسبه وأقر بذلك لا يصدق في الحكم ويحكم بكفره لأنه إذا خطر بباله رجل آخر فهذا طائع في سب النبي محمد عليه الصلاة والسلام ثم قال عنيت به غيره فلا يصدق في الحكم ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمله كلامه ولو لم يقصد بالسب رجلا آخر فسب النبي عليه الصلاة والسلام فهو كافر في القضاء وفيما بينه وبين الله جل شأنه ولو لم يخطر بباله شيء لا يحكم بكفره ويحمل على جهة الإكراه على ما أمر والله سبحانه وتعالى أعلم هذا إذا كان الإكراه على الكفر تاما فإذا كان ناقصا يحكم بكفره لأنه ليس بمكره في الحقيقة لأنه ما فعله للضرورة بل لدفع النعم عن نفسه ولو قال كان قلبي مطمئنا بالإيمان لا يصدق في الحكم لأنه خلاف الظاهر كالطائع إذا جرى الكلمة ثم قال كان قلبي مطمئنا بالإيمان ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى (وأما) المكره على اتلاف مال الغير إذا أتلفه يجب الضمان على المكره دون المكره إذا كان الإكراه تاما لأن التلطف هو المكره من حيث المعنى وأما المكره بمنزلة الآلة على معنى أنه مسلوب الاختيار إثارا وارتضاء وهذا النوع من الفعل مما يمكن تحصيله بآلة غيره بأن يأخذ المكره فيضربه على المال فممكن جعله آلة المكره فكان التلطف حاصلًا بالإكراه فكان الضمان عليه وإن كان الإكراه ناقصا فالضمان على المكره لأن الإكراه الناقص لا يجعل المكره آلة المكره لأنه لا يسلب الاختيار أصلا فكان الاتلاف من المكره فكان الضمان عليه وكذلك لو أكره على أن يأكل مال غيره فالضمان عليه لأن هذا النوع من الفعل وهو الأكل مما لا يعمل عليه الإكراه لأنه لا يتصور تحصيله بآلة غيره فكان طائعا فيه فكان الضمان عليه ولو أكره على أن يأكل طعام نفسه فأكل أو على أن يلبس ثوب نفسه فلبس حتى تحرق لا يجب الضمان على المكره لأن الإكراه على أكل مال غيره مالم يوجب الضمان على المكره فعلى مال نفسه أولى مع ما أن أكل مال نفسه ولبس ثوب نفسه ليس من باب الاتلاف بل هو صرف مال نفسه إلى مصلحته بقائه ومن صرف مال نفسه إلى مصلحته لا ضمان له على أحد ولو أذن صاحب المال المكره باتلاف ماله من غير إكراه فالتلف لا ضمان على أحد لأن الأذن بالاتلاف يعمل في الأموال لأن الأموال مما تباح بالباحة واتلاف مال مأذون فيه لا يوجب الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الثالث فأما المكره على القتل فإن كان الإكراه تاما فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ولكن يعزر ويحب على المكره وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجب القصاص عليهما ولكن تجب الدية على المكره وعند زفر رحمه الله يجب القصاص على المكره دون المكره وعند الشافعي رحمه الله يجب عليهما (وجه) قول الشافعي رحمه الله أن القتل اسم لفعل يفضى إلى زهوق الحياة عادة وقد وجد في كل واحد منهما إلا أنه حصل من المكره مباشرة ومن المكره تسييا فيجب القصاص عليهما جميعا (وجه) قول زفر رحمه الله أن القتل وجد من المكره حقيقة حسا ومشاهدة وإنكار المحسوس مكابرة فوجب اعتباره منه دون المكره إذا أصل اعتبار الحقيقة لا يجوز العدول عنها بالإدليل (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله أن المكره ليس بقاتل حقيقة بل هو مسبب للقتل وأما القاتل هو المكره حقيقة ثم لم يوجب القصاص عليه فلان لا يجب على المكره أولى

(وجه) قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عفوت عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وعفوا شئ عفو عن موجه فكان موجب المستكره عليه معفو بظاهر الحديث ولان القاتل هو المكره من حيث المعنى وانما الموجود من المكره صورة القتل فاشبه الآلة اذا قتل مما يمكن اكتسابه بالآلة الغير كاتلاف المال ثم المتلف هو المكره حتى كان الضمان عليه فكذا القاتل ألا ترى انه اذا أكره على قطع يد نفسه له أن يقتص من المكره ولو كان هو القاطع حقيقة لما اقتص ولان معنى الحياة أمر لا بد منه في باب القصاص قال الله تعالى ولكم من القصاص حياة ومعنى الحياة شرعا واستيفاء لا يحصل بشرع القصاص في حق المكره واستيفائه منه على ما مر في مسائل الخلاف لذلك وجب على المكره دون المكره وان كان الاكراه ناقصا وجب القصاص على المكره بلا خلاف لان الاكراه الناقص يسلب الاختيار أصلا فلا يمنع وجوب القصاص وكذلك لو كان المكره صبيبا أو معتوها يعقل ما أمر به بالقصاص على المكره عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما ذكرنا ولو كان الصبي المكره يعقل وهو مطاع أو بالغ مختلط العقل وهو مسلط لا قصاص عليه وعلى عاقلة الدية لان عمد الصبي خطأ ولو قال المكره على قتله للمكره اقتلني من غير اكراه فقتله لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة لانه لو قتله من غير اذن لا يجب عليه فهذا أولى وعند زفر يجب عليه القصاص وكذلك الاقصاص على المكره عندنا وفي وجوب الدية وإيتان وموضع المسئلة كتاب الديات ومن الاحكام التي تتعلق بالاكره على القتل أن المكره على قتل مورثه لا يحرم الميراث عند أصحابنا الثلاثة لما ذكرنا أن الموجود من المكره صورة القتل لا حقيقة بل هو في معنى الآلة فكان القتل مضيا فالى المكره ولانه قتل لا يتعلق به وجوب القصاص ولا وجوب الكفارة فلا يوجب حرمان الميراث وعلى قياس قول زفر والشافعي رحمهما الله يحرم الميراث لانه يتعلق به وجوب القصاص (وأما) المكره في حرمان الميراث عند أبي حنيفة ومحمد والشافعي رضي الله عنهم لوجوب القصاص عليه وعند أبي يوسف وزفر رحمهما الله لا يحرم لانعدام وجوب القصاص عليه والكفارة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المكره بالغافان كان صبيبا وهو وارث المقتول لا يحرم الميراث لان من شرط كون القتل جازما أن يكون حراما وفعل الصبي لا يوصف بالحرمة ولهذا اذا قتله بيد نفسه لا يحرم فاذا قتله بيد غيره أولى وكذلك المكره على قطع يد انسان اذا قطع فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في القتل غير أن صاحب اليد اذا كان اذن للمكره بقطع يده من غير اكراه فقتله لا ضمان على أحد وفي باب القتل اذا أذن لمكره على قتله المكره بالقتل فقتل فهو اختلاف الرواية في وجوب الدية على المكره والله سبحانه وتعالى أعلم والفرق ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في بعض الاحوال والاذن باتلاف المال المحض مبيح فالاذن باتلاف ماله حكم المال في الجسلة يورث شبهة الاباحة فيمنع وجوب الضمان بخلاف النفس يدل على التفرقة بينهما انه اذا قال له لتقطع يدك والا لاقتلنك كان في سعة من ذلك ولا يسمعه ذلك في النفس والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المكره على الزنا فقد كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا اذا أكره الرجل على الزنا يجب عليه الحد وهو القياس لان الزنا من الرجل لا يتحقق الا بانتشار الآلة والاكره لا يؤثر فيه فكان طائعا في الزنا فكان عليه الحد ثم رجع وقال اذا كان الاكره من السلطان لا يجب بناء على ان الاكره لا يتحقق الا من السلطان عنده وعندهما يتحقق من السلطان وغيره فاذا جاء من غير السلطان ما يجي من السلطان لا يجب والفرق لأبي حنيفة ما ذكرنا من قبل ان المكره يلحقه القوثة اذا كان الاكره من غير السلطان ولا يجذون اذا كان الاكره منه (وأما) قوله ان الزنا لا يتحقق الا بانتشار الآلة فنعم لكن ليس كل من تنشر آله يفعل فكان فعله بناء على اكراهه فيعمل فيه لضرورة مدفوعا اليه خوفا من القتل فيمنع وجوب الحد ولكن يجب العقر على المكره لان الزنا في دار الاسلام لا يخلو عن احدي الغرامتين وانما وجب العقر على المكره دون المكره لان الزنا مما لا يتصور تحصيله بالآلة غيره والاصل ان كل ما لا يتصور تحصيله بالآلة الغير فضا نه على المكره وما يتصور تحصيله

بالآلة الغير فضمانه على المكره كذلك المرأة اذا أكرهت على الزنا لاحتد عليها لانها بالاكراه صارت محمولة على التمكين خوفاً من مضرة السيف فيمنع وجوب الحد عليها كما في جانب الرجل بل أولى لان الموجود منها ليس الا التمكين ثم الاكراه لما أثر في جانب الرجل فلان يؤثر في جانبها أولى هذا اذا كان اكراه الرجل تاماً فاما اذا كان ناقصاً بحبس أو قيد أو ضرب لا يخاف منه التلف يجب عليه الحد لما مر ان الاكراه الناقص لا يجعل المكره مدفوعاً الى فعل ما أكرهه فبقى مختاراً مطلقاً فيؤخذ بحكم فعله (وأما) في حق المرأة فلا فرق بين الاكراه التام والناقص ويدراً الحد عنها في نوعي الاكراه لانه لم يوجد منها فعل الزنا بل الموجود هو التمكين وقد خرج من أن يكون دليل الرضا بالاكراه فيدرأ عنها الحد هذا الذي ذكرنا اذا كان المكره عليه معيناً فاما اذا كان غيراً فيه بأن أكرهه على أحد فعلين من الانواع الثلاثة غير معين فنقول وبالله التوفيق أما الحكم الذي يرجع الى الآخرة وهو ما ذكرنا من الاباحة والرخصة والحرمة المطلقة فلا يختلف التخيير بين المباح والمرخص انه يبطل حكم الرخصة أعني به ان كل ما يباح حالة التعيين يباح حالة التخيير وكلما لا يباح ولا يرخص حالة التعيين لا يباح ولا يرخص حالة التخيير وكل ما يرخص حالة التعيين يرخص حالة التخيراً لا اذا كان التخيير بين المباح وبين المرخص وبيان هذه الجملة اذا أكرهه على أكل ميتة أو قتل مسلم يباح له الاكل ولا يرخص له القتل وكذا اذا أكرهه على أكل ميتة أو أكل ما لا يباح ولا يرخص حالة التعيين من قطع اليد وشم المسلم والزنا يباح له الاكل ولا يباح له شيء ممن ذلك ولا يرخص كما في حالة التعيين ولو امتنع من الاكل حتى قتل يأتى كما في حالة التعيين ولو أكرهه على القتل والزنا لا يرخص له ان يفعل أحدهما ولو امتنع عنهما لا يأتى اذا قتل بل يثاب كما في حالة التعيين ولو أكرهه على القتل أو الاتلاف لمال انسان رخص له الاتلاف ولو لم يفعل أحدهما حتى قتل لا يأتى بل يثاب كما في حالة التعيين وكذا اذا أكرهه على قتل انسان وإتلاف مال نفسه يرخص له الاتلاف دون القتل كما في حالة التعيين ولو امتنع عنهما حتى قتل لا يأتى وكذا لو أكرهه على القتل أو الكفر يرخص له ان يجري كلمة الكفر اذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان ولا يرخص له القتل ولو امتنع حتى قتل فهو مأجور كما في حالة التعيين فاما اذا أكرهه على أكل ميتة أو الكفر لم يذكروا هذا الفصل في الكتاب وينبغي ان لا يرخص له كلمة الكفر أصلاً كما لا يرخص له القتل لان الرخصة في اجراء الكلمة لمكان الضرورة ويمكنه دفع الضرورة بالمباح المطلق وهو الاكل فكان اجراء الكلمة حاصلاً باختياره مطلقاً فلا يرخص له والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الحكم الذي يرجع الى الدنيا فقد يختلف بالتخيير حتى انه لو أكرهه على أكل الميتة أو قتل المسلم فلم يأكل وقتل يجب القصاص على المكره لانه أمكنه دفع الضرورة بتناول المباح فكان القتل حاصلاً باختياره من غير ضرورة فيؤخذ بالقصاص ولو أكرهه على القتل أو الكفر فلم يأت بالكلمة وقتل فالقياس ان يجب القصاص على المكره لانه مختار في القتل حيث آثر الحرام المطلق على المرخص فيه وفي الاستحسان انه لا قصاص عليه ولكن تجب الدية في ماله ان لم يكن عالماً ان لفظ الكفر مرخص له منهم من استدلل بهذه اللفظة على انه لو كان عالماً ومع ذلك تركه وقتل يجب القصاص على المكره لانه أخرجهما خارج الشرط ومنهم من قال لا يجب علم أو لم يعلم وجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب ان أمر هذا الرجل محمول على انه ظن ان اجراء كلمة الكفر على اللسان أعظم حرمة من القتل فاورث شبهة الرخصة في القتل والقصاص لا يجب مع الشبهات حتى لو كان عالماً يجب القصاص عند بعضهم لانعدام الظن المورث للشبهة وعند بعضهم لا يجب لانه وان علم بالرخصة فقد استعظم حرف الكفر بالامتناع عنه فعمل استعظامه شبهة دائمة للقصاص والله سبحانه وتعالى أعلم وانما وجبت الدية في ماله لا على العاقلة لانه عمد (وقال) عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمداً ولا يرجع على المكره لان القتل حصل باختياره فلا يملك الرجوع عليه ولو أكرهه على القتل أو الزنا فزنا القياس ان يجب عليه الحد وفي الاستحسان يدرأ عنه لما مر ولو قتل لا يجب القصاص على المكره ولكنه يؤدب بالحبس والتعزير ويقتص من المكره كما في حالة التعيين على ما مر والله سبحانه وتعالى أعلم هذا كله اذا كان الاكراه على الافعال

الحسية فاما اذا كان على التصرفات الشرعية فنقول وبالله التوفيق التصرفات الشرعية في الاصل نوعان انشاء واقرار
والا نشاء نوعان نوع لا يحتمل الفسخ ونوع يحتمله أما الذي لا يحتمل الفسخ فالطلاق والعتاق والرجعة والنكاح
واليمين والتذر والظهار والا يلاء والنفي وفي الايلاء والتبدير والعفو عن القصاص وهذه التصرفات جائزة مع الاكراه
عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا تحوز واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عفوت عن امتي الخطأ
والنسيان وما استكرهوا عليه فلزم ان يكون حكم كل ما استكره عليه عفواً ولان القصد الى ما وضع له التصرف شرط
جوازه ولهذا لا يصح تصرف الصبي والمجنون وهذا الشرط يفوت بالاكراه لان المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له
وانما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه (ولنا) ان عمومات النصوص واطلاقها يقتضي شرعية هذه التصرفات
من غير تخصيص وتقييد (أما) الطلاق فلنقول له سبحانه وتعالى فطلقوهن لعدتهن وقوله عليه الصلاة والسلام كل
طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه ولان الفاتت بالاكراه ليس الا الرضا طبعاً وانه ليس بشرط لوقوع الطلاق فان
طلاق الهازل واقع وليس براض به طبعاً وكذلك الرجل قد يطلق امرأته الفاتقة حسناً وجمالاً الرائقة تغنيجاً ودلالاً
خلل في دينها وان كان لا يرضى به طبعاً ويقع الطلاق عليها وأما الحديث فقد قيل ان المراد منه الاكراه على الكفر لان
القوم كانوا حديثي العهد بالاسلام وكان الاكراه على الكفر ظاهراً يومئذ وكان يجري على ألسنتهم كلمات الكفر
خطأً وسهواً فعفا الله جل جلاله عن ذلك عن هذه الامة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ما انا نقول
بموجب الحديث ان كل مستكره عليه معفو عن هذه الامة لكتالا نسلم ان الطلاق والعتاق وكل تصرف قولي مستكره
عليه وهذا لان الاكراه لا يعمل على الاقوال كما يعمل على الاعتقادات لان أحد ألا يقدر على استعمال لسان غيره
بالكلام على تغيير ما يعتقده قلبه جبراً فكان كل متكلم مختاراً فيما يتكلم به فلا يكون مستكره عليه حقيقة فلا يتناوله
الحديث وقوله القصد الى ما وضع له التصرف بشرط اعتبار التصرف قلنا هذا باطل بطلاق الهازل ثم ان كان شرطاً
فهو موجود ههنا لانه قاصد دفع الهلاك عن نفسه ولا يندفع عنه الا بالقصد الى ما وضع له فكان قاصداً اليه ضرورة ثم
لا يخلو اما ان أكره على تنجز الطلاق أو على تعليقه بشرط أو على تحصيل الشرط الذي علق به وقوع الطلاق وحكم
الجواز لا يختلف في نوعي التنجز والتعليق وحكم الضمان يتفق مرة ويختلف أخرى وسند كرتصيل هذه الجملة في
فصل الاكراه على الاعتاق وانما ندكر هنا حكم جواز التطبيق المنجز فنقول اذا جاز طلاق المكره فان كان قبل
الدخول بها يجب عليه نصف المهر وض ان كان المهر مفروضاً والمتعة اذا لم يكن مفروضاً لان هذا حكم الطلاق قبل
الدخول ويرجع به على المكره لانه هو الذي دفعه الى مباشرة سببه وهو الطلاق فكان قرار الضمان عليه واذا كان
بعد الدخول بها يجب عليه كمال المهر ولا سبيل له على المكره لان المهر يتأكد باستيفاء منفعة البضع على وجه لا يحتمل
السقوط وهو الذي استوفى المبدل باختياره فعليه تسليم البدل والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا كان الاكراه
ناقصاً لا سبيل على المكره لانه لا يخل باختيار المكره أصلاً على ما مر هذا اذا كان الاكراه على الطلاق فاما اذا كان
الاكراه على التوكيل بالطلاق ففعله التوكيل فحكمه يذكرفي فصل الاكراه على الاعتاق ان شاء الله تعالى وأما العتاق فلما
روى ان رجلاً جاء الى النبي عليه الصلاة والسلام وقال علمني عملاً يدخلني الجنة فقال اعتق النسمة وفك الرقبة فقال
أوليسوا واحداً فقال عليه الصلاة والسلام لا اعتق النسمة ان تفرد بعنتها وفك الرقبة ان تعين في عنتها وغيره من
الحديث التي فيها التدب الى الاعتاق من غير فصل بين المكره والطائع ولان الاعتاق تصرف قولي فلا يؤثر فيه
الاكراه كالطلاق ثم لا يخلو اما ان كان على تنجز العتق أو على تعليقه بشرط أو على شرط العتق المعلق به أما اذا كان
الاكراه على تنجز العتق فاعتق يضمن المكره قيمة العبد موسراً كان أو معسراً ولا يرجع المكره على العبد بالضمان ولا
سعاية على العبد وأولاه علمولاه أما وجوب الضمان على المكره فلان العبد آدمى هو مال والاعتاق اتلاف المالية
والاموال مضمونة على المكره بالاتلاف فكان الضمان على المكره كما في سائر الاموال ويستوى فيه يساره واعساره

لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليساو والاعسار ولا يرجع على العبد بالضمان لان سبب وجوب الضمان منه باختياره
 فلا معنى للرجوع الى غيره والولاء للمكره لان الاعتاق من حيث هو كلام مضاف الى المكره لاستحالة ورود
 الاكراه على الاقوال فكان الولاء له ولا سعاية على العبد لان العبد انما يستسعى اما للتخريج الى العتق تكميلا له واما
 لتعليق حق الغير به وقد عتق كله فلا حاجة الى التكيل وكذا لا حق لاحد يتعلق به فلا سعاية عليه ولو أكره على شراء
 ذى رحم محرم منه عتق عليه لان شراء القريب اعتاق بالنص والا كراه لا يمنع جواز الاعتاق لكن لا يرجع المكره
 ههنا بقيمة العبد على المكره لانه حصل له عوض وهو صلة الرحم ولو كان العبد مشتركا بين اثنين فأكره أحدهما على
 اعتاقه فاعتقه جاز عتقه لما ذكرنا ان الاكراه لا يمنع حواز الاعتاق لكن يعتق نصفه عند أبي حنيفة رضي الله عنه
 وعندهما يعتق كله بناء على ان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ أولا يضمن الشريك المكره للشريك
 الاخر نصيبه ولكن يضمن المكره نصيب المكره لان الاعتاق من حيث هو اتلاف المال مضاف الى المكره فكان
 المتلف من حيث المعنى هو المكره فكان الضمان عليه سواء كان موسرا أو معسرا وهذا بخلاف حالة الاختيار اذا اعتقه
 أحد الشريكين انه لا يضمن لشريكه الساكت اذا كان المعتق معسرا وهما يضمن موسرا كان أو معسرا لان الضمان
 الواجب على المكره ضمان اتلاف على مامر والاصل ان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار فالواجب على
 أحد الشريكين حالة الاختيار ليس بضمان اتلاف لانعدام الاتلاف منه في نصيب شريكه أما على أصل أبي حنيفة
 رضي الله عنه فظاهر لانه لا يعتق نصيب شريكه وأما على أصلهما فان عتق لكن لا باعتاقه لان اعتاقه تصرف في ملك
 نفسه الا انه عتق نصيب شريكه عند تصرفه لا بتصرفه فلا يكون مضافا اليه كن حفر براق دار نفسه فوقع فيها غيره أو
 سقى أرض نفسه ففسدت أرض غيره حتى لا يجب عليه الضمان الا ان وجوب الضمان على أحد الشريكين حالة
 الاختيار عرف شرعا والشرع ورد به على الموسر فيقتصر على مورد الشرع وشريك المكره بالخيار ان شاء عتق
 نصيبه وان شاء دبره وان شاء كاتبه وان شاء استساعه معسرا كان المكره أو موسرا وان شاء ضمن المكره
 ان كان موسرا فان اختار تضمين المكره فالولاء بين المكره والمكره لانه انتقل نصيبه اليه باختيار طريق الضمان
 وان اختار الاعتاق أو السعاية فالولاء بينه وبين شريكه وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما ان كان
 المكره موسرا فلشريك المكره ان يضمنه لا غير وان كان معسرا فله ان يستسعى العبد لا غير كما في حالة الاختيار
 وموضع المسئلة في كتاب العتاق وانما ذكرنا بعض ما يختص بالاكراه والله تعالى الموفق (وأما) التدبير فلان
 التدبير تحرير قال النبي عليه الصلاة والسلام المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث الا انه للحال تحرير من
 وجهه والا كراه لا يمنع نقاذ التحرير من كل وجه فلا يمنع نقاذ التحرير من وجهه بالطريق الاولى ويرجع المكره
 على المكره للحال بما نقصه التدبير وبعد موته يرجع ورثته على المكره بقيمة قيمته لان التدبير للحال اثبات الحرية من
 وجهه وانما تثبت الحرية من كل وجه في آخر جزء من أجزاء حياته فكان الاكراه على التدبير اتلا فمال المكره
 للحال من وجهه فيضمن بقدره من النقصان ثم يتكامل الاتلاف في آخر جزء من أجزاء حياته فيتكامل الضمان
 عند ذلك وذلك بقيمة قيمته فاذا مات المكره صار ذلك ميراثا لورثته فكان لهم ان يرجعوا به على المكره والله تعالى
 الموفق هذا اذا أكره على تنجيز العتق فاما اذا أكره على تعليق العتق بشرط أما حكم الجواز فلا يختلف في النوعين
 لما ذكرنا وأما حكم الضمان فقد يختلف بيان ذلك اذا أكره على تعليق العتق بفعل نفسه فانه ينظر فان كان فعلا لا بد
 منه بان كان مفر وضاع عليه أو يخاف من تركه الهلاك على نفسه كالاكل والشرب ففعله حتى عتق يرجع الضمان
 على المكره لان الاكراه على تعليق العتق بفعل لا بد منه اكره على ذلك الفعل فكان مضافا الى المكره وان كان
 فعلا له منه بد كمتقاضى دين الغريم أو تناول شيء له منه بد ففعل حتى عتق لا يرجع بالضمان على المكره لانه اذا كان
 له منه بد لا يكون مضطرا الى تحصيله اذا لا يلحقه بتركه كثير ضرر فاشبه الاكراه الناقص فلا يكون الاكراه على تعليق

العتق به اكرها عليه فلا يكون تلف المال مضافا الى المكره فلا يرجع عليه بالضمان ولو اكره على ان يقول كل مملوك املكه فيما استقبله فهو حر فقال ذلك ثم ملك مملوكا حتى عتق عليه فان ملك بشراء او هبة أو صدقة أو وصية لا ضمان على المكره لانه انما ملكه باختياره فيقطع اضافته اكرهه الا تلاف الى المكره وان ملك بارت فكذلك في القياس وفي الاستحسان يضمن لانه لا صنع للمكره في الارث فبقى الا تلاف مضافا الى المكره ولو اكره على ان يقول لعبد ان شئت فانت حر فقال شئت حتى عتق ضمن المكره لان مشيئة المكره العتق توجد غالبا فأشبه التعليق بفعل لا بد منه فكان الاكره على الاعتراف اكرها عليه هذا اذا اكره على تعليق العتق بالشرط فاما اذا اكره على تحصيل الشرط الذي علق به العتق عن طوع بأن قال رجل لعبد ان ملكتك فانت حر فاكراه على الشراء فاشتراه حتى عتق لا يرجع على المكره بشئ لان العتق لم يثبت بالشرط وهو الشراء وانما ثبت بالكلام السابق وهو طاع فيه وكذا اذا قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر فاكراه على الدخول حتى عتق لا ضمان على المكره لما ذكرنا ثم انما يضمن المكره في جميع ما وصفنا اذا كان الاكره تاما فاما اذا كان ناقصا فلا ضمان لما مر ان الاكره الناقص لا يقطع الاضافة عن المكره بوجه فلا يوجب الضمان على المكره والله تعالى أعلم هذا الذي ذكرنا اذا اكره على الاعتراف المطلق عينا فاما اذا اكره على أحدهما غير عين بان اكره على ان يعتق عبده أو يطلق امرأته فان لم تكن المرأة مدخولا بها ففعل المكره أحدهما غرم المكره الأقل من قيمة العبد ومن نصف مهر المرأة أما اذا فعل أقلهما ضمنا فظاهر لانه ما ألتف عليه الا هذا القدر وكذلك اذا فعل أكثرهما ضمنا لانه أمكنه دفع الضرورة باقل الفعلين ضمنا فاذا فعل أكثرهما ضمنا كان مختاراً في الزيادة لا نعدام الاضطرار في هذا القدر فلا يكون تلف هذا القدر مضافا الى المكره وان كانت المرأة مدخولا بها ففعل المكره أحدهما لا شئ على المكره أما اذا طلق فظاهر لان الطلاق بعد الدخول لا يوجب الضمان على المكره لما ذكرنا من قبل وكذلك اذا أعتق لانه أمكنه دفع الضرورة بما لا يتعلق فيه ضمان أصلا وهو الطلاق فكان مختاراً في الاعتراف فلا يكون الا تلاف مضافا الى المكره فلا يضمن وكذلك اذا كانت المرأة غير مدخول بها ولكن الاكره ناقص ففعل المكره أحدهما لا ضمان على المكره لما مر ان الاكره الناقص لا يقطع اضافة الفعل الى المكره لان الضرورة لا تتحقق به فكان مختاراً مطلقا فيه فلا يؤخذ به المكره هذا اذا اكره على الاعتراف فاما اذا اكره على التوكيل بالا عتاق فوكل غيره به ففعل الوكيل فالقياس ان لا يصح التوكيل ولا يجوز اعتناق الوكيل لان التوكيل تصرف يحتمل الفسخ فاشبه البيع ولهذا يبطله الهزل كالبيع فلا يصح مع الاكره كالا يصح البيع وفي الاستحسان يجوز لان الاكره لا يمنع صحة الاعتراف فلا يمنع صحة التوكيل بالا عتاق بخلاف البيع فان الاكره يمنع صحة البيع فيمنع صحة التوكيل به وأما قوله انه يحتمل الفسخ والهزل فنعم لكنه تصرف قولي فلا يعمل عليه الا كراه كالا يعمل على الاعتراف والطلاق والنكاح وغيرها بخلاف البيع فانه اسم للمبادلة حقيقة وحقيقة المبادلة بالتعاطي وانما لا يجاب والقبول دليل عليه حالة الطوع فيعمل عليه الا كراه على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى واذا نفذ اعتناق الوكيل يرجع المكره على المكره بقيمة العبد استحساناً والقياس ان لا يرجع لان الموجود من المكره الا كراه على التوكيل بالا عتاق لا على الاعتراف وانما الاعتراف حصل باختيار الوكيل ورضاه فلا يكون مضافا الى المكره كشهود التوكيل بالا عتاق اذا رجعوا لا يضمنون لانهم شهدوا بالوكالة بالا عتاق كذا ههنا وجه الاستحسان ان الاكره على التوكيل بالا عتاق اكره على الاعتراف لانه اذا وكل بالا عتاق ملك الوكيل اعتاقه عقيب التوكيل بلا فصل فيعتقه فيتلف ماله فكان الا تلاف مضافا الى المكره فيؤخذ بضمانه ولا ضمان على الوكيل لانه فعل بامر امرأته وان كان الاكره ناقصاً فلا ضمان على المكره لما مر من غير مرة وأما النكاح فلمعوم قوله تبارك وتعالى وانكحوا الايامي منكم وغيره من عمومات النكاح من غير تخصيص ولان النكاح تصرف قولي فلا يؤثر فيه الا كراه كالطلاق والعتاق ثم اذا جاز النكاح مع الاكره فلا يخلو اما ان اكره الزوج أو المرأة فان اكره الزوج

فلا يخلو ما ان يكون المسمى في النكاح مقدار مهر المثل واما ان يكون أقل من مهر المثل واما ان يكون أكثر منه فان كان المسمى قدر مهر المثل أو أقل منه يجب المسمى ولا يرجع به على المكره لانه ما أتلّف عليه ماله حيث عوضه بمثله لان منافع البضع جعلت أموالاً متقومة شرعاً عند دخولها في ملك الزوج لكونها سبباً لحصول الأدمى تعطيماً للأدمى وصيانة له عن الابتذال واذا لم يوجد الا تلاف فلا يجب عليه الضمان وان كان المسمى أكثر من مهر المثل يجب قدر مهر المثل وتبطل الزيادة لان تسمية الزيادة على قدر مهر المثل لم تصبح مع الاكراه فبطلت وجعل كأنه لم يقرض الا قدر مهر المثل وهذا لان الاكراه وقع على النكاح وعلى ايجاب المال الا ان الاكراه لا يؤثر في النكاح ويؤثر في ايجاب المال كما يؤثر في الاقرار بالمال فكان ينبغي ان لا تصبح تسمية المهر أصلاً الا انها حلت في قدر مهر المثل شرعاً لان الشرع لو أبطل هذا القدر لا يثبت ثانياً فلم يكن الا بطل مفيداً فلم يبطل لئلا يخرج الا بطل مخرج العيب ولا ضرورة في الزيادة فلا تصبح تسميتها هذا اذا أكره الزوج على النكاح فاما اذا أكرهت المرأة فان كان المسمى في النكاح قدر مهر المثل أو أكثر منه جاز النكاح ولزم وان كان المسمى أقل من مهر المثل بان أكرهت على النكاح بالف درهم ومهر مثلها عشرة آلاف فزوجها أولياً وها هم مكرهون جاز النكاح لانه لو ليس للمرأة على المكره من مهر مثلها شيء لان المكره ما أتلّف عليها مالا لان منافع البضع ليست بمتقومة بانفسها وانما تصير متقومة بالعقد والعقد قومها بالقدر المسمى فلم يوجد من المكره تلاف مال متقوم عليها فلا يجب عليه الضمان ولا يجب الضمان على الشهود أيضاً لانه لم يلزم على المكره فلا ن لا يجب على الشهود أولى ثم ينظر ان كان الزوج كفاً فقال للزوج ان شئت فكل لها مهر مثلها والافترق بينكما فان فصل لزم النكاح وان أبى تكميل مهر المثل يفرق بينهما ان لم ترض بالنقصان لان لها في كمال مهر مثلها حقاً لانها تعبر بنقصان مهر المثل فيلحقها ضرر العار واذا فرق بينهما قبل الدخول بهما لا شيء على الزوج لان الفرقه جاءت من قبلها قبل الدخول بها ولورضيت بالنقصان صريحاً أو دلالة بان دخل بها عن طوع منها فلها المسمى وبطل حقها في التفرق لكن بقي حق الاولياء فيه عند أبي حنيفة فلمهم ان يفوقوا وعندهما ليس للاولياء حق التفرق لنقصان المهر على ما عرف في كتاب النكاح ولو دخل بها على كره منها لزمه تكميل مهر المثل لان ذلك دلالة لاختيار التكميل وان لم يكن الزوج كفاً فللمرأة خيار التفرق لانعدام الكفاءة ونقصان مهر المثل أيضاً وكذا الاولياء عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لهم خيار عدم الكفاءة أما لا خيار لهم لنقصان مهر المثل فان سقط أحد الخيارين عنها يبقى لها حق التفرق بقاء الخيار الآخر وان سقط الخياران جميعاً فلا خيار لعدم الكفاءة بالاجماع وفي خيار نقصان المهر خلاف على ما عرف حتى ان الزوج اذا دخل بها قبل التفرق على كره منها حتى لزمه التكميل بطل خيار النقصان وبقي لها عدم الكفاءة ولورضيت بعدم الكفاءة أيضاً صريحاً ودلالة بان دخل بها الزوج على طوع منها سقط الخياران جميعاً وبطل حقها في التفرق أصلاً لكن للاولياء الخياران جميعاً وعندهما أحد هما دون الآخر ولو فرق بينهما قبل الدخول بهما لا شيء على الزوج لان الفرقه ما جاءت من قبله بل من قبل غيره فلا يلزمه شيء وأما الرجعة فلمعموم قوله تبارك وتعالى وبعولتهن أحق بردهن عاماً من غير تخصيص ولان الرجعة لا تخلو من ان تكون بالقول أو بالفعل وهو الوطء والممس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة والا كراهه لا يعمل على النوعين فلا يمنع جوازها والله سبحانه وتعالى أعلم وأما اليمين والنذر بأن أكره على ان يوجب على نفسه صدقة أو حجاجاً أو شيئاً من وجوه القرب والظهار والا يلاءم النبي في الايلاء فلمعمومات النصوص الواردة في هذه الابواب من غير تخصيص الطوائع قال الله تبارك وتعالى لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان وقال سبحانه وتعالى وليوفوا نذورهم وقال جل شأنه يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وأي باليهود ولان النذر يمين وكفارة كفارة اليمين على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال سبحانه وتعالى والذين يظاهرون من نسائهم وقال جلّت عظمتهم وكبر ياؤه للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاء فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم ولان هذه تصرفات قولية وقد مر ان الاكراه

بطريق الظهور واما طريق الاستناد على ما عرف في مسائل الخلاف فلا يظهر فيما قبله من العقود وهما بخلافه على ما مر واذ اقل البائع أجزت جاز البيع لان المانع من الجواز هو الاكراه والاجازة ازالة الاكراه وكذا اذا قبض الثمن لان قبض الثمن دليل الاجازة كالفصولى اذا باع مال غيره فقبض المالك الثمن ولو لم يعتقه المشتري الاول ولكن أعتقه المشتري قبل الاجازة فذا اعتاقه لان الملك ثابت له بالشراء وسواء كان قبض العبد أو لا لان شرائه صحيح فيفيد الملك بنفسه بخلاف اعتاق المشتري الاول قبل القبض لان البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه بل بواسطة القبض ولو أعتقه المشتري الاخير ثم أجاز البائع العقد الاول لم تجز اجازته حتى لا يملك المطالبة بالثمن بل تجب القيمة وهو بالخيار ان شاء مرجع بها على المكروه والمكروه يرجع على المشتري الاول وان شاء مرجع على أحد المشتريين أيهما كان أما الرجوع على المكروه فلماذا كرنا في اعتاق المشتري الاول انه أتلف عليه ملكه معنى فله أن يأخذ منه ضمان الاتلاف وللمكروه أن يرجع بذلك على المشتري الاول لانه ملك المضمون باداء الضمان فنزل منزلة البائع وكان للبائع أن يرجع عليه بالضمان فكذلكه ويصح كل عقد وجد بعد ذلك وان شاء المكروه يرجع على أحد المشتريين أيهما شاء لان كل واحد منهما في حق البائع بمنزلة غاصب الغاصب فان اختار تضمين المشتري الاول يرى المكروه وصحت البياعات كلها لانه ملك المشتري الاول باختيار تضمينه فتبين انه باع ملك نفسه فصح فيصح كل بيع وجد بعد ذلك وان اختار تضمين المشتري الآخر صح كل بيع وجد بعد ذلك وبطل كل بيع كان قبله لانه لما اختار تضمينه فقد خصه بملك المضمون فتبين ان كل بيع كان قبله كان بيع ما لا يملكه البائع فبطل والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المكروه هو البائع فأما اذا كان المكروه هو المشتري دون البائع فلكل واحد منهما حق الفسخ قبل القبض وبعد القبض وحق الفسخ للمشتري دون البائع لماذا كرنا في اكراه البائع والمشتري أن يجيز هذا العقد كما للبائع اذا كان مكرها ولو أكره على الشراء والقبض ودفع الثمن والمشتري عبد فاعتقه المشتري فذلك اجازة للبيع لان هذه التصرفات لا تختمل الفسخ بعد وجودها فكان الاقدام عليها التزاما للمالك كالمشتري بشرط الخيار اذا فعل شيئا من ذلك وكذلك لو كان المشتري أمة فوطئها أو قبلها بشهوة فهو اجازة للبيع لانه لو نقض البيع لتبين ان الوطء صادف ملك الغير وذلك حرام والظاهر من حال المسلم التحرز عن الحرام فكان اقدمه عليه التزاما للبيع دلالة ولو لم يقبضه المشتري حتى أعتقه البائع فذا اعتاقه لانه على ملكه قبل التسليم وان أعتقه المشتري فذا اعتاقه استحسانا والقياس أن لا ينفذ وجه القياس ظاهر لانه أعتق ما لا يملكه ولا عتق في الا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم (وجهه) الاستحسان أن المشتري يملك اجازة هذا البيع فاقداه على الاعتاق اجازة له تصحيحا لتصرفه وهذا لان تصرف العاقل تجب صيانتها عن الانعاما أمكن ولا صحة لتصرفه الا بالملك ولا يثبت الملك قبل القبض الا بالاجازة فيقتضى الاعتاق اجازة هذا العقد سابقا عليه أو مقارنا له تصحيحا له كما في قوله لغيره اعتق عبدك عنى ألف درهم ولهذا فذا اعتاق المشتري بشرط الخيار كذا هذا اذا أعتقه المشتري وحده ولو أعتقه جميعا معا قبل القبض فاعتاق البائع أولى لوجهين أحدهما ان ملك البائع ثابت مقصودا وملك المشتري يثبت ضمنا للاجازة الثابتة ضمنا للاعتاق فكان تنفيذ اعتاق البائع أولى والثاني أن ملك البائع ثابت في الحال وملك المشتري يثبت في الثاني فاعتبار الموجود للحال أولى هذا اذا كان المكروه هو البائع أو المشتري فاما اذا كانا جميعا مكرهين على البيع والشراء فلكل واحد منهما خيار الفسخ والاجازة لان البيع فاسد في حقهما والثابت بالبيع الفاسد ملك غير لازم فكان يحل الفسخ والاجازة فان أجازا جميعا جاز وان أجاز أحدهما دون الآخر جاز في جانبه وبقي الخيار في حق صاحبه ولو أعتقه المشتري قبل وجود الاجازة من أحدهما أصلا فذا اعتاقه ولم يمتد القيمة لان الاعتاق تصرف لا يحتمل النقض فكان اقدمه عليه التزاما للبيع في جانبه ولا تجوز اجازة البائع بعد ذلك لانه خرج من أن يكون محلا للاجازة بالاعتاق لماذا كرنا أن قيام المحل وقت الاجازة شرط صحة الاجازة وقد هلك بالاعتاق ولو لم يعتقه المشتري ولكن أجازا أحدهما البيع ثم اعتقه معا فذا اعتاق البائع وبطل

اعتاق المشتري لانه لا يخلو اما ان كانت الاجازة من المشتري أو من البائع فان كانت من المشتري فهذا اعتاق البائع لان اجازة المشتري لم تعمل في جانب البائع فبقى البائع على خياره فاذا أعتق نقذا اعتاقه و بطل اعتاق المشتري لانه أبطل خياره بالاجازة وان كانت الاجازة من البائع فتنفذ اعتاقه أولى أيضا لما ذكرنا من الوجهين في اكره المشتري ولو أجاز البائع البيع ثم أعتق المشتري ثم أعتق البائع بعده فهذا اعتاق المشتري ولزمه الثمن ولا ينفذ اعتاق البائع أما نقود اعتاق المشتري فليبقاء الخيار له وأما عدم نقود اعتاق البائع فلسقوط خياره بالاجازة (وأما) لزوم الثمن المشتري فللزوم البيع في الجانبين جميعا والله سبحانه وتعالى أعلم ويستوى أيضا في باب البيع والشراء الا اكره التام والناقص لان كل ذلك يفوت الرضا ويستوى في الاكره على البائع تسمية المشتري وترك التسمية حتى يفسد البيع في الحالين جميعا لان غرض المكره في الحالين جميعا واحد وهو ازالة ملك البائع وذلك يحصل بالبيع من أى انسان كان ولو أوعده بضرب سوط أو الحبس يوما أو القيد يوما فليس ذلك من الاكره في شئ لان ذلك لا يغير حال المكره عما كان عليه من قبل هذا اذا ورد الاكره على البيع والتسليم فأما اذا ورد على التوكيل بالبيع والتسليم فباع الوكيل وسلم وهو طائع والمبيع عبده فولى العبد بالخيار ان شاء ضمن المكره وان شاء ضمن الوكيل أو المشتري فان ضمن الوكيل رجع على المشتري وان ضمن المشتري لا يرجع على أحد أما ولاية تضمين المكره فلان الاكره على التوكيل بالبيع اكره على البيع لكن بواسطة التوكيل لان التوكيل بالبيع تسبب الى ازالة اليد وانه اتلاف معنى فكان التلف بهذه الوسطة مضاعفا الى المكره فكان له ولاية تضمين المكره وأما تضمين الوكيل فلانه قبض ماله بغير رضاه وكذلك المشتري وقبض مال الانسان بغير رضاه سبب لوجوب الضمان فكان له ولاية تضمين أهما شاء فان ضمن الوكيل رجع عن المشتري بقيمة العبد لانه لما أدى الضمان فقد نزل منزلة البائع فيملك تضمينه كالبائع ولكن لا ينفذ ذلك البيع بآداء الضمان لانه ما ملكه بآداء الضمان لانه لم يبيعه لنفسه بل لغيره وهو المالك فيقف نقاده على اجازة من وقع له العقد وهو المالك لا على فعل بوجد منه وهو أداء الضمان وهذا بخلاف ما اذا باع الغاصب المغصوب ثم أدى الضمان أنه ينفذ بيعه لان هناك باعه لنفسه لا لغيره وهو المالك لانه ملكه بآداء الضمان فجاز وقوفه على فعله وهو أداء الضمان وجاز وقوفه على فعل مالكة أيضا قبل أداء الضمان لان الغاصب انما يملك بآداء الضمان ومن الجائز أن لا يختار المالك الضمان فلا يملكه الغاصب لذلك وقف على اجازة المالك وان اختار تضمين المشتري لا يرجع المشتري على أحد لان القيمة بدل المبيع وقد سلم له المبدل ثم ان كان البائع قبض الثمن من المشتري يسترده منه وان كان لم يقبضه فلا شئ والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان كالا اكره تاما فان كان ناقصا لا يرجع المكره بالضمان على المكره لان الاكره الناقص لا يوجب نسبة الاتلاف اليه على ما بينا ولكنه يرجع الى الوكيل أو المشتري لما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الاكره على الهبة فيوجب فسادها كالا اكره على البيع حتى انه لو وهب مكرها وسلم مكرها ثبت الملك كافي البيع الا انها يفترقان من وجه وهو ان في باب البيع اذا باع مكرها وسلم طائعا يجوز البيع وفي باب الهبة مكرها لا يجوز سواء سلم مكرها أو طائعا وقد بينا الفرق بينهما فيما تقدم وكذلك تسليم الشفعة من هذا القبيل أنه لا يصح مع الاكره لان الشفعة في معنى البيع ألا ترى انه لا يتعلق بحته باللسان كالبيع حتى تبطل الشفعة بالسكوت فأشبه البيع ثم البيع يعمل عليه الاكره فكذلك تسليم الشفعة ومن هذا القبيل الاكره على البراء عن الحقوق لان البراء فيه معنى التملك ولهذا لا يحتتم التعليق بالشرط ولا يصح في المجهول كالبيع ثم البيع يعمل عليه الاكره فكذلك البراء عن الكفالة بالنفس ابراء عن حق المطالبة بتسليم النفس الذي هو وسيلة المال فكان ملحقا بالبيع الذي هو تملك المال فيعمل عليه الاكره كما يعمل على البيع والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان الاكره على الانشاء فأما اذا كان على الاقرار فيمنع صحة الاقرار سواء كان المقر به محتملا للفسخ أو لم يكن لان الاقرار اخبار وصحة الاخبار عن الماضي بوجود المخبر به سابقا على الاخبار والمخبر به هنا محتمل الوجود والعدم وانما يرجح جنبه الوجود على جنبه العدم

بالصدق وحال الا كراه لا يدل على الصدق لان الانسان لا يتخرج عن الكذب حالة الا كراه فلا يثبت الرجحان
ولان الاقرار من باب الشهادة قال الله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على
أنفسكم والشهادة على أنفسكم ليس الا الاقرار على أنفسكم والشهادة ترد بالتهمة وهو متهم حالة الا كراه ولو أكره على
الاقرار بالحدود والقصاص لما قلنا بل أولى لان الحدود والقصاص تسقط بالشبهات فاما المال فلا يسقط بالشبهة
فلما لم يصح هناك فلا نلأ يصح هنا أولى ولو أكره على الاقرار بذلك ثم خلى سبيله قبل أن يقر به ثم أخذه فأقر به من
غير تجديد الا كراه فهذا على وجهين اما ان توارى عن بصر المكره حين ما خلى سبيله واما ان لم يتوار عن بصره حتى بعث
من أخذه ورد اليه فان كان قد توارى عن بصره ثم أخذه فأقر اقرارا مستقبلا جازا قراره لانه لما خلى سبيله حتى توارى
عن بصره فقد زال الا كراه عنه فاذا أقر به من غيرا كراه جديد فقد أقر طائعا فصيح وان لم يتوار عن بصره بعد حتى رده
اليه فأقر به من غير تجديد الا كراه لم يصح اقراره لانه اذا لم يتوار عن بصره فهو على الا كراه الاول ولو أكره على الاقرار
بالقصاص فأقر به فقتله حين ما أقر به من غير بينة فان كان المقرعر وفابالذعارة يد راعنه القصاص استحسانا وان لم
يكن مقرر وفابا يجب القصاص والقياس ان لا يجب القصاص كيف ما كان وجه التماس ان الاقرار عنه الا كراه لم
يصح شرعا صار وجوده وعدمه بمنزلة واحدة فصار كما لو قتله ابتداء وجه الاستحسان ان الاقرار ان كان لا يصح مع
الا كراه لكن لهذا الاقرار شبهة الصحة اذا كان المقرعر وفابالذعارة لوجود دليل الصدق في الجملة وذا يورث شبهة
في وجوب القصاص فبدل للشبهة واذا لم يكن مقرر وفابالذعارة فقراره لا يورث شبهة في الوجوب فيجب ومثال هذا
اذا دخل رجل على رجل في منزلة تخاف صاحب المنزل انه ذاعر دخل عليه ليقتله و يأخذ ماله فبادره و قتله فان كان
الداخل مقرر وفابالذعارة لا يجب القصاص على صاحب المنزل وان لم يكن مقرر وفابالذعارة يجب القصاص عليه كذا
هذا واذا لم يجب القصاص يجب الارش لان سقوط القصاص للشبهة وانها لا تمنع وجوب المال وروى الحسن عن
أبي حنيفة رضي الله عنهما انه لا يجب الارش أيضا اذا كان مقرر وفابالذعارة

فصل وأما بيان حكم ما عدل المكره الى غير ما وقع عليه الا كراه أو زاد على ما وقع عليه الا كراه أو نقص
عنه فنقول والله التوفيق العدول عما وقع عليه الا كراه الى غيره لا يخلو من وجهين اما ان يكون بالعقد في الاعتقادات
أو بالفعل في المعاملات أما حكم العدول عما وقع عليه الا كراه بالعقد في الاعتقادات فقد ذكرنا هاهنا تقدم (وأما)
العدول الى غير ما وقع عليه الا كراه بالفعل في المعاملات فنقول اذا عدل المكره الى غير ما وقع عليه الا كراه بالفعل جاز
ما فعل لانه طائع فيما عدل اليه حتى لو أكره على بيع جاريته فهو بها جاز لانه عدل عما أكره عليه لتغاير البيع والهبة
وكذلك لو طوّل بمال وذلك المال أصله باطل وأكره على اداءه ولم يذكر له بيع الجارية فباع جاريته ببيع جاز لانه
في بيع الجارية طائع ولو أكره على الاقرار بألف درهم فأقر بمائة دينار أو صنف آخر غير ما أكره عليه جاز لانه طائع
فيما أقر به وهذا بخلاف ما اذا أكره على أن يبيع عبده من فلان بألف درهم فباعه منه بمائة دينار ان البيع فاسد
استحسانا جائز قياسا فقد اعتبر الدرهم والدنانير جنسين مختلفين في الاقرار قياسا واستحسانا واعتبر هاجنسا
واحدا في الإنشاء استحسانا لانهما جنسان مختلفان حقيقة الا انهما جعل جنسا في موضع الإنشاء بل مخالفة الحقيقة
لمعنى هو منعدم في الاقرار وهو ان القائل بالا كراه هو الرضا طبعيا والا كراه على البيع بألف درهم كما بعدم الرضا بالبيع
بألف درهم بعدم الرضا بالبيع بمائة دينار قيمته الف لانهما المقصود منها وهو التمنية فكان انعدام الرضا بالبيع
باحدهما دليل على انعدام الرضا بالبيع بالآخر فكان الا كراه على البيع باحدهما اكرها على البيع بالآخر بخلاف
ما اذا أكره على البيع بألف درهم فباعه بمائة دينار أو موزون آخر سوى الدرهم والدنانير لان هناك المقصود مختلف فلم يكن
كرهه البيع باحدهما كراهه البيع بالآخر وهذا المعنى لا يوجد في الاقرار لان بطلان اقرار المكره لا انعدام
رجحان جانب الصدق على جانب الكذب في اختياره بدلالة الا كراه فيختص بمورد الا كراه وهو الدرهم فكان

صادق في الاقرار بالذناير لا نعدا ما يمنع من الرجحان فيه فهو الفرق (وأما) اذا زاد على ما وقع عليه الاكراه ان
أكره على الاقرار بألف درهم فأقر بالفين جاز اقراره بالف و بطل بالف لانه في الاقرار بالالف الزائد طائع فصح
ولو أكره على الاقرار لفلان فأقر له ولغيره فان صدقه الغير في الشركة لم يحجز أصلا بالاجماع وان كذبه فكذلك عند أبي
حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يجوز في نصيب الغير خاصة وجه قول محمد أن ما يمنع من الصحة عند التصديق هو
الشركة في مال لم يصح الاقرار بنصفه شاعا فاذا كذبه لم يثبت الشركة فيصح اقراره للغير اذا هو فيها أقر له بطائع وجه
قولهما أن الاقرار اخبار وصحة الاخبار عن الماضي بوجود الخبر به سابقا على الاخبار والخبر به ألف مشتركة فلو صح
اقراره للغير المقر له بالا كراه لم يكن الخبر به على وصف الشركة فلم يصح اخباره عن المشترك فلم يصح اقراره وهذه فرعة
اختلافهم في المريض مرض الموت اذا أقر لوارثه ولا جنسي بالدين انه لا يصح اقراره أصلا بالاجماع ان صدقه
الاجنبي بالشركة وان كذبه فعلى الاختلاف الذي ذكرنا ولو أكره على هبة عبده لعبد الله فهو هبة لعبد الله وزيد
فسدت الهبة في حصة عبد الله وصحت في حصة زيد لانه مكره في حصة عبد الله لورود الاكراه على كل العبد والا كراه
على كل الشيء* اكره على بعضه فلم تصح الهبة في حصته طائع في حصة زيد وأنه هبة المشاع فلا يحتمل القسمة
فصحت في حصته ولو كان مكان العبد ألف فالهبة في الكل فاسدة بالاجماع بين أصحابنا أما على أصل أبي حنيفة
رضي الله عنه فظاهر لان هبة الطائع من اثنين لا تصح عنده هبة المكره أولى (وأما) على أصلهما فلا نه لما وهب
الالف منهما والهبة من أحدهما لا تصح بحكم الاكراه ان كان واحدا نصف الالف من الآخر وهذه هبة المشاع فلا
يحتمل القسمة وانه لا يصح بلا خلاف بين أصحابنا بخلاف حالة الطوعية والله تعالى أعلم هذا اذا زاد على ما وقع
عليه الاكراه فاما اذا نقص عنه بأن أكره على الاقرار بألف درهم فأقر بخمسائة فأقراره باطل لان الاكراه على الف
اكره على خمسائة لانها بعض الالف والا كراه على كل شيء اكره على بعضه فكان مكرها بالاقرار بخمسائة فلم
يصح ولو أكره على بيع جاريته بألف درهم فباعها بالفين جاز البيع بالاجماع ولو باعها بأقل من ألف فالبيع فاسد
استحسانا جاز قياسا وجه القياس أن المكره عليه هو البيع بالف فاذا باع بأقل منه فقد عقد عقدا آخر اذ البيع بالف
غير البيع بخمسائة فكان طائعا فيه فجاز وجه الاستحسان ان غرض المكره هو الاضرار بالبائع بازالة ملكه وان قل
التم فكان الاكراه على البيع بالف اكرها على البيع بأقل منه فبطل بخلاف ما اذا باعه بالفين لان حال المكره دليل
على أنه لا يأمره بالبيع بأوفر الثمن فكان طائعا في البيع بالفين فجاز والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ کتاب المأذون ﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الاذن بالتجارة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يظهر به الاذن بالتجارة وفي بيان ما يملك المأذون من التصرف وما لا يملك وفي بيان ما يملك المولى من التصرف في المأذون وكسبه وما لا يملك حكم تصرفه وفي بيان حكم الغرو وفي العبد المأذون وفي بيان حكم الدين الذي يلحق المأذون وفي بيان ما يبطل به الاذن ويصير محجوراً وفي بيان حكم تصرف المحجور (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق ركن الاذن بالتجارة نوعان صريح ودلالة والصريح نوعان خاص وعام وكل واحد منهما أنواع ثلاثة منجز ومعلق بشرط ومضاف الى رقت (أما) الخاص المنجز فهو أن يأذن له في شئ بعينه بما لا يؤذن في مثله للتجارة عادة بأن يقول له اشترى بدرهم لحماً أو اشترى طعاماً رزقاً لي أو اهلي أولك أو اشترى ثوباً أو اهلي أولاهك أو اشترى ثوباً باقطعه قميصاً ونحو ذلك مما لا يقصد به التجارة عادة ويصير مأذوناً فيها وتأوله الاذن خاصة استحساناً والقياس أن يصير مأذوناً بالتجارات كلها لان الاذن بالتجارة مما لا يحزى فكان الاذن في تجارة اذا نافي الكل وجه الاستحسان ان الاذن على هذا الوجه لا يوجد الا على وجه الاستخدام عرفاً وعادة فيحمل على المتعارف وهو الاستخدام دون الاذن بالتجارة مع ما انه لو حمل الاذن بمثله اذا

بالتجارات كلها الصار المأذون بشراء البقل مأذوناً في التجارة وفيه سد باب استخدام المالك وبالناس حاجة اليه
 فاقصر على مورد الضرورة (وأما) العام المنجز فهو أن يقول أذنت لك في التجارات أو في التجارة ويصير مأذوناً
 في الأنواع كلها بالاجماع (وأما) إذا أذن له في نوع بان قال اتجر في البر أو في الطعام أو في الدقيق يصير مأذوناً في التجارات
 كلها عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصير مأذوناً في النوع الذي تناوله ظاهر الاذن وكذلك اذا قال له
 اتجر في البر ولا تتجر في الخبز لا يصح نهيه وتصرفه ويصير مأذوناً في التجارات كلها وعلى هذا اذا أذن له في ضرب
 من الصنائع بان قال له اقم قصاراً أو صباغاً يصير مأذوناً في التجارات والصنائع كلها حتى كان له أن يقعد صيرفاً وصائغاً
 وكذلك اذا أذن له أن يتجر شهراً أو سنة يصير مأذوناً أبداً ما لم يحجر عليه وجه قوله ما ان العبد متصرف عن اذن فلا
 يتعدى تصرفه مورد الاذن كالوكيل والمضارب ولهذا ثبت حكم تصرفه لمولاه (ولنا) أن تقييد الاذن بالنوع غير
 مفيد فيأخو استدلالاً بالمكاتب وهذا لان افئدة الاذن بالتجارة تمكين العبد من تحصيل النفع المطلوب من التجارة
 وهو الربح وهذا في النوعين على نمط واحد وكذا الضرر الذي يلزمه في العقد عسى لا يتفاوت فكان الرضا بالضرر
 في أحد النوعين رضاه في النوع الآخر فلم يكن التقييد بالنوع مفيداً فيلغو ويبقى الاذن بالتجارة عاماً فيتناول
 الأنواع كلها مع ما أنه وجد الاذن في النوع الآخر دلالة لان الغرض من الاذن هو حصول الربح والنوعان في احتمال
 الربح على السواء فكان الاذن باحدهما اذا بالآخر دلالة ولهذا يملك قبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى صريحاً
 لوجوده دلالة كذا ههنا (وأما) الخاص المعلق بشرط فهو ان يقول ان قدم فلان فاشترى بدرهم لحماً ونحو ذلك
 والمضاف الى وقت أن يقول اشترى بدرهم لحماً غداً أو رأس شهر كذا (وأما) العام المعلق بشرط فهو أن يقول ان قدم
 فلان فقد أذنت لك بالتجارة والمضاف الى وقت أن يقول أذنت لك بالتجارة غداً أو رأس شهر كذا وكل واحد من
 النوعين يصح معلقاً ومضافاً كما يصح مطلقاً بخلاف الحجر انه لا يصح تعليقه بشرط ولا اضافة الى وقت بان يقول
 للمأذون ان قدم فلان فانت محجور أو فقد حجرت عليك غداً أو رأس شهر كذا ووجه الفرق أن الاذن تصرف
 اسقاط لان الحجر العبد ثبت حقاً لمولاه وبالاذن أسقطه والاسقاطات تحتل التعليق والاضافة كالطلاق
 والعناق ونحوهما فاما الحجر فاثبات الحق واعادته والاثبات لا تحتل التعليق والاضافة كالرجعة ونحوها ولهذا
 قال أصحابنا ان الاذن لا تحتل التوقيت حتى لو أذن لعبد بالتجارة شهراً أو سنة يصير مأذوناً أبداً ما لم يوجد المبطل
 للاذن كالحجر وغيره الا أن يؤقت الاذن الى وقت اضافة الحجر اليه لان معناه اذ مضى شهر أو سنة فقد حجرت
 عليك أو حجرت عليك رأس شهر كذا والحجر لا تحتل الاضافة الى الوقت فلو غلت الاضافة وبقي الاذن بالتجارة
 مطلقاً الى أن يوجد المبطل (وأما) الاذن بطريق الدلالة فتحوان يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهيه ويصير مأذوناً
 في التجارة عندنا لا في البيع الذي صادفه السكوت وأما في الشراء فيصير مأذوناً وعند زفر والشافعي رحمهما الله
 لا يصير مأذوناً وجه قوله ما أن السكوت يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الاذن مع الاحتمال ولهذا لم
 ينفذ تصرفه الذي صادفه السكوت (ولنا) أنه يرجح جانب الرضا على جانب السخط لانه لو لم يكن راضياً لنهاه اذ
 النهي عن المنكر واجب فكان احتمال السخط احتمالاً مرجوحاً فكان ساقط الاعتبار شرعاً (وأما) التصرف
 الذي صادفه السكوت فان كان شراءً نفذ وان كان بيعاً قائماً لم ينفذ لانعدام المقصود من الاذن بالتجارة على ما ذكره
 ان شاء الله تعالى وسواء رآه يبيع بيعاً صحيحاً أو بيعاً فاسداً اذا سكوت ولم ينهيه يصير مأذوناً لان وجه دلالة السكوت
 على الاذن لا يختلف وكذلك لو رآه المولى يبيع مالاً أجنبي فسكت يصير مأذوناً وان لم يحجز البيع لم يقلنا وكذلك
 لو باع مالاً لمولاه والمولى حاضر فسكت لم يحجز ذلك البيع ويصير مأذوناً في التجارة لان غرض المولى من الاذن بالتجارة
 حصول المنفعة دون المضرة وذلك باكتساب ما لم يكن لا بازالة الملك عن مال كائن ولا ينجبر هذا الضرر بالثمن لان
 الناس رغائب في الايمان ما ليس في ابداله حتى لو كان شراءً ينفذ لانه نفع محض ثم لا حكم للسكوت الا في مواضع

منها سكوت المولى عند تصرف العبد بالبيع والشراء وقد ذكرناه (ومنها) سكوت البالغة البكر عند استثمار المولى أنه يكون اذنا وقت العقد وبعده يكون اجازة (ومنها) سكوت الشفيعة اذا علم بالشراء انه يكون تسليماً للشفعة (ومنها) سكوت الواهب أو المتصدق عند قبض الموهوب له والمتصدق عليه بحضوره أن يكون اذنا بالقبض (ومنها) سكوت المجبول النسب اذا باعه انسان بحضوره وقال له قم فاذهب مع مولاي فقام وسكت انه يكون اقراراً منه بالرق حتى لا تسمع دعواه الحرية بعد ذلك (وأما) سكوت البائع بيعاً صحيحاً بثمن حال عند قبض المشتري بحضوره هل يكون اذنا بالقبض ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يكون اذنا بالقبض وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يكون اذنا كافي البيع الفاسد ودلائل هذه المسائل نذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى وعلى هذا اذا قل لعبد أدالى كل يوم كذا أو كل شهر كذا يصير مأذوناً لانه لا يمكن من اداء الغلة إلا بالكسب فكان الاذن باداء الغلة اذنا بالتجارة وكذلك لو قال لعبد أدالى الفانوات حر أو قال ان ادبت الى الفانوات حر يصير مأذوناً لان غرضه حمل العبد على العتق بواسطة تحصيل الشرط ولا يمكن من تحصيله الا بالتصرف فكان التعليق دليلاً على الاذن وكذلك اذا قال له ادلى الفانوات حر فذا والاول سواء لانه يستعمل في التعليق عرفاً وعادة ولو قال له أدوانت حر لا يصير مأذوناً ويعتق للحال لان هذا تنجيز وليس بتعليق وعلى هذا اذا كاتب عبده يصير مأذوناً لانه لما كاتبه فقد جعله أحق بكسبه ولا يكون ذلك الا بالتجارة والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فانواع منها ان يكون الاذن لمن يعقل التجارة لان الاذن بالتجارة لمن لا يعقل سفيه فاما البلوغ فليس بشرط لصحة الاذن فيصح الاذن للعبد بالغاً كان أو صبيّاً بعد ان كان يعقل البيع والشراء لما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام كان يحيب دعوة المملوك من غير فصل فدل الحديث على جواز الاذن بالتجارة لانه عليه الصلاة والسلام ما كان ليحيب دعوة المحجور ويأكل من كسبه فتعين المأذون وكذا الاذن للامه والمدبرة وأم الولد بعد ان عتقوا التجارة لان اسم المملوك يتناول الكل وكذا يجوز الاذن للصبي الحر بالتجارة اذا كان يعقل التجارة وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الاذن للصبي بالتجارة بحال حرّاً كان أو عبداً وكذا سلامة العقل عن الفساد أصلاً ليس بشرط لصحة الاذن عندنا حتى يجوز الاذن للمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بالتجارة وعنده شرط (وجه) قوله ان الصبي ليس من أهل التجارة فلا يصح الاذن له بالتجارة وهذا لان أهلية التجارة بالعقد الكامل لانها تصرف دائرة بين الضرر والنفع فلا بد لها من كمال العقل وعقل الصبي ناقص فلا يكفي لاهلية التجارة ولهذا لم يعتبر عقله في الهبة والصدقة والطلاق والعتاق كذا ههنا (ولنا) قوله تبارك وتعالى وابتلوا اليتامى أمر سبحانه وتعالى الا ولياً بابتلاء اليتامى والابتلاء هو الاظهار فابتلاء اليتيم اظهار عقله بدفع شيء من أمواله اليه لينظر المولى انه هل يقدر على حفظ أمواله عند النوائب ولا يظهر ذلك الا بالتجارة فكذلك الامر بالابتلاء اذنا بالتجارة ولان الصبي اذا كان يعقل التجارة يعقل النافع من الضار فيختار المنفعة على المضرة ظاهر أفكان أهلاً للتجارة كالبالغ بخلاف الهبة والصدقة والطلاق ونحوها لانها من التصرفات الضارة المحضة لسكونها ازالة ملك لا الى عوض فلم يجعل الصبي أهلاً لها نظر أدفعاً للضرر عنه ومنها العلم بالاذن بالتجارة في أحد نوعي الاذن بخلاف وبيان ذلك ان الاذن بالاضافة الى الناس ضربان اذن اسرار واذن اعلان وهو المسمى بالخاص والعام في الكتاب فالخاص ان يقول أذنت لعبدي في التجارة لا على وجه ينادي أهل السوق فيقول بايعوا عبدي فلا نأفاني قد أذنت له في التجارة ولا خلاف في ان العلم بالاذن شرط لصحة الاذن في هذا النوع لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أي اعلام والفعل لا يعرف اعلاماً الا بعد تعلقه بالمعلم ولان اذن العبد يعتبر باذن الشرع ثم حكم الاذن من الشرع لا يثبت في حق المأذون الا بعد علمه به فعلى ذلك اذن العبد ولهذا كان العلم بالوكالة شرطاً لصحتها على ما ذكرنا في كتاب الوكالة كذا هذا حتى لم يصبح تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة وأما في الاذن العام فقد ذكرنا في كتاب المأذون انه يصير مأذوناً وان لم يعلم به العبد وذكر في الزيادات فيمن قال لاهل السوق بايعوا ابني فلا نأفيا بعهده والصبي لا يعلم

بالاذن انه لا يصير ما ذونا لم يعلم باذن الاب منهم من أثبت اختلاف الروايتين في جواز الاذن القائم من غير علم العبد ومنهم من لم يثبت الاختلاف وفرق بين العبد والصبي فجعل العلم شرطاً في الصبي دون العبد (وجهه) الفرق ان انحجار العبد لحق مولاه فاذا أذن انك بما يعتقه فقد أسقط حق نفسه فانك الحجر فصار ما ذونا بخلاف الصبي لان انحجاره عن التصرف لحق نفسه لا لحق أبيه ألا ترى ان العهدة تلزمه دون أبيه فشرط علمه بالاذن الذي هو ازالة الحجر ليكون لزوم العهدة في التجارة مضافاً اليه ويحتمل ان يفرق بينهما من وجه آخر وهو ان الاذن على سبيل الاستفاضة سبب لحصول العلم لهما جميعاً الا ان السبب لا يقام مقام المسبب الا للضرورة والضرورة في حق العبد دون الصبي لان الناس يحتاجون الى مبايعة العبد المأذون لان الاذن للعبد بالتجارة من عادات التجار واذا وجد الاذن على الاستفاضة وانه سبب لحصول العلم غالباً فالناس يعاملونه بناء على هذه الدلالة ثم يظهر انه ليس بمأذون لانعدام العلم حقيقة فتعلق ديونهم بذمة القفل وتناخر الى ما بعد العتق فيؤدي الى الضرر بهم بخلاف الصبيان لان اذن الصبي بالتجارة ليس من عادة التجار والناس أيضاً لا يعاملون الصبيان عادة ولو توقف الاذن على حقيقة العلم لا يلحقهم الضرر الا على سبيل الندرة والتأخر ملحق بالعدم والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يظهر به الاذن بالتجارة فنقول ما يظهر به الاذن بالتجارة نوعان أحدهما من جهة المولى والثاني من جهة العبد أما الذي من جهة المولى فهو تشهير الاذن واشاعته بان ينادى أهل السوق اني قد أذنت لعبدي فلاناً بالتجارة فبايعوه وهو المسمى بالاذن العام وأما الذي من جهة العبد فهو اخباره عن كونه مأذوناً بالتجارة بان لم يكن الاذن من المولى عاماً أو قدم مصرأ لم يشتهر فيه اذن المولى فقال ان مولاي أذن لي في التجارة والاذن بالتجارة يظهر بكل واحد من النوعين أما الاول فلا شك فيه لحصول العلم للسامعين بحس السمع من الاذن وغير السامعين بالنقل بطريق التواتر وأما الثاني فلان خبر الواحد مقبول في المعاملات ولا يشترط فيه العدد ولا العدالة ألا ترى انه لو جاء عبد أو أمة الى انسان فقال هذه هدية بعثني بها مولاي اليك جازله القبول كذا هذا وهذا لان هذه المعاملات في العادات يتعاطاها العبيد والخدم والفسق فيهم غالب فلو لم يقبل خبرهم فيها لوقع الناس في الحرج واذا قبل خبره ظهر الاذن فيسمع الناس ان يعاملوه غير انهم ان بنوا معاملاتهم على الاذن العام فعاملوه فلحقه دين يباع فيه كسبه ورقبته بدين التجارة وان عاملوه بناء على اخباره فلحقه دين يباع كسبه بالدين ولا تباع رقبته ما لم يحضر المولى فيقر باذنه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

فصل وأما بيان ما يملكه المأذون من التصرف وما لا يملكه فنقول والله تعالى التوفيق كل ما كان من باب التجارة أو تواضعاً أو ضرراً أو راءياً يملكه المأذون وما لا فلا لان كل ذلك داخل في الاذن بالتجارة فيملك الشراء والبيع بالتقدي والنسيئة والعروض لان كل ذلك من التجارة ومن عادة التجار وكذلك يملك البيع والشراء بغبن يسير بالاجماع لانه من التجارة ولا يمكن التحرز عنه حتى يملكه الاب والوصي وكذا بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يملك (وجهه) قولهما ان البيع بغبن فاحش في معنى التبرع ألا يرى أنه لو فعله المرء يرضى يعتبر من الثلث كما في سائر التبرعات والمأذون لا يملك التبرع (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان هذا بيع وشراء على الاطلاق لوقوع اسم الشراء والبيع عليه مطلقاً فكان تجارة مطلقة فدخلت تحت الاذن بالتجارة ثم فرق أبو حنيفة رحمه الله بين المأذون وبين الوكيل حيث سوى بين البيع والشراء في المأذون وفرق بينهما في الوكيل حيث قال ان المأذون يملك البيع والشراء بالغبن الفاحش والوكيل لا يملك الشراء بالغبن الفاحش بالاجماع (وجهه) الفرق له أن امتناع جواز الشراء بالغبن الفاحش في باب الوكالة لكان التهمة لجواز انه اشترى لنفسه فلما ظهر الغبن أظهر الشراء لموكله فلم يحز التهمة حتى ان الوكيل لو كان وكل بشيء بعينه ينفذ على الموكل لانعدام التهمة لانه لا يملك الشراء لنفسه ومعنى التهمة لا يتقدر في المأذون لانه لا يملك الشراء لنفسه فاستوى فيه البيع والشراء وهل يملك المأذون ان

يبيع شيئاً من مولاة فان لم يكن عليه دين لا يتصور البيع من المولى لاستحالة بيع مال الانسان منه وان كان عليه دين
 فان باعه بمثل قيمته أو أكثر جاز وان باعه بأقل من قيمته لم يحز عند أبي حنيفة أصلاً وعندهما لا يجوز بقدر الحاجة
 وكذلك لو باع المولى شيئاً منه فان لم يكن عليه دين لم يكن بيعاً لما قلنا وان كان عليه دين فان باعه بمثل قيمته أو بأقل من
 قيمته جاز وان باعه بأكثر من قيمته لم يحز البيع عند أبي حنيفة وعندهما يجوز وتبطل الزيادة وعلى هذا اذا اشترى
 المولى داراً بحب دار العبدان لم يكن على العبددين فالشفعة له لانه اذا لم يكن عليه دين فالدار الذي في يد العبد خالص ملك
 المولى فلو أخذها بالشفعة لاخذها هو فكيف ياخذ ملك نفسه بالشفعة من نفسه وان كان على العبددين فله ان ياخذها
 بالشفعة ولو اشترى العبد داراً بحب دار المولى فان لم يكن على العبددين فلا حاجة للمولى الى الاخذ بالشفعة لانها
 خالص ملكه وان كان عليه دين فله ان ياخذها بالشفعة وكذلك الصبي المأذون في الشراء والبيع بالنقد والنسيئة
 والعرض والغبن اليسير والبيع بالغبن الفاحش بمنزلة العبد المأذون على الاتفاق والاختلاف وهذا اذا باع من
 أجنبي أو اشترى منه فان باع من أبيه شيئاً أو اشترى منه فان باع بمثل القيمة أو أكثر واشترى بمثل القيمة أو أقل جاز
 ولو كان فيه غبن فان كان مما يتغابن الناس فيه جاز لان الاحتراز عنه غير ممكن وان كان مما لا يتغابن الناس فيه لم يحز
 لانه يتصرف بولاية مستفادة من قبل أبيه كانه نائبه في التصرف فصارك لو اشترى الاب شيئاً من مال ابنه بنفسه لنفسه
 أو اشترى شيئاً من ماله بنفسه لابنه الصغير كان الجواب فيه هكذا كذا هذا ولو باع من وصيه أو اشترى منه فان لم
 يكن فيهما نفع ظاهر له لا يجوز بالاجماع وان كان فيهما نفع ظاهر فان كان بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله
 فكذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يجوز وللمأذون أن يسلم فيما يجوز فيه السلم وقبل السلم فيه لان السلم من قبل
 المسلم اليه بيع الدين بالعين ومن قبل رب السلم شراء الدين بالعين وكل ذلك تجارة وله أن يوكل غيره بالبيع والشراء لان
 ذلك من عادات التجار والتاجر لا يمكنه ان يتولى ذلك كله بنفسه فكان توكيله فيه من أعمال التجارة وكذلك ان
 يتوكل عن غيره بالبيع بالاجماع وتكون العهدة عليه ولو توكل عن غيره بالشراء ينظر ان وكله ان يشتري أشياء بالنقد
 جاز استحساناً فادفع اليه الثمن أو لم يدفع وتكون العهدة عليه والقياس ان لا يجوز هذه الوكالة (ووجهه) انها لو جازت
 للزمه العهدة وهي تسليم الثمن فيصير في معنى الكفيل بالثمن ولا يجوز كفالته فلا يجوز وكالته (وجهه) الاستحسان
 ان التوكيل بالشراء بالنقد في معنى التوكيل بالبيع ألا ترى انه لا يجب عليه تسليم المبيع فكان هذا في معنى البيع لافي
 معنى الكفالة ولو توكل عن غيره بشراء شيء نسيئة فاشترى لم يحز حتى كان الشراء للعبد دون الآخر لان الثمن اذا كان
 نسيئة لا يملك حبس المشتري الاستيفاء بل يلزمه التسليم الى الموكل فكانت وكالته في هذه الصورة التزام الثمن فكانت
 كفالة معنى فلا يملكها المأذون وله ان يستأجر انساناً يعمل معه أو مكاناً يحفظ فيه أمواله أو دواً يأخذها أو يجمعها أو يبيعها
 لان استئجار هذه الأشياء من توابع التجارة وكذا له ان يؤجر الدواب والرقيق ونفسه لما قلنا ولان الاجارة من
 التجارة حتى كان الاذن بالاجارة أو بالتجارة وله ان يرهن ويرهن ويعير ويودع ويقبل الوديعة لان ذلك كله من
 عادات التجار ويحتاج اليه التاجر أيضاً وله ان يدفع المال مضاربة أو يأخذ من غير مضاربة لما قلنا ولان الاخذ
 والدفع من باب الاجارة والاستئجار والمأذون يملك ذلك كله وله ان يشارك غيره شركة عنان لانهم من صنيع
 التجار ويحتاج اليه التاجر وليس له ان يشارك شركة مفوضة لان المفوضة تتضمن الكفالة له ولا يملك الكفالة
 فلا يملك المفوضة فاذا فاض تقلب شركة عنان لان هذا حكم فساد المفوضة ولو اشترك عبدان مأذونان شركة
 عنان على ان يشتري بالنقد والنسيئة جاز ما اشترى بالنقد وما اشترى بالنسيئة فهو له خاصة لان الشركة تتضمن الوكالة
 وقد ذكرنا انه يجوز ان يتوكل المأذون عن غيره بالشراء تقدراً ولا يجوز ان يتوكل لغيره بالشراء نسيئة ويملك الاقرار
 بالدين لان هذا من ضرورات التجارة اذ لو لم يملك لا تمتنع الناس عن مبيعاته خوفاً من تواء أموالهم بالا نكار عند تعذر
 اقامة البينة فكان اقراره بالدين من ضرورات التجارة فيصح ويملك الاقرار بالعين لان العادة قد جرت بشراء

كثير من الاشياء نظر وفيها فلو علم الناس انه لا يصح اقراره بالعين لا تمتنعوا عن تسليم الاعيان اليه فلا يلتزم أمر التجارة ولا يملك الاقرار بالجناية لان الاقرار بالجناية ليس من ضرورات التجارة فلا يتناولها الاذن بالتجارة فلا يصح منه ولا يطالب بها بعد العتاق أيضاً لان موجب الجناية يلزم المولى دون العبد فكان ذلك شهادة على المولى لا اقرار اعلى نفسه فلم يصح أصلاً الا اذا صدقه المولى فيجوز عليه ولا يجوز على القراء وهل يصح اقراره باقتضاى أمة باصبعه غصبا قال أبو حنيفة ومحمد رضى الله عنهما لا يصح وقال أبو يوسف رحمه الله يصح سواء كان عليه دين أو لا ويضرب مولى الأمة مع القراء في ثمن العبد وهذا الخلاف مبنى على ان هذا الاقرار بالجناية أم بالمال فعندهما هذا اقرار بالجناية فلا يصح من غير تصديق المولى وعند هذا اقرار بالمال فيصح من غير تصديقه وعلى هذا اذا أقر بمن وجب عليه بنكاح جائز أو فاسد أو شبهة فان لم يصدقه المولى لم يصح اقراره حتى لا يؤخذ به للحال لان المهر يجب بالنكاح وانه ليس بجارة ولا هو في معنى التجارة فيستوى فيه اقرار المأذون والمحجور وان صدقه المولى جاز ذلك عليه ولم يحز على القراء لان تصديقه يعتبر في حق نفسه لا في ابطال حق الغير فيباع في دين القراء فان فضل شئ منه يصرف الى دين المرأة والا فإتأخر الى ما بعد العتق ويملك الاقرار بالحدود والقصاص لان المحجور يملك فالماذون أولى واذا أقر به فلا يشترط حضرة المولى للاستيفاء بخلاف وهل يشترط حضور المولى عند قيام البينة عليها فيه خلاف نذكره في موضعه وهل يملك تأخير دين له وجب على انسان فان وجب له وحده يملك بالاجماع لان التأخير يحتاج اليه وكذا هو من عادة التجار وان وجب له ولرجل آخر دين على انسان فاخر المأذون نصيب نفسه فالتأخير باطل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما جائز (وجه) قولهما ان التأخير منه تصرف في ملك نفسه فيصح كالأول كان كل الدين له فاخره (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان التأخير لو صح لا يخلو اما ان يصح في نصيب شريكه واما أن يصح في نصيب نفسه لاسبيل الى الاول لانعدام الملك والولاية وتصرف الانسان لا يصح في غير ملك ولا ولاية ولا سبيل الى الثاني لانه قسمة الدين قبل القبض ألا ترى ان شريكه لو قبض شيئاً من نصيبه قبل حلول الاجل يختص بالمقبوض ولا يشارك فيه ومعنى القسمة هو الاختصاص بالمقبوض وقد وجد فتيت ان هذا قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة لان الدين اسم لفعل واجب وهو فعل تسليم المال والمال حكى في الذمة وكل ذلك عدم حقيقة الا انه أعطى له حكم الوجود لحاجة الناس لان كل أحد لا يملك ما يدفع به حاجته من الاعيان القائمة فيحتاج الى الاستقراض والشراء بدين فاعطى له حكم الوجود لهذه الحاجة ولا حاجة الى قسمته فبقى في حق القسمة على أصل العدم والعدم لا يحتمل القسمة واذا لم يصح التأخير عند أبي حنيفة رحمه الله فلو أخذ شريكه من الدين كان المأخوذ بينهما على الشر ككامل التأخير وعندهما كان المأخوذ له خاصة ولا يشاركه حتى يحل الاجل لانه بالتأخير أسقط حق نفسه والمطالبة فاذا حل الاجل فهو بالخيار ان شاء شاركه في المقبوض وان شاء أخذ حقه من الغريم لان الدين حل بحلول الاجل ولو كان الدين في الاصل منهما جميعاً مؤجلاً فاخذ أحدهما شيئاً قبل حل الاجل شارك فيه صاحبه لانه لما أخذ شيئاً قبل حل الاجل فقد سقط الاجل عن قدر المقبوض وصار حالاً فصار المقبوض من النصيبين جميعاً فيشارك فيه صاحبه كما في الدين الحال ولو كان الدين كله بينهما مؤجلاً الى سنة فاخره العبد سنة أخرى لم يحز التأخير عند أبي حنيفة وعندهما يجوز حتى لو أخذ شريكه من الغريم شيئاً في السنة الاولى شاركه فيه عنده وعندهما لا يشاركه حتى يحل دينه فاذا حل فله الخيار على ما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يملك الابرار عن الدين بالاجماع لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه المأذون وهل يملك الخط فان كان الخط من غير عيب لا يملكه أيضاً لقلنا وان كان الخط من عيب بان باع شيئاً ثم حط من ثمنه ينظر ان حط بالمعروف بان حط مثل ما يحطه التجار عادة جاز لان مثل هذا الخط من توابع التجارة وان لم يكن بالمعروف بان كان فاحشاً جاز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز وقد ذكرنا أصل المسئلة فيما قبل وهل يملك الصلح بان وجب له على انسان دين فصالحه على بعض

حقه فان كان له عليه بينة لا يملكه لانه حط بعض الدين والخط من غير عيب ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه المأذون وان لم يكن له عليه بينة جاز لانه اذا لم يكن له عليه بينة فلا حق له الا الخصومة والخلف والمال خير من ذلك فكان في هذا الصلح منفعة فيصح وكذا الصلح على بعض الحق عند تعذر استيفاء كله من عادات التجار فكان داخل تحت الاذن بالتجارة وملك الاذن بالتجارة بان يشتري عبداً فأيأذن له بالتجارة لان الاذن بالتجارة من عادات التجار بخلاف الكتابة أنه لا يملكها المأذون لان الكتابة ليست من التجارة بل هي اعتناق معلق بشرط اداء بدل الكتابة فلا يملكها وملك الاستقراض لانه تجارة حقيقة وفيه منفعة وهو من عادات التجار وليس للمأذون ان يقرض لان القرض تبرع للحال ولهذا لم يلزم فيه الاجل ولا يكفل بمال ولا بنفس لان الكفالة تبرع الا اذا أذن له المولى بالكفالة ولم يكن عليه دين بخلاف المكاتب انه لا يجوز كفالته أصلاً على ما مر في كتاب الكفالة ولا يهب درهماً تاماً لا بغير عوض ولا بعوض وكذا لا يتصدق بدرهم ولا يكسوثو بالانه تبرع ويجوز تبرعه بالطعام اليسير اذا وهب أو أطعم استحساناً والقياس أن لا يجوز لانه تبرع وان قل الا انا استحسننا الجواز لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يحيب دعوة المملوك ولان هذا من ضرورات التجارة عادة فكان الاذن فيه ثابتاً بطريق الدلالة فيملكه ولهذا ملك المرأة التصديق بشئ يسير كالرغيف ونحوه من مال زوجها الكونه مأذوناً في ذلك دلالة كذا هذا ولا يزوج من غير اذن مولاه لان التزوج ليس من باب التجارة وفيه ضرر بالمولى ولا يتسرى جارية من اكسابه لانه لا ملك للعبد حقيقة وحل الوطء بدون أحد المالكين منفي شرعاً وسواء أذن له المولى بالتسرى أو لم يأذن له لما ذكرنا ان العبد لا يملك شيئاً لانه مملوك فيستحيل أن يكون مالكا والاذن لا يخرج عن كونه مملوكاً فلا تندفع الاستحالة ولا يزوج عبده بالاجماع لان التزوج ليس من التجارة وفيه أيضاً ضرر بالمولى وهل له أن يزوج أمته قال أبو حنيفة ومحمد لا يزوج وقال أبو يوسف يزوج (وجه) قوله أن هذا تصرف نافع في حق المولى لانه مقابلة ما ليس بمال فكان أنفع من البيع لأنه يملك البيع فالنكاح أولى وجه قولهما أن الداخل تحت الاذن هو التجارة وانكاح الأمة وان كان نافعاً في حق المولى فليس بتجارة إذ التجارة مبادلة مال بمال ولم توجد فلا يملكه ولا يعتق وان كان على مال لانه ليس بتجارة بل هو تبرع للحال ألا ترى انه يعتق بنفس القبول فاشبه القرض ولا يملك القرض فلا يملك الاعتناق على مال وان أعتق على مال فان لم يكن عليه دين وقف على إجازة المولى بالاجماع فان أجاز جاز لانه اذا لم يكن عليه دين يملك المولى نشاء العتق فيه فيملك الاجازة بالطريق الاولى ولا ية قبض العوض للمولى لا للعبد لما ذكر وأن لحقه دين بعد ذلك لم يكن للغرماء حق في هذا المال لانه كسب الحر وان كان عليه دين لم يجز الاعتناق وأن أجاز المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز ويضمن المولى قيمة العبد للغرماء ولا سبيل للغرماء على العوض بخلاف ما اذا كان مكان الاعتناق كتابة ان عندهما يتعلق حق الغرماء بالبدل وههنا لا يتعلق لان هذا كسب الحر وذلك كسب الرقيق وحتى الغريم يتعلق بكسب الرقيق ولا يتعلق بكسب الحر ولا يكتسب سواء كان عليه دين أو لم يكن لان الكتابة ليست بتجارة فلا يملكها المأذون ولانها اعتناق معلق بالشرط وهو لا يملك الاعتناق فان كاتب فان لم يكن عليه دين وقف على اجازة المولى لانه اذا لم يكن عليه دين فكسبه خالص ملك المولى لا حق لاحد فيه فيملك الاجازة ألا ترى أنه يملك الانشاء فالاجازة أولى فان أجاز نفذ وصار مكاتباً للمولى ولا ية قبض بدل الكتابة للمولى لا للعبد لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فكان العبد بمنزلة وكيل المولى في الكتابة وحقوق الكتابة ترجع الى المولى الى الوكيل لذلك لم يملك المأذون قبض بدل الكتابة وملكه المولى ولو لحق العبد بعد ذلك دين فليس للغرماء في المكاتب حق لانه لما صار مكاتباً للمولى فقد صار كسباً منزعاً من يد المأذون فلا يكون للغرماء عليه سبيل وان كان المكاتب قد أدى جميع بدل الكتابة الى المأذون قبل اجازة المولى لم يعتق لان الكتابة لم تنفذ لانعدام شرط النفاذ وهو الاجازة وان كان عليه دين يحيط برقبته وبما في يده لا تصح اجازة المولى عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لا يعتق اذا أدى البدل

لان كسب العبد المأذون الذي عليه دين محيط لا يكون ملكاً للمولى عنده ولهذا لا يملك انشاء الكتابة فلا يملك الاجازة وعندهما تصح اجازته كما يصح انشاء الكتابة منه ويعتق اذا أدى ويضمن المولى قيمته للغرماء لتعلق حقه به فصار متعلقاً عليهم حقه وما قبض المأذون من بدل الكتابة قبل الاجازة يستوفي منه الدين عندهما لتعلق حق الغرماء به قبل الاجازة بخلاف الاعتاق على مال وقد ذكرنا وجه الفرق لهما فكانت الاجازة في معنى انشاء الكتابة ولو أنشأ ضمن القيمة عندهما كذا هذا وان لم يكن الدين محيطاً برقبته وبما في يده جازت اجازته بالاجماع ويضمن قيمته للغرماء لتلاف حقه والله الموفق للصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يملكه المولى من التصرف في المأذون وكسبه وما لا يملك وبيان حكم تصرفه فنقول وبالله التوفيق ان المولى يملك اعتاق عبده المأذون سواء لم يكن عليه دين أو كان عليه دين لان حصة الاعتاق تقف على ملك الرقبة وقد وجد الا أنه اذا لم يكن على العبد دين لا شيء على المولى وان كان عليه دين فالغرماء بالخيار ان شاءوا اتبعوا المولى بالاقبل من قيمته ومن الدين لانه تصرف في ملك نفسه وأتلف حق الغير لتعلق الغرماء بالرقبة فيراعى جانب الحقيقة بتنفيذ الاعتاق ويراعى جانب الحق بإيجاب الضمان مراعاة للجانبين عملاً بالدليلين فينظر ان كانت قيمة العبد مثل الدين غرم ذلك وان كانت أكثر منه غرم قيمة الدين وان كانت أقل منه غرم ذلك القدر لانه ما أتلف عليهم بالاعتاق الا القدر المتعلق برقبة العبد فيؤاخذ المولى بذلك ويتبع الغرماء العبد بالباقي وان شاءوا اتبعوا العبد بكل الدين فيستسعه فيه لان كل الدين كان واجباً عليه لمباشرة بسبب الوجوب منه حقيقة وهو المعاملة الا أن رقبته تعينت لاستيفاء قدر ما يحتمله من الدين منها بتعيين المولى أو شرعاً على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى فبقيت الزيادة على ذلك في ذمة العبد وقد عتق فيطالب به وأيهما اختار واتباعه لا يبرأ الاخر لان اختيار التضمنين في باب الغصب يتضمن المنصوب والتملك بعوض لا يحتمل الرجوع عنه فاما اختيار اتباع أحدهما ههنا لا يوجب ملك الدين منه ولو لم يكن على العبد دين ولكنه قتل عبداً آخر خطأ وعلم المولى به فاعتقه وهو عالم به يصير مختاراً للفداء يغرم المولى تمام قيمة العبد المقتول ان كان قليل القيمة وان كان كثير القيمة بان كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر غرم عشرة آلاف الا عشرة فرق بين الجنائية والدين اذا أعتقه وعليه دين وهو عالم به لا يلزمه تمام الدين بل الاقل من قيمته ومن الدين علم بالدين أو لم يعلم وههنا يلزمه تمام القيمة اذا كان عالم بالجنائية ووجه أن الفرق موجب جنائية العبد على المولى وهو الدفع لكن جعل له سبيل الخروج عنه بالفداء بجميع الارش فاذا أعتقه مع العلم بالجنائية فقد صار مختاراً للفداء فيلزمه الفداء بجميع قيمة العبد المقتول الا أن تكون عشرة آلاف أو أكثر فينقص منه عشرة اذ لا يزيد لدية العبد على هذا القدر فاما موجب معاملة العبد وهو الدين فعلى العبد حقاً للغرماء الا أن القيمة التي في مالية الرقبة فانها تعلق بها وبالاعتاق ما أبطل عليهم الا ذلك القدر من حقه فيضمنه والزيادة بقيت في ذمة العبد فيطالب به بعد العتق وكذلك ان كان قتل حراً خطأ فاعتقه المولى وهو عالم به غرم المولى دية الحر لان الاعتاق مع العلم بالجنائية دليل اختيار الفداء ودية الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم فيغرمها المولى هذا اذا أعتقه المولى وهو عالم بالجنائية فاما اذا لم يكن عالم بالجنائية يغرم قيمة عبده لا ولياء الجنائية لانه اذا لم يكن عالم بالجنائية وقت الاعتاق لم يكن اعتاقه دليل اختيار الفداء لان هذا النوع من الاختيار لا يتحقق بدون العلم ويلزمه قيمة عبده لان الواجب الاصل على المولى هو دفع العبد بالجنائية ألا ترى أنه لو هلك العبد قبل اختيار الفداء لا شيء على المولى وانما ينتقل من العين الى الفداء باختيار الفداء فاذا لم يكن الاعتاق قبل العلم دليل الاختيار بقي الدفع واجباً وتعذر عليه دفع عينه فيلزمه دفع ماليتها اذ هو دفع العين من حيث الصورة ولو كان على العبد المأذون دين محيط برقبته وجنى جنايات تحيط بقيمته فاعتقه المولى وهو لا يعلم بالجنائية فانه يغرم لأصحاب الدين قيمته كاملة ويغرم لأصحاب الجنائية قيمة أخرى الا أن تكون قيمته عشرة آلاف أو أكثر فينقص منها عشرة لان حق أصحاب الدين قد تعلق بمالية العين وحق أصحاب الجنائية قد تعلق بالعين والمولى بالاعتاق

أبطل الحقين جمعاً فيضمنها ولو قتلته أجني يضمن قيمة واحدة لأن الضمان الواجب بالقتل ضمان اتلاف النفس والنفس واحدة فلا يتعد ضمانها فاما الضمان الواجب بالاغتياق ف ضمان ابطال الحق فيتعد ضمانه فهو الفرق والله تعالى الموفق فان قيل لم لا يشارك أصحاب الدين أصحاب الجنانية فالجواب لا اختلاف محل الحقين فالدفع يتعلق بالعين والدين يتعلق بمالية العين وهما محلان مختلفان فتعدرت المشاركة والله تعالى أعلم وكذلك يملك اعتناق المدبر وأم الولد الماذونين في التجارة لما قلنا ولو اعتقتهما وعليهما دين فلا ضمان على المولى من الدين ولا من قيمة المدبر وأم الولد لان دين التجارة لم يتعلق برقبتهما فخر وجههما عن احتمال الاستيفاء منهما بالتدبير والاستيلاء فلم يوجد منه اتلاف حق الغرماء فلا يضمن وهل يملك اعتناق كسب عبده الماذون لا خلاف في انه اذا لم يكن على الماذون دين أصلاً يملك وينفذ اعتاقه ولا شيء عليه لان الاعتناق صادف محلاً هو خالص ملكه لا حق لا حذفيه فينفذ ولا يضمن شيئاً وان كان عليه دين فان كان كثيراً يحيط برقبته وكسبه لا يملك ولا ينفذ اعتاقه عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا أن يسقط حق الغرماء بان يقضى المولى دينهم أو تبرئه الغرماء من الدين أو يشتريه المولى من الغرماء وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يملك وينفذ اعتاقه ويضمن قيمته ان كان موسراً وان كان معسراً سعى العبد فيه ويرجع على المالك والمسألة تعرف بان المولى يملك كسب عبده الماذون المديون ديناً مستغراً لرقبته وكسبه عنده لا يملك وعندهما يملك وجه قولهما أن رقبة الماذون وأن تعلق بها حق الغرماء فهي ملك المولى ألا ترى أنه يملك اعتاقه وملك الرقبة علة ملك الكسب فيملك الكسب كما يملك الرقبة وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن شرط ثبوت الملك للمولى في كسب العبد فراغه عن حاجة العبد ولم يوجد فلا يثبت الملك له فيه كما لا يثبت للوارث في التركة المستغرة بالدين والدليل على أن الفراغ شرط أن الملك للمولى في كسب العبد ثبت معد ولا به عن الأصل انه لم يحصل بكسبه حقيقة وقال الله تبارك وتعالى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى وهذا ليس من سعيه حقيقة فلا يكون له بظاهر النص إلا أن الكسب الفراغ عن حاجة العبد خص عن عموم النص وجعل ملكاً للمولى فبقى الكسب المشغول بمحاجته على ظاهر النص هذا اذا كان الدين محيطاً بالرقبة والكسب فان لم يكن محيطاً بهما فلا شك انه لا يمنع الملك عندهما لان المحيط عندهما لا يمنع فغير المحيط أولى (وأما) أبو حنيفة رضي الله عنه فقد كان يقول أولاً لا يمنع حتى لا يصبح اعتاقه شيئاً من كسبه ثم يرجع وقال لا يمنع وجه قوله الاول ما ذكرنا أن الفراغ شرط ثبوت الملك له فالشغل وان قل يكون مانعاً وجه قوله الاخر أن المانع من ملك المولى كون الكسب مشغولاً لحاجة العبد وبعضه مشغول وبعضه فارغ (فاما) أن يعتبر جانب الشغل في المنع من ثبوت الملك له في كله (وأما) أن يعتبر جانب الفراغ في إيجاب الملك له في كله واعتبار جانب الفراغ أولى لانا اذا اعتبرنا جانب الفراغ فقد راعينا حق الملك بآثبات الملك له وحق الغرماء بآثبات الحق لهم فاذا اعتبرنا جانب الشغل فقد راعينا جانب الغرماء وأبطلنا حق المالك أصلاً فقصضنا حق المالك بتنفيذ اعتاقه وقضينا حق الغرماء بالضمان صيانة للحقين عن الابطال عملاً بالدليلين بقدر الامكان ولهذا ثبت الملك للوارث في كل التركة اذا لم يكن الدين محيطاً بها كذا هذا ولو اعتقه ثم قضى المولى دين الغرماء من خالص ملكه أو أبرأه الغرماء نفذ اعتاقه عند عامة أصحابنا رحمهم الله تعالى وقال الحسن بن زياد رحمه الله لا ينفذ وجه قول الحسن أن الاعتناق صادف كسباً مشغولاً بحاجة العبد لان الملك ثبت مقصوداً على حال القضاء والبراءة فيمنع النفاذ كما اذا اعتق عبد مكاتبه ثم عجز المكاتب انه لا ينفذ اعتاقه كذا هذا (ولنا) أن النفاذ كان موقوفاً على سقوط حق الغرماء وقد سقط حقهم بالقضاء والبراءة فظهر النفاذ من حين وجوده من كل وجه بخلاف ما اذا اعتق عبد من اكساب مكاتبه لان المكاتب أحق بكسابه من المولى لانه فيما يرجع الى اكسابه كالحرق والعجز لا يتبين انه لم يكن أحق بكسبه فلم ينفذ اعتناق المولى وعلى هذا الخلاف لو اعتق الوارث عبد من التركة المستغرة بالدين ثم قضى الوارث الدين من مال نفسه أو أبرأ الغرماء الملية من الدين انه ينفذ اعتاقه خلافاً للحسن ولو وطئ المولى جارية العبد الماذون وعليه دين محيط فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبته منه وصارت

الجارية أم ولد له وغرم قيمة الجارية للغرماء ولا يغرم لهم شيئاً من عقرها قليلاً ولا كثيراً أما حجة الدعوة فلان ملك المولى ان لم يظهر في الكسب في الحال عند أبي حنيفة رضي الله عنه فله فيه حق الملك فصحت دعوته (وأما) لزوم قيمة الجارية للغرماء فلانه بالدعوة أبطل حقهم (وأما) عدم وجوب العقر فلان المانع من ظهور ملكه في الكسب حق الغرماء وقد سقط حقهم بالضمان فيظهر الملك له فيه من حين اكتسبه العبد فتبين انه وطى ملك نفسه فلا يلزمه العقر ولو أعتق المولى جارية العبد المأذون وعليه دين محيط ثم وطئها فجاءت بولد فادعاه المولى صحت دعوته والولد حر ويضمن قيمة الجارية للغرماء لما قلنا لان الاعتراف السابق منه لم يحكم بنفاذه للحال فكان حق الملك ثابتاً له الا أن الجارية ههنا تصير حرة بالاعتاق السابق وعلى المولى العقر للجارية أما صيرورتها حرة بالاعتاق السابق فلان الاعتراف السابق كان نقاذه موقوفاً على سقوط حق الغرماء وقد سقط بدعوة المولى فنفذ فصارت حرة بذلك الاعتراف (وأما) لزوم العقر للجارية فلان الوطء صادم الحرة من وجهه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ويملك المولى بيع العبد المأذون اذا لم يكن عليه دين لانه خالص ملكه وان كان عليه دين لا يملك بيعه الا باذن الغرماء أو باذن القاضي بالبيع للغرماء أو بقضاء الدين ولو أذن له بعض الغرماء بالبيع لا يملك بيعه الا باجازة الباقي لما نذكره في بيان حكم تعلق الدين ويملك أخذ كسب العبد من يده اذا لم يكن عليه دين لانه فارغ عن حاجته فكان خالص ملكه ولو لحقه دين بعد ذلك فالأخذ سالم للمولى لان شرط خلوص الملك له فيه كونه فارغاً عند الأخذ وقد وجد ولو كان الكسب في يد العبد ولا دين عليه فلم يأخذ المولى حتى لحقه دين ثم أراد أن يأخذه لا يملك أخذه لانه لم يوجد الفراغ عند الأخذ فلم يوجد الشرط وان كان عليه دين وفي يده كسب لا يملك أخذه لانه مشغول بحاجته لتعلق حق الغرماء به ولو أخذه المولى فللغرماء أن يأخذوه ومنه ان كان قائماً وقيمته ان كان هالكا لتعلق حقهم بالأخذ فعليه رد عينه أو بدله ولو لحقه دين آخر بعد ما أخذه المولى اشترك الغرماء الا ولون والآخر في المأخوذ وأخذه واعينه أو قيمته لان زمان الاذن مع تعدده حقيقة في حكم زمان واحد كزمان المرض فكان زمان تعلق الديون كلها واحداً لذلك اشتر كوافيه ولو كان المولى يأخذ الغلة من العبد في كل شهر فليحقه دين محيط برقبته وكسبه فهل يجوز له قبض الغلة مع قيام الدين ينظر ان كان يأخذ عاينه مثله جاز له ذلك استحساناً والقياس أن لا يجوز لان حقهم يتعلق بالغلة الا انا استحسنا الجواز نظراً للغرماء لان الغلة لا تحصل الا بالتجارة فلم يمنع المولى عن أخذ غلة المثل لحجره عن التجارة فلا يتمكن من الكسب فيتضرر به الغرماء فكان اطلاق هذا القدر وسيلة الى غرضهم فكان تحصيل الغلة من حيث المعنى وليس له ان يأخذ أكثر من غلة المثل ولو أخذ رد الفضل على الغرماء لان امتناع ظهور حقهم في غلة المثل للضرورة ولا ضرورة في الزيادة فيظهر حقهم فيها مع ما ان في اطلاق ذلك اضراراً بالغرماء لان المولى يوظف عليه غلة تستغرق كسب الشهر فيتضرر به الغرماء وعلى هذا اذا كان على العبد دين وفي يده مال فاختلف العبد والمولى فالقول قول العبد ويقضى منه الدين لان الكسب في يده والمأذون في اكسابه التي في يده كالحر ولو كان المال في يدهما فهو بينهما لا استواءهما في اليد وان كان ثمة ثالث فهو بينهم اثلاً لما قلنا ولو لم يكن عليه دين فاختلف العبد والمولى وأجنبي فهو بين المولى والاجنبي لانه اذا لم يكن عليه دين فلا عبرة ليدته فكانت يده ملحقه بالعدم فبقيت يد المولى والاجنبي فكان الكسب بينهما نصفين وهذا اذا لم يكن العبد في منزل المولى فان كان في منزل المولى وفي يده ثوب فاختاراً فان كان الثوب من تجارة العبد فهو له لانها استوى باقى ظاهر اليد وترجع يد العبد بالتجارة وان لم يكن من تجارته فهو للمولى لان الظاهر شاهد للمولى ولو كان العبد راكباً على دابة أو لا يسأو بافوه للعبد سواء كان من تجارته أو لم يكن لانه ترجع يده بالتصرف فكانت أولى من يد المولى ولو تنازع المأذون وأجنبي في يده من المال فالقول قول العبد لما ذكرنا انه فيما يرجع الى السيد كالحر ولو أجاز الحر أو المأذون نفسه من خياط يخطط معه أو من تاجر يعمل معه وفي يد الاجير ثوب واختلفا فقال المستأجر هو ولي وقال الاجير هو ولي فان كان الاجير في حانوت التاجر والخياط فهو للتاجر والخياط

وان لم يكن في منزله وكان في السكة فهو للاجير لان الاجير اذا كان في دار الخياط ودار الخياط في يد الخياط كان الاجير مع ما في يده في يد الخياط ضرورة واذا كان في السكة لم يكن هو في يده فكذا ما في يده كما لو كان مكان الاجير اجنبي ولو اجر المولى عبده المحجور من رجل ومعه ثوب فادعاه المولى والمستاجر فهو للمستاجر سواء كان العبد في منزل المستاجر أو لم يكن بخلاف الاجير اذا لم يكن في منزل المستاجر أنه يكون للاجير دون المستاجر (ووجه) الفرق بان يد العبد يد نيابة عن المولى وقد صار مع ما في يده بالاجارة في يد المستاجر فكان القول قول صاحب اليد فاما يد الاجير فيد اصاله اذ هو في حق اليد كالحرف فلا يصير بنفس الاجارة في يد المستاجر ولو كان المحجور في منزل المولى فهو للمولى لانه اذا كان في منزل المولى كان في يده لكون منزله في يده فتزول يد المستاجر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الغرور في العبد المأذون فنقول وبالله التوفيق اذا جاء رجل بعبد الى السوق وقال هذا عبي أدنت له بالتجارة فبايعوه فبايعه أهل السوق فله حقه دين ثم استحق أوتين انه كان حراً أو مدبراً أو أم ولد فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان الرجل حراً واما ان كان عبداً فان كان حراً فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الدين أما وجوب أصل الضمان عليه فلا نه غرهم بقوله هذا عبي فبايعوه حيث أضاف العبد الى نفسه وأمرهم بما يعته فيلزمه ضمان الغرور وهذا لان أمره اياهم بالمبايعه اخبار منه عن كونه مأذوناً في التجارة واطافه العبد الى نفسه اخبار عن كونه مملوكاً والاذن بالتجارة مع عبد الاذن بوجوب تعلق الدين برقبته فكان الاذن مع الاضافة دليلاً على الكفالة بما يتعلق برقبته التي هي مملوكة له فيؤخذ بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) وجوب الاقل من قيمة العبد ومن الدين فلان الداخل تحت الكفالة هذا القدر وللغرماء أن يرجعوا على الذي ولي مبايعتهم ان كان حراً لانه الذي باشر بسبب الوجوب حقيقة وان كان مستحقاً أو مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد يرجع عليهم بعد العتق لان رقابهم لا تحتل الاستيفاء قبل العتاق وسواء قال أدنت له بالتجارة أو لم يقل لان الامر بالمبايعه يغني عن التصريح بالاذن وسواء أمر بتجارة عامة أو خاصة لان التخصيص لغو عندنا بخلاف ما اذا قال ما بيعت فلان من البر فهو على أنه لا يصير كغيره لان هناك التخصيص صحيح لوقوع التصرف في كفالة مقصودة والكفالة المقصودة محتمة للتخصيص فأما هنا فالكفالة له ما ثبتت مقصودة وانما ثبتت مقتضى الامر بالمبايعه والامر لا يحتل التخصيص فكذا الكفالة هذا اذا أضاف العبد نفسه وأمرهم بما يعته فأما اذا وجد أحد همدون الآخر لا ضمان عليه لان معنى الكفالة لا يثبت بأحد همدون الآخر فلا بد من وجودهما ولو كان هذا العبد الذي أضافه الى نفسه وامر الناس بما يعته مملوكاً لآمر فذره المولى ثم لحقه دين بعد التدبير ليعضن المولى شيئاً لانه لم يغرمهم حيث لم يظهر الامر بخلافه فلا يلزمه ضمان الغرور وكذا لم يتلف عليهم حقهم بالتدبير لانعدام الدين عنده وكذا لو أعتقه المولى ثم بايعوه لما قلنا هذا اذا كان الامر حراً فأما اذا كان عبداً فان كان محجوراً فلا ضمان عليه حتى يعتق لان هذا ضمان كفالة وكفالة العبد المحجور لا تنفذ للحال وان كان مأذوناً أو مكاتباً وكان المأذون حراً لا ضمان على الامر في شيء وكذا لو كان الامر صبيماً مأذوناً لان المأذون والمكاتب لا تنفذ كفالتهم للحال ولكنها تنعقد فيؤاخذن به بعد العتق والصبي لا تنعقد كفالته فلا يؤاخذ بالضمان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الدين الذي يلحق المأذون فنقول وبالله التوفيق حكمة تعلقه بحمل يستوفي منه اذا ظهر فلا بد من بيان سبب تعلق الدين وبيان سبب ظهور الدين وبيان حكم التعاق أما بيان سبب تعلق الدين فلتعلق الدين أسباب منها التجارة من البيع والشراء والاجارة والاستئجار والاستدانة ومنها ما هو في معنى التجارة كالغصب وجحود الامانات من الودائع ونحوها لان الغصب وجحود الامانة سبب لجحوب الملك في المقصوب والمحجود فكان في معنى التجارة وكذا الاستهلاك مأذوناً كان أو محجوراً بان عقرباً أو خرق ثوباً خرقاً فاحشاً

لأنه سبب لثبوت الملك في العين قبل الهلاك فكان في معنى التجارة وكذلك عقر الجارية المستحقة بان اشترى جارية فوطئها ثم استحققت لان الواجب وان كان قيمة منافع البضع لكن منافع البضع لا تقوم الا بالعقد فتلحق بالواجب بالعقد فكان في حكم ضمان التجارة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ومنها النكاح باذن المولى لانه

لم يشرع بدون المهر

فصل وأما بيان سبب ظهور الدين فسبب ظهوره شيان أحدهما اقراره بالدين وبكل ما هو سبب لتعلق الدين بمحل يستوفي منه وهو ما ذكرنا لان اظهار ذلك بالاقرار من ضرورات التجارة على ما بينا في ملكه المأذون والثاني قيام البيعة على ذلك عند الانكار لان البيعة حجة مظهره للحق ولا ينتظر حضور المولى بل يقضى عليه ولو كان محجورا فقامت البيعة عليه بالغصب لم يقض عليه حتى يحضر المولى (وجه) الفرق أن الشهادة في المأذون قامت عليه لا على المولى لان يد التصرف له لا للمولى فيملك الخصومة فكانت الشهادة قائمة عليه لا على المولى فلا معنى لشرط حضور المولى بخلاف المحجور لانه لا يملك الخصومة فكانت الشهادة قائمة على المولى فشرط حضوره لئلا يكون قضاء على الغائب ولو ادعى على العبد المحجور ودیعة مستهلكة أو بضاعة أو شيئا كان أصله أمانة لا يقضى بها للحال عند أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبي يوسف رحمه الله يقضى بها للحال بناء على أن العبد لا يؤخذ بضمان ودیعة مستهلكة للحال عندهما وانما يؤخذ به بعد العتاق فيتوقف القضاء بالضمان اليه وعنده يؤخذ به للحال فلا يتوقف والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك لو أقامت البيعة على اقرار المأذون بذلك قضى عليه ولا يشترط حضور المولى ولو قامت البيعة على اقرار المحجور بالغصب لم يقض عليه وان كان المولى حاضرا لان المحجور لو أقر بذلك لما نفذ على مولاه للحال كذا اذا قامت البيعة على اقراره بخلاف المأذون ولو قامت البيعة على العبد المأذون أو المحجور على سبب قصاص أو حرم من القتل والقذف والزنا والشرب لم يقض بها حتى يحضر المولى عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يقضى بها وان كان غائبا واجمعوا على أنه لو أقر بالحدود والقصاص فانها تقام من غير حضرة المولى (وجه) قول أبي يوسف ان العبد أجني عن المولى فيما يرجع الى الحدود والقصاص ألا ترى انه يصبح اقراره بهما من غير تصديق المولى ولا يصبح اقرار المولى من غير تصديقه فكانت هذه شهادة قائمة عليه لا على المولى فلا يشترط حضوره ولهذا لم يشترط حضرة المولى في الاقرار (وجه) قولهما أن العبد بجميع أجزائه مال المولى واقامة الحدود والقصاص اتلاف ماله عليه فيصان حقه عن الاتلاف ما أمكن وفي شرط الحضور صيانة حقه عن الاتلاف بقدر الامكان لانه لو كان حاضرا عصى يدعى شبهة مانعة من الاقامة وحق المسلم تجب صيانتة عن البطالان ما أمكن ومثل هذه الشبهة مما لا ينعقد في الاقرار بعد محبته لذلك افترقا وكذلك اذا قامت البيعة على عبد أنه سرق عشرة دراهم وهو مجحد ذلك انه لو كان المولى حاضرا قطع ولا يضمن السرقة مأذونا كان أو محجورا بلا خلاف لان القطع مع الضمان لا يجتمعان وان كان غائبا فاذا كان العبد مأذونا يضمن السرقة ولا يقطع لان غيبة المولى لا تمنع القضاء بالضمان في حق المأذون ومتى وجب الضمان امتنع القطع لانهم لا يجتمعان وعلى قياس أبي يوسف هذا الفصل الاول سواء يقطع ولا يضمن السرقة ولا حضرة المولى عنده ليس بشرط للقضاء بالقطع والقطع يمنع الضمان وان كان محجورا لا تسمع البيعة على السرقة فلا يقضى عليه بقطع ولا ضمان عندهما (أما) القطع فلان حضرة المولى شرط ولم يوجد (وأما) الضمان فلان غيبة المولى تمنع القضاء بالضمان في حق المحجور وعنده يقطع ولا يضمن لما قلنا ولو قامت البيعة على سرقة مادون النصاب فان كان مأذونا قبلت ولزمه الضمان دون القطع سواء حضر المولى أو غاب لان سرقة مادون النصاب لا توجب القطع فبقى دعوى السرقة ودعوى الضمان على المأذون وحضرة المولى ليست بشرط للقضاء بالضمان على المأذون وان كان محجورا لا تسمع بينته أصلا (أما) على القطع فظاهر وأما على المال فلان حضور المولى شرط للقضاء على

المحجور بالمال ولو قامت البينة على اقرار المأذون أو المحجور بسبب القصاص أو الحد لزمه القود وحدد القذف حضر المولى أو غاب ولا يلزمه ماسواهما من الحدود وإن كان المولى حاضر لأن القصاص حق العبد وكذا حد القذف فيه حق العبد وسائر الحدود وحقوق الله سبحانه وتعالى خالصا للبينة وإن أظهرت الاقرار فلا نكار منه رجوع عن الاقرار والرجوع عن الاقرار يصح في حقوق الله تبارك وتعالى لا في حقوق العباد فيجب القصاص وحد القذف ويستقطم ماسواهما غير أنه إذا قامت البينة على اقراره بالسرقة يلزمه الضمان إن كان مأذوناً وسواء بلغ نصاباً أو لم يبلغ حضر المولى أو غاب لأن سقوط القطع للرجوع والرجوع في حق المال لم يصح فيجب الضمان سواء كان المولى حاضراً أو غائباً لأن القضاء بالمال على المأذون لا يقف على حضور المولى ولو كان محجوراً لا قطع عليه ولا ضمان أما القطع فلمكان الرجوع وأما الضمان فلأن اقرار المحجور بالمال غير نافذ في الحال فلا تصح إقامة البينة عليه ولو قامت البينة على الصبي المأذون أو المعتوه المأذون على قتل أو سبب حد قبلت على القتل وتحبب الدية على العاقلة ولا تقبل على الحد لتصور سبب وجوب الدية منه وهو القتل الخطأ لأن عمد الصبي خطأ وانعدام تصور سبب وجوب الحد منه من الزنا وغيره غير أنه إذا قامت البينة عليه على السرقة قبلت على المال وضمنه القاضى لأن الصبي المأذون من أهل القضاء عليه بالمال ولو قامت البينة على اقراره بالقتل لم تقبل لأن اقرار الصبي غير صحيح فلا تقبل البينة عليه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

فصل في ما يبان محل التعلق فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في أن الدين يتعلق بكسب العبد لأن المولى بالأذن بالتجارة عينه للاستيفاء أو تعين شرعا نظر الغرماء سواء كان كسب التجارة أو غيره من الهبة والصدقة والوصية وغيرها وهذا قول علماءنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله لا يتعلق إلا بكسب التجارة وتكون الهبة وغيرها للمولى (وجهه) قول زفر أن التعلق حكم الأذن والأذن بالتجارة لا لغيرها وهذه ليست من كسب التجارة فلا يتعلق بها الدين (ولنا) أن شرط ثبوت الملك للمولى في كسب العبد أى كسب كان فراغه عن حاجة العبد للفقهاء الذى ذكرنا من قبل ولم يوجد الفراغ فلا يثبت الملك له وسواء حصل الكسب بعد لحوق الدين أو كان حاصل قبله إلا الولد والارث فان ما ولدت المأذونة من غير مولاهما بعد لحوق الدين يتعلق به وما ولدته قبل ذلك لا يتعلق الدين به ويكون للمولى وكذلك الارش بان فقتت عينها فوجب الارش على الفاق (وجهه) الفرق أن التعلق بالولد بحكم السراية من الأم اليه لأن الولد يحدث على وصف الأم ومعنى السراية انما يتحقق في الحادث بعد لحوق الدين لا قبله لأنه كان ولادين على الأم فلما حدث حدث على ملك المولى وكذلك الارش في حكم الولد لأن الولد جزء منفصل من الأصل والارش بدل جزء منفصل من الأصل وحكم البديل حكم الأصل وأما تعلقه بغيرهما فليس بحكم السراية بل الشغل بحاجة العبد فاذا لم يزرعه المولى من يده حتى لحقه دين محيط فقد صار مشغولاً بحاجته فلا يظهر ملك المولى فيه فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم وهما فرق آخر وهما الولد المولود بعد لحوق الدين يدخل في الدين ولداً الجنابة لا يدخل في الجنابة لأن دخوله في الدين بحكم السراية لأن الدين يتعلق برقبة الأم فسرى ذلك الى الولد فحدث على وصف الأم والجنابة لا تحتل التعلق بالرقبة فلا تحتل السراية فهو الفرق ولو أذن له المولى دفع اليه مالاً ليعمل به فباع واشترى ولحقه دين لا يتعلق الدين بالمال المدفوع اليه لأن الدين يتعلق بكسب العبد وإذا ليس كسبه أصلاً فلا يتعلق به وأما رقبة العبد فهل يتعلق الدين بها اختلف فيه قال علماءنا الثلاثة رضى الله تعالى عنهم يتعلق وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا يتعلق (وجهه) قولهما أن هذا إن كان دين العبد فالرقبة ملك المولى ودين الإنسان لا يقضى من مال مملوك لغيره إلا بأذنه ولم يوجد وإن كان دين المولى فلا يتعين له مال دون مال كسائر ديون المولى وانما يقضى من الكسب لوجود التعيين فالأذن من المولى دلالة الأذن بالتجارة لأنه قضاء دين التجارة من كسب التجارة فكان مأذوناً فيه دلالة ومثل هذه الدلالة لم يوجد في الرقبة لأن رقبة العبد ليست من كسب التجارة (ولنا) أن قول هذا دين العبد لكن ظهر وجوبه عند

المولى ودين العبد اذا ظهر وجوبه عند المولى يقضى من رقبته التي هي مال المولى كدين الاستهلاك أو نقول هذا دين المولى فيقضى من المال الذي عينه المولى للقضاء منه كالرهن والمولى بالاذن عين الرقبة لتضام الدين منها فيتعين بتعيين المولى والله سبحانه وتعالى أعلم واذا كان الرقبة والكسب كل واحد منهما محلاً لتعلق الدين به فاذا اجتمع الكسب والرقبة يبدأ بالاستيفاء من الكسب لان الكسب محل للتعلق قطعاً ومحلية الرقبة لتعلق محل الاجتهاد فكانت البدلية بالكسب أولى فاذا قضى الدين منه فان فضل من الكسب شئ فهو للمولى لانه كسب فارغ عن حاجة العبد وان فضل الدين يستوفى من الرقبة عندنا فان فضل على الثمن يتبع العبد به بعد العتاق على ما ذكره

فصل وأما بيان حكم التعلق فنقول والله تعالى التوفيق ان لتعلق الدين أحكاماً منها ولاية طلب البيع للغرماء من القاضى لان معنى تعلق الدين منه ليس الاتيينه لاستيفاء الدين منه وهو في الحقيقة تعين ماله للطلب للاستيفاء لان استيفاء الدين من جنسه يكون وذلك ماله لا عينه وذلك يبعه وأخذ ثمنه الا ان يقضى المولى ديونهم فتخلص له الرقبة لان حقهم في الماله دون العين وقد قضى حقهم فبطل التعلق ومنها انه اذا بيع العبد كان ثمنه بين الغرماء بالحصص لان الثمن بدل الرقبة فيكون لهم على قدر تعلق حقهم بالمبدل وهو الرقبة وكان ذلك بالحصص فكذا الثمن كضمن التركة اذا بيعت ثم اذا بيع العبد فان فضل شئ من ثمنه فهو للمولى وان فضل الدين لا يطالب المولى به لانه لا دين على المولى ويتبع العبد به بعد العتاق لان الدين كان عليه الا أن القدر الذي تعلق برقبته صار مضمياً فبقى القاضى له واما بيع العبد في الدين اذا كان حالاً فان كان مؤجلاً لا يباع الى حل الاجل لان البيع يتبع التعلق والتعلق يتبع الوجوب والوجوب على التضييق لا يثبت الا بعد حل الاجل فكذا التعلق ولو كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً فطلب أصحاب الحال البيع بآعه القاضى وأعطى أصحاب الحال قدر حصصهم وأمسك حصصة أصحاب الاجل لان التعلق على التضييق ثبت في حق أصحاب الحال لا في حق أصحاب الاجل وكذلك لو كان الغرماء بعضهم حضوراً وبعضهم غيباً فطلب الحضور البيع من القاضى بآعه القاضى وأعطى الحضور حصصهم ووقف حصصة الغيب لان لكل واحد منهم على الاثر ادينامتهما بالرقبة وذا بوجوب التحريم الى البيع فغيبه البعض لا تكون مانعة وكذلك اذا كان بعض الديون ظاهراً والبعض لا يظهر لكن ظهر سبب وجوبه بان كان عليه دين ففقر شراً على طريق المسلمين فطلب الغريم البيع بآعه القاضى في دينه وأعطاه دينه وان كان لا يفضل الثمن عن دينه شيئاً لان ظهور دينه أو وجب التعلق برقبته فلا يجوز ترك العمل بالظاهر بما يظهر ثم اذا وقعت فيها بهيمة فعطيت رجوع صاحب البهيمة على الغريم فيتضاربان فيضرب صاحب البهيمة قيمتها ويضرب الغريم بدينه فيكون الثمن بينهما بالحصص لان الحكم مستند الى وقت وجود سببه فيتبين انه كان شريكاً في الرقبة في تعلق الدين فيشاركان في بدلها بالحصص ولو كان عليه دين فاقر قبل ان يباع لغائب يصدق في ذلك صدقه المولى والغرماء أو كذبوه لان اقرار المأذون بالدين صحيح من غير تصديق المولى لما بينا واذا بيع وقف القاضى من ثمنه حصصة الغائب ولو أقر بدين لغائب بعد ما يبيع في الدين لم يحجز اقراره وان صدقه المولى لانه اذا بيع فقد صار محجوراً عليه واقرار المحجور بالدين لا يصح وان صدقه المولى فان قدم الغائب وأقام بينة على الدين اتبع الغرماء بحصته من الثمن لانه باقامة البينة ظهر ان كان شريكهم في الرقبة في تعلق الدين فشاركهم في بدلها ولا سبيل له على العبد ولا على المشتري لان حقه في الدين ومحل تعلقه الرقبة لا غير فلا سبيل له على غيرها والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها انه لا يجوز للمولى بيع العبد الذي عليه دين الا باذن الغرماء أو بقضاء الدين أو باذن القاضى بالبيع للغرماء ولو باع لا ينفذ الا اذا وصل اليهم الثمن وفيه وفاء بديونهم لان حق الغرماء متعلق برقبته وفي البيع ابطال هذا الحق عليهم فلا ينفذ من غير ظاهم كبيع المرهون الا ان يصل ثمنه اليهم وفيه وفاء بديونهم فينفذ لما بينا ان حقهم في معنى الرقبة لا في صورتها فصارت كماله قضى المولى الدين من خالص ماله ودل اطلاق هذه الرواية على ان الدين حال قيام الكسب بتعلق بالكسب والرقبة جميعاً لانه بقي جواز بيع المولى مطلقاً عن شرط عدم الكسب ولو كان قيام الكسب مانعاً من التعلق بالرقبة

لجأ لان الرقبة اذ ذاك تكون خالص ملك المولى وتصرف الانسان في خالص ملكه نافذا لان يحمل على حال عدم الكسب حملاً للمطلق على المقيد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أذن له بعض الغرماء بالبيع لم يحجز الا ان يحجزه الباقيون لتعلق حق كل واحد بالرقبة فكان البيع تصرفاً في حق الكل فلا ينفذ من غير اجازتهم ثم فرق بين بيع المولى وبين بيع الوصي التركة في الدين من غير اذن الغرماء انه ينفذ هناك وهنا لا ينفذ (وجهه) الفرق ان الغرماء حق استسعاء المأذون وهذا الحق يبطل بالبيع فكان امتناع النفاذ مفيداً وليس للغرماء ولاية استسعاء التركة لما فيه من تأخير قضاء دين الميت فكان عدم النفاذ للوصول الى الثمن خاصة وانه يحصل ببيع الوصي فلم يكن التوقف مفيداً فلا يتوقف هذا اذا كان الدين حالاً فان كان مؤجلاً فلا ينفذ البيع في ظاهر الرواية لان المانع من النفاذ هو التعلق عن التصديق ولم يوجد ثم اذا حل الاجل فان كانت ديونهم مثل الثمن أو أقل أخذوا منه وان كانت ديونهم أكثر من الثمن ضمنوا المولى الى تمام قيمة العبد وروى عن محمد رحمه الله في النوادر انه لا ينفذ بيع المولى لوجود أصل التعليق هذا اذا كان العبد قائماً في يد المشتري فان كان هالكاً فالغرماء بالخيار ان شاءوا ضمنوا المولى وان شاءوا ضمنوا المشتري قيمة العبد لان كل واحد منهما غاصب لحقهم فكان لهم تضمين أيهما شاءوا فان اختاروا تضمين المولى فقد بيعه لانه خلص ملكه فيه عند البيع باختيار الضمان فكأنهم باعوه منه ثمن هو قدر قيمته واشتراه منهم به حتى لو وجد المشتري به عيباً بعده لا يملكه ان يرجع بالتقصان على المولى والمولى ان يرجع به على الغرماء وان اختاروا تضمين المشتري بطل البيع لانه يمكن تملكه منه بالضمان فبطل واسترد الثمن ولو لم يملك العبد في يد المشتري ولكن غاب المولى فان وجدوه ضمنوه القيمة وان لم يجدوه فلا خصومة بينهم وبين المشتري عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله هذا وما اذا كان المولى حاضراً أسوأ والله أعلم بالصواب هذا الذي ذكرنا حكم تعلق الدين بالرقبة عند الاقرار فاما حكم تعلقه عند الاجتماع بان اجتمع الدين والجناية فتقول والله التوفيق اذا اجتمع الدين والجناية بان قتل العبد المأذون رجلاً خطأ وعليه دين لا يبطل الدين بالجناية لان حكم الجناية في الأصل وجوب الدفع وله سبيل الخروج عنه بالقداء أو التخيير بين الدفع والقداء وهذا لا ينافي الدين لانه يمكن دفعه متعلقاً بركبته بالدين وكذا لا ينافيه القداء لاشك فيه فان اختار الدفع فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان حضر أصحاب الدين والجناية معاً واما ان حضر أصحاب الجناية واما ان حضر أصحاب الدين فان حضر أصحاب الدين والجناية جميعاً يدفع العبد الى أولياء الجناية ثم يبيعه القاضى للغرماء في دينهم فان اذادفعناه بالجناية فقد راعينا حق أصحاب الجناية بالدفع اليهم وراعيانا حق الغرماء بالبيع بدنيهم واذادفعناه الى أصحاب الدين أبطلنا حق أصحاب الجناية لتعذر الدفع بعد البيع اذ الثابت للمشتري ملك جسد يدخل عن الجناية فكانت البداية بالجناية مراعاة الحقين من الجانبين فكان أولى ثم في الدفع الى أصحاب الجناية ثم البيع بالدين فائدة وهي الاستخلاص بالقداء لان الناس في أعيان الاشياء غائب ما ليس في ابدائها واذادفعه المولى الى أصحاب الجناية فالتقاس ان يضمن قيمته للغرماء لانه يصير ملكهم بالدفع فكان الدفع منه تملكاً منهم بمنزلة البيع وفي الاستحسان لا يضمن لان الدفع واجب عليه ومن أنى بفعل واجب عليه لا يضمن لان الضمان نعه عن اقامة الواجب فيتناقض ثم اذادفعه اليهم فبيع للغرماء فان فضل عن دينهم شيء من الثمن صرف الى أصحاب الجناية لان العبد صار ملكهم بالدفع اليهم وانما يبيع على ملكهم الا ان أصحاب الدين أولى بثمنه بقدر دينهم فبقى القاضل من دينهم على ملك أصحاب الجناية كما اذا لم يكن هناك جناية فباعه القاضى للغرماء وفضل من ثمنه شيء ان القاضل يكون للمولى كذا هذا ولودفعه المولى الى أصحاب الدين بدنيهم ان كان عالماً بالجناية لزمه الارش لانه صار مختاراً للقداء وان لم يكن عالماً يلزمه قيمة العبد لان الواجب الاصل دفع عين العبد وانما القداء للخروج عنه بطريق الرخصة على ما بينا والدفع من غير علم لا يصلح دليل اختيار القداء فبقى دفع العين واجبا وقد تعدد دفع عينه بالدفع الى أصحاب الدين فيجب دفع قيمته اذ هو دفع العين معنى وان حضر أصحاب الجناية أولاً فكذلك يدفع العبد اليهم ولا

ينظر حضور الغرماء لانهم لو كانوا حضورا لكان الحكم هكذا فلا معنى للانتظار وان حضر أصحاب الدين أولا فان كان القاضي عالما بالجناية لا يبيعه في ديونهم لان في البيع ابطال حق أصحاب الجناية وان لم يكن عالما بها فباعه بطل حق أصحاب الجناية حتى لو حضر وابتعد ذلك لضمان على القاضي ولا على المولى اما القاضي فلانه لا عهدة تلزم القاضي فيما يفعله لكونه أمينا واما المولى فلانه باعه بامر القاضي فكان مضاعفا الى القاضي ولو كان باعه بغير اذن القاضي فان باعه مع علمه بالجناية يلزمه الارش لانه صار مختارا للقداء وان لم يكن عالما بالجناية يلزمه الاقل من قيمة العبد ومن الارش لما بينا والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يبطل به الاذن بعد وجوده فتقول ان الاذن بالتجارة يبطل بضده وهو الحجر فيحتاج الى بيان ما يصير العبد به محجورا أو ذلك أنواع بعضها يرجع الى المولى وبعضها الى العبد اما الذي يرجع الى المولى فثلاثة أنواع صريح ودلالة وضرة والصريح نوعان خاص وعام أما العام فهو الحجر باللسان على سبيل الاشهار والاشاعة بان يحجره في أهل سوقه بالنداء بالحجر وهذا النوع من الحجر يبطل به الاذن الخاص والعام جميعا لان الاذن بالتجارة غير لازم فكان محتملا للبطلان والشيء يبطل بمثله وبما هو فوقه وأما الخاص فهو ان يكون بين العبد وبين المولى ولا يكون على سبيل الاستفاضة والاشتهار وهذا النوع لا يبطل به الاذن العام لان الشيء لا يبطل بما هو دونه ولان الحجر اذا لم يشتهر فالناس يعاملونه بناء على الاذن العام ثم يظهر الحجر فيلحقهم ضرر الغرور وهو اتلاف ديونهم في ذمة القلس ومعنى التعزير لا يتحقق في الاذن العام لان الناس يمتنعون عن معاملته فلا يلحقهم ضرر الغرور ويبطل به الاذن الخاص لان الحجر صحيح في حقهما حسب صحة الاذن فجاز ان يبطل به لان الشيء يحتمل البطلان بمثله ومن شرط صحة هذين النوعين علم العبد بهما فان لم يعلم لا يصير محجورا لان الحجر منع من تصرف شرعي وحكم المنع في الشرائع لا يلزم الممنوع الا بعد العلم كافي سائر الاحكام الشرعية ولو أخبره بالحجر رجلا أو رجلا وامراأتان عدلا كان أو غير عدل صار محجورا بالاجماع وكذلك اذا أخبره واحد عدل رجلا كان أو امرأة حراً أو عبدا أو أخبره واحد غير عدل وصدقه لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدد والعدالة والذكورة والحرية اذا صدقه فيه وأما اذا كذبه فلا يصير محجورا عند أبي حنيفة رحمه الله وان ظهر صدق الخبر وعندهما يصير محجورا صدقه أو كذبه اذا ظهر صدق الخبر ولو كان الخبر رسولا يصير محجورا بالاجماع صدقه أو كذبه ولو اشترى المأذون عبدا فأذن له بالتجارة فحجر المولى على أحدهما فان حجر على الأسفل لم يصح سواء كان على الأعلى دين أو لم يكن لانه مأذون من جهة الأعلى لا من جهة المولى وان حجر على الأعلى ينظر ان لم يكن عليه دين لا يصير الأسفل محجورا عليه لانه اذا لم يكن عليه دين فهما عبدان مملوكان للمولى فيصير كانه أذن لهما ثم حجر على أحدهما ولو كان كذلك ينحجر أحدهما بحجر الآخر كذا هذا وان كان على الأعلى دين يصير محجورا عند أبي حنيفة وعندهما لا يصير محجورا بناء على ان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده وعندهما يملك (وجهه) البناء انه لما لم يملك عبده وقد استفاد الاذن من جهة الأعلى لا من جهة المولى صار حجره الأعلى كونه ولو مات لصار الثاني محجورا كذا هذا ولما ملك عندهما صار الجواب في هذا وفي الاول سواء والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وأما الدلالة فأنواع منها البيع وهو ان يبيعه المولى ولادين عليه لانه زال ملكه بالبيع وحدث للمشتري فيه ملك جديد فيزول اذن البائع لزوال ملكه ولم يوجد الاذن من المشتري فيصير محجورا ومنها الاستيلاد بان كان المأذون جارية فاستولدها المولى استحسانا والقياس ان لا يبطل به الاذن لانها قادرة على التصرف بعد الاستيلاد (وجهه) الاستحسان ان التجارة لا بد لها من الخروج الى الاسواق وأمهات الاولاد ممنوعات عن الخروج في العادات فكان الاستيلاد حجرا لدلالة وأما التدبير فلا يكون حجرا لانه لا ينفي الاذن اذا الاذن اطلاق والتدبير لا ينافيه ومنها الحقوق بدار الحرب مرتدا لان الزد مع الحقوق توجب زوال الملك وهذا يمنع بقاء الاذن فكان حجر ادلالة فان لم يلحق بدار الحرب فعلى قياس قول أبي

حنيفة رضى الله عنه ينبغي ان يقف تصرف المأذون بعد الردة وعلى قياس قوله ما ينفذ والله تعالى أعلم بالصواب وأما الضرورة فأنواع أيضا منها موته لأن الموت مبطل للملك وبطلان الملك يوجب بطلان الأذن على ما بينا ومنها جنونه جنونا مطبقا لأن أهلية الأذن شرط بقاء الأذن لأن الأذن بالتجارة غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء ثم ابتداء الأذن لا يصح من غير الأهل فلا يبقى أيضا والجنون المطبق مبطل للأهلية فصارت جورا فان أفاق يعود مأذونا لأن بطلان الأذن لبطلان الأهلية مع احتمال العود فإذا أفاق عادت الأهلية فعاد مأذونا وصار كالموكل إذا أفاق بعد جنونه أنه تعود الوكالة كذا هذا وأما الانغماء فلا يوجب الحجر لأنه لا يبطل الأهلية لكونه على شرف الزوال ساعة فساعة عادة ولهذا لا يمنع وجوب سائر العبادات وأما الذي يرجع إلى العبد فأنواع أيضا منها إبقائه لأنه بالباقي تنقطع منافع تصرفه عن المولى فلا يرضى به المولى وهذا يناق الأذن لأن تصرف المأذون برضا المولى ومنها جنونه جنونا مطبقا لأنه مبطل لأهلية التجارة على وجه لا يحتمل العود إلا على سبيل التدرية والزوال ماهو معنى عليه وهو العقل فلم يكن في بقاء الأذن فائدة فيبطل ولو أفاق بعد ذلك لا يعود مأذونا بخلاف الموكل والله سبحانه وتعالى علم وأما الجنون الذي هو غير مطبق فلا يوجب الحجر لأن غير المطبق منه ليس بمبطل للأهلية لكونه على شرف الزوال فكان في حكم الانغماء ومنه رده عند أبي حنيفة وعندهما لا يوجب الحجر بناء على وقوف تصرفاته عنده ونقودها عندها ومنها لحوقه بدار الحرب مرتدا لأن المحقوق بدار الحرب مرتدا بمنزلة الموت فكان مبطلا للأهلية فيصير محجورا لكن عند أبي حنيفة رحمه الله من وقت الردة وعندهما من وقت المحقوق والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الحجر فهو انحجار العبد في حق المولى عن كل تصرف كان يملكه بسبب الأذن فلا يملك الاقرار بالدين إذا لم يكن في يده مال لأن محبة اقرار المأذون بالدين لكونه من ضرورات التجارة على ما بينا ولا يملك التجارة فلا يملك الاقرار بما هو من ضروراتها في حق المولى لكن يتبع به بعد العتاق لأن اقراره صحيح في نفسه لصدوره من الأهل لكن لم يظهر للحال لحق المولى فإذا عتق فقد زال المانع فيظهر وإن كان في يده مال ينفذ اقراره فيما في يده عند أبي حنيفة وعندهما لا ينفذ لأنه اقرار المحجور فكيف ينفذ ولا بى حنيفة رضى الله عنه أنه غير محجور فيما في يده ولم يصح الحجر في حق ما في يده لأنه لو صح لتبادر المولى إلى حجر عبيدهم المأذونين في التجارة إذا علموا أن عليهم ديناً لتسلم لهم أكسابهم التي في أيديهم وقد لا يكون للغرماء بينة على ذلك فيتضرر به الغرماء لتعلق ديونهم بدمه العبد المفسد فكان اقراره فيما في يده من المال من ضرورات التجارة فاشبهه اقرار المأذون بخلاف ما إذا لم يكن في يده مال لأن الحجر من المولى للوصول إلى الكسب فإذا لم يكن في يده كسب فلا يحجر فهو الفرق بين الفصلين ولو ظهر عليه الدين بالبينّة أو المعايينة وفي يده كسب فحجره المولى لا سبيل للمولى على الكسب لأن حق الغرماء متعلق به ويملك الاقرار على نفسه بالحد ودوالقصاص صدقه المولى أو كذبه لأنه لا ملك للمولى في نفسه في حق الحدود والقصاص فاستوى فيه تصديقه وتكذيبه ولا يحتاج في إقامتها إلى حضور المولى بالاجماع وفيما إذا ثبت ذلك بينة قامت عليه اختلاف ذكرناه فيما قبل والمحجور في الجناية عمدا أو خطأ والمأذون سواء وموضع معرفة حكم جنايتهما كتاب الديات وسند كره فيه ان شاء الله تعالى

﴿كتاب الاقرار﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الاقرار وفي بيان شرائط التي يصير الركن بها اقرارا شرعا وفي بيان ما يصدق المقر فيها الحق باقراره من القرائن ما لا يكون رجوعا حقيقة وما لا يصدق فيه مما يكون رجوعا عنه وفي بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده أماركن الاقرار فنوعان صريح ودلّة فالصريح نحو أن يقول لقان على ألف درهم لأن كلمة على كلمة إيجاب لغة وشرعا قال الله تبارك وتعالى والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا وكذا إذا قال

لرجل لي عليك ألف درهم فقال الرجل نعم لأن كلمة نعم خرجت جواباً للكلام وجواب الكلام إعادة له لغة كأنه قال لك على ألف درهم وكذلك إذا قال لقائل في ذمتي ألف درهم لأن ما في الذمة هو الدين فيكون إقراراً بالدين ولو قال لقائل قبل ألف درهم ذكر القدرى رحمه الله أنه إقرار بأمانة في يده وذكر الكرخي رحمه الله أنه يكون إقراراً بالدين وجهه ما ذكره الكرخي أن القبالة هي الكفالة قال الله سبحانه وتعالى عز من قائل والملائكة قبيل لا أي كفيلاً والكفالة هي الضمان قال الله تبارك وتعالى وكفلها زكريا على قراءة التخييف أي ضمن القيام بأمرها وجهه ما ذكره القدرى رحمه الله أن القبالة تستعمل بمعنى الضمان وتستعمل بمعنى الأمانة فإن محمداً رحمه الله ذكر في الأصل أن من قال لاحق لي على فلان يبرأ عن الدين ومن قال لاحق لي عند فلان أو معه يبرأ عن الأمانة ولو قال لاحق لي قبله يبرأ عن الدين والأمانة جميعاً فكانت القبالة محتملة للضمان والأمانة والضمان لم يعرف وجوبه فلا يجب بالاحتمال ولو قال له في دراهمي هذه ألف درهم يكون إقراراً بالشركة ولو قال له في مالي ألف درهم ذكر في الأصل أن هذا إقرار له ولم يذكر أنه مضمون أو أمانة واختلف المشايخ فيه قال الجصاص رحمه الله أنه يكون إقراراً بالشركة له كما في الفصل الأول لأنه جعل ماله ظرفاً للمقر به وهو الألف فيقتضي الخلط وهو معنى الشركة وقال بعضهم إن كان ماله محصوراً يكون إقراراً بالشركة وإن لم يكن محصوراً يكون إقراراً بالدين فظاهر إطلاق الكتاب يدل على الإقرار بالدين كيف ما كان لأن كلمة الظرف في مثل هذا تستعمل في الوجوب قال النبي عليه الصلاة والسلام في الرقعة ربع العشر وفي خمس من الأبل السائمة شاة وفي الركا الخمس ولو قال له في مالي ألف درهم لا يكون إقراراً بل يكون هبة لأنه ليس فيه ما يدل على الوجوب في الذمة لأن اللام المضاف إلى أهل الملك للتمليك والتتمليك بغير عوض هبة وإذا كان هبة فلا يملكها إلا بالقبول والتسليم ولو قال له في مالي ألف درهم لاحق له فيها فهو إقرار بالدين لأن الألف التي لاحق له فيها لا تكون ديناً إذ لو كانت هبة لكان لاحقاً ولو قال له عندى ألف درهم فهو ودعة لأن عندى لا تدل على الوجوب في الذمة بل هي كلمة حضرة وقرب ولا اختصاص لهذا المعنى بالوجوب في الذمة فلا يثبت الوجوب إلا بدليل زائد وكذلك لو قال لقائل منى أو في منزلي أو في بيتي أو في صندوق ألف درهم فذلك كله ودعة لأن هذه الألفاظ لا تدل إلا على قيام اليد على المذكور وإذا لا يقتضي الوجوب في الذمة لا محالة فلم يكن إقراراً بالدين فكانت ودعة لأنها في متعارف الناس تستعمل في الودائع فعند الإطلاق تصرف اليها ولو قال له عندى ألف درهم عارية فهو فرض لأن عندى تستعمل في الأمانات وقد فسر بالعارية عارية الدراهم والدناير تكون قرضاً لا يمكن الانتفاع بها الاستهلاكاً كما وعارية ما لا يمكن الانتفاع به الاستهلاكاً يكون قرضاً في المتعارف وكذلك هذا في كل ما يكال أو يوزن لتعذر الانتفاع به بدون الاستهلاك فكان الإقرار بإقرارها إقراراً بالقرض والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الدلالة فهي أن يقول له رجل لي عليك ألف فيقول قد قضيتها لأن القضاء اسم لتسليم مثل الواجب في الذمة فيقتضي ساقية الوجوب فكان الإقرار بالقضاء إقراراً بالوجوب ثم يدعى الخروج عنه بالقضاء فلا يصح إلا بالينة وكذلك إذا قال له رجل لي عليك ألف درهم فقال أترزنها لأنه أضاف الاتزان إلى الألف المدعاة والإنسان لا يأمر المدعى باتزان المدعى إلا بعد كونه واجباً عليه فكان الأمر بالاتزان إقراراً بالدين دلالة وكذلك إذا قال انتقدها لما قلنا ولو قال أترن أو أنتقدها لم يكن إقراراً لأنه لم توجد الإضافة إلى المدعى فيحتمل الأمر باتزان شيء آخر فلا يحمل على الإقرار بالاحتمال وكذلك إذا قال أجلي بها لأن التأجيل تأخير المطالبة مع قيام أصل الدين في الذمة كالدين المؤجل والله تعالى أعلم ولو قال له رجل لي عليك ألف درهم فقال حقاً يكون إقراراً لأن معناه حقت فيما قلت لأن انتصاب المصدر لا بدله من إظهار صدره وهو الفعل ويحتمل أن يكون معناه قل حقاً أو ألتزم حقاً ولكن الأول أظهر وكذلك إذا قال الحق لأنه تعريف المصدر وهو قوله حقاً وكذلك لو قال صدقاً أو الصدق أو يقيناً أو اليقين لما قلنا ولو قال براء أو البراء لا يكون إقراراً لأن لفظة البر مشتركة تذكراً على إرادة الصدق وتذكراً على إرادة التقوى وتذكراً على إرادة الخير فلا يحمل على الإقرار بالاحتمال وكذلك لو قال صلاحاً أو

الصالح لا يكون اقرارا لان لفظة الصالح لا تكون بمعنى التصديق والقرار فإنه لو صرح وقال له صلحت لا يكون تصديقا فيحمل على الامر بالصالح والاجتناب عن الكذب هذا اذا ذكر لفظة مفردة من هذه الالفاظ الخمسة فان جمع بين لفظتين متجانستين أو مختلفتين فحكمه يعرف في اقرار الجامع ان شاء الله تعالى ثم ركن الاقرار لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون ملحقا بقرينة فالمطلق هو قوله لفلان على كذا واما مجرى مجراه خاليا عن القرائن (وأما) الملحق بالقرينة فبيانه يشتمل على فصل بيان ما يصدق للمقر فيما ألحق باقراره من القرائن ما لا يكون رجوعا وما لا يصدق فيه مما يكون رجوعا فنقول القرينة في الاصل نوعان قرينة مغيرة من حيث الظاهر مبنية على الحقيقة وقرينة مبنية على الاطلاق أما القرينة المغيرة من حيث الظاهر والمبنية على الحقيقة فهي المسقطه لاسم الجملة فيعتبر بها الاسم لكن يتبين بها المراد فكان تغيير الصورة تبيينا معنوي (وأما) القرينة المغيرة فتتنوع ثلاثة أنواع نوع يدخل في أصل الاقرار ونوع يدخل على وصف المقر به ونوع يدخل على قدره وكل ذلك قد يكون متصلا وقد يكون منفصلا أما الذي يدخل على أصل الاقرار فنحو التعليق بمشيئة الله تعالى متصلا باللفظ بان قال لفلان على ألف درهم ان شاء الله تعالى وهذا يمنع صحة الاقرار أصلا لان تعليق مشيئة الله تبارك وتعالى بكون الالف في الذمة أمر لا يعرف فان شاء كان وان لم يشأ لم يكن فلا يصح الاقرار مع الاحتمال ولان الاقرار اخبار عن كائن والكائن لا يحتمل تعليق كونه بالمشيئة فان الفاعل اذا قال أنا فاعل ان شاء الله تعالى يستحق ولهذا بطلنا القول بالاستثناء في الايمان والله تعالى أعلم بالصواب وكذا اذا علقه بمشيئة فلان لا يصح الاقرار لقلنا ولو أقر بشرط الخيار بطل الشرط وصح الاقرار لما ذكرنا أن الاقرار اخبار عن ثابت في الذمة وشرط الخيار في معنى الرجوع والقرار في حقوق العباد لا يحتمل الرجوع (وأما) الذي يدخل على وصف المقر به فان كان متصلا باللفظ بان قال لفلان على ألف درهم وديعة يصح ويكون اقرارا بالوديعة وان كان منفصلا عنه بان سكت ثم قال عنيت به الوديعة لا يصح ويكون اقرارا بالدين لان بيان المغير لا يصح الا بشرط الوصل كالا ستثناء وهذا لان قوله لفلان على ألف درهم اخبار عن وجوب الالف عليه من حيث الظاهر ألا ترى أنه لو سكت عليه لكان كذلك فان قرن به قوله وديعة وحكمها وجوب الحفظ فقد غير حكم الظاهر من وجوب العين الى وجوب الحفظ فكان بيان تغيير من حيث الظاهر فلا يصح الا موصولا كالا ستثناء وانما يصح موصولا لان قوله على ألف درهم يحتمل وجوب الحفظ أي على حفظ ألف درهم وان كان خلاف الظاهر فيصح بشرط الوصل ولو قال على ألف درهم وديعة قرضا أو مضار به قرضا أو بضاعة قرضا أو قال دينامكان قوله قرضا فهو اقرار بالدين لان الجمع بين اللفظين في معناهما ممكن لجواز أن يكون أمانة في الابتداء ثم يصير مضمونا في الانتهاء اذا الضمان قد يطرأ على الأمانة كالوديعة المستهلكة ونحوها سواء وصل أو فصل لان الانسان في الاقرار بال ضمان على نفسه غير متمم (وأما) الذي يدخل على قدر المقر به فتوعان أحدهما الاستثناء والثاني أن يكون من خلاف جنسه وكل واحد منهما نوعان متصل ومنفصل فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه والثاني أن يكون من خلاف جنسه أوجه استثناء القليل من الكثير واستثناء الكثير من القليل واستثناء الكل من الكل اما استثناء القليل من الكثير فنحو أن يقول على عشرة دراهم الاثلاثة دراهم ولا خلاف في جوازه ويلزمه سبعة دراهم لان الاستثناء في الحقيقة تكلم بالباقي بعد الثبوت كانه قال لفلان على سبعة دراهم الا أن للسبعة اسمان أحدهما سبعة والاخر عشرة الاثلاثة قال الله تبارك وتعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما معناه أنه لبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما وكذلك اذا قال لفلان على ألف درهم سوى ثلاثة دراهم لان سوى من ألقاظ الاستثناء وكذا اذا قال غير ثلاثة لان غير بالنصب للاستثناء فان قال لفلان على درهم غير داتق يلزمه خمسة دواق ولو قال غير داتق بالرفع يلزمه درهم تام (وأما) استثناء الكثير من القليل بان قال لفلان على تسعة دراهم الا عشرة فخاثر في ظاهر الرواية ويلزمه درهم

الاماروى عن أبى يوسف رحمه الله لا يصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن المنقول عن أئمة اللغة
رحمهم الله أن الاستثناء نكلم بالباقي بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء
الكثير من القليل إلا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة لأنهم إنما وضعوا الاستثناء لحاجتهم
إلى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط مما يندرج وقوعه غاية الندرة فلا حاجة إلى استدراكه لكن يَحتمل الوقوع
في الجملة فيصح (وأما) استثناء الكل من الكل بأن يقول لفلان على عشرة دراهم الا عشرة دراهم فباطل وعليه عشرة
كاملة لأن هذا ليس باستثناء اذ هو نكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل ههنا بعد الثنيا فلا يكون استثناء بل يكون ابطالا
للكلام ورجوعا عما نكلم به والرجوع عن الاقرار في حق العباد لا يصح فبطل الرجوع وبقي الاقرار ولو قال لفلان
على عشرة دراهم الا درهما زائفا لا يصح الاستثناء عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعليه عشرة جياذ وقال أبو يوسف
يصح وعليه عشرة جياذ للمقر له وعلى المقر له درهم زائف للمقر بناء على أن الأصل عند أبى حنيفة رحمه الله أن المقاصة
لا تقف على صفة الجودة بل تقف على الوزن وعند أبى يوسف لا تتحقق المقاصة الا بهما جميعا ووجه البناء على
هذا الأصل أنه لو صح الاستثناء لوجب على المقر له درهم زائف وحينئذ تقع المقاصة لأن اختلاف صفة الجودة لا يمنع
المقاصة عنده واذا وقعت المقاصة يصير المستثنى درهما جيدا زائفا وهذا خلاف موجب تصرفه فلم يصح الاستثناء
وعند أبى يوسف رحمه الله لا كان اتحادهما في صفة الجودة شرطا لتحقيق المقاصة ولم يوجد ههنا لا تقع المقاصة واذا لم تقع
كان الواجب على كل واحد منهما اداء ما عليه فلا يؤدي الى تغيير موجب الاستثناء فيصح الاستثناء والصحيح
أصل أبى حنيفة رضى الله عنه أن الجودة في الاموال الربوية ساقطة الاعتبار شرعا لقول النبي عليه الصلاة والسلام
جيدها ورد بها سواء والساقط شرعا والعدم حقيقة سواء ولو انعدم حقيقة لوقعت المقاصة كذا اذا انعدمت
شرعا ولو قال لفلان على عشرة دراهم الا درهم مستوق فقياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله انه يصح
الاستثناء وعليه عشرة دراهم الا قيمة درهم مستوق وقياس قول محمد وزفر رحمهما الله انه لا يصح الاستثناء أصلا وعليه
عشرة كاملة بناء على أن المجانسة ليست بشرط لصحة الاستثناء عند أبى حنيفة وأبى يوسف عليهما الرحمة وعند محمد
وزفر شرط على ما سنده كرهان شاء الله تعالى ولو قال لفلان على ألف الا قليلا فعليه أكثر من نصف ألف والقول
في الزيادة على الخمسة قوله لأن القليل من أساء الاضافة فيقتضى أن يكون ما يقابله أكثر منه ليكون هو بالاضافة اليه
قليلا فاذا استثنى القليل من ألف فلا بد وأن يكون المستثنى منه أكثر من المستثنى وهو الاكثر من نصف ألف
ولهذا قال بعض أهل التأويل في قوله تبارك وتعالى يا أيها المزمل قم الليل الا قليلا ان استثناء القليل من الامر بقيام
الليل يقتضى الامر بقيام أكثر الليل والقول في مقدار الزيادة على نصف ألف قوله لأنه الجمل في قدر الزيادة فكان
البيان اليه وكذلك اذا قال الاشياء أن الاستثناء بلفظة شيء لا يستعمل الا في القليل هذا اذا كان المستثنى من جنس
المستثنى منه فان كان من خلاف جنسه ينظر ان كان المستثنى مما لا يثبت دين في الذمة مطلقا كالثوب لا يصح الاستثناء
وعليه جميع ما أقر به عندنا بأن قال له على عشرة دراهم الا ثوبا وعند الشافعي رحمه الله يصح ويلزمه قدر قيمة الثوب
وان كان المستثنى مما يثبت دين في الذمة مطلقا من المسكيل والموزون والعسدي المتقارب بان قال لفلان على عشرة الا
درهم أو الا قميص حنطة أو مائة دينار الا عشرة دراهم أو دينار الا مائة جوزة يصح الاستثناء عند أبى حنيفة وأبى يوسف
رضي الله عنهما ويطرح مما أقر به قدر قيمة المستثنى وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يصح الاستثناء أصلا (أما) الكلام
مع الشافعي رحمه الله في المسألة الاولى فوجه قول الشافعي رحمه الله أن لنص الاستثناء حكما على حدة كما لنص
المستثنى منه من النفي والاثبات لأن الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي لغة فقوله لفلان على عشرة دراهم
الا درهما معناه الا درهما فانه ليس على فيصير دليل النفي معارضا لدليل الاثبات في قدر المستثنى ولهذا قال ان الاستثناء
يعمل بطريق المعارضة فصار قوله لفلان على ألف درهم الا ثوبا أى الا ثوبا فانه ليس على من ألف ومعلوم ان عين

الثوب من الالف ليس عليه فكان المراد قدر قيمته أى مقدار قيمة الثوب ليس على من الالف وجهه قول أصحابنا
رضى الله عنهم أنه لا حكم لنص الاستثناء الا بيان أن القدر المستثنى لم يدخل تحت المستثنى منه أصلاً لان أهل اللغة
قالوا ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وانما يكون تكلماً بالباقي اذا كان تابها فكان انعدام حكم نص المستثنى منه
فى المستثنى لانعدام تناول اللفظ اياه لا للمعارضة مع ما أن القول بالمعارضة فاسد لوجوه احدهما ان الاستثناء مقارن
للمستثنى منه فكانت المعارضة مناقضة والثانى أن المعارضة انما تكون بدليل قائم بنفسه ونص الاستثناء ليس
بنص قائم بنفسه فلا يصالح معارضا الا أن يزداد عليه قوله الا كذا فانه كذا وهذا تغيير ومهما أمكن العمل بظاهر اللفظ
من غير تغيير كان أولى والثالث أن القول بالمعارضة يكون رجوعاً عن الاقرار والرجوع عن الاقرار فى حقوق العباد
لا يصح كما اذا قال له على عشرة دراهم وليس له على عشرة دراهم واذا كان ينافى البيان لا يتحقق الا اذا كان المستثنى
من جنس المستثنى منه ما فى الاسم أو فى احتمال الوجوب فى الذمة على الاطلاق ولم يوجد ههنا على ما ذكره ان شاء الله
تعالى وقولهم الاستثناء من الاثبات نفي ومن النفي اثبات محمول على الظاهر اذ هو فى الظاهر كذلك دون الحقيقة لانه
تحقق معنى المعارضة وهى محال على ما ذكرنا وجه حالته فيكون بياناً حقيقة ثبوتاً واثباتاً جمعاً بين النقلين بقدر الامكان
والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) الكلام فى المسألة الثانية فوجه قول محمد وزفر رحمهما الله أن الاستثناء
استخراج بعض ما لولا له دخل تحت نص المستثنى منه وهذا لا يتحقق الا فى الجنس ولهذا لو كان المستثنى ثوباً لم يصح
الاستثناء وجهه قول أبى حنيفة وأبى يوسف ان الداخل تحت قوله لفلان على عشرة دراهم عشرة موصوفة بانها واجبة
مطلقاً ماسة بالدراهم فان لم يمكن تحقيق معنى المجانسة فى اسم الدراهم أمكن تحقيقها فى الوجوب فى الذمة على الاطلاق
لان الحنيفة فى احتمال الوجوب فى الذمة على الاطلاق من جنس الدراهم ألا ترى أنها تجب ديناً موصوفة فى الذمة
حالا بالاستقراض والاستهلاك كما تجب سلماً وثماناً حالاً كالدرهم (فاما) الثوب فلا يحتمل الوجوب فى الذمة
على الاطلاق بل سلماً أو ثمناً مؤجلاً (فاما) ما لا يحتمله استقراراً واستهلاكاً وثماناً لا غير مؤجل فامكن تحقيق
معنى المجانسة بينهما فى وصف الوجوب فى الذمة على الاطلاق ان لم يكن فى اسم الدراهم فامكن العمل بالاستثناء فى
تحقيق معناه وهو البيان من وجهه ولا بجانسة بين الثياب والدراهم لا فى الاسم ولا فى احتمال الوجوب فى الذمة على
الاطلاق فانعدم معنى الاستثناء أصلاً فهو الفرق والله تعالى أعلم ولو أقر لا نسان بدار واستثنى بناءه لنفسه فلا استثناء
باطل لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصه فى اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى
من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء وتكون الدار مع البناء للمقر له لانه ان لم يكن اسماً عاماً لکنه يتناول هذه
الاجزاء بطريق التضمن كمن أقر لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لانه اسم عام بل هو اسم لسمى واحده وهو المركب
من الحلقة والفص ولكن يتناول بطريق التضمن وكذا من أقر بسيف لغيره كان له النصل والجنف والجمائل لما
قلنا وكذا من أقر بجحلة كان له العيدان والكسوة بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار أو ثلثها أو شيئاً منها انه يصح
الاستثناء لما بينا ان الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصيح ولو قال بناء هذه الدارى والعرصة
لفلان صح لان اسم البناء لا يتناول العرصه اذ هى اسم للبقعة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا الذى ذكرنا حكم الاستثناء
اذا ورد على الجملة الملقوطة فاما اذا ورد الاستثناء على الاستثناء فلا يصل فيه ان الاستثناء الداخل على الاستثناء يكون
استثناء من المستثنى منه لان المستثنى منه أقرب المذكور اليه فيصرف الاستثناء الثانى اليه ويحمل الباقي منه مستثنى من
الجملة الملقوطة وعلى هذا اذا ورد الاستثناء على الاستثناء مرة بعد أخرى وان كثر فلا يصل فيه أن يصرف كل استثناء
الى ما يليه لكونه أقرب المذكور اليه فيبدأ من الاستثناء الاخير فيستثنى الباقي مما يليه ثم ينظر الى الباقي مما يليه ثم
ينظر الى الباقي هكذا الى الاستثناء الاول ثم ينظر الى الباقي منه فيستثنى ذلك من الجملة الملقوطة فباقي منها فهو القدر
المقر به بيان هذه الجملة اذا قال لفلان على عشرة دراهم الثلاثة دراهم الا درهما يكون اقراراً بثمانية دراهم لا ناصرنا

الاستثناء الاخير الى ما يليه فبقي درهمان يستثنيهما من العشرة فيبقى ثمانية والاصل فيه قوله سبحانه وتعالى خيراً عن
 الملائكة قالوا انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا للمتجهم أجمعين الامر أنه قدرنا انهم من الغابرين استثنى الله
 تبارك وتعالى آل لوط من أهل القرية لان المجرمين لان حقيقة الاستثناء من الجنس وآل لوط لم يكونوا مجرمين ثم
 استثنى امرأته من آل فبقيت في الغابرين ولو قال لفلان على عشرة دراهم الا خمسة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهما
 يكون اقرارا بسبعة لا نأجلنا الدرهم مستثنى مما يليه وهي ثلاثة فبقي درهمان استثناهما من خمسة فبقي ثلاثة
 استثناهما من الجملة المفقوطة فبقي سبعة وكذلك لو قال لفلان على عشرة دراهم الا سبعة دراهم الا خمسة دراهم الا ثلاثة
 دراهم الا درهما يكون اقرارا بستة لما ذكرنا من الاصل وهذا الاصل لا يخطئ في ايراد الاستثناء على الاستثناء وان
 كثرت اذا كان الاصل متصلاً بالجملة المذكورة فاما اذا كان منفصلاً عنها بان قال لفلان على عشرة دراهم وسكت
 ثم قال الا درهما لا يصح الاستثناء عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله تعالى عنهم الا ما روى عن عبد الله بن
 عباس رضى الله عنهما انه يصح وبه أخذ بعض الناس ووجهه ان الاستثناء بيان لما ذكرنا فيصح متصلاً ومنفصلاً
 كبيان الحمل والتخصيص للعام عندنا وجه قول العامة ان صيغة الاستثناء اذا انفصلت عن الجملة المفقوطة لا تكون
 كلاماً استثناء لعل لان العرب ما تكلمت به أصلاً ولو اشتغل به أحد يضحك عليه كن قال لفلان على كذا ثم قال
 بعد شهر ان شاء الله تعالى لا يعد ذلك تعليقاً بالمشيئة حتى لا يصح كذا هذا والرواية عن ابن عباس لا تكاد تصح
 بخلاف بيان الحمل والعام لانهم يتكلمون بذلك مستعمل عندهم متصلاً ومنفصلاً على ما عرف في أصول الفقه والله
 سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا قال أبو حنيفة فيمن قال أنت حر وحران شاء الله تعالى انه لا يصح الاستثناء لان
 تكرير صيغة التحرير لغو فكان في معنى السكت ولو قال لفلان على كرخطة وكرخشعير الا كرخطة وقخير شعير
 لا يصح استثناء كرخطة بالاتفاق لا تصرف كرخطة الى جنسه فيكون استثناء لكل من الكل فلم يصح وهل
 يصح استثناء القخير من الشعير قال أبو حنيفة رحمه الله لا يصح لانه لم يصح استثناء كرخطة فقد لغا فكانه سكت ثم
 استثنى قخير شعير فلم يصح استثناءه أصلاً والله عز وجل أعلم (وأما) الاستدراك فهو في الاصل لا يخلو من أحد
 وجهين اما أن يكون في القدر واما أن يكون في الصفة فان كان في القدر فهو على ضربين اما أن يكون في الجنس واما أن
 يكون في خلاف الجنس فنحن ان يقول لفلان على ألف درهم لا بل ألفان فعليه ألفان استحساناً والقياس أن يكون
 عليه ثلاثة آلاف (وجه) القياس ان قوله لفلان على ألف درهم اقرار بالف وقوله لا رجوع وقوله بل استدراك
 والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد غير صحيح والاستدراك صحيح فاشبه الاستدراك في خلاف الجنس وكما
 اذا قال لا مرأته أنت طالق واحدة لا بل اثنتين أنه يقع ثلاث تطبيقات وجه الاستحسان ان الاقرار اخبار والخبر
 عنه مما يجري الغلط في قدره أو وصفه عادة فتقع الحاجة الى استدراك الغلط فيه فيقبل اذا لم يكن متهماً فيه وهو غير
 متهم في الزيادة على المقر به فتقبل منه بخلاف الاستدراك في خلاف الجنس لان الغلط في خلاف الجنس لا يقع
 عادة فلا تقع الحاجة الى استدراكه وبخلاف مسألة الطلاق أن قوله أنت طالق انشاء الطلاق لغة وشرعاً والانشاء
 لا يحتمل الغلط حتى لو كان اخباراً بان قال لها كنت طلقتك أمس واحدة لا بل اثنتين لا يقع عليها الا طلاقاً والله
 تعالى أعلم وكذلك اذا قال لفلان على كرخطة لا بل كران ولو قال لفلان على ألف درهم لا بل ألف درهم فعليه
 الفان لانه متهم في النقصان فلا يصح استدراكه مع ما أن مثل هذا الغلط نادر فلا حاجة الى استدراكه كالتحاقه بالعدم
 (وأما) في خلاف الجنس كما لو قال لفلان على ألف درهم لا بل مائة دينار أو لفلان على كرخطة لا بل كرخشعير لزمه الكل
 لما بينا أن مثل هذا الغلط لا يقع الا نادراً والنادر ملحق بالعدم هذا اذا وقع الاستدراك في قدر المقر به (فاما) اذا وقع في
 صفة المقر به بان قال لفلان على ألف درهم بيض لا بل سود ينظر فيه الى أرفع الصفتين وعليه ذلك لانه غير متهم في زيادة
 الصفة متهم في النقصان فكان مستدركاً في الاول راجعاً في الثاني فيصح استدراكه ولا يصح رجوعه كما في الالف

والألفين والله سبحانه وتعالى أعلم هذا إذا رجع الاستدراك إلى المقر به فاما إذا رجع إلى المقر له بان قال هذه الألف
لفلان لا بل لفلان وادعاها كل واحد منهما يدفع إلى المقر له الأول لأنه لما أقر به الأول صح إقراره فصار واجب
الدفع إليه فقله لا بل لفلان رجوع عن الإقرار الأول فلا يصح رجوعه في حق الأول ويصح إقراره به الثاني في
حق الثاني ثم إن دفعه إلى الأول بغير قضاء القاضي يضمن للثاني لأن إقراره به الثاني في حق الثاني صحيح إن لم يصح
في حق الأول وإذا صح صار واجب الدفع إليه فإذا دفعها إلى الأول فقد أتلفها عليه فيضمن وإن دفعها إلى الأول بقضاء
القاضي لا يضمن لأنه لو ضمن لا يخلو أما أن يضمن بالدفع (وأما) أن يضمن بالإقرار لا سبيل إلى الأول لأنه مجبور
في الدفع من جهة القاضي فيكون كالمكره ولا سبيل إلى الثاني لأن الإقرار للغير بملك الغير لا يوجب الضمان ولو قال
غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان يدفع إلى الأول ويضمن للثاني سواء دفع إلى الأول بقضاء أو بغير
قضاء بخلاف المسئلة الأولى (ووجه) الفرق أن النصب بسبب وجوب الضمان فكان الإقرار به إقرار بوجود
سبب وجوب الضمان وهو رد العين عند القدرة وقيمة العين عند العجز وقد عجز عن رد العين إلى المقر له الثاني فيلزمه رد
قيمتها بخلاف المسئلة الأولى لأن الإقرار بملك الغير للغير ليس بسبب وجوب الضمان لانعدام التللف وإنما التللف
في تسليم مال الغير إلى الغير باختياره على وجه يعجز عن الوصول إليه فلا جرم إذا وجد يجب الضمان وكذلك لو قال
هذه الألف لفلان أخذتها من فلان أو أقرضتها فلان وادعاها كل واحد منهما ففي المقر له الأول ويضمن للذي
أقر أنه أخذ منه أو أقرضه ألزامه لأن الأخذ والقرض كل واحد منهما سبب وجوب الضمان فكان الإقرار بهما
إقرار بوجود سبب وجوب الضمان فيرد الألف القائمة إلى الأول لصحة إقراره بهاله ويضمن للثاني ألزاماً أخرى ضماناً
للاخذ والقرض ولو قال ادعني فلان هذه الألف لا بل فلان يدفع إلى المقر له الأول لما بينا ثم إن دفع إليه بغير قضاء
القاضي يضمن للثاني بالاجماع وإن دفع بقضاء القاضي فمندأبي يوسف لا يضمن وعند محمد يضمن (وجه) قول
محمد رحمه الله أن إقراره بالادعاء من الثاني صحيح في حق الثاني فوجب عليه الحفظ بموجب العقد وقد فوته بالإقرار
للاول بل استهلكه فكان مضموناً عليه (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله أن فوات الحفظ والهلاك حصل بالدفع
إلى الأول بالإقرار والدفع بقضاء القاضي لا يوجب الضمان لما بينا ولو قال دفع إلى هذه الألف فلان وهي لفلان وادعى
كل واحد منهما أنها له ففي للدافع لأن إقراره بدفع فلان قد صح فصار واجب الرد عليه وهذا يمنع صحة إقراره للثاني في
حق الأول لكن يصح في حق الثاني ولو قال هذه الألف لفلان دفعها إلى فلان فهي للمقر له بالملك ولا يكون للدافع شيء
فإذا ادعى الثاني ضمن له ألزاماً أخرى لما بينا أن الإقرار بهما لا يوجب الرد إليه وهذا يمنع صحة إقراره للثاني في حق
الأول لكنه يصح في حق الثاني ثم إن دفعه إلى الأول بغير قضاء القاضي يضمن وإن دفعه بقضاء القاضي فكذلك
عند محمد وعند أبي يوسف لا يضمن والحجج من الجانبين على نحو ما ذكرنا ولو قال هذه الألف لفلان أرسل بها إلى فلان
فانه يردها على الذي أقر أنها ملكه وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لما قلنا ولا يصح إقراره
لثاني عند أبي حنيفة فرق أبو حنيفة عليه الرحمة بين العين والدين بان قال لفلان علي ألف درهم قبضتها من فلان
فادعاها كل واحد منهما أن عليه لكل واحد منهما القاء (ووجه) الفرق أن المقر به الأول هناك ألف في الذمة فيلزمه ذلك
بإقراره ولزمه ألف أخرى لفلان بإقراره بقبضها منه إذ القبض سبب وجوب الضمان فلزمه القاء وهنا المقر به عين
مشار إليها فحق صح إقراره بهما لم يصح للثاني وذكر قول أبي يوسف في الأصل في موضعين أحدهما أنه لا ضمان عليه
لثاني بحال بانتهاء الرسالة بالوصول إلى المقر وفي الآخر أنه إن دفع بغير قضاء القاضي يضمن فإن قال الذي أقر له أنها
ملكه ليست الألف لي وادعاها الرسول لأن إقراره للاول قد ارتد برده وقد أقر باليد للرسول فيؤمر بالرد إليه ولو كان
الذي أقر له أنها ملكه غائباً وأراد الرسول أن يأخذها وادعاها لنفسه لم يأخذها كذا روى عن أبي يوسف لأن رسالته
قد انتهت بالوصول إلى المقر ولو أقر إلى خياط فقال هذا الثوب أرسله إلى فلان لا قطعه قبضها وهو لفلان فهو للذي

أرسله اليه وليس للثاني شيء^١ لانه أقر باليد للمرسل فصار واجب الرد عليه وهذا يمنع صحة اقراره بالملك الثاني كما اذا قال دفع الى هذه الالف فلان وهي لفلان على ما بينا ولو قال الخياط هذا الثوب الذي في يدي لفلان أرسله الى فلان وكل واحد منهما يدعيه فهو للذي أقر له أول مرة ولا يضمن للثاني شيئاً في قياس قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يضمن بناء على أن الاجير المشترك لا ضمان عليه فيما هلك في يده عنده فاشبه الوديعة وعندهما عليه الضمان فاشبهه الغصب والله سبحانه وتعالى العليم

(فصل) (وأما) القرينة المبنية على الإطلاق فهي المعينة لبعض ما يحتمله اللفظ بان كان اللفظ يحتمل هذا وذاك قبل وجود القرينة فاذا وجدت القرينة يتعين البعض مراد باللفظ من غير تغيير أصلاً ثم ينظر ان كان اللفظ يحتملها على السواء يصبح بيانه متصلًا كان أو منفصلاً وان كان لا أحدهما ضرب رجحان فان كان الافهام اليه أسبق عند الإطلاق من غير قرينة فان كان منفصلاً لا يصبح وان كان متصلًا يصح اذا لم يتضمن الرجوع وان تضمن معنى الرجوع لا يصبح الابتصديق المقر له وهذا النوع من القرينة أيضاً يتنوع ثلاثة أنواع نوع يدخل على أصل المقر به ونوع يدخل على وصف المقر به ونوع يدخل على قدر المقر به (أما) الذي يدخل على أصل المقر به فهو أن يكون المقر به مجهول الذات بأن قال لفلان على شيء أو حق يصح لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الاقرار اخبار عن كائن وذلك قد يكون معلوماً وقد يكون مجهولاً بأن أتلف على آخر شيئاً ليس من ذوات الامثال فوجبت عليه قيمته أو جرح آخر جرحاً ليس لها في الشرع أرش مقدر فأقر بالقيمة والارش فكان الاقرار بالمجهول اخباراً عن المخبر على ما هو به وهو حد الصدق بخلاف الشهادة لان جهالة المشهود به تمنع القضاء بالشهادة لتعذر القضاء بالمجهول بخلاف الاقرار فيصح ويقال له بين لانه الحمل فكان البيان عليه قال الله تبارك وتعالى فاذا قرأناه فاتبع قرآنه ثم ان علينا بيانه ويصح بيانه متصلًا ومنفصلاً لانه بيان محض فلا يشترط فيه الوصل كبيان الحمل والمشارك لكن لا بد وأن يبين شيئاً له قيمة لانه أقر بما في ذمته وما لا قيمة له لا يثبت في الذمة ثم اذا بين شيئاً له قيمة فالأمر لا يخلو من أحد وجهين اما ان صدقه في ذلك وادعى عليه زيادة واما ان كذبه وادعى عليه ما لا آخر فان صدقه فيما بين وادعى عليه زيادة أخذ ذلك القدر المبين وأقام البينة على الزيادة والاحلفه عليها ان أراد لانه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان كذبه وادعى عليه ما لا آخر أقام مبينة على ما لا آخر والاحلفه عليه وليس له أن يأخذ القدر المبين لانه أبطل اقراره بالكذب وكذلك اذا أقرانه غصب من فلان شيئاً ولم يبين يلزمه البيان لما قلنا ولكن لا بد وأن يبين شيئاً يتمانع في العادة ويقصد بالغصب لان ما لا يتمانع عادة ولا يقصد غصبه نحو كف من تراب أو غيره لا يطلق فيه اسم الغصب وهل يشترط مع ذلك أن يكون ما لا متقوم ما اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق لا يشترط وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى يشترط حتى لو بين انه غصب صياحراً أو غصب جلد ميتة أو خمر مسلم يصدق عند الاولين ولا يصدق عند الآخرين حتى يبين شيئاً هو مال متقوم (وجه) قول مشايخ العراق ان الحكم الاصل للغصب وجوب رد المغصوب وهذا لا يقف على كون المغصوب ما لا متقوم (وجه) قول مشايخنا ان المغصوب مضمون على الغاصب وله ضمانان أحدهما وجوب رد العين عند القدرة والثاني وجوب قيمتها عند العجز فكان اقراره بغصب شيء اقراراً بغصب ما يحتمل موجه وهو المال المتقوم ولو بين غصب العقار ذكر القدر ورحم الله انه يصدق وهذا على قياس قول مشايخ العراق لان العقار وان لم يكن مضمون القيمة بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فهو مضمون الرد بالاتفاق وعند محمد رحمهما الله هو مضمون القيمة أيضاً فاما على قياس قول مشايخنا على قياس قول محمد يصدق (وأما) على قياس قولهما لا يصدق لانه غير مضمون القيمة بالغصب عندهما والله عز وجل أعلم وعلى هذا اذا قال لفلان على مال يصدق في القليل والكثير لان المال اسم ما يتمول وذات يقع على القليل والكثير فيصح بيانه متصلًا ومنفصلاً ولو قال لفلان على الف ولم يبين فالبيان اليه والله تعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما الذي يدخل على وصف المقر به فهو أن يكون المقر به معلوم الاصل مجهول الوصف نحو أن يقول غصب من فلان عبداً أو جارية أو ثوباً من العروش فيصدق في البيان من جنس ذلك سلباً كان أو معيلاً لأن الغصب يرد على السليم والمعيب عادة وقد بين الاصل وأجمل الوصف فيرجع في بيان الوصف اليه فيصح متصلاً ومنفصلاً ومتى صح بيانه يلزمه الرد أن قدر عليه وإن عجز عنه تلزمه القيمة لأن المغصوب مضمون على هذا الوجه والقول قوله في مقدار قيمته مع عيونه لأنه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع الميمن وكذلك لو أقر أنه غصب من فلان داراً وقال هي بالبصرة يصدق لأنه أجمل المكان فكان القول في بيان المكان اليه فيلزمه تسليم الدار اليه أن قدر عليه وإن عجز عنه بان خر بت أو قال هي هذه الدار التي في يدى زيدوز يدنكر فالقول قول المقر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الآخر ولا يضمن وعند محمد يضمن قيمة الدار بناء على أن العقار غير مضمون القيمة بالغصب عندهما خلافاً له فإذا أقر بالف درهم وقال هي ز يوف أو نهر جة فهذا في الاصل لا يخلو من أحد وجهين أما أن أقر بذلك مطلقاً من غير بيان الجهة وأما أن بين الجهة فإن أطلق بان قال لفلان على الف درهم ولم يذكر له جهة أصلاً وقال هي ز يوف أو نهر جة فإن وصل يصدق وإن فصل لا يصدق لأن اسم الدراهم اسم جنس يقع على الجياد والز يوف فكان قوله ز يوف بياناً للنوع إلا أنه يصح موصولاً لا مفصلاً لأنها عند الاطلاق تصرف الى الجياد فكان فصل البيان رجوعاً عما أقر به فلا يصح ولو قال لفلان عندي الف درهم وقال هي ز يوف أو نهر جة يصدق وصل أو فصل لأن هذا اقرار بالوديعة والوديعة مال محفوظ عند المودع وقد يكون ذلك جيداً وقد يكون ز يوف على حسب ما يودع فيقبل بيانه هذا إذا أطلق ولم يبين الجهة أما إذا بين الجهة بان قال لفلان على الف درهم ثمن مبيع وقال هي ز يوف أو نهر جة فلا يصدق وإن وصل وعليه الجياد إذا ادعى المقر له الجياد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد أن وصل يصدق وإن فصل لا يصدق (وجه) قولهما ما ذكرنا آتقان اسم الدراهم يقع على الز يوف كما يقع على الجياد اذ هو اسم جنس والز يافة عيب فيها واسم كل جنس يقع على السليم والمعيب من ذلك الجنس لأنه نوع من الجنس لكن عند الاطلاق يتصرف الى الجياد فيصح بيانه موصولاً لوقوعه تعييناً لبعض ما يحتمله اللفظ ولا يصح مفصلاً لكونه رجوعاً عن الاقرار (وجه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن قوله هي ز يوف بعد النسبة الى ثمن المبيع رجوع عن الاقرار فلا يصح بيانه أن البيع عقد مبادلة فيقتضى سلامة البدلين لأن كل واحد من العاقلين لا يرضى الا بالبدل السليم فكان اقراره بكون الدراهم ثمناً اقراراً بصفة السلامة فإخباره عن الز يافة يكون رجوعاً فلا يصح كما إذا قال بعثك هذا العبد على أنه معيب لا يصدق وإن وصل كذا هذا ولو قال لفلان على ألف درهم قرضاً وقال هي ز يوف فالجواب فيه كالجواب في البيع أن وصل يصدق وإن فصل لا يصدق بخلاف البيع (وجه) الرواية الاخرى أن القرض يشبه الغصب لأنه يتم بالقبض كالغصب ثم بيان الز يافة مقبول في الغصب كذا في القرض ويشبه البيع لأنه تمليك مال بمال فليشبهه بالغصب احتمال البيان في الجملة ولشبهه بالبيع شرطنا الوصل عملاً بالشبهين بقدر الامكان ولو قال غصب من فلان ألف درهم وقال هي ز يوف أو نهر جة يصدق سواء وصل أو فصل وروى عن أبي يوسف أنه لا يصدق إذا فصل والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن الغصب في الاجود لا يستدعي صفة السلامة لأنه كما يرد على السليم يرد على المعيب على حسب ما يتفق فكان محتملاً للبيان متصلاً أو منفصلاً لانعدام معنى الرجوع فيه ولهذا لو كان المقر به غصب عبدان قال غصبت من فلان عبداً ثم قال غصبتة وهو معيب يصدق وإن فصل كذا هذا ولو قال او دعنى فلان ألف درهم وقال هي ز يوف يصدق بلا خلاف فصل أو وصل لأن الايداع استحفاظ المال وكما يستحفظ السليم يستحفظ المعيب فكان الاخبار عن الز يافة بياناً محضاً فلا يشترط لصحته الوصل لانعدام تضمن معنى الرجوع وأبو يوسف رحمه الله على ما روى عنه فرق بين الوديعة وبين الغصب حيث صدقه في الوديعة موصولاً كان البيان أو مفصلاً ولم يصدقه

في العصب الاموصول (وجه) الفرق له أن ضمان العصب ضمان مبادلة اذ المضمونات تلك عند أداء الضمان فاشبه ضمان المبيع وهو الثمن وفي باب البيع لا يصدق اذا فصل عنده كذا في العصب (فاما) الواجب في باب الوديعة فهو الحفظ والمعيب في احتمال الحفظ كالسليم فهو الفرق له والله أعلم بالصواب هذا اذا أقر بالدرهم وقال هي زبوف أو نهرجة فاما اذا أقر بها وقال هي ستوقة أو رصاص في الوديعة والعصب يصدق ان وصل وان فصل لا يصدق لان الستوق والرصاص ليسا من جنس الدرهم الا أنه يسمى بها مجازا فكان الاخبار عن ذلك بيانا مغيرا فيصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء (وأما) في البيع اذا قال ابتعت بالف ستوقة أو رصاص فلا يصدق عند أبي حنيفة فصل أو وصل وهذا لا يشكل عنده لانه لو قال ابتعت بالف زبوف لا يصدق عنده وصل أو فصل فهنا أولى وعند أبي يوسف يصدق ولكن يفسد البيع أما التصديق فلان قوله ستوقة أو رصاص خرج بيانا لوصف الثمن فيصح كما اذا قال بالف بيض أو بالف سود (وأما) فساد البيع فلان تسمية الستوقة في البيع يوجب فساد كتسمية العروض وروى عن أبي يوسف فيمن قال لفلان على ألف درهم يبيض زبوف أو وضع زبوف أنه يصدق اذا وصل ولو قال لفلان على ألف درهم جياذ زبوف أو قد يت المال زبوف لا يصدق والفرق ظاهر لان البياض يحتمل الجودة والزبافة اذ البيض قد تكون جياذ وقد تكون زبوف فاحتمل البيان بخلاف قوله جياذ لان الجودة لا تحتمل الزبافة لتضاد بين الصفتين فلا يصدق أصلا وعلى هذا اذا أقر بالف ثمن عبد اشتراه لم يقبضه فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان ذكر عبدا معينا مشارا اليه بان قال ثمن هذا العبد واما ان ذكر عبدا من غير تعيين بان قال لفلان على ألف درهم ثمن عبد اشترته منه ولم يقبضه فان ذكر عبدا بعينه فان صدقه في البيع يقال للمقر له ان شئت أن تأخذ ألف فسلم العبد والا فلا شيء لك لان المقر به ثمن المبيع وقد ثبت البيع بتصادقهما والبيع يقتضي تسليما بازاء تسليم وان كذبه في البيع وقال ما بعث منك شيئا والعبد عبدى ولى عليك ألف درهم بسبب آخر فالعبد للمقر له لانه يدعى عليه البيع وهو ينكر ولا شيء له على المقر من الثمن لان المقر به ثمن المبيع لا غيره ولم يثبت البيع فان ذكر عبدا بغير عينه فعليه ألف عند أبي حنيفة ولا يصدق في عدم القبض سواء وصل أم فصل صدقه المقر له في البيع أو كذبه وكان أبو يوسف أولا يقول ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق ثم رجع وقال يسئل المقر له عن الجهة فان صدقه فيها لكن كذبه في القبض كان القول قول المقر سواء وصل أو فصل وان كذبه في البيع وادعى عليه الفأخرى ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهو قول محمد (وجه) قوله الاول ان المقر به ثمن المبيع والمبيع قد يكون مقبوضا وقد لا يكون الا أن الغالب هو القبض فكان قوله لم يقبضه بيانا فیه معنى التغير من حيث الظاهر فيصدق بشرط الوصل كالاستثناء (وجه) قوله الآخر وهو قول محمد ان القبض بعد ثبوت الجهة بتصادقهما يحتمل الوجود والعدم لان القبض لا يلزم في البيع فكان قوله لم يقبضه تعيينا لبعض ما يحتمله كلامه فكان بيانا محضا فلا يشترط له الوصل لبيان الحمل والمشارك واذا كذبه يشترط الوصل لانه لو اقتصر على قوله لفلان على ألف درهم لوجب عليه التسليم للحال فاذا قال ثمن عبد لم يقبضه لا يجب عليه التسليم الا بتسليم العبد فكان بيانا فیه معنى التغير فلا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان قوله لم يقبضه رجوع عن الاقرار فلا يصح بيانه ان قوله لفلان على ألف درهم اقرار بولاية المطالبة للمقر له بالالف ولا تثبت ولاية المطالبة الا بقبض المبيع فكان الاقرار به اقرار بقبض المبيع فقوله لم يقبضه يكون رجوعا عما أقر به فلا يصح ولو قال لفلان على ألف درهم ثمن خمر أو خنزير فعليه ألف ولا يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يلزمه شيء (وجه) قوله ان المقر به مما لا يحتمل الوجوب في ذمة المسلم لانه ثمن خمر أو خنزير وذمة المسلم لا تحتمله فلا يصح اقراره أصلا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان قوله لفلان على ألف درهم اقرار بالف واجب في ذمته وقوله ثمن خمر أو خنزير ابطال لما أقر به لان ذمة المسلم لا تحتمل ثمن الخمر والخنزير فكان رجوعا فلا يصح ولو قال اشتريت من فلان عبدا بالف درهم لكنني لم أقبضه يصدق وصل أو فصل لان الشراء قد

يتصل به القبض وقد لا يتصل فكان قوله لم أقبض بياناً محضاً فيصح متصلاً أو منفصلاً ولو قال أقرضني فلان ألف درهم ولم أقبض إنما طلبت إليه القبض فأقرضني ولم أقبض ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهذا استحسان والقياس أن يصدق وصل أو فصل (وجه) القياس أن المقر به هو القرض وهو اسم للعقد لا للقبض فلا يكون الاقرار به اقراراً بالقبض كما لا يكون الاقرار بالبيع اقراراً بالقبض (وجه) الاستحسان أن تمام القرض بالقبض كما أن تمام البيع بالقبول فكان الاقرار به اقراراً بالقبض ظاهراً لكن يحتمل الانفصال في الحكم فكان قوله لم أقبض بياناً معني فلا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء والاستدراك وكذلك لو قال أعطيتني الف درهم أو أودعني أو أسلفتني أو أسلمت الي وقال لم أقبض لا يصدق ان فصل وان وصل يصدق لان الاعطاء والايداع والاسلاف يستدعي القبض حقيقة خصوصاً عند الاضافة فلا يصح منفصلاً لكن يحتمل العدم في الجملة فيصح متصلاً ولو قال بعني دارك أو أجزتني أو أعزتني أو وهبتي أو تصدقت علي وقال لم أقبض يصدق وصل أم فصل أما البيع والاجارة والاعارة لان القبض ليس بشرط لصحة هذه التصرفات فلا يكون الاقرار بها اقراراً بالقبض وأما الهبة والصدقة فلان الهبة اسم للركن وهو التملك وكذلك الصدقة وإنما القبض فيهما شرط الحكم ولهذا الحلف لا يهيب ولا يتصدق ففعل ولم يقبض الموهوب له والمتصدق عليه بحث ولو قال قد نلتني الف درهم أو دفعت الي الف درهم وقال لم أقبض ان فصل لا يصدق بالاجماع وان وصل لا يصدق عند أبي يوسف وعند محمد يصدق وجه قوله ان النقد والدفع يقتضي القبض حقيقة بمنزلة الاداء والتسليم والاعطاء والاسلام ويحتمل الانفصال في الجملة فيصح بشرط الوصل كما في هذه الاشياء (وجه) قول أبي يوسف ان القبض من لوازم هذين الفعلين أعني التند والدفع خصوصاً عند صريح الاضافة والاقرار باحد المتلازمين اقراراً بالآخر فله لم أقبض يكون رجوعاً عما أقر به فلا يصح وعلي هذا اذا قال لرجل أخذت منك الف درهم وديعة فهلكت عندي فقال الرجل لا بل أخذتها غصباً لا يصدق فيه المقر والقول قول المقر له مع يمينه والمقرض من ولو قال المقر له لا بل أقرضتك فالتول قول المقر مع يمينه (وجه) الفرق ان أخذ مال الغير بسبب لوجوب الضمان في الاصل لقول النبي عليه الصلاة والسلام علي اليد ما أخذت حتى ترد فكان الاقرار بالاخذ اقراراً بسبب الوجوب فدعوى الاذن تكون دعوى البراءة عن الضمان يصح ينكر فكان القول بقوله مع يمينه بخلاف قوله أقرضتك لان اقراره بالقبض اقرار بالاخذ بالاذن فتصداق على ان الاخذ كان ياذن والاخذ باذن لا يكون سبباً لوجوب الضمان في الاصل فكان دعوى الاقراض دعوى الاخذ بحجة الضمان فلا يصدق الا بينة ولو قال أودعني الف درهم أو دفعت الي الف درهم وديعة أو أعطيتني الف درهم وديعة فهلكت عندي وقال المقر له لا بل غصبتها مني كان القول قول المقر مع يمينه لانه ما أقر بسبب وجوب الضمان اذ المقر به هو الايداع والاعطاء وانها ليسا من سباب الضمان ولو قال له اعرتني ثوبك أو دابتك فهلكت عندي وقال المقر له غصبت مني نظري في ذلك ان هلك قبل اللبس أو الركوب فلا ضمان عليه لان المقر به الاعارة وانها ليست بسبب وجوب الضمان وان هلك بعد اللبس والركوب فعليه الضمان لان لبس ثوب الغير وركوب دابة الغير سبب لوجوب الضمان في الاصل فكان دعوى الاذن دعوى البراءة عن الضمان فلا يثبت الا بحجة وكذلك اذا قال له دفعت الي الف درهم مضاربة فهلكت عندي فقال المقر له بل غصبتها مني انه ان هلك قبل التصرف فلا ضمان عليه وان هلك بعده يضمن لما قلنا في الاعارة ولو أقر بالف درهم مؤجلة بأن قال لفلان علي الف درهم الى شهر وقال المقر له لا بل هي حالة فالتول قول المقر له لان هذا اقرار على نفسه ودعوى الاجل على الغير فاقراره مقبول ولا تقبل دعواه الا بحجة ويحلف المقر له على الاجل لانه منكر للاجل والقول قول المنكر مع اليمين وهذا بخلاف ما اذا أقر وقال كفلت لفلان بعشرة دراهم الى شهر وقال المقر له لا بل كفلت بها حالة ان القول قول المقر عند أبي حنيفة ومحمد لان انظار شاهد المقر لان الكفالة تكون مؤجلة عادة بخلاف الدين والله تعالى أعلم وعلى هذا اذا أقر انه اقضى من فلان الف درهم كانت له عليه وأنكر المقر

له ان يكون له عليه شيء وقال هو مالى قبضته منى فالقول قوله مع يمينه ويؤمر بالرد اليه لان الاقرار بالاقضاء اقرار بالقبض والقبض سبب لوجوب الضمان في الاصل بالنص فكان الاقرار بالقبض اقرار بوجود سبب وجوب الضمان منه فهو بدعوة القبض بحجة الاقتضاء يدعى براءته عن الضمان وصاحبه ينكر فيكون القول قوله مع يمينه وكذلك اذا اقر انه قبض منه الف درهم كانت عنده ودية وأنكر المقر له فالقول قول المقر له لما قلنا ولو قال أسكنت فلانا بيتي ثم أخرجه وادعى الساكن انه له فالقول قول المقر عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد القول قول الساكن مع يمينه ولو قال أعزته دابتي ثم أخذتها منه وقال صاحبه همى فهو على هذا الاختلاف (وجه) قولهما ان قوله أسكنته دارى ثم أخرجه وأعزته دابتي ثم أخذتها منه اقرار منه باليد لهما ثم الاخذ منهما فيؤمر بالرد عليهما لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد ولهذا لو غاباه سكن الدار فزعم المقر انه أعارهما (١) منه لم يقبل قوله فكذا اذا أقر وجهه قول أبي حنيفة ان المقر به ليس هو اليد المطلقة بل اليد بحجة الاعارة والسكنى وهذا لان اليد لهما ما عرفت الا باقراره فبقيت على الوجه الذى أقر به فيرجع في بيان كيفية اليد اليه ولو أقر فقال ان فلانا الخياط خاط قيصى بدرهم وقبضت منه القميص وادعى الخياط انه له فهو على هذا الاختلاف الذى ذكرنا ولو قال خاط لى هذا القميص ولم يقل قبضه منه لم يؤمر بالرد عليه بالاجماع لانه اذا لم يقل قبضه منه لم يوجد منه الاقرار باليد للخياط لجواز انه خاطه في بيته فلم تثبت يده عليه فلا يجبر على الرد هذا اذا لم يكن الدار والثوب معروفا له فان كان معروفا للمقر فالقول قوله بالاجماع لانه اذا لم يكن معروفا له كان قول صاحبه هو لى منه دعوى التملك فلا تسمع منه الا بينة ولو أقر ان فلانا ساكن فى هذا البيت والبيت لى وادعى ذلك الرجل البيت فهو له وعلى المقر البينة لان الاقرار بالسكنى اقرار باليد فصار هو صاحب يد فلا يثبت الملك للمدعى الا بينة ولو أقر ان فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك فى يدي المقر وادعى المقر له انه له فالقول قول المقر لان الاقرار بالزرع والفرس والبناء لا يكون اقرارا باليد لجواز وجوده فى يد الغير فلا يؤمر بالرد اليه والله تعالى أعلم وعلى هذا ان من أعتق عبده ثم أقر المولى انه أخذ منه هذا الشيء فى حال الرق وهو قائم بيمينه وقال العبد لا بل أخذته بعد العتق فالقول قول العبد ويؤمر بالرد اليه بالاجماع لان قول العبد يقتضى وجوب الرد وقول المولى لا ينفى الوجوب بل يقتضيه لان الاخذ فى الاصل سبب لوجوب ضمان الرد والاضافة الى حال الرق لا تنفى الوجوب فان المولى اذا أخذ كسب عبده المأذون المدينون يلزمه الرد اليه ولو أقر بالتلاف بان قال أتلفت عليك مالا وأنت عبدى وقال العبد لا بل أتلفته وأنا حر فالقول قول العبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد القول قول المولى وعلى هذا الاختلاف اذا قال المولى قطعت يدك قبل العتق وقال العبد لا بل قطعها بعد العتق ولو تنازعا فى الضريبة فقال المولى أخذت منك ضريبة كل شهر كذا وهى ضريبة مثله وقال العبد لا بل كان بعد العتق فالقول قول المولى بالاتفاق وكذلك لو ادعى المولى وطء الامة قبل العتق وادعت الامة بعد العتق فالقول قول المولى بالاجماع (وجه) قول محمد وزفر رحمهما الله ان المولى ينكر وجوب الضمان فكان القول قوله وهذا لانه أضاف الضمان الى حال الرق حيث قال أتلفت وهو رقيق والرقيق ينافى الضمان اذا المولى لا يجب عليه لعبد ضمان فكان منكر وجوب الضمان والعبد بقوله أتلفت بعد العتق يدعى وجوب الضمان عليه وهو ينكر فكان القول قوله ولهذا كان القول قوله فى الغلة والوطء كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ان اعتبار قول العبد بوجوب الضمان على المولى لان اتلاف مال الحر يوجب الضمان واعتبار قول المولى لا ينفى الوجوب لانه أقر بالاخذ والاخذ فى الاصل سبب لوجوب الضمان والاضافة الى حال الرق لا تنفى الوجوب فان اتلاف كسب العبد المأذون المدينون ديناً مستغرقا للرقبة والكسب موجب للضمان فاذا وجد الموجب وانعدم المانع بقى خبره واجب القبول بخلاف الوطء والغلة لان وطء الرقيقة لا يوجب الضمان أصلاً وكذلك أخذ ضريبة العبد وهى الغلة لا يوجب الضمان على المولى فان المولى اذا أخذ ضريبة العبد وعليه دين مستغرق ليس للفرع حق الاسترداد على ما مر فى كتاب المأذون فكان المولى بقوله كان

قبل العتق منكرا وجوب الضمان فكان القول قوله مع ما ان الظاهر شاهد للمولى لان الاصل في الوطء ان لا يكون
 سببا لوجوب الضمان لانه اطلاق منافع البضع والاصل في المنافع ان لا تكون مضمونة بالاتلاف فترجح خبر المولى
 بشهادة الاصل له فكان أولى بالتبول كما في الاخبار عن طهارة الماء ونجاسته فاما الاصل في أخذ المال ان يكون سببا
 لوجوب الضمان فكان الظاهر شاهد للعبد وكذلك الغلة لانها بدل المنفعة والمنافع في الاصل غير مضمونة والله
 سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا اذا استأمن الحربي أو صار ذمة فقال له رجل مسلم أخذت منك ألف درهم وأنت
 حرني في دار الحرب فقال له المقر لا بل أخذته وأنا مستأمن أو ذمي في دار الاسلام والالف قائمة بعينها فالقول قول المقر
 له ويؤمر بالرد اليه بالاجماع ولو قال أخذت منك الف فاستهلكتها وأنت حرني في دار الحرب أو قال قطعت يدك وقال
 المقر له لا بل فعلت وأنا مستأمن أو ذمي في دار الاسلام فالقول قول المقر له ويضمن له المقر ما قطع وأتلف عند أبي
 حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر رحمهم الله لا يضمن شيئا (وجه) قول محمد وزفر ان المولى منكرا وجوب
 الضمان لا ضافة الفعل الى حالة منافية للوجوب وهي حالة الخراب والقول قول المنكر (وجه) قول أبي حنيفة وأبي
 يوسف ان الظاهر شاهد للعبد اذ العصمة أصل في النفوس والسقوط بعارض المسقط فالقول قول من يشهد له
 الاصل وعلى هذا اذا قال لقلان على الف درهم ولم يذكر الوزن يلزمه الالف وزنا لا عددا لان الدراهم في الاصل موزونة
 الا اذا كان الاقرار في بلدة دراهمها عددية فينصرف الى العدد المتعارف وكذلك اذا ذكر العدد بان قال لقلان على الف
 درهم عددا يلزمه الف درهم وزنا ويلغو ذكر العدد ويقع على ما يتعارفه أهل البلد من الوزن وهو في ديارنا وخراسان
 والعراق وزن سبعة وهو الذي يكون كل عشرة منها سبعة مثاقيل فان كان الاقرار في هذه البلاد يلزمه بهذا الوزن وان
 كان الاقرار في بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص عن وزن سبعة مثاقيل يقع اقراره على ذلك الوزن لا انصراف
 مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا أقل من وزن بلده يصدق لانه يكون رجوعا ولو كان في البلد أوزان مختلفة
 يعتبر فيه الغالب كما في نقد البلد فان استوت يحمل على الأقل منها لان الأقل متيقن به والزيادة مشكوك فيها والوجوب
 في الذمة أولم يكن والوجوب في أقله لم يكن فتي وقع الشك في ثبوته فلا يثبت مع الشك ولو سمي زيادة على وزن البلد أو
 أنقص منه بان قال لقلان على الف درهم وزن خمسة ان كان موصولا يقبل والافلا لان اسم الدراهم يحتمله لكنه
 خلاف الظاهر فاحتمل البيان الموصول ولا يصدق اذا فصل لا انصراف الافهام عند الاطلاق الى وزن البلد فكان
 الاخبار عن غيره رجوعا فلا يصح وكذلك اذا قال لقلان على الف درهم مثاقيل يلزمه ذلك لانه زاد على الوزن
 المعروف وهو غير متهم في الاقرار على نفسه بالزيادة فيقبل منه ولو أقر وهو ببغداد فقال لقلان على الف درهم طبرية
 يلزمه الف درهم طبرية لكن بوزن سبعة لان قوله طبرية خرج وصفا للدراهم أي دراهم منسوبة الى طبرستان
 فلا يوجب تغيير وزن البلد وكذلك اذا قال لقلان على كرحنطة موصلية والمقر ببغداد يلزمه كرحنطة موصلية لكن
 بكيل بغداد لما قلنا ولو قال لقلان على دينار شامي أو كوفي فعليه ان يعطيه دينارا واحدا وزنه مثقال ولا يجوز ان يعطيه
 دينارين وزنهما جميعا مثقال بخلاف الدراهم انه اذا أعطاه درهمين صغيرين مكان درهم واحد كبيرانه يجبر على
 القبول كذا ذكر في الكتاب وكان في عرفهم ان الدينار اذا كان ناقص الوزن يكون ناقص القيسة فكان نقصان
 الوزن فيه وضعية كذلك اعتبر الوزن والعدد جميعا وفي الدراهم بخلاف فاما في عرف ديارنا فالعبرة بالوزن
 فسواء أعطاه دينارا واحدا أو دينارين يجبر على القبول بعد ان يكون وزنهما مثقالا وكذلك لو قال لقلان على
 قنبر حنطة فهو بقنبر البلد وكذلك الاوقار والامنان لما قلنا في الدراهم والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذي يدخل
 على قدر المقر به فهو ان يكون المقر به مجهول التدروانه في الاصل لا يخلو من جدوجين اما ان يذكر عددا واحدا
 واما ان يجمع بين عديدين فالاول نحو ان يقول لقلان على دراهم أو دينار لا يصدق في أقل من ثلاثة لان الثلاثة
 أقل الجمع الصحيح فكان ثابتا بيقين وفي الزيادة عليها شك وحكم الاقرار لا يلزم بالشك ولو قال لقلان على درهم

أود ينير فعليه درهم تام ودينار كامل لأن التصغير له قديز كز لصغر الحجم وقديز كز لاستحقاق الدرهم واستقلاله وقديز كز لنقصان الوزن فلا يتقص عن الوزن بالشك وروى عن أبي يوسف فيمن قال لفلان على شيء من دراهم أو شيء من الدراهم أن عليه ثلاثة دراهم لأنه أجمل الشيء وفسره بدرهم أي الشيء الذي هو دراهم كما في قوله تبارك وتعالى فاجتنبوا قول الرجس من الأوثان أي الرجس التي هي أوثان والله سبحانه وتعالى أعلم ونوقال لفلان على دراهم مضاعفة لا يصدق في أقل من ستة لأن أقل الجمع الصحيح للدراهم ثلاثة وأقل التضعيف مرة واحدة فإذا ضعفنا الثلاثة مرة تصير ستة ولو قال لفلان على دراهم أضعافاً مضاعفة لا يصدق في أقل من ثمانية عشر لما بينا أن الدراهم المضاعفة ستة وأقل أضعاف الستة ثلاث مرات فذلك ثمانية عشر ولو قال لفلان على عشرة دراهم وأضعافها مضاعفة لا يصدق في أقل من ثمانين لأنه ذكر عشرة دراهم وضاعف عليها أضعافها مضاعفة وأقل أضعاف العشرة ثلاثون فذلك أربعون وأقل تضعيف الأربعين مرة فذلك ثمانون وروى عن محمد فيمن قال لفلان على غير ألف أن عليه ألفين ولو قال غير ألفين عليه أربعة آلاف لأن غير من أسماء الأضافة فيقتضى ما يغيره لا استحالة مغايرة الشيء نفسه فاقضى الفاتح ألف الذي عليه فصار معناه لفلان على غير ألف أي غير هذا الألف ألف آخر فكان إقراراً بألفين وكذا هذا الاعتبار في قوله غير ألفين ويحتمل أن يكون قوله غير ألف أي مثل ألف لأن المغايرة من لوازم المماثلة لاستحالة كون الشيء مماثلاً لنفسه ولهذا قيل في حدها غير أن ينوب كل واحد منهما من باب صاحبه ويسد مسده والملازمة بين شيئين طريق الكتابة فصحت الكتابة عن المماثلة بالمغايرة فإذا قال لفلان على غير ألف درهم فكانه قال مثل ألف ومثل الألف ألف مثله فكان إقراراً بألفين وكذلك هذا الاعتبار في قوله غير ألفين ولو قال على زهاء ألف أو عظم ألف أو جل ألف فعليه خمسمائة وشيء لأن هذه عبارات عن أكثر هذا القدر في العرف وكذا إذا قال قريب من ألف لأن خمسمائة وشيء أقرب إلى الألف من خمسمائة ولو قال لفلان على دراهم كثيرة لا يصدق في أقل من عشرة دراهم عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله لا يصدق في أقل من مائتي درهم (وجهه) قوله ما إن المقر به دراهم كثيرة ومادون المائتين في حشد القلة ولهذا لم يعتبر مادونه نصاب الزكاة (وجهه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه أنه جعل الكثرة صفة للدراهم وأكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم العشرة ألا ترى أنه إذا زاد على العشرة يقال أحد عشر درهماً وأثنى عشر درهماً هكذا ولا يقال دراهم فكانت العشرة أكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم فلا تلزمه الزيادة عليها ولو قال لفلان على مال عظيم أو كثير لا يصدق في أقل من مائتي درهم في المشهور وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أن عليه عشرة (وجهه) ما روى عنه أنه وصف المال بالعظم والعشرة لها عظم في الشرع ألا ترى أنه علق قطع اليد بها في باب السرقة وقدر بها بدل البضع وهو المهر في باب النكاح (وجهه) القول المشهور أن العشرة لا تستعظم في العرف وإنما يستعظم النصاب ولهذا استعظمه الشرع حيث علق وجوب المعظم وهو الزكاة به فكان هذا أقل ما استعظمه الشرع عرفاً فلا يصدق في أقل من ذلك وقيل إن كان الرجل غنياً يقس على ما يستعظم عند الأغنياء وإن كان فقيراً يقع على ما يستعظم عند الفقراء ولو قال على أموال عظام فعليه ستمائة درهم لأن عظام جمع عظيم وأقل الجمع الصحيح ثلاثة وهذا على المشهور من الروايات فاما على ما روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه فيقع على ثلاثين درهماً ولو قال غصبت فلاناً بثلاثين درهماً فهو على خمس وعشرين لأنه وصف بالكثرة ولا تكثراً إذا بلغت نصاباً تجب الزكاة فيها في جنسها وأقل ذلك خمس وعشرون ولو قال لفلان على حنطة كثيرة فعند أبي حنيفة رحمه الله البيان إليه وعندهما لا يصدق في أقل من خمسة أو سق بناء على أن النصاب في باب الشر ليس بشرط عند أبي حنيفة وعندهما شرط ولو قال لفلان على ما بين مائة إلى مائتين أو من مائة إلى مائتين فعليه مائة وتسعون وعند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد عليه مائتان وعند فرقة عليه تسعة وتسعون وكذلك إذا قال لفلان على ما بين درهم إلى عشرة أو من درهم إلى عشرة فعليه تسعة دراهم عند أبي حنيفة وعندهما

عليه عشرة وعند زفر عليه ثمانية ولو قال ما بين هذين الحائطين لفلان لم يدخل الحائطان في اقراره بالاجماع وكذلك لو وضع بين يديه عشرة مرتبة فقال ما بين هذا الدرهم الى هذا الدرهم وأشار الى الدرهم بين لفلان لم يدخل الدرهمان تحت اقراره بالاتفاق والاصل فيه ان الغايتان لا يدخلان وعندهما يدخلان وعند أبي حنيفة يدخل الاول دون الآخر وجه قول زفر ان المقر به ماضر بت به الغاية فلا تدخل الغاية تحت ماضر بت له الغاية وهنا لم يدخل في باب البيع (وجه) قولهما انه لما جعلهما غايتين فلا بد من وجودهما ومن ضرورة وجودهما لزومهما (وجه) قول أبي حنيفة الرجوع الى العرف والعادة فان من تكلم بمثل هذا الكلام يريد به دخول الغاية الاولى دون الثانية ألا ترى انه اذا قيل سن فلان ما بين تسعين الى مائة لا يراد به دخول المائة كذا هيها ولو قال لفلان على ما بين كرشعير الى كرحنطة فعليه كرشعير وكرحنطة الا قليلا على قياس قول أبي حنيفة وعندهما عليه كران ولو قال لفلان على من درهم الى عشرة دنانير أو من دينار الى عشرة دراهم فعند أبي حنيفة رحمه الله عليه أربعة دنانير وخمسة دراهم تجعل الغاية الاخيرة من أفضلهما وعندهما عليه خمسة دنانير وخمسة دراهم وعند زفر عليه من كل جنس أربعة ولو قال له على من عشرة دراهم الى عشرة دنانير عليه عشرة دراهم وتسعة دنانير عند أبي حنيفة رحمه الله وكذلك لو قال له على من عشرة دنانير الى عشرة دراهم قدم أو آخر وعندهما عليه الكل وكذلك هذا الاختلاف في الوصية والطلاق ولو قال لفلان على خمسة دراهم في خمسة دراهم ونوى الضرب والحساب فعليه خمسة وقال زفر عليه خمسة وعشرون (وجه) قوله ان خمسة في خمسة على طريق الضرب والحساب خمسة وعشرون فيلزمه ذلك (ولنا) ان الشيء لا يتكرر في نفسه بالضرب وانما يتكرر باجزائه فخمسة في خمسة له خمسة أجزاء فيلزمه ذلك بالاقرار وان نوى به خمسة مع خمسة فعليه عشرة لان في تحتمل مع لمناسبة بينهما في معنى الاتصال ولو أقر بتم في قوصرة فعليه التمر والقوصرة جميعاً وكذلك اذا قال غصبت من فلان ثوباً في منديل يلزمه الثوب والمنديل وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يلزمه الظرف ولو أقر بدابة في اصطبل لا يلزمه الا صطبل بالاجماع (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان الداخل تحت الاقرار بالتمر والثوب لا القوصرة والمنديل لما ذكرنا ان ذلك ظرفا لا اقرار بشئ في ظرفه لا يكون اقراراً به وبظرفه كالاقرار بدابة في الاصطبل وبنخلة في البستان انه لا يكون اقراراً بالاصطبل والبستان (ولنا) أن الاقرار بالتمر في قوصرة اقرار بوجود سبب وجوب الضمان فيهما وكذلك الاقرار بغصب الثوب في منديل لان الثوب يغصب مع المنديل الملقوف فيه عادة وكذلك التمر مع القوصرة واما غصب الدابة مع الاصطبل فغير معتاد مع ما ان العقار لا يحتمل الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولو قال لفلان على ثوب في ثوب فعليه ثوبان لما قلنا ولو قال ثوب في عشرة أثواب فليس عليه الا ثوب واحد عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله عليه احد عشر ثوباً (وجه) قول محمد رحمه الله انه جعل عشرة أثواب ظرفاً لثوب واحد وذلك محتتمل بان يكون في وسط العشرة فاشبه الاقرار بثوب في منديل أو في ثوب (وجه) قول أبي يوسف ان ما ذكره محمد ممكن لكنه غير معتاد ومطلق الكلام للمعتاد هذا اذا ذكر عدداً واحداً مجملان ذكر عدداً واحداً معلوماً لكن أضافه الى صنفين بان قال لفلان على مائتا مثقال ذهب وفضه أو كرا حنطة وشعير فله من كل واحد منهما النصف وكذلك لو سمي أجناساً ثلاثة فعليه من كل واحد الثلث وكذلك لو تزوج على ذلك لانه ذكر عدداً واحداً وأضافه الى عدد من غير بيان حصص كل واحد منهما فتكون حصص كل واحد منهما على السواء كما اذا أضافه الى شخص واحد بان أقر بمائتي درهم لرجلين فان لكل واحد منهما النصف كذا هذا ولو قال استودعني ثلاثة أثواب زطى ويهودى فالقول قول المقر ان شاء جعل زطيين ويهودياً وان شاء جعل يهوديين وزطياً لانه جعل الاثواب الثلاثة من جنس الزطى واليهودى فيكون زطى ويهودى مراداً بيقين فكان البيان في الآخر اليه لتعذر اعتبار المساواة فيه ولو قال استودعني عشرة أثواب هر وية ومروية كان من كل صنف النصف لان اعتبار المساواة ههنا ممكن وأما اذا جمع بين عدد من فلا يخلو اما أن جمع بين عدد من مجملين واما أن جعل

أحدهما وبين الآخر فان جمع بين عددين مجملين بان قال لفلان على كذا كذا درهم الا يصدق في أقل من أحد عشر درهما لانه جمع بين عددين مبهمين وجعلهما اسما واحدا من غير حرف الجمع وذلك يحتمل أحد عشر واثني عشر هكذا الى تسعة عشر الا ان أقل عدد يعبر عنه بهذه الصيغة أحد عشر فيحمل عليه لكونه متيقنا به ويلزمه أحد عشر درهما لانه فسر هذا العدد بالدرهم لا بغيرها ولو قال لفلان على كذا وكذا درهم الا يصدق في أقل من إحدى وعشرين درهما لانه جمع بين عددين مبهمين بحرف الجمع وجعلهما اسما واحدا وأقل ذلك إحدى وعشرون وأما اذا أجمل أحدهما وبين الآخر فنحو ان يقول لفلان على عشرة دراهم ونيف فعليه عشرة والقول قوله في النيف من درهم أو أكثر أو أقل لانه عبارة عن مطلق الزيادة ولو قال لفلان على بضع وخمسون درهما لا يصدق في بيان البضع في أقل من ثلاثة دراهم لان البضع في اللغة اسم لقطعة من العدد وفي عرف اللغة يستعمل في الثلاثة الى التسعة فيحمل على أقل المتعارف لانه متيقن به ولو قال لفلان على عشرة دراهم ودانق أو قيراط فالدانق والقيراط من الدراهم لانه عبارة عن جزء من الدراهم كأنه قال لفلان على عشرة وسدس ولو قال لفلان على مائة ودرهم فالمائة دراهم ولو قال مائة ودينار فالمائة دينار ويكون المعطوف عليه من جنس المعطوف وهذا استحسان والقياس ان يلزمه درهم والقول قوله في المائة (وجه) القياس انه أبهم المائة وعطف الدرهم عليها فيعتبر تصرفه على حسب ما أوقعه فيلزمه درهم والقول في المبهم قوله (وجه) الاستحسان ان قوله لفلان على مائة ودرهم أي مائة درهم ودرهم هذا معنى هذا في عرف الناس الا انه حذف الدرهم طلبا للاختصار على ما عليه عادة العرب من الاختصار والحذف في الكلام وكذلك لو قال لفلان على مائة وشاة فالمائة من الشياه عليه تعرف الناس ولو قال لفلان على مائة وثوب فعليه ثوب والقول في المائة قوله لان مثل هذا لا يستعمل في بيان كون المعطوف عليه من جنس المعطوف فبقية المائة مجملة فكان البيان فيها أجمل عليه وكذلك اذا قال مائة وثوبان ولو قال مائة وثلاثة أثواب فالكل ثياب لان قوله مائة وثلاثة كل واحد منهما مجمل وقوله أثواب يصلح تفسيرهما لهما فجعل تفسيرهما وكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله فيمن قال لفلان على عشرة وعبدان عليه عبد والبيان في العشرة اليه والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا قال لفلان على عشرة ووصيفة ان عليه وصيفة والبيان في العشرة اليه ولو أقر رجل بالف في مجلس ثم أقر له بالف أخرى نظري في ذلك فان أقر له في مجلس آخر فعليه ألفان عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد عليه ألف واحدة وهو إحدى الر وايتين عن أبي حنيفة رضي الله عنه أيضا وان أقر له في مجلس واحد فعندهما لا يشكل ان عليه ألفا واحدا وأما عند أبي حنيفة ذكر عن الكرخي ان عليه ألفين وذكر عن الطحاوي ان عليه ألفا واحدا وهو الصحيح (وجه) قول أبي يوسف ومحمد ان العادة بين الناس بتكرار الاقرار بمال واحد في مجلسين مختلفين لتكثير الشهود كما جرت العادة بذلك في مجلس واحد ليفهم الشهود فلا يحمل على انشاء الاقرار مع الشك (وجه) قول أبي حنيفة ان ألف المذكور في الاقرار الثاني غير ألف المذكور في الاقرار الاول لانه ذكر كل واحد من الالفين منكرا والاصل ان النكرة اذا كررت يراد بالثاني غير الاول قال الله تبارك وتعالى ان مع العسري سرا ان مع العسري سرا حتى قال ابن عباس رضي الله عنه لن يغلب عسري سرين الا اننا تركنا هذا الاصل في المجلس الواحد للعادة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فأنواع لكن بعضها يعم الاقارب كلها وبعضها يخص البعض دون البعض اما الشرائط العامة فأنواع العقل فلا يصح اقرار المجنون والصبي الذي لا يعقل فاما البلوغ فليس بشرط فيصح اقرار الصبي العاقل بالدين والعين لان ذلك من ضرورات التجارة على ما ذكرنا في كتاب المأذون الا انه لا يصح اقرار المحجور لانه من التصرفات الضارة المحضة من حيث الظاهر والقبول من المأذون للضرورة ولم يوجد وأما الحرية فليس بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا في كتاب المأذون وكذا بالحدود والقصاص وكذا العبد المحجور يصح اقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا يتابع رقبته بالدين بخلاف

المأذون لان اقراره المأذون انما يصح لكونه من ضرورات التجارة على ما ذكر في كتاب المأذون والمحجور لا يملك
 التجارة فلا يملك ما هو من ضروراتها الا انه يصح اقراره في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الحر به لانه من أهل الاقرار
 لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه فاذا عتق فقد زال المانع فيؤاخذ به وكذا يصح اقراره
 بالحدود والقصاص فيؤاخذ به للحال لان نفسه في حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ولهذا لو أقر
 المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح وكذلك الصحة ليست بشرط لصحة الاقرار والمرضى ليس بمانع حتى
 يصح اقرار المريض في الجملة لان صحة اقرار الصحيح يرجحان جانب الصدق على جانب الكذب وحال المريض
 أدل على الصدق فكان اقراره أولى بالقبول على ما ذكره في موضعه وكذلك الاسلام ليس بشرط لصحة الاقرار
 لانه في الاقرار على نفسه غير متهم ومنها ان لا يكون متهما في اقراره لان التهمة تخل رجحان الصدق على جانب
 الكذب في اقراره لان اقرار الانسان على نفسه شهادة قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء
 لله ولو على أنفسكم والشهادة على نفسه اقرار دل ان الاقرار شهادة وانها ترد بالهمة وفروع هذه المسائل تأتي في خلال
 المسائل ان شاء الله تعالى ومنها الطوع حتى لا يصح اقرار المكره لما ذكرنا في كتاب الاكراه ومنها ان يكون المقر
 معلوما حتى لو قال رجلان لفلان على واحد منا الف درهم لا يصح لانه اذا لم يكن معلوما لا يتمكن المقر له من المطالبة
 فلا يكون في هذا الاقرار فائدة فلا يصح وكذلك اذا قال واحدنا واحدا منا وكذا اذا قال واحدنا
 زنى أو سرق أو شرب أو قذف لان من عليه الحد غير معلوم فلا يمكن اقامة الحد وأما الذي يخص بعض الاقرار بدون
 البعض فمعرفة مبنية على معرفة أنواع المقر به فتقول ولا قوة الا بالله تعالى ان المقر به في الأصل نوعان أحدهما حق
 الله تعالى عز شأنه والثاني حق العبد اما حق الله سبحانه وتعالى فنوعان أيضا أحدهما ان يكون خالصا لله تعالى
 وهو حد الزنا والسرق والشرب والثاني ان يكون للعبد فيه حق وهو حد القذف ولصحة الاقرار به شرائط ذكرناها
 في كتاب الحدود

﴿فصل﴾ وأما حق العبد فهو المال من العين والدين والتسبب والقصاص والطلاق والعتاق ونحوها ولا يشترط
 لصحة الاقرار بها ما يشترط لصحة الاقرار بحقوق الله تعالى وهي ما ذكرنا من العدد ومجلس القضاء والعبارة حتى ان
 الاخرس اذا كتب الاقرار بيده أو أومأ بما يعرف انه اقرار بهذه الاشياء يجوز بخلاف الذي اعتقل لسانه لان
 للأخرس اشارة معهودة فاذا أتى بها يحصل العلم بالشار اليه وليس ذلك لمن اعتقل لسانه ولان اقامة الاشارة مقام
 العبارة أمر ضروري واخرس ضرور لانه أصلي (فأما) اعتقال اللسان فليس من باب الضرورة لكونه على
 شرف الزوال بخلاف الحدود لانه لا يجعل ذلك اقرار بالحدود لما بينا ان مبنى الحدود على صريح البيان بخلاف
 القصاص فانه غير مبني على صريح البيان فانه اذا أقر مطلقة عن صفة التعمد بذكراً لعدالة عليه وهي النسيب ونحوه
 يستوفي بمثل القصاص وكذا لا يشترط لصحة الاقرار بها الصحيح حتى يصح اقرار السكران لانه يصدق في حق المقر له
 انه غير صاحبه اولاً لانه ينزل عقله قائماً في حق هذه التصرفات فيلحق فيها بالصاحي مع زوال الحقيقة عقوبة عليه
 وحقوق العباد تثبت مع الشبهات بخلاف حقوق الله تعالى لكن الشرائط المختصة بالاقرار بحقوق العباد نوعان نوع
 يرجع الى المقر له ونوع يرجع الى المقر به (أما) الذي يرجع الى المقر له فنوع واحد وهو ان يكون معلوماً موجوداً كان
 أو حملاً حتى لو كان مجهولاً بان قال لواحد من الناس على أولي يد على ألف درهم لا يصح لانه لا يملك أحد مطالبته فلا
 يفيد الاقرار حتى لو عين واحد ابان قال عنيت به فلانا يصح ولو قال حمل فلانة على ألف درهم فان بين جهة يصح
 وجوب الحق للحمل من تلك الجهة بان قال المقر أوصى بها فلان له أو مات أبوه فهو رثه صح الاقرار لان الحق يجب له
 من هذه الجهة فكان صادقا في اقراره فيصح وان أجل الاقرار لا يصح عند أبي يوسف وعند محمد يصح (وجه) قول
 محمد ان اقرار العاقل يجب حمله على الصحة ما أمكن وأمكن حمله على اقراره على جهة مصححة له وهي ما ذكرنا فوجب

حمله عليه (وجه) قول أبي يوسف ان الاقرار المبهم له جهة الصحة والفساد لانه ان كان يصح بالحمل على الوصية والارث يفسد بالحمل على البيع والغصب والقرض فلا يصح مع الشك مع ما ان الحمل في نفسه محتمل الوجود والعدم والشك من وجه واحد يمنع صحة الاقرار فن وجهين أولى والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا أقر للحمل (أما) اذا أقر بالحمل بان أقر بحمل جارية أو بحمل شاة لرجل صح أيضاً لان حمل الجارية والشاة مما يحتمل الوجوب في الذمة بان أوصى له مالك الجارية والشاة فاقرب به والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الذي يرجع الى المقر به اما الاقرار بالعين والدين فشرط صحة القراغ عن تعلق حق الغير فان كان مشغولاً بحق الغير لم يصح لان حق الغير معصوم محترم فلا يجوز ابطاله من غير رضاه فلا بد من معرفة وقت التعلق ومعرفة محل التعلق (أما) وقت التعلق فهو وقت مرض الموت فدام المديون صحيحاً فالدين في ذمته فاذا مرض مرض الموت يتعلق بتركته أي بتعين فيها ويتحول من الذمة اليها لانه لا يعرف كون المرض مرض الموت الا بالموت فاذا اتصل به الموت تبين ان المرض كان مرض الموت من وقت وجوده فبين ان التعلق يثبت من ذلك الوقت وبيان ذلك الوقت ببيان حكم اقرار المريض والصحيح وما يفترقان فيه وما يتصل به وما يستويان فيه فنقول والله التوفيق اقرار المريض في الاصل نوعان اقراره بالدين لغيره واقراره باستيفاء الدين من غيره (فأما) اقراره بالدين لغيره فلا يخلو من أحد وجهين (أما) ان أقر به لاجنبي أو لوارث فان أقر به لوارث فلا يصح الا باجازة الباقي عندنا وعند الشافعي يصح (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان جهة الصحة للاقرار هي رجحان جانب الصدق على جانب الكذب وهذا في الوارث مثل ما في الاجنبي ثم يقبل اقرار الاجنبي كذا الوارث (ولنا) ما روى عن سيدنا عمر وابنه سيدنا عبد الله رضي الله عنهما انهما قالوا اذا أقر المريض لوارثه لم يجز واذا أقر لاجنبي جاز ولم يرو عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعاً ولانه منهم في هذا الاقرار لجواز انه أثر بعض الورثة على بعض بميل الطبع أو بقضاء حق موجب للبعث على الاحسان وهو لا يملك ذلك بطريق التبرع والوصية به فاذا تنفيذ غرضه بصورة الاقرار من غير ان يكون للوارث عليه دين فكان متمماً في اقراره فيرد ولانه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الورثة بماله ولهذا لا يملك ان يتبرع عليه بشئ من الثلث مع ما انه خالص ملسكه لاحق لاجنبي فيه فكان اقراره للبعض ابطالا لحق الباقي فلا يصح في حقتهم ولان الوصية لم تجز لوارث فلا قرار أولى لانه لو جاز الاقرار لارتفع بطلان الوصية لانه يميل الى الاقرار واختيار اللاتيار بل هو أولى من الوصية لانه لا يذهب بالوصية الا الثلث وبالاقرار يذهب جميع المال فكان ابطال الاقرار ابطال الوصية بالطريق الاولى ويصح اقرار الصحيح لوارث لان ما ذكرنا من الموانع منعدمة في اقراره هذا اذا أقر لوارث فان أقر لاجنبي فان لم يكن عليه دين ظاهر معلوم في حالة الصحة يصح اقراره من جميع التركة استحصانا والقياس ان لا يصح الا في الثلث (وجه) القياس ان حق الورثة بما زاد على الثلث متعلق ولهذا يملك التبرع بما زاد على الثلث لكننا تركنا القياس بالاثار وهو ما روى عن ابن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما انه قال اذا أقر المريض بدين لاجنبي جاز ذلك من جميع تركته ولم يعرف له فيه من الصحابة رضي الله تعالى عنهم مخالف فيكون اجماعاً ولانه في الاقرار للاجنبي غير متمم فيصح ويصح اقرار الصحيح للاجنبي من جميع المال لانعدام تعلق حق الورثة بماله في حالة الصحة بل الدين في الذمة وانما يتعلق بالتركة حالة المرض وكذا لو أقر الصحيح بدين لانا كثر متفرقة بان أقر بدين جاز عليه كله لان حال الصحة حال الاطلاق لوجود الموجب للاطلاق وانما الامتناع لما رضى تعلق حق الورثة أول للهمة وكل ذلك ههنا منعدم ويستوى فيه المتقدم والمتأخر لحصول الكل في حالة الاطلاق ولو أقر المريض بدين لانا كثر متفرقة بان أقر بدين ثم بدين جاز ذلك كله واستوى فيه المتقدم والمتأخر باستواء الكل في التعلق لاستوائهما في زمان التعلق وهو زمان المرض اذ من المرض مع امتداده بتجدد أمثاله حقيقة بمنزلة زمان واحد في الحكم فلا يتصور فيه التقدم والتأخر ولو أقر وهو مريض بدين ثم بعين بان أقر ان هذا الشيء الذي بيده وديعة لفلان فهما ديتان ولا تقدم

الوديعة لان اقراره بالدين قد صح فأوجب تعلق حق الغرماء بالعين لكونها مملوكة له من حيث الظاهر والاقرار بالوديعة لا يبطل التعلق لان حق الغير يصان عن الابطال ما أمكن وأمكن ان يجعل ذلك اقرارا بالدين لاقراره باستهلاك الوديعة بتقديم الاقرار بالدين عليه واذا صار مقرا باستهلاك الوديعة فالأقرار باستهلاك الوديعة يكون اقرارا بالدين لذلك كنادينين ولو أقر بالوديعة أولاً ثم أقر بالدين فالأقرار بالوديعة أولى لان الاقرار بالوديعة لما صح خرجت الوديعة من ان تكون محلاً للتعلق لغير وجهها عن ملكه فلا يثبت التعلق بالاقرار لان حق غريم المرض يتعلق بالتركة لا بغيرها ولم يوجد وكذلك لو أقر المريض بماله في يده انه بضاعة أو مضاربة فحكمه وحكم الوديعة سواء والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا أقر المريض بالدين وليس عليه دين ظاهر معلوم في حال الصحة يعتبر اقراره فأما اذا كان عليه دين ظاهر معلوم بغير اقراره ثم أقر بدين آخر نظرياً في ذلك فان لم يكن المقر به ظاهر معلوماً بغير اقراره تقدم الدين الظاهر لغرماء الصحة في القضاء فتقضى ديونهم أولاً من التركة فافضل يصرف الى غير غرماء الصحة وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يستويان (وجه) قوله ان غريم المرض مع غريم الصحة استويان في سبب الاستحقاق وهذا لان الاقرار انما كان سبباً لظهور الحق لرجحان جانب الصدق على جانب الكذب وحالة المرض أدل على الصدق لانها حالة يتدارك الانسان فيها ما فرط في حالة الصحة فان الصدق فيها أغلب فكان أولى بالقبول (ولنا) ان شرط صحة الاقرار في حق غريم الصحة لم يوجد فلا يصح في حقه ودليل ذلك ان الشرط فراغ المال عن تعلق حق الغير به لما بينا ولم يوجد لان حق غريم الصحة متعلق بماله من أول المرض بدليل انه لو تبرع بشئ من ماله لا ينفذ تبرعه ولو لا تعلق حق الغير به لنفذ لا حينئذ كان التبرع تصرفاً من الاصل في محل هو خالص ملكه وحكم الشرع في مثله النفاذ فدل عدم النفاذ على تعلق النفاذ واذا ثبت التعلق فقد انعدم التراخي الذي هو شرط صحة الاقرار في حق غريم الصحة فلا يصح في حقه ولا انه اذا لم يعلم وجوبه بسبب ظاهر معلوم سوى اقراره كان متهماً في هذا الاقرار في حق غرماء الصحة لجواز ان يكون له ضرب عناية في حق شخص يميل طبعه الى الاحسان اليه أو بينهما حقوق تبغشه على المعروف والصلوة في حقه ولا يملك ذلك بطريق التبرع في يده بتحصيل مراده بصورة الاقرار فكان متهماً في حق أصحاب الديون الظاهرة انه أظهر الاقرار من غير ان يكون عليه دين فيرد اقراره بالثمة وكذلك اذا كان عليه دين الصحة فأقر بعينه في يده انه لقان لا يصح اقراره في حق غرماء الصحة وكانوا أحق بالغرماء من الذي أقر له لانه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الغرماء بالعبد لما بينا وكان الاقرار بالعبد لقان ابطالا لحقهم فلا يصح اقراره في حقهم هذا الذي ذكرنا اذا لم يكن الدين المقر به ظاهر معلوماً بغير اقراره (فأما) اذا كان بدلاً عن مال ملكه كبذل القرض وثمن المبيع أو بدلاً عن مال استهلكه فهو بمنزلة دين الصحة ويقدمان جميعاً على دين المرض لانه اذا كان ظاهر معلوماً بسبب معلوم لم يحتمل الرد فيظهر وجوبه باقراره وتعلقه بالتركة من أول المرض وكذا اذا كان ظاهر معلوماً بسبب معلوم لا يهتم في اقراره والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا تزوج امرأة في مرضه بألف درهم ومهر مثلها ألف درهم جاز ذلك على غرماء الصحة والمرأة تخصمهم مهرها لانه لما جاز النكاح ولا يجوز الا بوجوب المهر كان وجوبه ظاهر معلوماً لظهور سبب وجوبه وهو النكاح فلم يكن وجوبه محتملاً للرد فيتعلق بماله ضرورة بحقيقة ان النكاح اذا لم يحز بدون وجوب المهر والنكاح من الحوائج الاصلية للانسان فكذلك وجوب المهر الذي هو من لوازمه شرعاً والمرضى غير محجور عن صرف ماله الى حوائجه الاصلية كشمين الاغذية والادوية وان كان عليه دين الصحة وللصحيح ان يؤثر بعض الغرماء على بعض حتى انه لو قضى دين أحدهم لا يشارك فيه الباقيون لما بينا أن الدين في حالة الصحة لم يتعلق بالمال بل هو في الذمة فلا يكون في ايثار البعض ابطال حق الباقيين الا ان يقرر لرجلين بدين واحد فما قبض أحدهما منه شيئاً كان لصاحبه أن يشار فيه لانه قضى ديناً مشتركاً فكان المقبوض على الشركة وليس للمريض ان يؤثر بعض غرمائه على بعض سواء كانوا غرماء المرض أو غرماء الصحة حتى انه لو قضى

دين أحدهم شاركة الباقيون في المقبوض لأن المرض أوجب تعلق الحق بالتركة وحقوقهم في التعلق على السواء فكان في إثارة البعض إبطال حق الباقيين إلا أن يكون ذلك بدل قرض أو ثمن مبيع بان استقرض في مرضه أو اشتري شيئاً بمثل قيمته وكان ذلك ظاهراً معلوماً فله أن يقضى القرض وينقد الثمن ولا يشاركه الغرماء في المقبوض والمنقود لأن الإثارة في هذه الصورة ليس بإبطال الحق الباقيين لأن حقوقهم متعلقة بمعنى التركة لا بصورتها والتركة قائمة من حيث المعنى لقيام بدلها إلا أن بدل الشيء يقوم مقامه كأنه هو فلم يكن ذلك إبطالا معني ولو تزوج امرأة أو استأجر أجيراً فتقدم المهر والاجرة لا يسلم لهما المنقود بل الغرماء يتبعونهما ويخاصمونهما بديونهم وكانوا أسوة الغرماء لأن التسليم أعنى جعل المنقود سائلاً لهما بإبطال حق الغرماء صورة ومعنى لأن المهر بدل عن ملك النكاح وملك النكاح لا يحتمل تعلق حق الغرماء به وكذلك الاجرة بدل عن المنفعة المستوفاة وهي مما لا يحتمل تعلق الحق به لذلك لم يستواء في القسمة والله تعالى أعلم وعلى هذا الأصل يخرج تقديم الدين على الوصية والميراث لأن الميراث حق وضع في المال القارغ عن حاجة الميت فاذا مات وعليه دين مستغرق للتركة والتركة مشغولة بحاجته فلم يوجد شرط جريان الارث فيه قال الله تعالى عز من قائل من بعد وصية يوصي بها أو دين وقد قدم الدين على الميراث وسواء كان دين الصحة أو دين المرض لأن الدليل لا يوجب الفصل بينهم وهو ما بينا وإذا اجتمعت الديون فالغرماء يقسمون التركة على قدر ديونهم بالحصص ولو توى شيء من التركة قبل القسمة اقتسموا الباقي بينهم بالحصص ويجعل التاوى كأنه لم يكن أصلاً لأن حق كل واحد منهم تعلق بكل جزء من التركة فكان الباقي بينهم على قدر ديونهم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان محل تعلق الحق فجعل تعلق الحق هو المال لأن الدين يقضى من المال لا من غيره فيتعلق حق الغرماء بكل متركة هو مال من العين والدين ودية المديون وارش الجنایات الواجبة له بالجنابة عليه خطأ أو عمد إلا أن كل ذلك مال ولا يتعلق بالقصاص في النفس وما دونها حتى لا يصبح عفوهم لأنه ليس بمال ولو عفا بعض الورثة عن القصاص حتى انقلب نصيب الباقيين ما لا يتعلق حق الغرماء به ويقضى منه ديونهم لأنه بدل نفس المقتول فكان حقه في صرف إلى ديونه كسائر أموال المتركة وكذلك المديون إذا كانت امرأة يتعلق حق الغرماء بمهرها ويقسم بينهم بالحصص لأن المهر مال والله سبحانه وتعالى أعلم وما عرف من أحكام الاقارب وتفاصيلها في الصحة والمرض في اقرار الحر فهو الحكم في اقرار العبد المأذون لأنه يملك الاقرار بالدين والعين لكونه من ضرورات التجارة على ما بينا في كتاب المأذون فكان هو في حكم الاقرار والحر سواء ولو تصرف المأذون في مرضه جازت محاباته من جميع المال ومحابة الحر المريض لا تجوز إلا من الثلث (وجه) الفرق ان المحجار الحر عن المحابة لتعلق حق الورثة والعبد لا وارث له وحكم تصرفه يقع لمولاه فاشبهه الوكيل بالبيع اذا باع في مرض موته وحاجته انه تجوز محاباته من جميع المال كذا هذا ولو كان على العبد دين وفي يده وفاء بالدين أخذ الغرماء ديونهم وجازت المحابة فيما بقي من المال وإن كان الدين محيطاً بما في يده يقال للمشتري ان شئت فاد جميع المحابة والا فارد المبيع كالحر المريض اذا حاجب وعليه دين والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما اقرار المريض باستيفاء دين وجب له على غيره فلا يخلو من أحد وجهين إما أن أقر باستيفاء دين وجب له على وارث وإما أن أقر باستيفاء دين وجب له على أجنبي فإن أقر باستيفاء دين وجب له على أجنبي فاما أن أقر باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة وإما أن أقر باستيفاء دين وجب له في حالة المرض فإن أقر باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة يصح ويصدق في اقراره بالاستيفاء حتى يبرأ الغريم عن الدين سواء كان الدين الواجب في حالة الصحة بدلاً لعماله ليس بمال نحو ارض جنابة أو بدل صلح عن عمد أو كان بدلاً لعماله هو مال نحو بدل قرض أو ثمن مبيع وسواء لم يكن عليه دين الصحة أو كان عليه دين الصحة أما اذا وجب بدلاً لعماله هو مال فلان المريض

بهذا الاقرار لم يبطل حق الغرماء لان المدينون استحق البراءة عن الدين بالاقرار باستيفاء الدين حالة الصحة كما استحقها بايفاء الدين بالتخلى بين المال وبين صاحب الدين والعارض هو المرض وأثره في حجر المريض عما كان له لا في حجره عما كان حقاً مستحقاً عليه كالعبد المأذون اذا أقر بعد الحجر باستيفاء دين ثبت له في حالة الاذن انه يصح اقراره لما قلنا كذا هذا بل أولى لان حجر العبد أقوى لانه يصير محجوراً عن البيع والشراء والمريض لا يصير محجوراً عن البيع والشراء ثم أثر الحجر هناك ظهر فيما لا فيما عليه فبهنا أولى (وأما) اذا وجب بدلا عما ليس بمال فلان المريض لم يتعلق حق الغرماء بالمبدل وهو النفس لانه ليس بمال فلا يتعلق بالمبدل واذا لم يتعلق حقهم به فلا يكون الاقرار باستيفاء الدين ابطالا لحق الغرماء فيصح ويرأ الغريم وكذلك اذا أقر المولى باستيفاء بدل الكتابة الواقعة في حالة الصحة يصدق ويرأ المكاتب لما قلنا هذا اذا أقر باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة فاما اذا أقر باستيفاء دين وجب له في حالة المرض فان وجب بدلا عما هو مال لم يصح اقراره ولا يصدق في حق غرماء الصحة ويجعل ذلك منه اقرارا بالدين لانه لا مرض فقد تعلق حق الغرماء بالمبدل لانه مال فكان البيع والقرض ابطالا لحقهم عن المبدل الا ان يصل المبدل اليهم فيكون بدلا معنى لقيام المبدل مقامه لما أقر بالاستيفاء فلا وصول للمبدل اليهم فلم يصح اقراره بالاستيفاء في حقهم فبقى اقرار بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان كل من استوفى ديناً من غيره يصير المستوفى ديناً في ذمة المستوفى ثم تقع المقاصة فكان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين واقرار المريض بالدين وعليه دين الصحة لا يصح في حق غرماء الصحة وكذلك لو أتلّف رجل على المريض شيئاً في مرضه فآقر المريض بقبض القيمة منه لم يصدق في ذلك اذا كان عليه دين الصحة لان الحق كان متعلقاً بالمبدل حالة المرض فيتعلق بالمبدل ولو أتلّف في حالة الصحة فآقر في حالة المرض صح لان الاقرار بقبض دين الصحة في حالة المرض صحيح وان كان بدلا عما هو بمال لما بينا وان وجب بدلا عما ليس بمال يصح اقراره لانه لا مرض لم يتعلق حق غرماء الصحة بالمبدل لانه لا يحتمل التعلق لانه ليس بمال فلا يتعلق بالمبدل فصار الاقرار باستيفائه والاقرار باستيفاء دين وجب له في حال الصحة سواء ذلك صحيح كذا هذا وكذلك لو أقر رجل للمريض انه قتل عبداً في مرضه خطأ أو قطع يد العبد أو قامت البيئة على ذلك فلزمه نصف القيمة فأقر المريض بالاستيفاء فهو مصدق لان الواجب بقتل العبد بدل النفس عندنا لا بدل المال بدليل انه يجب مقدراً كإرش الاحرار حتى لو قطع يد عبد قيمته ثلاثون ألف درهم فعليه عشرة آلاف درهم الا أحد عشر درهماً عند أبي يوسف رحمه الله فينقص عشرة عن عشرة آلاف لثلاثا يبلغ دية الحر وينقص الدرهم الحادى عشر لثلاثا تبلغ بدل يده بدل نفسه وعند محمد رحمه الله يجب بقطع يد هذا العبد خمسة آلاف الا عشرة دراهم دل ان ارش يد العبد وجب مقدراً فكان بدلا عما ليس بمال كإرش الحرف فلا يتعلق به حق الغرماء فلا يكون الاقرار بالاستيفاء ابطالا لحقهم وكذلك لو كان الجاني قتل العبد متعمداً فصالحه المريض على مال ثم أقر أنه استوفى بدل الصلح جاز وكان مصدقاً لان بدل الصلح بدل عما ليس بمال والله تعالى أعلم

فصل وان أقر باستيفاء دين وجب له على وارث لا يصح سواء وجب بدلا عما هو مال أو بدلا عما ليس بمال لانه اقرار بالدين لما بينا ان استيفاء الدين بطريق المقاصة وهو ان يصير المستوفى ديناً في ذمة المستوفى فكان اقراره بالاستيفاء اقرار بالدين واقرار المريض لوارثه باطل وعلى هذا اذا تزوج امرأة فاقرت في مرض موتها انها استوفت مهرها من زوجها ولا يعلم ذلك الا بقولها وعليها دين الصحة ثم ماتت قبل أن يطلقها زوجها ولا مال لها غير المهر لا يصح اقرارها ويؤمر الزوج بردها الى الغرماء فيكون بين الغرماء بالخصص لان الزوج وارثها واقرار المريض بدين وجب له على وارثه لا يصح وان وجب بدلا عما ليس بمال لما بينا ان ذلك اقرار بالدين للوارث وانه باطل ولو أقرت في مرضها انها استوفت المهر من زوجها ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها يصح اقرارها لان الزوج بالطلاق قبل الدخول خرج من ان يكون وارثاً لها فلم يكن اقرارها باستيفاء المهر منه اقرار بالدين للوارث فصحيح وليس

لزوجان يضارب الغرماء بنصف المهر فيقول انها اقرت باستيفاء جميع المهر مني وهي لا تستحق بالطلاق قبل الدخول الا نصف المهر فصار نصف المهر ديناً لي عليها فانا أضرب مع غرمائها لان اقرارها بالاستيفاء انما يصح في حق براءة الزوج عن المهر لا في حق اثبات الشركة في مالها مع غرمائها لان ديونهم ديون الصحة واقرارها للزوج في حالة المرض فلا يصح في حقهم ولو كان الزوج دخل بها فأقرت باستيفاء المهر ثم طلقها طلاقاً بائناً أو رجعيًا ثم ماتت بعد انقضاء العدة فكذلك الجواب لان الزوج عند الموت ليس بوارث ولو ماتت قبل انقضاء العدة لا يصح اقرارها (أما) في الطلاق الرجعي فلان الزوجية باقية والورثة قائمة (وأما) في البائن فلان العدة باقية وكانت ممنوعة من هذا الاقرار لقيام النكاح في حالة العدة فكان النكاح قائماً من وجه فلا يزول المنع مادام المانع قائماً من وجه ولهذا لا تقبل شهادة المعتدة لزوجها وان كان الطلاق بائناً واذ لم يصح اقرارها وعليها ديون الصحة فيستوفي أصحاب ديون الصحة ديونهم فان فضل من مالها شيء ينظر الى المهر والى ميراثه منها فيسلم له الاقل منهما ومشايخنا يقولون ان هذا الجواب على قول أبي حنيفة رضي الله عنه (وأما) على قولهما يجب ان يكون اقرارها باستيفاء المهر من الزوج صحيحاً في حق التقديم على الورثة في جميع ما أقرت (وأصل) المسئلة في كتاب الطلاق في المريض يطلق امرأته بسؤالها ثم يقر لها بما لا يصح اقراره عندهما لانها أجنبية لا ميراث لها منه وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول لها الاقل من نصيبها من الميراث ومما أقر لها به فهم يعتبران ظاهر كونها أجنبية وأبو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل انهما تواضعا على ذلك ليقر لها بأكثر من نصيبها فكان منهما فيما زاد على ميراثها في حق سائر الورثة فلم يصح فهذا كذلك والعبد المأذون في حالة المرض في الاقرار باستيفاء دين الصحة والمرض كالحر لانه يملك الاقرار باستيفاء الدين وقبضه كالحر فكل ما صح من الحر يصح منه وما لا فلا والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما اقرار المريض بالبراءة بان أقرا المريض انه كان ابراً فلان من الدين الذي عليه في محنته لا يجوز لانه لا يملك انشاء البراءة للحال فلا يملك الاقرار به بخلاف الاقرار باستيفاء الدين لانه اقرار بقبض الدين وانه يملك انشاء القرض فيملك الاخبار عنه بالاقرار والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الاقرار بالنسب فهو الاقرار بالوارث وهو نوعان أحدهما اقرار الرجل بوارث والثاني اقرار الوارث بوارثه ويتعلق بكل واحد منهما حكمان حكم النسب وحكم الميراث اما الاقرار بوارث فلصحته في حق ثبات النسب شرائط منها ان يكون المقر به محتمل الثبوت لان الاقرار اخبار عن كائن فاذا استحال كونه فلا اخبار عن كائن يكون كذباً محضاً وبيانه ان من أقر بغيره انما يلد مثله لا يد مثله لا يصح اقراره لانه يستحيل ان يكون ابناً له فكان كذبا في اقراره بيقين ومنها ان لا يكون المقر بنسبه معروف بالنسب من غيره فان كان لم يصح لانه اذا ثبت نسبه من غيره لا يحتمل ثبوته له بعده ومنها تصديق المقر بنسبه اذا كان في يد نفسه لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا تبطل الا برضاه ولا يشترط صحة المقر لصحة اقراره بالنسب حتى يصح من الصحيح والمريض جميعاً لان المرض ليس بمانع لعينه بل يتعلق حق الغير والتهمة فكل ذلك منعدم اما التعلق فظاهر العدم لانه لا يعرف التعلق في مجهول النسب وكذلك معنى التهمة لان الارث ليس من لوازم النسب فان حرمان الارث أسباباً لا تقدر في النسب من القتل والرق واختلاف الدين والدار والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها ان يكون فيه حمل النسب على الغير سواء كذبه المقر بنسبه أو صدقه لان اقرار الانسان حجة على نفسه لا على غيره لانه على غيره شهادة أو دعوى والدعوى المقررة ليست بحجة وشهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على غيره اقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى أو شهادة وكل ذلك لا يقبل الا بحجة وعلى هذا يجوز اقرار الرجل بخمسة نفر والدين والولد والزوج والمولى ويجوز اقرار المرأة بربعة نفر والدين والزوج والمولى ولا يجوز بالولد لانه ليس في الاقرار بهؤلاء حمل نسب الغير على غيره اما الاقرار بالولاء فظاهر لانه ليس فيه حمل نسب الى أحد

وكذلك لا قرار بالزوجة ليس فيه حمل نسب الغير على غيره لكن لا بد من التصديق لما ذكرنا ثم ان وجد التصديق في حال حياة المقر جاز بلا خلاف وان وجد بعد وفاته فان كان الاقرار من الزوج يصح تصديق المرأة سواء صدقته في حال حياته أو بعد وفاته بالاجماع بان أقر الرجل بالزوجة فمات ثم صدقته المرأة لان النكاح يبقى بعد الموت من وجه لبقاء بعض أحكامه في العدة فكان محتملا للتصديق وان كان الاقرار بالزوجة من المرأة فصدقها الزوج بعدم موتها لا يصح عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يصح (وجه) قوله ما ذكرنا ان النكاح يبقى بعد الموت من وجه فيجوز التصديق كما اذا أقر الزوج بالزوجة وصدقته المرأة بعد موته (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان النكاح للحال عدم حقيقة فلا يكون محلا للتصديق الا انه أعطى له حكم البقاء لاستيفاء أحكام كانت ثابتة قبل الموت والميراث حكم لا يثبت الا بعد الموت فكان زائلا في حق هذا الحكم فلا يحتمل التصديق والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الاقرار بالولد فلا نه ليس فيه حمل نسب غيره على غيره بل على نفسه فيكون اقرارا على نفسه لا على غيره فيقبل لكن لا بد من التصديق اذا كان في يد نفسه لما قلنا وسواء وجدته في حال حياته أو بعد وفاته لان النسب لا يبطل بالموت فيجوز التصديق في الحالين جميعا وكذلك الاقرار بالوالدين ليس فيه حمل نسب غيره على غيره فيكون اقرارا على نفسه لا على غيره فيقبل وكذلك اقرار المرأة بهؤلاء لما ذكرنا الا للولد لان فيه حمل نسب غيره على غيره وهو نسب الولد على الزوج فلا يقبل الا اذا صدقها الزوج أو تشهد امرأة على الولادة بخلاف الرجل لان فيه حمل نسب الولد على نفسه ولا يجوز الاقرار بغير هؤلاء من المم والاختلاف فيه حمل نسب غيره على غيره وهو الاب والجد وكذلك الاقرار بوارث في حق حكم الميراث يشترط له ما يشترط للاقرار به في حق ثبات النسب وهو ملز كمالا لشرط حمل النسب على الغير فان الاقرار بنسب يحمله المقر على غيره لا يصح في حق ثبات النسب أصلا ولا يصح في حق الميراث لكن بشرط ان لا يكون له وارث أصلا ويكون ميراثه له لان تصرف العاقل واجب التصحيح ما أمكن فان لم يمكن في حق ثبات النسب فقد شرط الصحة أمكن في حق الميراث وان كان ثمة وارث قريبا كان أو بعيدا لا يصح اقراره أصلا ولا شيء له في الميراث بان أقر باخ وله عمة أو خالة فيرثه لعمته أو لخالته ولا شيء للمقر له لانها وارثان يبقين فكان حقهما ثابتا يبقين فلا يجوز ابطاله بالصرف الى غيرهما وكذلك اذا أقر باخ أو ابن ابن وله مولى الموالاة ثم مات فالميراث للمولى ولا شيء للمقر له لان الولاء من أسباب الارث ولا يكون اقراره بذلك رجوعا عن عقد الموالاة لانعدام الرجوع حقيقة فبقى العقد وانه يمنع صحة الاقرار بالمدكور وكذلك لو كان مولى الموالاة هو مولى العتاقة من طريق الاولى لانه عصبتة ولو لم يكن له وارث ولكنه أوصى بجميع ماله لرجل فالثالث للموصى له والباقي للاخ المقر به لانه وارث في زعمه وظنه ولو كان مع الموصى له المال مولى الموالاة أيضا فلموصى له الثالث والباقي للمولى ولا شيء للمقر له لان الموالاة لا تمنع صحة الوصية لكنها تمنع صحة الاقرار بالمدكور لما بينا وكذلك لو كان مكان مولى الموالاة مولى العتاقة لان مولى العتاقة آخر العصبات مقدم على ذوى الارحام ومولى الموالاة آخر الورثة مؤخر عن ذوى الارحام فاضعف الولاء لمنع صحة الاقرار بالمدكور فاقواهما أولى ولو أقر باخ في مرض الموت وصدقته المقر له ثم أنكر المريض بعد ذلك وقال ليس بيني وبينك قرابة بطل اقراره في حق الميراث أيضا حتى انه لو أوصى بعد الانكار بماله لانسان ثم مات ولا وارث له فالمال كله للموصى له بجميع المال لان الانكار منه رجوع والرجوع عن مثل هذا الاقرار صحيح لانه يشبه الوصية وان لم يكن وصية في الحقيقة والرجوع عن الوصية صحيح ولو أنكر وليس هناك موصى له بالمال أصلا فالمال لبيت المال لبطالان الاقرار أصلا بالرجوع والله تعالى أعلم وأما الاقرار بوارث فالكلام فيه في موضعين أحدهما في حق ثبات النسب والثاني في حق الميراث أما الاول فالامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان الوارث واحدا واما ان كان أكثر من واحد بان مات رجل وترك ابنا فاقرب باخ هل ثبتت نسبته من الميت اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد لا يثبت النسب باقرار وارث واحد وقال أبو يوسف يثبت به أخذ

الكرخي رحمه الله وان كان أكثر من واحد بان كانا رجلين أو رجلا وامرأتين فصاعداً أثبت النسب باقرارهم بالاجماع (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان اقرار الواحد مقبول في حق الميراث فيكون مقبولا في حق النسب كاقرار الجماعة (وجه) قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ان الاقرار بالاخوة اقرار على غيره لمافيته من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كانا اثنين فصاعداً لان شهادة رجلين او رجل وامرأتين في النسب مقبولة وامافي حق الميراث فاقرار الوارث الواحد بوارث يصح ويصدق في حق الميراث بان أقر الابن المعروف وبأخ وحكمه انه يشاركه فيما في يده من الميراث لان الاقرار بالاخوة اقرار بشيئين النسب واستحقاق المال والاقرار بالنسب اقرار على غيره وذلك غير مقبول لانه دعوى في الحقيقة أو شهادة والاقرار باستحقاق المال اقرار على نفسه وانه مقبول ومثل هذا جاز ان يكون الاقرار الواحد مقبولا بجهة غير مقبول بجهة أخرى كمن اشترى عبداً ثم أقران البائع كان اعتقه قبل البيع قبل اقراره في حق العتق ولا يقبل في حق ولاية الرجوع بالثمن على البائع فعلى ذلك ههنا جاز ان يقبل الاقرار بوارث في حق الميراث ولا يقبل في حق ثبات النسب ولو أقر الابن المعروف باخت أخذت ثلث مافي يده لان اقراره قد صح في حق الميراث ولها مع الاخ ثلث الميراث ولو أقر بأمرأة أنها زوجة أبيه فلها ثمن مافي يده ولو أقر بجهة هي أم الميت فلها سدس مافي يده والاصل ان المقر في يده يعامل معاملة ما لو ثبت النسب ولو أقر ابن الميت بابن ابن الميت وصدقه لكن أنكر ان يكون المقر ابنه فالقول قول المقر والمال بينهما نصفان استحسانا والقياس ان يكون القول قول المقر له والمال كله له ما لم يقيم البيئة على النسب (وجه) القياس انهما تصادقا على اثبات ورائة المقر له واختلاف ورائة المقر فيثبت المتفق عليه ويقف المختلف فيه على قيام الدليل (وجه) الاستحسان ان المقر له انما استفاد الميراث من جهة المقر فلو بطل اقراره لبطلت ورائته وفي بطلان ورائته بطلان ورائة المقر له وكذلك لو أقر ببنة للميت وصدقه لكنها أنكرت ان يكون المقر ابنه فالقول قول المقر استحسانا لما قلنا ولو أقرت امرأاً بأخ للزوج الميت وصدقه الاخ ولكنه أنكر ان تكون هي امرأة الميت فالقول قول المقر له عند أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله تعالى وهو القياس وعلى المرأة اثبات الزوجة بالبيئة وعند أبي يوسف رحمه الله القول قول المرأة والمال بينهما على قدر مواربهما ولو أقر زوج المرأة الميتة بأخ لها وصدقه الاخ لكنه أنكر ان يكون هو زوجها فهو على الاختلاف (وجه) قول أبي يوسف قياس هذه المسألة على المسألة الاولى بالمعنى الجامع الذي ذكرناه في المسألة الاولى ولا بى حنيفة رحمه الله الفرق بين المسألتين (وجهه) ان النكاح ينقطع بالموت والاقرار بسبب منقطع لا يسمع الا ببيئة بخلاف النسب ولو ترك ابنين فأقر أحدهما بأخ ثالث فان صدقه الاخ المعروف في ذلك شاركهما في الميراث كما اذا أقر جميعا لمبايننا وان كذبه فيه فانه يقسم المال بين الاخوين المعروفين أولا نصفين في دفع النصف الى الاخ المنكر واما النصف الآخر فيقسم بين الاخ المقر وبين المقر له نصفين عند عامة العلماء وعند ابن أبي ليلى أثلاثا ثلثاه للمقر وثلثه للمقر له (وجه) قول ابن أبي ليلى ان من زعم المقران المال بين الاخوة الثلاثة أثلاث وان ثلث المقر له نصفه في يده ونصفه في يد أخيه المنكر على الشيوخ الا ان اقراره على أخيه لا ينفذ فيما في يد أخيه فينفذ فيما في يده فيعطيه ثلث ذلك (ولنا) ان من زعم المقران حق المقر بنسبه في الميراث حقه وان المنكر فيما يأخذ من الزيادة وهو النصف التام ظالم فيجعل مافي يده بمنزلة الهالك فيكون النصف الباقي بينهما بالسوية لكل واحد منهما ربع المال ولو أقر أحدهما باخت فان صدقه الآخر فالامر ظاهر وان كذبه فيقسم المال أولا نصفين بين الاخوين النصف للاخ المنكر ثم يقسم النصف الباقي بين الاخ المقر وأخته لذكركم مثل حظ الانثيين ولو أقر أحدهما لامرأة أنها زوجة أبينا فان صدقه الآخر فالامر واضح للمرأة الثمن والباقي بينهما الكل واحد منهما سبعة لا تستقيم عليها فنصحح المسألة فتضرب سهمين في ثمانية فتصير ستة عشر لها ثمنها والباقي بينهما الكل واحد منهما سبعة وان كذبه فلها تسع مافي يده عند عامة العلماء رضي الله عنهم وعند ابن أبي ليلى رحمه الله لها ثمن مافي يده (وجه) قوله ان من زعم المقران

للمرأة ثمن ما في يدي الاخوين الا أن اقراره صح فيما في يده ولم يصح في حق صاحبه وإذا صح في حق نفسه يعطيها
 ثمن ما في يده (وجه) قول العامة أن في زعم المقر أن ثمن التركة لها وسبعة أثمانها لهما بينهما على السوية أصل المسئلة
 وقسمتها ما ذكرنا الا أن الاخ المنكر فيما يأخذ من الزيادة ظالم فيجعل ما في يده كالهالك ويقسم النصف الذي في يد المقر
 بينه وبينها على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر وذلك سبعة على تسعة أسهم سهمان من ذلك لها وسبعة أسهم له وإذا
 جعل هذا النصف على تسعة صار كل المال على ثمانية عشر تسعة منها للاخ المنكر وسهمان للمرأة وسبعة أسهم للاخ
 المقر هذا إذا أقر الوارث بوارث واحد فاما إذا أقر بوارث بعد وارث بان أقر بوارث ثم أقر بوارث آخر فالأصل في
 هذا الاقرار أنه ان صدق المقر بوراثته الاول في اقراره بالوراثته الثاني فالمال بينهم على فرائض الله تعالى وان كذبه فيه
 فان كان المقر دفع نصيب الاول اليه بقضاء القاضي لا يضمن ويجعل ذلك كالهالك ويقسمان على ما في يد المقر على قدر
 حقهما وان كان الدفع بغير قضاء القاضي يضمن ويجعل المدفوع كالثأم في يده فيعطى الثاني حقه من كل المال بيان
 هذه الجملة فيمن هلك وترك ابناً فأقر بأخ له من أبيه وأمه فانه يدفع اليه نصف الميراث لما ذكرنا أن اقراره بالاخوة
 صحيح في حق الميراث فان أقر بأخ آخر فهذا على وجهين اما ان أقر به بعد ما دفع الى الاول واما ان أقر قبل أن يدفع
 الى الاول نصيبه فان أقر به بعد ما دفع الى الاول نصيبه فان كان الدفع بقضاء القاضي فللثاني ربع المال ويبقى في يد
 المقر ربع لان الربع في القضاء في حكم الهالك لكونه مجبوراً في الدفع فيكون الباقي بينهما نصفان لان في زعم المقر
 أن الثاني يساويه في استحقاق الميراث فيكون لكل واحد منهما نصف النصف وهو ربع الكل وكذلك اذا كان
 لم يدفع الى الاول شيئاً لان نصف المال صار مستحق الصرف اليه والمستحق كالمصرف وان كان دفع اليه بغير قضاء
 القاضي أعطى الثاني ثلث جميع المال لما ذكرنا أن الدفع بغير قضاء مضمون عليه والمضمون كالثأم في دفع ثلث جميع
 المال اليه ويبقى في يده الثلث فان دفع ثلث المال الى الثاني بعد قضاء القاضي ثم أقر بأخ ثالث وكذبه الثالث في الاقرار
 بالاولين أخذ الثالث من الابن المعروف ربع جميع المال لان كل المال قائم معنى لأن الدفع بغير القضاء مضمون
 على الدافع في أخذ السدس الذي في يد المقر ونصف سدس آخر لان الدفع الى الاولين من غير قضاء القاضي لم يصح
 في حق الثالث فيضمن له قدر نصف سدس فيدفعه مع السدس الذي في يده اليه وعلى هذا اذا ترك ابنين فأقر أحدهما
 بأخ ثم أقر بأخ آخر فان صدقه الابن المعروف اشتركا في الميراث وان كذبه فان صدقه المقر بوراثته الاول فنصف
 المال بينهم أثلاث لان اقراره بالوراثته في حقه وفي حق المقر بوراثته الاول صحيح لكنه لم يصح في حق الابن المعروف
 وكان النصف للابن المعروف والنصف الباقي بينهم أثلاثاً وان كذبه فان كان المقر دفع نصف ما في يده وهو ربع
 جميع المال اليه بقضاء القاضي كان الباقي بينه وبين الثاني نصفين لان الدفع بقضاء القاضي في حكم الهالك فكان
 الباقي بينهما نصفين لكل واحد ثمن المال وان كان دفع اليه بغير قضاء القاضي فان كان المقر يعطي الثاني مما في يده
 وهو ربع المال سدس جميع المال لان الدفع بغير قضاء مضمون على الدافع فيكون ذلك الربع كالثأم ولو أقر
 أحدهما بأخت ودفع اليها نصيبها ثم أقر بأخت أخرى وكذبه الاخ فان صدقته الاخ لا ولي فنصف المال للاخ
 المنكر والنصف بين الاخ المقر وبين الاختين للذكر مثل حظ الانثيين وان كذبه فان كان دفع اليها نصيبها وهو
 ثلث النصف وذلك سدس الكل بقضاء الباقي بين المقر وبين الاخت الاخرى للذكر مثل حظ الانثيين لما مر
 ان المدفوع بغير قضاء في حكم الهالك فلا يكون مضموناً على الدافع وان كان الدفع بغير قضاء فان المقر يعطي
 للاخت الاخرى مما في يده نصف ربع جميع المال لان الدفع بغير القضاء اتلاف فصار كأنه قائم في يده وقد أقر
 باختين ولو كان كذلك يكون لهما ربع جميع المال لكل واحدة الثمن كذلك ههنا يعطي الاخت الاخرى مما في يده
 نصف ربع جميع المال والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أقر أهله بامرأة لا يسه ثم أقر بأخرى فان أقر بهما معاً
 فذلك التسعان لهما جميعاً وهذا ظاهر لان فرض الزوجات لا يختلف بالقلة والكثرة وان أقر بالاولى ودفع اليها ثمن

بلاخرى فان صدقته الاولى فكذلك الجواب وان كذبه فالنصف للاخ المنكر وتسع ان لاولى فبقى هناك
الابن المعروف والمرأة الاخرى فينظر ان كان دفع التسعين الى الاولى بالقضاء يجعل ذلك كالمالك ويجعل كان لم
يكن له مال سوى الباقي وهو سبعة أسهم فيكون ذلك بين الابن المقر وبين المرأة الاخرى على ثمانية أسهم ثمن من
ذلك للمرأة وسبعة للابن المقر وان كان دفع اليها بغير قضاء يعطى من التسعة التي هي عنده سهم للمرأة الاخرى وهو
سبع نصف جميع المال لان المدفوع كالتأم عنده ولو كان نصف المال عنده فاعلم يعطى الاخرى التسع وذلك
سهم لان المقر به عن المال للمراأتين جميعاً والتمن هو تسع ان تسع للاولى وتسع للاخرى الا ان الاولى ظلمت حيث
أخذت زيادة سهم وذلك الظلم حصل على الاخ المقر لانه هو الذى دفع بغير قضاء للقاضي في دفع التسع الثانية الى
الاخرى وهو سبع نصف المال والباقي للابن وهو ستة أسهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولومات رجل وترك ابناً
معر وفاء الف درهم في يده فادعى رجل على الميت الف درهم فصدقه الابن أو نكل عن اليمين فان كان دفع الى الاول بقضاء لم يضمن
للتانى شيئاً لانه في الدفع مجبور فكان في حكم المالك وان كان بغير قضاء يضمن للتانى نصف المال لانه مختار في
الدفع فكان اتلافاً فيضمن كما اذا أقر لهما ثم دفع الى أحدهما ولومات وترك ألف درهم فاقرب باخ ثم رجع وقال لست
باخلى وانما أخى هذا الرجل الآخر وصدقه الآخر بذلك وكذبه في الاقرار الاول فان كان دفع النصف الى الاول
بقضاء يشاركه الثاني فيما في يده فيقتسمان نصفين لما بينا ان الدفع بقضاء في حكم الهلاك وان كان بغير قضاء يدفع جميع
ما في يده وهو نصف المال الى الآخر لما بينا ولومات وترك ابناً والف درهم فادعى رجل على الميت الف درهم
فصدقه الوارث ودفع اليه بقضاء أو بغير قضاء وادعى رجل آخر على الميت ديناً ألف درهم وكذبه الوارث وصدقه
الغريم الاول وأنكر الغريم الثاني دين الغريم الاول لم يلتفت الى انكاره ويقتسمان الالف بينهما نصفين لان
استحقاق الغريم الثاني انما ثبت باقرار الغريم الاول وهو يصدقه وهو ما أقر له الابن بالنصف وكذلك لو أقر الغريم
الثاني لغريم ثالث فان الغريم الثالث ياخذ نصف ما في يده لما قلنا ولومات وترك القافي بدرجل فقال الرجل أنا أخوه
لابيه وأمه وأنت أخوه لابييه وأمه وأنكر المقر به أن يكون المقر أخاه فالقول قول المقر استحساناً على ما بينا ولو قال
المقر للمقر به أنا وأنت أخواه لابييه وأمه ولى عليه ألف درهم دين وأنكر المقر به الدين فالمال بينهما نصفان لان دعوى
الدين دعوى أمر عارض مانع من الارث فلا يثبت الابحجة ولومات وترك ابناً والف درهم فادعى رجل على الميت
الف درهم فصدقه الوارث بذلك ودفع اليه ثم ادعى رجل آخر ان الميت أوصى له بثلث ماله أو ادعى انه ابن الميت
وصدقهما بذلك الابن المعروف وكذبه فيما أقر فان كان دفع بغير قضاء فلا ضمان على الدافع لان الارث والوصية
مؤخران عن الدين فاقرارهم يصح في حق ثبات النسب وانما يصح في حق الميراث ولم يوجد الميراث ولو أقر لهما أول
مرة ودفع اليهما ثم أقر للغريم كان للغريم أن يضمه ما دفع الى الاولين لان الدين مقدم فاذا دفع بغير قضاء فقد أنلف على
الغريم حقه وان كان الدفع بقضاء فلا ضمان عليه لما بينا ولو ثبت الوصية أو الميراث بالينة بقضاء أو بغير قضاء ثم أقر
الغريم بدينه فلا ضمان عليه للغريم فيما دفعه الى الوارث والموصى لانه لما قامت البينة على الميراث أو الوصية فقد
ظهر انه وارث معروف أو موصى له فلا قرار بالدين لا يوجب بطلان حقهما ولم يكن دفع اليه لا يجوز له أن يدفع الى
الغريم ويحيره القاضي على الدفع الى الوارث والموصى له لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده فتقول وبالله التوفيق الاقرار بعد وجوده يبطل بشيئين
أحدهما تكذيب المقر له في أحد نوعي الاقرار وهو الاقرار بحقوق العباد لان اقرار المقر دليل لزوم المقر به وتكذيب
المقر له دليل عدم اللزوم والزم لم يعرف ثبوته فلا يثبت مع الشك والثاني رجوع المقر عن اقراره فيما يحتمل الرجوع
في أحد نوعي الاقرار بحقوق الله تبارك وتعالى خالصاً كحد الزنا لانه لا يحتمل أن يكون صادقا في الانكار فيكون كاذبا

في الاقرار ضرورة فيورث شبهة في وجوب الحد وسواء رجع قبل القضاء أو بعده قبل تمام الجلد أو الرجم قبل الموت لما قلنا وروى ان ما عزم المارجم بعض الحجارة هرب من أرض قليلة الحجارة إلى أرض كثيرة الحجارة فلما بلغ ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه الصلاة والسلام سبحان الله هلا خلتيم سبيله ولهذا يستحب للإمام تلقين المقر الرجوع بقوله لعلك لمستها أو قبلتها كما تلقن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عزم أو كما تلقن عليه الصلاة والسلام السارق والسارقة بقوله عليه الصلاة والسلام ما أخاله سرق أو أسرفت قولي لا ألوم يكن محتملا للرجوع لم يكن للتلقين معنى وفائدة فكان التلقين منه عليه أفضل التحية والتسليم احتيالا للدرء لأنه أمر نابه بقوله عليه أفضل التحية ادرؤا الحدود بالشبهات وقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم وكذلك الرجوع عن الاقرار بالسرقة والشرب لأن الحد الواجب بهما حق الله سبحانه وتعالى خالصا فيصح الرجوع عن الاقرار بهما إلا أن في السرقة يصح الرجوع في حق القطع لا في حق المال لأن القطع حق الله تعالى عز شأنه على الخلوص فيصح الرجوع عنه فأما المال فحق العبد فلا يصح الرجوع فيه وأما حد القذف فلا يصح الرجوع عن الاقرار فيه لأن للعبد فيه حقا فيكون منه ما في الرجوع فلا يصح كالرجوع عن سائر الحقوق المتمحضة للعباد وكذلك الرجوع عن الاقرار بالقصاص لأن القصاص خالص حق العباد فلا يحتمل الرجوع والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الجنایات ﴾

الجنایة فی الاصل نوعان جنایة علی البهائم والجمادات وجنایة علی الآدمی (أما الجنایة علی البهائم والجمادات فنوعان أيضا غصب وتلاف وقد ذكرنا كل واحد منهما في كتاب الغصب وهذا الكتاب وضع لبيان حكم الجنایة علی الآدمی خاصة فنقول وبالله تعالى التوفیق الجنایة علی الآدمی فی الاصل أنواع ثلاثة جنایة علی النفس مطلقا وجنایة علی ما دون النفس مطلقا وجنایة علی ما هو نفس من وجهه دون وجهه (أما الجنایة علی النفس مطلقا فهي قتل المولود والكلام فی القتل فی مواضع فی بیان أنواع القتل فی بیان صفة كل نوع وفي بیان حكم كل نوع منه (أما الاول فالقتل أربعة أنواع قتل هو عمد محض ليس فيه شبهة العدم وقتل عمد فيه شبهة العدم وهو المسمى بشبه العمد وقتل هو خطأ محض ليس فيه شبهة العدم وقتل هو في معنى القتل الخطأ (أما الذي هو عمد محض فهو ان يقصد القتل بمحديله حدا وطقن كالسيف والسكين والرمح والاشفا والابرة وما شبه ذلك او ما يعمل عمل هذه الاشياء فی الجرح والطقن كالنار والزجاج وليطة القصب والمروعة والرمح الذي لا سنان له ونحو ذلك وكذلك الاكالة المتخذة من النحاس وكذلك القتل بمحديله كالعمود وصنجة الميزان وظهر الفأس والمرو ونحو ذلك عمد في ظاهر الرواية (وروى الطحاوي عن أبي حنيفة رضي الله عنهم انه ليس بعمد فعلى ظاهر الرواية العبرة للحدید نفسه سواء جرح أولا وعلى رواية الطحاوي العبرة للجرح نفسه حدیدا كان أو غيره وكذلك اذا كان في معنى الحدید كالصنفر والنحاس والآتک والرصاص والذهب والفضة فحكمه حكم الحدید وأما شبه العمد فتلاوة أنواع بعضها متفق على كونه شبه عمد وبعضها مختلف فيه أما المتفق عليه فهو ان يقصد القتل بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو لطمة ونحو ذلك مما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه اذا ضرب ضربة أو ضربتين ولم يوال في الضربات وأما المختلف فيه فهو ان يضرب بالسوط الصغير ويوال في الضربات الى ان يموت وهذا شبه عمد بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله تعالى وعند الشافعي رحمه الله هو عمد وان قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك مما ليس بجراح ولا طاعن كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها فهو شبه عمد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما والشافعي هو عمد ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد فاما كان شبه عمد في النفس فهو عمد فيما دون النفس لأن ما دون النفس لا يقصد اتلافه بآلة تدون آلة عادة فاستوت الآلات كلها في الدلالة على القصد فكان الفعل عمدا

محضاً فينظر ان أمكن إيجاب القصاص يجب القصاص وان لم يمكن يجب الارش وأما القتل الخطأ فالخطأ قد يكون في نفس الفعل وقد يكون في ظن الفاعل أما الأول فنحو ان يقصد ضياداً فيصيب آدمياً وان يقصد رجلاً فيصيب غيره فان قصد عضواً من رجل فاصاب عضواً آخر منه فهذا عمد وليس بخطأ وأما الثاني فنحو ان يرى انسان على ظن انه حربي أو مرتد فاذا هو مسلم وأما الذي هو في معنى الخطأ فنذكر حكمه وصفته بعد هذا ان شاء الله تعالى فهذه صفات هذه الانواع وأما بيان أحكامها فوقع القتل باحدى هذه الصفات لا يخلو اما ان علم واما ان لم يعلم بان وجد قتيلاً لا يعلم قاتله فان علم ذلك أما القتل العمد المحض فيتعلق به أحكام منها وجوب القصاص والكلام في القصاص في مواضع في بيان شرائط وجوب القصاص وفي بيان كيفية وجوبه وفي بيان من يستحق القصاص وفي بيان من يلي استيفاء القصاص وشرط جواز استيفائه وفي بيان ما يستوفى به القصاص وكيفية الاستيفاء وفي بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه (أما) الأول فلو وجوب القصاص شرائط بعضها يرجع الى القاتل وبعضها يرجع الى المقتول وبعضها يرجع الى نفس القتل وبعضها يرجع الى ولي القتل أما الذي يرجع الى القاتل فخمسة أحدها ان يكون عاقلاً والثاني ان يكون بالغاً فان كان مجنوناً أو صبيّاً لا يجب لان القصاص عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة لأنها لا تجب الا بالجناية وفعلهم لا يوصف بالجناية ولهذا لم تجب عليهما الحدود وأما ذكورة القاتل وحرية واسلامه فليس من شرائط الوجوب والثالث ان يكون متعمداً في القتل فاصداً إياه فانه كان مخطئاً فلا قصاص عليه لقول النبي العمد قود أي القتل العمد يوجب القود شرط العمد لوجوب القود ولان القصاص عقوبة متناهية فيستدعي جنائية متناهية والجناية لا تنهاى الا بالعمد والرابع ان يكون القتل منه عمد محض ليس فيه شبهة العدم لانه عليه الصلاة والسلام شرط العمد مطلقاً بقول النبي العمد قود والعمد المطلق هو العمد من كل وجه ولا يكال مع شبهة العدم ولان الشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة وعلى هذا يخرج القتل بضربة أو ضربتين على قصد القتل انه لا يوجب القود لان الضربة أو الضربتين مما لا يقصد به القتل عادة بل التأديب والتهديب فتمكنت في القصد شبهة العدم وعلى هذا يخرج قول أصحابنا رضى الله عنهم في الموالاة في الضربات انها لا توجب القصاص خلافاً للشافعي (وجه) قوله ان الموالاة في الضربات دليل قصد القتل لانها لا يقصد بها التأديب عادة وأصل القصد موجود فيتمحض القتل عمداً فيوجب القصاص (ولنا) ان شبهة عدم القصد ثابتة لانه يحتل حصول القتل بالضربة والضربتين على سبيل الاستقلال من غير الحاجة الى الضربات الاخر والقتل بضربة أو ضربتين لا يكون عمداً فثبت بذلك انه لا يوجب القصاص واذا جاء الاحتمال جاءت الشبهة وزيدة وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة رضى الله عنه في القتل بالمثل انه لا يوجب القود خلافاً لهما والشافعي رحمه الله (وجه) قولهم ان الضرب بالمثل مهلك عادة ألا ترى انه لا يستعمل الا في القتل فكان استعماله دليل القصد الى القتل كاستعمال السيف وقد انضم اليه أصل القصد فكان القتل الحاصل به عمداً محضاً ولا يبي حنيفة رحمه الله طريقان مختلفان على حسب اختلاف الرايتين عنه أحدهما ان القتل بآلة غير معدة للقتل دليل عدم القصد لان تحصيل كل فعل بالآلة المعدة له فخصوله بغير ما أعد له دليل عدم القصد والمثقل وما يجري مجراه ليس بمعد للقتل عادة فكان القتل به دالة عدم القصد فيمكن في العمدية شبهة العدم بخلاف القتل بمجدد لا حد له لان الجديد آلة معدة للقتل قال الله تبارك وتعالى وأترلنا الجديد فيه بأس شديد والقتل بالعمود معتاد فكان القتل به دليل القصد فيتمحض عمداً وهذا على قياس ظاهر الرواية والثاني وهو قياس رواية الطحاوي رحمه الله هو اعتبار الجرح انه يمكن القصور في هذا القتل لوجود فساد الباطن دون الظاهر وهو نقص التركيب وفي الاستيفاء افساد الباطن والظاهر جميعاً فلا تتحقق المماثلة وعلى هذا الخلاف اذا خنق رجلاً فقتله أو غرقه بالماء أو القاه من جبل أو سطع فمات انه لا قصاص فيه عند أبي حنيفة وعندهما يجب ولو طين على أحد بيتاً حتى مات جوعاً أو عطشاً لا يضمن شيئاً عند أبي حنيفة وعندهما يضمن الدية (وجه) قولهما ان الطين الذي عليه تسبب لاهلاكه لانه لا بقاء للآدمي الا بالاكل والشرب فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش عليه يكون

اهلاكه فاشبه حفر البئر على قارعة الطريق ولا يحنيفة رحمه الله ان الهلاك حصل بالجوع والعطش لا بالتطمين ولا صنع لاحد في الجوع والعطش بخلاف الحفر فانه سبب للوقوع والحفر حصل من الحافر فكان قتلا تسببا ولو اطعم غيره سمافات فان كان تناول بنفسه فلا ضمان على الذي اطعمه لانه اكله باختياره لكنه يعزرو بضرب ويؤدب لانه ارتكب جناية ليس لها حد مقدروهي الغرور فان أوجره السم فعليه الدية عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليه القصاص ولو غرق انسانا فمات أو صاب على وجهه فمات فلا قود عليه عندنا وعليه الدية وعندده عليه القود والخامس ان يكون القتال مختاراً اختياراً لا يثار عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر والشافعي رحمهما الله هذا ليس بشرط وعلى هذا يخرج المكره على القتل انه لا قصاص عليه عندنا خلافاً لهما والمسئلة مرت في كتاب الاكراه وأما الذي يرجع الى المقتول فثلاثة أنواع أحدها ان لا يكون جزء القتال حتى لو قتل الاب ولده لا قصاص عليه وكذلك الجذاب الاب أو أب الام وان علا وكذلك اذا قتل الرجل ولد ولده وان سفلوا وكذا الام اذا قتلت ولدها أو أم الام أو أم الاب اذا قتلت ولد ولدها والاصل فيه ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يقاد الوالد بولده واسم الوالد والولد يتناول كل والدان علا وكل ولدان سفل ولو كان في ورثة المقتول ولد القتال أو ولد ولده فلا قصاص لانه تعذر ايجاب القصاص للولد في نصيبه فلا يمكن الايجاب للباقيين لانه لا يتجزأ وتجب الدية للكل ويقتل الولد بالوالد لعمومات القصاص من غير فصل ثم خص منها الوالد بالنص الخاص فبقى الولد داخل تحت العموم ولان القصاص شرع لتحقيق حكمة الحياة بالزجر والردع والحاجة الى الزجر في جانب الولد لا في جانب الوالد لان الوالد يجب ولده ولولده لنفسه بوصول النفع اليه من جهته أو بحبه لحياة الذكرا لا يحجب به ذكره وفيه أيضاً زيادة شفقة تمنع الوالد عن قتله فاما الولد فاما يحجب والده لا لو لده بل لنفسه وهو وصول النفع اليه من جهته فلم تكن محبته وشفقته مانعة من القتل فلزم المنع بشرع القصاص كما في الاجانب ولان محبة الولد لوالده لما كانت لمنافع تصل اليه من جهته لا لعينه فربما يقتل الوالد ليتعجل الوصول الى أملاكه لا سيما اذا كان لا يصل النفع اليه من جهته لعوارض ومثل هذا يندرج في جانب الاب والثاني ان لا يكون ملك القتال ولا له فيه شبهة الملك حتى لا يقتل المولى بعبد لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبد ولانه لو وجب القصاص لوجب له والقصاص الواحد كيف يجب له وعليه وكذا اذا كان يملك بعضه فقتله لا قصاص عليه لانه لا يمكن استيفاء بعض القصاص دون بعض لانه غير متجزئ وكذا اذا كان له فيه شبهة الملك كالمكاتب اذا قتل عبداً من كسبه لان للمكاتب شبهة الملك في أكسابه والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقبة ولا يقتل المولى بعبد وأم ولده ومكاتبه لانهم مما يليك حقيقة ألا ترى انه لو قال كل مملوك لي فهو حر عتق هؤلاء الا المكاتب فانه لا يعتق الا بالنية لقصور في الاضافة اليه بالملك والملك اليدوي يقتل العبد بمولاه وكذا المذبر وأم الولد والمكاتب لعمومات النصوص ولتحقيق ما شرع له القصاص وهو الحياة بالزجر والردع بخلاف المولى اذا قتل هؤلاء لان شفقة المولى على ماله تمنعه عن القتل عند سيحان العداوة الحامل على القتل الانذار أفلا حاجة الى الزجر بالقصاص بخلاف العبد ولو اشترك اثنان في قتل رجل أحدهما ممن يجب القصاص عليه لو انفردوا الآخر لا يجب عليه الوفر دمن ذكرنا كالصبي مع البالغ والمجنون مع العاقل والخاطي مع العاقل والاب مع الاجنبي والمولى مع الاجنبي لا قصاص عليهم عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجب القصاص على العاقل والبالغ والاجنبي الا العامد فانه لا قصاص عليه اذا اشار كخاطي (وجه) قوله ان سبب الوجوب وجد من كل واحد منهما وهو القتل العمد الا انه امتنع الوجوب على أحدهما المعنى يخصه فيجب على الآخر ولنا انه تمكنت شبهة عدم القتل في فعل كل واحد منهما لانه يحتمل ان يكون فعل من لا يجب عليه القصاص لو انفرد مستقلاً في القتل فيكون فعل الآخر فضلاً ويحتمل على القلب وهذه الشبهة ثابتة في الشر يكتن الاجنبيين الا ان الشرع أسقط اعتبارها وألحقها بالعدم فتحت الباب القصاص وسد الباب العمد وان لان الاجتماع ثم يكون أغلب وهما أندر فلم يكن في معنى مورد الشرع فلا يلحق

به وعليةما الدية لوجود القتل الا انه امتنع وجوب القصاص للشبهة فتجب الدية ثم ما يجب على الصبي والمجنون والخطاى تنجمله العاقلة وما يجب على البالغ والعاقل والعاقد يكون في ماله لان القتل عمد لكن سقط القصاص للشبهة والعاقلة لا تعقل العمد وفي الاب والاجنبى الدية في ماله لان القتل عمد وفي المولى مع الاجنبى على الاجنبى نصف قيمة العبد في ماله لما قلنا وكذلك اذا جرح نفسه وجرحه اجنبى فأت لا قصاص على الاجنبى عندنا خلافا للشافعى وعلى الاجنبى نصف الدية لانه مات بجرحين أحدهما هدر والاخر معتبر وعلى هذا مسائل تأتى في موضع آخر ان شاء الله تعالى والثالث ان يكون معصوم الدم مطلقاً فلا يقتل مسلم ولا ذمى بالكافر الحربى ولا بالمرتد لعدم العصمة أصلاً ورأساً ولا بالحرى المستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته مثبتة مطلقة بل مؤقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام وهذا لان المستأمن من أهل دار الحرب وانما دخل دار الاسلام لا لتبديد الإقامة بل لعارض حاجة يدفعهم ثم يعود الى وطنه الاصلى فكانت في عصمته شبهة العدم وروى عن أبي يوسف انه يقتل به قصاصاً لثيام العصبة وقت القتل وهل يقتل المستأمن بالمستأمن ذكر في السير الكبير انه يقتل وروى ابن سميعة عن محمد انه لا يقتل ولا يقل العادل بالباغى لعدم العصمة بسبب الحرب لانهم يقصدون أموالنا وأنفسنا ويستحلونها وقد قال عليه الصلاة والسلام قاتل دون فسك وقال عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك ولا يقتل الباغى بالعادل أيضاً عندنا وعند الشافعى رحمه الله يقتل لان المقتول معصوم مطلقاً (ولنا) انه غير معصوم في زعم الباغى لانه يستحل دم العادل بتأويل وتأويله وان كان فاسداً لكن له منعة والتأويل الفاسد عند وجود المنعة الحق بالتأويل الصحيح في حق وجوب الضمان باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم فانه روى عن الزهرى انه قال وقت القتلة والصحابة متوافرون فاتفقوا على ان كل دم استحل بتأويل القرآن العظيم فهو موضوع وعلى هذا يخرج ما اذا قال الرجل لا خرافتي فقتله انه لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجب القصاص (وجه) قوله ان الامر بالقتل لم يقدح في العصمة لان عصمة النفس مما لا تحتل الاباحة بحال ألا ترى انه يأثم بالقول فكان الامر ملحقاً بالعدم بخلاف الامر بالقطع لان عصمة الطرف تحتل الاباحة في الجملة فجاز ان يؤثر الامر فيها ولنا انه تمكنت في هذه العصمة شبهة العدم لان الامر وان لم يصح حقيقة فصيغته تورث شبهة والشبهة في هذا الباب لها حكم الحقيقة واذا لم يجب القصاص فهل تجب الدية فيه روايتان عن أبي حنيفة رضى الله عنه في رواية تجب وفي رواية لا تجب وذكر القدورى رحمه الله ان هذا أصح الروايتين وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وينبغى ان يكون الاصح هي الاولى لان العصمة قائمة مقام الحرمة وانما سقط القصاص لمكان الشبهة والشبهة لا تمنع وجوب المال ولو قال اقطع يدى فقطع لاشئ عليه بالاجماع لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وعصمة الاموال تثبت حقه فكانت محتمة للسقوط بالاباحة والاذن كما لو قال له اتلف مالى فاتفقه ولو قال اقتل عبدى أو اقطع يده فقتل أو قطع فلا ضمان عليه لان عبده ماله وعصمة ماله ثبتت حقه فجاز ان يسقط باذنه كما في سائر أمواله ولو قال اقتل أخى فقتله وهو وارثه القياس ان يجب القصاص وهو قول زفر رحمه الله وقال أبو حنيفة رضى الله عنه أستحسن ان أخذ الدية من القاتل (وجه) القياس ان الاخ الاخر اجنبى عن دم أخيه فلا يصح اذنه بالقتل فالتحقق بالعدم (وجه) الاستحسان ان القصاص لو وجب بقتل أخيه لوجب له والقتل جصل باذنه والاذن ان لم يعمل شرعاً لكنه وجد حقيقة من حيث الصيغة فوجوده يورث شبهة كالاذن بقتل نفسه والشبهة لا تؤثر في وجوب المال وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضى الله عنهما فيمن أمر انساناً بقتل ابنه فقتله انه يقتل به وهذا يوجب اختلاف الروايتين في المسألتين ولو أمره ان يشجه فشجه فلا شئ عليه لم يمت من الشجة لان الامر بالشجة كالامر بالقطع وان مات منها كانت عليه الدية كذا ذكر في الكتاب ويحتمل هذا ان يكون على أصل أبي حنيفة رحمه الله خاصة بناء على ان العفو عن الشجة لا يكون عفواً عن القتل عنده فكذا الامر بالشجة لا يكون أمرأ بالقتل ولما مات تبين ان الفعل وقع قتلاً من حين وجوده لا شجراً وكان

القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية فاما على أصلهما فينبغي ان لا يكون عليه شيء لان الفروع
الشجة يكون غفواً عن القتل عندهما فكذا الامر بالشجة يكون أمر بالقتل وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله
فيمن أمر انساناً بان يقطع يده ففعل فمات من ذلك انه لا شيء على قاطعه ويحتمل أن يكون هذا قولهما خاصة كما قالوا
فيمن له القصاص في الطرف اذا قطع طرف من عليه القصاص فمات انه لا شيء عليه فاما على قول أبي حنيفة رحمه الله
فينبغي ان تجب الدية لانه لما مات تبين ان الفعل وقع قتلاً والمأمور به القطع لا القتل وكان القياس ان يجب القصاص كما
قال فيمن له القصاص في الطرف الا انه سقط لمكان الشبهة فتجب الدية وعلى هذا يخرج الحرابي اذا أسلم في
دار الحرب ولم يهاجر اليها فقتله مسلم انه لا قصاص عليه عندنا لانه وان كان مسلماً فهو من أهل دار الحرب
قال الله تبارك وتعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فكونه من أهل دار الحرب أو رث شبهة في عصمته ولانه
اذ لم يهاجر اليها فهو مكترس واد الكفرة ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو وان
لم يكن منهم ديناً فهو منهم داراً فيورث الشبهة ولو كانا مسلمين تاجر بن أو أسيرين في دار الحرب فقتل أحدهما
صاحبه فلا قصاص أيضاً وتجب الدية والكفارة في التاجرين وفي الأسيرين خلاف ذكرناه في كتاب
السير ولا يشترط ان يكون المقتول مثل القاتل في كمال الذات وهو سلامة الاعضاء ولا ان يكون مثله
في الشرف والضيعة فيقتل سليم الاطراف بقطع الاطراف والاشل ويقتل العالم بالجاهل والشريف بالوضيع
والعاقل بالجنون والبالغ بالصبي والذكر بالانثى والحر بالعبد والمسلم بالذمي الذي يؤدي الجزية وتجري عليه أحكام
الاسلام وقال الشافعي رحمه الله كون المقتول مثل القاتل في شرف الاسلام والحرية شرط وجوب القصاص
ونقصان الكفر والرق يمنع من الوجوب فلا يقتل المسلم بالذمي ولا الحر بالعبد ولا خلاف في أن الذمي اذا قتل ذمياً ثم
أسلم القاتل انه يقتل به قصاصاً وكذا العبد اذا قتل عبداً ثم عتق القاتل احتج في عدم قتل المسلم بالذمي بما روى عنه
عليه الصلاة والسلام انه قال لا يقتل مؤمن بكافر وهذا نص في الباب ولان في عصمته شبهة لعدم ثبوتها مع القيام
بالمناقب وهو الكفر لانه مبيح في الاصل لكونه جنابة متناهية فيوجب عقوبة متناهية وهو القتل لكونه من أعظم
العقوبات الدنيوية الا أنه منع من قتله لغيره وهو نقض العهد الثابت بالذمة قيامه يورث شبهة ولهذا لا يقتل المسلم
بالمستأن فكذا الذمي ولان المساواة شرط وجوب القصاص ولا مساواة بين المسلم والكافر الا ترى أن المسلم
مشهود له بالسعادة والكافر مشهود له بالشقاء فاني يتساويان (ولنا) عمومات القصاص من نحو قوله تبارك وتعالى
كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله سبحانه وتعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله جلّت عظمته
ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً من غير فصل بين قتل وقيل ونفس ونفس ومظلوم ومظلوم فن ادعى
التخصيص والتقييد فعليه الدليل وقوله سبحانه وتعالى عزم من قاتل ولكم القصاص حياة وتحقق معنى الحياة
في قتل المسلم بالذمي أبلغ منه في قتل المسلم بالمسلم لان العداوة الدينية تحمله على القتل خصوصاً عند الغضب ويجب
عليه قتله لغرمائه فكانت الحاجة الى الزاجر أمس فكان في شرع القصاص فيه في تحقيق معنى الحياة أبلغ وروى
محمد بن الحسن رحمه الله باسناداً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه أقام مؤمناً بكافر وقال عليه الصلاة والسلام
أنا أحق من وفي ذمته وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأن لان قال عليه الصلاة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر
ولا ذو عهد في عهده عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهده ونحن به
نقول أو نحمله على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وأما قوله في عصمته شبهة لعدم ممنوع بل دمه
حرام لا يحتمل الاباحة بحال مع قيام الذمة بمنزلة دم المسلم مع قيام الاسلام وقوله الكفر مبيح على الاطلاق ممنوع
بل المبيح هو الكفر الباعث على الحراب وكفره ليس بباعث على الحراب فلا يكون مبيحاً وقوله لا مساواة بين
المسلم والكافر قلنا المساواة في الدين ليس بشرط الا ترى أن الذمي اذا قتل ذمياً ثم أسلم القاتل يقتل به قصاصاً ولا

مساواة بينهما في الدين لكن القصاص محنة امتحنوا الخلق بذلك فكل من كان أقبل بحق الله تعالى واشكر لنعمه كان أولى بهذه المحنة لأن العذر له في ارتكاب الحذور أقل وهو بالوفاء بعهد الله تعالى أولى ونعم الله تعالى في حقه أكل فكانت جنايته أعظم واحتج في قتل الحر بالعبد بقول الله تبارك وتعالى الحر بالحر والعبد بالعبد وفسر القصاص المكتوب في صدر الآية بقتل الحر بالحر والعبد بالعبد فيجب أن لا يكون قتل الحر بالعبد قصاصاً ولأنه لا مساواة بين النفسين في العصمة لوجهين أحدهما أن الحر آدمي من كل وجه والعبد آدمي من وجه مال من وجه وعصمة الحر تكون له وعصمة المال تكون لهالك والثاني أن في عصمة العبد شبهة العدم لأن الرق أثر الكفر والكفر ميسر في الأصل فكان في عصمته شبهة العدم وعصمة الحر تثبت مطلقة فإني يستويان في العصمة وكذلك المساواة بينهما في الفضيلة والكمال لأن الرق يشعر بالذل والنقصان والحرية بنبي عن العزة والشرف (ولنا) عمومات القصاص من غير فصل بين الحر والعبد ولأن ما شرع له القصاص وهو الحياة لا يحصل إلا بإيجاب القصاص على الحر بقتل العبد لأن حصوله يقف على حصول الامتناع عن القتل خوفاً على نفسه فلم يجز القصاص بين الحر والعبد لا يخشى الحر تلف نفسه بقتل العبد فلا يمتنع عن قتله بل يقدمه عليه عند أسباب حاملة على القتل من الغيظ الممرط ونحو ذلك فلا يحصل معنى الحياة ولا حجة له في الآية لأن فيها أن قتل الحر بالحر والعبد بالعبد قصاص وهذا لا ينفي أن يكون قتل الحر بالعبد قصاصاً لأن التنصيص لا يدل على التخصيص ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة ثم البكر إذا زنى بالثيب وجب الحكم الثابت بالحديث فدل أنه ليس في ذكر شكل بشكل تخصيص الحكم به يدل عليه أن العبد يقتل بالحر والآن بالذكر ولو كان التنصيص على الحكم في نوع موجباً لتخصيص الحكم به لم يقل ثم قوله تعالى والآن بالأنثى حجة عليكم لانه قاتل الآنثى بالآنثى مطلقاً فيقتضى أن تقتل الحرة بالامة وعندكم لا تقتل فكان حجة عليكم وقوله العبد آدمي من وجه مال من وجه قلنا لا بل آدمي من كل وجه لأن آدمي اسم لشخص على هيئة مخصوصة منسوب الى سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام والعبد بهذه الصفة فكانت عصمته مثل عصمة الحر بل فوقها على أن نفس العبد في الجناية له لا لمولاه بدليل أن العبد لو أقر على نفسه بالقصاص والحديد يؤخذ به ولو أقر عليه مولاه بذلك لا يؤخذ به فكان نفس العبد في الجناية له لا للمولى كنفس الحر لحر وأما قوله الحر أفضل من العبد فنعم لكن التفاوت في الشرف والفضيلة لا يمنع وجوب القصاص ألا ترى أن العبد لو قتل عبداً ثم أعتق القاتل يقتل به قصاصاً وإن استفاد فضل الحرية وكذا الذكور يقتل بالأنثى وإن كان الذكور أفضل من الأنثى وكذا لا تشترط المماثلة في العدد في القصاص في النفس وإنما تشترط في الفعل بمقاولة الفعل زجراً وفي الفاءت بالفعل جبراً حتى لو قتل جماعة واحداً يقتلون به قصاصاً وإن لم يكن بين الواحد والعشرة مماثلة لوجود المماثلة في الفعل والفاءت به زجراً وجبراً على ما نذكره إن شاء الله تعالى وأحق ما يجعل فيه القصاص إذا قتل الجماعة الواحد لأن القتل لا يوجد عادة إلا على سبيل التعاون والاجتماع فلم يجعل فيه القصاص لأن سد باب القصاص إذا كل من رام قتل غيره استعان بغير يضمه الى نفسه ليبطل القصاص عن نفسه وفيه تفويت ما شرع له القصاص وهو الحياة هذا إذا كان القتل على الاجتماع فأما إذا كان على التعاقب بأن شق رجل بطنه ثم حرز آخر رقبته فالقصاص على الحازن كان عمداً وإن كان خطأ فالدية على عاقلته لانه هو القاتل لا الشاق ألا ترى أنه قد يعيش بعد شق البطن بأن يخاط بطنه ولا يحتمل أن يعيش بعد حرز رقبته عادة وعلى الشاق ارش الشق وهو ثلث الدية لانه جائفة وإن كان الشق نفذ من الجانب الآخر فعليه ثلثا الدية في سنتين في كل سنة ثلث الدية لانهما جائفتان هذا إذا كان الشق مما يحتمل أن يعيش بعده يوماً أو بعض يوم فأما إذا كان لا يتوهم ذلك ولم يبق معه الا غمرات الموت والاضطراب فالقصاص على الشاق لانه القاتل ولا ضمان على الحاز لانه قتل المقتول من حيث المعنى لكنه يعز ولا ارتكابه جناية ليس لها حد مقدر وكذلك لو جرحه رجل جراحة مشخنة لا يعيش معها

معاودة ثم جرحه آخر جراحة أخرى فالتقصاص على الاول لانه القاتل لا يتباه بفعل مؤثر في فوات الحياة عادة فان كانت الجرح احتان معا فالتقصاص عليهما لانهما قاتلان ولو جرحه أحدهما جراحة واحدة والاخر عشر جراحات فالتقصاص عليهما ولا عبرة بكثرة الجراحات لان الانسان قد يموت بجراحة واحدة ولا يموت بجراحات كثيرة والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الواحد يقتل بالجماعة قصاصا اكتفاء ولا يجب مع القودشي من المال عندنا وقال الشافعي رحمه الله ينظر أن قتلهم على التعاقب يقتل بالاول قصاصا وتؤخذ ديات الباقيين من تركته وان قتلهم معا فله فيه قولان في قول يقرع بينهم فمن خرجت قرعته يقتل وتجب الدية للباقيين وفي قول يجتمع أولياء القتلى فيقتلونه وتقسيم ديات الباقيين بينهم (وجه) قوله أن الممثلة مشروطة في باب القصاص ولا ممثلة بين الواحد والجماعة فلا يجوز أن يقتل الواحد بالجماعة على طريق الاكتفاء به فيقتل الواحد بالواحد وتجب الديات للباقيين كالمقطع واحد يميني رجلين انه لا يقطع بهما اكتفاء بل يقطع باحدهما وعليه ارش الاخرى لما قلنا كذا هذا وكان ينبغي أن لا يقتل الجماعة بالواحد قصاصا الا ان اعرنا ذلك باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم غير معقول أو معقولا بحكمة الزجر والردع لما يغلب وجود القتل بصفة الاجتماع فتقع الحاجة الى الزجر فيجعل كل واحد منهم قاتلا على الكمال كان ليس معه غيره تحقيقا للزجر وقتل الواحد الجماعة لا يغلب وجوده بل يندر فلم يكن في معنى ما ورد الشرع به فلا يلحق به وانا نقول حق الاولياء في القتل مقدور الاستيفاء لهم فلو أوجبنا معه المال لكان زيادة على القتل وهذا لا يجوز والدليل على أن القتل مقدور الاستيفاء لهم أن التامثل في باب القصاص اما ان يراعى في الفعل زجرا واما ان يراعى في القاتل بالفعل جبرا واما ان يراعى فيهما جميعا وكل ذلك موجود ههنا أما في الفعل زجرا فلان الموجود من الواحد في حق كل واحد من الجماعة فعل مؤثر في فوات الحياة عادة والمستحق لكل واحد من أولياء القتلى قبل القاتل قتله فكان الجزاء مثل الجنائية وأما في القاتل جبرا فلانه يقتله الجماعة ظلما انعقد سبب هلاك ورثة القتلى لانهم يقصدون قتله طلبا للثأر وتشفيا للصدر فيقصدون قتلهم دفعا للهلاك عن نفسه فتقع المحاربة بين القبيلتين ومقتل قتل منهم قصاصا سكنت الفتنة واندفع سبب الهلاك عن ورثتهم فتحصل الحياة لكل قتيل معنى بقاء حياة ورثته بسبب القصاص فيصير كان القاتل دخر حياة كل قتيل تقديرا بدفع سبب الهلاك عن ورثته فيتحقق الجبر بالقدر الممكن كما في قتل الواحد بالواحد والجماعة بالواحد من غير تفاوت وأما الذي يرجع الى نفس القتل فنوع واحد وهو ان يكون القتل مباشرة فان كان تسببيا لا يجب القصاص لان القتل تسببيا لا يساوي القتل مباشرة والجزاء قتل بطريق المباشرة وعلى هذا يخرج من حفر بئر على قارعة الطريق فوق وقع فيها انسان ومات أنه لا قصاص على الخافر لان الخفر قتل سببا لا مباشرة وعلى هذا يخرج شهود القصاص اذ ارجعوا بعد قتل المشهود عليه أو جاء المشهود بقتله حيا أنه لا قصاص عليهم عندنا خلا للشافعي رحمه الله (وجه) قوله أن شهادة الشهود وقعت قتلا لان القتل اسم لفعل مؤثر في فوات الحياة عادة وقد وجد من الشهود لان شهادتهم مؤثرة في ظهور القصاص والظهور مؤثر في وجوب القضاء على القاضي وقضاء القاضي مؤثر في ولاية الاستيفاء وولاية الاستيفاء مؤثرة في الاستيفاء طبعيا وعادة فكانت فوات الحياة بهذه الوسائط مضافة الى الشهادة السابقة فكانت شهادتهم قتلا تسببيا والقتل تسببيا مثل القتل مباشرة في حق وجوب القصاص كالاكراه على القتل أنه يوجب القصاص على المكروه وان لم يكن قتلا بطريق المباشرة لو وقع قتلا بطريق التسبب كذا هذا (ولنا) ما ذكرنا أن القتل تسببيا لا يساوي القتل مباشرة لان القتل تسببيا قتل معنى لا بصورة والقتل مباشرة قتل بصورة ومعنى والجزاء قتل مباشرة بخلاف الاكراه على القتل لانه قتل مباشرة لانه يجعل المكروه آلة للمكروه كانه أخذ به وضربه على المكروه على قتله والفعل المستعمل الآلة لا الآلة فكان قتلا مباشرة ويضمنون الدية لوجود القتل منهم وهل يرجعون بها على الولي اختلف أصحابنا الثلاثة فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يرجعون وعندهما يرجعون لهما أن الشهود باداء الضمان قاموا مقام المقتول في ملك بدله ان لم يقوموا مقامه في ملك

عينه فاشبه غاصب المدبر اذا غصب منه فمات في يد الغاصب الثاني أن للاول أن يرجع على الثاني بما ضمنه المالك لما ذكرنا كذا هذا ولا يحنيفة رحمه الله أن الدية بدل النفس ونفس الحر لا يحتمل التملك فلا يثبت الملك لهم في البدل بخلاف المدبر لانه محتمل للتملك لكونه قاتلا الا أنه امتنع ثبوت الملك فيه لمعارض وهو التدين فيثبت في بدله والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذي يرجع الى ولي القاتل فواحد أيضاً وهو أن يكون الولي معلوماً فان كان مجهولاً لا يجب القصاص لان وجوب القصاص وجوب للاستيفاء والاستيفاء من المجهول متعذر فتعذر الايجاب له وعلى هذا يخرج ما اذا قتل المكاتب وترك وفاء وورثة أحرار غير المولى أنه لا قصاص على القاتل بالاجماع لان المولى مشتبّه يحتمل أن يكون هو الوارث ويحتمل أن يكون هو المولى لا اختلاف الصحابة الكرام رضي الله عنهم في موته حراً أو عبداً فان مات حراً كان وليه الوارث وان مات عبداً كان وليه المولى وموضع الاختلاف موضع التعارض والاستنباه فلم يكن المولى معلوماً فامتنع الوجوب وان اجتمعوا ليس لهما أن يستوفيا لان الاشتباه لا يزول بالاجتماع هذا اذا ترك وفاء وورثة غير المولى فاما اذا ترك وفاء ولم يترك ورثة غير المولى فقد اختلف أصحابنا فيه عندهما يجب القصاص للمولى وعند محمد لا يجب القصاص أصلاً وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً وجه قول محمد انه وقع الاشتباه في سبب ثبوت الولاية لانه ان مات حراً كان سبب ثبوت الولاية القرابة فلا تثبت الولاية للمولى وان مات عبداً كان السبب هو الملك فتثبت الولاية للمولى فوق الاشتباه في ثبوت الولاية فلا تثبت ولهما أن من له الحق متعين غير مشتبّه لان الاشتباه موجب المزاحمة ولم يوجد ولو قتل ولم يترك وفاء وجب القصاص بالاجماع لان المولى معلوم وهو المولى لانه يموت رقيقاً بلا خلاف فكان القصاص للمولى كالعبد القن اذا قتل وكذلك المدبر والمديرة وأم الولد ولدها بمنزلة العبد القن لانهم قتلوا على ملك المولى فكان المولى معلوماً ولو قتل عبد المكاتب فلا قصاص لان المكاتب له نوع ملك وللمولى أيضاً فيه نوع ملك فاشتباه المولى فامتنع الوجوب وعلى هذا يخرج ما اذا قطع رجل يد عبد فاعتقه مولاه ثم مات من ذلك انه ان كان للعبد وارث حر غير المولى فلا قصاص لاشتباهه ولي القصاص لان القصاص يجب عند الموت مستنداً الى القطع السابق والحق عند القطع للمولى لا للورثة وعند ثبوت الحكم وهو الوجوب وذلك عند الموت الحق للوارث لا للمولى فاشتباه المولى فلم يجب القصاص ولو اجتمع المولى مع الوارث فلا قصاص لان الاشتباه لا يزول باجتماعهم فارق بين هذا وبين العبد الموصى برقبته لانسان ونجده متلاً آخر قتل واجتماعاً أنه يجب القصاص لان هناك لم يشتباه المولى لان لصاحب الرقبة ملكاً ولصاحب الخدمة حقاً يشبه الملك فلم يشتباه المولى وهنا اشتبه المولى لان وقت القطع لم يكن للوارث فيه حق وقت الموت لم يكن للمولى فيه حق فصار المولى مشتبهاً فامتنع الوجوب وان لم يكن وارث سوى المولى فهو على الاختلاق الذي ذكرنا أن على قوله للمولى أن يستوفي القصاص لان الحق له وقت القطع ووقت الموت وعلى قول محمد ليس له حق الاقتصاص لاشتباهه سبب الولاية لان الثابت للمولى وقت القطع كان ولاية الملك و بعد الموت له ولاية العتاقة فاشتباهه سبب الولاية هذا اذا كان القطع عمداً فاما اذا كان خطأ فاعتقه ثم مات من ذلك فلا شيء على القاطع غير ارش اليد وهو نصف قيمة العبد واعتاقه اياه بمنزلة برئه في اليد لتبديل الحل حكماً بالاعتاق فتقطع آية السراية هذا اذا اعتقه المولى بعد القطع عمداً أو خطأ فمات من ذلك فاما اذا لم يعتقه ولكنه دبره أو كانت أمة فاستولدها ثم مات من ذلك فان كان القطع عمداً فللمولى القصاص لان الحق له وقت القطع والموت جميعاً فلم يشتباه المولى وان كان خطأ لا تنقطع السراية فيجب نصف القيمة دية اليد ويجب ما قصص بعد الجنابة قبل الموت لحصول ذلك في ملك المولى ولو كاتبه والمسألة بحالها فان كان القطع عمداً ينظر ان مات عاجزاً فللمولى القصاص لانه مات عبداً وان مات عن وفاء فان كان له وارث يحجب المولى أو يشاركه لا يجب القصاص لاشتباهه المولى وعليه ارش اليد لا غير ولو لم يكن له وارث غير المولى فللمولى أن يقتص عندهما وعند محمد ليس له ان يقتص وعليه ارش اليد وان كان القطع خطأ لا شيء على القاطع الا ارش اليد وهو نصف القيمة للمولى وتنقطع السراية

هذا اذا كان القطع قبل المكتابة فان كان بعدها فمات عجزا فله المولى ان يقتص
لانه مات عبدا وان مات عن وفاء فان كان مع المولى وارث آخر أو غيره يشاركه في الميراث فلا قصاص لاشتباه
المولى وان لم يكن له وارث غير المولى فعلى الاختلاف الذي ذكرنا وان كان القطع خطأ فان مات عاجزا فالقيمة للمولى
لانه مات عبدا وان مات عن وفاء فالقيمة للورثة لانه مات حرا والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما كيفية وجوب القصاص فهو انه واجب عينا حتى لا يملك المولى ان يأخذ الدية من القاتل من غير رضاه
ولو مات القاتل أو عفا المولى سقط الموجب أصلا وهذا عندنا وللشافعي رحمه الله قولان في قول القصاص ليس
بواجب عينا بل الواجب احد الشئتين غير عين (أما) القصاص (وأما) الدية وللمولى خيار التعيين ان شاء استوفى
القصاص وان شاء أخذ الدية من غير رضا القاتل فعلى هذا القول اذا مات القاتل بتعين المال واجبا فاذا عفا المولى
سقط الموجب أصلا وفي قول القصاص واجب عينا لكن للمولى ان يأخذ المال من غير رضا القاتل واذا عفا له ان
يأخذ المال واذا مات القاتل سقط الموجب أصلا احتج بقوله تعالى فن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء
اليه باحسان معناه فليتبع وليؤد الدية أو يجب سبحانه وتعالى على القاتل اداء الدية الى المولى مطلقا عن شرط الرضا
لان اداء الدية صيانة للنفس عن الهلاك وانه واجب قال الله تعالى جل شأنه ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة ولان
ضمان القتل يجب حقا للمقتول لان الجناية وردت على حقه فكان الواجب بها احقائه وحق العبد ما ينتفع به والمقتول
لا ينتفع بالقصاص وينتفع بالمال لانه تقضى منه دينه وتنقذه منه وصاياه وكان ينبغي أن لا يشرع القصاص أصلا
الا أنه شرع لحكمة الزجر لان الانسان لا يمتنع من قتل عدوه خوفا من لزوم المال فشرع ضمانا زاجرا كان ينبغي أن
يجمع بينهما كما في شرب خمر الذي الا أنه تعذر الجمع لان الدية بدل النفس وفي القصاص معنى البدلية قال الله تبارك
وتعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والباء تستعمل في الابدال فتؤدي الى الجمع بين البدلين وهذا لا يجوز في
بينهما (ولنا) قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى وهذا يفيد تعيين القصاص موجبا وبطل
مذهب الابهام جميعا أما الابهام فلا نه أخبر عن كون القصاص واجبا فيصدق القول عليه بأنه واجب وان كان عليه
أحد حقين لا يصدق القول على أحدهما بأنه واجب (وأما) التعيين فلا نه اذا وجب القصاص على الاشارة اليه
بطل القول بوجوب الدية بضرورة النص لانه لا يقابل بالجمع بينهما فبطل القول باختيار الدية من غير رضا القاتل ولان
القصاص اذا كان عين حقه كانت الدية بدل حقه وليس لصاحب الحق أن يعدل من غير الحق الى بدله من غير رضا
من عليه الحق كن عليه حنطة موصوفة فاراد صاحب الحق أن يأخذ منه قيمتها من غير رضاه ليس له ذلك كذا هذا
وقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود وجه الاستدلال به على نحوه وجه الاستدلال بالآية الشريفة ولان ضمان
العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل والقصاص وهو القتل الثاني مثل القتل الاول لانه ينوب مناب الاول ويسد
مسده ومثل الشيء غيره الذي ينوب منابه ويسد مسده وأخذ المال لا ينوب مناب القتل ولا يسد مسده فلا يكون
مثلا له فلا يصلح ضمانا للقتل العمد وكان ينبغي أن لا يجب أصلا الا ان الوجوب في قتل الخطأ ثبت شرعا تخفيفا على
الخطأ نظر أنه اظهر الخطر الدم صيانة له عن الهدر والعامد لا يستحق التخفيف والصيانة تحصل بالقصاص فبقى
ضمانا أصليا في الباب (وأما) الآية الشريفة فالمراد من قوله سبحانه وتعالى فن عفى له من أخيه شيء هو المولى
لا القاتل لانه قال الله تبارك وتعالى فن عفى له والقاتل معفو عنه لا معفوله ولانه قال تعالى اسمه فاتباع بالمعروف
فليتبع وانه أمر لمن دخل تحت كلمة فن ومعلوم أن القاتل لا يتبع أحدا بل هو المتبوع وانما المتبوع هو المولى فكان هو
الداخل تحت كلمة فن فكان معنى الآية الكريمة فن بذل له واعطى له من أخيه شيء بطريق الفضل والسهولة فليتبع
بالمعروف ويجوز استعمال لفظ العفو بمعنى الفضل لغة قال الله سبحانه وتعالى ويستلونك ماذا ينفقون قل العفو
أي الفضل وتقول العرب خذ ما أتاك عفو أي فضلا ونحن به نقول انه يجوز أخذ المال من القاتل برضاه وقيل الآية

الشريعة نزلت في الصلح عن دم العمد وقيل نزلت في دم بين نفر يعفوا أحدهم عن القاتل فللباقين ان يتبعوا بالمعروف في نصيبهم لانه قال سبحانه وتعالى فمن عني له من اخيه شيء وهو العفو عن بعض الحق ونحن به نقول أو وقع الاحتمال في المراد بالآية فلا يصح الاحتجاج بهامع الاحتمال وقوله في دفع الدية صيانة نفس القاتل عن الهلاك وانه واجب قلنا نعم لكن قضيته ان يصير آمناً بالامتناع لان يملك الولي أخذه من غير رضاه كمن أصابته نخضة وعند صاحبه طعام يبيعه بمثل قيمته يجب عليه أن يشتريه دفعا للهلاك عن نفسه فان امتنع عن الشراء ليس لصاحب الطعام أن يدفع الطعام اليه أو يأخذ الثمن من غير رضاه كذا هذا وقوله المقتول لا ينتفع بالقصاص قلنا ممنوع بل ينتفع به أكثر مما ينتفع بالمال لان فيه احياء وكفا ورثته احياء وهذا لا يحصل بالمال على ما عرف والله تعالى اعلم

فصل واما بيان من يستحق القصاص فنقول ولا قوة الا بالله المقتول لا يخلو اما ان يكون حرا واما أن يكون عبدا فان كان حرا لا يخلو اما أن يكون له وارث واما ان لم يكن فان كان له وارث فالمستحق للقصاص هو الوارث كالمستحق للمال لانه حق ثابت والوارث اقرب الناس الى الميت فيكون له ثم ان كان الوارث واحدا استحقه وان كان جماعة استحقوه على سبيل الشراكة كالمال الموروث عنه وجه قولهما في عميد هذا الاصل ان القصاص موجب الجنابة وانها وردت على المقتول فكان موجبا لحاله الا انه بالموت تجز عن الاستيفاء بنفسه فتقوم الورثة مقامه بطريق الارث عنه ويكون مشتركا بينهم ولهذا تجزى فيه سهام الورثة من النصف والثلث والسدس وغير ذلك كما تجزى في المال وهذا آية الشراكة ولا نبي حنيفة رضي الله عنه أن المقصود من القصاص هو التشفى وأنه لا يحصل للميت ويحصل للورثة فكان حقا لهم ابتداء والدليل على أنه ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره لا على سبيل الشراكة انه حق لا يتجزأ أو الشراكة فيما لا يتجزأ أمحال اذا الشراكة المعقولة هي ان يكون البعض لهذا والبعض لذلك كشرى الارض والدار وذلك فيما لا يتبع بعض محال والاصل ان ما لا يتجزأ من الحقوق اذا ثبت لجماعة وقد وجد سبب ثبوته في حق كل واحد منهم ثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال كان ليس معه غيره كولاية الانكاح ولاية الامان وعلى هذا يخرج ما اذا قتل انسان عمدا وله وليان أحدهما غائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم حضر الغائب انه يعيد البينة عنده وعندهما لا يعيد ولا خلاف في ان القتل اذا كان خطأ لا يعيد وكذلك الدين بان كان لا بهما دين على انسان ووجه البناء على هذا الاصل ان عند أبي حنيفة لما كان القصاص حقا ثابتا للورثة ابتداء كان كل واحد منهما أجنبيا عن صاحبه فيقع اثبات البينة له لا للميت فلا يكون خصما عن الميت في الاثبات فتقع الحاجة الى إعادة البينة ولما كان حقا مورا على فرائض الله تبارك وتعالى عندهما والورثة خلفاؤه في استيفاء الحق يقع الاثبات للميت وكل واحد من أحاد الورثة خصم عن الميت في حقوقه كما في الدية والدين فيصح منه اثبات الكل للميت ثم يخلفونه كما في المال ولو قتل انسان وله وليان وأحدهما غائب وأقام القاتل البينة على الحاضر أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم لان تحقق العفو من الغائب يوجب بطلان حق الحاضر عن القصاص فكان القاتل مدعيا على الحاضر بطلان حقه فكان خصما له ويقضى عليه ومتى قضى عليه يصير الغائب مقضيا عليه تبعاً له والله تعالى اعلم وان لم يكن للقاتل بينة لم يكن له ان يستحلف الحاضر لان الانسان قد ينتصب خصما عن غيره في اقامة البينة اما لا ينتصب خصما عن غيره في اليمين وعلى هذا يخرج القصاص اذا كان بين صغير وكبير ولاية الاستيفاء عنده وعندهما ليس لذلك وينتظر بلوغ الصغير ووجه البناء ان عند أبي حنيفة رحمه الله لما كان القصاص حقا ثابتا للورثة ابتداء لكل واحد منهم على سبيل الاستقلال لا استقلال سبب ثبوته في حق كل واحد منهم وعدم تجزئه في نفسه ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره فلا معنى لتوقف الاستيفاء على بلوغ الصغير وعندهما لما كان حقا مشتركا بين الكل فاحد الشرى كين لا ينفرد بالتصرف في محل مشترك بدون رضا شريكه اظهارا لعصمة المحل وتحري زاعن الضرر والصحيح أصل أبي حنيفة

رضي الله عنه لما ذكرنا أن القصاص لا يحتمل التجزئة والشركة في غير المتجزئ محال وانما ثبتت الشركة إذا انقلب مالا لان المال محل قابل للشركة على ان أباح حيفه ان سلم أن القصاص مشترك بين الصغير والكبير فلا بأس بالتسليم لانه يمكن القتل بثبوت ولاية الاستيفاء للكبير في نصيبه بطريق الاصل وفي نصيب الصغير بطريق النيابة شرعا كالقصاص اذا كان بين انسان وابنه الصغير والجامع بينهما حاجتهما الى استيفاء القصاص لاستيفاء النفس وعجز الصغير عن الاستيفاء بنفسه وقدرة الكبير على ذلك وكون تصرفه في النظر والشفقة في حق الصغير مثل تصرف الصغير بنفسه لو كان أهلا ولهذا يلى الاب والجد استيفاء قصاص وجب كله للصغير فهذا أولى ولاي حيفه رحمه الله اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فانه روى انه لما جرح ابن ملجم امه الله سيدنا عليا كرم الله تعالى وجهه فقال للحسن رضي الله عنه ان شئت فاقتله وان شئت فاعف عنه وان عفوا خير لك فقتله سيدنا الحسن رضي الله عنه وكان في ورثة سيدنا علي رضي الله عنه صغار والاستدلال من وجهين أحدهما بقول سيدنا علي رضي الله عنه والثاني بفعل سيدنا الحسن رضي الله عنه (أما) الاول فلانه خير سيدنا الحسن رضي الله عنه حيث قال ان شئت فاقتله مطلقا من غير التقييد ببلوغ الصغار (وأما) الثاني فلان الحسن رضي الله عنه قتل ابن ملجم لعنه الله ولم ينتظر بلوغ الصغار وكل ذلك بحضور من الصحابة الكرام رضي الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهما أحد فيكون اجماعا وان لم يكن له وارث وكان له مولى العتاقة وهو المعتق فالمستحق للقصاص هو لان مولى العتاقة آخر العصبات ثم ان كان واحداً استحق كله وان كانوا جماعة استحقوه وان كان للمقتول وارث ومولى العتاقة أيضاً فلا قصاص لان المولى مشتبه لاشتباهه بسبب الولاية فالسبب في حق الوارث هو القرابة وفي حق المولى الولاء وهما سببان مختلفان واشتباه المولى يمنع الوجوب للقصاص وكذلك ان لم يكن له مولى العتاقة وله مولى المولاة لانه آخر الورثة فجاز ان يستحق القصاص كما يستحق المال وان لم يكن له وارث ولا له مولى العتاقة ولا مولى المولاة كالقبط وغيره فالمستحق هو السلطان في قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا يستحقه اذا كان المقتول في دار الاسلام والحجج تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى وان كان المقتول عبداً فالمستحق هو المولى لان الحق قد ثبت وأقرب الناس الى العبد مولاة ثم ان كان المولى واحداً استحق كله وان كان جماعة استحقوه لوجود سبب الاستحقاق في حق الكل وهو الملك والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان من يلى استيفاء القصاص وشرط جواز استيفائه فولاية استيفاء القصاص تثبت باسباب منها الورثة وجملة الكلام فيه ان الوارث لا يخلو اما ان كان واحداً (وأما) ان كانوا جماعة فان كان واحداً لا يخلو اما ان كان كبيراً وأما ان كان صغيراً فان كان كبيراً فله ان يستوفي القصاص لقوله تبارك وتعالى ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً ولوجود سبب الولاية في حقه على الكمال وهو الورثة من غير مزاحمة وان كان صغيراً اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ينتظر بلوغه وقال بعضهم يستوفيه القاضي وان كانوا جماعة فان كان الكل كباراً فلكل واحد منهم ولاية استيفاء القصاص حتى لو قتل أحدهم صار القصاص مستوفى لان القصاص ان كان حق الميت فلكل واحد من آحاد الورثة خصما في استيفاء حق الميت كما في المال واذا كان حق الورثة ابتداء كما قال أبو حنيفة رحمه الله فقد وجد سبب ثبوت الحق في حق كل واحد منهم الا أن حضور الكل شرط جواز الاستيفاء وليس للبعض ولاية الاستيفاء مع غيبة البعض لان فيه احتمال استيفاء ما ليس بحق له لاحتمال العفو ومن الغائب الى هذا أشار محمد رحمه الله فقال لا ادري لعل الغائب عفا وكذا اذا كان الكل حضورا لا يجوز لهم ولا لأحدهم أن يوكل في استيفاء القصاص على معنى أنه لا يجوز للوكيل استيفاء القصاص مع غيبة الموكل لاحتمال أن الغائب قد عفا ولا في اشتراط حضرة الموكل رجاء العفو منه عند معاينة حلول العقوبة بالقاتل وقد قال الله تعالى وان عفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم (فاما) الاستيفاء بالوكيل فجاز اذا كان الموكل حاضرا على ما ذكر وان كان فيهم صغير ووكيل فان كان الكبير هو الاب بان كان القصاص مشترك بين الاب وابنه الصغير فلا بأس أن يستوفي بالاجماع لانه لو كان

لم يقاصص كان للاب أن يستوفيه فهنا أولى وإن كان الكبير غير الاب بأن كان أخا فلل كبير أن يستوفى قبل بلوغ الصغير عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى ليس له ذلك قبل بلوغ الصغير والكلام فيه يرجع إلى أصل ذكرناه بدلالة فيما تقدم ومنها الابوة فللاب والجد أن يستوفى قصاصا وجب للصغير في النفس وفيما دون النفس لأن هذه ولاية نظر ومصلحة كولاية الانكاح فثبت لمن كان مختصا بكال النظر والمصلحة في حق الصغير (وأما) الوصي فلا يلي استيفاء القصاص في النفس بأن قتل شخص عبد اليتيم لأن تصرف الوصي لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة في حق الصغير لقصور في الشفقة الباعثة عليه بخلاف الأب والجد وله أن يستوفى القصاص فيما دون النفس لأن ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال على ما ذكره للوصي ولاية استيفاء المال (ومنها) الملك المطلق وقت القتل فلمولى أن يستوفى القصاص اذا قتل مملوكا اذ الم يكن في استيفاء القصاص ابطال حق الغير من غير رضاه لأن الحق قد ثبت له وهو أقرب الناس إليه فله أن يستوفيه وكذا اذا قتل مدبره ومدبرته وأم ولده وولدها لأن التدبير والاستيلاء لا يوجب زوال الملك وكذا اذا قتل المكاتب ولم يترك وفاقا لانه مات رقية فكان ملك المولى قاعا وقت القتل وذكر في المنتقى عند أبي حنيفة رضي الله عنه في معتق البعض اذا قتل عاجزا أنه لا قصاص فقرق بينه وبين المكاتب (ووجه) الفرق أن موت المكاتب عاجز اوجب افساخ الكتابة وجعلها كأن لم تكن فالقتل صادفه وهو قتل وموت معتق البعض لا يوجب افساخ العتاق اذا لا عتاق بعد وجوده لا يحتمل الفسخ فالقتل صادفه ولا ملك للمولى في كله ولو قتل المكاتب وترك وفاقا وورثة احرار اسوى المولى لا قصاص بالاجماع لانه لا يستوفيه المولى لوقوع الشك في قيام المولى وقت القتل ولا الوارث لاحتمال أنه مات عبد الاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم أنه يموت جرا أو عبدا فامتنع الوجوب وان لم يكن له وارث حر غير المولى فله أن يستوفى القصاص عندهما خلافا ل محمد وقد ذكرنا المسئلة ولو قتل العبد في يد البائع قبل القبض فان اختار المشتري اجازة البيع فله ولاية الاستيفاء بالاجماع لان الملك كان له وقت القتل وقد تقرر بالاجازة فكان له أن يستوفى وان اختار فسخ البيع فللبائع أن يستوفى القصاص في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف للبائع القيمة ولا قصاص له (وجه) قوله ان الملك لم يكن ثابتا له وقت القتل وانما حدث بعد ذلك بالفسخ والسبب حين وجوده لم ينقض موجبا للحكم فلا يثبت له بمعنى وجد بعد ذلك ولا في حنيفة رحمه الله ان رد البيع فسخ له من الاصل وجعل اياه كان لم يكن فاذا افسخ من الاصل تبين أن الجنابة وردت على ملك البائع فيوجب القصاص له فكان له أن يستوفى وليس للمشتري ولاية الاستيفاء لهذا المعنى أن بالفسخ يظهر ان العبد وقت القتل لم يكن على ملك البائع ولو قتل العبد الذي هو بدل الصداق في يد الزوج أو بدل الخلع في يد المرأة أو بدل الصلح عن دم العمد في يد الذي صالح عليه فذلك بمنزلة البيع لان المستحق للصداق وبذل الخلع والصلح ان اختار اتباع القاتل فقد تقرر ملكه فيجب القصاص له وان طالب بالقيمة فالملك في العبد قد افسخ فيجب القصاص للآخر على ما ذكرنا في البيع ولو قتل في يد المشتري والمشتري خيار الشرط أو خيار الرؤية فالقصاص للمشتري قبض البائع الثمن أو لم يقبض لان الخيار قد سقط بموت العبد وانبرم البيع وتقرر الملك فيه للمشتري فوجب القصاص له فكان له ان يستوفى القصاص كما اذا قتل في يده ولا خيار في البيع أصلا ولو كان الخيار للبائع فان شاء اتبع القاتل فقتله قصاصا وان شاء ضمن المشتري القيمة (أما) اختيار اتباع القاتل فلان العبد وقت القتل كان ملكا له (وأما) اختيار تضمين المشتري القيمة فلانه كان مضمونا في يده بالقيمة ألا ترى لو هلك بنفسه في يده كان عليه قيمته ولا قصاص للمشتري وان هلك العبد بالضمان لان الملك ثبت له بطريق الاستناد والمستند يظهر من وجهه ويقتصر من وجهه فشبه الظهور يقتضى وجوب القصاص له وشبه الاستناد يقتضى أن لا يجب فتمكنت الشبهة في الوجوب له فلا يجب وكذا العبد المغصوب اذا قتل في يد الغاصب واختار المالك تضمينه لم يكن للغاصب القصاص لما قلنا ولو قتل عبد موصى بركبته لرجل وبخدمته لا خير لم يفرد أحدهما باستيفاء القصاص لان الموصى له بالخدمة

لا ملك له في الرقبة فلا يملك الاستيفاء بنفسه والموصى له بالرقبة وان ملك الرقبة لكن في استيفاء القصاص ابطال حق الموصى له بالخدمة لا الى بدل هو مال فلا يملك ابطال حقه عليه من غير رضاه واذا اجتمعوا فلموصى له بالرقبة أن يستوفي لان المطلق للاستيفاء موجود وهو قيام ملك الرقبة والامتناع كان لحق الموصى له بالخدمة فاذا رضى بسقوط حقه فقد زال المانع ولو قتل العبد المرهون في يد المرتهن لم يكن لواحد منهما أن ينفرد باستيفاء القصاص (أما) المرتهن فظاهر لان ملك الرقبة لم يكن ثابتا له وقت القتل فلم يوجد سبب ثبوت ولاية الاستيفاء في حقه (وأما) الراهن فلان استيفاءه يتضمن ابطال حق المرتهن في الدين من غير رضاه لان الرهن يصير هالكا من غير بدل لان العبد انما كان رهنا من حيث انه مال والقصاص لا يصلح بدلا عن المالية لانه ليس بمال فيصير الرهن هالكا من غير بدل فيسقط دينه فكان في استيفائه القصاص ابطال حق المرتهن من غير رضاه وهذا لا يجوز ولو اجتمعا ذكر الكرخي رحمه الله ان للراهن أن يستوفي القصاص عند أبي حنيفة رحمه لان الامتناع كان لحق المرتهن وقدر رضى بسقوطه وعند محمد ليس له أن يستوفي وان اجتمعوا على الاستيفاء وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي رحمه الله أنه لا قصاص على قاتله ولم يذكر الخلاف وقد ذكرنا وجه كل من ذلك في كتاب الرهن (ومنها) الولاء اذ لم يكن لمولى الاسفل وارث لان الولاء سبب الولاية في الجملة ألا ترى أن مولى العتاقة يزوج بالاجماع لانه آخر العصبات ومولى الموالاة يزوج على أصل أبي حنيفة رضى الله عنه لانه آخر الورثة فان كان له وارث فلا قصاص لاشتباه الولي فلا يتصور الاستيفاء (ومنها) السلطنة عند عدم الورثة والملك والولاء كالقيط ونحوه اذا قتل وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله ليس للسلطان أن يستوفي اذا كان المقتول من أهل دار الاسلام وله أن يأخذ الدية وان كان من أهل دار الحرب فله أن يستوفي القصاص وله أن يأخذ الدية (وجه) قوله ان المقتول في دار الاسلام لا يخلو عن ولي له عادة الا أنه ربما لا يعرف وقيام ولاية الولي تمنع ولاية السلطان وبهذا يملك العفو بخلاف الحربى اذا دخل دار الاسلام فاسلم أن الظاهر ان لا ولي له في دار الاسلام ولهما أن الكلام في قتل لم يعرف له ولي عند الناس فكان وليه السلطان لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وقد روى أنه لما قتل سيدنا عمر رضى الله عنه خرج الهرمزان والخجرجي يده فظن عبيد الله أن هذا الذي قتل سيدنا عمر رضى الله عنه فقتله فرفع ذلك الى سيدنا عثمان رضى الله عنه فقال سيدنا علي رضى الله عنه لسيدنا عثمان اقتل عبيد الله فامتنع سيدنا عثمان رضى الله عنه وقال كيف أقتل رجلا قتل أبوه أمس لا أفعل ولكن هذا رجل من أهل الارض وانا وليه أعفوه عنه وأودى ديبته وأراد بقوله أعفوه عنه وأودى ديبته الصالح على الدية وللامام أن يصالح على الدية الا أنه لا يملك العفو لان القصاص حق المسلمين بدليل أن ميراثه لهم وانما الامام نائب عنهم في الاقامة وفي العفو اسقاط حقهم أصلا ورأسا وهذا لا يجوز ولهذا لا يملكه الاب والجد وان كانا يملكان استيفاء القصاص وله أن يصالح على الدية كما فعل سيدنا عثمان رضى الله عنه والله تعالى

الموفق بالصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يستوفي به القصاص وكيفية الاستيفاء فالقصاص لا يستوفي الا بالسيف عندنا وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل فان مات والا تمز رقبتة حتى لو قطع يد رجل عمدا فمات من ذلك فان الولي يقتله وليس له أن يقطع يده عندنا وعنده تقطع يده فان مات في المدة التي مات الاول فيها والا تمز رقبتة (وجه) قوله أن مبنى القصاص على المماثلة في الفعل لانه جزء الفعل فيشترط أن يكون مثل الفعل الاول وذلك فيما قلنا وهو أن يفعل به مثل ما فعل هو والموجود منه القطع فيجب أن يجازى بالقطع والظاهر في القطع عدم السراية فان اتهمت السراية والا تمز رقبتة ويكون الحز تيمما للفعل الاول لاجزأ مبتدأ (ولنا) قوله عليه الصلاة والسلام لا قودا بالسيف والقود هو القصاص والقصاص هو الاستيفاء فكان هذا في استيفاء القصاص بالسيف ولان القطع اذا اتهمت به السراية تبين أنه وقع قتلا من حين وجوده فلا يجازى الا بالقتل فلو قطع ثم احتيج الى الحز كان ذلك جمعا بين القتل والحز فلم

يكن مجازاة بالمثل وقوله الخ يقع تنبها للقطع فاسد لان المتمم للشيء من توابه والخز قتل وهو أقوى من القطع فكيف يكون من تمامه وان أراد الولي أن يقتل بغير السيف لا يمكن لما قلنا ولو فعل يعزر لكن لا ضمان عليه ويصير مستوفيا بأي طريق قتله سواء قتله بالعصا أو بالحجر أو القاه من السطح أو القاه في البئر أو ساق عليه دابة حتى مات ونحو ذلك لان القتل حقه فاذا قتله فقد استوفى حقه بأي طريق كان الا أنه يأثم بالاستيفاء لا بطريق مشروع لمجاوزته حد الشرع وله أن يقتل نفسه وبنائه بان يامر غيره بالقتل لان كل أحد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه اما الضعيف بدنه أو الضعيف قلبه أو لقلته هدايته اليه فيحتاج الى الانابة الا أنه لا بد من حضوره عند الاستيفاء لما ذكرنا فيما تقدم ثم اذا قتله المأمور والأمر حاضر صار مستوفيا ولا ضمان عليه فاما اذا قتله والأمر غير حاضر وأنكر ولي هذا القتل الأمر فانه يجب القصاص على القاتل ولا يعتبر تصديق الولي لان القتل عمد اسبب لوجوب القصاص في الاصل فلو خرج من أن يكون سببا لما يخرج بالامر وقد كذبه ولي هذا القتل في الأمر وتصديق ولي القصاص غير معتبر لانه صدقه بعد ما بطل حقه عن القصاص لقوات محله فصار أجنيا عنه فلا يعتبر تصديقه فلم يثبت الأمر فبقى القتل العمد موجبا للقصاص ولو حضر بئرا في دار انسان فوقع فيها انسان ومات فادعى ولي القتل الدية فقال الحافر حفرت به إذن صاحب الدار وصدقه صاحب الدار في ذلك فلا ضمان على الحافر ويعتبر تصديقه لانه صدقه في فعل يملك انشاء الامر به للحال وهو الحفر في ملكه فلم يكن هذا تصديقا بعد فوات المحل فاعتبر بخلاف الاول والله تعالى أعلم بالصواب

فصل وأما بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه فالسقط له أنواع منها فوات محل القصاص بان مات من عليه القصاص بأفقه سماوية لانه لا يتصور بقاء الشيء في غير محله واذا سقط القصاص بالموت لا تجب الدية عندنا لان القصاص هو الواجب عيناً عندنا وهو أحد قول الشافعي رحمه الله وعلى قوله الآخر تجب الدية وقد بينا فسادها فيما تقدم وكذا اذا قتل من عليه القصاص بغير حق أو بحق بالردة والقصاص بان قتل انسانا فقتل به قصاصا يسقط القصاص ولا يجب المال لما قلنا وكذلك القصاص الواجب فيما دون النفس اذا فات ذلك العضو بأفقه سماوية أو قطع بغير حق يسقط القصاص من غير مال عندنا لما قلنا وان قطع بحق بان قطع يد غيره فقطع به أو سرق مال انسان فقطع بسقط القصاص أيضا لقوات محله لكن يجب ارش اليد فيقع الفرق في موضعين أحدهما بين القتل والقطع بحق والثاني بين القطع بغير حق وبين القطع بحق والفرق انه اذا قطع طرفه بحق فقد قضى به حقا واجبا عليه فجعل كالتأثم وجعل صاحبه ممسكاً له تقديراً كانه أمسكه حقيقة وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطأ ونحو ذلك وهناك يجب الارش كذا هذا وهذا المعنى لم يوجد فيما اذا قطع بغير حق لانه لم يقض حقا واجبا عليه وفي القتل ان قضى حقا واجبا عليه لكن لا يملك ان يجعل ممسكاً للنفس بعد موته تقدير لانه لا يتصور حقيقة بخلاف الطرف والله تعالى أعلم ومنها العفو والكلام فيه في ثلاثة مواضع أحدها في بيان ركنه والثاني في بيان شرائط الركن والثالث في بيان حكمه أمار كنه فهو أن يقول العافي عفو أو أسقطت أو أبرأت أو وهبت وما يجري هذا الجري وأما الشرائط فمما ان يكون العفو من صاحب الحق لانه اسقاط الحق واسقاط الحق ولا حق محال فلا يصح العفو من الاجنبي لعدم الحق ولا من الاب والجد في قصاص وجب للصغير لان الحق للصغير لهما وانما لهما ولاية استيفاء حق وجب للصغير ولان ولايتهما متيدة بالنظر للصغير والعفو ضرر محض لانه اسقاط الحق أصلا ورأسا فلا يملك كانه ولهذا لا يملكه السلطان في اية الولاية الاستيفاء على ما بينا والله تعالى أعلم ومنها ان يكون العافي عاقلا (ومنها) ان يكون بالغاً فلا يصح العفو من الصبي والجنون وان كان الحق ثابتاً لهما لانه من التصرفات المضرة المحضة فلا يملك كانه كالطلاق والعناق ونحو ذلك (وأما) حكم العفو فالعفو في الاصل لا يخلو اما ان يكون من الولي واما ان يكون من الجرح فان كان من الولي لا يخلو من ان يكون منه بعد الموت أو قبل الموت بعد الجرح فان كان بعد الموت فاما ان يكون الولي واحدا واما ان يكون أكثر فان كان واحدا بان كان القاتل

والمقتول واحد افعا عن القاتل سقط القصاص لان استيفاء لتحقيق معنى الحياة وهذا المعنى يحصل بدون الاستيفاء بالعفو لانه اذا عفا الظاهر انه لا يطلب الثار بعد العفو فلا يقصد قتل القاتل فلا يقصد القاتل قتله فيحصل معنى الحياة بدون الاستيفاء فيسقط القصاص لحصول ما شرع له استفاؤه بدون وهكذا قال الحسن رحمه الله في تأويل قوله تعالى ومن احياءها فكانما احياء الناس جميعاً أى من احياءها بالعفو وقيل في قوله تبارك وتعالى ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ان ذلك العفو والصلح على ما قيل ان حكم التوراة القتل لا غير وحكم الانجيل العفو بغير بدل لا غير تخفف سبحانه وتعالى على هذه الامة فشرع العفو بلا بدل أصلاً والصلح ببدل سواء عفا عن الكل أو عن البعض لان القصاص لا يتجزأ أو ذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر الكل كالطلاق وتسليم الشفعة وغيرهما واذا سقط القصاص بالفعول لا يتقلب ما لا عندنا لان حق الولي في القصاص عيناً وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله وقد أسقطه لا الى بدل ومن له الحق اذا أسقط حقه مطلقاً وهو من أهل الاسقاط والحل قابل للسقوط يسقط مطلقاً كالبراءة عن الدين ونحو ذلك وعلى قوله الآخر الواجب أحدهما فاذا عفا عن القصاص انصرف الى الواجب تصحيحاً لتصرفه كمن له على آخر دراهم أو دينار ولا ينوي أحدهما بعينه فابراهمة المديون عن أحدهما ليس له ان يطالبه بالآخر لما قلنا كذا هذا ولو عفا عنه ثم قتله بعد العفو يجب عليه القصاص عند عامة العلماء رضى الله تعالى عنهم وقال بعض الناس لا يجب واحتجوا بقوله تبارك وتعالى فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم جعل جزاء المعتدى وهو القاتل بعد العفو العذاب الاليم وهو عذاب الآخرة نستجير بالله سبحانه وتعالى من هوله فلو وجب القصاص في الدنيا لصار المذكور بعض الجزاء ولان القصاص في الدنيا يرفع عذاب الآخرة لقوله عليه الصلاة والسلام السيف حياء للذنوب وفيه نسخ الآية الشريفة (ولنا) عمومات القصاص من غير فصل بين شخص وشخص وحال وحال الاشخاص أو حال قيد بدليل وكذا الحكمة التي لها شرع القصاص وهو الحياة على ما ينبتضي الوجوب وأما الآية فقد قيل في بعض وجوه التأويل ان العذاب الاليم ههنا هو القصاص فان القتل غاية العذاب الديني في الايلام فعلى هذا التأويل كانت الآية حجة عليهم وتحتل هذا وتحتل ما قالوا فلا تكون حجة مع الاحتمال وان كان القصاص أكثر من قتل رجلان واحد فان عفا عنهما سقط القصاص أصلاً ما ذكرنا وان عفا عن أحدهما سقط القصاص عنه وله أن يقتل الآخر لانه استحق على كل واحد منهما قصاصاً كاملاً والعفو عن أحدهما لا يوجب العفو عن الآخر وذكر في المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله انه يسقط القصاص عنها لان طريق إيجاب القصاص عليهما ان يجعل كل واحد منهما قاتلاً على الافراد كان ليس معه غيره اذا قتل ثقتي الحياة ولا يتصور قوت حياة واحدة من كل واحد منهما على الكمال فيجعل كل واحد منهما قاتلاً على الافراد ويجعل قتل صاحبه عدماً في حقه فاذا عفا عن أحدهما والعفو عن القاتل جعل فعل الآخر عدماً تقديراً فيورث شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهة وهذا ليس بسديد لان طريق إيجاب القصاص عليهما ليس مذكور وليس القتل اسم القوت الحياة بل هو اسم لفعل مؤثر في فوات الحياة عادة وهذا حصل لكل واحد منهما على الكمال فالعفو عن أحدهما لا يؤثر في الآخر هذا اذا كان الولي واحداً فاما اذا كان اثنين أو أكثر فعفا أحدهما سقط القصاص عن القاتل لانه سقط نصيب العافي بالعفو فيسقط نصيب الآخر ضرورة أنه لا يتجزأ اذا القصاص قصاص واحد فلا يتصور استيفاء بعضه دون بعض وينقلب نصيب الآخر ما لا باجماع الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم فانه روى عن عمر وعبد الله بن مسعود وابن عباس رضى الله تعالى عنهم انهم أوجبوا في عفو بعض الاولياء الذين لم يعفوا نصيبهم من الدية وذلك بحضور من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر أحد عليهم فيكون اجماعاً وقيل ان قوله تبارك وتعالى فمن عفى له من أخيه شيء نزلت في دم بين شر كاء يعفوا أحدهم عن القاتل فلا تخير ان يتبعوه بالمعروف في نصيبهم لانه قال سبحانه وتعالى فمن عفى له من أخيه شيء وهذا العفو عن بعض الحق ويكون نصيب الآخر وهو

نصف الدية في مال القاتل لان القتل عمد الا انه تعذر استيفاء القصاص لما ذكرنا والعاقلة لا تعقل العمدو يؤخذ منه في ثلاث سنين عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر في سنتين (وجه) قوله ان الواجب نصف الدية فيؤخذ في سنتين كما لو قطع يد انسان خطأ ووجب عليه نصف الدية انه يؤخذ في سنتين كذا ههنا (ولنا) ان الواجب جزء مما يؤخذ في ثلاث سنين وحكم الجزء حكم الكل بخلاف القطع فان الواجب هناك كل لا جزء لان كل دية يد واحدة هذا القدر الا انه قدر كل ديتها بنصف دية النفس وهذا لا ينبغي ان يكون كل دية الطرف ولو عفا أحدهما فقتله الآخر ينظر ان قتله ولم يعلم بالعفو أو علم به لكنه لم يعلم بالحرمة لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله عليه القصاص (وجه) قوله انه قتل نفسا بغير حق لان عصمته عادت بالعفو ألا ترى انه حرم قتله فكانت مضمونة بالقصاص كما لو قتله قبل وجود القتل منه فلو سقطت عما سقط بالشبهة ومطلق الظن لا يورث شبهة كما لو قتل انسانا وقال ظننت انه قاتل أبي (ولنا) ان في عصمته شبهة عدم في حق القاتل لانه قتله على ظن ان قتله مباح له وهو ظن مبني على نوع دليل وهو ما ذكرنا ان القصاص وجب حقا للمقتول وكل واحد من الاولياء بسبيل من استيفاء حق وجب للمقتول فلعفو من أحدهما ينبغي ان لا يؤثر في حق الآخر ولا سبب ولاية الاستيفاء وجد في حق كل واحد منهم ما على الكمال وهو القرابة فينبغي ان لا يؤثر عفو أحدهما في حق صاحبه الا انه امتنع هذا الدليل عن العمل بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ما بينا فقيامه يورث شبهة عدم العصمة والشبهة في هذا الباب تعمل عمل الحقيقة فتمنع وجوب القصاص ويجب عليه نصف الدية لان القصاص اذا تعذر ايجابا بالشبهة وجب عليه كمال الدية كان على القاتل نصف الدية فصار النصف قصاصاً بالنصف فيوجب عليه النصف الآخر ويكون في ماله لا على العاقلة لانه وجب بالقتل وهو عمد والعاقلة لا تعقل العمد وان علم بالعفو والحرمة يجب عليه القصاص لان المانع من الوجوب الشبهة وانما نشأت عن الظن ولم يوجد فزال المانع وله على المقتول نصف الدية لانه قد كان انقلب نصيبه مالا بعفو صاحبه فبقى ذلك على المقتول هذا اذا كان القصاص الواحد مشتركاً بينهما فعفا أحدهما عن نصيبه فاما اذا وجب لكل واحد منهما قصاص كامل قبل القاتل بان قتل واحد رجلين فعفا أحدهما عن القاتل لا يسقط قصاص الآخر لان كل واحد منهما استحق عليه قصاصاً كاملاً ولا استحالة له في ذلك لان القتل ليس تفويت الحياة ليقال ان الحياة الواحدة لا يتصور رثوها من اثنين بل هو اسم لفعل مؤثر في فوات الحياة عادة وهذا يتصور من كل واحد منهما في محل واحد على الكمال فعفو أحدهما عن حقه وهو القصاص لا يؤثر في حق صاحبه بخلاف القصاص الواحد المشترك والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا عفا الولي عن القاتل بعد موت وليه (فأما) اذا عفا عنه بعد الجرح قبل الموت فالقياس ان لا يصح عفوّه وفي الاستحسان يصح (وجه) القياس أن العفو عن القتل يستدعي وجود القتل والفعل لا يصير قتلاً الا بفوات الحياة عن المحل ولم يوجد فالعفو لم يصادف محله فلم يصح ولا استحسان وجهان أحدهما ان الجرح متى اتصلت به السراية تبين انه وقع قتلاً من حين وجوده فكان عفواً عن حق ثابت فيصح ولهذا لو كان الجرح خطأ فكفر بعد الجرح قبل الموت ثم مات جاز التكفير والثاني ان القتل ان لم يوجد للحال فقد وجد بسبب وجوده وهو الجرح المفضي الى فوات الحياة والسبب المفضي الى الشيء يقام مقام ذلك الشيء في أصول الشرع كالنوم مع الحدث والنكاح مع الوطء وغير ذلك ولانه اذا وجد سبب وجود القتل كان العفو تعجيل الحكم بعد وجود سببه وانه جائز كالتكفير بعد الجرح قبل الموت في قتل الخطأ والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك العفو من المولى واحداً كان أو أكثر والعفو من الوارث سواء في جميع ما وصفنا الا ان في القصاص بين المولين اذا عفا أحدهما فلا آخر حصته من قيمة العبد وهما من الدية لان القيمة في دم العمد كالدية في دم الحر (فأما) فيا وراء ذلك فلا يختلفان هذا كله اذا كان العفو من المولى أو من الولي فأما اذا كان من الجرح وح بان كان الجرح وح عفاً لا يصح عفوّه لان القصاص يجب حقا للمولى لاله وان كان حراً فان عفاه عن القتل ثم مات

صح استحسانا والقياس ان لا يصح (وجه) القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا وان عفان القطع أو الجراحة أو الشجة أو الجناية ثم مات أو لا فحكمة الكلام فيه ان الجرح لا يخلو اما ان يكون عمداً أو خطأ فان كان عمداً فالجرح لا يخلو اما ان يقول عفوت عن القطع أو الجراحة أو الشجة أو الضربة وهذا كله قسم واحد (واما) ان يقول عفوت عن الجناية والقسم الاول لا يخلو (اما) ان ذكر معه ما يحدث منها (واما) ان لم يذكر وحال الجرح لا يخلو (اما) ان يرى وصح (واما) ان مات من ذلك فان يرى من ذلك صح العفو في القبول كلها لان العفو وقع عن ثابت وهو الجراحة أو موجبها وهو الارش فيصح وان سرى الى النفس ومات فان كان العفو بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها صح بالاجماع ولا شيء على القاتل لان لفظ الجناية يتناول القتل وكذا لفظ الجراحة وما يحدث منها فكان ذلك عفواً عن القتل فيصح وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر ما يحدث منها لم يصح العفو في قول أبي حنيفة رضي الله عنه والقياس ان يجب القصاص وفي الاستحسان تجب الدية في مال القاتل وعندهما يصح العفو ولا شيء على القاتل (وجه) قولهما ان السراية اثر الجراحة والعفو عن الشيء يكون عفواً عن أثره كما اذا قال عفوت عن الجراحة وما يحدث منها ولا بي حنيفة رضي الله عنه وجهان أحدهما انه عفان غير حقه فان حقه في موجب الجناية لا في عينها لان عينها عرض لا يتصور بقاؤها فلا يتصور العفو عنها ولان عينها جناية وجدت من الخارج والجناية لا تكون حق المجني عليه فكان هذا عفواً عن موجب الجراحة وبالسراية يتبين انه لا موجب بهذه الجراحة لان عند السراية يجب موجب القتل بالاجماع وهو القصاص ان كان عمداً والدية ان كان خطأ ولا يجب الارش وقطع اليد مع موجب القتل لان الجمع بينهما غير مشروع والثاني ان كان العفو عن القطع والجرح صحيحاً لكان القطع غيراً لقطع اباة الطرف والقتل فعل مؤثر في فوات الحياة عادة وموجب أحدهما القطع والارش وموجب الآخر القتل والدية والعفو عن أحد الغيرين لا يكون عفواً عن الآخر في الاصل فكان القياس ان يجب القصاص لوجود القتل العمد وعدم ما يسقطه الا انه سقط للشبهة فتجوز الدية وتكون في ماله لانها وجبت بالقتل العمد والعاقلة لا تعقل العمد هذا اذا كان القتل عمداً فاما اذا كان خطأ فان يرى من ذلك صح العفو بالاجماع ولا شيء على القاطع سواء كان بلفظ الجناية أو الجراحة وذكر ما يحدث منها أو لم يذكر كما قلنا وان سرى الى النفس فان كان بلفظ الجناية أو الجراحة وما يحدث منها صح أيضاً لما ذكرنا ثم ان كان العفو في حال صحة الجرح وح بان كان يذهب ويحيى ولم يصبر صاحب فراس يعتبر من جميع ماله وان كان في حال المرض بأن صار صاحب فراس يعتبر عفوه من ثلث ماله لان العفو تبرع منه وتبرع المريض مرض الموت يعتبر من ثلث ماله فان كان قدر الدية يخرج من الثلث سقط ذلك القدر عن العاقلة وان كان لا يخرج كله من الثلث فثلثه يسقط عن العاقلة وثلثه يؤخذ منهم وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر ما يحدث منها لم يصح العفو والدية على العاقلة عند أبي حنيفة وعندهما يصح العفو وهذا وقوله عفوت عن الجراحة وعن الجناية وما يحدث منها سواء وقد بينا حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان مكان العفو صلح بان صالح من القطع أو الجراحة على مال فهو على التفصيل الذي ذكرنا أنه ان يرى الجرح فالصلح صحيح بأي لفظ كان وسواء كان القطع عمداً أو خطأ لان الصلح وقع عن حق ثابت فيه سمح وان سرى الى النفس فان كان الصلح بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها فالصلح صحيح أيضاً لانه صلح عن حق ثابت وهو القصاص وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر ما يحدث منها فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح الصلح ويؤخذ بجميع الدية من ماله في العمد وان كان خطأ يرد بدل الصلح ويجب جميع الدية على العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان مكان الصلح نكاح بان قطعت امرأة يدرجل أو جرحته فتر وجهها على ذلك فهو على ما ذكرنا من التفصيل انه ان يرى من ذلك جاز النكاح وصار ارش ذلك مهر لها لانه تبين أن موجب ذلك الارش سواء كان القطع عمداً أو خطأ لان القصاص بين الذكور والانات لا يجري فيهما دون النفس فكان الواجب هو المال فاذا تزوجها عليه فقد سمي المال فكان مهر لها وان سرى الى النفس فان كان النكاح بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها

وكان القطع خطأ جاز النكاح وصار دم الزوج مهرها لا نه لالتصمت به السراية تبين انه وقع قسلا موجبا للدية على العاقلة فكان الزوج على موجب الجنابة وهو الدية وسقطت عن العاقلة لصير و رتاهم رآها وهذا اذا كان وقت النكاح صحيحا فان كان مريضا فبقد ر مهر المثل يسقط عن العاقلة لا نه ليس بمتبرع في هذا القدر (وأما) الزيادة على ذلك فينظر ان كانت تخرج من ثلث ماله يسقط أيضا وان كانت لا تخرج من ثلث ماله فبقدر الثلث يسقط أيضا والزوجة تكون للزوج ترجع الى ورثته وانما اعتبر خروجه الزيادة من ثلث ماله لا نه متبرع بالزيادة وهو مريض مرض الموت هذا في الخطأ (وأما) في العمد جاز النكاح وصار عفوا (أما) جواز النكاح فلا شك فيه لان جوازه لا يقف على تسمية ما هو مال (وأما) صير ورة النكاح على القصاص عفوا له لا نه لما تزوجها على القصاص فقد أزال حقه عنه وأسقطه وهذا معنى العفو ولها مهر المثل من تركه الزوج لان النكاح لا يجوز الا بالمهر والقصاص لا يصلح مهرها لا نه ليس بمال فيجب لها العوض الاصل وهو مهر المثل فان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فكذلك الجواب عندهما في العمد والخطأ وعند أبي حنيفة رحمه الله بطل العفو اذا كان عمدا ولها مهر المثل من مال الزوج وتجب الدية من مالها فيتناقصان بقدر مهر المثل وتضمن المرأة الزيادة وان كانت خطأ فتجب الدية على عاقلتها ولها مهر المثل من مال الزوج ولا ترث المرأة من مال الزوج شيئا لانها قاتلة ولا ميراث للقاتل والله تعالى أعلم ولو كان مكان النكاح خلع بان قطع بدمائه أو جرحها جراحة تغلغلها على ذلك فهو على ما ذكرنا انها ان رئت جاز الخلع وكان بائنا لا نه تبين انه خلعها على ارش اليد فصيح الخلع وصار ارش اليد بدل الخلع والخلع على مال طلاق بائن ويستوى فيه العمد والخطأ لما مر وان سرى الى النفس وكان خطأ فان ذكر بلفظ الجنابة او بلفظ الجراحة وما يحدث منها جاز الخلع ويكون بائنا لا نه تبين ان الفعل وقع قتلا فتبين انه وقع موجبا للدية فكان الخلع واقعا على ماله وهو الدية فيصح ويكون بائنا ثم ان كانت المرأة صحيحة وقت الخلع جاز ذلك من جميع المال وان كانت مريضة صارت الدية بدل الخلع ويعتبر خروجه جميع الدية من الثلث بخلاف النكاح حيث يعتبر هناك خروجه الزيادة على قدر مهر المثل من الثلث لان تلك الحال حال دخول البضع في ملك الزوج وهذه حالة الخرج والبضع بعد ما لا حال الدخول في ملك الزوج ولا بعد ما لا حال الخرج عن ملكه وان كان تخرج من الثلث يسقط عن العاقلة وان لم يكن لها مال يسقط والثلثان على العاقلة ويكون بمنزلة الوصية هذا في الخطأ فأما في العمد جاز العفو ولا يكون مالا وخلعها بغير مال يكون رجعيًا وان كان الخلع بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فعندهما كذلك الجواب وعند أبي حنيفة رحمه الله لم يصح العفو وتجب جميع الدية في ماله في العمد وفي الخطأ على العاقلة ويكون الخلع بغير مال فيكون الطلاق رجعيًا والله تعالى أعلم ومنها الصالح على مال لان القصاص حق للمولى ولصاحب الحق أن يتصرف في حقه استيفاء واسبقا إذا كان من أهل الأسقاط والحل قابل للسقوط ولهذا يملك العفو في ملك الصلح ولان المقصود من استيفاء القصاص وهو الحياة يحصل به لان الظاهر ان عند أخذ المال عن صلح وتراض تسكن الفتنة فلا يقصد الولى قتل القاتل فلا يقصد القاتل قتله فيحصل المقصود من استيفاء القصاص بدونه وقيل ان قوله تبارك وتعالى فمن عني له من أخيه شيء الآية نزل في الصلح عن دم العمد فيدل على جواز الصلح وسواء كان بدل الصلح قليلا أو كثيرا من جنس الدية أو من خلاف جنسها حالا أو مؤجلا بأجل معلوم أو مجهول جهالة متفاوتة كالحصاد والدياس ونحو ذلك بخلاف الصلح من الدية على أكثر مما يجب فيه الدية انه لا يجوز لان المنع من الجواز هناك تمكن الربا ولم يوجد ههنا لان الربا يختص بمبادلة المال بالمال والقصاص ليس بمال وقد ذكرنا شرائط جواز الصلح ومن يملك الصلح ومن لا يملكه في كتاب الصلح ولوصالح الولى القاتل على مال ثم قتله يقتص منه عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال بعض الناس لا قصاص عليه وقد مررت المسئلة في العفو ولو كان الولى اثنين والقصاص واحد فصالح أحدهما سقط القصاص عن القاتل وينقلب نصيب الآخر مالا ما ذكرنا في العفو ولو قتله الآخر بعد عفو صاحبه فهو على التفصيل والخلاف

والوفاق الذي ذكرناه في العفو ولو كان القصاص أكثر فصالح ولي أحد القتيلين فلا خزان يستوفي وكذا لو صالح الولي مع أحد القتيلين كان له أن يقتص الآخر لما ذكرنا في العفو وكذلك حكم المولى في الصلح عن دم العمد في جميع ما وصفنا ومنها ارث القصاص بان وجب القصاص لانسان فمات من له القصاص فورث القاتل القصاص سقط القصاص لاستحالة وجوب القصاص له وعليه فيسقط ضرورة ولو قتل رجلان رجلين كل واحد منهما ابن الآخر عمد او كل منهما وارث الآخر قال أبو يوسف رحمه الله لا قصاص عليهما وقال الحسن بن زياد رحمه الله يوكل كل واحد منهما وكيلًا يستوفي القصاص فيقتلهما الوكيلان معا وقال زفر رحمه الله يقال للقاضي ابتدأ بما شئت وسلمه الى الآخر حتى يقتله ويسقط القصاص عن الآخر (وجهه) قول زفر رحمه الله ان القصاص وجب على كل واحد منهما لوجود السبب من كل واحد منهما وهو القتل العمد لانه لا يمكن استيفاءهما لانه اذا استوفي أحدهما سقط الآخر لصيرورة القصاص ميراثا للقاتل الا خرف كان الخيار فيه الى القاضي يتدبى بأيمه ما شاء ويسلمه الى الآخر حتى يقتله ويسقط القصاص عن الآخر (وجهه) قول الحسن رحمه الله ان استيفاء القصاص منهما يمكن بالوكالة بان يقتل كل واحد من الوكيلين كل واحد من القتيلين في زمان واحد فلا يتوارثان كما في العرق والحرق (وجهه) قول أبي يوسف رحمه الله ان وجوب القصاص وجوب الاستيفاء لا يعقل له معنى سواه ولا سبيل الى استيفاء القصاص لانه اذا استوفي أحدهما سقط الآخر وليس أحدهما بالاستيفاء أولى من الآخر فتمت عذر القول بالوجوب أصلا ولان في استيفاء أحد القصاصين ابقاء حق أحدهما واستقاط حق الآخر وهذا لا يجوز والقول باستيفاءهما بطريق التوكيل غير سديد لان الفعلين قل ما يتفقان في زمان واحد بل يسبق أحدهما الآخر عادة وكذا أثرهما الثابت عادة وهو فوات الحياة وفي ذلك اسقاط القصاص عن الآخر وقالوا في رجل قطع يد رجل ثم قتل المتطوع يده ابن القاطع عمدًا ثم مات المتطوع يده من القطع ان على القاطع القصاص وهو القتل لولي المتطوع يده لانه مات بسبب سابق على وجود القتل منه وهو القطع السابق لان ذلك القطع صار بالسراية قتلا فوجب القصاص على القاطع ولا يسقط بقتل المتطوع يده ابن القاطع والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) حرمان الميراث لحصول القتل مباشرة بغير حق ولهذا ثبت بالقتل الخطأ بالعمد أولى وأما الكفارة فلا تجب عندنا وعند الشافعي رحمه الله تجب (وجهه) قوله ان الكفارة لرفع الذنب ومحو الائم ولهذا وجبت في القتل الخطأ والذنب في القتل العمد أعظم فكانت الحاجة الى الدفع أشد (ولنا) ان التحرير أو الصوم في الخطأ انما وجب شكر النعمة حيث سلم له أعز الاشياء اليه في الدنيا وهو الحياة مع جواز المؤاخاة بالقصاص وكذا ارتفع عنه المؤاخاة في الآخر مع جواز المؤاخاة وهذا لم يوجد في العمد فيقدر الايجاب شكرا أو وجب لحق التوبة عن القتل بطريق الخطأ وألحق بالتوبة الحقيقية خفة الذنب بسبب الخطأ والذنب ههنا أعظم فلا يصلح لتحرير توبة والله تعالى أعلم وأما شبه العمد فيتعلق به أحكام منها وجوب الدية المغلظة على العاقلة اما وجوب الدية فلان القصاص امتنع وجوبه مع وجود القتل العمد للشبهة فتجب الدية وأما صفة التغليط فلا جماع الصحابة رضي الله عنهم لانهم اختلفوا في كيفية التغليط على ما ذكرنا من شاء الله تعالى واختلافهم في الكيفية دليل ثبوت الاصل وأما الوجوب على العاقلة فلان العاقلة انما تعقل الخطأ تخفيفا على القاتل نظر الله لوقوعه فيه لا عن قصد وفي هذا القتل شبهة عدم قصد حصوله بالآلة لا يقصد بها القتل عادة فكان مستحقا لهذا النوع من التخفيف ومنها حرمان الميراث ومنها عدم جواز الوصية لانه قتل مباشرة بغير حق وهل تجب الكفارة في هذا القتل ذكرنا كرهى رحمه الله انها تجب وألحقه بالقتل الخطأ المحض في وجوب الكفارة وقال بعض مشايخنا لا تجب وألحقه بالعمد المحض في عدم وجوب الكفارة (وجهه) ما ذكره الكرخي رحمه الله ان الكفارة انما وجبت في الخطأ المحض الشكر أو لحق التوبة على ما بينا والداعي الى الشكر والتوبة ههنا موجود وهو سلامة البدن وكون الفعل جناية فيها نوع خفة لشبهة عدم قصد فامكن ان يجعل

التحرير فيه توبة (وجه) القول الآخر ان هذه جناية متغلظة ألا ترى ان المؤاخذة فيها ثابتة بخلاف الخطأ فلا يصلح
التحرير بتوبتها كما في العمد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القتل الخطأ فيختلف حكمه باختلاف حال القاتل
والمقتول فنقصل الكلام فيه فنقول القاتل والمقتول اما أن يكونا جميعاً حريين واما ان كان القاتل حراً والمقتول عبداً
واما ان كان القاتل عبداً والمقتول حراً واما ان كانا جميعاً عبيدين فان كانا حريين فيتعلق به أحكام منها وجوب الكفارة
عند وجود شرائط الوجوب وهي نوعان بعضها يرجع الى القاتل وبعضها الى المقتول أما الذي يرجع الى القاتل
فالا سلام والعقل والبلوغ فلا تجب الكفارة على الكافر والمجنون والصبي لان الكفار غير مخاطبين بشرائع هي
عبادات والكفارة عبادة والصبي والمجنون لا مخاطبا بالشرائع أصلاً وأما الذي يرجع الى المقتول فهو ان يكون
المقتول معصوماً فلا تجب بقتل الحر بي وبالباغي لعدم العصمة واما كونه مسليماً فليس بشرط فيجب سواء كان مسلماً
أو ذمياً أو مستأمناً وسواء كان مسلماً أسلم في دار الاسلام أو في دار الحرب ولم يهاجر اليها لقوله سبحانه وتعالى ومن
قتل مؤمناً خطأ فتحري ر رقبة مؤمنة الى قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحري ر رقبة مؤمنة وان كان
من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحري ر رقبة مؤمنة ولان القاتل قد سلم له الحياة في الدنيا وهي من أعظم
النعم ورفعت عنه المؤاخذة في الآخرة مع جواز المؤاخذة في الحكمة لما في وسع الخاطئ في الجألة حفظ نفسه عن الوقوع
في الخطأ وهذا أيضاً نعمة فكان وجوب الشكر لهذه النعمة موافقاً للعقل فبين الله تعالى مقداره وجنسه بهذه الآية ليقدر
العبد على اداء ما وجب عليه من أصل الشكر بتعضية العقل ولان فعل الخطأ جناية والله تعالى المؤاخذة عليه بطريق
العدل لانه مقدور الامتناع بالتكاف والجهد واذا كان جناية فلا بد لها من التكفير والتوبة فجعل التحري ر من العبد
بحق التوبة عن القتل الخطأ بمنزلة التوبة الحقيقية في غيره من الجنایات الا انه جعل التحري ر أو الصوم توبة له دون
التوبة الحقيقية لخفة الجناية بسبب الخطأ اذا الخطأ معفو في الجألة وجائز المفوع عن هذا النوع تخفت توبته لخفة في
الجناية فكان التحري ر في هذه الجناية بمنزلة التوبة في سائر الجنایات ومنها حرمان الميراث لانه وجد القتل مباشرة
بغير حق اما المباشرة فلا شك فيها وأما الخطر والحرمة فلان فعل الخطأ جناية جائز المؤاخذة عليها عقلاً لما بينا
والدليل عليه قوله عز اسمه بئنا لئناؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا ولولم يكن جائز المؤاخذة لكان معنى الدعاء اللهم لا تجر
علينا وهذا محال وانما رفع حكمها شرعاً ببركة دعاء النبي عليه الصلاة والسلام وقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي
الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه مع بقاء وصف الفعل على حاله وهو كونه جناية ومنها وجوب الدية والكلام في
الدية في مواضع في بيان شرائط وجوب الدية وفي بيان ما تجب منه الدية من الاجناس وفي بيان مقدار الواجب من كل
جنس وفي بيان صفته وفي بيان من تجب عليه الدية وفي بيان كيفية الوجوب أما الشرائط فبعضها شرط أصل الوجوب
وبعضها شرط كمال الواجب أما شرط أصل الوجوب فنوعان أحدهما العصمة وهو ان يكون المقتول معصوماً فلا دية
في قتل الحر بي وبالباغي لفقد العصمة فاما الاسلام فليس من شرائط وجوب الدية لا من جانب القاتل ولا من جانب
المقتول فتجب الدية سواء كان القاتل أو المقتول مسلماً أو ذمياً أو حرياً مستأمناً وكذلك العقل والبلوغ حتى تجب
الدية في مال الصبي والمجنون والا صل فيه قوله سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحري ر رقبة مؤمنة ودية مسلمة
الى أهله الا ان يصدقوا ولا خلاف في انه اذا قتل ذمياً أو حرياً مستأمناً تجب الدية لقوله تبارك وتعالى فان كان من قوم
بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله والثاني التتوم وهو ان يكون المقتول متتوماً وعلى هذا يبنى ان الحر بي اذا أسلم
في دار الحرب فلم يهاجر اليها فقتله مسلم أو ذمياً خطأ أنه لا تجب الدية عند أصحابنا خلافاً للشافعي بناء على ان التتوم يدار
الاسلام عندنا وعندنا بالاسلام وقد ذكرنا في كتاب السير ثم نتكلم في المسألة ابتداءً حتى الشافعي
رحمه الله بقوله تبارك وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحري ر رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وهذا مؤمن قتل خطأ
فتجب الدية (ولنا) قوله جلّت عظمته وكبرياؤه فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحري ر رقبة مؤمنة

والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه جعل التحرير جزاء القتل والجزاء يقتضي الكفاية فلو وجبت الدية معه
لا تقع الكفاية بالتحرير وهذا خلاف النص والثاني أنه سبحانه وتعالى جعل التحرير لكل الواجب يقتله لأنه كل
المذكور فلو أوجبنا معه الدية لصار بعض الواجب وهذا تغيير حكم النص وأما صدر الآية الكريمة فلا يتناول هذا
المؤمن لوجهين أحدهما أنه سبحانه وتعالى ذكر المؤمن مطلقاً فتناول المؤمن من كل وجه وهو المستأمن ديناً وداراً
وهذا مستأمن ديناً لا داراً لأنه مكثرسواد الكفرة ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله صلى الله عليه
وسلم والثاني أنه أفرد هذا المؤمن بالذكر والحكم ولولنا وله صدر الآية الشريفة لعرف حكمه به فكان الثاني تكراراً ولو
حمل على المؤمن المطلق لم يكن تكراراً فكان الحمل عليه أولى أو يحتمل ما ذكرنا فيحمل عليه توفيقاً بين الدليلين عملاً
بهما جميعاً ثم عصمة المقتول تعتبر وقت القتل أم وقت الموت أم في الوقتين جميعاً على أصل أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه
تعتبر وقت القتل لا غير وعلى أصلهما تعتبر وقت القتل والموت جميعاً وعلى قول زفر رحمه الله تعتبر وقت الموت لا غير
وعلى هذا يخرج مسائل الرمي إذا رمى مسلماً فارتد المرمى إليه ثم وقع به السهم وهو مرتد فمات فعلى الرامي الدية في قول
أبي حنيفة رحمه الله أن كان خطأً تتحملها العاقلة وإن كان عمداً يكون في ماله وعندهما لا شيء عليه وكذا عند زفر وإن
رمى مرتداً أو حريراً فأسلم ثم وقع السهم به ومات لا شيء عليه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر عليه الدية (وجه) قوله أن
الضمان إنما يجب بالقتل والفعل إنما يصير قتلاً بفوات الحياة ولا عصمة للمقتول وقت فوات الحياة فكان دمه هدراً كما
لو جرحه ثم ارتد فمات وهو مرتد لهما أن للقتل تعلّقاً بالقتل والمقتول لأنه فعل القاتل وأثره يظهر في المقتول بفوات الحياة
فلا بد من اعتبار العصمة في الوقتين جميعاً ولا يبيح حنيفة رضي الله عنه أن الضمان إنما يجب على الإنسان بفعله ولا فعل منه
سوى الرمي السابق فكان الرمي السابق عند وجود ذوق الروح قتل من حين وجوده والحل كان معصوماً في ذلك
الوقت فكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فتجب الدية ولهذا لو كان مرتداً أو حريراً وقت الرمي
ثم أسلم فاصابه السهم وهو مسلم أنه لا شيء عليه عندهما وهذه المسألة حجة قوية لأبي حنيفة رضي الله عنه عليهما في
اعتبار وقت الرمي لا غير والدليل عليه أن في باب الصيد يعتبر وقت الرمي في قولهم جميعاً حتى لو كان الرامي
مسليماً وقت الرمي ثم ارتد فاصاب السهم الصيد وهو مرتد يؤكل وإن كان الباب باب الاحتياط وبمثل لو كان
مجوسياً وقت الرمي ثم أسلم ثم وقع السهم بالصيد وهو مسلم لا يؤكل وكذلك حلال رمي صيد ثم أحرم ثم اصابه
لا شيء عليه وإن رمى وهو محرّم ثم حل فاصابه فعليه الجزاء فهذه المسائل جميعاً أبي حنيفة رضي الله عنه في اعتبار
وقت الفعل والأصل أن ما يرجع إلى الأهلية تعتبر فيه أهلية الفاعل وقت الفعل بخلاف وما كان راجعاً إلى الحل
فهو على الاختلاف الذي ذكرنا بخلاف ما إذا جرح مسلماً ثم ارتد الجرح فمات وهو مرتد أنه يهدر دمه لأن
الجرح السابق انقلب قتلًا بالسراية وقد تبدل الحل حكمًا بالردة فيوجب انقطاع السراية عن ابتداء الفعل كتبدل
الحل حقيقة ولم يوجد هذا المعنى في مسائلنا ولو رمى عبداً فاعتقه مولا ثم وقع به السهم فمات فلا دية عليه وعليه قيمته
لمولاه في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وقال محمد بن علي الرامي لمولى للعبد فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمى لا شيء
عليه غير ذلك وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي رحمه الله قول أبي يوسف مع قول محمد أنه لا رمي إليه فقد
صار ناقصاً بالرمي في ملك مولا قبل وقوع السهم به لأنه أشرف على الهلاك بتوجه السهم إليه فوجب عليه ضمان
النقصان فصار كالمجروح ثم اعتقه مولا ولو كان كذلك لا تقطعت السراية ولا يضمن الدية ولا القيمة وإنما
يضمن النقصان كذا هذا وأبو حنيفة رضي الله عنه مروي أصله وهو اعتبار وقت الفعل لأنه صار قاتلاً بالرمي
السابق وهو كان ملك المولى حينئذ (وأما) بيان ما يجب فيه الدية فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة رحمه الله
الذي تجب منه الدية وتقضى منه ثلاثة أجناس الابل والذهب والفضة وعندهما ستة أجناس الابل والذهب
والفضة والبقر والغنم والحلل واحتجوا بقضية سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فإنه روى أنه قضى بالدية من هذه الأجناس

القول بالدية في جميع أنواع القتل من غير فصل فدل أن الواجب في الكل على قدر واحد (وروينا) أنه عليه الصلاة والسلام جعل دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار (وروي) أن عمرو بن أمية الضمري قتل مستأمنين فقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهما بدية حرين مسلمين وعن الزهري رحمه الله أنه قال قضي سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما في دية الذمي بمثل دية المسلم ومثله لا يكذب وكذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال دية أهل الكتاب مثل دية المسلمين ولأن وجوب كمال الدية يعتمد كمال حال القتل فيما يرجع إلى أحكام الدنيا وهي الذكورة والحرية والعصمة وقد وجدوا نقصان الكفر يؤثر في أحكام الدنيا (وأما) بيان من يجب عليه الدية فالدية تجب على القاتل لأن سبب الوجوب هو القتل وأنه وجد من القاتل ثم (الدية) الواجبة على القاتل نوعان نوع يجب عليه في ماله ونوع يجب عليه كله وتحمل عنه العاقلة بعصه بطريق التعاون إذا كان له عاقلة وكل دية وجبت بنفس القتل الخطأ أو شبه العمد وتحمله العاقلة ومالا فلا فلا تعقل الصلح لأن بدل الصلح ما وجب بالقتل بل بعقد الصلح ولا الإقرار لأنها وجبت بالإقرار بالقتل لا بالقتل وإقراره حجة في حق غيره فلا يصدق في حق العاقلة حتى لو صدقوا عقولوا ولا العمد بان قتل إنسان خطأ لأن الواجب بنفس القتل الدفع لا القداء والنقداء يجب باختيار المولى لا بنفس القتل ولا العمد بان قتل الأب ابنه عمد لأنها وإن وجبت بالقتل فلم تجب بالقتل الخطأ أو شبه العمد وهذا لأن التحمل من العاقلة في الخطأ وشبه العمد على طريق التخفيف على الخاطئ والعامل لا يستحق التخفيف وقد روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تعقل العاقلة عمد أو لا عبد أو لا صلحاً ولا اعترافاً ولا مادون أرش الموضحة وقيل في معنى قوله عليه الصلاة والسلام ولا عبداً أن المراد منه العبد المقتول وهو الذي قتله مولاه وهو ما دون مديون أو المكاتب لا العبد القاتل لأنه لو كان كذلك لكان من حق الكلام أن يقول لا تعقل العاقلة عن عبد لأن العرب تقول عقلت عن فلان إذا كان فلان قاتلاً وعقلت فلاناً إذا كان فلان مقتولاً كذا فرق الأصمعي ثم الوجوب على القاتل فيما تتحمله العاقلة قول عامة المشايخ وقال بعضهم كل الدية في هذا النوع تجب على الكل ابتداء القاتل والعاقلة جميعاً والصحيح هو الأول لقوله سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ومعناه فليتحرر وليود وهذا خطاب للقاتل لا للعاقلة دل أن الوجوب على القاتل ولما ذكرنا أن سبب الوجوب هو القتل وأنه وجد من القاتل لا من العاقلة فكان الوجوب عليه لا على العاقلة وأما العاقلة تتحمل دية واجبة عليه ثم دخول القاتل مع العاقلة في التحمل مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله القاتل لا يدخل معهم بل تتحمل العاقلة الكل دون القاتل وقال أبو بكر الأصم يتحمل القاتل دون العاقلة لأنه لا يجوز أن يأخذ أحد بدين غير غيره قال الله سبحانه وتعالى ولا تكسب كل نفس نفس إلا عليها وقال جلّت عظمتها ولا تزر وازرة وزر أخرى ولهذا لم تتحمل العاقلة ضمان الأموال ولا مادون نصف عشر الدية كذا هذا (ولنا) أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالفرقة على عاقلة الضارب وكذا قضى سيدنا عمر رضي الله عنه بالدية على العاقلة بحضور من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير وأما الآية الشريفة فنقول بموجبها السكن لم قلتم أن الحمل على العاقلة أخذ بغير ذنب فإن حفظ القاتل وأجب على عاقلة فاذ لم يحفظوا فقد فرطوا والتفريط منهم ذنب ولأن القاتل إنما يقتل بظهر عشرته فكانوا كالمشاركين له في القتل ولأن الدية مال كثير فالزام الكل القاتل إجماعاً به فيشاركه العاقلة في التحمل تخفيفاً وهو مستحق التخفيف لأنه خاطئ وهذا فارق ضمان المال لأن ضمان المال لا يكثر عادة فلا تقع الحاجة إلى التخفيف ومادون نصف عشر الدية حكمه ضمان الأموال (وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالدية على العاقلة فلا يدخل فيه القاتل وأنا نقول نعم لكن معلولاً بالنصرة والحفظ وذلك على القاتل أو جوب فكان أولى بالتحمل ثم الكلام في العاقلة في موضعين أحدهما في تفسير العاقلة من هم والثاني في بيان القدر الذي تتحمله العاقلة من الدية (أما) الأولى فالقاتل لا ينخلو أماناً كان حر الأصل وأماناً كان معتقاً وأماناً كان مولى المولاة فإن كان حر الأصل فعاقلته أهل ديوانه إن كان

من أهل الديوان وهم المقاتلة من الرجال الاحرار البالغين العاقلين تؤخذ من عطاياهم وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله عاقلة قبيلته من النسب والصحيح قولنا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فانه روى عن ابراهيم النخعي رحمه الله أنه قال كانت الديات على القبائل فلما وضع سيدنا عمر رضي الله عنه الدواوين جعلها على أهل الدواوين فان قيل قضى عليه الصلاة والسلام بالدية على العاقلة من النسب اذ لم يكن هناك ديوان فكيف يقبل قول سيدنا عمر رضي الله عنه على مخالفته فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فالجواب لو كان سيدنا عمر رضي الله عنه فعل ذلك وحده لكان يجب حمل فعله على وجه لا يخالف فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وكان فعله بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولا يظن من عموم الصحابة رضي الله عنهم مخالفة فعله عليه الصلاة والسلام فدل انهم فهموا أنه كان معلولا بالنصرة واذا صارت النصره في زمانهم الديوان نقلوا العقل الى الديوان فلا تتحقق المخالفة وهذا لان التحمل من العاقلة للتناصر وقبل وضع الديوان كان التناصر بالقبيلة وبعد الوضع صار التناصر بالديوان فصار عاقلة الرجل أهل ديوانه ولا تؤخذ من النساء والصبيان والحجائين والرقيق لانهم ليسوا من أهل النصره ولان هذا الضمان صلة وتبرع بالاعانة والصبيان والحجائين والمماليك ليسوا من أهل التبرع وان لم يكن له ديوان فعاقلة قبيلته من النسب لان استنصاره بهم وان كان القاتل معتقاً أو مولى الموالاة فعاقلة مولاة وقبيلة مولاة لقوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم ثم عاقلة المولى الاعلى قبيلته اذ لم يكن من أهل الديوان فكذلك عاقلة مولاة ولان استنصاره بمولاة وقبيلته فكانوا عاقلة هذا اذا كان للقاتل عاقلة فاما اذ لم يكن له عاقلة كاللقيط والحربي أو الذمي الذي أسلم فعاقلة بيت المال في ظاهر الرواية وروى محمد بن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه تحجب الدية عليه من ماله لا على بيت المال وجه هذه الرواية أن الاصل هو الوجوب في مال القاتل لان الجناية وجدت منه وانما الاخذ من العاقلة بطريق التحمل فاذا لم يكن له عاقلة يرد الامر فيه الى حكم الاصل وجه ظاهر الرواية أن الوجوب على العاقلة لمكان التناصر فاذا لم يكن له عاقلة كان استنصاره بعامه المسلمين وبيت المال ما لهم فكان ذلك عاقلة (وأما) بيان مقدار ما تتحملة العاقلة من الدية فلا يؤخذ من كل واحد منهم الا ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم ولا يزداد على ذلك لان الاخذ منهم على وجه الصلة والتبرع تخفيفاً على القاتل فلا يجوز التغليب عليهم بالزيادة ويجوز أن ينقص عن هذا القدر اذا كان في العاقلة كثرة فان قلت العاقلة حتى أصاب الرجل أكثر من ذلك يضم اليهم أقرب القبائل اليهم من النسب سواء كانوا من أهل الديوان أو لا ولا يعسر عليهم ويدخل القاتل مع العاقلة ويكون فيما يؤدي كاحدهم لان العاقلة تتحمل جناية وجدت منه وضماً وأوجب عليه فكان هو أولى بالتحمل (وأما) بيان كيفية وجوب الدية فنقول لا خلاف في أن دية الخطأ تجب مؤجلة على العاقلة في ثلاث سنين لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فانه روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه قضى بذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه خالفه أحد فيكون اجماعاً وتؤخذ من ثلاث عطايا ان كان القاتل من أهل الديوان لان لهم في كل سنة عطية فان تعجل العطايا الثلاث في سنة واحدة يؤخذ الكل في سنة واحدة وان تأخرت يتأخر حق الاخذ وان لم يكن من أهل الديوان تؤخذ منه ومن قبيلته من النسب في ثلاث سنين ولا خلاف في أن الدية بالاقرار بالقتل الخطأ تجب في ماله في ثلاث سنين لان الاقرار بالقتل اخبار عن وجود القتل وانه يوجب حقاً مؤجلاً تتحملة العاقلة الا أنه لا يصدق على العاقلة فيجب مؤجلاً في ماله واختلف في شبه العمد والعمد الذي دخلته شبهة وهو الاب اذا قتل ابنه عمداً قال أصحابنا رحمه الله انها تجب مؤجلة في ثلاث سنين الا أن دية شبه العمد تتحملة العاقلة ودية العمد في مال الاب وقال الشافعي رحمه الله دية الدم كدية العمد تجب حالاً وجه قوله أن سبب الوجوب وجد حالاً فتجب الدية حالاً اذا الحكم ثبت على وفق السبب هو الاصل الا أن التأجيل في الخطأ ثبت بمعد ولا به عن الاصل لاجماع الصحابة رضي الله عنهم أو ثبت معلولاً بالتخفيف على القاتل حتى تحمل عنه العاقلة والعامد يستحق التغليب ولهذا وجب في ماله لا على العاقلة (ولنا) أن وجوب الدية لم يعرف الا بنص الكتاب العزيز وهو قوله

تبارك وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله والنص وإن ورد بلفظ الخطأ لكن غيره ملحق به إلا أنه مجمل في بيان القدر والوصف فينبى عليه الصلاة والسلام قدر الدية بقوله عليه الصلاة والسلام في النفس المؤمنة مائة من الأبل وبيان الوصف وهو الأجل ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم بقضية سيدنا عمر رضي الله عنه بحضر منهم فصار الأجل وصفا لكل دية وجبت بالنص وقوله دية الخطأ وجبت بطريق التخفيف والعامد يستحق التغليظ قلنا وقد غلظنا عليه من وجهين أحدهما بإيجاب دية مغلظة والثاني بالإيجاب في ماله والجاني لا يستحق التغليظ من جميع الوجوه وكذلك كل جزء من الدية تتحمله العاقلة أو تجب في مال القاتل فذلك الجزء تجب في ثلاث سنين كالعشرة إذا قتلوا رجلاً خطأ أو شبه عمد حتى وجبت عليهم دية واحدة فعاقلة كل واحد منهم تتحمل عشرها في ثلاث سنين وكذلك العشرة إذا قتلوا رجلاً واحداً أو بهو حتى وجبت عليهم دية واحدة في ما لهم تجب على كل واحد منهم عشرها في ثلاث سنين لأن الواجب على كل واحد منهم جزء من دية مؤجلة في ثلاث سنين فكان تأجيل الدية تأجيلاً لكل جزء من أجزائها إذا جزأها لا يخالف الكل في وصفه ولا خلاف في أن بدل الصلح عن دم العمد يجب في ماله حالاً لأنه لم يجب بالقتل وإنما وجب بالعقد فلا يتأجل إلا بالشرط كتمن المبيع ونحو ذلك وكذلك العبد إذا قتل إنساناً خطأ واختار المولى الفداء يجب الفداء حالاً لأن الفداء لم يجب بالقتل بدلاً من القتل وإنما وجب بدلاً عن دفع العبد والعبد لو دفع يدفع حالاً فكذلك بدله والله سبحانه وتعالى أعلم هذا إذا كان القاتل حراً والمقتول حراً فاما إذا كان القاتل حراً والمقتول عبداً فالعبد المقتول لا يخلو أماناً كان عبداً أجني (واما) أن كان عبداً القاتل فإن كان عبداً أجني فيتعلق بهذا القتل حكماً أحدهما وجوب القيمة والكلام في القيمة في مواضع في بيان مقدار الواجب منها وفي بيان من تجب عليه وفي بيان من يتحمله وفي بيان كيفية الوجوب أما الأول فالعبد لا يخلو أماناً كان قليل القيمة (واما) أن كان كثيراً القيمة فإن كان قليل القيمة بأن كان قيمته أقل من عشرة آلاف درهم يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع وإن كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يجب عشرة آلاف الأ عشرة وروى عن أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه يجب قيمته بالغة ما بلغت وهو قول الشافعي رحمه الله والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه مثل مذهبهنا وروى عن سيدنا عثمان وسيدنا علي رضي الله تعالى عنهم مثل مذهبه والحاصل أن العبد آدمي ومال لوجود معنى الأدمية والمالية فيه وكل واحد منهما معتبر مضمون بالمثل والقيمة حالة الأفراد وبالقتل فوت المعنيين جميعاً ولا وجه إلى إيجاب الضمان بمقابلة كل واحد منهما على الأفراد فلا بد من إيجابه بمقابلة أحدهما وأهدار الآخر فيقع الكلام في الترجيح فادعى الشافعي رحمه الله الترجيح من وجهين أحدهما أن الواجب مال ومقابلة المال بالمال أولى من مقابلة المال بالأدمي لأن الأصل في ضمان العدوان الوارد على حق العبد أن يكون مقيد بالمثل ولا مماثلة بين المال والأدمي فكان إيجابه بمقابلة المال موافقاً للأصل فكان أولى والثاني أن الضمان وجب حقاً للعبد وحقوق العباد تجب بطريق الجبر وفي إيجاب الضمان بمقابلة المالية جبر حق الموت عليه من كل وجه (ولنا) النص ودلالة الاجماع والمعقول أما النص فقوله تبارك وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله وهذا مؤمن قتل خطأ فتجب الدية والدية ضمان الدم وضمان الدم لا يزداد على عشرة آلاف بالاجماع (وأما) دلالة الاجماع فهو أن أجمعنا على أنه لو أقر على نفسه بالقصاص يصبح وإن كذبه المولى لولا أن الترجيح لمعنى الأدمية لما صح لأنه يكون أقراره أهداراً لمال المولى قصد من غير رضاه وأنه لا يملك ذلك (وأما) المعقول فمن وجهين أحدهما أن الأدمية فيه أصل والمالية عارض وتبع والعارض لا يعارض الأصل والتبعية لا يعارض المتبوع ودليل أصالة الأدمية من وجوه أحدها أنه كان خلقاً خلق آدمياً ثم ثبت فيه وصف المالية بعارض الرق والثاني أن قيام المالية فيه بالأدمية وجوداً وبقاءً لا على القلب والثالث أن المال خلق وقاية للنفس والنفس ما خلقت وقاية للمال فكانت الأدمية فيه أصلاً وجوداً

وبقاء عرضاً والثاني أن حرمة الأدمى فوق حرمة المال لأن حرمة المال لغيره وحرمة الأدمى لعينه فكان اعتبار
 النفسية واهدار المالية أولى من القلب لأنه نقصت ديبته عن دية الحر لكون الكفر منقصة في الجملة وإظهار الشرف
 الحرية وتقدير النقصان بالعشرة ثبت توفيقاً قال ابن مسعود رضي الله عنه ينقص من دية الحر عشرة دراهم فالظاهر
 أنه قال ذلك سماعاً منه عليه الصلاة والسلام لأنه من باب المقادير أولاً وهذا أدنى مال له في خطر الشرع كما في نصاب
 السرقة والمهر في النكاح قوله المال ليس بمثل للأدمى قلنا نعم لكن لشرف الأدمى وجه المال لم يجعل مثله عند
 إمكان الإيجاب ما هو مثل له من كل وجه وهو النفس فاما عند تعذر اعتباره من كل وجه فاعتبار المثل من وجه أولى من
 الأهدار وقوله الجبر في المال أبلغ قلنا بلى لكن فيه اهدار الأدمى ومقابلة الجابر بالأدمى الفائت أولى من المقابلة بالمال
 المالك وإن كان الجبرمة أكثر لكن فيه اعتبار جانب المولى فيكون لغيره وفيما قلنا الجبر أقل لكن فيه اعتبار جانب
 نفس الأدمى وهو العبد وحرمة الأدمى لعينه فكان ما قلناه أولى ولو كان المقتول أمة فإن كانت قليلة القيمة بأن كانت
 قيمتها أقل من خمسة آلاف ففي مضمونة بقدر قيمتها بالغة ما بلغت وإن كانت كثيرة القيمة بأن كانت قيمتها خمسة
 آلاف أو أكثر يجب خمسة آلاف الأ عشرة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى رواية أبي يوسف رحمه الله أنه
 فهو قول الشافعي رحمه الله تبلغ بالغة ما بلغت والكلام في الأمة كالكلام في العبد وإنما ينقص منها عشرة كما نقصت
 من دية العبد وإن اختلفا في قدر البدل لأن هذه دية البدل لأن هذه دية كاملة في الأمة فينقص في العبد بخلاف ما إذا قطع
 يد عبد تزيد نصف قيمته على خمسة آلاف أنه تجب خمسة آلاف الخمسة لأن الواجب هناك ليس بدية كاملة بل
 هو بعض الدية لأن اليد منه نصف فيجب نصف ما يجب في الكل والواجب في الأنتى ليس بعض دية الذكربل هو
 دية كاملة في نفسه لكن دية الأنتى (وأما) بيان من يجب عليه ومن يتحملها فإنها تجب على القاتل لوجود سبب
 الوجوب منه وهو القتل وتتحملها العاقلة في قولهما وعلى رواية أبي يوسف وهو قول الشافعي رحمه الله تجب في مال
 القاتل وهذا بناء على الأصل الذي ذكرنا أن عندهما ضمان العبد بمقابلة النفس وضمان النفس تتحملها العاقلة وكدية
 الحر وعند الشافعي بمقابلة المالية وضمان المال لا تتحملها العاقلة بل يكون في مال المتلف كضمان سائر الأموال
 وروى عن أبي يوسف في كثير القيمة أن يقدر عشرة آلاف تعقلها العاقلة لأن ذلك القدر يجب بمقابلة النفسية وما
 زاد عليها لا تعقله لأنه يجب بمقابلة المالية (وأما) كيفية وجوب القيمة على العاقلة عندنا وقدر ما يتحمل كل واحد
 منهم فإذا كرتافي دية الحر من غير تفاوت والله تعالى أعلم والثاني وجوب الكفارة لعموم قوله تبارك وتعالى ومن
 قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة من غير فصل بين الحر والعبد والله تعالى الموفق ولو كان المقتول مدبراً إنساناً أو أم
 ولده أو مكاتبه فحكم القن في جميع ما وصفنا وإن كان عبد القاتل فجناية المولى عليه هدر وكذا لو كان مدبره أو أم
 ولده لأن القيمة لو وجبت لوجب له عليه وهذا ممنوع وإن كان مكاتبه فجناية المولى عليه لازمة وعلى المولى قيمته في
 ثلاث سنين لأن المكاتب فيما يرجع إلى كسبه وارش جنايته حر فكان كسبه وارش له فالجناية عليه من المولى
 والاجنبي سواء ولا تعقلها العاقلة بل تكون على ماله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً
 والمكاتب عندنا عبد ما بقي عليه درهم ولأن المكاتب على ملك مولاه وإنما ضمن جنايته بعد الكتابة والعقد ثابت
 بينهما غير ثابت في حق العاقلة ولهذا لا تعقل العاقلة الاعتراف لأن اقرار المقرحة في حقه لا في حق غيره وكذلك
 جناية المولى على رقيق المكاتب وعلى ماله لازمة لما ذكرنا أنه أحق بكسبه من المولى والمولى كالأجنبي فيه
 وكذا إذا كان مأذوناً مدبواً فعلى المولى قيمته لتعلق حق الغرماء برقبته وبالقتل أبطل محل حقهم فتجب عليه
 قيمته وتكون في ماله بالنص وتكون حالة لأنه ضمان اتلاف المال هذا إذا كان القاتل حراً والمقتول عبداً
 فاما إذا كان القاتل عبداً والمقتول حراً فالحر المقتول لا يخلو من أن يكون أجنبياً أو يكون ولي العبد فإن كان
 أجنبياً فالعبد القاتل لا يخلو من أن يكون قناً أو مدبراً أو أم ولد أو مكاتباً فإن كان قلنا يدفع إذا ظهرت جنايته إلا أن

يختار المولى القداء فلا بد من بيان ما تظهر به هذه الجناية وبيان حكم هذه الجناية وبيان صفة الحكم وبيان ما يصير به المولى مختاراً للقداء وشرط صحة الاختيار وبيان صفة القداء الواجب عند الاختيار أما الأول فلهذه الجناية تظهر بالبيننة وقرار المولى وعلم القاضي ولا تظهر بأقرار العبد مجوراً كان أو مأذوناً لأن العبد ملك بالأذن بالتجارة ما كان من مال التجارة والقرار بالجناية ليس من التجارة وإذا لم يصح إقراره لا يؤخذ به في الحال ولا بعد العتاق لأن موجب إقراره لا يلزمه وإنما يلزم مولاه فكان هذا إقراراً على المولى حتى لو صدقه المولى صح إقراره وكذلك لو أقر بعد العتاق أنه كان جنياً في حال الرق لاشئ عليه لما ذكرنا أن هذا إقراره على المولى ألا يرى لو صدقه المولى وأقر أنه اعتقه وهو يعلم بالجناية فعلى المولى قيمته والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم هذه الجناية فوجوب دفع العبد إلى ولي الجناية إلا أن يختار المولى القداء عندنا وقال الشافعي رحمه الله حكمها تعلق الارش برقة العبد يباع فيه ويستوفى الارش من ثمنه فان فضل منه شئ فالفضل للمولى وان لم يف ثمنه بالارش يتبع بما بقى بعد العتاق والمولى أن يستخلصه ويؤدى الارش من مال آخر (وجه) قوله أن الاصل في ضمان الجناية أنه يجب على الجاني والواجب على الانسان اما ان يكون في ماله أو تتحمل العاقلة عنه والعبد لا مال له ولا عاقلة فتعذر الايجاب عليه فتجب في رقبته يباع فيه كدين الاستهلاك في الاموال (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى عن سيدنا علي وعن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبهنا بحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل الا نكار عليهما من أحد منهم فيكون اجماعهم والقياس يترك بمعارضة اجماع ودين الاستهلاك في باب الاموال يجب على العبد على ما عرف وأما صفة هذا الحكم فصيرورة العبد واجب الدفع على سبيل التعمين كثرت قيمة العبد أو قلت وعند اختيار المولى القداء ينتقل الحق من الدفع الى القداء سواء كان الجنى عليه واحداً أو أكثر غير أنه ان كان واحداً دفع اليه ويصير كله مملوكاً له وان كانوا جماعة يدفع اليهم وكان مقسوماً بينهم على قدر ارش جنائهم وسواء كان على العبد دين وقت الجناية أو لم يكن وبيان هذه الجملة في مسائل اذا مات العبد الجاني قبل اختيار القداء بطل حق الجنى عليه أصلاً لان الواجب دفع العبد على طريق التعمين وذلك لا يتصور بعد هلاك العبد فيستقط الحق أصلاً ورأساً وهذا يدل على أن قول من يقول حكم هذه الجناية تخيير المولى بين الدفع والقداء ليس بسديد لانه لو كان كذلك لتعين القداء عند هلاك العبد ولم يطل حق الجنى عليه أصلاً على ما هو الاصل في المخير بين شيئين اذا هلك أحدهما أنه يتعين عليه الآخر ولو مات بعد اختيار القداء لا يبرأ بموت العبد لانه لما اختار القداء فقد انتقل الحق من رقبته الى ذمة المولى فلا تحتل السقوط بهلاك العبد بعد ذلك ولو كانت قيمة العبد أقل من الذية فليس على المولى الا الدفع لان وجوب الدفع حكمه لهذه الجناية ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولم يفصلوا بين قليل القيمة وكثيرها فلو جنى العبد على جماعة فان شاء المولى دفعه اليهم لان تعلق حق الجنى عليه للاول لا يمنع حق الثاني والثالث لان ملك المولى لما منع التعلق فالحق أولى لانه دونه واذا دفعه اليهم كان مقسوماً بينهم بالخصص قدر ارش جنائهم فان حصة كل واحد منهم من العبد عوض عن القاتل فيقتدر بقدر القاتل وان شاء أمسك العبد وغرم الجنائيات بكامل أروشها ولو أراد المولى أن يدفع من العبد الى بعضهم مقدار ما يتعلق به حقه ويهدى بعض الجنائيات لذلك بخلاف ما اذا كان القتل واحداً وله وليان فأراد المولى دفع العبد الى أحدهما والقداء الى الآخر أنه ليس له ذلك لان الجناية هناك واحدة ولها حكم واحد وهو وجوب الدفع على التعمين وعند اختيار القداء وجوب القداء على التعمين ولا يجوز أن يجمع في جناية واحدة بين حكمين مختلفين بخلاف ما اذا جنى على جماعة لان الجناية هناك متعددة وله خيار الدفع والقداء في كل واحد منهما والدفع في البعض والقداء في البعض لا يكون جماعاً بين حكمين مختلفين في جناية واحدة فهو الفرق ولو قتل انساناً وقتاً عين آخر فان اختار الدفع دفعه اليهما اثلاً ثالثاً لتعلق حقهما بالعبد اثلاً وان اختار القداء فدى عن كل جناية بارشها وكذلك اذا شج انساناً شجاً مختلفاً انه ان دفع العبد اليهم كان مقسوماً بينهم على قدر جنائهم وان اختار القداء فدى عن الكل

باروشها ولو قتل العبد رجلا وعلى العبد دين بخير المولى بين الدفع والقداء ولا يبطل الدين بمحدث الجناية لان موجب الجناية وجوب الدفع وتعلق الدين برقبة العبد لا يمنع من الدفع الا أنه يدفعه مشغولا بالدين فان فدى بالدية يباع العبد في الدين لانه لما فدى فقد ظهرت رقبة العبد عن الجناية فيباع الا أن يستخلصه المولى لنفسه ويقضى دين الغرماء وان اختار الدفع الى أولياء الجناية فدفعه اليهم يباع لاجل الغرماء في دينهم وانما بدى بالدفع لا بالدين لان فيه رعاية الحقين حق أولياء الجناية بالدفع اليهم وحق أصحاب الدين بالبيع لهم ولو بدى بالدين فيبيع به لبطل حق أولياء الجناية في الدفع لانه بالبيع يصير ملكا للمشتري لذلك بدى بالدفع وفائدة الدفع الى أولياء الجناية ثم البيع هي أن يثبت لهم حق استخلاص العبد بالقداء لان للناس أغراضا في الاعيان ثم اذا بيع فان فضل شيء من العبد كان الفضل لأولياء الجناية لان العبد يبيع على ملكهم لصبر ورته ملكا لهم بالدفع اليهم وان لم يف ثمنه بالدين يتأخر ما بقي الى ما بعد العتاق كما لو يبيع على ملك المولى الاول ولا يضمن المولى لأصحاب الدين بدفع العبد الى أولياء الجناية شيئا استحسانا والقياس أن يضمن (وجه) القياس أن الدفع اليهم تملك منهم بعد تعلق الدين برقبته فصار كانه باعه منهم ولو باعه منهم لضمن كذا هذا (وجه) الاستحسان أن الدفع واجب عليه لما فيه من رعاية الحقين لما بينا ومن فعل ما وجب عليه لا يضمن ولو حضر الغرماء أولا فباع المولى العبد فان فعل ذلك بغير أمر القاضي ينظر ان كان عالما بالجنائية صار مختارا للقداء ولو لمه الارش وان كان غير عالما بالجناية فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الارش وهو الدية وان كان رفع الى القاضي فان كان القاضي عالما بالجنائية فانه لا يبيع العبد بالدين لان فيه ابطال حق أولياء الجناية فلا يملك ذلك وان لم يكن عالما بالجنائية فباعه بالدين بينة قامت عنده أو بعلمه ثم حضر أولياء الجناية ولا فضل في الثمن بطلت الجناية وسقط حق أولياء الجناية لانه خرج عن ملك المولى بغير رضاه فصار كانه مات وهذا لانه لا سبيل الى تضمين القاضي لانه فيما يصنعه أمين فلا تلحقه العهدة ولا سبيل الى فسخ البيع لانه لو فسخ البيع ودفع بالجنانية لوقعت الحاجة الى البيع ثانيا فتعذر القول بالفسخ فصار كانه مات ولو مات لبطل حق أولياء الجناية أصلا كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قتل العبد الجاني قبل الدفع فان كان القاتل حرا يأخذ المولى قيمته ويدفعها الى ولي الجناية ان كان واحدا وان كانوا جماعة يدفعها اليهم على قدر حقوقهم لان القيمة بدل العبد فتقوم مقامه الا أنه لا خيار للمولى بين القيمة والقداء حتى لو تصرف في تلك القيمة لا يصير مختارا للقداء ولو تصرف في العبد يصير مختارا للقداء على ما ذكر وانما كان كذلك لان القيمة دراهم أو دنانير فان كانت مثل الارش فلا فائدة في التخيير وكذلك ان كانت أقل من الارش أو أكثر منه لانه يختار الاقل للاحالة بخلاف العبد فانه وان كان قليل القيمة فللناس رغائب في الاعيان وكذلك ان قتله عبد أجني فخير مولاه بين الدفع والقداء وفدى بقيمة العبد المقتول أن المولى يأخذ القيمة ويدفعها الى ولي الجناية لما قلنا ولو دفع القاتل الى مولى العبد المقتول بخير مولى العبد المقتول بين الدفع والقداء حتى لو تصرف في العبد المدفوع بالبيع ونحوه يصير مختارا للقداء لان العبد القاتل قام مقام المقتول لهما وداف كان الاول قائم وان قتله عبد آخر لمولاه بخير المولى في شيتين في العبد القاتل بين الدفع والقداء لان تعلق حق ولي الجناية بالعبد جعل المولى كالا جني فصار كانه عبد أجني قتل العبد الجاني وهناك بخير بين الدفع والقداء بقيمة المقتول كذا ههنا وكذلك لو قتل عبد رجلا خطأ وقتلت أمة لمولاه هذا العبد بخير المولى بين دفعها وقداها بقيمة العبد لما قلنا ولو كان العبد قتل رجلا خطأ وقتلت أمة لمولاه رجلا آخر خطأ ثم ان العبد قتل الأمة خير المولى بين الدفع والقداء فان اختار القداء فدى بالدية وقيمة الأمة وان اختار الدفع ضرب فيه أولياء قتل العبد بالدية وأولياء قتل الأمة بقيمة الأمة لان الجنانية عليها كالجنانية على أمة أجني قتلت رجلا خطأ ولو كانت قيمة الأمة الثا كان العبد مقسوما بينهم على احد عشر سهما سهمهم لا ولياء قتل الأمة وعشرة أسهم لا ولياء قتل العبد فان قطع عبد لا جني بد العبد الجاني أو فقه عينه أو جرحه جرحا فخير مولى العبد القاطع أو الفاق أو الجارح بين الدفع والقداء فان دفع عبده أو فده بالارش فولى العبد المقتول بخير بين الدفع والقداء فان

شاء دفع عبده المقطوع مع العبد القاطع أو مع ارش بدعيه المقطوع وأن شاء فدى عن الجناية بالارش لأن العبد
 المقطوع كان واجب الدفع بجميع أجزائه وارش يده بدل جزئه وكذلك العبد المدفوع قائم مقام يده فكان واجب
 الدفع إلا أن يختار القداء فينقل الحق من العبد إلى الارش ولو كسب العبد الجاني كسباً أو كان الجاني أمة فولدت بعد
 الجناية فاختار المولى الدفع لم يدفع الكسب ولا الولد بخلاف الارش أنه يدفع والفرق أن الارش بدل جزء كان
 واجب الدفع وحكم البدل حكم المبدل بخلاف الكسب والولد ولو قطعت يد العبد فأخذ المولى الارش ثم اختلف
 المولى وولى الجناية فادعى المولى أن القطع كان قبل جنائته وإن الارش سالم له وادعى ولى الجناية أنه كان بعدها وأنه
 مستحق الدفع مع العبد فالقول قول المولى لأن الارش ملك المولى كالعبد لأنه بدل ملكه فولى الجناية يدعى عليه وجوب
 تمليك مال هو ملكه منه وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه ولو قطعت يد عبداً أو فقتت عينه وأخذ المولى الارش ثم
 جنى جنابة فإن شاء المولى اختار القداء وإن شاء دفع العبد كذلك ناقصاً وسلم له ما كان أخذ من الارش لأن
 وجوب الدفع بسبب الجنابة وهو كان عند الجنابة ناقصاً بخلاف ما إذا قطعت يده بعد الجنابة أنه يدفع مع ارش اليد لأن
 العبد وقت الجنابة عليه كان واجب الدفع بجميع أجزائه والارش بدل الجزء فيجب دفعه مع العبد ولو قتل قتيلاً خطأ
 ثم قطعت يده ثم قتل قتيلاً آخر خطأ فأرش يده وسلم لولى الجناية الأولى لأن حقه كان متعلقاً بجميع أجزائه وقت
 الجنابة والارش بدل الجزء فيقوم مقامه فيسلم له فاما حق الثاني فلم يتعلق بالجزء لأنه لاندائه وقت الجنابة ثم يدفع العبد
 فيكون بين ولى الجنابتين على تسعة وثمانين جزءاً لأن موضوع المسئلة فيما إذا كانت قيمة العبد ألف درهم فنقول
 حق ولى كل جنابة في عشرة آلاف وقد استوفى ولى الجنابة الأولى من حقه خمسمائة فيجمل كل خمسمائة
 سهماً فيكون كل العبد أربعين سهماً حق كل واحد منهما في عشرين وقد أخذ ولى الجنابة الأولى من حقه خمسمائة
 أو بقي حقه في تسعة عشر سهماً ولم يأخذ ولى الجنابة الثانية شيئاً بقي حقه في عشرين جزءاً من العبد وإن اختار القداء
 فدى عن كل واحد من الجنابتين بعشرة آلاف لأن ذلك ارشها ولو شج انساناً موصحة وقيمتها ألف درهم ثم قتل آخر
 وقيمتها ألفان فإن اختار القداء فدى عن كل واحدة من الجنابتين بارشها وإن اختار الدفع دفعه مقسوماً بينهما على أحد
 وعشرين سهماً سهماً لصاحب الموصحة وعشرين لولى القتل لما ذكرنا أن قسمة العبد بينهما على قدر تعلق حق كل
 واحد منهما به وصاحب الموصحة حقه في خمسمائة وحق ولى القتل في عشرة آلاف فيجمل كل خمسمائة سهماً فتكون
 القسمة على أحد وعشرين ومحدث من زيادة القيمة للعبد والزيادة على الشركة أيضاً لانها صفة الاصل وإذا ثبتت
 الشركة في الاصل ثبتت في الصفة وكذلك لو قتل انساناً خطأ وقيمتها وقت القتل ألفان ثم عمى بعد القتل قبل الشجة
 ثم شج انساناً موصحة كانت القسمة بينهما على أحد وعشرين ومحدث فيه من النقصان فهو على الشركة أيضاً لما قلنا
 والله سبحانه وتعالى أعلم ولو جنى جنابة ففداه المولى ثم جنى جنابة أخرى خير المولى بين الدفع والقداء لأنه لما
 فدى فقد طهر العبد عن الجنابة وصار كأنه لم يجن فإذا جنى بعد ذلك فهذه جنابة مبتدأة فيبتدأ بحكمها وهو الدفع أو
 القداء بخلاف ما إذا جنى ثم جنى جنابة أخرى قبل اختيار القداء أنه يدفع اليهما جميعاً أو يفدى لأنه لما لم يفد الأولى
 حتى جنى ثانياً فحق كل واحد منهما تعلق بالعبد في دفع اليهما أو يفدى ولو قتل العبد رجلاً وله وليان فدفعه المولى
 إلى أحدهما فقتل عبده رجلاً آخر ثم حضر وإقال للمدفع اليه ادفع نصف العبد إلى ولى القتل الثاني أو نصف
 الدية وأما النصف الآخر فيؤمر بالرد على المولى بين الدفع إلى ولى الجنابة الثانية ولى الجنابة الأولى الذي لم يدفع اليه
 (أما) وجوب دفع نصف العبد على المدفع اليه إلى ولى القتل الثاني أو القداء فلا لأنه ملك نصف العبد بالدفع
 فيخير في جنابته بين الدفع والقداء (وأما) وجوب رد نصف العبد إلى المولى فلا لأنه أخذه بغير حق فعليه رده لقوله
 عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولا يخير المولى في النصف بين الدفع إلى ولى الجنابتين وبين القداء
 لأن وقت الجنابة الأولى كان كل العبد على ملكه وقت وجود الثانية كان نصفه على ملكه فيوجب الدفع أو القداء

فان اختار القداء فدى لكل واحد منهما بنصف الدية وان دفع نصف العبد اليهما نصفين لان الدفع على قدر
تعلق الحق وحق كل واحد منهما تعلق بنصف فيكون نصف العبد بينهما نصفين وقد كان وصل النصف الى
ولى الجناية الثانية من جهة المدفوع اليه ووصل اليه بالدفع من المولى الر بيع فسلم له ثلاثة أرباع العبد وسلم لولى الجناية
الاولى الذى لم يدفع اليه العبد الر بيع فصار العبد بينهما أرباعاً ثلاثة أرباعه لولى الجناية الثانية وربعه لولى الجناية
الاولى وبقي الى تمام حقه الر بيع ثم لا يخلو اما ان كان المولى دفع كل العبد بقضاء القاضى أو بغير قضاء القاضى
فان كان الدفع بقضاء لا يضمن المولى لان الدفع اذا كان بقضاء كان هو مضطراً فى الدفع فلا يضمن ولا سبيل
الى تضمن القاضى لان القاضى فيما يصنع أمين فلا تلحقه العهدة ويضمن القابض لانه قبض نصيب صاحبه
بغير حق والقبض بغير حق سبب لجوب الضمان كقبض العصب ولا يخرج عن الضمان بالر دالى المولى لانه لم يردده
على الوجه الذى قبض العبد فارغاً وورده مشغولاً وان كان الدفع بغير قضاء القاضى فولى الجناية الذى لم يدفع اليه العبد
بالخيار ان شاء ضمن المولى ر بيع قيمة العبد وان شاء ضمن القابض ليسلم له نصف العبد ر بيعه لم يردده وبعه
دراهم ودنا نير لانه وجد سبب وجوب الضمان فى حق كل واحد منهما الدفع من المولى والقبض من القابض
فان اختار تضمن المولى فالمولى يرجع على القابض وان اختار تضمن القابض لا يرجع على المولى لان حاصل
الضمان عليه ولو قتل العبد قتيلين خطأ فدفعه المولى الى أحد وليي القتيلين فقتل عنده قتيلاً آخر واجتمعوا فان
القابض يدفع نصف العبد بالجناية أو يفدى نصف الجناية لما ذكرنا فى الفصل الاول ثم يقال للمولى ادفع النصف
الباقى الى ولى الجناية الثالثة أو أؤد بنصف الدية خمسة آلاف لانه قد وصل اليه نصف العبد وبقي حقه فى النصف
ويهدى لولى الجناية الثانية بكمال الدية عشرة آلاف لانه لم يحصل اليه شئ من حقه وله ان يدفع نصف العبد اليهما
فان دفع اليهما كان مقسوماً بينهما على قدر حقيهما فيضرب لولى الجناية الثانية فيه بعشرة آلاف وولى الجناية
الثالثة خمسة آلاف فيصير نصف العبد بينهما أثلاثاً ثلثاه لولى الجناية الثانية وثلثه لولى الجناية الثالثة وبقي من حق
الثانى السدس لان حقه فى نصف العبد وقد حصل له ثلثا النصف وهو ثلث كل العبد فيبقى الى تمام حقه السدس فان
كان الدفع بقضاء القاضى ضمن القابض المولى وان كان بغير قضاء فان شاء ضمن المولى وان شاء ضمن القابض كما
فى المسئلة المتقدمة ولو قتل العبد انساناً وفقاً عين آخر فدفع المولى العبد الى المفقوءة عينه فقتل في يده قتيلاً يقال للمفقوءة
عينه ادفع ثلث العبد الى ولى القتيل الثانى او اؤد بالثلث ورد الثلثين على المولى لانه أخذ الثلث بحق ملكه وأخذ الثلثين
بغير حق فيؤمر بالرد الى المولى ثم يخير المولى بين الدفع والقداء فان اختار القداء فدى للاول بتمام الدية عشرة آلاف
وللثانى بثلثى الدية وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان وان اختار الدفع دفع اليهما مقسوماً بينهما على قدر حقيهما
فيتضاربان يضرب الاول بتمام الدية عشرة آلاف والثانى بثلثى الدية ستة آلاف وستة وستين وثلثين فاجعل كل
الف سهماً وستائة فيصير ثلثا الدية بينهما على ستة عشر سهماً وثلثين فيكون كل العبد على خمسة وعشرين سهماً وقد
أخذ لولى القتيل الثانى منه ثلثه وهو ثمانية وثلث وبقي ثلثاه فيكون بينهما لولى القتيل الاول عشرة وولى القتيل الثانى
ستة وثلثان ثم لولى القتيل الاول يرجع على القابض وهو المفقوءة عينه بستة أجزاء من ستة عشر جزءاً وثلثي جزء من
ثلث قيمته لان هذا القدر كان حقه وقد فات عليه بسبب كان فى يد القابض فيجعل كانه هلك عنده فيضمنه لولى
القتيل الاول فان كان الدفع بغير قضاء القاضى له أن يأخذ أيهما شاء كما فى الفصل الاول وطريقة أخرى فى الحساب
انه اذا دفع ثلثى العبد اليهما وضرب أحدهما بالدية والآخى بثلثى الدية يجعل كل ثلث سهماً فيصير كل الدية ثلاثة أسهم
وثلثا الدية سهمين فيصير ثلثا العبد على خمسة أسهم للاول ثلاثة وللآخر سهمان ويصير الثلث الآخر سهمين
ونصف فيصير جميع العبد على سبعة ونصف فوقع فيه كسر فيضعف فيصير خمسة عشر فالثلث منه خمسة وقد دفع
الى الآخر وثلثا العبد عشرة فيقسم بينهما فيضرب الاول بثلاثة أخماسه وهو ستة أسهم والآخر بأربعة أسهم ثم

يرجع الاول على القابض بخمس ثلث قيمة العبد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قتلت أمة رجلاً ثم ولدت بنتاً فقتلت
 البنت رجلاً ثم ان البنت قتلت أمها فالمولى يخير بين دفع البنت الى ولي الجنيتين وبين الفداء فان اختار الفداء فدى
 لا ولياء قتل البنت بالدية ولا ولياء قتل الام بقيمة الام لما ذكرنا فيما تقدم ان تعلق حق الجنى عليه وهو حق الدفع
 الحق للمولى بالاجنبى فتصير كأنها جنت على جارية أخرى لاجنبى وان اختار الدفع ضرب أولياء قتل البنت بالدية
 وأولياء قتل الام بقيمة العبد فيقسم العبد بينهم على ذلك حتى لو كانت قيمة الام الف درهم كانت القسمة على احدى
 عشر سهماً كل الف درهم سهم سهمهم من ذلك لا ولياء قتل الام وعشرة أسهم لا ولياء قتل البنت ولو كانت البنت
 فقأت عين الام ولم تقتلها فالمولى يخير بين الدفع والفداء لا يخلو (أما) ان يختار دفعهما جميعاً (وأما) ان يختار فداءهما
 جميعاً (وأما) ان يختار فداء البنت ودفع الام (وأما) ان يختار فداء الام ودفع البنت فان اختار دفعهما جميعاً يدفع
 الام الى أولياء قتل الام وهذا ظاهر ويدفع البنت الى أولياء قتل البنت والى أولياء قتل الام وكانت مقسومة بينهم
 على قدر حقوقهم فيتضار بون فيها يضرب اولياء قتل البنت فيها بالدية لان حقهم تعلق بكل البنت وأولياء قتل الام
 بنصف قيمة الام لانها فقأت احدى عينيها والعين من الأدمى نصفه فان اختار فداءهما جميعاً فدى الكل فريق من
 أولياء الجنيتين تمام الدية لان ذلك أرش كل واحد من الجنيتين وسقطت جناية البنت على الام لانها جميعاً ملك
 المولى وقد طهرت عن الجناية بالفداء وخلص ملك المولى فيهما فبقيت جناية البنت عليهما جناية ملك المولى على ماله
 فتكون هدران وان اختار دفع الام وفداء البنت دفع الام الى أولياء قتل الام ثم يمدى البنت يمدى لا ولياء قتل
 البنت بالدية ولا ولياء قتل الام بنصف قيمة الام لما بينا وان اختار دفع البنت وفداء الام يدفع البنت الى أولياء
 قتل البنت ويمدى لا ولياء قتل الام بكامل الدية وبطلت جناية البنت على الام لان الام طهرت بالفداء وخلص
 ملك المولى فيها فصارت جناية البنت على أمها جناية ملك المولى على ملكه فتكون هدران ولو أن الام بعد ذلك فقأت عين
 البنت قبل أن تدفع واحدة منهما فان المولى يخير فيهما جميعاً فيبدأ بالبنت لانها هى التى بدأت بالجناية فيدفع الى أولياء
 الجنيتين فيتضار بون فيها يضرب فيها أولياء قتل البنت بالدية وأولياء قتل الام بنصف قيمة الام لما بينا فى المسئلة
 الاولى ثم يدفع الام اليهم فيتضار بون فيها يضرب فيها أولياء قتل الام بالدية الا ما وصل اليهم من أرش البنت
 ويضرب فيها أولياء قتل البنت بنصف قيمة البنت لان كل واحدة منهما جنت جنيتين فتدفع كل واحدة بجنيتها
 طعن فى هذا الجواب وقيل ينبغى اذا دفع البنت فى الابتداء أن يضرب فيها أولياء قتل الام بنصف قيمة الام وأولياء
 قتل البنت بالدية الا ما يصل اليهم فى المستأنف لانه يصل اليهم بعض الام فينبغى أن لا يضربوا تمام الدية والصحيح
 ما ذكر فى الكتاب لان البنت حين دفعت كان حق أولياء قتل البنت فى تمام الدية ولم يكن وصل اليهم شئ فوجب
 أن يضربوا بجميع ذلك والزائدة التى تظهر لهم فى المستأنف لا عبرة بها لان القسمة قد صحت وقت الدفع فلا تتغير بعد
 ذلك كما قالوا فى رجل مات وعليه لرجل ألف ولا آخر ألفان وترك ألفاً فاقسمها أثلاثاً ثم ان صاحب الالفين أبرأ
 الميت عن ألف ان القسمة الاولى لا تنتقض كذا هذا ولوجنت الامة جناية ثم ولدت ولداً فقتل ولدها يدها يدفع
 الولد مع الام لما ذكرنا أن الولد فى حكم الجناية على الام بمنزلة الاجنبى فصارت كأن عبد أجنبى قطع يدها ودفع بالجناية
 وهناك يدفع العبد مع الجارية لكونه قائماً مقام يد الجارية كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان ما يصير به
 المولى مختار للفداء وبيان صحة الاختيار فنقول ما يصير به المولى مختار للفداء نوعان نص ودلالة (أما) النص فهو الصريح
 بلفظ الاختيار وما يجزى بجره نحو أن يقول اخترت الفداء أو أثرته أو رضيت به ونحو ذلك سواء كان المولى موسراً
 أو معسراً فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه فيسار المولى ليس بشرط لصحة الاختيار عنده حتى لو اختار الفداء ثم
 تبين أنه فقير معسر صح اختياره وصارت الدية ديناً عليه (وعندهما) يسار المولى شرط صحة اختياره الفداء
 ولا يصح اختياره اذا كان معسراً الا برضا الاولياء ويقال له اما أن تدفع أو تقضى حالا كذا ذكر الاختلاف

في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي قول محمد مع قول أبي حنيفة في جواز الاختيار وقال الآن عند محمد الدية تكون في عين العبد لولي الجناية يبيعه فيها المولى لولي الجناية وهكذا روى عن أبي يوسف (وجه) قولهما أن الحكم الأصلي لهذه الجناية هو لزوم الدفع وعند الاختيار ينتقل إلى الذمة فيتقيد الاختيار بشرط السلامة ولا سلامة مع الاعسار فلا ينتقل إليها فيبقى العبد واجب الدفع ولا في حنيفة رحمه الله أن العزيمة ما قالا وهو وجوب الدفع لكن الشرع رخص له الفداء عند الاختيار والاعسار لا يمنع صحة الاختيار لأنه لا يقدح في الأهلية والولاية وقد وجد الاختيار مطلقاً عن شرط السلامة فلا يجوز تقييد المطلق بالإدليل (وأما) الدلالة فهي أن يتصرف المولى في العبد تصرفاً يفوت الدفع أو يدل على امساك العبد مع العلم بالجناية فكل تصرف يفوت الدفع أو يدل على امساك العبد مع العلم بالجناية يكون اختياراً للفداء لأن حق الجاني عليه متعلق بالعبد وهو حق الدفع وفي تفويت الدفع تفويت حقه والظاهر أن المولى لا يرضى بتفويت حقه مع العلم بذلك إلا بما يقوم مقامه وهو الفداء فكان إقدامه عليه اختياراً للفداء وعلى هذا الأصل يخرج المسائل إذا باع العبد بعباداً وهو عالم بالجناية صار مختاراً لأنه تصرف مزيل للملك فيفوت الدفع وكذا إذا باع شرط خيار المشتري أم على أصلهما فلا يشكل لأن المبيع دخل في ملك المشتري (وأما) على أصل أبي حنيفة فلأن خيار المشتري أن كان يمنع دخول المبيع في ملكه فلا يمنع زواله عن ملك البائع وهذا يكفي دلالة الاختيار لأنه يفوت الدفع ولو باع على أنه بالخيار فإن مضت مدة الخيار قبل مضي المدة كان مختاراً لأن البيع انبرم قبل الدفع ولو قبض البيع لم يكن مختاراً لأن الملك لم يزل فلم يفت الدفع ولو عرض العبد على البيع لم يكن ذلك اختياراً عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله يكون اختياراً (وجه) قوله أن العرض على البيع دليل استيفاء الملك الأتري أن المشتري بشرط الخيار إذا عرض المشتري على البيع بطل اختياره فكان دليل امساك العبد لنفسه وذلك دليل اختيار الفداء بيننا (ولنا) أن العرض على البيع لا يوجب زوال الملك فلا يفوت الدفع وليس دليل امساك العبد أيضاً بل هو دليل الإخراج من الملك فلا يصلح دليل اختيار الفداء ولو باعه بيعاً فاسداً لم يكن مختاراً حتى يسلمه إلى المشتري لأن الملك لا يزول قبل التسليم فلا يفوت الدفع ولو وهبه من إنسان وسلمه إليه صار مختاراً لأن الهبة والتسليم يزولان الملك فيفوت الدفع ولو كانت الجناية فيمادون النفس فوهبه المولى من الجاني عليه لا يصير مختاراً ولا شيء على المولى ولو باعه من الجاني عليه كان مختاراً لأن التسليم بالهبة في معنى الدفع لأن كل واحد منهما تملك بغير عوض فوقعت الهبة موقع الدفع بخلاف البيع لأنه تملك بعوض والدفع تملك بغير عوض فلا يقوم مقامه فكان الإقدام على البيع منه اختياراً للفداء وكذلك لو تصدق به على إنسان أو على الجاني عليه فهو الهبة سواء لأن كل واحد منهما تملك بغير عوض ولو اعتقه أو دبره أو كانت أمة فاستولدها وهو عالم بالجناية صار مختاراً لأن هذه التصرفات تفوت الدفع إذا دفع تملك وانها تمنع من التملك فكانت اختياراً للفداء ولو كانت جناية العبد فيمادون النفس فأمر المولى الجاني عليه باعتاقه وهو عالم بالجناية صار المولى مختاراً للفداء لأن اعتاقه بأمره مضاف إليه فكان دليل اختيار الفداء كما لو أعتق بنفسه ولو قال لعبد أن قتل فلان فانت حر فقتله صار مختاراً للفداء عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله لا يكون مختاراً (وجه) قوله أنه صار معتقاً بالقول السابق وهو قوله أنت حر ولا جناية عند ذلك وبعد وجود الجناية لا اعتاق فكيف يصير مختاراً (ولنا) أن المعلق بالشرط يصير منجزاً عند وجود الشرط بتنجز مبتدأ كما أنه قال له بعد وجود الجناية أنت حر ونظيره إذا قال لا أمر أنه وهو صحيح إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فرض حتى وقع الطلاق عليها يصير فاراً عن الميراث حتى ترث المرأة وإن كان التعليق في حالة الصحة لما قلنا كذا هذا ولو أخبر المولى إنسان أن عبده قد جنى فاعتقه فان صدقه ثم اعتقه صار مختاراً للفداء بلا خلاف وإن كذبه فاعتقه لا يصير مختاراً عند أبي حنيفة رحمه الله ما لم يكن المخبر رجلاً أو رجلاً

واحد عدل وعندهما يصير مختارا للفداء ولا يشترط العدد في الخبر ولا عدالته وقد ذكرنا المسئلة في كتاب الوكالة ولو كاتبه وهو عالم بالجناية صار مختارا اختيارا على التوقف لقوات الدفع في الحال على التوقف فان أدى بدل الكتابة فعتق تقرر الاختيار وان عجز ورد في الرق بنظر في ذلك ان خصم قبل أن يعجز فقتضى بالدية ثم عجز لا يرتفع القضاء لان الدية كانت وجبت بالكتابة من حيث الظاهر وتقرر الوجوب باتصال القضاء به وان لم يخاصم حتى عجز كان للمولى ان يدفعه لان الدفع كان لم يثبت على القطع والبنات لاحتمال ان يعجز فان عجز جعل كان الكتابة لم تكن فكان له ان يدفعه وروى عن أبي يوسف انه يصير مختارا بنفس الكتابة لتعذر الدفع بنفسه الزوال يده عنه ثم عادت اليه بسبب جديد وهو العجز ولو كاتبه كتابة فاسدة كان ذلك اختيارا منه بخلاف البيع الفاسد أنه لا يكون اختيارا بدون التسليم لان الكتابة الفاسدة وهي تعلق العتق بالاداء تثبت بنفس العقد والبيع الفاسد لا يفيد الحكم بنفسه بل بواسطة التسليم (وأما) الاجارة والرهن والتزويج بان زوج العبد الجاني امرأة أو زوج الامة الجانية انسانا فهل يكون اختيارا ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يكون اختيارا لان الدفع لم يفت لان الملك قائم فكان الدفع ممكنا في الجملة وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يكون اختيارا لان الدفع للحال متعذر فاشبهه البيع والتزويج تعيب فاشبهه التعيب حقيقة ولو أقر به لغيره لا يكون مختارا كذا ذكر في الاصل لان الاقرار به لغيره لا يفوت الدفع لان المتر مخاطب بالدفع أو الفداء وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره أنه يكون مختارا لان اقراره به لغيره في معنى التملك منه اذ العبد ملكه من حيث الظاهر لوجود دليل الملك وهو اليد فاذا أقر به لغيره فكانه ملكه منه ولو قتله المولى صار مختارا لانه فوت الدفع بالقتل ولو قتله أجنبي فان كان عمدا بطلت الجناية والمولى أن يقتله قصاصا لانه فات محل الدفع لا الى خلف هو مال فتبطل الجناية وان كان خطأ يأخذ المولى القيمة ويدفعها الى ولي الجناية ولا يخير المولى في القيمة على ما بينا فيما تقدم ولو لم يقتله المولى ولكن عييه بان قطع يده أو فقتأ عينه أو جرحه جراحة أو ضربه ضربا أثريه وقصه وهو عالم بالجناية صار مختارا للفداء لانه بالنقصان حبس عن المجني عليه جزأ من العبد وحبس الكل دليل اختيار الفداء لانه دليل امساك العبد لنفسه فكذا حبس الجزء ولان حكم الجزء حكم الكل والله سبحانه أعلم ولو ضرب المولى عينه فابيضت وهو عالم بالجناية حتى جعل مختارا ثم ذهب البياض فان ذهب قبل أن يخاصم فيه بطل الاختيار ويؤثر بالدفع أو الفداء لانه انما جعل مختارا لاجل النقصان وقد زال فجعل كان ذلك لم يكن وان خصم في حال البياض فضمته القاضي القيمة ثم زال البياض فقضاء القاضي نافذا لا يرد ولا يبطل اختياره لان اختياره وقع صحيحا ووجب الدين وقد استقر باتصال القضاء به وان استخدمه وهو عالم بالجناية لا يصير مختارا للفداء لانه لا يفوت الدفع بالاستخدام لقيام الملك وكذا الاستخدام لا يختص بالملك ولهذا لا يبطل به خيار الشرط فلا يكون دليلا على امساك العبد لنفسه فان عطب في الخدمة فلا ضمان عليه وبطل حق ولي الجناية لان الاستخدام ليس باختيارا لم يبتنا ولم يوجد منه تصرف آخر يدل على الاختيار فصار كانه عطب قبل الاستخدام ولو كان الجاني أمة فوطئها المولى فان كانت بكر فقد صار مختارا لانه فوت جزأ منها حقيقة بازالة البكارة وهي ازالة العذرة وان كانت ثيبا فان عقلت منه صار مختارا وان لم تعلق لا يصير مختارا وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يصير مختارا سواء عقلت منه أو لم تعلق (وجه) هذه الرواية ان حل الوطء لا بدله من الملك امام ملك النكاح أو ملك المهر ولم يوجد ههنا ملك النكاح فتعين ملك اليمين لثبوت الجمل فكان اقدامه على الوطء دليلا على امساكها لنفسه فكان دليل الاختيار (وجه) ظاهر الرواية أن الوطء ليس الاستيفاء منفعة البضع وأنه لا يوجب نقصان العين حقيقة لان منفعة البضع لا جزأ من العين حقيقة الا انها الحقت بالاجزاء وقد رتب النقصان عند الاستيفاء في غير الملك اظهارا لخطر البضع والاستيفاء ههنا حصل في الملك فلا حاجة الى الاالحاق فان عدم النقصان حقيقة وتقديرا ولو أذن له في التجارة فركبه دين لم يصير المولى مختارا وعليه قيمته (أما) عدم صيرورته مختارا فلان الاذن لا يوجب تعذر الدفع لا قبل لحق الدين ولا بعده وأما لزوم

القيمة فلان تعلق الدين برقبة العبد يوجب قصاصا فيه بسبب كان من جهة المولى وهو الاذن بالتجارة فتسلمه قيمته حين لورضى ولى الجناية بقبوله مع النقصان لاشئ على المولى ثم جميع ما يصير به مختار القداء بما ذكرنا اذا فعله وهو علم بالجناية فان كان لم يعلم لم يكن مختارا سواء كانت الجناية على النفس أو على مادون النفس لان الاختيار ههنا اختيار الايثار وانه لا يتحقق بدون العلم بمختاره وهو القداء عن الجناية واختيار القداء عن الجناية اختيار الايثار واختيار الايثار بدون العلم بالجناية محال ثم الجناية ان كانت على النفس فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الدية وان كانت على مادون النفس فعليه الاقل من قيمته ومن الارش لانه فوت الدفع المستحق من غير اختيار القداء فيضمن القيمة ولو باعه ببيعانا وهو لا يعلم بالجناية فلم يخاصم فيها حتى رد العبد اليه ببيع بقضاء القاضى أو بخيار رؤية أو شرط يقال له ادفع أو أفد لانه اذا لم يعلم بالجناية لم يصير مختارا لما بينا ولو كان بعد العلم فعليه القداء لانه اذا باعه بعد العلم بالجناية فقد صار مختارا للقداء لتعذر الدفع لزوال ملكه بالبيع فلا يعود بالرد وهذا مشكل لان الرد بهذه الاشياء فسخ للعقد من الاصل وسيوضح المعنى فيه ان شاء الله تعالى ولو قطع العبد انسان أو جرحه جراحة غير فيه فاختار الدفع ثم مات من ذلك فالدفع على حاله لا يبطل لان وجوب الدفع لا يختلف بالقتل والقطع لانه يدفع في الحالتين جميعا وان اختار القداء ثم مات يبطل الاختيار ثم يخير ثانيا عند محمد استحسننا وهو قول أبى يوسف الاول والقياس أن لا يبطل وعليه الدية وهو قول أبى يوسف الاخير ولم يذكر في ظاهر الرواية قول أبى حنيفة رحمه الله وذكر الطحاوى قوله مثل قول محمد ولو كان اختار القداء بالاعتاق بان عتق العبد للمال حتى صار مختارا للقداء ثم مات المجنى عليه لا يبطل الاختيار ويلزمه جميع الدية قياسا واستحسانا (وجه) القياس أن المولى لما اختار القداء عن أصل الجناية فقد صح اختياره ويلزمه موجبها وبالسرية لم يتغير أصل الجناية وانما تميز وصفها والوصف تبع للاصل فكان اختيار القداء عن المتبوع اختيارا عن التابع (وجه) الاستحسان أن اختيار القداء عن القطع لا يسرى الى النفس ومات فقد صار قتلا وهما متبايران فاختيار القداء عن أحدهما لا يكون اختيارا عن الآخر فيخير اختيارا مستقبلا بخلاف ما اذا كان الاختيار بالاعتاق لأن اقدامه على الاعتاق مع علمه أنه ربما يسرى الى النفس فيلزمه كل الدية ولا يمكنه الدفع بعد الاعتاق دلالة اختيار السكك والرضا به وهذا المعنى لم يوجد ههنا لانه لم يرض بالزيادة على ما كان ثابتا وقت الاختيار والعبد للمال نحل للدفع والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفة القداء الواجب عند الاختيار فهو أنهم انجب في ماله حالا لا مؤجلا لان الحكم الاصلى لهذه الجناية هو وجوب الدفع والقداء كالحلف عنه فيكون على نعمت الاصل ثم الدفع بحسب حاله لا مؤجلا فكذلك القداء والله سبحانه وتعالى الموفق هذا اذا كان العبد القاتل قنفا فان كان مدبرا فجنايته على مولاه اذا ظهرت فيقع الكلام في مواضع في بيان ما تظهر به جنايته وفي بيان أصل الواجب ومن عليه وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان صفته أما الاول فجنايته تظهر بما تظهر به جناية القن وقد ذكرناه ولا تظهر باقراره حتى لا يلزم المولى شئ ولا يتبع المدبر بعد العتاق كجناية القن لان هذا اقرار على المولى فلا يصح (وأما) بيان أصل الواجب بهذه الجناية فاصل الواجب بها قيمة المدبر على المولى لاجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن سيدنا عمرو وأبى عبيدة بن الجراح رضى الله عنهما اتهمهما قضيا بجناية المدبر على مولاه بحضور من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما أحد منهم فيكون اجماعا من الصحابة والقياس يترك بمقابلة الاجماع ولان الاصل في جناية العبد هو وجوب الدفع على المولى والتدبير يمنع من الدفع من غير اختيار القداء والمنع من الدفع من غير اختيار القداء يوجب القيمة على المولى كما لو دبر القن وهو لا يعلم الجناية (وأما) مقدار الواجب فمقدار الواجب بهذه الجناية الاقل من قيمته ومن الدية لان الدية ان كانت هي الاقل فلاحق لولى الجناية في الزيادة وان كانت القيمة أقل فلم يمنع المولى بالتدبير الرقبة فان كانت قيمته اقل من الدية فعليه قدر قيمته لما قلنا ولا يخير بين قيمته وبين الدية لانه لا يخير بين الاقل والاكثر وأنه خارج عن قضية الحكمة وان كانت قيمته أكثر من الدية أو مثل

الدية فعليه قدر الدية وينقص منها عشرة دراهم لان قيمة العبد في الجناية لا تزداد على دية الحر بل ينقص منها عشرة
وسواء قلت جنايته أو كثرت لا يلزم المولى من جناياته أكثر من قيمة واحدة لان سبب الوجوب هو المنع عند الجناية
والمنع منع واحد فكان الواجب قيمة واحدة ولان القيمة في جناية المدبر بمنزلة العين في جناية القن قلت جنايته أو
كثرت ولا يجب شئ آخر مع الدفع كذلك ههنا وتقسيم قيمته بين أولياء الجنايات على قدر جناياتهم يستوى فيها الاول
والثاني لان القسمة في دفع العين هكذا فكذلك قيمة المدبر وسواء قبض ما على المولى أو لم يقبض يشتركون فيه
فيتضاربون بتدبير حقوقهم وتعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم يوم الجناية عليه لا يوم التدبير وان كان سبب وجوب
الضمان هو المنع وهو التدبير السابق لكن انما يصير ذلك سبباً عند وجود شرطه وهو الجناية فكانه انشاء التدبير عندهما
وبيان هذه الجملة في مسائل اذامات المدبر بعد الجناية لم تبطل على المولى القيمة لان حكم جنايته يلزم مولاه فيستوى فيه
بقاء المدبر وهلاكه بخلاف القن اذا جنى ثم هلك أنه يبطل حكم الجناية أصلاً لان حكم جنايته وجوب الدفع وبالموت
خرج عن احتمال الدفع ولو انتقصت قيمته بعد الجناية بان جنى وقيمه ألف ثم عمى لم يحط عن المولى شئ وعليه قيمته
تامة لان ثقتهم هلاك جزء منه ثم هلاك كله لا يسقط عنه شيئاً فكذا هلاك البعض ولو قتل انساناً ثم قتل آخر
لا يلزم المولى الاقيمة واحدة لما قلنا وكذلك لو جنى جنايات ثم أعتقه المولى لم يلزمه الاقيمة واحدة لان سبب
وجوب الضمان هو المنع وأنه متحد فكان وجود الاعتاق وعدمه بمنزلة واحدة ولو قتل انساناً خطأ ثم قتل آخر خطأ
ثم دفع المولى القيمة الى ولي القتل الاول فالدفع لا يخلو ما ان كان بقضاء القاضي أو بغير قضاء القاضي فان كان بقضاء
القاضي فلا سبيل لولى القتل الثاني على المولى لانه كان مجبوراً على الدفع والمجبور معذور وله أن يتبع ولي القتل
الاول بنصف القيمة لانه قبض نصف القيمة بغير حق وان كانت الجنايتان مختلفتين بان كانت احدهما نفساً
والاخرى مادون النفس فالثاني يتبع الاول بقدر حصته من القيمة وان كان الدفع بغير قضاء القاضي فولى القتل
الثاني بالخيار ان شاء ضمن المولى نصف القيمة وان شاء ضمن ولي القتل الاول لوجوب سبب وجوب الضمان
من كل واحد منهما لان المولى متعدد في دفع العبد والقابض متعدد في قبضه فان ضمن المولى فانه يرجع على القابض
وان ضمن القابض لا يرجع على المولى ولو قتل انساناً خطأ فدفع القيمة الى ولي القتل ثم قتل آخر خطأ فهذا
والاول سواء في قول أبي حنيفة عليه الرحمة والامر فيه على التفصيل الذي ذكرنا وعندهما لولى القتل الثاني
أن يضمن المولى وله أن يضمن ولي القتل الاول سواء كان الدفع بقضاء أو بغير قضاء فهما فرقا بين الفصلين
وأبو حنيفة عليه الرحمة جمع بينهما (وجه) الفرق لهما أن المولى ههنا ليس يعتمد في حق ولي القتل الثاني لان
الجناية الثانية كانت منعدمة وقت الدفع فلا سبيل الى تضمينه وفي الفصل الاول كانت الجنايتان
موجودتين وقت الدفع فكان الدفع منه الى الاول تعدياً فيضمن (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن سبب
وجوب الضمان على المولى هو المنع والمنع منع واحد في حق الاول والثاني جميعاً فصارت الجنايات كلها موجودة
وقت الدفع فيصير المولى متعدياً في الدفع فكان له تضمينه بخلاف ما اذا كان الدفع بقضاء لان قضاء القاضي صيره
مجبوراً في الدفع هذا اذا كانت قيمته وقت الجنايتين على السواء فاما اذا كانت مختلفة بان قتل رجلاً وقيمة ألف ثم
ازدادت قيمته فصارت ألفين ثم قتل آخر يضمن المولى لولى القتل الثاني ألفاً آخر ولا حق لولى القتل الاول في
الزيادة لانها لم تكن موجودة وقت الجناية على الاول فيسلم الزيادة الى الثاني ويقسم تلك القيمة وهي الالف بين أولياء
الاول والثاني يتضاربون فيها فيضرب الاول فيها بعشرة آلاف والثاني بتسعة آلاف لانه قد وصل اليه ألف من
عشرة آلاف فكانت قسمة تلك الالف على تسعة عشر سهماً عشرة أسهم للاول وتسعة أسهم للثاني ولو كانت قيمته
وقت قتل الاول ألفين وقت قتل الثاني الف فالألف يضمن المولى شيئاً والالف تكون لولى القتل الاول سائماً والالف
للاخر تقسم بينهما على تسعة عشر سهماً عشرة أسهم لولى القتل الثاني وتسعة أسهم لولى القتل الاول ولو قتل انساناً

وقيمة الف ثم ازدادت قيمته وصارت ألفاً وخمسمائة ثم قتل آخر فر زيادة الخمسمائة سالمة لولى القتل الثانى لاحق فيها لولى القتل الاول لانهم لم تكن موجودة وقت الجناية الاولى والالف تكون بين وليي التتيلين يتضاربون فيها فيضرب لولى القتل الاول بتمام الدية عشرة آلاف والثانى بتسعة آلاف وخمسمائة لانه وصل اليه خمسمائة من عشرة آلاف فكانت قسمة الالف بينهم على تسعة وثلاثين سهماً لا تأخذ كل خمسمائة سهماً تسعة عشر لولى القتل الثانى وعشرون لولى القتل الاول والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفة الواجب بهذه الجناية فهي انها تجب في مال المولى حالاً لانه ضمان المنع من الدفع من غير اختيار القداء وأنه يوجب القيمة في مال المولى حالاً كما لو دبر العبد الجانى وهو لا يعلم بالجناية وهذا لان ضمان المنع كالحلف عن ضمان الدفع والدفع يجب من ماله حالاً كذلك ههنا والله تعالى الموفق للصواب وان كان القاتل أم ولد فأم الولد في جميع ما وصفنا والمدبر سواء لان الواجب في جنايتهما ضمان المنع أيضاً الآن جهة المنع تختلف فالمنع في أم الولد بالاستيلاء وفي المدبر بالتدبير لذلك استوفى في حكم الجناية والله تعالى أعلم وان كان القاتل مكاتباً فقتل أجنبياً خطأً فجنايته على نفسه اذا ظهرت لا على مولاه فيقع الكلام فيما يظهر به جنايته وفي بيان أصل الواجب ومن عليه وفي بيان كيفية الوجوب وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان صفته (أما) الاول فجنايته تظهر بما يظهر به جناية القن والمدبر وأم الولد وتظهر أيضاً باقراره بالجناية بخلاف جنايتهم لان ذلك اقرار على المولى فلم يصح أصلاً واقرار المكاتب على نفسه لانه أحق بكسبه من المولى فيجوز اقراره وكذا يجوز صلحه من الجناية على مال لانه صالح عن حق ثابت له ظاهر أو لو أقر وصالح ثم عجز فحكه نذره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما أصل الواجب بجنايته ومن عليه الواجب فالواجب هو قيمة نفسه عليه لا على مولاه لان كسب المكاتب لنفسه لا لمولاه فكان موجب جنايته عليه لا على مولاه ليكون الخراج بالضمان بخلاف القن والمدبر وأم الولد لان امتناع الدفع حصل بشئ من قبله وهو قبول الكتابة فكانت قيمته عليه بخلاف القن والمدبر وأم الولد (وأما) كيفية الوجوب فقد اختلف أصحابنا فيه قال علماءنا الثلاثة ان قيمته تصير ديناً في ذمته على طريق القطع والبتات وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيما اذا جنى ثم عجز عقيب الجناية بلا فصل أنه يخاطب المولى بالدفع أو القداء عندنا وعنده يباع ويدفع ثمنه الى أولياء القتل وكذلك اذا جنى ثم جنى جناية أخرى عقيب الاولى بلا فصل لا يجب عليه الا قيمة واحدة عندنا وعنده يجب عليه قيمة أخرى عقيب الاولى ولا خلاف في أنه اذا جنى جناية وقضى القاضى عليه بالقيمة ثم جنى جناية أخرى أنه تجب عليه قيمة أخرى ووجه الفرق لأصحابنا الثلاثة رحمهم الله أن القاضى لما قضى بالقيمة في الجناية الاولى فقد صارت القيمة ديناً في ذمته حتماً من غير تردد والجناية الثانية صادفت رقبة فارغة فتقتضى بقيمة أخرى وأما قبل القضاء فالرقبة مشغولة بالاولى والمشغول لا يشغل (وجه) قول زفر رحمه الله أن الموجب للقيمة على المكاتب هو امتناع الدفع لحق ثبت للمكاتب بعقد الكتابة لان امتناع الدفع اذا كان لحقه كانت القيمة عليه اذ لا خراج مع الضمان وهذا المعنى لا يوجب التوقف على قضاء القاضى (ولنا) ان الحكم الاصلى في جناية العبد هو وجوب الدفع وامتناعه ههنا معارض لموقع اليأس عن زواله وهو الكتابة لاحتمال العجز لانه بما يعجز فيرد في الرق فيبين ان الجناية صدرت من القن فلا يمكن قطع القول بصيرورة قيمته ديناً في ذمته الا من حيث الظاهر والا مرفى الحقيقة على التوقف وانما يرفع التوقف باحدى معان اما بأداء القيمة الى ولى القتل لان الاداء كان واجبا عليه فاذا أدى فقد وصل الحق الى المستحق فلا يسترد منه أو بالعتق (أما) بأداء بدل الكتابة (وأما) بالاعتاق المبتدئ أو بالموت عن وفاء أو ولد لانه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته واذا عتق يتقرر حقه في كسبه ويقع اليأس عن الدفع فتتقرر القيمة واذا ترك ولداً ولم يترك وفاء فقد الكتاب بيقى ببقاء الولد فيسعى على نجوم أبيه فيؤدى فيعتق ويعتق أبوه ويستند عتقه الى آخر جزء من أجزاء حياته أو بقضاء القاضى بالقيمة لانها كانت واجبة وتقرر الوجوب باتصال القضاء به أو بالصلح على القيمة لان الصلح بمنزلة القضاء هذا اذا ظهرت جناية بالمعينة أو بالينة (فأما) اذا ظهرت باقراره فان كان قد أدى القيمة ثم عجز لم يبطل اقراره

ولا يسترد القيمة لانه وصل الحق الى المستحق فلا يسترد وكذا اذا لم يؤد ولكنه عتق بأداء بدل الكتابة أو باعتاق مبتدأ أو بموت المكاتب عن وفاء أو ولدنا قلنا ولم يعتق ولكنه عجز فان كان عجزه قبل قضاء القاضي عليه بالقيمة فإقراره باطل في حق المولى بلا خلاف حتى لا يؤخذ به للحال ولكن يتبع به بعد العتاق لانه لما عجز قبل القضاء فقد انسخ العقد من الاصل وعاد قنأ كما كان فتبين انه أقر على مولاه وإقرار العبد على المولى باطل الا أنه يتبع بعد العتاق لان إقراره في حق نفسه صحيح وان كان بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة بطل إقراره في حق المولى ولا يؤخذ به للحال عند أبي حنيفة عليه الرحمة ويتبع بعد العتاق وعندهما لا يبطل إقراره في حق المولى ويؤخذ به للحال ويبيع (وجه) قولهما ان القيمة قد وجبت عليه بإقراره من حيث الظاهر لصحة إقراره ظاهراً أو بقضاء القاضي تقرر الوجوب فلا يحتمل البطلان بالعجز كما لو أقر بدين لانسان ثم عجز ولا يبي حنيفة رحمه الله أن صحة إقراره من حيث الظاهر لم تكن لمكان الكتابة لان الداخل تحت الكتابة ما كان من التجارة والاقرار بالجناية ليس من التجارة وانما كانت لكونه أحق بكسبه من المولى فاذا عجز فقد صار المولى أحق بكسبه فبطل إقراره ولو كان مكان الاقرار صلح بان جنى المكاتب جناية خطأ فصالح منها على مال جاز صلحه على ما ذكرنا ثم ان كان قد أدى بدل الصلح الى ولي الجناية أو كان لم يؤد لكنه عتق باى طريق كان فقد تقرر الصلح ولا يبطل وان كان لم يؤد بدل الصلح ولا عتق حتى عجز بطل المال عنه في قول أبي حنيفة رضى الله عنه ويخاطب المولى بالدفع أو القداء وعندهما لا يبطل ويصير ديناً عليه وعلى هذا الخلاف اذا قتل المكاتب انساناً عمداً ثم صالح من دم العمد على مال ثم عجز قبل أداء بدل الصلح انه يبطل الصلح ولا يؤخذ للحال عند أبي حنيفة وعندهما لا يبطل ويؤخذ للحال ولو كان ولي القاتل اثنين فصالح المكاتب أحدهما دون الآخر سقط القصاص عنه وعليه ان يؤدى الى من صالحه ما صالح عليه وينقلب نصيب الآخر مالا فيغرم المكاتب له الاقل من نصف قيمته ومن نصف الدية لان الواجب عليه في كل الجناية الاقل من قيمته ومن الدية فالواجب في نصفها الاقل من نصف قيمته ومن نصف الدية اعتبار النصف بالكل فان عجز قبل الاداء فنصيب المصالح لا يؤخذ للحال وانما يؤخذ بعد العتاق (وأما) نصيب الآخر فيقتل للمولى ادفع نصف العبد أو أفد بنصف الدية على قول أبي حنيفة رضى الله عنه لان الصلح قد بطل عنده وعلى قولهما يدفع نصف العبد أو يفدى بنصف الدية والنصف الآخر يبيع في حصص المصالح أو يقضى عنه المولى (وأما) القن اذا قتل رجلاً عمداً وله وليان فصالح العبد أحدهما ينقلب نصيب الآخر مالا ونصيب المصالح يؤخذ بعد العتاق بلا خلاف (وأما) غير المصالح فيخاطب المولى بدفع نصف العبد اليه أو القداء بنصف الدية ولومات المكاتب قبل أن يؤخذ شيء من ذلك ولم يترك شيئاً أصلاً أو لم يترك وفاء بالكتابة بطلت الجناية لانه اذا مات عاجزاً فقد مات قنأ والقن اذا جنى جناية ثم مات تبطل الجناية أصلاً ورأساً وما تركه يكون للمولى اذا مات عبداً كان المتروك مال المولى فيكون له ولو مات المكاتب وترك مالا وعليه دين وكتابة بيد أبدين الاجنبى لان دين المولى دين ضعيف اذا لا يجب للمولى على عبده دين فكانت البداية بالقوى أولى وحكى عن قتادة رضى الله عنه قال قلت لابن المسيب ان شريحاً يقول الاجنبى والمولى يتحاصن فقال سعيد بن المسيب اخطأ شريح وان كان قاضياً قضاءً بدين ثابت أولى وكان زيد يقول بيد أبدين الاجنبى فالظاهر أنه كان لا يخفى قضاءؤه على الصحابة ولم يعرف له مخالف فيكون اجماعاً ولومات المكاتب وترك وفاء بالكتابة وجناية فالجناية أولى لانها أقوى ولومات وترك مالا وعليه دين وكتابة وجناية فان كان قضى عليه بالجناية فصاحب الجناية وصاحب الدين سواء لان الجناية اذا قضى بها صارت ديناً فمادىنان فلا يكون أحدهما بالبداء به أولى من صاحبه وان كان لم يقض عليه بالجناية بيد أبدين لانه متعلق بذمته ودين الجناية لم يتعلق بذمته بعد فكان الاول أكد وأقوى فيبدأ به يقضى الدين منه ثم ينظر الى ما بقى فان كان به وفاء بالكتابة فصاحب الجناية أولى فيبدأ به وان لم يكن به وفاء بالكتابة فباقى يكون للمولى لانه يموت قنأ على ما بينا وهذا بخلاف ما قبل الموت ان المكاتب بيد أبى الديون شاء ان شاء بدين الاجنبى وان

شاع بارش الجناية وان شاء بمال الكتابة لانه يؤدى من كسبه والتدبير في كسبه اليه فكان له أن يبدأ بأى دينه شاء وعلى هذا قالوا في المكاتب اذا مات فترك ولدا ان ولده يبدأ من كسبه بأى الدين شاء لانه قام مقام المكاتب فتدبير كسبه اليه بخلاف ما اذا مات ولم يترك ولدا لان الامر في موته الى القاضى فيبدأ بالأولى فالأولى والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اختلف المولى وولى الجناية في قيمته وقت الجناية فالقول قول المكاتب في قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد وفي قول أبى يوسف الاول بنظر الى قيمته للحال لان الحال يصلح حكما في الماضى فيحكم (وجه) قوله الاخير ان ولى الجناية يدعى زيادة الضمان وهو ينكر فكان القول قوله والله تعالى الموفق (وأما) قدر الواجب بجنانيته فهو الاقل من قيمته ومن الدين لان الارش ان كان أقل فلاحق لولى الجناية في الزيادة وان كانت القيمة أقل فلم يوجد من الكاتب منع الزيادة فلا تلزمه الزيادة وان كانت قيمته أقل من الدية وجبت قيمته ولا يخير وان كانت أكثر من الدية أو قدر الدية ينقص من الدية عشرة دراهم لان العبد لا يتقوم في الجناية بأكثر من هذا القدر سواء كانت الجناية منه أو عليه وتعتبر قيمته يوم الجناية لان القيمة كالبدل عن الدفع والدفع يجب عند الجناية وكذا المنع بالكتابة السابقة لحق المكاتب انما يصير سببا عند وجود الجناية فيعتبر الحكم وهو وجوب القيمة عند وجود الجناية والله تعالى أعلم (وأما) صفة الواجب فهي ان يجب عليه حال لا على العاقلة مؤجلا لان الحكم الاصل في جنات العبد هو الدفع وهذا كاخلف عنه والدفع يجب عليه حال لا مؤجلا فكذا الخلف والله تعالى أعلم هذا اذا كان المقتول أجنبيا (فاما) اذا كان مولى القاتل فالقاتل لا يخلو (اما) ان كان قنا (واما) ان كان مدبرا (واما) ان كان أم ولد (واما) ان كان مكاتبان كان قنا فقتل مولاه خطأ لجنانيته هدر لان المولى لا يجب له على عبده دين وان قتله عمدا فعليه القصاص لما امر ولو قتله عمدا وله وليان فعفا أحدهما حتى سقط القصاص بطلت الجناية ولا يجب للذى لم يعف شيء في قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله يقال للذى عفا ما أن تدفع نصف نصيبك وهو ربع العبد الى الذى لم يعف أو تقديه ربع الدية (وجه) قوله ان القصاص كان مشتركا بينهما الكل واحد منهما النصف فاذا عفا أحدهما فقد سقط نصف القصاص وانقلب نصيب صاحبه وهو النصف ما لا شأننا في النصفين نصفه وهو الربع في نصيبه ونصفه في نصيب الشريك فما كان في نصيبه يستقط وما كان في نصيب الشريك ثبت (وجه) قولهما أن الدية ما أن تجب حقا للمولى والوارث يقوم مقامه في استيفاء حق وجب له واما ان تجب حقا للورثة بانتقال الملك اليهم بطريق الوراثة وكيف ما كان فالمولى لا يجب له على عبده دين وان كان مدبرا فقتل مولاه خطأ لجنانيته هدر وعليه السعاية في قيمته لانه لو وجبت الدية لوجب على المولى لانه لو جنى على أجنبى لوجب الدية عليه فهنا أولى ولا سبيل الى الايجاب له وعليه الا انه يسعى في قيمة نفسه لان العتق ثبت بطريق الوصية ألا ترى انه يعتبر من الثلث والوصية لا تسلم للقاتل الا ان العتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ فوجب عليه قيمة نفسه ولو قتله عمدا فعليه القصاص ويسعى في قيمته لما قلنا ورثته بالخيار ان شاءوا عجلوا استيفاء القصاص وبطلت السعاية وان شاءوا استوفوا السعاية ثم قتلوه قصاصا لانها حقان ثبتا لهم واختيار السعاية لا يكون مستقطا للقصاص لان السعاية ليست بعوض عن المقتول بل هي بدل عن الرق ولو كان للمولى وليان عفا أحدهما ينقلب نصيب الآخر ما لا بخلاف القن لان هناك لا يمكن ايجاب الضمان لانه لو وجب لوجب للمولى على عبده وليس يجب للمولى على عبده دين وهما يمكن لان المدبر يعتق بموت سيده فيسمى وهو حر فلم يكن في ايجاب الدية عليه ايجاب الدين للمولى على عبده فهو الفرق وان كان أم ولد فقتل مولاه خطأ أو عمدا فحكمها حكم المدبر وانما يختلفان في السعاية فام الولد لا سعاية عليها والمدبر يسعى في قيمته لان العتق هناك ثبت بطريق الوصية وعتق أم الولد ليس بوصية حتى لا يعتبر من الثلث ولو قتلت أم الولد مولاه عمدا وله ابنان من غيرهما فعفا أحدهما سعت في نصف قيمته للذى لم يعف لان القصاص قد سقط بعفو أحدهما وانقلب نصيب الآخر ما لا وانما وجب عليها السعاية في نصف قيمتها لان نصف الدية وان كانت هي حرة وقت وجوب السعاية لانها عتقت بموت سيدها

وتسعى وهي حرة لأنها كانت مملوكة وقت الجناية فيجب اعتبار الحالين حال وجود الجناية وحال وجوب السعاية ولو كانت مملوكة في الحالين بأن قتلت أجنبيا خطأ لوجب القيمة وكانت على المولى لا عليها فإن كانت مملوكة حال الجناية حرة حال السعاية باعتبارنا بالحالين فأوجبنا نصف القيمة اعتباراً إلى وجود الجناية وأوجدنا ذلك عليها لا على المولى اعتباراً بحال وجوب السعاية باعتبار الحالين بقدر الامكان ولو كان أحداً البنين منها لا يجب القصاص عليها وسعت في جميع قيمتها أما عدم وجوب القصاص فلأنه لو وجب لوجب مشتركاً بينهما ولا يمكن الإيجاب في نصيب ولدها إذ لا يجب للولد على أمه قصاص لتعذر الاستيفاء احتراماً للام (وأما) لزوم السعاية فلأن القصاص سقط للتعذر ولا تعذر في القيمة فتسعى في جميع قيمتها وتكون بينهما وإن كان مكاتباً فقتل مولاه خطأ فعليه الأقل من قيمته أو الدية لأن جناية المكاتب على مولاه لازمة كجناية مولاه عليه لأنه فيما يرجع إلى اكسابه وارش جناياته كالأجنبي لأنه أحق باكسابه من المولى ونجب القيمة حاله لأنها تجب بالمنع من الدفع فتكون حالة كالتجيب على المولى بجناية مدبره وإن كان عمداً فعليه القصاص والله سبحانه وتعالى أعلم (هذا) إذا كان القاتل والمقتول حريين أو كان القاتل حراً والمقتول عبداً أو كان القاتل عبداً والمقتول حراً فاما إذا كانا عبيدين بأن قتل عبد خطأ فالمقتول لا يخلو إما أن كان عبداً لا جنبياً وإما أن كان عبد المولى القاتل فإن كان عبد الأجنبي بأن كان القاتل فتأخبط المولى بالدفع أو القداء سواء كان المقتول قناً أو مدبراً أو أم ولد أو مكاتباً وهذا وما إذا كان المقتول حراً أجنبياً سواء إلا أن هناك يخاطب المولى بالدفع أو بالقداء بالدية وهما يخاطب بالدفع أو القداء بالقيمة وإن كان القاتل مدبراً أو أم ولد فعلى المولى قيمة الولد والمدبر وأم الولد سواء كان المقتول قناً أو مدبراً أو مكاتباً كما إذا كان المقتول حراً أجنبياً وإن كان القاتل مكاتباً فعليه قيمة نفسه سواء كان المقتول قناً أو مدبراً أو أم ولد أو مكاتباً كما إذا كان المقتول حراً أجنبياً هذا إذا كان المقتول عبد الأجنبي فإن كان عبد المولى القاتل فجناية القاتل عليه هدر وإن كان القاتل قناً أو مدبراً أو أم ولد سواء كان المقتول قناً أو مدبراً أو أم ولد أو مكاتباً وإن كان القاتل مكاتباً فجنايته عليه لازمة كائن من كان المقتول لما ذكرنا فبقدم والله تعالى أعلم بالصواب هذا إذا قتل عبد عبداً خطأ فإن قتل عمداً فعليه القصاص كائن من كان المقتول والله جل شأنه الموفق (وأما) القتل الذي هو في معنى القتل الخطأ فنوعان نوع هو في معناه من كل وجه وهو أن يكون على طريق المباشرة ونوع هو في معناه من وجه وهو أن يكون من طريق التسيب أما الأول فنحو النائم ينقلب على أنسان فيقتله فهذا القتل في معنى القتل الخطأ من كل وجه لوجوده لا عن قصد لأنه مات بثقله فترتب عليه أحكامه من وجوب الكفارة والدية وحرمان الميراث والوصية لأنه إذا كان في معناه من كل وجه كان ورود الشرع بهذه الأحكام هناك وروداً ههنا دلالة وكذلك لو سقط أنسان من سطح على قاعد فقتله (أما) وجوب الدية فلوجود معنى الخطأ وهو عدم القصد (وأما) وجوب الكفارة وحرمان الميراث والوصية فلوجود القتل مباشرة لأنه مات بثقله سواء كان القاعد في طريق العامة أو في ملك نفسه ولومات الساقط دون القاعد ينظر أن كان في ملك نفسه أو في موضع لا يكون قعوده فيه جناية لا شيء على القاعد لأنه ليس بمتعد في القعود فلو تولد منه لا يكون مضموناً عليه ويهدر دم الساقط وإن كان في موضع يكون قعوده فيه جناية فدية الساقط على القاعد تتحملها العاقلة لأنه متعد في القعود فلو تولد منه يكون مضموناً عليه كافي حفر البئر ولا كفارة عليه لحصول القتل بطريق التسيب كما في البئر وكذلك إذا كان يمشي في الطريق حاملاً سيفاً أو حجراً أو لبنة أو خشبة فسقط من يده فقتله لوجود معنى الخطأ فيه وحصوله على سبيل المباشرة لوصول الآلة لبشرة المقتول (ولو) كان لا بسيفاً فسقط على غيره فقتله أو سقط عنه ثوبه أو رداؤه أو طيلسانه أو عمامته وهو لا بسه على أنسان فتعقل به فتلف فلا ضمان عليه أصلاً لأن في اللبس ضرورة أن الناس يحتاجون إلى لبس هذه والتحرز عن السقوط ليس في وسعهم فكانت البلية فيه عامة فتعذر التضمن ولا ضرورة في الحل والاحتراز عن سقوط المحمول يمكن أيضاً وإن كان الذي لبسه مملاً لا يلبس عادة فهو ضمن وكذلك الراكب إذا كان يسير في الطريق

العامة فوطئت دابته رجلا بيدها أو رجلها لوجود معنى الخطأ في هذا القتل وحصوله على سبيل المباشرة لأن قتل
الراكب على الدابة والدابة آلة له فكان القتل الحاصل بثقلها مضافا إلى الراكب فكان قتلا مباشرة ولو كدمت أو
صدمت أو خبطت فهو ضامن إلا أنه لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية لحصول القتل على سبيل التسبب دون
المباشرة ولا كفارة على السائق والقائد ولا يحرم الميراث والوصية لأن فعل السوق والقود يقرب الدابة من القتل
فكان قتلا تسببياً لا مباشرة والقتل تسببياً لا مباشرة لا يتعلق بهذه الأحكام بخلاف الراكب لأنه قاتل مباشرة على
ما بينا والردف والراكب سواء وعليهما الكفارة ويحرم الميراث والوصية لأن ثقلهما على الدابة والدابة آلة لهما
فكانا قاتلين على طريق المباشرة ولو فتحت الدابة رجلها أو بذنها وهو يسير فلا ضمان في ذلك على ركب ولا سائق
ولا قائد والأصل أن السير والسوق والقود في طريق العامة مأذون فيه بشرط سلامة العاقبة فلم تسلم عاقبته لم يكن
مأذون فيه فالمتولد منه يكون مضمونا إلا إذا كان مما لا يمكن الاحتراز عنه بسد باب الاستطراق على العامة ولا سبيل إليه
والوطء والسكدم والخط في السير والسوق والقود مما يمكن الاحتراز عنه بحفظ الدابة وذود الناس والتفح مما
لا يمكن التحرز عنه وكذا البول والروث واللعاب فسقط اعتباره والتحقيق بعدم وقدر روى أن النبي عليه الصلاة
والسلام قال الرجل جبار أي تفحها ولهذا سقط اعتبار ما نأمن الغبار من مشى الماشي حتى لو أفسد متاعا لم يضمن
وكذا ما أثارت الدابة بسنا بكها من الغبار أو الحصى الصغار لا ضمان فيه لما قلنا كذا هذا وأما الحصى الكبار فيجب
الضمان فيها لأنه يمكن التحرز عن أثارها إذا لم يكن ذلك الابتغيف في السوق ولو كسح الدابة باللجام ففتحت رجلها
أو بذنها فهو هدر لعنوم البلوى به ولو أوقف الدابة في الطريق فقتلت انسانا فإن كان ذلك في غير ملكه كطريق العامة
فهو ضامن لذلك كله سواء وطئت بيدها أو رجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت بيدها أو فتحت رجلها أو بذنها
أو عطب شيء بروثها أو بولها أو لعابها كل ذلك مضمون عليه وسواء كان ركباً أو لا لأن روث الدابة في طريق العامة
ليس مأذون فيه شرعاً إنما المأذون فيه هو المرور لا غير إذا الناس يتضررون بالوقوف ولا ضرورة فيه فكان الوقوف فيه
تعدياً من غير ضرورة فاتولد منه يكون مضموناً عليه سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو لا يمكن غير أنه ان كان ركباً فعليه
الكفارة في الوطء باليد والرجل لكونه قاتلاً من طريق المباشرة وإن لم يكن ركباً لا كفارة عليه لوجود القتل منه
تسببياً لا مباشرة وكذلك لو أوقف دابة على باب المسجد فهو مثل وقفه في الطريق لأنه متعدي الوقف إلا أن يكون
الامام جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفاً يقفون فيه دوابهم فلا ضمان عليه فيها أصابت في وقوفها لأن الامام أن
يفعل ذلك إذا لم يتضرر الناس به فلم يكن متعدياً في الوقوف فاشبه الوقوف في ملك نفسه إلا إذا كان ركباً فوطئت دابته
انساناً فقتلته لأن ذلك قتل بطريق المباشرة فيستوى في المواضع كلها ألا ترى أنه لو كان في ملكه يضمن وكذلك لو
أوقف دابته في موضع أذن الامام بالوقوف فيه كما في سوق الخيل والبغال لما قلنا وكذلك إذا أوقف دابته في القلاة لأن
الوقوف في القلاة مباح لعدم الأضرار بالناس فلم يكن متعدياً فيه وكذلك في الطريق إن كان وقف في الحجة فالوقوف
فيها كالوقوف في سائر الطرق العامة ولو كان سائراً في هذه المواضع التي أذن الامام فيها بالوقوف للناس أو سائراً أو قائداً
فهو ضامن لأن أثر الأذن في سقوط ضمان الوقف لا في غيره لأن إباحة الوقف فيها استيفيد بالأذن لأنه لم يكن ثابتاً قبله
فأما إباحة السير والسوق والقود فلم يثبت بالأذن من الامام لأنه كان ثابتاً قبله فبقى الأمر فيها على ما كان قبل الأذن
وإن كان الوقف أو السير أو السوق أو القود في ملكه فلا ضمان عليه في شيء مما ذكرنا فيما وطئت دابته بيدها أو رجلها وهو
راكب لأن هذه الأفعال تقع تعدياً في الملك والتسبب إذا لم يكن تعدياً لا يكون سبباً لوجوب الضمان فاما الوطء باليد
والرجل في حال السير أو الوقوف فهو قتل مباشرة لا تسبباً حتى تجب الكفارة لوجود الضمان على كل سواء كان في
ملكه أو في غير ملكه وسواء كان الذي لحقته الجنابة مأذوناً في الدخول أو غير مأذون لأن التلف حصل بفعله مباشرة
ومن دخل ملك غيره بغير إذنه لا يباح اتلافه ولوربط الدابة في غير ملكه فادامت تجول في رباطها إذا أصابت شيئاً بيدها

أو برجلها أو راثت أو بالت فمطب به شئ^١ فذلك كله مضمون عليه لأنه متعد في الوقوف في غير ملكه ولو انتحى الرباط
 وذهبت من ذلك الموضع فما عطب به شئ فهو هدر لأن معنى التعدى قد زال بزوالها من موضع الوقوف وإن أوقفها غير
 من بوطه فزال الت عن موضعها بعدما أوقفها ثم جنت على إنسان أو عطب بها شئ فهو هدر لأنها لما زالت عن موضع الوقوف
 فقد زال التعدى فكانها دخلت في هذه المواضع بنفسها وجنت ولو هزت الدابة من الرجل أو انقلبت منه فأصاب في
 فورها ذلك فلا ضمال عليه لقوله عليه الصلاة والسلام العجماء جبار أرى البهيمة جرحها جبار ولا نه لا صنع له في نهارها
 وانقلبتا ولا يمكنه الاحتراز عن فعلها فالمتولد منه لا يكون مضمونا ولو أرسل دابته فأصاب من فورها ضمن لأن
 سيرها في فورها مضاف إلى إرسالها فكان متعديا في الإرسال فصار كالدافع لها أو كالسائق فإن عطف يميناً وشمالاً
 ثم أصابت فإن لم يكن لها طريق إلا ذلك فذلك مضمون على المرسل لأنها باقية على حكم الإرسال وإن كان لها طريق
 آخر لا يضمن لأنها عطفت باختيارها فينقطع حكم الإرسال وصارت كالمنقلة ولو أرسل طيراً فأصاب شيئاً في
 فوره ذلك لا يضمن ذلك بالاجماع ذكره في الزيادات فيمن أرسل بازياً في الحرم فالتف طيبة الحرم أنه لا يضمن لأنه
 يفعل باختياره وفعله جبار ولو أغرى به كلباً حتى عقر رجلاً فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه كما
 لو أرسل طيراً وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن كالأرسل البهيمة وقال محمد رحمه الله إن كان سائقه أو قائده
 يضمن وإن لم يكن سائقه ولا قائده لا يضمن وبه أخذ الطحاوي رحمه الله (وجهه) قول محمد إن العقر فعل الكلب
 باختياره فلا صل هو الاقتصار عليه وفعله جبار إلا أنه بالسوق أو القود يصير مفر يا إياه إلى الاتلاف فيصير سبباً للتلف
 فاشبهه سوق الدابة وقودها (وجهه) قول أبي يوسف إن أغراء الكلب بمنزلة إرسال البهيمة فالصواب على فور
 الإرسال مضمون على المرسل فكذا هذا ولا يبي حنيفة رضي الله عنه أن الكلب يعقر باختياره والأغراء للتحريض
 وفعله جبار ولو دخل رجل دار غيره ففقره كلبه لا يضمن سواء دخل داره بآذنه أو بغير آذنه لأن فعل الكلب
 جبار ولم يوجد من صاحبه التسيب إلى العقر إذ لم يوجد منه إلا الامساك في البيت وأنه مباح قال الله تبارك وتعالى وهو
 أصدق القائلين مكلمين تعلمون من مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم ولو ألقى حية أو عقر باقى الطريق فددغت
 إنساناً فضاهاه على الملقى لأنه متعد في الاتقاء إذا عدلت عن ذلك الموضع إلى موضع آخر فلا يضمن لارتفاع التعدى
 بالعدول إذا اصطدم فارسان فأتا فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر في قول أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند
 زفر رحمه الله على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر وهو قول الشافعي رحمه الله (وجهه) قول زفر إن كل
 واحد منهما مات بفعلين فعل نفسه وفعل صاحبه وهو صدمة صاحبه وصدمة نفسه فيهدم ما حصل بفعل
 نفسه ويعتبر ما حصل بفعل صاحبه فيلزم أن يكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر كما لو جرح
 نفسه وجرحه أجنبي فمات إن على الأجنبي نصف الدية لما قلنا كذا هذا (ولنا) ما روى عن سيدنا على
 رضي الله عنه أنه قال مثل مذهبتنا ولا نكل واحد منهما مات من صدم صاحبه إياه فيضمن صاحبه كمن بني حائطاً في
 الطريق فصدم رجلاً فمات إن الدية على صاحب الحائط كذا هذا وبه تبين أن صدمة نفسه مع صدم صاحبه إياه
 فيه غير معتبر إذ لو اعتبر لما لم يأن الحائط على الطريق جميع الدية لأن الرجل قدمشى إليه وصدمه وكذلك حافر البئر
 يلزمه جميع الدية وإن كان الماشى قدمشى إليها رجلان مداحبلاً حتى انقطع فسقط كل واحد منهما فإن سقط على
 ظهرهما فأتا فاضمان فيه أصلاً لأن كل واحد منهما لم يمت من فعل صاحبه إذ لومات من فعل صاحبه لخر على وجهه
 فلما سقط على قفاه علم أنه سقط بفعل نفسه وهو مده قد مات كل واحد منهما من فعل نفسه فلا ضمان على أحدهما
 سقط على وجهيهما فأتا فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر لأنه لاخر على وجهه علم أنه مات من جذبه وإن سقط
 أحدهما على ظهره الآخر على وجهه فأتا جميعاً فدية الذي سقط على وجهه على عاقلة الآخر لأنه مات بفعله وهو
 جذبه ودية الذي سقط على ظهره هدر لأنه مات من فعل نفسه ولو قطع قاطع الحبل فسقط جميعاً فأتا فاضمان على القاطع

لانه تسبب في اتلافهما والاتلاف تسببها يوجب الضمان كحفر البئر ونحو ذلك صبي في يد أبيه جذبه رجس من يده والاب يمسكه حتى مات فديته على الذي جذبه ويرثه أبوه لأن الاب يحق في الامساك والجاذب متعد في الجذب فالضمان عليه ولو تجاذب رجلان صبيًا وأحدهما يدعي انه ابنه والاخر يدعي انه عبده فمات من جذبهما فعلى الذي يدعي انه عبده ديته لانه متعد في الجذب لان المتنازعين في الصبي اذا زعم أحدهما انه أبوه فهو أولى به من الذي يدعي انه عبده فكان امساك كبحق وجذب الاخر بغير حق فيضمن رجل في يده ثوب تشبث به رجل فجذبه صاحب الثوب من يده فخرق الثوب ضمن الممسك نصف الخرق لان حق صاحب الثوب في دفع الممسك وعليه دفعه بغير جذب فاذا جذب فقد حصل التلف من فعلهما فاقسم الضمان بينهما رجل عض ذراع رجل فجذب العضوض ذراعه من فيه فسقطت اسنان العاض وذهب لحم ذراع هذا ترددية الاسنان ويضمن العاض ارش الذراع لان العاض متعد في العض والجاذب غير متعد في الجذب لان العض ضرر وله ان يدفع الضرر عن نفسه رجل جلس الى جنب رجل فجلس على ثوبه وهو لا يعلم فقام صاحب الثوب فانشق ثوبه من جلوس هذا عليه يضمن الجالس نصف ذلك لان التلف حصل من الجلوس والجذب والجالس متعد في الجلوس اذ لم يكن له أن يجلس عليه فكان التلف حاصلًا من فعليهما فيقسم الضمان عليهما رجل أخذ بيد انسان فصاحفه فجذب يده من يده فاقلب ثبات فلا شئ عليه لان الاخذ غير متعد في الاخذ للمصاحفة بل هو مقيم سنة وانما الجاذب هو الذي تعدى على نفسه حيث جذب يده للدفع ضرر لحقه من الاخذ وان كان أخذه ليعصرها فاذا فخر يده ضمن الاخذ ديته لانه هو المتعدى وانما صاحب اليد دفع الضرر عن نفسه بالجر وله ذلك فكان الضمان على المتعدى فان انكسرت يد الممسك وهو الاخذ بالجذب لم يضمن الجاذب لان التعدى من الممسك فكان جانيًا على نفسه فلا ضمان على غيره والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الثاني فتح وجناية الحافر ومن في معناه ممن يحدث شيئًا في الطريق أو المسجد وجناية السائق والقائد وجناية الناحس وجناية الحائط (أما) جناية الحافر فالحفر لا يخلو (أما) ان كان في غير الملك أصلاً (وأما) ان كان في الملك فان كان في غير الملك ينظر ان كان في غير الطريق بان كان في المقازة لا ضمان على الحافر لان الحفر ليس بقتل حقيقة بل هو تسبب الى القتل الا ان التسبب قد يلحق بالقتل اذا كان المسبب متعديًا في التسبب والمتسبب هنا ليس بتعد لان الحفر في المقازة مباح مطلق فلا يلحق به فان عدم القتل حقيقة وتقديرا فلا يجب الضمان وان كان في طريق المسلمين فوقع فيها انسان فمات فلا يخلو اما ان مات بسبب الوقوع واما ان مات غمًا أو جوعا فان مات بسبب الوقوع فالحافر لا يخلو اما ان كان حرا واما ان كان عبدا فان كان حرا يضمن الدية لان حفر البئر على قارعة الطريق سبب لوقوع المار فيها اذ لم يعلم وهو متعد في هذا التسبب فيضمن الدية وتتحمل عنه العاقلة لان التحمل في القتل الخطأ المطلق للتخفيف على القاتل نظر الله والقتل بهذه الطريق دون القتل الخطأ فكانت الحاجة الى التخفيف أبلغ ولا كفارة عليه لان وجوبها متعلق بالقتل مباشرة والحفر ليس بقتل أصلاً حقيقة الا انه الحق بالقتل في حق وجوب الدية فبقى في حق وجوب الكفارة على الاصل ولان الكفارة في الخطأ المطلق انما وجبت شكر النعمة الحياة بالسلامة عند وجود سبب فوت السلامة وذلك بالقتل فاذا لم يوجد لم يجب الشكر وكذا لا يحرم الميراث ان كان وارثا للمعنى عليه ولا الوصية ان كان أجنبيا لان حرمان الميراث والوصية حكم متعلق بالقتل قال النبي عليه الصلاة والسلام لا ميراث لقاتل وقال عليه الصلاة والسلام لا وصية لقاتل ولم يوجد القتل حقيقة وان مات غمًا أو جوعا فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا يضمن وقال محمد يضمن وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات غمًا يضمن وان مات جوعا لا يضمن (وجه) قول محمد رحمه الله ان الضمان عند الموت بسبب السقوط انما وجب لكون الحفر تسييما الى الهلاك ومعنى التسبب موجوده هنا لان الوقوع بسبب النعم والجوع لان البئر يأخذ نفسه واذا طال مكثه بلحقه الجوع والوقوع بسبب الحفر فكان مضيا قاله كما اذا حبسه في موضع حتى مات (وجه) قول أبي يوسف ان النعم من آثار

الوقوع فكان مضافاً الى الحفر فأما الجوع فليس من آثاره فلا يضاف الى الحفر ولا في حقيقته رحمه الله أنه لا يصنع الحافر في القم ولا في الجوع حقيقة لانهما يحدثان بخلق الله تعالى لا يصنع للعبد فيهما أصلاً لا مباشرة ولا تسبباً أما المباشرة فلا شك في انتقامها وأما التسبب فلان الحفر ليس بسبب للجوع لا شك فيه لانه لا ينشأ منه بل من سبب آخر والقم ليس من لوازم البئر فانها قد تم وقد لا تم فلا يضاف ذلك الى الحفر وان أصابته جناية فبادون النفس فضماها على الخافر لانها حصلت بسبب الوقوع والوقوع بسبب الحفر ثم ان بلغ القدر الذي تتحمله العاقلة حمله عليهم والا فيكون في ماله وكذا اذا كان الواقع غير بني آدم لان ضمان المال لا تتحمله العاقل كالألأ تتحمل سائر الديون ثم ان جنايات الحفر وان كثرت من الحر يجب عليه لكل جناية ارشها ولا يستقطش من ذلك بشئ منه ولا يشرك المجنى عليهم فيما يجب لكل واحد منهم لانه بالحفر جنى على كل واحد منهم بحياله فيؤخذ بكل واحدة من الجنايات بحياها هذا هو الأصل وان كان الخافر عبد افان كان قنا جناية به بالحفر بمنزلة جنايته بيده وقد ذكرنا حكم ذلك فيما تقدم وهو ان يحاطب المولى بالدفع أو القداء قلت جنايته أو كثرت غير انه ان كان المجنى عليه واحداً يدفع اليه أو يفدى وان كانوا جماعة يدفع اليهم أو يفدى بجميع الاروش لان جنايات الفتن في رقبته يقال للمولى ادفع أو افد الرقبة تتضايق عن الحقوق فيتضاربون في الرقبة والواجب بجناية الحر يتعلق بدمه العاقلة والدمه لا تتضايق عن الحقوق فان وقع فيها واحداً فمات فدفعه المولى الى ولي جنايته ثم وقع آخر يشارك الاول في الرقبة المدفوعة وكذلك الثالث والرابع فكلما يحدث من جناية بعد الدفع فانهم يشاركون المدفوع اليه الاول في رقبة العبد وكل واحد منهم يضرب بقدر جنايته لان المولى بالدفع الى الاول خرج عن عهدة الجناية لانه فعل ما وجب عليه فخرج عن عهدة الواجب ثم الجناية في حق الثاني والثالث حصلت بسبب الحفر أيضاً والحكم فيها وجوب الدفع فكان الدفع الى الاول دفعا الى الثاني والثالث لا استواء الكل في سبب الوجوب كانه دفعه الى الاول دفعة واحدة ولو حفر هائم أعتقه المولى بعد الحفر قبل الوقوع ثم لحقت الجنايات فذلك على المولى في قيمته يوم عتق يشترك فيها أصحاب الجنايات التي كانت قبل العتق وبعده يضرب في ذلك كل واحد بقدر ارش الجناية لان جناية الفتن وان كثرت فالواجب فيها الدفع والولى بالا عتاق فوت الدفع من غير اختيار القداء فتعتبر قيمته وقت الاعتاق لان فوات الدفع حصل بالا عتاق فتعتبر قيمته يوم الاعتاق بخلاف المدبر انه لا تعتبر قيمته يوم التدبير بل يوم الجناية وان كان فوات الدفع بالتدبير لكن التدبير انما يصير سبباً عند وجود شرطه وهو الجناية فتعتبر قيمته حينئذ على ما بينا فيما تقدم وان كان الخافر مدبراً أو أم ولد فعلى المولى قيمة واحدة قلت الجناية أو كثرت وتعتبر قيمته يوم الجناية وهو يوم الحفر ولا تعتبر زيادة القيمة وتقصانها لانه صار جانياً بسبب الحفر عند الوقوع فتعتبر قيمته وقت الجناية كما اذا جنى بيده وان كان مكاتباً فجنايته على نفسه لا على مولاه كما اذا جنى بيده وتعتبر قيمته يوم الحفر لما بينا ولو حفر بشرافى الطريق فغاء انسان ودفع انساناً وألقاه فيها فالضمان على الدافع لا على الخافر لان الدافع قاتل مباشرة ولو وضع رجل حجراً في قعر البئر فسقط انسان فيها فالضمان على الخافر مع الواضع ههنا كالدافع مع الخافر ولو جاء رجل فخفر من أسفلها ثم وقع فيها انسان فالضمان على الاول كذا ذكر الكرخي رحمه الله وذكر محمد رحمه الله في الكتاب ينبغي في القياس ان يضمن الاول ثم قال وبه نأخذ ولم يذكر الاستحسان وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله في الاستحسان الضمان عليهم لا اشتراكهم في الجناية وهى الحفر فيبشر كان في الضمان (وجه) القياس ان سبب الوقوع حصل من الاول وهو الحفر بازالة المسكة والخفر من الثاني بمنزلة نصب السكين أو وضع الحجر في قعر البئر فكان الاول كالدافع فكان الضمان عليه ولو حفر رجل بشرافى فغاء انسان وسع رأسها فوق وقع فيها انسان فالضمان عليهما نصفان هكذا أطلق في الكتاب ولم يفصل وقيل جواب الكتاب محمول على ما اذا وسع قليلاً بحيث يقع رجل في حفرها (فأما) اذا وسع كثيراً بحيث يقع قدمه في حفر الثاني فالضمان على الثاني لا على الاول لان التوسع اذا كان قليلاً بحيث يقع قدمه في حفرها كان الوقوع بسبب

وجد منهما وهو خفرهما فكان الضمان عليهما وإذا كان كثيرا كان الوقوع بسبب وجد من الثاني فكان الضمان عليه ولو خفر بشر ثم كبسها فجاء رجل وأخرج ما كبس فوقه فيها انسان فالكبس لا يخلو ما ان كان بالتراب والحجارة (واما) ان كان بالحنطة والشعير فان كان بالاول فالضمان على الثاني وان كان بالثاني فالضمان على الاول لان الكبس بالتراب والحجارة يعد طما للبشر والحاقله بالعدم فكان اخراج ذلك منها بمنزلة اخراج بشر أخرى (فاما) الحنطة والشعير ونحوهما فلا يعد ذلك طما بل يعد شعلا لها الا يرى انه بقي أثر الحفر بعد الكبس بالحنطة والشعير ولا يبقى أثره بعد الكبس بالتراب والحجارة ولو خفر بشر اوسد الحافر رأسها ثم جاء انسان فنقضه فوقه فيها انسان فالضمان على الحافر لان أثر الحفر لم يندم بالسد لكن السد صار مانعا من الوقوع والقائح بالفتح أزال المانع وزوال المانع شرط للوقوع والحكم يضاف الى السبب لا الى الشرط ولو وضع رجل سحرا في الطريق فقتل عليه رجل فوقه في بشر حفرها آخر فالضمان على واضع الحجر لان الوقوع بسبب التعثر والتعثر بسبب وضع الحجر والوضع تعد منه فكان التلف مضافا الى وضع الحجر فكان الضمان على واضعه وان كان لم يضعه أحد ولكنه حمل السيل فالضمان على الحافر لانه لا يمكن ان يضاف الى الحجر لعدم التعدي منه فيضاف الى الحافر لكونه متعديا في الحفر ولو اختلف الحافر و ورثة الميت فقال الحافر هو القى نفسه فيها متمدا وقال الورثة بل وقع فيها فالقول قول الحافر في قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الاول القول قول الورثة (وجه) قوله الاول ان الظاهر شاهد للورثة لان العاقل لا يلقى نفسه في البئر عمدا والقول قول من يشهد له الظاهر (وجه) قوله الآخر ان حاصل الاختلاف يرجع الى وجوب الضمان فالورثة يدعون على الحافر الضمان وهو ينكر والقول قول المنكر مع عيئه وما ذكر من الظاهر معارض بظاهر آخر وهو ان الظاهر ان المار على الطريق الذي عشى فيه يرى البئر فتعارض الظاهر ان بقي الضمان على أصل العدم ولو خفر بشر في الطريق فوقه رجل فيها فتعلق بالآخر وتعلق الثاني ثالث فوقه فوافيا توافيا في الاصل لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان علم حال موتهم بان خرجوا أحياء فأخبروا عن حالهم (واما) ان لم يعلم فان علم ذلك (فاما) موت الاول فلا يخلو من سبعة أوجه (اما) ان علم انه مات بوقوعه في البئر خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوع الثاني عليه خاصة (واما) انه علم ان مات بوقوع الثالث عليه خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوع الثاني والثالث عليه (واما) ان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثاني عليه (واما) ان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثالث عليه (واما) ان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثاني والثالث عليه فان علم انه مات بوقوعه في البئر خاصة فالضمان على الحافر لان الحافر هو القاتل تسببا وهو متعد فيه فكان الضمان عليه فان علم انه مات بوقوع الثاني عليه خاصة فدمه هدر لانه هو الذي قتل نفسه حيث جره على نفسه وجناية الانسان على نفسه هدر وان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة فالضمان على الثاني لان الثاني هو الذي جر الثالث على الاول حتى أوقعه عليه وان علم انه مات بوقوع الثاني والثالث عليه فنصفه هدر ونصفه على الثاني لان جره الثاني على نفسه هدر لانه جناية على نفسه وجر الثاني والثالث عليه معتبر فهدر النصف وبقى النصف وان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثاني عليه فالنصف على الحافر لوجود الجناية منه بالحفر والنصف هدر لجره الثاني على نفسه وان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثالث عليه فالنصف على الحافر والنصف على الثاني لانه هو الذي جر الثالث على الاول وان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثاني والثالث عليه فالثلث هدر والثلث على الحافر والثلث على الثاني لانه مات بثلاث جنابات أحدها هدر وهي جره الثاني على نفسه فبقيت جناية الحافر وجناية الثاني بجره الثالث على الاول فتعتبر (واما) موت الثاني فلا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان علم انه مات بوقوعه في البئر خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثالث عليه فان علم انه مات بوقوعه في البئر خاصة فديته على الاول وليس على الحافر شيء لان الاول هو الذي جره الى البئر فكان كالدافع وان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة فدمه هدر لانه مات بفعل نفسه

نفسه حيث جر الثالث على نفسه فهدر دمه وان علم انه مات بسقوطه في البئر و وقوع الثالث عليه فالنصف هدر والنصف على الاول لانه مات بشيئين أحدهما فعل نفسه وهو جر الثالث على نفسه وجنابته على نفسه هدر والثاني فعل غيره وهو جر الاول وايقاعه في البئر وأمام موت الثالث فله وجه واحد لا غير وهو سقوطه في البئر وديته على الثاني لانه هو الذي جره الى البئر وأوقعه فيه هذا كله اذا علم حال وقوعهم وأما اذا لم يعلم فلا يخلو اما ان وجد بعضهم على بعض واما ان وجدوا متفرقين فان كانوا متفرقين فدية الاول على الحافر ودية الثاني على الاول ودية الثالث على الثاني وان كان بعضهم على بعض فالقياس هكذا أيضا وهو ان يكون دية الاول على الحافر ودية الثاني على الاول ودية الثالث على الثاني وهو قول محمد رحمه الله وفي الاستحسان دية الاول أثلاث ثلث على الحافر وثلث على الثاني وثلث هدر ودية الثاني نصفان نصف هدر ونصف على الاول ودية الثالث كلها على الثاني ولم يذكر محمد رحمه الله في الاستحسان انه قول من وجه القياس انه وجد ملوت كل واحد سبب ظاهر وهو الخفر للاول والجمر من الاول للثاني والجمر من الثاني للثالث وضافة الاحكام الى الاسباب الظاهرة أصل في الشريعة (وجه) الاستحسان انه اجتمع في الاول ثلاثة أسباب كل واحد منها صالح للثبوت وقوعه في البئر و وقوع الثاني و وقوع الثالث عليه الا ان وقوع الثاني عليه حصل بجره اياه على نفسه فهدر الثلث وبقى الثلثان ثلث على الحافر بجره وثلث على الثاني بجره الثالث على نفسه ووجد في الثاني شيئا من الخفر و وقوع الثالث عليه الا ان وقوعه عليه حصل بجره فهدر نصف الدية وبقى النصف على الحافر ولم يوجد في الثالث الاسباب واحده وهو جر الثاني اياه الى البئر والاصل في الاسباب اعتبارها ما أمكن واعتبارها يقتضي ان يكون الحكم ما ذكرنا والله تعالى أعلم ولو استأجر رجلا ليحفر له بئر في الطريق فحفر فوقه فيها انسان فان كانت البئر في فناء المستأجر فالضمان عليه لا على الاجير لان له ولاية الانتفاع بفنائه اذا لم يتضمن الضرر بالمارة على أصلهما مطلقا وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله اذا لم يمنع منه مانع فانصرف مطلق الامر بالخفر اليه فاذا حفر في فناءه انتقل فعل المأمور اليه كانه حفر بنفسه فوقه فيها انسان ولو كان كذلك وجب الضمان عليه كذا هذا وان لم يكن ذلك في فناءه فان أعلم المستأجر الاجير ان ذلك ليس من فناءه فالضمان على الاجير لا على الآخر لان الاجير لم يحفر بأمره فبقى فعله مقصورا عليه كانه ابتدأ الخفر من نفسه من غير أمر فوقه فيها انسان وان لم يعلمه فالضمان على الآخر لانه غره بالامر بخفر البئر في الطريق مطلقا انما يأمر بما يملكه مطلقا عادة فيلزمه ضمان الغرور وهو ضمان الكفالة في الحقيقة كانه ضمن له ما يلزمه من الخفر بمنزلة ضمان الدرك ولو أمر عبده ان يحفر بئر في الطريق فحفر فوقه فيها انسان فان كان الخفر في فناءه فالضمان على عاقلة المولى لانه يملك الامر بالخفر في هذا المكان فينتقل فعله الى المولى كانه حفر بنفسه وان كان في غير فناءه فالضمان في رقبة العبد يخاطب المولى بالرفع أو القداء لان الامر بالخفر لا ينصرف الى غير فناءه فصار مبتدئا في الخفر بنفسه سواء أعلم العبد انه ليس من فناءه أو لم يعلمه بخلاف الاجير لان وجوب الضمان على الآخر هناك بمعنى الغرور وعلى ما بينا ولا يتحقق الغرور فيما بين العبد وبين مولاه فيستوى فيه العلم والجهل وان كان الخفر في الملك فان كان في ملك غيره بان حفر بئر في دار انسان بغير اذنه فوقه فيها انسان يضمن الخافر لانه متعد في التسبب ولو قال صاحب الدار أنا أمرته بالخفر وأنكر أولياء الميت فالقياس أن لا يصدق صاحب الدار والقول قول الورثة وفي الاستحسان يصدق والقول قول الخافر (وجه) القياس ان الخفر وقع موجبا للضمان ظاهر لانه صادف ملك الغير وانه مظهر فكان متعديا في الخفر من حيث الظاهر فصاحب الدار بالتصديق يريد ابراء الجاني عن الضمان فلا يصدق (وجه) الاستحسان ان قول صاحب الدار أمرته بذلك اقرار منه بما يملك انشاءه للمال وهو الامر بالخفر فيصدق وان كان في ملك نفسه لا ضمان عليه لان الخفر مباح مطلق له فلم يكن متعديا في التسبب وان كان في فناءه يضمن لان الانتفاع به مباح بشرط السلامة كالسير في الطريق ولو استأجر أربعة يحفرون له بئرًا فوقعت عليهم من حفرة فمات أحد منهم فعلى كل واحد من الثلاثة ربع الدية وهدر

القدر الذي تتحمل العاقلة وهو نصف عشر دية الرجل وما لم يبلغ ذلك القدر أو كان منها في غير بني آدم يكون في ماله
 لأن تحميل العاقلة ثبت بخلاف القياس لعدم الجناية منهم وقد قال الله تبارك وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى
 عرفناه بنص خاص في بني آدم بهذا القدر فيقضي الأمر فيأدونه وفي غير بني آدم على الأصل ولا كفارة عليه ولا يحرم
 الميراث لو كان وارثاً للمجنى عليه ولا الوصية لو كان أجنبياً لأنه لم يباشر القتل وقد قالوا فيمن وضع كناسة في
 الطريق فمطب بها إنسان أنه يضمن لأن التلف حصل بوضعه وهو في الوضع متعد وقال محمد إن وضع ذلك في
 طريق غير نافذة وهو من أهله لم يضمن لعدم التعدى منه إذا الطريق مشترك بين أهل السكة فيكون لكل واحد من
 أهلها الانتفاع به كالدار المشتركة ولو سقط الميزاب الذي نصبه صاحب الدار إلى طريق المسلمين على إنسان فقتله
 إن أصابه الطرف الداخل في الحائط لم يضمن لأنه في ذلك القدر متصرف في ملك نفسه فلم يكن متعدياً فيه وإن أصابه
 الطرف الخارج إلى الطريق يضمن لأنه متعد في إخراجه إلى الطريق وإن أصابه الطرفان جميعاً يضمن النصف
 لأنه متعد في النصف لا غير وإن كان لا يدري فالقياس أن لا يضمن شيئاً لأنه إن كان أصابه الطرف الداخل
 لا يضمن وإن كان أصابه الطرف الخارج يضمن والضمان لم يكن واجباً فوقع الشك في وجوهه فلا يجب بالشك
 وفي الاستحسان يضمن النصف لأنه إذا لم يعرف الطرف الذي أصابه أنه الداخل أو الخارج يجعل كأنه أصابه
 الطرفان جميعاً كما في العرق والحرق أنه إذا لم يعرف التقدم والتأخر في موتهم يجعل كأنهم ماتوا جملة واحدة في أو أن
 واحد حتى لا يرث البعض من البعض كذا هذا ولو أحدث شيئاً مما ذكرنا في المسجد بأن حفر بئر في المسجد لاجل
 الماء أو بني فيه بناء كانا أو غيره فمطب به إنسان فإن كان الحافر والباني من أهل المسجد فلا ضمان عليه وإن كان
 من غير أهله فإن فعل باذن أهل المسجد فكذلك وإن فعل بغير أذنهم يضمن بالاجماع لأن تدبير مصالح المسجد إلى
 أهل المسجد فافعله لا يكون مضموناً عليهم كالأب أو الوصي إذا فعل شيئاً من ذلك في دار اليتيم ومتولى الوقف
 إذا فعل في الوقف وأما غير أهل المسجد فليس له ولاية التصرف في المسجد بغير أذن أهل المسجد فإذا فعل بغير أذنهم
 كان متعدياً في فعله فكان مضموناً عليه ولو علق قنديل أو بسط حصيراً أو ألقى فيه الحصى فإن كان من أهل المسجد
 فلا ضمان عليه وإن لم يكن من أهل ذلك المسجد فإن فعله باذن أهل المسجد فكذلك وإن فعل بغير أذنهم يضمن في
 قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما لا يضمن (وجه) قولهما أن المسجد لعامة المسلمين فكان كل واحد من
 أحاد المسلمين بسبيل من إقامة مصالحه ولأن هذه المصالح من عمارة المسجد وقد قال الله تبارك وتعالى إنما عمر
 مساجد الله من آمن بالله من غير تخصيص إلا أن لأهل المسجد ضرب اختصاص به فيظهر ذلك في التصرف في نفسه
 بالحفر والبناء لا في القنديل والحصير كالمالك مع المستعير أن المستعير ولاية بسط الحصير وتعليق القنديل في دار
 الإعارة وليس له ولاية الحفر والبناء كذا هذا ولأبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن التدبير في مصالح المسجد إلى أهل
 المسجد لا إلى غيرهم بدليل أن لهم ولا يمتنع غيرهم عن التعليق والبسط وعمارة المسجد فكان الغير متعدياً في فعله
 فالتولد منه يكون مضموناً عليه كما لو وضع شيئاً في دار غيره بغير أذنه فمطب به إنسان ولهذا ضمن بالحفر والبناء
 كذا هذا وكون المسجد لعامة المسلمين لا يمنع اختصاص أهله بالتدبير والنظر في مصالحه كالكمبة فإنها
 لجميع المسلمين ثم اختص بنوشية بغفاتها حتى روي أنه عليه الصلاة والسلام لما أخذ مفتاح الكمبة منهم ودفعه
 إلى عمه العباس رضي الله عنه عند طلبه ذلك أمره الله تبارك وتعالى برده إلى بني شيبه بقوله تبارك وتعالى
 إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ولو جلس في المسجد فمطب به إنسان إن كان في الصلاة لا يضمن
 الجالس سواء كان الجالس من أهل المسجد أو لم يكن من أهله لأن المسجد بني للصلاة فلو أخذ المصلي بالضمان لصار
 الناس ممنوعين عن الصلاة في المساجد وهذا لا يجوز وإن جلس لحديث أو نوم فمطب به إنسان يضمن في قول أبي
 حنيفة رحمه الله تعالى وفي قولهما لا يضمن وجه قولهما أن الجلوس في المسجد لغير الصلاة من الحديث والنوم مباح فلم

يكن الهلاك حاصلًا بسبب هو متعدي فيه فلا يجب الضمان كما لو جلس في داره فعبر عليه انسان فعطب به أنه لا يضمن كذا هذا ولا يبي حنيفة رضي الله عنه أن المسجد بني للصلاة لا للحديث والنوم فإذا شغله بذلك صار متعديًا فيضمن كما لو جلس في الطريق للاستراحة فعطب به انسان أنه يضمن لأن الطريق جعل للاحتياز لا للجلوس وإذا جلس فقد صار متعديًا فيضمن كذا هذا وقولهما الحديث والنوم مباح في المسجد مسلم لكن بشرط سلامة العاقبة ولم يوجد الشرط فكان تعديًا ولو جلس لانتظار الصلاة أو لقرأة قرآن أو لعبادة من العبادات غير الصلاة فلا شك أن على أصلهما لا يضمن لأنه لو جلس لعيرقربة لا يضمن فإذا جلس لقربة فهو أولى وأما على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يضمن لأن المنتظر للصلاة في الصلاة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال بعضهم يضمن لأنه ليس في الصلاة حقيقة وإنما الحق بالمصلي في حق الثواب لا غير والله تعالى أعلم ومن هذا الجنس جنابة السائق والقائد بان ساق دابة في طريق المسلمين أو قادها فوطئت انسانًا بأيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت فهو ضامن لما ذكرنا من الأصل أن السوق والقود في الطريق مباح بشرط سلامة العاقبة فإذا حصل التلف بسببه ولم يوجد الشرط فوقع تعديًا فالتولد منه فيما يمكن التحرز عنه يكون مضمونًا وهذا مما يمكن الاحتراز عنه بان يدور الناس عن الطريق فيكون مضمونًا وسواء كان السائق أو القائد راجلًا أو راكبًا إلا أنه إذا كان راكبًا فعليه الكفارة إذا وطئ دابته انسانًا بأيدها أو برجلها ويحرم الميراث والوصية وإن كان راجلًا لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية لأن هذه الأحكام تتعلق بثبوتها بمباشرة القتل لا بالتسبيب والمباشرة من الركب لا من غيره وإن كان أحدهما سائقًا والآخر قائدًا فالضمان عليهما لأنهما اشتركا في التسبيب فيشتري في الضمان وكذلك إذا كان أحدهما سائقًا والآخر راكبًا أو كان أحدهما قائدًا والآخر راكبًا فالضمان عليهما لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما إلا أن الكفارة تجب على الركب وحده فيما وطئت دابته انسانًا فقتلته لوجود القتل منه وحده بمباشرة فان قاد قطارًا فأصاب الأول أو الآخر أو الوسط انسانًا بأيده أو رجل أو صدم انسانًا فقتله فهو ضامن لذلك لأنه فعل فعلا هو سبب حصول التلف فيضمن وهو مما يمكن الاحتراز عنه كما إذا وضع حجرا في الطريق أو حفر فيه برًا فان كان معه سائق في آخر القطار فالضمان عليهما لأن كل واحد منهما سبب التلف وإن كان السائق في وسط القطار فأصاب مما خلف هذا السائق وما بين يديه شيئًا فهو عليهم لأن ما بين يديه هو له سائق والاول له قائد وما خلفه هم له قائدان (أما) قائد القطار فلا شك فيه لأن بعضه مربوط ببعض (وأما) السائق الذي في وسط القطار فلا نه بسوقه ما بين يديه قائد لما خلفه لأن ما خلفه يتبادر بسوقه فكان قائد القود والسوق كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان لما بيننا وان كان أحيا نافي وسط القطار وأحيا نايًا تقدم وهو يسوقها في ذلك فهو والاول سواء لأنه سائق وقائد والسوق والقود كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان وإن كانوا ثلاثة أحدهم في مقدمة القطار والآخر في مؤخر القطار وآخر في وسطه فان كان الذي في الوسط والمؤخر لا يسوقان ولكن المتقدم يقود فأصاب الذي قدام الوسط شيئًا فذلك كله على القائد لأن التلف حصل بسبب القود وما أصاب الذي خلفه فذلك على القائد الاول وعلى الذي في الوسط لأنهما قائدان لما بيننا وعلى المؤخر أيضًا إن كان يسوق هو وإن كان لا يسوق لاشي عليه لأنه لم يوجد منه صنع وإن كانوا جميعا يسوقون فالتلف بذلك فضائنه عليهم جميعا لوجود التسبيب منهم جميعا وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات لو أن رجلا يقود قطارا وآخر من خلف القطار يسوقه يزرع بالبل فيزجرن بسوقه وعلى الابل قوم في الحامل نيام فوطئ بعير منها انسانًا فقتله فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكب على البعير الذي وطئ وعلى الراكبين على الذين قدام البعير الذي وطئ على عواقلهم جميعا على عدد الرؤس والكفارة على ركب البعير الذي وطئ خاصة أما السائق والقائد فلا نهما مقربان القطار إلى الجنابة فكانا مسببين للتلف (وأما) الراكب للبعير الذي وطئ فلا شك فيه لأن التلف حصل بفعله

(وأما) الركابون امام البعير الذي وطئ* فلانهم قادة لجميع ما خلفهم فكانوا قائدين للبعير الواطئ* ضرورة فكانوا مسببين للتلغ أيضا فاشتركو في سبب وجوب الضمان فانقسم الضمان عليهم وانما كانت الكفارة على راكب البعير الذي وطئ خاصة لانه قاتل بالمباشرة لحصول التلغ بثقله وتقل الدابة الا أن الدابة آلت له فكان الاثر الحاصل بفعله مضاعفا اليه فكان قاتلا بالمباشرة ومن كان من الركبان خلف البعير الذي وطئ لا يزرع الا بل ولا يسوقها راكبا على بعير منها أو غير راكب فلا ضمان على أحد منهم لانه لم يوجد منهم سبب وجوب الضمان اذ لم يسوقوا البعير الذي وطئ ولم يقودوه فصاروا كمتاع على الابل ولو قاد قطارا أو على بعير في وسط القطار راكب لا يسوق منه شيئا ف ضمان ما كان بين يديه على القائد خاصة و ضمان ما خلفه عليهم جميعا لان الركاب غير سائق لما بين يديه لان ركوبه لهذا البعير لا يكون سوقا لما بين يديه كما أن مشيه الى جانب البعير لا يكون سوقا لايه اذ لم يسقه ولكنه سائق لما ركبه لان البعير انما يسير بركوب الركاب وحته واذا كان سائقا له كان قائدا لما خلفه فكان ضمانه عليهما واذا كان الرجل يقود قطارا فجاء رجل وربط اليه بعيرا فوطئ البعير انسا فالتقاء لا يخلو اما ان كان لا يعلم ربطه واما ان علم ذلك فان لم يعلم فالدية على القائد تتحمل عنه عاقبته ثم عاقبته يرجعون على عاقلة الربط (أما) وجوب الدية على القائد فلانه قاتل تسييبا وضمان القتل ضمان اتلاف وانه لا يختلف بالعلم والجهل (وأما) رجوع عاقلة القائد على عاقلة الربط فلان الربط متعد في الربط وهو السبب في لزوم الضمان للقائد فكان الرجوع عليه وكذلك لو كانت الابل وقوفالا فتقاد فجاء رجل وربط اليها بعيرا والقائد لا يعلم فتقاد البعير معها فوطئ البعير انسا فالتقاء الدية على القائد يتحمل عنه عاقبته الا أن ههنا لا ترجع عاقلة القائد على عاقلة الربط لان الربط وان تعدى في الربط وانه سبب لوجوب الضمان لكن القائد لما قاد البعير عن ذلك المكان فقد أزال تعديته فزال الضمان عنه ويتعلق بالقائد كمن وضع حجرا في الطريق فجاء انسان فدحرجه عن ذلك المكان ثم عطب به انسان فالضمان على الثاني لا على الاول لما قلنا كذا هذا بخلاف المسألة الاولى لان هناك وجد الربط والابل سائرة فلم يستقر مكان التعدي ليزول بالاتصال عنه فبقى التعدي ببقاء الربط وان كان القائد علم بالربط في المسألتين جميعا فتقاده على ذلك فوطئ البعير انسا فقتله فالدية على القائد تتحمل عنه عاقبته ولا ترجع عاقبته على عاقلة الربط لانه لما قادم مع علمه بالربط فقد رضى بما يلحقه من العهدة في ذلك فصار علمه بالربط بمنزلة أمره بالربط ولوربط بأمره كان الامر على ما وصفنا كذا هذا ولو سقط سرج دابة فعطب به انسان فالدية على السائق أو القائد لان السقوط لا يكون الا بتقصير منه في شد الحزام فكان مسببا للقتل متعديا في التسييب والله سبحانه وتعالى أعلم ومن هذا النوع جنائية الناحس والضارب وجملة الكلام فيه ان الدابة المنخوسة أو المضروبة (أما) أن يكون عليها راكب (وأما) أن لا يكون عليها راكب فان كان عليها راكب فالراكب لا يخلو اما ان كان سائرا واما ان كان واقفا والسير والوقوف اما ان يكون في موضع أذن له بذلك (وأما) أن يكون في موضع لم يؤذن له به والناخس أو الضارب لا يخلو من أن يكون نخس أو ضرب بغير أمر الركاب أو بأمره فان فعل ذلك بغير أمر الركاب فتمتحت الدابة برجلها أو ذنبها أو نقرت فصدمت انسا فقتلته فان فعلت شيئا من ذلك على فور النخسة والضربة فالضمان على الناحس والضارب يتحمل عنهما عاقبتهما لا على الركاب سواء كان الركاب واقفا أو سائرا أو سواء كان في سيره أو وقوفه فيما أذن له بالسير فيه والوقوف أو فيما لم يؤذن بان كان يسير في ملكه أو في طريق المسلمين أو في ملك الغير أو كان يقف في ملكه أو في سوق الخيل ونحوه أو في طريق المسلمين وانما كان كذلك لان الموت حصل بسبب النخس أو الضرب وهو متعد في السبب فيضمن ما تولد منه كما لو دفع الدابة على غيره والراكب الواقف على طريق العامة وان كان متعديا أيضا لكنه ليس بمتعد في التعدي والناخس متعد في التعدي وكذا الضارب فاشبهه الدافع مع الحافر وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه ضمن الناحس دون الركاب وكذا روى عن ابن مسعود رضي الله عنه انه فعل هكذا وكان ذلك منهم ما يحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم يعرف

الا نكار من أحد فيكون اجماع من الصحابة وانما شرط الفور لوجوب الضمان على الناحس والضارب لان الهلاك عند سكون الفور يكون مضافا الى الدابة لا الى الناحس والضارب ولو نخسها أو ضربها وهو سائر عليها فوطئت انسا نأقتلته لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أن الضمان عليهما لان الموت حصل بثقل الراكب وفعل الناحس وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فقد اشتركا في سبب وجوب الضمان وكذلك اذا كان واقفا عليهما لقلنا ونجب الكفارة على الراكب لوجود القتل منه مباشرة كما قلنا في الراكب مع السائق أو القائد ولو نخسها أو ضربها فوطئت والقت الراكب فالناخس أو الضارب ضامن لحصول التلف بسبب هومته فيه وهو النخس والضرب فيضمن ما تولد منه فان لم تلته ولكنها جحت به فأصابته في فورها ذلك فعلى الناحس أو الضارب لما ذكرنا أن فعل كل واحد منهما وقع سببا للهلاك وهو متعدي في التسبب فان نجت الدابة الناحس أو الضارب فقتلته فدمه هدر لانه هلك من جناية نفسه وجناية الانسان على نفسه هدر هذا اذا نخس أو ضرب بغير أمر الراكب فاما اذا فعل ذلك بأمر الراكب فان كان الراكب سائرا فإذن له بالسير فيه بان كان يسير في ملك نفسه أوفى طريق المسلمين أو واقفا فإذن له بالوقوف بان وقف في ملك نفسه أوفى سوق الخيل وغيره من المواضع التي أذن بالوقوف فيها فنفتحت الدابة برجلها انسا نأقتلته فلا ضمان على الناحس ولا على الضارب ولا على الراكب لانه أمره بما يملكه بنفسه فصاح أمره به فصار كانه نخس أو ضرب بنفسه فنفتحت وقد ذكرنا ان النفحة في حال السير والوقوف في موضع اذن بالسير أو بالوقوف فيه غير مضمون على أحد لا على الراكب ولا على السائق ولا على القائد وان كان الراكب سائرا فإذن له بالسير بان كان يسير في ملك الغير أو كان واقفا فإذن له بالوقوف فيه كما اذا كان واقفا في ملك غيره أوفى طريق المسلمين فنفتحت فالدية عليهما نصفان نصف على الناحس أو الضارب ونصف على الراكب ولا كفارة عليهما كذا ذكر في ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ان الضمان على الراكب ووجهه ان الناحس أو الضارب نخس أو ضرب لها باذن الراكب وهو راكب وهو يملك ذلك بنفسه فانتقل فعله اليه فكان فعله بنفسه فكان الضمان عليه وجه ظاهر الرواية ان الناحس أو الضارب مع الراكب اشتركا في سبب وجوب الضمان أما الناحس أو الضارب فلا يشكل لوجود سبب القتل من كل واحد منهما على سبيل التعدي (وأما) الراكب فلا نه صار بالامر بالنخس أو الضرب ناخسا أو ضارا بالنفحة المتولدة من نخسه وضربه في هذه المواضع مضمونة عليه الا أنه لا كفارة عليهما لحصول القتل بالتسبب لا بالمباشرة هذا اذا نجت فاما اذا صدمت فان كان الراكب سائرا أو واقفا في ملك نفسه فلا ضمان على الناحس والضارب ولا على الراكب لان فعل النخس والضرب مضاف الى الراكب لخصوله بامرهم والصدمة في الملك غير مضمونة على الراكب سواء كان سائرا أو واقفا وان كان سيره أو وقوفه في طريق المسلمين أو في ملك الغير فينبغي أن يكون على الاختلاف الذي ذكرنا في النفحة اذا كان الراكب واقفا في موضع لم يؤذن بالوقوف فيه لان الصدمة مضمونة على الراكب اذا كان في طريق المسلمين واقفا كان أو سائرا وكذا في ملك الغير فيتأني فيه الخلاف الذي ذكرنا في النفحة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا نجت أو صدمت فاما اذا وطئت انسا نأقتلته فالضمان عليهما سواء كان الراكب سائرا أو واقفا في أي موضع كان فيما اذن فيه أو لم يؤذن لانهما اشتركا في سبب القتل لحصول الموت بثقل الراكب والدابة وفعل الناحس ونجب الكفارة على الراكب لانه قاتل مباشرة فصار الراكب مع الناحس كالراكب مع السائق والقائد ان الدية عليهما نصفان والكفارة على الراكب خاصة كذا ههنا هذا الذي ذكرنا اذا كان على الدابة المنخوسة أو المضروبة راكب فاما اذا لم يمكن عليها راكب فان لم يمكن لا سائق ولا قائد فنخسها انسا نأقتلته فإصابة شيء على فور النخسة والضربة فضمنا على الناحس والضارب في أي موضع كانت الدابة لانه سبب الاختلاف بالنخس والضرب وهو متعدي في التسبب فاما تولد منه يكون مضمونا عليه وان كان عليها سائق أو قائد فنخس أو ضرب

بغير أمره فنفتحت أو نفرت فصدمت أو وطئت انساناً فقتلته فالضمان على الناحس أو الضارب لا على السائق والقائد في أى موضع كان الناحس والقائد لأن الناحس مع السائق والقائد كالدافع مع الحافر لأنه بالنحس أو الضرب كأنه دفع الدابة على غيره وكذلك إذا كان لها سائق وقائد يقود أحدهما ويسوق الآخر فنحس أو ضرب بغير إذن واحد منهما فالضمان على الناحس والضارب لا عليهما في أى موضع كان الناحس والقائد لما ذكرنا أن الناحس متعمد كالدافع للدابة وكذا الضارب ولا تعتمد من السائق والقائد وإن كان كل واحد منهما أمره بذلك فنفتحت فإن كان سوقه أو قوده فيما أذن له بالسوق والقود فيه فلا ضمان على الناحس والضارب وإن فعل ذلك بأمر السائق أو القائد فإن كان يسوق أو يقود فيما أذن له بالسوق والقود فيه بأن كان في ملكه أو في طريق المسلمين لا ضمان على أحد لأن فعله يضاف إليه كالسائق أو القائد وإن كان يسوق أو يقود فيما أذن له بذلك بأن كان في ملك الغير فعلى قياس ما ذكرنا في ظاهر الرأية الضمان على الناحس والضارب وعلى السائق أو القائد ولا كفارة عليهما وعلى قياس ما ذكره ابن رستم عن أبي يوسف الضمان على السائق أو القائد خلاصته أن صدمت فقتلت انساناً فإن كان السائق يسوق في ملك نفسه فلا ضمان على أحد لأن فعل الناحس أو الضارب بأمر السائق أو القائد مضاف إليه والصدمة في الملك غير مضمونة على السائق والقائد والراكب وإن كان يسوق أو يقود في طريق المسلمين أو في ملك الغير فهو على الاختلاف وإن وطئت انساناً فقتلته فهو على الاختلاف أيضاً سواء كان سوقه أو قوده فيما أذن له بالسوق أو القود فيه أو لم يكن لأن الوطأة مضمونة على كل حال والله تعالى أعلم وإن وطئت تحجب القيمة باختلاف لكن في قياس ظاهر الرأية على الناحس والضارب وعلى السائق والقائد نصفان وعلى قياس رواية ابن سبعة عن أبي يوسف على السائق والقائد خاصة والله تعالى أعلم بالصواب ومن هذا القبيل جنابة الحائط المائل إذا سقط على رجل فقتله أو على متاع فافسده أو على دار فهدمها أو على حيوان فعض به وجملة الكلام فيه أن الحائط لا يخلو ما إن بني مستويا مستقيماً مال (واما) إن بني مائلاً من الأصل فإن بني مستقيماً مال فيلانه لا يخلو ما إن يكون إلى الطريق (واما) إن يكون إلى ملك انسان فإن كان إلى الطريق لا يخلو من أن يكون نافذاً وهو طريق العامة أو غير نافذ وهو السكة التي ليست بنافذة فإن كان نافذاً فسقط فعطبه شيء مما ذكرنا يجب الضمان على صاحب الحائط إذا وجد شرائط وجوبه فيقع الكلام في سبب وجوب الضمان وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان ماهية الضمان الواجب وكيفيته (اما) الأول فسبب وجوب الضمان هو التعدي بالتسبب إلى الاتلاف بترك النقض المستحق مع القدرة على النقض لأنه إذا مال إلى طريق العامة فقد حصل الهوان في يد صاحب الحائط من غير فعله وهو الطريق حق العامة كنفس الطريق فقد حصل حق الغير في يده بغير صنعه فإذا طولب بالنقض فقد لزمه إزالة يده عنه بهدم الحائط فإذا لم يفعل مع الامكان فقد صار متعدياً باستبقاء يده عليه كحطب هبت به الريح فالتفت في دار انسان فطولب به فامتنع من الرد مع امكان الرد حتى هلك يضمن لما قلنا كذا هذا وقد روى عن جماعة من التابعين مثل الشعبي وشرح وابراهيم وغيرهم رحمهم الله أنهم قالوا إذا تقدم اليه في الحائط فلم يهدمه وجب عليه الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

فصل وأما شرائط الوجوب فمنها المطالبة بالنقض حتى لو سقط قبل المطالبة فعطبه شيء لا ضمان على صاحب الحائط لأن الضمان يجب بترك النقض المستحق لأن به يصير متعدياً في التسبب إلى الاتلاف ولا يثبت الاستحقاق بدون المطالبة وصورة المطالبة هي أن يتقدم اليه واحد من عرض الناس فيقول له إن حائطك هذا مائل أو مخوف فارفعه فإذا قال ذلك لزمه رفعه لأن هذا حق العامة فإذا قام به البعض صار خصماً عن الباقيين سواء كان الذي تقدم اليه مسلماً أو ذمياً حراً أو عبداً بعد أن كان أذن له مولاه بالخصومة فيه بالغا أو صبياً بعد أن كان عاقلاً وقد أذن له وليه بالخصومة فيه لأن الطريق حق جميع أهل الدار فكان لكل واحد من أهل الدار حق المطالبة بازالتسبب الضرر عنه لأنه لا بد من عقل الطالب وكونه مأذوناً بالتصرف لأن كلام المجنون والمجنون عليه غير معتبر في الشرع فكان

ملحقاً بالعدم وينبغي أن يشهد على الطلب وتفسير الاشهاد ما ذكره محمد رحمه الله وهو أن يقول الرجل اشهدوا اني قد
تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا والاشهاد للتحرز عن الجحود والانكار لجواز ان ينكر صاحب الحائط
المطالبة بالنقض فتتبع الحاجة الى الاشهاد لاثبات الطلب عند القاضي لا لصحة الطلب فان الطلب يصح بدون
الاشهاد حتى لو اعترف صاحب الدار بالطلب يجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وكذا اذا أنكر يجب عليه
الضمان فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى ونظيره ما قلناه في الشفعة أن الشرط فيها الطلب لا الاشهاد وانما الاشهاد
للحاجة الى اثبات الطلب على تقدير الانكار حتى لو أقر المشتري بالطلب ثبتت حق الشفعة وان لم يشهد على الطلب
وكذا لو جحد الطلب ثبت الحق له فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى وكذا الاشهاد في باب اللقطة على أصل أبي
حنيفة رحمه الله من هذا القبيل وقد ذكرنا ذلك في كتاب اللقطة ولو طوب صاحب الحائط بالنقض فلم ينقض حتى
سقط الى الطريق فعثر بنقضه انسان فعط به فان كان قد طوب بدفع النقض يضمن لانه اذا طوب بالرفع لزمه الرفع
فاذا لم يرفع صار متعدياً فيضمن ما تولد منه وان كان لم يطالب برفعه لا ضمان عليه عند أبي يوسف وعند محمد يضمن
وجه قوله انه لما طوب بالنقض فلم ينقض حتى سقط صار متعدياً بترك النقض فحصل التلف بسبب هو متعد فيه
فيضمن ولهذا ضمن اذا وقع على انسان كذا اذا عطب بنقضه انسان وجه قول أبي يوسف ان الحائط قد زال عن
الموضع الذي طوب فيه لانتقاله عن محل الجناية وهو الهواء الى محل آخر بغير صنع صاحبه فلا بد من مطالبة أخرى
كمن وضع حجر في الطريق فدرجته الرخ الى موضع آخر فعطب به انسان انه لا ضمان على الواضع كذا ههنا
بخلاف ما اذا سقط على انسان لانه لما زال عن محل المطالبة وهو الهواء الذي هو محل الجناية فلا يحتاج الى مطالبة
أخرى وان كان الطريق غير نافذ فالخصومة الى واحد من أهل تلك السكة لان الطريق يحتمل فكان لكل واحد
منهم ولاية التقدم الى صاحب الحائط وان كان ميلان الحائط الى ملك رجل فالمطالبة بالنقض والاشهاد الى صاحب
الملك لان هو املكه حقه وقد شغل الحائط حق صاحب الملك فكانت المطالبة بالتفريق اليه فان كان في الدار ساكن
كالمتأجر والمستعير فالمطالبة والاشهاد الى الساكن فيشترط طلب الساكن أو الملك لان الساكن له حق المطالبة
بازالة ما يشغل الدار فكان له ولاية المطالبة بازالة ما يشغل الهواء أيضاً ولو طوب صاحب الحائط بالنقض فاستأجر
الذي طالبه أو استأجر القاضي فأجله فان كان ميلان الحائط الى الطريق فالتأجيل باطل وان كان ميلانه الى دار
رجل فأجله صاحب الدار أو أبرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط والله
سبحانه وتعالى أعلم ووجه الفرق بينهما أن الحق في الطريق لجماعة المسامين فاذا طوب واحد منهم بالنقض فقد
تعلق الضمان بالحائط لحق الجماعة فكان التأجيل والابراء اسقاطاً لحق الجماعة فلا يملك ذلك بخلاف ما اذا كان
الميلان الى دار انسان لان هناك الحق لصاحب الدار خاصة وكذلك الساكن فكان التأجيل والابراء منه اسقاطاً
لحق نفسه فيملكه وكذلك لو وضع رجل في دار غيره حجر او حفر فيها بئراً أو بنى فيها بناءً أو أبرأه صاحب الدار منه كان
برئاً ولا يلزمه ما عطب بشئ من ذلك سواء عطب به صاحب الدار أو داخل دخل لان الحق له فيملك اسقاطه كانه
فعل ذلك باذنه (ومنها) أن يكون المطالب بالنقض ممن يلي النقض لان المطالبة بالنقض ممن لا يلي النقض سفسه
فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة فلا تصح مطالبة المستودع والمستعير والمتأجر والمرتهن لانه ليس لهم ولاية
النقض فتصح مطالبة الراهن لان له ولاية النقض لقيام الملك فينقض ويقضى الدين فيصير متعدياً بترك النقض
وتصح مطالبة الاب والوصي في هدم حائط الصغير لثبوت ولاية النقض لهما فان لم ينقض حتى سقط يجب الضمان
على الصبي لان التلف بترك النقض المستحق على الولى والوصي مضاف الى الصبي لقيامهما مقام الصبي والصبي
مؤاخذ بما فعله فيضمن وتتحمل عنه عاقبته فيما تتحمل العاقلة ويكون في ماله فيما لا تتحمله العاقلة كالبالغ سواء وعلى
هذا يخرج ما اذا كان الحائط المائل لجماعة فطوب بعضهم بالنقض فلم ينقض حتى سقط فعطب به شئ ان القياس

أن لا يضمن أحد منهم شيئاً وفي الاستحسان يضمن الذي طوّل وجه القياس أنه لم يوجد من أحد منهم ترك النقض المستحق (أما) الذين لم يطالبوا بالنقض فظاهر (وأما) الذي طوّل به فلان أحد الشركاء لا يلى النقض بدون الباقي وجه الاستحسان أن المطالب بالنقض ترك النقض مع القدرة عليه لأنه يمكنه أن يخاصم الشركاء ويطالبهم بالنقض إن كانوا حضروا وإن كانوا غيباً يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره القاضي بالنقض لأن فيه حقاً لجماعة المسلمين والأمام يتولى ذلك لهم فيأمر الحاضر بنقض نصيبه ونصيب الغائبين فإذا لم يفعل فقد صار متعدياً بترك النقض المستحق فيضمن ما تولد منه لكن بقدر حصته من الحائط في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما عليه ضمان النصف وجه قولهما أن أنصبا الشركاء الآخرين لم يجب بها ضمان فكانت كنصيب واحد كن جرحه رجل وعقره سبع ونهشته حية فبات من ذلك كله أن على الجار ح النصف لأن عقر السبع ونهش الحية لم يجب بهما ضمان فكانا كالشيء الواحد كذا هذا ولا يلى حنيفة رضي الله عنه أن التلف حصل بثقل الحائط وليس ذلك معنى مختلفاً في نفسه فيضمن بمقدار نصيبه والله تعالى أعلم ومنها قيام ولاية النقض وقت السقوط ولا يكتفى بثبوتها وقت المطالبة لأنه إنما يصير متعدياً بترك النقض عند السقوط كأنه أسقطه فإذ لم يبق له ولاية النقض عند السقوط لم يصير متعدياً بترك النقض فلا يجب الضمان عليه وعلى هذا يخرج ما إذا طوّل بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار التي فيها الحائط من إنسان وقبضه المشتري أو لم يقبضه ثم سقط على شيء فعطب به أنه لا ضمان على البائع لا نعدام ولاية النقض وقت السقوط بخروج الحائط عن ملكه ولا على المشتري أيضاً لا نعدام المطالبة في حقه فرق بين هذا وبين ما إذا شرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار مع الجناح ثم وقع على إنسان أنه يضمن البائع ووجه الفرق أن وجوب الضمان هناك على البائع قبيل البيع لكونه متعدياً بأشراع الجناح والأشراع على حاله لم يتغير فلا يتغير ما يتعلق به من الضمان وجوب الضمان لكونه متعدياً بترك النقض المستحق وذلك عند سقوط الحائط وقد بطل الاستحقاق بالبيع فلم يوجد التعدى عند السقوط بترك النقض فلا يجب الضمان وعلى هذا يخرج ما إذا طوّل الاب بنقض حائط الصغير فلم ينقض حتى مات الاب أو بلغ الصبي ثم سقط الحائط أنه لا ضمان فيه لأن قيام الولاية وقت السقوط شرط وقد بطلت بالموت والبلوغ والله تعالى أعلم (ومنها) إمكان النقض بعد المطالبة وهو أن يكون سقوط الحائط بعد المطالبة بالنقض في مدة يمكنه نقضه فيها لأن الضمان يجب بترك النقض الواجب ولا وجوب بدون الامكان حتى لو طوّل بالنقض فلم يفرط في نقضه ولكنه ذهب يطلب من ينقضه فسقط الحائط فتلف به شيء لا ضمان عليه لأنه إذا لم يتمكن من النقض لم يكن بترك النقض متعدياً بقى حق الغير حاصل في يده بغير صنعه فلا يكون مضموناً عليه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان ماهية الضمان الواجب بهذه الجناية وكيفيته فالواجب بهذه الجناية ما هو الواجب بحبسها من جناية الخافر ومن في معناه وجناية السائق والقائد والناخس وهو ما ذكرنا أن الجناية أن كانت على نبي آدم وكانت تقسماً فالواجب بها الدية وإن كانت مادون النفس فالواجب بها الارش فإذا بلغ الواجب بها نصف عشر دية الذكر وهو عشرين لاني فافوقه تتحمله العاقلة ولا تتحمل مادون ذلك ولا ما يجب بالجناية على غير نبي آدم بل يكون في ماله ما ينفقها تقدم إلا أن ظهور الملك لصاحب الحائط في الدار عند الانكار بحجة مطلقة وهي البيئة شرط تحمّل العاقلة حتى لو أنكرت العاقلة كون الدار ملكاً لصاحب الحائط لا عقل عليهم حتى يقيم صاحب الدار البيئة على الملك كذا ذكر محمد رحمه الله فقال لا تضمن العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقديم اليه من سقوط الحائط وعلى أن الدار له يريده عند الانكار أما الشهادة على الملك فلان الملك وإن كان ثابتاً له بظاهر اليد لكن الظاهر لا يستحق به حق على غيره أذهو حجة للدفع لاجحة الاستحقاق لحياة المفقود وغير ذلك فلا بد من الأنبات بالبيئة وعند زفر رحمه الله تتحمل العاقلة بظاهر اليد وهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الشفعة (وأما) الشهادة على المطالبة

لان المطالبة شرط وجوب الضمان لما ذكرنا فيما تقدم فلا بد من اثباتها بالبينه عند الانكار (وأما الشهادة على الموت من سقوط الحائط فلان به يظهر سبب وجوب الضمان وهو التعدي لانه ما لم يعلم انه مات من السقوط لا يعلم كون صاحب الحائط متعديا عليه والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل في القسامة هذا الذي ذكرنا حكم قتل نفس علم قاتلها فاما حكم نفس لم يعلم قاتلها فوجوب القسامة والدية عند عامة العلماء رحمهم الله تعالى وعند مالك رحمه الله وجوب القسامة والقصاص والكلام في القسامة يقع في مواضع في تفسير القسامة وبيان محلها وفي بيان شرائط وجوب القسامة والدية وفي بيان سبب وجوب القسامة والدية وفي بيان من يدخل في القسامة والدية وفي بيان ما يكون ابراء عن القسامة والدية أما تفسير القسامة وبيان محلها فالقسامة في اللغة تستعمل بمعنى الوسامة وهو الحسن والجمال يقال فلان قسم أي حسن جميل وفي صفات النبي عليه الصلاة والسلام قسم وتستعمل بمعنى القسم وهو اليمين الا ان في عرف الشرع تستعمل في اليمين بالله تبارك وتعالى بسبب مخصوص وعدد مخصوص وعلى شخص مخصوص وهو المدعي عليه على وجه مخصوص وهو أن يقول خمسون من أهل الحلة اذا وجد قتييل فيها بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا فاذا حلفوا يغرمون الدية وهذا عند أصحابنا رحمهم الله وقال مالك رحمه الله ان كان هناك لوث يستحلف الا وليا وخمسين يمينا فاذا حلفوا يقتص من المدعي عليه وتفسير اللوث عنده أن يكون هناك علامة القتل في واحد بعينه أو يكون هناك عداوة ظاهرة وقال الشافعي رحمه الله ان كان هناك لوث أي عداوة ظاهرة وكان بين دخوله الحلة وبين وجوده قتيلا مدة يسيرة يقال للولي عين القاتل فان عين القاتل يقال للولي احلف خمسين يمينا فان حلف فله قولان في قول يقتل القاتل الذي عينه كما قال مالك رحمه الله وفي قول يغرمه الدية فان عدم أحد هذين الشرطين اللذين ذكرناهما يحلف أهل الحلة فاذا حلفوا لا شيء عليهم كافي سائر الدعاوى احتج بالوجوب القسامة على المدعي بحديث سهل بن أبي خيثمة أنه قال وجد عبد الله بن سهل قتيلا في قليب خيبر فجاء أخوه عبد الرحمن بن سهل وعماه حويرة ومحبيصة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم عند النبي عليه الصلاة والسلام فقال عليه الصلاة والسلام الكبر الكبر فتكلم أحد عميه اما حويرة واما محبيصة الكبر منهما فقال يا رسول الله انا وجدنا عبد الله قتيلا في قليب من قليب خيبر وذكر عداوة اليهود لهم فقال عليه الصلاة والسلام فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه فقالوا كيف نرضى بآيمانهم وهم مشركون فقال عليه الصلاة والسلام فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه فقالوا كيف نقسم على ما لم نره فوداه عليه الصلاة من عنده ووجه الاستدلال بالحديث انه عليه الصلاة والسلام عرض الايمان على أولياء القتييل فدل أن اليمين على المدعي (ولنا) ما روى عن زيد بن أبي مريم انه قال جاء رجل الى النبي عليه الصلاة والسلام فقال يا رسول الله اني وجدت أخي قتيلا في بني فلان فقال عليه الصلاة والسلام اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا فقال يا رسول الله ليس لي من أخي الا هذا فقال بل لك مائة من الابل فدل الحديث على وجوب القسامة على المدعي عليهم وهم أهل الحلة لا على المدعي وعلى وجوب الدية عليهم مع القسامة وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال وجد قتييل بخيبر فقال عليه الصلاة والسلام اخرجوا من هذا الدم فقالت اليهود قد كان وجد في بني اسرائيل على عهد سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام فقضى في ذلك فان كنت نبيا فاقض فقال لهم النبي عليه الصلاة والسلام تحلفون خمسين يمينا ثم يغرمون الدية فقالوا قضيت بالناموس أي بالوحى وهذا نص في الباب وبه يبطل قول مالك رحمه الله بإيجاب القصاص به لان النبي عليه الصلاة والسلام غرمهم الدية لا القصاص ولو كان الواجب هو القصاص لغرمهم القصاص لا الدية وروى أن سيدنا عمر رضي الله عنه حكم في قتييل وجد بين قريتين فطرحه على أقر بهما وألزم أهل القرية القسامة والدية وكذا روى عن سيدنا علي رضي الله عنه ولم ينقل الانكار عليهم من أحد من الصحابة رضي الله عنهم فيكون اجماعا (وأما) حديث سهل فنيه ما يدل على عدم الثبوت ولهذا ظهر التكفير به من السلف فان فيه أنه

عليه الصلاة والسلام دعاهم إلى أيمان اليهود فقالوا كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون وهذا يجري مجرى الرد لما دعاهم إليه مع ما أن رضا المدعى لا مدخل له في عین المدعى عليه وفيه أيضا أنه لما قال لهم يحلف منكم خمسون أنهم قتلوه قالوا كيف نحلف على ما لم نشهد وهذا أيضا يجري مجرى الرد لقوله عليه الصلاة والسلام ثم انهم أنكروا ذلك لعدم علمهم بالخوف عليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعلم أنهم لا علم لهم بذلك فكيف استخار عرض اليمين عليهم ولئن ثبت فهو مؤول وتأويله أنهم لما قالوا لا نرضى بأيمان اليهود فقال لهم عليه الصلاة والسلام يحلف منكم خمسون على الاستفهام أى يحلف إذا الاستفهام قد يكون محذوف حرف الاستفهام كما قال الله تعالى جل شأنه تريدون عرض الدنيا أى تريدون كما روى في بعض ألفاظ حديث سهل أن يحلفون وتستحقون دم صاحبكم على سبيل الرد والآنكار عليهم كما قال الله تبارك وتعالى أحكم الجاهلية يبعون حملناه على هذا توفيقا بين الدلائل والحديث المشهور دليل على ما قلنا وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل جنس اليمين على المدعى عليه فينبغي أن لا يكون شئ من الأيمان على المدعى فان قيل روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه الا في القسامة استثنى القسامة فينبغي أن لا تكون اليمين على المدعى عليه في القسامة لان حكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه فالجواب أن الاستثناء لو ثبت فله تأويلان أحدهما اليمين على المدعى عليه بعينه الا في القسامة فانه يحلف من لم يدع عليه القتل بعينه والثاني اليمين كل الواجب على المدعى عليه الا في القسامة فانه تجب معها الدية والله سبحانه وتعالى أعلم وانما جمعنا في القسامة بين اليمين البتات والعلم الى آخره لان احدى اليمين كانت على فعلهم فكانت على البتات والاخرى على فعل غيرهم فكانت على العلم والله تعالى عز وجل أعلم فان قيل أى فائدة في الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فاخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال عليه الصلاة والسلام لا شهادة للمتهم وقال عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للنسبة لان السنة هكذا وردت لما رويها من الاخبار فاتبعنا السنة من غير أن نعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين أحدهما أن من الجائز ان يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبول اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطأ صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا وجائزا أن يقر على عبده ويصدقه مولا فيؤمر بالدفع أو القداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا فجاز ان يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقي هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الخالفين عبد كالميل في الطواف لانه عليه الصلاة والسلام كان يرمي في الطواف اظهارا للجلالة والقوة مرة آتة لكفرة بقوله عليه الصلاة والسلام رحم الله امرأ أظهر اليوم الجلالة من نفسه ثم زال ذلك اليوم ثم بقي الرمي سنة في الطواف حتى روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه كان يرمي في الطواف ويقول ما أهرز كنفى ولم أحدار أيتة لكننى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك كذا هذا والثاني أنه لا يمتنع أن يكون واحد منهم أم صيبيا أو مجنونا أو عبدا محجورا عليه بالقتل ولو أقر به يلزمه في ماله يحلف بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال علمت له قاتلا وهو الصبي الذى أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا والله تعالى أعلم

فصل وأما شرائط وجوب القسامة والدية فأشياء منها أن يكون الموجد قتيلا وهو أن يكون به أثر القتل من جراحة أو أثر ضرب أو خنق فان لم يكن شئ من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية لانه اذا لم يكن به أثر القتل فالظاهر أنه مات حتف أنفه فلا يجب فيه شئ فاذا احتتمل انه مات حتف أنفه واحتتمل أنه قتل احتمالا على السواء فلا يجب شئ بالشك والاحتمال ولهذا لو وجد في المعركة ولم يكن به أثر القتل لم يكن شهيدا حتى يغسل وعلى هذا قالوا اذا وجدوا الدم يخرج من فيه أو من أنفه أو دبره أو ذكره لا شئ فيه لان الدم يخرج من هذه المواضع عادة بدون الضرب بسبب التقي والرافع وعارض آخر فلا يعرف كونه قتيلا وان كان يخرج من عينه أو أذنه ففيه القسامة والدية لان الدم

لا يخرج من هذه المواضع عادة فكان الخروج مضافاً إلى ضرب حادث فكان قتيلاً ولهذا لو وجد هكذا في المعركة كان شهيداً وفي الأول لا يكون شهيداً ولو مر في محلة فاصابه سيف أو خنجر فجرحه ولا يدري من أي موضع أصابه فحمل إلى أهله فمات من تلك الجراحة فإن كان لم يزل صاحب فراش حتى مات فعلى عاقلة القبيلة القسامة والدية وإن لم يكن صاحب فراش فلا قسامة ولا دية وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا قسامة فيه ولا ضمان في الوجهين جميعاً وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله وجهه قول أبي يوسف أن الجرح إذا لم يمت في المحلة كان الحاصل في المحلة مادون النفس ولا قسامة في مادون النفس كما لو وجدته مطروح اليد في المحلة ولهذا لو لم يكن صاحب فراش فلا شيء فيه كذا هذا (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا لم يبرأ عن الجراحة وكان لم يزل صاحب فراش حتى مات علم أنه مات من الجراحة فعلم أن الجراحة حصلت قتلاً من حين وجودها فكان قتيلاً في ذلك الوقت كأنه مات في المحلة بخلاف ما إذا لم يكن صاحب فراش لأنه إذا لم يصر صاحب فراش لم يعلم أن الموت حصل من الجراحة فلم يوجد قتيلاً في المحلة فلا يثبت حكمه وعلى هذا يخرج ما إذا وجد من القتل أكثر بدنه أن فيه القسامة والدية لأنه يسمى قتيلاً لأن لكل أكثر حكم الكل ولو وجد عضواً من أعضائه كاليد والرجل أو وجد أقل من نصف البدن فلا قسامة فيه ولا دية لأن الأقل من النصف لا يسمى قتيلاً ولا نالوا وجبنا في هذا القدر القسامة لا وجبنا في الباقي قسامة أخرى فيؤدي إلى اجتماع قسامتين في نفس واحدة وهذا لا يجوز وإن وجد النصف فإن كان النصف الذي فيه الرأس ففيه القسامة والدية وإن كان النصف الآخر فلا قسامة فيه ولا دية لأن الرأس إذا كان معه يسمى قتيلاً وإذا لم يكن لا يسمى قتيلاً لأن الرأس أصل ولا نالوا وجبنا في النصف الذي لا رأس فيه للزمنا الإيجاب في النصف الذي معه الرأس فيؤدي إلى ما قلنا وإن وجد الرأس وحده فلا قسامة ولا دية لأن الرأس وحده لا يسمى قتيلاً وإن وجد النصف مشقوقاً فلا شيء فيه لأن النصف المشقوق لا يسمى قتيلاً ولا في اعتباره إيجاب القسامتين على ما بينا ونظير هذا ما قلنا في صلاة الجنائز إذا وجد أكثر البدن أو أقل أو نصفه على التفصيل الذي ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يعلم قاتله فإن علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص إن كان قتيلاً يوجب القصاص وتجب الدية إن كان قتيلاً يوجب الدية وقد ذكرنا جميع ذلك فيما تقدم (ومنها) أن يكون القتل من بني آدم عليه الصلاة والسلام فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها لأن لزوم القسامة في نفسها أمر ثبت بخلاف القياس لأن تكرار اليمين غير مشروع واعتبار عدد الخسنيين غير معقول ولهذا لم يعتبر في سائر الدعاوى وكذا وجوب الدية معها لأن اليمين في الشرع جعلت دافعة للاستحقاق بنفسها كما في سائر الدعاوى إلا أن أعرفنا ذلك بالنصوص والاجماع في بني آدم خاصة فبقي الأمر فيها وراءهم على الأصل ولهذا لم تجب القسامة والغرامة في سائر الأموال كذا في البهائم وتجب في العبد القسامة والقيمة إذا وجد قتيلاً في غير ملك صاحبه لأنه آدمي من كل وجه ولهذا يجب فيه القصاص في العمد والكفارة في الخطأ وتغرم العاقلة قيمته في الخطأ وهذا على أصلهما فأما على أصل أبي يوسف فلا قسامة فيه ولا دية لأن العبد عنده مضمون بالخطأ من حيث أنه مال لا من حيث أنه آدمي ولهذا قال تجب قيمته في القتل الخطأ بالغة ما بلغت ولا تتحملها العاقلة فكان بمنزلة البهيمة وكذا الجواب في المدبر وأم الولد والمكاتب والمأذون لما قلنا وسواء كان القتل مسلماً أو ذمياً عاقلاً أو مجنوناً بالغاً أو صبيّاً ذكراً أو أنثى لأنه عليه الصلاة والسلام أطلق القضية بالقسامة والدية في مطلق قتل أخبر به في بعض الأحاديث ولم يستفسر ولو كان الحكم يختلف لاستفسر ولا ندم هؤلاء مضمون بالقصاص والدية في العمد والخطأ فيكون مضموناً بالقسامة والدية وسواء وجد المسلم قتيلاً في محلة المسلمين أو في محلة أهل الذمة لأن عبد الله بن سهل الأنصاري رضي الله عنه وجد قتيلاً في قلب من قلب خبير وأوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم القسامة على اليهود وكذا الذي لأن لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم إلا ما نص بدليل (ومنها) الدعوى من أولياء القتل لأن القسامة بين اليمين لا تجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) إنكار المدعى عليه

عليه لان اليمين وظيفة المنكر قال عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر جعل جنس اليمين على المنكر فينفي وجوبها على غير المنكر (ومنها) المطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعى وحق الانسان يوفى عند طلبه كافي سائر الايمان ولهذا كان الاختيار في حال القسامة الى أولياء القتييل لان الايمان حثهم فلهم أن يختار وامن يهتمونه ويستحلفون صالحى العشيرة الذين يعلمون انهم لا يحلفون كذبا ولوطولب من عليه القسامة بها فكل عن اليمين حبس حتى يحلف أو يقر لان اليمين فى باب القسامة حق مقصود بنفسه لانه وسيلة الى المقصود وهو الدية بدليل انه يجمع بينه وبين الدية ولهذا قال الحرث بن الازمع لسيدنا عمر رضى الله عنه انبذل ايماننا وأموالنا فقال نعم وروى ان الحارث قال أما تجزى هذه عن هذه فقال لا وروى انه قال فم يطل دم صاحبكم فاذا كانت مقصودة بنفسها فمن امتنع عن أداء حق مقصود بنفسه وهو قادر على الاداء يحجر عليه بالحبس كمن امتنع عن قضاء دين عليه مع القدرة على القضاء بخلاف اليمين فى سائر الحقوق فانها ليست مقصودة بنفسها بل هى وسيلة الى المقصود وهو المال المدعى ألا ترى انه لا يجمع بينهما بل اذا حلف المدعى عليه برى أو لا ترى انه اذا لم يحلف المدعى عليه ولم يقر وبذل المال لا يلزمه شئ وهما لو لم يحلفوا ولم يقر واو بذلوا الدية لا تسقط عنهم القسامة فدل انها مقصودة بنفسها فيجبرون عليها بالحبس وروى عن أبى يوسف انهم لا يحبسون والدية على العاقلة ذكره القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله وذكر فيه أيضا ان الامام اذا آيس عن الحلف وسأله الاولياء ان يرهم الدية يقضى عليهم بالدية والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون الموضع الذى وجد فيه القتييل ملكا لا حدا وفى يد أحد فان لم يكن ملكا لا حدا وفى يد أحد أصلا فلا قسامة فيه ولا دية وان كان فى يد أحد بالعموم لا يد بالخصوص وهو ان يكون التصرف فيه لعامة المسلمين لا لواحد منهم ولا لجامعة يحصون لا تجب القسامة وتجب الدية وانما كان كذلك لان القسامة أو الدية أعاجيب بترك الحفظ اللازم على ما ذكرنا لم يكن ملك أحد ولا فى يد أحد أصلا لا يلزم أحد حفظه فلا تجب القسامة والدية واذا كان فى يد العامة حفظه على العامة لكن لا سبيل الى ايجاب القسامة على الكل لتعذر الاستيفاء من الكل وأمكن ايجاب الدية على الكل لا مكان الاستيفاء منهم بالاخذ من بيت المال لان مال بيت المال ما لهم فكان الاخذ من بيت المال استيفاء منهم وعلى هذا يخرج ما اذا وجد القتييل فى فلاة من الارض ليس بملك لا حدا نه لا قسامة فيه ولا دية اذا كان بحيث لا يسمع الصوت من المصار ولا من قرية من القرى فان كان بحيث يسمع الصوت تجب القسامة على أقرب الموضع اليه فان كان أقرب الى القرى فعلى أقرب القرى وان كان أقرب الى المصر فعلى أقرب محال المصر اليه لانه اذا كان بحيث لا يسمع الصوت والغوث لا يلحق ذلك الموضع فلم يكن الموضع فى يد أحد فلم يوجد القتييل فى ملك أحد ولا فى يد أحد أصلا فلا تجب فيه القسامة ولا الدية واذا كانت بحيث يسمع الصوت والغوث يلحق فكان من توابع أقرب الموضع اليه وقد ورد باعتبار القرب حديث عنه عليه الصلاة والسلام وقضى به أيضا سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه على ما ذكره ولو وجد فى نهر عظيم كدجلة والفرات وسيحون ونحوها فان كان النهر يجرى به فلا قسامة ولا دية لان النهر العظيم ليس ملكا لا حدا ولا فى يد أحد وقال زفر رحمه الله تجب على أقرب القرى من ذلك الموضع كما اذا وجد على الدابة وهى تسير وليس فى يد أحد وهذا القياس ليس بسديد لان الموضع الذى تسير فيه الدابة تابع لأقرب الموضع اليه فكان فى يد أهله بخلاف النهر الكبير فانه لا يدخل تحت يد أحد لا بالاصالة ولا بالتبعية وان كان النهر لا يجرى به ولكنه كان محتسبا فى الشط أو مر بوطا على الشط أو ملقى على الشط فان كان الشط ملكا فحكمه حكم الارض المملوكة أو الدار المملوكة اذا وجد فيها قتييل وسند كره ان شاء الله تعالى فان لم يكن ملكا لا حدا فعلى أقرب الموضع اليه من المصار والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية لانهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فكان لهم تصرف فى الشط فكان الشط فى أيديهم وكذلك لو كان فى الجزيرة فعلى أقرب الموضع الى الجزيرة من المصار والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية لان الجزيرة تكون فى تصرفهم فكانت

في أيديهم وان وجد في نهر صغير مما يقضى فيه بالشفعة للشر كاهن في الشرب ففيه القسامة والدية على أهل النهر لان النهر مملوك لهم وسواء كان القتل محتسباً أو مر بوطا على الشط أو كان النهر يجري به بخلاف النهر الكبير لانه اذا كان ملكاً لا رايه كان الموضع الذي يجري به مملوكاً لهم وليس كذلك النهر الكبير ولا قسامة في قتل يوجب في مسجد الجامع ولا في شوارع العامة ولا في جسور العامة لانه لم يوجد الملك ولا يدالخصوص وتجب الدية على بيت المال لان تدبير هذه المواضع ومصلحتها الى العامة فكان حفظها عليهم فاذا قصر واضمنوا بيت المال ما لهم فيؤخذ من بيت المال وكذلك لا قسامة في قتل في سوق العامة وهي الاسواق التي ليست بمملوكة وهي سوق السلطان لانها اذا لم تكن مملوكة وليس لاحد عليها يدالخصوص كانت كالشوارع العامة لان سوق السلطان لعامة المسلمين فلا تجب القسامة وتجب الدية لان حفظها والتدبير فيها الى جماعة المسلمين فيضمنون بالتقصير في بيت المال مال عامة المسلمين فيؤخذ منه وكذا اذا وجد في مسجد جماعتهم لا قسامة والدية في بيت المال لانه لا ملك لاحد فيه ولا يدالخصوص ويد العموم توجب الدية لا القسامة لما بينا فان كان السوق ملكاً تجب القسامة والدية لكن على من تجب فيه اختلاف نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ولا قسامة في قتل يوجب في السجن لانعدام الملك ويدالخصوص لانه لا تصرف لاهل السجن في السجن لكونهم موقوفين فيه وتجب الدية على بيت المال لان يدالعموم بآبته عليه ولان منفعة السجن لعامة المسلمين لانه بني لاستيفاء حقوقهم ودفع الضرر عنهم ويدالعموم توجب الدية لا القسامة وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله تجب القسامة والدية على أهل السجن لان لهم ضرب تصرف في السجن فكان لهم يدا على السجن فعليهم حفظه (ومنها) ان لا يكون القتل ملكاً لصاحب الملك الذي وجد فيه فلا قسامة ولا دية في قن أو مدبر أو أم ولد أو مكاتب أو مأذون وجد قتيلاً في دار مولاه لانه ملكه ووجوده في داره قتيلاً كباشرة القتل منه وقتل المملوك لا يتعلق به ضمان الا ان في المكاتب تجب على المولى قيمته لانه فيما يرجع الى كسبه وارث جنابته حر فكان كسبه وارثه له والمولى فيه كالا جنبي ولا تعقله العاقلة لانه اذا صار مضموناً بقصد الكتابة والعقد ثبت في حق المولى والمكاتب لا في حق العاقلة وفي المأذون عليه قيمته لغرمائه ان كان له دين لتعلق حق الغرماء بآبته وقد استهلك حقهم بالقتل باستهلاك محل الحق فيجب عليه قيمته لغرمائه وتكون حالة في ماله لان هذا ليس بضمان النفس لان نفسه ملك المولى بل هذا ضمان المال لتعلق الغرماء بآبته فكان هذا ضمان الاستهلاك فيكون في ماله حالة لا مؤجلة كما لو استهلكه بالا عتاق وان لم يكن عليه دين لاشئ فيه وكذلك ان قتله عمداً وكذلك لو كان العبد جنبي جنابته ثم وجد قتيلاً في دار مولاه فعلى المولى قيمته حالة وكذلك ان قتله خطأ وهو لا يعلم بجنابته لما قلنا ولو وجد العبد الرهن قتيلاً في دار الراهن أو المرتين فان وجد قتيلاً في دار الراهن فلا قسامة والقيمة على رب الدار دون العاقلة لانه ملكه وقتل الانسان ملك نفسه لا يوجب الضمان عليه وانما يوجب الضمان بقصد الرهن والعقد ثبت في حق الراهن والمرتهن لا في حق العاقلة فلا يلزم حكمه العاقلة وان وجد في دار المرتين فالقسامة والقيمة على عاقلته لان هذا الضمان لا يجب بالعقد وانما يجب بالجنابية لان وجوده في داره قتيلاً كباشرة القتل منه كعبد ليس برهن وجد في داره قتيلاً وثمة القسامة والقيمة عليه كذا هي (وأما) بيان سبب وجوب القسامة والدية فنقول سبب وجوبها هو التقصير في النصرة وحفظ الموضع الذي وجد فيه القتل ممن وجب عليه النصرة والحفظ لانه اذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ صار مقتصر بترك الحفظ الواجب فيؤاخذ بالتقصير زجراً عن ذلك وحمل على تحصيل الواجب وكل من كان أخص بالنصرة والحفظ كان أولى بتحمل القسامة والدية لانه أولى بالحفظ فكان التقصير منه أبلغ ولانه اذا اختص بالموضع ملكاً أو يد بالتصرف كانت منفعة له فكانت النصرة عليه اذا خرج بالضمان على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال تبارك وتعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ولان القتل اذا وجد في موضع اختص به واحد أو جماعة اما بالملك أو باليد وهو لا تصرف فيه فيتهمون انهم قتلوه فالشرع ألزمهم القسامة دفعاً للهمة

والدية لوجود القتل بين أظهرهم والى هذا المعنى أشار سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه حينما قيل أنبذل أموالنا وأيماننا فقال أما أيمانكم فلهن دمايكم وأما أموالكم فوجود القتل بين أظهركم وإذا عرف هذا فنقول القتل إذا وجد في المحلة فالقسامة والدية على أهل المحلة للأحاديث وإجماع الصحابة رضى الله عنهم على ما ذكرنا ولأن حفظ المحلة عليهم وقع ولاية التصرف في المحلة عائد إليهم وهم المتهمون في قتله فكانت القسامة والدية عليهم وكذا إذا وجد في مسجد المحلة أو في طريق المحلة لما قلنا فيحلف منهم خمسون فإن لم يكمل العدد خمسين رجلا تكرر الأيمان عليهم حتى تكمل خمسين يمينا لمساروى عن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه أنه حلف رجال القسامة فكانوا تسعة وأربعين رجلا فأخذ منهم واحدا وكر عليه اليمين حتى كملت خمسين يمينا وكان ذلك بحضور الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل أنه خالفه أحد فيكون إجماعا ولأن هذه الأيمان حق ولي القتل فله أن يستوفى ما يمكن استيفاءه منه فان أمكن الاستيفاء من عدد الرجال الخمسين استوفى وإن لم يمكن يستوفى عدد الأيمان التي هي حقه وإن كان العدد كاملا فإراد الأولى أن يكر اليمين على بعضهم ليس له ذلك كذا ذكر محمد رحمه الله لأن موضوع هذه الأيمان على عدد الخمسين في الأصل لا على واحد وإنما التكرار على واحد لضرورة قصان العدد ولا ضرورة عند الكمال وإن كان في المحلة قبائل شتى فإن كان فيها أهل الخطة والمشترون فالقسامة والدية على أهل الخطة ما بقي منهم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وقال أبو يوسف رحمه الله عليهم وعلى المشتريين جميعا (وجه) قوله أن الوجوب على أهل الخطة باعتبار الملك والمالك ثابت للمشتريين ولهذا إذا لم يكن من أهل الخطة أحد كانت القسامة على المشتريين (وجه) قوله ما أن أهل الخطة أصول في الملك لأن ابتداء الملك ثبت لهم وإنما انتقل عنهم إلى المشتريين فكانوا أخص بنصرة المحلة وحفظها من المشتريين فكانوا أولى بإيجاب القسامة والدية عليهم وكان المشتري بينهم كالأجنبي فبأبى واحد منهم لا ينتقل إلى المشتري وقيل أن أبا حنيفة بنى الجواب على ما شاهد بالكوفة وكان تدبير أمر المحلة فيها إلى أهل الخطة وأبو يوسف رأى التدبير إلى الأشراف من أهل المحلة كانوا من أهل الخطة أولا فبنى الجواب على ذلك فعلى هذا لم يكن بينهم اختلاف في الحقيقة لأن كل واحد منهما عول على معنى الحفاظ والنصرة فإن قد أهل الخطة وكان في المحلة ملاك وسكان فالدية على الملاك لا على السكان عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف عليهم جميعا ما روى أن رسول الله عليه الصلاة والسلام أوجب القسامة على أهل خير وكانوا سكانا ولأن للسكان اختصاصا بالدار يدا كما أن للملاك اختصاصا بما ملكو يدا لخصوص تكفي لوجوب القسامة (وجه) قوله ما أن المالك أخص بحفظ الموضع ونصرته من السكان لأن اختصاصه اختصاصا مالا وأنه أقوى من اختصاص اليد ألا يرى أن السكان يسكنون زمانا ثم ينتقلون وأما إيجاب القسامة على يهود خير فمنوع أنهم كانوا سكانا بل كانوا مالا كما أنه روى أنه عليه الصلاة والسلام أقرهم على أملاكهم ووضع الجزية على رؤسهم وما كان يؤخذ منهم كان يؤخذ على وجه الجزية لا على سبيل الأجرة ولو وجد قتيل في سفينة فإن لم يكن معهم ركاب فالقسامة والدية على أرباب السفينة وعلى من يدها من يملكها أولا يملكها وإن كان معهم فيها ركاب فعليهم جميعا وهذا في الظاهر يؤيد قول أبي يوسف في إيجاب القسامة والدية على الملاك والسكان جميعا وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يفرقان بين السفينة والمحلة لأن السفينة تنقل وتحول من مكان إلى مكان فتعتبر فيها اليد دون الملك كالداية إذا وجد عليها قتيل بخلاف الدار فإنها لا تتحول والنقل والتحويل فيعتبر فيها الملك والتحويل ما أمكن لا اليد وكذلك العجلة حكمها حكم السفينة لأنها تنقل وتحول ولو وجد القتل معها رجل يحملها على ظهره فليعه القسامة والدية لأن القتل في يده ولو وجد جريح معه به رمق يحملها حتى أتى به أهله فكث يوما أو يومين ثم مات لا يضمن عند أبي يوسف وقال أبو يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة رضى الله عنه يضمن (وجه) القياس أن الحامل قد ثبتت يده عليه مجر وحافا ذمات من الجرح فكانه مات في يده وهذا أثر يرجع على من جرح في قبيلة فتحمّل إلى قبيلة أخرى

فات فيهم وقد ذكرناه فيما تقدم وكذلك اذا كان على دابة ولها سائق أو قائد وعليها ركب فعليه القسامة والدية
لانه في يده وان اجتمع السائق والقائد والراكب فعليهم جميعا لان القتل في أيديهم فصار كانه وجد في دارهم وان
وجد على دابة لا سائق لها ولا قائد ولا ركب عليها فان كان ذلك الموضع ملكا لاحد فالقسامة والدية على المالك وان
كان لا مالك له فعلى أقرب المواضع اليه من حيث يسمع الصوت من الامصار والقرى وان كان بحيث لا يسمع فهو
هدرا لما قلنا فيما تقدم فان وجدت الدابة في محلة فعلى أهل تلك المحلة وكذلك اذا وجد في فلاة من الارض أنه
ينظر ان كان ذلك المكان الذي وجد فيه ملكا لانسان فالقسامة والدية عليه وان لم يكن له مالك فعلى أقرب المواضع
اليه من الامصار والقرى اذا كانت بحيث يبلغ الصوت منها اليه فان كان بحيث لا يبلغ فهو هدرا لما قلنا وذكر في
الاصل في قتل وجد بين قريتين انه يضاف الى أقربهما لما روى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي
عليه الصلاة والسلام أمر بان يوزع بين قريتين في قتل وجد بينهما وكذا روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه في
قتل وجد بين وادعة وأرحب وكتب اليه عامله بذلك فكتب اليه سيدنا عمر رضي الله عنه ان قس بين القريتين
فأيهما كان أقرب فالزمهم فوجد القتل الى وادعة أقرب فالزموا القسامة والدية وذلك كله محمول على ما اذا كان
بحيث يبلغ الصوت الى الموضع الذي وجد فيه القتل كذا ذكر محمد في الاصل حكاه الكرخي رحمه الله والفقهاء
ما ذكرنا فيما تقدم وكذا اذا وجد بين سكتين فالقسامة والدية على أقربهما فان وجد في المعسكر في فلاة من الارض
فان كانت الارض التي وجد فيها لها رباب فالقسامة والدية على أرباب الارض لانهم أخص بنصرة الموضع
وحفظه فكانوا أولى بإحباب القسامة والدية عليهم وهذا على أصلهما لان المعسكر كالسكان والقسامة على الملاك
لا على السكان على أصلهما (فأما) على أصل أبي يوسف رحمه الله فالقسامة والدية عليهم جميعا وان يكن في ملك
أحد بان وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكن الخباء أو الفسطاط وعلى عواقلهم القسامة والدية لان صاحب
الخيمة خص بموضع الخيمة من أهل المعسكر بمنزلة صاحب الدار مع أهل المحلة ثم القسامة على صاحب الدار اذا وجد
فيها قتل لا على أهل المحلة كذا همنا وان وجد خارجا من الفسطاط والخباء فعلى أقرب الاخوية والفساطيط منهم
القسامة والدية كذا ذكر في ظاهر الرواية لان الأقرب أولى بإحباب القسامة والدية لما ذكرنا وعن أبي حنيفة رضي
الله عنه اذا وجد بين الخيام فالقسامة والدية على جماعتهم كالقتل يوجد في المحلة جعل الخيام المحمولة كالمحلة على هذه
الرواية هذا اذا لم يكن ان المعسكر لقواعد وان كانوا قد لقوا عدوا فالتوا فلا قسامة ولا دية في قتل يوجد بين أظهرهم لانهم
اذا لقوا عدوا وقتلوا فالظاهر ان العدو وقتله لا المسلمون اذا المسلمون لا يقتل بعضهم بعضا ولو وجد قتل في أرض رجل
الى جانب قرية ليس صاحب الارض من أهل القرية فالقسامة والدية على صاحب الارض لا على أهل القرية لان
صاحب الارض أخص بنصرة أرضه وحفظها من أهل القرية فكان أولى بإحباب القسامة والدية عليه كصاحب
الدار مع أهل المحلة ولو وجد قتل في دار انسان وصاحب الدار من أهل القسامة فالقسامة والدية على صاحب الدار
وعلى عاقلته كذا ذكر في الاصل ولم يفصل بين ما اذا كانت العاقلة حضورا أو غيبا وذكر في اختلاف زفر ويعقوب
رحمهما الله أن القسامة على رب الدار وعلى عاقلته حضورا كانوا أو غيبا وقال أبو يوسف رحمه الله لا قسامة على العاقل
هكذا ذكر فيه وقال الكرخي رحمه الله ان كانت العاقلة حضورا في المصد دخلوا في القسامة وان كانت غائبة
فالقسامة على صاحب الدار تكرر عليه الايمان والدية عليه وعلى عاقلته أما دخول العاقلة في القسامة اذا كانوا حضورا
فهو قولهما وظاهر قول أبي يوسف لا قسامة على العاقلة يقتضي أن لا يدخلوا في القسامة (وجه) قول زفر رحمه الله
انه لما لزمهم الدية لزمهم القسامة كاهل المحلة ولا يبي يوسف أن صاحب الدار أخص بالنصرة وبالولاية والتهمة فلا
يشاركه العاقلة كما لا يشارك أهل المحلة غيرهم (وجه) قولهما أن العاقلة اذا كانوا حضورا يلزمهم حفظ الدار
ونصرتها كما يلزم صاحب الدار وكذا يتهمون بالقتل كما يتهمون صاحب الدار فقد شاركوه في سبب وجوب القسامة

فيشاركونه في القسامة أيضاً وهذا يقع الفرق بين حال الحضور والغيبه على ما ذكره الكرخي رحمه الله لان معنى التهمة ظاهر الانتفاء من الغيب وكذا معنى النصرة لانه لا يلحق ذلك الموضع نصرة من جهةهم الا أنه تجب عليهم الدية لان وجوب الدية على العاقلة لا يتعلق بالتهمة فانهم يتحملون عن القاتل المعين اذا كان صبيها أو مجنوناً أو خاطئاً وسواء كانت الدار فيها ساكن أو كانت مفرغة مغلقة فوجد فيها قاتل فعلى رب الدار وعلى عاقلته القسامة والدية أما على أصل أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما فظاهر لانهما يعتبران الملك دون السكنى فكان وجود السكنى فيها والعدم بمنزلة واحدة (وأما) أبو يوسف رحمه الله فأنما يوجب على الساكن لا اختصاصه بالدار يدا ولم يوجد ههنا وسواء كان الملك الذي وجد فيه القاتل خاصاً أو مشتركاً فالقسامة والدية على أر باب الملك لما قلنا وسواء اتفق قدر انصباء الشركاء أو اختلف فالقسامة والدية بينهم بالسوية حتى لو كانت الدار بين رجلين لا أحدهما الثلثان وللآخر الثلث فالقسامة عليهما وعلى عاقلتهما نصفان ويعتبر في ذلك عدد الرؤس لا قدر الانصباء كما في الشفعة لان حفظ الدار واجب على كل واحد منهما والحفظ لا يختلف ولهذا تساوى في استحقاق الشفعة لان الاستحقاق لدفع ضرر الدخيل وانه لا يختلف باختلاف قدر الملك وذكر في الجامع الصغير فيمن باع داراً ووجد فيها قاتل قبل أن يقبضها المشتري أن القسامة والدية على البائع اذا لم يكن في البيع خيار فان كان فيه خيار فعلى من الدار في يده في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد الدية على مالك الدار ان لم يكن في البيع خيار فان كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له وعند زفر رحمه الله الدية على المشتري الا أن يكون للبائع خيار فتكون الدية عليه (وجه) قول زفر أن الملك للمشتري اذا لم يكن فيه خيار وكذا اذا كان الخيار للمشتري لان خيار المشتري لا يمنع دخول المبيع في ملكه عنده فاذا كان الخيار للبائع فالملك له لان خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف (وجه) قولهما انه اذا لم يكن فيه خيار فالملك للمشتري وانما للبائع صورة يده من غير تصرف وصورة اليد لا مدخل لها في القسامة ككيد المودع فكانت القسامة والدية على المشتري واذا كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له لانها اذا صارت للبائع فقد انقضى البيع وجعل كانه لم يكن وان صارت للمشتري فقد انبرم البيع وتبين انه ملكها بالعقد من حين وجوده (وأما) تصحيح مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فشك من حيث الظاهر لانه يعتبر الملك فيما يحتمل النقل والتحويل لا اليد وان كانت اليد تصرف كيد الساكن والثابت للبائع صورة يده من غير تصرف فأولى ان لا يعتبره لكن لا اشكال في الحقيقة لان الوجوب بترك الحفظ والحفظ باليد حقيقة الا أنه يضاف الحفظ الى الملك لان استحقاق اليد به عادة في مقام مقام اليد فكانت الاضافة الى ما به حقيقة الحفظ أولى الا أن مطلق اليد لا يعتبر بل اليد المستحقة بالملك وهذه يد مستحقة بالملك بخلاف يد الساكن واذا وجد رجل قتيلاً في دار نفسه فالقسامة والدية على عاقلته لورثته في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما رحمهما الله لا شيء فيه وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وروى عن أبي حنيفة رحمه الله مثل قولهم (وجه) قولهم أن القتل صادق والدار ملكه وانما صار ملك الورثة عند الموت والموت ليس بقتل لان القتل فعل القاتل ولا صنع لاحد في الموت بل هو من صنع الله تبارك وتعالى فلم يقتل في ملك الورثة فلا سبيل الى ايجاب الضمان على الورثة وعواقبهم ولان وجوده قتيلاً في دار نفسه بمنزلة مباشرة القتل بنفسه كانه قتل نفسه بنفسه فيكون هدرأ ولا يوجب حنيفة رضي الله عنه ان يعتبر في القسامة وقت ظهور القاتل لا وقت وجود القاتل بدليل أن من مات قبل ذلك لا يدخل في الدية والدار وقت ظهور القاتل لورثته فكانت القسامة والدية عليهم وعلى عواقبهم كمالو وجد قتيلاً في دار ابنه فان قيل كيف تجب الدية عليهم وعلى عواقبهم وان الدية تجب لهم فكيف تجب لهم وعليهم وكذا عاقلتهم تتحمل عنهم لهم أيضاً وفيه ايجاب لهم أيضاً وعليهم وهذا ممنوع فالجواب ممنوع أن الدية تجب لهم بل للقتيل لانها بدل نفسه فتكون له وبدليل أنه مجهز منها وتقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه ثم ما فضل عن حاجته تستحقه ورثته لاستغناء الميت عنه والورثة أقرب الناس اليه وصار كمالو وجد الاب قتيلاً في دار ابنه أو في بئر حفرها ابنه أليس أنه تجب القسامة والدية على الابن وعلى عاقلته ولا

يجتمع ذلك لما قلنا كذا هذا وان اعتبرنا وقت وجود القتل فهو ممكن أيضا لانه يجب على عاقلته لتقصيرهم في حفظ الدار فتجب عليهم الدية حقا للمقتول ثم تنتقل منه الى ورثته عند فراغه عن حاجته وذكركم اذا وجد ابن الرجل أو أخوه قتيلا في داره أن على عاقلته دية ابنه ودية أخيه وان كان هو وارثه لما قلنا أن وجود القتل في الدار كباشرة صاحبها القتل فيلزم عاقلته ذلك للمقتول ثم يستحقها صاحب الدار بالارث ولو وجد مكان قتيلا في دار نفسه قدمه هدر لان داره في وقت ظهور القتل ليسب لو رثته بل هي على حكم ملك نفسه الى أن يؤدي بدل الكتابة فصار كأنه قتل نفسه فهدر دمه رجلان كانا في بيت ليس معهما ثالث وجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا ضمان عليه (وجه) قوله أنه يحتمل أنه قتله صاحبه ويحتمل أنه قتل نفسه فلا يجب الضمان بالشك ولا يضمن يوسف أن الظاهر أنه قتله صاحبه لان الانسان لا يقتل نفسه ظاهرا وغالبا واحتمال خلاف الظاهر ملحق بالعدم ألا ترى أن مثل هذا الاحتمال ثابت في قتل الحلة ولم يعتبر

﴿فصل﴾ واما بيان من يدخل في القسامة والدية بعد وجوبهما ومن لا يدخل في ذلك فتقول والله التوفيق الصبي والجنون لا يدخلان في القسامة في أى موضع وجد القتل سواء وجد في غير ملكهما أو في ملكهما لان القسامة يمين وهما ليسا من أهل اليمين ولهذا لا يستحلفان في سائر الدعاوى ولان القسامة تجب على من هو من أهل النصرة وهما ليسا من أهل النصرة فلا تجب القسامة عليهما وتجب على عاقلتهما اذا وجد القتل في ملكهما لتقصيرهم بترك النصرة اللازمة وهل يدخلان في الدية مع العاقلة فان وجد القتل في غير ملكهما كالحلة وملك انسان لا يدخلان فيها وجد في ملكهما يدخلان لان وجود القتل في ملكهما كباشرة القتل وهما مؤاخذان بضمان الافعال وعلى قياس ما ذكره الطحاوي رحمه الله لا يدخلان في الدية مع العاقلة أصلا لكنه ليس بسديد لان هذا ضمان القتل والقتل فعل والصبي والجنون مؤاخذان بافعالهما ولا يدخل العبد المحجور والمدر وأم الولد في القسامة والدية لان هؤلاء لا يستنصر بهم عادة وليسوا من أهل ملك المال أيضا فلا تلزمهم الدية وأما المأذون والمكاتب فلا يدخلان في قسامة وجبت في قتل وجد في غير دارهما وان وجد في دارهما أما المأذون ان لم يكن عليه دين فلا قسامة عليه بل على مولاه وعاقلته استحسانا والقياس أن تجب عليه القسامة اذا حلف بخاطب المولى بالدفع أو القداء (وجه) القياس أن العبد من أهل اليمين ألا ترى أنه يستحلف في الدعاوى ووجود القتل في داره بمنزلة مباشرة القتل خطأ وان قتله خطأ بخير المولى بين الدفع والقداء كذا هذا وجه الاستحسان أن فائدة الاستحلاف جريان القسامة لسبب هو النكول لانه لا يقضى بالنكول في هذا الباب بل يحبس حتى يحلف أو يقر ولو قر بالقتل خطأ لا يصح اقراره لانه اقرار على مولاه فلم يكن الاستحلاف مفيدا فلا تجب عليه القسامة وتجب على المولى وعلى عاقلته لان الملك له وان كان عليه دين فينبغي في قياس قول أبي حنيفة أنه تجب القسامة على العبد لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المدينون عنده فلا يملك الدار وفي الاستحسان تجب على المولى لان المولى ان كان لا يملكها فالغرماء لا يملكونها أيضا والعبد لا يملك له المولى أقرب الناس اليه فكانت القسامة عليه مع ما أن للمولى حقة في الدار وهو حق استخلاصها لنفسه بقضاء دين الغرماء فكان أولى بإيجاب القسامة (وأما) المكاتب اذا وجد قتيلا في داره فعليه الاقل من قيمته ومن الدار لان وجود القتل في داره كباشرة القتل فلا يكون على مولاه كمالا يكون عليه في مباشرته وهل تجب عليه القسامة ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه يكرر عليه الايمان فان حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية الا قدر عشرة دراهم لان عاقلة المكاتب نفسه وتكون القيمة حالة لانها تجب بالمنع من الدفع فتكون حالة كما تجب على المولى بجناية المدر ولو كان القتل مولى المكاتب كان عليه الاقل من قيمته ومن الدية لان وجود القتل في داره كباشرة القتل وتكون القيمة حالة لا مؤجلة لما قلنا ولا تدخل المرأة في القسامة والدية في قتل يوجد في غير ملكها لان وجوبهما بطريق النصرة وهي ليست من أهلها وان وجد في دارها أو في قرية لها لا يكون بها غيرها عليها القسامة فتستحلف

ويكرر عليها الايمان وهذا قوله ما قال أبو يوسف عليها لا على عاقلتها وجه قوله ان لزوم القسامة للزوم النصرة وهي ليست من أهل النصرة فلا تدخل في القسامة ولهذا لم تدخل مع أهل الحلة (وجه) قولهما ان سبب الوجوب على المالك هو الملك مع أهلية القسامة وقد وجد في حقها أما الملك فثبت لها وأما الأهلية فلان القسامة يمين وانها من أهل اليمين ألا يرى انها تستحلف في سائر الحقوق ومعنى النصرة براعى وجوده في الجملة لا في كل فرد كالمشقة في السفر وهل تدخل مع العاقلة في الدية ذكر الطحاوي ما يدل على انها لا تدخل فانه قال لا يدخل القاتل في التحمل الا ان يكون ذكرا عاقلا بالغاً فاذا لم تدخل عند وجود القتل منها عيناً فهمنا أولى وأحبنا رضى الله عنهم قالوا ان المرأة تدخل مع العاقلة في الدية في هذا المسألة وأنكر واعلى الطحاوي قوله وقالوا ان القاتل يدخل في الدية بكل حال ويدخل في القسامة والدية الاعمى والمحدود في القذف والكافر لانهم من أهل الاستحلاف والحلف والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما ما يكون ابراء عن القسامة والدية فنوعان نص ودلالة أما النص فهو التصريح بلفظ البراءة وما يجري مجراه كقوله أبرأت أو أسقطت أو عفوت ونحو ذلك لان ركن البراءة صدر ممن هو من أهل البراءة في محل قابل للبراءة فيصح وأما الدلالة فهي ان يدعى ولي القاتل على رجل من غير أهل الحلة فيبرأ أهل الحلة عن القسامة والدية لان ظهور القاتل في الحلة لم يدل على كون هذا المدعى عليه قاتلاً فاقدام الولي على الدعوى عليه يكون نفيًا للقتل عن أهل الحلة فيتضمن براءتهم عن القسامة والدية فان أقام البيعة على المدعى عليه والاحلف فان حلف برى وإن نكل حبس حتى يحلف أو يقر في قول أبي حنيفة رحمه الله (وعندهما) يقضى بالدية ولو شهد اثنان من أهل الحلة للولي بهذه الدعوى لا تقبل شهادتهما في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل (وجه) قولهما ان المانع من القبول قبل الدعوى كانت التهمة وقد زالت بالبراءة فلا معنى لرد الشهادة ولا بى حنيفة رحمه الله انه تمكنت التهمة في شهادتهم من وجهين أحدهما ان من الجائز ان أبرأهم ليتوسل بالبراءة الى تصحيح شهادتهم والثاني انه أحسن اليهم بالبراءة حيث أسقط القسامة والدية عنهم فن الجائز انهم أرادوا بالمكافأة على ذلك والشهادة ترد بالتهمة من وجه واحد فن وجهين أولى ولان أهل الحلة كانوا خصماء في هذه الدعوى فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا بالبراءة عن الخصومة لان السبب الموجب لكونهم خصماء قائم وهو وجود القاتل فيهم كالمكيل بالخصومة اذا خصم ثم عزل فشهد لا تقبل شهادته كذا هذا ولو ادعى ولي القاتل على رجل بعينه من أهل الحلة فالقسامة والدية بحالها في ظاهر الرواية وروى عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة رضى الله عنه ان القسامة تسقط وكذا روى محمد وقال أبو يوسف القياس ان تسقط القسامة الا ان اتركناه للآخر (وجه) رواية ابن المبارك رحمه الله ان تعيين الولي واحد منهم ابراء عن الباقي دلالة فتسقط عنهم القسامة كما لو أبرأهم نصا (وجه) ظاهر الرواية ان القاتل أحد أهل الحلة ظاهر أو الولي كذلك الا أنه عين وهو منهم في التعيين فلا يعتبر تعيينه الا بالبيعة فلا تعتبر حكم القسامة الا بها فان أقام البيعة من غير أهل الحلة على دعواه يقضى بها فيجب القصاص في العمد والدية في الخطأ ولو شهد شاهدان من الحلة عليه لا تقبل شهادتهما على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رضى الله عنه لان الخصومة بعده هذه الدعوى قائمة فكان الشاهد خصماً لانه يتقطع الخصومة عن نفسه بشهادته ولا شهادة للخصم واذا لم تقبل شهادة أهل الحلة عليه ولم يبق بينة أخرى وقبضت القسامة على أهل الحلة على حالها يحلف المدعى عليه والشاهدان مع أهل الحلة حتى يكمل خمسون رجلاً من أهل الحلة ثم كيف يستحلف الشهود مع أهل الحلة عندهما يحلفون بالله سبحانه وتعالى ما قتلناه ولا علمنا قاتلاً غير فلان وعند أبي يوسف يحلفون بالله جل شأنه ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لان عندهم ان المشهود عليه قاتل فلا سبيل الى استحلافهم على العلم ومقاله أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله أولى لان فيما قاله مراعاة موضوع القسامة وهو الجمع بين اليمين على البتات والعلم بالقدر الممكن فيما وراء المستثنى وفيما قاله أبو يوسف ترك اليمين على العلم أصلاً فكان ملاقاته

أولى ولو ادعى أهل تلك المحلة على رجل منهم أو من غيرهم تصح دعواهم فإن أقاموا البينة على ذلك الرجل يجب القصاص في العمد والدية في الخطأ وان وافقهم الا وليا في الدعوى على ذلك الرجل وان لم يوافقهم في الدعوى عليه لا يجب عليه شيء لان الا ولياء قد أبرؤه حيث أنكر وأوجود القتل منه ولا يجب على أهل المحلة أيضا شيء لانهم أثبتوا القتل على غيرهم وان لم يقيم لهم البينة وحلف ذلك الرجل تجب القسامة على أهل المحلة ثم كيف يحلفون فهو على الاختلاف الذي ذكرنا والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما الجناية على مادون النفس مطلقا فالكلام في هذه الجناية يقع في موضعين أحدهما في بيان أنواعها والثاني في بيان حكم كل نوع منها أما الاول فالجناية على مادون النفس مطلقا أنواع أربعة أحدها ابانة الاطراف وما يجرى مجرى الاطراف والثاني اذهاب معاني الاطراف مع ابقاء أعيانها والثالث الشجاج والرابع الجراح أما النوع الاول فقطع اليد والرجل والاصبع والظفر والالف واللسان والذكر والانثيين والاذن والشفة وفقر العينين وقطع الاشجار والاحفان وقلع الاسنان وكسرها وحلق شعر الرأس والحيمة والحاجبين والشارب وأما النوع الثاني فتفويت السمع والبصر والشم والذوق والكلام والجماع والايلاد والبطش والمشى وتغيير لون السن الى السواد والحرمة والخضرة ونحوها مع قيام المحال الذي تقوم به هذه المعاني ويلحق بهذا الفصل اذهاب العقل وأما النوع الثالث فالشجاج احد عشر أولها الخارصة ثم الدامعة ثم الدامية ثم الباضعة ثم المتلاحمة ثم السمحاق ثم الموضحة ثم الهاشمة ثم المنقلة ثم الآمة ثم الدامعة .. (فالخارصة) هي التي تخرص الجعد أي تشقه ولا يظهر منها الدم والدامعة هي التي يظهر منها الدم ولا يسيل كالدمع في العين والدامية هي التي يسيل منها الدم والباضة هي التي تبضع اللحم أي تقطعه والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه هكذا روى أبو يوسف وقال محمد المتلاحمة قبل الباضعة وهي التي يتلاحم منها الدم ويسود السمحاق اسم لتلك الجدة الا ان الجراحة سميت بها والموضحة التي تقطع السمحاق وتوضح العظم أي تظهره والهاشمة هي التي تشم العظم أي تكسره والمنقلة هي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله من موضع الى موضع والآمة هي التي تصل الى أم الدماغ وهي جعدة تحت العظم فوق الدماغ والدامعة هي التي تخرق تلك الجدة وتصل الى الدماغ فهذه إحدى عشر شجة ومحمد ذكر الشجاج تسعا ولم يذكر الخارصة ولا الدامعة لان الخارصة لا يبقى لها أثر عادة والشجة التي لا يبقى لها أثر لا حكم لها في الشرع والدامعة لا يعيش الانسان معها عادة بل تصير نفسا ظاهرا وغالبا فتخرج من ان تكون شجة فلامعنى لبيان حكم الشجة فيها لذلك ترك محمد ذكرهما والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الرابع فالجراح نوعان جائفة وغير جائفة فالجائفة هي التي تصل الى الجوف والمواضع التي تنفذ الجراحة منها الى الجوف هي الصدر والظهر والبطن والحجاب وما بين الانثيين والدبر ولا تكون في اليدين والرجلين ولا في الرقبة والحلق جائفة لانه لا يصل الى الجوف وروى عن أبي يوسف ان ما وصل من الرقبة الى الموضع الذي لو وصل اليه من الشراب قطرة يكون جائفة لانه لا يقطر الا اذا وصل الى الجوف ولا تكون الشجة الا في الرأس والوجه وفي مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والصدغين والذقن دون الحدين ولا تكون الآمة الا في الرأس والوجه وفي الموضع الذي تتخلص منه الى الدماغ ولا يثبت حكم هذه الجراحات الا في هذه المواضع عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال بعض الناس يثبت حكم هذه الجراحات في كل البدن وهذا غير سديد لان هذا القائل ان رجعا في ذلك الى اللغة فهو غلط لان العرب تفصل بين الشجة وبين مطلق الجراحة فتسمى ما كان في الرأس والوجه في مواضع العظم منها شجة وما كان في سائر البدن جراحة قسمية الكل شجة يكون غلطا في اللغة وان رجع فيه الى المعنى فهو خطأ لان حكم هذه الشجاج يثبت للشين الذي يلحق المشجوج ببقاء أثره دليل أنها لو برأت ولم يبق لها أثر لم يجب بها ارش والشين انما يلحق فيما يظهر في البدن وذلك هو الوجه والرأس وأما ما سواهما فلا يظهر بل يغطي عادة فلا يلحق الشين فيه مثل ما يلحق في الوجه والرأس

والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما أحكام هذه الأنواع فهذه الأنواع مختلفة الأحكام (منها) ما يجب فيه القصاص ومنها ما يجب فيه دية كاملة ومنها ما يجب فيه ارش مقدر (ومنها) ما يجب فيه ارش غير مقدر (أما) الذي فيه القصاص فهو الذي استجمع شرائط الوجوب فيقع الكلام في موضعين (أحدهما) في بيان شرائط وجوب القصاص (والثاني) في بيان وقت الحكم بالقصاص (أما) الأول فنقول شرائط وجوب القصاص أنواع (بعضها) يعم النفس ومادونها وبعضها يخص مادون النفس (أما) الشرائط العامة فإذ كنا في بيان شرائط وجوب القصاص في النفس من كون الجاني عاقلاً بالغاً متمتعاً مختاراً وكون الجاني عليه معصوماً مطلقاً لا يكون جزء الجاني ولا ملكه وكون الجناية حاصلة على طريق المباشرة فلاذ كرنا من الدلائل (وأما) الشرائط التي تخص الجناية فيادون النفس فمنها المماثلة بين المحلين في المنافع والقيلين وبين الارشيين لان المماثلة فيادون النفس معتبرة بالقدر الممكن فانعدامها يمنع وجوب القصاص والدليل على ان المماثلة فيادون النفس معتبرة شرعاً بالنص والمعقول (أما) النص فقوله تبارك وتعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين الى قوله تعالى جل شأنه والجروح قصاص فان قيل ليس في كتاب الله تبارك وتعالى بيان حكم مادون النفس لافي هذه الآية الشريفة وانه اخبار عن حكم التوراة فيكون شرعية من قبلنا وشرعية من قبلنا لا تلزمنا (فالجواب) ان من القراء المعروفين من ابتداء الكلام من قوله عز شأنه والعين بالعين بالرفع الى قوله تبارك وتعالى فمن تصدق به على ابتداء الايجاب لاعلى الاخبار عما في التوراة فكان هذا شرعنا لا شرعية من قبلنا على ان هذان كانا اخباراً عن شرعية التوراة لكن لم يثبت نسخه بكتابنا ولا بسنة رسولنا صلى الله عليه وسلم فيصير شرعية لنينا صلى الله عليه وسلم مبتدأة فيلزمنا العمل به على انه شرعية رسولنا صلى الله عليه وسلم لا على انه شرعية من قبله من الرسل على ما عرف في أصول الفقه الا انه لم يذ كر وجوب القصاص في اليد والرجل نصاً لكن الايجاب في العين والالتف والاذن والسنن ايجاب في اليد والرجل دلالة لا نه لا ينتفع بالذ كر من السمع والبصر والشم والسنن الا صاحبه (وبحوز) ان ينتفع باليد والرجل غير صاحبهما فكان الايجاب في العضو المنتفع به في حقه على الخصوص ايجاباً في هو منتفع به في حقه وفي حق غيره من طريق الاولى فكان ذكر هذه الاعضاء ذكر اليد والرجل بطريق الدلالة كما في التأقف مع الضرب في الشتم على ان في كتابنا حكم مادون النفس قال الله فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقال الله تعالى عز شأنه وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به وأحق ما يعمل فيه بهاتين الآيتين مادون النفس (وقال) تبارك وتعالى من عمل سيئة فلا يجزى الا مثلها ونحو ذلك من الآيات (وأما) المعقول فهو ان مادون النفس له حكم الاموال لانه خالق وقاية للنفس كالا موال ألا ترى انه يستوفي في الحل والحرم كما يستوفي المال وكذا الوصي يلى استيفاء مادون النفس للصغير كما يلى استيفاء ماله فتعتبر فيه المماثلة كما تعتبر في اتلاف الاموال (ومنها) ان يكون المثل ممكن الاستيفاء لان استيفاء المثل بدون امكان استيفائه ممتنع فيمتنع وجوب الاستيفاء ضرورة ويتبنى على هذين الاصلين مسائل (فتقول) وبالله تعالى التوفيق لا يؤخذ شيء من الاصل الا بمثله فلا تؤخذ اليد الا باليد لان غير اليد ليس من جنسها فلم يكن مثلاً لها اذ التجانس شرط للمماثلة (وكذا) الرجل والاصبع والعين والالتف ونحوها لما قلنا (وكذا) الابهام لا تؤخذ الا بالابهام ولا السبابة الا بالسبابة ولا الوسطى الا بالوسطى ولا البنصر الا بالبنصر ولا الخنصر الا بالخنصر لان منافع الابهام مختلفة فكانت كالا جناس المختلفة وكذلك لا تؤخذ اليد اليمنى الا باليمين ولا اليسرى الا باليسرى لان لليمين فضلاً على اليسار ولذلك سميت يميناً وكذلك الرجل وكذلك اصابع اليدين والرجلين لا تؤخذ اليمنى منها الا باليمين ولا اليسرى الا باليسرى وكذلك الاعين لما قلنا وكذلك الاسنان لا تؤخذ الثانية الا بالثنية ولا الناب الا بالناب ولا الضرس الا بالضرس لاختلاف منافعها فان بعضها قواطع وبعضها طواحن وبعضها ضواحك واختلاف المنفعة بين الشيثين بلحقمها بجنسين ولا مماثلة عند اختلاف الجنس وكذا لا يؤخذ الا على منها بالا سفل ولا الاسفل

بالأعلى لتفاوت بين الأعلى والأسفل في المنفعة ولا يؤخذ الصحيح من الأطراف إلا بالصحيح منها فلا تقطع اليد الصحيحة ولا كاملة الأصابع بنقصه الأصابع أو مفصل من الأصابع وكذلك الرجل والأصبع وغيرها لعدم المماثلة بين الصحيح والمعيب وإن كان العيب في طرف الجاني فالجني عليه بالخيار إن شاء اقتص وإن شاء أخذ ارش الصحيح لأن حقه في المثل وهو السلم ولا يمكنه استيفاء حقه من كل وجه مع فوات صفة السلامة وأمكنه الاستيفاء من وجهه ولا سبيل إلى الزام الاستيفاء حتماً فيه من الزام استيفاء حقه ناقصاً وهذا لا يجوز فيخير إن شاء عرضي بقدر حقه واستوفاه ناقصاً وإن شاء عدل إلى بدل حقه وهو كمال الارش كمن أتلف على إنسان شيئاً له مثل والمتلف جيداً فاقطع عن أيدي الناس ولم يبق منه إلا الرديء إن صاحب الحق يكون بالخيار إن شاء أخذ الموجود ناقصاً وإن شاء عدل إلى قيمة الجيد لما قلنا كذا (ولو أراد) الجني عليه أن يأخذه ويضمنه النقصان هل لذلك قال أصحابنا رحمهم الله تعالى ليس له ذلك (وقال) الشافعي له ذلك قوله إن حقه في المثل ولا يمكنه استيفاءه من هذه اليد من كل وجه فيستوفي حقه منها بقدر ما يمكن ويضمنه الباقي كما لو أتلف على آخر شيئاً من المثليات فاقطع عن أيدي الناس إلا قدر بعض حقه أنه يأخذ القدر الموجود من المتلف ويضمنه الباقي كذا هذا (ولنا) أنه قادر على استيفاء أصل حقه وانما القائن هو الوصف وهو صفة السلامة فإذا رضى باستيفاء أصل حقه ناقصاً كان ذلك رضا منه بسقوط حقه عن الصفة كما لو أتلف شيئاً من ذوات الأمثال وهو جيد فاقطع عن أيدي الناس نوع الجيد ولا يوجد إلا الرديء منه أنه ليس له إلا أن يأخذه أو قيمة الجيد كذلك هذا بخلاف ما ذكره من المسألة لأن هناك حق المتلف عليه متعلق بمثل المتلف بكل جزء من أجزائه بصورة ومعنى فكان له أن يستوفي الموجود ويأخذ قيمة الباقي وههنا حق الجني عليه لم يتعلق إلا بالقطع من المفصل دون الأصابع بدليل أنه لو أراد أن يقطع الأصابع وبرأ عن الكف ليس له ذلك فلم تكن الأصابع عين حقه إن كان البعض قطع الأصابع بأن كانت جارية تجري الصفة كالجودة في المكيل فلا يكون له أن يطالب بشيء آخر كما في تلك المسألة (ولو) ذهبت الجارحة المعينة قبل أن يختار الجني عليه أخذها أو قطعها قاطع بطل حق الجني عليه في القصاص لفوات محله (وهل يجب) الارش على الجاني فالكلام فيه كالكلام فيما إذا قطع يد صحيحة وهو على التفصيل الذي ذكرنا فيما تقدم أنها إن سقطت بآفة سماوية أو قطعت ظلماً لاشئ عليه ولو قطعت بحق من قصاص أو سرقة فعليه ارش اليد المقتطوعة (وعند) الشافعي رحمه الله عليه الارش في الوجهين والكلام فيه راجع إلى أصل وقد تقدم ذكره وهو أن موجب العمدة القصاص عيناً عندنا في النفس وما دونه (وعنده) أحدهما غير عين في قول وفي قول القصاص عيناً لكن مع حق العدول إلى المال (وقد) ذكرنا هذا الأصل بفرعه في بيان حكم الجنائية على النفس إلا أنه إذا كان القطع بحق يجب الارش لأنه قضى بالطرف حتى مستحقاً عليه فصار كأنه قائم وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطأ وغيره على ما مر ذكره وإذا ثبت هذا في الصحيحة فنقول حق الجني عليه كان متعلقاً باليد المعينة بعينها وإنما ينتقل عنها إلى الارش عند اختياره فإذا لم يختَر حتى هلكت بقي حقه متعلقاً باليد (فإن قيل) أليس أنه كان مخيراً بين القصاص والارش فإذا فات أحدهما تعين الآخر قيل لا بل حقه كان في اليد على التعيين إلا أن له أن يعدل عنه إلى بدله عند الاختيار فإذا هلك قبل الاختيار بقي حقه في اليد فإذا هلك فقد بطل محل الحق فبطل الحق أصلاً ورأساً والله تعالى عز وجل الموفق (ولو كانت) يد القاطع صحيحة وقت القطع ثم شلت بعده فلا حق للمقتطوع في الارش لأن حقه ثبت في اليد عيناً بالقطع فلا ينتقل إلى الارش بالنقصان كما إذا ذهب الكل بآفة سماوية أنه يستطع حقه أصلاً ولا ينتقل إلى الارش لما قلنا كذا هذا ولا قصاص إلا فيما يقطع من المفاصل مفصل الزند أو مفصل المرفق أو مفصل الكتف في اليد أو مفصل الكعب أو مفصل الركبة أو مفصل الورك في الرجل وما كان من غير المفاصل فلا قصاص فيه كما إذا قطع من الساعد أو العضد أو الساق أو الفخذ لأنه يمكن استيفاء المثل من المفاصل ولا يمكن من غيرها (وليس) في لحم الساعد والعضد والساق والفخذ ولا

في الالية قصاص ولا في لحم الخدين ولحم الظهر والبطن ولا في جلدة الرأس وجلدة اليدين اذا قطعت لتعذر استيفاء
المثل ولا في اللطمة والوتر والوجأة والدقة لما قلنا ولا يؤخذ العدد بالعدد فيادون النفس مما يجب على أحدهما فيه
القصاص لو انفر د كلاً اثنين اذا قطعاً يد رجل أو رجله أو أصبعه أو أذنه باسمعه أو بصره أو قلعا سنأله أو نحو ذلك من
الجوارح التي على الواحد منهما فيها القصاص لو انفر د به فلا قصاص عليهما وعليهما الارش نصفان وكذلك ما زاد
على الثلاث من العدد فهو بمنزلة الاثنين ولا قصاص عليهم وعليهم الارش على عدد هم بالسواء وهذا عندنا وعند الشافعي
يجب القصاص عليهم وان كثر واكفي النفس واحتج بما روى ان رجلين شهدا بين يدي سيدنا على رضي الله تعالى
عنه على رجل بالسرقة فامر بقطع يده ثم جاء آخر وقالاً أو همتا بما السارق هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضي الله
تعالى عنه لا أصدق كما على هذا واغرمك دية الأول ولو علمت انكما تهما لقطعتم أيديكما فقد اعتقد سيدنا على رضي
الله تعالى عنه قطع اليدين بيد واحدة وانما قال ذلك بحضور من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه
أحد منهم فيكون اجماعاً ولان اليد تابعة للنفس ثم النفس تقتل بنفس واحدة فكذا الايدي تقطع بيد واحدة لان
حكم التبع حكم الاصل (ولنا) ان المماثلة فيادون النفس معتبرة لما ذكرنا من الدلائل ولا مماثلة بين الايدي ويد
واحدة لا في الذات ولا في المنفعة ولا في الفعل (وأما) في الذات فلا شك فيه لانه لا مماثلة بين العدد بين الفرد من حيث
الذات بحقيقة انه لا تقطع الصحيحة بالشلاء والفائت هو المماثلة من حيث الوصف فقط ففوات المماثلة في الوصف
لما منع جريان القصاص فقواتها في الذات أولى (وأما) في المنفعة فلا من المنافع ما لا يتأتى الا باليدين كالكتابة
والخياطة ونحو ذلك وكذا منفعة اليدين أكثر من منفعة يد واحدة عادة (وأما) في الفعل فلا من الموجود من كل واحد
منهما قطع بعض اليد كانه وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر والجزء قطع كل واحد من كل
واحد منهما وقطع كل اليد أكثر من قطع بعض اليد وانعدام المماثلة من وجهه تكفي جريان القصاص كيف وقد
انعدمت من وجوده وأما قول سيدنا على رضي الله عنه فلا حجة له فيه لانه انما قال ذلك على سبيل السياسة بدليل
انه أضاف القطع الى نفسه وذالاً يكون الا بطريق السياسة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قطع رجل يميني رجلين
تقطع يمينه ثم ان حضرا جميعاً فلهما ان يقطعا يمينه ويأخذانه دية يد بينهما نصفين وهذا قول أصحابنا رحمهم الله وقال
الشافعي رحمه الله اذا كان على التعاقب يقطع للأول ويغرم الدية للثاني كما قال في القتل وان كان على الاجتماع يقرع
بينهما فيقطع لمن خرجت قرعته ويغرم للأخر الدية كما قال في النفس (وجهه) قوله انه اذا قطع على الترتيب صارت
يده حقاً للأول فلا يصير حقاً للثاني فتجب الدية للثاني واذا قطع اليدين على الاجتماع فقد صارت يده حقاً لأحدهما
غير عين وتعين بالقرعة (ولنا) انهما استويا في سبب استحقاق القصاص فيستويان في الاستحقاق ودليل الوصف
ان سبب الاستحقاق قطع اليد وقد وجد قطع اليد في حق كل واحد منهما فيستحق كل واحد منهما قطع يده ولا يحصل
من كل واحد منهما في يد واحدة الا قطع بعضها فلم يستوف كل واحد منهما بالقطع الا بعض حقه فيستوفي الباقي من
الارش ولان كل واحد منهما لما استوفى بعض حقه بقطع اليد صار القاطع قاضياً ببعض يده حقاً مستحقاً عليه
فيجعل كأن يده قائمة وتعذر استيفاء القصاص لعذر فتجب الدية (وقوله) صارت يده حقاً لمن له القصاص ممنوع فان
ملك القصاص ليس ملك المحل بل هو ملك الفعل وهو اطلاق الاستيفاء لان حرية من عليه تمنع ثبوت الملك لأنها
تنبي عن الخلوص والملك في المحل بثبوت فيه فينافيه الخلوص (والدليل) عليه انه لو قطعت يده بغير حق ثابت كانت
الدية له ولو صارت يده مملوكة لمن له القصاص لكانت الدية له دل ان ملك القصاص ليس هو ملك المحل بل ملك
الفعل وهو اطلاق الاستيفاء ولاتنافي فيه فاطلاق الاستيفاء للأول لا يمنع اطلاق استيفاء الثاني وهذا بخلاف
النفس ان الواحد يقتل بالجماعة كقتل لان هناك كل واحد منهم استوفى حقه على السكال لان حقه في القتل وكل
واحد منهم استوفى القتل بكاله لما ذكرنا في الجناية على النفس فيما تقدم وان حضر أحدهما والآخر غائب فالحاضر

ان يقتصر ولا ينتظر الغائب لما ذكرنا ان حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد وانما التمانع في استيفاء الكل بحكم التراجع بحكم المشاركة في الاستيفاء فاذا كان أحدهما غائبا فلا نزاع للحاضر فكان له ان يستوفي كاحد الشفيعين اذا حضر يقضى له بالشفعة في كل المبيع (ولان) حق الحاضر اذا كان ثابتا في كل اليد وأراد الاستيفاء والغائب قد يحضر وقد لا يحضر وقد يطالب بعض الحضور وقد يعفو فلا يجوز تأخير حق الحاضر في الاستيفاء والمنع منه للحال بعد طلبه لا امر محتمل ولهذا قضى بالشفعة لاحد الشفيعين اذا حضر وطالب ولا ينتظر حضور الغائب كذا هذا ولا آخر دية يده على القاطع لانه تعذر استيفاء حقه بعد ثبوته فيصير الى البدل ولان القاطع قضى به حقا مستحقا عليه فيلزمه الدية وان عفا أحدهما بطل حقه وكان للآخر القصاص اذا كان العفو قبل قضاء القاضى بالاجماع لان حق كل واحد منهما ثابت في اليد على الكمال فالعفو من أحدهما لا يؤثر في حق الآخر كما في القصاص في النفس وكذلك لو عفا أحدهما على القاطع فقطع يده فقد استوفى حقه فلا آخر الدية لما ذكرنا (وأما) اذا قضى القاضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما فلا آخر ان يستوفي القصاص في قولهما استحسانا (وقال) محمد رحمه الله اذا قضى القاضى بالقصاص في اليد بينهما نصفين ودية اليد بينهما نصفين ثم عفا أحدهما بطل القصاص (وجه) قوله ان حق كل واحد منهما وان كان ثابتا في كل اليد لكن القاضى لما قضى بالقصاص بينهما فقد أثبت الشراكة بينهما فصار حق كل واحد منهما في البعض فاذا عفا أحدهما سقط البعض ولا يتمكن الاخر من استيفاء الكل (وجه) قولهما ان قضاء القاضى بالشراكة لم يصادف محله لان الشرع ما ورد بوجوب القطع في بعض اليد فيلحق بالعدم أو يجعل مجازا عن الفتوى كانه أفتى بما يجب لهما وهو ان يجتمعا على القطع ويأخذ الدية بينهما فكان عفو أحدهما بعد القضاء كعفو قبله ولو قضى القاضى بالدية بينهما فقبضها ثم عفا أحدهما لم يكن للآخر القصاص وينقلب نصيبه مالهما لما قبض الدية فقد ملكها وثبت الملك في الدية يقتضى ان لا يبقى الحق في كل اليد فسقط حق كل واحد منهما عن نصف اليد فاذا عفا أحدهما لا يثبت للآخر ولاية استيفاء كل اليد (وكذلك) لو أخذ بالدية رهنا لأن قبض الرهن قبض استيفاء لان الدين كانه في الرهن بدليل انه اذا هلك يسقط الدين فصار قبضهما الرهن كقبضهما الدين (ولو) أخذ بالدية كقبضها ثم عفا أحدهما فلا آخر القصاص لانه ليس في الكفالة معنى الاستيفاء بل هو للتوثق لجانب الوجوب فكان الحكم بعد الكفالة كالحكم قبلها (ولو قطع) من رجل يديه أو رجله قطعت يده ورجلاه لان استيفاء المثل ممكن ولو قطع من رجل يمينه ومن آخر يساره قطعت يمينه لصاحب اليمين ويساره لصاحب اليسار لان تحقيق المائلة فيه وانه ممكن (فان قيل) القاطع ما بطل عليهما منفعة الجنسين فكيف تبطل عليه منفعة الجنس فالجواب ان كل واحد منهما ما استحق عليه الا قطع يد واحدة وليس في قطع يد واحدة تقيت منفعة الجنس فكان الجزاء مثل الجنابة الا ان فوات منفعة الجنس عند اجتماع الفعليين حصل ضرورة غير مضاف اليهما ولو قطع اصبع رجل كلهما من المفصل ثم قطع يد آخر أو يد باليد ثم قطع الاصبع وذلك كله في يد واحدة في اليمين أو في اليسار فلا يخلو (اما) ان جا جميعا يطلبان القصاص واما ان جا آمتفرقين فان جا جميعا يبدأ بالقصاص في الاصبع فتقطع الاصبع بالا صبع ثم يخير صاحب اليد فان شاء قطع ما بقي وان شاء أخذ دية يده من مال القاطع لان حق كل واحد منهما في مثل ما قطع منه فحق صاحب اليد في قطع اليد وحق صاحب الاصبع في قطع الاصبع فيجب ايفاء حق كل واحد منهما بقدر الامكان وذلك في البداية بالقصاص في الاصبع لانا لو بدأنا بالقصاص في اليد لبطل حق صاحب الاصبع في القصاص أصلا ورأسا ولو بدأنا بالقصاص في الاصبع لم يبطل حق الاخر في القصاص أصلا ورأسا لانه يتمكن من استيفائه مع النقصان فكانت البداية بالا صبع أولى وانما خیر صاحب اليد بعد قطع الاصبع لان الكف صارت معيبة بقطع الاصبع فوجد حقه ناقصا فيثبت له الخيار كالاشل اذا قطع يد الصحيح وان جا آمتفرقين فان جاء صاحب اليد وصاحب الاصبع غائب تقطع اليد لصاحب اليد لان حق صاحب اليد ثابت في اليد فلا يجوز منعه من استيفاء حقه لحق غائب محتمل أن يحضرو يطالب ويحتمل

ان لا يحضر ولا يطالب فان جاء صاحب الاصبع بعد ذلك أخذ الارش لتعذر استيفاء حقه عليه بعد ثبوته فيأخذ بدله ولا ان القاطع قضى بطرفه حقا مستحقا عليه فصار كأنه قائم وتعذر الاستيفاء مانع فيلزمه الارش وان جاء صاحب الاصبع وصاحب اليد غائب تقطع الاصبع لصاحب الاصبع لماذا ذكرنا في صاحب اليد ثم اذا جاء صاحب اليد بعد ذلك أخذ الارش لما قلنا ولو قطع اصبع رجل من مفصل ثم قطع اصبع رجل آخر من مفصلين ثم قطع اصبع آخر كلها وذلك كله في اصبع واحدة فهو على التفصيل الذي ذكرنا ان الامر لا يخلو (اما) ان جاؤا جميعا يطلبون القصاص واما ان جاؤا متفرقين فان جاؤا جميعا يبدأ بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى ثم يخير صاحب المفصلين فان شاء استوفى الاوسط بحقه كله ولا شئ له من الارش وان شاء أخذ ثلثي دية اصبعه من ماله ثم يخير صاحب الاصبع فان شاء أخذ ما بقي بأصبعه وان شاء أخذ دية أصبعه من مال الذي قطعها وانما كان كذلك لما بينا ان حق كل واحد منهما في مثل ما قطع منه فيجب ايفاء حقوقهم بقدر الامكان وذلك في البداية بما لا يسقط حق بعضهم وهو ان يبدأ بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى لان البداية لا تبطل حق الباقي في القصاص أصلا لا مكان استيفاء حقيهما مع النقصان وفي البداية بالقصاص في الاصبع ابطال حق الباقي أصلا ورب رجل يختار القصاص وان كان ناقصا تشفيا للصدر واذا قطع منه المفصل الاعلى لصاحب الاعلى يخير الباقيان لان كل واحد منهما وجد حقه ناقصا لحدوث العيب بالطرف وان جاؤا متفرقين فان جاء صاحب الاصبع أولا تقطع له الاصبع لماذا ذكرنا في المسئلة المتقدمة فاذا جاء الباقيان بعد ذلك بقضى لهما بالارش لصاحب المفصل الاعلى ثلث دية الاصبع ولصاحب المفصلين ثلثا دية الاصبع لما قلنا وان جاء صاحب المفصلين أولا يقطع له المفصلان لماذا ذكرنا في المسئلة المتقدمة ويقضى لصاحب المفصل الاعلى بالارش لما مر وصاحب الاصبع بالخيار ان شاء أخذ ما بقي واستوفى حقه ناقصا وان شاء أخذ دية الاصبع لما مر وان جاء صاحب الاعلى أولا فهو كما اذا جاؤا معا وقد ذكرنا حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قطع كف رجل من مفصل ثم قطع يد آخر من المرفق أو بدأ بالمرفق ثم بالكف وهما في يد واحدة في اليمنى او في اليسار ثم اجتمعا فان الكف يقطع لصاحب الكف ثم يخير صاحب المرفق فان شاء قطع ما بقي بحقه كله وان شاء أخذ الارش لما بينا وان جاء أحدهما والاخر غائب فان جاء صاحب الكف قطع له الكف ولا ينتظر الغائب لما مر ثم اذا جاء صاحب المرفق أخذ الارش وان جاء صاحب المرفق أولا لا يقطع له المرفق أولا ثم اذا جاء صاحب اليد بعد ذلك يأخذ ارش اليد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قطع المفصل الاعلى من سبابة رجل ثم عاد فقطع المفصل الثاني منها فعليه القصاص من المفصل الاول ولا قصاص عليه في المفصل الثاني وعليه قيمة الارش وكذلك لو قطع اصبع رجل من أصلها ثم قطع الكف التي منها الاصبع كان عليه القصاص في الاصبع ولا قصاص عليه في الكف وعليه الارش في الكف ناقصة بأصبع وكذلك لو قطع يد رجل وئى صحيحة ثم قطع ساعده من المرفق من اليد التي قطع منها الكف عليه في اليد القصاص ولا قصاص عليه في الساعد بل فيه ارش حكومة كذا روى عن أبي حنيفة رضى الله عنه ولم يفصل بين ما اذا كانت الجناية الثانية بعد براءة الاولى أو قبلها وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا كانت الثانية بعد براءة الاولى فهما جنايتان متفرقتان وان كانت قبل البرء فهي جناية واحدة ذكر قولهما في الزادات (وجه) قولهما ان الجنايتين اذا كانتا قبل البرء فهما في حكم جناية واحدة بدليل ان من قطع يد رجل خطأ ثم قتله وجبت عليه دية واحدة فصار كأنه قطع المفصلين معا بضر به واحدة فيجب القصاص فيهما واذا برئت الاولى فقد استقرت واستقر حكمها فكانت الثانية جناية مفردة في مفصل مفرد فتفرد بحكمها فيجب القصاص في الاولى والارش في الثانية ولا بى جناية رضى الله عنه ان وقت قطع المفصل الاعلى كانت الاصبعان صحيحين أعنى اصبع القاطع والمقطوع له المفصل أولا فكانت بين الاصبعين مماثلة فامكن استيفاء القصاص على وجه المماثلة ولم يكن بينهما مماثلة وقت قطع المفصل الثاني لان

اصبع القاطع كامل وقت القطع فيكون استيفاء الكامل بالناقص وهذا لا يجوز فان قيل وقت قطع المفصل الثاني كان القصاص مستحقا في المفصل الاعلى من القاطع والمستحق كالمستوفى فكان استيفاء الناقص بالناقص فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان نفس الاستحقاق لا يوجب النقضان بدليل انه لو جاء الاجنبى وقطع ذلك المفصل عمدا وجب القصاص عليه ولو ثبت القصاص بنفس الاستحقاق لما وجب فثبت ان النقضان لا يثبت بمجرد الاستحقاق وانما يثبت بالاستيفاء ولم يوجد فلو وجب النقضان لكان استيفاء الكامل بالناقص والثاني ان سلم ان النقضان يثبت بنفس الاستحقاق والوجوب لكن حكما لا حقيقة والا لكان ناقص حقيقة فلم يكن بينهما مماثلة ولو قطع المفصل الاعلى منها فاقتص منه ثم قطع المفصل الثاني وبرى اقتص منه لان اصبع القاطع كانت ناقصة وقت قطع المفصل الثاني فيكون استيفاء الناقص بالناقص فتحقت المماثلة ولو كان غيره قطع المفصل الاعلى منها ثم قطع هو المفصل الثاني منها فلا قصاص عليه لانعدام المساواة بين اصبع القاطع والمقطوع وعليه ثلث دية اليد ولو قطع المفصل الاعلى فبرأ ثم قطع المفصل الثاني فمات فالولى بالخيار ان شاء قطع المفصل ثم قتل لان فيه استيفاء مثل حقه في القطع والقتل وان شاء ترك المفصل وقتل لان في اتلاف النفس اتلاف الطرف فكان المقصود حاصلًا بخلاف ما اذا كانت الجنايتان من رجلين فمات من احدهما دون الاخرى انه ان كان ذلك كله عمدا فعلى صاحب النفس القصاص في النفس وعلى صاحب الجناية في ابدون النفس القصاص في ذلك ان كان يستطيع وان كان لا يستطيع فالارش وان كان ذلك خطأ فعلى صاحب النفس دية النفس وعلى صاحب الجراحة في ابدون النفس ارش ذلك وان كان أحدهما عمدا والاخر خطأ فعلى العاقد القصاص وعلى الخاطئ الارش ولا يدخل أحدهما في الاخر سواء كان بعد البرء أو قبل البرء ولان الجنايتين اذا كانتا من شخص واحد يمكن جعلهما كجناية واحدة كأنهما حصلتا بضر بة واحدة واذا كانتا من شخصين لا يمكن ان يجعلهما كجناية واحدة لان جعل فعل أحدهما فعل الاخر لا يتصور فلا بد ان نعتبر فعل كل واحد منهما باقرا ده سواء برأت الجناية الاولى أو لم تبرأ على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو قطع من رجل نصف المفصل الاعلى من السبابة ثم قطع نصف المفصل الباقي ان كان قبل البرء يقتص منه فيقطع منه المفصل كله لانه اذا كان قبل البرء صار كانه قطع المقتصين جميعا بضر بة واحدة ولو كان كذلك يقتص منه ويقطع منه المفصل كله كذا هذا وان كان بعد البرء لا يقتص منه وتجب حكومة العدل في كل نصف لانه لا يمكن استيفاء القصاص من نصف المفصل وليس له ارش مقدر فتجب حكومة العدل ولو قطع من رجل نصف المفصل الاعلى من السبابة ثم عاد فقطع المفصل الثاني فان كان قبل البرء فلا قصاص عليه وعليه القصاص في المفصل والحكومة في نصف المفصل لانه يصير كانه قطعها دفعة واحدة ولو فعل ذلك لا قصاص عليه لعدم الاستيفاء بصفة المماثلة فكان عليه الارش في المفصل وحكومة العدل في نصف المفصل كذا هذا وان كان بعد البرء يجب القصاص في المفصل وحكومة العدل في نصف المفصل لانه اذا برى الاول فقد استقر حكمه والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن فثبت ولاية الاستيفاء فلا يمكن استيفاء القصاص في نصف المفصل وليس له ارش مقدر فتجب فيه حكومة العدل ولو قطع من رجل يمينه من المفصل فاقتص منه ثم ان أحدهما قطع من الاخر الذراع من المرفق فلا قصاص فيه وفيه حكومة العدل عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله يجب القصاص كذا ذكر القاضي الخلاف في شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله وذكر الكرخى عليه الرحمة الخلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما (وجه) قول أبى يوسف وزفر ان استيفاء القصاص على سبيل المماثلة ممكن لان الحليين استويا والمرفق مفصل فكان المثل مقدور الاستيفاء فلا معنى للمصير الى الحكومة كما لو قطع يد انسان من مفصل الزند ولا بى حنيفة ومحمدان القصاص في ابدون النفس يعتمد المساواة في الارش لان مادون النفس يسلك به مسلك الاموال لما بينا والمساواة في اتلاف الاموال معتبرة ولهذا لا يجري القصاص بين طرفي الذك والانثى والحر والاميد

لاختلاف الارش وهنالا يعرف التساوى في الارش لان ارش الذراع حكومة العدل وذلك يكون بالحزر والظن فلا يعرف التساوى بين ارشيهما لان قطع الكف يوجب وهن الساعد وضعفه وليس له ارش مقدر وقيمة الوهن والضعف فيه لا تعرف الا بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة بين ارش الساعدين فيمتنع وجوب القصاص وعلى هذا الخلاف اذا قطع بدرجل وفيها اصبع زائدة وفي يد القاطع اصبع زائدة مشتمل ذلك انه لا قصاص عند أبي حنيفة ومحمد وفيهما حكومة العدل وعند أبي يوسف يجب القصاص لوجود المساواة بين اليدين ولهما ان الاصبع الزائدة في الكف نقص فيها وعيب وهو نقص يعرف بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة بين الكفين ولو قطع أصبعا زائدة وفي يده مثلها فلا قصاص عليه بالاجماع لان الاصبع الزائدة في معنى التزلزل ولا قصاص في المترزل ولا نها نقص ولا تعرف قيمة النقصان الا بالحزر والظن ولا نه ليس لهما ارش مقدر فلا تعرف المماثلة ولو قطع الكف التي فيها أصبع زائدة فان كانت تلك الاصبع توهن الكف وتنقصها فلا قصاص فيها وان كانت لا تنقصها ففيها القصاص ولا قصاص بين الاشلين كذا روى الحسن عن أبي حنيفة سواء كانت يد المقتوعة يده أظلمها شللا أو أكثر أو هما سواء وهو قول أبي يوسف وقال زفران كانا سواء ففيهما القصاص وان كانت يد المقتوعة يده أظلمها شللا كان بالخيار ان شاء قطع يد القاطع وان شاء ضمنه ارش يده شلاء وان كانت يد المقتوعة يده أكثرها شللا فلا قصاص وله ارش يده والصحيح قولنا لان بعض الشلل في يديهما يوجب اختلاف ارشيهما وذلك يعرف بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة وكذلك مقطوع الا بهام كلها اذا قطع يدا مثل يده لم يكن بينهما قصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان قطع الا بهام يوهن الكف ويسقط تقدير الارش فلا يعرف الا بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة ولو قطع بدرجل ثم قتله فان كان بعد البرء لا تدخل اليد في النفس بلا خلاف والولى بالخيار ان شاء قطع يده ثم قتله وان شاء اكتفى بالقتل وان شاء عفا عن النفس وقطع يده وان كان قبل البرء فكذلك في قول أبي حنيفة وفي قولهما تدخل اليد في النفس وله ان يقتله وليس له ان يقطع يده (وجه) قولهما ان الجناية على مادون النفس اذا لم يتصل بها البرء لا حكم لهما مع الجناية على النفس في الشريعة بل يدخل مادون النفس في النفس كما اذا قطع يده خطأ ثم قتله قبل البرء حتى لا يجب عليه الا دية النفس ولا في حنيفة رضي الله عنه ان حق المجنى عليه في المثل وذلك في القطع والقتل والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن فاذا قطع المولى يده ثم قتله كان مستوفيا للمثل فيكون الجزاء مثل الجناية جزاء وفاقا بخلاف الخطأ لان المثل هناك غير مستحق بل المستحق غير المثل لان المال ليس بمثل النفس وكان ينبغي أن لا يجب أصلا الا ان وجوبه ثبت معدولا به عن الاصل عند استقرار سبب الوجوب فبقيت الزيادة حال عدم استقرار السبب لعدم البرء مردودة الى حكم الاصل والله تعالى أعلم هذا اذا كانا جميعا عمدا فاذا كانا جميعا خطأ فان كان بعد البرء لا يدخل مادون النفس في النفس ونجب دية كاملة ونصف دية تتحمله العاقل وتؤدى في ثلاث سنين في السنة الاولى ثلثا الدية ثلث من الدية الكاملة وثلاث من نصف الدية وفي السنة الثانية نصف الدية ثلث من الدية الكاملة وسدس من النصف وفي السنة الثالثة ثلث الدية لان الدية الكاملة تؤدى في ثلاث سنين ونصف الدية تؤدى في سنتين من الثلاث وهذا يوجب ان يكون قدر المؤدى منهما وانما لم يدخل مادون النفس في النفس لان الاول لما برأ فقد استقر حكمه فكان الباقي جنائية مبتدأة فينتدأ بحكمها وان كان قبل البرء يدخل مادون النفس في النفس ونجب دية واحدة لان حكم الاول لم يستقر وان كان أحدهما عمدا والاخر خطأ لا يدخل مادون النفس في النفس بل يعتبر كل واحد منهما بحكمه سواء كان بعد البرء أو قبله لان العمد مع الخطأ جنائيتان مختلفتان فلا يحتملان التداخل فيعطى لكل واحد منهما حكم قسمها فيجب في العمد القصاص وفي الخطأ الارش هذا كله اذا كان الجاني واحدا فتقطع ثم قتل فاما اذا كانا اثنين فقطع أحدهما يده ثم قتله الاخر فلا يدخل مادون النفس في النفس كيف ما كان بعد البرء أو قبله لان الاصل اعتبار كل جنائية بجنايتها لان كل واحدة منهما جنائية على حدة فكان الاصل عدم التداخل

وافراد كل جنابة بحكمها الا ان عند اتحاد الجاني وعدم البرء قد يجعلان كجنابة واحدة كأنهما حصلتا بضربة واحدة
تقدير او لا يمكن هذا التقدير عند اختلاف الجاني لاستحالة ان يكون فعل كل واحد منهما فعلا لصاحبه حقيقة
فتعذر التقدير بقى فعل كل واحد منهما جنابة مفردة حقيقة وتقدير ايفر دحكها فان كانتا جميعا عمدا يجب القصاص
على كل واحد منهما من القطع والقتل وان كانتا جميعا خطأ يجب الدية عليهما يتحمل عنهما قتلتهما في القطع والقتل
وان كان أحدهما عمدا والاخر خطأ يجب القصاص في العمد والارش في الخطأ ولو قطع أصبع بدرجل عمدا و قطع
آخر يده من الزند فمات فالقصاص على الثاني في قول أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله عليهما جميعا وبه
أخذ الشافعي (وجه) قول زفر ان السراية باعتبار الالم والقطع الاول اتصل باله النفس وتكامل بالثاني فكانت
السراية مضافة الى القتلين فيجب القصاص عليهما (ولنا) أن السراية باعتبار الالم المترادفة التي لا تتحملها النفس
الى أن يموت وقطع اليد يمنع وصول الالم من الاصبع الى النفس فكان قطعا للسراية فبقيت السراية مضافة الى قطع اليد
وصار كالمقطع الاصبع فبرئت ثم قطع آخر يده فمات وهناك القصاص على الثاني كذا هذا بل أولى لان القطع
في المنع من الأثر وهو وصول الالم الى النفس فوق البرء اذا البرء يحتمل الانتقاص والقطع لا يحتمل ثمز وال اثر
بالبرء يقطع السراية فز واله بالقطع كان أولى وأحرى وابرجى على مادون النفس فسرى فالسراية لا يخلو اما ان كانت
الى النفس واما ان كانت الى عضو آخر فان كانت الى النفس فالجاني لا يخلو اما ان كان متعديا في الجنابة واما ان لم يكن
فان كان متعديا في الجنابة والجنابة بمحيد أو بخشبة تعمل عمل السلاح فمات من ذلك فعليه القصاص سواء كانت
الجنابة مما توجب القصاص لو برئت أو لا توجب كما اذا قطع يد انسان من الزند أو من الساعد أو شججه موضحة أو أمة أو
جائفة أو أبان طرفا من أطرافه أو جرحه جراحة مطلقة فمات من ذلك فعليه القصاص لانه لما سرى بطل حكم مادون
النفس وتبين انه وقع قتلا من حين وجوده ولولى أن يقتله وليس له أن يفعل به مثل ما فعل حتى لو كان قطع يده ليس له
أن يقطع يده عندنا وعند الشافعي رحمه الله انه يفعل به مثل ما فعل فان مات من ذلك والقتله وكذلك اذا قطع رجل
يد رجل ورجليه فمات من ذلك تحز رقبتة عندنا وعندنا يفعل به مثل ما فعل وقد ذكرنا المسئلة فيا تهدم ولو قطع
يده فمات المقتول عن القطع ثم سرى الى النفس ومات فان عفا عن الجنابة أو عن القطع وما يحدث منه أو الجراحة وما
يحدث منها فهو عن النفس بالاجماع وان عفا عن القطع أو الجراحة ولم يقل وما يحدث منها لا يكون عفوا عن النفس
وعلى القاطع دية النفس في ماله في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما يكون عفوا عن النفس ولا شيء عليه
والمسئلة باخواتها قد مررت في مسائل العفو عن القصاص في النفس ولو كان له على رجل قصاص في النفس فقطع
يده ثم عفا عن النفس و برأت اليد ضمن دية اليد في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه (وجه)
قولهما ان نفس القاتل بالقتل صارت حقا لولى القتل والنفس اسم لجملة الاجزاء فاذا قطع يده فقد استوفى حق نفسه
فلا يضمن ولهذا لو قطع يده ثم قتله لا يجب عليه ضمان اليد ولو لم تكن اليد حقه لوجب الضمان عليه دل انه بالقطع
استوفى حق نفسه فبعد ذلك ان عفا عن النفس فالعفو ينصرف الى القائم لا الى المستوفى كمن استوفى بعض ديته ثم
أبرأ الغريم ان البراء ينصرف الى ما بقى لا الى المستوفى كذا هذا ولا يبي حنيفة رضي الله عنه ان حق من له القصاص
في الفعل وهو القتل لا في الحل وهو النفس أو يقال حقه في النفس لكن في القتل لا في حق القطع لان حقه في المثل
والموجود منه القتل لا القطع ومثل القتل هو القتل فكان أجنيا عن اليد فاذا قطع اليد فقد استوفى ما ليس بحق له وهو
مستوفى فيضمن وكان القياس أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية الا انه اذا قطع اليد ثم قتله لا يجب
عليه ضمان اليد وان كان متعديا في القطع مسيأ فيه لانه لا قيمة لها مع اتلاف النفس بالقصاص فلا يضمن كالمقطع يد
مرتدانه لا يضمن وان كان متعديا في القطع لمساقلنا كذا هذا ولانه كان مخيرا بين القصاص وبين العفو فاذا عفا
استند العفو الى الاصل كانه عفا ثم قطع فكان القطع استيفاء غير حقه فيضمن هذا اذا كان متعديا في الجنابة على

مادون النفس فأما إذا لم يكن متعدداً فيها فلا يجب القصاص للشبهة وتجب الدية في بعضها ولا تجب في البعض وبيان ذلك في مسائل إذا قطع يد رجل عمد أخت وجب عليه القصاص فقطع الرجل يده فمات من ذلك ضمن الدية في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما لا شيء عليه ولو قطع الامام يد السارق فمات منه لا ضمان على الامام ولا على بيت المال وكذلك القصاص والبراع والحيجام اذا سرت جراحاتهم لا ضمان عليهم بالاجماع (وجه) قولهما ان الموت حصل بفعل ما دون فيه وهو القطع فلا يكون مضموناً كالا مام اذا قطع يد السارق فمات منه ولا في حنيفة رضي الله عنه انه استوفى غير حقه لان حقه في القطع وهو أنى بالقتل لان القتل اسم لفعل يؤثر في فوات الحياة عادة وقد وجد فيضمن كما اذا قطع يد انسان ظمها فسرى الى النفس وكان القياس أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية وهكذا تقول في الامام ان فعله وقع قتلاً الا انه لا سبيل الى ايجاب الضمان للضرر ولا ان اقامة الحد مستحقة عليه والتحرر عن السراية ليس في وسعه فلو أوجبنا الضمان لا تمتنع الائمة عن الاقامة بخوف اذن وم الضمان وفيه تعطيل الحدود والقطع ليس بمستحق على من له القصاص بل هو مخير فيه والاولى هو العفو ولا ضرر ولا رة الى اسقاط الضمان بعد وجود سببه ولو ضرب امرأته للنشوز فماتت منه يضمن لان المأذون فيه هو التأديب لا القتل ولما اتصل به الموت تبين انه وقع قتلاً ولو ضرب الاب أو الوصي العبي للتأديب فمات ضمن في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما لا يضمن وجه قولهما ان الاب والوصي مأذونان في تأديب العبي وتهذيبهم والمتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضموناً كما لو عز را الامام انسانا فمات (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه ان التأديب اسم لفعل يبقى المؤدب حياً بعده فاذا سرى تبين انه قتل وليس بتأديب وهما غير مأذونين في القتل ولو ضرب به المعلم أو الاستاذ فمات ان كان الضرب بغير أمر الاب أو الوصي يضمن لانه متعد في الضرب والمتولد منه يكون مضموناً عليه وان كان باذنه لا يضمن للضرر ولا ان المعلم اذا علم انه يلزمه الضمان بالسراية وليس في وسعه التحرر عنها بمتنع عن التعليم فكان في التضمين سداً باب التعليم والناس حاجة الى ذلك فسقط اعتبار السراية في حقه لهذه الضرر وهذه الضرر ورة لم توجد في الاب لان لزوم الضمان لا يمنع عن التأديب لقرط شفقتة على ولده فلا يسقط اعتبار السراية من غير ضرورة ولو قطع يد مريد فأسلم ثم مات فلا شيء على القاطع وهذا يؤيد مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه في اعتبار وقت الفعل والاصل في هذا ان الجناية اذا وردت على مالم يضمنون فالسراية لا تكون مضمونة لان الضمان يجب بالفعل السابق والفعل صادف محلاً غير مضمون وكذلك لو قطع يد حربي ثم أسلم ثم مات من القطع انه لا شيء على القاطع لان الجناية وردت على محل غير مضمون فلا تكون مضمونة وهكذا لو قطع يد عبده ثم اعتقه ثم مات لم يضمن السراية لان يد العبد غير مضمونة في حقه ولو قطع يده وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم مات فعلى القاطع دية لا بد لانه أبطل عصمة نفسه بالردة فصارت الردة بمنزلة البراءة عن السراية ولو رجع الى الاسلام ثم مات فعلى القاطع دية النفس في قولهما وعند محمد عليه دية لا بد لا غير وجه قوله على نحو ما ذكرنا انه لما ارتد فكانه ابرأ القاطع عن السراية وجه قولهما ان الجناية تتعلق حكمها بالابتداء أو بالانتهاء وما بينهما لا يتعلق به حكم والحمل ههنا مضمون في الحالين فكانت الجناية مضمونة فيهما فلا تعتبر الردة العارضة فيما بينهما (وأما) قول محمد الردة بمنزلة البراءة فنعم لكن بشرط الموت عليها لان حكم الردة موقوف على الاسلام والموت وقد كانت الجناية مضمونة فوقف حكم السراية أيضاً وكذلك لو لحق بدار الحرب ولم يقض القاضي بلحقه ثم رجع اليها مسلماً ثم مات من القطع فهو على هذا الخلاف وان كان القاضي قضى بلحقه ثم عاد مسلماً ثم مات من القطع فعلى القاطع دية يده لا غير بالاجماع لان لحوقه بدار الحرب يقطع حقوقه بدليل انه يقسم ماله بين ورثته بعد الحقوق ولا يقسم قبله فصار كالأبراء عن الجناية ولو قطع يد عبده خطأ فاعتقه مولاه ثم مات منها فلا شيء على القاطع غير ارش اليد وعتقه كبره لا بد لان السراية لو كانت مضمونة على الجاني فأما أن تكون مضمونة عليه للمولى (وأما) أن تكون مضمونة عليه للعبد لا سبيل الى الاول لان المولى ليس بمالك له بعد العتق ولا

وجه الثاني لما ذكرنا أن السراية تكون تابعة للجناية فالجناية لما لم تكن مضمونة للعبد لا تكون سرايتها مضمونة له ولهذا قلنا إذا باعه المولى بعد القطع سقط حكم السراية وليس قطع اليد في هذا مثل الرمي في قول أبي حنيفة رحمه الله حيث أوجب عليه بالرمي القيمة وإن أعتقه المولى ولم يوجب في القطع الأرض اليد لما ذكرنا أن الرمي سبب الإصابة لا محالة فصارت جانيته وقت الرمي (فاما) القطع فليس بموجب للسراية لا محالة والله تعالى أعلم وإن كان قطع يد العبد عمداً فاعتقه مولاه ثم مات العبد ينظر إن كان المولى هو وارثه لا وارث له غيره فله أن يقتل الجاني في قوله ما خلافاً لمحمد وقد مرّت المسألة وإن كان له وارث غيره يحجبه عن ميراثه ويدخل معه في ميراثه فلا قصاص لاشتباه الولي على ما مر ولو لم يعتقه بعد القطع ولكنه دبره أو كانت أمة فاستولدها فإنه لا تنقطع السراية ويجب نصف القيمة ويجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت هذا إذا كان خطأ وإن كان عمداً فالمولى أن يقتص بالأجماع ولو كاتبه والمسألة بحالها فبالكتابة يرى عن السراية فيجب نصف القيمة للمولى فاذا مات وكان خطأ لا يجب عليه شيء آخر وإن كان عمداً فإن كان عاجزاً فالمولى أن يقتص لأنه مات عبداً وإن مات عن وفاء فقد مات حراً فينظر إن كان له وارث يحجب المولى أو يشاركه فلا قصاص عليه ويجب عليه أرش اليد لا غير وإن لم يكن له وارث غير المولى فالمولى أن يقتص عندهما وعند محمد رحمه الله ليس له أن يقتص وعليه أرش اليد لا غير وإن كان القطع بعد الكتابة فمات وكان القطع خطأ أو مات عاجزاً فالقيمة للمولى وإن مات عن وفاء فالقيمة للورثة وإن كان عمداً فإن مات عاجزاً فالمولى أن يقتص وإن مات عن وفاء مات حراً ثم ينظر إن كان مع المولى وارث يحجبه أو يشاركه في الميراث فلا قصاص وإن لم يكن له وارث غير المولى فعلى الاختلاف الذي ذكرنا والله تعالى أعلم هذا إذا كانت السراية إلى النفس فاما إذا كانت إلى العضو فالأصل أن الجناية إذا حصلت في عضو فسررت إلى عضو آخر والعضو الثاني لا قصاص فيه فلا قصاص في الأول أيضاً وهذا الأصل يطرد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة في مسائل إذا قطع أصبعاً من يدرجل فشلت الكف فلا قصاص فيها وعليه اليد بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله لأن الموجود من القاطع قطع مثل للكف ولا يقدر المقطوع على مثله فلم يكن المثل ممكن الاستيفاء فلا يجب القصاص ولأن الجناية واحدة فلا يجب بها ضمانان مختلفان وهو القصاص والمال خصوصاً عند اتحاد محل لأن الكف مع الأصبع بمنزلة عضو واحد وكذا إذا قطع مفصلاً من أصبع فشلت الكف لما قلنا فإن قال المقطوع أنا أقطع المفصل وأترك ما يدس ليس له ذلك لأن الجناية وقعت غير موجبة للقصاص من الأصل لعدم إمكان الاستيفاء على وجه المماثلة على ما بينا فكان الاقتصاص على البعض استيفاءً لا حق له فيه فيمنع من ذلك كما لو شجّه منقلبة فقال المشجوج أنا أشجّه موضحة وأترك أرش ما زاد لم يكن له ذلك وكذلك إذا كسر بعض سن إنسان واسود ما بقي فليس في شيء من ذلك قصاص لأن قصاصه هو كسر مسود الباقي وذلك غير ممكن ولأن الجناية واحدة فلا توجب ضمانين مختلفين ولو قطع أصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعليه دية الأصبعين وقال أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن في الأول لا قصاص وفي الثاني أرش وجه قولهم إن المحل متعدد والفعل يتعدد بتعدد المحل حكماً وإن كان متحداً حقيقة لتعدد أثره وهما تعدد الأثر فيجمل فعلين فيفرد كل واحد منهما بحكمه فيجب القصاص في الأول والدية في الثاني كما لو قطع أصبع إنسان فأنسل السكين إلى أصبع أخرى خطأ فقطعها حتى يجب القصاص في الأول والدية في الثاني وكما لو رمى سهماً إلى إنسان فأصابه وقدم منه وأصاب آخر حتى يجب القصاص في الأول والدية في الثاني لما قلنا وكذلك هذا وإذا تعددت الجناية تهدر كل واحدة منهما بحكمها فيجب القصاص في الأولى والأرش في الثانية وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه ما ذكرنا أن المستحق فيادون النفس هو المثل والمثل وهو القطع المثل ههنا غير مقدور الاستيفاء فلا يثبت الاستحقاق ولأن الجناية متحدة حقيقة وهي قطع الأصبع وقد تعلق به ضمان المال فلا يتعلق به ضمان القصاص بخلاف ما إذا قطع أصبعاً عمداً فنفذ السكين إلى أخرى خطأ لأن الموجود

هناك فعلا ن حقيقة فجاز أن يفرد كل واحد منهما بحكم وفي مسألة الرمي جعل الفعل المتحد حقيقة متعددا شرعا بخلاف الحقيقة ومن ادعى خلاف الحقيقة ههنا يحتاج الى الدليل ولو قطع اصبعاً فسقطت الى جنبها أخرى فلا قصاص في شئ من ذلك في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما في ظاهر الرواية عنهما يجب في الاول القصاص وفي الثاني الارش وفي رواية ابن سبيعة عن محمد انه يجب القصاص فيهما لان من أصله على هذه الرواية أن الجراحة التي فيها القصاص اذا تولد منها ما يمكن فيه القصاص يجب القصاص فيهما جميعا وهما يمكن وفيما اذا قطع اصبعاً فشلت أخرى بجنبها لا يمكن فوجب القصاص في الاولى والارش في الثانية وجه ظاهر قولهما على نحو ما ذكرنا فيما تقدم أن المحل متعدد وانه يوجب تعدد الفعل عند تعدد الاثر وقد وجد ههنا فيجعل كجنايتين مختلفتين فيتعلق بكل واحدة منهما حكما ولا يوجب حنيفة رضي الله عنه انه لا سبيل الى استيفاء القصاص على وجه المماثلة لان ذلك هو القطع المسقط للاصبع وذلك غير ممكن ولان الجناية واحدة حقيقة فلا توجب الاضمانا واحدا وقد وجب المال فلا يجب القصاص ولو قطع اصبع رجل عمدا فسقطت الكف من المفصل فلا قصاص في ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وفيه دية اليد لان استيفاء المثل وهو القطع المسقط للكف متعذر فيمتنع الوجوب ولان الكف مع الاصبع كعضو واحد فكانت الجناية واحدة حقيقة وحكما وقد تعلق بهما ضمان المال فلا يتعلق بهما القصاص وقال أبو يوسف يقتص منه فتمتطع يده من المفصل فرق أبو يوسف بين هذا وبين ما اذا قطع اصبعاً فسقطت أخرى الى جنبها انه لا يجب القصاص في الثانية لان الاصبع جزء من الكف والسراية تتحقق من الجزء الى الجملة كما تتحقق من اليد الى النفس والا صبعان عضوان مفردان ليس أحدهما جزء الآخر فلا تتحقق السراية من أحدهما الى الآخر فوجب القصاص في الاولى دون الثانية وعلى ما روي محمد رحمه الله في النوادر يجب القصاص ههنا أيضاً كما قال أبو يوسف رحمه الله لانه جناية واحدة وقد سرت الى ما يمكن القصاص فيه فيجعل كانه قطع الكف من الزند ولو كسر بعض سن انسان فسقطت لا قصاص فيه في قول أبي حنيفة عليه الرحمة لانه لا يمكن الاقتصاص بكسر مسقط للسن وقال أبو يوسف يجب القصاص كما قال في الاصبع اذا قطعت فسقطت منها الكف وكذلك عند محمد يجب القصاص على رواية النوادر لما ذكرنا من أصله وكذلك لو ضرب سن انسان فكسر بعضها وتحرك الباقي واستوفى حولا انها ان اسودت فلا قصاص فيها لتعذر استيفاء المثل وهو الكسر المسود وان سقطت فكذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وفيها الارش لعدم امكان استيفاء المثل وهو الكسر المسقط فيجب فيها الارش وقال أبو يوسف فيها القصاص كما قال في الاصبع اذا قطعت الكف ولو شج انسانا موضحة متمدا فذهب منها بصره فلا قصاص في قول أبي حنيفة وفيها وفي البصر الارش وقال في الموضحة القصاص وفي البصر الدية ههذه رواية الجامع الصغير عن محمد وروي ابن سبيعة في نوادره عنه ان فيهما جميعا القصاص وجه هذه الرواية انه تولد من جناية العمد الى عضو يمكن فيه القصاص فيجب فيه القصاص كما اذا سرى الى النفس وجه ظاهر قولهما ان تلف البصر حصل من طريق التسبب لا من طريق السراية بذليل أن الشجة تبقى بعد ذهاب البصر وحدوث السراية يوجب تغير الجناية كالقطع اذا سرى الى النفس انه لا يبقى قطعاً بل يصير قتلا وههنا الشجة لم تتغير بل بقيت شجة كما كانت فدل ان ذهاب البصر ليس من طريق السراية بل من طريق التسبب والجناية بطريق التسبب لا توجب القصاص كما في حفر البر ونحو ذلك ولو ذهبت عيناه ولسانه وسمع وجماعه فلا قصاص في شئ من ذلك على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه وعلى قولهما في الموضحة القصاص ولا قصاص في العينين في ظاهر قولهما بل فيهما الارش وعلى رواية النوادر عن محمد فيهما القصاص دون اللسان والسمع والجماع لانه لا يمكن فيهما القصاص اذا قصاص في ذهاب منفعة اللسان والسمع والجماع في الشرع وفي ذهاب البصر قصاص في الشريعة ولو ضرب به بعضا فوضعه ثم عاد فضر به أخرى الى جنبها ثم تأكلتا حتى صارت واحدة فهما موضحتان ولا قصاص فيهما أما على أصل أبي حنيفة رحمه

الله فلعدم امكان استيفاء المثل وهما شجتان موضحتان تأكل بينهما (وأما) على أصلهما فلان ما تأكل بين الموضحتين تلف بسبب الجراحة والاتلاف تسببها لا يوجب القصاص والله سبحانه وتعالى الموفق ولا قصاص في العين اذا قورت أو فسخت لا نأذا فعلنا ما فعل وهو التقوير والفسخ لا يمكن استيفاء المثل اذ ليس له حد معلوم وان أذهب أضوه فلم يفعل مثل ما فعل فتعذر الاستيفاء بصفة المماثلة فامتنع الوجوب وصار كمن قطع يد انسان من الساعد أنه لا يجب القصاص لانه لا سبيل الى القطع من الساعد ولا من الزند لما قلنا فامتنع الوجوب كذا هذا وان ضرب عليه فذهب ضوءها مع بقاء الحدة على حالها لم تنخسف ففيها القصاص لقوله تبارك وتعالى والعين بالعين ولان القصاص على سبيل المماثلة ممكن بان يجعل على وجهه القطن المبلول وتحمي المرأة وتقرّب من عينه حتى يذهب ضوءها وقيل أول من اهتدى الى ذلك سيدنا علي رضي الله عنه وأشار الى ما ذكرناه من روى أنه وقت هذه الحادثة في زمن سيدنا عثمان رضي الله عنه فجمع الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم وشاورهم في ذلك فلم يكن عندهم حكمها حتى جاء سيدنا علي رضي الله عنه وأشار الى ما ذكرناه فلم ينكر عليه أحد فقتضى به سيدنا عثمان بمحض من الصحابة الكرام رضي الله عنهم فيكون اجماعا وان انخسفت فلا قصاص لان الثاني قد لا يقع خاسفها فلا يكون مثل الاول وروى عن أبي يوسف أنه لا قصاص في عين الاحول لان الحول نقص في العين فيكون استيفاء الكامل بالنقص فلا تتحقق المماثلة ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة باليد الشلاء كذا هذا ولا قصاص في الاشعار والاجفان لانه لا يمكن استيفاء المثل فيها (وأما) الاذن فان استوعبها ففيها القصاص لقوله تبارك وتعالى والاذن بالاذن ولان استيفاء المثل فيها ممكن فان قطع بعضها فان كان له حد يعرف ففيه القصاص والا فلا (وأما) الانف فان قطع المارن ففيه القصاص بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله لقوله سبحانه وتعالى والانف بالانف ولان استيفاء المثل فيه ممكن لان له حدا معلوما وهو ما لان منه فان قطع بعض المارن فلا قصاص فيه لتعذر استيفاء المثل وان قطع قصبة الانف فلا قصاص فيه لانه عظم ولا قصاص في العظم ولا في السن لما نذكر ان شاء الله تعالى وقال أبو يوسف ان استوعب ففيه القصاص وقال محمد لا قصاص فيه وان استوعب ولا خلاف بينهما في الحقيقة لان أبي يوسف أراد استيعاب المارن وفيه القصاص بلا خلاف ومحمد رحمه الله أراد به استيعاب القصبة ولا قصاص فيها بلا خلاف (وأما) الشفة فقدر روى عن أبي حنيفة أنه قال اذا قطع شفة الرجل السفلى أو العليا وكان يستطيع أن يقتص منه ففيه القصاص وذكر الكرخي رحمه الله انه ان استقصاها بالقطع ففيها القصاص لا مكان استيفاء المثل عند الاستقصاء وان قطع بعضها فلا قصاص فيه لعدم الامكان ولا قصاص في عظم الا في السن لانه لا يعلم موضعه ولا يؤمن فيه عن التعدي أيضاً وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه لا قصاص في عظم وفي السن القصاص سواء كسر أو قلع لقول الله تبارك وتعالى والسن بالسن ولانه يمكن استيفاء المثل فيه بان يؤخذ في الكسر من سن الكاسر مثل ما كسر بالمرد وفي القلع يؤخذ سنه بالمرد الى ان ينتهي الى اللحم ويسقط ما سوى ذلك وقيل في القلع انه يقطع سنه لان تحقق المماثلة فيه والاول استيفاء على وجه النقصان لأن في القلع احتمال الزيادة لانه لا يؤمن فيه ان يفعل المقلوع أكثر مما فعل القالع (وأما) اللسان فان قطع بعضه فلا قصاص فيه لعدم امكان استيفاء المثل وان استوعب فقد ذكر في الاصل أن اللسان لا يقتص فيه وقال أبو يوسف فيه القصاص وجهه قوله أن القطع اذا كان مستوعبا أمكن استيفاء المثل فيه بالاستيعاب فيكون الجزاء مثل الجنابة وجهه ما ذكر في الاصل أن اللسان ينقبض وينبسط فلا يمكن استيفاء القصاص فيه بصفة المماثلة وان قطع الحشفة ففيها القصاص لا مكان استيفاء المثل لان لها حدا معلوما وان قطع بعضها أو بعض الذكرك فلا قصاص فيه لانه لا حد لذلك فلا يمكن القطع بصفة المماثلة فصارت كالمقطع بعض اللسان ولو قطع الذكرك من أصله ذكر في الاصل انه لا قصاص فيه وقال أبو يوسف فيه القصاص وجهه قوله ان عند الاستيعاب أمكن الاستيفاء على وجه المماثلة فيجب القصاص وجهه ما ذكر في الاصل أن الذكرك ينقبض مرة وينبسط أخرى فلا يمكن مراعاة

المماثلة فيه فلا يجب القصاص ولا قصاص في جز شعر الرأس وحلقه وحلق الحاجبين والشارب والحية وان لم ينبت بعد الحلق والتنف (أما) الجز فلا أنه لا يعلم موضعه فلا يمكن أخذ المثل (وأما) الحلق والتنف الموجود من الحلق والناتف فلان المستحق حلق وتنف غير منبت وذلك ليس في وسع المحلوق والمتوف لجواز أن يقع حلقة وتنفه منبتاً فلا يكون مثل الاول وذكري النواذر انه يجب القصاص اذا لم ينبت ولم يذكري حكم ندي المرأة انه هل يجب فيه القصاص أم لا وكذا الميذكري حكم الانثيين في وجوب القصاص فيهما وينبغي أن لا يجب القصاص فيهما لان كل ذلك ليس له مفصل معلوم فلا يمكن استيفاء المثل (وأما) حلقة ندي المرأة فينبغي أن يجب القصاص فيها لان لها حدا معلوما فيمكن استيفاء المثل فيها كالحشفة ولو ضرب على رأس انسان حتى ذهب عقله أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو ماء صلبه فلا قصاص في شيء من ذلك لأنه لا يمكنه ان يضرب ضرباً تذهب به هذه الاشياء فلم يكن استيفاء المثل ممكناً فلا يجب القصاص وكذلك لو ضرب على يدرجل أو رجله فثقلت لاقصاص عليه لانه لا يمكنه ان يضرب ضرباً مثلاً فلم يكن المثل مقدوراً لاستيفاء فلا يجب القصاص والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الشجاج فلا خلاف في أن الموضحة فيها القصاص لعنوم قوله سبحانه وتعالى والجروح قصاص الا ما خص بدليل ولانه يمكن استيفاء القصاص فيها على سبيل المماثلة لان لها حدا انتهى اليه السكين وهو العظم ولا خلاف في أنه لا قصاص فيما بعد الموضحة لتعدد الاستيفاء فيه على وجه المماثلة لان الهاشمة تشم العظم والمنقلة تشم وتنقل بعد الهاشم ولا قصاص في هشم العظم لما بينا والامة لا يؤمن فيها من أن ينتهي السكين الى الدماغ فلا يمكن استيفاء القصاص في هذه الشجاج على وجه المماثلة فلا يجب القصاص بخلاف الموضحة (وأما) ما قبل الموضحة فقد ذكر محمد في الاصل أنه يجب القصاص في الموضحة والسمحاق والباضعة والدامية وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا قصاص في الشجاج الا في الموضحة والسمحاق أن مكن القصاص في السمحاق وروى عن النخعي رحمه الله أنه قال مادون الموضحة خدوش وفيها حكومة عدل وكذا روى عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله وعن الشعبي رحمه الله أنه قال مادون الموضحة فيه أجرة الطيب (وجه) رواية الحسن رحمه الله أن مادون الموضحة مما ذكرنا لا حد له ينتهي اليه السكين فلا يمكن الاستيفاء بصفة المماثلة (وجه) رواية الاصل أن استيفاء المثل فيه ممكن لانه يمكن معرفة قدر غور الجراحة بالمسبار ثم اذا عرف قدره به يعمل حديدة على قدره فتنفذ في اللحم الى آخرها فيستوفي منه مثل ما فعل ثم ما يجب فيه القصاص من الشجاج لا يقتص من الشجاج الا في موضع الشجة من المشجوج من مقدم رأسه ومؤخره ووسطه وجنبه لان وجوب القصاص للشين الذي يلحق المشجوج وذا يختلف باختلاف المواضع من الرأس ألا ترى أن الشين في مؤخر الرأس لا يكون مثل الشين الذي في مقدمه ولهذا يستوفي على مساحة الشجة من طولها وعرضها ما أمكن لا اختلاف الشين باختلاف الشجة في الصغر والكبر وعلى هذا يخرج ما اذا شج رجلاً موضحة فاخذت الشجة ما بين قرني المشجوج وهي لا تأخذ ما بين قرني الشاج لصغر رأس المشجوج وكبر رأس الشاج أنه لا يستوعب ما بين قرني الشاج في القصاص لان في الاستيعاب استيفاء الزيادة وفيه زيادة شين وهذا لا يجوز ولكن يحير المشجوج ان شاء اقتص من الشاج حتى يبلغ مقداره شجته في الطول ثم يكف وان شاء عدل الى الارش لانه وجد حقه ناقصاً لان الشجة الاولى وقعت مستوعبة والثانية لا يمكن استيعابها فيثبت له الخيار فان شاء استوفي حقه ناقصاً تشفياً للصدر وان شاء عدل الى الارش كما قلنا في الاشل اذا قطع بد الصحيح فان اختار القصاص فله أن يسد أمن أي الجانبين شاء لان كل ذلك حقه فله أن يبتدي من أيهما شاء وان كانت الشجة تأخذ ما بين قرني المشجوج ولا تفضل وهي ما بين قرني الشاج وتفضل عن قرنيه لكبر رأس المشجوج وصغر رأس الشاج فلم يشجوج الخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص ما بين قرني الشاج لا يزيد على ذلك شيئاً لانه لا سبيل الى استيفاء الزيادة على ما بين قرني الشاج لانه ما زاد على ما بين قرني المشجوج فلا زاد على ما بين قرنيه فيخير المشجوج لانه وجد حقه ناقصاً اذا الثانية دون الاولى في قدر الجراحة فان شاء رضي

باستيفاء حقه ناقصا واقتصر على ما بين قرني الشاج طلبا للتشفي وان شاء عدل الى الارش وان كانت الشجة لا تأخذ بين قرني المشجوج وهي تأخذ ما بين قرني الشاج لا يجوز أن يستوعب بين قرني الشاج كله بالقصاص لان الشجة الاولى وقعت غير مستوعبة فلا استيعاب في الجزء يكون زيادة وهذا لا يجوز وان كان ذلك مقدار شجته في المساحة كمالا لا يجوز استيفاء ما فضل عن قرني الشاج في المسئلة الاولى وان كان ذلك مقدار الشجة الاولى في المساحة وله الخيار لتعذر استيفاء مثل شجته في مقدارها في المساحة في الطول فان شاء اقتص ونقص عما بين قرني الشاج وان شاء ترك وأخذ الارش وان كانت الشجة في طول راس المشجوج وهي تأخذ من جهته الى قفاه ولا تبلغ من الشاج الى قفاه ينحجر المشجوج ان شاء اقتص مقدار شجته الى مثل موضعها من رأس الشاج لا يزيد عليه وان شاء أخذ الارش لما بينا فاقدم وحكى الطحاوي عن علي بن العباس الرازي أنه قال اذا استوعبت الشجة ما بين قرني المشجوج ولم تستوعب ما بين قرني الشاج يقتصر من الشاج ما بين قرنيه كله وان زاد ذلك على طول الشجة الاولى لانه لا عبرة للصغر والكبر في القصاص بين العضوين كما في اليدين والرجلين انه يجري القصاص بينهما وان كانت احدهما أكبر من الاخرى فكذلك في الشجة وهذا الاعتبار غير سديد لان وجوب القطع هناك لقوات المنفعة وانها لا تختلف بالصغر والكبر ألا يرى أن اليد الصغيرة قد تكون أكثر منفعة من الكبيرة فاذا لم يختلف ما وجب له لم يختلف الوجوب بخلاف الشجة لان وجوب القصاص فيها للشين الذي يلحق المشجوج وانه يختلف فيزداد بزيادة الشجة وينقص بنقصانها لذلك افترق الامران الله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) الجراح فان مات من شيء منها المجرور وجب القصاص لان الجراحة صارت بالسراية نفسها وان لم يمت فلا قصاص في شيء منها سواء كانت جائرة أو غيرها لانه لا يمكن استيفاء القصاص فيها على وجه المماثلة ومنها أن يكون الجاني والجاني عليه حرين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا أو كانا عبدين فلا قصاص فيه ومنها أن يكونا ذكرا أو أنثيين عندنا فان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى فلا قصاص فيه عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله هذا ليس بشرط ويجري القصاص بين الذكر والأنثى فيمادون النفس كما يجري في النفس وهذا الشرطان في الحقيقة عندنا امتداد اخلاق لانهما داخلان في شرط المماثلة لان المماثلة في الاروش شرط وجوب القصاص فيمادون النفس بدليل أن الصحيح لا يقطع بالاشل ولا كامل الاصاب بنقص الاصاب ولما ذكرنا فاقدم أن ماذون النفس يسلك به مسلك الاموال والمماثلة في الاموال في باب الاموال معتبرة ولم توجد المماثلة بين الاحرار والعبيد في الاروش لان ارش طرف العبد ليس بمقدر بل يجب باعتبار قيمته وارش طرف الحر مقدر فلا يوجد التساوي بين ارشيهما ولئن اتفق استواءهما في القدر فلا يعتبر ذلك لان قيمة طرف العبد تعرف بالحزر والظن بتقويم المقومين فلا تعرف المساواة فلا يجب القصاص وكذا لم يوجد بين العبيد والعبيد لانهم ان اختلفت قيمتهم فلم يوجد التساوي في الارش وان استوت قيمتهم فلا يعرف ذلك الا بالحزر والظن لانه يعرف بتقويم المقومين وذلك يختلف فلا يعرف التساوي في اروشهم فلا يجب القصاص أو تبقى فيه شبهة العدم والشبهة في باب القصاص ملحقة بالحقيقة ولا بين الذكور والاناث فيمادون النفس لان ارش الانثى نصف ارش الذكر وعند الشافعي رحمه الله المساواة في الاروش في الاحرار غير معتبرة (وجه) قوله أن القصاص جرى بين نفسيهما فيجرى بين طرفيهما لان الطرف تابع للنفس (ولنا) أنه لا مساواة بين ارشيهما فلا قصاص في طرفيهما كالصحيح مع الاشل ولا قصاص في الاطفال لانعدام المساواة في اروشها لان ارش الظفر الحكومة وانها معتبرة بالحزر والظن والله تعالى الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما كون الجناية فيمادون النفس بالسلاح فليس بشرط لوجوب القصاص فيه فسواء كانت سلاح أو غيره يجب فيه القصاص لانه ليس فيمادون النفس شبهة عمد وانما فيه عمد أو خطأ لما ذكرنا فاقدم فاستوى فيهما السلاح وغيره هذا الذي ذكرنا شرائط وجوب القصاص فيمادون النفس (وأما) بيان وقت الحكم بالقصاص فيمادون النفس فوقته ما بعد البرء فلا يحكم بالقصاص فيه ما لم يبرأ وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه

الله وقته ما بعد الجناية ولا ينتظر (وجه) قوله أنه وجب القصاص للحال فله أن يستوفي الواجب للحال (ولنا) ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لا يستفاد من الجراحة حتى يبرأ وروى أن رجلاً جرح حسان بن ثابت رحمه الله في نحره بعظم فجاء الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلبوا القصاص فقال عليه الصلاة والسلام انتظروا ما يكون من صاحبكم فانا والله منتظرون وهو انه يحتمل السراية والجراحة عند السراية تصير قتلاً فينبين أنه استوفى غير حقه وهذا فرع مسئلة ذكرناها وهي أن الجروح اذا مات بالجراحة يجب القصاص بالنفس عندنا لا في الطرف وعند الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

فصل وأما الذي فيه دية كاملة فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان سبب الوجوب والثاني في بيان شرائطه أما السبب فهو تقويت المنفعة المقصودة من العضو على الكمال وذلك في الأصل باحداً من ابانة العضو وازهاب معنى العضو مع بقاء العضو بصورة أما الاول فلا أعضاء التي تتعلق بانتهاء كمال الدية أنواع ثلاثة نوع لا نظير له في البدن ونوع في البدن منه اثنان ونوع في البدن منه أربعة (أما) الذي لا نظير له في البدن فستة أعضاء أحدها الانف سواء استوعب جدعاً أو قطع المارن منه وحده وهو ما لان من الانف والثاني اللسان سواء استوعب قطعاً أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله والثالث الذكرك سواء استوعب قطعاً أو قطع الحشفة منه وحدهما والأصل فيه ما روى عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي الذكرك الدية وفي الانف الدية وفي المارن الدية وروى أنه عليه الصلاة والسلام كتب في كتاب عمر وابن حزم في النفس الدية وفي الانف الدية وفي اللسان الدية ولأنه أبطل المنافع المقصودة من هذه الأعضاء والجمال أيضاً من بعضها فالمقصود من الانف الشم والجمال أيضاً ومن اللسان الكلام ومن الذكرك الجماع والحشفة تتعلق بهامنة الانزال وقد زال ذلك كله بالقطع وان كان ذهب بعض الكلام بقطع بعض اللسان دون بعض ففيه حكومة العدل لأنه لم يوجد تقويت المنفعة على سبيل الكمال وقيل تقسم الدية على عدد حروف الهجاء فيجب من الدية بقدر ما فات من الحروف ونقلت هذه القضية عن سيدنا على رضي الله عنه لأن المقصود من اللسان هو الكلام وقد فات بعضه دون بعض فيجب من الدية بقدر الفائت منها لكن انما يدخل في القسمة الحروف التي تنطق الى اللسان فاما ما لا ينطق الى اللسان من الشفوية والحلقية كالباء والقاء والهاء ونحوهما فلا تدخل في القسمة والرابع الصلب اذا احدث ديب بالضرب واقطع الماء وهو المني فيه دية كاملة لوجود تقويت منفعة الجنس والخامس مسلك البول والسادس مسلك الغائط من المرأة اذا أفضاها انسان فصارت لا تستمسك البول أو الغائط فعليه دية كاملة فان صارت لا تستمسكهما فعليه لكل واحد منهما دية كاملة لأنه فوت منفعة مقصودة بالعضو على الكمال فيجب عليه كمال الدية (وأما) الاعضاء التي في البدن منها اثنان فالعينان والاذنان والشففتان والحاجبان اذا ذهب شعرهما ولم ينبت والثديان والجلهتان والاثنيان والأصل فيه ما روى عن ابن المسيب أنه عليه الصلاة والسلام قال وفي الاذنين الدية وفي العينين الدية وفي الرجلين الدية ولأن في القطع كل اثنين من هذين العضوين تقويت منفعة الجنس منفعة مقصودة أو تقويت الجمال على الكمال كمنفعة البصر في العينين والبطش في اليدين والمشي في الرجلين والجمال في الاذنين والحاجبين اذا لم ينبتا والشففتين ومنفعة امساك الريق في احدهما وهي السفلى والثديان وكاء اللبن وفي الجلمتين منفعة الرضاع والاثنيان وكاء المني (وأما) الاعضاء التي منها أربعة في البدن فنوعان أحدهما أشعار العينين وهي منابت الاهداب اذا لم تنبت لما في تقويتها تقويت منفعة البصر والجمال أيضاً على الكمال وفي كل شفر من مهابع الدية والثاني الاهداب وهي شعر الاشعار اذا لم تنبت لما قلنا (وأما) اذهاب معنى العضو مع بقاء صورته فنحو العقل والبصر والشم والذوق والجماع والايلاد بان ضرب على انسان فذهب عقله أو سمعه أو كلامه أو شمّه أو ذوقه أو جماعه أو ايلاده بان ضرب على ظهره فذهب ماء صلبه والأصل فيه ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قضى في رجل واحد

باربع ديات ضرب على رأسه فذهب عقله وكلامه وبصره وذكره لانه فوت المنافع المقصودة عن هذه الاعضاء على سبيل الكمال (أما) العقل فلان تقويته تهويت منافع الاعضاء كلها لانه لا يمكن الانتفاع بها فيما وضعت له ففوت العقل ألا ترى أن أفعال المجانين تخرج مخرج أفعال البهائم فكان اذهابه ابطالا للنفس معنى (وأما) السمع والبصر والكلام والشم والذوق والجماع والايلاد فكل واحد منها منفعة مقصودة وقد فوتها كلها ولو ضرب على رأس رجل فسقط شعره أو على رأس امرأة فسقط شعرها أو خلق لحية رجل أو نتفها أو خلق شعر امرأة ولم ينبت فان كان حرا ففيه الدية عند أصحابنا رضي الله عنهم وعند الشافعي فيه حكومة (وجه) قوله أنه لا يجب كمال الدية الا بتلاف النفس لان الدية بدل النفس الا أن الشرع ورد بذلك عند تهويت منفعة الجنس كما في قطع اليدين والرجلين ونحو ذلك لان تهويت منفعة الجنس يجعل النفس تالفة من وجه ولم يوجد ذلك في خلق الشعر فبقى الحكم فيه مردوداً الى الاصل ولهذا لم يجب في خلق شعر سائر البدن (ولنا) أن الشعر للنساء والرجال جمال كامل وكذا اللحية للرجال والدليل عليه ما روى من الحديث ان الله تبارك وتعالى عز وجل خلق في سماء الدنيا ملائكة من تسبيحهم سبحانه الذي زين الرجال باللحي والنساء بالذوائب وتهويت الجمال على الكمال في حق الحر يوجب كمال الدية كاللارن والاذن الشاحصة والجامع بينهما اظهار شرف الأدمى وكرامته وشرفه في الجمال فوق شرفه في المنافع ثم تهويت المنافع على الكمال لما أوجب كمال الدية فتقويت الجمال على الكمال أولى بخلاف شعر سائر البدن لانه لا جمال فيه على الكمال لانه لا يظهر للناس فتقويته لا يوجب كمال الدية وقدر روى عن سيدنا على رضي الله عنه أنه قال في الرأس اذا خلق فلم ينبت الدية كاملة وكذا روى عنه أنه قال في اللحية اذا خلقت فلم تنبت الدية وروى أن رجلاً أغلى ماء فصبه على رأس رجل فانسلخ جلده رأسه فقضى سيدنا على رضي الله عنه بالدية وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه قال انما يجب كمال الدية في اللحية اذا كانت كاملة بحيث يتجمل بها فاما اذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها وان كانت غير متوفرة بحيث يقع بها الجمال الكامل وليست مما يشين قبحها حكومة عدل وأما شعر العبد ولحيته فذكر في الاصل أن فيه حكومة وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن فيه القيمة (وجه) هذه الرواية أن القيمة في العبد كالدية في الاحرار فلما وجبت في الحر الدية تجب في العبد القيمة (وجه) رواية الاصل أن الجمال في العبد ليس بمقصود بل المقصود منهم الخدمة وتهويت ما ليس بمقصود لا يتعلق به كمال الدية ولو خلق رأس انسان أو لحيته ثم نبت فلا شيء عليه لان الثابت قام مقام الثابت فكان لم يفت الجمال أصلاً وفي الصبر وهو عوجاج الرقبة كمال الدية لوجود تهويت منفعة مقصودة وتهويت الجمال على الكمال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرائط الوجوب (فمنها) أن تكون الجناية خطأ فيما في عمده القصاص وأما ما لا قصاص في عمده فيستوى فيه العمد والخطأ وقد بينا ما في عمده القصاص وما لا قصاص فيه فيما تقدم (ومنها) أن يكون المجني عليه ذكر أفاً كان أنثى فعليه دية أنثى وهو نصف دية الذكراً سواء كان المجاني ذكراً أو أنثى لا جماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ذلك وهو تنصيف دية الانثى من دية الذكراً على ما ذكرنا في دية النفس (ومنها) أن يكون المجاني والمجني عليه حرين فان كان المجاني حراً والمجني عليه عبداً فلا دية فيه وفيه القيمة في قول أبي حنيفة رضي الله عنه ثم ان كان قليل القيمة وجبت جميع القيمة وان كان كثير القيمة بان بلغت الدية ينقص من قيمته عشرة كذا روى أبو يوسف رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه انه قال كل شيء من الحرفيه الدية فهو من العبد فيه القيمة وكل شيء من الحرفيه نصف الدية فهو من العبد فيه نصف القيمة وكذلك الجراحات وعموم هذه الرواية يقتضي أن كل شيء من الحرفيه قدر من الدية فمن العبد فيه ذلك القدر من قيمته من غير فصل بين ما يقصده المنفعة كالعين واليد والرجل وبين ما يقصده الجمال والزينة مثل الحاجب والشعر والاذن وهكذا روى الحسن رحمه الله عنه أنه ان خلق أحد حاجبيه فلم ينبت أو نتف أشفار عينيه الاسفل أو الاعلى يعني اهدابه فلم تنبت أو قطع احدي شفتيه العليا والسفلى أن عليه في كل واحد من ذلك نصف القيمة وقال أبو يوسف

رجع أبو حنيفة في حاجب العبد وفي أذنيه وقال فيه حكومة العدل وكذا قال محمد استتبع أبو حنيفة رحمه الله أن يضمن في أذن العبد نصف القيمة وهذا دليل الرجوع أيضاً والحاصل أن الواجب فيما يقصده المنفعة هو القيمة رواية واحدة عنه وفيما يقصده الزينة والجمال عنه روايتان وقال محمد الواجب في ذلك كله النقصان يقوم العبد مجنيا عليه ويقوم وليس به الجناية فيغرم الجاني ما بين القيمتين وهو قول أبي يوسف الآخر وقوله الأول مع أبي حنيفة (وجه) قول محمد أن مادون النفس من العبد له حكم المال لأنه خلق لمصلحة النفس كالمال وبذلك لا يجب فيه القصاص ولا تتحملة العاقلة فكان ضمانه ضمان الأموال وضمان الأموال غير مقدر بل يجب تقدير نقصان المال كما في سائر الأموال (وجه) رواية الجمع لأبي حنيفة رضي الله عنه أن القيمة في العبد كالدية في الحر فلما جاز تقدير ضمان جنائية الحر بديته جاز تقدير ضمان جنائية العبد بقيمته ولأن التقدير قد دخل على الجنائية عليه في النفس حتى لا يبلغ الدية إذا كان كثير القيمة فجاز أن يدخل في ضمان الجنائية في مادون النفس كالحرق (ووجه) رواية الفرق له أن الجمال ليس بمقصود في العبيد بل المقصود منهم الخدمة فاما المنفعة فتقصود من الأحرار والعبيد جميعاً ولأن مادون النفس من العبيد له شبهة النفس وشبهة المال أما شبهة النفس فظاهر لأنه من أجزاء النفس حقيقة (وأما) شبهة المال فانه لا يجب فيه القصاص ولا تتحملة العاقلة فيجب العمل بالشبهين فيعمل بشبه النفس فيما يقصده المنفعة بتقدير ضمانه بالقيمة كما لو جنى على النفس ويعمل بشبه المال فيما يقصده الجمال فلم يقدّر ضمانه بالقيمة كما إذا أُلّف المال عملاً بالشبهين بقدر الامكان وقد خرج الجواب عما ذكر محمد من عدم وجوب القصاص وتحمل العاقلة لأن ذلك عمل يشبه المال وانه لا ينفي العمل بشبه النفس فيجب العمل بهما جميعاً وذلك فينا قلنا ثم الحر إذا فقأ عيني عبد انسان أو قطع يديه أو رجليه حتى وجب عليه كمال القيمة فلو لا به الخيار ان شاء سلمه الى الفاقى وأخذ قيمته وان شاء أمسكه ولا شيء له وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يمسكه ويأخذ ما نقصه وقال الشافعي رحمه الله له أن يمسكه ويأخذ جميع القيمة (وجه) قوله أن الواجب فيه وهو القيمة ضمان العضوين الفائقين لا غير فيبقى الباقي على ملكه كما لو فقأ إحدى عينيه أو قطع إحدى يديه أنه يضمن نصف قيمته ويبقى الباقي على ملك مالكه كذا هذا (وجه) قولهما أن الضمان بمقابلة العينين كما قال الشافعي عليه الرحمة لكن الرقبة هلك من وجه لقوات منفعة الجنس فيخير المولى ان شاء مال الى جهة الهلاك وضمنه القيمة وسلم العبد الى الفاقى لوصول عوض الرقبة اليه وان شاء مال الى جهة القيام وأمسكه وضمن النقصان وهو بدل العينين كما يخير صاحب المال عند النقصان الفاحش في المواضع كلها ولا يبي حنيفة رضي الله عنه انه لما وصل الى المولى بدل النفس فلو بقي العبد على ملكه لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد فيما يصح تملكه بعقود المعاوضات وهذا لا يجوز كما لا يجوز اجتماع المبيع والتمن في ملك رجل واحد ولا يلزم ما اذا غصب مديراً فاقى من يده أن المولى يضمنه قيمته والمدير على ملكه لانه لا يحتمل التملك بعقد المعاوضة ولا تلزم الهبة بشرط العوض اذا سلم الهبة ولم يقبض العوض انه اجتمع على ملك الموهوب له العوض والمعوض لان العوض قبل القبض لا يكون عوضاً فلم يجتمع العوض والمعوض ولا يلزم البيع الفاسد اذا قبض المشتري المبيع ولم يسلم الثمن لان الثمن ليس ببديل في البيع الفاسد انما البديل القيمة وقد ملكها البائع حين ملك المشتري المبيع فلم يجتمع البدل والمبدل في ملكه ولا يلزم ما اذا اشترى عبد بأجرارية على انه بالخيار فقبض العبد فاعتقهما جميعاً أنه ينفذ اعتاقه فيهما جميعاً وقد اجتمع العوض والمعوض على ملكه لانه لما عتقهما ففسد البيع في الجارية وصار العوض عن العبد القيمة وملكها البائع في مقابلة ملك العبد فلم يجتمع العوض والمعوض ولا يلزم ما اذا استأجر شيئاً وعمل الاجرة ان المؤاجر يملكها والمنافع على ملكه فقد اجتمع البدل والمبدل في ملك واحد لان المنافع لا تملك عندنا الا بعد وجودها وكما وجد جزء منها حدث على ملك المستأجر فلم يجتمع العوض والمعوض على ملك المؤاجر ولا يلزم ما اذا غصب عبد أغنى عنه جنائياً ثم رده على مولاه فغنى عنه

جناية أخرى ودفعه بالجنايتين أنه يرجع على القاصب بنصف القيمة فيدفعها إلى ولي الجناية الأولى ومعلوم أن نصف القيمة عوض عن نصف الرقبة الذي سلم له فقد اجتمع في ملكه وهو نصف العبد العوض والمعوض لأن الممتنع اجتماع العوض والمعوض في ملك رجل بعقد المعاوضة ولم يوجد هناك لأن ولي الجناية إنما يأخذ عوضاً عن جنايته لا عن المال واجتماع العوض والمعوض في ملك رجل واحد بغير عقد المعاوضة جائز كمن استوهب المبيع من البائع والتمن من المشتري أو ورثهما والله سبحانه وتعالى أعلم وإن كان الجاني عبداً والجاني عليه حراً أو كانا جميعاً عبيد فإن حكم هذه الجناية وجوب الدفع لأن يختار المولى القداء على ما ذكرنا في جنایات العبيد والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما الذي يجب فيه إرش مقدر ففي كل اثنين من البدن فيهما كمال الدية في أحدهما نصف الدية من إحدى العينين واليدين والرجلين والأذنين والحاجبين إذا لم تنبت والشفنتين والاثنتين والثديين والحلمتين لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كتب في كتاب عمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي أحدهما نصف الدية وفي اليدين الدية وفي أحدهما نصف الدية ولأن كمال الدية عند قطع العضوين يقسم عليهما فيكون في أحدهما النصف لأن وجوب الكل في العضوين لتفويت كل المنفعة المقصودة من العضوين والفائت بقطع أحدهما النصف فيجب فيه نصف الدية ويستوى فيه اليمن واليسار لأن الحديث لا يوجب الفصل بينهما وسواء ذهب بالجناية على العين أو بالبصر دون الشحمة أو ذهب بالبصر مع الشحمة لأن المقصود من العين البصر والشحمة فيه تابعة وكذا العليا والسفلى من الشفتين سواء عند عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم وروى عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه فصل بينهما فأوجب في السفلى الثلاثين وفي العليا الثلاث لزيادة جمال في العليا ومنفعة في السفلى وبقية الصحابة سواهما وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح وإبراهيم رضي الله عنهم وغيرهما سواء قطع الحلمة من ثدي المرأة أو قطع الثدي وفيه الحلمة ففيه نصف الدية للحلمة والثدي تبع لأن المقصود من الثدي وهو منفعة الرضاع يفوت بفوات الحلمة وسواء كان ذلك بضر أو ضربتين إذا كان قبل البرء من الأولى لأن الجناية لا تستقر قبل البرء فإذا اتبعها الثانية قبل استقرارها صار كأنه أوقعهما معاً وفي أصابع اليدين والرجلين في كل واحدة منها عشر الدية وهي في ذلك سواء لأفضل لبعض على بعض والأصل فيه ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في كل أصبع عشر من الأبل من غير فصل بين أصبع وأصبع وروى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال هذه وهذه سواء وأشار إلى الخنصر والأبهام وسواء قطع أصابع اليد وحدها أو قطع الكف ومعها الأصابع وكذلك القدم مع الأصابع لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في الأصابع في كل أصبع عشر من الأبل من غير فصل بين ما إذا قطع الأصابع وحدها أو قطع الكف التي فيها الأصابع ولأن الأصابع أصل والكف تابعة لها لأن المنفعة المقصودة من اليد البطش وأنها تحصل بالأصابع فكان اتلافها اتلافاً لليد وسواء قطع الأصابع أو شل من الجراحة أو ببس ففيه عقله تاماً لأن المقصود منه يفوت وما كان من الأصابع فيه ثلاث مفاصل ففي كل مفصل ثلث دية الأصبع وما كان فيه مفصلان ففي كل واحد منهما نصف دية الأصبع لأن ما في الأصبع ينقسم على مفاصلها كما ينقسم ما في اليد على عدد الأصابع وفي إحدى أشعار العينين ربع الدية وفي الاثنين نصف الدية وفي الثلاث ثلاثة أرباع الدية إن لم ينبت لأن في الأشعار كلها كل الدية فتقسم الدية على عددها كما تقسم الدية على اليدين وإن نبت فلا شيء فيه وسواء قطع الشفر وحده أو قطع معه الجفن لأن الجفن تبع للشفر كالشفر والقدم للأصابع وكذا أهداب العينين إذا لم تنبت حكمها حكم الأشعار وفي كل سن خمس من الأبل يستوى فيه المقدم والمؤخر والثنايا والأضراس والأنياب والأصل فيه ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في كل سن خمس من الأبل من غير فصل بين سن وسن ومن الناس من فضل إرش الطواحن على إرش الضواحك وهذا غير سديد لأن الحديث

لا يوجب الفضل وهذا لا يجري على قياس الاصابع لان الشرع ورد في كل سن بخمس من الابل لان الاسنان اثنان وثلاثون فيزيد الواجب في جملتها على قدر الدية ولو ضرب رجلاً ضربة فالتى أسنانه كلها فعليه دية وثلاثة اخماس الدية لان جملة الاسنان اثنان وثلاثون سنّاً وعشرون ضرساً وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك في كل سن نصف عشر الدية فيكون جملتها ستة عشر ألف درهم وهي دية وثلاثة اخماس دية تؤدي هذه الجملة في ثلاث سنين في السنة الاولى ثلث الدية ثلث من ذلك من الدية الكاملة وهي عشرة آلاف درهم وثلاث من ثلاثة اخماس الدية وهي ستة آلاف درهم وفي السنة الثانية الثلث من الدية الكاملة والباقي من ثلاثة اخماس الدية وفي السنة الثالثة ثلث الدية وهو ما بقي من الدية الكاملة وانما كان كذلك لان الدية الكاملة تؤدي في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها وثلاثة اخماس الدية وهي ستة آلاف درهم تؤدي في سنتين من السنين الثلاث وهذا يلزم أن يكون قدر المؤدى من الدية الكاملة والناقصة في السنين الاولين وقدر المؤدى من الدية الكاملة في السنة الثالثة ما وصفنا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو ضرب أسنان رجل وتحركت ينتظر بها حولاً لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال يستأني بالجراح حتى تبرا والتقدير بالسنة لانهمادة يظهر فيها حقيقة حالها من السقوط والتغير والثبوت وسواء كان المضروب صغيراً أو كبيراً كذا روى في المجرى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يؤجل سنة سواء كان صغيراً أو كبيراً وقال أبو يوسف رحمه الله ينتظر في الصغير ولا ينتظر في الرجل وعن محمد رحمه الله أنه ينتظر اذا تحركت واذا سقطت لا ينتظر وجه قوله أن السن اذا تحركت قد تثبت وقد تسقط فاما اذا سقطت فالظاهر انها لا تثبت وجه قول أبي يوسف في الفرق بين الصغير والكبير أن سن الصغير يثبت ظاهراً أو غالباً وسن الكبير لا يثبت ظاهراً وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن احتمال النبات ثابت فيجب التوقف فيه فان اشتدت ولم تسقط فلا شيء فيها وروى عن أبي يوسف رحمه الله فيها حكومة عدل وان تغيرت فان كان التغير الى السواد أو الى الحمرة أو الى الخضرة فقيها الارش تماماً لانه ذهبت منفعتها وذهاب منفعة العضو بمنزلة ذهاب العضو وان كان التغير الى الصفرة فقيها حكومة العدل وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان كان حراً فلا شيء فيه وان كان مملوكاً فقيه الحكومة وهذه الرواية لا تكاد تصح عنه لان الحر أولى بإيجاب الارش من العبد وقال زفر رحمه الله في الصفرة الارش تماماً كباقي السواد لان كل ذلك يفوت الجمال (ولنا) أن الصفرة لا توجب فوات المنفعة وانما توجب نقصانها فتوجب حكومة العدل وروى عن أبي يوسف انه ان كثرت الصفرة حتى تكون عيباً كعيب الحمرة والخضرة فقيها عتقها تماماً ويجب أن يكون هذا قولهم جميعاً وان سقطت فان ثبت مكانها أخرى ينظر ان ثبتت بحجة فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف رحمه الله عليه الارش كاملاً كذا ذكر الكرخي رحمه الله وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاري رحمه الله أن على قول أبي يوسف فيها حكومة العدل وجه قول أبي يوسف أنه فوت السن والناسب لا يكون عوضاً عن الفاتت لان هذا العوض من الله تبارك وتعالى فلا يسقط به الضمان الواجب كمن ألتف مال انسان ثم ان الله تبارك وتعالى رزق المتلف عليه مثل المتلف ولا يبي حنيفة رحمه الله أن السن يستأني بها فلولاً أن الحكم يختلف بالنبات لم يكن للاستيناء فيه معنى لانه لما ثبتت فقد عادت المنفعة والجمال وقامت الثانية مقام الاولى كان الاولى قائمة كسن الصبي هذا اذا ثبتت بنفسها فاما اذا ردها صاحبها الى مكانها فاشتدت ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكامله لان المعادة لا ينتفع بها لا تقطع العروق بل يطل بأدنى شيء فكانت اعادتها والعدم بمنزلة واحدة ولهذا جعلها في حكم الميتة حتى قال ان كانت أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة معها وأبو يوسف رحمه الله فرق بين سن نفسه وسن غيره فأجاز الصلاة في سن نفسه دون سن غيره وعلى هذا اذا قطع أذنه فخطأها فالتحمت انه لا يسقط عنه الارش لانها لا تعود الى ما كانت عليه فلا يعود الجمال هذا اذا ثبتت مكانها أخرى بحجة فاما اذا ثبتت معوجة فقيها حكومة العدل بالاجماع وان ثبتت متغيرة بان ثبتت سوداء أو حمراء أو خضراء أو صفراء فحكمها حكم ما لو كانت قائمة فتغيرت بالضربة لان النبات قام مقام

الذهب فكان الاولى قائمة وتغيرت وقد بينا حكم ذلك (وأما) سن الصبي اذا ضرب عليها فسقطت فان كان قد نغر
فسنه وسن البالغ سواء وقد ذكرناه وان كان قبل ان ينغر فان لم تنبت أو نبتت متغيرة فكذلك وان نبتت صحيحة
فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه كما في سن البالغ وفي قول أبي يوسف رحمه الله فيها حكومة الالم
فرق أبو يوسف على ما ذكره الكرخي رحمه الله بين سن البالغ والصبي لان سن الصبي اذا لم ينغر لا نبات له
الا على شرف السقوط بخلاف سن البالغ وهذه فرعية مسألة الشجة اذا التحمت ونبت الشعر عليها أنه
لا شيء على الشاج في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف عليه الرحمة فيها حكومة الالم وعند محمد عليه الرحمة فيها
أجرة الطبيب والمسألة تأتي في بيان حكم الشجاج ان شاء الله تعالى ولو ضرب على سن انسان فتتحرك فأجله
القاضي سنة ثم جاء المضر وب وقد سقطت سنه فقال انما سقطت من ضربتك وقال الضارب ما سقطت
بضربتي فالمضروب لا يخلو (أما) ان جاء في السنة (وأما) أن جاء بعدمضي السنة فان جاء في السنة
فالقياض أن يكون القول قول الضارب وفي الاستحسان القول قول المضر وب ولو شجر رأس انسان موضحة
فصارت منقلة فاختلغا في ذلك فقال المشجوج صارت منقلة بضربتك وعليك ارش المنقلة وقال الشاج لا بل
صارت منقلة بضربة أخرى حدثت فالقياس على السن ان يكون القول قول الشاج وفي الاستحسان القول قول
المشجوج وللقياس وجهان أحدهما أن المضر وب والمشجوج يدعيان على الضارب والشاج الضمان وهما
ينكران والقول قول المنكر مع يمينه والثاني انه وقع التعارض بين قوليهما والضمان لم يكن واجبا فلا تجب بالشك والى
هذا أشار محمد في الاصل فقال استحسنت في السن لورود الاثر والآخر عن ابراهيم النخعي رحمه الله والاستحسان
وجهان من الفرق أحدهما أن الظاهر شاهد للمضروب في مسألة السن لان سبب السقوط حصل من الضارب
وهو الضرب المحرك لان التحرك سبب السقوط فكان الظاهر شاهد للمضروب بخلاف الشجة لان الشجة
الموضحة لا تكون سببا لصيرورتها منقلة فلم يكن الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر والثاني أنه لما
جرى التأجيل حولا في السن والتأجيل مدة الحول لا ينتظار ما يكون من الضربة فاذا جاء في الحول وقد سقطت سنه
فقد جاء بما وقع له الانتظار من الضربة في مدة الانتظار فكان الظاهر شاهدا له (فاما) الشجة فلم يقدر في انتظارها
وقت فكان القول قول الشاج في قدر الشجة وان جاء بعدمضي السنة فالقول قول الضارب لان التأجيل مدة الحول
لا يستقر احوال السن لظهور حالها في هذه المدة عادة فاذا لم يجئ دل على سلامتها عن السقوط بالضربة فكان السقوط
محالا الى سبب حادث فكان الظاهر شاهد للضارب أو لم يشهد لأحدهما فيبقى المضر وب مدعيضا ناعلى
الضارب وهو ينكر فالقول قوله أو يقع التعارض فيقع الشك في وجوب الضمان والضمان لا يجب بالشك وكذا
على الوجه الثاني زمان ما بعد الحول لم يجعل لا انتظار حال السن فاحتمل السقوط من ضربة أخرى من غيره واحتمل
من ضربته فلا يمكن القول بوجوب الضمان مع وقوع الشك في وجوبه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما)
الشجاج فالكلام في الشجة يقع في موضعين أحدهما في بيان حكمها بنفسها والثاني في بيان حكمها بغيرها أما الاول
فالموضحة اذا برئت وبقي لها أثر فقيها خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ثلث
الدية هكذا روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة
خمس عشر وفي الآمة ثلث الدية وليس فيما قبل الموضحة من الشجاج ارش مقدر وان لم يبق لها أثر بان التحمت
ونبت عليها الشعر فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف عليه حكومة الالم وقال محمد عليه
أجرة الطبيب (وجه) قوله أن أجرة الطبيب انما لم يمت به بسبب هذه الشجة فكانه أ تلف عليه هذا القدر من المال
ولا يبي يوسف أن الشجة قد تحققت ولا سبيل الى اهدارها وقد تعذر ايجاب ارش الشجة فيجب ارش الالم (وجه)
قول أبي حنيفة رحمه الله ان الارش انما يجب بالشين الذي يلحق المشجوج بالآثر وقد زال ذلك فسقط الارش

والقول بلزوم حكومة الالم غير سديد لان مجرد الالم لا ضمان له في الشرع كمن ضرب رجلا ضربا وجيعا وكذا ايجاب
أجرة الطبيب لان المنافع على أصل أبحاثنا رضى الله عنهم لا تنقوم مالا بالعقد أو شبهة العقد ولم يوجد في حق الجاني
العقد ولا شبهته فلا يجب عليه أجرة الطبيب (وأما) حكمها بغيرها بان شج رأس انسان موضحة فسقط شعر رأسه
أو ذهب عقله أو بصره أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو ايلاذه فلا شك في انه يجب عليه ارش هذه
الاشياء وهل يجب عليه ارش الموضحة أم يدخل في ارشها عندهما لا يدخل ارش الموضحة الا في الشعر والعقل ولا
يدخل فيما وراء ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله في الاملاء يدخل في الكل الا في البصر وقال الحسن بن زيد رحمه
الله لا يدخل الا في الشعر فقط وقال زفر رحمه الله لا يدخل في شيء من ذلك أصلا (وجه) قوله أن الشجة واذهاب
الشعر والعقل وغيرهما جنابتان مختلفتان فلا يدخل احدهما في الاخرى كسائر الجنابت من قطع اليدين والرجلين
وغير ذلك (وجه) قول الحسن رحمه الله انهما جنابتان مختلفتان مختلف محلها والمقصود منهما فلا يدخل ارش احدهما في
الاخرى كارش اليدين والرجلين ولا ييوسف أن السمع والكلام والشم والذوق ونحوها من البواطن فيدخل
فيها ارش الموضحة كالعقل (وأما) البصر فظاهر فلا يدخل فيه الموضحة كاليد والرجل وهذا الفرق يبطل
بالشعر لانه ظاهر ويدخل ارش الموضحة فيه ولا يي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى الفرق بين الشعر والعقل وبين
غيرهما ووجهه أن في الشعر الجنابة حلت في عضو واحد بفعل واحد بسبب واحد (وأما) اتحاد العضو فلا شك
فيه لان كل ذلك حصل في الرأس (وأما) العقل فلانه لم يوجد منه الا الشجة (وأما) اتحاد السبب فلان دية الشعر
تجب بفوات الشعر وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر فكان سبب وجوبها واحدا فيدخل الجزء في
الكل كما اذا قطع رجل اصبع رجل فشلت اليد ان ارش الاصبع يدخل في دية اليد كذا هذا وفي العقل الواجب دية
النفس من حيث المعنى لان جميع منافع النفس يتعلق به فكان تقويته تقويت النفس معنى فكان الواجب دية
النفس فيدخل فيه ارش الموضحة كما اذا شج رأسه موضحة فسرى الى النفس فأت والله سبحانه وتعالى أعلم
(وأما) السمع والبصر والكلام ونحوها فقد اختلف السبب والحمل لان سبب الوجوب في كل واحد منهما
تقويت المنفعة المقصودة منه فاختلف الحمل والسبب والمقصود فامتنع التداخل وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله
عنه انه قضى في شجة واحدة باربع ديات فان اختلفا في ذهاب البصر والسمع والكلام والشم فطريق معرفتها
اعتراف الجاني وتصديق المجني عليه أو نكوله عن العيين وقد يعرف البصر بنظر اطباء بان ينظر اليه طبيبان عدلان
لانه ظاهر يمكن معرفته وقد قيل يمتحن بالقاء حية بين يديه وفي السمع يستغلل المدعى كما روى عن اسماعيل بن حماد
ابن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنهم ان رجلا ضرب امرأة فادعت عنده ذهاب سمعها فتشغل عنها بالنظر في القضاء
ثم التفت اليها وقال يا هذه غطي عورتك فجمعت ذيلها فعلم انها كاذبة في دعواها وفي الكلام يستغلل أيضا وفي
الشم يختبر بالرائحة الكريهة وسواء ذهب جميع هذه الاشياء بالشجة أو ذهب بعضها دون البعض الاجتماع
والافتراق في هذا سواء لان التداخل فيما يجري فيه التداخل ليس للكثرة بل لما ذكرنا من المعنى وانه لا يوجب
الفصل بين الاجتماع والافتراق ولا تدخل ديات هذه الاشياء بعضها في بعض الا عند السراية انه يسقط ذلك كله
وعليه دية النفس لا غير لما ذكرنا ان كل واحد من هذه الاشياء من السمع والبصر والكلام ونحوها أصل بنفسه
لا اختصاصه بمحل مخصوص ومنفعة مقصودة فلا يجعل تبعالصاحبه في الارش وانما دخلت ارشها في دية النفس
عند السراية لان الاعضاء كلها تابعة للنفس فتدخل ارشها في دية النفس ثم ان كان الاول خطأ تحمل العاقلة وان
كان عمدا فدية النفس في ماله وكل ذلك في ثلاث سنين وسواء كانت الشجة موضحة أو هاشمة أو متقلة أو أمة
فالشجاج كلها في التداخل سواء لان المعنى لا يوجب الفصل وسواء قلت الشجاج أو كثرت بعد أن لا يجاوز ارشها
الدية حتى لو كانت آتين أو ثلاث أو ايام وذهب منها الشعر أو العقل يدخل ارشها في الشعر والعقل وان كانت أربع أو ايام

يدخل قدر الدية لا غير ويحب في هادئة وثلاث دية لأن الكثير لا يتبع القليل فيما دون النفس وعلى قول زفر رحمه الله عليه ديتان وثلاث دية لأنه لا يرى التداخل في الشجاج أصلاً ورأساً ولو سقط بالموضحة بعض شعر رأسه ينظر إلى ارش الموضحة وإلى حكومة العدل في الشعر فإن كانا سواء لا يجب إلا ارش الموضحة وإن كان أحدهما أكثر يدخل الأقل في الآخر أكثر أيهما كان لأنهما يجبان لمعنى واحد فيتداخل الجزء في الجملة ولو كانت الشجة في حاجبه فسقط ولم ينبت يدخل ارش الموضحة في ارش الحاجب وهو نصف الدية كما يدخل في ارش الشعر لما قلنا وهذه المسائل من الشجاج الخطأ (فأما) إذا كانت الشجة عمداً فذهب منها العقل أو الشعر أو السمع أو غيره ففيه خلاف ذكرناه فيما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وما يلحق بمسائل التداخل ما إذا قطعت اليد وفيها أصبع واحدة أو أصبعان أو ثلاث أو أكثر من ذلك أو أقل وجملة الكلام فيه أنه إذا قطع الكف وفيها ثلاث أصابع فصاعدت بدية الأصابع ولا شيء في الكف في قولهم جميعاً لأن الكف تبع لجميع الأصابع بدليل أنه إذا قطع الكف يجب عليه ارش الأصابع لا غير ولا يجب لأجل الكف شيء فإذا بقي أكثر الأصابع فلا أكثر حكم الكل وإن بقي من الكف أقل من ثلاث أصابع يجب ارش ما بقي منها وإن كان مفصلاً واحداً ولا يجب في الكف شيء في قول أبي حنيفة والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا بقي من الأصابع شيء من ارش معلوم ولو مفصلاً واحداً دخل ارش اليد فيه حتى لو لم يكن في الكف إلا ثلاث مفصل من أصبع فيها ثلاث مفصل فقطع انسان الكف فعليه ثلث خمس دية اليد ولو كان فيها أصبع واحدة فعليه خمس دية اليد ولو كان فيها أصبعان فعليه خمس دية اليد وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في الرواية المشهورة عنهما يدخل القليل في الكثير أيهما كان فينظر إلى حكومة الكف وإلى ارش ما بقي من الأصابع فيدخل أقلهما في أكثرهما أيهما كان لأن القليل يتبع الكثير لا عكساً فيدخل القليل في الكثير ولا يدخل الكثير في القليل (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله أن ما بقي من الأصابع أو من مفصلها فهو أصل لأن له رشا مقدراً والكف ليس له ارش مقدور وهي متصلة بالأصابع فيتبعها في ارشها كما يتبع جميع الأصابع أو أكثرها ونظير هذا ما قالوا في القسامة أنه ما بقي واحد من أهل الحلة فالقسامة عليهم لأعلى المشتركين وكذلك الوصية لولد فلان أنه ما بقي له ولد من صلبه وإن كان واحداً يدخل ولد الولد في الوصية وقال أبو يوسف إذا قطع كفلاً لأصابع فيها فعليه حكومة لا يبلغ بها ارش أصبع لأن الواحد يتبعها الكف في قول أبي حنيفة رحمه الله والتبع لا يساوي المتبوع في الارش ولو قطع اليد مع الذراع من المفصل خطأ ففي الكف مع الأصابع الدية وفي الذراع حكومة العدل في قولهما وقال أبو يوسف تجب دية اليد والذراع تبع وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام وفي اليدين الدية وفي أحدهما نصف الدية واليد عبارة عن العضو المخصوص من رؤس الأصابع إلى المنكب ولأن ما ليس له ارش مقدور إذا اتصل بماله ارش مقدور يتبعه في الارش كالكف مع الأصابع (وجه) قولهما أن الدية إنما تجب في الأصابع والكف تابعة للأصابع بدليل أنه إذا أفرد الأصابع بالقطع يجب نصف الدية ولو قطعها مع الكف لا يجب إلا نصف الدية أيضاً فلو جعل الذراع تبعاً لكان لا يخلو أماناً يجعل تبعاً للأصابع (وأما) أن يجعل تبعاً للكف لا سبيل إلى الأول لأن بينهما عضو فاصل وهو الكف فلا يكون تبعاً لها ولا وجه للثاني لأن الكف تابعة في نفسها فلا تستتبع غيرها وعلى هذا الخلاف إذا قطع اليد من المنكب والرجل من الورك أو قطع اليد من العضد والرجل من الفخذ والأصل عند أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة أن أصابع اليد لا يتبعها إلا الكف فلا يدخل في ارشها غير ارش الكف وكذلك أصابع الرجل لا يتبعها غير القدم فلا يدخل في ارشها غير ارش القدم والأصل عند أبي يوسف وابن أبي ليلى أن ما فوق الكف من اليد يتبع وكذلك ما فوق القدم من الرجل يتبع فيدخل ارش التبع في المتبوع كما يدخل ارش الكف في الأصابع (وأما) الجراح ففي الجائحة ثلث الدية لما روى عنه عليه الصلاة والسلام

والسلام انه قال في الجائفة ثلث الدية فان نفذت الى الجانب الآخر فهما جائفتان وفيهما ثلثا الدية وقدر وى عن سيدنا أبى بكر الصديق أنه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية وكان ذلك بحضور من الصحابة الكرام ولم ينقل انه خالفه في ذلك أحد منهم فيكون اجماعا وعلى هذا يخرج ما اذارى امرأة بحجر فأصاب فرجها فأفضاها به بان جعل موضع البول والغائط واحداً وهي تستمسك البول ان عليه ثلث الدية لان هذا في معنى الجائفة وجملة الكلام ان المفضاة لا يخلو (اما) ان كانت أجنبية (واما) ان كانت زوجته والافضاء لا يخلو (اما) أن يكون بالآلة (واما) أن يكون بالحجر أو بالخشب أو بالاصبع وما جرى مجراه فان كانت أجنبية والافضاء بالآلة فان كانت مطاوعة ولم يوجد عوى الشبهة لا من الرجل ولا من المرأة فليهما الحد لوجود الزنا منهما ولا مهر على الرجل لان العقر مع الحد لا يجتمعان ولا ارش لها بالا فضاء سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك لان التلف تولد من فعل مأذون فيه من قبلها فلا يجب به الضمان كما لو أذنت بقطع يدها فقطعت لا ضمان على القاطع كذا هذا وان كان الرجل يدعى الشبهة سقط عنه الحد وعنها أيضاً وعلى الزوج العقر لان الوطء لا يخلو من ايجاب حد او غرامة ولا ارش لها بالا فضاء لما ذكرنا وان كانت مستكرهة فان لم يدع الرجل الشبهة فعليه الحد لوجود الزنا منه ولا حد عليها لعدم الزنا منها ولا عقر على الرجل لوجوب الحد عليه والحد مع العقر لا يجتمعان وعلى الرجل الارش بالا فضاء لعدم الرضا منها بذلك ثم ان كانت تستمسك البول ففيه ثلث الدية لانه جائفة وان كانت لا تستمسك البول ففيه كمال الدية لوجود اتلاف العضو بتفويت منفعة الحبس وان كان الرجل يدعى الشبهة سقط الحد عنه للشبهة وعنها أيضاً لوجود الاكراه ولها الارش بالا فضاء لما ذكرنا ثم ان كانت تستمسك البول فلها ثلث الدية لانها جائفة وكال المهر وان كانت لا تستمسك فلها الدية ولا مهر لها في قولهما وعند محمد رحمه الله لها المهر والدية وجه قوله ان سبب وجوب المهر والدية مختلف لان المهر يجب باتلاف المنفعة والدية تجب باتلاف العضو فلا يدخل أحدهما في الآخر ولهذا لم يدخل المهر في ثلث الدية فيما اذا كانت تستمسك البول حتى وجب عليه كمال المهر مع ثلث الدية كذا هذا ولهما أن سبب الوجوب متحد لان الدية تجب باتلاف هذا العضو والعقر يجب باتلاف منافع البضع ومنافع البضع ملحقة باجزاء البضع فكان سبب وجوبهما واحداً فكان المهر عوضاً عن جزء من البضع وضمان الجزء والكل اذا وجد السبب واحد يدخل ضمان الجزء في ضمان الكل كالأب اذا استولد جارية ابنه انه لا يلزمه العقر ويدخل في قيمة الجارية لما قلنا كذا هذا وأما وجوب كمال المهر مع ثلث الدية حالة الاستمساك فعلي رواية الحسن عن أبى حنيفة رضي الله عنهما لا يجمع بينهما بل الأقل يدخل في الاكثر كما يدخل ارش الموضحة في دية الشعر فكانت المسئلة ممنوعة ولئن سلمنا على ظاهر الرواية فلا يلزم لان المنافي لضمان الجزء هو ضمان كل العين وثلث الدية ضمان الجزء وضمان الجزء لا يمنع ضمان جزء واحد هذا اذا كان الافضاء بالآلة (فاما) اذا كان بغيرها من الحجر ونحوه فالجواب في هذا الفصل في جميع وجوهه كالجواب في الفصل الاول في الوفاق والخلاف والجمع بين الضمانين وعدم الجمع الا ان الارش في هذا الفصل يجب في ماله وفي الفصل الاول تنجم له العاقلة لان الافضاء بالآلة يكون في معنى الخطأ وبغيرها يكون عمداً وقال بعض مشايخنا لا وجه لا يجاب المهر في هذا الفصل لان وجوبه متعلق بفضاء الشهوة ولم يوجد وقال بعضهم يجب ويلحق غير الآلة بالآلة تعظيماً لامر الابضاع كما لحق الايلاج بدون الانزال بالا يلاج مع الانزال في وجوب الحد وغيره من الاحكام مع قيام شبهة القصور في قضاء الشهوة تفخياً لسان القروج والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كانت المرأة أجنبية (فاما) اذا كانت زوجته فأفضاها فلا شيء عليه سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك في قولهما وقال أبو يوسف ان كانت لا تستمسك البول فعليه الدية في ماله وان كانت تستمسك فعليه ثلث الدية في ماله (وجه) قوله انه مأذون في الوطء لا في الافضاء فكان متعدياً في الافضاء فكان مضموناً عليه (ولهما) ان الوطء مأذون فيه شرعاً فالتولد منه لا يكون

مضمونا كالبكارة ولو وطئ زوجته فمات فلا شيء عليه في قولهما وقال أبو يوسف على عاقلة الدية (وجه)
 قوله على نحو ما ذكرنا في الافضاء انه مأذون في الوطء لا في القتل وهذا قتل فكان مضمونا عليه الا ان ضمان هذا
 على العاقلة وضمان الافضاء في ماله لان الافضاء لا يكون الا بالجائزة عن المعتاد فكان عمدا فكان الواجب
 به في ماله (فأما) القتل فغير مقصود بهذا الفعل في معنى الخطأ فتحملة العاقلة (وأما) وجه قولهما فعلى نحو ما ذكرنا
 في الافضاء ولو وطئها فكسر فخذها ضمن في قولهم جميعا لان الكسر لا يتولد من الوطء المأذون فيه بل هو فعل
 مبتدأ فكان فعلا تعديا محضا فكان مضمونا عليه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) سائر جراح البدن اذا
 برئت وبقى لها أثر ففيها حكمة العدل وان لم يبق لها أثر فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه على ما بينا في الشجة
 وان مات فالجراحة لا تخلو (أما) ان كانت من واحد (وأما) ان كانت من عدد فان كانت من واحد ففيها
 القصاص ان كانت عمدا والدية ان كانت خطأ وان كانت من عدد فالجراحة المجتمعة من أعداد (أما) ان كانت
 كلها مضمونة (وأما) ان كان بعضها مضمونا والبعض غير مضمون فان كان الكل مضمونا بان جرحه رجل
 جراحة وجرحه آخر جراحة أخرى خطأ فمات من ذلك كله كانت الدية عليهما نصفين وسواء جرحه أحدهما
 جراحة واحدة والاخر جرحه جرحا حيا أو أكثر لا ينظر الى عدد الجراحات وانما ينظر الى الجراح لان الانسان
 قديموت من جراحة واحدة ويسلم من عشرة وقد يموت من عشرة ويسلم من واحدة حتى لو جرحه أحدهما جراحة
 واحدة والاخر عشر جراحات فمات من ذلك كانت الدية بينهما نصفين لما قلنا وكذلك اذا جرحه رجل جراحة
 واحدة وجرحه آخر جرحا حيا وآخر ثلاثا فمات من ذلك كله كانت الدية بينهم أثلاثا لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا
 جرحه رجل جراحة واحدة وجرحه آخر عشر جراحات فعفا الجرح وح للجراح عن جراحة واحدة من العشر وما
 يحدث منها ثم مات من ذلك ان على صاحب الجراحة الواحدة نصف الدية وعلى صاحب العشرة الربع ويسقط
 الربع لانه لما سقط اعتبار عدد الجراحات كانت الجراحة الواحدة كالعشر في الضمان ثم لما عفا عن واحدة من
 الجراحات العشر انقسمت العشر في تغير حكمها فصارت لتسعة منها الربع وللواحدة الربع فسقط بالعفو عن الواحدة من
 العشرة الربع وبقى الربع تبعاً للتسعة وان كان البعض مضمونا والبعض غير مضمون ينقسم الضمان فيسقط بقدر
 ما ليس بمضمون ويبقى بقدر المضمون وعلى هذا يخرج ما اذا جرح رجلا جراحة وجرحه سبع فمات من ذلك
 ان على الرجل نصف الدية ونصفها هدر لانه مات بجرحا حيا احدهما مضمونة والاخرى ليست بمضمونة فانقسم
 الضمان فسقط بقدر غير المضمون وبقى بقدر المضمون وكذلك لو جرحه الرجل جرحا حيا والسبع جراحة
 واحدة أو جرحه السبع جرحا حيا والرجل جراحة واحدة فمات من ذلك انه يجب على الرجل نصف الدية ويهدر
 النصف لانه لا عبرة لكثرة الجراحة لما بينا وكذلك لو جرحه رجل جراحة وعقره سبع ونهشته حية وخرج به
 خراج وأصابه حجر رمت به الرمح فمات من ذلك فعل الرجل نصف الدية ويهدر النصف والاصل انه يجعل
 الجراحات التي ليس لها حكم يلزم أحدا كجراحة واحدة ويصير كأنه مات من جرحا حيا احدهما مضمونة
 والاخرى غير مضمونة فيلزم الرجل نصف الدية ويبطل نصفها سواء كثر عدد الهدر أو قل هو كجراحة واحدة لان
 الهدر له حكم واحد فصارت الجراحات التي الواحدان في الحكم كجراحة واحدة كذا هذا وكذلك لو جرحه
 رجل جراحة وجرحه آخر جراحة أخرى ثم انضم الى ذلك شيء مما ذكرنا انه لا حكم له يلزم فاعله فان على كل رجل
 ثلث الدية ويهدر الثلث لما ذكرنا ان الهدر من الجراحات وان كثر فهو كجراحة واحدة وكل واحدة من جراحات
 الرجلين مضمونة فمات من ثلاث جراحات جرحا حيا احدهما مضمونتان وجراحة هدر فتقسم الدية أثلاثا فيسقط
 قدر ما ليس بمضمون وهو الثلث ويبقى قدر المضمون وهو الثلثان فان كان لبعض الجنايات مختلفة الاحكام فانه
 يقسم ما يخصه على جناياته بعد ما قسم عدد الجنايات على احكام الجنايات وذلك نحو رجل أمر رجلا أن يقطع يده لعلها

ثم ان المأمور جرح الا ممر جراحة أخرى بغير أمره ثم جرحه رجلا ن آخر ان كل واحد منهما جرحه ثم عقره سبع
ثم نهشته حية وخرج به خراج فوات من ذلك كله تقسم الدية أرباعا لان الموت حصل من أربع جنابات لان الهدر
من الجنابات لها حكم جنابة واحدة وجرح المأمور وان اختلف حكمهما فانهما حصلتا من رجل واحد فلا يثبت
لهما في حق شركائه الا حكم جنابة واحدة فثبت ان الموت حصل من أربع جنابات فكانت قسمة الدية أرباعا هدر
الر بع منها وبقيت ثلاثة أرباع تقسم على الجنابات الثلاثة فيكون على كل واحد منهم الر بع ثم ما أصاب المأمور
بالقطع تقسم حصته وهي الر بع على جراحته فاحداهما مضمة ونه وهي التي فعلها بغير أمر الجرح والآخرى غير
مضمونة وهي التي فعلها بأمره وهي القطع فيسقط بقدر ما ليس بمضمون وهو نصف الر بع وهو الثمن وبقي قدر ما هو
مضمون وهو نصف الر بع الآخر وهو الثمن الآخر والله سبحانه وتعالى أعلم ولوان رجلا أمر عشرة أن
يضر بواعبده أمر كل واحد منهم أن يضر به سوطا فضر به كل واحد منهم بأمره ثم ضرب به رجل آخر لم يأمره سوطاً
فوات من ذلك كله فعلى الذي لم يؤمر ارش السوط الذي ضرب به من قيمته مضرو با عشرة أسواط وعليه أيضا جز من
أحد عشر جزاً من قيمته مضرو بأحد عشر سوطاً وانما كان كذلك (أما) وجوب ارش السوط الذي ضرب به
فلانه نقصه بالضرب فيلزمه ضمان النقصان (وأما) اعتبار قيمة العبد مضرو با عشرة أسواط فلانه ضرب به
بعدهما انتقص من ضرب العشرة وذلك حصل من فعل غيره فلا يكون عليه وانما عليه ضمان ما نقصه سوطه الحادى
عشر من قيمته لذلك اعتبرت قيمته وهو مضرو ب عشرة فيقوم وهو غير مضرو وب ويقوم وهو مضرو وب عشرة
أسواط فيلزم الذي لم يؤمر بالضرب ذلك القدر (وأما) وجوب جزء من أحد عشر جزاً من قيمته فلانه مات
من أحد عشر سوطاً كل سوط حصل ممن يتعلق بفعله حكم في الجلمة وهو الأدمى فاقسم الضمان على عدد دم
ثم ما أصاب العشرة فسقط عنهم لحصوله باذن المالك وما أصاب الحادى عشر ضمنه الذي لم يؤمر بالضرب لانه ضرب
بغير اذن المالك (وأما) اعتبار تضمينه مضرو با واحد عشر سوطاً فلان البعض الحاصل بضرب العشرة حصل بفعل
غيره فلا يكون عليه ضمانه (وأما) السوط الحادى عشر فلانه قد ضمن نقصانه مرة فلا يضمه ثانياً وانما لم يدخل
نقصان السوط فيما وجب عليه من القيمة لان كل واحد منهما ضمان الجزء وضمان الجزء اذا تعلق بسبب واحد
لا يدخل أحدهما في الآخر بخلاف ما اذا ضرب به واحد ومات من ذلك انه يضمن القيمة دون النقصان لانه اجتمع
هناك ضمان جزء وضمان كل فيدخل ضمان الجزء في ضمان الكل لا محذور سبب الضمانين هذا اذا أمر المولى عشرة
أن يضر به كل واحد منهم سوطاً فان كان المولى هو الذي ضرب به عشرة أسواط بيده ثم ضرب به أجنبي سوطاً ثم
مات من ذلك كله فعلى الاجنبى ما نقصه السوط الحادى عشر من قيمته مضرو با عشرة أسواط وعليه
أيضا نصف قيمته مضرو بأحد عشر سوطاً ما وجب ضمان نقصان السوط واعتبار قيمته مضرو با عشرة أسواط
فلما ذكرنا (واما) وجوب نصف قيمته فلانه مات من سوطين في الحاصل لان ضرب الاسواط العشرة من المولى
بمئة جنابة واحدة لانها حصلت من رجل واحد والجنابات من واحد وان كثرت فهي في حكم جنابة واحدة فنصار
كانه مات من سوطين سوط المولى وسوط الاجنبى وسوط المولى ليس بمضمون وسوط الاجنبى مضمون فسقط
نصف القيمة وثبت نصفها (وأما) اعتبار قيمته مضرو بأحد عشر سوطاً وعدم دخول ضمان النقصان في ضمان القيمة
فلما ذكرنا في المسئلة المتقدمة رجل أمر غيره أن يجرحه جرحاً واحدة فجرحه عشر جراحات وجرحه آخر جرحاً
أخرى واحدة بغير أمره ثم عفا الجرح لصاحب العشرة عن واحدة من التسع التي كانت بغير أمره ثم مات الجرح
من ذلك كله فعلى صاحب الجرح الواحدة نصف الدية وعلى صاحب العشرة ثمن الدية لان نصف الدية على
صاحب الجرح الواحدة والنصف الآخر تعلق بصاحب العشرة واحدة منها بأمر الجرح وح فنصار عليه الر بع
ثم اتقسم ذلك بالعفو فسقط نصفه وهو الثمن وبقي عليه الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان الجنبى عليه حراً

ذكر افا ما اذا كان أنثى حرة فانه يعتبر مادون النفس منها بديتها كديتها قل أو أكثر عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وعن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال تعاقل المرأة الرجل فيما كان أرشه نصف عشر الدية ككالسن والموضحة أى ما كان أرشه هذا القدر فالرجل والمرأة فيه سواء لا فضل للرجل على المرأة وعن سعيد بن المسيب انه قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث ديتها أى أرش الرجل والمرأة الى ثلث ديتها سواء وهو مذهب أهل المدينة ويرون انه عليه الصلاة والسلام قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث ديتها وهذا نص لا يتحمل التأويل واحتج ابن مسعود رضى الله عنه بحديث العرة انه عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بالقرة وهي نصف عشر الدية ولم يفصل عليه الصلاة والسلام بين الذكر والانثى فيدل على استواء أرش الذكر والانثى في هذا القدر (ولنا) انه بنصف بدل النفس بالاجماع وهو الدية فكذا بدل مادون النفس لان المنصف في الحالين واحد وهو الاثوة ولهذا ينصف ما زاد على الثلث فكذا الثلث وما دونه ولان القول بما قاله أهل المدينة يؤدى الى القول بقلة الارش عند كثرة الجناية وانه غير معقول والى هذا أشار ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بريعة الرأى رحمه الله فانه روى انه سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع أصبع المرأة فقال فيها عشر من الابل قال فان قطع ثلاثة قال ففيها ثلاثون من الابل قال فان قطع أربعة فقال عشرون من الابل فقال ربيعة لما كثرت جروحها وعظمت مصيبتها قل أرشها فقال أعراقى أنت قال لا بل جاهل متعلم أو عالم متبين فقال هكذا السنة يا ابن أخى وعنى به سنه زيد بن ثابت رضى الله عنه أشار ربيعة الى ما ذكرنا من المعنى وقبله سعيد حيث لم يعترض عليه وأحال الحكم الى السنة وهذا بين ان روايتهم عنه عليه الصلاة والسلام لم تصح اذ لو صح لما اشتباه الحديث على مثل سعيد ولا حال الحكم الى قوله عليه الصلاة والسلام لا الى سنة ز يدرى الله عنه فدل ان الرواية لا تكاد تثبت عنه عليه الصلاة والسلام وأما حديث العرة في الجنين فنقول بموجبه ان الحكم في أرش الجنين لا يختلف بالذكورة والاثوة وانما الكلام في أرش المولود والحديث ساكت عن بيانه ثم نقول احتمل انه عليه الصلاة والسلام لم يفصل في الجنين بين الذكر والانثى لان الحكم لا يختلف ويحتمل انه لم يفصل لتعذر الفصل لعدم استواء الخلقة فلا يكون حجة مع الاحتمال هذا الذى ذكرنا اذا كان الجانى حرا والجنى عليه حرا فأما اذا كان الجانى حرا والجنى عليه عبدا فالاصل فيه عند أبى حنيفة رضى الله عنه ما ذكرنا في الفصل المتقدم ان كل شئ من الحر فيه قدر من الدية فمن العبد فيه ذلك القدر من قيمته سواء كان فيما يقصده به المنفعة أو الجال والزيادة في رواية عنه وفي رواية فيما يقصده به الجال والزيادة يجب التقصان وعندهما في جميع ذلك يجب التقصان فيقوم العبد مجنيا عليه ويقوم غير مجنى عليه فيغرم الجانى فضل ما بين القيمتين وقد بينا وجه الروايتين عنه وجه قولهما في الفصل الاول

﴿فصل﴾ وأما شرائط الوجوب فهو ان تكون الجناية خطأ اذا كانت الجناية فيما في عمده القصاص فان كانت مما لا قصاص في عمده يستوى فيه الخطأ والعمد وقدمر بيان الجنایات التي في عمدها القصاص وما لا قصاص في عمدها

﴿فصل﴾ وأما بيان الجناية التي تتحملها العاقلة والتي لا تتحملها فيما دون النفس فنقول لا خلاف انه اذا بلغ أرش الجناية فيما دون النفس من الاحرار نصف عشر الدية فصاعدا وذلك خمسمائة في الذكور ومائتان وخمسون في الاناث تتحملها العاقلة واختلف فيما دون ذلك في الرجل والمرأة قال أصحابنا رحمهم الله تعالى يكون في مال الجانى ولا تتحملها العاقلة وقال الشافعى رحمه الله تعالى العاقلة تتحمل القليل والكثير (وجه) قوله ان تتحمل من العاقلة لتفريطهم في الحفظ والنصرة وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين القليل والكثير (ولنا) ان القياس يأبى التحمل لان الجناية حصلت من غيرهم وانما عرفنا ذلك بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بارش الجنين على العاقلة وهو العرة وهي نصف عشر الدية فبقى الامر فيما دون ذلك على أصل القياس ولان مادون ذلك ليس له ارش مقدر بنفسه فاشبه ضمان الاموال فلا تتحملها العاقلة كما لا تتحمل ضمان المسال ولا يلزم على هذا ارش الاعملة فان لها ارشا

مقدرا وهو ثاثة الاصبغ فينبغي ان تتحملة العاقلة لان الائمة ليس لها ارش مقدر بنفسها بل بالاصبغ فكانت
جزأ ماله ارش مقدر وهو الاصبغ فلا تتحملة العاقلة ثم ما كان ارشه نصف عشر الدية الى ثلث الدية يؤخذ من العاقلة
في سنة واحدة استدلالا بكمال الدية فان كل الدية تؤخذ من العاقلة في ثلاث سنين لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على
ذلك فان سيدنا عمر رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فيكون اجماعا
فكلما كان من الارش قدر ثلث الدية يؤخذ في سنة واحدة لان في الدية الكاملة هكذا اذا ازداد الارش على ثلث
الدية فقد رالثلث يؤخذ في سنة والز يادة في سنة أخرى لان الز يادة على الثلث في كل الدية تؤخذ في السنة الثانية
فكذلك اذا انهدت فان زاد على الثلثين فالثلثان في سنتين وما زاد على ذلك في السنة قياسا على كل الدية والله
تعالى أعلم (وأما) مادون النفس من العبيد فلا تتحملة العاقلة لاجماع لان مادون النفس من العبيد له حكم الاموال
لما ذكرنا فيما تقدم ولهذا لا يجب فيه القصاص وضمان المال لا تتحملة العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما الذي يجب فيه ارش غير مقدر وهو المسمى بالحكومة فالكلام فيه في مواضع في بيان الجنايات
التي تجب فيها الحكومة وفي تفسير الحكومة أما الاول فالاصل فيه ان ما لا قصاص فيه من الجنايات على مادون
النفس وليس له ارش مقدر فقيه الحكومة لان الاصل في الجناية الواردة على محل معصوم اعتبارها بما يجاب الجابر أو
الزاجر ما أمكن اذا عرف هذا فتقول في كسر العظام كلها حكومة عدل الا السن خاصة لان استيفاء القصاص بصفة
المماثلة فيما سوى السن متعذر ولم يرد الشرع فيه بارش مقدر فتجب الحكومة وأمكن استيفاء المثل في السن والشرع
وردها بارش مقدر أيضا فلم تجب فيها الحكومة وفي لسان الاخرس والعين القائمة الذاهب نورها والسن السوداء
القائمة واليد الشلاء والرجل الشلاء وكرا الخصى والعين حكومة عدل لانه لا قصاص في هذه الاشياء وليس فيها
ارش مقدر أيضا لان المقصود ههنا المنفعة ولا منفعة فيها ولا زينة أيضا لان العين القائمة الذاهب نورها لا جمال فيها
عند من يعرفها على ان المقصود من هذه الاشياء المنفعة ومعنى الزينة فيها تابع فلا يتقدر الارش لاجله وفي الاصبغ
والسن الزائدة حكومة عدل لانه لا قصاص فيها وليس لها ارش مقدر أيضا لانعدام المنفعة والزينة لكنهما جزء من
النفس وأجزاء النفس مضمونة مع عدم المنفعة والزينة لما ذكرنا (وأما) الصغير الذي لم يشم ولم يقعد ورجله ولسانه
وأذنه وأنفه وعينه وذكره ففي أنفه وأذنه كمال الدية وكذلك في يديه ورجليه اذا كان يحر كرها وكذا في ذكره اذا كان
يتحرك وفي لسانه حكومة العدل لا الدية وان استهل ما لم يشكك لان الاستهلال صياح وأما العينان فان كان يستدل
بشيء على بصرهما فقيهما مثل عين الكبير وانما كان كذلك (أما) الانف والاذن فسلان المقصود منهما الجمال
لا المنفعة وذلك يوجد في الصغير بكما له كما يوجد في الكبير (وأما) الاعضاء التي يقصدها المنفعة فلا يجب فيها
ارش كامل حتى يعلم صحتها بما ذكرنا فاذا علم ذلك فقد وجد تنوير من منفعة الجنس في كل واحد من ذلك فيجب فيه
ارش كامل فاذا لم يعلم يقع الشك في وجود سبب وجوب كمال الارش فلا يجب بالشك ولا يقال ان الاصل هو
الصحة والاف عارض فكانت الصحة ثابتة ظاهر الان لا نسلم هذا الاصل في الصغير بل الاصل فيه عدم الصحة
والسلامة لانه كان نطفة وعلة ومضغة فلم يعلم صحة العضو فهو على الاصل على ان هذا الاصل متعارض لان براءة
ذمة الجاني أصل أيضا فتعارض الاصلان فسقط الاحتجاج بالاصل على الصحة على ان الصحة ان كانت ثابتة
ظاهر بحكم الاصل لان الظاهر حجة الدفع لا حجة الاستحقاق كحياة المفقود انما تصلح لدفع الارث لا لاستحقاقه
وفي الظفر اذا ثبت لاشيء فيه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه لانه عادت المنفعة والزينة وان مات فقيه حكومة عدل
لانه لا قصاص فيه ولا له ارش مقدر وكذا اذا ثبت على عيب فقيه حكومة عدل دون ذلك لان التابت عوض عن
الذاهب فكان الاول قائم ودخله عيب وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله انه اذا ثبت أسودان فيه حكومة لما
أصاب من الالم بالجراحة الاولى بناء على أصله ان الالم مضمون وفي ندى الرجل حكومة العدل لانه لا قصاص فيه

ولا ارش مقدر لانه لا منفعة فيه ولا جمال فتجب الحكومة فيهما وفي أحدهما نصف ذلك الحكم وفي حاملة نديه حكم عدل دون ما في نديه لما قلنا ونذى المرأة تتبع للحاملة حتى لو قطع الحاملة ثم التدى فإن كان قبل البرء لا يجب الا نصف الدية وان كان بعد البرء يجب نصف الدية في الحاملة والحكومة في التدى لان منفعة التدى الرضاع وذلك يبطل قطع الحاملة وكذلك الانف مع المارن حتى لو قطع المارن دون الانف تجب الدية ولو قطع مع المارن لا تجب الا دية واحدة ولو قطع المارن ثم الانف فان كان قبل البرء تجب دية واحدة وان كان بعد البرء ففي المارن الدية وفي الانف الحكومة وكذلك الجفن مع الاشعار حتى لو قطع الشفر بدون الجفن يجب الارش المقدر ولو قطع الجفن معه لا يجب ذلك الارش كالكف مع الاصابع ولو قطع الشفر ثم الجفن فان كان قبل البرء فكذلك وان كان بعد البرء يجب في الشفر ارشه وفي الجفن الحكومة لانه قطع الشفر وهو كامل المنفعة وقطع الجفن وهو ناقص المنفعة فلا يجب الا الارش الناقص وهو الحكومة ولو قطع أظفار طوع الارنبه ففيه حكومة العدل لان المقصود من الانف الجمال وقد نقص جماله بقطع الارنبه فينتقص ارشه وكذلك اذا قطع كفاً مقطوعة الاصابع لان المقصود من الكف البطش وانه لا يحصل بدون الاصابع وكذلك اذا قطع ذكراً مقطوع الحشفة لان منفعة الذكر تزول بزوالها فلا يمكن إيجاب ارش مقدر ولا قصاص فيه فتجب الحكومة (ولو) قطع الذكر والاثنين فان قطعهما معا بان قطعهما من جانب عرضا يجب ديتان لانه فوت منفعة الجماع بقطع الذكر ومنفعة الازال بقطع الاثنين فقد وجد تفويت منفعة الجنس في قطع كل واحد منهما فيجب في كل واحد منهما دية كاملة وان قطع احدهما بعد الآخر بأن قطع ما طولا فان قطع الذكر أو لا تجب ديتان أيضا دية بقطع الذكر لوجود تفويت منفعة الجماع ودية بقطع الاثنين لان بقطع الذكر لا تنقطع منفعة الاثنين وهو الازال لان الازال يتحقق مع عدم الذكر وان بدأ بقطع الاثنين ثم الذكر ففي الاثنين الدية وفي الذكر حكومة العدل لان منفعة الاثنين كانت كاملة وقت قطعهما ومنفعة الذكر فوت بقطع الاثنين اذ لا يتحقق الازال بعد قطع الاثنين فتقص ارشه ولو حلق رأس رجل فنبت أبيض فلا شيء فيه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه (وقال) أبو يوسف فيه حكومة عدل وان كان عبد أقيقه ما نقص (وجه) قوله ان المقصود من الشعر الزينة والزينة معتبرة في الاحرار ولا زينة في الشعر الابيض فلا يقوم التاب مقام القانت (وجه) قول أبي حنيفة ان الشيب في الاحرار ليس بهيب بل هو جمال وكال فلا يجب به ارش بخلاف العبد فان الشيب فيهم عيب ألا يرى انه ينقص الثمن فكان مضمونا على الجاني وفيادون الموضحة من الشجاج حكومة عدل وكذا روى عن سيدنا عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى انه قال مادون الموضحة خدوش فيها حكم عدل (وكذلك) روى عن ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى ولانه لا قصاص فيه والشرع ما ورد فيه بارش مقدر فتجب فيه الحكومة والخلاف الذي ذكرنا في المتلاحمة بين أبي يوسف ومحمد رحمه الله لا يرجع الى المعنى بل الى الاسم لان أبا يوسف لا يمنع ان تكون الشجة التي قبل الباضعة أقل منها ارشا وكذلك محمد لا يمنع ان تكون ارش الشجة التي ذهبت في اللحم أكثر مما ذهبت الباضعة زائداً على ارش الباضعة فكان الاختلاف بينهما في العبارة وفيما سوى الجماعة من الجراحات التي في البدن اذا اندملت ولم يبق لها أثر لاشئ فيها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف رحمهما الله فيه ارش الالم وعند محمد رحمه الله أجرة الطبيب وقد مرت المسئلة وان بقي لها أثر ففيها حكومة عدل وكذا في شعائر البدن اذا لم ينبت حكومة عدل وان نبت لاشئ فيه والله سبحانه وتعالى علم (وأما) تفسير الحكومة فان كان الجاني والمجني عليه عبد أيقوم العبد مجنيا عليه وغير مجني عليه فيجب نقصان ما بين القيمتين بخلاف وان كان الجاني والمجني عليه حراً فقد ذكر الطحاوي رحمه الله انه يقوم المجني عليه لو كان عبد أو لا جناية به ويقوم وبه الجناية فينظر كم بين القيمتين فعليه القدر من الدية (وقال) الكرخي رحمه الله تقرب هذه الجناية الى أقرب الجنات التي لها ارش مقدر فينظر ذوا عدل من أطباء الجراحات كم مقدار هذه ههنا في قلة الجراحات وكثرتها بالحزروالظن فيأخذ القاضى قهولهما ويحكم من

الارش بمقدار من ارش الجراحة المقدرة (وجهه) ماذكره الطحاوى رحمه الله ان القيمة في العبد كالدية في الحر فيقدر العبد حرأفأوجب نقصا في العبد يعتبر به الحر وكان الكرخي رحمه الله ينكر هذا القول ويقول هذا يؤدى الى أمر فطيع وهو ان يجب في قليل الشجاج أكثر مما يجب في كثيرها لجواز ان يكون نقصان شجة السمحاق في العبد أكثر من نصف عشر قيمته فلو أوجبنا مثل ذلك من دية الحر لا وجبنا في السمحاق أكثر مما يوجب في الموضحة وهذا لا يصح والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الجنابة على ما هو نفس من وجهه دون وجهه وهو الجنين بان ضرب على بطن حامل فالقت جنينا فيتملق بها أحكام وجملة الكلام فيه ان الجنين لا يخلو اما ان يكون حرأبان كانت أمه حرة أو أمه علق من مولاه أو من مغرور واما ان يكون رقيقا ولا يخلو اما ان القته ميتا واما ان القته حيا فان كان حرأ وألقته ميتا فقيه الغرة والكلام في الغرة في مواضع في بيان وجوبها وفي تفسيرها وتقديرها وفي بيان من تجب عليه وفي بيان من تجب له أما الاول فالغرة واجبة استحسانا والقياس ان لا شيء على الضارب لانه يحتمل ان يكون حيا وقت الضرب ويحتمل انه لم يكن بان لم يتخلق فيه الحياة بعد فلا يجب الضمان بالشك ولهذا لا يجب في جنين البهيمة شيء الا نقصان البهيمة كذا هذا الا انهم تركوا القياس بالسنة وهو ما روى عن معيرة بن شعبة رضى الله عنه انه قال كنت بين جاريتين ف ضربت احدهما الاخرى بمسطح فالقت جنينا ميتا ومات فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين وروى ان سيدنا عمر رضى الله عنه اختصم اليه في املاص المرأة الجنين فقال سيدنا عمر رضى الله عنه أشدكم الله تعالى هل سمعتم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك شيئا فقام المغيرة رضى الله عنه فقال كنت بين جاريين وذكر الخبر وقال فيه فقام عم الجنين فقال انه أشعر وقام والد الضاربة فقال كيف ندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثل ذلك بطل فقال عليه الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان وروى كسجع الاعراب فيه غرة عبد أو أمة فقال سيدنا عمر رضى الله عنه من شهد معك هذا فقام محمد بن سامة فشهد فقال سيدنا عمر رضى الله عنه كذا ان تقضى فيها برأينا وفيها سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى هذه القصة أيضا حمل بن مالك ابن النابغة ولان الجنين ان كان حيا فقد فوت الضارب حياته وتقويت الحياة قتل وان لم يكن حيا فقد منع من حدوث الحياة فيه فيضمن كالمغرور لما منع من حدوث الرق في الولد وجب الضمان عليه وسواء استبان خلقه أو بعض خلقه لانه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة ولم يستفسر فدل ان الحكم لا يختلف وان لم يستثن شيء من خلقه فلا شيء فيه لانه ليس بجنين انما هو مضغة وسواء كان ذكرا أو أنثى لما قلنا ولان عند عدم استواء الخلقة يتعدر الفصل بين الذكر والانثى فسقط اعتبار الذكورة والانوثة فيه (وأما) تفسير الغرة فالغرة في اللغة عبد أو أمة كذا قال أبو عبيد من أهل اللغة وكذا فسرهار رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي روينا فقال عليه الصلاة والسلام فيه غرة عبد أو أمة فسر الغرة بالعبد والامة وروى انه عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة وخمسائة وهذه الرواية خرجت تفسيراً للرواية الاولى فصارت الغرة في عرف الشرع اسم العبد او امة بعدل خمسائة او خمسمائة وهذه الرواية خرجت تفسيراً للرواية الاولى ثم تقدير الغرة بالخمسائة مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى وعند الشافعي رحمه الله مقدرة بستائة وهذا فرع اصل ماذكرناه فيما تقدم لانهم اتفقوا على ان الواجب نصف عشر الدية لكنهم اختلفوا في الدية فالدية من الدراهم عندنا مقدرة بعشرة آلاف فكان نصف عشرها خمسمائة وعنده مقدر باثنى عشر ألفا فكان نصف عشرها ستمائة ثم ابتدأ الدليل على صحة مذهبنا ان في بعض الروايات انه عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة وخمسائة وهذا نص في الباب (وأما) بيان من تجب عليه الغرة فالغرة تجب على العاقلة لما روينا من الحديث انه عليه الصلاة والسلام قضى على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين وروى ان عاقلة الضاربة قالوا أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثل هذا بطل وهذا يدل على أن القضاء بالدية كان عليهم

حيث أضافوا الدية إلى أنفسهم على وجه الإنكار ولا تبادل نفس فكانت على العاقلة كالدية (وأما) من تجب له فهي ميراث بين ورثة الجنين على فرائض الله تبارك وتعالى عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله إنها لا تورث وهي للأم خاصة (وجه) قوله أن الجنين في حكم جزء من أجزاء الأم فكانت الجنانية على الأم فكان الارش لها كسائر أجزائها (ولنا) أن العرة بدل نفس الجنين وبدل النفس يكون ميراثاً كالدية (والدليل) على أنها بدل نفس الجنين لا بدل جزء من أجزاء الأم أن الواجب في جنين أم الولد ما هو الواجب في جنين الحرة ولا خلاف في أن جنين أم الولد جزء ولو كان في حكم عضو من أعضاء الأم لكان جزءاً من الأم حرراً أو بقية أجزائها أمة وهذا لا يجوز (والدليل) عليه الصلاة والسلام قضى بدية الأم على العاقلة وبرة الجنين ولو كان في معنى أجزاء الأم لما أفراد الجنين بحكم بل دخلت العرة في دية الأمة كما إذا قطعت يد الأم فماتت أنه تدخل دية اليد في النفس وكذا لما أنكرت عاقلة الضاربة حمل الدية إياهم فقالت اندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه بطل لم يقل لهم النبي عليه الصلاة والسلام إنى أوجبت ذلك بجناية الضاربة على المرأة لا بجنايتها على الجنين ولو كان وجوب الارش فيه لكونه جزءاً من أجزاء الأم لرفع إنكارهم بما قلنا فدل أن العرة وجبت بالجناية على الجنين لا بالجناية على الأم فكانت معتبرة بنفسه لا بالأم ولا يرث الضارب من العرة شيئاً لأنه قاتل بغير حق والقتل بغير حق من أسباب حرمان الميراث ولا كفارة على الضارب لأنه عليه الصلاة والسلام لما قضى بالعرة على الضارب لم يذكر الكفارة مع أن الحال حال الحاجة إلى البيان ولو كانت واجبة لبينها ولأن وجوبها متعلق بالقتل وأوصاف أخرى لم يعرف وجودها في الجنين من الإيمان والكفر حقيقة وأحكاما قال الله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة وقال تبارك وتعالى وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق أى كان المقتول ولم يعرف قتله لأنه لم تعرف حياته وكذا إيمانه وكفره حقيقة وحكما (أما) الحقيقة فلا شك في انتفاؤها لأن الإيمان والكفر لا يتحققان من الجنين وكذلك حكما لأن ذلك بواسطة الحياة ولم تعرف حياته ولأن الكفارة من باب المقادير والمقادير لا تعرف بالرأى والاجتهاد بل بالتوقيف وهو الكتاب العزيز والسنة والجماع ولم يوجد في الجنين الذي اتى ميتاً شئ من ذلك فلا تجب فيه الكفارة ولأن وجوبها متعلق بالنفس المطلقة والجنين نفس من وجهه دون وجهه بدليل أنه لا يجب فيه كمال الدية مع ما أن الضرب لو وقع قتل نفس لكان قتلًا تسيباً لا مباشرة والقتل تسيباً لا يوجب الكفارة كحفر البئر ونحو ذلك وذكر محمد رحمه وقال ولا كفارة على الضارب وإن سقط كامل الخلق ميتاً إلا أن يشاء ذلك فهو أفضل وليس ذلك عليه عندنا واجب وليتقرب إلى الله تبارك وتعالى بما يشاء أن استطاع ويستغفر الله سبحانه وتعالى مما صنع وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وقولنا كذا ذكر محمد رحمه الله لأنه ارتكب محظوراً فأقرب إلى أن يتقرب بالكفارة لحوه هذا إذا لقتته ميتاً فاما إذا لقتته حيّاً فماتت فيه الدية كاملة لا يرث الضارب منها شيئاً وعليه الكفارة (أما) حرمان الميراث فلما قلنا وأما وجوب الدية والكفارة فلا نه لما خرج حياتها علم أنه كان حياً وقت الضرب فحصل الضرب قتل النفس وأنه في معنى الخطأ فتجب فيه الدية والكفارة هذا إذا لقت جنيناً واحداً فاما إذا لقت جنينين فإن كانا ميتين ففي كل واحد منهما غرة وإن كانا حيين ثم ماتا ففي كل واحد منهما دية لوجود سبب وجوب كل واحد منهما وهو الاتلاف إلا أنه أتلفهما بضر بضر واحدة ومن أتلف شخصين بضر بضر واحدة يجب عليه ضمان كل واحد منهما كما لو أفرد كل واحد منهما بالضرب كما في الكبيرين فإن لقت أحدهما ميتاً والأخر حياً ثم مات فعليه في الميت الغرة وفي الحي الدية لوجود سبب وجوب الغرة في الجنين الميت والدية في الجنين الحي فيستوى فيه الجمع في الاتلاف والأفراد فيه فإن ماتت الأم من الضربة وخرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه ديتان دية في الأم ودية في الجنين لوجود سبب وجوبهما وهو قتل شخصين فإن خرج بدموتهما ميتاً فدية الأم ولا شئ عليه في الجنين وقال الشافعي رحمه الله يجب عليه في الجنين الغرة (وجه) قوله إن أتلفهما جميعاً فيؤخذ بضمان كل واحد منهما كما لو خرج الجنين ميتاً ثم ماتت الأم (ولنا) أن القياس يأبى كون الجنين مضموناً أصلاً

لما بينا من احتمال عدم الحياة وازداد ههنا احتمال آخر وهو انه يحتمل انه مات بالضرب ويحتمل انه مات بموت الام وانما عرفنا الضمان فيه بالنص والنص ورد بالضمان في حال مخصوصة وهي ما اذا خرج ميتا قبل موت الام فسقط اعتبار أحد الاحتمالين فيتعين الثاني في نفى وجوب الضمان في غير هذه الحالة هذا اذا كان الجنين حراً فاما اذا كان رقيقاً فان خرج ففيه نصف عشر قيمته ان كان ذكر أو عشر قيمته ان كان أنثى وروى عن أبي يوسف ان في جنين الامة ما نقص الام وقال الشافعي رحمه الله فيه عشر قيمة الام اما الكلام مع أبي يوسف رحمه الله فبناء على أصل ذكرناه فيما تقدم وهو ان ضمان الجناية الواردة على العبد ضمان النفس أم ضمان المال فعلى أصلهما ضمان النفس حتى قال انه لا تزداد قيمته على دية الحر بل تنقص ههنا وكذا تتحمله العاقلة وعلى أصل أبي يوسف رحمه الله ضمان المال حتى قال تبلغ قيمته بالغة ما بلغت ولا تتحمله العاقلة فصارت جنينها كجنين البهيمة وهناك لا يجب الا تقصان الام كذا ههنا (وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فبناء على أن الجنين معتبر بنفسه أم بامه وقد ذكرنا الدلائل على انه معتبر بنفسه لا بامه فيما تقدم والدليل عليه أيضاً ان ضمان جنين الحر موروث عنه على فرائض الله عز وجل ولو كان معتبراً بامه لسلّم لها كما سلّم لها ارش عضوها واذا ثبت ان الجنين معتبر بنفسه وان الواجب فيه ضمان فهذا الاعتبار يوجب ان يكون في جنين الامة اذا كان رقيقاً نصف عشر قيمته ان كان ذكر أو عشر قيمته ان كان أنثى لان الواجب في الجنين الحر خمسمائة ذكر أو كان أو أنثى وهي نصف عشر دية الذكر وعشر دية الانثى والقيمة في الرقيق كالدية في الحر فيلزم ان يكون في الجنين الرقيق نصف عشر قيمته ان كان ذكر أو اعتباراً بالحر وعشر قيمته ان كان أنثى اعتباراً بالحر وان خرج حيّاً مات قيمته لما قلنا في الجنين الحر فان القتل جنينين ميتين أو جنينين حيين ثم ماتا ففي كل واحد منهما حالة الاجتماع ما فيه حال الاقرار لما ذكرنا في الجنين الحر فان القتل أحدهما ميتاً والاخر حيّاً مات ففي كل واحد منهما ما هو ضمانه حالة الاقرار لما مر فان ماتت الام من الضرب وخرج الجنين بعد ذلك حيّاً مات فعليه قيمتان قيمة في الام وقيمة في الجنين وان خرج الجنين ميتاً بعد موت الام فعليه في الام القيمة ولا شيء عليه في الجنين لما ذكرنا والاصل ان في كل موضع يجب في الجنين الحر العرة ففي الرقيق نصف عشر قيمته ان كان ذكر أو عشر قيمته ان كان أنثى وكل موضع يجب في المضرورة اذا كانت حرة الدية ففي الامة القيمة وفي كل موضع لا يجب في الجنين هناك شيء لا يجب ههنا شيء أيضاً لما ذكرنا في جانب الحر من غير تفاوت الا ان الواجب في جنين الامة يكون في مال الضارب يؤخذ منه حالاً ولا تتحمله العاقلة والواجب في جنين الحر يكون على العاقلة لان تحمّل العاقل ثبت بخلاف القياس بالنص والنص ورد بالتحمّل في العرة في جنين الحر فبقى الحكم في جنين الامة على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب



كتاب الخنثى

(الكلام) فيه يقع في مواضع في تفسير الخنثى وفي بيان ما يعرف به انه ذكر أو أنثى وفي بيان حكم الخنثى المشكل (أما الاول) فالخنثى من له آلة الرجال والنساء والشخص الواحد لا يكون ذكر أو أنثى حقيقة فاما ان يكون ذكر أو اما ان يكون أنثى

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يعرف به انه ذكر أو أنثى فالتا يعرف ذلك بالعلامة وعلامة الذكورة بعد البلوغ نبات الخية وامكان الوصول الى النساء وعلامة الانوثة في الكبر نهود ثديين كشدي المرأة ونزول اللبن في ثديه والحيض والحبل وامكان الوصول اليها من فرجها لان كل واحد مما ذكرنا يختص بالذكورة والانوثة فكانت علامة صالحة للفصل بين الذكر والانثى وأما العلامة في حالة الصغر فالمبال لقوله عليه الصلاة والسلام الخنثى من حيث يبول فان كان يبول من مبال الذكور فهو ذكر وان كان يبول من مبال النساء فهو أنثى وان كان يبول منهما جميعاً يحكم بالسبق لان سبق البول من أحدهما يدل على انه هو المخرج الاصل وان المخرج من الآخر بطريق الانحراف عنه وان كان لا يسبق

أحدهما إلا آخر فتوقف أبو حنيفة رضي الله عنه وقال هو خنثى مشكل وهذا من كمال فقه أبي حنيفة رضي الله عنه لان التوقف عند عدم الدليل واجب وقال أبو يوسف ومحمد تحكم الكثرة لانها في الدلالة على المخرج الاصل كالسبق فيجوز تحكيمه وجه قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان كثرة البول وقتله لسعة المحل وضيقه فلا يصلح للفصل بين الذكورة والانوثة بخلاف السابق وحكى انه لما بلغ أبا حنيفة قول أبي يوسف في تحكيم الكثرة لم يرض به وقال وهل رأيت حاكما يزن البول فان استويا توقفا أيضا وقال هو خنثى مشكل والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما حكم الخنثى المشكل فله في الشرع أحكام حكم الختان وحكم الغسل بعد الموت وحكم الميراث ونحو ذلك من الاحكام أما حكم الختان فلا يجوز للرجل ان يختنه لاحتمال انه أنثى ولا يحل له النظر الى عورتها ولا يحل لامرأة أجنبية ان تختنه لاحتمال انه رجل فلا يحل لها النظر الى عورته فيجب الاحتياط في ذلك وذلك ان يشتري له من ماله جارية تختنه ان كان له مال لانه ان كان أنثى تختن بالانثى عند الحاجة وان كان ذكر افتختنه أمته لانه يباح لها النظر الى فرج مولاه وان لم يكن له مال يشتري له الامام من مال بيت المال جارية ختانه فاذا ختنته باعها وردتها الى بيت المال لان الختان من سنة الاسلام وهذا من مصالح المسلمين فيقام من بيت مالهم عند الحاجة والضرورة ثم تباع ويردتها الى بيت المال لاندفاع الحاجة والضرورة وقيل بوجه الامام امرأة ختانه لانه ان كان ذكر افل امرأة ان تختن زوجها وان كان أنثى فالمرأة تختن المرأة عند الحاجة وأما حكم غسله بعد الموت فلا يحل للرجل ان يغسله لاحتمال ان يكون أنثى ولا يحل للمرأة ان تغسله لاحتمال انه ذكر ولكنه ييمم كان الميمم رجلاً أو امرأة غير انه ان كان ذارحم محرم منه يعمه من غير خرقة وان كان أجنبياً يعمه بالخرقة ويكف بصره عن ذراعيه وأما حكم الوقوف في الصفوف في الصلاة فانه يقف بعد صف الرجال والصبيان قبل صف النساء احتياطاً على ما ذكرنا في كتاب الصلاة وأما حكم امامته في الصلاة أيضاً فقد مر فلا يؤم الرجال لاحتمال انه أنثى ويؤم النساء وأما حكم وضع الجنائز على الترتيب فتقدم جنازته على جنازة النساء وتؤخر عن جنازة الرجال والصبيان على ما مر في كتاب الصلاة لجواز انه ذكر فيسلك مسلك الاحتياط في ذلك كله وأما حكم الغنائم فلا يعطى سهما ولكن يرضخ له كانه امرأة لان في استحقاق الزيادة شك فلا يثبت بالشك وأما حكم الميراث فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا رحمهم الله يعطى له أقل الانصباء وهو نصيب الانثى لان ان يكون أسوأ أحواله ان يجعل ذكره فينثى يجعل ذكره احكاماً وبيان هذا في مسائل اذا مات رجل وترك ابناً معروفاً وولداً خنثى فعند أصحابنا رحمهم الله تعالى يقسم المال بينهم أثلاثاً لابن المعروف الثلثان وللخنثى الثلث ويجعل الخنثى ههنا أنثى كانه ترك ابناً وبنتاً ولوترك ولداً خنثى وعصبة فالنصف للخنثى والباقي للعصبة ويجعل الخنثى انثى كانه ترك بنتاً وعصبة ولو ترك أختاً لاب وأم وخنثى لاب وعصبة فللاخت للاب والام النصف والخنثى لاب السدس تكلمة الثلثين والباقي للعصبة ويجعل الخنثى أيضاً ههنا أنثى كانه ترك أختاً لاب وأم وأختاً لاب وعصبة فان تركت زوجاً وأختاً لاب وأم وخنثى لاب فلزوج النصف وللأخت للاب والام النصف ولا شيء للخنثى ويجعل ههنا ذكر لان هذا أسوأ أحواله لانا لوجعلناه أنثى لاصاب السدس وتول الفرصة ولو جعلناه ذكر لالا يصيب شيئاً كانه تركت زوجاً وأختاً لاب وأم وأختاً لاب وهذا الذي ذكرنا قول أصحابنا رحمهم الله تعالى وقال الشعبي رحمه الله يعطى نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الانثى لانه يمتثل ان يكون ذكر او يمتثل ان يكون أنثى فيعطى له نصف ميراث الرجال ونصف ميراث النساء (والصحيح) قول أصحابنا رحمهم الله تعالى لان الأقل ثابت بيقين وفي الأكثر شك لانه ان كان ذكر اقله الاكثر وان كان أنثى فلها الاقل فكان استحقاق الاقل ثابتاً بيقين وفي استحقاق الاكثر شك فلا يثبت الاستحقاق مع الشك على الاصل المعهود في غير الثابت بيقين انه لا يثبت بالشك ولان سبب استحقاق كل المال ثابت للابن المعروف وهو ذكر فيه وانما ينتقص حقه بمزاحمة الآخر فاذا احتمل انه ذكر واحتمل انه أنثى وقع الشك في سقوط حقه عن الزيادة على الثلث فلا يسقط بالشك على الاصل المعهود في

الثابت بيقين انه لا يسقط بالشك واختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في تفسير قول الشعبي رحمه الله ونحوه فيما اذا ترك ابن امرء واولد اخنثى فقال أبو يوسف على قياس قوله يقسم المال على سبعة أربعة أسهم منها لابن المعروف وثلاثة للخنثى وقال محمد رحمه الله تعالى على قياس قوله يقسم المال على اثني عشر سهماً سبعة منها لابن المعروف وخمسة للخنثى وجه تفسير محمد ونحوه لقول الشعبي ان للخنثى في حال سهمها وهوان يكون ذكر او لابن المعروف سهم وله في حال ثلث أسهم وهوان يكون أنثى وللابن المعروف سهم وثلاث أسهم فيعطى نصف ما يستحقه في حالين لانه لا يستحق على حالة واحدة من الذكورة والانوثة الاستحالة ان يكون الشخص الواحد ذكر او أنثى وليست احدي الحالتين أولى من الاخرى فيعطى نصف ما يستحقه في الحالتين وهو خمسة أسداس سهم وان كسر الحساب بالاسداس فيصير كل سهم ستة فيصير جميع المال اثني عشر سهماً للخنثى منها خمسة وللابن المعروف سبعة أو يقال اذا جعلنا جميع المال اثني عشر سهماً فالخنثى يستحق في حال ستة من اثني عشروهي ان يكون ذكر او في حال أربعة من اثني عشروهي ان يكون أنثى فالأربعة ثابتة بيقين وسهمان يثبتان في حال ولا يثبتان في حال وليست احدي الحالتين أولى من الاخرى فينصف وذلك سهم فذلك خمسة أسهم للخنثى وأما الابن المعروف فالستة من الاثني عشر ثابتة بيقين وسهمان يثبتان في حال ولا يثبتان في حال فينصف وذلك سهم فذلك سبعة أسهم للابن المعروف والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول أبي يوسف ونحوه لقول الشعبي انه يحتمل ان يكون ذكر او يحتمل ان يكون أنثى فان كان ذكر افله نصيب ابن وهو سهم وللابن المعروف سهم وان كان أنثى فله نصيب بنت وهو نصف سهم وللابن المعروف سهم فله في حال سهم تام وفي حال نصف سهم وانما يستحق على حالة واحدة وليست احدهما بأولى من الاخرى فيعطى نصف ما يستحقه في حالين وذلك ثلاثة أرباع سهم وللابن المعروف سهم تام فيكون الميراث بينهما على سبعة أسهم للابن المعروف أربعة وللخنثى ثلاثة والله سبحانه وتعالى أعلم (ووجدت) في شرح مسائل الجرد المنسوب الى الامام اسماعيل بن عبد الله الهيثمي رضي الله عنه الذي اختصر المبسوط والجامعين والزوائد في مجلدة واحدة وشرحه بكتاب لقبه الشامل باب في الخنثى فاحببت ان ألحقه بهذا الفصل وهو ليس من أصل الشيخ وهو باب الخنثى (قال) ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يورث الخنثى من حيث يبول وهو مذهبنا للخنثى المشكل معتبر بالنساء في حق بعض الاحكام اذا كان الاحتياط في الاخلاق بهن وبالرجال اذا كان الاحتياط فيه فحكمه في الصلاة حكم المرأة في القعود والستر وفي الوقوف بحجب الرجال في افساد صلاة الرجل ويقوم خلف الرجل وقدام النساء ولا يلبس الجرير الحاق بالرجال وفي القصاص فيما دون النفس مثل المرأة ولو ماتت يم بالصعيد ولا يغسله رجل ولا امرأة أو يسجد قبره ويدخل قبره وذو رحم محرم منه فان قبله رجل بشهوة لم يترج بوجهه ولو زوجه أبوه امرأة يؤجل كالعنين سنة ولا حد على قاذفه اعتباراً بالمحجوب والرتقاء في الكل يعتبر الاحتياط قال كل عبد لي حر وقال كل أمة لم يعتق الخنثى المشكل لان الملك ثابت فلا يزول بالشك ولو قال القولين جميعاً عتق للماعرف (وقوله) ان اذ ذكر أو أنثى لا يقبل لانه منهم ويشتري امرأة بان يشتري له أمة من ماله للخدمة فان لم يكن له مال فمن بيت المال لانه من مصالح أهل الاسلام (مات) وأقام رجل البيعة انها كانت امرأته وكانت تبول من مبال النساء وامرأة انه كان زوجها وكان يبول من مبال الرجال لم يقض لاحدهما الا ان ذكرت احدي البيتين وقتنا اقدم فيقضى له وفي حبسه في الدعاوى ولا يفرض له في الديوان لانه حق الرجل المقاتل فان شهد القتال يرضخ له لان الرضخ نوع اعانة وان أسير لم يقتل ولا يدخل في قسامة ولا تؤخذ منه الجزية لان هذا من أحكام الرجال أو صرى رجل لما في بطن فلانة بالف درهم ان كان غلاماً وخمسمائة ان كانت جارية وكان مشكلاً لم يزد على خمسمائة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما رحمهما الله نصف الف والخمسمائة قال وخروج الحية دليل انه رجل والندى على مثال ندى المرأة مع عدم الحية والحيض دليل كونه امرأة زوج خنثى

من خنثى مشكلان على أن أحدهما رجل والاخر امرأة صح الوقف في النكاح حتى تتبين فإن ماتا قبل البيان لم يتوارثا امر شمس شهود على خنثى انه غلام وشهود انه جارية والمطلوب ميراث قضيت بشهادة الغلام لانها أكثر اثباتا فان كان المدعى مهر أقضيت بكونها جارية وان كان المقيم لا يطلب شيئا لم اسمع البيعة والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الوصايا

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان جواز الوصية وفي بيان ركن الوصية وفي بيان معنى الوصية وفي بيان شرائط ركن الوصية وفي بيان صفة عقد الوصية وفي بيان حكم الوصية وفي بيان ما تبطل به الوصية (أما) الاول فالقياس يأتي جواز الوصية لانها تملك مضاف الى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فتقع الاضافة الى زمان زوال الملك فلا يتصور وقوعه تملك فلا يصح الا انهم استحسنوا جوازها بالكتاب العزيز والسنة الكريمة والاجماع أما الكتاب العزيز فقوله تبارك وتعالى في آية المواريث يوصيكم الله في أولادكم الى قوله جل عظمته من بعد وصية يوصي بها أو دين ويوصي بها أو دين وتوصون بها أو دين شرع الميراث مرتباً على الوصية فدل أن الوصية جائزة وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان أتم ضربتم في الأرض ندبنا سبحانه وتعالى الى الاشارة على حال الوصية فدل انها مشروعة (وأما) السنة فماروى ان سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه وهو سعد بن مالك كان مريضاً فعاد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أوصي بجميع مالى فقال لا فقال بثلث مالى قال لا قال فبنصف مالى قال لا قال فثلث مالى فقال عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وروى فقراعت تكففون الناس فقد جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصية بالثلث وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال ان الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم فضعوه حيث شئتم أخبر عليه الصلاة والسلام ان الله تبارك وتعالى جعلنا أخص بثلث أموالنا في آخر أعمارنا لنكتسب به زيادة في أعمالنا والوصية تصرف في ثلث المال في آخر العمر زيادة في العمل فكانت مشروعة وأما الاجماع فان الامه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يوصون من غير انكار من أحد فيكون اجماعاً من الامه على ذلك والقياس يترك بالكتاب العزيز والسنة الكريمة والاجماع مع ما ان ضرباً من القياس يقتضى الجواز وهوان الانسان يحتاج الى أن يكون ختم عمله بالقرينة زيادة على القرب السابقة على ما نطق به الحديث أو تدارك ما فرط في حياته وذلك بالوصية وهذه العقود ما شرعت الا لحوائج العباد فاذا مست حاجتهم الى الوصية وجب القول بجوازها وبه تبين أن ملك الانسان لا يزول بموته فيما يحتاج اليه الا يرى انه بقي في قدر جهازه من الكفن والدفن وبقي في قدر الدين الذي هو مطالب به من جهة العباد الحاجة الى ذلك كذلك ههنا وبعض الناس يقول الوصية واجبة لما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يريد أن يوصي فيه بيت ليلتين الا ووصيته عند رأسه وفي نفس الحديث ما ينفي الوجوب لان فيه تحريم ترك الايصاء عند ارادة الايصاء والواجب لا يقف وجوبه على ارادة من عليه كسائر الواجبات أو يحمل الحديث بما عليه من القرائض والواجبات كاللحج والزكاة والكفارات والوصية بها واجبة عندنا على انه من أخبار الآحاد ورد فيما تعم به البلوى وانه دليل على عدم الثبوت فلا يقبل وقيل انها كانت واجبة في الابتداء للوالدين والاقر بين المسلمين لقول الله تبارك وتعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقر بين المعروف حقاً على المتقين ثم نسخت واختلف في النسخ قال بعضهم نسخها الحديث وهو ما روى عن أبي قلابه رضى الله عنه عليه

الصلوة والسلام انه قال لا وصية لوارث والكتاب العزيز قد ينسخ بالسنة فان قيل انما ينسخ الكتاب عندكم بالسنة المتواترة وهذا من الآحاد فالجواب ان هذا الحديث متواتر غير ان التواتر ضرر بان تواتر من حيث الرواية وهو ان يرويه جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب وتواتر من حيث ظهور العمل به قرأ فقرأ من غير ظهور المنع والنكير عليهم في العمل به الا انهم ماروه على التواتر لان ظهور العمل به أغناهم عن روايته وقد ظهر العمل به ذمهم ظهور القول أيضاً من الأئمة بالفتوى به بلا تنازع منهم ومثله يوجب العمل قطعا فيجوز نسخ الكتاب العزيز به كما يجوز بالتواتر في الرواية الا انهم يفتقران من وجه وهو ان جاحداً للتواتر في الرواية يكفر وجاحداً للتواتر في ظهور العمل لا يكفر لمن عرف في أصول الفقه وقال بعض العلماء نستخنها آية الموارث وفي الحديث ما يدل عليه فانه عليه الصلاة والسلام قال ان الله تبارك وتعالى أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث وقوله كل ذي حق حقه أى كل حقه فقد أشار عليه الصلاة والسلام الى أن الميراث الذي أعطى للوارث كل حقه فيدل على ارتفاع الوصية وتحول حقه من الوصية الى الميراث واذا تحول فلا يبقى له حق له في الوصية كالقبلة لما تحولت من بيت المقدس الى الكعبة لم يبق بيت المقدس قبلة وكالدين اذا تحول من ذمة الى ذمة لا يبقى في الذمة الاولى وكما في الحوالة الحقيقية وقال بعضهم الوصية بقية واجبة للوالدين والاقرب بين غير الوارثين بسبب الكفر والرق والآية وان كانت عامة في المخرج لكن خص منها الوالدان والاقربون الوارثون بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث فكان الحديث مخصصاً للعموم الكتاب لا ناسخاً والحمل على التخصيص أولى من الحمل على النسخ الا ان عامة أهل التأويل قالوا ان الوصية في الابتداء كانت فرضة للوالدين والاقرب بين المسلمين ثم نسخت بحديث أبي قلابة وقال بعضهم ان كان عليه حج أو زكاة أو كفارة أو غير ذلك من الواجبات فالوصية بذلك واجبة وان لم يكن ففي غير واجبة بل جائزة وبه أخذ الفقيه أبو الليث (وأما) الكلام في الاستحباب فقد قالوا ان كان ماله قليلاً وله ورثة فقراء فالأفضل أن لا يوصي لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد رضي الله تعالى عنه انك ان تركت ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ولان الوصية في هذه الحالة تكون صلاةً بالاجانب والترك يكون صلاةً بالاقارب فكان أولى وان كان ماله كثيراً فان كانت ورثته فقراء فالأفضل أن يوصي بمدون الثلث ويترك المال لورثته لان غنية الورثة تحصل بما زاد على الثلث اذا كان المال كثيراً ولا تحصل عند قلته والوصية بالخمس أفضل من الوصية بالربع والوصية بالربع أفضل من الوصية بالثلث لما روى عن سيدنا علي رضي الله عنه انه قال لان أوصى بالخمس أحب الى من أن أوصى بالربع ولان أوصى بالربع أحب الى من أن أوصى بالثلث ومن أوصى بالثلث لم يترك شيئاً أى لم يترك من حقه شيئاً لورثته لان الثلث حقه فاذا أوصى بالثلث فلم يترك من حقه شيئاً لهم وروى عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا الخمس اقتصاها والربع جهداً والثلث حيف وان كان ورثته أغنياء فالأفضل الوصية بالثلث ثم الوصية بالثلث لا قارب به الذين لا يرثون أفضل من الوصية به للاجانب والوصية للقرىب المعادى أفضل من الوصية للقرىب المعادى لان الصدقة على المعادى تكون أقرب الى الاخلاص وأبعد عن الرياء ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام لذلك الذي اشترى عبداً فاعتقه فان شكره فهو خير له وشكره وان كفره فهو شر له وخير لك ولان الوصية للمعادى سبب لزل والعداوة وصيانة للقرابة عن القطيعة فكانت أولى هذا اذا استوى القرىبان في الفضل والدين والحاجة واحدهما معادى (فاما) اذا كان المولى منهما اعفهما واصلحهما واحوجهما فالوصية له أفضل لان الوصية له تقع اعانة على طاعة الله تبارك وتعالى

فصل وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه قال أصحابنا الثلاثة رحمهم الله هو الايجاب والقبول الايجاب من الموصى والقبول من الموصى له فإلما يوجد جميعاً لا يتم الركن وان شئت قلت ركن الوصية الايجاب من الموصى وعدم الرد من الموصى له وهو ان يقع اليأس عن رده وهذا أسهل لتخريج المسائل على ما ذكر وقال زفر رحمه الله الركن هو

الايجاب من الموصى فقط (وجه) قول زفر أن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث لان كل واحد من المسكين ينتقل بالموت ثم ملك الوارث لا يفتقر الى قبوله وكذلك ملك الموصى له (ولنا) قوله تبارك وتعالى وان ليس للانسان الا ما سعى فظاهره أن لا يكون للانسان شئ بدون سعيه فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه وهذا منفي الا ما خص بدليل ولان القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدي الى الاضرار به من وجهين أحدهما أنه يلحقه ضرر المنة ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعا لضرر المنة والثاني أن الموصى به قد يكون شياً يتضرر به الموصى له كالعبد الاعمى والزمن والمقعد ونحو ذلك والى هذا أشار في الاصل فقال أريت لو أوصى بعبيد عريان أوجب عليه القبول شاء أو أبى وتلحقه نفقتهم من غير أن يكون له منهم نفع فلولزمه الملك من غير قبوله للحنه الضرر من غير التزامه والزام من له ولاية الالزام اذ ليس للموصى ولاية الزام الضرر فلا يلزمه بخلاف ملك الوارث لان اللزوم هناك بالزام من له ولاية الالزام وهو الله تبارك وتعالى فلم يقف على القبول كسائر الاحكام التي تلزم بالزام الشرع ابتداء وعلى هذا يخرج ما اذا كان الموصى له انه لا يعتق عليه ما لم يقبل أو يموت من غير قبول لانه لا يعتق بدون الملك ولا ملك بدون القبول أو بدون عدم الرد ووقوع اليأس عنه ولم يوجد القبول منه ولا وقع اليأس عن الرد مادام حيا فلا يعتق ولومات الموصى ثم مات الموصى له قبل القبول صار الموصى به مملوكا لورثة الموصى له استحساناً والقياس أن تبطل الوصية ويكون لورثته الخيار ان شاءوا قبلوا وان شاءوا ردوا (وجه) القياس الاول أن القبول أحد ركني القبول وقد فاق بالموث فيبطل الركن الآخر كما اذا أوجب البيع ثم مات المشتري قبل القبول أو أوجب الهبة ثم مات الموهوب له قبل القبول انه يبطل الايجاب لما قلنا كذا هذا (وجه) القياس الثاني أن الموصى له في حياته كان له القبول والرد فاذا مات تقوم ورثته مقامه (وجه) الاستحسان ان أحد الركنين من جانب الموصى له هو عدم الرد منه وذلك بوقوع اليأس على الرد منه وقد حصل ذلك بموته فتم الركن (وأما) على عبارة القبول فنقول ان القبول من الموصى له لا يشترط لعينه بل لوقوع اليأس عن الرد وقد حصل ذلك بموت الموصى له وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى له بجارية التي ولدت من الموصى له بالنكاح انها لا تصير أم ولد له ما لم يقبل الوصية أو يموت قبل القبول فاذا مات صارت أم ولد له لانه ملك جارية قد ولدت منه بالنكاح فتصير أم ولد له وينفسخ النكاح وان لم يعلم الموصى له بالوصية حتى مات أو علم ولم يقبل حتى مات فهو على القياس والاستحسان اللذين ذكرنا ولو كان حيا ولم يعلم بالوصية وهو يطؤها بالنكاح حتى ولدت أولاداً ثم علم بالوصية فهو بالخيار ان شاء قبل الوصية فكانت الجارية أم ولد له وأولادها أحرار ان كانوا يخرجون من الثلث وان شاء لم يقبل فلا تكون الجارية أم ولد له لان قبوله شرط فان قبل فقد صارت الجارية أم ولد له لانه ملكها بالقبول ومن استولد جارية غيره بالنكاح ثم ملكها تصير أم ولد له وأولادها أحرار ان كانوا يخرجون من الثلث لان عند القبول ثبت الملك من وقت موت الموصى فتبين أن الملك ثبت له في الجارية من ذلك الوقت كما في البيع بشرط الخيار ان عند الإجازة ثبت الحكم وهو الملك من وقت البيع كذا ههنا واذا ثبت الملك من وقت موت الموصى يحكم بفساد النكاح من ذلك الوقت فتبين أن الاولاد ولدوا على فراش ملك اليمين فدخلوا تحت الوصية فيملكهم بالقبول فيعتقون اذا كانوا يخرجون من الثلث وان لم يقبل الوصية كانت الجارية مملوكا لورثة الموصى والا ولا دارقاء لان الولد يتبع الام في الرق والحرية ولو أوصى بالثلث لرجلين ومات الموصى فرد أحدهما وقبل الآخر الوصية كان للآخر حصته من الوصية لانه أضاف الثلث اليهما وقد صححت الاضافة فانصرف الى كل واحد منهما نصف الثلث فاذا رد أحدهما الوصية ارتد في نصفه وبقي النصف الآخر لصاحبه الذي قبل كمن أقر بالف لرجلين فرد أحدهما اقراره ارتد في نصيبه خاصة وكان للآخر نصف الاقرار كذا ههنا بخلاف ما اذا أوصى بالثلث لهذا والثلث لهذا فرد أحدهما وقبل الآخر ان كل الثلث للذي قبل الا انه اذا قبل صاحبه يقسم الثلث بينهما لضرورة المزاحمة اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فاذا رد أحدهما زالت المزاحمة فكان جميع الثلث له واذا ثبت أن القبول ركن في عقد الوصية

فوقت القبول ما بعد موت الموصي ولا حكم للقبول والرد قبل موته حتى لو رد قبل الموت ثم قبل بعده صح قبوله لان الوصية ايجاب الملك بعد الموت والقبول أو الرد يعتبر كذا الايجاب لانه جواب والجواب لا يكون الا بعد تقدم السؤال ونظيره اذا قال لا مر أنه اذا جاء غدا فانت طالق على ألف درهم انه انما يعتبر القبول أو الرد اذا جاء غد كذا هذا فاذا كان التصرف يقع ايجابا بعد الموت يعتبر القبول بعده والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته وبه تنفصل عن البيع والاحارة والهبة لان شيئاً من ذلك لا يحتمل الايجاب بعد الموت ألا ترى أنه لو أوجبها بعد الموت بطل وذكر الكرخي عليه الرحمة في حد الوصية ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه فقوله ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته لا يشمل جميع أفراد الوصايا فانه لا يتناول الوصية بالقرب الواجبة التي تسقط بالموت من غير وصية كالخلع والزكاة والكفارات ونحوها فلم يكن الحد جامعاً وقوله أو في مرضه حد مقسم وانه فاسد وكذا تبرع الانسان بماله في مرضه الذي مات فيه من الاعناق والهبة والمحاباة والكفالة وضمان الدرك لا يكون وصية حقيقة لان حكم هذه التصرفات منجز نافذ في الحال قبل الموت وحكم الوصية يتأخر الى ما بعد الموت فلم تكن هذه التصرفات من المريض وصية حقيقة الا انها تعتبر بالوصايا في حق اعتبار الثلث فاما ان تكون وصية حقيقة فلا وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بثلث ماله أو ربعه وقد ذكر قدر من ماله مشاعاً أو معيناً ان قدر ما يستحقه الموصي له من مال هو ماله الذي عند الموت لا ما كان عند الوصية حتى لو أوصى بثلث ماله وماله يوم أوصى ثلاثة آلاف ويوم مات ثلثمائة لا يستحق الموصي له الا مائة ولو لم يكن له مال يوم أوصى ثم اكتسب مالا ثم مات فله ثلث المال يوم مات ولو كان له مال يوم أوصى مات وليس له مال بطلت وصيته وانما كان كذلك لما ذكرنا أن الوصية تمليك مضاف الى وقت الموت فيستحق الموصي له ما كان على ملك الموصي عند موته ويصير المضاف الى الوقت كالمنجز عنده كانه قال عند الموت لفلان ثلث مالي فيعتبر ما يملكه في ذلك الوقت لا ما قبله وذكر ابن سماعه في نوادره عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فقال اذا أوصى رجل فقال لفلان شاة من غنمي أو نخلة من نخلي أو جارية من جوارى ولم يقل من غنمي هذه ولا من جوارى هؤلاء ولا من نخلي هذه فان الوصية في هذا تقع يوم موت الموصي ولا تقع يوم أوصى حتى لو ماتت غنمه تلك أو باعها فاشتري مكانها أخرى أو ماتت جواريه فاشتري غيرهن أو باع النخل واشتري غيرها فان للموصي له نخلة من نخله يوم يموت وليس للورثة ان يعطوه غير ذلك لما بينا ان الوصية عقدة مضاف الى الموت فكانه قال في تلك الحالة لفلان شاة من غنمي فيستحق شاة من الموجود دون ما قبله قال فان ولدت الغنم قبل ان يموت الموصي أو ولدت الجوارى قبل موته فليحتق الاولاد الامهات ثم مات الموصي فان للورثة ان يعطوه ان شاءوا من الامهات وان شاءوا من الاولاد لان الاسم يتناول الكل عند الموت فكان المستفاد بالولادة كالمستفاد بالشراء قال فان اختار الورثة أن يعطوه شاة من غنمه ولها ولد قد ولدته بعد موت الموصي فان ولدها يتبعها وكذلك صوفها ولبنها لان الوصية وان تعلق بشاة غير معينة لكن التعيين من الورثة يكون بياناً أن الشاة المعينة هي من الموصي بها كان الوصية وقعت بهذه المعينة ابتداءً فما حدث من نمائها بعد الموت يكون للموصي له قال فاما ما ولدت قبل موت الموصي فلا يستحقه الموصي له لان الوصية اعتبارها عند الموت فالحدث قبل الموت يحدث على ملك الورثة وكذلك الصوف المنفصل واللبن المنفصل قبل الموت لما قلنا فاما ان كان متصلاً بها فهو للموصي له وان حدث قبل الموت لانه لا ينفرد عنها بالتمليك قال ولو استهلك الورثة لبن الشاة أو صوفها وقد حدث بعد الموت فعليهم ضمانه لان الموصي له ملكه بملك الاصل فيكون مضموناً بالتلف قال ولو قال أوصيت له شاة من غنمي هذه أو بجارية من جوارى هؤلاء أو قال قد أوصيت له بأحدى جاريتي هاتين فهذا على هذه الغنم وهؤلاء الجوارى لانه عين الموصي به وهو الشاة من الغنم المشار اليها حتى لو ماتت الغنم أو باعها بطلت الوصية كما لو قال أوصيت بهذه الشاة أو بهذه الجارية فهلكت ولو ولدت الغنم أو الجوارى في حال

حياة الموصى ثم أراد الورثة أن يعطوه من الأولاد ليس لهم ذلك لأن الوصية تعلقت بعين مشار إليها وان لم يثبت الملك فيها ينزل في غيرها فان دفع الورثة إليه جارية من الجوارى لم يستحق ما ولدت قبل الموت لأن الوصية لم تكن وجبت فيها لأن الملك في الوصية إنما ينتقل بالموت. فمحدث قبل الموت يحدث على ملك الميت فيكون للورثة وما ولدت بعد الموت فهو للموصى له لأنه ملكها بالموت فحدث الولد على ملكه قال فان ماتت الامهات كلها الا واحدة تعينت الوصية فيها لأنه لم يبق من زاحمها في تعلق الوصية فتعينت ضرورة انتفاء المزاحم فان ماتت الامهات كلها وقد بقي لها أولاد حدثت بعد الموت أو أحرقت النخل وبقي لها ثم حدثت بعد الموت فعلى الورثة ان يدفعوا اليه ولد جارية وثمرة نخلة لأن الوصية كانت متعلقة بها فيظهر الاستحقاق في الولد الحادث بعده فاذا هلك الام بقي الحق في الولد على حاله ولا يظهر فيها حدث قبل الموت والله سبحانه وتعالى عز وجل أعلم

فصل وأما شرائط الركن فبعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الموصى وبعضها يرجع الى الموصى له وبعضها يرجع الى الموصى به (أما) الذي يرجع الى نفس الركن فهو ان يكون القبول موافقا للايجاب فان خالف الايجاب لم يصح القبول لأنه اذا خالفه لم يرتبط بقبلي الايجاب بلا قبول فلا يتم الركن وبيان ذلك اذا قال لرجلين أوصيت بهذه الجارية لكما قبل أحدهما بعد موت الموصى ورد الآخر لم يصح القبول لأنه أوصى لهما جميعاً فكان وصية لكل واحد منهما بنصف الجارية وكانت الجارية بينهما لوقبلها فاذا رد أحدهما لم يوجد الشرط وهو قبولهما جميعاً فبطلت الوصية ولو أوصى بهما لانسأن ثم أوصى بهما الآخر فقبل أحدهما الوصية بعد موت الموصى ورد الآخر فالنصف للموصى له والنصف لورثة الموصى لأنه أوصى لكل واحد منهما على حياله فلا يشترط اجتماعهما في القبول فاذا رد أحدهما بعد موت الموصى لم يتم الركن في حقه بل بطل الايجاب في حقه فعاد نصيبه الى ورثة الموصى فصح القبول من الآخر فاستحق نصف الوصية كالشفيعين اذا سلم أحدهما الشفعة بعد قضاء القاضي بالشفعة ان ذلك النصف يكون للمشتري ولا يكون للشفيع الآخر (وأما) الذي يرجع الى الموصى فأشياء منها ان يكون من أهل التبرع في الوصية بالمال وما يتعلق به لأن الوصية بذلك تبرع بإيجابه بعد موته فلا بد من أهلية التبرع فلا تصح من الصبي والمجنون لانهم ليسا من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة اذا يقابلها عوض دينوى وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله في أحد قولي وصية الصبي العاقل في القرب صحيحة واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه أجاز وصية غلام يافع وهو الذي قرب ادراكه ولان في وصيته نظر الله لانه يثاب عليه ولو لم يوص لزال ملكه الى الوارث من غير ثواب لانه يزول عنه جبراً شاء أو أبى فكان هذا تصرفاً فاعاً في حقه فأشبهه صلاة التطوع وصوم التطوع والجواب اما اجازة سيدنا عمر رضي الله عنه فيحتمل أن وصية ذلك الصبي كانت لتجهيزه وتكفينه ودفعه ووصية الصبي في مثله جائزة عندنا لانه يثبت من غير وصية (وأما) قوله يحصل له عوض وهو الثواب فسلم لكنه ليس بعوض دينوى فلا يملكه الصبي كالصدقة مع ما أن هذا في حد التعارض لانه كما يثاب على الوصية يثاب على الترك للوارث بل هو أولى في بعض الاموال لما ينافيها تقدم وسواء مات قبل الادراك أو بعده لانها وقعت باطلة فلا تنقلب الى الجواز بالادراك الا بالاستثناء وسواء كان الصبي مأذوناً في التجارة أو محجوراً لان الوصية ليست من باب التجارة اذا التجارة معاوضة المال بالمال ولو أضاف الوصية الى ما بعد الادراك بان قال اذا أدركت ثم مت فثلث مالى لفلان لم يصح لان عبارته لم تقع صحيحة فلا تعتبر في ايجاب الحكم بعد الموت ولا تصح وصية العبد المأذون والمكاتب لانهما ليسا من أهل التبرع ولو أوصيا ثم اعتقا وملكهما لا ثم ماتا لم يحز لوقوعها باطلة من الابتداء ولو أضاف أحدهما الوصية الى ما بعد العتق بان قال اذا أعتقت ثم مت فثلث مالى لفلان صح فرقاً بين العبد والصبي ووجه الفرق أن عبارة الصبي فيما يتضرر به ملحقه بالعدم لنقصان عقله فلم تصح عبارته من الاصل بل بطلت والباطل لا يحكم له بل هو ذاهب متلاشى في حق الحكم فاما عبارة العبد فصحيحة لصدورها عن عقل مميز الا أن امتناع تبرعه لحق المولى فاذا

عق قد زال المانع والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها رضا الموصى لأنها يحجب ملك أو ما يتعلق بالملك فلا بد فيه من
الرضا كما يحجب الملك بسائر الأشياء فلا تصح وصية الهازل والمكره والخاطي لأن هذه العوارض تقوت الرضا وأما
اسلام الموصى فليس بشرط لصحة وصيته فتصح وصية الذي بالمال للمسلم والذي في الجملة لأن الكفر لا ينافي
أهلية التملك ألا ترى أنه يصح بيع الكافر وهبته فكذا وصيته وكذا الحربى المستأمن إذا أوصى للمسلم أو
الذى يصح في الجملة لما ذكرنا غير أنه ان كان دخل وارثه معه في دار الاسلام وأوصى بأكثر من الثلث وقف ما زاد على
الثلث على اجازة وارثه لانه بالدخول مستأمنًا التزم أحكام الاسلام أو أئزمه من غير التزامه لا مكان اجراء الاحكام
عليه مادام في دار الاسلام ومن أحكام الاسلام أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على اجازة وارثه وان
لم يكن له وارث أصلا تصح من جميع المال كفى المسلم والذى وكذلك اذا كان له وارث لكنه في دار الحرب لان
امتناع الزيادة على الثلث لحق الورثة وحقهم غير معصوم لانه لا عصمة لا نفسهم وأموالهم فلان لا يكون لحقهم الذى
في مال مورثهم عصمة أولى وذكر في الاصل ولو أوصى الحربى في دار الحرب بوصية ثم أسلم أهل الدار وأصار واذمة
ثم اختصا الى في تلك الوصية فان كانت قائمة بعينها أجزتها وان كانت قد استهلك قبل الاسلام أبطلتها لان الحربى
من أهل التملك ألا يرى أنه من أهل سائر التملكيات كالبيع ونحوه فكانت وصيته جائزة في نفسها الا أنه ليس لنا
ولاية اجراء أحكام الاسلام وتنفيذها في دارهم فاذا أسلموا وأصاروا واذمة قدرنا على التنفيذ فتنفذها مادام الموصى به
قائما فاما اذا صار مستهلكا أبطلنا الوصية وألحقناها بالعدم لان أهل الحرب اذا أسلموا وأصاروا واذمة لا يؤخذون
بما استهلك بعضهم على بعض وبما اغتصب بعضهم من بعض بل يبطل ذلك كذا هذا ومنها ان لا يكون على الموصى
دين مستغرق لتركته فان كان لا تصح وصيته لان الله تبارك وتعالى قدم الدين على الوصية والميراث لقوله تبارك
وتعالى في آية الموارث من بعد وصية يوصى بها أو دين وتوصون بها أو دين ويوصين بها أو دين ولما
روى عن سيدنا على رضي الله تعالى عنه أنه قال انكم تقرأون الوصية قبل الدين وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه
وسلم بدأ بالدين قبل الوصية أشار سيدنا على رضي الله عنه الى أن الترتيب في الذكرا لا يوجب الترتيب في الحكم وروى
انه قيل لابن عباس رضي الله عنهما انك تأمر بالعمرة قبل الحج وقد بدأ الله تبارك وتعالى بالحج فقال تبارك وتعالى
وأتموا الحج والعمرة لله فقال رضي الله عنه كيف تقرأون آية الدين فقالوا من بعد وصية يوصى بها أو دين فقال وبماذا
تبدؤون قالوا بالدين قال رضي الله عنه هو ذلك ولان الدين واجب والوصية تبرع والواجب مقدم على التبرع ومعنى
تقدم الدين على الوصية والميراث أنه يقضى الدين أولا فان فضل منه شئ يصرف الى الوصية والميراث والا فلا (وأما)
معنى تقدم الوصية على الميراث فليس معناه ان يخرج الثلث ويعزل عن التركة ويبدأ بدفعه الى الموصى له ثم يدفع
الثلثان الى الورثة لان التركة بعد قضاء الدين تكون بين الورثة وبين الموصى له على الشراكة والموصى له شريك الورثة في
الاستحقاق كانه واحد من الورثة لا يستحق الموصى له من الثلث شيئا قل أو كثيرا ولا يستحق منه الورثة ثلثيه ويكون
فرضهما معا لا يقدم أحدهما على الآخر حتى لو هلك شئ من التركة قبل القسمة يهلك على الموصى له والورثة جميعا ولا
يعطى الموصى له كل الثلث من الباقي بل الهالك يهلك على الحقين والباقي يبقى على الحقين كما اذا هلك شئ من الموارث
بعد الوصايا بخلاف الدين فانه اذا هلك بعض التركة وبقي البعض يستوفى كل الدين من الباقي وانما معناه انه يحسب
قدر الوصية من جملة التركة أولا لتظهر سهام الورثة كما تحسب سهام أصحاب القرائض أولا ليظهر القاضل للعصبة
ويحتمل أن يكون معنى قوله تبارك وتعالى يوصيكم الله في أولادكم للذكرا الى قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أى سوى
مالككم ان توصوه من الثلث أو صاكم الله بكذا وتكون بعد معنى سوى والله تعالى عز شأنه أعلم (وأما) الذى يرجع
الى الموصى له فيها أن يكون موجودا فان لم يكن موجودا لا تصح الوصية لان الوصية للمعدوم لا تصح وعلى هذا يخرج
ما اذا قال أو وصيت بثلث مالى لما في بطن فلانة انها ان ولدت لما يعلم انه كان موجودا في البطن صحت الوصية والا فلا

وانما يعلم ذلك اذا ولدت لاقل من ستة أشهر ثم يعتبر ذلك من وقت موت الموصى في ظاهر الرواية وعند الطحاوي رحمه الله من وقت وجود الوصية وجهه ما ذكره الطحاوي رحمه الله ان سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وجوده (وجه) ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في حق الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت لانها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الموت أو من وقت الوصية على اختلاف الروايتين يتقنا أنه كان موجودا اذا المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر واذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا لا يعلم وجوده في البطن لاحتمال انها علقته بعده فلا يعلم وجوده بالشك الا اذا كانت المرأة معتدة من زوجها من طلاق أو وفاة فولدت الى سنتين منذ طلقها أو مات عنها زوجها فاله الوصية لان نسب الولد ثبت من زوجها الى سنتين ومن ضرورة ثبات النسب الحكم بوجوده في البطن وقت موت الموصى فرق بين الوصية لما في البطن وبين الهبة لما في البطن أن الهبة لا تصح والوصية صحيحة لان الهبة لا صحة لها بدون القبض ولم يوجد والوصية لا تقف محتما على القبض ولو قال ان كان في بطن فلانة جارية فلها وصية الف وان كان في بطنها غلام فلها وصية الفان فولدت جارية لستة أشهر الا يوما وولدت غلاما بعد ذلك بيومين فلها جميع الوصية لانها أوصى لهما جميعا لكن لاحد منهما بالف وللآخر بالعين وقد علم كونهما في البطن أما الجارية فلا شك فيها لانها ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى فلم يعلم انها كانت موجودة في البطن في ذلك الوقت وكذا الغلام لانه لما ولد لاكثر من ستة أشهر بيوم أو يومين علم أنه كان في البطن مع الجارية لانه توأم فكان من ضرورة كون أحدهما في البطن كون الآخر كذلك لانهما علقا من ماء واحد فان ولدت غلامين وجاريتين لاقل من ستة أشهر فذلك الى الورثة يعطون أى الغلامين شأوا وأى الجاريتين شأوا الا أنه ما أوصى لهما جميعا وإنما أوصى لاحدهما وليس أحدهما بولى من الآخر فكان البيان الى الورثة لانهم قائمون مقام المورث وقيل ان هذا الجواب على مذهب محمد رحمه الله تعالى فأما على قول أبي حنيفة رضى الله عنه فالوصية باطلة بناء على مسألة أخرى وهو ما اذا أوصى بثلاث ماله لفلان وفلان أو أوصى بثلاث ماله لاحد هذين الرجلين روى عن أبي حنيفة رضى الله عنه ان الوصية باطلة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنها صحيحة غير ان عند أبي يوسف الوصية لهما جميعا وعند محمد لاحدهما وخيار التعيين الى الورثة يعطون أيهما شأوا فاقاسوا هذه المسألة على تلك لان المعنى يجمعهما وهو جهالة الموصى له ومنهم من قال ههنا يجوز في قولهم جميعا وفرق بين المسئلتين من حيث ان الجهالة هناك مقارنة للعقد وههنا طارئة لان الوصية هناك حال وجودها أضيفت الى ما في البطن لا الى أحد الغلامين واحدى الجاريتين ثم طرأت بعد ذلك بالولادة والبقاء أسهل من الابتداء كالعدة اذا قارنت النكاح منعت من الانعقاد فاذا طرأت عليه لا ترفعه كذا ههنا ولو قال ان كان الذى في بطن فلانة غلاما فلها الف وان كان جارية فلها ألف فولدت غلاما وجارية فليس لواحد منهما شئ من الوصية لانه جعل شرط استحقاق الوصية لكل واحد منهما أن يكون هو كل ما في البطن بقوله ان كان الذى في بطنها كذا فله كذا وكل واحد منهما ليس هو كل ما في البطن بل بعض ما فيه فلم يوجد شرط صحة استحقاق الوصية في كل واحد منهما فلا يستحق أحدهما شيئا بخلاف المسئلة الاولى لان قوله ان كان فى بطن فلانة جارية فلها كذا وان كان فى بطنها غلاما فلها كذا ليس فيه شرط أن يكون كل واحد كل ما فى البطن بل الشرط فيه أن يكون فى بطنها غلام وأن يكون فى بطنها جارية وقد كان فى بطنها غلام وجارية فوجد شرط الاستحقاق وكذلك لو أوصى بما فى بطن دابة فلان أن يتفق عليه أن الوصية جائزة اذا قبل صاحبها وتعتبر فيه المدة على ما ذكرنا هذا هو حكم الوصية لما فى البطن فأما حكم الاقرار بما فى بطن فلانة فهذا فى الاصل على وجهين (اما) ان بين السبب (واما) ان لم يبين بل أطلق فان بين السبب (فاما) ان بين سببا هو جازر الوجود (واما) ان بين سببا هو مستحيل الوجود عادة فان بين سببا هو جازر الوجود عادة بان قال لما فى بطن فلانة على ألف درهم لاني استهلك ماله أو غصبت أو سرقته جازا اقراره في قولهم جميعا وان بين سببا هو مستحيل الوجود عادة بان قال لما فى بطن فلانة

على ألف درهم لاني استقرضت منه لا يجوز في قولهم جميعا لانه اسند اقراره الى سبب هو محال عادة وان لم يكن
 للاقرار سببا بل سكت عنه بان قال لما في بطن فلانة على ألف درهم ولم يزد عليه فهذا الاقرار باطل في قولهما
 وعند محمد صحيح (وجه) قوله أن تصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن وأمكن تصحيحه بالحمل على سبب
 متصور الوجود فيحمل عليه تصحيح حاله ولهما أن الاقرار المطلق بالدين يراد به الاقرار بسبب المدانة لانه هو
 السبب الموضوع لثبوت الدين وانه في الدين ههنا محال عادة والمستحيل عادة كالمستحيل حقيقة ومنها أن يكون
 حيا وقت موت الموصي حتى لو قال أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة فولدت لاقبل من ستة أشهر من وقت
 موت الموصي ولدامت لا وصية له لان الميت ليس من أهل استحقاق الوصية كما ليس من أهل استحقاق
 الميراث بان ولد ميتا وأنها أخت الميراث ولو ولدت ولدين حيا وميتا فجميع الوصية للميت لان الميت لا يصلح
 محلا لوضع الوصية فيه ولهذا الوأوصى لمي وميت كان كل الوصية للمي كما لو أوصى لآدمي وحائط والله سبحانه
 وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون وارث الموصي وقت موت الموصي فان كان لا تصح الوصية لما روى عن أبي
 قلابه رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله تبارك وتعالى أعطى كل ذي حق حقه
 فلا وصية لوارث وفي هذا حكاية وهي ما حكى أن سليمان بن الاعمش رحمه الله تعالى كان مريضا فعاده
 أبو حنيفة رضي الله عنه فوجده يوصي لابنيه فقال أبو حنيفة رضي الله عنه ان هذا لا يجوز فقال ولما أبا حنيفة فقال
 لا نكرهه ولما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث فقال سليمان رحمه الله يامعشر الفقهاء أتم أطباء
 ونحن الصيادلة فقد نفى الشارع عليه الصلاة والسلام أن يكون لوارث وصية نصا وأشار الى تحول الحق من الوصية
 الى الميراث على ما بينا فاقدم ولا نالوجوزنا الوصية للورثة لكان للموصي أن يؤثر بعض الورثة وفيه ايداء البعض
 وإحاشهم فيؤدى الى قطع الرحم وانه حرام وما أفضى الى الحرام فهو حرام دفعا للتناقض ثم الشرط أن لا يكون
 وارث الموصي وقت موت الموصي لا وقت الوصية حتى لو أوصى لآخيه وله ابن وقت الوصية ثم مات قبل موت
 الموصي ثم مات الموصي لم تصح الوصية لان الموصي له وهو الاخ صار وارث الموصي عند موته ولو أوصى لآخيه
 ولا ابن له وقت الوصية ثم ولد له ابن ثم مات الموصي تحت الوصية لان الاخ ليس بوارثه عند الموت لصيرورته
 محجوبا بالابن وانما اعتبرت الورثة وقت موت الموصي لا وقت وصيته لان الوصية ليست بتعليك للحال ليعتبر كونه
 وارثا وقت وجودها بل هي تملك عند الموت فيعتبر ذلك عند الموت وكذلك الهبة في المرض بان وهب المريض
 لوارثه شيئا ثم مات أنه يعتبر كونه وارثا له وقت الموت لا وقت الهبة لان هبة المريض في معنى الوصية حتى تعتبر من الثلث
 وعلى هذا يخرج ما ذأوصى لامرأة أجنبية وهو مريض أو صحيح ثم تزوجها أنه لا يصح ولو أقر المريض لامرأة
 أجنبية بدين ثم تزوجها جاز اقراره لان الوصية انما تصير ملكا عند موت الموصي فيعتبر كونه وارثا له حينئذ وهي وارثته
 عند موته لانها زوجته فلم تصح الوصية (فاما) الاقرار باعتباره حال وجوده وهي أجنبية حال وجوده فاعتراض
 الزوجية بعد ذلك لا يبطله وكذا الوهب لها هبة في مرض موته ثم تزوجها بطلت الهبة لان تبرعات المريض
 مرض الموت تعتبر بالصايا ولو أوصى وهو مريض أو صحيح لابنه النصراني صح لانه ليس بوارثه فلو أسلم الابن
 قبل موته بطلت وصيته لما قلنا أن اعتبارها بعد الموت وهو وارث بعد الموت ولو أقر المريض بدين لابنه النصراني ثم
 أسلم لم يجز اقراره عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر رحمه الله تعالى يصح (وجه) قوله على نحو ما ذكرنا
 في المرأة أن الاقرار يعتبر حال وقوعه وأنه غير وارث وقت الاقرار فاعتراض الورثة بعد ذلك لا يبطل الدين الثابت كما
 قلنا في المرأة (ولنا) أن الورثة وان لم تكن موجودة عند الاقرار لكن سببها كان قائما وهو القرابة لكن لم يظهر عملها
 للحال لما نفع وهو الكفر فعند زوال المانع يلحق بالعدم من الاصل ويعمل السبب من وقت وجوده لا من وقت زوال
 المانع كما في البيع بشرط الخيار أن عند سقوط الخيار يعمل السبب وهو البيع في الحكم من وقت وجوده لا من وقت

سقوط الخيار والجامع أن العامل عند ارتفاع المانع ذات البيع وذات القرابة فتستند السببية الى وقت وجود ذاته فيظهر أنه أقر لوارثه فلم يصح أو يقال ان اقرار المريض لوارثه انما يرد للتمهة وسبب التهمة وقت الاقرار موجود وهو القرابة بخلاف ما اذا أقر لامرأة أجنبية ثم تزجها لان هناك سبب القرابة لم يكن موجودا وقت الاقرار لان السبب هو الزوجية ولم تكن وقت الاقرار وانما وجدت بعد ذلك وبعد وجودها لا تحتل الاستناد فيقتصر على حال وجودها ولم يكن ذلك اقرارا لوارثه فيصح ويثبت الدين في ذمته فلا يستقطب حدوث الزوجية وعلى التقريب الثاني لم يوجد سبب التهمة وقت الاقرار فيصح ولو كان ابنه مسلما لكنه مملوك فاوصى له ثم أعتق فالوصية باطلة لما ذكرنا ان أو ان اعتبار الوصية أو ان الموت وهو وارثه عند الموت ولو أقر له بالدين وهو مريض أو وهب له هبة فقبضها فان لم يكن عليه دين جاز ذلك لانه اذا لم يكن عليه دين كان الاقرار والهبة لمولاه وانه أجنبي عن الموصى فجاز وان كان عليه دين لا يجوز لان الاقرار والهبة يقعان له لا لمولاه لانه يقضى منه ديونه فتبين أن الاقرار كان لوارثه من طريق الاستناد فلا يصح أولا يصح لقيام سبب شبهة التهمة وقت الاقرار كما قلنا في الاقرار لابنه النصراني اذا أسلم ولو أوصى لبعض ورثته فجاز الباقي جازت الوصية لان امتناع الجواز كان لحقهم لما يلحقهم من الاذى والوحشة بآثار البعض ولا يوجد ذلك عند الاجازة وفي بعض الروايات عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية لوارث الا أن يحجزها الورثة ولو أوصى بثلاث ماله لبعض ورثته ولا جني فان أجاز بقية الورثة جازت الوصية لهما جميعا وكان الثلث بين الاجنبي وبين الوارث نصفين وان ردوا جازت في حصة الاجنبي وبطلت في حصة الوارث وقال بعض الناس يصرف الثلث كله الى الاجنبي لان الوارث ليس بمحل للوصية فالتحقق الاضافة اليه بالعدم كما لو أوصى لحي وميت أن الوصية كلها للحي لما قلنا كذا هذا وهذا غير سديد لان الوصية للوارث ليست وصية باطلة بدليل أنه لو اتصلت بها الاجازة جازت والباطل لا يحتمل الجواز بالا جازة وبه تبين أن الوارث محل للوصية لان التصرف المضاف الى غير محله يكون باطلا دل أنه محل وأن الاضافة اليه وقعت صحيحة الا أنها تبطل في حصته برد الباقي واذا وقعت صحيحة فقد أوصى لكل واحد منهما بنصف الثلث ثم بطلت الوصية في حق الوارث بالرد فبقيت في حق الاجنبي على حالها كما لو أوصى لاجنبيين فردا أحدهما دون الآخر بخلاف المريض اذا أقر بدين لبعض ورثته ولا جني كما اذا قرلها بالف درهم والوارث مع الاجنبي تصادقا أنه لا يصح لهما الاقرار أصلا للوارث ولا للاجنبي لان الوصية تملك فبطلانه في حق أحدهما لا يوجب البطلان في حق الآخر لانه لا يوجب الشركة والاقرار لهما بالدين اخبار عن دين مشترك بينهما فالوصح في حق الاجنبي لكان فيه قسمة الدين قبل القبض وانها باطلة ولانه اذا كان اخبارا عن دين مشترك بينهما فالوارث يشارك الاجنبي فيما يقبض ثم تبطل حصته وفيه اقرار للوارث وأنه باطل بخلاف الوصية فان الوارث لا يشارك الاجنبي واذا بطل الاقرار أصلا تقسم التركة بين ورثة المقر فأصاب الوارث المقر له من ذلك يكون بينه وبين الاجنبي الى تمام الاقرار وما زاد على ذلك يكون للوارث لانهما اذا تصادقا فنزعهما أن هذا القدر دين على الميت والدين مقدم على الميراث هذا اذا تصادقا فان تكاذبا أو أنكر الاجنبي شركة الوارث أو رد الورثة اقراره فالأقرار باطل أيضا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما ذكرنا واذا بطل كان المال ميراثا بين ورثة المقر فأصاب الوارث فهو له كله ولا شركة للاجنبي فيه لانه يكذبه في ذلك وعند محمد يصح اقراره في حق الاجنبي ويكون له خمسمائة وان كان الاجنبي يكذب الوارث والوارث يصدق في ذلك فالتسمة مما أصابه للاجنبي لانه لما صدقه الوارث فقد أقر أنه كان له على الميت خمسمائة دين وأنه مقدم على الميراث الا أنه ادعى الشركة فيه وهو يكذبه في الشركة فكان القول قول الاجنبي يأخذ تلك الخمسمائة كلها ولو أوصى لعبد ووارثه لا يصح سواء كان على العبد دين أو لم يكن (أما) اذا لم يكن عليه دين فظاهر لان الوصية تقع لمولاه لان الملك يقع له فكانت الوصية لوارثه وان كان عليه دين فالوصية تقع لمولاه من وجه لانه اذا سقط عنه الدين يصير الموصى به للوارث وقت الوصية فكان وصية للوارث من

وجه فلا تصح الا اذا اعتق قبل موت الموصي فتصح الوصية لان الوصية ايجاب الملك عند موت الموصي وهو كان حرا عند موته وكذا اذا أوصى لعبد نفسه فاعتقه قبل موته صح وصيته له فان مات وهو عبد بطلت لان وصيته لمولاه ومولاه وارثه ولو أوصى لمكاتب وارثه لا يصح لان منفعة الوصية تحصل لوارثه في الحال والمآل في الحال باداء بدل الكتابة وفي المآل بالعجز ولو أوصى لمكاتب نفسه جاز لانه (اما) أن يعتق باداء بدل الكتابة فيصير أجنبيا فتجوز له الوصية (واما) أن يعجز ويرد في الرق فيصير ميراثا لجميع ورثته لا لبعضهم دون بعض فلا يكون في هذه الوصية إيثار بعض الورثة على بعض فتجوز كما لو أوصى بثلث ماله لورثته (ومنها) أن لا يكون قاتل الموصي قسلا حراما على سبيل المباشرة فان كان لم تصح الوصية له عندنا وبه أخذ الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ولان الوصية تملك وتملك والقتل لا ينافي أهلية التملك (ولنا) ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص ويروى أنه قال ليس لقاتل شيء ذكر الشيء نكرة في محل النفي فتعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين أن القاتل مخصوص عن عمومات الوصية ولان الوصية أخت الميراث ولا ميراث للقاتل لما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما أنهما لم يجعلا للقاتل ميراثا وعن عبيدة السلماني أنه قال لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة ويروى لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة وهذا منه بيان لا جماع المسلمين من زمن سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام الى زمن التابعين رضي الله عنهم على أنه لا ميراث للقاتل وذكر محمد رحمه الله هذه الآثار في الاصل وقال والوصية عندنا بمنزلة ذلك لا وصية للقاتل ولان الورثة تتأذى بوضع الوصية في القاتل كما يتأذى البعض بوضعها في البعض فيؤدى الى قطع الرحم وأنه حرام ولان الجروح اذا صار صاحب فراش فقد تعلق حق الورثة بماله نظرا لهم لثلاثين ليلة المورث ملكه الى غيرهم لعداوة أو أذى لحقه من جهتهم فيتضررون بذلك لكن مع بقاء ملك المورث نظرا له لحاجته الى دفع حوائجه الاصلية وسبب ثبوت حقهم في مرض الموت ما هو سبب ثبوت ملكهم بعد الموت وهو القرابة فكان ينبغي أن لا يملك التبرع بشيء من ماله الا أنه ملك ذلك على غير القاتل والوارث بخلاف القياس فيبقى الامر فيهما على أصل القياس ولان القاتل يغير حق جناية عظيمة فتستدعي الزجر بالبلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجر الحرمان الميراث فيثبت وسواء كان القاتل عمدا أو خطأ لان القاتل الخطأ قاتل وأنه جاز المؤاخذة عليه عقلا وسواء أوصى له بعد الجناية أو قبلها لان الوصية انما تقع تملكيا بعد الموت فتقع وصية للقاتل تقدمت الجناية أو تأخرت ولا تجوز الوصية لعبد القاتل كان على العبد دين أو لم يكن ولا لمكاتبه لما ذكرنا في عبد الوارث ومكاتبه وتجوز الوصية لابن القاتل ولا بويه ولجميع قرابته لان ملك كل واحد منهما منفصل عن ملك صاحبه فلا تكون الوصية لاحدهما وصية لصاحبه ولو اشترك عشرة في قتل رجل فأوصى لبعضهم بعد الجناية لم تصح لان كل واحد منهم قاتل على الكمال حين وجب القصاص على كل واحد منهم فكانت وصية لقاتله فلم تصح ولو كان أحدهم عبد الموصي فأوصى لبعضهم بعد الجناية واعتق عبده ثم مات فالوصية باطلة ولا يبطل العتق ولكن العبد يسعى في قيمته (أما) بطلان الوصية فلما ذكرنا أن كل واحد منهم قاتل فكان الموصي له قاتلا فلم تصح الوصية له (وأما) صحة الاعتاق ونفاذه ففيه ضرب اشكال وهو ان الاعتاق حصل في مرض الموت والاعتاق في مرض الموت وصية والوصية للقاتل لا تصح والعبد قاتل فينبغي أن لا ينفذ اعتاقه والجواب عنه من وجهين أحدهما ان الاعتاق في مرض الموت ليس بوصية حقيقة لان الوصية تملك والاعتاق اسقاط الملك وازالته لا الى أحد وهما متغايران بل متنافيان حقيقة وكذا الاعتاق ينجر حكمه للحال وحكم الوصية يتأخر الى ما بعد الموت فلم يكن الاعتاق في مرض الموت وصية حقيقة الا انه يشبه الوصية من حيث انه يعتبر من الثلث لا غير والثاني ان كان في معنى الوصية فالوصية بالاعتاق مردودة من حيث المعنى وان كانت نافذة صورة ألا

ترى ان العبد يسمى في قيمته والسعاية قيمة الرقبة فكانت السعاية رد للوصية معنى والعق بعد وقوعه وان كان لا
 يحتمل النقض صورة محتمله معنى برد السعاية التي هي قيمة الرقبة ولو أوصى لعبد بالثلث ثم قتله العبد لم تصح وصيته
 غير انه يعتق ويسمى في جميع قيمته أما بطلان الوصية فلا نه وصية للقاتل وأما هذا العتق فلان الوصية للقاتل
 ليست باطلة بل هي صحيحة ألا ترى انها تقف على اجازة الورثة في ظاهر الرواية فاذا أوصى له بثلث ماله فقد أوصى له
 بثلث رقبته لان رقبته من ماله فدخلت تحت الوصية بالثلث فإمامات الموصى ملك ثلث رقبته وتمليك ثلث رقبته منه
 يكون اعتاقا لثلثه عند الموت فيعتق ثلثه عند الموت ثم ينقض من حيث المعنى برد السعاية كما لو أعتقه نصافي مرض
 موته أو أضاف العتق الى ما بعد الموت بالتدبير غير ان عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقعت الوصية له بثلث الرقبة لان
 الاعتاق متجزئ عنده فيعتق ثلث رقبته ويسمى في ثلثيه لانه معتق البعض ويسمى في ذلك الثلث الذي عتق ردا
 للوصية معنى بالسعاية لانه لا وصية للقاتل فيرد برد السعاية وعندهما وقعت الوصية له بكل الرقبة لانه عتق كله لان
 الاعتاق لا يتجزأ عندهما ومتى عتق كله يسمى في كل قيمته رد للوصية معنى فاتفق الجواب وهو السعاية في جميع
 قيمته وانما اختلف الطريق ولو أوصى للقاتل ثم أجازت الورثة الوصية بعد موت الموصى ذكر في الاصل انه يجوز
 ولم يذكر خلافا وذكر في الزيادات ان على قول أبي يوسف لا يجوز وسكت عن قوله ما قيل على الجواز عند أبي
 حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يبي يوسف مارو ينا عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا وصية لقاتل وقال عليه الصلاة
 والسلام ليس لقاتل شيء من غير فصل بين حال الاجازة وعدمها ولان المانع من الجواز هو القتل والاجازة لا تمنع
 القتل ولهما ان امتناع الجواز كان لحق الورثة لانهم يتأذون بوضع الوصية في القاتل أكثر مما يتأذى البعض بإشراك
 البعض بالوصية ثم جازت الوصية للبعض باجازة الباقيين فهنا أولى والدليل على ان المانع هو حق الورثة ان الورثة
 ينتفعون ببطلان الوصية للقاتل وحق الانسان ما ينتفع به فاذا جاز وافقد زال المانع فجازت ولهذا جازت الوصية
 لبعض الورثة باجازة الباقيين كذا هذا ولو كان القتل قصاصا لا يمنع صحة الوصية لانه ليس بقتل حرام وكذا لو كان
 القاتل صبيلا لان قتله لا يوصف بالجرمة ولهذا لم يتعلق بشيء من ذلك حرمان الميراث فكذا حرمان الوصية
 وكذا القتل تسييلا لا يمنع جواز الوصية كما لا يمنع حرمان الميراث على ما عرف في كتاب القرائض وأما الاقرار
 للقاتل بالدين فان صار صاحب فراش لم يجز وان كان يذهب ويحجب جاز لان اقرار المريض مرض الموت في معنى
 الوصية ألا ترى انه لا يصح لوارثه كما لا تصح وصيته له واذا كان يذهب ويحجب وكان في حكم الصحيح فيحوز
 كما لو أقر لوارثه في هذه الحالة وكذا الهبة في المرض في معنى الوصية فلا تصح للقاتل وغفو المريض عن القاتل
 في دم العمد جائز لقوله تعالى وان تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم مطلقا من غير فصل بين حال المرض
 والصحة ولان المانع من هذا تصرف المريض هو تعلق حق الورثة أو الغرماء وانما يتعلق حقهم بالمال والقصاص
 ليس بمال وبهذا علل في الاصل وان كان القتل خطأ يجوز العفو من الثلث لان القتل الخطأ يوجب المال فكان عفو
 بمنزلة الوصية بالمال وانها جائزة من الثلث ودلت هذه المسئلة على ان الدية كل ما تجب على العاقلة ولا يجب على القاتل شيء
 لانه لو وجب لم يصح عفو من الثلث في حصة القاتل لانه يكون وصية للقاتل في ذلك القدر ولا وصية للقاتل ولما
 جاز العفو عنها من الثلث علم ان الدية لا تجب على القاتل وانما تجب على عاقلة القاتل حتى تكون وصية لعاقلة القاتل
 ثم الوصية للقاتل انما لا تجوز اذا لم تجز الورثة فان أجاز واجازت ولم يذكر في الاصل اختلافا وذكر في الزيادات قول
 أبي يوسف انها لا تجوز وان أجازت الورثة وسكت عن قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وجه قول أبي
 يوسف ان المانع من الجواز هو القتل وانه لا ينعدم بالاجازة ولهذا حرم الميراث اجازته الورثة أولا ولانه لما قتله بغير
 حق صار كالحرابي والوصية للحرابي لا تجوز اجازت الورثة أم لم تجز كذا القاتل وجه ظاهر الرواية ان عدم الجواز
 لمكان حق الورثة لما ذكرنا في الوصية لبعض الورثة فيجوز زعندا اجازتهم كما جازت لبعض الورثة عند اجازة الباقيين

بل أولى لان من الناس من يقول بجواز الوصية للقاتل وهو مالك ولا أحد يقول بجواز الوصية للوارث فلما لحقتها
الاجازة هناك فلان تلحقها ههنا أولى ومنها ان لا يكون حر بيا عند مستأمن فان كان لا تصح الوصية له من مسلم أو
ذمي لان التبرع بتمليك المال اياه يكون اعانة له على الحراب وانه لا يجوز وأما كونه مسلماً فليس بشرط حتى لو كان
ذمياً فأوصى له مسلم أو ذمي جاز وكذا لو أوصى ذمي ذمياً لقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان
لهم ماله للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم أن يوصي مسلماً أو ذمياً كذا لهم وسواء أوصى لاهل ملته أو لغير اهل
ملته لعموم الحديث ولان الاختلاف بينه وبين غير اهل ملته لا يكون أكثر من الاختلاف بيننا وبينهم وذال لا يمنع
جواز الوصية فهذا أولى وان كان مستأمناً فأوصى له مسلم أو ذمي ذكر في الاصل انه يجوز لانه في عهدنا فاشبه الذمي
الذي هو في عهدنا وتجوز الوصية للذمي وكذا الحربي المستأمن وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز
وهذه الرواية بقول أصحابنا رحمهم الله أشبه فأنهم قالوا انه لا يجوز صرف الكفارة والنذر وصدقة الفطر والاضحية
الى الحربي المستأمن لما فيه من الاعانة على الحراب ويجوز صرفها الى الذمي لانا مانهنا عن برأهل الذمة لقوله
سبحانه وتعالى لا ينهياكم الله عن الذين لم يقاتلواكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم قيل ان في
التبرع عليه في حال الحياة بالصدقة والهبة وايتين عن أصحابنا فالوصية له على تلك الروايتين أيضاً وكذا كونه من
أهل الملك ليس بشرط حتى لو أوصى مسلم بثلث ماله للمسجد ان ينفق عليه في اصلاحه وعمارة وتجهيزه يجوز
لان قصد المسلم من هذه الوصية التقرب الى الله سبحانه وتعالى باخراج ماله الى الله سبحانه وتعالى لا التمليك الى أحد
ولو أوصى المسلم لبيعة أو كنيسة بوصية فهو باطل لانه معصية ولو أوصى الذمي بثلث ماله للبيعة أو لكنيسة ان ينفق
عليها في اصلاحها أو أوصى لبيت النار أو أوصى بأن يذبح لعيدهم أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة جاز في قول أبي حنيفة
رحمه الله وعندهما لا يجوز وجملة الكلام في وصايا أهل الذمة انها لا تخلو اما ان كان الموصي به أمراً هو قرابة عندنا
وعندهم أو كان أمراً هو قرابة عندنا لا عندهم وأما ان كان أمراً هو قرابة عندهم لا عندنا فان كان الموصي به شيئاً هو قرابة
عندنا وعندهم بان أوصى بثلث ماله ان يتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء أهل الذمة أو بعقار أو بمارة
المسجد الاقصى ونحو ذلك جاز في قولهم جميعاً لان هذا مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة وان كان شيئاً هو قرابة عندنا
وليس بقرابة عندهم بان أوصى بأن يحج عنه أو أوصى ان يبنى مسجد للمسلمين ولم يبين لا يجوز في قولهم جميعاً لانهم
لا يتقربون به فيما بينهم فكان مستهزئاً في وصيته والوصية يبطلها الهزل والهزل وان كان شيئاً هو قرابة عندهم لا عندنا
بان أوصى بارض له ببنى بيعة أو كنيسة أو بيت نار أو بعمارة البيعة أو الكنيسة أو بيت النار أو بالذبح لعيدهم أو
للبيعة أو لبيت النار ذبيحة فهو على الاختلاف الذي ذكرنا ان عند أبي حنيفة رحمه الله يجوز وعندهما لا يجوز وجه
قولهما ان الوصية بهذه الاشياء وصية بما هو معصية والوصية بالمعاصي لا تصح وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان
المعتبر في وصيتهم ما هو قرابة عندهم لا ما هو قرابة حقيقة لانهم ليسوا من أهل القرابة الحقيقية ولهذا لو أوصى بما هو قرابة
عندنا وليس بقرابة عندهم لم تجز وصيته كالحج وبناء المسجد للمسلمين فدل ان الاعتبار ما هو قرابة عندهم وقد وجد
ولكننا أمرنا ان لا نتعرض لهم فيما يدينون كما لا نتعرض لهم في عبادة الصليب وبيع الخمر والخمر يرفيما بينهم ولو بنى
الذمي في حياته بيعة أو كنيسة أو بيت نار كان ميراثاً بين ورثته في قولهم جميعاً على اختلاف المذهبين أما على أصلهما
فظاهر لانه معصية وأما عنده فلانه بمنزلة الوقف والمسلم لو جعل داراً وقفاً ان مات صارت ميراثاً كذا هذا فان
قيل لم لا يجعل حكم البيعة فيما بينهم كحكم المسجد فيما بين المسلمين فالجواب ان حال المسجد يخالف حال البيعة
لان المسجد صار خالصاً لله تبارك وتعالى وانقطعت عنه منافع المسلمين وأما البيعة فانها باقية على منافعهم فانه
يسكن فيها أساقفتهم ويدفن فيها موتاهم فكانت باقية على منافعهم فاشبه الوقف فيما بين المسلمين والوقف فيما بين
المسلمين لا يزيل ملك الرقبة عنده فكذا هذا ولو أوصى مسلم بعتلة جاريته ان تكون في حق المسجد وموثته

فانهدم المسجد وقد اجتمع من غلها شيء أثق ذلك في بناءه لانه بالانهدام لم يخرج من ان يكون مسجدا وقد أوصى له بقلتها فتفق في بناءه وعمارته والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن لا يكون مملوكا للموصى اذا كانت الوصية بدراهم أو دنانير مسماة أو بشيء معين من ماله سوى رقة العبد حتى لو أوصى لعبده بدراهم أو دنانير مسماة أو بشيء معين من ماله سوى رقة العبد لا تصح الوصية لانه اذا ذلك يكون موصيا لنفسه ولو أوصى له بشيء من رقبته بان أوصى له بثلاث رقبته جاز لان الوصية له بثلاث رقبته تملك ثلث رقبته منه وتملك نفس العبد منه يكون اعتاقا فيعبر ثلثه مدبر في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يصير كله مدبر لان التدبير يتجزأ عنده كالاعتاق وعندهما لا يتجزأ ولو أوصى له بثلاث ماله جازت وصيته وعق ثلثه بعد موته لان رقبته دخلت في الوصية لانها ماله فوقعت الوصية عليها وعلى سائر املاكه ثم ينظر ان كان ماله دراهم ودنانير ينظر الى ثلثي العبد فان كانت قيمة ثلثي العبد مثل ما وجب له في سائر أمواله صار قصاصا وان كان في المال زيادة تدفع اليه الزيادة وان كان في ثلثي قيمة العبد زيادة تدفع الزيادة الى الورثة وان كانت التركة عرضا لا تصير قصاصا الا بالتراضي لا اختلاف الجنس وعليه أن يسعى في ثلثي قيمته وله الثلث من سائر أمواله وللورثة أن يبيعوا الثلث من سائر أمواله حتى تصل اليهم السعاية وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وأما عندهما صار كله مدبرا فاذا مات عتق كله ويكون العتق مقدما على سائر الوصايا فان زاد الثلث على مقدار قيمته فعلى الورثة أن يدفعوا اليه فان كانت قيمته أكثر فعليه أن يسعى في الفضل والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن ازالها فان كان لم تجز الوصية له لان الجهالة التي لا يمكن استدراكها تمنع من تسليم الموصى به الى الموصى له فلا نفيد الوصية وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بثلاث ماله لرجل من الناس انه لا يصح بالاخلاف ولو أوصى لاحد هذين الرجلين لا يصح في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يصح غير ان عند أبي يوسف رحمه الله الوصية تكون بينهما نصفين وعند محمد رحمه الله الخيار الى الوارث يعطى أيهما شاء (وجهه) قول محمد ان الايجاب وقع صحيحا لان أحدهما وان كان مجهولا ولكن هذه جهالة تمكن ازالها ألا ترى ان الموصى لوعين أحدهما حال حياته تعين ثم ان محمدا يقول لما مات عجز عن التعيين بنفسه فيقوم وارثه مقامه في التعيين وأبو يوسف يقول لما مات قبل التعيين شاعت الوصية لهما وليس أحدهما بأولى من الآخر كمن أعتق أحد عبديه ثم مات قبل البيان ان العتق يشيع فيهما جميعا فيعتق من كل واحد منهما نصفه كذا ههنا يكون لكل واحد منهما نصف الوصية ولا يبي حنيفة ان الوصية تملك عند الموت فتستدعي كون الموصى له معلوما عند الموت والموصى له عند الموت مجهول فلم تصح الوصية من الاصل كما لو أوصى لواحد من الناس فلا يمكن القول بالشروع ولا يقام الوارث مقام الموصى في البيان لان ذلك حكم الايجاب الصحيح ولم يصح الا ان الموصى لو بين الوصية في أحدهما حال حياته صححت لان البيان انشاء الوصية لاحدهما فكان وصية مستأقفة لاحدهما عينا وانها صحيحة ولو كان له عبدان فأوصى بارفهما انزجل وباخسهما الآخر ثم مات الموصى ثم مات أحد العبدين ولا يدرى أيهما هو فالوصية بطلت في قول أبي حنيفة وزفر رحهما الله اجتماعا على أخذ الباقي أو لم يجتمعا وقال أبو يوسف رحمه الله ان اجتماعا على أخذ الباقي فهو بينهما نصفان وان لم يجتمعا على أخذه فلا شيء لهما وروى عن أبي يوسف انه بينهما نصفان اجتماعا أو لم يجتمعا وعلى هذا يخرج الوصية لقوم لا يحصون انها باطلة اذا لم يكن في اللفظ ما يبي عن الحاجة وان كان فيه ما يبي عن الحاجة فالوصية جائزة لانهم اذا كانوا لا يحصون ولم يذكر في اللفظ ما يدل على الحاجة وقعت الوصية تملكيا كمنهم وهم مجهولون والتمليك من المجهول جهالة لا يمكن ازالها لا يصح ثم اختلف في تفسير الاحصاء قال أبو يوسف ان كانوا لا يحصون الا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون وقال محمد ان كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون وقيل ان كانوا بحيث لا يحصيههم محص حتى يولد منهم مولود ويموت منهم ميت فهم لا يحصون وقيل يفوز الى رأى القاضى وان كان في اللفظ ما يدل على الحاجة كان وصيته بالصدقة وهي اخراج المال الى الله سبحانه وتعالى والله سبحانه وتعالى واحد معلوم فصحت

الوصية ثم اذا صحت الوصية فلا فضل للوصي أن يعطى الثلث لمن يقرب اليه منهم فان جعله في واحد فازاد جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز الا ان يعطى اثنين منهم فصاعدا ولا يجوز أن يعطى واحدا الا نصف الوصية وبيان هذه الجملة في مسائل اذا أوصى بثلاث ماله للمسلمين لم تصح لان المسلمين لا يحصون وليس في لفظ المسلمين ما ينبي عن الحاجة فوقعت الوصية تملكها من مجهول فلم تصح ولو أوصى لفقراء المسلمين أو لمساكينهم صحت الوصية لانهم وان كانوا لا يحصون لكن عندهم اسم الفقير والمساكين ينبي عن الحاجة فكانت الوصية لهم تقر بالي الله تبارك وتعالى طلبا لمرضاته لا لمرضاة الفقير فيقع المال لله تعالى عز وجل ثم الفقراء يتملكون بملك الله تعالى منهم والله سبحانه وتعالى عز شأنه واحد معلوم ولهذا كان ايجاب الصدقة من الله سبحانه وتعالى من الاغنياء على الفقراء صحيحا وان كانوا لا يحصون واذا صحت الوصية فلو صرف الوصي جميع الثلث الى فقير واحد جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز الا ان يعطى منهم اثنين فصاعدا ولا يجوز أن يعطى واحدا منهم الا نصف الثلث وجه قول محمد ان الفقراء اسم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة الا أنه أقام الدليل على ان اثنين في باب الوصية يقوم مقام الثلاث لان الوصية أخت الميراث والله تعالى أقام الثنتين من البنات مقام الثلاث منهن في استحقاق الثلثين وكذا الاثنان من الاخوة والاخوات يقوم مقام الثلاث في قصص حق الام من الثلث الى السدس ولا دليل على قيام الواحد مقام الجماعة مع ما ان الجمع مأخوذ من الاجتماع وأقل ما يحصل به الاجتماع اثنان ومراعاة معنى الاسم واجب مأمكن ولهما ان هذا النوع من الوصية وصية بالصدقة وهي الزام المال حقة الله تبارك وتعالى وجنس الفقراء مصرف ما يجب لله عز وجل من الحقوق المالية فكان ذكر الفقراء لبيان المصرف لا لايجاب الحق لهم فيجب الحق لله تبارك وتعالى ثم يصرف الى من ظهر رضا الله سبحانه وتعالى بصرف حقه المال اليه وقد حصل بصرفه الى فقير واحد ولهذا جاز صرف ما وجب من الصدقات الواجبة بايجاب الله عز وجل الى فقير واحد وان كان المذكور بلفظ الجماعة بقوله تبارك وتعالى انما الصدقات للفقراء وقد خرج الجواب عما ذكره محمد رحمه الله على ان مراعاة معنى الجمع انما تجب عند الامكان فاما عند التعذر فلا بل يحمل اللفظ على مطلق الجنس كما في قوله والله لا أتزوج النساء وقوله ان كلمت بني آدم أو ان اشتريت العبيد انه يحمل على الجنس ولا يرعى فيه معنى الجمع حتى يحث بوجود الفعل منه في واحد من الجنس وهم لا يمكن اعتبار معنى الجمع لان ذلك مما لا غاية له ولا نهاية فيحمل على الجنس بخلاف ما اذا أوصى لمواليه وله مولى واحد انه لا يصرف كل الثلث اليه بل نصفه لان هناك ما التزم المال حقا لله تعالى عز وجل بل ملكه للموالى وهو اسم جمع فلا بد من اعتباره وكذلك الجمع له غاية ونهاية فكان اعتبار معنى الجمع ممكنا فلا ضرورة الى الحمل على الجنس بخلاف جمع الفقراء وكذلك لو أوصى لفقراء بني فلان دون أغنيائهم وبنو فلان قبيلة لا تحصى ولا يحصى فقراؤهم فالوصية جائزة لما قلنا بل أولى لانه لما صحت الوصية لفقراء المسلمين مع كثرتهم فلان تصح لفقراء القبيلة أولى فان لم يقل لفقراؤهم ولكنه أوصى لبني فلان ولم يزد عليه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان كان فلان ابا قبيلة (واما) ان لم يكن ابا قبيلة بل هو رجل من الناس يعرف بأبي فلان فان كان ابا قبيلة مثل تميم وأسد ووائل فان كان بنوه يحصون جازت الوصية لهم لانهم اذا كانوا يحصون فقد قصد الوصي تملك المال منهم لا الاخراج الى الله تعالى فكان الموصى له بالثلث معلوما فتصح الوصية له كالأوصى لاغنياء بني فلان وهم يحصون ويدخل فيه الذكور والاناث لان الاضافة الى أب القبيلة اضافة النسبة كالاضافة الى القبيلة ألا يرى انه يصح أن يقال هذه المرأة من بني تميم كما يصح ان يقال هذا الرجل من بني تميم فيدخل فيه كل من ينتسب الى فلان ذكر أو أنثى غنياً كان أو فقيراً لانه ليس في اللفظ ما ينبي عن الحاجة وصار كما لو أوصى لقبيلة فلان ولو كان لبني فلان موالى عتاقة يدخلون في الوصية وكذا موالى مواليتهم وحلفائهم وعبيدهم وكذا لو كان لهم موالى الموالاة لما ذكرنا ان المراد من قوله بني فلان اذا كان فلان ابا قبيلة هو القبيلة لا أبناءه حقيقة فكان المراد منه المنتسبين الى هذه القبيلة والمنتسبون اليهم والحلفاء والموالى

ينتسبون الى القبيلة وينتمون اليهم في العرف والشرع قال عليه الصلاة والسلام موالى القوم منهم وفي رواية موالى القوم من أنفسهم وحليفهم منهم وروى انه قال في جملة ذلك وعبيدهم منهم ولان بنى فلان اذا كانوا لا يحصون سقط اعتبار حقيقة البنية فصار عبارة عمن يقع بهم لهم التناصر والموالى يقع بهم لهم التناصر وكذا الحليف والعديد اذا الحليف هو الذى حلف للقبيلة انه ينصرهم ويذب عنهم كما يذب عن نفسه وهم حلفوا له كذلك والعديد هو الذى يلحق بهم من غير حلف ولو أوصى لقبيلة فلان دخل فيه الموالى لان المراد من القبيلة الذين ينسبون اليه والموالى ينسبون اليه هذا اذا كانوا يحصون فان كانوا لا يحصون لا تجوز الوصية لما قلنا في الوصية لبنى فلان بخلاف ما اذا أوصى لبنى فلان وهم يحصون وفلان أب خاص لهم وليس بابى قبيلة حيث كان الثلث لبنى صلبه ولا يدخل فيه مواليه لانه ما جرى العرف هناك انهم يريدون بهذه اللفظة المنتسب اليهم فبقيت اللفظة محمولة على الحقيقة ولهذا لا يدخل في الوصية بنو بنيه والدليل على التفرقة بين الفصلين أن زيدا لو أعتق عبدًا لا يقول المعتق أنا من بنى زيدا كان زيداً بأخصاً وإن كان زيداً بأقبيلة يقول المعتق أنا من بنى زيد هذا هو المتعارف عندهم ولان بنى فلان اذا كانوا لا يحصون لم تصح الوصية لان الوصية وقعت لهم بملك المال منهم وهم مجهولون ولا يمكن أن يجعل هذا وصية بالصدقة لانه ليس في لفظ الابن ما ينبي عن الحاجة لئلا يصح كالأوصى للمسلمين انه لا يصح لهالة الملك منه ولم يجعل وصية بالصدقة لما قلنا كذا هذا وان كان ابنا نسب وهو رجل من الناس يعرف كابن أبى ليلي وابن سيرين ونحو ذلك فان كانوا كلهم ذكور ادخلوا في الوصية لان حقيقة اسم البنين للذكور لانه جمع الابن فيجب العمل بالحقيقة ما أمكن وقد أمكن وان كانوا كلهم إناثاً لا يدخل فيه واحدة منهم لان اللفظ لا يتناولهن عندا أفرادهن وان كانوا ذكوراً وإناثاً فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهم الوصية للذكور دون الاناث وقال محمد عليه الرحمة يدخل فيه الذكور والاناث وهو احدى الر وايتين عن أبى حنيفة رواه يوسف بن خالد السمتى وذكر القدرورى في شرحه مختصر الكرخى الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه (وجه) قول محمد رحمه الله ان الذكور مع الاناث اذا اجتمعا غلب الذكور الاناث ويتناول اسم الذكور الذكور والاناث وان كان لا يتناولهن حالة الاقتراد ولهذا تناول الخطابات التي في القرآن العظيم باسم الجمع الذكور والاناث جميعا فكذا في الوصية ولهما اعتبار الحقيقة وهو أن البنين جمع ابن والابن اسم للذكور حقيقة وكذا البنون فلا يتناول الا الذكور ولهذا لم يتناولهن حالة الاقتراد فكذا حالة الاجتماع وهكذا قول في خطابات القرآن العظيم ان خطاب الذكور لا يتناول الاناث بصيغته بل بدليل زائد والدليل عليه ما روى أن النساء شكون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلن يا رسول الله ان الله سبحانه وتعالى يخاطب الرجال دوننا فنزل قوله تبارك وتعالى ان المسلمين والمسلمات الآية فلو كان خطاب الرجال يتناولهن لم يكن لشكايتهن معنى بخلاف ما اذا كان فلان أباً لقبيلة أو بطناً أو نخداً لان الاضافة الى القبيلة والبطن والفخذ لا يراد بها الا اعيان وانما يراد بها الانساب وهي أن يكون منسوباً الى القبيلة والبطن والفخذ والذكور والانثى في النسبة على السواء ولهذا يتناول الاسم الاناث منهم وان لم يكن فيهن ذكر ولا يتناول الاسم من ولد الرجل المعروف الاناث اللاتي لا ذكور معهن فان كان لفلان بنو صلب وبنو ابن فالوصية لبنى الصلب لانهم بنوه في الحقيقة (وأما) بنو الابن فنبنو بنيه حقيقة لا بنوه وانما يسمون بنيه مجازاً واطلاق اللفظ يحمل على الحقيقة ما أمكن فان لم يكن له بنو الصلب فالوصية لبنى الابن لانهم بنوه مجازاً فيحمل عليه عند تعذر العمل بالحقيقة وأما أبناء البنات فلا يدخلون في الوصية عند أبى حنيفة عليه الرحمة وذكر الخصاص عن محمد رحمه الله انهم يدخلون كابناء البنين وسند كرم المسألة ان شاء الله تعالى فان كان له ابنان لصلبه فالوصية لهما في قولهم جميعاً لان اسم الجمع في باب الوصية يتناول الاثنين فصاعداً فقد وجد من يستحق كل الوصية فلا يحمل على غيرهم وان كان له ابن واحد لصلبه صرف نصف الثلث اليه لان المذكور بلفظ الجمع وليس في الواحد معنى الجمع فلا يستحق الواحد كل الوصية بل النصف ويرد النصف الباقي الى ورثة الموصى وان كان له ابن واحد لصلبه وابن

ابنه فالنصف لابنه والباقي يرد على ورثة الموصي في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما النصف لابنه وما بقي فلان ابنه والصحيح قول أبي حنيفة لان اللفظ الواحد لا يحمل على الحقيقة والحجاز في زمان واحد واذا صارت الحقيقة مرادة سقط الحجاز وعندهما يجوز حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والحجاز في حالة واحدة وهذا غير سديد لان الحقيقة اسم للثابت المستقر في موضعه والحجاز ما انتقل عن موضعه والشيء الواحد في زمان واحد يستحيل أن يكون ثابتاً في محله ومتقلاً عن محله ولو كان له بنات وبنو ابن فلا شيء للفر يقين في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما هو بينهم بالسوية لان عند أبي حنيفة ولد الصلب اذا كان حياً يسقط معه ولد الولد غير ان ولد الصلب ههنا البنات على الافراد واسم البنين لا يتناول البنات على الافراد فلم تصبح الوصية في الفر يقين جميعاً وعلى أصلهما تحمل الوصية على ولد الولد اذا لم يجز أولاد الولد بالوصية ويتناولهما الاسم على الاشتراك وصاروا كالابن الواحد فيشترك ذكورهم واناثهم ولو قال أوصيت بثلث مالي لاختوة فلان وهم ذكور واناث فهو على الخلاف الذي ذكرنا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو لذكور دون الاناث وعند محمد رحمه الله هو بينهم بالسواء لا يزداد ذكر على الانثى والحجج على نحو ما ذكرنا في المسألة المتقدمة ولو أوصى لولد فلان فالذكر فيه والانثى سواء في قولهم جميعاً لان الولد اسم للمولود وانه يتناول الذكر والانثى ولو كانت له امرأة حامل دخل ما في بطنها في الوصية لان الوصية لأخت الميراث لان الاستحقاق في كل واحد منهما يتعلق بالموت ثم الحمل يدخل في الميراث فيدخل في الوصية فان كان له بنات وبنو ابن فالوصية لبناته دون بنى ابنه لان اسم الولد للبنات بانقرادهن حقيقة ولا ولد الابن بحجاز ومهما أمكن حمل اللفظ على الحقيقة لا يحمل على الحجاز فان لم يكن له ولد صلب فالوصية لولد الابن يستوي فيه ذكورهم واناثهم لانه تعذر العمل بحقيقة اللفظ فيعمل بالحجاز تصحيحاً للكلام العاقل ولا يدخل أولاد البنات في الوصية في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وذكر الخصاص عن محمد رحمهما الله ان ولد البنات يدخلون فيها كولد البنين وذكر في السير الكبير اذا أخذ الامان لنفسه وولده لم يدخل فيه أولاد البنات فصارع عن محمد رحمه الله روايتان (وجهه) رواية الخصاص أن الولد ينسب الى أبويه جميعاً لانه ولد أبيه وولده حقيقة لا تخالقه من مائهما جميعاً ثم ولد ابنه ينسب اليه فكذلك ولد بنته ولهذا يضاف أولاد سيدتنا فاطمة رضي الله تعالى عنها الى أبيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال صلى الله عليه وسلم للحسن رضي الله عنه ان ابني هذا السيد وأن الله تبارك وتعالى يصلح به بين الفتيين وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال للحسن والحسين رضي الله عنهما ان ابني لسيدا كهول أهل الجنة وكذا يقال لسيدنا عيسى ابن مريم عليه الصلاة والسلام انه من بنى آدم وان كان لا ينتسب اليه الا من قبل أمه ولا بنى حنيفة أن أولاد البنات ينسبون الى آبائهم الى أب الام قال الشاعر

بنو بنو أبائنا وبناتنا * بنوهن أبناء الرجال الاباعد

(وأما) قوله ان الولد ينسب الى أبيه والى أمه قلنا نعم و بنت الرجل ولده حقيقة فكان ولده حقيقة بواسطتها حتى تثبت جميع أحكام الاولاد في حقه كما تثبت في أولاد البنين الا أن النسب الى الامهات مهجور عادة فلا ينسب أولاد البنات الى آباء الامهات بواسطتهن ولا يدخلون تحت النسبة المطلقة وأولاد سيدتنا فاطمة رضي الله تعالى عنهم لم تهجر نسبتهم اليها فينسبون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بواسطتها وقيل انهم خصوا بالنسبة اليه عليه الصلاة والسلام تشریفاً وكراماً لهم وقد روى بعض مشايخنا عن شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في هذا حديثاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال كل بنى بنت بنو أبهم الا أولاد فاطمة رضي الله تعالى عنها فانهم أولادى فان لم يكن له الا ولد واحد فالثلث له سواء كان ذكراً أو أنثى لان اسم الولد يتناول الولد الواحد فإزداد عليه حقيقة ولا يتناول الجمع قال هشام سألت محمد بن عبد الله عن رجل له ابن و بنت فقال أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ابني ثم مات الموصى فكيف يجعل للموصى له قال ذلك الى الورثة ان شاءوا اعطوه أقل الانصاء قلت له فان كان له ابنتان وابن قال فكذلك أيضاً قلت

فان كان له ابنان و بنت أو ابنان و بنتان أو بنون و بنات فقال قد أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ابني فقال يعطى الموصى له في هذا نصيب ابن وانما كان كذلك لانه اذا قال أحد ابني وله ابن و بنت علم انه سعى الانثى ابنه لاجتماعها مع الذكركر فدخلت في الكلام فكان للورثة ان يحملوا الوصية على نصيبهما واذا كان له بنون و بنات أو ابنان و بنات فقال أخذ بنى يقع على الذكركر فتحمل الوصية على نصيب واحد منهم دون نصيب البنات قال محمد رحمه الله فاذا كان له بنت وابن أو ابن و بنتان أو ابن و بنت فالابن وحده لا يكون بنين والا مر على ما ذكره محمد لان اسم الجمع لا يتناول الواحد فلا بد من ادخال الاناث معه فحملت الوصية على نصيب أحدهم فهذا اشارة الى اعتباره حقيقة اللفظ وان الاسم يحمل على الذكركر رالا عند التعذر ولو أوصى ليتامى بنى فلان فان كان يتامهم يحصون جازت الوصية لانهم اذا كانوا يحصون وقعت الوصية لهم باعيانهم لكونهم معلومين فامكن ايقاعها تملكيا منهم فصحت كما لو أوصى ليتامى هذه السكة أو هذه الدار ويستوى فيها الغنى والفقير لان اليتيم في اللغة اسم لمن مات أبوه ولم يبلغ الحلم وهذا لا يتعرض للفقير والغنى وقال الله سبحانه وتعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما وقال عليه الصلاة والسلام ابتغوا في أموال اليتامى خيرا كيلا تأكلها الصدقة قد سمو ايتامى وان كان لهم مال فكل صغير مات أبوه يدخل تحت الوصية ومن لا فلا فان كانوا لا يحصون فالوصية جائزة وتصرف الى الفقراء منهم لانها لو صرفت الى الاغنياء لبطلت لجهالة الموصى له ولو صرفت الى الفقراء لجازت لانها وصية بالصدقة واخراج للمال الى الله تعالى والله تعالى واحد معلوم وأمكن أن تجعل الوصية للفقراء وان لم يكن في اللفظ ما ينبي عن الحاجة لغة لكنه ينبي عن سبب الحاجة وعمما يوجب الحاجة بطريق الضرورة لان الصغير والا ثرا دعن الاب أعظم أسباب الحاجة اذا الصغير عاجز عن الانتفاع بماله ولا بد له ممن يقوم بإصالح منافع ماله اليه وكذا هو عاجز عن القيام بحفظ ماله واستئثاره ولا بقاء للمال عادة الا بالحفظ والاستئثار وهو عاجز عن ذلك كله فيصير في الحكم كمن انقطعت عليه منافع ماله بسبب بعده عن ماله وهو ابن السبيل فصار الاسم بهذه الوساطة منبئا عن الحاجة ولهذا المعنى جعل الله لليتامى سهام من خمس الغنيمة بقوله تبارك وتعالى واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسة وللرسول ولذي القربى واليتامى وقال تبارك وتعالى ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذي القربى واليتامى وأراد به المحتاجين منهم دون الاغنياء واذا كان كذلك أمكن تصحيح هذا التصرف بجعله ايصاء بالصدقة وكذلك اذا أوصى لزمى بنى فلان أو لعلميانهم لان الاسم يدل على سبب الحاجة عادة وهو الزمانة والمعنى بخلاف ما اذا أوصى لبني فلان وهم لا يحصون انه لا يصح لانه لا يمكن تصحيحه بطريق التملك لجهالة الموصى لهم ولا بطريق الايصاء بالصدقة لانه ليس في لفظ الابن ما ينبي عن الحاجة ولا ما يوجب الحاجة وهما بخلافه على ما بينا فتصح الوصية ثم اذا حجت وانصرفت الوصية الى الفقراء من اليتامى فان صرف الى اثنين منهم فصاعداً جاز بالاجماع وان صرف جميع الثلث الى واحد فهو على الخلاف الذي ذكرنا والا ففضل للموصى أن يصرف الى كل من قدر منهم لانه أقرب الى العمل بحقيقة اللفظ وتحقيق مقصود الموصى ولو أوصى بثلاث ماله لا رامل بنى فلان جازت للموصية سواء كن محصين أو لا يحصين أما اذا كن محصين فلا يشك فان الوصية وقعت تملكيا منهم باعيانهم لكونهم معلومين وكذلك اذا كن لا يحصين لان في الاسم ما يدل على الحاجة لان الارملة اسم لامرأة بالغت فارقت زوجها بطلاق أو وفاة دخل بها أو لم يدخل كذا قال محمد رحمه الله وقال ابن الانبارى الارملة التي لا زوج لها من قولهم أرمل القوم فهم مرمولون اذا فنى زادهم ومن فنى زاده كان محتاجا فكان في الاسم ما ينبي عن الحاجة فتصح وصية بالصدقة واخراج المال الى الله تبارك وتعالى والله سبحانه وتعالى واحد معلوم وهل يدخل في هذه الوصية الرجال الذين فارقوا أزواجهم قال عامة العلماء رضى الله عنهم لا يدخلون وقال الشافعى رحمه الله يدخل في كل من خرج من كرمه فلان ذكرأ كان أو أنثى واليه ذهب القتيبي واحتج بقول جرير الشاعر

هذي الارامل قد قضيت حاجتها * فمن لحاجة هذا الارمل الذكر

أطلق اسم الارمل على الرجل (ولنا) أن حقيقة هذا الاسم للمرأة لما ذكرنا عن مجده وهومن كبار أهل اللغة روى عنه أبو عبيد وأبو العباس ثعلب وأقرانهم يكارون عن الخليل والاصمعي وأقرانهم وقال الخليل يقال امرأة أرملة ولا يقال رجل أرمل الا في المليح من الشعر وقال ابن الأنباري رحمه الله لا يقال رجل أرمل الا في الشعر ونحو ذلك ولأن الاسم لما كان مشتقاً من قولهم أرمل القوم اذا فني زادهم فالمرأة هي التي فني زادهما بموت زوجها لأن النفقة على الزوج لا على المرأة فاذا مات فقد فني زادهما وبه تبين أن قول جرير محمول على مليح الشعر كما قال الخليل أو هو شاذ كما قال ابن الأنباري أولاً زدوا ج الكلام قال الله سبحانه وتعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقال تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقوله سبحانه وتعالى وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به وبما قال الشاعر

فان تنكحني أنكح وأن تنأمني * مدا الدهر مالم تنكحني أنأمني

(ومعلوم) أن الرجل لا يسمى أياً لکن أطلق عليه لازدواجه بقوله وأن تنأمني كذا هي هنا واطلاق الاسم لا ينصرف الى ما لا يذكر الاضرورة تليح الشعر وازدواج الكلام أوفى الشذوذ لأن مطلق الاسم ينصرف الى ما يتسارع اليه الافهام والا وهام وذلك ما قلنا ولو أوصى لا يابى بنى فلان فان كن يحصين جازت الوصية لما قلنا وان كن لا يحصين لا تجوز لانه ليس في لفظ الأيم ما ينبي عن الحاجة لتجعل وصيته بالصدقة لأن الأيم في اللغة اسم لامرأة جومعت في قبلها فارقها زوجها وشرحه محمد رحمه الله قال الأيم كل امرأة جومعت بنكاح جائز أو فاسد أو فجور ولا زوج لها غنية كانت أو فقيرة صغيرة كانت أو كبيرة وليس في هذه المعاني ما ينبي عن الحاجة فلا يكون ايضاً بالتصدق بخلاف الوصية لارامل بنى فلان وهن لا يحصين انها جائزة لأن اسم الارملة ينبي عن الحاجة على ما بينا فجعل وصية بالصدقة ثم اذا كن يحصين حتى جازت الوصية يدخل فيها الصغيرة والبالغة والغنية والفقيرة لأن الاسم في اللغة لا يتعرض لما سوى الانوثة وحلول الجماع بها في قبلها وفراقها زوجها وقال الله تبارك وتعالى وانكحوا الايامي منكم وانه يتناول الكبيرة والصغيرة حتى يجوز انكاح الصغار كما يجوز انكاح الكبار وكذا لا يتعرض للفقير والغنا لانه سبحانه وتعالى قال عز من قائل ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ولو كان متغرضاً لشيء من ذلك لم يكن لقوله سبحانه وتعالى ان يكونوا فقراء معنى وهذا الذي ذكرنا ان الأيم اسم لامرأة جومعت في قبلها فارقها زوجها قول عامة المساميين وقال أبو القاسم الصنفار البلخي وأبو الحسن الكرخي رحمهما الله ان الجماع ليس شرطاً لثبوت هذا الاسم وكذا الانوثة بل يقع هذا الاسم على المدخول بها وعلى البكر ويقع على الرجل كما يقع على المرأة واحتج بقول الشاعر

ان القبور تنكح الايامي * النسوة الارامل اليتامى

ومعلوم أن القبر يضم البكر الى نفسه كما يضم الثيب وقال الشاعر

فان تنكحني أنكح وان تنأمني * مدا الدهر مالم تنكحني أنأمني

أى أمكث بلا زوج ما مكثت أنت بلا زوج وقال آخر

فلا تنكحن جبارة ان شرها * عليك حرام فانكحن أو تايما

والجواب أن حقيقة اللغة ما حكينا عن قلة اللغة وهم أهل دقائق الالفاظ فيقبل نقلهم اياها فبا وضعت له وما ورد في استعمال بعض الفصحاء معدولاً به عن تلك الحقائق فحمل على المجاز ما بطريق المقابلة والازدواج أو باعتبار بعض المعاني التي وضع لها الاسم والدليل على أن الانوثة أصل وانه لا يقع على الذكر أنه لا يدخل علامة التأنيث فيه يقال امرأة أيم ولا يقال أيمعة ولو كان الاسم يتناول الذكر والانثى لفرقوا بينهما بادخال علامة التأنيث في المرأة وذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني أن ما ذكر محمد في صفة الأيم جومعت بفجور أو غير فجور مذهبهما فاما عند أبي حنيفة رحمه الله التي جومعت بفجور لا تدخل في هذه الوصية لأن التي جومعت بفجور بكر لا أيم عنده حتى

تزوج كما تزوج الابكار عنده ومنهم من قال هذا قولهم جميعاً لأنها أيم حقيقة لوجود الجماع الا انها تزوج كما تزوج
الابكار عنده لمشاركتها الابكار عنده في المعنى الذي أقيم فيه السكوت مقام الرضا نطقاً في حقها باعتبار السكوت
وهو الحياء على ما عرف في مسائل الخلاف ولو أوصى لكل ثيب من بنى فلان ان كن محصين صحت الوصية لما ذكرنا
في المسائل المتقدمة ويدخل تحت هذه الوصية كل امرأة جومعت بحلال أو حرام لها زوج أو لم يكن لها زوج
بلغت مبلغ النساء أو لم تبلغ كذا ذكر محمد ويدخل فيه الفقيرة والغنية والصغيرة والكبيرة لان اللفظ لا يتعرض لذلك
وقال الله تبارك وتعالى ثيبات وأبكاراً أدخل فيه الصغار والكبار والفقيرات والغنيات بدل عليه انهن دخلن فيما
يقال به وهو قوله سبحانه وتعالى وأبكاراً فكذا في قوله تعالى ثيبات فدل الامر على اشتراط الدخول لانه قابل الثيبات
بالابكار وهن اللاتي لم يجامعن فكانت الثيبات اللاتي جومعن لتصح المقابلة ولا تشترب مفارقة زوجها بخلاف
الارملة لان اللغة كذا تقتضي فيتبع فيه وضع أرباب اللغة ولا يدخل فيه الرجل لان هذا الاسم لا يتناول الرجل حقيقة
وان ورد في الحديث عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال وألثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة لان ذلك اطلاق
بطريق المجاز للازدواج والمقابلة وان كن لا يحصين لم تحجز الوصية لانه ليس في الاسم ما يني عن الحاجة لما ذكرنا
أنه اسم لاني من بنات آدم عليه الصلاة والسلام جومعت وليس في الاوصاف المذكورة في الحديث ما يني عن الحاجة
فلا يراد بهذه الوصية التملك والتملك مجهول فلا يصح ولو أوصى لكل بكر من بنى فلان يجوز اذا كن محصيات
لما قلنا ويدخل فيه الصغيرة والكبيرة والغنية والفقيرة اذا البكر اسم لامرأة لم تجامع بشكاح ولا غيره كذا قال محمد رحمه
الله واطلاق هذا الاسم على الذكر في الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام
بطريق المجاز وهو المجاز بطريق المقابلة والازدواج أو كان لها حقيقة ثم غلب استعماله في متعارف الخلق على الانثى
فصار بحال لا تنصرف أو هام الناس عند اطلاقه الا الى الانثى فيحمل الحديث على المجاز ولو كانت عذرتها زالت
بالوضوء أو بالوثبة أو بذروء الدم تستحق الوصية لانها لم تجامع ومن الناس من خالف محمد رحمه الله قالوا ان هذه أيضاً
لا تستحق الوصية لانها ليست ببكر والصحيح ما ذكره محمد رحمه الله لما ذكرنا وذكر محمد رحمه الله أن التي زالت
بكراتها فجور لا تكون بكر أو لا تكون لها وصية وقال بعض مشايخنا منهم الفقير أبو جعفر الهندي واني رحمه الله ان هذا
قولهما (فاما) عند أبي حنيفة رحمه الله فانها بكر وتستحق الوصية ومنهم من قال لا خلاف في انها لا تستحق الوصية
لانها ليست ببكر حقيقة لعدم حد البكارة وانما تزوج الابكار عند أبي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا والله سبحانه
وتعالى أعلم بالصواب ولو أوصى لذوي قرابته أو قراباته أو لا نسابه أو لا رحامه أو لذوي أرحامه هذه الالفاظ الخمسة
سواء عند أبي حنيفة الوصية بهذه الالفاظ للأقرب فالأقرب فالأصل ان عند أبي حنيفة عليه الرحمة يعتبر في هذه
الوصية خمسة أشياء الرحم المحرم والأقرب فالأقرب وجمع الوصية وهوائن فصاعدا وان يكون سوى الوالدين
والمولودين وأن يكون ممن لا يرث وعندهما يدخل في هذه الوصية ذوالرحم المحرم والقريب والبعيد الى أقصى أب له
في الاسلام حتى لو أوصى للعلوية والعباسية يصرف الثلث الى من اتصل بسيدنا على وبسيدنا العباس رضى الله
عنهما لا الى من فوقهما من الأباء ولا خلاف في اعتبار الاوصاف الثلاثة وهي اعتبار جمع الوصية وان لا يكون والداً
ولا ولداً وان يكون ممن لا يرث (أما) الاول فلان لفظ ذوى لفظ جمع وأقل الجمع في باب الوصية اثنان لان الوصية
أخت الميراث وفي باب الميراث كذلك فان الثنتين من البنات والاخوات اثنان فصاعداً في استحقاق الثلثين
وحجب الام من الثلث الى السدس على ما مر حتى لو أوصى لذوي قرابته استحق الواحد فصاعداً كل الوصية لان
ذوى ليس بلفظ جمع وأما الثاني فلان الوالد والولد لا يسميان قرابتين عرفاً وحقيقة أيضاً لان الاب أصل والولد
فرعه وجزؤه والقريب من يقرب من غيره لا من نفسه فلا يتناول اسم القريب وقال الله سبحانه وتعالى الوصية
لوالدين والاقر بين عطف الاقرب على الوالد والعطف يقتضي المغايرة في الاصل واذا لم يدخل الوالد والولد في

هذه الوصية فهل يدخل فيها الجد وولد الجد ذكر في الزيادات انهما يدخلان ولم يذكر فيه خلافا وذكر الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله انهما لا يدخلان وهكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله وهو الصحيح لان الجد بمنزلة الاب وولد الجد بمنزلة الولد فاذا لم يدخل فيهما الوالد والولد كذا الجد وولد الجد (وأما) الثالث فلما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية لوارث وانما الخلاف في موضعين أحدهما أنه يعتبر المحرم عند أبي حنيفة وعندهما لا يعتبر والثاني أنه يعتبر الاقرب فالأقرب عنده وعندهما لا يعتبر (وجه) قوله ما أن القريب باسم مشتق من معنى وهو القرب وقد وجد القرب فيتناول الرحم المحرم وغيره والقريب والبعيد وصار كما لو أوصى لاختوته أنه يدخل الاخوة لاب وأم والاخوة لاب والاخوة لام لكونه اسما مشتقا من الاخوة كذا هذا والدليل عليه ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه لما نزل قوله تبارك وتعالى وأنذر عشيرتكم الاقربين جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم قريشاً فخص وعم فقال يا معشر قريش اتقوا أنفسكم من النار فاني لا أملك لكم من الله تبارك وتعالى ضراً ولا نفعاً يا معشر بني قصى اتقوا أنفسكم من النار فاني لا أملك لكم من الله عز شأنه ضراً ولا نفعاً وكذلك قال عليه الصلاة والسلام لبني عبد المطلب ومعلوم أنه كان فيهم الاقرب والا بعد وذو الرحم المحرم وغير المحرم فدل أن الاسم يتناول كل قريب الا أنه لا يمكن العمل بعمومه لتعذر ادخال أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام فيه فتعتبر النسبة الى أقصى أب في الاسلام لانها ما وردت في الاسلام صارت المعرفة بالاسلام والشرف به فصار الجد المسلم هو النسب فشر فوابه فلا يعتبر من كان قبله ولا أبي حنيفة رحمه الله أن الوصية لما كانت باسم القرابة أو الرحم فالقرابة المطلقة هي قرابة ذى الرحم المحرم ولأن معنى الاسم يتكامل بها وأما في غيرهما من الرحم غير المحرم فناقص فكان الاسم للرحم المحرم لا لغيره لانه لو كان حقيقة لغيره فاما أن يعتبر الاسم مشتركاً أو عاماً ولا سبيل الى الاشتراك لان المعنى متجانس ولا الى العموم لان المعنى متفاوت فمعين أن يكون الاسم لما قلنا حقيقة ولغيره مجازا بخلاف الوصية لاخوته لان ما أخذ الاسم وهو الاخوة لا يتفاوت فكان اسما عاما فيتناول الكل وهما بخلافه على ما بينا ولان المقصود من هذه الوصية هو صلة القرابة وهذه القرابة هي واجبة الوصل محرمة القطع لتلك والظاهر من حال المسلم الدين المسارعة الى اقامة الواجب فيحمل مطلق اللفظ عليه بخلاف ما اذا أوصى لاخوته لان قرابة الاخوة واجبة الوصل محرمة القطع على اختلاف جهاتها فهو الفرق بين الفصلين وجواب أبي يوسف ومحمد رحمه الله على زعمهما كان يستقيم في زمانهما لان أقصى أب الاسلام كان قريبا يصل اليه بثلاثة آباء أو أربعة آباء فكان الموصى له معلوماً فاما في زماننا فلا يستقيم لان عهد الاسلام قد طال فتمتع الوصية لقوم مجهولين فلا تصح الا أن نقول انه يصرف الى أولاد أبيه وأولاد جده وأولاد جد أبيه والى أولاد أمه وأولاد جدته وجمدة أمه لان هذا القدر قد يكون معلوماً فيصرف اليهم فاما الزيادة على ذلك فلا والله سبحانه وتعالى أعلم فان ترك عمين وخالين وهم ليسوا بورثته بان مات وترك ابنا وعمين وخالين فالوصية للعمين والخالين في قول أبي حنيفة رضي الله عنه لانه يعتبر الاقرب فالأقرب والعمان أقرب اليه من الخالين فكانا أولى بالوصية وعندهما الوصية تكون بين العمين والخالين أربابا لان القريب والبعيد سواء عندهما ولو كان له عم واحد وخالان فلم ينصف الثلث وللخالين النصف الآخر لان الوصية حصلت باسم الجمع وأقل من يدخل تحت اسم الجمع في الوصية اثنان فلا يستحق الم الواحداً أكثر من نصف الوصية لان أقل من ينضم اليه مثله واذا استحق هو النصف بقي النصف الآخر لا مستحق له أقرب من الخالين فكان لهما وعندهما يقسم الثلث بينهم أثلاثا لاستواء الكل في الاستحقاق فان كان له عم واحد ولم يكن له غيره من ذوى الرحم المحرم فنصف الثلث لعمه والنصف يرد على ورثة الموصى عنده لان الم الواحداً لا يستحق أكثر من النصف فبقى النصف الآخر لا مستحق له فبطل فيه الوصية وعندهما يصرف النصف الآخر الى ذى الرحم الذي ليس بمحرم ولو أوصى لاهل بيته يدخل فيه من جمعه أبؤهم أقصى أب في الاسلام حتى ان الموصى لو كان علواً يدخل في هذه الوصية كل من ينسب الى سيدنا على رضي الله

عنه من قبل الاب وان كان عباسيا يدخل فيها كل من ينسب الى العباس رضى الله عنه من قبل الاب سواء كان بنفسه ذكرا أو أنثى بعد ان كانت نسبته اليه من قبل الآباء ولا يدخل من كانت نسبته من قبل الام لان المراد من أهل البيت أهل بيت النسب والنسب الى الآباء وأولاد النساء آبائهم قوم آخرون فلا يكون من أهل بيته ويدخل تحت الوصية لاهل بيته أبوه وجده اذا كان ممن لا يرث لان بيت الانسان أبوه ومن ينسب الى بيته فلا باب أصل البيت فيدخل في الوصية ولا يدخل في الوصية بالقرابة لان القرابة من تقرب الى الانسان يغيره لا بنفسه وذلك لا يوجد في اب وكذلك لو أوصى لنسبه أو حسبته فهو على قرابته الذين ينسبون الى أقصى أب له في الاسلام حتى لو كان آبؤه على غير دينه دخلوا في الوصية لان النسب عبارة عن ينسب الى الاب دون الام وكذلك الحسب فان الهاشمي اذا تزوج أمة فولدت منه ينسب الولد اليه لا الى أمه وحسبه أهل بيت أبيه دون أمه فنبت أن النسب والحسب يختص بالاب دون الام وكذلك اذا أوصى لجنس فلان فهم بنو الاب لان الانسان يتجنس بأبيه ولا يتجنس بأمه فكان المراد منه جنسه في النسب وكذلك اللحمية عبارة عن الجنس وذكر المصنف عن أبي يوسف اذا أوصى لقرابته فالقرابة من قبل الاب والام والجنس واللحمية من قبل الاب لان القرابة من يتقرب الى الانسان بغيره وهذا المعنى يوجد في الطرفين بخلاف الجنس على ما بينا وكذلك الوصية لآل فلان هو بمنزلة الوصية لاهل بيت فلان فلا يدخل أحد من قرابة الام في هذه الوصية ولو أوصى لاهل فلان فالوصية لزوجته فلان خاصة في قول أبي حنيفة وعندهما هذا على جميع من يعولهم فلان ممن تضمنه نفقته من الاحرار فيدخل فيه زوجته واليتيم في حجره والولد اذا كان يعوله فان كان كبيراً قد اعتزل عنه أو كان بنتاً قد تزوجت فليس من أهله ولا يدخل فيه ماله ولا وارث الموصى ولا الموصى لاهله (وجه) قولهما أن الاهل عبارة عن ينفق عليه قال الله تبارك وتعالى خيرا عن نبيه سيدنا نوح عليه الصلاة والسلام ان ابني من أهلي وقال تبارك وتعالى في قصة لوط عليه الصلاة والسلام فنجنياه وأهله ولا بني حنيفة رحمه الله ان الاهل عند الاطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان يتأهل وفلان لم يتأهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك ولا يدخل فيه المالك لانهم لا يسمون أهل المولى ولا يدخل فيه وارث الموصى لانه ان خرج منه لا يدخل فعند الاطلاق أولى ولا يدخل فلان الذي أوصى لاهله لان الوصية وقعت للمضاف اليه والمضاف غير المضاف اليه فلا يدخل في الوصية كمالو أوصى لولد فلان ان فلان لا يدخل في الوصية لما قلنا كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى بثلاث ماله لاخوته وله ست اخوة متفرقة وله أولاد يحوزون ميراثه فالثالث بين اخوته سواء لانهم في استحقاق الاسم سواء بخلاف الوصية لآباء فلان انه يصرف الى الاقرب فالاقرب عند أبي حنيفة لان القرابة تحتل التفاوت في القرب والبعد وأما الاخوة فلا تحتل التفاوت ألا ترى انه يقال هذا اقرب من فلان ولا يقال هذا أكثر اخوة من فلان هذا اذا كان له ولد يحوز ميراثه فان لم يكن فلاحق للاخوة من الاب والام والاخوة من الام لانهم ورثة ولا وصية لوارث وللأخوة من قبل الاب ثلث ذلك الثلث لانهم لا يرثون ولا يقال اذا لم تصح الوصية للاخوة لاب وأم وللأخوة لا م ينبت ان يصرف كل الثلث الى الاخوة للاب لا نأقول نعم هكذا لو لم تصح الاضافة الى الاخوة لاب وأم وإلى الاخوة لا م والاضافة اليهم وقعت صحيحة بدليل انه لو أجازت الورثة جازت الوصية لهم وصار هذا كرجل أوصى بثلاث ماله لثلاثة تفرقات اثنان منهم قبل موت الموصى فالباقى منهم ثلث الثلث لان الاضافة اليهم وقعت صحيحة كذا هذا بخلاف ما اذا أوصى لفلان وفلان وأحد هما ميت لان هناك الاضافة لم تصح لان الميت ليس بحاصل للوصية أصلاً فلم يدخل تحت الاضافة قال أبو يوسف رحمه الله في رجل أوصى بثلاث ماله في الصلوة وله اخوة واخوات وبنوا وبنواخت يوضع الثلث في جميع قرابته من هؤلاء ومن ولد منهم بعد موته لاقل من ستة أشهر لان الصلوة يراد بها صلوة الرحم فكانه نص عليه ومن ولد منهم لاقل من ستة أشهر علم انه كان موجوداً يوم موت الموصى فيدخل في الوصية وذكر محمد رحمه

الله في الزيدات اذا أوصى بثلاث ماله لاختانه ثم مات فلاختان أزواج البنات والاخوات والعمات والخالات فكل امرأة ذات رحم محرم من الموصى فزوجها من أختانه وكل ذي رحم محرم من زوجها من ذكر وأنثى فهو أيضا من أختانه ولا يكون الاختان الا أزواج ذوات الرحم المحرم ومن كان من قبلهم من ذي الرحم المحرم ولا يكون من الاختان من كان من قبل نساء الموصى أي زوجته لان من ينسب الى الزوجة فهو صهر وليس يخت على ما ذكر ان شاء الله تعالى وقول محمد رحمه الله حجة في اللغة وذكر محمد رحمه الله في الاملاء أيضا اذا قال قد أوصيت لاختاني فاختانه أزواج كل ذات رحم محرم من الزوج فان كانت له أخت و بنت اخت وخالة ولكل واحدة منهن زوج ولزوج كل واحدة منهن أب فكلهم جميعا أختان والثالث بينهم بالسوية الذكر والانثى فيه سواء أم الزوج وأختانه وغير ذلك فيه سواء على ما بينا فقد نص محمد رحمه الله في موضعين على ان الاختان ما ذكر وقول محمد حجة في اللغة وقال في الاملاء اذا قال أوصيت بثلاث مالى لا صهارى فهو على كل ذي رحم محرم من زوجته وزوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه فهو لأب كلهم أبصهاره ولا تدخل في ذلك الزوجة ولا امرأة أبيه ولا امرأة أخيه وقول محمد رحمه الله حجة في اللغة والدليل أيضا على ان الاختان من كان من أهل الزوجة ما روى انه عليه الصلاة والسلام لما أعتق صفيّة وزوجها أعتق من ملك ذارحم محرم منها اكرامها وكانوا يسمون اصهاره عليه الصلاة والسلام وقال في الاملاء قال أبو حنيفة رضي الله عنه اذا أوصى فقال ثلث مالى الجيرانى فهو لجيرانه الملاصقين لداره من السكان عبيدا كانوا أو أحرارا نساء كانوا أو رجالا ذمة كانوا أو مسلمين بالسوية قربت الابواب او بعدت اذا كانوا ملاصقين للدار وعندهما الثلث لهؤلاء الذين ذكرهم أبو حنيفة رضي الله عنه ولغيرهم من الجيران من أهل الحلة من يضمهم مسجد او جماعة واحدة ودعوة واحدة فهو لأب جيرانه في كلام الناس وقال في الزيدات عن أبي حنيفة رضي الله عنه اذا أوصى لجيرانه فقياسه ان يكون للملاصقين وقول أبي حنيفة عليه الرحمة ينبغى ان يكون الثلث للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور التي تحب لاجلها الشفعة ومن كان منهم له دار في تلك الدور وليس بساكن فيها فليس من جيرانه قال محمد رحمه الله فاما أنا فاستحسن ان أجعل الوصية لجيرانه الملاصقين ممن ملك الدور وغيرهم ممن لا يملكها ولمن يجمعهم مسجد تلك الحلة التي فيها الموصى من الملاصقين وغيرهم السكان ممن في تلك الحلة وغيرهم سواء في الوصية الاقربون والا بعدون والكافر والمسلم والصبي والمرأة في ذلك سواء وليس للمالك والمديرين وأمّهات الاولاد في ذلك شيء (وأما) المكتوبون فهم في الوصية اذا كانوا ساكنين في الحلة (وجهه) قوله ما ان اسم الجار كما يقع على الملاصق يقع على المقابل وغيره ممن يجمعهم مسجد واحد فان كل واحد منهما يسمى جارا وقال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد (وروى) ان سيدنا عليا رضي الله عنه فسر ذلك فقال هم الذين يجمعهم مسجد واحد ولان مقصود الموصى من الوصية للجار هو البر به والاحسان اليه وانه لا يختص بالملاصق ولا في حنيفة رحمه الله ان الجوار المطلق ينصرف الى الحقيقة وهي الاتصال بين المملكين بلا حائل بينهما هو حقيقة الجوار فامع الحائل فلا يكون مجاورا حقيقة ولهذا وجبت الشفعة للملاصق لا للمقابل لانه ليس بجار حقيقة (ومطلق) الاسم محمول على الحقيقة ولان الجيران الملاصقين هم الذين يكون لبعضهم على بعض حقوق يلزم الوفاء بها حال حياتهم فالظاهر انه أراد بهذه الوصية قضاء حق كان عليه واذا كان كذلك فتصرف الوصية الى الجيران الملاصقين لانه لا بد من السكنى في الملك الملاصق لملك الموصى فاذا وجد ذلك صار كانه جاره فيستحق الوصية والمذكور في الحديث جار المسجد وجار المسجد فسر على رضي الله تعالى عنه فاذا أوصى لمولى فلان وهو أبو غنم أو قبيلة أو لبني فلان فانه يصير كانه قال لمولى قبيلة فلان ولبنى قبيلة فلان ويريد به المنتسبين اليهم بالنسب والمنتمين اليهم بالولاء هذا هو المتعارف بين أهل اللسان ومطلق الكلام ينصرف اليه ويصير كالمنطوق بما هو المتعارف عندهم ولوقال نص هذا ثبت المال للمنتسبين الى هذه القبيلة والمنتمين اليهم بالولاء كان الجواب ما قلنا كذا ههنا بخلاف ما اذا لم يكن فلان أبنا أو قبيلة

فان هناك لا عرف فعمل بحقيقة اللفظ ولا يصار الى المجاز الا بالدليل الظاهر ولا يدخل فيه مولى الموالاة لان مولى العتاقة يتقدم عليه والله سبحانه وتعالى أعلم ثم لا خلاف في انه اذا قال ثلث مالى لمولى فلان انه يدخل في الوصية جميع من نجز اعتاقه في محنته وفي مرضه وبسواء كان اعتقه قبل الوصية أو بعدها لان نفاذ الوصية متعلق بالموت وكل من اعتقه في المرض أو في الصحة بعد ان نجز اعتاقه صار مولى بعد الموت فيستحق الوصية فاما المدبرون وأمهاة الاولاد فهل يدخلون تحت هذه الوصية (روى) عن أبي يوسف انهم يدخلون وروى عنه رواية أخرى انهم لا يدخلون وهو قول محمد ذكروه في الجامع وجه الرواية الاولى ان تعلق نفوذ الوصية او ان الموت وهم مواليه في ذلك الوقت فانهم يستحقون الوصية (وجهه) ظاهر الرواية ان اوان نفوذ الوصية وهو وقت الموت اوان عتقهم فيعتقون في تلك الحالة ثم يصيرون مواليه بعده والوصية تناولت من كان مولى عند موته وهم في تلك الحالة ليسوا بمواليه فلا يدخلون في الوصية (ولو كان) قال ذلك بعد ان قال ان لم يضربك فانت حر فانت قبل ان يضربك عتق ودخل في الوصية لانه عتق في آخر جزء من اجزاء حياته لتحقق عدم الضرب منه في تلك الحالة ووقع اليباس عن حصوله من قبله فيصير مولى له ثم يعتقه الموت ثم تنفذ الوصية فكان مولى وقت نفوذ الوصية ووجوبها بخلاف المسألة الاولى والله تعالى أعلم بالصواب (وأما) الذي يرجع الى الموصى به فانواع منها ان يكون مالا او متعلقا بالمال لان الوصية ايجاب الملك او ايجاب ما يتعلق بالملك من البيع والهبة والصدقة والاعتاق ومحل الملك هو المال فلا تصح الوصية بالميته والدم من أحد ولا حدلانها ليسا بمال في حق أحد ولا تجل الميثة قبل الدباغ وكل ما ليس بمال وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع (ومنها) ان يكون المال متقوما فلا تصح الوصية بمال غير متقوم كالنجر فانها وان كانت مالا حتى تورث لكنها غير متقومة في حق المسلم حتى لا تكون مضمونة بالاتلاف فلا تجوز الوصية من المسلم وله بالنجر ويجوز ذلك من الذمى لانها مال متقوم في حقهم كالنخل وتجوز بالكلب المعلم لانه متقوم عندنا ألا ترى انه مضمون بالاتلاف ويجوز بيعه وهبته سواء كان المال عيناً او منفعة عند عامة العلماء حتى تجوز الوصية بالمنافع من محمدة العبد وسكنى الدار وظهر الفرس وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا تجوز الوصية بالمنافع (وجهه) قوله ان الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث لان نفاذ الوصية عند الموت وعند الموت تحصل المنافع على ملك الورثة لان الرقبة ملكهم وملك المنافع تابع لملك الرقبة فكانت المنافع ملكهم لان الرقبة ملكهم فكانت الوصية بالمنافع وصية من مال الوارث فلا تصح ولان الوصية بالمنافع في معنى الاعارة اذا الاعارة تملك المنفعة بغير عوض والوصية بالمنفعة كذلك والعارية تبطل بموت المعير فالموت لما أثر في بطلان العقد على المنفعة بعد محنته فلان يمنع من الصحة أولى لان المنع أسهل من الرفع (ولنا) انه لما ملك تملك حال حياته بعقد الاعارة والا عارة فلان يملك بعقد الوصية أولى لانه أوسع العقود ألا ترى انها تحتل مالا يحتمله سائر العقود من عدم الحل والحظر والجهالة ثم لما جاز تملكها ببعض العقود فلا يجوز بهذا العقد أولى والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب (وأما) قوله ان الوصية وقعت بمال الوارث فمنع وقوله ملك الرقبة عند موت الموصى مسلم لكن ملك المنفعة يتبع ملك الرقبة اذا أفرد المنفعة بالتملك واذا لم يفرده الا ول ممنوع والثاني مسلم وهنا أفرد بالتملك فلا يتبع ملك الرقبة وهذا لان الموصى اذا أفرد ملك المنفعة بالوصية فقد جعله مقصوداً بالتملك وله هذه الولاية فلا يبقى تبعاً لملك الذات بل يصير مقصوداً بنفسه بخلاف الاعارة لان المعير وان جعل ملك المنفعة مقصوداً بالتملك لكن في الحال لا بعد الموت لانه انما يعار الشئ* للانتفاع في حال الحياة عادة لا بعد الموت فينتفى العقد بالموت وأما الوصية فتمليك بعد الموت فكان قصده تملك المنفعة بعد الموت فكانت المنافع مقصودة بالتملك بعد الموت فهو الفرق ونظيره من وكل وكسلا في حال حياته فمات الموكل ينزل الوكيل ولو أضاف الوكالة الى ما بعد موته جاز حتى يكون وصياً بعد موته وسواء كانت الوصية بالمنافع مؤقتة بوقت من سنة أو شهر أو كانت مطلقة عن التوقيت لان الوصية بالمنافع في معنى الاعارة لانها تملك المنفعة بغير عوض ثم الاعارة تصح مؤقتة ومطلقة عن الوقت وكذا الوصية غير انها اذا كانت

مطلقة فالوصى له ان ينتفع بالعين ما عاش واذا كانت مؤقتة بوقت فله ان ينتفع به الى ذلك الوقت واذا جازت الوصية بالمنافع يعتبر فيها خروج العين التي أوصى بمنفعتها من الثلث ولا يضم اليها قيمة وان كان الموصى به هو المنفعة والعين ملك لم يزل عنه لان الموصى بوصيته بالمنافع منع العين عن الوارث وحبسها عنه لقوات المقصود من العين وهو الانتفاع بها فصارت ممنوعة عن الوارث محبوسة عنه والموصى لا يملك منع ما زاد عن الثلث على الوارث فاعتبر خروج العين من ثلث المال (ولهذا) لو أجل المريض مرض الموت ديناً معجله لا يصح الا في الثلث وان كان التأجيل لا يتضمن ابطال ملك الدين لكن لما كان فيه منع الوارث عن الدين قبل حلول الاجل لم يصح الا في قدر الثلث كذا ههنا واذا كان المعتبر خروج العين من الثلث فان خرجت من الثلث جازت الوصية في جميع المنافع فلموصى له ان ينتفع بها فيستخدم العبد ويسكن الدار ما عاش ان كانت الوصية مطلقة عن الوقت فاذا مات الموصى له بالمنفعة انتقلت الى ملك صاحب العين لان الوصية بالمنفعة قد بطلت بموت الموصى له لانها تملك المنفعة بغير عوض كالا عارة فتبطل بموت المالك اياه كما تبطل الا عارة بموت المستعير على ان المنافع باقراها لا تحتل الارث وان كان تملكها بعوض على أصل أصحابنا رضي الله عنهم كاجارة فلان لا يحتل فيها هو تملك بغير عوض أولى بخلاف ما اذا أوصى بعلة داره أو ثمرة نخله فسات الموصى له وفي النخل ثمره وكان يجب بما استغل الدار آخر ان ذلك يكون لورثة الموصى له لان ذلك عين ملكه الموصى له وتركه بالموت فيصير ميراثاً لورثته وفي المنفعة لا حتى ان ما يحصل بعد موته لا يكون لورثته بل لورثة الموصى له لانه لم يملكه الموصى له فلا يورث وان كانت العين لا تخرج من ثلث ماله جازت الوصية في المنافع في قدر ما تخرج العين من ثلث ماله بان لم يكن له مال آخر سوى العين من العبد والدار تقسم المنفعة بين الموصى له وبين الورثة أثلاثاً ثلثها للموصى له وثلثاها للورثة فيستخدم الموصى له العبد وما والورثة يومين وفي الدار يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثها مادام الموصى له حياً فاذا مات ترد المنفعة الى الورثة وحكى أبو يوسف عن ابن أبي ليلى رحمهما الله انه اذا أوصى بسكنى داره لرجل وليس له مال غيرها ولم تجز الورثة ان الوصية باطلة لان الوصية لم تصح في الثلثين والشيوع شائع في الثلثين والشيوع يؤثر في المنافع كما في الاجارة (وهذا) لا يفرع على أصل ابن أبي ليلى لان الوصية بالمنافع باطلة على أصله فتبقى السكنى كلها على ملك الورثة فلا يتحقق الشيوع ولو أراد الورثة بيع الثلثين أو القسمة ليس لهم ذلك (عند) أبي حنيفة وعند أبي يوسف لهم ذلك (وجه) قول أبي يوسف ان الملك مطلق للتصرف في الاصل وانما الامتناع لتعلق حق الغير به وحق الغير هنا تعلق بالثلث لا بالثلثين لان الوصية تعلقت بالثلث لا غير فخلال ثلث الدار عن تعلق حق الغير بها فكان لهم ولاية البيع والقسمة وكذا الحاجة دعت الى القسمة لتكميل المنفعة ولا يبي حنيفة رضي الله عنه أن حق الموصى له بالمنفعة متعلق بمنافع كل الدار على الشيوع وذلك يمنع جواز البيع كما في الاجارة فان رقبة المستأجر ملك المؤجر لكن لما تعلق بها حق المستأجر منع جواز البيع وهذا بدون اجازة المستأجر كذا ههنا وكذا في القسمة ابطال حق الموصى له هذا اذا كانت الوصية بالمنافع مطلقة عن الوقت فان كانت مؤقتة فان كانت العين تخرج من ثلث ماله فان الموصى له ينتفع بها الى الوقت المذكور فان كان المذكور سنة غير معينة فينتفع بها الموصى له سنة كاملة ثم يعود بعد ذلك الى الورثة وان كانت لا تخرج من ثلث ماله فيقدر ما يخرج وان لم يكن له مال آخر كانت المنفعة بين الموصى له وبين الورثة أثلاثاً لا يخدم العبد يوماً للموصى له ويومين للورثة فيستوفي الموصى له خدمة السنة في ثلاث سنين وان كانت العين الموصى بمنفعتها دارا يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثها يثان مكانا لان التهايق بالمكان في الدار يمكن وفي العبد لا يمكن لاستحالة خدمة العبد بثلثه لاجتماعه بثلثيه لا خرقست الضرورة الى المهايئات زمانا وان كان المذكور من الوقت سنة بعينها بان قال سنة كذا أو شهر كذا فان كان الموصى به خدمة العبد فان كان العبد يخرج من الثلث ينتفع بها تلك السنة أو الشهر وان لم يكن له مال آخر ففي العبد ينتفع به الورثة يومين

والموصى له يوما وفي الدار يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثها على طريق المهايأة فإذا مضت تلك السنة أو ذلك الشهر على هذا الحساب يحصل للموصى له منفعة السنة أو الشهر ولو أراد أن يكمل ذلك من سنة أخرى أو من شهر آخر ليس له ذلك لأن الوصية أضيفت إلى تلك السنة أو ذلك الشهر لا إلى غيرهما ولوعين الشهر الذي هو فيه أو السنة التي هو فيها بان قال هذا الشهر أو هذه السنة ينظر ان مات بعد مضي ذلك الشهر أو تلك السنة بطلت وصيته لأن الوصية تفادها عند موته وقد مضى ذلك الشهر أو تلك السنة قبل موته فبطلت الوصية وإن مات قبل أن يمضي ذلك الشهر أو السنة فإن كانت العين تخرج من الثلث ينتفع بها فيما بقي من الشهر أو السنة وإن كانت لا تخرج وليس له مال آخر في العبد ينتفع بها الموصى له يوما والورثة يومين إلى أن يمضي ذلك الشهر أو السنة وفي الدار يسكنها اثلاثا على طريق المهايأة على ما بينا ولو أوصى بخدمة عبده لا نسان وبقته لا آخر أو بسكنى داره لا نسان وبقته لا آخر والرقبة تخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة كلها لصاحب الخدمة لأن المنفعة لما احتملت الأفراد من الرقبة بالوصية حتى لا تملك الورثة الرقبة والموصى له المنفعة فيستوى فيها الأفراد باستيفاء الرقبة لنفسه وتملكها من غيره فيكون أحدهما موصى له بالرقبة والآخر بالمنفعة فإذا مات الموصى ملك صاحب الرقبة وصاحب المنفعة المنفعة وكذلك إذا أوصى برقبة شجرة أو بستان لا نسان وبثمرة لا آخر أو برقبة أرض لرجل وبغلة لا آخر أو بأمة لرجل وبمافي بطنها لا آخر لأن الثمر والغلة والحمل كل واحد منها يحتمل الأفراد بالوصية فلا فرق بين أن يستبقى الأصل لنفسه وبين أن يملكه من غيره على ما ذكرنا في الوصية بالمنفعة وسواء كان الموصى به موجود أو وقت كلام الوصية أو لم يكن موجودا عنده فالوصية جائزة إلا إذا كان في كلام الموصى ما يقتضي الوجود للحال فتصح الوصية بثلث ماله ولا مال له عند كلام الوصية وكذلك تصح الوصية بغلة بستانه أو بغلة أرضه أو بغلة أشجاره أو بغلة عبده أو بسكنى داره أو بخدمة عبده وتصح الوصية بمافي بطن جاريته أو دابته أو بالصوف على ظهر غنمه أو باللبن في ضرعها وبثمرة بستانه وبثمرة أشجاره وإن لم يكن شيء من ذلك موجودا للحال (وأما) وجوده عند موت الموصى فهل هو شرط بقاء الوصية على الصحة (فأما) في الثلث والعين المشار إليها فشرط حتى لو أوصى بثلث ماله وله مال عند كلام الوصية ثم هلك ثم مات الموصى بطلت الوصية وكذلك الوصية بمافي البطن والضرع وبمافي الظهر من الصوف واللبن والولد حتى لو مات الموصى بطلت الوصية إذا لم يكن ذلك موجودا وقت موته وأما في الوصية بالثمرة فليس بشرط استحسانا والقياس أن يكون شرطا ولا يشترط ذلك في الوصية بغلة الدار والعبد والحاصل أن جنس هذه الوصايا على أقسام بعضها يقع على الموجود وقت موت الموصى والذي يوجد بعد موته سواء ذكر الموصى في وصيته الأبد أو لم يذكر وهو الوصية بالغلة وسكنى الدار وخدمة العبد وبعضها يقع على الموجود قبل الموت ولا يقع على ما يحدث بعد موته سواء ذكر الأبد أو لم يذكر وهو الوصية بمافي البطن والضرع وبمافي الظهر فإن كان في بطنها ولد وفي ضرعها لبن وعلى ظهرها صوف وقت موت الموصى فالوصية جائزة والأفلا وفي بعضها أن ذكر لفظ الأبد يقع على الموجود والحادث وإن لم يذكر فإن كان موجودا وقت موت الموصى يقع على الموجود ولا يقع على الحادث وإن لم يكن موجودا فالقياس أن تبطل الوصية كما في الصوف والولد واللبن وفي الاستحسان لا تبطل وتقع على ما يحدث كالأبد وهذه الوصية بثمرة البستان والشجر إنما كان كذلك لأن الوصية إنما تجوز فيما يجري فيه الارث أو فيما يدخل تحت عقد من العقود في حالة الحياة والحادث من الولد وأخوانه لا يجري فيه الارث ولا يدخل تحت عقد من العقود فلا يدخل تحت الوصية بخلاف الغلة فإن له نظيرا في العقود وهو عقد المعاملة والاجارة وكذلك سكنى الدار وخدمة العبد بخلاف تحت عقد الاجارة والاعارة فكان لهما نظير في العقود وأما الوصية بثمرة البستان والشجر فلا شك أنها تقع عن الموجود وقت موت الموصى والحادث بعد موته أن ذكر الأبد لأن اسم الثمرة يقع على الموجود والحادث والحادث منها يحتمل الدخول تحت بعض العقود وهو عقد المعاملة والوقف فإذا ذكر الأبد يتناول له وإن لم يذكر الأبد فإن كان وقت موت

الموصى ثمرة موجودة دخلت تحت الوصية ولا يدخل ما يحدث بعد الموت وان لم يكن فالقياس ان لا يتناول ما يحدث وتبطل الوصية وفي الاستحسان يتناوله ولا تبطل الوصية (وجه) القياس ان الثمرة بمنزلة الولد والصوف واللبن والوصية بشئ ممن ذلك لا يتناول الحادث كذا الثمرة (وجه) الاستحسان ان الاسم يحتمل الحادث وفي حمل الوصية عليه تصحيح العقد ويمكن تصحيحه لان له نظير امن العقود وهو الوقف والمعاملة ولهذا لو نص على على الابدين يتناوله بخلاف الولد والصوف واللبن لانه عقد مالا يحتمله فلم يكن يمكن التصحيح ولهذا لو نص على الابدين لا يتناول الحادث وهم بخلافه ولو اوصى لرجل ببستان يوم يموت وليس له يوم اوصى ببستان ثم اشترى ببستانا ثم مات فالوصية جائزة لان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت فيراعى وجود الموصى به وقت الموت ألا ترى انه لو اوصى له بعين البستان وليس في ملكه البستان يوم الوصية ثم ملكه ثم مات صحت الوصية ولو قال اوصيت القلان بغلة بستانى ولا بستان له فاشترى بعد ذلك ومات ذكر الكرخى عليه الرحمة ان الوصية جائزة وذكر في الاصل انها غير جائزة (وجه) رواية الاصل ان قوله بستانى يقتضى وجود البستان للحال فاذا لم يوجد لم يصح (والصحيح) ما ذكره الكرخى لان الوصية ايجاب الملك بعد الموت فيستدعى وجود الموصى به عند الموت لا وقت كلام الوصية ولو اوصى لرجل بثلاث غنمه فهلكت الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم من الاصل فمات ولا غنم له فالوصية باطلة وكذلك العروض كلها لان الوصية تمليك عند الموت ولا غنم له عند الموت فان لم يكن له غنم وقت كلام الوصية ثم استفاد بعد ذلك ذكر في الاصل ان الوصية باطلة لان قوله غنمى يقتضى غنما موجودة وقت الوصية كما قلنا في البستان وعلى رواية الكرخى رحمه الله ينبغي ان يجوز لما ذكرنا في البستان وكذلك لو قال اوصيت له بشاة من غنمى أو بقميز من حنطى ثم مات وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة لما قلنا ولو لم يكن له غنم ولا حنطة ثم استفاد بعد ذلك ثم مات فهو على الروايتين اللتين ذكرناهما وبمثله لو قال شاة من مالى أو قميز حنطة من مالى وليس له غنم ولا حنطة فالوصية جائزة ويعطى قيمة الشاة لانه المأضاف الى المال وعين الشاة لا توجد في المال علم انه اراد به قدر مالية الشاة وهي قيمتها ولو اوصى بشاة ولم يقل من غنمى ولا من مالى فمات وليس له غنم لم يذ كر هذا الفصل في الكتاب واختلاف المشايخ فيه قال بعضهم لا يصح الوصية لان الشاة اسم للصورة والمعنى جميعا الا نأخذ بهذا الاسم على المعنى في الفصل الاول بقرينة الاضافة الى المال ولم توجد ههنا وقال بعضهم يصح لان الشاة اذا لم تكن موجودة في ماله فالظاهر انه اراد به مالية الشاة تصحيحا للتصريف فيعطى قيمة شاة وقد ذكر في السير الكبير مسألة تؤيد هذا القول وهي ان الامام اذا نقل سرية فقال من قتل قتيلا فله جارية من السبايان كان في السبي جارية يعطى من قتل قتيلا وان لم يكن في السبي جارية لا يعطى شيئا ولو قال من قتل قتيلا فله جارية ولم يقل من السبي فانه يعطى من قتل قتيلا قدر مالية الجارية كذا ههنا ولا تجوز الوصية بسكنى داره أو خدمة عبده أو ظهر فرسه للمساكين في قول أبي حنيفة عليه الرحمة ولا بد من ان يكون ذلك لانسان معلوم وعند ههنا رحمهما الله تجوز الوصية بذلك كله للمساكين كذا ذكر الكرخى في مختصره وذكر في الاصل والوصية بسكنى الدار وخدمة العبدانها لا تجوز ولم يذ كر فيها الخلاف وانما ذكره في الوصية بظهر الفرس (وجه) قوله ان الوصية بالمساكين وصية بطريق الصدقة والصدقة اخراج المال الى الله سبحانه وتعالى والله عز وجل واحد معلوم ولهذا جازت الوصية بسائر الاعيان للمساكين فكذا بالمنافع ولا بى حنيفة رضى الله عنه ان الموصى له بالخدمة والكوب والسكنى تلزمه النفقة على العبد والفرس والدار لانه لا يمكنه الانتفاع الا بعد بقاء الدين ولا يبقى عادة بدون النفقة فبعد ذلك لا يخلو اما ان تلزمه النفقة أولا فان لم تلزمه النفقة لا يمكن تنفيذ هذه الوصية لانه لا يمكن ايجابها على الورثة لان المؤنة لا تجب الا على من له المنفعة والمنفعة للموصى له لا للورثة ولا يمكن الاستغلال بان يستغل فينفق عليه من الغلة لان الوصية لم تقع بالغلة ولان الاستغلال يقع تبديلا للوصية وانه لا يجوز فتعذر تنفيذ هذه الوصية وان لزمه النفقة فكان هذا ما عاوضه معنى

لا وصية ولا صدقة والجهالة تمنع صحة المعاوضة وهذا المعنى لا يوجد في الاعيان وفي الوصية لرجل بعينه وقيل ان الوصية بظهر فرسه للمساكين أوفى سبيل الله تبارك وتعالى فريضة مسئلة الوقف أن عند أبي حنيفة رضي الله عنه لو جعل فرسه للمساكين وقف في حال الحياة لا يجوز ولا تجوز الوصية به بعد الوفاة وعندهما الوجه وقف في حال حياته جاز فكذا إذا وصى بعد وفاته وسواء كان الموصى به معلوماً أو مجهولاً فالوصية جائزة لأن هذه جهالة تمكن من إزالته من جهة الموصى مادام حياً ومن جهة ورثته بعد موته فاشبهت جهالة المقر به في حال الإقرار وانها لا تمنع صحة الإقرار بخلاف جهالة المقر له تمنع صحة الإقرار كذا جهالة الموصى له تمنع صحة الوصية أيضاً وعلى هذا مسائل بعضها يرجع إلى بيان قدر ما يستحقه الموصى له من الوصايا التي فيها ضرب إيهام وبعضها يرجع إلى بيان استخراج القدر المستحق من الوصية المجهول بالحساب وهي المسائل الحسابية وبيان هذه الجملة في مسائل منها ما إذا أوصى لرجل بميز من ماله أو بنصيب من ماله أو ببطاقة من ماله أو ببعض أو بشقص من ماله فإن في حياته شيئاً والألأعطاء للورثة بعد موته ما شاء لأن هذه الألفاظ تحتل القليل والكثير فيصح البيان فيه مادام حياً ومن ورثته إذا مات لانهم قاعون مقامه لو أوصى بالشيء أو القليل أو اليسير أو زهاء ألف أو جل هذه الألف أو عظم هذا الألف وذلك يخرج من الثلث فله النصف من ذلك وزيادة وما زاد على النصف فهو إلى الورثة يعطون منه ما شاء لأن القليل والكثير واليسير من أسماء المقابلة فلا يكون قليلاً ولا بقليلته أكثر منه فيقتضي وجود الأكثر وهو النصف وزيادة عليه وتلك الزيادة مجهولة فيعطيه الورثة من الزيادة ما شاء أو الشيء في مثل هذا الموضع يراد به اليسير وقوله جل هذه الألف وعامة هذه الألف وعظم هذه الألف عبارات عن أكثر الألف وهو الزيادة على النصف وزهاء ألف عبارة عن القريب من الألف وأكثراً لآلف قريب من الألف ولو أوصى له بسهم من ماله فله مثل أخس الانصباء يزداد على القرية يضة ما لم يزد على السدس عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما رحمهما الله ما لم يزد على الثلث كذا ذكر في الأصل وذكر في الجامع الصغير له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على السدس عند أبي حنيفة وعندهما لا يزداد على الثلث فعلى رواية الأصل يجوز النقصان عن السدس عنده وعلى رواية الجامع الصغير لا يجوز وبيان هذه الجملة إذا مات الموصى وترك زوجة وابناً فلموصى له على رواية الأصل أخس سهام الورثة وهو الثمن ويزاد على ثمانية أسهم سهم آخر فيصير تسعة فيعطى تسع المال وعلى رواية الجامع الصغير يعطى السدس لأنه أخس سهام الورثة ولو ترك زوجة وأخلاً وأم وأولاً ب فلموصى له السدس عنده لأن أخس سهام الورثة الربع وهنا وهو لا يجوز الزيادة على السدس وعندهما له الربع لأنه أقل سهام الورثة وأنه أقل من الثلث فزاد على أربعة مثل ربعها وذلك سهم وهو خمس المال وكذلك لو مات امرأة وترك زوجاً وابناً ولو ترك ابنتين فله السدس عنده وعندهما له ثلث جميع المال وكذلك إن ترك ثلاث بنين فإن ترك خمسة بنين فله سدس جميع المال عنده وعندهما يجعل المال على ثلاثة أسهم ثم يزداد عليه سهم فيعطى أربعة إذا وإن أقر بسهم من داره لا نسا ن فله السدس عنده وعندهما البيان إلى المقر وكذلك إذا أعتق سهماً من عبده يعتق سدسه عنده لا غير وعندهما يعتق كله لأن العتق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ (وجه) قوله ما إن السهم اسم لنصيب مطلق ليس له حد مقدر بل يقع على القليل والكثير كاسم الجزء إلا أنه لا يسمى سهماً إلا بعد القسمة فيقدر الواحد من أنصباء الورثة والأقل متيقن فيقدر به إلا إذا كان يزيد ذلك على الثلث فزاد إلى الثلث لأن الوصية لا تجوز لها أكثر من الثلث من غير إجازة الورثة ولا بن حنيفة رضي الله عنه (ماروي) عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال له السدس (والظاهر) أن الصحابة رضي الله عنهم بلغتهم فتواه ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون إجماعاً وروى عن إياس بن معاوية رضي الله عنه أنه قال السهم في كلام العرب السدس إلا أنه يستعمل أيضاً في أحد سهام الورثة والأقل متيقن به فيصرف إليه فإن كان أقل منه لا يبلغ به السدس لأنه يحتمل أنه أراد به السدس ويحتمل أنه أراد به مطلق سهم من سهام الورثة فلا يزداد على أقل سهامهم بالشك

والاحتمال ولو أوصى له بمائة دينار الادرهم أو بكر حنطة الادرهم أو بالاحتوم شعير جاز وهو كما قال وكذلك لو قال دارى هذه أو عبدى هذا الادرهم جاز عن الثلث وبطل عنه قيمة مائة درهم وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله الاستثناء باطل ولقب المسئلة أن استثناء المقدّر من المقدّر في الجنس وخلاف الجنس بعد أن كان الاستثناء مقدراً بعد أن كان من المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة صحيح عندهما وعنده لا يصح إلا في الجنس وهي من مسائل كتاب الاقرار ولو قال أو صيت لفلان مابين العشرة والعشرين أو مابين العشرة إلى العشرين أو من العشرة إلى عشرين فهو سواء وله تسعة عشر درهماً وكذلك لو قال مابين المائة والمائتين أو مابين المائة إلى المائتين أو من المائة إلى المائتين فله مائة وتسعة وتسعون درهماً وهذا قول أبى حنيفة وعندهما في الأول عشرون وفي الثاني مائتان وعند زفر له ثمانية عشر في الأول ومائة وثمانية وتسعون في الثاني وأصل المسئلة أن الغابتين يدخلان عندهما وعند زفر رحمه الله لا يدخلان وعند أبى حنيفة عليه الرحمة تدخل الأولى دون الثانية والمسئلة مرت في كتاب الطلاق ولو أوصى لفلان بعشرة دراهم في عشرة ونوى الضرب والحساب فله عشرة دراهم عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر له مائة درهم وقد ذكرنا المسئلة في كتاب الطلاق وبمثله لو أوصى لفلان بعشرة أذرع في عشرة أذرع من داره فله مائة ذراع مكسرة (ووجهه) الفرق بين المسائلتين على أصل أصحابنا الثلاثة أن الضرب يراد به تكسير الاجزاء فيما يحتمل المساحة في الطول والعرض وذلك يوجد في الدار والدرهم موزونة وليس لها طول ولا عرض فلا يراد بالضرب فيها تكسر أجزائها ومعنى قوله المكسرة أى المكسرة في المساحة وهو أن يكون طولها عشرة أذرع وعرضها عشرة ولو أوصى له بثوب سبعة في أربعة فله كما قال وهو ثوب طوله سبعة أذرع وعرضه أربعة أذرع لأن مفهوم هذا اللفظ في الثوب هذا فيصرف اللفظ اليه ولو قال عبدى هذا وهذا لفلان وصية وهما يخرجان من الثلث كان للورثة أن يعطوه أيهما شاؤا لما ذكرنا أن الوارث يقوم مقام المورث في جهالة يمكن إزالتها ولو كان المورث حياً كان البيان إليه فإذا مات قام الوارث مقامه والفقهاء في ذلك أن الوصية تملك بعد الموت والورثة تقوم مقامه في التملك بخلاف ما إذا قال عبدى هذا وهذا حر أن البيان إليه لا إلى الورثة وينقسم العتق عليهما لأن ذلك ليس بتمليك بل هو اتلاف الملك وقد أقسم ذلك عليهما إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فلا يحتمل البيان من جهة الوارث ولو أوصى له بخنطة في جوالق فله الخنطة دون الجوالق لأن الموصى به الخنطة دون الجوالق والجوالق ليس من توابع الخنطة ألا يرى لو باع الخنطة في الجوالق لا يدخل فيه الجوالق ويبع الخنطة مع الجوالق ليس بعتاد فلا يدخل في الوصية ولو أوصى له بهذا الجراب الهروى فله الجراب وما فيه لأن الجراب يعد تابعا لما فيه عادة حتى يدخل في البيع فكذا في الوصية وكذا لو أوصى له بهذا الدن من الخل فله الدن والخل وكذا لو أوصى بقوصرة تمر فله القوصرة وما فيها لأن الدن يعد تابعا للخل والقوصرة للتمر ولهذا يدخل ذلك في عقد البيع كذا في الوصية ولو أوصى له بالسيف فله السيف بحفنه وحمائله (وقال) أبو يوسف له النصيب دون الجفن والحمايل فاصل أبى يوسف في هذا الباب أنه يعتبر الاتصال والافتصال فما كان متصلا به يدخل وما كان منفصلا عنه لا يدخل والجفن والحمايل منفصلان عن السيف فلا يدخلان تحت الوصية به ولهذا لو أوصى بدار لا يدخل ما فيها من المتاع كذا هذا والمعتبر على ظاهر الرواية التبعية والاصالة في العرف والعادة والجفن والحمايل يعدان تابعا للسيف عرفا وعادة ألا ترى أنهما يدخلان في البيع كذا في الوصية ولو أوصى له بسرج فله السرج وتوابعه من اللبد والرفادة والظفر والركابات واللبب في ظاهر الرواية لأنه لا ينتفع بالسرج إلا بهذه الاشياء فكانت من توابعه فتدخل في الوصية به وقال أبو يوسف له الدفتان والركبان واللبب ولا يكون له اللبد ولا الرفادة ولا الظفر لأنها منفصلة عن السرج ولو أوصى له بمصحف فله غلافه المصحف دون الغلاف في قول أبى يوسف وهو قول أبى حنيفة رضي الله عنهما كذا ذكر القدوري عليه الرحمة وقال زفر رحمه الله له المصحف والغلاف أما على أصل أبى يوسف فلان الغلاف منفصل

عن المصحف فلا يدخل في الوصية من غير تسمية وأبو حنيفة رحمه الله يقول ليس بتابع للمصحف بدليل انه لا يكره للجنب والمحدث من المصحف بخلافه فلا يدخل وزفر يقول هو تابع للمصحف فيدخل في الوصية ولو أوصى بميزان قال أبو يوسف له الكفتان والعمود الذي فيه الكفتان واللسان وليس له الطرازدان والصنجات (وأما الشاهين فله الكفتان والعمود وليس له الصنجات والتخت) (وقال) زفر إذا أوصى بميزان فله الطرازدان والصنجات والكفتان وإن أوصى له بشاهين فله التخت والصنجان (١) قابو يوسف مر على أصله ان الصنجة والطرازدان شيان منفصلان فلا يدخلان في الوصية الا بالتسمية وزفر يجعل ذلك من توابع الميزان لما أن الانتفاع لا يكون الا بالجميع فصار كتوابع السرج ولو أوصى له بالقبان والقرسطون فله العمود والحديد والرمانة والكفة التي يوضع فيها المتاع في قولهم جميعاً لأن اسم القبان يشمل هذه الجملة فيستوى فيها الاتصال والا تفصال ولو أوصى له بقبة فله عيدان القبة دون كسوتها لأن القبة اسم للخشب لا للثياب وانما الثياب اسم للزينة ألا ترى انه يقال كسوة القبة والشئ لا يضاف الى نفسه هو الاصل وكذا الكسوة منفصلة منها على أصل من يعتبر الاتصال ولو أوصى بقبة تركية وهي ما يقال لها بالعجمية خركاه فله القبة مع الكسوة وهي اللبودلانه لا يقال لها قبة تركية الا بلبودها بخلاف القبة البلدية ويعتبر في ذلك العرف والعادة ويختلف الجواب باختلاف العرف والعادة ولو أوصى له بمحجلة فله الكسوة دون العيدان لأنها اسم للكسوة في العرف ولو أوصى بسلة زعفران فله الزعفران دون السلة هكذا ذكر في الاصل وذكر القدوري رحمه الله ان محمداً إنما أحاب فيه على عادة زمانه لأن في ذلك الوقت كان لا يتباع السلة مع الزعفران بل كانت تفرد عنه في البيع وأما الآن فالعادة ان الزعفران يباع بظروفه فيدخل في الوصية والتعويل في الباب على العرف والعادة ولو أوصى له بهذا العسل وهو في زق فله العسل دون الزق وكذلك السمن والزيت وما أشبه ذلك لانه أوصى له بالعسل لا بالزق والعسل يباع بدون ظرفه عادة فلا يتبعه في الوصية والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى بنصيب ابنه أو ابنته لسان فان كان له ابن أو ابنة لم يصح لأن نصيب ابنه أو ابنته ثابت بنص قاطع فلا يحتل التحويل الى غيره بالوصية وان لم يكن له ابن أو ابنة صححت الوصية لأنها تتضمن تحويل نصيب ثابت فكان وصية بمثل نصيب ابنه أو ابنته وليس له ابن أو ابنة وانما صححة لما ذكرنا أوصى بمثل نصيب ابنه أو ابنته وله ابن أو ابنة جازت لأن مثل الشئ غيره لا عينه فليس في هذه الوصية تحويل نصيب ثابت الى الموصى له بل يبقى نصيبه ويزاد عليه بمثل فيعطى الموصى له ثمان كان أكثر من الثلث محتاج الزيادة الى الاجازة وان كان ثلثاً أو أقل منه لا يحتاج الى الاجازة حتى لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فلموصى له نصف المال ولا بنه النصف لانه جعل له مثل نصيبه فيقتضي ان يكون لابن نصيب وان يكون نصيب الموصى له مثل نصيبه وذلك هو النصف فكان المال بينهما نصفين كما لو كانا بنين غير أن الزيادة على الثلث ههنا تقف على اجازة الابن ان أجاز جازت الزيادة والا فلا وان كان له ابنان فلموصى له ثلث المال لانه جعل للموصى له مثل نصيب ابن واحد منهما ولا يكون له مثل نصيب ابن واحد منهما الا وأن يكون المال بينهم أثلاثاً ولا يحتاج ههنا الى الاجازة ولو أوصى بمثل نصيب بنته فان كان له بنت واحدة فلموصى له نصف المال ان أجازت لأن نصيب البنت الواحدة النصف فكان مثل نصيبها النصف فكان له النصف ان أجازت والا فالثلث وان كان له بنتان فلموصى له ثلث المال لانه اذا كان لهما الثلثان كان لكل واحد منهما الثلث وقد جعل نصيبه مثل نصيب واحد منهما ونصيب واحدة منهما الثلث فكان نصيبه أيضاً الثلث ولو أوصى له بنصيب ابن لو كان فهو كما لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله نصف المال ان أجازت الورثة ولو أوصى له بمثل نصيب ابن لو كان فلموصى له ثلث المال لانه أوصى بمثل نصيب مقدر لابن مقدر ونصيب الابن المقدر سهم فمثل نصيبه يكون سهماً فكان هذا وصية له بسهم من ثلاثة أسهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وله ثلاثة بنين وأوصى لرجل آخر بثلث ما يبقى من الثلث بعد

النصيب فالمسئلة تخرج من ثلاثة وثلاثين للموصى له بالنصيب ثمانية وللموصى له الآخر سهم ولكل واحد من البنين ثمانية أما تخرج بجها بطريقة الحشوفه وان تأخذ عدد البنين وذلك ثلاثة وزد عليه واحداً لاجل الوصية بمثل نصيب أحد البنين لان مثل الشيء غيره فزاد عليه فيصير أربع ثم اضرب الاربع في ثلاثة لاجل تنفيذ الوصية الاخرى وهي الوصية بثلاث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فيصير اثني عشر ثم تطرح منها سهم واحد لان الوصية الثانية توجب التقصان في نصيب الورثة ونصيب الموصى له الاول شائع في كل المال فتقص من كل ثلث سهمها ولا نك لو لم تنقص لا يستقيم الحساب لو اعتبرته لوجدته كذلك فاذا نقصت سهمها من اثني عشر بقي احد عشر هو ثلث المال وثلاثة مثلاه وهوانان وعشرون وجميع المال ثلاثة وثلاثون واذا أردت معرفة النصيب فخذ النصيب الذي كان وذلك سهم واحد واضرب به في ثلاثة كما ضربت أصل المال وهو ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة كما ضربت أصل المال لا نك احتجت الى ضرب أصل المال في ثلاثة مرة أخرى حتى بلغ جميع المال ثلاثة وثلاثين فاذا ضربت ثلاثة في ثلاثة صار تسعة ثم اطرح منها سهمها كما طرحت من أصل المال فيبقى ثمانية فهو نصيب الموصى له بمثل النصيب ثم اعط للموصى له نصيبه وهو ثلث ما يبقى من الثلث وذلك سهم يبقى الى تمام الثلث سهمان ضمهما ثلثي المال وذلك اثنان وعشرون فتصير أربع وعشرين لكل واحد من البنين الثلاثة ثمانية فاستقام الحساب بحمد الله سبحانه وتعالى (وأما) تخرج بجها على طريق الخطأ بن فهوان تجمل ثلث المال عدداً لو أعطيت منه النصيب وهو سهم يبقى وراءه عدد له ثلث حاجتك الى تنفيذ الوصية الاخرى وهو الوصية بثلاث ما يبقى من الثلث بعد النصيب وأقله أربع فاذا جعلت ثلث المال أربع اعط للموصى له بالنصيب سهمان من أربع يبقى ثلاثة فاعط للموصى له بثلاث ما بقي ثلث ما بقي وذلك سهم يبقى سهمان ضمهما الى ثلثي المال وذلك ثمانية لان ثلث المال لما كان أربع كان ثلثاه مثليه وذلك ثمانية ومتى ضمنت اثنين الى ثمانية صارت عشرة وحاجتك الى ثلاثة أسهم لا غير للبنين الثلاثة لا نك قد أعطيت الموصى له بالنصيب سهماً فظهر انك قد أخطأت بزيادة سبعة فزد في النصيب لانه ظهر ان هذا الخطأ مأجاء الا من قبل نقصان النصيب فظهر ان النصيب يجب ان يكون أربع من سهم فزد في النصيب فاجعله سهمين فيصير الثلث خمسة فاعط الموصى له بمثل النصيب سهمين ثم اعط للموصى له الآخر سهماً ما بقي يبقى سهمان ضمهما الى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير اثني عشر وحاجتك الى ستة فظهر انك أخطأت في هذه الكثرة بزيادة ستة أسهم وكان الخطأ الاول بزيادة سبعة فانتقص بزيادة سهم في النصيب سهم من سهام الخطأ فعلمت انك مهما زدت في النصيب سهماً ينتقص من سهام الخطأ نسهم وانك تحتاج الى أن يذهب ما بقي من سهام الخطأ والباقي من سهام الخطأ ستة فالذي يذهب به ستة أسهم من الخطأ ستة أسهم من النصيب فزد في النصيب ستة أسهم فتصير ثمانية فهذا هو النصيب وبقى الى تمام الثلث ثلاثة اعط منها سهماً للموصى له الآخر يبقى سهمان ضمهما الى ثلثي المال وذلك اثنان وعشرون فتصير أربع وعشرين لكل واحد من البنين ثمانية وطريقة الجامع الا صغر أو الا كبر أو الصغير أو الكبير مبنية على هذه الطريقة أما طريقة الجامع الا صغر أو الصغير فهي انه اذا تبين لك انك أخطأت مرتين وأردت معرفة الثلث فاضرب الثلث الاول في الخطأ الثاني والثلث الثاني في الخطأ الاول فما اجتمع فاطرح الاقل من الاكثر فباقي فهو الثلث وان أردت معرفة النصيب فاضرب النصيب الاول في الخطأ الثاني واضرب النصيب الثاني في الخطأ الاول ثم اطرح الاقل من الاكثر فباقي فهو النصيب واذا عرفت هذا ففي هذه المسئلة الثلث الاول أربع والخطأ الثاني ستة فاضرب أربع في ستة فتصير أربع وعشرين والثلث الثاني خمسة والخطأ الاول سبعة فاضرب خمسة في سبعة فتكون خمسة وثلاثين ثم اطرح أربع وعشرين من خمسة وثلاثين فيبقى احد عشر فهو ثلث المال والنصيب الاول سهم والخطأ الثاني ستة فاضرب سهماً في ستة تكون ستة والنصيب الثاني سهمان والخطأ الاول سبعة فاضرب سهمين في سبعة فتكون أربع وعشر واطرح الاقل وهو ستة

من الاكثر وهو اربعة عشر فيبقى ثمانية فهو النصيب (وأما) طريقة الجامع الكبير والا كير فهي انه اذا ظهر لك الخطأ الاول فلا تزدي النصيب ولكن ضعف ما وراء النصيب من الثلث ثم انظر في الخطأين واعمل ما عملت في طريقة الجامع الاصغر اذا عرفت هذا ففي هذه المسئلة ظهر الخطأ الاول سبعة فضعف ما وراء النصيب من الثلث وذلك بان تزيد عليه مثله فتصير ستة فصار الثلث مع النصيب سبعة فاعط بالنصيب ستهما واعط بالوصية الاخرى ثلث الباقي وذلك سهمان يبقی اربعة ضم ذلك الى ثلثي المال وذلك اربعة عشر فتصير ثمانية عشر وحاجتك الى ثلاثة فظهر الخطأ بخمسة عشر فاذا أردت معرفة الثلث فخذ الثلث الاول وذلك اربعة واضرب به في الخطأ الثاني وذلك خمسة عشر فتصير ستين وخذ الثلث الثاني وذلك سبعة واضرب به في الخطأ الاول وذلك سبعة فتصير تسعة وأربعين ثم اطرح الاقل وذلك تسعة وأربعون من الاكثر وذلك ستون يبقى أحد عشر فهو الثلث وان أردت معرفة النصيب فخذ النصيب الاول وذلك سهم واضرب به في الخطأ الثاني وذلك خمسة عشر فتكون خمسة عشر وخذ النصيب الثاني وذلك سهم واضرب به في الخطأ الاول وذلك سبعة ثم اطرح سبعة من خمسة عشر تبقى ثمانية فهو النصيب ولو كان له خمس بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم وأوصى لرجل آخر بثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب فالقرية من احد وخمسين سهمما لصاحب النصيب ثمانية أسهم ولصاحب ثلث ما بقي ثلثه ولكل ابن ثمانية (أما) التخرج المسئلة على طريق الحشو فهو ان تأخذ عدد البنين وذلك خمسة وتقرز نصيبهم وذلك خمسة أسهم وتزيد عليه سهمها آخر لاجل الموصى له بمثل النصيب لان مثل الشيء غيره فتصير ستة فاضربها في مخرج الثلث وذلك ثلاثة لاجل وصيته بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فتصير ثمانية عشر ثم اطرح منها سهمها واحد لاجل الوصية بثلث ما يبقى من الثلث لانه زاد في الوصية والزيادة في الوصية توجب نقصا في نصيب الموصى له الاول وثلث ما يبقى من الثلث ثمانية لانه زاد في الوصية والله تعالى ويستحق ذلك من جميع الثلث من كل ثلث سهم فوجب أن ينقص من هذا الثلث سهم لذلك قلنا انه يطرح من هذا الثلث سهم فيبقى سبعة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلثا المال مثلاه وذلك اربعة وثلاثون وجميع المال احدى وخمسون وثلث المال سبعة عشر واذا أردت ان تعرف قدر النصيب فخذ النصيب وذلك سهم واضرب به في ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة لقوله ثلث ما بين من الثلث بعد النصيب فتصير تسعة ثم انقص منها واحد لاجل الموصى له كما نقصت في الابتداء فيبقى ثمانية فذلك نصيب الموصى له بمثل النصيب من ثلث المال يبقى الى تمام المال تسعة فاعط الموصى له بثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب ثلثها وذلك ثلاثة فيبقى ستة ضمها الى ثلثي المال وذلك اربعة وثلاثون فتصير أربعين سهمما فتقسم بين البنين الخمس لكل واحد ثمانية مثل ما أعطيت الموصى له بمثل النصيب (واما) التخرج على طريقة الخطأين فهو ان تجعل ثلث المال عدداً أو أعطيت منه سهمها وهو النصيب يبقى وراءه عدده ثلث لحاجتك الى اعطاء الموصى له الآخر ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب وأقله اربعة فاجعل ثلث المال اربعة فاخذ منه الوصيتين فاعط الموصى له بالنصيب سهمها والآخر ثلث ما بقي وهو سهم آخر فيبقى وراءه سهمان ضمهما الى ثلثي المال وذلك ثمانية فتصير عشرة بين البنين الخمس فتبين انك قد أخطأت بخمسة لان حاجتك الى خمسة لانك قد أعطيت للموصى له بالنصيب سهمها فلا تحتاج الا الى خمسة فأزل هذا الخطأ وذلك بالزيادة في النصيب لان هذا الخطأ انما جاء من قبل نقصان النصيب فزد في النصيب سهمها فتصير الثلث على خمسة فنقص منها الوصيتين فاعط الموصى له بالنصيب سهمين والموصى له بثلث ما يبقى سهمها يبقى سهمان ضمهما الى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير اثني عشر بين البنين الخمس فيظهر انك أخطأت بسهمين لان حاجتك الى عشرة وكان الخطأ الاول خمسة فذهب من سهام الخطأ ثلاثة فتبين أنك مهازدت في النصيب سهماً تماماً يذهب من سهام الخطأ ثلاثة وأنت تحتاج الى أن يذهب ما بقي من سهام الخطأ وهو سهمان وطريقه أن تزيد على النصيب ثلثي سهم حتى يذهب الخطأ كله لان زيادة سهم تام اذا كان يذهب ثلاثة أسهم من سهام الخطأ

يعلم ضرورة أن زيادة كل ثلث على النصيب يذهب سهم من سهام الخطأ فيذهب بزيادة ثلثي سهم سهمان
فصار النصيب سهمين وثلثي سهم وتماثل الثلث وراة ثلاثة فصار الثلث كله خمسة أسهم وثلثي سهم فانكسر فاضرب
خمسة وثلثي في ثلاثة فتصير سبعة عشر لأن خمسة في ثلاثة تكون خمسة عشر وثلثان في ثلاثة تكون سهمين فذلك سبعة
عشر فهو الثلث والثلثان مثلاً ذلك فتصير أحد وخمسين والنصيب سهمان وثلثا سهم مضروب في ثلاثة فتصير
ثمانية لأن سهمين في ثلاثة ستة وثلثان في ثلثين سهمان فتصير ثمانية فذلك للموصى له بمثل النصيب بقى الى
تمام الثلث تسعة فاعط للموصى له بثلث ما بقى من الثلث بعد النصيب ثلثها وذلك ثلاثة يبقى ستة ضمها الى
ثلثي المال وذلك أربعة وثلثون فتصير أربعين لكل واحد من البنين الخمسة ثمانية (وأما) تخرج به على طريقة
الجامع الاصغر وهو أنه اذا ظهر لك الخطأ فلا تزيد على النصيب شيئاً ولكن اضرب الثلث الاول في الخطأ الثاني
والثلث الثاني في الخطأ الاول فابلق فاطر ح منه أقلهما من أكثرهما فابق فهو ثلث المال والثلث الاول هنا كان
أربعة والخطأ الثاني كان سهمين فاضرب سهمين في أربعة فتصير ثمانية والثلث الثاني خمسة والخطأ الاول كان
خمسة فاضرب خمسة في خمسة فتصير خمسة وعشرين فاطر ح الاقل من خمسة وعشرين وذلك ثمانية فيبقى سبعة عشر
فهو ثلث المال وهكذا اعمل في النصيب وهو أنك تضرب النصيب الاول في الخطأ الثاني والنصيب الثاني في الخطأ
الاول فابلق فاطر ح مثل أقلهما من أكثرهما فابق فهو النصيب والنصيب الاول سهم والخطأ الثاني سهمان فسهم
في سهمين يكون سهمين والنصيب الثاني سهمان والخطأ الاول خمسة فاضرب سهمين في خمسة تكون عشرة ثم
اطر ح الاقل وهو سهمان من الاكثر وهو عشرة فيبقى ثمانية وهو النصيب والقسمة بينهم على نحو ما ذكرنا واختر
الحساب في الخطأين هذه الطريقة لما فيها من اللين والسهولة لانه لو زيد على النصيب بعد ظهور الخطأين يتعين
الاخر لانه قد زاد عليه من حيث الاجزاء من الثلث والثلثين ثم يحتاج الى الضرب وفيه نوع عسر (وأما) التخرج
على طريقة الجامع الاكبر فهو أنه اذا تبين لك الخطأ الاول فلا تزد على النصيب ولكن ضعف ما وراة النصيب
ووراء النصيب ههنا ثلاثة فاذا ضعفت الثلاثة صارت ستة والثلث سبعة فاعط بالنصيب سهماً وبثلث ما بقى
سهمين يبقى أربعة ضمها الى ثلثي المال وهو أربعة عشر فتصير ثمانية عشر بين البنين الخمسة وحاجتك الى
خمسة فتبين أنك قد أخطأت بثلاثة عشر ثم اضرب هذا الخطأ في الثلث الاول يصير اثنين وخمسين واضرب الخطأ الاول
وهو خمسة في الثلث الثاني وهو سبعة فتصير خمسة وثلاثين ثم اطر ح الاقل من الاكثر فتصير سبعة عشر وفي النصيب
اعمل هكذا فاضرب النصيب الاول في الخطأ الثاني فتصير ثلاثة عشر والنصيب الثاني في الخطأ الاول فتصير خمسة
ثم اطر ح خمسة من ثلاثة عشر فابق فهو النصيب وطريقة الجامع الاصغر أسهل ولو أوصى بمثل نصيب أحدكم
ولآخر ربع ما بقى من الثلث بعد النصيب فالمسئلة تخرج من تسعة وستين للموصى له بمثل النصيب أحد عشر
وللموصى له ربع ما بقى من الثلث ثلاثة ولكل ابن أحد عشر (أما) التخرج على طريقة الحشو فهو أن تأخذ عدد
البنين وهو خمسة وتزيد عليها سهماً لاجل صاحب النصيب فتصير ستة ثم اضرب الستة في مخرج الربع وذلك
أربعة لاجل صاحب الربع فتصير أربعة وعشرين ثم اطر ح منها سهماً لاجل باقي ثلاثة وعشرون فهو
ثلث المال وثلثاه مثلاً وذلك ستة وأربعون وجملة المال تسعة وستون والنصيب سهم مضروب في أربعة ثم
الاربعة في ثلاثة فتصير اثني عشر ثم اطر ح منه سهماً يبقى أحد عشر فهو للموصى له بمثل النصيب فيبقى الى تمام
الثلث اثنا عشر فاعط منها ربع ما بقى من الثلث بعد النصيب وذلك ثلاثة يبقى تسعة ضمها الى ثلثي المال وذلك
ستة وأربعون فتصير خمسة وخمسين بين البنين الخمسة لكل واحد عشر فاستقام الحساب (وأما) التخرج
على طريقة الخطأين فهو أن تجعل ثلث المال عدداً لو أعطيت منه النصيب يبقى وراة عدد دلل ربع وأقله خمسة
فاعط بالنصيب سهماً يبقى أربعة فاعط ربع ما بقى سهماً يبقى ثلاثة ضمها الى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير ثلاثة

عشر وحاجتك الى خمسة لكل واحد من البنين سهم ليكون نصيب كل واحد منهم مثل نصيب صاحب النصيب
 فظهر أنك أخطأت بثمانية أسهم فزد في النصيب سهمًا فيصير الثلث ستة فاعط بالنصيب سهمين وربع ما بقي
 سهمًا يبقى ثلاثة ضمها الى ثلث المال وهو اثنا عشر فيصير خمسة عشر فظهر لك أنك أخطأت بخمسة لان حاجتك
 الى عشرة لكل واحد من البنين الخمسة سهمان كما للموصى له بالنصيب الا أنه انتقص من سهام الخطأ في هذه الكرة
 ثلاثة لان الخطأ الاول كان ثمانية وفي هذه الكرة بخمسة فتبين أنك مهازدت في النصيب سهمًا كاملاً يذهب
 من سهام الخطأ ثلاثة فزد ثلثي سهم على سهمين حتى يذهب الخطأ كله فصار النصيب ثلاثة أسهم وثلثي سهم
 ووراءه أربعة أسهم فيصير الثلث سبعة أسهم وثلثي سهم وانكسر بالاثلاث فاضرب سبعة أسهم وثلثي سهم
 في ثلاثة ليزول الكسر فيصير ثلاثة وعشرين فهو ثلث المال وثلاثة مثلاه وهو ستة وأربعون فكل المال تسعة
 وستون والنصيب ثلاثة وثلثان مضروباً في ثلاثة فيكون أحد عشر والباقي الى تمام الثلث اثنا عشر ثلاثة منها وهي ربع
 ما بقي من كل الثلث بعد النصيب للموصى له بالربع فيبقى تسعة ضمها الى ثلثي المال فيصير خمسة وخمسين لكل واحد من
 البنين أحد عشر والتخرج على طريقة الاصغر والا كبر على نحو ما بينا ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم ولا خير بخمس
 ما بقي من الثلث بعد النصيب فالمسئلة تخرج من سبعة وثمانين لصاحب النصيب أربعة عشر ولصاحب الخمس
 ثلاثة ولكل ابن أربعة عشر (أما) التخرج على طريقة الجشوف على نحو ما ذكرنا أنك تأخذ عدد البنين وذلك خمسة
 وتزيه عليها واحداً كما فعلت في المسائل المتقدمة فتصير ستة ثم اضرب ستة في مخرج الخمس وهو خمسة فتصير ثلاثين
 ثم انتقص منها واحد للمعنى الذي ذكرنا فيبقى تسعة وعشرون فاجعل هذا ثلث المال وثلاثة مثلاه وذلك ثمانية
 وخمسون وجميع المال سبعة وثمانون فاذا أردت أن تعرف النصيب فخذ النصيب وذلك سهم فاضرب به في خمسة ثم
 اضرب خمسة في ثلاثة لما ذكرنا في تقدم فيصير خمسة عشر ثم انتقص منها سهمًا فيبقى أربعة عشر فهذا هو النصيب
 فاعط للموصى له بمثل النصيب يبقى الى تمام الثلث خمسة عشر فاعط للموصى له بالخمس خمس ذلك وذلك ثلاثة
 يبقى هناك اثنا عشر ضمها الى ثلثي المال وذلك ثمانية وخمسون فتصير سبعين فاقسمها بين البنين الخمسة لكل ابن
 أربعة عشر مثل ما كان للموصى له بالنصيب (وأما) التخرج على طريقة الخطأين فعلى نحو ما بينا أنك تجعل ثلث المال
 عدداً لو أعطينا منه نصيباً يبقى ووراءه عدد له خمس وأقل ذلك ستة فتعطي منها سهمًا بالنصيب وسهمًا بخمس ما بقي
 من الثلث بعد النصيب فيبقى ووراءه أربعة ضمها الى ثلثي المال فتصير ستة عشر فتبين أنك أخطأت باحد عشر لان
 حاجتك الى خمسة لكل واحد من البنين سهم مثل ما كان للموصى له بالنصيب فزد في النصيب سهمًا فيصير الثلث
 سبعة فاعط بالنصيب سهمين ثم اعط بخمس ما بقي سهمًا فيبقى هناك أربعة ضمها الى ثلثي المال وذلك أربعة
 عشر فتصير ثمانية عشر فتبين أنك أخطأت في هذه الكرة بزيادة ثمانية لان حاجتك الى عشرة لكل ابن
 سهمان كما كان للموصى له فظهر لك ان زيادة كل سهم على النصيب يذهب ثلاثة أسهم من الخطأ وانك تحتاج
 الى أن يذهب ما بقي من سهام الخطأ وهي ثمانية أسهم فزد سهمين وثلثي سهم على سهمين فتصير أربعة أسهم
 وثلثي سهم وما وراءه خمسة أسهم فصار الثلث تسعة أسهم وثلثي سهم فاضرب هذه الجملة في ثلاثة فتصير تسعة
 وعشرين فهو ثلث المال وثلاثة مثلاه فتصير جملة المال سبعة وثمانين فالنصيب أربعة وثلثان مضروباً في ثلاثة
 فتصير أربعة عشر ووراءه الباقي الى تمام الثلث خمسة عشر فخرج منها الخمس وضم الباقي الى ثلثي المال على ما علمناك
 وطريقاً الجامع الاصغر والا كبر على نحو ما ذكرنا ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم الا ثلث ما بقي من الثلث بعد
 النصيب فالمسئلة تخرج من سبعة وخمسين فالنصيب عشرة والاستثناء ثلاثة ولكل ابن عشرة (أما) على طريقة
 الجشوف فهو أنك تأخذ نصيب الورثة على عددهم وذلك خمسة وتزيه عليها واحداً فتصير ستة ثم اضرب ستة في ثلاثة
 لقوله الا ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب فتصير ثمانية عشر ثم زد عليها سهمًا لان الاستثناء من وصيته يوجب زيادة

في نصيب الورثة وهي شائعة في كل المال فتر يد على كل ثلث سهم كما كنت تنقص في المسائل المتقدمة من كل ثلث سهم لان التقصان هناك ما كان لذاته لما ذكرنا ولا استقامة الحساب وهما لا يستقيم الا بالزيادة فتراد فتصير تسعة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلاثة مثله وذلك ثمانية وثلاثون وجميع المال سبعة وخمسون واذا أردت معرفة النصيب بالنصيب كان واحدا فاضرب به في ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة لما ذكرنا فتصير تسعة ثم زد عليها واحدا كما زدت في الابتداء فتصير عشرة فهذا هو النصيب وبقى الى تمام ثلث المال تسعة فاستثنى من النصيب مقدار ثلث ما بقى وهو ثلاثة فاذا استثنيت من العشرة ثلاثة بقی للموصى له سبعة أسهم فضم المستثنى وهو الثلاثة مع ما بقى وهو تسعة وذلك اثنا عشر الى ثلثي المال وذلك ثمانية وثلاثون فتصير خمسين فاقسمها على البنين الخمس لكل ابن عشرة مثل ما كان للموصى له قبل الاستثناء واما طريقة الخطأين فهي أن تجعل الثلث على عدد لو أعطيت منه نصيبا يبقى وراءه ثلاثة ولو استثنيت من النصيب ثلث ما يبقى وراءه سهم وأقل ذلك أن يجعل الثلث على خمسة أسهم فاعط للموصى له بالنصيب سهمين ثم استثنى منه مثل ثلث ما يبقى وهو واحد وضمه الى ما بقى فتصير أربع فاضربها بالمال وهو عشرة أسهم فتصير أربع عشرة سهمها وحاجتك الى عشرة أسهم لكل ابن سهمان مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب فظهر أنك أخطأت بزيادة أربع أسهم فرد في النصيب سهمان فتصير ثلاثة ووراءه ثلاثة ثم استثنى منه سهمان وضمه الى ما بقى فتصير أربع ثم ضمها الى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فتصير ستة عشر وحاجتك الى خمسة عشر لكل ابن ثلاثة مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب فظهر أنك أخطأت بسهم والخطأ الأول كان باربعة فظهر ان زيادة سهم على النصيب يذهب ثلاثة أسهم من الخطأ تعلم أن زيادة ثلاثة أسهم آخر يذهب ما بقى من الخطأ فرد ثلثا آخر فيصير النصيب ثلاثة أسهم وثلث سهم وما بقى ثلاثة أسهم فتصير ستة أسهم وثلث سهم فاضربها في ثلاثة فتصير تسعة عشر فهذا ثلث المال والنصيب ثلاثة وثلث سهم مضروب في ثلاثة فيكون عشرة والاستثناء منه ثلاثة فذلك سبعة وهي للموصى له ولكل ابن عشرة فخرجت القرية من سبعة وخمسين هذا اذا استثنى ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فاما اذا استثنى ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب بأن أوصى له بمثل نصيب أحد بنيه الخمس الأربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالقرية من خمسة وسبعين النصيب منها ثلاثة عشر والاستثناء ثلاثة ولكل ابن أربع عشرة (أما) طريقة الحشو فاذا كان تأخذ عدد البنين وتزيد عليه سهمان فتصير ستة ثم اضربه في مخرج الربع وذلك اربعة فتصير اربعة وعشرين ثم زد عليها واحدا لما ذكرنا فتصير خمسة وعشرين فاجعل هذا ثلث المال وثلاثة مثله وذلك خمسون وجميع المال خمسة وسبعون هذا المعرفة أصل المال (واما) معرفة النصيب فان كان واحدا فاضرب به في أربعة لما ذكرنا فاجعل فيصير أربع ثم اضرب أربع في ثلاثة فتصير اثني عشر فرد عليها واحدا لما ذكرنا أيضا فتصير ثلاثة عشر هذا هو النصيب فيبقى الى تمام ثلث المال وهو خمسة وعشرون اثنا عشر فاسترجع من النصيب بحكم الاستثناء ربع ذلك وهو ثلاثة فبقى للموصى له عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى اثني عشر فاسترجع من النصيب بحكم الاستثناء ربع ذلك وهو ثلاثة فبقى للموصى له عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى اثني عشر فتصير خمسة عشر ثم تضمها الى ثلثي المال خمسون فتصير خمسة وستين فاقسم بين البنين الخمس لكل واحد ثلاثة عشر مثل ما كان للموصى له بالنصيب قبل الاستثناء (وأما) طريقة الخطأين فهي أن تجعل ثلث المال عددا اذا أعطيت منه النصيب يبقى وراءه أربعة واذا استثنيت من النصيب مثل ربع ما بقى من الثلث بعد النصيب يبقى وراءه سهم وأقل ذلك ستة فاجعلها ثلثي المال فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه بالاستثناء مثل ربع ما بقى وذلك سهم وضمه الى ما بقى فتصير خمسة ثم ضمها الى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فتصير سبعة عشر فتبين أنك أخطأت بزيادة سبعة وان حاجتك الى العشرة لكل ابن سهمان مثل ما أعطيت لصاحب النصيب لان نصيبه مثل نصيبهم فرد في النصيب سهمان فتصير ثلاثة فاعط بالنصيب ثلاثة أسهم ثم استرجع منه مثل ربع ما يبقى وهو سهم وضمه الى ما بقى وذلك أربع فتصير خمسة فضمها الى ثلثي المال وذلك أربع عشرة فتصير تسعة عشر فيظهر أنك أخطأت في

هذه الكرة باربعة لان حاجتك الى خمسة عشر لكل ابن ثلاثة مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب وتبين لك أنك مهما زدت في النصيب سهماً انتقص من سهام الخطأ ثلاثة وقد بقي من سهام الخطأ أربعة وباربعة وانك تحتاج الى اذها بما فزد في النصيب قدر ما يذهب به وهو أربعة فزد في النصيب سهماً وثلاث سهم حتى تذهب به سهام الخطأ كلها فحصل النصيب أربعة أسهم وثلاث سهم وما بقي أربعة أسهم فتصير ثمانية أسهم وثلاث سهم فاضربها في ثلاثة فتصير خمسة وعشرين وهي ثلث المال وثلاثة مثله وذلك خمسون وجملة خمسة وسبعون والنصيب أربعة أسهم وثلاث سهم مضروب في ثلاثة فيكون ثلاثة عشر استثن منها ثلاثة فيبقى عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى اثني عشر يصير خمسة عشر ثم تضم الى ثلثي المال وذلك خمسون فتصير خمسة وستين واقسمه بين البنين الخمسة لكل ابن ثلاثة عشر مثل ما كان للموصى له قبل الاستثناء والتخرج على طريقة الجامع الاصغر والاكبر على نحو ما ذكرنا ولو كان ثلاث بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسألة تخرج من تسعة وثلاثين الثلث منها ثلاثة عشر والنصيب بعد الاستثناء تسعة وتخرج بمحاج على طريقة الحشوان تأخذ عدد البنين وهو ثلاثة ثم زد عليها سهماً لاجل النصيب فتصير أربعة ثم اضرب الاربعة في ثلاثة لان المستثنى ثلاثة فتصير اثني عشر ثم زد واحداً فتصير ثلاثة عشر فهذا ثلث المال وثلاثة مثله وذلك ستة وعشرون (وأما) معرفة النصيب الكامل فهو أن تأخذ النصيب وذلك سهم واحد واضرب به في مخرج الثلث فتصير ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة لكان الثلث فتصير تسعة ثم زد عليها واحداً كما زدت في الثلث فتصير عشرة فهو النصيب الكامل فاعط لصاحب النصيب عشرة من الثلث وهو ثلاثة عشر فيبقى من الثلث بعد النصيب ثلاثة ثم استرجع من النصيب بسبب الاستثناء ثلث ما يبقى من الثلث وذلك واحد وضمه الى ما بقي من الثلث فتصير أربعة فبهذه الاربعة فضلت عن الوصية فضمها الى ثلثي المال وذلك ستة وعشرون فتصير ثلاثين لكل ابن عشرة مثل النصيب الكامل قبل الاستثناء وحصل للموصى له بعد الاستثناء تسعة (وأما) التخرج على طريقة الخطأين فهو أن تجعل ثلث المال عدداً لو أعطيت بالنصيب شيئاً ثم استرجعت من النصيب بالاستثناء ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب يبقى في يد الموصى له شيء وأقل ذلك خمسة فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه سهماً لكان الاستثناء وضمه الى ما بقي من الثلث بعد النصيب فتصير أربعة ففي فاضلة من الوصية فضمها الى ثلثي المال وذلك عشرة فصار أربعة عشر وحاجتك الى ستة لانك أعطيت بالنصيب الكامل سهمين فظهر أنك أخطأت بثمانية فزد على النصيب سهماً آخر حتى اذا أعطيت بالنصيب ثلاثة يبقى بعده ماله ثلث لكان الاستثناء فاجعل الثلث ستة فاعط النصيب ثلاثة يبقى ثلاثة ثم استرجع من النصيب سهماً فصار معك أربعة فبهذه فضمتها الى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فصار ستة عشر وحاجتك الى تسعة لانك أعطيت بالنصيب ثلاثة فيجب أن يكون لكل ابن مثل ذلك ثلاثة فظهر أنك أخطأت في هذه الكرة بزائدة سبعة والخطأ الاول كان بزائدة ثمانية فتبين لك ان كل سهم يزيد على الثلث يذهب سهماً من الخطأ فزد سبعة على الثلث الاول وهو ستة فتصير ثلاثة عشر فهو الثلث فاعط بالنصيب عشرة يبقى الى تمام الثلث ثلاثة ثم استرجع سهماً فصار أربعة فضمها الى ثلثي المال وهو ستة وعشرون فتصير ثلاثين على نحو ما ذكرنا وطريقة الجامع الاصغر على ما بينا وهو ان لا تزيد على النصيب عند ظهور الخطأين ولكن خذ الثلث الاول وذلك خمسة واضربه في الخطأ الثاني وذلك سبعة فتصير خمسة وثلاثين ثم خذ الثلث الثاني وذلك ستة واضربه في الخطأ الاول وذلك ثمانية يصير ثمانية وأربعين ثم اطح الاقل من الاكثر يبقى ثلاثة عشر فهو ثلث المال (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب الاول بعد الاستثناء وذلك سهم واحد اضربه في الخطأ الثاني وذلك سبعة فتصير سبعة ثم خذ النصيب الثاني وذلك سهم واحد اضربه في الخطأ الاول وذلك ثمانية فتصير ستة عشر ثم اطح الاقل من الاكثر يبقى تسعة فهو النصيب ثم الباقي على نحو ما ذكرنا (وأما) طريقة الجامع الاكبر فهو ان تضعف الثلث الاول سوى النصيب وذلك أربعة فضعفها فتصير

ثمانية ثم زد عليه النصيب وذلك سهم فتصير تسعة فهو الثلث الثاني فاعط بالنصيب ثلاثة يبقى ستة فثلث ما بقي
سهمان ثم استرجع من النصيب ثلث ما يبقى وذلك سهمان وضمهما الى ما معك وذلك ستة فتصير ثمانية فهي فاضلة
عن الوصية وضمهما الى ثلثي المال وذلك ثمانية عشر فتصير ستة وعشرين وحاجتك الى تسعة لا تك أعطيت بالنصيب
ثلاثة فيجب أن يكون لكل ابن ثلاثة فظهر أنك أخطأت بزيادة سبعة عشر في طريقة الجامع الأكبر والخطأ الأول
في طريقة الخطأين كان بزيادة ثمانية فخذ الثلث الأول في طريقة الخطأين وذلك خمسة وواحد في الخطأ الثاني
وذلك سبعة عشر فتصير خمسة وعشرين ثم خذ الثلث الثاني وذلك تسعة وواحد في الخطأ الأول وذلك ثمانية فتصير
اثنين وسبعين ثم اطرح الاقل من الأكثر يبقى ثلاثة عشر فهو ثلث المال (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب
الأول من طريق الخطأين وذلك سهم وواحد في الخطأ الثاني من الجامع الأكبر وذلك سبعة عشر بسبعة عشر
وخذ النصيب الثاني وذلك سهم من طريقة الجامع الأكبر وواحد في الخطأ الأول وذلك ثمانية وبثانية واطرح
الأقل من الأكثر فيبقى تسعة فهو النصيب يبقى ثلاثون بين البنين لكل واحد منهم عشرة هذا اذا قال الثلث ما يبقى
من الثلث بعد النصيب (فاما) اذا قال الثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية فاصل المسألة ما ذكرنا في الفصل الأول
الآن في تخريج ضرب تفاوت (أما) على طريقة الحشوفهوان تأخذ عدد البنين وذلك ثلاثة وتوزد عليه واحداً
ثم تخرج بها في مخرج النصف وهو سهمان وواحد في سهمين والأول في ثلاثة لأن مقصود الموصي ههنا أن
يكون المستثنى بعد الوصية الحاصلة ثلث ما بقي ولن يكون ذلك إلا أن يكون قبل الاسترجاع معه سهمان حتى اذا
استرجعت منه شيئاً يكون المسترجع ثلث ما بقي ومقصود هذه المسألة الأولى الآن أن يكون المستثنى بعد النصيب قبل
الاسترجاع مثل ثلاثة ولن يكون ذلك إلا أن يكون معه ثلاثة قبل الاسترجاع حتى اذا استرجعت منه شيئاً يكون
المسترجع ربعه فاذا ضربت أربعة في اثنين بلغ ثمانية ثم تزد واحد فتصير تسعة فهذا الثلث المال وثلاثة مثله وهو
ثمانية عشر (فاما) معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك واحد وواحد في مخرج الثلث فتصير ثلاثة فاضرب
الثلاثة في مخرج النصف وذلك سهمان فتصير ستة ثم زد عليه سهماً فتصير سبعة فهو النصيب فاعط صاحب
النصيب سبعة يبقى الى تمام الثلث سهمان ثم استرجع منه سهماً فضمه الى ذلك فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثي المال
فتصير احدى وعشرون لكل ابن سبعة (وأما) طريقة الخطأين فهي ان تجعل ثلث المال عدداً الوصية منه نصيباً
واسترجعت منه شيئاً يكون المسترجع مثل نصف وأقل ذلك أربعة ادفع للموصي له بالنصيب سهمين ثم استرجع
منه سهماً فضمه الى ما بقي وهي اثنان وما بقي وهو سهم المال فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثي المال وذلك ثمانية فتصير واحد
عشر وحاجتك الى ستة لا تك أعطيت بالنصيب سهمين فظهر أنك أخطأت بزيادة خمسة فزد في النصيب سهماً واعط
بالنصيب ثلاثة ثم استرجع منه سهماً وضمه الى ما بقي فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير ثلاثة
عشر وحاجتك الى تسعة لا تك أعطيت بالنصيب ثلاثة فظهر أنك قد أخطأت بزيادة أربعة فظهر أنك كلما زدت
درهما يزول خطأ درهم فزد في الابتداء على النصيب قدر خطأ الأول وهو خمسة فبلغ سبعة وبقى الى تمام الثلث بعد
النصيب سهمان فاسترجع منه سهماً وضمه مع الباقي الى ثلثي المال وهو ثمانية عشر فصار واحد وعشرين فاعط
لكل ابن سبعة وللموصي له ستة هذا اذا قيد قوله الثلث ما يبقى من الثلث بالنصيب أو بالوصية (فاما) اذا أطلق
بان قال الثلث ما يبقى من الثلث ولم يزد عليه قال محمد قال عامة الحساب يعني المعروفين بعلم الحساب من أصحاب
أبي حنيفة رضي الله عنه مثل الحسن بن زياد وغيره هذا بمنزلة الفصل الأول وهو ما اذا قال الثلث ما يبقى من الثلث بعد
النصيب وقال محمد رحمه الله هو بمنزلة الفصل الثاني وهو ما اذا قال الثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية (وجه) قول
العامة انه لما قال أوصيت لك بمثل نصيب أحد بني فقد أتى بوصية صحيحة واستحق ربع المال لانه جعل نصيبه مثل
نصيب أحد بنيه كانه أحد بنيه فلما قال الثلث ما يبقى من الثلث فقد استخرج بالاستثناء بعض الوصية مطلقاً وذلك

بجمل بعد الوصية ويحتمل بعد النصيب إلا أن المستخرج بالاستثناء بعد النصيب أقل والمستخرج بعد الوصية أكثر والاقول متيقن به في استخراج وفي زيادة شك فلا يثبت استخراج الزيادة بالشك بل تبقى الزيادة داخلية تحت المستثنى منه (وجه) قول محمد أن الاستثناء ليس باستخراج بعض الكلام لما فيه من التناقض على ما عرف في أصول الفقه بل هو تكلم بالباقي بعد الثبوت فلم يدخل المستثنى في صدر الكلام لأنه دخل ثم خرج بكلام الاستثناء فلفظ الوصية ههنا مع الاستثناء لم يتناول إلا المستثنى منه والمستثنى يحتمل الأقل والأكثر فلا يتناول اللفظ إلا القدر المتيقن به وهو الأقل ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم الأربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسألة تخرج من أحد وخمسين النصيب اثناعشر والاستثناء خمسة ولكل ابن ثلاثة عشر (أما) تخرجها على طريقة الحشوف وهو أن تأخذ عدد البنين وهو ثلاثة وتز يد عليه واحد فيصير أربع فاضرب أربع في مخرج السهم المستثنى وهو أربع فتصير ستة عشر ثم زد سهما فتصير سبعة عشر هذا ثلث المال وثلاثة مثله أربع وثلثون فجملة واحد وخمسون هذا المعرفة أصل المال (وأما) معرفة النصيب فهي أن تأخذ النصيب وذلك سهم وتضربه في مخرج الثلث فتصير ثلاثة ثم تضرب الثلاثة في مخرج السهم المستثنى وذلك أربع فتصير اثني عشر ثم تز يد عليه سهما فتصير ثلاثة عشر هذا هو النصيب بقي إلى تمام الثلث أربع فاعط بالنصيب ثلاثة عشر ثم استرجع مثل ربع ما بقي وهو سهم وضمه إلى ما بقي فصار خمسة فضمها إلى ثلثي المال وذلك أربع وثلثون فيبلغ تسعة وثلثين فاعط لكل ابن ثلاثة عشر كما أعطيت بالنصيب قبل الاسترجاع (وأما) التخرج على طريقة الخطأين فهو أن تجعل ثلث المال ستة ليعتق بعد اعطاء النصيب والاسترجاع منه مثل ربع ما يبقى فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه مثل ربع ما يبقى وذلك سهم وضمه إلى ثلثي المال وذلك اثناعشر فتصير سبعة عشر وحاجتك إلى ستة لأنك أعطيت بالنصيب سهمين فظهر أنك أخطأت بزيادة أحد عشر فزد في النصيب سهما فتصير ثلاثة فاعط بالنصيب ثلاثة ثم استرجع منه سهما وضمه مع الباقي إلى ثلثي المال وذلك أربع عشر فتصير تسعة عشر وحاجتك إلى تسعة لأنك أعطيت بالنصيب ثلاثة فظهر أنك أخطأت بزيادة عشرة وظهر أن كل سهم زائد يزيل خطأ سهم فزد على النصيب قدر الخطأ الأول وذلك أحد عشر ليزول الخطأ فصار ثلاثة عشر فاعط بالنصيب ثلاثة عشر ثم استرجع منه سهما وضمه إلى ما بقي وهي أربع فاضربها إلى ثلثي المال وذلك أربع وثلثون فتصير تسعة وثلثين كما ذكرنا ولو كان له خمس بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم الا لثلث وربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فتخرج المسألة على طريقة الحشوان تأخذ عدد البنين خمسة وتز يد عليها واحد فتصير ستة ثم تضرب ستة في مخرج الجزء المستثنى وهو مثل الثلث والربع وذلك اثناعشر فتصير اثنين وسبعين ثم زيد ثلث مخرج المستثنى وربعه وذلك اثنا عشر وثلثه وربعه سبعة فتصير تسعة وسبعين فهذا ثلث المال وثلاثة مثله مائة وثلثون فتصير تسعة وثمانية وخمسون (وأما) معرفة النصيب فهو أن تأخذ النصيب وذلك سهم وتضربه في مخرج الثلث وذلك ثلاثة فتصير ثلاثة ثم تضرب الثلاثة في مخرج السهم المستثنى وذلك اثناعشر فتصير ستة وثلاثة ثم زيد عليه مثل ثلثه وربعه وهو سبعة فتصير ثلاثة وأربعين فهو النصيب بقي إلى تمام الثلث ستة وثلاثون وأعط بالنصيب ثلاثة وأربعين ثم استرجع مثل ثلث ما بقي وربعه بعد النصيب وذلك أحد وعشرون وضمها إلى ما بقي وهو ستة وثلثون فتصير سبعة وخمسين ثم ضمها إلى ثلثي المال وذلك مائة وثمانية وخمسون فتبلغ مائتين وخمسة عشر فاعط لكل ابن ثلاثة وأربعين مثل ما أعطيت بالنصيب قبل الاسترجاع وللموصي له اثنين وعشرين ولو قال الا لثلث وربع ما بقي من الثلث بعد الوصية الحاصلة فتخرجها على طريقة الحشوان تأخذ عدد البنين خمسة ثم زد عليه واحدا فتصير ستة ثم تضربه في خمسة لما بينا فتصير ثلاثين ثم زد عليه مخرج الثلث والربع وذلك سبعة فتصير سبعة وثلثين فهو الثلث والثلثان أربع وثمانون (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك واحد واضرب به في ثلاثة ثم ثلاثة في خمسة فصارت خمسة عشر

ثم زد عليه مثل مخزج الثلث وأربع وهو سبعة فتصير اثنين وعشرين وبقى الى تمام الثلث خمسة عشر فأعط صاحب النصيب اثنين وعشرين ثم استرجع منه مثل ثلث ما بقي ورعه بعد النصيب وذلك أحد وعشرون وضمها الى ما بقي من الثلث وهو خمسة عشر فتصير ستة وثلاثين ضمها الى ثلثي المال وذلك أربعة وسبعون تبلغ مائة وعشرة لكل ابن اثنين وعشرون مثل ما أعطيت صاحب الوصية قبل الاسترجاع وللموصي له درهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولوترك خمسة بنين وقد أوصى بمثل نصيب أحدهم وثلث ما بقي من الثلث فالثلث سبعة عشر والنصيبين أربعة عشر والباقي بعد النصيبين من الثلث ثلاثة تعطى ثلثي ما بقي من الثلث سهمان من ذلك يبقى سهم يرد الى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير خمسة وثلاثين وتخرج به على طريقة الحشوان تأخذ عدد البنين وذلك خمسة وتزد عليه بالنصيبين سهمين لان الموصي له بالنصيبين بمنزلة الابن فكان البنين سبعة فتصير القرية من سبعة ثم اضربها في ثلاثة لاجل الثلث فتصير أحد وعشرين ثم اطرح منه أربعة سهمين بالوصية بالنصيبين وسهمين بثلث ما يبقى من الثلث لتخرج المسألة فيبقى سبعة عشر وهو الثلث واذا أردت معرفة النصيب فالوجه فيه ان تأخذ النصيبين وذلك سهمان وتضربهما في ثلاثة فتصير ستة لان الوصية تنفذ من الثلث ثم اضرب في ثلاثة لاجل ما يبقى من الثلث فيصير ثمانية عشر ثم اطرح منه أربعة مثل ما طرحت من الاول يبقى أربعة عشر فهو النصيبان يبقى الى تمام الثلث ثلاثة فاعط بثلث ما يبقى من الثلث سهمين يبقى سهم فاضل عن الوصايا يرد الى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير خمسة وثلاثين بين البنين الخمسة لكل ابن سبعة وهو نصف النصيبين والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) التخرج على طريقة الخطأين فهو ان تجعل ثلث المال سهاما لواءعطيت بالنصيبين سهمين يبقى بعده ما يخرج منه ثلثان وذلك خمسة فاعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة فاعط بثلث ما يبقى سهمين يبقى سهم يرد الى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير أحد عشر وحاجتنا الى خمسة حتى يكون لكل ابن سهم فظهر انك أخطأت بزيادة ستة فزد في ثلثي المال سهمين فتصير سبعة فاعط بالنصيبين أربعة يبقى ثلثة فاعط بثلث ما يبقى سهمين يبقى سهم فزد الى ثلث المال وذلك أربعة عشر فيصير خمسة عشر وحاجتك الى عشرة لانك أعطيت بالنصيبين أربعة فيجب ان يكون لكل ابن سهمان وهم خمسة فيكون لهم عشرة فظهر انك أخطأت في هذه الكرة بزيادة خمسة والخطأ الاول كان ستة فتزد سهمين يذهب به من الخطأ سهم فعلم ان كل سهم يزد على الثلث يذهب به سهم من الخطأ فزادنا عشر على الثلث الاول وهو خمسة حتى يزول الخطأ كله فتصير سبعة عشر فهو الثلث ثم الباقي الى آخره وأما على طريقة الجامع الاصغر فهو ان تأخذ الثلث الاول وهو خمسة واضرب في الخطأ الثاني وهو خمسة فتصير خمسة وعشرين وتأخذ الثلث الثاني وذلك سبعة وتضرب في الخطأ الاول وذلك ستة فتصير اثنين وأربعين ثم اطرح الاقل من الاكثري بقي سبعة عشر فهو الثلث (والوجه) في معرفة النصيب ان تأخذ النصيب الاول وذلك سهمان وتضرب في الخطأ الثاني وذلك خمسة فتصير عشرة ثم تضرب النصيب الثاني وذلك أربعة في الخطأ الاول وذلك ستة فتصير أربعة وعشرين ثم اطرح الاقل من الاكثري بقي أربعة عشر وهو الثلث (وأما) على طريقة الجامع الاكبر فهو ان تضعف الثلث الاول والنصيبين وذلك ثلاثة فتصير ستة ثم زد عليه النصيبين فتصير ثمانية وهذا هو الثلث فاعط بالنصيبين سهمين فيبقى ستة وأعط ثلثي ما يبقى أربعة يبقى سهمان يرد الى ثلثي المال وذلك ستة عشر فتصير ثمانية عشر وحاجتك الى خمسة لانك أعطيت بالنصيبين سهمين فيجب ان يكون لكل ابن سهم فالخطأ الثاني في الجامع الاكبر بزيادة ثلاثة والخطأ الاول في الخطأين كان بزيادة ستة فخذ الثلث الاول في الخطأين وذلك خمسة واضرب في الخطأ الثاني وذلك ثلاثة عشر فتصير خمسة وستين وخذ الثلث الثاني في الجامع الاكبر وذلك ثمانية واضرب في الخطأ الاول وذلك ستة فتصير ثمانية وأربعين ثم اطرح الاقل من الاكثري بقي سبعة عشر فهو الثلث (والوجه) في معرفة النصيب ان تأخذ ما جمع من الخطأين أحدهما ستة والاخر ثلاثة عشر فاطرح الاقل من الاكثري فاذا طرحت ستة

من ثلاثة عشر يبقى سبعة فهو النصيب ولو أوصى بثلاث ما يبقى والمسئلة بحالها فالقرضة من تسعة وخمسين والثلاث تسعة عشر والنصيبان ستة عشر وثلاث ما يبقى واحد (وتخرجها) على طريقة الحشو ان تأخذ عدد البنين خمسة ثم زد عليها النصيبين وذلك سهمان فتصير سبعة ثم اضربها في ثلاثة فتصير احدى وعشرين ثم اطرح منها النصيبين وذلك سهمان يبقى تسعة عشر فهو الثلث فقد طرح محمد رحمه الله في هذه المسئلة سهمين وفي المسئلة المتقدمة طرح أربعة أسهم سهمين بالنصيبين وسهمين بثلاث ما يبقى فعلى قياس ما ذكرهنا لك يجب ان يطرح ههنا أيضاً أربعة (والوجه) في معرفة النصيب ان تأخذ النصيبين وذلك سهمان وتضربهما في ثلاثة فتصير ستة ثم تضرب ستة في ثلاثة فتصير ثمانية عشر ثم اطرح منه سهمين يبقى ستة عشر فهو النصيب وبقي الى تمام المال ثلاثة فاعط بثلاث ما يبقى ثلثه وذلك سهم يبقى سهمان يرد الى ثلثي المال وذلك ثمانية وثلاثون فتصير أربعين تقسم بين البنين لكل ابن ثمانية (وأما) التخرج على طريق الخطأين فهو ان تجعل ثلث المال خمسة فاعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة فاعط بثلاث ما يبقى سهمان يرد الى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير اثني عشر وحاجتك الى خمسة فتبين انك أخطأت بزيادة سبعة فزد على الثلث سهمين فتصير سبعة فاعط بالنصيبين أربعة يبقى ثلاثة فاعط بثلاث ما يبقى سهمان يبقى سهمان تظم الى ثلثي المال وذلك أربعة عشر فتصير ستة عشر وحاجتك الى عشرة فظهر انك أخطأت في هذه الكرة بزيادة ستة والخطأ الاول كان زيادة سبعة فعلمت ان كل سهمين زاد في الثلث تذهب من الخطأ سهمان فزد في الثلث الاول أربعة عشر سهماً حتى يزول الخطأ كله فاذا زدت على خمسة أربعة عشر تصير تسعة عشر فهو الثلث ثم يأتي الكلام على نحو ما ذكرنا (والتخرج) على طريقة الجامع الا الصغير والا كبر على نحو ما بينا فاذا مات رجل وترك أما وابنتين وامرأتين وعصبة وأوصى لرجل بمثل نصيب احدى ابنتيه وبثلث ما يبقى من الثلث لاخر فالقرضة من ستة وستين والنصيب ستة عشر وثلث الباقي اثنان وللبنتين اثنان وثلاثون وللأم ثمانية وللمرأة ستة وللعصبة سهمان هكذا خرجها محمد رحمه الله في الاصل ومشايخنا رحمهم الله خرجوها من نصف ما خرجها في الكتاب من غير كسر وهو ثلاثة وثلاثون (وطريق) هذا التخرج ان اصل هذه القرية من أربعة وعشرين لحاجتك الى الثمن والثلثين والسادس فللمرأة الثمن ثلاثة أسهم وللبنتين الثلثان ستة عشر وللأم السدس أربعة أسهم وللعصبة سهمان فالبنتان يستحقان السهمين وهو الثلثان والباقيون يستحقون سهماً واحداً وهو الثلث فصاري المعنى كان عدد الورثة ثلاثة لان سهامهم ثلاثة فاجعل كأن له ثلاثة بنين أوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم وبثلث ما يبقى من الثلث ولو كان هكذا فالجواب سهل وهو ان تأخذ عدد البنين ثلاثة وتزيد عليها سهمي لاجل الوصية الاولى وتضربها في ثلاثة لاجل الوصية الثانية فتصير اثني عشر ثم اطرح منها سهمي لاجل الوصية الثانية فيصير ثلث المال احدى عشر وثلثاه مثله وذلك اثنان وعشرون فتصير جملة المال ثلاثة وثلاثين والنصيب سهم واحد ومضروب في ثلاثة ثم في ثلاثة فتصير تسعة ثم اطرح منها سهمي فيبقى ثمانية فاعط لصاحب النصيب ثمانية واعط ثلث ما يبقى وذلك سهم واحد فتصير تسعة وبقي الى تمام الثلث سهمان ضمها الى الثلثين وهو اثنان وعشرون فتصير أربعة وعشرين للبنتين الثلثان لكل واحدة ثمانية مثل ما أعطيت لصاحب النصيب وللأم أربعة أسهم وللمرأة ثلاثة أسهم وللعصبة سهم فخرجت المسئلة من نصف ما خرج في الكتاب ولو أوصى بمثل نصيب احدى البنيتين الا لثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالقرضة من ستين وأربعة وعشرين والنصيب مائة وستون وثلث الباقي ستة عشر وطريق التخرج ان تجعل كأن عدد الورثة ثلاثة زد عليها سهمي لاجل الوصية فتصير أربعة ثم اضرب أربعة في ثلاثة فتصير اثني عشر ثم زد عليها سهمي لاجل الوصية الثانية فتصير تسعة وثلاثين والنصيب سهم في ثلاثة ثم في ثلاثة فتصير تسعة ثم زد عليها سهمي فتصير عشرة ثم استثن منها سهمي مثل ثلث ما يبقى وضمه الى ما بقي فتصير أربعة ثم ضم الاربعة الى ثلثي المال فتصير ثلاثين لكل بنت عشرة مثل ما أعطيت قبل الاستثناء وللأم السدس خمسة يبقى خمسة

بين المرأة والعصبة أرباعاً لأن حق المرأة في ثلاثة أسهم وحق العصبة في سهم فيكون حقها ثلاثة أضعاف حق العصبة فان رضىت بالكسر فاجعل الخمسة الباقية بينهما أرباعاً وان لم ترض فاضرب أصل الحساب في أربعة فتكون مائة وستة وخمسين منها تخرج السهام على الصحة وهو ربع ما خرجه محمد في الكتاب ولو أوصى بمثل نصيب المرأة وبثلث ما يبقى من الثلث فالقرية من مائتين وأربعة وثلاثين والنصيب أربعة وعشرون وثلث الباقي ثمانية عشر وطريقه ان تجعل كان عدد الورثة ثمانية لأن السهام ثمانية فكانه أوصى بمثل نصيب أحدهم فرد عليه سهماً فتصير تسعة ثم اضربها في ثلاثة فتصير سبعة وعشرين ثم اطرح منها سهماً فيبقى ستة وعشرون فهذا ثلث المال وجميع المال ثمانية وسبعون والنصيب سهم مضر وب في ثلاثة ثم في ثلاثة فتصير تسعة ثم اطرح منها سهماً فيبقى ثمانية وثلث ما يبقى ستة فيبقى اثنا عشر ضمها الى ثلثي المال وذلك اثنان وخمسون فتصير أربعة وستين للمرأة منها ثمانية وتبين أنك أعطيت للموصى له بمثل نصيبها مثل نصيبها ثمانية فيبقى ستة وخمسون لا تستقيم بين الام والبنين والعصبة لأنه يجب أن يكون للبنين ثلثاً أربعة وستين وليس لها ثلث صحيح وللأم سدسها وليس لها سدس صحيح أيضاً غير أن بين مخرج السدس وحسابنا موافقة بنصف ونصف فاضرب أحدهما في وفق الآخر وهو ثمانية وسبعون في ثلاثة فيبلغ الحساب مائتين وأربعة وثلاثين كما قال في الكتاب فكل من كان له سهم في الحساب الأول صار له ثلاثة في الحساب الثاني كان حق الموصى له في ثمانية فصار أربعة وعشرين وحق البنين في اثنين وأربعين وثلثي درهم فصار مائة وثمانية وعشرين وحق الأم في عشرة وثلثي درهم مضر وباقي ثلاثة فيكون اثنين وثلاثين وحق العصبة في درهمين وثلثي درهم مضر وباقي ثلاثة فيكون ثمانية دراهم ولو كان لرجل خمس بنين فأوصى لأحدهم بثلثي درهم بنصيبه ولا آخر بثلث ما يبقى من الثلث فاجاز وأقالقرية من اثنين عشر النصيب اثنان وتكلمة الربع سهم واحد وثلث ما يبقى من الثلث واحداً لأن الوصية للوارث صحيحة عند اجازة الورثة وتفاوت ما بين نصيبه والربع سهم لأنه لو لم يكن ههنا وصية لأجنبي لكان له الربع والباقي بين البنين الأربعة أرباعاً فاحتجنا الى حساب له ربع ولباقيه ربع وأقله ستة عشر فيعطى له ربع المال أربعة والباقي بين البنين الأربعة أرباعاً لكل ابن ثلاثة وله أربعة فبين انه بهذه الوصية لا يستحق الاسهم فإذا أوصى لغيره بثلث ما يبقى من الثلث فنحسبها له ثلث وربع وأقله اثنا عشر فثلثه أربعة وربعه ثمانية فأعطى للموصى له بثلثي الربع سهمان وللآخر سهمان لأن ثلث ما يبقى من الثلث بعد كمال الربع سهم بقي اثنان ضمهما الى ثلثي المال فتصير بين البنين الخمسة لكل ابن سهمان (فتبين) ان اذا أعطينا له ربع المال فنصيبه بنصيبه سهمان مثل ما أصاب هؤلاء والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) التقدير بثلث المال اذا كان هناك وارث ولم يجز الزيادة فلا تجوز الزيادة على الثلث الا باجازة الوارث الذي هو من أهل الاجازة والاصل في اعتبار هذا الشرط ما روينا من حديث سعد رضي الله عنه أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أوصي بجميع مالي فقال لا فقال فبنثنيه فقال لا فقال فبنصفه قال عليه الصلاة والسلام لا قال فبنثنيه فقال عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير ان تدع ورثتك أغنياء خير لك من ان تدعهم عالة ان يتكففون الناس وقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم ولأن الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته في المرض أو في الصحة لأن الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام واعتبارها وقت الموت يوجب اعتبارها من الثلث لما ذكرناه وقت تعلق حق الورثة بالتركة اذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض وحقهم يتعلق بماله في مرض موته الا في القدر المستثنى وهو الثلث فرق بين الوصية وغيرها من التبرعات كالهبة والصدقة أن المعتبر هناك وقت العقد فان كان صحيحاً تجوز في جميع ماله وان كان مريضاً لا تجوز الا في الثلث لأن الهبة والصدقة كل واحد منهما ايجاب الملك

للمال فيعتبر فيه حال العقد فإذا كان صحيحاً فلا حق لاحد في ماله فيجوز من جميع المال وإذا كان مريضاً كان حق الورثة متعلقاً بماله فلا يجوز الا في قدر الثلث وكذا الاعتاق في مرض الموت والبيع والحاماة قدر مالا يتغابن الناس فيه وبراء الغريم والعفو عن دم الخطأ يعتبر بذلك كله من الثلث كالهبة والصدقة لتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت فيما وراء الثلث ويجوز العفو عن دم العمد ولا يعتبر فيه الثلث لان حق الورثة انما يتعلق بالمال والقصاص ليس بمال وكذا ان شاء الكفالة بالدين في حال المرض وضمان الدرك لانه تبرع بالتزام الدين فيعتبر من الثلث كما تعتبر الهبة لانه يتهم فيه كما يتهم في الهبة ولو أقر في مرضه بكفالة بالدين حال صحته فحكم هذا الدين حكم دين المرض حتى لا يصدق في حق غرماء الصحة ويكون المكفول له مع غرماء المرض سواء ولو كفّل في صحته وضاف ذلك الى ما يستقبل بان قال للمكفول له مكفلت بما يذوب لك على فلان ثم وجب له على فلان دين في حال مرض المكفّل فحكم هذا الدين وحكم دين الصحة سواء حتى يضرب المكفول له بجميع ما يضرب به غريم الصحة لان الكفالة وجدت في حال الصحة وعن ابراهيم النخعي رحمه الله فيمن أوصى لام ولده في حياته وصحته ثم مات انه ميراث ولو أوصى عند موته لها بوصية فهي لها من الثلث والاول محمول على ما اذا أعطاه شيئاً في حياته على وجه الهبة لان الهبة منها لا تتصور حقيقة لكونها تملك كاهي ليست من أهل الملك لانها مملوكة والثاني يجري على ظاهره لان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وهي عند الموت من أهل الملك لكونها حرة فكانت من أهل الوصية لها ولو أوصى بما زاد على الثلث ولا وارث له تجوز من جميع المال عندنا وعند الشافعي لا تجوز الا من الثلث والمسئلة ذكرناها في كتاب الولاء وكذلك اذا كان له وارث وأجاز الزيادة على الثلث لان امتناع النفاذ في الزيادة لحقه والا فالنفاذ للتصرف وهو الملك قائم فاذا أجاز فقد زال المانع ثم اذا جازت باجازته فالموصي له يملك الزيادة من قبل الموصي لامن قبل الوارث فالزيادة جوازها جواز وصيته من الموصي لاجواز عطية من الوارث وهذا قول أصحابنا رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله جوازها جواز هبة وعطية حتى يقف ثبوت الملك فيها على القبض عنده وعندنا لا يقف (وجه) قوله ان النفاذ لما وقف على اجازة الوارث فدل ان الاجازة هبة منه والدليل عليه ان الوارث لو أجاز الوصية في مرض موته تعتبر اجازته من ثلثه فثبت ان التملك منه (ولنا) ان الموصي بالوصية متصرف في ملك نفسه والاصل فيه النفاذ لصدور التصرف من الامل في الحل وانما الامتناع للمانع وهو حق الوارث فاذا أجاز فقد زال المانع وينفذ بالسبب السابق لبالاثة المانع لان ازالته شرط والحكم بعد وجود الشرط يضاف الى السبب لا الى الشرط ويتوقف ثبوته على السبب في الحقيقة لا على الشرط لان الشرط وكلها شروط الاسباب لا شروط الاحكام على ما عرف في اصول الفقه وقد خرج الجواب عما ذكر (وأما) اجازته في مرض موته فاما اعتبرت من ثلثه لانه لا يكون الاجازة منه تملكاً وإيجاباً للملك لان الاجازة لا تنفي عن التملك بل هي ازالة المانع عن وقوع التصرف تملكاً باسقاط الحق عن مال التصرف وهو متبرع في هذا الاسقاط فيعتبر تبرعه من الثلث كما يعتبر تبرعه بالتملك بالهبة من الثلث فان أجاز بعض الورثة ورد بعضهم جازت الوصية بقدر حصصه المجز منهم وبطلت بقدر انصباء الرادين لان لكل واحد منهم ولاية الاجازة والرد في قدر حصته فتصرف كل واحد منهم في نصيبه صدر عن ولاية شرعية فينفذ ثم انما تعتبر اجازة من أجاز اذا كان المجز من أهل الاجازة بان كان بالغاً عاقلاً فان كان مجنوناً أو صبيلاً لا يعقل لا تعتبر اجازته فان كان عاقلاً بالغاً لكنه مريض مرض الموت جازت اجازته ثم ان كان الوارث واحداً كانت اجازته بمنزلة ابتداء الوصية حتى لو كان الموصي له وارثه لا تجوز اجازته الا ان تجيز وارثه المريض بعدموته وان كان أجنبياً تجوز اجازته وتعتبر من الثلث ثم وقت الاجازة هو ما بعد موت الموصي ولا تعتبر الاجازة حال حياته حتى انهم لو أجازوا في حياته لم أن يرجعوا عن ذلك بعدموته وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تجوز اجازتهم بعدموته وحال حياته واذا أجازوا في حياته فليس لهم ان يرجعوا بعدموته ولا خلاف في انهم اذا أجازوا بعدموته ليس لهم ان

يرجعوا بعد ذلك (وجهه) قول ابن أبي ليلى ان اجازتهم في حال الحياة صادفت محلها لان حقهم يتعلق بماله في مرض موته الا انه لا يظهر كون هذا المرض مرض الموت الا بالموت فاذا اتصل به الموت تبين انه كان مرض الموت فتبين ان حقهم كان متعلقا بماله فتبين انهم اسقطوا حقهم بالا جازة فجازت اجازتهم (ولنا) ان حقهم انما يثبت عند الموت لانه انما يعلم بكون المرض مرض الموت عند الموت فاذا مات الا ان علم كونه مرض الموت فيثبت حقهم الا ان الا انه اذا ثبت حقهم عند الموت استند الحق الثابت الى اول المرض والاستناد انما يظهر في القائم لا في الماضي واجازتهم قد مضت لغواضائنا لانعدام الحق حال وجودها فلا تلحقها الاجازة والدليل على ان حق الورثة لا يثبت في حال المرض بطريق الظهور المحض ان المريض يحمل له أن يطأ جاريته ولو ثبت الملك عند الموت بطريق الظهور المحض لتبين انه وطئ ملك غيره فتبين انه كان حراما وليس كذلك بالاجماع على ان في اثبات الحق في المرض على طريق الظهور المحض ابطال الحقيقة عند الموت فلا يجوز اعتبار الحق للحال لا بطلان الحقيقة عند الموت فكان اعتباره من طريق الاستناد فيظهر في القائم لا في الماضي ولو أوصى بألف درهم من مال رجل أو عبد أو شيء آخر له فأجازة ذلك الرجل قبل موته أو بعد موته فله ان يرجع عنه ما لم يدفعه الى الموصى له فاذا دفعه اليه جاز لان جوازه ليس بجواز وصيته اذ لا ولاية على مال الغير وانما جوازه جوازه من صاحب المال فلم تكن اجازته اجازة اسقاط حق بل هو عقد هبة منه لان تصرف الموصى صادف ملك غيره فوقف على اجازته فاذا اجازته الغير وقع هبة من جهته لا وصية من الموصى كانه وهبه ابتداء فان سلم جازت الهبة والا فلا بخلاف الوصية بما زاد على الثلث اذا اجازها الورثة انها تجوز ولا يشترط فيها التسليم الى الموصى له لان التصرف هناك وقع وصية لمصادفة ملك نفسه فلا يفترق الى التسليم وانما يفترق الى الاجازة فاذا وجدت الاجازة جازت الوصية وبغدت وسواء كان الموصى به جزأ من الثلث والنصف او كان جميع المال او كان عينا مشارا اليها بان اوصى بعبد له او ثوب له انه يعتبر في ذلك كله الثلث فان كان يخرج من ثلث جميع ماله فهو له وان كان لا يخرج فله منه قدر ما يخرج وان لم يكن له مال آخر فله ثلثه والثلثان للورثة وسواء كانت الوصية واحدة أو اجتمعت الوصايا انه ينفذ الكل من الثلث ان امكن تنفيذ الكل منه وان لم يمكن وضاق الثلث عن الكل تضارب فيه ويقدم البعض على البعض عند وجود سبب التقدم وبيان هذه الجملة ان الوصايا اذا اجتمعت فالثلث لا يخلو اما ان كان يسع كل الوصايا او اما ان لا يسع الكل فان كان يسع الكل تنفذ الوصية من الثلث في الكل لان الوصية تعلقت بالكل وامكن تنفيذها في الكل فتنفذ سواء كانت الوصايا لله تبارك وتعالى كالوصية بالقرب من الوصية بالحج القرض والزكاة والصوم والصلاة والكفارات والندور وصدقة الفطر والاشحمة وحج التطوع وصوم التطوع وبناء المساجد واعتاق النسمة وذبح البدنة ونحو ذلك او كانت للعباد كالوصية لزيد وعمرو وبكر وخالد وكذلك لو كان الثلث لا يسع الكل لكن الورثة اجازت (فاما) اذا كان الثلث لا يسع ولم تجز الورثة فالوصايا لا يخلو (اما) ان كانت كلها لله تعالى عز وجل وهي الوصية بالقرب او كان بعضها لله تعالى والبعض للعباد فان كان الكل لله تعالى فلا يخلو (اما) ان كان الكل فرائض أو واجبات أو نوافل أو اجتمع في الوصايا من كل جنس من القرائض والواجبات والتطوعات فان كان الكل فرائض متساوية يبدأ بما قدمه الموصى لان عند تساويها لا يمكن الترجيح بالذات فيرجح بالبداية لان البداية دليل اهتمامه بما بدأ به لان الانسان يبدأ بالاهم فالاهم عادة واختلفت الرواية عن أبي يوسف في الحج والزكاة روى عنه انه يبدأ بالحج وان أخره الموصى في الذكر وروى عنه انه يبدأ بالزكاة وهو قول محمد (وجهه) الرواية الاولى ان الحج عبادة بدنية والزكاة عبادة مالية والعبادة البدنية أولى لان النفس أقدس وأعز من المال فكان تقرر بالي الله تبارك وتعالى بأعز الاشياء وانفسها عنده فكان أقوى فكانت البداية به أولى على ان الحج عبادة بدنية لها تعلق بالمال والزكاة عبادة مالية لا تعلق لها بالبدن فكان الحج أقوى فكان أولى بالتقدم (وجهه) الرواية الاخرى أن الحج تمحض حقا لله تعالى والزكاة تعلق بها حق العبد فيقدم لحاجة العبد وغنا الله عز وجل وقالوا في الحج والزكاة انهما

يقدمان على الكفارات لانهما واجبان بإيجاب الله ابتداء من غير تعلق وجوبهما بسبب من جهة العبد والكفارات
يتعلق وجوبها بأسباب توجد من العبد من القتل والظهار والعين والواجب ابتداء أقوى فيقدم والكفارات متقدمة
على صدقة الفطر لان صدقة الفطر واجبة والكفارات فرائض والقرض مقدم على الواجب ولان هذه الكفارات
منصوص عليها في الكتاب العزيز ولا نص في الكتاب على صدقة الفطر وانما عرفت بالسنة المطهرة فكان
المنصوص عليه في الكتاب العزيز أقوى فكان أولى وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية وان كانت الاضحية أيضاً
واجبة عندنا لكن صدقة الفطر متفق على وجوبها والاضحية وجوبها محل الاجتهاد فالمتفق على الوجوب أقوى
فكان بالبدية أولى وكذا صدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر في رمضان لان وجوب تلك الكفارة ثبت بخبر
الواحد وصدقة الفطر ثبت وجوبها باخبار مشهورة والثابت بالخبر المشهور أقوى فيقدم وقالوا ان صدقة الفطر
تقدم على المنذور به لانها وجبت بإيجاب الله تبارك وتعالى ابتداء والمنذور به وجب بإيجاب العبد وقد تعلق وجوبه
أيضاً بسبب مباشرة العبد فتقدم الصدقة والاشكال عليه ان صدقة الفطر من الواجبات لامن الفرائض لان
وجوبها ثبت بدليل مقطوع به بل بدليل فيه شبهة العدم ولهذا لا يكفر جاحده والوفاء بالمنذور به فرض لانه
وجوبه ثبت بدليل مقطوع به وهو النص المفسر من الكتاب العزيز قال الله تبارك وتعالى وليوفوا نذورهم والقرض
مقدم على الواجب ولهذا يكفر جاحده وجوب الوفاء بالنذر وفي كتاب الله عز وجل دليل عليه وهو قوله
سبحانه وتعالى ومنهم من عاهد الله لان آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين فلما آتاهم من فضله بخلوابه
وتولاهم معرضون فاعقبهم قافقاً قلوبهم الى يوم يلقىونه بما أخلقوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون والمنذور به
مقدم على الاضحية لانه واجب الوفاء بيقين وفي وجوب الاضحية شبهة العدم لكونه محل الاجتهاد والاضحية تقدم على
النوافل لانها واجبة عند أي حنيفة رضي الله عنه وسنة مؤكدة عندهما والشافعي رحمه الله والواجب والسنة
المؤكدتان أولى من النافلة فالظاهر من حال الموصي انه قصد تقديمهما على النافلة تحسبنا للظن بالمسلم الا انه ترك سهواً
فيقدم بدلالة حالة التقديم وان أخره بالذكر على سبيل السهو هذا الذي ذكرنا اذا لم يكن في الوصايا
بالقرب اعتناق منجز وهو الاعتناق في مرض الموت أو اعتناق معلق بالموت وهو التدبير فان كان تقدم
ذلك لان الاعتناق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ فكان أقوى فيقدم (وأما الوصية بالاعتناق
فان كان اعتناقاً واجباً في كفارة فحكمه حكم الكفارات وقد ذكرنا ذلك وان لم يكن واجبا فحكمه حكم سائر
لوصايا المتنفل بها من الصدقة على الفقراء وبناء المساجد وحج التطوع وتحوز ذلك لان الوصية بالاعتناق يلحقها
الفسخ كما يلحق سائر الوصايا فكانت الوصية بالاعتناق غير واجبة مثل سائر الوصايا فلا تقدم بخلاف الاعتناق المنجز
في المرض والمعلق بالموت لانه لا يلحقهما الفسخ فكان أقوى فيقدم على سائر الوصايا وان كانت الوصايا بعضها لله
سبحانه وتعالى وبعضها للعباد فان أوصى لقوم باعيانهم يتضاربون بوصاياهم في الثلث ثم ما أصاب العباد فهو لهم لا يقدم
بعضهم على بعض لما بين وما كان لله تبارك وتعالى يجمع ذلك فيبداً منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالنوافل وان
كان مع الوصايا لله تبارك وتعالى وصية لواحد معين من العباد فانه يضرب بما أوصى له به مع الوصايا بالقرب ويجعل كل
جهة من جهات القرب مفردة بالضرب فان قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولز يد فان الثلث يقسم على
أربعة أسهم سهم للموصي له وسهم للحج وسهم للزكاة وسهم للكفارات لان كل جهة من هذه الجهات غير الأخرى
فتفرد كل جهة بسهم كما لو أوصى بثلث ماله لقوم معينين فان قيل جهات القرب وان اختلفت فالقصد منها كلها واحد
وهو طلب مرضات الله تبارك وتعالى واجتماع وجهه الكريم فينبغي ان يضرب للموصي له بسهم والقرب بسهم
فالجواب ان المقصود من الكل وان كان واحداً وهو ابتغاء وجه الله عز وجل وطلب مرضاته لكن الجهة منصوص
عليها فيجب اعتبارها كما لو أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين وابناء السبيل ان كل واحد منهم يضرب بسهمه وان

كان المقصود من الكل التقرب الى الله سبحانه وتعالى لكن لما كانت الجهة منصوباً عليها اعتبر المنصوص عليه كذا ههنا هذا اذا كانت الوصايا كلها لله تبارك وتعالى أو بعضها لله تبارك وتعالى وبعضها للعباد (فاما) اذا كانت كلها للعباد فانه لا تخلو من أحد وجهين (اما) ان كانت كلها في الثلث لم يجاوز واحدة منها قدر الثلث (وأما) ان جاوزت فان لم تجاوز بان أوصى لسان بثلاث ماله ولا آخر بالربع ولا آخر بالسدس فانهم يتضاربون في الثلث بقدر حقوقهم فيضرب صاحب الثلث بثلث الثلث وصاحب الربع بربع الثلث وصاحب السدس بسدس الثلث فيضرب كل واحد منهم بقدر فريضته من الثلث فلا يقدم بعضهم على بعض الا اذا كان مع هذه الوصايا أحد الاشياء الثلاثة الا عتاق المتجزى في المرض أو المعلق بالموت في المرض أو في الصحة وهو التديير أو البيع بالحباة بما لا يتغابن الناس فيه في المرض فيقدم هو على سائر الوصايا التي هي للعباد كما يقدم على الوصايا بالقرب فيبدل ذلك قبل كل وصية ثم يتضارب أهل الوصايا فيما يبقى من الثلث ويكون بينهم على قدر وصاياهم وانما قلنا انه لا يقدم البعض على البعض في غير المواضع المستثناة لان تقديم البعض على البعض يستدعي وجود المرجح ولم يوجد لان الوصايا كلها استوت في سبب الاستحقاق لان سبب استحقاق كل واحد منهم مثل سبب صاحبه والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم والاستواء في هيبب الاستحقاق في مواضع الاستثناء لان الاعتاق المتجزى والمعلق بالموت لا يحتمل القسح والحباة تستحق بعقد ضمان وهو البيع اذ هو عقد معاوضة فكان البيع مضموناً بالثمن والوصية تبرع فكانت الحباة المتعلقة بعقد الضمان أقوى فكانت أولى بالتقديم وان اجتمع العتق والحباة وضاق الثلث عنهما فقد قال أبو حنيفة رحمه الله ان كانت الحباة قبل العتق تبدأ بالحباة والاستواء هكذا روى المولى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبدأ بالعتق تقدم أو تأخر (وجهه) قولهما ان العتق أقوى من الحباة لانه لا يحتمل القسح والحباة تحتمل وفي باب الوصايا يقدم الاقوى فالأقوى اذا كان الثلث لا يسع الكل ولهذا قدم العتق على سائر الوصايا وبه تبين أنه لا عبرة بالتقديم في الذكر فانه يقدم على سائر الوصايا وان كانت مقدمة في الذكر على العتق على ان التقدم في الذكر يعتبر ترجيحاً والترجيح انما يكون بعد الاستواء في ركن العلة والاستواء ههنا لما بينا بطل الترجيح ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الحباة أقوى من العتق لانها تستحق بعقد ضمان على ما بينا والعتق تبرع محض فلا يزاهاها وكان ينبغي أن يقدم على العتق تقدمت في الذكر أو تأخرت الا أن مزاحمة العتق اياها حالة التأخير ثبت لضرورة التعارض حالة التقدم على ما ذكره (وأما) قولهما ان الاعتاق لا يحتمل القسح فبعض المشايخ قالوا ان كل واحد منهما لا يحتمل القسح من جهة الموصي فان من باع ماله بالحباة في مرض موته لا يملك فسخه كالأعتق عبده في مرض موته أنه لا يملك فسخه فاستوى في عدم احتمال القسح من جهة الموصي وهو المعلق والبائع فاذا كانت البداية بالحباة ترجحت بالبداية لكون البداية بهادليل الاهتمام ولا يمكن ترجيح العتق عند البداية به لان تعلق الحباة بعقد الضمان يقتضي ترجيحها على العتق الذي هو تبرع محض فتعارض الوجهان فسقطا والتحق بالعدم فبقى أصل التعارض بلا ترجيح فتقع المزاومة بين الحباة والعتق فيقسم الثلث بينهما وهذا الجواب ضعيف لان البيع بالحباة تصرف يحتمل القسح في نفسه في الجملة فيفسخ بخيار العيب والرؤية والشرط والاقالة اذ هي فسوخ في حق المتعاقدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فكانت الحباة محتملة للفسخ في الجملة والعتق لا يحتمل رأساً فكان أقوى من الحباة فيجب ان يقدم عليها كما هو مذهبهما (ومنهم) من قال ان عدم احتمال العتق للفسخ ان كان يقتضي ترجيحها على الحباة كما ذكرنا من تعلق الحباة بعقد الضمان يقتضي ترجيحها على العتق فوقع التعارض فترجح الحباة بالبداية واذا لم يبدأ بها فلم يوجد الترجيح فبقيت المعارضة فثبتت المزاومة وهذا أيضاً ضعيف لانه لو كان كذلك لزم تقديم العتق على الحباة اذ ابدأ بالعتق لوجود المرجح للعتق عند وقوع التعارض ولا يقدم غيره بل يقسم الثلث بينهما (ومنهم) من قال تعلق الحباة بعقد الضمان من حيث استحقاقها به أقوى في الدلالة من العتق من

حيث عدم احتمال القسح بدليل أن الدين مقدم على الاعتاق حتى لو أعتق عبد أمستغر قابالدين لا ينفذ وإن كان الاعتاق لا يحتمل القسح والمعارضة محتملة للقسح لكونها عقد ضمان فلا يعارضها العتق إلا عند البداية وعلى الجسلة تقر برمذهب أبي حنيفة رضي الله عنه في هذه المسألة بالاضافة إلى عقولنا ومشكل والله سبحانه وتعالى أعلم وفرع أبو حنيفة رضي الله عنه على هذا فقال إذا أعتق ثم جابى ثم أعتق يقسم الثالث بين العتق الأول وبين الحسابة نصفين ثم ما أصاب العتق الأول يقسم بينه وبين العتق الثاني لاستوائهما في القوة ولو جابى ثم أعتق ثم جابى يقسم الثلث بين الحابطين نصفين ثم ما أصاب الحسابة الأخيرة يقسم بينهما وبين العتق نصفين كما إذا أعتق ثم جابى والله سبحانه وتعالى أعلم هذا إذا كان مع الوصايا للعباد عتق أو محابة فإن لم يكن يضرب كل واحد منهما بقدر حقه من الثلث حتى لو وصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بالسدس ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهما اثلاثاً تسهما لصاحب الثلث وسهم لصاحب السدس أصل المسألة من ستة ثلث المال ثلاثة وثلثاه مثلاً وذلك ستة فجملة المال تسعة ثلثه وذلك ثلاثة للموصي لهما بالثلث والسدس بينهما اثلاثاً وثلثاه وذلك ستة للورثة فاستقام الثلث والثلثان وإن أجازت الورثة فلموصى له بالثلث سسهما للموصي له بالسدس سهم والباقي وهو ثلاثة من ستة للورثة على فرائض الله تبارك وتعالى ولو وصى لرجل بالثلث ولا آخر بالربع ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على سبعة أسهم لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة أصل المسألة من اثني عشر للموصي له بالثلث ثلثها وذلك أربعة عشر فيكون كل المال أحد عشر من الثلث من ذلك سبعة للموصي له بالثلث والثلثان وهو أربعة عشر للورثة وإن أجازت الورثة فلموصى له بالثلث ما أوصى له وهو أربعة عشر للموصي له بالربع ما أوصى له وهو ثلاثة والباقي وهو خمسة من اثني عشر للورثة على فرائض الله تعالى ولو وصى لرجل بالثلث ولا آخر بالربع ولا آخر بالسدس فثلث المال تسعة أصل المسألة من اثني عشر لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ولصاحب السدس سهمان وذلك تسعة وثلثا المال مثلاً وذلك ثمانية عشر فيكون جملة سبعة وعشرين سهام الوصية منها تسعة ثلاثة وأربعة وسهما وثمانية عشر سهام الورثة هذا إذا لم يكن في الوصايا ما يزيد على الثلث فإن كان بان أوصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بالنصف فإن أجازت الورثة فلكل واحد ما أوصى له به فالثلث للموصي له بالثلث والنصف للموصي له بالنصف أصل المسألة من ستة للموصي له بالثلث سهمان وللوصي له بالنصف ثلاثة وذلك خمسة والباقي للورثة وإن لم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفين في قول أبي حنيفة لكل واحد منهما سهم من ستة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على خمسة لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب النصف الثلث سهمان وإن أوصى لرجل بربع ماله ولا آخر بنصف ماله فإن أجازت الورثة فلكل واحد منهما ما أوصى له به فالربع للموصي له بالربع والنصف للموصي له بالنصف والربع الباقي بين الورثة على فرائض الله تعالى لأن المانع من الزيادة على الثلث حق الورثة وقد زال بإجازتهم وإن ردوا فلا خلاف في أن الوصية بالزيادة على الثلث لا ينفذ وإن نفذت ففي الثلث لا غير وإنما الخلاف في كيفية قسمة الثلث بينهما فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يقسم الثلث بينهما على سبعة أسهم للموصي له بالنصف أربعة للموصي له بالربع ثلاثة وعند أبي يوسف ومحمد على ثلاثة سهمان للموصي له بالربع لأن الموصي له بالنصف لا يضرب إلا بالثلث عنده والموصي له بالربع يضرب بالربع فيحتاج إلى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر ثلثاً أربعة ثلثاً فتجعل وصيتها على سبعة وذلك ثلث الميراث وثلثاه مثلاً وذلك أربعة عشر وجميع المال أحد وعشرون سبعة منها للموصي لهما أربعة للموصي له بالنصف وثلاثة للموصي له بالربع وعند أبي يوسف ومحمد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة أسهم لأن الموصي له بالنصف يضرب بجميع وصيته عندهما والموصي له بالربع يضرب بالربع والربع مثل نصف النصف فيجعل كل ربع سهماً فالنصف يكون سهمين والربع سهماً فيكون ثلاثة فيصير الثلث بينهما على ثلاثة أسهم سهمان للموصي له بالنصف وسهم للموصي له بالربع وهذا بناء على أصل وهو أن الموصي له بأكثر من الثلث لا يضرب في الثلث بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة عند أبي حنيفة رحمه الله

تعالى إلا في خمس مواضع في العتق في المرض وفي الوصية بالعتق في المرض وفي الحباة في المرض وفي الوصية بالحباة وفي الوصية بالدرهم المرسلة فإنه يضرب في هذه المواضع بجميع وصية من غير إجازة الورثة وصورة ذلك في الوصية بالعتق إذا كان له عبدان لا مال له غيرهما أوصى بعتقهما لقيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولم تجز الورثة عتقا من الثلث وثلث ماله ألف درهم فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذي قيمته ألفان فيعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة والثلث للذي قيمته ألف فيعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة فإن أجازت الورثة عتقا جميعا وصورة ذلك في الحباة إذا كان له عبدان أوصى بأن يباع أحدهما من فلان والآخر من فلان آخر يباع بالحباة وقيمة أحدهما مثلا ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة فأوصى بأن يباع الأول من فلان بمائة والآخر من فلان آخر بمائة فهنا حصلت الحباة لأحدهما بألف وللآخر بخمسة مائة وذلك كله وصية لأنها حصلت في حالة المرض فإن خرج ذلك من الثلث أو أجازت الورثة جاز وإن لم يخرج من الثلث ولا أجازت الورثة جازت محابتهما بقدر الثلث وذلك يكون بينهما على قدر وصيتهما يضرب أحدهما فيها بألف والآخر بخمسة مائة وصورة ذلك في الدرهم المرسلة إذا أوصى لانسان بألف وللآخر بالدين وثلث ماله ألف فالثلث يكون بينهما أثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته ولا خلاف أيضا في الوصية بأقل من الثلث كالربع والسادس ونحو ذلك إن الموصى له يضرب بجميع وصيته (وجهه) قوله أن الوصية وقعت باسم الزيادة على الثلث من النصف ونحوه فيجب اعتبارها ما أمكن إلا أنه تعذر اعتبارها في حق الاستحقاق لما فيه من إبطال حق الورثة وأنه اضرب بهم فوجب اعتبارها في حق الضرب وأنه يمكن أن لا يضرب في حق الورثة ولهذا اعتبرت التسمية في حق الضرب فيما ذكرنا من المسائل ولا يبي حنيفة رحمه الله أن الوصية بالزيادة على الثلث عند رد الورثة وصية باطلة من كل وجه يتيقن والضرب بالوصية الباطلة من كل وجه يتيقن باطل وإنما قلنا أن الوصية بالزيادة وصية باطلة لأنها في قدر الزيادة صادفت حق الورثة إلا أنها وقعت على الإجازة والرد فاذا ردتا تبين أنها وقعت باطلة وقوله من كل وجه يعني به استحقاقا وتسمية وهي تسمية النصف فالكل فلم تقع الوصية صحيحة في مخرجها وقولنا يتيقن لأنها لا تحتل النفاذ لخال ألا يرى أنه لو ظهر للميت مال آخر لفدت هذه الوصية وهي الوصية بالزيادة على الثلث بخلاف المواضع الخمس فإن هناك ما وقعت باطلة يتيقن بل تحتل التنفيذ في الجملة بأن يظهر مال آخر للميت يخرج هذا القدر من الثلث فبين أن الوصية ما وقعت بالزيادة على الثلث فلم تقع باطلة يتيقن وهما بخلافه لأنه وإن ظهر له مال آخر يدخل ذلك المال في الوصية ولا يخرج من الثلث وهذا القدر يشكل بالوصية يتيقن فإن زادت قيمته على الثلث بأن أوصى بثلاث عبد لرجل وبثلثيه لآخر ولا مال له سواه فردت الورثة أن صاحب الثلثين لا يضرب بالثلث الزائد عندنا وإن لم تكن الوصية باطلة يتيقن لجواز أن يظهر له مال آخر فتتخذ تلك الوصية فينتفى أن يضرب الموصى له بالثلثين بالثلث الزائد ومع هذا لا يضرب عندنا فأشكل القدر وبخلاف الوصية بالأقل من الثلث لأن الوصية هناك وقعت صحيحة في مخرجها من حيث التسمية لأن التسمية وقعت بالربع والسادس وكل ذلك بخارج الوصية بالتسمية صادفت محل الوصية وإنما يظهر الفرق عند اجتماع الوصيتين فاذا ردت الورثة فالرد ورد عليهما جميعا فيقسم بينهما على قدر نصيبهما ولو أوصى لرجل بجميع ماله ثم أوصى لآخر بثلث ماله فأجازت الورثة الوصيتين جميعا فقد روى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال الموصى له بالجميع يأخذ الثلثين خاصة ويكون الباقي بين صاحب الجميع وبين صاحب الثلث وقال حسن بن زياد بس هذا قول أبي حنيفة أن للموصى له ربع المال وللموصى له بالجميع ثلاثة أرباعه وذكر الكرخي رحمه الله أنه ليس في هذه المسئلة نص رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وإنما اختلفوا في قياس قوله والصحيح أن قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيها ما روى عنه أبو يوسف ومحمد رحمه الله لأنه قسمة على اعتبار المنازعة وما ذكره حسن رحمه الله تعالى اعتبار العول والمضاربة والقسمة على اعتبار العول والمضاربة من أصولهما لا من أصله فإن من أصله اعتبار المنازعة في القسمة (وجهه) ههنا ما زاد على

الثالث يعطى كله للموصى له بجميع المال لانه لا ينازعه فيه أحد وأما قدر الثلث فينازعه فيه الموصى له بالثلث فاستوت
 منازعتهما فيه اذ لا ترجيح لاحدهما على الآخر فيقسم بينهما نصفين فيكون أصل مسألة الحساب من ثلاثة لحاجتنا
 الى الثلث الثلثان للموصى له بالجميع بلا منازعة والثلث بينهما نصفان الا أنه ينكسر الحساب فيضرب اثنين في ثلاثة
 فيصير ستة فيسلم ثلثاها للموصى له بالجميع بلا منازعة وثلثاها وهوسهمان ينازعه فيه الموصى له بالثلث فيقسم بينهما فحصل
 للموصى له بالجميع خمسة وللوصى له بالثلث سهم وأما القسمة على طريق العول والمضاربة عندهما ههنا كل واحد
 منهما يضرب بجميع وصيته فالموصى له بالثلث يضرب بالثلث وهو سهم والموصى له بالجميع يضرب بكل المال وهو ثلاثة
 أسهم فيجعل المال على أربعة أسهم لصاحب الثلث سهم ولصاحب الجميع ثلثة هذا اذا أجازت الورثة فان ردت
 الورثة جازت الوصية من الثلث ثم الثلث يكون بينهما نصفين في قول أبي حنيفة رحمه الله لان الموصى له بأكثر من
 الثلث لا يضرب الا بالثلث اذ لم تجز الورثة عنده وعندهما يضرب كل واحد منهما بجميع وصيته ارباعا على ما بينا والله
 تعالى الموفق هذا اذا اجتمعت الوصايا فاقبأ سوى العين فان اجتمعت الوصايا في العين فان اجتمعت في عين مشار اليها
 بان أوصى بعين واحدة لاثنين أو أكثر أو أوصى لكل واحد بجميع العين فقد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى تقسم العين
 بين أصحاب الوصايا على عددهم فيضرب كل واحد منهم بالقدر الذي حصل له بالقسمة ولا يضرب بجميع تلك العين وان
 وقعت القسمة بجميع العين وذلك نحو أن يقول أوصيت بعدي هذا القلان ثم قال وقد أوصيت بعدي هذا القلان
 آخر والعبد يخرج من ثلث ماله فان العبد يقسم بينهما نصفين على عددهما وهما اثنان فيضرب كل واحد منهما بنصف
 العبد ولا يضرب بأكثر من ذلك وكذلك ان أوصى به لثلاثة أو لاربعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضرب كل
 واحد منهما بجميع وصيته ويتفق الجواب في تقديم ما يستحق كل واحد منهما من العبد في هذه الصورة لكن
 بناء على أصليين مختلفين وانما يظهر ثمرة اختلاف الأصلين فيما اذا انضمت الى الوصية لهما وصية لثالث بأن كان له
 عبد والقادرهم سوى ذلك فاوصى بالعبد لثلاثين ثم أوصى به لآخر وأوصى لرجل آخر بالف درهم فنسأله
 حنيفة رحمه الله يضرب كل واحد من الموصى له بالعبد بنصف العبد وهذا بنصفه وهذا بنصفه ويضرب الموصى له
 بالف درهم بالف فيقتسمون بالثلث ارباعا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يضرب كل واحد من الموصى لهما
 بالعبد بجميع العبد والموصى له بالف يضرب بالف فيقتسمون الثلث اثلاثا بناء على الأصل الذي ذكرنا فاما تقدم أن
 الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب بأكثر من الثلث عنده وعندهما يضرب بجميع وصيته فهما يقولان لان التسمية
 وقعت لجميع العين الا انها لا تظهر في حق الاستحقاق فتظهر في حق الضرب كما في أصحاب الديون وأصحاب العول وأبو
 حنيفة رحمه الله يقول ان الموصى قد أبطل وصية كل واحد منهما في نصف العين فله ولاية الا بطل الا يرى ان
 له ان يرجع فيبطل استحقاق كل واحد منهما نصف العين فالضرب بالجميع يكون ضرر بوصية باطلة فكان باطلا
 بخلاف الغرماء فانه ليس لمن عليه الدين ولاية ابطال حقهم فيضرب كل واحد منهم بكل حقه وبخلاف أصحاب
 العول لانه لم يؤخذ من جهة الميت بسبب يبطل شهادتهم فيضربون بجميع ما ثبت حقهم فيه ولو كان له عبد آخر قيمته
 الف درهم والف درهم فأوصى بعبد لرجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله فالثلث وهو قدر الف درهم يكون بينهما
 نصفين خمسمائة للموصى له بجميع العبد وخمسمائة للموصى له بالثلث غير ان ما أصابه الموصى له بالجميع يكون في العبد
 وذلك خمسة اسداس العبد وما أصاب الموصى له بالثلث يكون بعضه في العبد وهو سدس ما بقي من العبد وهو عشر العبد
 والبعض في الدراهم وهو خمس الالفين فيضرب الموصى له بجميع العبد بخمسة اسداسه والموصى له بالثلث يضرب
 بسدس العبد وخمس الالفين على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه اجتمع في العبد وصيتان وصية بجميعه وصية
 بثلثه لان الوصية بثلث المال تناولت العبد لكونه مالا فاجتمعت في العبد وصيتان فسلم للموصى له بجميع العبد ثلثاه
 بلا منازعة والثلث ينازعه فيه الموصى له بالثلث فيكون على الحساب من ثلاثة لحاجتنا الى الثلث وأقل حساب يخرج

منه الثلث ثلاثة قسيمان خليا عن منازعة الموصى له بالثلث فسلم ذلك للموصى له بالجميع بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتهم فيه فيكون بينهما فينكسر فنضرب اثنين في ثلاثة فيكون ستة فثلثا الستة وهو أربعة أسهم للموصى له بالجميع لانه لا ينازعه فيه أحد وثلاثها وهو سهمان ينازعه فيه الموصى له بالثلث واستوت منازعتهم فيه فيقسم بينهما الكل واحد منهما سهم واذا صار العبد وقيمته الف على ستة يصير كل الف من الدراهم على ستة فصار الاثنان على اثني عشر للموصى له بالثلث منهما أربعة أسهم فصار له خمسة أسهم أربعة أسهم من الدراهم وسهم من العبد والموصى له بالجميع خمسة أسهم كلها في العبد لانه لا وصية له في الدراهم فصارت وصيتهما جميعا عشرة أسهم فاجعل ثلث المال على عشرة أسهم فالثلثان عشرون سهما فالكل ثلاثون سهما والعبد ثلث المال لان قيمته الف درهم فصار العبد على عشرة أسهم والاثنان على عشرين سهما فادفع وصيتهما من العبد فوصية الموصى له بالجميع خمسة وهو نصف العبد ووصية الموصى له بالثلث سهم وذلك خمس ما بقي من العبد وادفع وصية الموصى له بالثلث من الدراهم وذلك عشرين سهما أربعة أسهم وهو خمس الاثنين على ما ذكره في الاصل فبقي من العبد أربعة أسهم لا وصية فيها فادفع الى الورثة فيكمل لهم الثلثان لان الموصى له بالثلث قد أخذ من الاثنين أربعة أسهم وذلك أربعة أسهم وحصل للموصى له بالعبد خمسة أسهم من العبد وذلك نصفه وحصل للموصى له بالثلث أربعة أسهم من الدراهم وذلك خمسا لانا جعلنا الاثنين على عشرين سهما وأربعة من عشرين خمسا وحصل له من العبد سهم وذلك خمس العبد وحصل للورثة عشرين سهما وهي الثلثان ستة عشر سهما وذلك أربعة أسهم من العبد وذلك خمسا هذا قول أبي حنيفة رحمه الله (وأما) على قولهما فيقسم على طريق العول والمضاربة فصاحب العبد يضرب بجميع ثلثه وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم فيحتاج الى حساب له ثلث وأقله ثلاثة فصاحب العبد يضرب بالجميع وذلك ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث وذلك سهم فصار العبد على أربعة أسهم واذا صار العبد على أربعة أسهم مع العول صار كل ألف على ثلاثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول في الالف فصارت الاثنان على ستة أسهم فلموصى له بالثلث ثلثها وذلك سهمان فبين ان وصيتهما ستة أسهم وصية صاحب العبد ثلاثة كلها في العبد ووصية صاحب الثلث ثلاثة أسهم سهان في الدراهم وسهم في العبد فاجعل ذلك ثلث المال واجعل العبد ثلث المال واجعل العبد على ستة أسهم وادفع اليهما وصيتهما من العبد لصاحب العبد ثلاثة أسهم ولصاحب الثلث سهم بقي سهمان فاضلانا لا وصية فيهما فادفع ذلك الى الورثة حتى يكمل لهم الثلثان لان صاحب الثلث قد أخذ سهمين من الدراهم وانتقص نصيب الورثة من الدراهم فيدفع سهمين من العبد اليهم حتى يكمل لهم الثلثان وقد جعل ثلث المال وهو العبد على ستة أسهم فالثلثان يكونان اثني عشر فادفع وصية صاحب الثلث من ذلك سهمين ثم ضم السهمين من العبد الذي لا وصية فيهما الى عشرة أسهم حتى يكمل لهم الثلثان فحصل للورثة عشرة أسهم من الدراهم وسهمان من العبد والموصى له بالعبد ثلاثة أسهم وذلك نصف العبد كله في العبد والموصى له بالثلث سهم في العبد وذلك سدس العبد وسدس الاثنين وهما سهمان من اثني عشر والله تعالى أعلم ولو كان له عبدان قيمتهما واحدة لا مال له غيرهما فأوصى لرجل بأحدهما بعينه ولا آخر بثلث ماله فان الثلث يقسم بينهما على سبعة أسهم وهذه المسئلة مبنية على مسئلتين احدهما ان الثلث يقسم بينهما على طريقة المنازعة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما على طريق العول والثانية ان المذهب عند أبي حنيفة ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث الا في مواضع الاستثناء على ما بينا اذا عرفت هذا فنقول التمس في هذه المسألة على طريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله لانه اجتمع في العبد وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه والثلثان يسلمان لصاحب الجميع بلا منازعة لانه لا ينازعه فيه صاحب الثلث وذلك سهمان من ثلاثة والثلث وهو سهم استوت منازعتهم فيه فيقسم بينهما الكل واحد منهما نصف سهم فانكسر فنضرب اثنين في ثلاثة فيصير ستة قلنا الستة تسلم لصاحب الجميع بلا منازعة وهو أربعة أسهم والثلث وهو سهمان استوت

منازعتهم فيه فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم فصار لصاحب الجميع خمسة أسهم ولصاحب الثلث سهم فلما صار هذا العبد على ستة أسهم صار العبد الآخر على ستة للموصي له بالثلث منهما سهمان فصار وصية صاحب الثلث ثلاثة أسهم سهمان في العبد الذي لا وصية فيه وسهم في العبد الذي فيه وصية ووصية صاحب العبد خمسة أسهم وذلك أكثر من ثلث المال لأن جميع المال اثنا عشر فثلثها أربعة والمذهب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الموصي له بأكثر من الثلث لا يضرب له إلا بالثلث فنطرح من وصيته سهما فتصير وصيته أربعة أسهم ووصية الآخر ثلاثة أسهم وذلك سبعة أسهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثله وذلك أربعة عشر وجميع المال احد وعشرون وماله عبدان فبين أن كل عبد على عشرة ونصف لأن كل عبد مقدار نصف المال فيدفع من العبد الموصى به وصيتهما فيه ويدفع اليهما بوصية صاحب الجميع أربعة أسهم في العبد فيدفع ذلك اليه ووصية صاحب العبد سهم واحد في العبد فيدفع ذلك اليه فبقي من العبد خمسة أسهم ونصف فادفع ذلك إلى الورثة فيقسم بينهم على فرائض الله تعالى ويؤخذ من العبد الذي لا وصية فيه سهمان ويدفع إلى الموصي له بالثلث فبقي من هذا العبد ثمانية ونصف يدفع إلى الورثة فيقسم بينهم على فرائض الله تعالى فصارت كلها سبعة أسهم وهي ثلث المال لفصل للموصي له بالعبد منهما خمسة أسهم وللموصي له بالثلث سهمان وحصل للورثة من العبد الموصى به خمسة ونصف ومن العبد الذي لا وصية فيه ثمانية ونصف فذلك أربعة عشر وهي ثلثا المال فاستقام الحساب على الثلث والثلثين وأما على قول أبي يوسف ومحمد فيقسم على طريق العول فنقول اجتمع في العبد وصيتان وصية بجمعه ووصية بثلثه ومخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع وذلك ثلاثة أسهم وصاحب الثلث يضرب بثلثه وهو سهم فصار العبد على أربعة أسهم وهو معنى العول فلما صار هذا العبد على أربعة بالعول يجعل العبد الآخر على ثلاثة بغير عول لأنه لا حاجة إلى العول في ذلك العبد فسمهم من ذلك العبد للموصي له بالثلث فصارت وصية صاحب الثلث سهمين سهم من العبد الذي فيه الوصية وسهم من العبد الذي لا وصية فيه ووصية صاحب العبد ثلاثة أسهم فذلك خمسة أسهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثله وذلك عشرة والجميع خمسة عشر وماله عبدان فيصير كل عبد على سبعة ونصف فيدفع وصية صاحب العبد من العبد اليه وذلك ثلاثة ووصية صاحب الثلث اليه وذلك سهم يبقى من هذا العبد ثلاثة ونصف فيدفع ذلك إلى الورثة ويدفع من العبد الآخر سهم إلى الموصي له بالثلث يبقى ستة أسهم ونصف من العبد الذي فيه الوصية وستة أسهم ونصف من العبد الآخر فاستقامت القسمة على الثلث والثلثين والله تعالى أعلم

فصل وأما صفة هذا العقد فله صفتان أحدهما قبل الوجود والآخرى بعد الوجود أما التي هي قبل الوجود فهي أن الوصية بالقرائن والواجبات واجبة وبما وراءها جائزة ومندوب إليها ومستحبة في بعض الأحوال وعند بعض الناس الكل واجب وقد ينأ ذلك كله في صدر الكتاب وأما التي هي بعد الوجود فهي أن هذا العقد غير لازم في حق الموصي حتى يملك الرجوع عند ما دام حيا لأن الموجود قبل موته مجرد إيجاب وأنه محتمل الرجوع في عقد المعاوضة فهي بالتبرع أولى كما في الهبة والصدقة إلا التبرع المطلق خاصة فإنه لازم لا يحتمل الرجوع أصلا وإن كان وصية لأنه إيجاب يضاف إلى الموت ولهذا يعتبر من الثلث لأنه سبب لثبوت العتق والعتق لازم وكذا سببه لأنه سبب حكم لازم وكذا التبرع المقيّد لا يحتمل الرجوع نصا ولكنه يحتمله دلالة بالتعليك من غيره لأن العتق فيه تعلق بموت موصوف بصفة وقد لا توجد تلك الصفة فلم يستحكم السبب ثم الرجوع قد يكون نصا وقد يكون دلالة وقد يكون ضرورة أما النجس فهو أن يقول الموصي رجعت أما الدلالة فقد تكون فعلا وقد تكون قولاً وهو أن يفعل في الموصى به فعلا يستدل به على الرجوع أو يتكلم بكلام يستدل به على الرجوع وبيان هذه الجملة إذا فعل في الموصى به فعلا لوفعه في المنصوب لا تقطع به ملك المالك كان رجوعا كما إذا وصى بثوب ثم قطعه وخطه قيصاً أو قباء أو بظن ثم غزله ولم يغزله ثم نسيجه أو محببته ثم صنع منها إناء أو سيفاً أو سكيناً أو فضة ثم صاغ منها حلياً ونحو ذلك لأن هذه الأفعال لما

أوجبت بطلان حكم ثابت في الحل وهو الملك فلا نوجب بطلان مجرد كلام من غير حكم أصلاً أولى ثم وجه الدلالة منها على التفصيل ان كل واحد منها تبديل العين وتصييرها شيئاً آخر معنى واسماً فكان استهلاكاً كلها من حيث المعنى فكان دليل الرجوع فصار كالمشترى بشرط الخيار اذا فعل في المبيع فعلا يدل على ابطال الخيار يبطل خياره والا صل في اعتبار الدلالة اشارة النبي صلى الله عليه وسلم بقوله للمخيرة ان وطئت زوجك فلا خيار لك ولو أوصى بقميص ثم نقضه فجعله قباء فهو رجوع لان الخياطة في ثوب غير منقوض دليل الرجوع فمع النقض أولى وان نقضه ولم يخطه لم يذكر في الكتاب واختلف المشايخ فيه والاشهر انه ليس برجوع لان العين بعد النقض قائمة تصليح لما كانت تصليح له قبل النقض ولو باع الموصى به أو أعتقه أو أخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه كان رجوعاً لان هذه التصرفات وقعت صحيحة لمصادقتها ملك نفسه فأوجبت زوال الملك فلو بقيت الوصية مع وجودها لتعينت في غير ملكه ولا سبيل اليه ولو باع الموصى به ثم اشتراه أو وهبه وسلم ورجع في الهبة لا تعود الوصية لانها قد بطلت بالبيع والهبة مع التسليم لزوال الملك والعائد ملك جديد غير موصى به فلا تصير موصى به لان بوصية جديدة ولو أوصى بعبد فغصبه رجل ثم رده بعينه فالوصية على حالها لان العصب ليس فعل الموصى والموصى به على حاله فبقيت الوصية الا اذا استهلكه الغاصب أو هلك في يده فتبطل الوصية لبطلان محل الوصية وكذا لو أوصى بعبد ثم دبره أو كاتبه أو باع نفسه منه كان رجوعاً لان التدبير اعتاق من وجه أو مباشرة سبب لازم لا يحتمل الفسخ والنقض وكل ذلك دليل الرجوع والمكتابة معاوضة الا أن العوض متأخر الى وقت أداء البدل فكان دليل الرجوع كالبيع وبيع نفس العبد منه اعتاق فكان رجوعاً ولو أوصى بعبد لانسان ثم أوصى أن يباع من انسان آخر لم يكن رجوعاً وكانت الوصية لهما جميعاً لانه لا تنافي بين الوصيتين لان كل واحدة منهما تملك الا أن احدهما تملك بغير بدل والاخرى تملك ببدل فيكون العبد بينهما نصفه للموصى له به ونصفه يباع للموصى له بالبيع ولو أوصى أن يعتق عبده ثم أوصى بعد ذلك أن يباع من فلان أو أوصى أولاً بالبيع ثم أوصى بالاعتاق كان رجوعاً لما بين الوصيتين من التنافي اذ لا يمكن الجمع بين الاعتاق والبيع فكان الاقدام على الثانية دليل الرجوع عن الاولى وهذا هو الاصل في جنس هذه المسائل انه اذا أوصى بوصيتين متنافيتين كانت الثانية مبطلّة للاولى وهو معنى الرجوع وان كانتا غير متنافيتين نفذتا جميعاً ولو أوصى بشاة ثم ذبحها كان رجوعاً لان الملك في باب الوصية ثبت عند الموت والشاة المذبوحة لا تبقى الى وقت الموت عادة بل تفسد فكان الذبح دليل الرجوع ولو أوصى بثوب ثم غسله أو بدار ثم حصصها أو هدمها لم يكن شيء من ذلك رجوعاً لان الغسل ازالة الدرن والوصية لم تتعلق به فلم يكن الغسل تصرفاً في الموصى به وتخصيص الدار ليس تصرفاً في الدار بل في البناء لان الدار اسم للعرصة والبناء بمنزلة الصفة فيكون تبعاً للدار والتصرف في التبع لا يدل على الرجوع عن الاصل ونقض البناء تصرف في البناء والبناء صفة وانها تابعة ولو أوصى لرجل أن يشتري له عبداً بعينه ثم رجع العبد الى الموصى بهبة أو صدقة أو وصية أو ميراث فالوصية لا تبطل ويجب تنفيذها لان الوصية ما وقعت بثمن العبد بل بعين العبد وهو مقصود الموصى وانما ذكر الشراء للتوصل به الى ملكه وقد ملكه فتنفذ فيه الوصية ولو أوصى بشيء لانسان ثم أوصى به لآخر فجعلته الكلام فيه انه اذا أعاد عند الوصية الثانية الوصية الاولى والموصى له الثاني محل قابل للوصية كان رجوعاً وكان اشراكاً في الوصية وبيان هذه الجملة اذا قال أو وصيت بثلاث مالى لفلان ثم قال أو وصيت بثلاث مالى لفلان آخر ممن تجوز له الوصية فالثالث بينهما نصفان وكذا لو قال أو وصيت بهذا العبد لفلان وهو يخرج من الثلث ثم قال أو وصيت به لفلان آخر ممن تجوز له الوصية كان العبد بينهما نصفين ولو قال أو وصيت بثلاث مالى لفلان أو بعبدى هذا الفلان ثم قال الذى أو وصيت به لفلان أو العبد الذى أو وصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعاً عن الاولى وامضاء الثانية وانما كان كذلك لان الاصل في الوصية بشيء لانسان ثم الوصية به لآخر هو الاشراك لان فيه عملاً بالوصيتين بقدر الامكان والا صل في تصرف العاقل صيانيته عن الا بطلان ما مكن وفي الحل على الرجوع ابطال احدى الوصيتين من كل وجه وفي الحل على

الاشراك عمل بكل واحد منهما من وجه فيحمل عليه ما يمكن وعند الاعادة وكون الثاني محلاً للوصية لا يمكن
الحمل على الاشراك لانه لما أعاد علم انه أراد نقل تلك الوصية من الاول الى الثاني ولا ينتقل الا بالرجوع فكان ذلك
منه رجوعاً هذا اذا قال الوصية التي أوصيت بها لفلان فهي لفلان وكذا اذا قال الوصية التي أوصيت بها لفلان
قد أوصيتها لفلان أو فقد أوصيتها لفلان فاما اذا قال وقد أوصيت بها لفلان فهذا يكون اشراكاً لان الواو للشركة
وللا اجتماع ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي باطلة فهذا رجوع لانه نص على ابطال الوصية الاولى وهو من
أهل الابطال والحمل قابل للبطلان فتبطل وهو معنى الرجوع ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي حرام أو هي
ربا لا يكون رجوعاً لان الحرمة لا تنافي الوصية فلم يكن دليل الرجوع ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي لفلان
وارثي كان هذا رجوعاً عن وصيته لفلان ووصيته للوارث فيقف على اجازة الورثة لانه نقل الوصية الاولى بعينها
الى من يصح النقل اليه لان الوصية للوارث صحيحة بدليل انها تقف على اجازة بقية الورثة والباطل لا يحتمل التوقف
واذا انتقلت اليه لم يبق للاول ضرورة وهذا معنى الرجوع ثم ان اجازت بقية الورثة الوصية لهذا الوارث قدت
وصار الموصي به للموصي له وان رددوا بطلت ولم يكن للموصي له الاول لصحة الرجوع لانتقال الوصية منه وصار
ميراثاً للورثة الموصى كما لو قال الوصية التي أوصيت بها لفلان فهي لعمر وبن فلان وعمر وحى يوم قال
الموصي هذه المقالة كان رجوعاً عن وصيته لان الوصية لعمر وقعت صحيحة لانه كان حياً وقت كلام الوصية فيصح
النقل اليه فيصح الرجوع ولو كان عمر وميتاً يوم كلام الوصية لم تصح الوصية لان الميت ليس بمحل للوصية فلم يصح
ايجاب الوصية له فلم يثبت ما في ضمنه وهو الرجوع ولو كان عمر وحياً يوم الوصية حتى سحقت ثم مات عمر وقبل
موت الموصي بطلت الوصية لان نفاذها عند موت الموصي وتعذر تنفيذها عند موته لكون الموصي له ميتاً فكان المال
كله للورثة ولو قال الثلث الذي أوصيت به لفلان فهو لعقب عمر وفاذا عمر وحى ولكنه مات قبل موت الموصي
فالثلث لم يقب له وكان رجوعاً عن وصية فلان لان قوله لعقب عمر وقع صحيحاً اذا كان لعمر وعقب يوم موت الموصي
لان عقب الرجل من يعقبه بعد موته وهو ولده فانما مات عمر وقبل موت الموصي فقد صار ولده عقبه يوم نفاذ
الايجاب وهو يوم موت الموصي فصحت الوصية كما لو أوصى بثلث ماله لولد فلان ولا ولده يومئذ ثم ولده ولد
ثم مات الموصي ان الثلث يكون له كذا ههنا ثم اذا صح ايجاب الثلث له بطل حق الاول لما قلنا فان مات عقب عمر و
بعد موت عمر وقبل موت الموصي رجع الثلث الى الورثة لان الايجاب لهم قد صح لكونهم عقباً لعمر وثبت
الرجوع عن الاول ثم بطل استحقاقهم بموتهم قبل موت الموصي فلا يبطل الرجوع ولو مات الموصي في حياة
عمر وقال الثلث للموصي له لان الموصي قد مات ولم يثبت للموصي لهم اسم العقب بعد فبطل الايجاب لهم أصلاً فبطل
ما كان ثبت في ضمنه وهو الرجوع عن الوصية الاولى ولو أوصى ثم جحد الوصية ذكر في الاصل انه يكون رجوعاً
ولم يذكر خلافاً قال المولى عن أبي يوسف في نوادره قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في رجل أوصى بوصية ثم
عرضت عليه من الغد فقال لا أعرف هذه الوصية قال هذا رجوع منه وكذلك لو قال لم أوص بهذه الوصية قال
وسألت محمداً عن ذلك فقال لا يكون الجحد رجوعاً وذكر في الجامع اذا أوصى بثلث ماله لرجل ثم قال بعد ذلك
اشهدوا اني لم أوص لفلان بقليل ولا كثير لم يكن هذا رجوعاً منه عن وصية فلان ولم يذكر خلافاً فيجوز ان يكون
ما ذكر في الاصل قول أبي يوسف وما ذكر في الجامع قول محمد ويجوز ان يكون في المسئلة روايتان (وجهه) ما ذكر في
الجامع ان الرجوع عن الوصية يستدعي سابقة وجود الوصية والجحد انكار وجودها أصلاً فلا يتحقق
فيه معنى الرجوع فلا يمكن أن يجعل رجوعاً ولهذا لم يكن جحد النكاح طلاقاً ولان انكار الوصية بعد وجودها
يكون كذباً محضاً فكان باطلاً لا يتعلق به حكم كالاقرار بالكذب حتى لو أقر بجارية لا تسبان كاذباً والمقر له يعلم
ذلك لا يثبت الملك حتى لا يحل وطؤها وكذا سائر الاقرار بالكاذبة انها باطلة في الحقيقة كذا الانكار الكاذب

(وجه) ما ذكر في الاصل ان معنى الرجوع عن الوصية هو فسخاها وبطلها وفسخ العقد كلام يدل على عدم الرضا بالعقد السابق وبثبوت حكمه والوجود في معناه لان الجاحد لتصرف من التصرفات غير راض به وبثبوت حكمه فيتحقق فيه معنى الفسخ فحصل معنى الرجوع وروى ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى لو ان رجلا اوصى بوصايا الى رجل فقيل له انك ستبرأ فاخر الوصية فقال آخرتها فهذا ليس برجوع ولو قيل له اتركها فقال قد نركتها فهذا رجوع لان الرجوع عن الوصية هو ابطال الوصية والتأخير لا يني عن الابطال والترك يني عنه ألا يرى انه لو قال آخرت الدين كان تأجيله لا ابطالا ولو قال تركته كان ابراء روى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل اوصى بثلاث ماله لرجل مسمى وأخبر الموصى أن ثلث ماله ألف أو قال هو هذا فاذا ثلث ماله أكثر من ألف فان أباحنيقة رحمه الله قال ان له الثلث من جميع ماله والتسمية التي سمي باطلا لا ينقض الوصية خطؤه في ماله انما غلط في الحساب ولا يكون رجوعا في الوصية (وهذا) قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لانه لما اوصى بثلاث ماله فقد أوصى بوصية صحيحة لان حصة الوصية لا تقف على بيان مقدار الموصى به ف وقعت الوصية صحيحة بدونه ثم بين المقدار وغلط فيه والغلط في قدر الموصى به لا يقدح في أصل الوصية فثبتت الوصية متعلقة بثلاث جميع المال ولانه يحتمل ان يكون هذا رجوعا عن الزيادة على القدر المذكور ويحتمل أن يكون غلطا وقع الشك في بطلان الوصية فلا تبطل مع الشك على الاصل المعهود ان الثابت بيقين لا يزول بالشك ولو قال اوصيت بغني كلها وهي مائة شاة فاذا هي أكثر من مائة وهي تخرج من الثلث فالوصية جائزة في جميعها ما ذكرناه اوصى بجميع غنمه ثم غلط في العدد قال ولو قال اوصيت له بغني وهي هذه وله غنم غير هاتين تخرج من الثلث فان هذا في القياس مثل ذلك ولكي ادع القياس في هذا وجعل له الغنم التي تسمى من الثلث لانه جمع بين التسمية والاشارة وكل واحد منهما للتعيين غير ان هذه الاشارة أقوى لانها تحصر العين وتقطع الشركة فتعلقت الوصية بالشار اليه فلا يستحق الموصى له غيره بخلاف ما اذا قال اوصيت له بثلاث مالى وهو هذا وله مال آخر غيره انه يستحق ثلث جميع المال لان الاشارة هناك لم تصح لانه قال ثلث مالى والثلاث اسم للشائع والمعين غير الشائع فلفت الاشارة فتعلقت الوصية بالمسمى وهو ثلث المال وهنا صحت وصية الاشارة وهي أقوى من التسمية فتعلقت الوصية بالشار اليه ولو قال قد اوصيت لفلان برقيق وهم ثلاثة فاذا هم خمسة جعلت الخمسة كلهم في الثلث لانه اوصى برقيقه كلهم لكنه غلط في عددهم والغلط في العدد لا يمنع استحقاق الكل بالوصية العامة ولو اوصى بثلاث ماله لبني عمرو بن حماد وهم سبعة فاذا بنوه خمسة كان الثلث كله لهم لانه جعل الثلث لبني عمرو بن حماد ثم وصف بنيه وهم خمسة بانهم سبعة غلطا فيلغو التلطي ويلحق بالعدم كأنه يتكلم به لانه لما قال وهم سبعة ولم يكونوا الا خمسة فقد اوصى بخمسة موجودين ولعدمين ومتى جمع بين موجود ومعدم وأوصى لهما يلفوذ كالمعدم وتكون الوصية للموجود كما لو قال اوصيت بثلاث مالى لعمرو وخالدا لبني فلان فاذا أحدهما ميت ان الثلث كله للحي منهما كذا هذا وكذلك لو قال لبني فلان وهم خمسة فاذا هم ثلاثة أو قال وهم سبعة فاذا هم ثلاثة أو اثنان لما قلنا ولو قال اوصيت بثلاث مالى لبني فلان وله ثلاث بنين أو اثنان كان جميع الثلث لهم لان الثلاث يقال لهم بنون والاثنان في هذا الباب ملحق بالجميع لان الوصية أخت الميراث وهناك الحق الاثنان بالثلاث في حق استحقاق الثلثين كذا هذا ولو كان لفلان ابن واحد استحق نصف الثلث لانه جعل الثلث للبنين والواحد لا ينطلق عليه اسم البنين لغة ولا له حكم الجماعة في باب الوصية والميراث فلا يستحق الكل وانما صرف اليه نصف الثلث لان أقل من يستحق كمال الثلث في هذا الباب اثنان ولو كان معه آخر لصرف اليهما كمال الثلث فاذا كان وحده يصرف اليه نصف الثلث ولو قال قد اوصيت بثلاث مالى لبني فلان عمرو وحماد فاذا ليس له الا عمرو وكان جميع الثلث له لانه جعل عمروا وحمادا لبني عن قوله ابني فلان كما يقال جاءني أخوك عمرو والبدل عند أهل النحو هو الاعراض عن قوله الاول والاخذ بالثاني فكان المعبر هو الثاني والا ولعلوا كما اذا قلت جاءني أخوك زيد يصير كأنك قلت جاءني زيد واعتمدت عليه وأعرضت

عن قولك أخوك الى هذا ذهب الأئمة من النحويين وهذا قول سيبويه وإذا كان كذلك صار الموصي معتمدا على قوله عمرو وحماد مضرعا عن قوله ابني فلان فصار كأنه قال أوصيت بثلاث مالى لعمرو وحماد وحماد ليس بموجود ولو كان كذلك لصرف كل الثلث الى عمرو وكذا ههنا والاشكال على هذا ان قوله عمرو وحماد كما يصلح ان يكون بدلا عن قوله ابني فلان يصلح ان يكون عطفا بيان والمعتبر في عطف البيان المذكور أولا والثاني يذكر لازالة الجهالة عن الاول كما في قول القائل جاءني أخوك زيد اذا كان في اخوته كثرة كان زيدا مذكورا بطريق عطف البيان لازالة الجهالة المتضمنة في قوله أخوك لكثرة الاخوة بمنزلة النعت وإذا كان المعتبر هو المذكور أولا وهو قوله ابني فلان فاذا لم يكن لفلان الابن واحد وهو عمرو فينبغي أن لا يكون له الا نصف الثلث والجواب نعم هذا الكلام يصلح لهما جميعا لكن الحمل على ما قلنا أولى لان فيه تصحيح جميع تصرفه وهو تملك جميع الثلث وانه أوصى بتمليك جميع الثلث وفي الحمل على عطف البيان اثبات تملك النصف فكان ما قلناه أولى على ان من شرط عطف البيان ان يكون الثاني معلوما كما في قول القائل جاءني أخوك زيد كان زيدا معلوما فزال به وصف الجهالة المعترضة في قوله أخوك بسبب كثرة الاخوة وفي مسئلتنا الثاني غير معلوم لان اسم حماد ليس له مسمى موجود له ليكون معلوما فيحصل به ازالة الجهالة فتعذر حمله على عطف البيان فيجمل بدلا للضرورة (ولو) قال أوصيت لبني فلان وهم خمسة ولفلان ابن فلان بثلاث مالى فاذا بنو فلان ثلاثة فان لبني فلان ثلاثة أربع الثلث ولفلان ابن فلان ربع الثلث لماذا ذكرنا ان قوله وهم خمسة لغو اذا كانوا ثلاثة فبقى قوله أوصيت بثلاث مالى لبني فلان ولفلان ابن فلان فيكون الثلث بينهم أربع باع الحصول الوصية لأربعة فيكون بينهم أربع باع لا استواء كل سهم فيها (ولو) قال قد أوصيت لبني فلان وهم ثلاثة بثلاث مالى فاذا بنو فلان خمسة فالثلث لثلاثة منهم لان قوله لبني فلان اسم عام وقوله وهم ثلاثة تخصيص أى أوصيت لثلاثة من بني فلان فصاح الايصاء لثلاثة منهم غير معينين وهذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية لانها محصورة مستندركة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية لان تنفيذها يمكن كالأوصى لا ولاد فلان وكما لو أوصى بثلاث ماله وهو مجهول لا يدري كم يكون عند موت الموصى بخلاف ما اذا أوصى لواحد من عرض الناس حيث لم يصح لان تلك الجهالة غير مستندركة وكذا الوأوصى لقسيمة لا يحصون لانه لا يمكن حصرها والخيار في تعيين الثلاثة من بينه الى ورثة الموصى لانهم قائمون مقامه والبيان كان اليه لانه هو المبهم فلما مات عجز عن البيان بنفسه فقام من يخلفه مقامه بخلاف ما اذا أوصى لمواليه حيث لم تصح ولم يتم الوارثه مقامه لان هناك تخلف المقصود من الوصية ولا يقف على مقصود الموصى انه أراد به زيادة في الانعام والشكر أو مجازاة أحد من الوارثه فلا يمكنهم التعيين وههنا الامر بخلافه واستشهد محمد رحمه الله لصحة هذه الوصية فقال ألا يرى ان رجلا لو قال أوصيت بثلاث مالى لبني فلان وهم ثلاثة فلان وفلان وفلان فاذا بنو فلان غير الذين ساءهم ان الوصية جائزة لمن سمي لانه خص البعض فكذا ههنا أوضح محمد رحمه الله تعالى جواز تخصيص ثلاثة مجهولين بعلمه لجواز تخصيص ثلاثة معينين وانه ايضاح صحيح ولو قال قد أوصيت بثلاث مالى لبني فلان وهم ثلاثة ولفلان ابن فلان فاذا بنو فلان خمسة فلفلان ابن فلان ربع الثلث لان قوله وهم ثلاثة صحيح لماذا ذكرنا انه تخصيص العام فصار موصيا بثلاث ماله لثلاثة من بني فلان ولفلان ابن فلان فكان فلان رابعهم فكان له ربع الثلث وثلاثة أرباعه لثلاثة من بني فلان ولو أوصى لرجل بمائة ورجل آخر بمائة ثم قال لا آخر قد أشركتكم معهما فله ثلث كل مائة لان الشراكة تقتضى التساوى وقد أضافا اليهما فيقتضى ان يستوى كل واحد منهما ولا يتحقق المساواة الا بأن يأخذ من كل واحد منهما ثلث ما في يده فيكون لكل واحد ثلث المائة فتحصل المساواة وان أوصى لرجل بأربعمائة ولا آخر بمائتين ثم قال لا آخر قد أشركتكم معهما فله نصف ما أوصى لكل واحد منهما لان تحقيق المشاركة بينهم على سبيل الجملة غير ممكن في هذه الصورة لا اختلاف الا نصيباء فيتحقق التساوى على سبيل الاشراف تحقيقا لمقتضى الشراكة بقدر الامكان (وكذا) لو أوصى لثنتين لكل واحد جارية ثم أشرك فيهما ثالثا كان له نصف كل واحدة منهما لماذا ذكرنا

ان اثبات الاستواء على سبيل الاجتماع غير ممكن (ولو قال) سدس مالى لقلان ثم قال في ذلك المجلس أوفى مجلس آخر
 ثلث مالى لقلان فاجازت الورثة فله ثلث المال لان الموصى أثبت الثلث فثبت وهو يتضمن السدس فثبت المتضمن
 به بثبوت المتضمن فيصير كانه أعاد الاول زيادة ولو قال سدس مالى لقلان وصية سدس مالى لقلان فانه هو سدس
 واحد لان الاصل ان المعرفة اذا كررت كان المراد بالثاني هو الاول والسدس ههنا ذكر معرفة لا ضافته الى المال
 المعروف بالاضافة الى ضمير المتكلم والله تعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بخاتم لقلان وبفضه لقلان آخر
 وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان كانت الوصيتان في كلام واحد متصل واما ان كانتا في كلام منفصل فان
 كانتا في كلام منفصل فالحلقة للموصى له بالخاتم والقص للموصى له بالقص بخلاف وان كانتا في كلام منفصل
 فكذلك في قول أبى يوسف وقيل انه قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً وقال محمد رحمه الله تعالى الحلقة للموصى
 له بالخاتم والقص بينهما (وجه) قوله ان الوصية بالخاتم تناول الحلقة والقص وبالصيغة لا آخر بالقص لم يتبين ان القص
 لم يدخل واذا كان كذلك بقى القص داخل في الوصية بالخاتم واذا أوصى بالقص لا آخر فقد اجتمع في القص وصيتان
 فيشتركان فيه ويسلم الحلقة للاول ولا بى يوسف رحمه الله تعالى ان اسم الخاتم يتناول القص الذي فيه اما بطريق
 التضمن لانه جزء من أجزاء الخاتم بمنزلة اسم الانسان انه يتناول جميع أجزائه بطريق التضمن واما بطريق التبعية
 لكن عند الاطلاق فاذا أفرد البعض بالصيغة لا آخر تبين انه لم يتناوله حيث جعله منصوباً عليه أو مقصوداً بالوصية
 فقطعت التبعية لان الثابت نصاً فوق الثابت ضمناً وتبعاً والاصل في الوصايا ان يقدم الاقوى فالاقوى وصار هذا كما
 اذا أوصى بعبده لانيسان وبخدمته لا آخر ان الرقبة تكون للموصى له الاول والخدمة للموصى له الثاني لما قلنا كذا
 هذا وبهذين ان هذا ليس نظير اللفظ العام اذا ورد عليه التخصيص لان اللفظ العام يتناول كل فرد من أفراد
 العموم بحر وفه فيصير كل فرد من أفراد منصوصاً عليه وههنا كل جزء من أجزاء الخاتم لا يصير منصوباً
 عليه بذكر الخاتم ألا يرى ان كل جزء من أجزاء الخاتم لا يسمى خاتماً كما لا يسمى كل جزء من أجزاء الانسان انساناً فلم
 يكن هذا نظير اللفظ العام فلا يستقيم قياسه عليه مع ما ان المذهب الصحيح في العام انه يحتمل التخصيص بدليل
 متصل ومنفصل والبيان المتأخر لا يكون نسخاً لا محالة بل قد يكون نسخاً وقد يكون تخصيصاً على ما عرف في أصول
 الفقه على ان الوصية بالخاتم وان تناولت الحلقة والقص لكنه لما أوصى بالقص لا آخر فقد رجع عن وصيته بالقص
 للاول والوصية عقد غير لازم مادام الموصى حياً فتحتمل الرجوع ألا يرى انه يحتمل الرجوع عن كل ما أوصى به في
 البعض أو لى فيجعل رجوعاً في الوصية بالقص للموصى له بالخاتم وعلى هذا اذا أوصى بهذه الامة لقلان وبما في يدها
 لا آخر أو أوصى بهذه الدار لقلان وبنائها لا آخر أو أوصى بهذه القوصرة لقلان وبالثمر الذي فيها لا آخر ان كان
 موصولاً كان لكل واحد منهما ما أوصى له به بالاجماع وان كان مفصولاً فعلى الاختلاف الذي ذكرنا ولو أوصى بهذا
 العبد لقلان وبخدمته لقلان آخر أو أوصى بهذه الدار لقلان وبسكنائها لا آخر أو بهذه الشجرة لقلان وبثمرتها لا آخر
 أو بهذه الشاة لقلان وبصوفها لا آخر فلكل واحد منهما ما سمي له بخلاف سواء كان موصولاً أو مفصولاً لان اسم
 العبد لا يتناول الخدمة واسم الدار لا يتناول السكنى واسم الشجرة لا يتناول الثمرة لا بطريق العموم ولا بطريق
 التضمن لان هذه الاشياء ليست من أجزاء العين الا ان الحكم متى ثبت في العين ثبت فيها بطريق التبعية لكن اذا
 لم يفرّد التبعية بالوصية فاذا أفردت صارت مقصودة بالوصية فلم يبق تابعة فيكون لكل واحد منهما ما أوصى له به أو
 تجعل الوصية الثابتة رجوعاً عن الوصية بالخدمة والسكنى والثمره والوصية تقبل الرجوع وهذه المسائل حجة أبى
 يوسف في المسئلة الاولى ولو ابتدأ بالتبعية في هذه المسائل ثم بالاصل بان أوصى بخدمة العبد لقلان ثم بالعبد لا آخر
 أو أوصى بسكنى هذه الدار لانيسان ثم بالدار لا آخر أو بالثمره لانيسان ثم بالشجرة لا آخر فاذا ذكر موصولاً فلكل
 واحد منهما ما أوصى له به وان ذكر مفصولاً فالاصل للموصى له بالاصل والتبعية بينهما نصفان لان الوصية الثابتة

تناولت الاصل والتبع جميعاً فقد اجتمع في التبع وصيتان فيشتركان فيه ويسلم الاصل لصاحب الاصل وهذا حجة
 محمد رحمه الله تعالى في المسئلة المتقدمة ولو اوصى بعبده لانسان ثم اوصى بخدمته لاخر ثم اوصى له بالعبد بعدما اوصى
 له بالخدمة او اوصى بخاتمه لانسان ثم اوصى بفسه لاخر ثم اوصى له بالخاتم بعدما اوصى له بالقص او اوصى بحجارته
 لانسان ثم اوصى بولده لاخر ثم اوصى له بالجارية بعدما اوصى له بولدها فالاصل والتبع بينهما نصفان نصف
 العبد لهذا ونصفه للآخر ولهذا نصف خدمته وللآخر نصف خدمته وكذلك الجارية مع ولدها والخاتم مع القص
 لان الوصية لاحدهما بالاصل وصية بالتبع وببطل حكم الوصية بالتبع باقراده وصار كأنه اوصى لكل واحد
 بالاصل والتبع نصا ولو كان كذلك لاشتركا في الاصل والتبع كذا هذا فان كان اوصى للثاني بنصف العبد قسم
 العبد بينهما أثلاثا وكان للثاني نصف الخدمة لانه لما اوصى له بنصف العبد بطلت وصيته في خدمة ذلك النصف
 لدخولها تحت الوصية بنصف العبد وبقيت وصيته بالخدمة في النصف الآخر وذكر ابن ساعدة ان ابا يوسف رجع
 عن هذا وقال اذا اوصى بالعبد لرجل واوصى بخدمته لاخر ثم اوصى بربة العبد أيضاً لصاحب الخدمة فان العبد
 بينهما والخدمة كلها للموصى له بالخدمة لاقراده بالوصية بالخدمة فوق صحبها فلا تبطل بالوصية بالربة فصار الموصى
 له الثاني موصى له بالربة والخدمة على الاقراد فيستحق نصف الربة لمساواته صاحبه في الوصية بها وينفرد بالوصية
 بالخدمة وقال لو اوصى لرجل بامة تخرج من الثلث واوصى لاخر بما في بطنها واوصى بها أيضاً للذي اوصى له بما في
 البطن فالامة بينهما نصفان والولد كله للذي اوصى له به خاصة لا يشتركه فيه صاحبه لما ذكرنا انهما تساويا في استحقاق
 الربة واقرده صاحب الولد بالوصية به خاصة ولو اوصى بالدار لرجل واوصى ببيت فيها بعينه لاخر فان البيت بينهما
 بالحصص وكذا لو اوصى بالف درهم بعينها لرجل واوصى بما اتم منها لاخر كان تسعة مائة لصاحب الف والمائة
 بينهما نصفان لان اسم الدار يتناول البيوت التي فيها بطريق الاصل لا بطريق التبعية وكذا اسم الف يتناول كل
 مائة منها بطريق الاصل وكان كل واحد منهما أصلاً في كونه موصى به فيكون بينهما وهذا لا خلاف فيه وانما
 الخلاف في كيفية القسمة فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى على طريق المنازعة وعند أبي يوسف على طريق المضاربة
 فيقسم على احد عشر لصاحب المائة جزء من احد عشر في المائة ولصاحب الف عشرة أجزاء في جميع الف وكذلك
 الدار والبيت ولو اوصى ببيت بعينه لرجل وساحته لاخر كان البناء بينهما بالحصص لان البيت لا يسمى يتبادلون
 البناء فكانت وصية الاول متناولة للبناء بطريق الاصل فيشارك الموصى له بالساحته بخلاف الوصية بدار لانسان
 وبناتها لاخر انهما لا يشتركان في البناء بل تكون العرصه للموصى له بالدار والبناء لاخر لان اسم الدار لا يتناول البناء
 بطريق الاصل بل بطريق التبعية اذ الدار اسم للعرصة في اللغة والبناء فيها تابع بدليل انها تسمى دارا بعد زوال البناء
 فكان دخول البناء في الوصية بالدار من طريق التبعية فكانت العرصه للاول والبناء للثاني والله تعالى اعلم (واما)
 الرجوع الثابت من طريق الضرورة فتوهم ان أحدهما ان يتصل بالعين الموصى به زيادة لا يمكن تسليم العين بدونها كما
 اذا اوصى بسويق ثم لته بالسمن لان الموصى به اتصل بالسمن لا يمكن تسليمه بدون السمن فلهذا لا يمكن تسليمه بدون السمن فلهذا لا يمكن
 تثبيت الرجوع ضرورة وكذا اذا وصى بدار ثم بنى فيها أو اوصى بقطن ثم حشاه جبة فيه أو اوصى ببطانة ثم
 بطنها أو بظاهرة ثم ظهرها لا يمكن تسليم الموصى به الا بتسليم ما اتصل به ولا يمكن تسليمه الا بالتقضى ولا سبيل
 الى التكليف بالتقضى لانه تصرف في ملك نفسه فجعل رجوعاً من طريق الضرورة ويمكن اثبات الرجوع في هذه
 المسائل من طريق الدلالة أيضاً لان اتصال الموصى به بغيره حصل بصنع الموصى فكان تعدد التسليم مضاعفاً الى فعله
 وكان رجوعاً منه دلالة على الثاني أن يتغير الموصى به بحيث يزول معناه واسمه سواء كان التغيير الى الزيادة أو الى النقصان
 كما اذا اوصى لانسان بامر هذا النخل ثم لم يمت الموصى حتى صار سراً أو اوصى له بهذا البسر ثم صار رطباً أو
 اوصى بهذا الصب فصار زيباً أو بهذا السنبل فصار حنطة أو بهذا القصيل فصار شعيراً أو بالحنطة المبدورة في

الارض فنبئت وصارت بقلأ أو بالبيضة فصارت فرخاً ونحو ذلك ثم مات الموصى بطلت الوصية فيما أوصى به فثبت الرجوع ضرورة هذا اذا تغير الموصى به قبل موت الموصى لانه صار شيئاً آخر زال معناه واسمه فتعذر تنفيذ الوصية فيما أوصى به وأما اذا تغير بعد موته فحكمه يذكروا في بيان ما تبطل به ان شاء الله تعالى ولو أوصى برطب هذا النخل فصار بسراً فالقياس أن تبطل الوصية لتغير الموصى به وهو الرطب من الرطوبة الى اليبوسة وزوال اسمه وفي الاستحسان لا تبطل لان معنى الذات لم يتغير من كل وجه بل بقي من وجه ألا يرى ان غاصبا لو غصب رطب انسان فصارت عرافى يده لا ينقطع حق المالك بل يكون له الخيار ان شاء الله تعالى وان شاء ضمنه رطباً مثل رطبه

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الوصية فالوصية في الاصل نوعان وصية بالمال ووصية بفعل متعلق بالمال لا يتحقق بدون المال أما الوصية بالمال فحكمها ثبوت الملك في المال الموصى به للموصى له والمال قد يكون عيناً وقد يكون منفعة ويتعلق بالملك في كل واحد منهما أحكام امام ملك العين فحكم مطلق ملكه وحكم سائر الاعيان المملوكة بالاسباب الموضوعه لها سواء كالبيع والهبة والصدقة ونحوها فيملك الموصى له التصرف فيها بالانتفاع بعينها والتملك من خيرها بيعاً وهبة ووصية لانه ملك بسبب مطلق فيظهر في الاحكام كلها ويظهر في الزوائد المتصلة أو المنفصلة الحادثة بعد موت الموصى سواء حدثت بعد قبول الموصى له أو قبل قبوله بان حدثت ثم قبل الوصية أما بعد القبول فظاهر لانها حدثت بعد ملك الاصل وملك الاصل موجب ملك الزيادة (وأما) قبل القبول فلان الملك بعد القبول ثبت من وقت الموت لان الكلام السابق صار سبباً لثبوت الملك في الاصل وقت الموت لكونه مضافاً الى وقت الموت فصار سبباً عند الموت فاذا قبل ثبت الملك فيه من ذلك الوقت لوجود السبب في ذلك الوقت كالجارية المبيعة بشرط الخيار للمشتري اذا ولدت في مدة الخيار ثم أجاز المشتري البيع انه يملك الولد لما قلنا كذا هذا وكانت الزوائد موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث لان الملك فيها بواسطة ملك الاصل مضاف الى كلام سابق كانها كانت موجودة في ذلك الوقت وهل يكون موصى بها بعد القبول قبل القسمة يذكروا في الاصل واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يكون حتى لا يعتبر فيها الثلث ويكون في جميع المال كما لو حدثت بعد القسمة لانها حدثت بعد ملك الاصل وقال عامتهم يكون لان ملك الاصل وان ثبت لكنه لم يتأكد بدليل انه لو هلك ثلث التركة قبل القسمة وصارت الجارية بحيث لا يخرج من ثلث المال كانت له الجارية بقدر ثلث الباقي ويستوى فيما ذكرنا من الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل أو في معنى المتولدة كالولد والارث والعقرو ما لم يكن متولداً من الاصل رأساً كالكسب والفلة فراقبين الوصية وبين البيع حيث الحق الكسب والغلة بالمتولد في الوصية ولم يلحقهما في البيع والفرق ان الكسب والغلة بدل المنفعة والمنفعة تملك بالوصية مقصوداً كذا بدله بخلاف البيع ثم اذا صارت الزوائد موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث فان كانت الجارية مع الزيادة يخرجان من الثلث يعطيان للموصى له وان كان لا يخرجان جميعاً من الثلث فعند أبي حنيفة رحمه الله يعطى للموصى له الجارية أولاً من الثلث فان فضل من الثلث شيء يعطى من الزيادة بقدر ما فضل وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يعطى الثلث منهما جميعاً بقدر الحصص (وجهه) قوله ان الزيادة ان صارت موصى بها صارت كالوجود عند العقد فيعطى الثلث منهما جميعاً كثر ما في الباب ان فيه تغيير حكم العقد في الاصل بسبب الزيادة لكن هذا جائز كما في الزيادة المتصلة ولا في حنيفة رحمه الله تعالى ان القول باقسام الثلث على الاصل والزيادة اضرار بالموصى له من غير ضرورة وهذا لا يجوز بيان ذلك ان حكم الوصية في الاصل قبل حدوث الزيادة كان سلامة كل الجارية للموصى له وبعد الاقسام لا تسلم الجارية له بل تصير مشتركة والشركة في الاعيان عيب خصوصاً في الجوارى فيتضرر به الموصى له ولا ضرورة الى الحاق هذا الضرر لا مكان تنفيذ الوصية في الاصل بدون الزيادة بخلاف الزيادة المتصلة فان هناك ضرورة لتعذر تنفيذ الوصية في الاصل بدون الزيادة لعدم امكان التمييز فست الضرورة الى التنفيذ فيهما من الثلث وأما الزوائد الحادثة قبل موت الموصى فلا يملكها الموصى له لانها حدثت قبل

ملك الاصل وقبل انعقاد سبب الملك لان الكلام السابق انما يصير سببا عند الموت فاذا مات الموصي ملكها الورثة والله تعالى أعلم (وأما) ملك المنفعة بالوصية المضافة اليها متصودا فيتعلم بها أحكام مختلفة فنذكرها فنقول وبالله التوفيق ان الملك في المنفعة ثبت موقتا لا مطلقا فان كانت الوضعية مؤقتة الى مدة تنتهي بانتهاء المدة ويعود ملك المنفعة الى الموصي له بالرقبة ان كان قدا وصى بالرقبة الى انسان وان لم يكن يعود الى ورثة الموصي وان كانت مطلقة تثبت الى وقت موت الموصي له بالمنفعة ثم ينتقل الى الموصي له بالرقبة ان كان هناك موصى له بالرقبة وان لم يكن ينتقل الى ورثة الموصي وليس للموصي له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار من غيره عندنا وعند الشافعي له ذلك (وجه) قوله ان الموصي له بالمنفعة قد ملك المنفعة كالمستأجر له أن يؤاجر من غيره كذا هذا ولهذا يملك الاعارة كذا الاجازة (وانما) ان الثابت للموصي له بالسكنى والخدمة ملك المنفعة بغير عوض فلا يحتمل التملك بعوض كالملك الثابت للمستعير بالا عارة حتى لا يملك الاجازة كذا هذا أو يخدم العبد بنفسه ولو أوصى بغلة الدار والعبد فاراد أن يسكن بنفسه أو يستخدم العبد بنفسه هل له ذلك لم يذكر في الاصل واختلف المشايخ فيه قال أبو بكر الاسكافي له ذلك وقال أبو بكر الاعمش ليس له ذلك وهو الصحيح لانه أوصى له بالغلة لا بالسكنى والخدمة وليس له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون أهل الموصي له في غير الكوفة فله أن يخرجهم الى أهلهم لخدمته هناك اذا كان يخرج من الثلث لان الوضعية بالخدمة تقع على الخدمة المعهودة المتعارفة وهي الخدمة عند أهلهم فكان ذلك مأذونا فيه دلالة لأن لصاحب الرقبة حق الحفظ والصيانة وانما يمكنه اذا كانت الخدمة بحضرة هذا اذا كان العبد يخرج من الثلث فان كان لا يخرج من الثلث فليس له أن يخرجهم الى مصر آخر لانه اذا لم يكن له مال آخر سواه يخدم الموصي له يوما والورثة يومين فيكون كالعبد المشترك فلا يملك اخراجه لما في الاخراج من ابطال حق الورثة وما وهب للعبد أو تصدق به عليه أو اكتسبه فهو لصاحب الرقبة لان ذلك مال العبد والعبد في الحقيقة لصاحب الرقبة فكان كسبه له قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله لبايعه الا أن يشترطه المبتاع ولو كان مكان العبد أمة فولدت ولد فهو لصاحب الرقبة لانه متولد من الرقبة والرقبة له ولانه أوصى له بخدمته شخص واحد فلا يستحق خدمة شخصين ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة ان كان العبد كبير لأن منفعته له فكانت النفقة والكسوة عليه اذ الخراج بالضمان ولهذا كانت نفقة العبد المستعار على المستعير كذا هذا بخلاف العبد الرهن ان نفقته على الراهن لا على المرتهن لان منفعته للرهن ألا يرى انه لو هلك يسقط عنه من الدين بقدره وكذا انه ان يفتك في أي وقت شاء فينتفع به وان كان العبد صغيرا يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة الى أن يدرك الخدمة ويصير من أهلها لانه لا منفعة لصاحب الخدمة للحال ومنفعة النماء والزيادة لصاحب الرقبة فكانت النفقة عليه حتى يبايع الخدمة فاذا بلغ نفقته على صاحب الخدمة لان المنفعة تحصل له وعلى هذا اذا أوصى بغلة نخل أبر لرجل ولا آخر برقيته ولم تدرك أو لم تحمل فالنفقة في سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة فاذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة لانها اذا لم تدرك أو لم تحمل فصاحب الغلة لا ينتفع بها فلا يكون عليه نفقتها وكانت على صاحب الرقبة لا صلاح ملكه الى أن تثمر فاذا أثمرت فقد صارت منتفعا بها في حق صاحب الغلة فكانت عليه نفقتها فان حملت عام واحد اتمت حالت ولم تحمل شيئا فالقياس أن لا يكون عليه نفقتها في العام الذي حالت فيه لانه لا ينتفع بها فيه وفي الاستحسان عليه نفقتها لان بانعدام حملها عام لا تعد منقطعة المنفعة لان من الاشجار ما لا يحمل كل عام ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد نفعا ونماء وكذا الاشجار لا تخرج الا في بعض فصول السنة ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد نفعا ونماء حتى كانت نفقتها على الموصي له بالغلة فكذا هذا فان لم ينفق الموصي له بالغلة وانفق صاحب الرقبة عليها حتى حملت فانه يستوفي نفقته من ذلك الحمل وما يبق من الحمل فهو لصاحب الغلة لانه فعل ذلك مضطر الاصلاح ملك نفسه ودفع الفساد عن ماله فلم يكن متبرعا فله أن يرجع فيما حملت لانه انما حصل هذه الفائدة بسبب نفقته ولو هلكت الغلة قبل أن تصل الى صاحب الغلة ليس له أن يرجع عليه بما أنفق لان هذا ليس بدين واجب عليه

عليه وانما هو شئ يفتى به ولا يقضى ولوجنى العبد جناية القداء على صاحب الخدمة لان منفعة الرقبة له فكان القداء عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وصار كعبد الرهن اذا جنى جناية ان القداء على المرتهن لانه هو المنتفع به بحبسه في دينه أو يقال ان القداء على صاحب الرقبة لان الجناية حصلت من الرقبة حقيقة والرقبة له ولكن يقال لصاحب الخدمة ان حقه يفوت لو فدى صاحب الرقبة أو دفع وان أردت أن تحمي حقه فافد وهكذا يقال للمرتهن في العبد الرهن اذا جنى لان الرقبة للرهن فاذا فدى صاحب الخدمة فقد طهره عن الجناية فتكون الخدمة على حالها وان أبى ان يفدى يقال لصاحب الرقبة ادفعه أو افده لان الرقبة له وأى شئ اختاره بطل حق صاحب الخدمة في الخدمة أما اذا دفع فلا شك فيه لانه بطل ملك الموصى له بالخدمة بالدفع فلا يستحق الخدمة على ملك غيره وكذلك اذا فدى لانه يصير كالمشتري منهم الرقبة فيتجدد الملك ويبطل حكم الملك الاول فيه فان مات صاحب الخدمة وقد فدى قبل ذلك بطلت وصيته لما قلنا ان ملك المنفعة بالوصية بمنزلة ملك المستعير والمعارية تبطل بموت المستعير لان المعير ملك المنفعة منه لا من غيره كذا ههنا ويقال لصاحب الرقبة أدالى ورثته القداء الذى فدى لانه تبين ان القداء كان عليه لا على صاحب الخدمة لانه انما ألزم ذلك على ظن ان كل منفعة الرقبة مصر وف اليه ومضى ظهر انه مصر وف الى غيره ظهر انه على غيره فتبين انه تحمّل عن غيره وهو صاحب الرقبة احياء للملك وهو مضطرب فيه فرجع عليه (وليس) لصاحب الرقبة ان ينتفع به ما لم يدفع اليهم ما دفع صاحب الخدمة من القداء فان أبى صاحب الرقبة دفع ذلك القداء الى ورثة صاحب الخدمة ببيع العبد فيه وكان بمنزلة الدين في عتقه لان هذا الدين وجب بسبب كان في رقبة فصار كسائر الديون ولم يحن العبد ولكن قتله رجل خطأ فعلى عاقلة القاتل قيمته يشتري بها عبد انخدم صاحب الخدمة لان البديل يقوم مقام المبدل كالعبد الرهن اذا قتل في يد المرتهن وغرم القاتل قيمته يكون رهنا مكانه بخلاف العبد المستأجر اذا قتل وغرم القاتل القيمة انه لا يشتري بها عبدا آخر حتى يستعمله المستأجر لان القاتل يغرم القيمة دراهم أو نانيير والدرهم والدنانير لا يجوز استئناف عقد الاجارة عليها فلا يبقى عليها العقد فتبطل ويجوز استئناف عقد الوصية على الدرهم والدنانير فجاز ان تبقى عليها فيشتري بها عبد آخر يقوم مقام الاول (وان) كان القتل عمدا فلا قصاص على القاتل الا ان يجتمع على ذلك صاحب الرقبة وصاحب الخدمة لان لصاحب الرقبة ملكا ولصاحب الخدمة حق يشبه الملك فصار كعبد بين شر يكتن قتل عمدا انه لا ينفرد أحدهما باستيفاء القصاص كذا هذا وان اختلفا في ذلك بأن طالب أحدهما القصاص ولم يطلب الآخر سقط القصاص للشبهة وصار مالا فصار بمعنى الخطأ فيشتري به عبدا للخدمة كما لو كان القتل خطأ (ولو) فقتل رجل عينيه أو قطع يديه دفع اليه العبد وأخذ قيمته خجعا فاشترى بها عبدا مكانه لان فقه العينين وقطع اليدين بمنزلة استهلاكه الا انه مما يصلح خراجا بضمان فيضمن قيمته ويأخذه خراجا بضمانه ثم يفعل بالقيمة ما وصفتنا وهو ان يشتري بها عبد للخدمة (ولو) فقتل عينه أو قطعت يده أو شجج موضحة فادى القاتل ارش ذلك فهذا على وجهين اما ان كانت الجناية تنقص الخدمة واما ان كانت لا تنقص فان كانت تنقص فان اتفق الموصى له بالرقبة والموصى له بالخدمة على ان يشتري بالارش عبدا بان كان الارش يبلغ قيمة عبد حتى يخدم الموصى له بالخدمة مع العبد الاول فعلا ذلك وجاز (وان) اتفقا على ان يباع هذا العبد ويضم منه الى ذلك الارش فاشترى بهما عبدا آخر جاز أيضا لان الجناية اذا كانت تنقص الخدمة كان لكل واحد منهما حق في ذلك الارش فكان لهما ان يتفقا على أحد هذين الشئتين (وان) اختلفا ولم يتفقا فلا يباع العبد الموصى به لان لكل واحد منهما حق فلا يباع الا برضاهما ويشتري بالارش عبد لخدمتهما حتى يقوم مقام الجزء الفائت فان لم يؤخذ بالارش عبد يوقف ذلك حتى يصطلحا عليه فان اصطلحا على ان يقسماه نصفين جاز لان الحق لهما واذا اقسماه جاز ذلك (وان لم) يصطلحا لا يقضى القاضي بشئ مولى لكن يوقف ذلك المال وان كانت الجناية لا تنقص الخدمة فوصيته على حالها والارش لصاحب الرقبة لان الارش بدل جزء من أجزاء الرقبة فيكون لملك الرقبة (ولو) كان لرجل

ثلاثة أعبد فأوصى برقبة أحدهم لرجل وأوصى بخدمة آخر لرجل آخر ولا مال له غيرهم وقيمة الذي أوصى بخدمته خمسمائة وقيمة الذي أوصى برقبته ثلثمائة وقيمة الباقي ألف درهم فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم والاصل ان الوصية بالخدمة تعتبر من الثلث كالوصية بالرقبة لان الوصية بالخدمة وصية بحبس الرقبة عن الوارث فيعتبر من الثلث واذا عرف هذا فجميع مال الميت ألف وثمانمائة درهم ثلثها ستمائة وجميع سهام الوصايا ثمانمائة فاذا زادت سهام الوصايا على ثلث المال مائتين وذلك بالنسبة الى سهام الوصايا ربحها فينقص من وصية كل واحد منها مثل ربحها وينفذ في ثلاثة أرباعها فيكون ثلاثة أرباع وصيتها وثلث المال سواء فأما قيمة العبد الموصى له برقبته فلثمانمائة فينقص منه ربحها وذلك خمسة وسبعون وينفذ الوصية في ثلاثة أرباعها وذلك مائتان وخمسة وعشرون وقيمة العبد الموصى له بخدمته خمسمائة فينقص منه ربحها وذلك مائة وخمسة وعشرون وتنفذ الوصية في ثلاثة أرباعها وذلك ثمانمائة وخمسة وسبعون فيضم الى وصية صاحب الرقبة وذلك مائتان وخمس وعشرون فيصير ستمائة وذلك ثلث المال وخمسة وسبعون من العبد الموصى برقبته ومائة وخمسة وعشرون من العبد الموصى بخدمته يضم الى العبد الباقي وقيمته ألف درهم فصار ألفا ومائتين وذلك ثلثا المال فاستقام على الثلث والثلثين (واذا) نفذت الوصية في ثلاثة أرباع العبد الموصى بخدمته بخدم الموصى له ثلاثة أيام والورثة يوما واحدا فان مات صاحب الخدمة استكمل صاحب الرقبة عبده كله لان وصية صاحب الخدمة قد طلعت بموته وبقيت وصية صاحب الرقبة وهي تخرج من الثلث فتكون له (وكذلك) ان مات العبد الذي كان يخدمه كان العبد الاخر كله لصاحب الرقبة لان التوزيع والتقسيم انما كان بينهما لثبوت حقهما فاذا ذهب أحدهما ديار كانه أوصى له وحده فيعتبر من الثلث وهو يخرج من الثلث (ولو) كانت قيمة العبيد سواء كان لصاحب الخدمة نصف خدمة العبد ولصاحب الرقبة نصف رقبة الآخر لان قيمة العبد خمسمائة وقيمة العبد للذين أوصى بهما ألف درهم قيمة كل واحد خمسمائة فصار ثلث ماله خمسمائة فيقسم الثلث بينهما فصاح من وصية كل واحد منهما نصفان فيكون لصاحب الرقبة نصف الرقبة وللموصى له بالخدمة نصف الخدمة بخدمه يوما والورثة يوما (وانما) يضرب لصاحب الخدمة كما يضرب صاحب الرقبة لما ذكرنا انه أوصى بحبس الرقبة عن الوارث فكأنه أوصى بالتعليك لا بتطاع حق الورثة فهي والوصية بالتعليك سواء (ولو) أوصى بالعبيد كلهم لصاحب الرقبة وبخدمته أحدهم لصاحب الخدمة لم يضرب صاحب الرقاب الا بقيمة واحد منهم ويضرب الاخر بخدمة الاخر فيكون كالباقي الذي قبله (وهذا) قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان الموصى له بالرقاب في الحكم كانه أوصى له برقبته لان العبد الذي أوصى بخدمته لغيره هو ممنوع لانه مشغول بحق غيره فسادام مشغولا جمل كأنه لم يوص له به (ومن) أصل أبي حنيفة ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فالموصى له بالعبيد ههنا لا يضرب الا بالثلث وهو عبد واحد والموصى له بالخدمة يضرب ايضا بعبد واحد فيصير الثلث بينهما نصفين لكل واحد منهما نصف الرقبة فالذي أوصى له بالعبيد له نصف العبد في العبيد جميعا لان حقه في العبيد فيكون له من كل عبد ربحه والموصى له بالخدمة له نصف العبد الذي أوصى له بخدمته بخدم الموصى له يوما والورثة يوما كما في الفصل الاول (وأما) على قولهما الموصى له بالرقاب يضرب بالعبيد والموصى له بخدمة العبد يضرب بعبد واحد فيصير الثلث بينهما أثلاثا سهمان لصاحب الرقاب وسهم لصاحب الخدمة فلما صار الثلث على ثلاثة صار الثلثان على ستة والجميع تسعة كل عبد ثلاثة أسهم فالموصى له بالرقاب سهمان في العبيد من كل رقبة سهم وللموصى له بالخدمة سهم في العبد الذي أوصى له بخدمته بخدم العبد الموصى به للموصى له بالخدمة يوما والورثة يومين فحصل للموصى لهما ثلاثة أسهم وللورثة ستة أسهم (ولو) كانوا يخرجون من الثلث كان لصاحب الرقبة ما أوصى له به ولصاحب الخدمة ما أوصى له به لان كل واحد منهما يصل الى تمام حقه ولولم يكن له مال غيرهم فأوصى بثلث كل عبد منهم لفلان وأوصى بخدمة أحدهم

لقلان فانه يقسم الثلث بينهما على خمسة أسهم لصاحب الخدمة ثلاثة أخماس الثلث في خدمة ذلك العبد بخدمة ثلاثة أيام ويخدم الورثة يومين فيكون للآخر خمس الثلث في العبد الباقيين في كل واحد منهما خمس رقبته (وجه) ذلك ان الموصي له بالرقاب لاحق له في العبد الذي أوصى بخدمته مادام الموصي له باقيا فصار كأنه أوصى بخدمة أحدهم لرجل وثلث العبد الآخر لرجل فاجعل كل ثلث سهمهما فيضرب صاحب الرقبة بثلث كل عبد وذلك سهمان ويضرب صاحب الخدمة بالجميع وذلك ثلاثة أسهم فاجعل ثلث المال على خمسة فيقسم بينهما لصاحب الرقبة سهمان في كل عبد من العبدين سهم ولصاحب الخدمة ثلاثة أسهم في العبد الموصى له بخدمته فيخدمه ثلاثة أيام وللورثة يومين فجميع ما حصل للموصي لهما خمسة أسهم سهمان للموصي له بالرقبة وثلاثة أسهم للموصي له بالخدمة وجميع ما حصل للورثة عشرة أسهم ثمانية أسهم في العبد في كل عبد أربعة وسهمان من العبد الموصى له بالخدمة فاستقام على الثلث والثلثين ولو كان أوصى بثلث ماله لصاحب الرقاب وبخدمة أحدهم بعينه لصاحب الخدمة ولا مال غيرهم له قسم الثلث بينهما نصفين ووجه ذلك ان العبد الموصى بخدمته اجتمع فيه وصيتان وصية بجمعه ووصية بثلثه لانه أوصى له بثلث ماله بخدمة العبد مال ألا ترى ان من أوصى لآخر بخدمة عبده اعتبر ذلك من الثلث بخلاف ما ذكرنا في المسألة الاولى انه اذا أوصى له بثلث الرقاب ان الموصي له بالرقاب لاحق له في العبد الذي أوصى بخدمته مادام الموصي له باقيا لانه أوصى له بالرقبة والخدمة ليست من الرقبة في شيء وههنا أوصى له بالمال والخدمة مال فذلك قلنا انه اذا اجتمع في العبد الموصى بخدمته وصيتان وصية بجمعه ووصية بثلثه فالثلثان لصاحب الخدمة بلا منازعة والثلث بينهما نصفان فيجعل العبد على ستة أسهم أربعة أسهم خلت عن دعوى صاحب الثلث وسامت لصاحب الخدمة بلا منازعة وسهمان استوت منازعتهم فيهما فيقسم بينهما الكل واحد منهما سهم فصار لصاحب الخدمة خمسة أسهم ولصاحب الثلث سهم فاذا صار هذا العبد على ستة أسهم صار العبدان الآخران على اثني عشر فثلثها أربعة ضمت الى ستة فتصير عشرة فهذه جملة وصاياهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثله عشرون وجميع المال ثلاثون فيتبين ان كل عبد صار عشرة فالعبد الموصى بخدمته عشرة يخدم الموصى له بخدمته خمسة أيام وللورثة أربعة أيام ويخدم صاحب الثلث يوما ولصاحب الثلث من العبد الآخر أربعة أسهم فتصير الوصية عشرة ستة في العبد الموصى بخدمته وأربعة أسهم في العبد الباقيين وللورثة عشرون في كل عبد من الباقيين ثمانية أسهم وأربعة من الموصى بخدمته فاستقام على الثلث والثلثين وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله (وأما) على قوله ما فهمنا يسلكان مسلك العول فالعبد الذي أوصى بخدمته اجتمع فيه وصيتان وصية بجمعه ووصية بثلثه ومخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم وصار هذا العبد على أربعة فلما صار هذا العبد على أربعة صار العبدان الآخران كل واحد منهما على ثلاثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول في ذلك فالثلث بينهما سهمان ضمه الى أربعة فيصير ستة فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثله اثنا عشر والجميع ثمانية عشر فتبين ان العبد الموصى بخدمته صار على ستة يخدم لصاحب الخدمة ثلاثة أيام وللورثة يومين وللوصي له بالثلث من العبد الآخر سهمان فصارت الوصية ستة أربعة أسهم في العبد الموصى له بخدمته وسهمان في العبدين وللورثة اثنا عشر سهمهما سهمان في العبد الموصى له بخدمته وعشرة أسهم في العبدين فاستقام على الثلث والثلثين ولو أوصى بخدمة عبده لرجل وبغلتة لآخر وهو يخرج من الثلث فانه يخدم صاحب الخدمة شهرا وعليه طعامه ولصاحب الغلة شهرا وعليه طعامه وكسوته عليهما نصفان وانما كان كذلك لانه أوصى لكل واحد منهما بالجميع الرقبة لان الوصية بالخدمة وصية بحبس الرقبة لانه لا يمكن الاستخدام الا بعد حبسها والوصية بالغلة أيضا وصية بالرقبة لانه لا يمكن استغلاله الا بعد حبس الرقبة فقد أوصى لكل واحد منهما بجميع الرقبة وحظهما سواء فيخدم هذا شهرا ويستغله الآخر شهرا لان العبد مالا يمكن قسمته بالجزاء فيقسم بالايام وطعامه في مدة الخدمة على صاحب

الخدمة لانه هو الذي ينتفع به دون صاحب الغلة والنفقة على من يحصل له المنفعة وفي مدة الغلة على صاحب الغلة لان
 منفعة في تلك المدة تحصل له (وأما) انكسوة فعليهما جميعا لان الكسوة لا تتقدر بهذه المدة لانهما يتبقى أكثر من
 هذه المدة ولا تتجدد الحاجة اليها بانقضاء هذا القدر من المدة كما تتجدد الى الطعام في كل وقت وهما فيه سواء فكانت
 الكسوة عليهما لهذا المعنى فان جنى هذا العبد جناية قيل لهما ادياه لان منفعته لهما فيخاطبان به كما يخاطب به المهرن
 في العبد المهرن فان ادياه كانا على حالهما وان أديا القداء فقد ادا الورثة بطلت وصيتهما لانهما لمأيا القداء فقد رضى
 بهلاك الرقبة فبطل حقهما والله تعالى أعلم ولو أوصى لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم ولا آخر بثلاث ماله ولا
 مال له غير العبد فان ثلث المال بينهما نصفان في قول أنى حنيفة رحمه الله تعالى لانه أوصى للموصى له بالغلة بجميع الرقبة
 اذ لا يمكن استيفاء ذلك من غلته في كل شهر الا بحبس الرقبة والمذهب عند أنى حنيفة رحمه الله تعالى ان الموصى له
 بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فالثلث يكون بينهما الكل واحد منهما السدس ويخرج الحساب من ستة
 فالثلث وذلك سهمان يكون بينهما سهم لصاحب الثالث يعطى له من الرقبة وسهم لصاحب الغلة يستغل وحسبت
 عليه غلته وينفق عليه منها كل شهر درهما لانه هكذا أوصى وأربعة أسهم من الرقبة للورثة فاذا مات الموصى له
 بالغلة وقد بقي من الغلة شيء رد ذلك الى صاحب الرقبة وكذلك ما حبس له من ثمن الرقبة يرد على صاحب الرقبة لانه
 بطلت وصيته بموته فيرجع ذلك الى صاحب الرقبة وعلى قولهما يقسم الثلث بينهما على أربعة صاحب الغلة يضرب
 بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم ولو أوصى لرجل بغلة داره ولا آخر بعبد ولا آخر بثوب فهذه
 المسئلة على وجهين اما أن تخرج هذه الاشياء كلها من الثلث أولا تخرج من الثلث فان كانت تخرج من الثلث اخذ
 كل واحد منهم ما أوصى له به لانه أوصى بالجميع والوصية بغلة الدار وصية بحبس رقبتهما على ما بينا وان كانت
 لا تخرج من الثلث لكن الورثة اجاز وافكذلك وان لم تجز الورثة ضرب كل واحد منهم بتدر حقه الا ان تكون
 وصية أحدهم تزيد على الثلث فلا يضرب بالزائدة على قول أنى حنيفة رحمه الله واذا مات صاحب الغلة بطلت
 وصيته وقسم الثلث بين ما بقي منهم لاذكرنا ولو أوصى بغلة داره لرجل وبسكنها لآخر وبرقبته لآخر وهى الثلث
 فهذه ما راجل بعد موت الموصى غرم قيمة ما هدمه من بنائها ثم تبنى مساكن كما كانت فتؤاجر أو يأخذ غلته لصاحب
 الغلة ويسكنها لآخر لان الوصية بالغلة والسكنى لا تبطل بهدم الدار لقيام القيمة مقام الدار كما قلنا في العبد الموصى
 بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل أن الوصية لا تبطل ويشتري قيمته عبداً آخر لخدمته وكذا البستان اذا أوصى
 بغلته لرجل وبرقبته لآخر فقطع رجل نخله أو شجره يفرم قيمتها فيشتري بها اشجارا مثلها فتعرس فاذا أوصى لرجل
 بثلاث ماله ولا آخر بغلة داره وقيمة الدار الف درهم وله القادر هم سوى ذلك فلصاحب الغلة نصف غلة الدار ولصاحب
 الثلث نصف الثلث فيما بقي من المال والدار خمس ذلك في الدار وأربعة أخماسه في المال (ووجه) ذلك أن يقول
 ان الوصية بثلاث المال وصية بثلاث الغلة أيضاً لان الغلة مال الميت يقضى منه ديونه واذا كان كذلك فالدار تخرج من
 ثلث ماله لان قيمة الدار الف درهم وله القادر هم سوى ذلك فقد اجتمع في الدار وصيتان وصية بجميعها ووصية بثلاثها
 فيجعل الدار على ثلاثة ويقسم بينهما على طريق المنازعة وصاحب الثلث لا يدعى أكثر من الثلث وهو سهم واحد
 والثلاثان سهمان لصاحب الغلة وهو صاحب الجميع بلا منازعة لان الوصية بالغلة وصية بجميع الدار على ما ذكرنا انه
 يحبس جميع الدار لاجله واستوت منازعتهما في سهم واحد وكان بينهما فانكسر على سهمين فاضرب سهمين في
 ثلاثة فيصير ستة فصاحب الثلث لا يدعى أكثر من سهمين وأربعة أسهم خلت عن دعواه وسامت لصاحب الجميع
 وهو صاحب الغلة بلا منازعة واستوت منازعتهما في سهمين فيقسم بينهما الكل واحد منهما سهم واذا صار ثلث الدار
 وهى الثلث على ستة والا لكان اثنا عشر فلصاحب الثلث من ذلك الثلث أربعة أسهم فضعها الى ستة تصير سهام
 الوصايا عشرة ووصلة ذلك ثلاثون فنقول ثلث المال عشرة فنقسمها بينهما لصاحب الغلة خمسة أسهم كلها في الدار

ولصاحب الثلث خمسة أسهم أر بعة أسهم في الالفين وسهم في الدار فهذا معنى قوله في الاصل لصاحب الغلة نصف غلة الدار وذلك خمسة لا ناجعلنا الدار على عشرة ولصاحب الثلث نصف الثلث خمسة أر بعة أثمانه في المال وخمس ذلك في الدار وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قولهما تقسم الدار على طريق العول فصاحب الجميع يضرب بالجميع وصاحب الثلث يضرب بالثلث ومخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بسهم فاجعل الدار على أر بعة أسهم وإذا صارت الدار على أر بعة أسهم مع العول صار كل الف من الالفين على ثلاثة من غير عول فالالفان تصير ستة أسهم فلموصى له بالثلث ثلث ذلك وذلك سهمان ضم ذلك الى أر بعة أسهم فيصير ستة فاجعل هذا ثلث المال والثلثان اثنا عشر والجميع ثمانية عشر فلموصى له بثلث المال ثلث الالفين وذلك أر بعة أسهم من اثني عشر وذلك ثلث الثلث لا ناجعلنا الثلث على ستة أسهم وأر بعة أسهم من ستة ثلثاه وهذا معنى قوله في الاصل وان شئت قلت ثلثا ذلك في ثلث المال وقال ايضا ثلاثة في الدار لا نك جعلت الدار على ثلاثة قبل العول وللموصى له بالثلث سهم من الدار وذلك ثلث الدار فان مات صاحب الغلة فلصاحب الثلث ثلث الدار والمال لانه لما مات الموصى له بالغلة بطلت وصيته وصار كأنه لم يوص له بشئ وانما أوصى لصاحب الثلث ثلث المال والدار فيكون له ذلك وان استحققت الدار بطلت وصية صاحب الغلة وأخذ صاحب الثلث ثلث المال لانه لا يملك استغلا لها بعد استحقاقها ولو لم يستحق ولكنها انهدمت قيل لصاحب الغلة ابن نصيبك فيها وبني صاحب الثلث نصيبه والورثة نصيبهم لان ذلك مشترك بينهم فيني كل واحد نصيبه وأهم أي أن بني لم يجبر على ذلك لان الانسان لا يجبر على اصلاح حقه ولم يمنع الآخر أن يبنى نصيبه من ذلك ويؤجره ويسكنه لان الذي امتنع من البناء رضي ببطلان حقه فلا يوجب ذلك بطلان حق صاحبه وليس هذا كالسفل اذا كان لرجل وعوله لاخر فانه ما وصى صاحب السفل أن يبنى سفله أنه يقال لصاحب العلوان سفله من مالك ثم ابن عليه العلو فاذا أراد صاحب السفل أن يتفجع بالسفل فامنع حتى يدفع اليك قيمة السفل لان هناك لا يمكن بناء العلوانا بعد بناء السفل فكان لصاحب العلوان بني سفله حتى يمكنه بناء العلوان عليه فأما هنا فيمكن أن يقسم عرصه الدار فيني كل واحد منهم في نصيبه ولو أوصى لرجل بسكنى داره أو بعلتها فادعاه لرجل وأقام البينة أنها له فشهد الموصى له بالغلة أو السكنى أنه أقر بها للميت لم تجز شهادته لانه يجز بشهادته الى نفسه مغما لانه لو قبلت شهادته لسلمت له الوصية ولا شهادة لجار المغم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا اذا شهد للميت بمال أو بقتل خطأ لا تقبل شهادته لانه مهما كثر مال الميت كثرت وصيته وكان بشهادته جار المغم الى نفسه فلا تقبل ولو أوصى لرجل ثلث غلة بستانه أبدا ولا مال له غيره فقاسم الورثة بستان فاعل أحد النصيبين ولم يفسل الاخر فانهم يشتركون فيما خرج من الغلة لان قسمته وقعت باطلا لان الموصى له بالغلة لا يملك رقبة البستان والقسمة فيما ليس بملك له باطلة والثمره غير موجودة وانما حدثت بعد ذلك وقسمة المعدوم باطلة وللورثة أن يبيعوا ثلثي البستان فيكون المشتري شرك صاحب الغلة أراد به أنه يبيع ثلثي البستان مشاعا لان الثلث مشغول بحق صاحب الغلة والورثة ممنوعون عن ذلك الثلث مادام الموصى له حيا فاذا كان هكذا فلا يجوز البيع الا في مقدار نصيبهم وروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه قال لا يجوز بيع نصيبهم لان ذلك ضرر بالموصى له لانه تنقص الغلة وتعيب ولو أوصى بغلة بستانه الذي فيه لرجل وأوصى له بعلته أيضا أبدا ثم مات الموصى ولا مال له غيره والغلة القائمة للحال تساوى مائة درهم والبستان يساوى ثلثمائة درهم فلموصى له بثلث الغلة التي فيه وثلث ما يخرج من الغلة فيما يستقبل أبدا لانه أوصى له هكذا فانه أوصى له بالغلة القائمة للحال والغلة التي تحدث أبدا فيعتبر في كل واحد منهما ثلثه ولا يسلم اليه كل الغلة القائمة في الحال وان كان يخرج من ثلث المال لانه أوصى له أيضا بثلث ما يخرج من بستانه فيما يستقبل واذا ضمت تلك الوصية الى هذه الوصية زادت الوضبة على الثلث ولو أوصى بعشرين درهما من غلته كل سنة

ولو أوصى بعشرين درهما من غلته كل سنة لرجل فأغل سنة قليلا وسنة كثيرا فله ثلث الغلة محبس وينفق عليه كل سنة من ذلك عشرون درهما لان الوصية بعشرين درهما من غلته وصية بجميع الغلة لجواز أن يطول عمره فيستوفي ذلك كله فلذلك جاز في ثلثه ونحبس غلته حتى ينفق عليه كل سنة عشرون درهما الى أن يموت ولو أوصى أن ينفق عليه أربعة كل شهر من عرض ماله وعلى آخر خمسة كل شهر من غلة بستانه ولا مال له غير البستان فثلث غلة البستان بينهما نصفين يباع سدس غلة البستان لكل واحد منهما فيوقف ثمنه على يد الموصي أو على يد ثقة إن لم يكن هناك وصي وينفق على كل واحد منهما كما سمي وكذلك الوصية بأفاق درهم ولا عبدة بالقل والاكثر لجواز أن يعيش صاحب الأقل أكثر مما يعيش صاحب الاكثر فيباع سدس الغلة لكل واحد منهما ويوقف ثمنه وينفق على كل واحد منهما ما سمي له لانه أوصى لاحدهما أن ينفق عليه من عرض ماله والبستان ماله ولا يسلم المال اليهما بل يوضع على يد الموصي فان لم يكن له وصي فالقاضي يضعه على يد ثقة عدل لانه أمر بالأفاق عليهما ولم يوص بدفع المال اليهما فان ماتا وقد بقي شيء من المال رد على ورثة الموصي لان الوصية قد بطلت بموته فيعود الى الورثة وكذلك لو قال ينفق على فلان أربعة وعلى فلان خمسة حبس السدس على المفرد والسدس الآخر على المجموعين في النفقة لانه أضاف الاربعة الى شخص واحد وأضاف الخمسة الى شخصين لانه جمعهما في الوصية فصار كأنه أوصى بأن ينفق على فلان أربعة وعلى فلان خمسة لذلك يقسم الثلث بينهم سدس يوقف للمفرد وسدس للمجموعين ولو أوصى بغلة بستانه لرجل ونصف غلته لآخر وهو ثلث ماله قسم ثلث الغلة بينهما نصفين كل سنة لان الوصية بالزيادة على الثلث لا تجوز فيصير كأنه أوصى لكل واحد منهما بالثلث فيكون الثلث بينهما استواءهما ولو كان البستان يخرج من ثلث ماله فانه يتسم غلة البستان بينهما على طريق المنازعة على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لان صاحب النصف لا يدعي الا النصف فالنصف خلا عن دعواه فسلم لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف الاخر استوت منازعتهم فيه فيقسم بينهما نصفين فيحتاج الى حساب له نصف ولنصفه نصف وذلك أربعة فصاحب النصف لا يدعي أكثر من سهمين فسهمان خليا عن دعواه سلم لصاحب الجميع بلا منازعة وسهمان آخران استوت منازعتهم فيهما فيقسم بينهما الكل واحد منهما سهم فصاحب الجميع ثلاثة أسهم ولصاحب النصف سهم وعلى قولهما يقسم على طريق العول فصاحب الجميع يضرب بالجميع وصاحب النصف يضرب بالنصف والحساب الذي له نصف سهمان فصاحب الجميع يضرب بسهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فيقسم بينهما أثلاثا سهمان لصاحب الجميع وسهم لصاحب النصف ولو أوصى لرجل بغلة بستانه وقيمتها ألف درهم ولا آخر بقيمة عبده وقيمتها خمسمائة وله سوى ذلك ثلثمائة فالثلث بينهما على أحد عشر سهمها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه لصاحب العبد خمسة أسهم في العبد ولصاحب البستان ستة أسهم في غلته لان جميع ماله ألف درهم وثمانمائة درهم والثلث من ذلك ستمائة ووصية صاحب البستان ألف درهم وذلك أكثر من الثلث ومن مذهب أبي حنيفة رحمه الله ان الموصي له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فاطرح ما زاد على ستمائة لان ذلك زيادة على الثلث فصاحب البستان يضرب بستمائة وصاحب العبد يصرف بخمسمائة فاجعل ثلث المال وهو ستمائة على أحد عشر سهمها لصاحب البستان ستة أسهم ولصاحب العبد خمسة أسهم فأصاب صاحب البستان كان في البستان في غلته وما أصاب صاحب العبد كان في العبد وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعلى قولهما صاحب البستان يضرب بجميع البستان وهو ألف وصاحب العبد بخمسمائة فيقسم ثلث المال بينهما أثلاثا على طريق العول ولو أوصى لرجل بغلة أرضه وليس فيها نخل ولا شجر ولا مال له غيرها فاتهاؤا أجر فتكون تلك الغلة له ولو كان فيها شجر اعطى ثلث ما يخرج منها لان اسم الغلة يقع على الثمرة وعلى الاجرة فان كان فيها ثمر انصرفت الوصية الى ما يخرج منها لان الغلة في الحقيقة اسم لما يخرج اذا كان

في الارض أشجار وان لم يكن فيها شجر فالوصية بالغلة وصية بالدرهم والدنانير وذلك هي الاجرة فان قيل اذا لم يكن في الارض شجر فينبغي ان يزرعها فيستوفى زرعها فالجواب انه لو زرع لحصل له ملك الخارج بذرته والموصى به غلة أرضه لا غلة بذرته ولو أوصى لرجل بغلة أرضه ولا آخر برقبته وهي تخرج من الثلث فباعها صاحب الرقبة وسلم صاحب الغلة المبيع جاز وبطلت وصية صاحب الغلة ولا حق له في الثمن أما جواز الوصية بالغلة فلما ذكرنا فيما تقدم وأما جواز بيع الرقبة من صاحبها اذا سلم صاحب الغلة المبيع فلان ملك الرقبة لصاحب الرقبة وانه يقتضي النفاذ الا ان حق صاحب الغلة متعلق به فاذا أجاز فقد رضى بابطال حقه فزال المانع فنفذ وبطلت وصية صاحب الغلة لانه انما اوصى له بالغلة في ملك الموصى له بالرقبة وقد زال ملكه عن الرقبة ولا حق له في الثمن لان الثمن بدل الرقبة ولا ملك له في الرقبة ولو أوصى له بغلة بستانه فأغل البستان سنتين قبل موت الموصى ثم مات الموصى لم يكن للموصى له من تلك الغلة شيء انما له الغلة التي فيه يوم يموت لماذا ذكرنا ان الوصية يحجب الملك عند الموت فتكون له الثمرة التي فيه يوم الموت وما يحدث بعد الموت لا ما كان قبل الموت فان اشترى الموصى له البستان من الورثة بعد موته جاز الشراء وبطلت الوصية لانه ملك الغيب بالشراء فاستغنى بملكها عن الوصية كمن استعار شيئاً ثم اشتراه انه تبطل الاعارة وكن تزوج أمة انسان ثم اشتراها يبطل النكاح لما قلنا كذا هذا وكذلك لو أعطوه شيئاً على ان يبرأ من الغلة وكذلك سكنى الدار وخدمة العبد اذا صاحوه منه على شيء جاز وتبطل الوصية لان له حقاً وقد أسقط حقه بعبوض فجاز كالتخلع والطلاق على مال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الوصية بأمر متعلق بالمال فالوصية بالعتق والوصية بالاعتاق والوصية بالاتفاق والوصية بالقرب من القرائض والواجبات والنوافل (أما) الوصية بالعتق فحكمها ثبوت العتق بعدموت الموصى بلا فصل كما اذا قال وهو مريض أو صحيح أنت حر بعد موتى أو قال بتركك أو أنت مدبر أو ان مت من مرضى هذا أو في سفرى هذا فأنت حر فمات من مرضه ذلك أو سفره ذلك يعتق من غير الحاجة الى اعتاق أحد لان معنى ذلك أنت حر بعد موتى أو بعد موتى من هذا المرض أو في هذا السفر ويعتق في ذلك كله الثلث فان كان العبد يخرج كله من ثلث ماله يعتق كله وان لم يخرج كله يعتق منه بقدر ما يخرج من الثلث وان لم يكن له مال سواه يعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة لان هذا كله وصية فلا تنفذ فجاز ادعى الثلث الا باجازه الورثة على ما بينا فيما تقدم (وأما) الوصية بالاعتاق فحكمها وجوب الاعتاق بعدموت الموصى ولا يعتق من غير اعتاق من الوارث أو الوصى أو القاضى والاصل فيه ان كل عتق تأخر عن موت الموصى ولو ساعة لا يثبت ولا يعتق من غير اعتاق كما اذا قال هو حر بعد موتى بساعة أو بأقل أو بأكثر لان غرض الموصى هو عتق العبد بعد الموت والعتق لا بد له من الاعتاق ولا يمكن جعل الموصى معتقاً بعد الموت فكان أمراً بالاعتاق دلالة فيعتق الوارث أو الوصى أو القاضى (وأما) الوصية باعتاق نسمة وهي ان يوصى بان يشتري رقبة فتعتق عنه والنسمة اسم لرقبة تشتري للعتق فحكمها حكم وجوب الشراء والاعتاق يعتبر من الثلث ولو أوصى أن يعتق عنه نسمة بمائة درهم فلم يبلغ ثلث ماله مائة درهم لم يعتق عنه عند أبي حنيفة وعندهما يعتق عنه بالثلث ولو أوصى بان يحج بمائة وثلث ماله لا يبلغ مائة فانه يحج عنه من حيث يبلغ بالاجماع (وجه) قوله ما ان تنفيذ الوصية واجب ما أمكن والتقدير بالمائة لا يقتضي التنفيذ لانه يحتمل انه انما قدر ظناً منه ان ثلث ماله يبلغ ذلك أو رجاء اجازة الورثة فاذا لم يبلغ ذلك أو لم تجز الورثة بحجبه تنفيذها فبادون ذلك كما في الوصية بالحج ولا يحنيفة رضى الله عنه انه أوصى بعبد يشتري بمائة درهم فلو نفذنا الوصية في عبد يشتري بخمسين كان ذلك تنفيذ الوصية لغير من أوصى له وهذا لان الوصية للعبد في الحقيقة فهو الموصى له وقد جعل الوصية بعبد موصوف بأنه يشتري بمائة والمشتري بدون المائة غير المشتري بمائة فلا يمكن تنفيذ الوصية له بخلاف الوصية بالحج فانها وصية بالوصول الى البيت وانه يحصل بالحج عنه من حيث يبلغ الثلث وعلى هذا اذا أوصى أن يعتق عنه نسمة بجميع ماله فلم تجز ذلك الورثة لم يشتري به شيء والوصية باطلة في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يشتري بالثلث وهذا بناء على المسئلة الاولى وقد ذكرنا وجه القولين والله الموفق (وأما) الوصية بالاتفاق على فلان وأوصى بالقرب فحكمها وجوب فعل ما دخل تحت الوصية لانه هكذا أوصى ويعتبر

ذلك كله من الثلث والله سبحانه وتعالى أعلم
 فصل في بيان ما تبطل به الوصية فالوصية تبطل بالنص على البطلان وبالدلالة البطلان وبالضرورة (أما)
 النص فنحن وإن يقول أبطلت الوصية التي أوصيتها فلان أو فسختها أو نقضتها فتبطل إلا التدبير خاصة فإنه لا ينطل
 بالتنصيص على البطلان مطلقا كان التدبير أو متيدا إلا أن المقيد منه يبطل منه بدلالة البطلان بالتعليك على ما ذكرنا
 وكذا إذا قال رجعت لأن الرجوع عن الوصية إبطال لها في الحقيقة (وأما) الدلالة والضرورة فعلى نحو ما ذكرنا
 في الرجوع وقد ذكرنا ما يكون رجوعا عن الوصية وما لا يكون فيما تقدم وتبطل بجنون الموصي جنونا مطبقا لأن
 الوصية عقد جائز كالو كالة فيكون لبقائه حكمه إلا إنشاء كالو كالة فتعتبر أهلية المعتد إلى وقت الموت كما تعتبر أهلية الأمر
 في باب الو كالة والجنون المطبق هو أن يمتد شهرا عند أبي يوسف وعند محمد سنة وقد ذكرنا ذلك في كتاب الو كالة
 ولو أغمى عليه لا تبطل لأن الأغماء لا يزيل العقل ولهذا لم تبطل الو كالة بالأغماء وتبطل بموت الموصي له قبل موت
 الموصي لأن العقد وقع له لا لغيره فلا يمكن إبقاؤه على غيره وتبطل بهلاك الموصي به إذا كان عينيا مشارا إليها بالبطلان
 محل الوصية أعني محل حكمه ويستحيل ثبوت حكم التصرف أو بقاءه بدون وجود محله أو بقاءه كالأوصى بهذه
 الجارية أو بهذه الشاة فبذلك الجارية والشاة وهل تبطل الوصية باستثناء كل الموصي به في كلام متصل يختلف فيه
 قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا تبطل ويبطل الاستثناء للموصي له جميع ما أوصى له به وقال محمد رحمه الله
 يصح الاستثناء وتبطل الوصية ولا خلاف في أن استثناء الكل من الكل في باب الإقرار باطل ويلزم المقر جميع ما أقر
 به (وجه) قوله أن الاستثناء ههنا رجوع عما أوصى به والوصية محتملة للرجوع فيحمل على الرجوع وهذا فارق
 الإقرار لأن الإقرار بالمال مما لا يحتمل الرجوع فيبطل الاستثناء ويبقى المقر به على حاله ولهما أن هذا ليس باستثناء
 ولا رجوع فيبطل الاستثناء رأسا وتبقى الوصية صحيحة وبيان ذلك أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثبوت واستخراج
 بعض الجملة المفروضة ولا يوجد ذلك في استثناء الكل من الكل والرجوع فسخ الوصية وإبطالها ولا يتصور
 ذلك في الكلام المتصل ولهذا شرطنا لجواز النسخ في الأحكام الشرعية أن يكون النص الناسخ متراخيا
 عن المنسوخ والله تعالى أعلم

كتاب القرض

الكلام فيه يقع في مواضع في بيان ركن القرض وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم القرض (أما) ركنه فهو
 الإيجاب والقبول والإيجاب قول المقرض أقرضتك هذا الشيء أو خذ هذا الشيء قرضا ونحو ذلك والقبول هو أن
 يقول المستقرض استقرضت أو قبلت أو رضيت أو ما يجري هذا الجرى وهذا قول محمد رحمه الله وهو أحادي
 الروايتين عن أبي يوسف وروى عن أبي يوسف أخرى أن الركن فيه الإيجاب (وأما) القبول فليس ركن حتى
 لو حلف لا يقرض فلانا فاقرضه ولم يقبل لم يحث عند محمد وهو أحادي الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية أخرى
 يحث (وجه) هذه الرواية أن الإقرار إعاره لما ذكره والقبول ليس ركن في الإعارة (وجه) قول محمد أن الإيجاب
 في ذمة المستقرض مثل المستقرض فلهذا اختص جوازه بماله مثل فاشبه البيع فكان القبول ركنًا فيه كما في البيع
 وروى عن أبي يوسف فيمن حلف لا يستقرض من فلان فاستقرض منه فلم يقرضه أنه يحث لأن شرط الحث
 هو الاستقراض وهو طلب القرض كالاستيلاء في البيع وهو طلب البيع فإذا استقرض فقد طلب القرض فوجد
 شرط الحث فيحث والله تعالى أعلم

فصل في بيان شرائط فأنواع بعضها يرجع إلى المقرض وبعضها يرجع إلى المقرض وبعضها يرجع إلى نفسه
 القرض (أما) الذي يرجع إلى المقرض فهو أهليته للتبرع فلا يملكه من لا يملك التبرع من الأب والوصي والصبي
 والعبد المأذون والمكاتب لأن القرض للمال تبرع ألا ترى أنه لا يقابله عوض للحال فكان تبرع الحال فلا يجوز
 إلا ممن يجوز منه التبرع وهو لا يملكه من أهل التبرع فلا يملكه القرض (وأما) الذي يرجع إلى المقرض فنهى

القبض لان القرض هو القطع في اللغة تسمى هذا العقد قرضاً لما فيه من قطع طائفة من ماله وذلك بالتسليم الى المستقرض فكان مأخذاً لا سماً هليلاً على اعتبار هذا الشرط ومنها أن يكون بماله مثل كالمكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة فلا يجوز قرض مالا مثل له من المذروعات والمعدودات المتقاربة لانه لا سبيل الى إيجاب رد العين ولا الى إيجاب رد القيمة لانه يؤدي الى المنازعة لا اختلاف القيمة باختلاف تقويم المقومين فتعين أن يكون الواجب فيه رد المثل فيختص جوازه بماله مثل ولا يجوز القرض في الخبز لا وزناً ولا عدداً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز عدداً وما قالاه هو القياس لتفاوت فاحش بين خبز وخبز لا اختلاف العجن والنضج والخفة والثقيل في الوزن والصغر والكبر في العدد ولهذا لم يحجز السلم فيه بالاجماع فالقرض أولى لان السلم أوسع جوازاً من القرض والقرض أضيق منه ألا ترى انه يجوز السلم في الثياب ولا يجوز القرض فيها فلما لم يحجز السلم فيه فلان لا يجوز القرض أولى الا ان محمد رحمه الله استحسن في جوازه عدداً لعرف الناس وعادتهم في ذلك وترك القياس لتعامل الناس فيه هكذا روى عن ابراهيم النخعي رحمه الله انه جوز ذلك فانه روى انه سئل عن أهل بيت يقرضون الرغيف فيأخذون أصغراً أو كبراً فقال لا بأس به ويجوز ان فرض في الفلوس لانها من العدييات المتقاربة كالجوز والبيض ولو استقرض فلوساً فكسدت فعليه مثلها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله عليه قيمتها (وجنه) قولهما أن الواجب في باب القرض رد مثل المقبوض وقد عجز عن ذلك لان المقبوض كان ثمناً وقد بطلت الثمنية بالكساد فعجز عن رد المثل فيلزمه رد القيمة كما لو استقرض رطباً فانقطع عن أيدي الناس أنه يلزمه قيمته لما قلنا كذا هذا ولا يبي حنيفة ان رد المثل كان واجباً والفائت بالكساد ليس الا وصف الثمنية وهذا وصف لا يتعلق لجواز القرض به ألا ترى انه يجوز استقرضه بعد الكساد ابتداءً وان خرج من كونه ثمناً فلان يجوز بقاء القرض فيه أولى لان البقاء أسهل وكذلك الجواب في الدراهم التي يغلب عليها الغش لانها في حكم الفلوس وروى عن أبي يوسف انه أنكر استقرض الدراهم المكحلة والمزيفة وكراهها وان كانت تنفق بين الناس لما في ذلك من ضرورات العامة واذا نهى عنها وكسدت فهي بمنزلة الفلوس اذا كسدت ولو كان له على رجل دراهم جديداً فآخذ منه مائة أو مكحلة أو زوفاً أو نهرجة أو ستوفة جاز في الحكم لانه يجوز بدون حقه فكان كالخط عن حقه الا انه يكره ان يرضى به وان ينفقه وان بين وقت الاتفاق لا يخلو عن ضرر العامة بالتلبس والتدليس قال أبو يوسف كل شيء من ذلك لا يجوز بين الناس فانه ينبغي أن يقطع ويعاقب صاحبه اذا أنفق وهو يعرفه وهذا الذي ذكره احتساب حسن في الشريعة ولو استقرض دراهم تجارية فالتنقيف ببدل لا يقدر فيه على التجارة فان كانت تنفق في ذلك البلد فصاحب الحق بالخيار ان شاء انتظر مكان الاداء وان شاء أجله قدر المسافة ذاهباً وجائياً واستوثق منه بكفيل وان شاء أخذ القيمة لانها اذا كانت ناقصة لم تغير بقيت في الذمة كما كانت وكان له الخيار ان شاء لم يرض بالتأخير وأخذ القيمة لما في التأخير من تأخير حقه وفيه ضرر به كمن عليه الراتب اذا انقطع عن أيدي الناس انه يتخير صاحبه بين التبرص والانتظار لوقت الادراك وبين أخذ القيمة لما قالوا كذا هذا وان كان لا ينفق في ذلك البلد فعليه قيمتها والله تعالى أعلم (وأما) الذي يرجع الى نفس القرض فهو ان لا يكون فيه جر منفعة فان كان لم يحجز نحو ما اذا أقرضه دراهم غلة على أن يرد عليه صحاحاً أو أقرضه وشرط شرطاً له فيه منفعة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قرض جر نفعا ولان الزيادة المشروطة تشبه الرب لانها أفضل لا يقابلها عوض والتجوز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب هذا اذا كانت الزيادة مشروطة في القرض فاما اذا كانت غير مشروطة فيه ولكن المستقرض أعطاه أجودهما فلا بأس بذلك لان الربا سمي لزيادة مشروطة في العقد ولم يوجد بل هذا من باب حسن القضاء وانه أمر مندوب اليه قال النبي عليه السلام خيار الناس أحسنهم قضاء وقال النبي عليه الصلاة والسلام عند قضاء دين لزمه للوازن زن وأرجح وعلى هذا تخرج مسألة السفاح التي يتعامل بها التجار انها مكروهة لان التاجر ينتفع بها بأسقاط خطر الطريق فتشبه قرضاً جراً فاعرف ان قيل ليس انه روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه كان يستقرض بالدينية على أن يرد بالكوفة وهذا انتفاع بالقرض بأسقاط

خطر الطريق فالجواب أن ذلك محمول على أن السفينة لم تكن مشروطة في القرض مطلقاً ثم تكون السفينة وذلك بما لا بأس به على ما بينا والله تعالى أعلم والاجل لا يلزم في القرض سواء كان مشروطاً في العقد أو متأخراً عنه بخلاف سائر الديون والفرق من وجهين أحدهما أن القرض تبرع ألا يرى أنه لا يقابله عوض للحال وكذا لا يملكه من لا يملك التبرع فلو لم فيه الاجل لم يبق تبرعاً فيغير المشروط بخلاف الديون والثاني أن القرض يسلك به مسلك العارية والاجل لا يلزم في العواري والدليل على أنه يسلك به مسلك العارية أن لا يخلو ما ان يسلك به مسلك المبادلة وهي تملك الشيء بمثله أو يسلك به مسلك العارية لا سبيل إلى الأول لأنه تملك العين بمثله نسيئة وهذا لا يجوز فتعين أن يكون عارية فجعل التقدير كان المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد عين ما قبض وإن كان يرد بدله في الحقيقة وجعل رد بدل العين بمنزلة رد العين بخلاف سائر الديون وقد يلزم الاجل في القرض بحال بأن يوصى بأن يقرض من ماله بعد موته فلانا ألف درهم إلى سنة فإنه ينفذ وصيته ويقرض من ماله كما أمر وليس لورثته أن يطالبوا قبل السنة والله تعالى أعلم

فصل وأما حكم القرض فهو ثبوت الملك للمستقرض في المقرض للحال وثبوت مثله في ذمة المستقرض للمقرض للحال وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف في النوازل أن القرض لا يملك القرض بالتبضع مالم يستهلك حتى لو أقرض كراماً طعام وقبضه المستقرض ثم اشتري الكرام الذي عليه بمائة درهم جاز البيع وعلى رواية أبي يوسف لا يجوز لأن المقرض باع المستقرض الكرام الذي عليه وليس عليه الكرام فكان هذا بيع المعلوم فلم يجوز كما لو باعه الكرام الذي في هذا البيت وليس في البيت كراماً وجاز في ظاهر الرواية لا نباع ما في ذمته فصار كما إذا باعه الكرام الذي في البيت وفي البيت كراماً وكذلك لو كان الكرام المقرض قائماً في يد المستقرض كان المستقرض بالخيار أن شاء دفع إليه هذا الكرام أو شاء دفع إليه كراماً آخر ولو أراد المقرض أن يأخذ هذا الكرام من المستقرض وأراد المستقرض أن يمنعه من ذلك ويعطيه كراماً آخر مثله له ذلك في ظاهر الرواية وعلى ما روى عن أبي يوسف رحمه الله في النوازل أن لا خيار للمستقرض ويجبر على دفع ذلك الكرام إذا طالب به المقرض وعلى هذا فروغ ذكرت في الجامع الكبير (وجهه) رواية أبي يوسف أن الأقراض عارية بدليل أنه لا يلزم فيه الاجل ولو كان معاوضة للزم كما في سائر المعاوضات وكذا لا يملكه الأب والوصي والعبد المأذون والمكاتب وهؤلاء لا يملكون المعاوضات وكذا أقراض الدراهم والدنانير لا يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين وإن كان مبادلة لبطل لأنه لا تصرف والصرف يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين وكذا أقراض المكيل لا يبطل بالافتراق ولو كان مبادلة لبطل لأن بيع المكيل يملك مثله في الذمة لا يجوز ثبوت هذه الدلائل أن الأقراض عارية فبقى العين على حكم ملك المقرض (وجهه) ظاهر الرواية أن المستقرض بنفس القبض صار بسبيل من التصرف في القرض من غير إذن المقرض ببيعاً وهبة وصداقة وسائر التصرفات وإذا تصرف نفذ تصرفه ولا يتوقف على إجازة المقرض وهذه أمارات الملك وكذا ما أخذ الاسم دليل عليه فإن القرض قطع في اللغة فيدل على انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم (وأما) قوله عارية والاعارة تملك المنفعة لا تملك العين نعم لكن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقيام عينه مقام المنفعة صار قبض العين قائماً مقام قبض المنفعة والمنفعة في باب الاعارة تملك بالقبض لأنها تبرع بتمليك المنفعة فكذا ما هو ملحق بها وهو العين والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب والحمد لله وحده

نص ما وجد في الأصل المطبوع عليه

وقع تمام النصف الأخير من كتاب البدائع في ترتيب الشرائع للكاساني تسمده الله تعالى بالرحمة والرضوان على مذهب الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه الحمد لله الذي وهب التوفيق لتتمام النصف من كتابة الكتاب والصلاة والسلام على خير خلقه سيدنا محمد خير من نطق بالصواب وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين إلى يوم الحساب على يد أضعف العباد الفقير الحقير المعترف بالذنب والتقصير الراجي رحمة الله الباري عبد الله من المرحوم الحاج عبد الرحيم المدعو بالبقى غفر الله له ولوالده ولاخوانه في خمسة أيام خلت من ذي الحجة سنة ١١٧٠

﴿ يقول المتوسل بصالح السلف . مصححه الفقير عبده الجواد خلف ﴾

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

حمد المُنْ أبرز (بدائع الصنائع) من حيز العدم وهدى الى (ترتيب الشرائع) بما علم بالفلم وشكر المأسدى من جزيل النعماء وجليل العطايا والا لاء وصلاة يتدفق بالرحمات المقرونة بالتعظيم ودقها وتحيات يتألق بالبركات المصحوبة بالتكريم برقا على من أنزل عليه القرآن هدى للناس وبينات من الهدى والفرقان فيبين للناس منازل الهم وأرشدهم الى ما يجب عليهم بأدلة أعجزت البلغاء وأخمت الفصحاء فتبدلت بنور الهداية ظلمة الغواية سيدنا محمد الصادق الأمين القائل من رد الله به خيرا يفقهه في الدين وعلى آله حياة السنة وحلة الاسنة ﴿ وبعد ﴾ فلما كان علم الفقه من أجل العلوم الشرعية بعد كتاب الله تعالى والسنة النبوية اذ به معرفة الحلال والحرام وتصحيح العبادة وبيان الاحكام وكان من أعظم ما ألف فيه من الكتب الوحيدة بل الدرة اليتيمة القرينة . الكتاب الجليل والسفر الذي ليس له في بابيه مثيل المسمى ﴿ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ﴾ وناله انه لكتاب كريم ومؤلف نجيم بل هو روضة علم نطقت بيننا بالحق ودوحة فضل لا يعرف قدرها الا القليل من الخلق فاذا لم تر الهلال فسلم * لاناس رأوه بالا بصار

فلقد أنى في أسلوبه الغريب بالعجب العجيب وبالجملة فهو المليحة الحسناء الغني عن الاطراء والثناء

وانى وان أكرثت فيه مدائحى * فأكثر مما قلت ما أنا تارك

وكيف لا يكون كذلك ان لم يكن فوق ذلك وناسج برده وناظم عقده إمام البلغاء والفصحاء الملقب بملك العلماء الذي لا يدانيه في ميدان التحقيق مدانى المولى المحقق علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

لله در مؤلف * جمع الطرائف واللطائف يسمى لكعبة فضله * من كل فج كل طائف وكان من نعم الله الجسام التى لا تحيط بوصفها الا قلام تسهيل السبيل الى طبع هذا المطبوع الجليل فقد قام بهذا العمل المبرور والسعى المشكور كل من ذوى الهمم العلية والاخلاق المرضية سعادة الانعم محمد أسعد باشا جابرى زاده وفضيلة الاكرم الحاج مراد أفندي جابرى زاده بلغهما الله الحسنى وزاده وشاركهما فى هذا الصنع الوجيه السعيد أحمد ناجى الجالى والسيد محمد أمين الخانجى الكتبى وأخيه وفقهم الله الكريم الثنان وجزاهم احسان الجزاء وجزاء الاحسان وكان هذا الطبع الحسن الجليل والصنع الفائق الجليل بالمطبعة الجالية العامرة ذات الاستعدادات التامة الباهرة الكائن مركزها بعطفة التتري

بحارة الروم بمصر القاهرة ادارة محمد أمين الخانجى وشركائه -

وأحمد عارف ﴿ أسبغ الله على الجميع جزيل المنن

اللطائف وذلك فى شهر شوال سنة ١٣٢٨

من الهجرة النبوية

(فهرست الجزء السابع من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

٤٥	فصل وأما الذي يرجع الى المذوف فيه	صحيفة
٤٦	فصل وأما الذي يرجع الى نفس القذف	٣ كتاب آداب القاضي
٤٦	فصل وأما بيان ما تظهر به الحدود عند القاضي	٣ مطلب وأما من يصلح للقضاء
٥٤	فصل وأما بيان من يملك الحكومة ومن لا يملكها	٣ فصل وأما من يفترض عليه قبول القضاء
٥٥	فصل وأما صفات الحدود داخل	٤ فصل وأما شرائط القضاء فأشكال أربعة
٥٨	فصل وأما بيان مقدار الواجب منها	٩ فصل وأما آداب القضاء فكثيرة
٥٨	فصل وأما شرائط جواز اقامتها	١٤ فصل وأما ما ينفذ من القضايا وما ينتقض منها
٦١	فصل وأما بيان ما يستقط الحدد بعد وجوبه فأشكال	١٥ فصل وأما ما يحل بالقضاء وما لا يحل
٦٣	فصل وأما حكم الحدود	١٦ فصل وأما بيان حكم خطأ القاضي في القضاء
٦٣	فصل وأما التعزير فالكلام فيه في مواضع	١٦ فصل وأما بيان ما يخرج به القاضي عن القضاء
٦٣	فصل وأما شرط وجوبه فالعقل فقط	١٧ كتاب القسمة
٦٤	فصل وأما قدر التعزير داخل	١٧ فصل وأما بيان القسمة لغة وشرعا
٦٤	فصل وأما صفته فله صفات	١٨ فصل وأما شرائط جواز القسمة فأشكال
٦٥	فصل وأما بيان ما يظهر به	١٩ فصل وأما الذي يرجع الى المقسوم له فأشكال
٦٥	كتاب السرقة	٢٤ فصل وأما الذي يرجع الى المقسوم فواحد
٦٥	فصل وأما ركن السرقة فهو داخل	٢٦ فصل وأما صفات القسمة فأشكال
٦٦	فصل وأما الشرائط بعضها يرجع الى السارق داخل	٢٨ فصل وأما بيان حكم القسمة
٦٧	فصل وأما ما يرجع الى المسروق فأشكال	٣٠ فصل وأما بيان ما يوجب نقض القسمة
٨٠	فصل وأما الذي يرجع الى المتسرق منه فهو داخل	٣١ فصل وأما قسمة المنافع داخل
٨٠	فصل وأما الذي يرجع الى المسروق فيه داخل	٣٢ فصل وأما بيان محل المهايئات داخل
٨١	فصل وأما بيان ما تظهر به السرقة عند القاضي	٣٢ فصل وأما صفة المهايئات فهي داخل
٨٤	فصل وأما حكم السرقة فكأن	٣٢ فصل وأما بيان ما يملك كل واحد منهما داخل
٩٠	كتاب قطاع الطريق	٣٣ كتاب الحدود
٩٠	فصل وأما ركنه فهو الخروج على المارة داخل	٣٣ فصل وأما بيان أسباب وجوبها
٩١	فصل وأما الشرائط فأشكال	٣٨ فصل وأما الاحصان فنوعان
٩١	فصل وأما الذي يرجع الى المقطوع عليه فنوعان	٣٩ فصل وأما حد الشرب فسبب وجوبه داخل
٩١	فصل وأما الذي يرجع اليهما جميعاً فواحد	٣٩ فصل وأما شرائط وجوبها فأربعة
٩٢	فصل وأما الذي يرجع الى المقطوع له داخل	٤٠ فصل وأما حد القذف داخل
٩٢	فصل وأما الذي يرجع الى المقطوع فيه فنوعان	٤٠ فصل وأما شرائط وجوبه فأشكال
٩٣	فصل وأما بيان ما يظهر به القطع عند القاضي	٤٠ فصل وأما الذي يرجع الى المذوف فشيئان
٩٣	فصل وأما حكم قطع الطريق فله حكمان	٤٢ فصل وأما الذي يرجع اليهما جميعاً فواحد
٩٥	فصل وأما صفات هذا الحكم فأشكال	٤٢ فصل وأما الذي يرجع الى المذوف به فنوعان

١٢٣	مطلب وأما بيان ما يجوز الانتفاع به من الغنائم وما لا يجوز	٩٥	فصل وأما إقامة هذا الحكم فنقول الخ
١٢٤	مطلب وأما بيان من ينتفع بالغنائم	٩٦	فصل وأما بيان من يقيم هذا الحكم الخ
١٢٦	مطلب في بيان مقدار الاستحقاق وحال المستحق	٩٦	فصل وأما بيان ما يستقط هذا الحكم بعد وجوبه
١٢٧	فصل وأما بيان حكم الاستيلاء من الكفرة على أموال المسلمين الخ	٩٦	فصل وأما حكم سقوط الخد بعد الوجوب
١٢٨	مطلب وأما بيان كيفية الحكم الخ	٩٧	فصل وأما الحكم الذي يتعلق بالمال الخ
١٣٠	فصل وأما بيان الأحكام التي تختلف باختلاف الدارين الخ	٩٧	كتاب السير وهو الجهاد
١٣١	فصل وأما الأحكام التي تختلف باختلاف الدارين فأنواع	٩٨	فصل وأما بيان كيفية فرضية الجهاد
١٣٤	فصل وأما بيان أحكام المرتدين الخ	٩٨	فصل وأما بيان من يفترض عليه
١٣٩	فصل وأما حكم الولد المرتد الخ	٩٩	فصل وأما بيان ما يندب إليه الإمام عند السرية
١٤٠	فصل وأما بيان أحكام البغاة والكلام فيه	١٠٠	فصل وأما بيان ما يجب على الغزاة
١٤٢	كتاب الغصب	١٠١	فصل وأما بيان من يحل قتله ومن لا يحل
١٤٨	فصل وأما حكم الغصب فخكان	١٠٢	فصل وأما بيان من يسع تركه في دار الحرب ومن لا يسع
١٦٣	فصل وأما حكم الغاصب والمغصوب منه	١٠٢	فصل وأما بيان ما يكره حمله إلى دار الحرب وما لا يكره
١٦٤	فصل وأما مسائل الاتلاف والكلام فيها الخ	١٠٢	فصل وأما بيان ما يعترض من الأسباب المحرمة للقتال فأنواع ثلاثة
١٦٧	فصل وأما شرائط وجوب ضمان المتلف الخ	١٠٢	مطلب في أحد الأنواع الثلاثة وهو الأيمان
١٦٩	كتاب الحجر والحبس	١٠٤	مطلب وأما أحكام الأيمان فخكان
١٧٠	فصل في بيان حكم الحجر	١٠٦	مطلب وأما النوع الثاني وهو الأمان فتوعان أيضاً
١٧١	فصل في بيان ما يرفع الحجر	١٠٩	مطلب وأما حكم الموادعة فهو الخ
١٧٣	مطلب وأما الحبس فعلي نوعين	١١٠	مطلب وأما الأمان المؤبد فهو المسمى بعقد الذمة وبيان الكلام فيه
١٧٤	فصل في بيان ما يمنع الحبس عنه وما لا يمنع	١١٠	مطلب وأما شرائط تركن المعاهدة فأنواع
١٧٥	فصل وأما حبس العين بالدين فعلي نوعين	١١١	مطلب وأما بيان حكم العقد الخ
١٧٥	كتاب الإكراه	١١١	مطلب وأما حكم أصحاب الصوامع الخ
١٧٥	فصل في بيان أنواع الإكراه	١١٢	مطلب وأما ما يستقط الجزية بعد الوجوب فأنواع
١٧٦	فصل وأما شرائط الإكراه فتوعان	١١٣	مطلب وأما ما يأخذ به أهل الذمة الخ
١٧٦	فصل وأما بيان ما يقع عليه الإكراه فتوعان	١١٤	مطلب وأما حكم أرض العرب الخ
١٩٠	فصل وأما بيان حكم ما يقع عليه الإكراه الخ	١١٤	فصل وأما بيان حكم الغنائم
١٩١	كتاب المأذون	١١٥	مطلب وأما حكم التنفيل فتوعان
١٩٣	فصل وأما شرائط تركن الأذن	١١٦	مطلب وأما النفي فهو الخ
١٩٤	فصل وأما بيان ما يظهر به الأذن بالتجارة	١١٩	مطلب وأما الرقاب فالإمام فيها بين خيارات ثلاث
١٩٤	فصل وأما بيان ما يملكه المأذون من التصرف وما لا يملكه	١٢٠	مطلب وأما مفاداة الأسير فخكانه الخ
		١٢١	مطلب وأما بيان قسمة الغنائم فتوعان

٢٦٦	مطلب وأما بيان أصل الواجب بهذه الجناية	١٩٨	صحيفة
٢٦٨	مطلب وأما صفة الواجب بهذه الجناية	٢٠١	فصل وأما بيان ما يملكه المولى من التصرف في المأذون وكسبه وما لا يملك
٢٧١	مطلب وأما القتل الذي هو في معنى القتل الخطأ فنوعان	٢٠١	فصل وأما بيان حكم الغرور في العبد المأذون
٢٨٣	فصل وأما شرائط الوجوب الخ	٢٠٢	فصل وأما بيان سبب ظهور الدين شيثان
٢٨٥	فصل وأما بيان ماهية الضمان الواجب بهذه الجناية	٢٠٣	فصل وأما بيان محل التعلق الخ
٢٨٦	فصل في القسامة	٢٠٤	فصل وأما بيان حكم التعلق الخ
٢٨٧	فصل وأما شرائط وجوب القسامة والدية فانواع	٢٠٦	فصل وأما بيان ما يبطل به الأذن بعد وجوده
٢٩٠	مطلب وأما بيان سبب وجوب القسامة والدية فنقول الخ	٢٠٧	فصل وأما حكم الحجر فهو الخ
٢٩٤	فصل وأما بيان من يدخل في القسامة والدية بعد وجوبهما ومن لا يدخل	٢٠٧	كتاب الأقرار
٢٩٥	فصل وأما ما يكون ابراء عن القسامة والدية فنوعان	٢٠٧	مطلب وأما ركن الأقرار فنوعان
٢٩٦	فصل وأما الجناية على ما دون النفس مطلقا الخ	٢١٢	فصل وأما القرينة المبنية على الإطلاق فهي الخ
٢٩٧	فصل وأما أحكام هذه الأنواع الخ	٢١٥	فصل وأما الذي يدخل على وصف المقر به فهو الخ
٣١٤	فصل وأما الذي يجب فيه أرش مقدر	٢٢٢	فصل وأما شرائط الركن فانواع
٣١٨	فصل ومما يلحق بمسائل التداخل	٢٢٣	فصل وأما حق العبد فهو الخ
٣٢٢	فصل وأما الجناية التي تتحملها العاقلة الخ	٢٢٦	فصل وأما بيان محل تعلق الحق
٣٢٣	فصل وأما الذي يجب فيه أرش غير مقدر	٢٢٦	فصل وأما أقرار المريض
٣٢٥	فصل وأما الجناية على ما هو نفس من نفس	٢٢٧	فصل ولو أقر باستيفاء دين الخ
٣٢٧	كتاب الخنثى	٢٢٨	فصل وأما أقرار المريض بالبراءة الخ
٣٢٧	فصل في بيان ما يعرف به أنه ذكر أو أنثى	٢٢٨	فصل وأما الأقرار بالنسب فنوعان
٣٢٨	فصل وأما حكم الخنثى المشكل	٢٣٢	فصل وأما بيان ما يبطل به الأقرار بعد وجوده
٣٣٠	كتاب الوصايا	٢٣٣	كتاب الجنائيات
٣٣١	فصل وأما ركن الوصية	٢٤١	فصل وأما كيفية وجوب القصاص فهو الخ
٣٣٣	فصل وأما بيان معنى الوصية	٢٤٢	فصل وأما بيان من يستحق القصاص
٣٣٤	فصل وأما شرائط الركن	٢٤٣	فصل في بيان من يلي استيفاء القصاص وبشرط جواز استيفائه
٣٣٤	مطلب وأما الذي يرجع إلى الموصى فانواع	٢٤٥	فصل في بيان ما يستوفي به القصاص وكيفية الاستيفاء
٣٣٥	فصل وأما الذي يرجع إلى الموصى له الخ	٢٤٦	فصل وأما بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه
٣٥٢	فصل وأما الذي يرجع إلى الموصى به	٢٥٢	مطلب في وجوب الدية والكلام فيها
٣٥٤	فصل في حكم وجود الموصى به عند موت الموصى	٢٥٥	مطلب وأما بيان من تجب عليه الدية
٣٧٨	فصل وأما صفة هذا العقد فله صفتان الخ	٢٥٦	مطلب وأما بيان كيفية وجوب الدية
٣٨٥	فصل وأما بيان حكم الوصية فنوعان	٢٥٨	مطلب وأما بيان من تجب عليه ومن يتحملها
٣٩٤	فصل وأما بيان ما تبطل به الوصية	٢٥٩	مطلب في بيان أحكام جناية العبد على الحر
٣٩٤	كتاب القرض	٢٦٣	مطلب في بيان ما يصير به المولى مختارا للقاء وبين
٣٩٤	فصل وأما شرائط فانواع		تحية الاختيار
٣٩٦	فصل وأما حكم القرض		